

عن عوائق الدفع بعدم الدستورية في ضوء أحكام القانون الجزائري

عميور فرحات (1)

(1) أستاذ محاضر قسم "ب"، كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة محمد الصديق بن يحيى، 18000 جيجل، الجزائر.

البريد الإلكتروني: f.amiour@univ-jijel.dz

خلاف فاتح (2)

(2) أستاذ محاضر قسم "أ"، كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة محمد الصديق بن يحيى، 18000 جيجل، الجزائر.

البريد الإلكتروني: khallafatah@univ-jijel.dz

الملخص:

لا شك في أن الاعتراف بحق المتقاضين في الطعن بعدم الدستورية يعد من أوكد الضمانات الكفيلة بحماية حقوق وحرّيات الأفراد، وقد تجسد هذا الحق بصدور التعديل الدستوري لسنة 2016، حيث أقر لأول مرة الدفع بعدم الدستورية، ثم تلاه صدور القانون العضوي رقم 18-16 المحدد لشروط وكيفية تطبيق هذه الآلية. وفي هذا الإطار جاءت هذه الورقة البحثية من أجل الوقوف على مدى توفيق المشرع في تنظيم آلية الدفع بعدم الدستورية بما يعزز فعاليتها في حماية الحقوق والحرّيات، وهذا من خلال بيان أبرز القيود والعوائق التي تعترض المسألة، وتقديم الحلول المقترحة لذلك، مستخدمين المنهج الوصفي ومنهج تحليل الموضوع وكذا الاستعانة بأدوات المنهج المقارن وفقا لما يحقق الغرض من البحث. وقد خلصنا إلى وجود عوائق تحد من فعالية هذه الآلية في حماية الحقوق والحرّيات.

الكلمات المفتاحية:

دستور، رقابة، مجلس، دفع، عدالة، حقوق، حرّيات.

تاريخ إرسال المقال: 2020/03/10، تاريخ قبول المقال: 2020/12/02، تاريخ نشر المقال: 2020/12/31

لتهميش المقال: عميور فرحات، خلاف فاتح، "عن عوائق الدفع بعدم الدستورية في ضوء أحكام القانون الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 11، العدد 04، 2020، ص ص. 335-356.

المقال متوفر على الرابط التالي: <https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المؤلف المراسل: خلاف فاتح، fatahkhallaf@gmail.com

About the Obstacles of Unconstitutionality Exception in the Light of the Algerian Law's Provisions

Summary:

Supporting unconstitutionality is one of the most important guarantees that protect the rights and freedoms guaranteed by the constitution. In order to achieve this goal, the Constitutional amendment of 2016 permitted the litigants within the lawsuit to Challenge the constitutionality of legislative provisions before the regular of administrative courts. This later will pass it to the Supreme Court or the council according to the case which will in turn pass it to Constitutional Council if it meets all the conditions and procedures stipulated by the membership law No 16-18.

Despite the importance of the law defining the conditions and procedures upon which the application of unconstitutionality depends, these requirements carry several obstacles that limit their overall effectiveness as a mechanism to address the legislative requirements that violate the rights and freedoms of citizens guaranteed by the constitution, then confiscate and preventing it from achieving constitutional justice.

Keywords:

Constitutional, control, exception, Council, justice, rights, freedoms.

Des obstacles de l'exception d'inconstitutionnalité à la lumière du droit algérien

Résumé :

L'exception d'inconstitutionnalité est l'une des garanties les plus importantes qui protègent les droits et libertés garantis par la Constitution. La révision constitutionnelle de 2016 a permis aux justiciables de contester la constitutionnalité des dispositions législatives devant les juridictions. Cette contestation est examinée par le Conseil constitutionnel si elle remplit les conditions et les procédures prévues par la loi organique n° 18-16.

Cependant, malgré l'importance du procédé quelques obstacles l'entour qui sont susceptibles d'en limiter l'efficacité en tant que mécanisme répondant aux exigences législatives en termes de droits et libertés des citoyens garantis par la Constitution.

Mots clés:

Constitution, Contrôle, exception, Conseil, justice, droits, libertés.

مقدمة

لقد اعتلت الحقوق والحريات ذروة الاهتمام على المستوى الدولي فضمنتها الجماعة الدولية في إعلاناتها ومواثيقها، وسارت على ذلك النهج العديد من الدول فاعترفت بها وضمنتها في أسمى وثيقة وهي الدستور حتى تعطيها ضمانات أكبر، ولم تكتف بذلك فأنشأت العديد من الضمانات اللازمة لحمايتها من أي اعتداء عليها أهمها الرقابة على دستورية القوانين المخولة للمجلس الدستوري.

يثبت علم السياسة أن السلطات الدستورية إذا كانت تسير في اتجاه سياسي واحد وتحقق تعايش فيما بينها، فإنها لا تستخدم حق الإخطار إلا في حالات نادرة، لأن الاعتبار السياسي يبقى قائما ولا يمكن إنكاره فيما يخص الإخطار من طرف رئيس الجمهورية أو رئيسي البرلمان، وحتى بعد توسيعه ليشمل الوزير الأول والأقلية البرلمانية، فتكون هذه الجهات ضمانات غير كافية لحماية الحقوق والحريات المعترف بها للمواطنين، فقد لا يهتمها الأمر إن انتهكت الحقوق والحريات. لهذا السبب فشلت الرقابة الدستورية التي تستند على إخطار الجهات الرسمية فقط، الأمر الذي استدعي ضرورة التفكير في تجسيد رقابة دستورية بعدية تكون أكثر فاعلية، لاسيما وأن التطبيق العملي لهذه التشريعات قد كشف عن أوجه انتهاك حق من حقوق الأفراد أو حرية من حرياتهم المكفولة دستوريا، وخاصة في حالة استعمال المشرع أو المنظم السلطة التقديرية في تحديد شروط ونطاق ممارسة تلك الحقوق والحريات.

في هذا الإطار، أقرت بعض الدساتير المقارنة حق الأفراد بالطعن في دستورية القوانين، وهو المسلك الذي انتهجه المؤسس الدستوري الجزائري إثر التعديل الدستوري لسنة 2016، إذ مكن المتقاضين من حق المنازعة في أي حكم تشريعي يريد القاضي تطبيقه عليهم ويرونه بأنه غير دستوري، وذلك باستخدام آلية الدفع بعدم الدستورية، على اعتبار أن المتقاضي سوف لن يتراخى في مباشرة حقه في الطعن دفاعا عن حرية من حرياته أو حق من حقوقه التي يضمنها الدستور، من خرق أو انتهاك من سلطة التشريع، على خلاف الهيئات الأخرى التي قد تخضع في تعاملها في استخدام الإخطار لاعتبارات سياسية. ومن جهة أخرى سيساهم هذا التعديل من دون شك في مجال الإخطار بعدم الدستورية في تعزيز دور المجلس الدستوري في الرقابة الدستورية. إن تقرير مبدأ جواز حق الأفراد مباشرة الطعن في دستورية حكم تشريعي معين عن طريق الدفع حتى وإن كان مكانه الطبيعي أمام جهات القضاء العادي أو جهات القضاء الإداري، فإن أمر البث فيه يعود للمجلس الدستوري دون سواه وفقا لقراءة المادة 188 من التعديل الدستوري 2016، وهذا الاتجاه يكرس إنكار حق رقابة المحاكم على دستورية القوانين، حيث تنحصر وظيفتها في إحالة الأمر عليه وتوقف النظر في الدعوى إلى حين فصل المجلس في الدفع المثار.

لكن العبرة ليست بتكريس آلية الدفع بعدم دستورية القوانين، ولكن بمدى فعاليتها في حماية الحقوق والحريات المعترف بها للأفراد من أي انتهاك أو خرق قد يتسبب فيه أي انحراف تشريعي دون أية عوائق، الأمر

الذي يدعونا إلى التساؤل حول طبيعة العوائق التي تحد من فعالية آلية الدفع بعدم الدستورية في ضوء أحكام القانون الجزائري؟

الواقع أنه على الرغم من أهمية آلية الدفع بعدم دستورية كإصلاح دستوري، إلا أن استخدامها من أجل تحقيق غايتها يواجه عدة قيود وتعقيدات جاءت في بعض شروط قبول الدفع أمام المحاكم (المبحث الأول)، وكذا في بعض إجراءات إحالته على المجلس الدستوري للبحث فيه بصفة نهائية (المبحث الثاني)، وهو ما يستدعي الوقوف على مظاهر ذلك وفقا لما يحقق الغرض من المقال.

المبحث الأول: عوائق تتعلق بشروط قبول إحالة الدفع بعدم الدستورية

إن ممارسة الدفع بعدم دستورية نص تشريعي من الناحية العملية سيواجه نوعين العوائق ترتبط بالشروط الموضوعية المطلوبة قانونا لقبول مذكرة الدفع أمام القضاء، ويتمثل الأول في غموض وعدم الدقة في بعضها (المطلب الأول)، في حين يتعلق الآخر بتضييقه نطاق إثارة هذا الدفع (المطلب الثاني).

المطلب الأول: غموض في بعض شروط قبول إحالة مذكرة الدفع

من مقتضيات تفعيل الدفع بعدم الدستورية هو رفع الغموض الواقع على حدود نطاق الحقوق والحريات التي يمكن أن يشملها الدفع المذكور (الفرع الأول)، أيضا البس الوارد في عبارة "حال تغير الظروف" وهو الاستثناء الذي بموجبه يمكن الطعن بعدم دستورية نص تشريعي سبق الفصل بدستوريته (الفرع الثاني)، كما يمكن لقاضي الموضوع إساءة تقدير جدية الدفع في ظل غياب المعايير التي تسمح بتحديد هذه الجدية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: غموض في مفهوم نطاق الحقوق والحريات محل الحماية الدستورية

لم يعط القانون العضوي رقم 18-16 المتضمن تحديد شروط وإجراءات تطبيق الدفع بعدم الدستورية تعريفا واضحا للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، مما يثير الكثير من اللبس في هذا المجال، حيث فيلاحظ أن مفهوم الحقوق والحريات الدستورية لا يزال غامضا، الأمر الذي يدعونا إلى التساؤل حول إذا كان ذلك يقتصر على قائمة الحقوق التي يتضمنها الدستور بمفهومه الشكلي أم يمتد إلى مجموع الحقوق التي يتضمنها بمفهومه الموضوعي.

على الرغم من توسيع المؤسس الدستوري في التعديل الدستوري لسنة 2016 من كتلة الحقوق والحريات بإضافة أكثر من عشر مواد جديدة من مجموع 42 مادة مخصصة للحقوق والحريات¹، إلا أنه يعتبر غير كاف بالنسبة للأفراد أو بالنسبة للقاضي الدستوري الذي يجب أن يتمتع بسلطة تفسير معتبرة في إطار توسيع حد رقعة الحقوق والحريات، حيث يسمح له بتوسيع صلاحياته في مجال حماية الحقوق والحريات على عكس الأخذ بخيار المفهوم الضيق لها.

واقترع المجلس الدستوري الفرنسي² لم يكتف المجلس الدستوري الجزائري بالاستناد إلى نصوص الدستور للحكم على النصوص القانونية بعدم الدستورية، بل وسّع من الكتلة الدستورية في مناسبات عدة حال فصله في الكثير من الطعون بعدم الدستورية المرفوعة إليه، حيث كشفت أنه لجأ إلى ديباجة الدستور، وإلى المعاهدات الدولية كما وظف أكثر من مرة القانون العضوي والقوانين العادية³. لكن لا نعلم ما إذا كان سيوسع من الكتلة الدستورية في مجال الدفع بعدم الدستورية، أم يكتفي بمطابقة المقتضيات التشريعية المطعون بعدم دستوريته مع أحكام الدستور فقط، وهذا ما ستكشف عنه المرحلة المقبلة في ظل حادثة التجربة التي لم تدخل حيز النفاذ إلا ابتداء من 07 مارس 2019⁴.

فمن المتفق عليه أن إعطاء تعريفا واسعا للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور سيؤدي إلى توسيع مجال تطبيق الدفع بعدم الدستورية، وذلك على ضوء مفهوم الكتلة الدستورية، فالتعريف الواسع يمكنه إدماج الحقوق والحريات المتعارف عليها غالبا بما في ذلك تلك المضمنة من طرف المواثيق والاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر، كما سيعزز من دور القاضي الدستوري في ضمان هذه الحقوق والحريات، بل ويفضله قد يظهر دوره حتى كمؤسس دستوري بتكريسه لحقوق جديدة تتماشى وأجيال الحقوق والحريات السائدة والمتطورة⁵.

وإذا كان الأصل في سلطة المشرع تجاه التشريع أنها سلطة تقديرية في مجال تنظيم الحقوق والحريات ما لم يقيد بها الدستور بضوابط معينة فليس هناك ما يحول دون انحرافه بسلطة التشريع من أجل تحقيق مصالح أخرى غير المصلحة العامة⁶، وعلى الرغم من ذلك، فإن المؤسس الدستوري لم ينص إلا على معيار واحد للتمييز

¹ - من الحقوق الجديدة التي جاء بها التعديل الدستوري لسنة 2016: التناصف بين الرجال والنساء في تقلد المناصب في الدولة المادة 36، الحق في الثقافة المادة 1/45، حق المعوزين في المساعدة القضائية المادة 57.

² - Henry Roussillon, *Le conseil constitutionnel*, Dalloz, Paris, 4^{ème} édition, 2001, p.56.

³ - للاطلاع أكثر: راجع عبد العزيز يرقوق، "مقاربة في رصد منهج المجلس الدستوري في توسيع الكتلة الدستورية"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد التاسع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرياح - ورقلة، جوان 2013، ص ص 03، 12.

⁴ - أنظر المادة 26 من القانون رقم 18-16 مؤرخ في 02/10/2018، يحدد شروط وكيفية تطبيق الدفع بعدم الدستورية، جريدة رسمية، عدد 54، صادر في 05/10/2018.

⁵ - Nicola Molfessis, *La dimension constitutionnelle des libertés et droit fondamentaux*, 16^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2010, p.85.

⁶ - Chapus (R), *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, Paris, 1982, p. 464.

بين التقييد المحظور والتقييد المباح للحقوق والحريات ألا وهو مبدأ المساواة المكرس من خلال المادة 32 من الدستور كما جاء فيها "كل المواطنين سواسية أمام القانون ولا يمكن أن يتدرج بأي تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق أو الجنس أو الرأي...".

وعليه فغالبية اجتهادات المجلس الدستوري في هذا الشأن استندت على المبدأ المذكور كإطار شامل لكافة الحقوق والحريات ونأخذ منها على سبيل المثال الرأي الصادر في 1997/03/06 حول مطابقة الأمر المتضمن القانون العضوي للأحزاب السياسية للدستور، فعندما تطرق لنص المادة 13 منه والتي تشترط في أن يكون الأعضاء المؤسسين للحزب مقيمين بصفة منتظمة داخل الإقليم الوطني، حيث اعتبر أن المشرع في إقراره لشروط إنشاء أحزاب سياسية لا يمكنه أن يقررها على ما منعه الدستور صراحة من تمييز، وأن الشرط المذكور يخل بما نصت عليه المادة 44 من دستور 1996 التي تسمح لأي مواطن بأن يختار بكل حرية موطن إقامته⁷. لكن على الرغم من أهمية معيار مبدأ المساواة في اعتماد كمعيار وحيد لقياس مدى الانحراف التشريعي والتصدي لأي تعسف محتمل ناتج عن السلطة التشريعية يؤدي إلى إهدار أو تقييد لبعض حقوق المواطنين بما يتعارض مع الوثيقة الدستورية، أمر غير كاف مقارنة بما فعل القضاء الدستوري البحريني في توسيع المعايير المعتمدة في تقييد السلطة التشريعية، حيث قضت بعدم دستورية نصوص تشريعية تنظم الحقوق والحريات العامة سواء على أساس مبدأ المساواة، أو المصلحة العامة، أو على مبدأ التناسب التشريعي، كما أكدت في العديد من قراراتها أنه لا يوجد تعارض بين النص على الحق في الدستور وبين تنظيمه تشريعيا، إلا أن المشرع مقيد بعدم انتهاك أو المساس بجوهر الحق أو حضره أو الانتقاص منه، أو جعل ممارسته شاقا ومرهقا بالنسبة للأفراد⁸.

الفرع الثاني: إمكانية الطعن في تشريع مطابق للدستور حال تغير الظروف

من شروط قبول إرسال الدفع بعد الدستورية إلى المحاكم العليا أو إحالته على المجلس الدستوري حسب المادة 2/9 من القانون العضوي رقم 16-18 ألا يكون قد سبق البث في مطابقة القانون محل الدفع للدستور ما لم تتغير الظروف التي بموجبها تم البث في الدفع المذكور، إلا أن نص المادة لم يعطي مفهوما محددا ودلالة واضحة لعبارة "تغيير الظروف" على الرغم من ما يحمل من تأثير مباشر على مجريات الدفع، كما ليس هناك في اجتهادات المجلس الدستوري ما يدل على معنى ونطاق هذه العبارة التي يتم البث بناء عليها.

⁷- رأي رقم 01/ ر. أ. ق ع / ض. م. د، مؤرخ في 1997/03/06، حول مطابقة الأمر المتضمن القانون العضوي للأحزاب السياسية للدستور، ف. أ. د. ج العدد 1997/02، ص 13.

⁸- مروان محمد محروس المدرس، "المحكمة الدستورية البحرينية في حماية الحقوق والحريات العامة"، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد 14، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة البحرين، ديسمبر 2017، ص ص 359، 364.

وعليه فعلى خلاف المجلس الدستوري الجزائري فقد عرف المجلس الدستوري الفرنسي العبارة المذكورة بمناسبة فحصه للقانون التنظيمي لـ 10/01/2009 على أنها تلك التغيرات التي حدثت منذ آخر قرار في معايير الدستورية المطبقة، أو في الظروف القانونية أو الواقعية التي تطل المقتضى التشريعي المنتقد⁹.
وزيادة على الانتقاد المقدم ضد الشرط المذكور، فإن قضايا الدفع بعدم الدستورية المثارة لاحقا وإن كانت مشابهة لسابقتها يمكن أن يقدم مثيروها أدلة وحججا أقوى وأكثر إقناعا من تلك التي تم تقديمها، وبالتالي يجب ألا تحرم الأطراف اللاحقة من حقها في العدالة الدستورية لمجرد أن دفع سابق لم يقدم بشكل مؤسس.

الفرع الثالث: غياب معايير لتقدير جدية الدفع المثار

كذلك لقبول مذكرة الدفع بعدم الدستورية من الناحية الموضوعية بغية إرساله إلى المحاكم العليا أو إحالته على المجلس الدستوري يجب أن يتمتع بخاصية الجدية، إلا أنّ المشرع لم يبين لنا ما المقصود بجدية الدفع ولم يحدد معايير مضبوطة لتقديرها، وهذا ما قد يؤدي بالجهات القضائية المثار أمامها الدفع بإساءة أو حتى بالخطأ في تقدير جديته فينتج عن ذلك رفض إحالته، ومن ثمة ضياع الحق أو الحرية محل طلب الحماية الدستورية، خاصة أن المشرع لم يشترط على الجهة القضائية المعنية أن تسبب القرار الصادر بالرفض، والأكثر من ذلك لم يمنح للأفراد الحق في الاعتراض عليه متى صدر عن المحاكم العليا، كما سنبينه فيما سيأتي لاحقا.
لكن بعض الفقه الدستوري قد ذهب إلى سد منافذ التأويل موضحا بأن جدية الدفع هو أن يتحقق القاضي من أن إثارته لا يقصد بها الكيد أو إطالة أمد التقاضي، ولتقدير جديته ينبغي التأكد من مسألتين¹⁰:

المسألة الأولى: أن يكون الفصل في مسألة الدستورية منتجا: هذا الشرط هو الأهم؛ معنى ذلك أن يكون القانون المطعون في دستوريته متصل بموضوع النزاع ويحتمل تطبيقه على النزاع في الدعوى الأصلية، وعليه فإذا اتضح للقاضي أنه لا يتصل بالنزاع المعروض عليه قرر برفض الدفع بعدم دستورية التشريع واستمر في نظر موضوع الدعوى.

أما المسألة الثانية: أن يثير القانون المطعون فيه الشك في عدم دستوريته: ومفاد ذلك أن مطابقة القانون للدستور تحتل اختلاف العديد من وجهات النظر؛ أي أن يكون هناك شبهة في عدم الدستورية لنص القانون محل الطعن والشك يفسر في جانب عدم الدستورية، عند تقدير مدى جدية الدفع.

إذا باجتماع هذان الشرطان يكون الدفع جدي، إلا أنّه ومهما يكن من أمر فإن إسناد مسألة تقدير جدية الدفع بعدم الدستورية للقاضي العادي، أمر غير معقول، بحكم أن المسائل المتعلقة بالدستورية غير مألوفة لديه بحكم تكوينه وتخصصه، فلا تثريب على قاضي الموضوع إن أساء في تقدير جدية الدفع بقبوله وإحالته على

⁹ - المجلس الوطني لحقوق الإنسان المغربي، القانون التنظيمي للدفع بعدم الدستورية، مذكرة مارس 2013، ص 12.

¹⁰ - محمد عبد العزيز سالمان، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2011، ص 70، 71.

المجلس الدستوري فهو أفضل له من أن يحدث العكس، لأنه من غير المعقول أن يتحمل صاحب الدفع مسؤولية باستيفاء هذا الشرط إذا لم تكن له إرادة في تحقيقه.

مما لا شك فيه أن عدم تخصص القضاء العادي في المجال الدستوري والنظر في جدية الدفع المثارة وضعف استقلاله ونزاهته ففي ظل هذه المعطيات، فإن أداء المحاكم يزيد من احتمال عدم إخضاع بعض التشريعات لأي مراجعة للبحث في دستوريتها، وبالتالي عرقلة أو تبديد جهود الطاعنين في عدم الدستورية بالوصول إلى المجلس الدستوري، ففي حالة مصر على وجه التحديد رفضت المحاكم الدنيا العديد من الطعون الدستورية في القوانين القمعية التي تنتهك حقوق وحريات الإنسان¹¹.

المطلب الثاني: تضيق نطاق إثارة الدفع

على غرار عدم دقة ووضوح بعض الشروط التي يجب أن تستفيها مذكرة الدفع بعدم الدستورية من أجل إحالتها على المجلس الدستوري، نجد بأن تطبيق البعض الآخر منها بالشكل الذي وردت عليه من شأنه التضيق من نطاق إثارة الدفع سواء من حيث أطراف الدعوى (الفرع الأول)، أو من حيث التشريع المطعون بعدم دستوريته (الفرع الثاني)، أو من حيث المحاكمات (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تضيق الدفع من حيث الأشخاص

لقد انحصر حق إخطار المجلس الدستوري في الجهات السياسية العامة ولمدة طويلة، الأمر الذي جعله لا يمثل ضماناً كافية لتحريك رقابة المجلس الدستوري على دستورية القوانين، فقد لا يستعمل لحماية الدستور والدفاع عن الحقوق والحريات بقدر ما يستعمل لتحقيق أهداف سياسية¹²، مما جعل المواطنين لا يملكون سوى وسيلة للضغط على السلطات المختصة بإخطار المجلس لرقابة النص الذي يرونه بأنه غير دستوري، لهذا السبب خطى المؤسس الدستوري خطوة جريئة في التعديل الدستوري 2016، تتجلى في منح الأفراد ولأول مرة حق الدفع بعدم دستورية التشريعات التي يرونها تنتهك حقوقهم أو حرياتهم، وجعل ممارسته تخضع لاحترام مجموعة من الضوابط القانونية.

على هذا الأساس فإن الدفع بعدم الدستورية لا يمكن أن يثار إلا من قبل أحد أطراف الدعوى الأصليين، وهذا بحسب المادة 1/188 التي تنص على أنه: "يمكن إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية... عندما يدعي أحد الأطراف في محاكمة...". يتضح من هذه العبارة أن المؤسس الدستوري قد ضيق

¹¹ - اللجنة الدولية للحقوقيين، القضاء المصري: أداة للقمع، غياب ضمانات فعالة تكفل الاستقلالية والمساءلة، أيلول/ سبتمبر، ص86.

¹² - Philippe Ardant, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Delta, 16^{ème} édition, Liban, 2004, p201.

من دائرة الأشخاص الذين لهم حق الدفع بعدم دستورية نص تشريعي وحصره في فئة المتقاضين دون تحديد طبيعتهم¹³.

ومن جهة أخرى فالدفع بعدم الدستورية حق ممنوح للمواطن ولا يجوز للقاضي إثارته من تلقاء نفسه، وهو أمر يستجيب للغاية من منح المواطن حقا جديدا مع ترك الحرية له لممارسته، أما عن المجالات التي عرفت إثارة العدد الكبير من قرارات الإحالة في فرنسا في انتظار التجربة الجزائرية فتتعلق بالقانون المدني، قانون الحماية الاجتماعية، قانون الشغل، قانون الجنسية، وقانون الأجانب¹⁴.

إن حصر الاختصاص على الأفراد في الدفع بعدم دستورية تشريع معين يعتبر تقييدا غير مبرر يتعارض مع مبدأ تدرج القوانين، بمعنى أحقية القاضي في الدفع الذاتي بالامتناع عن تطبيق المقتضى التشريعي الأدنى وإهمال حكمه المخالف لمقتضيات الدستور الماس بحق أو حرية، مع إحالته الفورية على المجلس الدستوري حتى ولو لم يكن محل طعن من جانب أحد أطراف الدعوى، فقد لا ينتبه إلى أن الحكم التشريعي محلا لتطبيق مخالف للدستور. وبهذا لم يفعل المشرع عين الصواب حينما غيب تماما الدفع التلقائي بعدم الدستورية سواء من قضاة المحاكم أو أعضاء المجلس الدستوري، وإبقائه حكرا على الأفراد فقط، وفي هذا الصدد فما المانع إذا أثير الدفع بعدم الدستورية تلقائيا من طرف القضاء، بدلا من المتقاضين إذا كان من مقتضيات دولة القانون حماية أحكام الدستور، وبالنتيجة لذلك حماية الحقوق والحريات المعترف بها للأفراد.

كما يلاحظ أيضا قصر حق الطعن في مطابقة الدستورية على موضوع الحقوق والحريات، مع إقصاء كل المقتضيات الدستورية الأخرى خصوصا تلك المتعلقة بإجراءات وضع القوانين أو المقتضيات المتعلقة بتوزيع الاختصاص بين مجال القانون والمجال التنظيمي، فالرقابة الدستورية بهذا المعنى هي رقابة موضوعية للقانون لا تنصرف إلى إجراءات وقواعد صياغته¹⁵.

الفرع الثاني: عدم إمكانية الدفع بعدم دستورية التنظيمات

يتضح أنّ المؤسس الدستوري قد ضيق من دائرة القوانين التي يمكن للأشخاص الدفع بعدم دستورتها، حيث يطال الدفع التشريعات دون التنظيمات، وهذا ما صرحت به المادة 2/191 من التعديل الدستوري 2016، إذ نصت على أنه: 'إذا اعتبر نص تشريعي ما غير دستوري على أساس المادة 188 أعلاه فإن هذا النص يفقد أثره ابتداء من اليوم الذي يحدده المجلس الدستوري'. بينما الإخطار بعدم الدستورية من قبل السلطات العليا

¹³ - حميداتو خديجة، محمد بن محمد، "الدفع بعدم الدستورية في ظل التعديل الدستوري الجديد لسنة 2016"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 18، جامعة قاصدي مرباح - ورقلة، الجزائر، ص 333.

¹⁴ - محمد أتركين، دعوى الدفع بعدم الدستورية في التجربة الفرنسية، لإطار القانوني والممارسة القضائية، مطبعة النجاح الجديد، الجزائر، 2013، ص 64.

¹⁵ - المرجع نفسه، ص 46.

والبرلمانيين يشمل التشريع والتنظيم وهذا يستفاد من الفقرة الأولى من نفس المادة التي تنص: "إذا ارتأى المجلس الدستوري أن نصا تشريعيا أو تنظيميا غير دستوري فإن هذا النص يفقد أثره من يوم قرار المجلس". ويعتبر المتقاضين فقط مخولين دستوريا لإعمال الدفع بعدم الدستورية، كما هو منصوص عليه في المادة 1/188 من التعديل الدستوري المذكور.

وتماشيا مع هذا التوجه، يرى البعض أنه من الأجدر عدم إخضاع التنظيمات لمراقبة عدم الدستورية عن طريق الدفع، بل يجب أن تبقى محصورة بصفة عامة بالقوانين العادية التي تنظم العلاقة بين السلطات العامة والتي لا تهتم في الأساس بالحقوق والحريات المضمونة دستوريا¹⁶، لكن لا ننق إلى حد ما مع هذا الاتجاه لأن هناك من اللوائح أو التنظيمات التي قد تمس بحقوق وحريات الأفراد، ونأخذ مثلا تصريح مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 2000/05/08 بعدم مشروعية نص المادة 15 من النظام رقم 95-07 المؤرخ في 1995/12/23، الذي منح لمديرية الصرف سحب صفة الوسيط المعتمد لعمليات الصرف، في حين أن مقتضيات المادة 156 من القانون رقم 90-10 المتعلق بالنقد والقرض تؤكد هذا الاختصاص للجنة المصرفية في إطار سلطتها التأديبية¹⁷، فبتوسيع الكتلة الدستورية لتشمل تشريع النقد والقرض يعتبر النص التنظيمي موصوم بعدم الدستورية. وعلى خلاف القانون الجزائري تجيز بعض التشريعات المقارنة مثل التشريع البحريني بالظن في عدم دستورية اللوائح التنظيمية، وذلك ما جاء في نص المادة 12 من قانون المحكمة الدستورية¹⁸ نفس الشيء بالنسبة لما نص عليه الفصل 133 من الدستور المغربي¹⁹، وأيضا ما نص عليه الدستور التونسي في فصله²⁰ 123.

وبالتالي فإن تقوية مراقبة دستورية القوانين يجب أن تتسحب أيضا على القرارات التنظيمية المستقلة لرئيس الجمهورية باعتباره رئيس السلطة التنفيذية²¹، وكذا قرارات سلطات الضبط العاملة في المجال الاقتصادي والمالي

¹⁶- ليلي بن بغيلة، "دعوى الدفع بعدم الدستورية في ظل التعديل الدستوري لسنة 2016 استئناسا بالتجربة الفرنسية"، مجلة الشريعة والاقتصاد، العدد الثاني عشر، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية - قسنطينة، ديسمبر 2017، ص 70.

¹⁷- قرار مجلس الدولة الغرفة الخامسة، ملف رقم 002138، الصادر بتاريخ 2000/05/08، قضية يونين بنك ضد محافظ بنك الجزائر، مجلة مجلس الدولة العدد 06، ل 2005.

¹⁸- شعبان أحمد رمضان، "الدعوى الدستورية في النظام الدستوري البحريني"، دراسة مقارنة، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، ماي 2014، ص 141.

¹⁹- دستور المملكة المغربية، إصدارات مركز الدراسات وأبحاث السياسة الجنائية بمديرية الشؤون الجنائية والعفو، سلسلة نصوص قانونية - سبتمبر 2011، العدد 19.

²⁰- دستور الجمهورية التونسية ل 2014/01/26، موجود على الموقع الإلكتروني: [www. Albawsala.com](http://www.Albawsala.com)

²¹- أنظر المادة 1/43 من القانون رقم 16-01 مؤرخ في 2016/03/06، يتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية، عدد 14، الصادر في 2016/03/07.

نظرا للخطورة البالغة لهذه القرارات على الحريات الاقتصادية للمستثمرين، فالإبقاء على نص تنظيمي مخالف لنص تشريعي أعلى منه يعد خرقا للدستور طبقا للهرمية التي وضعها الدستور بين التشريعات.

الفرع الثالث: تضيق الدفع من حيث المحاكمات القضائية

يتفق الفقه الدستوري على أن تكريس طريق الدفع بعدم الدستورية يؤدي إلى بروز دور جهات أخرى في إطار الرقابة على دستورية القوانين، بحكم أن الطاعن لا يمكن رفع طعنه أمام المجلس الدستوري مباشرة²²، وإنما يستوجب عليه الاعتراض على الحكم التشريعي أثناء تطبيقه عليه، وهو شرط يجعل من المنازعة الدستورية مرتبطة بنزاع حقيقي معروض أمام القضاء على اختلاف درجاته ابتدائي، استئناف، نقض²³؛ بمعنى أنه لا يتم إثارة الدفع بعدم دستورية تشريع ما إلا إذا كان مسألة أولية وضرورية يتوقف الفصل في موضوع الخصومة على الفصل فيها.

وبالاستناد إلى المادة الثانية الفقرة الأولى من القانون رقم 16-18 يجب إثارة الدفع بعدم الدستورية بمناسبة محاكمة أمام جميع الهيئات القضائية مهما كانت طبيعتها سواء كانت محاكم عادية أو إدارية، وفي هذا الصدد فإن مفهوم المحاكمة في حاجة إلى توضيح في سياق النظام القضائي الجزائري، على اعتبار أن هذا الأخير يتضمن بالإضافة إلى المحاكم العادية والإدارية بعض الهيئات تتمتع بسلطة حل المنازعات²⁴، ومن بينها سلطات الضبط المستقلة مثل مجلس المنافسة الذي يمكنه توقيع عقوبات جزائية على الأعوان الاقتصاديين في حالة الإخلال بقواعد المنافسة²⁵. وكذا اللجنة المصرفية هي الأخرى تتمتع بسلطة قمعية في المجال المصرفي تخولها توقيع عقوبات تأديبية، والتي قد تصل إلى حد سحب اعتماد المؤسسة المصرفية التي يثبت عليها مخالفة أحكام وقواعد ممارسة النشاط البنكي²⁶.

²² Dragon Guillaume, « Le nouveau visage du contentieux constitutionnel », Revue Française de droit constitutionnel, n°84, 2010, p.751

²³ - وفقا لما ورد في نص المادة الثانية من القانون العضوي رقم 16-18، يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية.

²⁴ - محمد بوسلطان، ' إجراء الدفع بعدم الدستورية أفاق جزائرية جديدة'، مجلة المجلس الدستوري، العدد 08، الجزائر، 2017، ص 14

²⁵ - أنظر المواد من 56 إلى 62 من الأمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 يوليو، 2003 يتعلق بالمنافسة، ج.ر. عدد 43 الصادر في 20 يوليو 2003، معدل ومتمم.

²⁶ - أنظر المادة 114 من الأمر رقم 03-11، مؤرخ في 26/08/2003، يتعلق بالنقد والقرض، ج.ر. عدد 52، صادر في 27/08/2003، معدل ومتمم.

ويجب التذكير أن قرارات هذه الهيئات تخضع عموماً للطعن أمام القضاء العادي أو الإداري، وهذا يفترض أنه يجوز الدفع بعدم دستورية النصوص التشريعية أمام هذه الهيئات، لكن المشرع قد استبعد ذلك بطريقة ضمنية عندما حصر القانون الإجرائي الواجب التطبيق أمام المحاكم المثار أمامها الدفع في أحكام القانون العضوي رقم 18-06 المذكور وأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية وأحكام قانون الإجراءات الجزائية²⁷، من دون الإشارة إلى الإحالة على أي مقتضى إجرائي آخر منصوص عليه في نصوص خاصة²⁸، وخاصة الواردة في التشريعات المنظمة لمنازعات سلطات الضبط الاقتصادي والمالي، ومنها قانون النقد والقرض، قانون المنافسة، وقانون البورصة...

المبحث الثاني: عوائق تتعلق بإجراءات الدفع بعدم الدستورية

بغية نجاح الدفع بعدم الدستورية كوسيلة لحماية حقوق وحريات الأفراد، فإنه لا يكفي فقط تبسيط الشروط القانونية شكلية كانت أو موضوعية لقبوله أمام الجهات القضائية من أجل إحالته على المجلس الدستوري، بل يفترض كذلك تسهيل وعدم تعقيد إجراءات ومراحل سيره منذ إثارته إلى غاية الفصل في مدى دستوريته. وفي هذا السياق قد يمر الدفع بعدم الدستورية عبر ثلاث مراحل إجرائية واجبة الإتباع تبدأ بمرحلة إرساله إلى المحاكم العليا من طرف محاكم الدرجة الأولى أو الثانية (مطلب أول)، تليها إحالته على المجلس الدستوري (مطلب ثان)، وتأتي المرحلة الأخيرة المتعلقة بفحصه من طرف المجلس (مطلب ثالث)، وهذا ما يعني ضرورة التقيد بتلك الإجراءات باعتبارها شكلاً جوهرياً تبناه المشرع لتنظيم التقاضي في الدعوى الدستورية.

المطلب الأول: تقييم إجراءات إثارة الدفع أمام المحاكم أولى وثاني درجة

تبنى المؤسس الدستوري الجزائري الرقابة عن طريق الدفع متأثراً في ذلك بالنموذج الفرنسي الذي حافظ على الرقابة السياسية السابقة مع تطعيمها بدور قضائي متميز وفقاً للنموذج الكلسني²⁹، وفي هذا الإطار فقد يثار الدفع بعدم دستورية حكم تشريعي أول مرة أمام المحاكم الدرجة الأولى أو الثانية سواء كانت تنتمي إلى القضاء العادي أو الإداري، فتقوم بالبحث فيه وإذا استوفى الشروط المطلوبة تقوم بإرساله إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، حسب الحالة وفق إجراءات قانونية محددة.

²⁷ - أنظر المادة 05 من القانون العضوي رقم 18-16، يحدد شروط و كيفية تطبيق الدفع بعدم الدستورية.

²⁸ - أنظر المادتين 65 و 87 من الأمر 11-03، المتعلق بالنقد والقرض، وكذا المواد 30، 4/44، 47، 53، 63 من الأمر رقم 03-03، يتعلق بالمنافسة.

²⁹ - Rousseau (D), *Droit du contentieux constitutionnel*, préface de Georges Vedel, 7ème édition, Montchrestien Delta, Beyrouth, 2006, p.14.

لكن على الرغم من أهمية هذه المرحلة التي يتوقف عليها مصير مذكرة الدفع بعدم الدستورية، إلا أن القانون العضوي رقم 16-18 المنظم لها لم يحدد ميعادا معقولا لدراساتها (الفرع الأول)، ولم يلزم جهة الحكم بتسبيب القرار في حالة الرفض (الفرع الثاني)، ولا يسمح بالطعن المباشر في قرار الرفض (الفرع الثالث).

الفرع الأول: إشكالية ميعاد البث في إرسال الدفع

إن تحديد آجال معقولة تلتزم بها المحاكم الابتدائية والاستئناف للإجابة على جدية الدفع بعدم الدستورية الذي قد يثار أمامها أول مرة يكتسي أهمية كبيرة لا يمكن إنكارها، على اعتبار أنه الإجراء الأول الكفيل بإرسال الدفع إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، وبالتالي إنجاح الاستفادة من هذا الحق بالنسبة المتقاضيين فبدونه يتعذر معرفة قبوله أو رفضه، طالما أنه لا يسمح لهؤلاء من رفع الطعن المباشر مباشرة أمام القاضي الدستوري، على خلاف بعض التجارب لدى بعض الدول مثل، إسبانيا ألمانيا³⁰...

وفي هذا الصدد اشترط المشرع على قاضي الموضوع البث في مدى جدية الدفع بعدم الدستورية فورا³¹ بمعنى في الحين ومن دون إبطاء أو تأخير معلنا أولويته عن باقي إجراءات الدعوى وعلى أية دفع أخرى، فإن كان مقبولا ومستوفيا للشروط التي وضعها القانون يتم إرسال القضية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة مصحوبة بمذكرات الأطراف، وإن كان مرفوضا استأنف الفصل في الدعوى الأصلية.

في اعتقادنا لم يكن المشرع موقفا في إلزام جهات الحكم على البث الفوري في قبول مذكرة الدفع وذلك لسببين الأول أنه قد تتراخى جهات القضاء عن التأكد من توافر شروط القبول خاصة في ظل غياب أي جزاء يطالها في حالة مخالفتها لشروط الفورية. ومن جهة أخرى فإن فورية البث في الطلب قد يكون له أثرا سلبيا على حقوق وحريات الأفراد إذا كان القرار الصادر بالرفض معيبا في تقدير جدية الدفع.

³⁰ – Voir, les articles 161, 162 de la constitution Espagnol du 29/12/1978, Référencia : BOE-A-1978-40000 et les articles 93 et 100 de la loi fondamentale Allemand, du 23 mai 1949, Journal officiel fédéral, p. 1, BGBl. III 100-1.

³¹ – أنظر المادة 1/7 من القانون العضوي رقم 16-18، يحدد شروط و كيفية تطبيق الدفع بعدم الدستورية.

أما السبب الثاني، فيكمن في عدم منح أجلا معقولا للمحاكم حتى تثبت في مدى جدية الدفع مكتفيا بإلزامها بالبت فيه فوراً وإرساله في حالة قبوله في أجل 10 أيام كاملة من تاريخ صدوره³²، وهذا على عكس بعض التشريعات التي نصت على ميعاد مقبولا لدراسة مذكرة الدفع والتأكد من استقاء شروط قبولها، فنجد على سبيل المثال ما ذهب إليه المشرع المغربي في المادة 1/6 من القانون التنظيمي المحدد لشروط وإجراءات ممارسة الدفع بعدم الدستورية، التي توجب على محاكم الدرجة الأولى والثانية أن تتأكد من استقاء الدفع داخل أجل ثمانية أيام من تاريخ إثارته أمامها³³.

الفرع الثاني: عدم إلزامية تسبب قرار رفض إرسال الدفع

إن تسبب الدفع بعدم الدستورية مهم جدا بالنسبة لمثير الدفع فهو ضمان هامة لفهمه أسباب قرار رفض عدم إرسال الدفع إلى الجهات المعنية وتحديد موقفا بشأنه، خاصة وأن المشرع قد أجاز أن يكون محل اعتراض شريطة أن يطعن أولاً في القرار الفاصل في النزاع الذي طبق عليه المقتضى التشريعي أو جزء منه الناتج عنه هذا الدفع³⁴، كما يعتبر تسبب قرار الرفض وسيلة إقناع قضاء الاستئناف أو النقض بمشروعته، كما يسمح لهم بالاطلاع على مدى صحة تقدير المحكمة الأدنى بشأن استيفاء مذكرة الدفع بعدم الدستورية للشروط القانونية المطلوبة.

الفرع الثالث: إمكانية إطالة أمد وصولا لدفع إلى المجلس الدستوري

إلى جانب العقوبات المذكورة، يواجه الدفع بعدم دستورية التشريعات عقبة إجرائية، والتي من شأنها أن تنفر أطراف الدعوى من استعماله، كآلية للدفاع حقوقهم أو حرياتهم في حالة تعرضها إلى الإهدار أو الانتقاص جراء تنظيمها بموجب مقتضيات تشريعية، وتتجلى أساسا في إمكانية أن يأخذ آجلا طويلة تبدأ من يوم إثارته أمام القضاء إلى غاية إحالته على المجلس الدستوري.

وعليه ففي كل إجراء من هذه الإجراءات المتخذة أمام مختلف درجات التقاضي سوف يستغرق وقتا معينا، وهذا من وجهة نظرنا لا يخدم البتة آلية الدفع بعدم الدستورية لكثرة الإجراءات والمراحل التي يمر عبرها وإمكانية استغراقه وقتا طويلا لإيصاله إلى المجلس الدستوري للبت في مدى دستوريته. كما لا نكون مبالغين إذا قلنا إن القانون العضوي رقم 16-18 المنظم لشروط وإجراءات الدفع بعدم الدستورية أنه في حد ذاته غير دستوري، لأنه

³² - أنظر المادة 1/9 من القانون رقم 16-18، يحدد شروط و كيفية تطبيق الدفع بعدم الدستورية.

³³ - المملكة المغربية، مشروع قانون تنظيمي رقم 15-86، يحدد شروط وإجراءات تطبيق المادة 133 من الدستور، الامانة العامة للحكومة، المطبعة الرسمية، الرباط، 2016.

³⁴ - أنظر المادة 2/9 من القانون رقم 16-18، يحدد شروط و كيفية تطبيق الدفع بعدم الدستورية.

بهذه الإجراءات والمراحل المذكورة يكون قد أُرهِق صاحب المصلحة في استعمال حقه في إثارة الدفع بعدم دستورية المقتضى التشريعي الذي يراد تطبيقه على موضوع النزاع.

وبهذا لم يكن المشرع الجزائري موفقا في ذلك المسعى، عكس نظيره التونسي الذي يفرض على المحاكم إحالة الدفع الدستوري المثار أمامها فوراً على المحكمة الدستورية التي تقوم بالنظر فيه عبر مرحلتين، تحال في المرحلة الأولى مذكرة الدفع على لجنة خاصة للبحث في قبولها من حيث الشكل والإجراءات، وفي مرحلة ثانية تتولى الفصل في مدى دستورية الدفع إذا قبلت النظر في الإحالة³⁵.

المطلب الثاني: إجراءات إرسال أو إثارة الدفع أمام المحاكم العليا

حالما تتأكد محاكم الدرجة الأولى أو الثانية من استيفاء الدفع بعدم الدستورية للشروط القانونية المقررة تصدر قرارها بإرسال الدفع إما إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، إذ تعتبر بمثابة قاضي إحالة وسيط بين محكم الموضوع والمجلس الدستوري عندما يتم الطعن أمامها بمناسبة الطعن في الدعوى الأصلية بالاستئناف أو بالنقض، كما يمكن أن تكون بمثابة محاكم موضوع إذا أثير الدفع أمامها أول مرة.

إن تكريس نظام تصفية الدفع من شأنه ضبط تدفقاتها على المجلس الدستوري من خلال تأمين توزيع هذه التدفقات على درجات التقاضي، إلا أن فعاليته يقتضي الخلو من العيوب التي قد تؤثر على مصير هذه الدفع، منها عدم الإلزام بتسبيب قرارات رفض الإحالة (الفرع الأول)، وكذلك عدم إمكانية الطعن فيها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: عدم إلزامية تسبيب قرار رفض الإحالة الدفع

تتشرط المادة 17 من القانون العضوي 18-16 تسبيب القرارات المتضمنة إحالة الدفع بعدم الدستورية الصادرة إما عن مجلس الدولة أو المحكمة العليا على المجلس الدستوري، وعلى غرار عدم الإلزام في تسبيب قرارات رفض إرسال الدفع الصادرة عن محاكم الدرجة الأولى والثانية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة المشار إليها، لم يشترط المشرع أيضاً تسبيب قرارات رفض إحالة الدفع بعدم الدستورية إلى المجلس الدستوري بالرغم من خطورته، الأمر الذي من شأنه عدم وصولها إليه بحكم أنه لا يتلقاها من المتقاضين مباشرة وإنما عن طريق الإحالة، بكونها حلقة مفصلية في سلسلة الإجراءات المتعلقة بسير هذه الدفع.

³⁵ - أنظر المادة 56 من القانون الأساسي عدد 50 لسنة 2015، مؤرخ في 2015/12/03، يتعلق بالمحكمة الدستورية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 98، صادر في 2015/12/08.

وعليه يوجد ما يستدعي فيما يخص القرارات المتضمنة لا وجه لإحالة الدفع بعدم الدستورية على المجلس الدستوري تسبيب أعمق وأمتن من لو كان الأمر يتعلق بتسبيب قرارات الإحالة، حتى يقتنع مثير الدفع بقرار رفض الإحالة وتزيد ثقته في قدرة ونزاهة المحكمة العليا أو مجلس الدولة أنها فعلت عين الصواب بحكم أنهما الجهتان اللتان تحتلان أعلى درجة في الهرم القضائي.

الفرع الثاني: عدم إمكانية الطعن في قرارات رفض إحالة الدفع

هناك مخاوف من أن يتحول اختصاص كل من مجلس الدولة أو المحكمة العليا تجاه الدفع بعدم الدستورية من قضاء إحالة للمسألة الأولية الدستورية على المجلس الدستوري إلى قضاء دستوري يفصل في مدى دستورية المقتضيات التشريعية، لاسيما إذا ما أساء استعمال سلطته في دراسة وفحص مذكرات الدفوع المثارة أمامه أول مرة أو المرسلة إليه من قبل المحاكم الأدنى، إذا ما أضيف إلى ذلك واقع أن القرارات الصادرة عنه بعدم الإحالة هي قرارات نهائية غير قابلة لأي طعن.

باعتبار أن قرار رفض الإحالة هو بمثابة اعتراف بعدم وجود مشكلة تتعلق بالدستورية، ومن ثمة لا يحق لصاحب الشأن أن يطعن فيه بالطرق المقررة للطعن، حتى وإن لم يشر المشرع إلى ذلك صراحة على اعتبار أن كل من مجلس الدولة والمحكمة العليا يشكلان أعلى وآخر درجة في التقاضي، لذا فمن المنطقي أنه لا يمكن الطعن في قراراتهما المتضمنة رفض إحالة الدفوع بعدم الدستورية المرسلة إليهما من محاكم أدنى درجة أو عن طريق ما يقدم أمامهما من دفوع بمناسبة الطعن بالاستئناف أو بالنقض، أو عن طريق الدفع الذي يقدم أمامهما مباشرة خلال خصومة تنظر فيها في أول وآخر درجة³⁶.

في غياب ضمانات الطعن ضد القرارات الصادرة بلا وجه للإحالة فمن المتوقع الحد من الفرص الحقيقية للمجلس الدستوري نفسه في مراجعة تقدير أو مراقبة نظام غريبة الدفوع، وهذا بدوره سيؤثر لا محالة بشكل سلبي على دوره في مجال حماية الحقوق والحريات، فضلا عن ذلك قد يكون هذا النظام كابحا لتطور الاجتهاد القضائي في مجال الدفع بعدم الدستورية القوانين³⁷.

³⁶-محمد أتركين، المرجع السابق، ص146.

³⁷-أنظر المواد: 2/33، 1/43 و 52 الفقرة الأخيرة من التعديل الدستوري لـ 2016.

الفرع الثالث: عدم أهلية القضاء في تصفية الدفوع

وإذا كان لا يمكن لأحد إنكار مدى أهمية منح المؤسس الدستوري للأفراد آلية الدفع بعدم دستورية القوانين، لكن تبقى هذه الآلية من دون جدوى، إذ يمكن تعطيلها لاسيما إذا أساء قاضي الموضوع أو أخطأ في تقدير مدى استيفاء مذكرة الدفع للشروط القانونية وخاصة تقدير شرط جدية الدفع. وعليه فإذا وقع في ذلك يكون قد قطع الطريق أمام المجلس الدستوري للنظر في دستورية القانون المطعون فيه، مما قد يجعل مآل الإصلاح الدستوري المتعلق بالدفع بعدم الدستورية متحكما فيه من قبل القضاء.

من خلال ما تقدم نستنتج بأن المؤسس الدستوري قد منح قضاة الموضوع دورا هاما في مسار الدفع بعدم الدستورية كآلية لحماية الحقوق والحريات العامة، وبالنتيجة فمن أجل الاضطلاع بهذا الدور الكبير وأدائه بشكل فعال فلا بد أن يكون جهاز القضاء في بلادنا على قدر كبير من الاستقلال والتخصص اللازم، حتى لا يحيد عن عنصر الموضوعية والنزاهة في دراسة، وفحص مذكرات الدفع بعدم دستورية التشريعات المثارة من قبل الأفراد.

المطلب الثالث: إجراءات إحالة الدفع على المجلس الدستوري

إن نجاح المجلس الدستوري في رقابة الدفوع بعدم الدستورية يقتضي تحديد المعايير التي بموجبها يمكنه رقابة السلطة التقديرية للمشرع في تنظيم الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور (الفرع الأول)، وأن يتمتع هو الآخر باستقلالية كافية (الفرع الثاني)، وأن ينظر في المسائل المحالة إليه في آجال معقولة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الصعوبة في تقدير المجلس الدستوري لسلطة تقدير المشرع

إن الوضع الذي ستكشف عنه الممارسة العملية حول مسألة النظر في الدفوع بعدم دستورية الأحكام والقواعد التشريعية سيتسم بالتعقيد في غياب نص تشريعي أو دستوري يوضح حدود ممارسة سلطة القاضي الدستوري ما إذا كان فصله في مدى دستوريته يقتصر على الأسانيد القانونية، أم يتجاوز ذلك إلى المعطيات الواقعية الواردة بملف القضية، بعبارة أخرى هل الرقابة الدستورية هي رقابة مطابقة للنص التشريعي المطعون بعدم الدستورية مع حكم وارد في الدستور أم هي رقابة ملائمة أم تجمع الاثنين معا؟

لقد سار المؤسس الدستوري الجزائري ذات المسار الذي سلكته غالبية الدساتير بأن خصص الفصل الرابع من الباب الأول للنص على الحقوق والحريات، كما أوكل أمر تنظيمها من أجل ممارستها إلى المشرع بموجب نصوص تفصيلية منها حق الجنسية، حرية الاستثمار والتجارة، وحق إنشاء الأحزاب السياسية³⁸. لكن كي يقوم المجلس الدستوري بدوره بشكل نوعي في مجال البث في الدفوع بعدم الدستورية يستوجب الأمر أن يكون له معيار واضح للتمييز بين التنظيم المباح للحقوق والحريات، والتقييد المحظور لها في ظل إمكانية توقع إساءة استخدام المشرع للسلطة التقديرية في تنظيمها.

على الرغم من تصور حدوث هذه الإمكانية إلا أن المؤسس الدستوري لم يضع معيارا بين التنظيم المحظور للحريات والحقوق والتنظيم المباح، وبالتالي عدم مسايرته في هذا الشأن دساتير عديد الدول الأخرى، مثل دستور جنوب إفريقيا الذي نص على أنه من غير المقبول لنص تشريعي تقييد الحقوق بقدر غير معقول أو مبرر، نفس الشيء بالنسبة للدستور التركي والعراقي والمصري... حيث نصت على عدم جواز لأي تشريع يكون بصدد تنظيم لحق أو حرية أن يمس بجوهرهما³⁹.

يعتبر عدم مساس التشريع بجوهر الحق قيذا تتفق عليه جل الدساتير، وعلى أهميته فإنه يبقى معيار غير كافي للتضييق على المشرع في وضع القيود، وعليه ذهب بعض الفقه إلى تعزيزه بقيود أخرى وتتعلق بالزام سلطة التشريع عندما تضطلع بمهمة تنظيم الحقوق والحريات ألا تصادرها أو تنقص منها، وألا تجعل من استعمالها أمرا شاقا أو مرهقا بالنسبة للأفراد⁴⁰.

الفرع الثاني: مدى استقلالية المجلس الدستوري

تعتبر استقلالية المجلس الدستوري شرطا ضروريا لنجاحه في نظر الدفوع بعدم دستورية التشريعات بشكل حيادي وموضوعي، وعلى الرغم من الإصلاحات الدستورية لسنة 2016 التي مسته، ومن أبرزها التي عملت على إحداث توازن بين السلطات الثلاث الممثلة فيه، أو التي فرضت شروطا التخصص والخبرة المهنية في أعضائه وضمان عدم قابليتهم للعزل وتمتعهم بالحصانة القضائية وعدم قابلية العهدة للتجديد⁴¹ إلا أنها تبقى غير كافية لإبعاده عن التبعية والضغطات التي تمارسها عليه السلطة التنفيذية.

³⁸ عبد المنعم كيو، القيود الدستورية في تحديد القانون لضوابط الحقوق والحريات الأساسية في الدساتير الحديثة بالبلدان العربية، دراسة مقارنة، الكتاب السنوي للمنظمة العربية للقانون الدستوري، تونس، 2015، 2016، ص 135، 138.

³⁹ مروان محمد محروس المدرس، المرجع السابق، ص 356.

⁴⁰ أنظر المواد: 183، 184، 185 من التعديل الدستوري 2016.

⁴¹ أنظر المادة 2/189 من التعديل الدستوري لسنة 2016.

ومن مظاهر تبعية المجلس الدستوري للسلطة التنفيذية تفوق رئيس الجمهورية في نوعية تعيين أعضائه، حيث يتمتع بتعيين أربعة أعضاء أهمهما رئيس المجلس الذي يحتل مركزا ممتازا بفضل صوته المرجح في حالة تعادل الأصوات، وهذا ما صرحت به الفقرة الثانية من المادة 183 من التعديل الدستوري لسنة 2016، فضلا عن ذلك فإن القضاة الأربعة المنتخبون من طرف المحكمة العليا ومجلس الدولة في الأصل معينون من قبل رئيس الجمهورية، أضف إلى ذلك أن الأربعة أعضاء المتبقية المعينة من البرلمان بغرفتيه لا يتمتعوا بالاستقلالية طالما أن الأغلبية البرلمانية تنتمي إلى نفس اللون السياسي الذي ينتمي إليه رئيس الجمهورية، أو ما يعبر عنه بمبدأ الفصل الصوري بين السلطات.

ومن جانب آخر، فإذا كان المشرع قد حدد الحد الأدنى لسن عضو المجلس الدستوري المقدر بأربعين سنة كحد أدنى، فإنه في المقابل أغفل تحديد حده الأقصى، وعليه فقد يغلب على تشكيلته عنصر الشيوخ مع العلم أن السن المتقدم كثيرا قد لا يساعد العضو على اتخاذ القرار الصائب، وخاصة إذا نظرنا إلى أهمية وخطورة الدور الموكول إليه في هذا المقام، ألا وهو التصدي للتشريعات المخالفة لأحكام الدستور والمنتهكة لحقوق وحرّيات الأفراد. كذلك وعلى الرغم من إيجابية اشتراط عنصر التخصص والكفاءة على مستوى المجلس الدستوري، غير أن تحقق هذا الشرط في الأعضاء المعينة من طرف رئيس الجمهورية أو غرفتي البرلمان غير مضمون بسبب إدراج المؤسس الدستوري لمنصب "وظيفة عليا في الدولة"، الذي يمكن سلطة التعيين من التعيين على أساسه.

لكن الملاحظ على عبارة "وظيفة عليا في الدولة" أنها وردت في المادة 184 الفقرة الأخيرة من التعديل الدستوري بشكل غامض يثير اللبس في تحديد جوهرها، في غياب معيار يتم بموجبه الفصل بين وظائف الدولة التي تعتبر عليا والوظائف التي لا تأخذ هذا الوصف. ومن جهة أخرى فإن تعيين أعضاء المجلس الدستوري استنادا إلى الأساس المذكور قد يجعل أصحابه بعيدين كل البعد عن التخصص في مجال القانون العام وعن القانون الدستوري بوجه خاص، وبعيدين أيضا عن الخبرة المهنية في سلك التعليم العالي في ميدان القانون أو القضاء أو المحاماة، وعليه فإذا تخلف عنصر التخصص أو الكفاءة في بعض الأعضاء، فسوف يؤثر بلا شك على استقلال المجلس وعلى فعاليته المنتظرة منه في مجال حماية حقوق وحرّيات الأفراد، عن طريق آلية الدفع بعدم دستورية التشريعات.

الفرع الثالث: عدم معقولية آجال فصل المجلس الدستوري في الدفع

إن ممارسة الدفع بعدم الدستورية إلى غاية الفصل فيه قد يطول أمده، بحكم أنه يمر عبر ثلاث مراحل: مرحلة قاضي الموضوع الذي هو ملزم في حالة قبول مذكرة الدفع بعدم الدستورية، بتوجيه قرار إرسال الدفع إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، والتي بدورها تقوم بإحالتها على المجلس الدستوري الذي يجب أن يفصل فيه بقرار خلال أربعة أشهر التي تلي تاريخ الإخطار، مع إمكانية تمديد هذا الأجل مرة واحدة⁴²، وعليه فقد يستغرق الفصل النهائي في الدفع بعدم الدستورية ما لا يقل عن ثمانية (08) أشهر، وبالنتيجة لذلك سيطول أمد النزاع بشكل أكثر وستتقد آلية الدفع بعدم الدستورية كنهها وفعاليتها في ضمان صيانة حقوق وحرّيات الأفراد المكفولة دستوريا، وفي الوقت ذاته يمكن أن يؤدي ذلك إلى تعطيل الفصل في دعوى الموضوع.

في حين لو نظرنا في ميعاد الفصل في الدفع بعدم الدستورية لدى العديد من النظم القانونية المقارنة نجدها تحمل آجالا مخلفة لكنها معقولة وقريبة من المنطق القانوني، فقد تصل في القانون التونسي إلى ستة (06) أشهر⁴³، وفي القانون الفرنسي ثلاث (03) أشهر⁴³، في حين لا يتعد ستين (60) يوما في القانون المغربي⁴⁴، وثلاثين (30) يوما في التجربة السورية⁴⁵.

وفي ذات السياق لم تقيد المادة 24 من القانون العضوي 16-18 المجلس الدستوري بأجل من أجل تبليغ القرار المتخذ بشأن الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، ونفس الشيء لم يحدد أي أجل بالنسبة للمحكمة أو المجلس بشأن تبليغ القرار المذكور إلى أطراف الدعوى، على الرغم من أهمية وخطورة هذه الآجال وتأثيرها على حقوق وحرّيات الأفراد إذا طال أمدها.

خاتمة

خلاصة لما تقدم يمكن القول إن المؤسس الدستوري الجزائري في سنة 2016 قد خطى خطوة جريئة وهامة بتكريس آلية الدفع بعدم الدستورية، وذلك بغية حماية حقوق وحرّيات الأفراد من بعض المقتضيات التشريعية غير الدستورية التي قد تنتهك جوهرها أو تنقصها أو تجعل ممارستها مرهقة وشاقة، لكن ثمة عوائق تحد من فعالية الآلية المذكورة في حماية حقوق وحرّيات الأفراد المكفولة في الدستور، تم استخلاصها من دراسة النصوص التنظيمية المحددة لشروط وإجراءات تطبيقها:

⁴² -أنظر الفصل 60 من القانون الأساسي عدد 50 لسنة 2015، مؤرخ في 2015/12/03، يتعلق بالمحكمة الدستورية.

⁴³ - Voir, l'article 23-10 de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la constitution, Journal Officiel de la République Française, du 11 décembre 2009.

⁴⁴ -أنظر المادة 21 من مشروع قانون تنظيمي رقم 15-86، يحدد شروط وإجراءات تطبيق المادة 133 من الدستور.

⁴⁵ -أنظر المادة 38/أ من القانون رقم 7، يتعلق بقانون المحكمة الدستورية العليا، دمشق، الصادر في 2014/04/16.

01- ففي البداية هناك التباس وعدم دقة ووضوح بعض المفاهيم والعبارات المرتبطة بشروط قبول مذكرة الدفع، ويظهر ذلك في مفهوم الحقوق والحريات محل الحماية الدستورية ما إذا كانت هذه الحماية تقتصر على الحقوق التي تتضمنها الوثيقة الدستورية بمفهومها الشكلي أو الموضوعي، كما يتجلى أيضا في مفهوم عبارة "حال تغيير الظروف"، باعتبارها استثناء يرد على عدم إمكانية الدفع بعدم دستورية نص تشريعي سبق الفصل فيه، وكذلك يظهر الغموض في مفهوم عبارة "جدية الدفع"، وفي عدم تحديد معايير تقدير هذه الجدية على الرغم من كونها تشكل أهم شرط لقبول الدفع.

02- كما أن هناك تضيق لممارسة للدفع من جهات عدة، فمن حيث الأشخاص في جعله مقصورا إلا على أطراف الدعوى الأصليين، أضف إلى ذلك عدم جواز إثارته تلقائيا من طرف القاضي، أما من حيث التشريع فلا يمكن الدفع بعدم دستورية التنظيمات على الرغم من خطورتها على الحقوق والحريات، وأما من حيث المحاكمات فهو لا يسري إلا على المنازعات التي تجري أمام المحاكم العادية أو الإدارية، دون الإشارة إلى الهيئات التي تتمتع بسلطة حل المنازعات بموجب نصوص خاصة مثل سلطات الضبط.

03- أما ما يؤخذ على المشرع من حيث إجراءات الدفع، فإنه لم يشترط على قاضي الموضوع تسبيب قرار رفض إحالة الدفع أمام المجلس الدستوري، وهذا ما يتنافى مع مبدأ الشفافية والنزاهة التي تقتضيها أي معالجة قانونية لطلب من الطلبات، فضلا عن ذلك غياب معايير واضحة يمكن أن يستخدمها المجلس للتمييز بين التنظيم التشريعي المباح للحقوق والحريات والتقييد المحظور لها.

04- بالإضافة إلى ما سبق نلاحظ افتقار القاضي العادي أو الدستوري للمقومات الكافية التي تؤهله القيام بهذا الدور، ويتجلى ذلك في عدم تمتعه بالاستقلالية الكافية، وربما حتى التخصص الذي يسمح له بالتحكم في مسار الدفع والفصل فيه بكل موضوعية وحياد بعيدا عن أي ضغط أو ارتجال. وعلاوة على ذلك فقد يستغرق الدفع من تاريخ إثارته إلى غاية الفصل فيه آجالا طويلة قد تتجاوز عشرة (10) أشهر.

لكن ومن أجل تفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية التي جاء بها التعديل الدستوري 2016 لحماية الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، وذلك بعدم إفلات أي مقتضى تشريعي من قبضة الرقابة الدستورية، يستوجب تطهير شروط إجراءات الدفع من كافة العوائق التي تواجه ممارسته على النحو الآتي:

01- بداية يستوجب على المشرع رفع الغموض الذي يكتنف مدلول بعض العبارات المشار إليها سابقا والتي نصت عليها المادة 9 من القانون العضوي 16-18 المحدد لشروط وإجراءات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، فالتحديد الدقيق لمفهوم هذه العبارات يشكل ضمانا مهمة لتقادي التعسف المحتمل من قضاة الموضوع في تقدير مدى استيفاء مذكرة الدفع بعدم الدستورية لهذه الشروط، وبالتالي تكون حظوظ إحالة الدفع على المجلس الدستوري كبيرة.

02-ينبغي على المجلس الدستوري أن يسلك نفس طريق الرقابة السابقة على دستورية القوانين، بتوسع الكتلة الدستورية حالما يفصل في الدفوع بعدم الدستورية المحالة عليه، ولا يقتصر على مراقبة مدى احترام التشريع لحقوق وحرّيات الأفراد على الوثيقة الدستورية. كما يجب توسيع الدفع بعدم دستورية ليشمل التنظيمات وعدم قصره على الأحكام التشريعية فقط.

03-يجب تسهيل إجراءات الولوج إلى القضاء الدستوري، حتى يتمكن المتقاضين وجهات القضاء من مباشرة المسار الإجرائي للدفع بعدم الدستورية، وذلك بمراجعة قوانين الإجراءات المدنية والجزائية حتى تتكيف معه، كما يجب توسيع ممارسة الدفع ليشمل المتدخلين أو المدخلين في الخصام، وكذا إمكانية إثارته من قبل قاضي الموضوع، ومن جهة أخرى فمن الضروري تسبب قرارات رفض إحالة الدفع وتكريس آجالاً معقولة تحكم مساره إلى غاية الفصل فيه.

04-من الضروري إرساء الأسس الكفيلة بضمان استقلالية جهاز القضاء وتكوين قضاة متخصصين في القانون الدستوري، حتى يسهل عليهم فحص جدية الدفوع بعدم الدستورية، خاصة أن المحاكم العليا هي الجهة التي تحيلها على المجلس الدستوري، إذ يمكن أن تتعامل معها بناء على اعتبارات سياسية، فيترتب على ذلك عدم إحالة الدفوع حتى ولو كانت مؤسسة.

05-إدراج مقتضى في القانون التنظيمي ينص على أحادية مراجعة للدفع بعدم الدستورية من طرف محاكم أول وثاني درجة على الفور على المجلس الدستوري، وإنشاء لجنة على مستوى المجلس نفسه للنظر في قبول الدفع بدلاً من ازدواجية المراجعة.