

تعدّ الرقابة على دستورية القوانين من أهمّ المواضيع التي تتناولها الدراسات في مجال القانون الدستوري، و مفاد هذه الرقابة هو ضمان سمو النصّ الدستوري على باقي القوانين بما يقتضي أن لا تتعارض نصوصها و أحكامها مع نصوص و أحكام الدستور و إلاّ اعتبرت غير دستورية، لذلك تعنى الدساتير في العالم بالنص على آليات ممارسة هذه الرقابة حرصاً على توافق التشريع مع الدستور و منع كل مخالفة له، و ذلك من خلال هيئات تمارس رقابتها على دستورية القوانين إما بصفة آلية أو بإخطار من أشخاص القانون المحددين حسب كل دستور، بعد مصادقة البرلمان على النص التشريعي و قبل إصداره من طرف السلطة المخولة بتوقيعه و إصداره، وتوصف الرقابة في هذه الحالة بالرقابة القبليّة

وقد تمارس هذه الرقابة بالشروط المنصوص عليها دستوريا بعد صدور النص التشريعي و بدء العمل به إما عن طريق دعوى أصلية أمام هيئة رقابة دستورية كما هو الحال في النظام المصري، أو أمام هيئة قضائية عادية كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية تهدف إلى إبطال سريان القانون ليصبح عديم الأثر بسبب عدم دستوريته. أو عن طريق الدفع بمناسبة النظر في دعوى قضائية أمام هيئة من هيئات القضاء العادي أو الإداري، يثيره أحد أطراف هذه الدعوى مفاده أن الحكم التشريعي الحاسم في النزاع الذي تضمنته تلك الدعوى مخالف للدستور مما يستدعي إحالة هذا الدفع على الهيئة المخول لها مراقبة دستورية القوانين للفصل في ذلك الدفع و توصف حينها هذه الرقابة بالرقابة البعدية¹.

إلاّ أنه هناك تباين في تبني الأسلوب الذي تباشر به الرقابة على دستورية القوانين عن طريق آلية الدفع، حيث إنّ بعض الدساتير قد عهدت بهذه المهمة إلى هيئة سياسية، في حين عهد بعضها الآخر بهذه المهمة إلى هيئة قضائية، فالرقابة على دستورية القوانين نوعان: رقابة قضائية و رقابة سياسية²، و لقد اختار المؤسس الدستوري الجزائري هذه الأخيرة كوسيلة للرقابة على دستورية القوانين³.

¹ - عبد الكريم دغلاش، معالجة عدم الدستورية من قبل قاضي الموضوع، مداخلة أقيمت في الندوة الوطنية حول الدفع بعدم دستورية القوانين، مركز الجزائر الدولي للمؤتمرات، يومي 10 و 11 ديسمبر 2018، ص 1.

² - عمر عبد الله، (الرقابة على دستورية القوانين دراسة مقارنة) مجلة جامعة دمشق، العدد الثاني، المجلد السابع عشر، 2001، ص 4.

³ - بوسطة شهرزاد و مدور جميلة، (مبدأ الرقابة على دستورية القوانين وتطبيقاته في التشريع الجزائري)، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد 4، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص 344.

لقد شهدت الحياة الدستورية في الجزائر منذ الاستقلال الوطني أربعة دساتير أسست معالمها الكبرى على الأوضاع السياسية التي كانت قائمة و التوجهات الإيديولوجية السائدة وقت صدورها، و هي على التوالي دساتير 1963، 1976، 1989، 1996، فإذا كان دستور سنة 1976 المعدل في سنة 1986 لم يعالج البتة موضوع الرقابة الدستورية، فإن دستور 1963 الذي لم يدم العمل به طويلا و تم تجميده و بعده دستوري 1989 و 1996 عند صدورهم نص كل منهم على تأسيس مجلس دستوري تكون من بين مهامه مراقبة دستورية القوانين بإخطار من رئيس الجمهورية ورئيس البرلمان (المجلس الوطني في دستور 1963، المجلس الشعبي الوطني في دستور 1989 و أضيف رئيس مجلس الأمة في دستور 1996) مكرسين بذلك الرقابة القبلية كما سبق نكرها دون الرقابة البعدية، لكن جاء التعديل الدستوري لسنة 2016 كترجمة لإرادة في ترسيخ أسس الديمقراطية التشاركية من خلال توسيع مجال إخطار المجلس الدستوري¹. إضافة إلى إدراجه آلية جديدة لم تعرفها التجربة الدستورية الجزائرية ألا وهي " الدفع بعدم الدستورية " بموجب المادة 188 من القانون 01-16 المتضمن التعديل الدستوري متبنيا ما أقرته التجربة الدستورية الفرنسية بعد التعديل الدستوري لعام 2008 فيما يسمى: "مسألة أولوية الدستورية" .

و انطلاقا من أهمية إثارة مسألة دستورية نص تشريعي و خصوصا ما يمس بالحقوق و الحريات الأساسية المضمنة في الدستور²، سوف نقسم الدراسة في مبحثين، بداية بالرقابة على الدستورية عن طريق الدفع في الأنظمة المقارنة في المبحث الأول، أما الثاني فيتم التطرق فيه للدفع بعدم الدستورية في ظل التعديل الدستوري الجديد 2016.

¹ - عبد الكريم دغلاش، المرجع السابق، ص 2.

² - بلمهيدي ابراهيم، (آلية الدفع بعدم الدستورية في أحكام تعديل الدستور الجزائري 2016)، مجلة الدراسات القانونية،

المجلد 03، العدد 01، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص 2 .

المبحث الأول

الرقابة على الدستورّية عن طريق الدفع في الأنظمة المقارنة.

يعتبر الدستور القانون الأسمى و الأعلى في الدولة و سموه من الخصائص الرئيسيّة لقيام دولة القانون التي تعتبر من مقتضيات الديمقراطية الفعلية، و حتى يتحقق هذا السمو لابد من وسائل و آليات تضمن وجوده و تطبيقه أهمها الرقابة على دستورّية القوانين لا سيما من خلال آلية الدفع بعدم الدستورّية المتاحة للمتقاضي أثناء نظر دعواه¹.

حيث تعني رقابة دستورّية القوانين التحقق من مخالفة القوانين للدستور تمهيدا لعدم إصدارها إذا كانت لم تصدر بعد، أو لإلغائها أو الامتناع عن تطبيقها إذا كانت قد صدرت².

و المسلم به أن القوانين المخالفة للدستور تعدّ باطلة إلا أن البحث يثار بشأن السلطة المختصة بتقرير بطلان القوانين التي تخرج عن أحكام الدستور، و هذه السلطة بالضرورة تكون مستقلة عن السلطة التشريعية مهمتها مراقبة مدى تطابق القوانين مع الدستور، و مسألة الرقابة الدستورّية لا تثار إلا في الدول التي تتميز دساتيرها بالجمود، حيث يجب لتعديل الدساتير الجامدة إجراءات خاصة تختلف عن الإجراءات الواجب إتباعها في تعديل الدساتير المرنة و القوانين العادية³.

إلا أن هناك تباين في تبني الأسلوب الذي تباشر به هذه الرقابة، لأجل ذلك تقسم الرقابة الدستورّية إلى أصناف عديدة، من حيث الجهة التي تمارسها تنقسم إلى سياسية و قضائية و من حيث ممارستها قد تكون رقابة قبلية أو بعدية، أما من حيث مجالها فمنها من تقتصر على مراقبة النصوص القانونية التي تدخل في اختصاص السلطتين التشريعية و التنفيذية، ومنها من تمتد حتى إلى أحكام القضاء، و أما من حيث آثارها فمنها من تستهدف إلى إلغاء

¹ - محمد بن أعراب، (آلية الدفع بعدم دستورّية القوانين في الأنظمة الدستورّية المقارنة)، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد

السادس عشر 2018، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف، ص 10.

² - محمد محمد عبده إمام، الوجيز في شرح القانون الدستوري، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 104.

³ - رشيدة العام، المجلس الدستوري الجزائري، دون طبعة، دار الفجر للنشر و التوزيع، بسكرة، 2006، ص 10.

الحكم المخالف للدستور و تنقية النظام القانوني منها، و منها من تستبعد تطبيقه فقط و يعود هذا التنوع إلى المناخ السياسي لكل بلد الذي يتكيف معه في إقامة الدولة العادلة. لقد كان النموذج الأوروبي للقضاء الدستوري ملهما لغالبية الدول العربية، حيث كانت مصر السبابة لذلك، و هناك من أفضت إما بالتخلي عن الرقابة السياسية لصالح رقابة قضائية كما هو الحال في المغرب و تونس، أو محاولة إصلاحها وتفعيلها و هو ما اتجهت إليه الجزائر، إلا أن التجديد البارز و الذي يمثل القاسم المشترك هو تمكين المتقاضين من الدفع بعدم دستورية القوانين المطبقة على النزاعات المعروضة أمام القضاء¹. فالرقابة على دستورية القوانين لا تتخذ شكلا واحدا فقد تسند هذه الرقابة إلى هيئة سياسية، و قد تسند إلى هيئة قضائية²، و على هذا الأساس نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول نتناول فيه الرقابة على الدستورية عن طريق الدفع في الأنظمة التي طبقت الرقابة القضائية (الأنظمة الأنجلوسكسونية)، و المطلب الثاني في الأنظمة التي طبقت الرقابة السياسية (الأنظمة الفرانكفونية).

المطلب الأول:

الرقابة على الدستورية عن طريق الدفع في الأنظمة التي طبقت الرقابة القضائية.

تطورت الدول تطورا كبيرا عبر الحقب التاريخية و تطورها هذا جعل الأفراد يطالبون أكثر بحقوقهم المختلفة، و هذا ما جعل الدولة تسعى من خلال مؤسساتها و هيئاتها إلى ممارسة السلطة عن طريق أفراد الشعب لتنظيم هذه الحقوق و الحريات و استقرار النظام السياسي بداخلها و بالتالي تحقيق الديمقراطية³.

التطور السياسي للمجتمعات جعل من القاضي أداة لتطبيق القانون، فتطبيق القانون الوضعي يعد مهمة عظيمة و نبيلة و السلطة القضائية التي تراقب القاضي بتطبيقه للقانون،

¹ - عمار ع باس، شروط الدفع بعدم دستورية القوانين الماسة بالحقوق و الحريات المكفولة دستوريا، مداخلة أقيمت في

إطار الملتقى الوطني حول المجلس الدستوري الجزائري في ضوء تعديل 06 مارس "إصلاحات مقررة في انتظار الممارسة" جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 27-04-2017، ص 09.

² - فوزي أوصديق، الوافي في شرح القانون الدستوري الجزائري، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2017، ص 185.

³ - رشيدة العام، المرجع السابق، ص 1.

و تعتبر الرقابة القضائية رقابة علاجية، فالرقابة القضائية على دستورية القوانين يقصد بها إنشاء سلطة أو جهة قضائية متخصصة للنظر في دستورية القوانين و اللوائح¹.
 يمارس القضاء الرقابة بطرق متعددة منها الرقابة عن طريق الدعى الأصلية و الرقابة عن طريق المزج بين أسلوبى الدفع الفرعى و الدعى الأصلية و رقابة امتناع (الرقابة عن طريق الدفع الفرعى)²، و هذا ما يهمننا فهو يتطور حسب الظروف التاريخية و السياسية و الاقتصادية لكل دولة حسب دستورها، سواء في الولايات المتحدة الأمريكية التي تعتبر مهدها أو في إيطاليا أو في مصر.
 على هذا الأساس نقوم في هذا المطلب بعرض لنماذج التي طبقت الرقابة على الدستورية عن طريق الدفع في كل من الولايات المتحدة الأمريكية كفرع أول و في إيطاليا كفرع ثاني و في مصر كفرع ثالث.

الفرع الأول:

الرقابة القضائية عن طريق الدفع في الولايات المتحدة الأمريكية.

لقد نشأ أسلوب الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية وقد ظهر هذا الأسلوب نتيجة لاجتهاد قضائي من المحكمة الاتحادية العليا. و نقلته فيما بعد العديد من النظم السياسية، و جعلته نظامها الأساسي لممارسة الرقابة القضائية التي نشأت و تطورت نتيجة عدة عوامل³.
 و التجربة الأمريكية في الرقابة على دستورية القوانين من أقدم التجارب و أكثرها ثراء و أبعدها تأثيرا. و قد ظلّت هذه التجربة طوال القرن التاسع عشر و بداية القرن العشرين التجربة الوحيدة في الرقابة على دستورية القوانين، إلى أن بدأت في أوروبا عقب الحرب العالمية الأولى، و بعد ذلك بدأت في الانتشار الواسع في النصف الثاني من القرن العشرين. حيث تعد رقابة الدستورية في الولايات المتحدة الأمريكية رقابة امتناع و ليست إبطال -كما هو الحال في مصر- و مرد ذلك أن رقابة الدستورية في أمريكا تكاد تكون المحكمة

¹ - محمد محمد عبده إمام، المرجع السابق، ص 122.

² - هاني علي الطهراوي، النظم السياسية و القانون الدستوري، الطبعة الأولى، الإصدار الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص ص 365 - 368.

³ - إبراهيم أبو خزام، الوسيط في القانون الدستوري، طبعة 3، دار الكتاب الجديد المتحدة، 2010، ص ص 80-81.

العليا قد خلقتها خلفا رغم غياب النصوص الدستورية الصريحة المؤيدة لها¹. و يكاد الفقهاء يجمعون على أن الدستور الأمريكي لم ينظم الرقابة على دستورية القوانين و لم يتحدّث عن مثل تلك الرقابة صراحة في نص من نصوصه، و لكن في المقابل لا يوجد في نصوص الدستور الأمريكي ما يفهم منه صراحة أو ضمنا الحيلولة بين القضاء و مثل هذه الرقابة، بل إنّ في الدستور الأمريكي ما يشجع على الأخذ بها ومن ذلك المادة 6 فقرة 2 من الدستور الأمريكي الصادر عام 1787² التي تنص "هذا الدستور و قوانين الولايات المتّحدة ستكون هي الأسمى للبلاد و القضاة في كل البلاد سيتقيدون بذلك بصرف النظر عن أيّ حكم مخالف في دستور الولاية أو قوانينها"، فضلا عن نص المادة 3 فقرة 2³ من نفس الدستور التي تنص على الاختصاص القضائي جاء فيها " أن الوظيفة القضائية تمتد إلى كل القضايا المتعلقة بالقانون أو العدالة التي تثور في ظل هذا الدستور".

تعدّ الولايات المتحدة الأمريكية الدولة السبّاقة و الرائدة في مجال الدفع بعدم الدستورية، حيث أن أول دفع فيها يعود لعام 1803 في حكمها الشهير ماريوري ضد ماديسون و تخص مقررات تعيين مجموعة من القضاة، حيث أن الاتحاديين قبل خروجهم من الحكم قد عينوا بعض قضاة الصلح و سلم إلى بعضهم أوامر التعيين و لم تسلّم للبعض الآخر، إذ أربعة قضاة من بين سبعة عشر قاضيا لم يستلموا أوامر التعيين و على رأسهم ماريوري فلجؤوا إلى المحكمة الاتحادية العليا مطالبين بأحقيّتهم في التعيين و مطالبين الحكومة ممثلة في وزير الداخلية المسمى ماديسون بتسليم أوامر التعيين فأقرّ رئيس المحكمة جون مارشال هذا الحق، حيث أرسى هذا الحكم مبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين، و قد جاء في حيثياته مايلي: ((...وحيث يتنازع التطبيق، في قضية ما القانون و الدستور... يكون من واجب المحكمة أن تقرر إياهما الذي يسري... و طالما أن الدستور أقوى من أي قانون عادي فإنه هو الذي يجب أن يطبق))⁴.

¹ - محمد محمد عبده إمام، المرجع السابق، ص 123.

² - دستور الولايات المتحدة الأمريكية، الصادر في 17 سبتمبر 1787 شاملا تعديلاته لغاية 1992، منشور على الموقع [constitute project, org.](http://constituteproject.org)

³ - أنظر المادتين 02/3 و المادة 02/6 من دستور الولايات المتحدة الأمريكية لعام 1787، المرجع السابق.

⁴ - إبراهيم أبو خزام، المرجع السابق، ص 83.

و على إثر هذه الواقعة أعلنت المحكمة عدم دستورية الباب الثالث عشر من قانون القضاة الاتحادي و ذلك استنادا إلى الفقرة 02 من المادة 03 من الدستور¹. تعتبر المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية قمة السلطة القضائية، و هي محكمة أخيرة مختصة في جميع الحالات الخاصة بمراقبة دستورية القوانين و مطابقة قوانين الولايات المتحدة الأمريكية مع الدستور الأمريكي الفدرالي. و يمكن أن تتدخل المحكمة العليا إما بصفة جزئية أو كلية في نص القانون الذي يمكن أن يطبق، و تختص بالشؤون الداخلية للولايات أو بالمسائل الخارجية، و عادة ما تتدخل المحكمة العليا في مسائل حماية الحقوق الأساسية للمواطنين التي توليها اهتماما خاصا، وتسري قراراتها على جميع المحاكم الأخرى. كما يمكن أن تعهد للمحاكم الأخرى غير المحكمة العليا النظر في دستورية القوانين إذا تعلق الأمر خاصة بالشؤون الداخلية للولايات، مع إمكانية اللجوء إلى المحكمة العليا إذا لم يتم التوصل إلى اتفاق في هذا المجال².

إن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية مؤهلة كمحكمة أخيرة للفصل في دستورية القوانين الصادرة عن قوانين الولايات، فيمكن أن تفصل في قضايا فيها خلاف بين عدد من المحاكم الابتدائية حول القضايا الفدرالية و فحص الحجج القانونية المقدمة و مدى تطابقها مع دستور الولايات المتحدة الأمريكية.

يمكن للمحكمة الاستعانة بأحد الأشخاص المعنوية العامة أو الخاصة التي لا تنتمي إلى القضية للاستماع إليه في قضية فدرالية و أخذ رأيه و فحصه تدعيما للحجج المقدمة، كما يمكن أن تستعين بآراء الحكومة الفدرالية عندما يختص الأمر بمدى مطابقة قوانينها مع الدستور.

كما يمكن للمحكمة العليا إبطال طعن قديم لرئيس الجمهورية يدخل ضمن اختصاصاتها، و هذا ما حدث في قضية Virginia Hollingsworth و المتمثلة في إبطال حق المتابعة أمام المحاكم الفدرالية ضد أي ولاية من طرف مواطني ولاية أخرى.

¹ - هنري روسيون، المجلس الدستوري ترجمة محمد وطفة، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر و التوزيع، بيروت، 2001، ص 25.

² - محمد لمين لعجال أعجال، (حدود الرقابة الدستورية: مقارنة في النظم المقارنة)، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الرابع، جامعة محمد خيضر، بسكرة، دون تاريخ، ص 145.

إذ في قضيّة الحال فإنّ المحكمة العليا سنة 1798 قد ألغت القرار و ذلك لأن الدستور يخول لها ذلك، بينما لجأ hollins Worth بالطعن على أساس أنّ رئيس الجمهورية هو المخول لذلك، و لكن كان رد المحكمة العليا أنّ الرئيس مذول للنظر في القوانين العاديّة فقط.

و من أجل تنمية الاجتهاد القضائي، فإنّ المحكمة العليا للولايات المتّحدة الأمريكيّة تركز على ثلاث إجراءات كبرى تتمثل في:

✓ لا يمكن لأيّ ولاية أن تصدر أي قانون متضارب مع دستور الولايات المتّحدة الأمريكيّة أو يمكن أن يتعارض مع الالتزامات المتعاقد عليها.

✓ لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة، أو حرّيته أو أملاكه بدون إجراءات قانونيّة.

✓ لا يمكن لأيّ ولاية أن ترفض لأيّ كان - و الذي يدخل ضمن اختصاصاتها - حماية القوانين.

✓ هذه الإجراءات قد عززت من قوة المحكمة العليا، حيث أصبحت أداة فعالة في احترام حماية القوانين و حقوق المواطنين، و بالتالي دعمت مراكزها كهيئة قضائيّة عليا تختص بمراقبة مدى دستورّية القوانين المطبّقة¹.

الفرع الثاني:

الرقابة القضائيّة عن طريق الدفع في إيطاليا.

إنّ المحكمة الدستوريّة في إيطاليا هي المؤهلة للبت في مدى دستورّية القوانين سواء فيما تعلّق الأمر في مدى قانونيتها أو في محتواها.

تمارس المحكمة الدستوريّة رقابة واسعة جدا بالنظر إلى محتوى القوانين الدستوريّة، حيث يمكنها أن تتدخل في الفصل في الخلافات التي تحدث بين الدولة الإيطاليّة و مناطقها الترابية، أو في الفصل بين التعارض الذي يكون بين الدستور الوطني و القوانين الجهويّة للمناطق و التي لها قوة القوانين الدستوريّة².

¹ - محمد لمين لعجال أعجال، المرجع السابق، ص ص 146 - 147.

² - المرجع نفسه، ص 147.

حيث تنص المادة 134 من الدستور الإيطالي على اختصاصات المحكمة الدستورية الإيطالية على النحو التالي:

- ✓ الفصل في المنازعات المتعلقة بالمشروعية الدستورية للقوانين.
 - ✓ لفصل في المنازعات المتعلقة بالتدابير التي لها قوة القانون و ذلك فيما يخص الدولة و الأقاليم.
 - ✓ الفصل في المنازعات المتعلقة بتنازع الاختصاص بين الدولة و أقاليمها وبين الأقاليم فيما بينها.
 - ✓ الفصل في الاتهامات الموجهة ضدّ رئيس الجمهورية و الوزراء وفقا للدستور.
- و هكذا جمعت المحكمة بين اختصاص المحكمة الدستورية من ناحية فيما يتعلق بالفصل في دستورية القوانين و الإجراءات التي لها قوة القانون، و تفصل في تنازع الاختصاصات بين الدولة و الولايات الداخلة في تكوينها، أو بين هذه الأقاليم فيما بينها، و أخيرا اختصاصها بمحاكمة رئيس الجمهورية و الوزراء.
- و يمكن أن ينعقد اختصاص المحكمة بوسيلة الدعوى الأصلية المباشرة، و يمكن أن ينعقد بوسيلة الإحالة أو بوسيلة الدفع الفرعي و هي الوسيلة التي يستطيع بها المواطن العادي أن يطرح موضوع الرقابة على دستورية القوانين، و ذلك بمناسبة نظر قضية من القضايا حيث يرى أحد الأطراف أو كلاهما أن قانونا أو نص من قانون يراد تطبيقه على النزاع مخالف للدستور¹.

حيث تسهر المحكمة الدستورية على اعتبار أن الدستور الوطني أعلى من القوانين الجهوية، و يختص بالمحكمة الإيطالية مجموعة من القضاة من بينهم سبع قضاة يعينهم رئيس الجمهورية من بين الكفاءات القانونية لمدة غير محدودة.

يمكن إبراز أهم قرارات المحكمة الدستورية الإيطالية في مدى دستورية القوانين في الآتي:

- قرار رقم 38 بتاريخ 27 فيفري 1957، و قرار رقم 06 بتاريخ 22 جانفي 1970 و القاضيين بالاعتراف بمبدأ الرقابة على دستورية القوانين، خاصة تطبيق المواد من 24 إلى 30، حيث أقرّ القراران statut spécial de la Sicile من القانون الخاص لمقاطعة سيسيل

¹ - يحي الجمل، أنظمة الرقابة الدستورية، الموقع الإلكتروني droit. Forum-canada.Net/t1-topic في 2019/04/03 على الساعة 23:38.

احترام الدولة الإيطالية الموحدة و ضرورة إخضاع القوانين الداخلية للمناطق لمطابقتها للدستور الوطني.

- قرار 1146 بتاريخ 29 ديسمبر 1988 و الذي يؤكد على أن القوانين الدستورية يجب أن تحترم ليس فقط في مداها المادي مثل الشكل الجمهوري للحكومة و لكن للقيم العليا التي يرتكز عليها الدستور الإيطالي¹.

الفرع الثالث:

الرقابة القضائية عن طريق الدفع في مصر.

عرفت مصر الرقابة على دستورية القوانين منذ زمن بعيد، إلا أن الدساتير المصرية جميعها جاءت خالية من النص الدستوري المنظم لرقابة الدستورية، ما عدا دستور 1971 و الذي جاء منظمًا لهذه الرقابة² في مواده من 174 إلى 178³، و عرف دستور مصر الأخير الصادر في 19 أبريل 2014 الدفع بعدم الدستورية و نص على طريقة ممارسة هذا الدفع المتمثلة فيما يلي:

إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر الدعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة و رأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي، أجلت نظر الدعوى و حددت لمن أثار الدفع موعدًا لا يتجاوز 3 أشهر لرفع الدعوى أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع في الموعد المحدد اعتبر الدفع كأن لم يكن.

أهم دفع بعدم الدستورية عرفته مصر يخص قانون الإيجار القديم و خلاصة ذلك : قررت المحكمة الدستورية العليا في 06 ماي 2016 عدم دستورية المادة الأولى من القانون رقم 06 لعام 1997 بشأن تنظيم العلاقة بين المالك و المؤجر على أنه إذا كانت العين مؤجرة لمزاولة نشاط تجاري أو صناعي أو مهني أو حرفي فلا ينتهي الحق بموت المستأجر الأصلي طبقًا للعقد، أزواجًا و أقارب حتى الدرجة الثانية ذكورًا أو إناثًا من قصر و بالغين،

¹ - محمد لمين لعجال أعجال، المرجع السابق، ص ص 147-148.

² - محمد محمد عبده إمام، المرجع السابق، ص 134.

³ - فقد نصت المادة 174 على أن: " المحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها، في جمهورية مصر العربية، مقرها مدينة القاهرة "، و نصت المادة 175 على أن: " تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين و اللوائح، و تتولى تفسير النصوص التشريعية، و ذلك كله على الوجه المبين في القانون، و يعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة و ينظم الإجراءات التي تتبّع أمامها ".

و يستوي في ذلك أن يكون الاستعمال بالذات أو بواسطة نائب عنهم، و اعتبارا من اليوم التالي لتاريخ نشر هذا القانون المعدل لا يستمر العقد بموت أحد من أصحاب حق البقاء في العين إلا لصالح المستفيدين من ورثة المستأجر الأصلي دون غيره و لمرة واحدة. كما كانت الفقرة الأولى من المادة 18 من القانون رقم 136 لعام 1981 محل دفع بسبب ما تضمنته من إطلاق عبارة (لا يجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء المكان و لو انتهت المدة المتفق عليها في العقد) لتشمل عقود إيجار الأماكن المؤجرة للأشخاص الاعتبارية. و كذا المادة 43 من القانون 49 لعام 1977 بشأن تأجير و بيع الأماكن و تنظيم العلاقة بين المؤجر و المستأجر المعروف بالإيجار القديم و تنص هذه المادة على عدم جواز سماع دعاوى المؤجر و عدم قبول الطلبات المقدمة منه إلا إذا كانت عقود التأجير مقيّدة لدى الوحدة المحلية المختصة مع إلزامها بإخطار مصلحة الضرائب شهريا وفق المادة 42 من القانون ذاته.

إذ أعيب على هذه النصوص مخالفتها للدستور الذي يقدر الملكية و يحميها ، و أثار ما يسمى بتأييد الإيجار أي لا يحق للمؤجر طرد المستأجر. حالة دفع أخرى مطبقة في الجنايات تتلخص فيما يلي:

قضت محكمة الجنايات دمنهور يوم 2017/05/05 بوقف نظر الجناية رقم 8390/2016 لحين الفصل في مدى دستورية المادتين 395 و 384 من قانون الإجراءات الجنائية المعدل الذي بدأ العمل به مؤخرا فيما يخص أحقية المتهم بارتكاب جناية أن ينيب عنه محاميا للحضور بدلا منه خلافا لما كان متبعا من قبل. إذ كان يوجب القانون حضور المتهم بشخصه أمام محكمة الجنايات، و قد استحدث المشرع المصري هذين النصين في غضون الأيام الماضية و بدأت تعمل به المحاكم مؤخرا¹.

و اعتبرت المحكمة هذين النصين مشوبين بعيوب تشريعية جسيمة لمخالفتها للمبادئ الدستورية المقررة و على رأسها المساواة في الحقوق و الواجبات إذ أن المواطنين سواء أمام القانون و المادة 52 من الدستور واضحة تحظر كل أشكال التمييز. و من ثم لا يجوز للمشرع إصدار قانون يخل بتلك القاعدة الدستورية.

¹ - قرفي يمينة، مداخلة حول الدفع بعدم الدستورية أمام قاضي الموضوع، ملتقى منظم من طرف مجلس قضاء الجزائر، بالمدرسة العليا للقضاء، القليعة ، يومي 10 و 11 ديسمبر 2018، بالمركز الدولي للمؤتمرات.

و جاء في أسباب عدم الدستورية أنه رغم جسامة الاتهام و العقوبة في الجنايات أجاز القانون حضور المحامي بدلا عن المتهم و هذا خلافا لما يشترطه القانون أمام محكمة الجناح التي تستوجب حضور المتهم بشخصه فكيف ما كان مقيدا أمام محكمة الجناح صار متاحا أمام محكمة الجنايات . كما أضافت المحكمة أنه إزاء هذا الخلل التشريعي و إطلاق النص بدون أي قيد فإنّ تطبيقه العملي قد أفضى إلى تفاوت المراكز القانونية بين المتهمين بل و أكثر من ذلك يمنح أفضلية إجرائية للمتهم بالجناية و يسلبها من مرتكب الجنحة، و عليه يتعنّ إحالة النص محل الدفع للفصل في مدى دستوريته¹.

إلا أنه لو أعملنا النظر المجرد في أحكام القضاء المصري - قديما - سواء في ذلك أحكام القضاء العادي أو أحكام القضاء الإداري - مجلس الدولة - بعد إنشائه لوجدنا رقابة الدستورية تلوح في كثير من أحكامه.

فبالنسبة للقضاء العادي فقد أثبتت مسألة دستورية القوانين و الرقابة القضائية عليها أمام القضاء المصري في سنة 1924 - كما يرى البعض - و ذلك عندما دفع بعدم دستورية القانون رقم 37 لسنة 1923 و المعدل للمادة 151 عقوبات و الخاص بمعاقبة من ينشر أفكارا ثورية يحبذ فيها تغيير النظم الأساسية للدولة على أساس أن ذلك القانون يخالف المادتين 14 و 164 من دستور 1923 و مع أن المحكمة التي دفع أمامها بعدم الدستورية لم تلتفت لهذا الدفع و قضت بالعقوبة المقررة في القانون و أيدت الحكم محكمة النقض إلا أنّ هذا الدفع كان بمثابة محاولة لإيجاد نوع من رقابة القضاء على الدستورية².

أما بالنسبة للقضاء الإداري فقد كان واضحا منذ إنشاء مجلس الدولة المصري بالقانون رقم 112 لسنة 1946 أن القضاء الإداري كان تواقا لحسم هذه المسألة و قد جاءت الفرصة ليدلو بدلوه سنة 1948 فجاء رأيه قاطعا و حاسما إذ أكد على حق المحاكم في بحث دستورية القوانين حيث جاء في هذا الحكم أنه " و من حيث أنه ليس في القانون المصري ما يمنع المحاكم المصرية من التصدي لبحث دستورية القوانين بل و المراسيم بقوانين من ناحية الشكل أو الموضوع.

¹ - قرفي يمينة، المرجع السابق.

² - محمد محمدعبد إمام، المرجع السابق، ص ص 132-133.

و قد أيد هذا القضاء بأحكام عديدة و متتابعة من قبل مجلس الدولة ثم تابعه على ذلك القضاء العادي فأصدرت محكمة النقض المصرية أول حكم لها سنة 1952 يؤيد اتجاه مجلس الدولة و يعطي القضاء الحق في رقابة دستورية القوانين ثم تتابعت الأحكام الصادرة من جهة القضاء العادي و التي تؤكد على هذا المبدأ، و قد كانت هذه هي اللبنة الأولى التي تأسس عليها فيما بعد قضاء الدستورية¹.

ثم صدر دستور 1971 فأنشأ المحكمة الدستورية العليا و لها اختصاصات متعددة خصها القانون دون غيرها بذلك كالرقابة القضائية على دستورية القوانين و اللوائح و الفصل في تنازع الاختصاص، و الفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين، و تتولى المحكمة تفسير النصوص و القوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقا لأحكام الدستور، إذ أثارت خلافا في التطبيق و كان لها من الأهمية ما يقتضي توحيد تفسيرها². و قد صدر قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979 الذي نظم تشكيل المحكمة و أسلوب تحريك الرقابة على دستورية القوانين، حيث أوجد القانون ثلاث وسائل لتحريك رقابة المحكمة على دستورية القوانين³ و التي تتمثل في:

- 1- إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع، أوقفت الدعوى و أحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية.
- 2- إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة و رأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي، أجلت نظر الدعوى و حددت لمن أثار الدفع ميعادا لا يتجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن.

¹ - محمد محمد عبده إمام، المرجع السابق، ص 134.

² - ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري (المبادئ الدستورية، الدساتير المصرية، الأحزاب السياسية، التمثيل النيابي، النظام الانتخابي، السلطات العامة)، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003، ص ص 22-23.

³ - أنظر المادة 29 من القانون الخاص بإنشاء المحكمة العليا رقم 48 لسنة 1979.

3- يجوز للمحكمة في جميع الحالات أن تقضي بعدم دستورية أي نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها و يتصل بالنزاع المطروح عليها و ذلك بعد إتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية¹.

حيث حكمت المحكمة بعدم دستورية الفقرة الأخيرة من المادة 3 من القانون رقم 90 لسنة 1944 المتعلق بالرسوم القضائية و رسوم التوثيق في المواد المدنية قبل تعديلها بالقانون رقم 7 سنة 1995².

إن يمكننا أن نستنتج أن الرقابة على دستورية القوانين و اللوائح تتحرك بثلاث طرق: أولها عن طريق الإحالة تلقائياً من إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي و ذلك عندما يتراءى لهذه المحاكم أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية أحد النصوص اللازمة للفصل في النزاع، و ثانياً عن طريق الدفع الفرعي من أحد الخصوم أثناء نظر إحدى الدعاوى فيوقف الفصل في القضية حتى تحكم المحكمة الدستورية العليا بدستورية أو عدم دستورية هذا القانون، أما ثالثاً فإن للمحكمة الدستورية العليا أن تتصدى من تلقاء نفسها لتقرير دستورية أو عدم دستورية نص قانوني بمناسبة ممارسة اختصاصاتها، و يتصل بالنزاع المطروح عليها و ذلك بعد إتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية. و يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشره في الجريدة الرسمية، و يكون الحكم حائزاً حجية مطلقة³، و يعد ملزماً لجميع المحاكم، و ملزماً كذلك للمحكمة الدستورية نفسها، بحيث لا تعود مرة أخرى و تقرر دستورية نص قد أقرت بعدم دستوريته، أو تقرر عدم دستورية نص قد أقرت بدستوريته، و يسرى الحكم بأثر رجعي⁴.

¹ - حمدي العجمي، مقدمة في القانون الدستوري في ضوء الدساتير العربية المعاصرة، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 132.

² - عبد الفتاح مراد، موسوعة مراد لأحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية، الجزء الثامن، شركة الحلال للطباعة والفكر و القانون، المنصورة، ص ص 10-09.

³ - أنظر المادة 48 من القانون رقم 48 لسنة 1979 بشأن المحكمة الدستورية العليا.

⁴ - حمدي العجمي، المرجع السابق، ص ص 133-134.

المطلب الثاني:

الرقابة على الدستورّية عن طريق الدّفع في الأنظمة التي طبقت الرقابة السياسية.

إنّ التطور الّذي عرفته السياسة القضائيّة في كل بقع العالم خاصة في الأنظمة الأنجلوسكسونية، فيما يخص الرقابة القضائيّة عن طريق الدّفع مهدت لهذه الفكرة، و بعد ذلك أخذت بها الأنظمة الفرانكفونية بدءا بفرنسا و التي تعتبر مهد الرقابة السياسيّة على دستورّية القوانين و الّتي تعني: "أن يوكل إلى هيئة سياسيّة، مهمّة تولّي الرقابة..."¹ و الّتي بدورها تتخذ صورتين، فالصورة الأولى أو ما يعرف بالأسئلة الأولى و هو ما يمكن أن يسمى أيضا بالرقابة الذاتيّة، و نقطة الارتكاز في هذه الصورة هو أن القانون تعبير عن الإرادة العامة أي إرادة الشعب فلا توجد إرادة أعلى منها.

أمّا الصورة الثّانية فتتبدى في وجود هيئة سياسيّة يعهد إليها بالرقابة على دستورّية القوانين و هي رقابة سابقة على صدور القانون، و ذلك حتى لا تخضع السلطة التشريعيّة للسلطة القضائيّة، طبقا لمبدأ الفصل بين السلطات².

إلا أن هذا لم يكفيها بل توجّهت إلى الرقابة القضائيّة عن طريق الدّفع في الآونة الأخيرة وجسّدتها في التعديل الدستوري الفرنسي لسنة 2008، و أن مبدأ المساواة يمنح احترام المؤسسات القانونيّة و بذلك يضمن سمو الدّستور على باقي القوانين.

نلاحظ أن المغرب اتجهت إلى هذا النوع في دستورها لعام 2011، و من ثمة تأتي الجزائر الّتي قامت أيضا بتنظيم هذا النوع من الرقابة في التعديل الدستوري لسنة 2016³، و من هذا سنتطرق في هذا المطلب إلى استعراض أهم النماذج الفرانكفونية التي اعتمدنا

¹ - إبراهيم أبو خزام، المرجع السابق، ص 76.

² - حمدي العجمي، المرجع السابق، ص 118.

³ - دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-436، مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء شعبي يوم 28 نوفمبر 1996، جريدة رسميّة عدد 76 مؤرخ في 08 ديسمبر 1996، معدل و متمم بموجب القانون رقم 02-03 مؤرخ في 10 أبريل 2002، جريدة رسميّة عدد 25 المؤرخة في 14 أبريل 2002، معدل و متمم بالقانون رقم 08-09 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، جريدة رسميّة عدد 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008، معدل و متمم بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016، جريدة رسميّة عدد 14 المؤرخة في 07 مارس 2016.

عليها في هذه الرقابة، نبدأها بالرقابة عن طريق الدفع في فرنسا كرفع أول، و في المغرب كرفع ثاني و في تونس كرفع ثالث ثم في الجزائر كرفع رابع.

الرفع الأول:

الرقابة عن طريق الدفع في فرنسا.

نعلم أن فرنسا تعتبر الوطن الأم للرقابة السياسية حيث تتولى مهمة دستورية القوانين هيئة سياسية مستقلة في مدى مطابقة القوانين العادية مع الدستور، و تنقسم هذه الرقابة إلى قسمين الرقابة بواسطة هيئة المجلس الدستوري الذي يقوم بحماية الدستور من أي اعتداء على أحكامه من قبل السلطات العامة¹.

حيث يمثل المجلس الدستوري الجوهر الرقابي في دستورية القوانين الذي أنشأ من خلال دستور 1958، و الذي تم تشكيله فعلا كتطبيق لهذا الدستور في 20 فبراير 1959²، أو الرقابة بواسطة هيئة نيابية التي تتكفل بحماية حقوق و حريات الأفراد من أي انتهاك من طرف السلطة التشريعية، و لكن من غير المنطقي أن توضع هذه المهمة الصعبة للنظام القانوني للدولة في أيدي هيئة سياسية بحيث يمكن أن تتجاوز هذه الأخيرة للأهواء السياسية التي شكلتها، أي يكونون تابعين للجهة التي عينتهم و يصعب التصرف بالاستقلالية والحياد بمهمة مطابقة القوانين للدستور، و كذلك عدم تمتعهم بالخبرة القانونية و الكفاءة المهنية، وهذا يعد سببا قاطعا لتكريس الرقابة القضائية عن طريق الدفع بعدم دستورية القوانين، ولهذا فإن الأخذ بنظام الرقابة السياسية يشكل خطرا حادقا بالمنظومة القانونية و يمكن أن تخضع لنزوات سياسية و تتأثر بالأطماع التي يمكن أن تخضع لها الهيئة السياسية، و من هذا تنتفي فعالية الرقابة.

و من هذا المنطلق فقد رأت فرنسا من الواجب التوجه إلى رقابة دستورية القوانين عن طريق الدفع بعدم دستورية القوانين، و ذلك في دستور 1958 في الجمهورية الخامسة لفرنسا و تجسيدها في التعديل الدستوري لسنة 2008 الذي يعتبر بداية الطريق نحو تكريس الرقابة القضائية عن طريق الدفع حسب ما نصت عليه المادة 61: "إذا ثبت أثناء النظر في دعوى

¹ - سعيد بو الشعير، القانون الدستوري و العظم السياسية المقارنة، الجزء الأول، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1992، ص ص 170-171.

² - حمدي العجمي، المرجع السابق، ص 120.

أمام جهة قضائية أن نصا تشريعيا يخرق الحقوق و الحريات التي يكفلها الدستور، جاز إخطار المجلس الدستوري بناء على إحالة من مجلس الدولة أو محكمة النقض بهذه المسألة ضمن أجل محدد قانونا"، و بالتالي نصت على ضرورة صدور قرار المجلس الدستوري بشأن القوانين المحالة إليه خلال شهر من تاريخ الإحالة و أجاز الدستور قصر هذه المدة إلى ثمانية أيام في حالة الضرورة¹.

نستخلص من هذه المادة أنه إذا كان أي قانون عادي مخالف للدستور و ينتهك الحقوق و الحريات التي يحميها الدستور لا بد من إخطار المجلس الدستوري بناء على إحالة من مجلس الدولة و محكمة النقض و ذلك في ميعاد محدد، أي حدد ميعاد الرقابة عن طريق الدفع في النظام الفرنسي هذا ما يختلف فيه عن النظام الأمريكي.

عليه فإنه يتعين على المجلس الدستوري أن يبت في الأحكام في غضون شهر حسب المادة 61 من الدستور الفرنسي، لذلك يمكن القول أن تدرج القوانين يلعب دور كبير في حماية الدستور، و هو المعيار الذي تقاس فيه الرقابة الدستورية فهو عبارة عن سلم تنتقل من الدرجة السفلى إلى الدرجة العليا فهو بمثابة الهرم.

للإشارة فقط فإن الرقابة القضائية عن طريق الدفع بعدم دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية يختلف عن نظام الدفع الفرنسي بحيث أن جوهر هذه الرقابة في أمريكا يرتكز على الامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور، و لكن نتيجة للتأثير بين الأنظمة الدستورية في العالم أدى إلى ظهور فكرة الرقابة الدستورية المختلطة بعد إدخال وسيلة الرقابة عن طريق آلية الدفع بعدم الدستورية و هي رقابة دستورية مطلقة، فهي تقتصر على أن يكون القانون يتناقض مع الدستور، و تنتظر فيها المحكمة سواء كانت مدنية أو جزائية².

نستنتج أن وسيلة الدفع بعدم دستورية القوانين قد جسدها المشرع الفرنسي في التعديل الدستوري 23 مارس 2008، و قد صدر هذا التعديل في المرسوم رقم 1448 - 2010 المؤرخ في 12 فيفري 2010 ضمن ما يعرف بالأولوية الدستورية، التي حددت كيفية مباشرة إجراءات الطعن بعدم دستورية القوانين و تسمى بالمراجعة اللاحقة حيث يتطلب ذلك الوقت، و أعطيت السلطات القضائية مهلة 03 أشهر إضافية لتتظر لتطبيق هذا الإصلاح الذي

¹ - محمد محمد عبده إمام، المرجع السابق، ص 113.

² - نزيه رعد، القانون الدستوري العام، المؤسسة الحديثة للكتاب، الطبعة الثانية، لبنان، 2008، ص 121.

دخل حيز التنفيذ اعتباراً من مارس 2010 ، فبتم إحالة الطّعن بعدم الدستورّية من محكمة النقض أو مجلس الدولة لممارسة التصفية، إما بقبول الدّفع فيحال الملف إلى المجلس الدّستوري و يمارس المجلس الدّستوري الفرنسي نظام التصفية على دستورّية القوانين، كذلك لا يحقّ للمحكمة الّتي أثير أمامها مسألة عدم الدّستورية الفصل في الدعوى فيستوجب عليها تعليقها بانتظار الفصل في المسألة الدّستورية من طرفه، أما في حالة الرّفص يحيل الملف إلى المحكمة لإعادة النّظر في القرار فقد أخذت الرقابة الدّستورية من النّظام المختلط الذي مزج بين النّظام البرلماني و النّظام الرئاسي.

الفرع الثاني:

الرقابة عن طريق الدّفع في المغرب.

منذ أن استقلت المغرب سنة 1906 شهدت دساتير عدّة كان أولها الدّستور الصّادر في 14 ديسمبر 1962، ثم يليه دستور 1970، إلا أن محاولة الانقلاب العسكري باتت فاشلة سنة 1971، فقد أدى إلى تعطيل الممارسة، و بذلك صدور الدّستور الثالث في 10 مارس 1972¹، حيث عرفت التجربة الدّستورية من خلال دساتير 1962، 1970، 1972، نظام الغرفة الدّستورية بالمجلس الأعلى للقضاء²، و صدور الدّستور الرابع في 04 سبتمبر 1992، و بعدها صدور دستور 1996 حيث انتهجت المغرب أسلوب الرّقابة السّياسية، وذلك بإسناد مهمّة رقابة مطابقة القوانين للدّستور إلى هيئة ذات طابع سياسي ممثلة في المجلس الدّستوري في ظل هذا الدّستور³، أين استقر هذا النّظام بدستور 2011.

إن دستور المغرب في 2011/07/29 أيضا عرف قفزة نوعية إذ أدرج الدّفع بعدم الدّستورية في الفصل 133 منه و بفضله أصبح من حق المتقاضين مراقبة القانون الّذي سيطبق عليهم في النّزاع المعروف أمام المحكمة إذا كان يمسّ بالحقوق و الحرّيات الّتي يضمنها الدّستور و لم يعد قاصراً على الطّبقة السّياسية. فهي آلية جديدة أيضا للرقابة البعدية. و قد صادق مجلس النواب المغربي بتاريخ 2017/08/08 على مشروع القانون

¹ - عبد العزيز محمد سلمان، رقابة دستورية القوانين، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، مصر، 1995، ص 260.

² - بابا مروان، الرقابة على دستورية القوانين في الدساتير المغاربية (تونس-المغرب-الجزائر)، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2016/2015، ص 03.

³ - نفس المرجع السابق، ص 08.

التنظيمي رقم 86-15 المتعلق بتحديد شروط و إجراءات الدفع بعدم دستورية القوانين والذي سمح لأول مرة للمتقاضين في المغرب بان يدفعوا بعدم الدستورية و هذا تفعيلًا لنص الفصلين 134 و 135 من الدستور .

و تقضي المادة 6 منه انه يجب على المحكمة أن تتأكد من استيفاء شروط الدفع بعدم دستورية قانون في أجل 8 أيام من تاريخ إثارته أمامها . و مقررًا بعدم القبول غير قابل لأي طعن و يبلغ للأطراف فوراً . و يجوز إثارة نفس الدفع من جديد أمام المحكمة أو الجهة الأعلى درجة . و إذ اتحققت شروط الدفع فعلى المحكمة إحالة مذكرة الدفع إلى محكمة النقض في أجل لا يتعدى 8 أيام من تاريخ إيداعها .

شروط الدفع بعدم الدستورية في المغرب تتلخص فيما يلي:

✓ التأكد من توفر الصفة و المصلحة .

✓ اتصال الدفع بالدعوى الأصلية .

✓ أن تكون المذكرة مكتوبة .

✓ أداء الرسم القضائي .

يجب التتويه أن أهم قرارات المحكمة الدستورية بالمغرب في مارس 2018 المنبثقة عن الدفع بعدم الدستورية كان بسبب حرمان النيابة العامة من إثارة هذا الدفع . و أن المحكمة الدستورية في المغرب انتصرت لمقتضيات الدستور و اعتبرت أن حرمان النيابة العامة من إثارة الدفع رغم أنها طرف في الدعوى غير دستوري¹ . و أكدت بأن النيابة العامة موكول لها تطبيق القانون و بالنتيجة لها الحق أن تمارس الدفع بعدم دستورية نص تشريعي .

كما عرفت المحكمة الدستورية بالمغرب حالة أخرى ناقشتها عن طريق الدفع بعدم الدستورية و هي حول مدى إلزامية تنصيب محامي لتقديم الدفع بعدم دستورية قانون تعليقاً على نص المادة الخامسة من مشروع القانون التي تنص على أنه: " يجب إثارة الدفع بعدم الدستورية بواسطة مذكرة كتابية تكون موقعة من قبل الطرف المعني أو من قبل محام مسجل في جدول هيئة من هيئات المحامين بالمغرب " ، فاعتبرت المحكمة الدستورية أنه يتعين تفسير الاختيار الوارد في المادة المذكورة ، بأن الدفع بعدم الدستورية يتبع الدعوى الأصلية

¹ - قرفي يمينة، المرجع السابق.

بخصوص ما تنتظّله في موضوع الاستعانة بمحام، فتكون إجباريّة الاستعانة بمحام في الحالة التي توجب الدّعى الأصليّة ذلك ، في حين يكون للمعني بالأمر الحق في توقيع مذكرة الدّفع إذا كانت الدّعى الأصليّة التي أثير بمناسبةها معفيّة من تطبيق قاعدة الاستعانة الوجوبية بمحامي¹.

الفرع الثالث:

الرقابة عن طريق الدّفع في تونس.

على غرار المؤسس الدستوري المغربي، ألغى الدستور التونسي الرّقابة بواسطة المجلس الدّستوري و استبدلها بالرقابة عن طريق المحكمة الدّستورية التي تختص دون سواها بمراقبة دستورّية القوانين².

أوكل المؤسس الدّستوري التونسي بموجب التعديل الدّستوري لسنة 2014 بدوره وظيفة الرّقابة على دستورّية القوانين لمحكمة دستورّية، مشكّلة من اثني عشر (12) عضواً، موزعين على النحو التالي:

✓ أربعة أعضاء يعيّنهم رئيس الجمهورية.

✓ أربعة أعضاء يعيّنهم مجلس نواب الشعب.

✓ أربعة أعضاء يعيّنهم المجلس الأعلى للقضاء.

يعينون لفترة واحدة مدّتها تسع (9) سنوات، على أن يجدد ثلثهم (3/1) كل ثلاث سنوات ويسدّ الشّغور الحاصل في تركيبة المحكمة بالطريقة المعتمدة عند تكوينها مع مراعاة جهة التعيّن و الاختصاص³.

و قد أكدّ المؤسس الدّستوري التونسي على الطّابع القضائي للمحكمة الدّستورية و على استقلاليتها و عدم تبعيتها لأيّة جهة، و لتعزيز هذه الاستقلالية اشترط في أعضائها أن يكونوا من ذوي الكفاءة و الاستقلالية و الحياد و النّزاهة، و أن لا يكونوا قد تحمّلوا مسؤوليّة حزبية مركزية أو جهوية أو محلية، أو كانوا مرشّحي حزب أو ائتلاف لانتخابات رئاسية

¹ - قرفي يمينة، المرجع السابق.

² - بابا مروان، المرجع السابق، ص 48.

³ - أنظر الفصل 118 من دستور تونس لسنة 2014، الصادر في 26 جانفي 2014، الرائد الرسمي عدد 10 بتاريخ 04

فيفري 2014.

أو تشريعية أو محلية خلال عشر سنوات قبل تعيينهم في المحكمة الدستورية، كما يتنافى الجمع بين عضويتها و أي وظيفة أخرى، زيادة على انتخاب رئيس المحكمة و نائبه من طرف أعضاء المحكمة على أن يكونا من المختصين في القانون و بالنظر لاختصاص المحكمة الدستورية بالفصل في المنازعات الدستورية، يتطلب أن يكون ثلاثة أرباع أعضائها من المختصين في القانون و المدرسين الباحثين التابعين للجامعات منذ 20 سنة على الأقل برتبة أستاذ تعليم عالي، أو قضاة مباشرين لمهنة القضاء منذ عشرين سنة على الأقل ومنتقلين إلى أعلى رتبة، أو محامين مباشرين للمحاماة منذ 20 سنة على الأقل مرسمين بجدول المحامين لدى التعقيب، أو من ذوي التجربة في الميدان القانوني منذ عشرين سنة على الأقل بشرط أن يكونوا حاملين شهادة الدكتوراه في القانون أو ما يعادلها¹.

و طبقا لقانونها الأساسي تتولى المحكمة الدستورية التونسية عدة اختصاصات أهمها ضمان سمو الدستور و حماية النظام الجمهوري الديمقراطي و الحقوق و الحريات، و ذلك عبر مباشرتها لرقابة دستورية مشاريع القوانين و القوانين الدستورية و المعاهدات و النظام الداخلي لمجلس نواب الشعب، و على غرار نظيره المغربي لفت المؤسس الدستوري التونسي في ظل دستور 2014 الانتباه إلى القضاء الدستوري من خلال تمكين المتقاضين من الدفع بعدم دستورية القوانين، حيث خول الدستور للمحكمة الدستورية النظر في مدى دستورية القوانين التي تحيلها إليها المحاكم تبعا للدفع بعدم الدستورية، بطلب من أحد الخصوم في الحالات وفقا للإجراءات التي يقرها القانون².

و لقد أحاط المشعّ التونسي الدفع بعدم الدستورية بمجموعة من الشروط:

- ✓ لا يمكن للقاضي إثارته من تلقاء نفسه.
- ✓ تكتفي المحكمة التي أثير أمامها الدفع بالإحالة الفورية دون أن يكون لها أي دور في تكييف الطلب أو القول بمدى جدّيته. و من أجل عدم إغراق المحكمة الدستورية بدفوع غير مؤسّسة، أنشأت لجنة خاصة مهمتها تصفية المطالب من حيث الشكل و الموضوع.

¹ - أنظر الفصل 118 من دستور تونس لسنة 2014، و الفصل التاسع من القانون الأساسي المتعلق بالمحكمة الدستورية.

² الفصل 120 الفقرة 05 من دستور تونس لسنة 2014.

- ✓ تنظر المحكمة الّستورّية في الّدفع خلال 3 أشهر قابلة للتمديد لنفس المدة، و يقلص الأجل إلى 5 أيام عندما يتعلق الأمر بالّدفع بعدم دستورّية تشريع انتخابي بمناسبة الطعون الانتخابية، و يقلص إلى 30 يوما إذا تعلق الّدفع بالقوانين الجبائية.
- ✓ تُعلم المحكمة الّستورّية المحكمة الّاتي أثير أمامها الّدفع بقرارها في أجل أقصاه سبعة (7) أيام من تاريخ صدوره، و تعلم رئيس الجمهورية، و رئيس مجلس نواب الشعب و رئيس الحكومة بقرارها، حتى تبادر هذه السّطات بتقديم مشروع قانون جديد يسدّ الفراغ الّذي ترتب عن حكم المحكمة الّستورّية¹.

الفرع الرابع:

الرقابة عن طريق الّدفع في الجزائر.

يعتبر مبدأ الرقابة على دستورّية القوانين إحدى المبادئ المؤسّسة لدولة القانون، حيث يباط بهذا المبدأ السّهر على سمو الّستور، عبر التحقق من احترام هرمية النصوص القانونيّة و إلزامية تدرجها، حيث أصبحت الأنظمة السياسية التي اعتمدت على الديمقراطية شرعة لها تسعى إلى تكريسه، و ذلك من خلال تفعيل دور مؤسسات الرقابة الّستورّية. ولقد ظهرت الرقابة على دستورّية القوانين في الجزائر منذ بداية تأسيس الدولة الجزائرية الحديثة، من الناحية النظرية بموجب دستور 1963، و الّتي جعلها المؤسس الجزائري من اختصاص المجلس الّستوري من خلال دستور 1989، ثم من خلال التّعديل الّستوري لسنة 2016، و قد مرت الرقابة على دستورّية القوانين بمجموعة من الصعوبات العمليّة برزت جلياً من خلال نشاط المجلس الّستوري الّذي يظهر في الآراء و القرارات الّتي يصدرها، باعتباره الهيئة المخول لها دستورياً عمليّة الرقابة على دستورّية القوانين في الجزائر².

- ✓ بالنسبة لدستور 1963 و حسب المادة 64 منه فإنّه تمّ تكريس فكرة مبدئية للرقابة على دستورّية القوانين الّذي جاء على شكل هيئة سياسية ليقوم بمهمة الرقابة وهو المجلس الّستوري³.

¹ - قرفي يمينة، المرجع السابق.

² - محمد بوسلطان، (الرقابة على دستورّية المعاهدات في الجزائر، مجلة المجلس الّستوري)، العدد 01، الجزائر، 2013، ص ص 39 - 40.

³ - المادة 64 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المنشور بموجب الإعلان المؤرخ في 10 ديسمبر 1963، الموافق عليه في استفتاء شعبي يوم 08 ديسمبر 1963، جريدة رسمية رقم 64، ديسمبر 1963.

✓ بالنسبة لدستور 1976 فقد أغفل و أهمل موضوع الرقابة ولم يعمل بها.
 ✓ تعديل 1989 كانت نقطة التحول الذي أعادت من جديد بناء الهيكل القانوني ألا وهي إنشاء المجلس الدستوري الذي يكلف بالمهمة الأساسية و هي السهر على احترام الدستور، فنلاحظ أن هذا الدستور حول مهمة ضمان سمو الدستور عن طريق النظر في مدى دستورية القوانين و المعاهدات و التنظيمات حسب المادة 153 منه¹.
 ✓ تعديل 1996 تطوّر مسار هذه الرقابة بإعطاء روح أكثر لها من خلال الإجراءات المتعلّقة بهذا الدستور و قد نص على المجلس الدستوري في المادة 163 من هذا الدستور².

من هذا المنطلق نلاحظ أن التعديل الدستوري لسنة 2016 جاء شاملا لأهم مؤسسة دستورية على الإطلاق و هو المجلس الدستوري، حيث أنه تضمّن توسيع الجهات التي لها حق الإخطار، و بذلك يعزّز المجلس الدستوري في مجال الرقابة الدستورية من جهة، و من جهة أخرى يجري تغييرا جذريا يعيد النظر في مهام السلطة القضائية بعدما كانت مؤسسة حريصة على تطبيق القانون تركز بصلاحيته مراقبة مدى دستورية القوانين³.
 و لعل التطور البارز الذي جاء به التعديل الدستوري لسنة 2016 بهذا الصدد هو إقراره للأشخاص بموجب المادة 188 إمكانية الدفع قضائيا بعدم دستورية الأحكام التشريعية التي تتضمن مساسا بالحقوق و الحريات التي يضمنها الدستور⁴.

¹ - المادة 153 من دستور الجمهورية الديمقراطية الشعبية، المنشور بموجب الأمر رقم 89-18، المؤرخ في 28 فيفري 1989، يتعلق بنشر نص الدستور المصادق عليه في استفتاء شعبي يوم 23 فيفري 1989، عدد 09 المؤرخ في 01 مارس 1989.

² - المادة 163 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المنشور بموجب المرسوم رقم 96-436 مؤرخ في 07 ديسمبر 1996 يتعلق بإصدار تعديل الدستور المصادق عليه باستفتاء شعبي يوم 28 نوفمبر 1996، جريدة رسمية عدد 76 مؤرخ في ديسمبر 1996.

³ - حميدانو خديجة، (مقال عن الدفع بعدم الدستورية في ظل التعديل الدستوري الجديد لسنة 2016)، دفاتر السياسة و القانون، العدد 18 جانفي 2018، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، ص 332.

⁴ - عادل ذواوي، (النفع بعدم الدستورية كآلية لحماية المكلفين بالضريبة في الجزائر - بعد التعديل الدستوري لسنة 2016-)، مجلة العلوم القانونية و السياسية، عدد 16 جوان 2017، جامعة باتنة 1 الجزائر، ص 329.

المبحث الثاني

الدفع بعدم الدستورية في ظل التعديل الدستوري لسنة 2016.

تعتبر الرقابة الدستورية على القوانين إحدى الدعام الأساسية لقيام دولة الحق و القانون، و تعدّ أهم وسيلة لضمان حماية حقوق الأفراد و حرياتهم من أيّ تجاوز. و تمارس الرقابة السابقة على دستورية القوانين من خلال إحالة القوانين على المجلس الدستوري للنظر في دستورتها و تقرير مدى مطابقتها أحكامها لنصوص الدستور بعد التصويت على القانون في البرلمان و قبل إصداره من رئيس الجمهورية. و إذا كانت هذه الرقابة تحقق نوعا من الاستقرار كونها رقابة وقائية تضمن قيام القوانين على أسس دستورية، إلا أنها تمنع كشف عيوب النص القانوني الذي سيبرز عند تطبيقه فضلا عن انعدام أي دور للأفراد في ممارسة حق الطعن بدستورية القوانين في ظل غياب تام لدور المحاكم في ممارسة أي شكل من أشكال الرقابة، هذه الأسباب بررت اتجاه المشرع الدستوري الجزائري إلى الأخذ بالرقابة اللاحقة التي يمارس من خلالها المجلس الدستوري رقابة لاحقة على إصدار القوانين¹.

لا يكتسب أي نظام دستوري الطابع الديمقراطي إلا إذا كفل للأفراد جميع حقوق المواطنة، و على رأسها الحق في التقاضي دفاعا عن حقوقهم و حرياتهم أمام مختلف جهات القضاء العادي و الإداري و الدستوري، و بدون هذا الحق المحوري ضمن قائمة حقوق الإنسان تظل الحقوق الدستورية غير مضمونة، و غير مشمولة بالحماية القضائية، و عرضة للانتقاص ما بين سلطة تشريعية تقيد من حدود استعمالها و سلطة إدارية تتعسف في منع ممارستها بدعاوى حفظ النظام، و لا يخفى أن وجود القضاء الدستوري و إن كان غير كاف لوحده في تحقيق الاستقرار و خلق الشعور العام بالعدل و الإنصاف و الحماية الكاملة للحقوق و الحريات إلا أنه يبقى من أهم المعايير الدولية المعتمدة في دولة الحقوق والحريات².

¹ - ليلي بن بغيلة، (دعوى الدفع بعدم الدستورية في ظل التعديل الدستوري لسنة 2016 استئناسا بالتجربة الفرنسية)، مجلة الشريعة و الاقتصاد، العدد الثاني عشر، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2017، ص 53.
² - عليان بوزيان، (آلية الدفع بعدم الدستورية و أثرها في تفعيل العدالة الدستورية)، مجلة المجلس الدستوري، العدد 02، 2013.

لذلك انصبت الإصلاحات الدستورية التي عرفتھا الدساتير المغاربية مؤخرا على جميع المؤسسات الدستورية، و كان طبيعياً أن تطل مؤسسة الرقابة الدستورية و يظهر ذلك جلياً من خلال التعديل الدستوري في الجزائر لسنة 2016 الذي حافظ على الرقابة السياسية مع تطعيمها بدور قضائي من خلال تبنيه لآلية الدفع بعدم الدستورية المنصوص عليها في المادة 188 من الدستور الجزائري، التي نصت على حق الأشخاص الذين يكونون طرفاً في خصومة قضائية أن يدفعوا بعدم دستورية الحكم الشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع من خلال الادعاء بأنه ينتهك الحقوق و الحريات التي يضمنها الدستور¹.

و قصد فهم آلية الدفع بعدم الدستورية بشكل أفضل يتعين التطرق إلى مفهومه في المطلب الأول، ثم استعراض أساسه و ذلك في المطلب الثاني.

المطلب الأول:

مفهوم الدفع بعدم الدستورية.

على الرغم من أن الدفع بعدم الدستورية يعتبر أقدم الآليات و أسبقها ظهوراً في تحريك الرقابة الدستورية، إلا أنه لم يتم اعتماده رسمياً كآلية لإخطار المجلس الدستوري في الجزائر إلا مؤخراً، و هذا بعد تبني البرلمان الجزائري المنعقد بغرفتيه المجتمعين معاً يوم 07 فبراير 2016 لنص التعديل الدستوري الذي بادر به رئيس الجمهورية².

حيث يعتبر الدفع بعدم الدستورية وسيلة دفاع تمنحها الأنظمة و التشريعات للأشخاص لحماية حقوقهم و حرياتهم وفق حدود و أطر ترسمها قواعد قانونية تتماشى و فلسفة كل بلد، و تعتبر الجزائر من بين الدول التي تبنت هذا الإجراء ضمن المادة 188 من الدستور³.

و سوف نتطرق في هذا المطلب إلى تعريف الدفع بعدم الدستورية في الفرع الأول، ثم في الفرع الثاني إلى خصائص هذه الآلية، ثم إلى حدود أعمال حق الدفع بعدم الدستورية ومضمون و طبيعة الدفع بعدم الدستورية في الفرعين الثالث و الرابع على التوالي.

¹ - عادل ذواوي، المرجع السابق، ص 331.

² - المرجع نفسه، ص 332.

³ - حميدانو خديجة، المرجع السابق، ص 332.

الفرع الأول:

تعريف الدفع بعدم الدستورية.

للدفع عموماً عدة معاني في اللغة، نذكر من بينها: التّحية و الإزالة بقوة: فيقال دفعته دفعا، أي نحيته فاندفع¹.

قال الله تعالى²: (لَا كَافِرِينَ لِيَسْ لَهُ دَافِعٌ)، و مؤدى ذلك أنه لا يملك (لا يقدر) أحد إزالة العذاب عن الكافرين. الرد: و منه دفعت القول، أي رددته بالحجة، و دفعت الوديعة إلى صاحبها؛ رددتها إليه. الانتصار: و منها دافع عنه، أي حامى عنه و انتصر له، و منه الدفاع في القضاء. المنع: دفع عنه الأذى: بمعنى منع عنه الأذى³. أما عن تعريف الدفع اصطلاحاً، فهناك من رأى بأنه: " جميع رسائل الفاع الآتي يجوز للخصم أن يستعين بها ليجيب على دعوى خصمه. بقصد تفادي الحكم له مما يدعيه سواء أكانت هذه الوسائل موجهة إلى الخصومة أو بعض إجراءاتها، أو موجهة إلى أصل الحق المدعي به أو إلى سلطة الخصم في استعمال دعواه منكراً إياها".

و هناك من ذهب إلى أنه: " عبارة عن وسيلة سلبية للدفاع في الدعوى و يهدف من ورائها الخصم التخلص من الدعوى إما بشكل نهائي أو بشكل جزئي"⁴.

في حين قد عرفه بأنه: " هو ما يجيب به الخصم على طلب خصمه قصد تفادي الحكم به أو تأخير هذا الحكم، و يعتبر -كقاعدة عامة- وسيلة في يد المدعى عليه للرد على دعوى المدعى، و تمكينه من الاعتراض عليها أو على إجراءاتها"⁵.

و فيما يخص المحاولات التي قيلت في تعريف الدفع بعدم الدستورية فنذكر منها:

-عرفه المجلس الدستوري الفرنسي بأنه: " حق يخول كل طرف في رفع دعوى أمام المحكمة المدنية أو الإدارية أو الجنائية بأن يطلب -إذا أراد- مطابقة القانون الذي سيطبق عليه في

¹ - ابن منظور، لسان العرب، الجزء الثامن، دار صادر، بيروت 2003، ص 87.

² - الآية الثانية من سورة المعارج، رقمها 70، ص 568.

³ - مجد الدين الفيروز أبادي، القاموس المحيط، الطبعة الثامنة، مؤسسة الرسالة للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت، 2005، ص 715.

⁴ - فضل آدم فضل المسيري، قانون المرافعات الليبي، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2011، ص 312.

⁵ - محمد أمقران بويشير، قانون الإجراءات المدنية، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 142.

الدعوى للدستور بواسطة مذكرة مستقلة، طالما أن القاضي لا يمكنه أن يثير تلقائياً هذا الدفع¹.

- كما يمكن تعريفه على أنه: "الوسيلة القانونية التي يثيرها أحد خصوم المنازعة في شأن نص أو مقتضى قانوني بمناسبة خصومة قائمة أمام محكمة الموضوع، بعد مطابقة أحكامه مع النص الدستوري، إذا ما كان تطبيقه في موضوع الخصومة سيّمس بحق من الحقوق أو بحرية من الحريات المكفولة بواسطة الدستور"².

- إضافة إلى التعريف القائل بأن "الدفع بعدم الدستورية هو عبارة عن إجراء يتقدم به المدعي في دعوى موضوعية أمام إحدى المحاكم الموضوعية و يطعن بمقتضاه بعدم دستورية نص أو نصوص قانونية لها ارتباط بالدعوى الراجعة أمام المحاكم المذكورة وفقاً للمسطرة القانونية المعمول بها حسب كل تشريع"³.

- كما "يقصد بالدفع بعدم دستورية نص قانوني تلك الطعون التي يتوجه بها أحد الخصوم بصدد نزاع قضائي أمام محاكم مخصوصة بشروط و ضوابط..."⁴.

- في حين يمكن تعريفه على أنه: "الدفع بعدم الدستورية هو وسيلة من وسائل الدفاع التي يسعى أحد الخصوم من خلالها الاعتراض على النص التشريعي المزمع تطبيقه بواسطة إحدى الجهات القضائية نظراً لمخالفته للدستور".

و يتميز هذا التعريف الأخير بكونه تمكن من أن يلم بالعديد من المسائل المهمة المتعلقة بالدفع بعدم الدستورية، فقد استطاع أن يحدد ماهية الدفع على أساس أنه وسيلة من وسائل الدفاع، وحدد من يمكنه إيدائه و التمسك به، ألا وهم الخصوم ثم بين محل الدفع وموضوعه، و هو الاعتراض على تطبيق النص التشريعي المزمع تطبيقه لكونه مخالف للدستور، كما و قد حدد الجهة التي يتعين أن يبدي أمامها الدفع و هي الجهات القضائية.

¹ - حميداتو خديجة، المرجع السابق، ص 332.

² - رواب جمال، (الدفع بعدم دستورية القوانين قراءة في نص المادة 188 من الدستور الجزائري)، مجلة الدراسات

الحقوقية، العدد 08 ديسمبر 2017، جامعة الدكتور مولاي الطاهر، سعيدة، ص 33.

³ - عبد الحق بلفقيه، قراءة في الفصل 133 من الدستور الدفع بعدم الدستورية، بتاريخ 10 مارس 2016، على الموقع

<http://www.hespress.com/opinions/235230.html>.

⁴ - عليان بوزيان، (آلية الدفع بعدم الدستورية و أثرها في تفعيل العدالة الدستورية)، المرجع السابق، ص 71.

و على ضوءه يمكن تعريف الدفع بعدم الدستورية بأنه: وسيلة دفاعية يحق بمقتضاها للخصوم ذوي الصفة و المصلحة الطعن في دستورية النص التشريعي أمام الجهة القضائية التي تتجه لتطبيقه في النزاع المعروض عليها، و ذلك بهدف استبعاد الحكم به عليهم، عن طريق الإلغاء (كما هو الحال عليه في فرنسا و الجزائر) أو الامتناع عن تطبيقه (مثلما هو معمول به في الولايات المتحدة الأمريكية) متى ثبتت مخالفته للدستور¹.

و من ثمة يعتبر الدفع بعدم الدستورية وسيلة لتحقيق غاية مزدوجة تتمثل في حماية مبدأ سمو الدستور من ناحية و حماية الحقوق و الحريات التي يكفلها الدستور للأفراد من ناحية أخرى مما يضاف لصالح المؤسس الدستوري الجزائري أنه منح للأفراد حق الدفع بعدم الدستورية أمام المجلس الدستوري الجزائري و هو أمر جديد لم يكن في السابق بل أدرج فقط بموجب التعديل الدستوري لسنة 2016 تحديدا في المادة 188 منه².

حيث أن آلية الدفع بعدم الدستورية لتحريك الرقابة على النصوص القانونية بمناسبة دعوى قضائية تحقق مجموعة من الآثار القانونية بداية بوجود سلطة للمواطن في الدفاع عن الحقوق و الحريات المكفولة دستوريا مما يعزز من مفهوم المواطنة و يمكن من تجاوز عقبة التمثيل الشعبي و ذلك عند عدم تطابق إرادة المواطنين مع إرادة الممثلين المنتخبين فيما يخص التشريع و في تحقيق المصلحة العامة بإلغاء النص الغير دستوري، من خلال الدور الجديد للقضاء العادي في تحريك رقابة دستورية عن طريق الإحالة إلى هذا الأخير من طرف مجلس الدولة أو المحكمة العليا، و هو ما يُفعل الرقابة البعدية للمجلس الدستوري في غياب النص على رقابة سابقة إلزامية منه على كل القوانين و التطبيقات³.

الفرع الثاني:

خصائص الدفع بعدم الدستورية.

من خلال مجمل التعاريف الوارد ذكرها أعلاه، يمكن إبداء بعض الخصائص التي يتميز بها الدفع بعدم الدستورية و المتمثلة أساسا فيما يلي:

أولا- الدفع بعدم الدستورية حق إجرائي:

¹ - عادل ذواوي، المرجع السابق، ص 333.

² - رواب جمال، المرجع السابق، ص 33.

³ - إبراهيم بلمهيدي، المرجع السابق، ص 161.

كباقي الدفوع الأخرى، فإنّ الدفع بعدم الدستورية يعدّ من قبيل الحقوق الإجرائية التي يتمتع بها الأطراف أثناء سير الخصومة القضائية، و تعتبر الدفوع بما فيها الدفع بعدم الدستورية كذلك، لأنّ المشعّر يمنح لصاحبها الحق في الاختيار بين استعمالها أو عدم استعمالها حتى ولو تعلّقت بالنظام العام. و بذلك يتّضح و بشكل جلي أنّ الرقابة الدستورية بواسطة الدفع تصنّف على أنها رقابة جوازيه أو اختيارية، و ليست برقابة وجوبيه يتعيّن على الأشخاص إثارتها و التمسك بها أثناء عرض منازعاتهم على القضاء¹.

ثانيا - الدفع بعدم الدستورية وسيلة دفاعية:

يجمع الفقه الدستوري² على أنّ الدفع بعدم الدستورية يعتبر وسيلة دفاعية، و ذلك لأنّ إثارته أمام الجهات القضائية يأتي في إطار دفاع الشخص عن نفسه و مصالحه في مواجهة من يتهمونه بمخالفة قانون ما، فيردّ بأنّه قانون لا يمكن تطبيقه عليه لأنّه مخالف للدستور وهذا على خلاف الدعوى الدستورية الأصلية التي تعتبر في حال سمح الدستور بإتباعها كوسيلة هجومية يمكن للشخص أن يبادر بها للقضاء على قانون ما قبل تطبيقه عليه³.

ثالثا - الدفع بعدم الدستورية يتسم بالمرونة:

يمكن إرجاع اتصاف الدفع بعدم الدستورية بالمرونة إلى كون العمل به أقلّ تعقيدا، ويتّضح ذلك في عدة مسائل منها:

- العمل به على خلاف الدعوى الدستورية الأصلية لا يتطلب رخصة صريحة من الدستور، بل يكفي مبدئيا أن يكون الدستور جامدا، و ليس فيه أو في غيره نص صريح يمنع على القضاء أن يباشر الرقابة على دستورية القوانين⁴، و هذا بالنسبة للدول التي خلت دساتيرها من نصوص تتعلق بالرقابة الدستورية⁵، أما في الول التي نظّمت دساتيرها مسألة الرقابة على دستورية القوانين، فإنّ العمل بطريقة الدفع يحتاج إلى نص صريح للقول بجواز ذلك،

¹ - عادل ذواوي، المرجع السابق، ص 333.

² - الأمين شريط، الوجيز في القانون الدستوري و المؤسسات السياسية المقارنة، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 151.

³ - سعيد بوالشعير، القانون الدستوري و النظم السياسية المقارنة، الجزء الاول، المرجع السابق، ص 203.

⁴ - المرجع نفسه، ص 204.

⁵ - فاطمة الزهراء غريبي، أصول القانون الدستوري و النظم السياسية، دار الخلدونية، الجزائر، 2016، ص 265.

وهذا لأنّ عدم النصّ عليه سواء في النصّ الدستوري نفسه¹ أو في النصّ القانوني المنظّم لهيئة المكلفة بالرقابة الدستورية سيفهم منه ضمنا أنه رفض لتبني الدفع كآلية لتحريك الرقابة الدستورية من قبل الأشخاص العاديين².

- الدفع بعدم الدستورية لا يكلف نفقات مالية، و ذلك لأنّ الشخص الذي يثيره يكون عادة في مركز المدعى عليه، و بالتالي فهو لا يتحمل مصاريف رفع الدعوى أو التبليغ أو غيرها، كما أنّ القيام بالدفع لا يتطلب مبدئياً التنقل إلى جهة بعينها (كما هو الحال في الدفع بعدم الدستورية المركزية) بما يحمله ذلك من مصاريف و تكاليف قد لا يطبقها البعض.

- إثارة الدفع بعدم الدستورية غير مقيد بأجل محدد، و هذا أمر منطقي لأنّ الشخص الذي يثير الدفع لا يعلم سلفاً متى سيطبق عليه فعلياً القانون المطعون فيه بعدم الدستورية، و إن كان لا بد من الإشارة هنا إلى أنّ هناك بعض النظم تضع مواعيد محدّدة يجب احترامها بعد إثارة الدفع - و ليس قبله - تحت طائلة سقوط الحق فيه. هذا و من البديهي القول أنّ الدفع بعدم دستورية قانون لا يمكن أن يتمّ إلا بعد أن يدخل القانون المعني حيز النفاذ، لأنّه عندئذ فقط يصبح بإمكان القضاء تطبيقه على النزاعات المعروضة عليه، و منه فالرقابة الدستورية عن طريق الدفع هي رقابة لاحقة أو بعدية و ليست برقابة سابقة أو قبلية³.

رابعاً - الدفع بعدم الدستورية وسيلة احتياطية:

هناك من الفقه الدستوري من يعتبر بأنّ الدفع بعدم الدستورية يعدّ دفعا احتياطياً لا يجوز اللجوء إليه إلا إذا استنفذت الوسائل القانونية الأخرى، و ربما ما دفع هؤلاء لتبني هذا الموقف هو أنّ الرقابة الدستورية عن طريق الدفع تعدّ رقابة استثنائية⁴، و لأنها كذلك فإنّه على قضاة الموضوع التعرّض لمسألة الدستورية، و في نفس الوقت تسمح لهم بالفصل فيما يعرض عليهم من منازعات، و لأنّ تلك الوسائل القانونية لا تكون مقبولة إلا إذا كانت تؤدي في الواقع إلى نفس النتائج التي ترتبها الرقابة الدستورية عن طريق الدفع⁵.

¹ - أنظر المادة 188 من دستور 1996 المعدّل و المتمم.

² - سليمة مسراتي، نظام الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 92.

³ - عادل ذواوي، المرجع السابق، ص 334

⁴ - الأمين شريط، المرجع السابق، ص 147.

⁵ - عادل ذواوي، المرجع السابق، ص 335.

الفرع الثالث:

حدود إعمال حقّ الدفع بعدم الدستورّية.

قرّر المؤسس الدستورّي الجزائري بمقتضى المادة 188 بأنّ الدّفع بعدم الدّستورّية يجب أن ينصبّ على حكم تشريعي¹، أي لا يمكن أن يثار إلاّ بخصوص التشريعات دون التنظيمات و هذا ما جاء في نص المادة 191 فقرة 2 حيث نصت على أنه: "إذا أعتبر نص تشريعي ما غير دستورّي على أساس المادة 188 أعلاه، فإنّ هذا النص يفقد أثره ابتداء من اليوم الذي يحدده قرار المجلس الدّستوري"².

فينبغي لصحة ممارسة الدفع توجيه الطّعن للنظر في دستورّية قانون باعتبار الأخير هو مناط الرّقابة على الدّستورّية، حيث استخدم المؤسس الدستورّي في الجزائر عبارة (حكم تشريعي)³ و يبدو من خلال هذا المصطلح اتّساع مجال إثارة الدّفع لمخاصمة دستورّية كل حكم تشريعي يستجيب للمعيار الشكلي⁴. و منه فالمقصود بالأحكام الدّشريعة التي يمكن بشأنها تقديم دفع بعدم الدّستورّية، ينصرف بالأساس إلى الأحكام السارية النفاذ التي تستمد وجودها و تجد مصدرها في كلّ من: الشّريعات التي يسنّها البرلمان و الأوامر التشريعية التي يصدرها رئيس الجمهورية. لكن و بعد أن استحدث دستور 1996 ما يعرف بالقوانين العضويّة، فهل يمكن اعتبارها من قبيل الأحكام الشّريعية التي تقبل إمكانية الدّفع بعدم دستورّيتها أم أنّ هناك عوامل قد تجعلها بمنأى من الخضوع للرقابة الدّستورّية بواسطة الدّفع؟.

لا شك في أنّ القوانين العضويّة كالقوانين العادية تعتبر ذات طبيعة تشريعية و هو ما يؤكّده المؤسس الدستورّي الجزائري، و هذا بالرجوع للمادة 141 من دستور 1996 بعد تعديل 2016 التي تنصّ على أنه: " إضافة إلى المجالات المخصّصة للقوانين العضويّة بموجب الدّستور، يشرع البرلمان بقوانين عضويّة في المجالات الآتية... " غير أنّه و بالنظر إلى أنّ

¹ - عادل ذواوي، المرجع السابق، ص 342.

² - حميدانو خديجة، المرجع السابق، ص 333.

³ - وهي نفس العبارة المعتمدة من قبل المؤسس الدستورّي الفرنسي في نص المادة 1/61 من الدستور الفرنسي، أو في القانون العضوي رقم 09-1535 المتعلق بشروط تطبيق هذه المادة.

⁴ - أوكيل محمد أمين، (عن دور القضاء في تفعيل آلية الدّفع بعدم الدّستورّية في الجزائر: دراسة مقارنة بالنموذج

الفرنسي)، حوليات جامعة الجزائر 01، العدد 32، الجزء الثاني، جوان 2018، ص 106.

حقوق الأشخاص و واجباتهم الأساسية، لا سيما نظام الحريات العمومية، و حماية الحريات الفردية و واجبات المواطن تدخل في صميم القانون العادي و ليس القانون العضوي من جهة، و لأن هذا الأخير من جهة أخرى يخضع وجوبا لرقابة مطابقة النص مع الدستور من طرف المجلس الدستوري قبل صدوره فإن ذلك يؤدي إلى عدم قبول المجلس الدستوري النظر مجددا في مدى دستورتها في حال توصله بدفع (أو أكثر) يطعن فيها بعدم الدستورية¹، فضلا على كون المادة 191 من الدستور قد حصنت نتائج رقابة المجلس (آراء، قرار) من كل سبل الطعن و جعلته ملزما لكافة السلطات مما يستحيل معه المبادرة بإثارتها من جديد، كما يمكن استثناء القوانين الإستثنائية كذلك من نطاق ممارسة رقابة الدفع لدلائها المباشرة و الصريحة السابقة عن إرادة الشعب، أما الأحكام التشريعية المرتبطة بالأوامر لا سيط الآتي لم تعرض على البرلمان للمصادقة، فتقرير خضوعها من عدمه ينبغي أن يتم تنظيمه بموجب القانون العضوي المحدد لشروط ممارسة الدفع بعدم الدستورية، علاوة على كون المجلس الدستوري قد سبق له النظر في دستورتها².

من خلال ما تقدم ذكره يتضح أن حق الدفع بعدم الدستورية يقتصر على القوانين دون التنظيمات، في حين أن الإخطار بعدم الدستورية من قبل السلطات العليا و كذا البرلمانين (جهات الإخطار) يطال النصوص التشريعية و التنظيمية أيضا و هذا حسب الفقرة 1 من المادة 191 من الدستور.

و بالتالي فإن ممارسة الدفع بعدم الدستورية محدود في التشريعات دون التنظيمات، والمتقاضين فقط مخولين دستوريا لإعمال الدفع بعدم الدستورية دون سواهم و هذا حسب نص المادة 188 فقرة 1 "... عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية..." نلاحظ أن المؤسس الدستوري الجزائري قد ضيق من دائرة الأشخاص الذين لهم حق الدفع بعدم دستورية نص تشريعي غير دستوري و حصره في فئة المتقاضين دون تحديد طبيعتهم أشخاص طبيعيين أو معنويين³.

¹ - عادل ذواوي، المرجع السابق، ص 343.

² - أوكيل محمد الأمين، (نظام تصفية الدفوع بعدم الدستورية في القوانين المقارنة و أفق تطبيقه في الجزائر)، مجلة

صوت القانون، العدد 08، سنة 2017، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ص 27.

³ - حميدانو خديجة، المرجع السابق، ص 333.

الفرع الرابع:

مضمون و طبيعة الدفع بعدم الدستورية.

1- الدفع بعدم الدستورية دفع موضوعي أم شكلي.

لقد غرق البعض فور صدور القانون العضوي رقم 16/18¹ في البحث عن طبيعة الدفع بعدم الدستورية إن كان شكلياً أو موضوعياً، في حين ذهب البعض إلى اعتباره دفعا موضوعياً على أساس أنه يمكن إثارته في أي مرحلة كانت عليها الدعوى كما نصت عليه المادة 48 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية²، فقد ذهب البعض الآخر إلى اعتباره دفعا شكلياً باعتباره دفع بإرجاء الفصل الذي ورد النص عليه في المادة 59 من ذات القانون الآتي جاء النص عليها في الفصل الذي يحمل عنوان الدفوع الشكلية.

يبدو عقم هذا الجدل من خلال وضوح النصوص المنظمة لكل من الدفع الشكلي و الموضوعي و تطبيقاتها على الدفع بعدم الدستورية، فالدفع الموضوعي كما نصت عليه المادة 48 من القانون سالف الذكر إنما هو وسيلة دفاع يهدف إلى دحض مزاعم الخصم مهما كان الحكم التشريعي المطبق و دون الانشغال بطبيعته إن كان دستورياً أم لا، و يكون فيه قاضي الدفع هو قاضي الموضوع، بينما الدفع بعدم الدستورية يهدف إلى الطعن في دستورية النص التشريعي الحاسم في النزاع، و قاضي الأصل فيه ليس هو قاضي الدفع. كما لا يمكن اعتبار الدفع بعدم الدستورية دفعا شكلياً بإرجاء الفصل لأن هذا الدفع الأخير يقوم طبقاً لنص المادة 59 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في الحالة الآتي يمنح فيها القانون أجلاً للخصم الذي يطلبه بينما الدفع بعدم الدستورية يخطر به المجلس الدستوري عند صحته عن طريق الإحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة وليس مباشرة من الخصم الذي أثار هذا الدفع ولذلك لا يحدد له القانون أجل لذلك.

يتضح مما سبق أن الدفع بعدم الدستورية هو دفع من نوع خاص و منظم بنص خاص وهو يتضمن طلب من صاحبه موجه إلى القاضي لأن يرسل الدفع إلى المحكمة العليا

¹ - قانون عضوي رقم 18- 16 مؤرخ في 22 ذي الحجة عام 1439 الموافق ل 2 سبتمبر 2018، يحدد شروط و كليات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، الصادر في الجريدة الرسمية العدد 54 بتاريخ 25 ذو الحجة عام 1439 الموافق 05 سبتمبر 2018.

² - القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، جريدة رسمية عدد

أو مجلس الدولة للفصل في إحالته على المجلس الدستوري ليبيدي رأيه و قراره فيه و أن الجدل القائم حول إعطاء تكييف له لا طائفة منه ولا فائدة عملية له¹.

2- الدفع بعدم الدستورية و النظام العام.

يثار السؤال في مدى إمكانية اعتبار الدفع بعدم الدستورية من النظام العام فيترتب عن ذلك جواز إثارته تلقائياً من قبل القاضي و لو لم يتمسك به أحد أطراف الدعوى؟.

إن النظام الدستوري الفرنسي ذهب عكس هذا الاتجاه، حيث أن القاضي لا يجوز له إثارة الدفع بصفة تلقائية². ضمانا لحياد القضاء، حيث تتم إثارة الدفع بعدم الدستورية من قبل أطراف الدعوى أمام الجهات القضائية العادية و الجهات القضائية الإدارية و حتى لأول مرة على جهات الاستئناف أو النقض³، أما عن تكييف هذا الدفع في التشريع الجزائري فهو عبارة عن حق للأطراف لا يجوز للقاضي إثارته تلقائياً فهو لا يتعلّق بالنظام العام.

3- طبيعة الدفع بعدم الدستورية في النظام الدستوري الجزائري.

مقارنة بالأنظمة الدستورية الأخرى، نجد أن الإجراءات الدستورية المحددة في المادة 188 من التعديل الدستوري الجزائري ليس بشكل دقيق دفعا بعدم الدستورية الذي يفترض أن القاضي العادي المختص بالنظر في الدعوى الأصلية يختص أيضا بالبت في الدعوى الدستورية، كما هو الحال في التجربة الأمريكية، في حين أن النظام الدستوري الجزائري يتعلّق الأمر فيه بمسألة فرعية تلزم القاضي الذي أُثيرت أمامه بالتوقف عن البت في الدعوى الأصلية و انتظار صدور قرار عن المجلس الدستوري المتضمن البت في دستورية النص أو عدمه.

إن المجلس الدستوري يبت في مسألة الدفع الفرعي وفق منطق القضاء العادي، حيث لا يحاكم أي وضعية خاصة، و إنما يبت في علاقة المُقتضى التشريعي المعني بالنص الدستوري، مما يجعل الدعوى الدستورية دعوى قانونية و ليست واقعية مرتبطة بوضعية متغيرة، و بالتالي وجود مسافة بين الدعوى المرفوعة في الموضوع و مراقبة دستورية

¹ - عبد الكريم دغلاش، المرجع السابق، ص 04.

² - حميداتو خديجة، المرجع السابق، ص 333.

³ - الجلسة العلنية لمناقشة مشروع قانون عضوي يحدد شروط و كيفية تطبيق الدفع بعدم الدستورية، المنعقدة يوم الاثنين

18 يونيو 2018، جريدة رسمية للمناقشات، السنة الثانية، رقم 77، ص 05.

- القوانين¹، الشيء الذي يبعدها عن خصائص الرقابة البعدية من خلال محافظتها على قاعدتي التجرد و الموضوعية المرتبطتين بالرقابة القبلية للدستور.
- مما تقدم فإن إجراء الدفع بعدم الدستورية يتميز بأربعة خصائص:
- ✓ الدفع بعدم الدستورية دعوى منفصلة منذ لحظة إثارها إلى حين البت فيها من قبل المجلس الدستوري عن باقي مكونات الدعوى الأصلية.
 - ✓ الدفع بعدم الدستورية دعوى لا تتعلق بالنظام العام، بل حق للأطراف و لا يجوز للقاضي إثارها تلقائياً.
 - ✓ الدفع بعدم الدستورية هو دعوى موضوعية و ليس شخصية، حيث أن اللجوء إلى المجلس الدستوري يقتصر على مراقبة مجردة للنص، باقتصار فحصه لمدى مطابقة مقتضيات التشريعية للدستور دون الحسم في النزاع القائم بين الأطراف².

المطلب الثاني:

أساس الدفع بعدم الدستورية.

يقوم الدفع بعدم الدستورية على جملة مبادئ، من بين هذه المبادئ، مبدأ سمو الدستور، مبدأ الفصل بين السلطات، مبدأ المشروعية و سيادة القوانين.

بالإضافة إلى تعزيز حماية الحقوق و الحريات المكفولة دستورياً، و التي سنتولاها في الفروع على التوالي.

الفرع الأول:

مبدأ سمو الدستور.

تتميز القاعدة الدستورية على سائر القوانين بسموها و علوها داخل الدولة، و المرجعية التي تنسج على منوالها كافة القواعد القانونية التي ليس لها أن تخالف بأي حال من الأحوال القواعد الدستورية فإن تعدت حدودها و خالفت القاعدة الدستورية فليس لها إلا أن تقع في مجال عدم المشروعية، و تدخل في حيز البطلان.

إن هذه المكانة التي تحتلها القواعد الدستورية لا تأتي من الفراغ و إنما تستند إلى أساس شكلي (أولاً) و آخر موضوعي (ثانياً)¹.

¹ - حميداتو خديجة، المرجع السابق، ص 333.

² - المرجع نفسه، ص 334.

أولاً - السمو الشكلي للقواعد الدستورية:

يعني مبدأ علو القاعدة الدستورية من الناحية الشكلية، الطريقة التي توضع بها الدساتير و خاصة الجامدة منها، فهي توضع بإجراءات تختلف عن إجراءات سن القواعد العادية².

ثانياً - السمو الموضوعي للقاعدة الدستورية:

يكمن السمو الموضوعي للدستور في طبيعة و مضمون القواعد الدستورية التي يتضمنها، وكذلك في طبيعة الموضوعات التي يقوم على تنظيمها³، حيث يتحقق هذا السمو بخضوع القواعد القانونية للدستور، و ثبات القواعد الدستورية، بالإضافة إلى أنه لا يمكن أن يلغى الدستور إلا بمثله.

1 - خضوع القواعد القانونية للدستور:

بما أن الدستور يحتل المرتبة الأعلى في تدرج القواعد القانونية في الدولة فإن على التشريعات الأخرى أن تدور في نطاق هذا الدستور و إلا تكون قد خرجت عن حدود المشروعية و اتسمت بعدم الدستورية، و لذلك يجب أن تكون كافة القوانين داخل الدولة تصدر في نطاقه و غير متجاوزة الحدود التي رسمها لها شكلا و موضوعا.

2 - ثبات القواعد الدستورية:

هذه النتيجة نابعة من الإجراءات الخاصة بالتعديل الأمر الذي يضي على القواعد المذكورة نوعا من الثبات و الاستقرار فلا تقترب منها يد التغيير من أي جهة، إلا طبقا لما حدده الدستور نفسه.

3 - لا يلغى الدستور إلا بمثله:

فالدستور لا يعدل إلا بمثله لما يتميز من السمو على غيره، فحتى يتم تعديل قاعدة دستورية لابد من أن يكون ذلك بقاعدة دستورية مثلها في قوتها و درجتها⁴.

¹ - حمدي العجمي، المرجع السابق، ص 89.

² - محمد محمد عبده إمام، المرجع السابق، ص 101.

³ - إبراهيم عبد العزيز شيحا، المبادئ الدستورية العامة، دون طبعة، منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية 2006، ص

176.

⁴ - حمدي العجمي، المرجع السابق، ص 90.

الفرع الثاني:

مبدأ الفصل بين السلطات.

ترجع فكرة الفصل بين السلطات إلى عصور قديمة، و هي تستند إلى أفكار الفيلسوف "أرسطو"، غير أن الفكرة لم تلقى تكريسا كمبدأ إلا خلال القرن 18 من خلال أعمال الفيلسوف "جون لوك" في كتابه الحكومة الحديثة الذي أصدره عام 1690، ثم جاء الفيلسوف "مونتيسكيو" و طوّر هذا المبدأ و وضعه في إطار نظام في كتابه "روح القوانين" عام 1748، حيث اكتشف عند دراسة أسس النظام البريطاني الفصل بين السلطات و جعل منه مبدأ عاما لتنظيم سلطة الدولة¹.

و عليه سنتناول المقصود بالمبدأ عند كل من جون لوك و مونتيسكيو و روسو.

1- الفصل بين السلطات عند جون لوك:

حسب هذا المفكر توجد ثلاث سلطات، سلطة تشريعية، سلطة تنفيذية و سلطة فيدرالية وهي سلطة العلاقات ، و بالرغم من أن السلطان الأخيرتان متميزتان و تمارسان تحت قيادة واحدة، إلا أن السلطة التشريعية أعلى منها و يجب أن تكون منفصلة عنها كي لا يحدث التعسف، و قد خلص جون لوك إلى أن السلطة التشريعية يتعين عليها تجنب الانعقاد بصفة دائمة كي لا تطمع في التدخل في سير الحكومة، كما أن السلطة التنفيذية تبقى تملك نوعا من الاستقلال في تفسير القوانين. و لما كان دورها يتمثل أساسا في تنفيذ الإرادة المعبر عنها من طرف السلطة التشريعية فهي نتيجة لذلك تكون خاضعة لها.

و من خلال ما تقدّم ذكره نلاحظ أن جون لوك بين أنه إذا كانت هذه الوظائف يمكن القيام بها من قبل جهاز واحد كما حدث في كل التاريخ تقريبا، فإن الجهاز الذي يقوم بوضع القانون ليس هو الجهاز الذي يتولى تنفيذه، و من هنا ظهرت ضرورة تخصص الهيئات في إطار وظيفة محددة.

و إذا كان الفصل في طرح فكرة التمييز بين المهام ترجع للفيلسوف "أرسطو" فإن "جون

¹ - بوكرا إدريس، المبادئ العامة للقائد و السُّتُورِي و النَّظْمِ السِّيَاسِيَّةِ، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر

لوك" ساهم في التأكيد بأن ممارسة هذه المهام يمكن أن يتم بواسطة أجهزة (هيئات) مختلفة¹.

4- الفصل بين السلطات عند مونتيسكيو:

اقترن هذا المبدأ بمونتيسكيو، الذي استطاع أن يصيغ الموضوع بطريقة جديدة في كتابه "روح القوانين" إلى جانب كونه المفكر الليبرالي الأول في فرنسا، و يرى بأن مبدأ الفصل بين السلطات وسيلة للتخلص من السلطة المطلقة للملك.

فتجمع السلطات في يد واحدة يؤدي إلى الاستبداد، و عليه لا قيمة للقوانين إذا لم تكن السلطات موزعة بين هيئات مختلفة تعمل من أجل تحقيق المصلحة العامة و توقف كل منهما الأخرى عند الاعتداء على اختصاصاتها.

بالإضافة إلى أن هذا المبدأ يضمن ممارسة و احترام الحقوق و الحريات الفردية على أن توزع تلك السلطات بين ثلاث هيئات:

- السلطة التشريعية تكون بيد الشعب أو ممثليه.

- السلطة التنفيذية بيد ملك قوي.

- السلطة القضائية تسند إلى هيئة مستقلة².

و الملاحظ أن مونتيسكيو لم يذهب للمطالبة بالفصل المطلق بين السلطات كما يرى البعض، فقد كان متيقنا أنه مهما كانت شدة الفصل فإن هذه السلطات مضطرة للتعاون و التضامن و العمل بطريقة منسقة هدفها المصلحة العامة لأن الفصل التام مستحيل في الواقع.

5- الفصل بين السلطات عند جون جاك روسو:

الفقيه روسو يخالف مونتيسكيو لكونه يفصل بين السلطة التشريعية و التنفيذية بسبب اختلاف طبيعتها و يعتبر السلطة القضائية جزء من السلطة التنفيذية كما أنه لا يقر بفكرة تساوي السلطات في ممارسة السيادة و استقلالها³.

¹ - بوكرا إدريس، المرجع السابق، ص ص 114 - 115.

² - فريد علوش، آليات حماية القاعدة و القانونية الدستورية في الجزائر، دار الجامعة الجديدة، بسكرة، 2010، ص ص 66 - 67.

³ - نفس المرجع، ص ص 68-69.

و قد عمل المؤسس الدستوري في الجزائر على غرار بقية دول العالم منذ الاستقلال على تكريس مبدأ الفصل بين السلطات و ذلك تجسيدا لدولة القانون من خلال احترام الدستور باعتباره القانون الأسمى في الدولة الذي يضمن حقوق و حريات المواطنين و باعتباره المعيار الأساسي لإرادة الشعب و ملزما لجميع سلطات الدولة و الأفراد معتمدة في ذلك على ضمان رقابة دستورية القوانين بما يحقق أمن و اطمئنان المجتمع بصفة عامة و الفرد بصفة خاصة من خلال إنشاء مجلس دستوري.

الفرع الثالث:

مبدأ المشروعية و سيادة القانون.

يعدّ مبدأ المشروعية من أهم المبادئ التي تتبناها الدولة القانونية، و لا يمكننا أن نتصور في الوقت الحالي وجود دولة لا تتبنى هذا المبدأ، و الذي يمكن أن نعبر عنه بسيادة حكم القانون، أو بتعبير آخر إخضاع الدولة للقانون في جميع صور نشاطها.

يفترض هذا المبدأ التزام الإدارة في جميع تصرفاتها الحدود المرسومة لها في مجموع القواعد القانونية المقررة في الدولة، و أن تمارس فاعليتها في نطاقها، سواء كانت هذه القواعد مكتوبة (الدستور، القانون، المراسيم، الأنظمة و اللوائح ، القرارات الإدارية...) أو غير المكتوبة (العرف، المبادئ القانونية العامة)¹.

و عليه بمقتضى هذا المبدأ فإنّ الدولة تخضع في نشاطها للقانون السائد فيها، فعلى السلطات الثلاث (القضائية، التنفيذية، التشريعية) أن تحترم المشروعية القانونية، فالسلطة التشريعية تخضع للدستور و السلطة القضائية تلتزم بالقانون و تطبقه، و السلطة التنفيذية تحترم القانون و تلتزم بحدوده و هذا هو المفهوم الواسع لمبدأ المشروعية أي خضوع الدولة بما فيها حكام و محكومين للقانون.

و عندئذ تسمى بدولة القانون التي تخضع فيها الإدارة للشرعية و لرقابة القضاء، و بقدر تعلق الأمر بضرورة التركيز على الوظيفة الإدارية للسلطة التنفيذية فإنّ المعنى الواسع لمبدأ المشروعية ليس هدفنا الأساسي بالقدر الذي تتطلب دراستنا التركيز على المعنى الضيق للمبدأ، و الذي يتمثل في خضوع الإدارة للقانون مما يؤدي حتما إلى صيانة و حماية القاعدة الدستورية من كل انتهاك.

¹ - فريد علواش، المرجع السابق، ص 103.

فيجب أن لا تأتي الإدارة عملاً قانونياً أو مادياً مخالفاً للقانون، أو فيه خروج أو مخالفة لأحكامه لأن مخالفة مبدأ المشروعية معناه إلغاء التصرفات الإدارية المخالفة و اعتبارها باطلة أو معدومة.

و لقد ذهب بعض الفقهاء في توضيح المعنى الضيق لمبدأ المشروعية إلى أبعد من ذلك و أكدوا على أن أي عمل إداري يجب أن يسند إلى قاعدة قانونية أو أساس قانوني حتى يكون العمل مشروعاً، و أن يمنح القانون الإدارة حق القيام بهذا العمل أو التصرف، و بالتالي فإن هذا الاتجاه يقيد من حرية الإدارة بقصد حماية حقوق الأفراد و حرياتهم قدر الإمكان¹.

بينما فريق آخر من الفقهاء يذهب إلى بعيد، حيث اعتبروا أعمال الإدارة و تصرفاتها لا تكون مشروعة إلا إذا اقتضت فقط على تنفيذ أو تطبيق قاعدة قانونية سابقة مما يعني أن الأعمال التي تقوم بها الإدارة هي مجرد تنفيذ أو تطبيق قاعدة قانونية سابقة الوضع، و بهذا فإن أصحاب هذا الاتجاه قد جردوا الإدارة من كل استقلال و جعلوا منها مجرد أداة لتنفيذ القواعد القانونية القائمة في الدولة.

و أمام هذه الاتجاهات في توضيح مبدأ المشروعية فإن القانون الجزائري جاء متمشياً مع الاتجاهين الأول و الثاني و معارضاً للاتجاه الثالث، كما لاحظنا فإن الرأي الأول وضع التزاماً سلبياً على عاتق الإدارة من خلال التأكيد على عدم مخالفة الإدارة لأحكام القانون القائم، فهذا الاتجاه يعطي للإدارة قدراً من الحريّة في الحركة و الذّ شاط لتحقيق أهدافها، بينما يضع الرأي الثاني على عاتق الإدارة التزاماً إيجابياً يكمن في ضرورة أن يستند العمل الإداري على قواعد قانونية سارية المفعول و إلا فإن غياب ذلك معناه بطلان هذا العمل، في حين أن الرأي الثالث يجعل الإدارة مجرد أداة لتنفيذ القواعد القانونية سارية المفعول و إلا فإن غياب ذلك معناه بطلان هذا العمل، وهذا ما لم يعتمد عليه المشرع الجزائري، حيث منح اختصاصات واسعة تخرج عن مآله و نطاق تنفيذ القانون بالمعنى الضيق.

و أخيراً فإن دور الإدارة لا يقتصر على التنفيذ أو التعليق للقاعدة القانونية، و إنما للإدارة القدرة على الإبداع و الاستقلال و تحقيق الفعالية الإدارية دون المساس قدر الإمكان بحقوق

¹ - فريد علواش، المرجع السابق، ص ص 104 - 105.

الأفراد وحرّياتهم¹.

الفرع الرابع:

تعزيز حماية الحقوق و الحريات المكفولة دستوريا.

بما أن الدستور هو القانون الأسمى في الدولة، فهو المصدر الأساسي للحقوق و الحريات و هي القدرة على القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل، أي القدرة على التصرف أو عدم التصرف، و بالتالي عدم الخضوع لأي منع من السلطة العامة²، فهو الذي يبين القواعد و الأحكام التي تضمن الحريات و الحقوق في مواجهة السلطة، و باعتبار الدستور في الأساس جاء لتحقيق هدفين هما: تنظيم هيكل الدولة من خلال توزيع الاختصاص بين مؤسساتها، وضمان حقوق و حريات الأفراد من خلال التقيد بهذا التنظيم و التوزيع فإن أي دستور مهما كان لونه السياسي لا يخلو من الاعتراف بالحقوق و الحريات و حمايتها³.

الحقوق و الحريات المضمونة دستوريا هي تلك الواردة في دستور الجمهورية، لقد أكدّ الدستور في مادته 157 المبدأ بنصه على أن "السلطة القضائية تحمي المجتمع و الحريات، و تضمن للجميع و لكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية"، و بما أن المجلس الدستوري عند فصله في الدفع بعدم الدستورية، إنما يمارس وظيفة قضائية، فإن هذا النصّ الدستوري ينطبق عليه مثله مثل الهيئات القضائية الأخرى.

كما أفرد الدستور فصلا كاملا للحقوق و الحريات و هو الفصل الرابع من الباب الأول يتضمّن (41) مادة و هي المواد من (32) إلى (73). لقد أسهبت هذه المواد في عرض مختلف الحقوق و الحريات الأساسية الفردية و الجماعية. و يتعلّق الأمر بالحقوق و الحريات السياسية، المدنية، الاقتصادية، الاجتماعية، الثقافية، و الفكرية، و حتى الحقوق البيئية، و الحريات الأكاديمية، و بالإضافة إلى ذلك وردت جملة من المبادئ العامة في ديباجة الدستور، و لقد جاء في نهاية الديباجة النص صراحة على أنها " تشكل جزءا لا يتجزأ من الدستور".

¹ - فريد علواش، المرجع السابق، ص 106.

² - أحمد سليم سعيان، الحريات العامة و حقوق الإنسان، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010،

ص ص 13-14.

³ - بن بلقاسم أحمد، محاضرات في الحريات العامة، السنة الجامعية 2015/2016، ص 34.

و بالتالي فتلك المبادئ هي مبادئ ءؤورؤة، وجميعها تشكل حقوقا و حريات أساسية، واجة الاحترام تماما مثلها مثل المبادئ المعلنة في متن الءؤور، إن الكتلة الؤي يبعء المجلس الؤورؤي في مءى مطابقة الحكم الؤشريعى لها هي: الءؤور، و القانون ضمن الكتلة الؤورؤة مثل المعاهدات المصادق عليها، إذ جعلها المائة 150 من الءؤور ءسمو على القانون و كذلك الأمر بالنسبة لإعلانات الحقوق المصادق عليها¹، على المستوى العالمى و المواثيق الخاصة بحماية حقوق الإنسان الؤي أقرتها منظمة الأمم المءءة و المنظمات الإقليمىة في كل القارات بعء الحرب العالمىة الؤانىة².

¹ - مسعود شيهوب، مءاخلة حول: ءأثير الذفع بعءم ءؤورؤة القوانن على سير المحاكمة، في الندوة الوطنىة المنظمة من طرف وزارة العءل بالءعاون مع برنامج الأمم المءءة للؤمىة، يومى 10 و 11 ءيسمر 2018، الجزائر العاصمة.

² - و هي بشكل خاص:

-الإعلان العالمى لحقوق الإنسان الصادر عن الأمم المءءة عام 1948.

- الاتفاقىة الأوروبىة لحقوق الإنسان عام 1950.

- ميثاق منظمة الءول الأمريكىة عام 1948.

*أشار إليهم الءكتور عبء العزىز برقوق في أطروحة الءكتوراه.

خلاصة الفصل:

خلصنا في نهاية هذا الفصل لتحديد الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدفع في الأنظمة المقارنة، فهناك من طبقت الرقابة القضائية مثل الولايات المتحدة الأمريكية، بريطانيا، مصر، و هناك من طبقت الرقابة السياسية مثل فرنسا، المغرب، تونس، الجزائر. كما تطرقنا إلى الدفع بعدم الدستورية في ظل التعديل الدستوري لسنة 2016، وحددنا مفهومه انطلاقاً من التعريف فهو عبارة عن وسيلة قانونية تخول أطراف الدعوى إمكانية إزاحة أي قانون يمس حقوقهم و حرياتهم التي يكفلها الدستور لهم، يراد تطبيقه في النزاع أمام المحاكم العادية أو الإدارية، بالإضافة إلى خصائص الدفع من أنه حق إجرائي، و كونه وسيلة دفاعية، و احتياطية، و يتسم بالمرونة، ناهيك عن حدود أعمال حق الدفع بعدم الدستورية و ذلك أنه يخصّ إلا الأحكام التشريعية، و تناولنا فيه مضمون و طبيعة الدفع بعدم الدستورية.

و كنتيجة لما عرضناه من خلال هذا الفصل من بحثنا عرفنا أن أساس الدفع بعدم الدستورية يتجسد في مبادئ أهمها: مبدأ سمو الدستور، من سمو شكلي و موضوعي للقواعد الدستورية، و مبدأ الفصل بين السلطات، مبدأ المشروعية و سيادة القانون، و مبدأ حماية الحقوق و الحريات المكفولة دستورياً.