

الدفع بعدم الدستورية أمام قاضي الموضوع

عبد الكريم دعلاش،

رئيس مجلس قضاء قسنطينة

ملخص¹

تتضمن هذه المداخلة قراءة مركزة لأحكام القانون العضوي الصادر في 02 سبتمبر 2018 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، مع حصر التحليل في الأحكام المتعلقة بقضاء الموضوع، معتمدا منهجية التساؤل حول أبعاد هذا النص التشريعي والإشكالات التي قد يثيرها تفسيره. وقد بين صاحب المداخلة جهات قضاء الموضوع التي يثار أمامها الدفع بعدم الدستورية، مع شرح مدى جواز ذلك أثناء الخصومة التحكيمية، كما تعرض لأطراف الدعوى الذين لهم الحق في إثارتها مع مناقشة الوضعية الخاصة بالنيابة. وقد حلل في المقال أبعاد النص القانوني الذي حدد الشروط التي يتعين توافرها في الدفع بعدم الدستورية والكيفيات العملية لضبطها وإثبات توافرها، ولاسيما شرط الجدية في الدفع وسلطة القاضي التقديرية في ذلك. وفي النهاية يتناول المقال الجانب الإجرائي سواء فيما يتعلق بشكليات تقديم الدفع وعمل قاضي الموضوع أو مصير الدعوى في حالة إخطار المحكمة العليا أو مجلس الدولة به.

Abstract¹

Cette communication présente une lecture ciblée des dispositions de la loi organique du 2 septembre 2018 qui détermine les conditions et modalités d'application de l'exception d'inconstitutionnalité. Elle limite l'analyse aux dispositions relatives au juge de fond, en adoptant une démarche d'interrogation sur la portée de ce texte législatif et les problématiques d'interprétation qu'il pourrait soulever.

L'auteur fait état des juridictions de fond devant lesquelles l'exception est soulevée en s'interrogeant sur l'inclusion ou non des juridictions arbitrales. Il a également abordé le droit des parties à la soulever et la situation particulière du Ministère Public.

L'article analyse la portée des dispositions ayant fixé les conditions pour soulever l'exception, ainsi que des modalités pratiques pour les identifier dans le cas d'espèce, et en apporter la preuve. Il en est ainsi par exemple de la condition de caractère sérieux et du pouvoir discrétionnaire du juge.

En fin, il aborde l'aspect procédural relatif soit aux formalités de soulèvement de l'exception, de la fonction du juge de fond ainsi que du sort de l'instance dans le cas de la saisine de la Cour Suprême ou de Conseil d'Etat.

¹ - ملخص معد من طرف المجلة الجزائرية للقانون والعدالة.

تمهيد

للدستور مما يستدعي إحالة هذا الدفع على الهيئة المخوّل لها مراقبة دستورية القوانين للفصل في ذلك الدفع، وتوصف حينها هذه الرقابة بالرقابة البعدية (contrôle a posteriori).

لقد شهدت الحياة الدستورية في الجزائر منذ الإستقلال الوطني أربع دساتير أسست معالمها الكبرى على الأوضاع السياسية التي كانت قائمة والتوجهات الإيديولوجية السائدة وقت صدورها، وهي على التوالي دساتير 1963، 1976، 1989، 1996، فإذا كان دستور سنة 1976 المعدّل في سنة 1986 لم يعالج البتّة موضوع الرقابة الدستورية، فإن دستور 1963 الذي لم يدم العمل به طويلا وتم تجميده وبعده دستوري 1989 و 1996 عند صدورهم نصّ كل منهم على تأسيس مجلس دستوري تكون من بين مهامه مراقبة دستورية القوانين بإخطار من رئيس الجمهورية أو رئيس البرلمان (المجلس الوطني في دستور 1963، المجلس الشعبي الوطني في دستور 1989 وأضيف رئيس مجلس الأمة في دستور 1996) مكرّسين بذلك الرقابة القبلية كما سبق شرحها دون الرقابة البعدية، لكن جاء التعديل الدستوري لسنة 2016 كترجمة لإرادة في ترسيخ أسس الديمقراطية التشاركية من خلال توسيع مجال إخطار المجلس الدستوري لإبداء رأيه في دستورية أيّ قانون من القوانين العادية فضلا عن الوزير الأول إلى خمسين (50) نائبا من المجلس الشعبي الوطني أو ثلاثين (30) نائبا من مجلس الأمة، كما برزت إرادة المؤسّس الدستوري في تعديل الدستور لسنة 2016 في تعزيز

تعد الرقابة على دستورية القوانين من أهم المواضيع التي تتناولها الدراسات في مجال القانون الدستوري (Droit Constitutionnel) ومفاد هذه الرقابة هو ضمان سمو النص الدستوري على باقي القوانين بما يقتضي أن لا تتعارض نصوصها وأحكامها مع نصوص وأحكام وإلاّ اعتبرت غير دستورية، لذلك تعنى الدساتير في العالم بالنّص على آليات ممارسة هذه الرقابة حرصا على توافق التشريع مع الدستور ومنع كل مخالفة له، وذلك من خلال هيئات تمارس رقابتها على دستورية القوانين إما بصفة آلية أو بإخطار من أشخاص القانون المحدّدين حسب كل دستور، بعد مصادقة البرلمان على النص التشريعي وقبل إصداره من طرف السلطة المخوّلة بتوقيعه وإصداره، وتوصف هذه الرقابة في هذه الحالة بالرقابة القبلية (contrôle a priori) وقد تمارس هذه الرقابة بالشروط المنصوص عليها دستوريا بعد صدور النص التشريعي وبدء العمل به إمّا 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

القضائية الخاضعة للنظام القضائي الإداري كما يمكن إثارة هذا الدفع لأول مرة في الإستئناف أو الطعن بالنقض وبذلك يظهر جلياً أن الدفع بعدم الدستورية يمكن إثارته في أي مرحلة كانت عليها الدعوى الأصلية سواء خلال النظر في موضوعها من قضاة الموضوع، أو خلال نظرها من قضاة القانون عند الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا أو أمام مجلس الدولة في الحالات التي يفصل فيها هذا الأخير كجهة طعن بالنقض وفقاً لنص المادة 903 ق.إ.م.إ.

إن العرض الحالي سيتناول بالدراسة فقط الدفع بعدم الدستورية أمام جهات قضاء الموضوع الخاضعة للنظام القضائي العادي والنظام القضائي الإداري أي أثناء درجتي التقاضي الابتدائية والإستئنافية، وذلك في محاور متسلسلة تبعا لتسلسل المواد من 02 إلى 12 من القانون العضوي 16/18 المشار إليه آنفاً دون التقيد بالمنهجية الكلاسيكية في أية دراسة نظرية، بحكم أني أريد لهذا العرض أن يكون عملياً (pratique) أكثر أتعرض فيه بالتفصيل لكيفية إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام قضاة الموضوع والإجراءات والحدود التي يتعين أن يثار فيها ليكون مقبولا، وللشروط التي يجب توافرها لصحته وإجراءات تطبيق هذه الآلية، وكل ذلك من خلال إثارة بعض المسائل التي لم يتناولها النص المذكور بصفة صريحة أرى من الضروري التنبيه إليها لغرض حسن إستيعاب أحكام القانون وحسن تطبيقه ميدانياً.

أسس دولة القانون والحق بإستحداث آلية الرقابة البعدية على دستورية التشريع، بموجب نص المادة 188 منه من خلال الدفع الذي يتقدم به أي متقاضي طرف في دعوى مطروحة على القضاء سواء كان القضاء العادي أو القضاء الإداري، يدعي فيه أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع الذي تضمنته تلك الدعوى ينتهك الحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور، فكان الإصلاح المستحدث بموجب نص المادة 188 المشار إليها أعلاه بمثابة الوثبة النوعية في مجال صون الحقوق وحماية الحريات المقررة في الدستور بالإقرار لكل متقاضي تحريك آلية الرقابة الدستورية على حكم تشريعي من خلال إثارة الدفع أمام القاضي الذي ينظر في دعوى هو طرف فيها بأن الحكم التشريعي الحاسم في الدعوى ينتهك الحقوق والحريات المقررة في الدستور ويطلب بذلك من القاضي اتخاذ الإجراء الذي يتم بموجبه إخطار المجلس الدستوري للفصل في دستورية هذا الحكم التشريعي.

لقد نصّت المادة 188 من الدستور على أنه يتم تحديد شوط و كفاءات تطبيق آلية الدفع بعدم الدستورية عن طريق قانون عضوي وهو ما تجسد بصدور القانون العضوي رقم 16/18 المؤرخ في 02 سبتمبر 2018 الذي يشرع العمل به بحسب نص المادة 26 منه إبتداء من تاريخ 07 مارس 2019 وقد نصّت المادة الثانية منه على أنه يمكن إبداء الدفع بعدم الدستورية في كل محاكمة أمام الجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي العادي والجهات

أولاً: حدود ممارسة حق إثارة الدفع الدستوري**أ- طبيعة الدفع بعدم الدستورية**

لقد غرق البعض فور صدور القانون العضوي رقم 16/18 في البحث عن طبيعة الدفع بعدم الدستورية إن كان شكلياً أو موضوعياً ففي حين ذهب البعض إلى اعتباره دفعا موضوعياً على أساس أنه يمكن إثارته في أي مرحلة كانت عليها الدعوى كما نصت عليه المادة 48 من ق.إ.م.إ فقد ذهب البعض

الأخر إلى إعتبره دفعا شكلياً باعتباره دفع بإرجاء الفصل الذي ورد النص عليه في المادة 59 ق.إ.م.إ

التي جاء التنصيص عليها بأحد أقسام الفصل الذي يحمل عنوان الدفوع الشكلية.

يبدو عقم هذا الجدل من خلال وضوح النصوص المنظمة لكل من الدفع الشكلي والموضوعي وتطبيقاتها على الدفع بعدم الدستورية، فالدفع الموضوعي كما نصت عليه المادة 48 ق.إ.م.إ إنما هو وسيلة دفاع (Moyen de défense) يهدف إلى دحض مزاعم الخصم مهما كان الحكم التشريعي المطبق ودون الانشغال بطبيعته إن كان دستورياً أم لا، ويكون فيه قاضي الدفع هو قاضي الموضوع، بينما الدفع بعدم الدستورية يهدف إلى الطعن في دستورية النص التشريعي الحاسم في النزاع، وقاضي 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 ق.إ.م.إ في الحالة التي 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 يحدّد له القانون أجلاً لذلك.

يتضح مما سبق أن

الدفع بعدم الدستورية هو دفع من نوع خاص ومنظم بنص خاص وهو

"كما لا يمكن اعتبار الدفع بعدم الدستورية دفعا شكلياً بإرجاء الفصل لأن هذا الدفع الأخير يقوم طبقاً لنص المادة 59 من ق.إ.م.إ في الحالة التي يمنح فيها القانون أجلاً للخصم الذي يطلبه".

يتضمن طلباً من صاحبه موجه إلى القاضي لأن رسل الدفع إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة للفصل في إحالته على المجلس الدستوري ليبيدي رأيه وقراره فيه وأن الجدل القائم حول إعطاء تكييف له لا طائفة منه ولا فائدة عملية له.

ب- ما هي جهات قضاء الموضوع من النظام القضائي العادي التي يثار أمامها الدفع بعدم الدستورية

بحسب نص المادة 188 من الدستور فإن الدفع بعدم الدستورية يمكن إثارته أثناء المحاكمة أمام أية جهة قضائية، وقد أوضحت المادة 2 من القانون العضوي رقم 16/18، أنه يمكن إثارة هذا الدفع أمام كل جهة قضائية خاضعة للنظام القضائي العادي أو الإداري وبالرجوع إلى أحكام القانون العضوي رقم

ويثار هذا الدفع في أية مرحلة كانت عليها الدعوى في الموضوع أمام المحكمة أو أمام جهة الإستئناف، أو بإحالة من المحكمة العليا بعد النقض أو أثناء نظر دعوى الموضوع بمناسبة طعن بالمعارضة، أو إلتماس إعادة النظر أو إعتراض الغير الخارج عن الخصومة وسواء كانت القضية مهيأة للفصل أم لا.

لقد استثنت المادة 3 من القانون العضوي

محكمة الجنايات الابتدائية من

جهات قضاء الموضوع التي يمكن

أن يثار أمامها الدفع بعدم

الدستورية، وقررت صراحة أنه

لا يمكن إثارة هذا الدفع أمام محكمة الجنايات الابتدائية غير أنه يمكن إثارته أمام محكمة الجنايات الإستئنافية.

يبدو أن المادة 3 من القانون العضوي (ق عض) 16/18، قد أوردت إستثناء عن إمكانية إثارة الدفع في أية مرحلة كانت عليها الدعوى كما يستشف من سياق تحرير هذه المادة التي قررت أن إثارة هذا الدفع عند استئناف حكم محكمة الجنايات الابتدائية تتم بموجب مذكرة مكتوبة ترفق بالتصريح بالإستئناف ينظر فيه من محكمة الجنايات الإستئنافية قبل فتح باب المناقشة، وفي كل الأحوال لا يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة الجنايات الإستئنافية بعد البدء في المناقشات والمرافعات.

هذا وإذا أثير الدفع بعدم الدستورية أثناء التحقيق الجزائي فتنظر فيه غرفة الاتهام (المادة 2

11/05 المؤرخ في 2005/07/17، المتضمن التنظيم القضائي فإن جهات قضاء الموضوع في النظام القضائي العادي هي المحاكم والمجالس القضائية، بحيث تتألف المحاكم من أقسام تفصل في القضايا ذات الطابع المدني والقضايا ذات الطابع الجزائي ومثلها المجلس القضائي المؤلف من غرف تفصل هي الأخرى بحسب وظيفتها في القضايا المدنية والجزائية،

ويضاف إلى جهتي قضاء الموضوع

هاتين في النظام القضائي العادي،

محكمة الجنايات المنعقدة على

مستوى المجالس القضائية والمحاكم

العسكرية المنظمة بموجب قانون القضاء العسكري.

أما جهات قضاء الموضوع في النظام القضائي

الإداري هي مجلس الدولة والمحاكم الإدارية، المنشأين

بموجب القانونين العضويين على التوالي 01/98

و02/98 المؤرخين في 30 ماي 1998.

وعليه فإن الدفع بعدم الدستورية قد يثيره متهم في قضية جزائية مهما كانت طبيعة الجرم المتابع من أجله بأن المادة القانونية النّاصة على هذا الجرم غير دستورية لأنها تنتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، كما يمكن إثارة هذا الدفع في أية دعوى مدنية مهما كان وصفها عقارية، مدنية، تجارية، اجتماعية أو تتعلق بشؤون الأسرة والقضاء الاستعجالي يثيره أي طرف فيها يرى أنّ الحكم التشريعي الحاسم في النزاع ينتهك حقوقه والحريات المقررة في الدستور.

في هذا الدفع، غير أن المحكمة العسكرية، إبتدائية كانت أم إستئنافية عند النظر في جريمة موصوفة على أنها جنائية فتتشكل من قاضي مدني رئيسا وقاضيين عسكريين محترفين ومساعدين عسكريين ينظر في الدفع بعدم الدستورية حينذاك بالتشكيلة المتكونة من الرئيس والقاضيين العسكريين المحترفين، كما أن غرفة الإتهام العسكرية تتشكل من القاضي المدني رئيسا وقاضيين عسكريين محترفين تكون مؤهلة بالنظر في الدفع بعدم الدستورية بنفس هذه التشكيلة.

قد يثور التساؤل عما إذا كان يجوز إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة التحكيم أثناء خصومة تحكيمية، سواء كان التحكيم داخلي أو في إطار التحكيم التجاري الدولي؟ الجواب بطبيعة الحال هو لا يجوز ذلك لأن المادة 188 من الدستور والمادة 2 من القانون العضوي 16/18 قد نصت على أن إثارة الدفع بعدم الدستورية يكون أمام جهة قضائية وأن المحكمة التحكيمية ليست كذلك وما التحكيم إلا طريق بديل عن

قد يثور التساؤل عما إذا كان يجوز إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة التحكيم أثناء خصومة تحكيمية، سواء كان التحكيم داخلي أو في إطار التحكيم التجاري الدولي؟

اللجوء إلى القضاء لحل النزاعات، غير أنه يجوز إثارة هذا الدفع أمام الجهة القضائية بمناسبة طعن في حكم تحكيمي بإعتراض الغير الخارج عن الخصومة أو بالإستئناف حسب الحالة أو عند المنازعة القائمة بمناسبة أمر التنفيذ للحكم التحكيمي.

قانون 16/18) وهنا يتعين التوضيح أن التحقيق الجزائي المقصود في هذه الحالة هو حينما تكون الدعوى الجزائية يجري فيها التحقيق من طرف قاضي التحقيق أو أمام غرفة الاتهام وهي تنظر إستئنافا في أمر من الأوامر القضائية التي يصدرها قاضي التحقيق أو كدرجة ثانية للتحقيق الجنائي بعد أمر إرسال مستندات القضية إلى النائب العام، ولا يقصد به التحقيق الذي تأمر به جهات الحكم الجزائية في إطار التحقيقات التكميلية، بحيث إذا أثير الدفع بعدم الدستورية خلال التحقيق التكميلي الذي تأمر به جهة الحكم تفصل فيه هذه الأخيرة وليس غرفة الاتهام.

وإذا كانت التشكيلة الناضجة في دعوى الموضوع التي يثار أمامها الدفع بعدم الدستورية تتشكل من قضاة محترفين ومن مساعدين غير قضاة، كما هو الحال في الأقسام الإجتماعية، والتجارية والأحداث ومحكمة الجنايات الإستئنافية فإن القضاة وحدهم الذين يفصلون في قبول الدفع دون حضور المساعدين غير القضاة (المادة 07 من القانون العضوي 16/18).

ويطبق هذا الحكم كذلك عند إثارة الدفع أمام المحاكم العسكرية إبتدائية كانت أم إستئنافية، والتي تتشكل في مواد الجناح من قاضي مدني رئيسا ومساعدين عسكريين ليس لهما صفة القاضي المحترف وهما لا يشتركان بذلك مع الرئيس عند النظر

العمومية بصفتها ضحية وهي مخول لها بهذه الصفة إثارة دفع بعدم الدستورية في الدعوى التي هي ضحية فيها.

يخول إثارة الدفع بعدم الدستورية كذلك للنيابة (وكيل الجمهورية أو النائب العام) في الدعوى التي تكون طرفا فيها كالدعاوى الجزائية والدعاوى المنظورة أمام قضاة شؤون الأسرة، والدعاوى التي ينص القانون صراحة على رفع الدعوى المدنية من النيابة أو ضدها كما هو الحال في قضايا الجنسية أو الحالة المدنية.

يثار السؤال عما إذا كان يجوز لطرف في الدعوى أن يثير دفعا بعدم الدستورية مقرا لمصلحة غيره من أطراف الدعوى؟ بمعنى هل يجب أن تقوم الصفة والمصلحة في شخص الطرف الذي يثير الدفع؟ لم يرد إشتراط ذلك صراحة لا في نص المادة 188 من الدستور ولا في نص المادة 2 من القانون العضوي 16/18 إلا أن القواعد العامة في الإجراءات تقتضي أن لا يجوز لطرف التمسك بدفع شكلي أو موضوعي

مقرر لخصمه ولذلك فلا يجوز لمتهم في دعوى عمومية أو مدعى عليه في قضية مدنية أن

يتمسك بدفع عدم الدستورية لنص تشريعي ينتهك الحقوق والحريات المقررة في الدستور لفائدة الضحية أو الطرف المدني، أو المدعى في الدعوى

ج- من هم الأشخاص المؤهلون لإثارة الدفع بعدم الدستورية في الدعوى

يتعين في هذا الصدد الإشارة إلى نص المادة 4 من القانون العضوي 16/18 بأنه لا يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية تلقائيا من طرف القاضي لأنه دفع مخصص لأطراف الدعوى إذ جاء نص المادة 188 من الدستور ومنها أخذ حكمه نص المادة 2 من القانون العضوي 16/18 على إطلاقها أن الدفع بعدم دستورية مخول لكل طرف في الدعوى مهما كانت صفته، ففي الدعوى المدنية يثار من طرف المدعي أو المدعى عليه أو المتدخل في الخصومة، سواء كان ذلك بصفة شخصية أو عن طريق التمثيل بوكيل خاص أو بمحامي حتى وإن كان المتقاضي أجنبيا، فهو دفع غير مخصص للمتقاضين المواطنين فقط.

تخول إثارة الدفع بعدم الدستورية في المادة الجزائية للمتهم والطرف المدني والمسؤول المدني، إلا أنه قد تثار إشكالية قبول الدفع من قبل الضحية التي لم تعلن تأسيسها

طرفا مدنيا طبقا للإجراءات المقررة لذلك في قانون الإجراءات الجزائية، والجواب عن

ذلك هو أن الضحية التي لم تتأسس طرفا مدنيا أمام القاضي الجزائي لا تكون طرفا في الدعوى المدنية التبعية للدعوى العمومية لكنها طرف في الدعوى

"يخول إثارة الدفع بعدم الدستورية كذلك للنيابة (وكيل الجمهورية أو النائب العام) في الدعوى التي تكون طرفا فيها كالدعاوى الجزائية والدعاوى المنظورة أمام قضاة شؤون الأسرة، والدعاوى التي ينص القانون صراحة على رفع الدعوى المدنية من النيابة أو ضدها".

التعديل الدستوري لسنة 2016 ديباجة ومائتين وثمانين عشرة (218) مادة أغلبها تتعلق بتنظيم السلطات والمؤسسات الدستورية الأخرى وعملها وعلاقتها فيما بينها، لا تنصب على بيان الحقوق والحريات التي يتعين على التشريع عدم مخالفتها بالإضافة إلى بعض المبادئ الأخرى التي تحكم المجتمع الجزائري التي لا يتضمن نصها على الحقوق والحريات وهي بذلك لا تصلح أن تكون موضوع إعتراض على تطبيقها أمام جهة قضائية عن طريق الدفع بعدم الدستورية ولو تعلق الأمر فعلا بحكم تشريعي صدر خرقا لها، فالمادة 5 مثلا من الدستور تنص على أن مدينة الجزائر عاصمة الجمهورية، فإن صدر تشريع يحدد عاصمة الجمهورية في مدينة جزائرية أخرى غير مدينة الجزائر، فإنه ولو كان مخالفا للدستور لا تصح إثارته كدفع بعدم الدستورية أمام الجهات القضائية بمناسبة النظر في دعوى قضائية لأنه لا يتضمن خرقا للحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور.

إن الحقوق والحريات الدستورية ليست بالضرورة تلك المنصوص عليها تنصيحا صريحا في الفصل الرابع من الباب الأول من الدستور الذي تضمن المواد من 32 إلى 73 بل قد تستمد هذه الحقوق من أحكام دستورية أخرى، فنص المادة 78 التي تنص على أن كل المواطنين متساوون في أداء الضريبة قد وردت في فصل من الدستور تحت عنوان "الواجبات" ومع ذلك فقد تضمنت حقوقا لمن تضرر من نص تشريعي يفرض ضريبة تمييزية مضرّة

المدنية لأنه عديم المصلحة فيه ومع ذلك يجوز للمسؤول المدني أو الضامن أن يثير دفعا بعدم الدستورية حينما يكون ذلك لفائدة المتهم في الدعوى العمومية أو المؤمن له في الدعوى المدنية إذا كان ذلك يهدف إلى إسقاط المتابعة أو المسؤولية عن هذه الأخير لإسقاط مطالبته بالضمان في التعويض.

إن الصفة في إثارة الدفع بعدم الدستورية تعد قائمة في كل الأحوال بالنسبة للنيابة، باعتبارها خصم ليس كغيرها من الخصوم في الدعوى العمومية تحرص بصفة أولى على التطبيق السليم للقانون حتى ولو كان ذلك في مصلحة المتهم، وأن من مقتضيات التطبيق السليم للقانون إستبعاد تطبيق نص تشريعي مخالف للدستور مما يمنحها صفة إثارة الدفع بعدم الدستورية ولو يستفيد منه المتهم، وهي طرف خاص في الدعاوى الرامية إلى تطبيق قانون الأسرة وفقا لنص المادة 3 مكرر من هذا القانون.

أما في القضايا المدنية التي تكون النيابة فيها مدعى عليه أصلي كقضايا الجنسية مثلا، فبرأي تأخذ النيابة صفة الخصم العادي كغيرها من الخصوم وبالتبعية لا يجوز لها إثارة دفع بعدم الدستورية لفائدة خصمها في الدعوى.

د- فحوى الدفع

بحسب المادة 188 من الدستور والمادة 2 من القانون العضوي 16/18 فإن الدفع بعدم الدستورية هو إعتراض على تطبيق الحكم التشريعي في حل النزاع في دعوى مدنية أو على الأخذ به في المتابعة الجزائية لأنه ينتهك الحقوق والحريات المنصوص عليها دستوريا، وقد تضمن دستور 1996 بعد

الدعاوى المدنية لا يتحدّد إلا حينما تكون القضية جاهزة للفصل بعد إكمال كل عناصرها من تبادل الأطراف مذكرات الردّ التي يقدم فيها كل منهم مزاعمه والحجج التي يتمسك بها لإسناد هذه المزاعم وتحديد طلباته النهائية وبعد أن يكون القاضي قد أجرى التحقيقات التي يستدعيها حل النزاع في الموضوع، في حين أنّ الدفع بعدم الدستورية قد يثار في مرحلة متقدمة من الدعوى لم يكن القاضي قد نشأ لديه بعد تصور لما سيؤول إليه النزاع ولم ترسخ لديه القناعة بالحكم التشريعي الذي سيطبق في حل النزاع مما يحول دون توافر لدى القاضي العناصر التي تمكنه من تقدير مدى إستيفاء هذا الشرط في الدفع المثار أمامه، فالقاضي حتى وإن كان له تصور عن النص التشريعي الذي سيطبقه في النزاع وترسخت له قناعة بذلك لا يمكن أن يفصح به للأطراف إلا من خلال تسببيه للحكم عند الفصل في الدعوى ولهذا فالراجع أن مفهوم النصّ التشريعي الذي يتوقف عليه حل النزاع إنما ينصرف مفهومه إلى النصّ التشريعي الذي يحتج به كل خصم في الدعوى في مواجهة خصمه سواء في الإدعاء الأصلي الذي يقدمه المدعي، أو في الردّ على هذا الإدعاء من طرف المدعى عليه كما قد يتعلق الدفع بعدم الدستورية بنص تشريعي محتج به من مدخل أو متدخل في الخصومة لدعم موقفه في الدعوى.

بفئة من المواطنين مقارنة بغيرهم، ويمكن لهؤلاء الدفع بعدم دستورية ذلك النص التشريعي لأنه ينتهك حق المساواة في فرض الضريبة.

ثانيا: الشروط التي يتعين توافرها في الدفع بعدم الدستورية

أوردت المادة 8 من القانون العضوي 16/18 ثلاثة شروط يجب أن يستوفها الدفع بعدم الدستورية وهي:

أ- أن يتوقف على الحكم التشريعي المعارض عليه مآل النزاع أو أن يشكل أساس المتابعة.

ب- أن لا يكون الحكم التشريعي قد سبق التصريح بمطابقته للدستور من طرف المجلس الدستوري بإستثناء حال تغيير الظروف.

ج- أن يتسم الوجه المثار بالجدية.

إذ يخضع تفحص توافر

"إن الحكم التشريعي الحاسم فعلا في النزاع في الدعاوى المدنية لا يتحدّد إلا حينما تكون القضية جاهزة للفصل بعد إكمال كل عناصرها من تبادل الأطراف مذكرات الردّ التي يقدم فيها كل منهم مزاعمه".

هذه الشروط لسلطة القاضي الناظر في الدعوى الأصلية التي أثير فيها الدفع بعدم الدستورية ويفصل في صحته

ومن ثمة القرار بإرساله إلى المحكمة العليا (أو مجلس الدولة في الدعاوى الإدارية) أو رفضه إذا قرّر عدم توافر هذه الشروط أو بعضها.

أ- الشرط الأول: أن يتوقف على الحكم التشريعي المعارض عليه مآل النزاع أو يشكل أساس المتابعة

إن الحكم التشريعي الحاسم فعلا في النزاع في

أما في الدعوى العمومية فإنه من الواضح أن مفهوم النص التشريعي الذي يكون محل الدفع بعدم الدستورية ينصرف إلى النص الذي يشكل أساس المتابعة، أي النص الجزائي الذي حرّكت على أساسه الدعوى العمومية، مهما كانت طريقة تحريكها، فهو النص التشريعي الذي أخطرت على أساسه جهة الحكم بالمتابعة عن طريق أمر أو قرار إحالة أو إستئناف أو إستدعاء مباشر أو مثول فوري وفي مرحلة التحقيق هو النص الوارد في الطلب الافتتاحي أو قرار الإتهام، وهو ما تدل عليه صراحة نص المادة 8 بذكرها أن "يشكل النص التشريعي أساس المتابعة".

وبذلك فإن المآل الحقيقي للدعوى سواء كانت مدنية أو جزائية قد يكون هو غير الأساس القانوني الذي أسست عليه الدعوى المدعي أولا وغير تلك الأسس التشريعية التي تمسك بها الأطراف الأخرى لدعم مواقفهم في الدعوى لإسقاط إدعاءات المدعي والتي كانت محل دفع بعدم الدستورية، بحيث قد ينتهي القاضي المدني إلى حل النزاع إستنادا إلى نصوص تشريعية غير تلك التي أسس عليها المدعي دعواه وكانت محل دفع بعدم الدستورية من الخصم الآخر أو غير النصوص التشريعية التي دفع بتطبيقها أي طرف من أطراف الدعوى الآخرين في مواجهة المدعي وأثار هذا الأخير بشأنها دفعا بعدم الدستورية، كما أن الدعوى قد تنتهي دون الفصل في الطلب الأصلي ولا الطلبات المقابلة سواء بعدم القبول دون الفصل في الموضوع (المادة 67 ق.إ.م.!) أو بعدم الإختصاص أو بسقوط الخصومة عند توافر شروطها.

في الدعوى العمومية قد يقضي القاضي بتطبيق نص تشريعي آخر غير النص التشريعي الذي كان يشكل أساس المتابعة والذي أثير بشأنه الدفع بعدم الدستورية قبل أن يفصل القاضي في الدعوى الأصلية وذلك بإعادة تكييف الوقائع محل المتابعة على أساس نص تشريعي غير الذي كان أساسا للمتابعة، هذا وإن فصل القاضي في الدعوى مدنية كانت أو جزائية مطبقا حكما تشريعا غير الذي كان يتوقف عليه مآل النزاع عند إخطاره بالدعوى، أو طبق حكما تشريعا غير الذي كان يشكل أساس المتابعة بإعادة تكييف الوقائع محل المتابعة، فإن الحكم التشريعي الذي طبقه القاضي في حكمه ولم تسبق إثارة الدفع بعدم الدستورية في شأنه من قبل في الدعوى قبل الفصل فيها، فإنه يمكن أن يكون محل دفع بعدم الدستورية في حالة الطعن في الحكم أمام الجهة المختصة بنظر هذا الطعن (معارضة- إستئناف-إعتراض الغير الخارج عن الخصومة-إلتماس إعادة النظر- النقض) على أساس أن الحكم التشريعي الذي طبقه القاضي مصدر الحكم المطعون فيه غير دستوري، وبذلك يكون هذا الحكم التشريعي المطعون في دستوريته أمام جهة الطعن هو المقصود به في الشرط الأول المذكور في المادة 8 من القانون العضوي بأنه الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع أو الذي يشكل أساس المتابعة.

يجدر التنويه أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع أو يشكل أساس المتابعة هو النص التشريعي الذي يصح تطبيقه في الدعوى، سواء كان صدوره سابقا لصدور التعديل الدستوري

ب- الشرط الثاني: ألا يكون المجلس الدستوري قد سبق له التصريح بدستورية الحكم التشريعي محل الاعتراض بإستثناء حال تغير الظروف

إنّ الأحكام التشريعية التي سبق للمجلس الدستوري أن أبدى رأيه فيها بالتصريح بأنها مطابقة للدستور لا يصح أن يطعن فيها بأنها مخالفة للدستور عن طريق الدفع بعدم الدستورية، فالأحكام التشريعية التي سبق للمجلس الدستوري أن راقب دستورتها سواء عن طريق آلية الرقابة القبلية أو آلية الرقابة البعدية بالدفع بعدم الدستورية، وصرح بشأنها أنها مطابقة للدستور لا يمكن الاعتراض على تطبيقها عن طريق الدفع بعدم الدستورية، وإن الأحكام التشريعية التي سبق للمجلس الدستوري أن صرح بدستورتها هي:

- القوانين العضوية: بإعتبار أن هذه القوانين تكون قد خضعت للرقابة الدستورية وجوباً من طرف المجلس الدستوري قبل إصدارها طبقاً لنص المادة 186 من الدستور.

- القوانين العادية التي سبق إخطار المجلس الدستوري بمراقبة دستورتها قبل صدورها بإخطار مسبق من طرف رئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الأمة أو رئيس المجلس الشعبي الوطني أو الأول أو من خمسين (50) نائباً بالمجلس الشعبي الوطني أو ثلاثين (30) نائباً بمجلس الأمة.

لسنة 2016 والقانون العضوي رقم 16/18 أو لاحقاً له فكل حكم ذي طابع تشريعي صادر منذ الإستقلال الوطني (قانون، أمر رئاسي، مرسوم تشريعي) ساري المفعول أي يحتمل تطبيقه في الدعوى التي أثير فيها الدفع بعدم الدستورية فيه يتوافر فيه الشرط الأول من المادة 8 من القانون العضوي 16/18، بل وأنّ كل حكم تشريعي حتى ولو كان ملغى وقابلاً لتطبيقه في الدعوى على أساس أن الوقائع حدثت أو النزاع نشأ حينما كان ذلك الحكم التشريعي ساري المفعول، فإنه يمكن الدفع فيه بعدم الدستورية.

تتعيّن الإشارة في هذا الصدد كذلك، أنّ الحكم التشريعي الذي يكون موضوع الدفع بعدم الدستورية والذي تطبق بشأنه أحكام القانون العضوي 16/18، والحكم التشريعي الوطني، فالدفع المثار بخصوص حكم تشريعي أجنبي تم تطبيقه في حكم أجنبي معروض على جهة قضائية جزائرية لإمهارة بالصيغة التنفيذية الوطنية على أنه ينتهك الحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور الجزائري هو دفع ينظر فيه القاضي المخاطر بالدعوى ويفصل فيه على أساس ما إذا كان الحكم الأجنبي يتضمن ما يخالف النظام

العام الجزائري ويستمد سلطته في ذلك من نص الفقرة الرابعة من نص المادة 605 ق.إ.م. ولا يستدعي لدفع في هذه الحالة إرسالة إلى المحكمة العليا لإحالته على المجلس الدستوري ليبيدي رأيه في دستورية النص التشريعي الأجنبي محل الاعتراض.

"بل وأنّ كل حكم تشريعي حتى ولو كان ملغى وقابلاً لتطبيقه في الدعوى على أساس أن الوقائع حدثت أو النزاع نشأ حينما كان ذلك الحكم التشريعي ساري المفعول، فإنه يمكن الدفع فيه بعدم الدستورية".

- الأحكام التشريعية التي سبق للمجلس الدستوري أن صرح بأنها دستورية بمناسبة النظر في إخطار سابق عن طريق آلية الدفع بعدم الدستورية عن نفس الحكم التشريعي.

غير أنه في حالة حصول تعديل دستوري رفع من سقف الحقوق والحريات وقام بتوسيعها إلى مجالات أخرى مما جعل نصًا تشريعيًا سبق التصريح بدستوريته في ظل النص القديم، قد يصبح غير ذلك على ضوء التعديل الدستوري فإنه يمكن أن يكون محل دفع بعدم الدستورية بناء على النص الجديد وهو ما عبّرت عنه المادة 8 من القانون العضوي 16/18 في الشرط الثاني بعبارة "باستثناء حال تغير الظروف" وهو الحال نفسه إذا حصل تعديل في نص تشريعي سبق التصريح بمطابقته للدستور فأصبح في نصه الجديد ينتهك الحقوق والحريات التي نص عليها الدستور، فيمكن الدفع بعدم دستورية هذا النص في تعديله الجديد .

إن حجية قرارات المجلس الدستوري كما سبق بيانه، والتي أبدى فيها رأيا بدستورية النص التشريعي تنصرف كذلك إلى القرارات التي صرح فيها المجلس الدستوري بأن نصا تشريعيًا محل دفع بعدم الدستورية، غير مطابق للدستور، وهي الحالة التي لم ينص عليها صراحة القانون العضوي 16/18 وإنما أكدت عليها الفقرة الأخيرة من المادة 191 من الدستور بنصها على ما يلي: "تكون آراء المجلس الدستوري وقراراته نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية"، وهذه

ج- الشرط الثالث: جدية الدفع

القرارات سواء يكون المجلس الدستوري قد صرح فيها بدستورية نص تشريعي أو تلك التي صرح فيها بعدم الدستورية.

لم يوضح القانون العضوي 16/18 مفهوم "الطابع الجدّي للدفع" ولم يحدد للقاضي الضوابط التي يتفحص من خلالها الدفع بعدم الدستورية المثار أمامه، ولم يحدد المقاييس التي يستنبط منها مدى جدية الدفع، تاركًا ذلك إلى تقدير القاضي ولما يوجد به مستقبلًا الإجتهد القضائي للمحكمة العليا ومجلس الدولة عند دخول النص حيز التطبيق، بمناسبة النظر في الدفوع المرسلة إليهما من المحاكم والمجالس القضائية والمحاكم الإدارية ليقررا في جديتها بأن تخطر بها المجلس الدستوري من عدمه.

إن المادة 8 في فقرتها الثالثة قد أعطت للقاضي السلطة الواسعة في تقدير وجهة الدفع المثار أمامه من خلال التأكيد من علاقة النص التشريعي المعترض عليه بالدعوى في الموضوع مما يجعله جديرًا بالمناقشة في تسبيب الحكم.

يجب الإقرار أنّه من الصّعب جدا تحديد مفهوم "الطابع الجدّي للدفع بعدم الدستورية" وضوابطه في الوقت الراهن، وإنّني أشبّهه بوضعية القاضي المخاطر بهذا الدفع بوضعية مشابهة للقاضي الإستعجالي الإداري الذي أعطت له المادة 919 من ق.إ.م. سلطة وقف تنفيذ قرار إداري "إذا ظهر له من التحقيق وجود وجه خاص من شأنه إحداث شك جدّي حول

بمذكرة مكتوبة ومستقلة، كما يجب أن تكون المذكرة مسببة يبيّن فيها صاحبها النص التشريعي المعارض عليه ويشرح فيها أوجه إنتهاكه

"يجب الإقرار أنّه من الصّعب جدا تحديد مفهوم "الطابع الجدّي للدفع بعدم الدستورية" وضوابطه في الوقت الراهن، وإنّي أشبّه وضعيّة القاضي المخاطر بهذا الدفع بوضعية مشابهة للقاضي الإستعجالي الإداري".

للحقوق والحريات التي تضمنتها نصوص وأحكام الدستور، وفي حالة إهمال أحد هذه الشكليات من صاحب الدفع فإنه على القاضي أن يردّ على الدفع بعدم القبول، ويمكن تقديم المذكرة التي تتضمن إثارة هذا الدفع بعدم الدستورية دون تقديم مذكرة جوابية في موضوع الدعوى.

يجب في كل الأحوال مراعاة هذه الشكليات في أية مرحلة من مراحل الدعوى يقدم فيها الدفع بعدم الدستورية، سواء مع عريضة إفتتاح الدعوى كما هو الحال أمام المحاكم الإدارية أو مجلس الدولة حينما يفصل كجهة موضوع ويتعلق النزاع بالتظلم أو المنازعة في عمل أو قرار إداري إستندت فيه الإدارة المدعى عليها على حكم تشريعي مطعون فيه بعدم الدستورية، أو في عريضة الطعن بمناسبة طعن في حكم أو قرار أو أمر قضائي طبقّ حكما تشريعيّا معترض عليه بعدم الدستورية (معارضة، إستئناف، إلتماس إعادة النظر، إعتراض الغير الخارج عن الخصومة وطعن بالنقض)، أو سواء تقديم الدفع أثناء سير دعوى إبتدائية من طرف المدعى عليه أو المدخل في الخصومة أو من مطعون ضده في خصومة الطعن.

مشروعية القرار" وأخذا من هذا النصّ يمكن التعبير عن مفهوم جدية الدفع بعدم الدستورية "بوجود أسباب من شأنها إحداث شك جدّي

حول دستورية الحكم التشريعي المطعون فيه " إلا أن القول بذلك لا يعني البتة إعطاء القاضي سلطة تقرير أن الحكم التشريعي المطعون فيه مطابق للدستور أو غير دستوري لأن في ذلك تجاوزا على سلطة المجلس الدستوري وإختصاصاته، إذ على القاضي في هذه الحالة أن يكتفي بالتصريح بأن ثمة شك في دستورية الحكم التشريعي المطعون فيه وأنه يحتمل فعلا التصريح بعدم دستوريته مما يجعل الدفع المثار بعدم الدستورية هو دفع جدّي.

ثالثا: إجراءات الدفع بعدم الدستورية أمام قاضي الموضوع

أ- شكليات تقديم الدفع

نصّت المادة 6 من القانون العضوي 16/18 أنه "يقدم الدفع بعدم الدستورية، تحت طائلة عدم القبول، بمذكرة مكتوبة ومنفصلة ومسببة " وبذلك فإنه لا يجوز للطرف في الدعوى الذي يثير الدفع بعدم الدستورية أن يقدم هذا الدفع ضمن مذكرة وحيدة يجمع فيها بين إثارة الدفع وبيان أسبابه وبين المناقشة في موضوع الدعوى، كما لا يجوز الإكتفاء بإثارة الدفع في المرافعة الشفوية دون دعم ذلك

ب- قرار قاضي الموضوع الذي قدم أمامه الدفع بعدم الدستورية

يجب على قاضي الموضوع المثار أمامه الدفع بعدم الدستورية، بعد التأكد من توافر الشكليات المفروضة في تقديم الدفع وتفحص مدى توافر الشروط الذي يتعين أن يستوفىها الدفع في موضوعه، أن يفصل فوراً وبعد إستطلاع رأي النيابة بالنسبة لجهات القضاء العادي أو محافظ الدولة بالنسبة لجهات القضاء الإداري، بقبول إرسال الدفع إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، حسب الحالة، أو رفضه. وتنص المادة 7 من القانون العضوي 16/18 أنه يجب أن يكون قرار الجهة القضائية المقدم أمامها الدفع بعدم الدستورية سواء بقبول إرساله إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، حسب الحالة، أو برفضه، مسبباً، وإذا كان الدفع بعدم الدستورية يتعلق بأكثر من حكم تشريعي واحد فإن الجهة القضائية المخطرة بذلك تفصل في كل واحد من تلك الأحكام التشريعية المعترض عليها.

نصت المادة 7 من القانون العضوي 16/18 أن القاضي وقبل الفصل في الدفع المثار أمامه، يستطلع رأي النيابة العامة أو محافظ الدولة حسب الجهة القضائية المثار أمامها، لكنه لم ينص على تمكين أطراف الدعوى الآخرين من مناقشة الدفع وإبداء ردودهم عليها، لكن مبدأ الوجاهية وحق تكافؤ الخصوم في عرض طلباتهم ووسائل دفاعهم المنصوص عليها بالمادة 3 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهو الشريعة العامة في الإجراءات تفترض

إستيفاء هذا الإجراء بتمكين أطراف الدعوى مهما كانت طبيعتها من مناقشة الدفع المثار من الخصم.

- إذا قرر قاضي الموضوع رفض إرسال الدفع إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، حسب الحالة، لأن الدفع لم يقدم ضمن الشكليات المشار إليها آنفاً أو لأنه غير مستوفي الشروط الموضوعية المنصوص عليها بالمادة 8 من القانون العضوي 16/18 فإن قراره بالرفض يبلغ للأطراف ويواصل فصله في الدعوى الأصلية سواء بإعتماد الحكم التشريعي المطعون فيه بعدم الدستورية أو بإعتماد حكم تشريعي آخر، ولا يمكن الإعتراض على قرار القاضي برفض إرسال الدفع إلا بمناسبة الطعن في المقرر القضائي الفاصل في دعوى الموضوع مع إحترام الشكليات المشار إليها أعلاه المتعلقة بشكل تقديم الدفع (مذكرة مكتوبة، منفصلة عن عريضة الطعن، ومسببة) (المادة 9 من القانون العضوي 16/18) ولم يفرض القانون أن صاحب الطعن في الحكم الفاصل في الموضوع هو نفسه صاحب الدفع بعدم الدستورية.

- إذا رأى القاضي صحة الدفع شكلاً وتوافر شروطه فإنه يقضي بإرسال هذا الدفع مع عرائض الأطراف ومذكراتهم إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة وذلك خلال مدة عشرة أيام من صدور قراره المسبب وهو القرار الذي لا يقبل أي طعن (المادة 9 من القانون العضوي 16/18).

لم يبين القانون العضوي 16/18، شكل القرار الذي يصدره القاضي إن كان أمراً أو حكماً إذا كانت

في الدعوى في الموضوع كما نصت عليه المادة 10 من القانون العضوي 16/18 بالنسبة للجهات القضائية الفاصلة في الموضوع وهو ما أكدته كذلك المادة 11 في فقرتها الثانية من نفس القانون، بنصها "إذا فصلت الجهة القضائية الابتدائية دون انتظار القرار المتعلق بالدفع بعدم الدستورية وتم إستئناف قرارها، ترجيء جهة الاستئناف الفصل فيه".

غير أنه إذا قررت الجهة القضائية، إرجاء الفصل في موضوع الدعوى في انتظار قرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة أو قرار المجلس الدستوري في حالة إخطاره، فيمكنها اتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية اللازمة للحفاظ على معالم النزاع إلى غاية الفصل في موضوع الدعوى، ومن أمثلة هذه التدابير في المواد المدنية، منع حائز المال المتنازع بشأنه من التصرف فيه أو تعيين حارس قضائي له، أو تقرير تدابير الحضانة المؤقتة للأولاد في حالة النزاع المتعلق بفك الرابطة الزوجية، وفي المواد الجزائية باتخاذ تدبير من تدابير الرقابة القضائية أو حجز أدلة الإقناع وغيرها من التدابير التحفظية...

كما أن قرار إرجاء الفصل لا يترتب عنه وقف سير التحقيق في موضوع الدعوى، من سماع الشهود وإجراء الخبرات الضرورية وغيرها من إجراءات التحقيق الأخرى، هذا وإذا كانت الدعوى في الموضوع تتعلق بشخص محبوس أو مهدّد بالحبس سواء كان هو صاحب الدفع بعدم الدستورية أو غيره من الأطراف في الدعوى فإن الجهة القضائية المخطرة بالقضية لا ترجئ الفصل في الدعوى ولا تنتظر قرار المحكمة العليا المرسل إليها الدفع بعدم الدستورية أو

الدعوى على مستوى الجهة القضائية الابتدائية أو قرارًا (Arrêt) إذا كانت الدعوى على مستوى الجهة القضائية الاستئنافية أو المحكمة الإدارية، المرجح أن القاضي يصدر في هذه الحالة حكماً أو قراراً قبل الفصل في الموضوع (Jugement ou Arrêt) Avant dire droit) بإرجاء الفصل في الدعوى مع إرسال الدفع بعدم الدستورية.

ويجب أن يتضمن هذا الحكم أو القرار عرضاً لوقائع النزاع الأصلي من حيث موضوعه ومزاعم الأطراف وحججهم وطلباتهم، مع بيان، بطبيعة الحال، فحوى الدفع بعدم الدستورية والطرف الذي أثاره والأسباب التي أوردها في الدفع، حتى تكون المحكمة العليا أو مجلس الدولة أو حتى المجلس الدستوري في حالة إخطاره على معرفة تامة بما تم من مناقشات ومرافعات أمام قاضي الموضوع الذي أثير أمامه الدفع بما يوفر للمحكمة العليا أو مجلس الدولة كل المعطيات التي تمكنهما من إعمال سلطة الرقابة على جدية الدفع وللمجلس الدستوري في حالة إخطاره للفصل فيه.

يجب من جهة أخرى أن يتضمن حكم القاضي بإرسال الدفع الأسباب التي جعلته يرجح جدية الدفع وقبول إرساله إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة حتى يخطر به المجلس الدستوري للفصل فيه.

ج- مصير الدعوى بعد قرار إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة

إذا قرر قاضي الموضوع جدية الدفع وإرساله إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة فإنه يرجئ الفصل

مجلس الدولة ولا رأي المجلس الدستوري في حالة

إذا فصلت المحكمة العليا في الدفع المرسل إليها أو

مجلس الدولة على أنه غير مستوفي للشروط القانونية وأنه لا يوجد موجب لإحالة على المجلس الدستوري يتم إخطار الجهة القضائية المثار

"وعليه فإن الجهات القضائية الفاصلة في المواد الاستعجالية التي أثير أمامها الدفع بعدم الدستورية المرسل إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة لا ترجى الفصل في الدعوى ولا تنتظر قرار هاتين الجهتين القضائيتين ولا قرار المجلس الدستوري في حالة إخطاره بالدفع".

إخطاره بهذا الدفع، وتستمر الجهة القضائية المثار أمامها الدفع بعدم الدستورية الفصل في الدعوى. كما لا ترجى الجهة القضائية الفصل

أمامها هذا الدفع بذلك وإذا كانت هذه الجهة القضائية لم تفصل بعد في موضوع الدعوى لأن إجراءاتها ما زالت سائرة أمامها فإنها تستمر في إجراءاتها وتفصل في الدعوى وفقا لما يقتضيه القانون ولو باعتماد الحكم التشريعي المعارض فيه، وإذا كانت الخصومة موقوفة بسبب إرجاء الفصل فإنه يتم إعادة السير فيها طبقا لإجراءات إعادة السير في الدعوى من طرف النيابة في المواد الجزائية بمبادرة ممن لهم ذلك من الأطراف في الدعوى المدنية.

- وإذا كانت الجهة القضائية قد فصلت قبل ذلك بحكم أصبح نهائي فلا أثر لذلك على مصير الحكم، إذا أحيل الدفع على المجلس الدستوري فإن قراره يكون:

الحالة الأولى:

إما باعتبار أن الحكم التشريعي المعارض عليه هو مطابق للدستور، وفي هذه الحالة يتم إخطار الجهة القضائية التي أثير أمامها الدفع بعدم الدستورية بذلك، والتي تفصل في الدعوى وفقا لمقتضيات القانون في مثل الأوضاع السالف بيانها وسبق أن شرحناه عن حالة قرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة بأن الدفع غير مستوفي لشروطه القانونية.

في دعوى الموضوع إذا كان القانون يقتضي الفصل في أجل محدد أو على سبيل الاستعجال وهو ما عبرت عنه المادة 11 من القانون العضوي 16/18 بنصها "لا ترجى الجهة القضائية الفصل في الدعوى عندما يكون شخص محروم من الحرية بسبب الدعوى أو عندما تهدف هذه الأخيرة إلى وضع حد للحرمان من الحرية وعندما ينص القانون على وجوب فصل الجهة القضائية في أجل محدد أو على سبيل الاستعجال".

وعليه فإن الجهات القضائية الفاصلة في المواد الاستعجالية التي أثير أمامها الدفع بعدم الدستورية المرسل إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة لا ترجى الفصل في الدعوى ولا تنتظر قرار هاتين الجهتين القضائيتين ولا قرار المجلس الدستوري في حالة إخطاره بالدفع، كما لا ترجى الجهات القضائية الأخرى غير جهات القضاء الاستعجالي الفصل في الدعوى إذا كان المشرع يلزمها بالفصل في الدعوى في أجل محدد كما هو الحال لما حدد المشرع لرئيس المحكمة الفصل في إشكالات التنفيذ أجلا بـ 15 يوما (المادة 632 ق.إ.م.) أو المادة 742 من نفس القانون التي حددت الفصل في الاعتراض على قائمة شروط بيع العقار في أجل 8 أيام.

- حالة أن الجهة القضائية في حكمها أو

قرارها النهائي لم تكن قد اعتمدت النص التشريعي

المعتمد عليه والذي أثير بشأنه الدفع بعدم الدستورية، فبرأيي لا يكون لقرار المجلس الدستوري في هذه الحالة أثر على الحكم أو القرار النهائي الذي أصدرته تلك الجهة القضائية على هذا النحو، ما دام أن الحكم أو القرار الفاصل في الموضوع لم يعتمد النص التشريعي الذي تم التصريح بعدم دستوريته.

- أما في حالة ما إذا كان الحكم أو القرار

النهائي الحائز لقوة الشيء المقضي فيه أو البات قد اعتمد وطبق النص التشريعي المصرح بعدم دستوريته، فإنه في غياب النص الصريح لمعالجة هذه الوضعية، فإنه يتعين انتظار دخول القانون العضوي 16/18 حيز التطبيق في 07 مارس 2019 وشروع المجلس الدستوري في الفصل في الدفوع بعدم الدستورية في مثل هذه الأوضاع وقد تكون إجتهاداته حينذاك كفيلة بالردّ على هذا الانشغال أو أن يتدخل المشرع كما فعله المشرع في رومانيا (Le législateur Roumain) الذي جعل من الحالات التي يمكن فيها الطعن بالتماس إعادة النظر سواء في المواد المدنية أو الجزائية، حالة وجود قرار للمجلس الدستوري بعدم دستورية حكم تشريعي أثير بشأنه دفعا بعدم الدستورية في الدعوى التي أفضت إلى صدور الحكم أو القرار محل الالتماس الذي كان قد اعتمد في مقتضياته ذلك الحكم التشريعي الذي صرح المجلس الدستوري بأنه مخالفا للدستور.

إما أن يقرر المجلس الدستوري أن الحكم التشريعي المعارض عليه هو بالفعل غير دستوري وينتهك الحقوق والحريات المنصوص عليها دستوريا فإن الحكم التشريعي يفقد أثره من التاريخ الذي يحدده قرار المجلس الدستوري (المادة 191 من الدستور)، وهكذا فإذا كانت الجهة القضائية التي أثير أمامها الدفع بعدم الدستورية لم تكن قد فصلت في الدعوى عند حلول هذا التاريخ فيكون لزاما عليها إستبعاد تطبيق النص التشريعي المصرح بعدم دستوريته عند الفصل في دعوى الموضوع وعليها أن تحكم في الدعوى دون الاعتماد عليه، ولها أن تفصل في الدعوى باعتماد حكم تشريعي آخر إذا كان هناك محل لذلك، أو باعتماد أحد الأحكام المستنبطة من المصادر الأخرى للقانون (Autres sources du Droit).

إذا كانت الجهة القضائية التي أثير أمامها الدفع بعدم الدستورية قد فصلت في دعوى الموضوع بحكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه أو بات، قبل حلول التاريخ المحدد لقرار المجلس الدستوري والمصرح بعدم دستورية النص التشريعي المعارض عليه، فإن لا الدستور ولا القانون العضوي 16/18 قد نص على أثر قرار المجلس الدستوري هذا على الحكم أو القرار الذي أصبح نهائيا.

يمكن تصوّر حيال هذه الوضعية حالتين:

الخاتمة

لقد شكل استحداث آلية الدفع بعدم الدستورية في الإصلاح الدستوري لسنة 2016 أحد أهم المعالم التي ميزت هذا الإصلاح، والتي وصفها البعض بالثورة الدستورية التي من شأنها تعزيز صيانة الحقوق والحريات المنصوص عليها دستوريا وذلك من خلال تمكين كل متقاضي بمناسبة دعوى منظورة أمام القضاء أن يعترض بطريق الدفع بعدم الدستورية على تطبيق نص تشريعي في هذه الدعوى لأنه ينتهك الحقوق والحريات المقررة له في الدستور، وأن هذا الدفع يمكن إثارته بالنسبة للأحكام التشريعية السابقة لصدور الدستور المقررة فيه تلك الحقوق والحريات أو لاحقة له، وبذلك اعتبرت آلية الدفع بعدم الدستورية أداة مصفاة للتشريع الوطني من الأحكام التي فيها مساس بالحقوق والحريات الدستورية التي لم تكن قد خضعت فيما سبق لرقابة المجلس الدستوري بموجب آليات الرقابة الأخرى المنصوص عليها دستوريا.

لكن هذه الآلية التي تم اعتمادها لغرض أسعى هو صون الحقوق والحريات المقررة في الدستور، من خلال تجنيب المتقاضين في الدعوى أن يطبق عليهم

حكم تشريعي مصرح بعدم دستوريته لأنه ينتهك تلك الحقوق والحريات، يجب ألاّ يتحوّل هذا الدفع إلى استراتيجية دفاع في الدعوى لتعطيل العدالة وإطالة أمد التقاضي في الدعوى عن طريق التعسف في إثارة هذا الدفع، فإذا كان المشرع قد جعل من كل من المحكمة العليا ومجلس الدولة هي المصفاة للدفع المثارة قبل إحالتها على المجلس الدستوري حتى لا يغرق تحت وطأة دراسة حالات من الدفع غير الجدية تمت إثارتها بمجرد نية تعطيل حلّ النزاع في الموضوع، فإنه يتعين على قضاة الموضوع الذين تثار أمامهم هذه الدفع أن يكونوا هم المصفاة لمثل هذه الدفع التعسفية لتجنيب هاتين الهيأتين القضائيتين من تراكم القضايا لديها المتعلقة بدراسة وفحص جدية هذه الدفع قبل إحالتها على المجلس الدستوري، ويتأتى هذا الدور لقضاة الموضوع من خلال إستيعاب نصوص القانون العضوي 16/18 وحسن تطبيقها مع المتابعة الدؤوبة لقرارات المجلس الدستوري بخصوص الدفع المحالة عليه والتي تنشر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية عند الشروع في تطبيق نص القانون العضوي 16/18، وكذا الاهتمام بمتابعة قرارات المحكمة العليا ومجلس الدولة بخصوص الدفع المرسل إليهما.