

الاتحاد الوطني لمنظمات المحامين
مُنظمة المحامين لتأجير سطيف



مجلة المحامي

نشرة دورية تصدر عن منظمة المحامين سطيف

عدد: 32 / جوان 2019

عدد خاص

الدفع بعدم دستورية
القوانين في ظل القانون

مجلة المحامي

تصدر كل ستة أشهر
عن منظمة المحامين لناحية سطيف

هاتف/فاكس: 036.82.13.86

الموقع على الويب: www.avocat-setif.org

البريد الالكتروني: ordre.setif@gmail.com

رقم الايداع: 2909/2005

مدير المجلة

النقيب أحمد ساعي

batonnier_setif@yahoo.fr

رئيس التحرير

أ. قرمادي لامية

L.karmedi_avocate@yahoo.com

الاخراج الفني و حجز

الصيد لخضر

محتويات العدد

05	 كلمة رئيس التحرير
06	 بيانات مجلس الاتحاد حول الحراك الشعبي
12	 دور المحامي في إثارة الدفع بعدم الدستورية
21	 تأثير الدفع بعدم دستورية القوانين على سير المحاكمة
28	 إجراءات الدفع بعدم الدستورية أمام القاضي المدني في الجزائر و في فرنسا
55	 الدفع بعدم دستورية القوانين أمام قاضي الموضوع
72	 المحاكمة الدستورية
95	 الدفع بعدم الدستورية أمام المجلس الدستوري
114	 من اجتهادات المحكمة العليا
75	 Conséquences de l'exception d'inconstitutionnalité
55	 Les effets des questions préjudicielles sur le litige
39	 L'exception d'inconstitutionnalité en Roumanie
27	 Le traitement de l'exception d'inconstitutionnalité par...
01	 la QPC entre le droit français et le droit algériens

قواعد وإجراءات النشر في المجلة

تختص "مجلة المحامي" التي تصدر بشكل دوري وتقدم بحوث علمية تكتب بأقلام المحامين و القضاة و الموثقين و المحضرين القضائيين و الصحفيين و كل من له علاقة بأسرة القانون وأساتذة و باحثي الجامعات و تقدم الأعمال باللغة العربية أو الفرنسية أو الانجليزية. قواعد تقديم البحث:

أولاً: تكتب الورقة بأسلوب علمي أكاديمي بالإضافة الى (التهميش - والمرجع...) يتبع البحث باسم و لقب الأستاذ الشخصية و مهنته، (عنوان المؤسسة ، البريد الالكتروني ، ورقم الهاتف).

ثانياً: تودع المساهمات لدى أمانة منظمة سطيف أو عبر البريد على العنوان : منظمة المحامين قصر العدالة سطيف مع قرص مضغوط أو Flash Disk أو ترسل عبر البريد الالكتروني: ORDRE.SETIF@GMAIL.COM.

ثالثاً: لا تقبل المساهمات التي سبق نشرها.

رابعاً: تخضع المساهمات للتحكيم العلمي بحيث تفحص من طرف هيئة علمية متخصصة لها أن تقبل البحث أو ترفضه بحسب أهميته و قيمته العلمية، و لها كذلك أن تطالب صاحب البحث بإجراء تعديلات اللازمة.

هيئة التحكيم تتشكل من الأساتذة الآتي أسمائهم:

1 - الأستاذ / عزيز مصطفى .

2 - الأستاذ / خلفي عبد الرحمان .

3 - الأستاذ / زياد عبد الحكيم.

4 - الأستاذ / مهملي ميلود

خامساً: ما ينشر في المجلة يعبر عن رأي كاتبه و لا يمثل رأي المجلة.

كلمة رئيس التحرير

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين،

نستأذن لقارىء هذا العدد (32) من مجلة المحامي الاطلاع على مجموعة من المداخلات و كذا المقالات و البحوث التي تطرق لها الباحثون و كذا الأستاذة و القضاة، اذ يتضمن هذا العدد المداخلات القيمة التي تم القائها في اليوم الدراسي حول الدفع بعدم دستورية القوانين الذي نظم من طرف منظمة المحامين لناحية سطيف يوم 2019/01/19 و الذي عالج ما تضمنه القانون العضوي رقم 16/18 المحدد لشروط و كيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية تطبيقاً للمادة 188 من الدستور.

و من هنا تؤكد المجلة أن مجال اهتمامها هي الدراسات القانونية، لاسيما ذات الصلة بالمجتمع و كذا ما طرأ فيه من مستجدات في القوانين و ما يخدم أسرة الدفاع من بحوث محكمة من قبل لجنة التحكيم في مواضيع قيمة تخدم رجال القانون خاصة المحامين، الذين هم حلقة وصل بين مختلف أطراف المجتمع، كما أن مجلة المحامي لمنظمة سطيف تساعد بهذه القراءات على رفع المستوى العلمي للقراء و تحيينهم مع التعديلات للقوانين و تحفيزهم على ان يكونوا من الباحثين الساعين الى نشر أبحاثهم في المجلة.

الأستاذة قرمادي لامية

مندوب النقيب مكلفة بالمجلة

في: 2019/03/06

مكتب الرئيس

الرقم: /او/م/م/ع/...../2019/

بيان الاتحاد الوطني لمنظمات المحامين

- ان مجلس الاتحاد المنعقد يوم الاربعاء 2019-03-06 بمقره الكائن بالمحكمة العليا بالجزائر، بحضور جميع منظمات المحامين.
- بعد المناقشة بين أعضاء المجلس، وبعد المداولة يصدر البيان التالي:

- 1- يحيي و يثمن مجلس الاتحاد باعتباره هيئة دستورية الحراك الشعبي السلمي الرافض للعهد الخامسة.
- 2- يحمل الاتحاد الوطني لمنظمات المحامين المجلس الدستوري المسؤولية التاريخية أمام الله و أمام الشعب لقبول تشريح لارئيس المنتهية ولايته للعهد الخامسة لعدم جوازها دستوريا و قانونيا بسبب عدم أهليته من الناحية الصحية و بسبب مخالفة هذا الترشح للمادة 102 من الدستور و المادة 28 من النظام الداخلي للمجلس الدستوري التي تنص صراحة على حضور المترشح شخصيا أمام المجلس الدستوري لإعلان ترشحه.
- 3- يطالب الاتحاد باحترام الدستور و قوانين الجمهورية خاصة تلك ذات الصلة بحرية التظاهر السلمي و حرية التعبير.
- 4- يطالب مجلس الاتحاد بحماية الحريات العامة و الخاصة و الحقوق الأساسية للمواطن و يحذر من مغبة المساس بها.
- 5- لغرض تفادي أي انزلاق أو تصعيد يطالب مجلس الاتحاد بسحب ترشيح الرئيس لعهد الخامسة.
- 6- يطالب الاتحاد بتأجيل الانتخابات الرئاسية و تأسيس مرحلة انتقالية لا تتجاوز سنة واحدة تشرف عليها حكومة محايدة و توافقية ذات صلاحيات تنفيذية كاملة من أجل تنظيم انتخابات رئاسية شفافة و

نزيتها وذات مصداقية وذلك في أجواء هادئة باعتبار أن الشعب هو مصدر كل السلطات ويؤكد مجلس الاتحاد استعداده وتجنده لانجاح هذه المرحلة.

7- يقرر مجلس الاتحاد مقاطعة العمل القضائي على المستوى الوطني و على جميع الجهات القضائية لمدينة يومين (02) ابتداء من 2019.03.11 باستثناء الآجال و المواعيد حفاظا على حقوق المتقاضين.

8- يقرر مجلس الاتحاد تنظيم وقفة احتجاجية وطنية أمام الجهات القضائية يوم الاثنين 2019.03.11 على الساعة 10 صباحا بالبدلة المهنية حاملين شعارات تطالب باحترام الدستور و القانون و الحريات العامة والخاصة.

9- يقرر مجلس الاتحاد تأجيل الجمعيات العامة للمنظمات الى تاريخ لاحق يحدده رئيس الاتحاد و تجميد جميع النشاطات العلمية و الثقافية الى تاريخ لاحق خاصة يوم 08 مارس و 23 مارس.

10- يبقى مجلس الاتحاد في اجتماع مفتوح.

11- يقوم مجلس الاتحاد بتسليم نسخة من هذا البيان الى المجلس الدستوري هذا اليوم.

عاشت الجزائر حرة مستقلة وديمقراطية
المجد و الخلود لشهدائنا الابرار

حرر بالجزائر يوم 2019.03.06

عن مجلس الاتحاد

رئيس الاتحاد

الاستاذ احمد ساعي

بيان مجلس الاتحاد

- ان مجلس الاتحاد بعد تقييمه للتطورات الأخيرة على الساحة الوطنية، و بعد المشاورة بين أعضائه يصدر البيان التالي:

أولاً: يتمسك مجلس الاتحاد بالبيان الصادر في 2019/03/06 المؤيد و المضمن للحراك الشعبي السلمي المطالب بتأجيل الانتخابات الرئاسية و تغيير نظام الحكم.

ثانياً: ان الاجراءات الأخيرة المعلن عنها من رئاسة الجمهورية غير مقبولة كونها لا تلي المطالب الشعبية بتغيير النظام و ليس في تمديد عمره، كما أن هذه الاجراءات تصطدم ببندو الدستور الأمر الذي يعد خروجاً عن الشرعية الدستورية.

ثالثاً: ان تأسيس مرحلة انتقالية قصيرة المدى بات ضرورة حتمية من أجل انتخابات رئاسية ذات مصداقية تتم في أجواء هادئة.

رابعاً: ان الجزائر تمر بمنعطف تاريخي و تهددها مخاطر جمة لذا يتعين على السلطة القائمة الإسراع في فتح حوار عاجل مع الحراك الشعبي و المعارضة لايجاد المخارج الدستورية و السياسية لتشكيل حكومة حيادية توافقية مقبولة من الحراك الشعبي لتسيير هذه المرحلة الانتقالية مع التأكيد بأن هذه الحكومة يجب أن تكون ذات سيادة و بصلاحيات تنفيذية كاملة باعلان دستوري مؤقت و تقتصر مهمتها على تسيير المرحلة الانتقالية و الاعداد و الاشراف على الانتخابات الرئاسية المقبلة، مع العلم بأن هذه الحلول ممكنة إذا توفرت الارادة السياسية الجادة و النوايا الحسنة لمصلحة الوطن.

خامساً: يدعو مجلس الاتحاد جميع الزميلات و الزملاء المحامين باعتبارهم أبناء الشعب للبقاء مجنديين و مساندين للحراك الشعبي السلمي،
يبقى المجلس الاتحاد في اجتماع مفتوح.

عاشت الجزائر حرة مستقلة و ديمقراطية
المجد و الخلود لشهدائنا الابرار

حرر بالجزائر يوم 2019/03/12

عن مجلس الاتحاد
رئيس الاتحاد
الاستاذ احمد ساعي

بيان مجلس الاتحاد بمناسبة المسيرة الوطنية للمحامين

ان مجلس الاتحاد اجتمع يوم 2019/03/23 بنقابة المحامين الجزائر العاصمة و أصدر
البيان التالي:

ان المحامين الجزائريين يحيون هذه السنة العيد الوطني للمحامي الموافق ليوم
2019/03/23 في ظرف عصيب تمر به الأمة الجزائرية.

فإذا كان استشهد المحامي الرمز الاستاذ علي بومنجل بهذا التاريخ يشكل منعطفا في
تاريخ الثورة التحريرية فان وقوف المحامين الجزائريين الى جانب الحراك الشعبي العظيم يعتبر
كذلك منعطفا تاريخيا و محطة مفصلية لتحقيق مطالب الشعب الجزائري في رحيل نظام
الحكم الفاسد.

ان المحامين الجزائريين كانوا دوما في الطليعة للدفاع عن طموحات و تطلعات الشعب
الجزائري الذي خرج في مظاهرات مليونية أبهرت العالم بأسره للمطالبة بجمهورية جديدة تحترم
ارادة الشعب و تقوم على العدل و الانصاف.

و من جهة أخرى فان المحامين الجزائريين ما فتئوا يطالبون باستقلال السلطة القضائية
وسيادة القانون و استقلال و حرية الدفاع و هي نفس المطالب التي يتمسك بها الشعب الجزائري
اليوم.

و بناء عليه :

- فان الاتحاد في هذا اليوم المشهود و خلال هذه المسيرة الوطنية المباركة يطالب بما يلي:
- 1- احترام الدستور و قوانين الجمهورية و مطالبة السلطة بالاستجابة لمطالب الشعب و تجسيدها.
 - 2- احترام حقوق الانسان و الحق في التعبير الحر و التظاهر السلمي و يحذر من المساس بها.
 - 3- تأسيس مرحلة انتقالية تشرف عليها حكومة توافقية محايدة و ذات صلاحيات تنفيذية
كاملة من أجل تنظيم انتخابات رئاسية ذات مصداقية في أقرب الأجل الممكنة.
 - 4- رفض الندوة الوطنية المزمع عقدها لعدم جدواها.

عاشت المحاماة حرة و قوية و مستقلة

عاشت الجزائر حرة و ديمقراطية

المجد و الخلود لشهدائنا الابرار

حرر بالجزائر يوم 2019/03/23

عن مجلس الاتحاد
رئيس الاتحاد
الاستاذ احمد ساعي

بيان مجلس الاتحاد

- ان مجلس الاتحاد المجتمع يوم 29.03.2019.
- بعد استعراض الوضع السياسي الذي تمر به البلاد.
- وبعد مداولة بين أعضاء المجلس

يصدر البيان التالي:

أولا: يتمسك مجلس الاتحاد بمواقفه السابقة خاصة بيان 06.03.2019 المساند و المثلن للحراك الشعبي السلمي المطالب بتغيير نظام الحكم و تأسيس جمهورية جديدة تقوم على احترام السيادة الشعبية و مبدأ سيادة القانون.

ثانيا: يطالب مجلس الاتحاد بالاستجابة الفورية لمطالب الشعب باعتباره مصدر كل السلطات طبقا للمادة 07 من الدستور.

ثالثا: يندد مجلس الاتحاد بأقوى العبارات، بكل أشكال التعدي على حرية التعبير و حرية التظاهر السلمي و يدين التوقيفات و الاعتقالات خارج اطار القانون و ينه بان هذه الممارسات عبارة عن جرائم يعاقب عليها القانون.

رابعا: يطلب مجلس الاتحاد من النيابة العامة كل في اختصاصه بفتح تحقيقات حول قضايا الفساد المتعلقة بالمال العام في أقرب الآجال الممكنة مع القيام بالاجراءات التحفظية اللازمة.

خامسا: ان الأزمة التي تمر بها البلاد هي أزمة سياسية بامتياز و تستوجب حلول سياسية عاجلة تلي مطالب الشعب و ليست أزمة قانونية و دستورية.

سادسا: كمساهمة من مجلس الاتحاد لإيجاد حلول للأزمة التي تعصف بالبلاد فإنه يقترح مايلي:

- 1- تأسيس مرحلة انتقالية قصيرة المدى.
- 2- تعليق العمل بالدستور الحالي نظرا للمعوقات التي يتضمنها و تحول دون إجراء انتخابات رئاسية ذات مصداقية و العمل على إصدار إعلان دستوري مؤقت لتسيير المرحلة الانتقالية.
- 3- تعيين مجلس رئاسي من شخصيات وطنية مقبولة شعبيا للإشراف على المرحلة الانتقالية.
- 4- تعيين حكومة توافقية من ذوي الكفاءات من أجل تصريف الشأن العام و تنظيم انتخابات رئاسية شفافة و نزيهة.

5- انشاء هيئة مستقلة للإشراف و تنظيم الانتخابات الرئاسية المقبلة.

يبقى مجلس الاتحاد في اجتماع مفتوح لدراسة كل التطورات المستقبلية.

عاشت المحاماة حرة و قوية و مستقلة
عاشت الجزائر حرة و ديمقراطية
المجد و الخلود لشهدائنا الأبرار

حرر بالجزائر يوم 29/03/2019

عن مجلس الاتحاد
رئيس الاتحاد
الاستاذ احمد ساعي

بيان مجلس الاتحاد

- أن مجلس الاتحاد المجتمع يوم 12-04-2019 بمقره الكائن بالمحكمة العليا بعد المداولة بين أعضائه يصدر البيان التالي:

أولا: يندد مجلس الاتحاد بالعنف الممارس ضد المتظاهرين السلميين من قبل قوات الأمن ويذكر بأن الحق في التظاهر السلمي هو حق دستوري ويدعو السلطات العمومية الى احترام هذا الحق وحمايته و يطالب بالسحب الفوري للوسائل المستعملة في قمع المتظاهرين لاسيما تلك التي تؤثر على السمع والسلامة البدنية للأشخاص.

ثانيا:

- يؤكد مجلس الاتحاد على مواقفه السابقة المؤيدة للحراك الشعبي السلمي المطالبة بتغيير النظام ويطالب بالاستجابة لمطالب الشعب.

- يؤكد مجلس الاتحاد بأن الأزمة الحالية هي أزمة سياسية قبل أن تكون أزمة دستورية و بالتالي فإنه يتعين إيجاد حلول سياسية يقبل بها الشعب و منها على وجه الخصوص تأسيس مرحلة انتقالية تقودها شخصيات توافقية مقبولة لدى الجماهير الشعبية.

- ان الانتخابات الرئاسية التي تمت الدعوة إليها يوم 04 جويلية 2019 لا تؤدي الى الانتقال الديمقراطي و لن تكون ذات مصداقية بإشراف الحكومة الحالية المرفوضة شعبيا و في ظل القوانين السارية المفعول التي لا تتوفر على الحد الأدنى لضمان انتخابات نزيهة و شفافة مع العلم بأنه إذ طبقنا الدستور الحالي فلا يجوز تغيير أو تعديل تلك القوانين الأمر الذي يؤدي في نهاية المطاف الى انتخابات مشكوك في مصداقيتها. لذا فإن مجلس الاتحاد يرفض الدعوة لهذه الانتخابات و يتمسك بمواقفه السابقة لا سيما البيان الصادر في 29-03-2019.

ثالثا: يقرر مجلس الاتحاد مقاطعة العمل القضائي على المستوى الوطني أيام 17 و 18 و 21 و 22 أفريل 2019 باستثناء الآجال و المواعيد حفاظا على حقوق المتقاضين مع تنظيم وقفات احتجاجية على مستوى المجالس القضائية يومي 17 و 21 أفريل 2019 على الساعة 10 صباحا.

رابعا: يبقى مجلس الاتحاد في اجتماع مفتوح.

عاشت الجزائر حرة مستقلة و ديمقراطية
المجد و الخلود لشهدائنا الأبرار

حرر بالجزائر يوم 2019/04/12

عن مجلس الاتحاد
رئيس الاتحاد
الاستاذ احمد ساعي

دور المحامي في إثارة الدفع بعدم الدستورية

من إعداد الأستاذة/ تلميتم مرياما

عضو مجلس المنظمة الجهوية لمحامي ناحية بجاية

لقد اعتبر الدستوريون إحداث الدفع بعدم دستورية القوانين بمثابة ثورة قانونية أساسها القانون العضوي رقم 16-18 المؤرخ في 02 / 09 / 2018 والمبني على المادة 188 من الدستور الجزائري المعدل في 2016.

تجدر الإشارة والحال أن موضوع هذا العمل يتعلق بدور المحامي في إثارة الدفع بعدم الدستورية، إلا أنه تم ذكر المحامي لأول مرة في الدستور الجزائري لسنة 2016 في الفصل الثالث منه تحت عنوان السلطة القضائية.

إذ تنص المادة 170 من الدستور الجزائري على أنه "يستفيد المحامي من الضمانات القانونية التي تكفل له الحماية من كل أشكال الضغوط وتمكنه من ممارسة مهنته بكل حرية في إطار القانون".

كما جاء ذكر المحامي في المادة 184 من الدستور الجزائري المعدل في

2016.

في المادة 184 منه وذلك في صدد ذكر الأشخاص الأهليين للترشح
لعضوية المجلس الدستوري.

عن الأساس الدستوري للدفع بعدم دستورية القوانين:

يعتبر نص المادة 188 من الدستور الجديد الأساس وعماد الدفع بعدم
دستورية القوانين.

- حيث يستخلص من قراءة نص المادة 188 من الدستور:

1- كيفية إثارة الدفع "يمكن إخطار....."

2- شروط تقديم الطلب المتضمن الدفع بعدم الدستورية

3- الهيئات المؤهلة للقيام بإحالة الدفع أمام المجلس الدستوري

4- الفصل في طبيعة الإخطار بكونه دفع وليس دعوى

- حيث جاء بعد ذلك القانون العضوي رقم 16/18 المؤرخ في

2018/09/02 لتحديد شروط وكيفيات الدفع بعدم الدستورية.

- حيث تعتمد هذه الدراسة البسيطة في مناقشتها وبسطها للشروط

وكيفيات إثارة الدفع بعدم الدستورية على المواد من 1 إلى 27 من القانون
العضوي.

هذا القانون العضوي الذي نعتبره في نظرنا قانون هزيل يفتقد إلى الدقة

المرجوة من كل قانون.

عن كيفية إثارة الدفع بعدم دستورية القانون:

تنص المادة 188 من الدستور والمادة 2 من القانون العضوي رقم 18/16 بإمكان إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام الجهات القضائية الخاضعة لنظام القضاء العادي و الجهات القضائية الخاضعة لنظام القضاء الإداري من طرف أو من قبل أحد أطراف الدعوى الذي يدعي أن الحكم التشريعي (النص التشريعي) الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور.

نستخلص مما ذكر:

أن الدستور يخاطب المتقاضي وليس المواطن هذا هو السبب في كوننا أمام دفع وليس دعوى.

لقد أعطت المادة 188 من الدستور الحق لكل متقاضي في إخطار المجلس الدستوري بطريقتين:

عن الدفع المثار أمام القاضي العادي:

عن طريق قاضي الموضوع أي القضاء العادي بكل فروعه إذ يتلقى الدفع القاضي المطروح عليه النزاع الأصلي والذي يتفحص مدى قبوله شكلاً.
من حيث جديته – انفصال الطلب عن عريضة الدعوى وطابعه الكتابي طبقاً للمادة 6 من القانون رقم 18/16.

بعد عملية المراقبة التي يمارسها قاضي الموضوع، يرسله إلى المحكمة العليا باعتبارها الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم تطبيقاً لنص المادة 171 من الدستور.

عن الدفع المثار أمام المحكمة الإدارية:

يقدم المحامي الدفع بعدم الدستورية أمام قاضي الموضوع المطروح عليه النزاع الأصلي بعد عملية الفحص والتصفية من طرفه.

إذا تم قبول الدفع شكلاً يحيل قاضي الموضوع طلب الدفع إلى مجلس الدولة الذي يحيله إلى المجلس الدستوري في أجل 10 أيام مثله مثل المحكمة العليا طبقاً للمادة 9 من القانون العضوي رقم 16 / 18.

في حالة رفض إرسال الدفع بعدم الدستورية يبلغ قرار الرفض إلى الأطراف.

وهنا لا يمكن أن يكون محلاً لأي اعتراض إلا بمناسبة الطعن ضد القرار الفاصل في النزاع وتطبق على الدفع الذي يثار في مرحلة الطعن نفس الشروط المستوجبة أمام قاضي الموضوع طبقاً لما تنص عليه الفقرة 2 من المادة 9 من القانون العضوي رقم 16 / 18.

مهام قاضي الموضوع ودوره في التصفية filter :

لقد نص القانون رقم 16 / 18 على نظام التصفية وذلك باشتراط عدد من الشروط والمعايير التي تقوم عليها التصفية كما جاء في المواد 06 - 07 - 08 من القانون العضوي.

يتفحص قاضي الموضوع مدى توفر طلب الدفع المثار بشأن عدم الدستورية على الشروط التالية:

1- أن يقدم الدفع بعدم الدستورية تحت طائلة عدم القبول بمذكرة مكتوبة منفصلة ومسببة.

2- أن يثار من طرف أحد الخصوم (أي أطراف الدعوى الأصلية) حتى وإن كان طرفاً مدخلاً في الخصام.

أما النيابة العامة رغم كونها طرفاً في بعض القضايا المتعلقة بحالة الأشخاص، أو في القضايا الجزائية فلم ينص القانون على إمكانية إثارتها للدفع وهذا أمر طبيعي ومنطقي لكون النيابة مكلفة بتطبيق قوانين الجمهورية كما هي.

3- ألا يكون الحكم التشريعي المدفوع بعدم دستوريته قد سبق إثارته في قضية أخرى أو سبق الفصل في عدم دستوريته بمعنى آخر لم يسبق التصريح بمطابقة ذلك النص للدستور من طرف المجلس الدستوري.

وهنا استثنت المادة 8 فقرة 3 من القانون العضوي رقم 16-18 حالة تغير الظروف.

4- أن يتسم الوجه أو الدفع المثار بالجدية.

5- أن يكون النص التشريعي المدفوع بعدم دستوريته نصا يتوقف عليه مآل النزاع في الدعوى الأصلية ومآل المتابعة الجزائية أو الجنائية.

6- أن يتعلق الدفع بخرق للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور.

على خلاف قضاة الموضوع فإن قاضي التحقيق وقاضي الأحداث ليس لهما صلاحية إرسال الدفع مباشرة إلى المحكمة العليا، بل يكتفيان باستقبال الدفع دون فحصه ثم يحيلانه إلى غرفة الإتهام التي لها صلاحية إرساله إلى المحكمة العليا.

- إذا كان الدفع بعدم دستورية قانون أو نص تشريعي يتوقف عليه مآل القضية الجنائية، فلا يجوز للمحامي إثارة دفعه أمام المحكمة الجنائية الابتدائية بل يجب عليه إثارته أمام المحكمة الإستئنافية وجوبا التي تفحص الدفع دون حضور المحلفين طبقا لنص المادة 3 فقرة 3 من القانون 16 / 18.

عن الدفع المثار أمام المحكمة الإدارية :

يقدم المحامي الدفع بعدم الدستورية أمام قاضي الموضوع المطروح عليه النزاع الأصلي بعد عملية الفحص والتصفية من طرفه إذا تم قبول الدفع شكلا يحيل قاضي الموضوع طلب الدفع إلى مجلس الدولة الذي يحيله إلى المجلس

الدستوري في أجل 10 أيام مثله مثل المحكمة العليا طبقا للمادة 9 من القانون العضوي رقم 16 / 18.

في حالة رفض إرسال الدفع بعدم الدستورية يبلغ قرار الرفض إلى الأطراف وهنا لا يمكن أن يكون محلا لأي اعتراض إلا بمناسبة الطعن ضد القرار الفاصل في النزاع وتطبق على الدفع الذي يثار في مرحلة الطعن نفس الشروط المستوجبة أمام قاضي الموضوع طبقا لما تنص عليه الفقرة 2 من المادة 9 من القانون العضوي رقم 16 / 18.

آثار الدفع بعدم الدستورية

على سير المحاكمة أو المنازعة القضائية:

في حالة قبول الدفع بعدم الدستورية وإرساله إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة حسب الحالة يرجئ قاضي الموضوع الفصل في النزاع إلى غاية توصيله بقرار الفصل في الدفع بعدم دستورية النص التشريعي، غير أنه لا يوقف الفصل في الحالات التالية:

- 1- حالة الدفع المثار أمام قاضي التحقيق لا يوقف سير التحقيق طبقا لما تنص عليه الفقرة 2 من نص المادة 10 من القانون العضوي رقم 16 / 18.
- 2- حالة وجود أطراف رهن الحبس.

3- حالة نص القانون على وجوب فصل الجهة القضائية في أجل محدد

أو على سبيل الاستعجال.

تطبق نفس الشروط على المحكمة العليا أو مجلس الدولة لإرجاء الفصل

في النزاع من عدمه.

دور المحامي أمام المجلس الدستوري:

تنص المادة 22 من القانون العضوي رقم 16 / 18 على تمكين الأطراف

الممثلين من قبل محاميهم من تقديم ملاحظاتهم شفويا ووجاهيا.

هنا للمحامي دور بارز في تعزيز وإبراز بعمق أسباب عدم دستورية

النص التشريعي محل الدفع المثار من طرفه.

آثار الدفع بعدم الدستورية في المستقبل:

يترتب على قبول الدفع بعدم الدستورية أثرتين رئيسيتين، وأن القرار

بعدم الدستورية قد ينصب على النص بكامله أو فقرة منه.

1- أثر فوري:

يتمثل في استبعاد النص التشريعي المقضي بعدم دستوريته ويصبح بدون

أثر بالنسبة للخصومة القضائية الموقوف الفصل فيها أي لا يطبق عليها.

2- أثر مستقبلي:

يمتد أثر القرار بعدم الدستورية إلى كل القضايا التي تستند على نفس النص التشريعي المقضي بعدم دستوريته.

ويمكن للمجلس الدستوري تحديد أجل أو تاريخ سريان القرار الصادر عنه حتى بالنسبة للخصومات المستقبلية أو المماثلة السارية أي التي تستند إلى نفس النص المقضي بعدم دستوريته طبقاً لما تنص عليه المادة 191 من الدستور.

في النهاية

يمكن لنا القول من وجهة نظر الدفاع أن نص القانون العضوي رقم 18 / 16 لا يسد كل الثغرات بل فيه فراغات كثيرة مما يجعلنا نقول انه نص هزيل ونحيف لاحتوائه 27 مادة فقط.

تأثير الدفع بعدم دستورية القوانين على سير المحاكمة

السيد قارة شاكر

وكيل الجمهورية لدى محكمة سطيف

• الإطار التشريعي:

- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.
- القانون العضوي رقم 18-16 المؤرخ في 05 سبتمبر 2018 يحدد شروط و
كيفية تطبيق الدفع بعدم الدستورية.

مقدمة:

إن المفهوم الحديث للوثيقة الدستورية بخروجها عن وظيفتها التقليدية من كونها الإطار الذي كان يحدد المبادئ السياسية ، الاقتصادية و الاجتماعية للدولة إلى مفهوم حديث يتعين أن يرسم بوضوح التزامات الدولة اتجاه المجتمع و الأفراد بضمان حقوقهم و حرياتهم الفردية و الجماعية و هو المعيار الذي يقاس عليه مدى احترامها لهذه الحقوق على الصعيد الدولي، و مع هذا التحول في دور و أهداف القواعد الدستورية بأن أصبحت تعني مباشرة الأفراد و تحمي حقوقهم و حرياتهم، جعل الرقابة القبلية على القوانين للتأكد من مطابقتها

للدستور قبل دخولها حيز التنفيذ غير ناجعة في ضمان هذه الحقوق و الحريات ، مما دفع التشريعات الحديثة إلى منح الأفراد إمكانية الدفاع عن حقوقهم المكفولة دستوريا إذا ما حرمهم منها نص تشريعي ما كان بصدد تطبيقه عليهم، إلى النص على مبدأ الدفع بعدم الدستورية لنصبح بذلك أمام رقابة لاحقة على دستورية القوانين يمارسها الأفراد بمفردهم.

و قد جسد ذلك المؤسس الدستوري في الجزائر من خلال التعديل الدستوري لسنة 2016 حين نص على الدفع بعدم الدستورية في المادة 188 منه و أحال في شروط و كفاءات تطبيقه على قانون عضوي صدر بتاريخ 02 سبتمبر 2018 تحت رقم 18-16 سيدخل حيز التطبيق بتاريخ 07 مارس 2019.

و سوف نتطرق من خلال هذا العرض إلى آثار قبول الدفع بعدم الدستورية و التصريح بعدم دستورية النص القانوني محل الدفع من خلال بيان هذه الآثار على الخصومة القضائية على وجه خاص و على المستقبل بوجه عام.

• آثار التصريح بعدم الدستورية على الخصومة القضائية :

إن الأثر المباشر و المنطقي الذي ينجم على تصريح المجلس الدستوري بعدم دستورية نص قانوني ما هو فقدانه لأثره، طبقا لما نصت عليه المادة 191 في فقرتها الثانية من الدستور، وبالتالي استبعاد تطبيقه على الخصومة القضائية التي أثير بمناسبة هذا الدفع، كما يمتد ذلك منطقيا إلى جميع الخصومات القضائية

التي لم يفصل فيها نهائيا بعد و كان النص المصرح بعدم دستوريته محلا لتطبيقه فيها.

و يكون مفعول هذا الأثر فوري بمجرد صدور قرار المجلس الدستوري و تبليغه للجهة القضائية التي أثير أمامها الدفع.

و هنا يتعين الإشارة إلى أن تصريح المجلس الدستوري بعدم الدستورية لا يمتد إلى كل النص القانوني بل قد تقتصر عدم الدستورية على مادة قانونية واحدة فيه دون باقي المواد أو على فقرة واحدة لمادة قانونية دون باقي الفقرات، كما يمكن أن تقتصر عدم الدستورية على كلمة واحدة وردت في مادة قانونية وتفقد هذه الكلمة أثرها و تبقى باقي المادة سارية المفعول إذا لم يتأثر مضمونها.

و يحكم القاضي في الخصومة القضائية الأصلية مع الأخذ بعين الاعتبار ما صرح بعدم دستوريته و عليه أن يحتكم في ذلك إلى قرار المجلس الدستوري دون أن يجوز له القياس عليه لاستبعاد نصوص أخرى.

• آثار التصريح بعدم الدستورية في المستقبل:

يعتبر الأثر الفوري لتصريح المجلس الدستوري بعدم دستورية نص قانوني ما هو المبدأ سواء على الخصومة القضائية التي كانت محلا للدفع أو على المراكز القانونية التي سوف تنشأ في المستقبل بعد صدور قرار المجلس الدستوري و يتمسك بها الأفراد، سواء في خصومات قضائية مماثلة لم ترفع بعد

أو عن طريق طلب أو الاحتجاج بحقوق أنشأها قرار المجلس الدستوري عندما صرح بعدم دستورية نص ما تطبيقاً لمبدأ الأثر النافع، إلا أن المادة 191 من الدستور الجزائري أجازت الخروج عن مبدأ الأثر الفوري لقرار المجلس الدستوري في المراكز القانونية التي سوف تنشأ مستقبلاً بأن أجازت للمجلس الدستوري أن يحدد في قراره التاريخ المستقبلي الذي يفقد فيه النص المصرح بعدم دستوريته أثره و ذلك لكون تقرير الأثر الفوري من شأنه مثلاً أن يؤدي إلى الإخلال الجسيم بالنظام القانوني للدولة بخلق فراغ قانوني لا يمكن تدارك نتائجه أو قد يؤدي هذا الأثر الفوري إلى إخلال بليغ بالتوازنات المالية للدولة و يكون الأجل الذي يحدده قرار المجلس الدستوري لفقدان النص أثره فرصة للسلطة التشريعية لمعالجة عدم الدستورية بسن نص قانوني آخر أو تعديله، مع الأخذ بعين الاعتبار ما انتهى إليه المجلس الدستوري في قراره.

وأضفت المادة 191 من الدستور على قرارات المجلس الدستوري صفة الإلزامية لجميع السلطات العمومية، الإدارية و القضائية.

• تطبيقات قضائية:

القضية الأولى:

بتاريخ 11 ماي 2018 أخطر المجلس الدستوري الفرنسي من قبل مجلس النقض للنظر في الدفع بعدم دستورية نص المادة 622 من القانون المتعلق

بدخول و إقامة الأجانب و الحق في اللجوء، التي تعاقب كل شخص يقوم بتقديم مساعدة مباشرة أو غير مباشرة لتسهيل دخول أو تنقل أو إقامة أجنبي بطريقة غير مشروعة.

و قد أصدر المجلس الدستوري بتاريخ 06 جويلية 2018 قرارا ضمنه ما يفيد أن الأخوة هو مبدأ دستوري منصوص عليه في ديباجة الدستور الفرنسي و يتجسد بحرية مساعدة الغير لغاية إنسانية بدون النظر إلى مدى قانونية إقامة هذا الغير من عدمه على التراب الفرنسي، و لا يجوز للمشرع أن يحافظ على النظام العمومي ومكافحة الهجرة غير الشرعية بالمساس بمبدأ الأخوة إذ يبقى عليه التوفيق بين الأمرين و تبعا لذلك يتعين تقرير عدم دستورية النص العقابي المذكور.

القضية الثانية:

بتاريخ 09 جويلية 2018 أخطر المجلس الدستوري الفرنسي من قبل مجلس النقض للنظر في الدفع بعدم دستورية المادة الأولى من قانون الجنسية التي تنص على أن "يعتبر من جنسية فرنسية كل طفل شرعي ولد من أب فرنسي بفرنسا أو بالخارج".

و تنص في الفقرة الثالثة على أنه «يعتبر من جنسية فرنسية كل طفل شرعي ولد بفرنسا من أم فرنسية».

و ذلك لكون النص يخالف مبدأ المساواة بين الرجل و المرأة المنصوص عليه في ديباجة الدستور الفرنسي عندما منح الطفل المولود من أب فرنسي الجنسية الفرنسية سواء ولد على الإقليم الفرنسي أو خارجه، فيما حرم الطفل المولود من أم فرنسية من الجنسية الفرنسية إذا ما ولد خارج الإقليم الفرنسي.

و قد أصدر المجلس الدستوري بتاريخ 05 أكتوبر 2018 قرارا ضمنه أن القواعد القانونية يجب أن تكون نفسها بالنسبة للجميع، الشيء المفتقد في نص المادة الأولى في فقرتها الثالثة من قانون الجنسية، عندما ميز بين الرجل والمرأة في منح الجنسية لطفليهما مخالفا بذلك المبدأ الدستوري القاضي بالمساواة بين الرجل و المرأة مما يتعين التصريح بأن كلمة «فرنسا» المذكورة في الفقرة الثالثة من المادة الأولى غير دستورية.

القضية الثالثة:

بتاريخ 28 ديسمبر 2017 أخطر المجلس الدستوري الفرنسي من قبل مجلس النقض للنظر في الدفع بعدم دستورية نص المادة 365-1 من قانون الإجراءات الجزائية و المتعلقة بتسبيب الأحكام الصادرة عن محكمة الجنايات التي نصت في فحواها أن رئيس محكمة الجنايات أو أحد مساعديه الذي يعينه يقوم بتحرير أسباب الحكم، و في حالة الحكم بالإدانة ينصب التسبيب على العناصر الأساسية للأعباء لكل واقعة منسوبة إلى المتهم.

و قد تضمنت عريضة الدفع بعدم الدستورية أن نص المادة المذكورة أعلاه وفق ما هو عليه، فيه خرق لأحكام الدستور لكونه لا يلزم القاضي بتسبيب العقوبة مثلما يلزمه بتسبيب الإدانة.

وفصلا في الدفع أصدر المجلس الدستوري بتاريخ 02 مارس 2018 قرارا جاء في مضمونه أن عدم تضمن نص المادة 365-1 من قانون الإجراءات الجزائية ما يوجب على القضاة تسبيب كيفية اختيارهم للعقوبة الموقعة على الشخص المصرح بإدانته فيه خرق لمبدأ الحق في محاكمة عادلة ومنصفة لعدم مراعاته لمبدأ شخصية العقوبة الذي يتطلب توقيع عقوبة تأخذ بعين الاعتبار الظروف الشخصية لكل متهم مدان، وهو ما يقتضي وجوب بيان أسباب الإدانة وكذا الأسباب التي اعتمد عليها في تقدير العقوبة معا، و دون الالتفات إلى ما استقر عليه مجلس النقض في اجتهاده بعدم وجوب تسبيب العقوبة المحكوم بها، يتعين التصريح بعدم دستورية المادة 365-1 من قانون الإجراءات الجزائية لمخالفتها للدستور، مع تحديد أثر سريان هذا القرار ابتداء من تاريخ 01 مارس 2019 للسماح للمشرع لتدارك عدم الدستورية التي تم معاينتها و ذلك لكون الأثر الفوري من شأنه أن يلغي النص القانوني الخاص بتسبيب أحكام الإدانة.

إجراءات الدفع بعدم الدستورية أمام القاضي المدني في الجزائر وفي فرنسا¹

Les Procédures d'exception d'inconstitutionnalité devant le juge civile algérienne et français.

بقلم الأستاذ / هلال العيد

محامي بمنظمة سطيف وأستاذ القانون بجامعة عبد الرحمان ميرة بيجاية

مقدمة :

الدساتير الدول الحديثة تحمي الحريات الفردية والحقوق الأساسية في المجتمع، كما تضع أليات مختلفة هذه الحماية، فمبدأ المشروعية هو الضمان الأساسي لذلك، وتتكفل مختلف السلطات في الدولة باحترام الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، ولا يجوز بأي حال من الأحوال انتهاكها، فالسلطة القضائية دور هام في حماية الحقوق والحريات، فالدستور يمنح القاضي هذه الضمانة إضافة إلى هذه الحماية، يوجد نموذج آخر يجسد ذلك يتمثل في الدفع بعدم الدستورية، بحيث يمكن للخصم إثارة الدفع بعدم الدستورية عند كل

محاكمة أمام أية جهات قضائية، الهدف من هذه الآلية هو تطهير جميع الأحكام التشريعية التي تتضمن انتهاكا للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور.

فهذه الوسيلة تعتبر ضمانا هامة أقرها الدستور الجزائري المعدل في سنة 2016، إذ جاء في نص المادة 188 منه "يمكن إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف إليه مأل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه الفقرة بموجب قانون عضوي².

لتنفيذا نص المادة 188 من الدستور، صدر قانون عضوي رقم: 18-16 المؤرخ في: 02-09-2018 المتعلق بشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية³، بما أن هذه القانون له أهمية بالغة في حماية الحقوق والحريات التي يحميها الدستور، كما أن نص المادة 188 من الدستور والقانون العضوي المشار إليه أعلاه يشكلان خطوة إيجابية في حماية وضمان الحقوق والحريات، عندما يكون القرار القضائي مؤسس على نص تشريعي ينتهك الحقوق التي يضمنها الدستور، كما أن الدستور المغربي لسنة 2011 اعتمد هذه الآلية في الفصل

أما في فرنسا فإن هذه الألية محددة في القانون العضوي رقم: 58-1067 المؤرخ في 07-11-1958 المتضمن القانون العضوي المتعلق بالمجلس الدستوري، لا سيما المواد 23 مكرر 1 إلى 23 مكرر 3، والإجراءات المتعلقة بهذه المسألة فهي محددة في المادة 126 مكرر 1 إلى 15 المعدلة بموجب المرسوم رقم: 10-1216 المؤرخ في 15-10-2010 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد *Nouveaux Code des procédures Civile Français*. فهذه الأحكام تحدد إجراءات الدفع بعدم الدستورية أمام القاضي الذي تطرح أمامه الخصومة، وعليه فما هي الإجراءات المتبعة في سبيل الدفع بعدم الدستورية أمام القاضي المدني في الجزائر، وأمام القاضي المدني في فرنسا؟.

يمكن الإجابة على هذا الإشكالية في مطلبين، في المطلب الأول نتناول إجراءات الدفع بعدم الدستورية امام القاضي المدني في الجزائر، وفي المطلب نستعرض إجراءات الدفع بعدم الدستورية امام القاضي المدني الفرنسي .

المطلب الأول : إجراءات الدفع بعدم الدستورية أمام القاضي المدني الجزائري.

يعتبر الدفع بعدم الدستورية ضمانة حقيقية لصون الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور، فهذا الإجراء يرمي في النهاية إلى تطهير الأحكام التشريعية السارية المفعول التي تنتهك الحقوق والحريات التي يتضمنها

الدستور، فالدفع بعدم الدستورية يثار من طرف الخصم أمام مختلف الجهات القضائية، إذ يمكن إثارته أمام جهات القضاء العادي، وأمام جهات القضاء الإداري، ويمكن إثارته من أمام جهات القضاء الجزائي.

يجوز كذلك إثارة الدفع مسألة عدم الدستورية أولوياً أمام جهات القضاء الفرنسي، ويعتبره قانون المرافعات المدنية الجديد مسألة أولية دستورية و la question prioritaire de constitutionnalité إذ يجوز للخصم إثارة هذه المسألة أمام مختلف الجهات القضائية، جهات القضاء العادي، جهات القضاء الإداري، وجهات القضاء الجزائي، ما يهمننا نحن في هذا الموضوع إثارة الدفع أمام جهات القضاء المدني في الجزائر، ومن هذه الزاوية تناول هذا المطلب في ثلاث فروع، نخصص الفرع الأول للجهة القضائية التي يثار أمامها الدفع، وفي الفرع الثاني الفصل في الدفع وإرساله، وفي الفرع الثالث إجراءات إحالة الدفع على المجلس الدستوري.

الفرع الأول: الجهة القضائية التي يثار أمامها الدفع.

بقراءة نصوص القانون العضوي رقم: 18-16 المؤرخ في: 02-09-2018 المتعلق بشروط وكيفية تطبيق الدفع بعدم الدستورية، وعملاً بنص المادة: 2، يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية في كل محاكمة أمام الجهات

القضائية الخاضعة للنظام القضائي العادي والجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي الإداري من قبل أحد أطراف .

كما ورد في نفس المادة ضمن الفقرة الثانية، والتي جاء فيها كما يمكن يثار هذا الدفع للمرة الأولى في الاستئناف أو الطعن بالنقض يتضح وأن الدفع بعدم الدستورية يثار أمام مختلف الجهات القضائية العادية، وعليه فإن هذا الدفع يثار أمام جهات القضاء المدني أمام المحكمة، كما يثار أمام جهات القضاء المدني أمام المجلس بمناسبة الطعن بالاستئناف ضد القرار الفاصل في النزاع أو في جزء منه، كما يثار الدفع أمام المحكمة العليا بمناسبة الطعن بالنقض كما سنرى، وعليه فإن الدفع بعدم الدستورية يثار أمام المحكمة، والمجلس، وأمام المحكمة العليا وفي ما يلي نستعرض ذلك:

أولاً: إثارة الدفع أمام المحكمة: الأصل أن المحاكم هي جهات القضاء ذات الاختصاص العام عملاً بنص المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبصفة عامة فإن النظر في القضايا المدنية والتجارية، والعقارية والاجتماعية، وقضايا شؤون الأسرة تتوزع على المحاكم، فالمحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام تشكل من أقسام، وتشكل كذلك من أقطاب متخصصة، وتفصل المحكمة في جميع القضايا لاسيما المدنية والتجارية والبحرية والعقارية والاجتماعية وقضايا شؤون الأسرة 5، غير أن المحاكم المنعقدة في مقر

المجلس تختص في مسألة تنفيذ الأحكام و القرارات الأجنبية وفقا لنص المادة 607 من ق غ م إ 6. أما المجالس القضائية فإن القانون حدد الاختصاص النوعي لهذه الجهات .

بناء على نص المادة 13 من القانون العضوي رقم: 05-11 المؤرخ في: 17-06-2005 المتعلق بالتنظيم القضائي المعدل والمتمم⁷، من بين الأقسام المحكمة التي تختص بالنظر في القضايا المدنية والتجارية، القسم المدني، والقسم التجاري، القسم البحري، القسم العقاري، قسم شؤون الأسرة، والقسم الاجتماعي، والقسم الاستعجالي، وبما أن المحكمة تتكون من أقسام فإن الدفع بعدم الدستورية المؤسس على الحكم التشريعي الذي ينتهي به النزاع ويكون هذا الحكم ينهك الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور تثار أمام هذه الأقسام.

ثانيا: إثارة الدفع أمام جهة الاستئناف: عملا بالفقرة 2 من المادة 2 من القانون العضوي رقم: 18-16، فإن الدفع يثار أمام جهة الاستئناف، كما يثار بمناسبة الفصل في النزاع أو الجزء منه أمام هذه الجهة وفقا لأحكام الفقرة الثانية من المادة 9 من القانون العضوي رقم: 18-16 يبلغ قرار رفض إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى الأطراف، ولا يمكن أن يكون محل اعتراض إلا بمناسبة الطعن ضد القرار الفاصل في النزاع أو في جزء منه، يفهم من هذا النص أن قرار رفض إرسال الدفع بعدم الدستورية لا يمكن الاعتراض عليه، وغير قابل

للطعن، لكن الطعن يقدم ضد القرار الفاصل في النزاع أو الجزء منه، ويثار الدفع أمام جهة الاستئناف وفقا للأحكام السابقة.

من حيث التنظيم القضائي للمجلس فبالرجوع إلى نص المادة 6 من القانون العضوي رقم 11-05 المؤرخ في 17 جويلية 2005 المتعلق بالتنظيم القضائي المعدل والمتمم، يشمل المجلس القضائي إلى جانب الغرفة الجزائية وغرفتي الاتهام والأحداث، الغرفة المدني، الغرفة الاستعجالية، غرفة شؤون الأسرة، الغرفة الاجتماعية، الغرفة العقارية، الغرفة البحرية، الغرفة التجارية، وعليه فإن الدفع بعدم الدستورية يمكن إثارته أمام هذه الغرفة على إثر استئناف القرار الفصل في النزاع أو الجزء منه، كما هو محدد نص المادة 9 من القانون العضوي رقم: 18-16 المشار إليه أعلاه، ويثار كذلك وفقا لنص المادة 2 الفقرة 2 من نفس القانون، كما يمكن إثارة الدفع أمام المحكمة العليا.

ثالثا: إثارة الدفع أمام المحكمة العليا: عملا بنص المادة الثانية الفقرة الثانية من القانون العضوي رقم: 18-16 يجوز إثارة الدفع لأول مرة أمام المحكمة العليا، بالرجوع للقانون العضوي رقم: 11-12 المؤرخ في: 26-07-2011 يحدد تنظيم المحكمة العليا واختصاصاتها وعملها، لاسيما المادة 3 منه " أن المحكمة العليا محكمة قانون، يمكن أن تكون محكمة موضوع في الحالات المحددة في القانون، تمارس المحكمة العليا الرقابة على الأوامر والأحكام

والقرارات القضائية من حيث تطبيقها السليم للقانون واحترامها لأشكال وقواعد الإجراءات"، وعملا بنص المادة 13 من نفس القانون فإن المحكمة العليا تتكون من الغرف، وعملا بنص المادة: 14 من القانون العضوي رقم: 18-16، والتي جاء فيها عندما يثار الدفع بعدم الدستورية أمام المحكمة العليا أو مجلس الدولة مباشرة يفصلان على سبيل الأولوية في إحالته على المجلس الدستوري ضمن الآجال المنصوص عليه في المادة: 13 أعلاه.

إذا فالدفع بعدم الدستورية يمكن إثارته مباشرة لأول مرة أمام المحكمة العليا، عندما يطرح النزاع أمام أحد الغرف بهذه المحكمة ويتم الفصل فيه على سبيل الأولوية ويتم الفصل فيه في الآجال المحددة في نص المادة 13 من القانون العضوي رقم: 18-16، وعليه فإن الخصم يجوز له إثارة الدفع لأول مرة أمام المحكمة العليا.

الفرع الثاني: وسائل الدفع بعدم الدستورية وطرق إرساله .

يتم إثارة الدفع بعدم الدستورية من طرف الخصم أثناء النظر في قضية، وذلك إذا دفع أحد الأطراف بأن القانون الذي سيطبق في النزاع يمس بحق من حقوقه التي يضمنها الدستور، فيجوز له الدفع بذلك أمام الجهة القضائية المكلفة بالنظر في النزاع، الأصل في الخصومة القضائية أن المدعي هو من يقوم برفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة بالنظر في النزاع، ويقدم طلباته أمام

المحكمة، كما يؤسس ادعائه على أسانيد قانونية، ويكلف المدعى عليه بالحضور للجلسة، لتقديم دفاعه أمام المحكمة، وعليه فإن المدعي عليه هو من يتقدم بالدفع بعدم الدستورية، غير أنه إذا طرأت على الخصومة عوارض يترتب عنها تدخل الخصوم، أو إدخال أحد الخصوم في النزاع فإن المتدخل في الخصام والمدخل في الخصوم لهم الحق في الدفع بعدم الدستورية، غير أنه إذا دفع الخصم في الدعوى وأسس ادعائه على نص قانوني ينتهك الحريات والحقوق التي يكفلها الدستور، عندئذ يجوز للمدعي أن يتقدم بالدفع أمام الجهة القضائية، وبناء عليه نتناول وسائل الدفع بعدم الدستورية ثم طريقة إرسال الدفع بعدم الدستورية.

أولاً: وسائل الدفع بعدم الدستورية: الدفع وفقاً للقوانين المرافعات هو جواب الخصم على ادعاء خصمه بقصد الحكم له بما يدعيه، فالهدف من الدفع هو تجنب الحكم على الخصم بطلبات خصمه، ويتحقق هذا الهدف بوسائل متعددة⁹، والمقصود بالدفاع في القضية بصفة عامة إبداء الخصم لمواجهة نظيره أمام القضاء فيما قدمه خصمه من ادعاءات، وهذا الحق مقرر للخصم أمام جميع مراحل الدعوى، نظم قانون الإجراءات المدنية والإدارية الدفع ضمن وسائل الإثبات¹⁰.

حسب نص المادة 6 من القانون العضوي رقم: 18-16 المشار إليه اعلاه يقدم الدفع بعدم الدستورية تحت طائلة عدم القبول بمذكرة مكتوبة ومنفصلة ومسببة، حسب هذا النص فإن الدفع يقدم من طرف الخصم حسب الحالة قد يكون المدعى عليه أو المدخل في الخصام أو المتدخل فيه، وقد يقتصر الدفع على المدعي، ويجب أن يقدم الطلب في مذكرة مكتوبة، وتكون المذكرة منفصلة عن مذكرة جواب الخصم التي من المحتمل ان يثير من خلالها دفعو شكلية او موضوعية قد ينتهي إليها النزاع دون حاجة إلى الدفع بعدم الدستورية، فالخصم في دفاعه حر في إثارة أي دفع سواء تعلق بالنظام العام او غير ذلك، فمذكرة الدفع بعدم الدستورية يجب أن تكون مكتوبة ومنفصلة عن مذكرة جواب، وإذا كان الخصم متدخلا يجب ان تكون المذكرة التي تتضمن الدفع منفصلة عن مذكرة التدخل.

فالمذكرة التي يثير فيها الخصم الدفع بعدم الدستورية يجب أن تكون مسببة، إذا كان قانون الإجراءات المدنية والإدارية يشترط في نص المادة 15 الفقرة 5 منه، تتضمن العريضة عرضا موجزا للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى، بالمقابل فإن القانون العضوي رقم: 18-16 يجب أن تكون المذرة مسببة، ومعنى التسبيب هنا هو تعريف القانون الذي ينتهي إليه مأل النزاع، وتحديد بدقة الحكم التشريعي والقانون الذي سيطبق في النزاع أنه يمس

بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، وعند انعدام التسيب فإن القاضي يمكن له رفض الدفع، وفي كل الأحوال فإن مذكرة الدفع بعدم الدستورية يجب أن تكون مكتوبة ومنفصلة ومسببة.

ثانياً: قرار إرسال الدفع: في حقيقة الأمر لا يعد إجراء إرسال الدفع قراراً، لكن هو عبارة عن أمر يتم بموجبه إرسال الدفع مع الوثائق المرفقة، بما فيها العرائض ومذكرات الأطراف، ويشبه إلى حد ما جدول إرسال الوثائق الذي تعدّه الإدارة عند معاملتها مع إدارة أخرى، لكن المشرع أخذ المصطلح مباشرة من القانون الفرنسي، في هذا القانون فإن التشكيلة الفاصلة في إرسال الدفع تكون عادة جماعية *collégial*، بعد أمر القاضي بعرض الدفع على هذه الجهة، والتي تفصل فيه بقرار .

عندما يستقبل القاضي المدني سواء أمام المحكمة أو المجلس، فعملاً بنص المادة 7 من القانون العضوي رقم: 18-16، تفصل الجهة القضائية فوراً وبقرار مسبب في إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة بعد استطلاع رأي النيابة العامة أو محافظ الدولة، ويجب أن يراعي القاضي المدني في قرار الإرسال الشروط المحددة في المادة: 8 من القانون العضوي رقم: 18-16، يتم إرسال الدفع بعدم الدستورية إذا تم استثناء الشروط التالية: أن يتوقف الحكم التشريعي المعارض عليه مأل النزاع أو أن

يشكل أساس للمتابعة، أن لا يكون الحكم التشريعي قد سبق التصريح بمطابقته للدستور من قبل المجلس الدستوري باستثناء حالة تغير الظروف، أن يتسم الوجه المثار بالجدية، هذا فيما يتعلق بأسباب قرار الإرسال، كما يجوز للقاضي في المحكمة أو المجلس رفض إرسال الدفع بعدم الدستورية ويكون قرار القاضي في هذه الحالة مسببا، ويبلغ القرار إلى لأطراف.

حسب نص المادة: 9 الفقرة 1 من القانون العضوي رقم: 18-16

يوجه قرار إرسال الدفع بعدم الدستورية مع عرائض الأطراف ومذكراتهم إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة خلال عشرة (10) أيام من صدوره، ويبلغ إلى الأطراف ولا يكون القرار قابلا لأي طعن، وفي حالة إرسال الدفع بعدم الدستورية ترجى الجهة القضائية الفصل في النزاع إلى غاية توصلها بقرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة أو قرار المجلس الدستوري، يتضح من خلال هذه الأحكام أن قرار إرسال الدفع بعدم الدستورية هو إجراء إداري لا يجوز الطعن فيه ولا يحدد مأل النزاع، والآثار المترتبة عليه تتمثل فقط في إرجاء الفصل في الدعوي إلى حين صدور قرار المجلس الدستوري.

الفرع الثالث: إجراءات الإحالة على المجلس الدستوري.

عندما يفصل قاضي المحكمة أو قاضي المجلس بقرار إرسال الدفع بعد الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، يرسل القرار في مهلة عشرة

(10) أيام من تاريخ صدوره إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، فترسل مع قرار المحكمة أو المجلس عرائض الأطراف ومذكراتهم إلى المحكمة العليا، وعليه فإن هذه الأخيرة هي من تقرر الإحالة، فالقانون وزع الأحكام المطبقة بشأن الإحالة على المحكمة العليا، والأحكام المطبقة أمام المجلس وتبعاً لذلك نتناول هذه الأحكام.

أولاً: الأحكام المطبقة أمام المحكمة العليا بشأن الإحالة: عند إصدار قرار إرسال الدفع بعدم الدستورية من طرف القاضي الموجه إليه النزاع أو المجلس القضائي، يوجه قرار إرسال إلى الرئيس الأول للمحكمة العليا الذي يستطلع رأي النائب العام، يتم تمكين الأطراف من تقديم ملاحظاتهم المكتوبة، فعملاً بأحكام المادة 13 القانون العضوي رقم: 18-16 المشار إليه أعلاه، تفصل المحكمة العليا في إحالة الدفع بعدم الدستورية في أجل شهرين (02) من تاريخ استلام الإرسال المنصوص عليه في المادة 9 من القانون المشار إليه أعلاه، ويجب على المحكمة العليا أن تتأكد من الشروط المنصوص عنها في المادة 8 من القانون العضوي رقم: 18-16.

يصدر قرار المحكمة العليا القاضي بإحالة الدفع بعدم الدستورية بتشكية يرأسها رئيس المحكمة العليا أو نائب عنه إذا تعذر ذلك، تتشكل الجهة الفاصلة في الدفع من رئيس الغرفة المعنية، قد تكون هذه الأخيرة عقارية أو

مدنية أو إجتماعية، وثلاث (3) مستشارين يعينهم حسب الحالة الرئيس الأول للمحكمة العليا، حسب نص المادة 16 من القانون العضوي رقم: 18-16، ويجب أن يكون قرار المحكمة العليا مسببا، ويرسل إلى المجلس الدستوري مرفوقا بمذكرات وعرائض الأطراف، عند الإحالة يتعين على المحكمة العليا إرجاء الفصل في النزاع إلى حين الفصل في الدفع بعدم الدستورية، ويتم إعلام الجهة التي أصدرت القرار إرسال الدفع، بقرار من المحكمة العليا ويبلغ للأطراف في أجل 10 أيام من تاريخ صدره، غير أنه في حالة عدم الفصل في الدفع بعدم الدستورية من طرف المحكمة العليا في أجل شهرين المنصوص عليها في نص المادة 13 من القانون العضوي رقم: 18-16، يحال الدفع تلقائيا إلى المجلس الدستوري، تجدر الإشارة هنا إلى أن القانون لم ينص صراحة على إمكانية رفض الدفع من طرف المحكمة العليا، ويفهم من نص المادة: 20 من القانون العضوي رقم: 18-16 أنه لا يجوز للمحكمة العليا أن ترفض الدفع بالإحالة .

ثانيا: الإجراءات المطبقة أمام المجلس الدستوري: وفقا للأحكام السابقة ترسل المحكمة العليا قرار الإحالة إلى المجلس الدستوري مرفقا بمذكرات وعرائض الأطراف، ويعلم المجلس الدستوري فورا رئيس الجمهورية طبقا لأحكام المادة 188 من الدستور، كما يعلم المجلس الدستوري

رئيس مجلس الأمة، ورئيس المجلس الشعبي الوطني والوزير الأول الذين يمكنهم توجيه ملاحظاتهم للمجلس الدستوري حول الدفع المعروض عليهم، تنعقد جلسة المجلس الدستوري علنياً إلا في الحالات الاستثنائية المحددة في النظام العام لقواعد عمله .

أمام المجلس الدستوري وقبل الفصل في الدفع يتم تمكين الأطراف الممثلين من قبل محاميهم، مع تقديم ملاحظاتهم وجاهاً، وحسب نص المادة 189 الفقرة الثانية، عندما يخطر المجلس الدستوري على أساس المادة 188 أعلاه، فإن قراره يصدر خلال الأشهر الأربعة (4) التي تلي تاريخ إخطاره، ويمكن تمديد هذا الأجل مرة واحدة لمدة أقصاها أربعة (4) أشهر، بناء على قرار مسبب من المجلس الفصل في الدفع، يبلغ إلى الجهة القضائية صاحبة الإخطار بعد صدور قرار المجلس الدستوري يبلغ إلى المحكمة لإبلاغ الجهة القضائية التي أثير أمامها الدفع، تجدر الإشارة إلى أن إجراءات الدفع بعدم الدستورية يبدأ تطبيقها أمام الجهات القضائية ابتداء من تاريخ: 07-03-2019 حسب نص المادة: 26 من القانون العضوي رقم: 18-16 المشار إليه أعلاه.

في الأخير نذكر أن الدفع بعدم الدستورية أمام القاضي المدني يثار أمام المحكمة أو المجلس كما يثار على سبيل الأولوية أمام المحكمة العليا، ويتم هذا الإجراء عن طريق دفع مكتوب ومنفصل ومسبب، يقرر القاضي إرسال الدفع

إلى المحكمة العليا، وتنظر هذه الأخير في الدفع خلال شهرين (02) من تاريخ استلام الإرسال، وتقرر المحكمة العليا إرسال الدفع ثم ترسله إلى المجلس الدستوري، ويقرر هذا الأخير قبول الدفع أو عدم قبول ويبلغ إلى المحكمة العليا لإعلام الجهة القضائية التي أثارت الدفع.

المطلب الثاني: إجراءات الدفع بعدم الدستورية أمام القاضي المدني في

فرنسا.

أهم ما يميز به القضاء الفرنسي عن القضاء الجزائري أنه يغلب عليه طابع التخصص، بحيث توجد في فرنسا محاكم متخصصة مؤهلة للفصل في النزاعات، فالفصل في المنازعات التجارية من اختصاص المحاكم التجارية، وهذه الجهات منفصلة تماما عن محاكم الخصومة الكبرى Tribunaux de Grand instance، من حيث الاختصاص، لكن تخضعان لنفس الإجراءات المحددة في قانون المرافعات.

توجد إلى جانب هذه الهيئات القضائية جهات أخرى متخصصة، ويتعلق الأمر هنا بالمجالس العمالية des conseils prud’hommes، المحاكم المختصة في منازعات الضمان الاجتماعي sécurité sociale des affaires de Tribunaux، والمحكمة المتساوية الأعضاء الخاصة بالإيجارات الريفية paritaire des baux ruraux Tribunal، والمحكمة المتعلقة

بمنازعات الأهلية l'incapacité des Tribunaux du contentieux et de la tarification la Cour nationale de l'incapacité et de la de l'assurance des accidents du travail، فإن هذا الجهات هي متخصص ببطعتها وتشكل من قاضي محترف Magistrat professionnel، ومساعدين من مختلف التخصصات، ومنه فإن القضاء الجزائري يختلف من حيث التنظيم عن القضاء الفرنسي، الأمر الذي يدفعنا إلى البحث عن الإطار القانوني للدفع بعدم الدستورية في فرنسا في الفرع الأول، ثم الجهات التي يثار أمامها الدفع، وفي الفرع الثالث إجراءات الدفع بعدم الدستورية أمام القاضي المدني في فرنسا.

الفرع الأول: الإطار القانوني للدفع بعدم الدستورية في فرنسا.

في البداية أشرنا إلى أن القانون الفرنسي جعل من الدفع بعدم الدستورية ذات أولوية question prioritaire de constitutionnalité، وتخضع هذه القواعد لأحكام الأمر رقم: 58-1067 المؤرخ في: 7 نوفمبر 1958 المواد 23 الفقرة 1 إلى الفقرة 3، حسب ما جاء في نص المادة 126 الفقرة من قانون المرافعات المدنية الفرنسي والتي جاء فيها أن الدفع La transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité à la Cour de cassation obéit aux règles définies par les articles 23-1 à 23-3 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre

1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel
.et aux dispositions prévues par le présent chapitre

حسب النص المادة 126 الفقرة المشار إليها أعلاه، فإن مسألة الدفع بعدم الدستورية خاضعة لأحكام الأمر رقم: 58-1067 المشار إليه أعلاه، المتعلق بالقانون العضوي الخاص بتنظيم المجلس الدستوري، وأحكام التي يتضمنها قانون المرافعات المدنية الفرنسي المادة 126 مكرر 1 إلى 126 مكرر 13، حسب ما تضمنته المادة: 126 مكرر 1.

الفرع الثاني: الجهات التي تثار أمام مسألة عدم الدستورية

عند القراءة أحكام الأمر رقم: 58-1067 المؤرخ في: 7 نوفمبر 1958، لا سيما المادة: 23 الفقرة 1، يتضح و أن الدفع لا يثيره القاضي تلقائيا، كما أن هذا الدفع لا يجوز إثارته أمام محكمة الجنايات الابتدائية¹¹، كما أن نطاق مسألة عدم الدستورية لا يقتصر على الأحكام التشريعية كما ذهب إليه القانون العضوي رقم: 18-16، بل يمتد إلى الالتزامات والاتفاقيات الدولية لفرنسا¹².

بحكم الوظيفة التي يقوم بها القضاء الفرنسي فإن كثيرا ما يفصل في نزاعات تقنية متخصصة فالقانون الفرنسي يسند هذه المسائل الفنية لجهات قضائية متخصصة والتي تتكون من قاضي محترف ينتمي إلى سلك القضاء،

ويساعده في ذلك أعضاء متخصصين في مسائل متعددة، العمال أو أطباء أو تجار أو فلاحين أو اصحاب المهن إلى غيرها من التخصصات، أما الميزة الثانية التي يخص بها أن أغلب النزاعات يتم الفصل فيها من طرف تشكيلة جماعية، ويتعلق الأمر بمحكمة المرافعات الكبرى، ومجالس الاستئناف، فتتشكل هذه الجهات من عدة قضاة، من بينهم القاضي المكلف بالتحقيق في القضية Le magistrat chargé de la mise en état، وهذا الأخير يعين من طرف رئيس الغرفة للقيام ببعض الإجراءات الاستعجالية التي تتطلبها القضية، منها المعاينة والخبرة، وعليه يمكن أن نجمل الجهات القضائية التي يثار امامها مسألة عدم الدستورية في ثلاث جهات، أمام محكمة الخصومة الكبرى، و أمام المحاكم المتخصصة، ثم أمام مجالس الاستئناف، ومحكمة النقض.

أولا : أمام محكمة الخصومة الكبرى : Tribunal de grand instance المتعارف عليه أن هذه المحكمة التي تختص بالفصل في النزاعات المدنية والعقارية عندما تتجاوز قيمة النزاع حدا معين، كما تختص أيضا في القضايا الجزائية، الجناح والجنايات والمخالفات من الدرجة الرابعة، وفي المواد المدنية تنعقد المحكمة حسب الحالة بتشكيلة فردية أو جماعية، وعندما تنعقد المحكمة بتشكيلة جماعية، يكون القاضي المكلف بالتحقيق هو من يأمر بعرض مسألة عدم الدستورية على التشكيلة الجماعية للفصل فيه وفقا لأحكام المادة:

126 الفقرة 3، 13 فالقاضي يأمر بإحالة الدفع على تشكيلة المحكمة لتفصل فيه بقرار.

ثانياً: أمام المحكمة المتخصصة: هذه المحاكم متعددة بفرنسا وهي التي تقضي بالفصل في المسائل التقنية والمتخصصة، والتي يترأسها قاضي محترف بمساعدة أعضاء من اهل الاختصاص في ذلك وهي المحاكم كما هي محددة في المادة: 126 الفقرة 3 هي tribunal paritaire des baux ruraux, du tribunal des affaires de sécurité sociale, du tribunal du contentieux de l'incapacité et de la Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail هذه المحاكم يجوز إثارة مسألة عدم الدستورية أمامها من بأمر من رئيس تشكيلة الحكم il peut également renvoyer l'affaire devant la formation de jugement .

ثالثاً: أمام مجالس الاستئناف ومجلس النقض : devant la cour d'appel et la cour de cassation : يتم إثارة مسألة عدم الدستورية أمام مجالس الاستئناف، عملاً بنص المادة 126 الفقرة 3، le magistrat de la cour d'appel chargé d'instruire l'affaire .

كما يجوز إثارة المسألة أمام محكمة النقض وذلك عملاً بأحكام المادة:

126 الفقرة 10، وجاء في هذا النص:

Lorsque la question prioritaire de constitutionnalité est soulevée à l'occasion d'un pourvoi, le mémoire distinct prévu à l'article 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 porte la mention : " question prioritaire de constitutionnalité."

Les autres parties au pourvoi disposent d'un délai d'un mois pour remettre un mémoire en réponse sur la question prioritaire de constitutionnalité. Celui-ci est établi, remis et communiqué suivant les règles régissant le pourvoi.

الفرع الثالث : إجراءات إثارة مسألة عدم الدستورية.

أهم ما يميز إجراءات إثارة مسألة عدم الدستورية في القانون الفرنسي، وإجراءات الإحالة بعدم الدستورية في القانون الجزائري أن القانون الفرنسي ميز بين امر القاضي في مسألة الإرسال، وقرار التشكيلة في البث في مسألة عدم الدستورية، وأمام هذا الوضع فإن القانون الجزائري منح صلاحيات إرسال الدفع للجهة القضائية المختصة بموجب قرار، كما أن إجراءات الدفع بعدم الدستورية في القانون الجزائري حددت أجل لإرسال الدفع إلى المحكمة العليا، كما منح أجل للمحكمة العليا أجل للفصل في الدفع كما هو الأمر بالنسبة للقانون الجزائري.

أما فيما يخص الواجهة فإن القاضي الفرنسي قبل الفصل في إرسال الدفع يستدعي الأطراف ويتم سماعهم، في حين أن القانون الجزائري منح هذا

الحق للأطراف أمام المجلس الدستوري عند عرض الطلب أمام هذا الجهاز، وأمام هذا الفرق فإن هناك تقارب بين النظامين في عدة نقاط، أما فيما يتعلق بالإجراءات فإن القانون الفرنسي اقتصر على عرض الطلب أمام الجهة القضائية، ثم الفصل فيه من طرف المحكمة وأخير الفصل في مسألة عدم الدستورية ونتناول ذلك.

أولاً: تقديم الطلب: عندما يكون الخصم أمام حالة عدم دستورية الحكم تشريعي ينتهي إليه مأل النزاع، يقدم الدفع أمام القاضي، ويأمر هذا الأخير بعرض الطلب على الجهة القضائية بتشكيلة الحكم، وتفصل في الطلب بقرار مسبب دون تحديد الأجل في ذلك بعد سماع الأطراف واستطلاع رأي النيابة العامة، وذلك عملاً بأحكام المادة: 126 الفقرة 4. 14

ثانياً: إرسال مسألة عدم الدستورية: يتم إحالة الموضوع إلى محكمة النقض بقرار من التشكيلة الجماعية لجهة الحكم، غير أنه إذا كان الحكم التشريعي سبق وأن كان محل إخطار لا يمكن إحالة المسألة للمرة الثانية، وذلك حسب نص المادة: 126 الفقرة 5، ويقوم كاتب الضبط بإخطار الأطراف، واستطلاع رأي النيابة العامة، ويتم سماع الأطراف وإخطارهم بتقديم ملاحظاتهم أمام محكمة النقض وفي حالة إرسال المسألة إلى محكمة النقض يتم إخطار الأطراف بأن القرار غير قابل لأي اعتراض إلا بمناسبة الطعن ضد

القرار الفاصل في النزاع أو الجزء منه، حسب نص المادة: 126 الفقرة 7، يصدر قرار الإحالة من طرف التشكيلة التي يرأسها رئيس الجهة القضائية، بعد إخطار النيابة العامة، بتاريخ الجلسة، بعد الفصل في الإحالة يبلغ كاتب الضبط قرار الإحالة للأطراف، وتفصل محكمة النقض في الإحالة في أجل 03 ثلاثة أشهر من تاريخ استلام الإرسال بمسألة عدم الدستورية حسب نص المادة: 23 الفقرة 4 من الأمر رقم: 58-1067 المؤرخ في: 7 نوفمبر 1958.

ثالثاً: إحالة المسألة على المجلس الدستوري: يتم إحالة مسألة عدم الدستورية على محكمة النقض، وفقاً لأحكام المواد 23 الفقرة 4 إلى الفقرة 7، من الأمر رقم: 58-1067 المؤرخ في: 7 نوفمبر 1958، حسب ما أشارت إليه المادة: 126 الفقرة 8، وتمنح للأطراف مهلة شهر واحد من تاريخ صدور قرار إرسال مسألة عدم الدستورية لتقديم ملاحظاتهم المحتملة، بمذكرة معدة من طرف محامي معتمد لدى محكمة النقض، والتمثيل عن طريق محامي إجباري بالنسبة للأطراف.

عند إحالة مسألة عدم دستورية حكم تشريعي على المجلس الدستوري تطبق أحكام المادة: 23 الفقرة 8 من الأمر رقم: 58-1067 المؤرخ في: 7 نوفمبر 1958، عند إحالة مسألة عدم الدستورية من طرف محكمة النقض فإن المجلس الدستوري يخطر رئيس الجمهورية، والوزير الأول، ورئيس الجمعية

العامّة، ورئيس مجلس الشيوخ Sénat Le لإبداء ملاحظاتهم حول مسألة عدم دستورية الحكم التشريعي، يجتمع المجلس الدستوري في أجل 03 ثلاثة أشهر من تاريخ إخطاره من طرف محكمة النقض، ويقدم الأطراف ملاحظاتهم وجاهايا في جلسة علنية وفقا المادة: 23 الفقرة 10 من الأمر رقم: 58-15،1067 ويكون قرار المجلس الدستوري مسبب، ويبلغ للأطراف وإلى محكمة النقض، والجهة التي أثارت مسألة عدم الدستورية، كما يبلغ قرار المجلس الدستوري إلى رئيس الجمهورية والوزير الأول، ورئيس الجمعية الوطنية، ورئيس مجلس الشيوخ Le président du Sénat، قرار المجلس الدستوري ينشر في الجريدة الرسمية، المادة: 23 الفقرة 11 من الأمر رقم: 58-1067 المؤرخ في: 7 نوفمبر 1958.

الخاتمة: مسألة الدفع بعدم الدستورية الهدف منها تعزيز الحريات والحقوق التي يصونها الدستور، فهذه الخطوة أحرزت تقدما في ترقية الحقوق والحريات إلى المصنف أعلى وذلك بموجب التعديل الدستوري في سنة 2016، في المواد 188 و189، كما تلتها القانون العضوي رقم: 18-16 المؤرخ في: 02-09-2018 المتعلق بشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، هذا القانون أرسى فعلا قواعد حماية الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور، وهي آلية هامة لتظهير الأحكام التشريعية التي تنتهك تلك الحقوق، إذ يجوز الدفع

بعدم الدستورية من أحد الأطراف الذي يدعي أن القانون الذي سيطبق في النزاع يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، فهي إذا قدم إلى الأمام في نطاق الحقوق المرتبطة بالإنسان.

لم يكن القانون الجزائري سابقا في حماية هذه الحقوق، قبل ذلك أurst فرنسا ضمن مبادئ الجمهورية الخامسة بتاريخ: 04-10-1958، قواعد مسألة عدم الدستورية بموجب الأمر رقم: 58-1067 المؤرخ في: 7 نوفمبر 1958 المتضمن القانون العضوي المتعلق بالمجلس الدستوري، كما أحيل في تطبيق مسألة الدفع بعدم الدستورية على قانون المرافعات المدنية الجديد المعدل بالمرسوم رقم: 10-1216 المؤرخ في 15-10-2010 المعدل والمتمم للمادة 126 مكرر 1 إلى مكرر 13، هي القواعد تحدد الجوانب الإجرائية لمسألة الدفع بعدم الدستورية، هذه القواعد كفيل بحماية الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، فيجوز للخصم إثارة الدفع في أية مرحلة من مراحل التقاضي. والله الموافق لذلك .

الهوامش

- 1- مدخلة ألقبت من طرف الأستاذ : هلال العيد ، باليوم الدراسي حول " النظام القانوني للدفع غير الموضوعية المثارة أمام القضاء المدني" يوم 12 ديسمبر 2018، بكلية الحقوق جامعة عبد الرحمان ميرة ببجاية .
- 2- الدستور صوت عليه الشعب الجزائري بموجب استفتاء بتاريخ: 28-11-1996، النص الكامل للدستور، صدر بموجب المرسوم الرئاسي، رقم: 96-438 المؤرخ في 26 رجب 1417 الموافق ل 7 ديسمبر 1996، الجريدة الرسمية العدد 76 سنة 1996، لقد عرف هذا الدستور عدة تعديلات في ظروف متميزة أهمها، في سنة 2002، بموجب القانون رقم: 02-

- 03 المؤرخ في 10-04-2002 ، الجريدة الرسمية العدد 25 ، ثم عدل الدستور في سنة 2008 بموجب القانون رقم: 08-19 المؤرخ في: 07-11-2008 الذي يتعلق بمشروع القانون المتضمن التعديل الدستوري الجريدة الرسمية العدد 63 سنة 2008، كما عرف الدستور الجزائري آخر تعديل بموجب القانون رقم: 16-01 المؤرخ في: 06-03-2016 يتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية العدد 14 سنة 2016.
- 3- القانون عضوي رقم: 18-16 المؤرخ في: 02-09-2018 المتعلق بشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، الجريدة الرسمية العدد 54 سنة 2018.
- 4- الفصل: 133 " تختص المحكمة الدستورية بالنظر في كل دفع متعلق بعدم دستورية قانون، أثير أثناء النظر في قضية، وذلك إذا دفع أحد الأطراف بان القانون الذي سيطبق في النزاع، يمس بالحقوق و الحريات التي يضمنها الدستور.
- 5- هلال العيد، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، الجزء الأول ، منشورات ليجوند 2017 ، ص 143.
- 6- "يقدم طلب منح الصيغة التنفيذية للأوامر والأحكام والقرارات والعقود والسندات التنفيذية الأجنبية أمام محكمة مقر المجلس التي يوجد بدائرة اختصاصها موطن المنفذ عليه او محل التنفيذ".
- 7- القانون العضوي رقم: 11-05 المؤرخ في المتعلق بالتنظيم القضائي الجريدة الرسمية العدد 51 سنة 2011، المعدل والمتمم بموجب القانون العضوي رقم: 17-06 المؤرخ في 27-03-2017 ، الجريدة الرسمية العدد 20 سنة 2017 .
- 8- القانون العضوي رقم: 11-12 المؤرخ في: 26-07-2011 يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها، الجريدة الرسمية العدد 42 سنة 2011، الذي ألغى القانون رقم: 89-22 المؤرخ في: 12-12-1989 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا.
- 9- أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية ، ص 288 .
- 10- من المادة 48 إلى المادة 67 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .
- 11- Art 23-1, al 4 , Le moyen ne peut être soulevé devant la cour d'assises. En cas d'appel d'un arrêt rendu par la cour d'assises en premier ressort, il peut être soulevé dans un écrit accompagnant la déclaration d'appel. Cet écrit est immédiatement transmis à la Cour de cassation
- 12- Art 23-2, al 4 , En tout état de cause, la juridiction doit, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative d'une part aux droits et libertés garantis par la Constitution et d'autre part aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'État ou à la Cour de cassation

Art 126-3, Le juge qui statue sur la transmission de la question -13 prioritaire de constitutionnalité est celui qui connaît de l'instance au cours de laquelle cette question est soulevée, sous réserve des alinéas qui suivent Le magistrat chargé de la mise en état, ainsi que le magistrat de la cour d'appel chargé d'instruire l'affaire, statue par ordonnance sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité soulevée devant lui .Lorsque la question le justifie, il peut également renvoyer l'affaire devant la formation de jugement, le cas échéant sans clore l'instruction, pour qu'elle statue sur la transmission de la question. Cette décision de renvoi est une mesure d'administration judiciaire. Le président de la formation de jugement du tribunal paritaire des baux ruraux, du tribunal des affaires de sécurité sociale, du tribunal du contentieux de l'incapacité et de la Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail statuent sur la transmission de la question

Art 126-4, Le juge statue sans délai, selon les règles de procédure -14 qui lui sont applicables, sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité, le ministère public avisé et les parties entendues ou appelées, Ceux-ci sont avisés par tout moyen de la date à laquelle la décision sera rendue. Les parties sont en outre avisées qu'elles devront, le cas échéant, se conformer aux dispositions de l'article Article 23-10 , Le Conseil constitutionnel statue dans un délai de -15 trois mois à compter de sa saisine. Les parties sont mises à même de présenter contradictoirement leurs observations. L'audience est publique, sauf dans les cas exceptionnels définis par le règlement .intérieur

الدفع بعدم دستورية القوانين أمام قاضي الموضوع

بن مبارك محمد
رئيس محكمة سطيف

مقدمة:

إن الرقابة على دستورية القوانين مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالدساتير المكتوبة، وإن أول بذرة ظهرت في حياة الرقابة الدستورية كانت في الولايات المتحدة الأمريكية في دستور سنة 1798 وفي سنة 1800 أثارت المحكمة العليا الأمريكية لدى فصلها في إحدى القضايا المعروضة عليها تناقض المادة 18 من قانون السلطة القضائية مع المادة 06 من الدستور الأمريكي وتساءلت عن الجهة التي تفصل في التناقض الموجود بين المادتين وتوصلت في النهاية إلى أن الجهة المختصة بالفصل في النزاع الحاصل بين المادتين هو القضاء ومع تطور التشريع في أمريكا تبلورت فكرة الدفع بعدم دستورية القوانين وفي أوروبا وبعد الثورة الفرنسية كرس الدستور الفرنسي سنة 1799 فكرة الرقابة على دستورية القوانين وفي سنة 1946 أنشئ ما يسمى باللجنة الدستورية وفي دستور سنة 1958 أسس المجلس الدستوري الفرنسي الذي منح حق إخطار المجلس

الدستوري بعدم الدستورية لرئيس الجمهورية والوزير الأول ورئيسي غرفتي البرلمان وفي سنة 1974 تم إضافة منح حق الإخطار لستين نائبا من الجمعية الوطنية ومن مجلس الشيوخ وفي سنة 2008 نص الدستور الفرنسي في المادة 61 فقرة 01 على منح للمحكمة العليا ومجلس الدولة حق إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية إذا تمسك به أحد المتقاضين أمام المحاكم الفرنسية .

أما في الجزائر فقد أدرجت في القانون رقم 01/16 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق ل 06 مارس سنة 016 المتضمن التعديل الدستوري المادة 188 التي أجازت حق إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، وبذلك صار دستور الجمهورية الجزائرية يسمح بالمنازعة في دستورية حكم تشريعي أثناء النظر في القضية أمام أية جهة قضائية، إذا ما رأى أحد أطراف الدعوى أن المادة القانونية التي سيفصل على ضوئها النزاع ينتهك الحقوق والحريات المضمونة دستوريا.

لقد نصت الفقرة الثانية من المادة 188 من الدستور على أن تحدد شروط
وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية بموجب قانون عضوي.

المادة 188 من الدستور: يمكن إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم
الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عندما يدعي أحد
الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه
مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور.

تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه الفقرة بموجب قانون عضوي.
إن هذه الآلية جاءت لتعزيز مفهوم المواطنة وتمكن المتقاضين من تحقيق
الضمانات الأساسية للمحاكمة العادلة وذلك بمراجعة النص التشريعي بتقرير
دستوريته أو عدمها.

كما جاءت هذه الآلية لتأسيس علاقة قانونية بين القضاء والمجلس
الدستوري من خلال الدور الجديد الموكل للقضاء في تحريك الرقابة الدستورية
عن طريق الإحالة الى هذا الأخير من طرف مجلس الدولة أو المحكمة العليا بناء
على الدفع بعدم دستورية حكم تشريعي معين أمامهما مباشرة أو بناء على إرسال
الدفع بعدم الدستورية من مختلف الجهات القضائية التي تفصل في النزاعات
المطروحة أمامها.

وتنفيذا للفقرة الثانية من المادة 188 من الدستور فقد صدر قانون عضوي رقم 16-18 مؤرخ في 22 ذي الحجة عام 1439 الموافق 2 سبتمبر سنة 2018، يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية.

كيفية الدفع بعدم الدستورية:

لقد عالج القانون العضوي رقم 16/18 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية في المادة الأولى منه بأن هذا القانون يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية تطبيقا للمادة 188 من الدستور وبتفحص أحكام هذا القانون نجد المشرع قد أوردتها ضمن أربعة فصول.

الفصل الأول يتعلق بالأحكام العامة

فصل الثاني يتعلق بشروط وكيفيات ممارسة الدفع بعدم الدستورية

الفصل الثالث يتعلق بالأحكام المطبقة أمام المحكمة العليا ومجلس

الدولة

الفصل الرابع يتعلق بالأحكام المطبقة أمام المجلس الدستوري.

وتبعاً لعنوان المداخلة التي كلفنا بإلقائها على مسامعكم فإننا سنتناول

بالتفصيل ما ورد في الفصلين الأول والثاني أما الفصلان الثالث والرابع فهما

يتعلقان بمداخلتين آخرين وفق برنامج اليوم الدراسي.

الجهات القضائية الفاصلة في الموضوع التي يجوز إثارة الدفع بعدم الدستورية أمامها.

لقد نصت المادة 171 من الدستور أن المحكمة العليا تمثل الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم.

ويمثل مجلس الدولة الهيئة المقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية. وتضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد ويسهران على احترام القانون.

تفصل محكمة التنازع في حالات تنازع الاختصاص بين هيئات القضاء العادي وهيئات القضاء الإداري.

إضافة الى هذا فإن القانون العضوي رقم 05-11 المؤرخ في 10 جمادى الثانية عام 1426 الموافق 17 يوليو سنة 2005 المتعلق بالتنظيم القضائي قد نص في مادته الثانية على أن التنظيم القضائي يشمل النظام القضائي العادي والنظام القضائي الإداري ومحكمة التنازع.

ووفقا للمادة الثالثة من نفس القانون فإن النظام القضائي العادي يشمل المحكمة العليا والمجالس القضائية والمحاكم فيما نصت المادة الرابعة على أن النظام القضائي الإداري يشمل مجلس الدولة والمحاكم الإدارية.

ومن المعلوم أن النزاعات القضائية سواء كانت ذات طابع مدني أو جزائي تعرض ابتداء على المحاكم الابتدائية وفق المادة العاشرة من قانون التنظيم القضائي التي تنص على (المحكمة درجة أولى للتقاضي) والتي يمكن استئنافها أمام المجالس القضائية طبقا للمادة 05 من نفس القانون وفي القضاء الإداري فإن المحاكم الإدارية هي التي تشكل قاعدة الهرم وأن أحكامها تستأنف أمام مجلس الدولة في انتظار إنشاء الهيئات القضائية التي تستأنف أمامها تلك الأحكام ومهما يكن من أمر فإن مجلس الدولة يبقى هيئة مختصة أساسا بتقويم أعمال الجهات القضائية الإدارية. وعليه فإن قاضي الموضوع الذي يثار أمامه الدفع بعدم الدستورية هو ذلك القاضي الذي يرأس أحد الأقسام التي تتشكل منها المحكمة الابتدائية أو يرأس إحدى الغرف التي يتشكل منها المجلس القضائي أو يرأس غرفة بالمحكمة الإدارية وفق البيان التالي:

الأقسام التي تتكون منها المحكمة:

- | | |
|--------------------|---------------------|
| 1- القسم المدني | 2- قسم الجنح |
| 3- قسم المخالفات | 4- القسم الاستعجالي |
| 5- قسم شئون الأسرة | 6- قسم الأحداث |
| 7- القسم الاجتماعي | 8- القسم العقاري |
| 9- القسم البحري | 10- القسم التجاري |

الغرف التي يشتمل عليها المجلس القضائي:

- | | |
|----------------------|-----------------------|
| 1- الغرفة المدنية | 2- الغرفة الجزائية |
| 3- غرفة الاتهام | 4- الغرفة الاستعجالية |
| 5- غرفة شئون الأسرة | 6- غرفة الأحداث |
| 7- الغرفة الاجتماعية | 8- الغرفة العقارية |
| 9- الغرفة البحرية | 10- الغرفة التجارية |

المحاكم الإدارية:

المادة الأولى من القانون رقم 02/98 المتعلق بالمحاكم الإدارية (تنشأ

محاكم إدارية كجهات قضائية للقانون العام في المادة الإدارية)

المادة الرابعة من نفس القانون (تنظم المحاكم الإدارية في شكل غرفة

ويمكن أن تقسم الغرف إلى أقسام ويحدد عدد الغرف والأقسام عن طريق التنظيم)

إن الدفع بعدم الدستورية لا يكون بموجب دعوى منفصلة يكون موضوع طلبها الدفع بعدم الدستورية وإنما تمارس هذه الآلية الدستورية بموجب دفع وفق ما نص عليه القانون العضوي رقم 18-16 المحدد لشروط وكميات تطبيق الدفع بعدم الدستورية ولذلك فإن الدفع بعدم الدستورية يثار أمام الجهة القضائية عندما تكون هناك دعوى موضوع مطروحة أمامها إذا ما

رأى أحد أطراف الدعوى أن الحكم التشريعي وهو النص القانوني الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور.

إن الدفع بعدم الدستورية يمكن أن يثار أمام قاضي الموضوع الناظر في الدعوى على مستوى المحكمة الابتدائية في أية مرحلة كانت عليها الدعوى ما لم توضع في النظر للفصل فيها وسواء تطرق المثير للدفع لمناقشة الموضوع أو قبل ذلك وكما يصح إثارة الدفع بعدم الدستورية لأول مرة أمام جهة الاستئناف بل أجاز القانون إثارته لأول مرة أمام المحكمة العليا أو مجلس الدولة بناء على الطعن بالنقض في القرارات التي تصدر عن المجالس القضائية أو الأحكام التي تصدر عن المحاكم الإدارية.

إن المادة الثانية 02 من القانون العضوي رقم 18-16 المحدد لشروط وكيفية تطبيق الدفع بعدم الدستورية نصت على أنه (يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية في كل محاكمة أمام الجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي العادي والجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي الإداري من قبل أحد أطراف الدعوى الذي يدعي أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور.

كما يمكن أن يثار الدفع للمرة الأولى في الاستئناف أو الطعن بالنقض.

إذا تمت إثارة الدفع بعدم الدستورية أثناء التحقيق الجزائي، تنظر فيه
غرفة الاتهام).

إن قاضي الأحداث يأخذ حكم قاضي التحقيق عندما يباشر عمله
بصفته قاض تحقيق أحداث ولا يجوز له الفصل في الدفع بعدم الدستورية الذي
يثار أمامه وإنما يقوم بإرساله مباشرة إلى غرفة الاتهام على مستوى المجلس
القضائي التي خول لها المشرع حق الفصل في الدفع بعدم الدستورية.

ملاحظة: إذا كان قاضي التحقيق الأحداث لا يفصل في الدفع بعدم
الدستورية الذي أثير أمامه فإن نفس القاضي يجوز له أن يفصل في الدفع عندما
يجلس للفصل في قضايا الأحداث التي أحيلت أو جدولت أمام قسم الأحداث
لأنه في هذه الحالة يصبح قاضي موضوع وليس قاضي تحقيق.

كما نصت المادة الثالثة من نفس القانون على أنه (لا يمكن إثارة الدفع
بعدم الدستورية أمام محكمة الجنايات الابتدائية).

إلا أنه يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية، عند استئناف حكم صادر
عن محكمة الجنايات الابتدائية بموجب مذكرة مكتوبة ترفق بالتصريح
بالاستئناف.

تنظر محكمة الجنايات الاستئنافية في الدفع بعدم الدستورية قبل فتح
باب المناقشة).

يفهم من المادة المذكورة أن الدفع بعدم الدستورية لا يصح إثارته أمام محكمة الجنايات الابتدائية، وإنما يمكن إثارته أثناء استئناف الحكم وذلك بموجب مذكرة مكتوبة ترفق بالتصريح بالاستئناف.

ويمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية أيضا أمام محكمة الجنايات الاستئنافية مباشرة وذلك قبل فتح باب المناقشة أي قبل إجراء القرعة لاختيار المحلفين فإذا أجريت القرعة واختير المحلفين فذلك يعد بداية فتح باب المناقشة، ومن جهة أخرى فإن القضاة المحترفين وحدهم الذين يصح إثارة الدفع أمامهم والنظر فيه بقبول إرساله أو عدم قبول إرساله إلى المحكمة العليا.

أما بخصوص القضاء الإداري فإن الدفع بعدم الدستورية يثار أمام قاضي الموضوع وهو القاضي الذي يفصل في النزاع سواء كان بوصفه قاضي موضوع أو قاضي استعجال ويتم ذلك بنفس الصورة التي يثار بها الدفع أمام قضاة الموضوع الخاص بالقضاء العادي وأنه في حالة قبول الدفع فإنه يتم إرساله إلى مجلس الدولة.

طريقة ممارسة الدفع بعدم الدستورية

لقد حدد المشرع في القانون العضوي رقم 18-16 كيفية إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام قاضي الموضوع سواء في القضاء العادي أو القضاء الإداري وفق ما يلي:

أولاً: يجب أن يثار الدفع بعدم الدستورية من قبل أحد أطراف الدعوى الذي يدعي أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور. وهنا يمكن أن يثار الدفع من طرف المعني مباشرة أو بواسطة دفاعه عندما يكون اتخاذ المحامي غير وجوبي أما إذا كان المحامي وجوبياً كما في جهة الاستئناف فيثار من طرف المحامي.

لأن المادة الخامسة من نفس القانون نصت على تطبيق أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية وقانون الإجراءات الجزائية من طرف الجهات القضائية التي يثار أمامها الدفع بعدم الدستورية مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في القانون العضوي.

ثانياً: أن يكون الدفع متعلقاً بالحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ويدعي صاحب الدفع أن هذا الحكم ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور.

ثالثاً: يتم الدفع بعدم الدستورية تحت طائلة عدم القبول بمذكرة مكتوبة ومنفصلة ومسببة طبقاً للمادة 6 من القانون العضوي رقم 18-16

رابعاً: تفصل الجهة القضائية في إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة بعد استطلاع رأي النيابة العامة أو محافظ الدولة.

خامساً: تفصل الجهة القضائية في إرسال الدفع بعدم الدستورية من عدمه فوراً وبقرار مسبب.

المادة 7: تفصل الجهة القضائية فوراً وبقرار مسبب في إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة بعد استطلاع رأي النيابة العامة أو محافظ الدولة.

إذا كانت تشكيلة الجهة القضائية تضم مساعدين غير قضاة، تفصل دون حضورهم.

شروط ممارسة الدفع بعدم الدستورية

لقد حددت المادة الثامنة من القانون العضوي رقم 18 - 16 الشروط التي يجب أن يستوفيها الدفع بعدم الدستورية حتى يتم إرساله إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة وقصد تفادي تقديم دفع لغرض إطالة أمد النزاع، تقوم الجهة القضائية التي قدم الدفع أمامها بإجراء فحص أولي للتأكد من توفر الشروط التالية:

أولاً: أن يتوقف على الحكم التشريعي المعارض عليه مآل النزاع أو أن يشكل أساس المتابعة.

بمعنى أن يكون النص القانوني الذي قدم بشأنه الدفع بعدم الدستورية هو الذي يعتمد من طرف القاضي للفصل في النزاع أو هو النص الذي استندت عليه جهة الاتهام في متابعة الشخص المتهم.

ثانياً: ألا يكون الحكم التشريعي قد سبق التصريح بمطابقته للدستور من طرف المجلس الدستوري باستثناء حال تغير الظروف ويفهم من ذلك أن المجلس الدستوري إذا سبق له وأن أصدر قراراً بناء على الدفع بعدم الدستورية بمطابقة الحكم التشريعي للدستور فذلك يمنع الغير من إثارة الدفع مرة أخرى أمام أية جهة قضائية أخرى إلا إذا تغيرت الظروف وصارت الظروف التي أثير فيها الدفع بعدم الدستورية الجديد غير تلك الظروف التي أثير فيها الدفع بعدم الدستورية الذي فصل فيه المجلس الدستوري.

ثالثاً: أن يتسم الوجه المثار بالجدية

لقد كان هذا الشرط محل اقتراح تعديل عند عرض مشروع القانون على البرلمان على أساس عدم وجود معيار دقيق يقاس عليه جدية الوجه المثار لكن هذا الاقتراح لم يحظ بالقبول وأنا في تقديري أرى أن التسبب الذي يرد في عريضة الدفع بعدم الدستورية يساهم بقسط وفير في إبراز عنصر جدية الدفع ومن جهة أخرى فإن ملابسات القضية وحيلاتها يستتج منها توفر هذا الشرط من عدمه وأن الممارسات الميدانية سوف تزيد هذا الشرط توضيحاً أكثر.

المادة 8: يتم إرسال الدفع بعدم الدستورية، إذا تم استيفاء الشروط

الآتية:

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

- ألا يكون الحكم التشريعي قد سبق التصريح بمطابقته للدستور من طرف المجلس الدستوري باستثناء حال تغير الظروف.

- أن يتسم الوجه المثار بالجدية.

ملاحظة: لقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة 141 من الدستور على أن يخضع القانون العضوي لمراقبة مطابقة النص مع الدستور من طرف المجلس الدستوري قبل صدوره.

وعليه فإن القوانين العضوية لا تكون موادها محل اعتراض بالدفع بعدم الدستورية إلا إذا تغيرت الظروف وفق المادة الثامنة من القانون العضوي رقم 18-16 المتضمن الدفع بعدم الدستورية.

لقد نصت المادة الرابعة من القانون العضوي رقم 18-16 على عدم جواز إثارة الدفع بعدم الدستورية تلقائياً من طرف القاضي.

مآل الدفع بعدم الدستورية المثار أمام قاضي الموضوع:

إذا كان الدفع بعدم الدستورية أثير أمام قاضي الموضوع المختص كما بيناه وكان هذا الدفع قد أثير وفق الكيفية المحددة قانونا هنا يقوم قاضي الموضوع بالنظر في الدفع فورا إذا كانت التشكيلة فردية والتداول في الدفع إذا كانت التشكيلة جماعية شريطة أن تكون من القضاة المحترفين فقط لعدم جواز إشراك المساعدين غير القضاة وفق ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة السابعة من القانون العضوي رقم 18-16 وبعد تمحيص الدفع هنا نكون أمام حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان الدفع بعدم الدستورية لم يرد وفق الكيفية المحددة في المادة السادسة من القانون العضوي رقم 18-16 المتضمن الدفع بعدم الدستورية وذلك بعدم تقديمه في عريضة مكتوبة ومنفصلة ومسببة هنا يصدر قاضي الموضوع قرارا بعدم القبول لأن المادة السادسة من القانون العضوي نصت على ذلك.

الحالة الثانية: إذا كان أحد الشروط المنصوص عليها في المادة الثامنة من القانون المذكور غير متوفر هنا يصدر قاضي الموضوع قرارا مسببا بعدم إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة وذلك بعد استطلاع رأي النيابة العامة أو محافظ الدولة حسب الاختصاص.

الحالة الثالثة: إذا قدم الدفع بعدم الدستورية وفق الكيفية المحددة قانونا وقدّر قاضي الموضوع أن الدفع استوفى الشروط الثلاثة السالفة الذكر هنا يصدر

قراراً مسبباً بإرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس أو حسب الاختصاص.

آثار الدفع بعدم الدستورية

إذا تم قبول الدفع بعدم الدستورية وصدر قرار بإرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة هنا يوجه القرار مشفوعاً بعرائض الأطراف ومذكراتهم إلى إحدى الهيئتين حسب الاختصاص في أجل عشرة أيام من صدور القرار وهذا القرار لا يقبل الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن العادية أو غير العادية كما يجب تبليغ القرار إلى الأطراف والقانون العضوي لم يحدد أجلاً للتبليغ.

وهنا ترجئ الجهة القضائية الفصل في النزاع إلى غاية توصلها بقرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة أو المجلس الدستوري عند إحالة الدفع إليه. إلا أنه يوجد استثناء على هذه القاعدة وهو أنه إذا كان ملف الموضوع يتعلق بالتحقيق فهنا تواصل الجهة القضائية السير فيه كما يجوز لها أن تتخذ التدابير المؤقتة أو التحفظية اللازمة التي يتطلبها التحقيق.

ومن جهة أخرى إذا كانت الدعوى متعلقة بشخص محروم من الحرية بسببها أو إذا كانت هذه الدعوى تهدف إلى وضع حد للحرمان من الحرية فهنا لا توقف الجهة القضائية الفصل في الدعوى بل تستمر بالنظر فيها دون انتظار ما

يسفر عنه قرار إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة.

كما يتعين على الجهة القضائية مواصلة الفصل في القضية إذا كان أجل الفصل فيها محددًا قانونًا أو كانت الدعوى تحمل طابع الاستعجال.

إذا لم تحترم الجهة القضائية الابتدائية إرجاء الفصل في القضية في الحالات غير المذكورة أعلاه وأصدرت حكمها في القضية وتم استئنافه فإن جهة الاستئناف ترجئ الفصل في الاستئناف.

المحاكمة الدستورية

إجراءات الدفع بعدم الدستورية أمام المجلس الدستوري

محمد ضيف

الأمين العام للمجلس الدستوري

في مارس 2011 بداية عهدي بالقضاء الدستوري اطلعت على تقرير دولي حول موضوعنا يحصر الدول التي تسمح منظومتها القانونية بولوج المواطن للقضاء الدستوري، و لم أجد إسم بلدي من ضمن تلك الدول فحز ذلك في نفسي.

بعد شهر من ذلك التاريخ جاء خطاب الأمل 15 أبريل 2011 لفخامة رئيس الجمهورية السيد عبد العزيز بوتفليقة الذي أعلن فيه عن إصلاحات عميقة بدأت بما عرف بقوانين الإصلاح على أن تستكمل بتعديل دستوري شامل يعمق المسار الديمقراطي و يكرس حماية الحقوق و الحريات.

و في مارس 2016 تجسد هذا الأمل على أرض الواقع و جاء التعديل الدستوري البارز الذي أرسى دعائم الديمقراطية و حماية الحقوق و الحريات، و وضع آليات لذلك، لم يكن أكثر المتفائلين من رجال السياسة و القانون يتتظرون

إقرار آلية الدفع بعدم الدستورية على الأقل في هذه المرحلة، إلا أن فخامة الرئيس رفع سقف الأماني و الطموحات في مبادرته بتعديل الدستور من خلال إرساء هذه الآلية كإجراء يسمح للمواطن المتقاضي بالدفاع عن حقوقه، بل و تنقية منظومتنا التشريعية من كل ما من شأنه انتهاك الحقوق و الحريات التي يكفلها الدستور.

قبل الدخول في صلب الموضوع يجدر بي إبداء ملاحظة أولية، إنه ليس من السهولة بالنسبة لي معالجة مسألة الأحكام التي تطبق أمام المجلس الدستوري و بالتالي الإجراءات في غياب اكتمال الترسنة القانونية لتطبيق الدفع بعدم الدستورية لاسيما الجزء الخاص بالأحكام التي تتضمن قواعد عمل المجلس الدستوري التي يعود إعدادها حسب الدستور للمجلس الدستوري نفسه .

وبناء على ذلك فإن مداخلتي سوف تنحصر في تناول الأحكام الدستورية والقانونية التي لها علاقة بموضوعنا مع اللجوء لضرورة تحليل الموضوع إلى القانون المقارن و التجارب المقارنة.

ان الموضوع الذي يجمعنا اليوم يتمحور حول الدفع بعدم الدستورية و تم اعتماد هذا المصطلح أو هذه التسمية في الدستور المعدل في 2016 (المادة 188)، بخلاف تجارب اخرى التي فضلت تسميات مثل مسألة أولوية

الدستورية QPC و غيرها، وفي الحقيقة ان المسألة لا تتعدى كونها اختلافات لفظية، حيث ان المضمون يبقى نفسه ، سواء فيما يخص الآلية في حد ذاتها او من حيث إجراءات تطبيقها.

حدد المؤسس الدستوري بعض ملامح الإجراء الذي يتبع أمام المجلس الدستوري، و كذا آجال البت في قراره (الفقرة 2 من المادة 189 من الدستور) كما أقر اختصاص المجلس الدستوري في تحديد التاريخ الذي يفقد فيه النص التشريعي المعلن عنه غير دستوري، أثره.

كما أنه أحال للقانون العضوي تحديد شروط و كفاءات تطبيق الدفع، و عند قراءة القانون العضوي الصادر بتاريخ 2 سبتمبر 2018 و الذي تضمن 27 مادة ، يتبادر إلى الذهن مباشرة بأن هناك توضيحات و إجراءات أخرى سوف تحدد عن طريق النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، الذي هو قيد التعديل.

واعتبارا لكل ما سبق، اقترح عليكم تقسيم المداخلة حسب المحاور التالية:

أولا : الملامح الأساسية للإجراءات المطبقة أمام المجلس الدستوري

ثانيا : محددات عمل المجلس الدستوري إزاء الدفع بعدم الدستورية

ثالثا : أفاق الدفع بعدم الدستورية

أولاً: الملامح الأساسية للإجراءات المطبقة أمام المجلس الدستوري:

تحدد الملامح الأساسية لإجراءات الدفع بعدم الدستورية أمام المجلس الدستوري بأطر دستورية وتشريعية وتنظيمية، حيث تشكل المادة 188 والمواد الأخرى ذات الصلة من الدستور بعد تعديله في مارس 2016، أساساً لهذه الآلية القانونية الجديدة التي تسمح للمواطن بالدفاع عن الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور، وأحالت المادة 188 للقانون العضوي تحديد شروط و كفاءات تطبيق الدفع بعدم الدستورية ويعكف المجلس الدستوري حالياً على إعداد تعديل النظام المحدد لقواعد عمله التي خوله إياها المؤسس الدستوري طبقاً للفقرة الأخيرة من المادة 189 من الدستور. هذه الأطر هي المحددة للملامح الأساسية للإجراءات المتبعة أمام المجلس الدستوري في الدفع بعدم الدستورية وتتلخص في ستة (06) نقاط أساسية:

1- الإحالة :

لقد أسست المادة 188 لآلية الدفع بعدم الدستورية و حددت بأن هذا النوع من الإخطار لا يتم مباشرة و إنما عن طريق إحالة من المحكمة العليا أو من مجلس الدولة، فعلى العكس من تجارب دول أخرى التي يمكن فيها للمتقاضين مثل إسبانيا أو لقاضي الموضوع إخطار المحكمة الدستورية كبلجيكا مثلاً ، فإن المؤسس الدستوري الجزائري، على غرار ما هو مقرر في فرنسا وبعض

التجارب الإفريقية، حصر الإحالة للمجلس الدستوري في المحكمة العليا ومجلس الدولة.

ويمكن تمييز ثلاثة (03) أشكال للإحالة:

1- الشكل الأول هو الإحالة العادية و يتلقى المجلس الدستوري الإحالة، طبقاً لأحكام المادة 17 من القانون العضوي 18-16 المؤرخ في 2 سبتمبر 2018 المحدد لشروط و كفاءات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، في حالة قبول المحكمة العليا أو مجلس الدولة الدفع، وذلك بقرار معلل أو مسبب مصحوب بمذكرات وعرائض الأطراف .

2- أما الشكل الثاني للإحالة فتتمثل في حالة انقضاء الأجل المحدد للمحكمة العليا أو مجلس الدولة للفصل في الدفع وإحالة الدفع إلى المجلس الدستوري، ففي هذه الحالة أقر القانون العضوي 18-16 في المادة 20 "في حالة عدم فصل المحكمة العليا أو مجلس الدولة في الآجال المنصوص عليها في المادة 13 أعلاه، يحال الدفع بعدم الدستورية تلقائياً إلى المجلس الدستوري".

ولا شك أن المجلس الدستوري سيفصل في النظام المحدد لقواعد عمله إجراءات الإحالة التلقائية و ذلك لأن القانون العضوي لم يشر إلى كفاءات معالجة الإحالة التلقائية و هو ما حاول المجلس الدستوري تداركه في رأيه حول رقابة دستورية القانون العضوي 18-16 بإثارته تحفظ تفسيري حول المادة 20

بترقيمها الجديد، حيث فسر المادة بأن قصد المشرع العضوي في حالة الإحالة التلقائية هو ضرورة إرسال الجهة القضائية العليا المعنية ملف الدفع بعدم الدستورية إلى المجلس الدستوري.

3- الشكل الثالث حالة رفض المحكمة العليا أو مجلس الدولة الإحالة فإن ذلك يقتضي إرسال نسخة من القرار المسبب المتضمن الرفض الصادر عن المحكمة العليا أو مجلس الدولة إلى المجلس الدستوري.

والحقيقة أن القانون العضوي 18-16 لم يتضمن حكماً يوجب إرسال نسخة إلى المجلس الدستوري، حيث أن الفقرة 2 من المادة 13 من ذات النص، تنص على أن الإحالة إلى المجلس الدستوري في حالة استيفاء الدفع للشروط الواردة في المادة 8، دون النص على ما يتوجب فعله في حالة رفض الإحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، إلا أن المجلس الدستوري و من خلال رقابته لدستورية الفقرة 2 من المادة 13 من القانون العضوي، رأى أنه اعتباراً للمهمة التي خوله إياها الدستور بالسهر على احترام الدستور، و ما تقتضيه هذه المهمة من احترام المبدأ الدستوري القاضي بتوزيع الاختصاصات بين السلطة القضائية و المجلس الدستوري باعتباره هيئة مستقلة مكلفة بالفصل في دستورية الحكم التشريعي المعارض عليه في الدفع بعدم الدستورية، و انطلاقاً من هذه المهمة التي تنص عليها المادة 182 من الدستور و متطلبات الشفافية، تقتضي إرسال

نسخة للمجلس الدستوري من القرار المسبب الذي من خلاله تقرر المحكمة العليا أو مجلس الدولة عدم إحالة الدفع بعدم الدستورية إلى المجلس الدستوري، فربط المجلس الدستوري هذه المادة بمدى مراعاة هذا التحفظ التفسيري الذي أبداه بهذا الخصوص. حيث أن التحفظ الذي يبيده المجلس الدستوري في الحقيقة هو تفسير يقدمه للحكم المعني وشرط لدستورية ذلك الحكم التشريعي، حيث أن عدم الأخذ بالتحفظ الذي أبداه المجلس بإرسال نسخة من قرار رفض الإحالة يجعل هذه المادة غير دستورية، فالتحفظ هو تقنية يستخدمها المجلس الدستوري لإنقاذ نص معين، وإذا لم يحترم الشرط فإن الحكم أو المادة المعنية تصبح غير مطابقة للدستور وبالتالي لا يمكن تطبيقها. كما أن مسألة الإحالة تطرح تساؤلاً آخر هو ما مدى امكانية قاضي الموضوع بالاكْتفاء بتعليل أو تسبب عدم قبول الدفع المثار أمامه من خلال الإحالة إلى قرار رفض سابق صادر عن المحكمة العليا أو مجلس الدولة؟ أم أن التصريح بعدم القبول يتوقف على عدم توفر شروط قبول الإحالة مجتمعة كما أقر ذلك القانون العضوي؟ فقاضي الموضوع ليس له الحق طبقاً للقانون العضوي، في تسبب قرارات عدم قبول الإحالة بالرجوع لقرارات الرفض السابقة، وهذا التحليل يستدرجنا أن نختمه بتساؤل آخر ماذا لو اكتشف المجلس الدستوري بعد إطلاعه على العديد من قرارات رفض الإحالة إليه من المحكمة العليا أو

مجلس الدولة، وكان أحدها أو البعض منها تحمل خطأ في تقدير عدم توفر شروط الإحالة؟ كيف يتصرف المجلس الدستوري في مثل هذه الحالات؟

وإذا لجأنا في موضوع الإحالة للمقارنة فنجد أن المادة 23-7 من القانون العضوي الفرنسي أقرت نفس الإجراءات التي أخذ بها المشرع العضوي الجزائري، حيث نصت على الإحالة للمجلس الدستوري للمسألة الدستورية ذات الأولوية بتوفر الشروط الثلاث، كما أقرت الإحالة التلقائية في حالة عدم بت كلا من مجلس الدولة أو محكمة النقض في الإحالة ضمن أجال الـ 3 أشهر المتاحة لها، إلا أنه في حالة رفض الإحالة نصت المادة المذكورة صراحة على إرسال نسخة من قرار الرفض للمجلس الدستوري.

ويتميز الدفع بعدم الدستورية بالمغرب عن كل من الجزائر وفرنسا في مسألة الإحالة حيث أن مشروع القانون التنظيمي يحدد نظام تصفية تقوم به المحكمة التي يثار أمامها الدفع، وفي حالة توفر الشروط تبلغ الأطراف بمقرر يتضمن ذلك و يسمح للأطراف بإيداع الدفع لدى المحكمة الدستورية التي تبت فيه.

II - احترام قواعد المحاكمة العادلة:

إن القراءة المتأنية للمادة 188 من الدستور والمصطلحات الواردة فيها كالإحالة والإدعاء والأطراف والمحاكمة والجهة القضائية ومآل النزاع، يبين

قضائية هذا الإجراء، كما أن الأحكام المنظمة لها في القانون العضوي تؤكد اتجاه المؤسس الدستوري و المشرع العضوي إلى ضرورة إخضاع هذه الآلية لقواعد المحاكمة العادلة. و لقد تضمن الفصل الرابع من القانون العضوي 18-16 المبادئ الأساسية و ترك للنظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري مهمة تحديد إجراءات و كفاءات توفير قواعد المحاكمة العادلة، و إذا عدنا إلى هذه النصوص و كذا القضاء الدستوري المقارن لاسيما في التجارب المشابهة مثل فرنسا، يمكن حصر هذه القواعد في 6 أوجه و قواعد هي:

1- قاعدة الوجاهية:

تعد قاعدة الوجاهية من أهم ملامح المحاكمة العادلة، و ذلك بتواجه ملاحظات الأطراف و السلطات و تعقيب و جواب كل طرف على ملاحظات الأطراف الأخرى في الدعوى الدستورية، و لقد نص القانون العضوي 18-16 على قاعدة الوجاهية حيث أكدت المادة 22 الفقرة 2 منه على المبدأ من خلال تمكين الأطراف و ممثل الحكومة من تقديم ملاحظاتهم كتابيا.

إن القراءة الأولية للمادة 22 من القانون العضوي تظهر أن المشرع العضوي يحصر مبدأ الوجاهية في شقه الشفهي أثناء الجلسات حيث جاء النص على ذلك في الفقرة الثانية بينما نصت الفقرة الأولى من المادة 22 على مبدأ علنية الجلسات إلا في الحالات الإستثنائية التي يحددها النظام المحدد لقواعد عمل

المجلس. فهل يفهم من ذلك أن الوجاهية تتم بتواجه الملاحظات شفاهة أثناء الجلسة فقط؟ لا شك أن النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري سيحدد ذلك، حيث أنه بالرجوع إلى المقارنة مع التجربة الفرنسية و كذا البلجيكية و غيرها، نلاحظ أن الوجاهية تنصرف إلى مواجهة الدفوع والملاحظات و الوثائق الثبوتية بين الأطراف و تتم على صورتين:

- الوجاهية الكتابية: و تلخص في إشعار الأطراف و السلطات الأربعة في فرنسا و تضمين الإشعار الآجال التي يقدم خلالها الأطراف و السلطات الملاحظات الكتابية، ثم تبليغ نسخة من الملاحظات إلى الأطراف و السلطات و ذلك لتمكينهم من الرد عليها و تقديم ملاحظات ثانية في أجل أقصر عادة شريطة أن تنحصر الملاحظات الثانية فقط في الإجابة على الملاحظات الأولى التي بلغت للأطراف و السلطات.

- الوجاهية العلنية أو الشفاهية: و التي تتم في الجلسة العلنية التي يكون فيها الأطراف ممثلين بمحاميههم، و السلطات أو ممثليهم مدعوون لتقديم ملاحظاتهم و مرافعاتهم شفاهة أمام الجلسة التي يحددها المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية. هذا ما نصت عليه المادة 23-8 من القانون العضوي المتعلق بمسألة أولوية الدستورية و المادة الأولى من النظام الداخلي للمجلس الدستوري الفرنسي الخاص بمسألة الأولوية الدستورية، و هي نفس الأحكام

التي تضمنتها المادتين 14 و 15 من مشروع القانون التنظيمي المتعلق بتحديد شروط و اجراءات تطبيق الفصل 133 من الدستور المغربي.

2- علنية الجلسات:

لقد أقر القانون العضوي 18-16 في المادة 22 مبدأ علنية الجلسات حيث نصت فقرتها الأولى "تكون جلسة المجلس الدستوري علنية إلا في الحالات الاستثنائية المحددة في النظام المحدد لقواعد عمله" فهذه الفقرة أكدت على أهمية مبدأ العلنية التي تتيح للأطراف و السلطات عن طريق ممثليهم تقديم ملاحظاتهم شفاهة داخل الجلسة التي ينظمها المجلس الدستوري، و يبقى على المجلس الدستوري تحديد طريقة سير الجلسات و تلاوة مذكرة الدفع بعدم الدستورية، و إجراءات الجلسة، و كذا تحديد الاستثناءات أو الحالات الاستثنائية التي لا تكون فيها الجلسة علنية، إذا كان ذلك في مصلحة النظام العام أو إذا تطلبت ذلك مصلحة القصر أو سرية الحياة الخاصة للأفراد. و إذا عدنا للمقارنة فنجد في فرنسا مثلاً أن المادة 23-10 من القانون العضوي نصت على هذه القاعدة، و أضافت أن الاستثناء يجب أن يكون معللاً و يكون ذلك إما بطلب من الأطراف أو يثيره رئيس المجلس من تلقاء نفسه، و هو المنحنى الذي اتجهت إليه أغلبية التجارب وفقاً للقضاء الدستوري المقارن.

3- الاستعانة بمحامى:

من ضمن قواعد المحاكمة العادلة هو تمكين الأطراف من الدفاع، و لعل أحد أبرز الأهداف المستوحاة من إقرار آلية الدفع بعدم الدستورية هي تمكين المواطن من الدفاع عن حقوقه و حرياته المكفولة دستوريا، و استخدام كل آليات الدفاع و أولها الإستعانة بمحامي.

لقد نصت المادة 22 من القانون العضوي 18-16 على المبدأ في فقرتها الثانية و يبقى تنظيم مسألة الإستعانة بمحامي وهل يشترط في المحامين شروطا معينة لتمثيل الأطراف أمام المجلس الدستوري، كأن يكونوا معتمدين لدى المحكمة العليا أو مجلس الدولة أم يسمح للمحامين المعتمدين لدى المجالس و المحاكم للقيام بهذه المهمة؟ هذه الكيفيات والشروط سيفصل فيها النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري.

وإذا عدنا للمقارنة مع ما يجري في فرنسا نجد أن المادة 10 من النظام الداخلي للمجلس الدستوري نصت على إمكانية تمثيل الأطراف بمحامين و لم تشترط أي شروط في المحامين، يكفي أن يكون معتمدا لدى إحدى هيئات المحامين للترافع أمام المجلس الدستوري، كما أن المتقاضين الذين يستفيدون من المساعدة القضائية أمام قاضي الموضوع يبقوا مستفيدين منها أمام المحاكم العليا و أمام المجلس الدستوري عند الاقتضاء.

نختم بأنه بالنسبة للمساعدة القضائية، أن الأمر يقتضي قبل دخول هذه الآلية حيز النفاذ، تعديل القانون المتضمن المساعدة القضائية ليشمل المرافعات أمام المجلس الدستوري في دعاوى الدفع.

4- رد و تنحي أعضاء المجلس الدستوري:

يثور في الذهن بخصوص هذه النقطة تساؤل فيما إذا كانت طبيعة الدعوى الدستورية تقتضي عند الضرورة اللجوء إلى تنحي و رد القاضي الدستوري، كما هو الشأن في القضاء إذا كان تنحي أو رد القاضي العادي أو الإداري في القضايا الشخصية المثارة أمام القضاء، في حالة وجود صلة بينه وبين الدعوة أو أحد أطرافها يعد من قواعد المحاكمة العادلة فهل ينطبق نفس الأمر على القاضي الدستوري؟

فدعوى الدفع بعدم الدستورية هي دعوى موضوعية وليست دعوى شخصية أساسها حماية الحقوق و الحريات المكفولة دستوريا، وموضوعها تنقية وغرلة المنظومة التشريعية من كل احكام يشوبها عيب انتهاك الحقوق و الحريات التي يكفلها الدستور. إذا عدنا للتجربة الفرنسية بخصوص هذه المسألة نلاحظ أن المجلس الدستوري جنح إلى اعتماد مسألة التنحي و الرد باعتبارها مظهر من مظاهر قواعد المحاكمة العادلة و من باب الحرص على قضائية آلية المسألة الدستورية ذات الأولوية، حيث تضمنت المادة 4 من النظام

الداخلي للمجلس الدستوري إمكانية امتناع أحد أعضاء المجلس عن حضور الجلسة، و كذا إمكانية المطالبة من قبل كل طرف أو ممثله برد و تنحية أحد الأعضاء عن طريق طلب معلل يرفق بالوثائق الثبوتية التي تبرره، يتم تسجيله بالأمانة العامة للمجلس الدستوري قبل انتهاء آجال استلام الملاحظات الأولى، و يبلغ الطلب إلى عضو المجلس المعني و في حالة عدم قبوله التنحي، يتم البت في الطلب من طرف المجلس دون مشاركة العضو أو الأعضاء المعنيين بالتنحي. و بناء على هذه المعطيات يتساءل المرء كيف سيتصرف المجلس الدستوري في هذه المسألة في النظام المحدد لقواعد عمله الجاري تعديله؟

5- تسبب أو تعليل قرار المجلس الدستوري:

لم يتطرق القانون العضوي 18-16 لتسبب قرار المجلس الدستوري والحقيقة أن المشرع العضوي حسنا فعل عندما لم يتعرض لتسبب قرار المجلس لأن خصائص القرار و شكله يعد من قواعد عمل المجلس الدستوري التي خولها الدستور للمجلس نفسه طبقا للفقرة الأخيرة من المادة 189 منه، و هذا على عكس القانون العضوي في فرنسا الذي تعرض لذلك في المادة 23-11 منه، حيث نصت على أن "قرار المجلس الدستوري يكون معللا". و الحقيقة أن اجتهاد المجلس الدستوري يبين أنه رغم عدم وجود نص يفرض على المجلس

تسبب قراراته إلا أن الممارسة تكشف أن قرارات و آراء المجلس الدستوري في الرقابة العادية تكون دائما معلة.

والتعليل أو التسبب قد يكون من حيث القانون و قد يكون مستندا لنتائج التحقيق الذي يجريه المجلس الدستوري، و تكون الغاية منه تقديم توضيحات حول تطبيق الحكم التشريعي المطعون فيه.

III- آجال البت :

لقد حدد المؤسس الدستوري أجل بت المجلس الدستوري في قراره حول الدفع بعدم الدستورية، فلقد نصت عنه الفقرة 2 من المادة 189 من الدستور، و هذا الأجل أخذ بعين الاعتبار ما تقتضيه التحقيقات التي تسبق البت في الدعوى الدستورية و بذلك قد تحاشى المؤسس الدستوري الوقوع في مسألة تجاوز الآجال المحددة في الدستور، حيث ضبطها في 4 أشهر مع إمكانية تمديدتها لأربعة أشهر أخرى.

وتجدر الإشارة طبعاً إلى أن المشرع العضوي لم يحدد أجلاً لقاضي الموضوع أو الجهة القضائية للنظر في مدى توفر الشروط في مذكرة الدفع بعدم الدستورية قبل إرسالها حسب الحالة إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، وذلك طبقاً للمادة 7 من القانون العضوي 18-16 التي نصت على أن تفصل الجهة القضائية فوراً في إرسال الدفع إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة ويرسل في

غضون 10 أيام من تاريخ صدوره، بينما حدد القانون العضوي أجل شهرين للمحكمة العليا ومجلس الدولة للفصل في إحالة الدفع إلى المجلس الدستوري.

IV- التدخل و توسيع أطراف الدعوى الدستورية

تبين تجارب القضاء الدستوري المقارن أن الرقابة الدستورية البعدية و طبيعتها الخاصة تدفع إلى السماح للغير الذي لم يثر الدفع بعدم الدستورية بالتدخل في إجراءاته، فمثلا في فرنسا أقر النظام الداخلي في مادته السادسة بتدخل الغير في المسألة الدستورية ذات الأولوية شريطة تبرير ذلك بوجود مصلحة خاصة، و ربطت التدخل بالآجال حيث يكون خلال 3 أسابيع تبدأ من تاريخ إحالة المسألة للمجلس الدستوري.

فهل يأخذ النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري بإمكانية تدخل الغير ذو المصلحة الخاصة في دعوى الدفع أم يغفل ذلك في بداية تطبيق الآلية؟ و يترك ذلك لما تفرزه الممارسة و اجتهاده في النظر في دعاوى الدفع بعدم الدستورية للتأكد من ضرورة الأخذ بهذه القاعدة فيقرها فيما بعد.

V- عدم قابلية التنازل عن الدعوى الدستورية

إن إحالة الدفع على المجلس الدستوري تقتضي منه البت في الدعوى الدستورية المعروضة عليه بغض النظر عن مآل الدعوى الأصلية وصور سقوطها المختلفة، فبمجرد مسك المجلس الدستوري لملف الدفع، فإنه لن يعود

من تلك اللحظة شأن للأطراف فيه وإنما تصبح الدعوى الدستورية دعوى موضوعية بل تتحول عمليا إلى مراقبة مجردة، يتم التصريح في نهايتها بمدى دستورية الحكم التشريعي المطعون فيه، دون الحسم أو النظر في النزاع القائم بين الأطراف على مستوى الجهات القضائية.

ولقد أكد القانون العضوي هذه المسألة من ضمن المبادئ التي حددها للأحكام المطبقة أمام المجلس الدستوري، من خلال المادة 23 التي أقرت استمرار الدعوى الدستورية رغم انقضاء الدعوى الأصلية، وهو نفس المنحى الذي أخذه المشرع العضوي الفرنسي في المادة 23-9 من القانون العضوي الخاص بتطبيق المادة 61 من الدستور الفرنسي.

نخلص إلى أن الدعوى الدستورية هي دعوى مستمرة إلى أن يفصل المجلس الدستوري في مدى دستورية الحكم التشريعي موضوع الدفع، بغض النظر عن سقوط الدعوى الأصلية التي أثير بمناسبة الدفع، ومهما كانت أسباب سقوطها سواء بالتنازل أو وفاة أحد أطرافها أو غير ذلك من الأسباب.

VI- تبليغ قرار المجلس الدستوري:

النقطة الأخيرة تتعلق بنشر وتبليغ قرار المجلس الدستوري فالمادة 24 من القانون العضوي حددت بأن تبليغ قرار المجلس الدستوري يكون للمحكمة العليا أو مجلس الدولة لإعلام الجهة القضائية التي أثير أمامها الدفع

بعدم الدستورية، وما يلاحظ على نص هذه المادة بالنسبة للتبليغ أنها لم تتعرض إلى تبليغ الأطراف ولا السلطات، كما أنها أقرت بأن تبليغ الجهة القضائية المعنية بالدفع بطريقة غير مباشرة أي عن طريق المحكمة العليا أو مجلس الدولة، وهذا خلافاً للتجربة الفرنسية بحيث أن المادة 23-11 أقرت بأن يشمل التبليغ محكمة النقض أو مجلس الدولة وعند الاقتضاء المحكمة التي أثرت أمامها المسألة الدستورية ذات الأولوية رغم أنه في مجال الإحالة لا توجد علاقة بين قاضي الموضوع والمجلس الدستوري، كما أقرت بتبليغ قرار المجلس الدستوري للأطراف والسلطات الأربعة.

ثانياً: محددات عمل المجلس الدستوري إزاء الدفع بعدم الدستورية:

إن المجلس الدستوري إنطلاقاً من اجتهاداته في الرقابة العادية يمكن أن يلجأ بعد تطبيق الدفع بعدم الدستورية إلى وضع محددات لعمله، تعمل على توضيح بعض المسائل، والإجابة ضمناً على التساؤلات الفقهية التي أثرت بعد إقرار الآلية في التعديل الدستوري لمارس 2016 و صدور القانون العضوي المحدد لشروط و كفاءات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، ويرسم حدوداً له مع كل من قاضي الموضوع و عمل السلطة التشريعية و انتهاج طرق ترمي أساساً إلى المحافظة على الأمن القانوني و إثراء دفاع المواطن على حقوقه و حرياته المكفولة

دستوريا و هو المبتغى الذي قصده المؤسس الدستوري من خلال المادة 188 و المواد ذات الصلة، ويمكن الحديث عن 3 محددات:

1- عدم اختصاص المجلس بمراقبة تقدير قاضي الموضوع:

انطلاقا من حرص المجلس الدستوري على إعمال المبدأ القاضي بتوزيع الاختصاصات في اجتهاداته فسيعمل من خلال معالجته لدعاوى الدفع بعدم الدستورية على أن مهمته الدستورية هي القضاء الدستوري، فالمجلس الدستوري ليس قاضي نزاع بل هو قاضي دستورية و مطابقة الحكم التشريعي المطبق على النزاع أو كأساس للمتابعة، للدستور و بالتالي لن يقوم بالتصريح في مسألة تطبيق الحكم التشريعي المحال عليه على النزاع الذي يجمله و بالرجوع إلى الممارسة المقارنة فنجد أن المجلس الدستوري الفرنسي اعتبر أن المعيار الأول للإجابة و المتعلق بأن يكون الحكم التشريعي مطبق على النزاع أو على الإجراءات أو كأساس للمتابعات، يخضع لتقدير المجالس العليا المخول لها حق الإحالة فقط و لقد أكد ذلك في العديد من قراراته.

2- رسم حدود بين عمل الرقابة و اختصاص التشريع:

أن المجلس الدستوري في القرارات المتعلقة بالدفع لاسيما تلك المتضمنة إلغاء الأحكام التشريعية المحالة إليه سيسعى على وضع حدود لعمله من خلال اقتصره على العمل الرقابي المكفول له دستوريا، و عدم امتداد ذلك العمل

للتشريع أو الحلول مكان المشرع، و أن غايته من تحديد تاريخ لاحق لنفاذ قرار الغاء للحكم التشريعي إنما ترمي إلى السماح للمشرع بتقدير الإجراءات التي يجب أن تعطى لتصريحه بعدم الدستورية للحكم التشريعي المحال عليه.

و بالعودة إلى التجربة المشابهة التي طبقت في الميدان، يمكن أن نرصد هذا التوجه في كلمة ألقاها جون لويس دوبري الرئيس السابق للمجلس الدستوري الفرنسي في مارس 2011 حيث قال : "كل واحد يجب أن يبقى في مكانه، نحن لا نضع القانون في مكان المشرع عندما نلغي حكماً، لا نقول ما يجب أن يوضع بدلاً منه، فمثلاً حينما راقبنا التوقيف للنظر، لم نقل ما هو الإجراء الذي يجب أن يعوضه، بل تركنا أحد عشر شهراً للمشرع لإعادة النظر في القانون بشكل يطابق المبادئ المعلنة، في جميع الأحوال نحن لسنا نوابا عنه".

و رغم هذه التطمينات والتأكيد من المجلس الدستوري الفرنسي على عدم امتداد عمل الرقابة إلى مجال الاختصاص التشريعي للبرلمان، فإن ذلك قد قوبل لدى بعض رجال القانون بأنه لا يحجب عملياً تحكم المجلس الدستوري في صياغة القانون الجديد، باعتبار أن العمل التشريعي يبدأ بمبادرة من المجلس الدستوري ووفق رزنامة محددة من طرفه، خصوصاً في قرارات الإلغاء بتواريخ لاحقة، و كذا تحكمه في حرية تقدير المشرع الذي يجب أن يأخذ بعين الاعتبار ملاحظات المجلس الدستوري المعبر عنها في قراره .

3- آثار قرارات المجلس الدستوري من حيث الزمان:

نصت الفقرة 2 من المادة 191 من الدستور على أنه: "إذا اعتبر نص تشريعي ما غير دستوري على أساس المادة 188 أعلاه، فإن النص يفقد أثره ابتداء من اليوم الذي يحدده قرار المجلس الدستوري" فإنه يصبح بإمكان المجلس الدستوري تحديد تاريخ آخر لتنفيذ قراراته التي تتضمن إلغاء لأحكام تشريعية، يختلف عن تاريخ نشرها كما جرت العادة، و عليه لا شك أن المجلس الدستوري سيحرص في مثل هذه القرارات على تحديد تاريخ الإلغاء و الأسباب التي أدت إلى هذا الحل، بالإضافة طبعا للتحديد الدقيق للأحكام الملغاة، مع ضرورة التأكيد على أثر تصريح المجلس بعدم دستوريته يمنع على المحاكم والجهات القضائية تطبيق تلك الأحكام ليس فقط على الدعوى محل الدفع الجاري معالجته و إنما كل الدعاوى الجارية، و إذا كانت الآجال التي يتركها المجلس للمشرع قصد تدخله لوضع حكم تشريعي جديد تم وصفه بالمنطقي في فرنسا، و إن تباينت المواقف حول تحديد مدة التأجيل من حيث الزمان لأثر التصريح بعدم الدستورية، فإن إختيار تاريخ الإلغاء الفعلي لا يتم اعتبارا وإنما يأخذ بالإعتبار مقتضيات معينة مثل الأجل المسموح به للتصويت على قوانين المالية، أو الأخذ بعين الإعتبار مدة الدورة العادية للبرلمان.... الخ.

نخلص إلى أنه على المجلس الدستوري أن يكون متحكماً في إدارة آثار قراراته عبر الزمان من خلال تقديره للمدة التي يتركها للمشرع، نظراً لما يتطلبه تنوعها من أحكام، حتى يتدارك معالجة عدم الدستورية و تصحيحها و إجراء التعديلات اللازمة على النص، ومن ثم ضرورة الأخذ بعين الاعتبار الصعوبات التي قد تعترض عمل المشرع .

ثالثاً: آفاق الدفع بعدم الدستورية:

ونحن على أعتاب تطبيق هذه الآلية الهامة آلية الدفع بعدم الدستورية تختلج في نفسي 3 ملامح أو ثلاثة هواجس مستقبلية تخص المجلس الدستوري:

الأول: لا شك أن اعتماد آلية الدفع بعدم الدستورية سيعيد النظر في موقع و مكانة المجلس الدستوري داخل المؤسسات الدستورية، و ستنقله من مؤسسة ذات خصوصية، كانت تقتصر علاقاتها على المؤسستين التشريعية و التنفيذية إلى مؤسسة ستقود حواراً مع السلطة القضائية، ويصبح مخاطبه الرئيسي هو المحكمة العليا أو مجلس الدولة و من خلالها قضاة الموضوع.

سيقود هذا الحوار بإجراءات قريبة من تلك المتبعة في القضاء، و سيجعل ذلك المجلس الدستوري ولأول مرة منذ تأسيسه يدخل في قاموسه قواعد المحاكمة العادلة، بالإضافة إلى رصيده في مجال ضبط العمل التشريعي و ضبط توازن المؤسسات و تجربته في البت في النزاع الانتخابي.

الثاني: ستحدث آلية الدفع بعدم الدستورية تغييرات هامة في المجلس الدستوري من خلال تطبيقه لقاعدة الوجاهية و تضمينها في النظام المحدد لقواعد عمله، ينتقل من خلالها من نظام الجلسات المغلقة إلى نظام الجلسات العلنية، و يمكن أن يتيح للغير خارج أطراف النزاع امكانية التدخل في الدعوى الدستورية و يضع على قدم المساواة كل الأطراف خلال مراحل نظره في الدعوى.

الثالث: كما أن آلية الدفع بعدم الدستورية ستضيف مزيدا من المصادقية و الشرعية للمجلس الدستوري، فهذه المؤسسة غير المعروفة بشكل كبير لدى الجمهور الواسع من المواطنين، ستفتح أكثر على المجتمع من خلال إتاحة الإمكانية للمتقاضين للدخول إليها، وتمكين المحامين من المرافعة أمامها، و البت في مختلف القضايا الاجتماعية والإقتصادية والقانونية التي تكون موضوعا للدفع بعدم الدستورية و التي تمس الحياة اليومية للمواطن،

الرابع: أن آلية الدفع ستكرس الصفة القضائية للمجلس الدستوري كما أرادها المؤسس الدستوري، فبالإضافة إلى إكتساب قراراته لحجية الشيء المقضي فيه، و الشروط التي إشتراطها في أعضاء المجلس، فإن إجراءات الدفع بعدم الدستورية ستضيف الصفة القضائية على المجلس الدستوري لكنه هيئة قضائية من نوع خاص.

الدفع بعدم الدستورية أمام المجلس الدستوري

الأستاذ العيساوي حسين

محامي لدى مجلس قضاء المسيلة

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه إلى

يوم الدين وبعد؛

مقدمة

لم يكن هذا الدفع معروفا في نظامنا القانوني ولا القضائي، وإنما أقره
المؤسس الدستوري بموجب القانون 01 / 16 المؤرخ في 06 / 03 / 16 المتضمن
التعديل الدستوري، وتحديدًا في المادة 188 من الدستور والتي أثمرت القانون
العضوي 18-16 المحدد لشروط وكيفية تطبيق الدفع بعدم الدستورية¹.

قبل الخوض في الموضوع، يجدر بنا أن نعرض على نشأة المجلس
الدستوري في الجزائر وصلاحياته، وصولًا إلى التعديل الدستوري الذي مدد
هذه الصلاحية إلى الرقابة على دستورية القوانين.

نشأ المجلس الدستوري لأول مرة في الجزائر عقب الاستقلال مباشرة
بالنص عليه في دستور 1963 الذي منحه صلاحية الرقابة على دستورية

القوانين، غير أن ظروفًا سياسية وقتها حالت دون إنشائه بسبب تعطيل العمل بنصوصه تطبيقًا للمادة 59 منه. أما دستور 1976 فلم ينص على إنشاء هذه الهيئة ولا على أية هيئة أخرى تخول هذه الصلاحية رغم إقرار مبدأ سمو الدستور على كل قوانين الجمهورية ولعل سبب ذلك هو تركيز السلطة بيد رئيس الجمهورية بصفته الحامي للدستور. واستمر الوضع على حاله إلى غاية دستور 23/02/1989 الذي أقر التعددية الحزبية وأكد على احترام دستورية القوانين ليتم عقب إقراره تنصيب أول مجلس دستوري للجزائر المستقلة في شهر مارس 1989.

واصلت السلطة العمومية إصلاحاتها بتعديل دستوري أهم ما جاء به هو إنشاء مجلس الأمة إلى جانب المجلس الشعبي الوطني (برلمان بغرفتين عليا وسفلى) و أقر كذلك مبدأ ازدواجية القضاء من خلال إنشاء محاكم إدارية ومجلس الدولة ومحكمة للتنازع، لتواصل الإصلاحات الدستورية بمنح المجلس الدستوري صلاحية البت في مدى دستورية القوانين من خلال تلقيه لإخطار من طرف رئيس الجمهورية والوزير الأول ورئيسي البرلمان كما يمكنه أن يخطر من السلطة القضائية ممثلة في المحكمة العليا ومجلس الدولة (المادة 188 من الدستور).

إن إسناد مهمة رقابة دستورية النص القانوني لهيئة تسمى المجلس الدستوري² في الجزائر وفي البلاد التي تأخذ بهذا النظام القانوني مرده مبدأ سمو الدستور وهو ما يدعو السلطات أن تحترم هذا الدستور وأن تحترم اختصاصاتها الدستورية وفي الحالة العكسية تفقد الدولة مكانتها وهيبتها عندما تنتهك أحكام الدستور بسنها لتشريعات تحرق مبادئه لا سيما في مجال الفصل بين السلطات و احترام حقوق الإنسان وحرياته العامة ولهذا الغرض اوجد الفقه الدستوري هيئات للرقابة تسهر على إلغاء ما يخالف الدستور من قوانين عضوية³ (les lois organiques) كانت أو عادية (les Lois ordinaires). وقد استقر الفقه الدستوري على أن عملية الرقابة هذه لا تكون إلا في النظم ذات الدساتير الجامدة أما النظم ذات الدساتير المرنة ففيها تتساوى مع القوانين العادية بالنظر لسرعة تعديلها ولبساطة إجراءات التعديل لذلك لا حاجة للرقابة على دستوريته. كما نشير أيضا إلى أن الرقابة تقتصر على الناحية الموضوعية دون الناحية الشكلية وبعبارة أوضح تقتصر تلك الرقابة على مدى احترام النص محل الرقابة للقواعد والمبادئ الدستورية الموضوعية المنصوص عليها في الدستور وحتى في ديباجته (le préambule) أما المسائل الشكلية ونعني بها مخالفة السلطة لإجراءات سن القانون فلن تكون له صفة القانون أصلا حتى يطعن فيه

بعدم الدستورية ومن ثم يجوز للقضاء الامتناع عن تطبيقه باعتباره عدما غير موجود⁴.

إشكالية البحث

ماهي الطبيعة القانونية للمجلس الدستوري وكيف يخطر من طرف السلطة القضائية العليا (المحكمة العليا ومجلس الدولة) على ضوء نصوص القانون العضوي 16-18 وما مدى حجية قراراته في مجال الدفع بعدم الدستورية؟

وقبل الجواب على هذه الإشكالية نود أن نتعرف على صور الرقابة القانونية على دستورية القوانين، ثم نتعرف على الرقابة الدستورية في بعض النظم المقارنة على النحو الآتي بيانه.

الفصل الأول

صور الرقابة على دستورية القوانين

تأخذ الرقابة على دستورية القوانين صورتين أو طريقتين، رقابة سياسية وأخرى قضائية.

المبحث الأول: طريقة الرقابة السياسية

تقوم هذه الرقابة المسبقة لصدور القانون على فحص ما إن كان النص قبل إصداره مطابقا للدستور أم مخالفا له وتهدف إلى الحيلولة دون صدوره.

وتتولى هذا النوع من الرقابة هيئة سياسية يتم اختيار أعضائها من طرف السلطة التشريعية وحدها أو بالاشتراك مع السلطة التنفيذية.

وقد انتشر هذا النوع من الرقابة في التاريخ الدستوري الفرنسي إلى غاية ما قبل دستور 1958 وكان من أنصار هذه الطريقة فقيه الثورة الفرنسية "سيس Sieyès" الذي عارض إسناد هذه المهمة لهيئة قضائية لعدم ثقة في المحاكم 5 قبل الثورة الفرنسية من جهة وللطابع السياسي لمشكلة دستورية القوانين في نظره واقترح لها هيئة منتخبة لتمثيل الشعب تدعى هيئة المحلفين الدستوريين. ونظرا لفشل هذه الهيئة بسبب تدخل الإمبراطور نابليون في صلاحياتها وهيمنته عليها مما أدى بها إلى تمرير كل القوانين وبالتالي فشلت في مبتغاها. وهكذا توالى هذه الهيئات لرقابة دستورية القوانين لكنها لم تكن الأداة الفعالة في جميع الدساتير الفرنسية (دستور السنة الثامنة لإعلان الجمهورية - دستور 1852 - وفي دستور 1946 أسندت مهمة الرقابة لهيئة سياسية كذلك تسمى اللجنة الدستورية يرأسها رئيس الجمهورية و12 عضوا هم رئيس الجمعية الوطنية ورئيس مجلس الجمهورية (بمثابة مجلس الشيوخ) و07 أعضاء تختارهم الجمعية الوطنية من غير أعضائها و03 أعضاء ينتخبهم مجلس الجمهورية كل سنة؛ وتختص هذه الهيئة بمراقبة مدى دستورية النص (مشروع القانون) قبل إصداره من رئيس الجمهورية.

وفي 1958 أخذ دستور الجمهورية الخامسة بنظام جديد نتج عن الإرهاصات السابقة حيث أسند مهمة الرقابة على دستورية القوانين إلى المجلس الدستوري⁶ والذي لا يزال معمولاً به إلى اليوم وقد تبنى المؤسس الدستوري الجزائري نفس النمط الرقابي بموجب دستوري 89 و 96 والدستور الحالي لسنة 2016 أين وسع من صلاحيات هذا المجلس كما سنرى.

المطلب الأول: مكونات المجلس الدستوري الجزائري

يتألف المجلس الدستوري من 12 عضواً 04 أعضاء منهم الرئيس ونائبه يعينهم رئيس الجمهورية، وعضوان ينتخبهما المجلس الشعبي الوطني واثنان ينتخبهما مجلس الأمة واثنان تنتخبهما المحكمة العليا و02 ينتخبهما مجلس الدولة (04 أعضاء من السلطة القضائية) ويؤدي الأعضاء اليمين أمام رئيس الجمهورية قبل مباشرة مهامهم.

يوجد مقر المجلس الدستوري بالجزائر العاصمة، ويعمل وفق نظام داخلي يعده بنفسه ويصدر في الجريدة الرسمية مثله مثل القوانين.

المطلب الثاني: مهام المجلس الدستوري في دستور 2016

المجلس الدستوري هيئة من هيئات الرقابة إلى جانب مجلس المحاسبة وتتجلى مهمته الأساسية في احترام الدستور حيث نصت على ذلك المادة 182 من الدستور الجزائري لسنة 2016 بقولها: "المجلس الدستوري هيئة مستقلة

تكلف بالسهر على احترام الدستور. كما يسهر على صحة عمليات الاستفتاء وانتخاب رئيس الجمهورية والانتخابات التشريعية و يعلن نتائج هذه العمليات... وهو يتمتع بالاستقلالية المالية والإدارية ويتمتع أعضاؤه بالحصانة القضائية طيلة ممارسة مهامهم. وفضلا عن هذا يمارس المجلس الدستوري مهمة الفصل في مدى دستورية القوانين والمعاهدات والتنظيمات (م 186) كما يبدي رأيا وجوبيا في مدى دستورية القوانين العضوية بعد مصادقة البرلمان عليها بعد تلقيه إخطارا من رئيس الجمهورية. ويفصل كذلك في مطابقة النظام الداخلي لغرفتي البرلمان للدستور.

ويعتبر كذلك جهة طعن في صحة انتخاب أعضاء الغرفة السفلى بالبرلمان والانتخابات الرئاسية أيضا، وهو الذي يثبت شغور منصب رئيس الجمهورية ويثبت المانع من ممارسته لمهامه (م 102 من الدستور) إلى جانب صلاحيات أخرى في الدستور منوطة أحيانا برئيس المجلس الدستوري وحده.

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للمجلس الدستوري

لم يبين المؤسس الدستوري طبيعة المجلس الدستوري فهل هو هيئة سياسية ام هيئة قضائية ام مزيج بينهما. غير انه بالنظر إلى صلاحياته في مجال مراقبة دستورية القوانين رقابة سابقة على إصدارها يجعل منه ذا طابع سياسي غير انه عندما ينظر في دستورية القوانين بناء على دفع من أحد الأفراد بمناسبة دعوى

قضائية يحال عليه ذلك الدفع للنظر في مدى دستورية النص القانوني بعد تلقيه إخطارا من المحكمة العليا أو من مجلس الدولة فيكون عمله قضائيا بموجب الفتوى التي يصدرها وتصبح ملزمة لجميع السلطات بما فيها السلطة القضائية ذاتها فضلا عن أن تشكيلته الاسمية تتكون من 04 قضاة من المحكمة العليا ومجلس الدولة.

المبحث الثاني: طريقة الرقابة القضائية على دستورية القوانين

في هذا النوع من الرقابة يتولى القضاء فحص دستورية القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية للتحقق من مطابقتها أو مخالفتها للدستور. و بعبارة ثانية تتولى هيئة مكونة من قضاة صلاحية فحص مدى دستورية النص التشريعي وهي أما المحاكم العادية أو محكمة عليا ويكون عملها لاحقا على صدور القانون بخلاف الرقابة السياسية التي يكون عملها سابقا على إصداره.

ومن مزايا هذه الرقابة أنها رقابة قانونية بحصر المعنى تتفق وجوهر المشكلة وفيها يقوم القضاء بالتحقق من مدى تطابق النص مع الدستور وصولا إلى نتيجة إما أنه نص دستوري أو غير دستوري وتتصدى له بما يجب قانونا، فضلا عن أن القائمين بهذا العمل هم رجال القانون المتخصصين في البحث عن مدى شرعية النص القانوني مع النص الأعلى منه وهو النص الدستوري وهذه مهمة لا يقوى عليها سوى رجال القضاء بالنظر لخبرتهم في تفسير النصوص

وتطبيقها. كما أن مصداقية العمل القضائي وحياد رجاله و تسبب أعماله يجعلهم لا يترددون اللحظة في إعلان عدم الدستورية في كنف الحياد و لا يمارسون السلطة على خلاف الرقابة التي يقوم بها الساسة⁸.

وتتم ممارسة الرقابة القضائية في صورتين نتعرف عليهما في المطلبين

الموالين

المطلب الأول: الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية

وفي هذا النوع من الرقابة يعطي الدستور للمواطن حق رفع دعوى أصلية بشكل مباشر أمام المحكمة الدستورية العليا او المحكمة العليا طالبا منها إلغاء قانون لمخالفته لنص دستوري. وعندما تتحقق هذه الأخيرة من المخالفة الدستورية تقضي بإلغاء القانون المخالف للدستور بحكم نهائي لا يقبل الطعن. إنه طريق هجومي لا دفاعي بموجبه يرفع المدعي دعوى مبتدأة أمام الهيئة القضائية المختصة موضوعها إلغاء النص لعدم دستوريته وهنا تثبت الصفة لكل مواطن ولو لم يكن محل متابعة أو صاحب قضية مرفوعة أمام القضاء. وعندما تفصل المحكمة بعدم الدستورية يعدم النص وفي الحالة العكسية يتحصن النص إلى غاية أن يقوم المشرع بإلغائه بإرادته هو ولا يمكن أن تطرح مسألة عدم الدستورية بشأنه مرة أخرى وبعبارة أوضح فتوى واحدة بخصوصه تصبح كافية لإلغائه أو بقاءه.

ومن أمثلة الدول التي تأخذ بهذا الطريق سويسرا التي تعطي صلاحية النظر في دستورية القوانين للمحكمة الفدرالية العليا للنظر في هذه الدعاوى الدستورية واسبانيا وتشيكوسلوفاكيا سابقا وألمانيا وإيطاليا...

المطلب الثاني: الرقابة عن طريق الدفع الفرعي

وفيها يقوم الفرد بإثارة الدفع بعدم الدستورية بمناسبة دعوى جزائية أو مدنية أو إدارية يكون طرفا فيها، فيقوم القاضي المعروضة عليه الدعوى أيا كانت المحكمة التي يعمل بها، بالامتناع عن تطبيق النص المدعى بعدم دستوريته دون أن يلغيه تحقيقا لمبدأ الفصل بين السلطات، ويبقى النص قائما وموجودا. إنها طريقة دفاعية تستهدف فقط استبعاد تطبيق النص ولا تستهدف إعدامه، وقد أخذت المحاكم الأمريكية بهذه الطريقة بعد أن سنت المحكمة الاتحادية العليا ذلك في قضية شهيرة تدعى قضية ماربوري ضد ماديسون⁹. ومن بعدها سارت المحاكم الأمريكية في نفس النهج فأصبحت تستبعد النص القانوني المخالف للدستور بناء على دفع فرعي من متقاض، وبهذا أنشأت اختصاصا لها غير منصوص عليه في الدستور¹⁰ فأصبح سابقة قضائية تعمل بها المحاكم الدنيا نقلا عن المحكمة الاتحادية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية التي تعمل بنظام السابقة القضائية (le précédent).

ما يعاب على هذه الطريقة هو بقاء النص غير الدستوري ساري المفعول وتطبيقه جهات أخرى تعتقد من جهتها أنه دستوري ويتشتت معه الاجتهاد القضائي.

أما في النظام القانوني المصري فكانت الدساتير التي سبقت دستور 1971 لا تقر حق الرقابة صراحة ولا تمنعها بل أنها سكنت عن تناولها، وهو ما جعل الفقه المصري ينقسم بين معارض بحجة الفصل بين السلطات وإقرار مبدأ سيادة الأمة ومؤيد بحجة أن الرقابة على الدستورية هو تدعيم لسيادة الأمة، وأن خروج البرلمان بخرقه لأحكام الدستور يشكل اعتداء على سيادة الأمة. وبعد إنشاء مجلس الدولة المصري في 1946 أقر حق القضاء في مراقبة مدى دستورية القوانين معتبرا إياها من صميم عمل السلطة القضائية تأثرا بالقضاء الأمريكي أمام سكوت الدستور عن ذلك. وظل الحال على حاله إلى غاية 1969 أين أنشأ المشرع المصري المحكمة العليا وخولها لوحدها حق رقابة دستورية القانون منتهجاً أسلوب الدفع لا الدعوى كما أعطى لحكمها حججاً على الكافة جامعاً بين أسلوب الدفع (l'exception) وأسلوب الدعوى (l'action ou la demande). وظلت على هذه الحال بعد أن أصدرت مبادئ قيمة في القضاء الدستوري إلى غاية إنشاء المحكمة الدستورية العليا التي جاء بها دستور 1971 التي أصبحت لها الولاية في الفصل في الطعن بعدم

الدستورية إلى جانب حقها في تفسير النصوص التشريعية مع وجوب نشر أحكامها في الجريدة الرسمية.

نشير إلى أن قانون هذه الأخيرة بين طريقة إخطارها بالدعوى الدستورية عن طرق الدفع الفرعي بمناسبة قضية تخص أحد المتقاضين يزعم أن النص القانوني المراد تطبيقه عليه غير دستوري، كما تتصل بالدعوى بناء على إخطار من الهيئات القضائية الدنيا تلقائيا دون حاجة إلى الدفع، و أخيرا يجوز لها أن تخطر نفسها بنفسها.

بعد أن تعرفنا على طرق الرقابة وهيئاتها في النظم المقارنة نمر إلى النظام القانوني الجزائري في الفصل الثاني.

الفصل الثاني

الرقابة على دستورية القوانين في النظام القانوني الجزائري.

لم يكن النظام القانوني الجزائري يعرف أي رقابة على دستورية القوانين، بسبب عدم النص عليها صراحة في الدساتير التي عرفت الجزائر وإن كان ينص على أن المحافظة على حقوق الأفراد وحررياتهم موكولة إلى القضاء كما اعتمد مبدأ عدم خضوع القاضي إلا للقانون¹¹؛ إلى غاية 2016 أين أقر المؤسس الدستوري تلك الرقابة مسندا إياها إلى المجلس الدستوري الذي يشارك في تأليفه أربعة قضاة، اثنان من المحكمة العليا واثنان من مجلس الدولة.

وتطبيقا لهذا الانفتاح الجديد الذي يكرس احترام حقوق الإنسان وحرياته، صدر القانون العضوي 18-16 الذي بين كيفية إعمال هذا الدفع متضمنا 27 مادة قانونية أوكل مهمة الفصل في عدم الدستورية لهيئة تسمى المجلس الدستوري.

المبحث الأول: إخطار المجلس الدستوري

يخطر المجلس الدستوري من طرف رئيس الجمهورية، الوزير الأول، رئيس الغرفة السفلى، رئيس الغرفة العليا، 50 نائبا أو 30 عضوا. و يخطر وجوبا من طرف رئيس الجمهورية بعد مصادقة البرلمان على أس قانون عضوي يدخل في اختصاصه قبل إصداره.

كما مدد المؤسس الدستوري حالات الإخطار إلى المتقاضين ، أشخاصا طبيعية أو معنوية بمناسبة دعوى قضائية مدنية أو إدارية أو في متابعة جزائية. ونشير إلى أنه لا يجوز لعضو النيابة العامة الدفع بعدم الدستورية لأن النص لا يطبق عليه هو ذاته حتى وإن كان طرفا في الخصومة.

المطلب الأول: إجراءات الإخطار

يتم إخطار المجلس الدستوري عن طريق السلم التدرجي بدءا من الجهة النازرة في الدعوى (محكمة، محكمة إدارية، محكمة عليا، مجلس الدولة) حيث يقدم المعني أو دفاعه عريضة يثير فيها مسألة عدم دستورية النص القانوني

المراد تطبيقه عليه مبينا فيها وجه المخالفة 12 الدستورية، وبعبارة ثانية يجب أن تكون عريضته مسببة ومنفصلة، أي مستقلة عن بقية العرائض الأخرى التي تتضمن طلبات ودفع في الشكل أو في الموضوع، وبعبارة أشد وضوحا يجب أن تكون العريضة لا تحتوي إلا على مسألة قانونية واحدة وهي أن النص القانوني الواجب تطبيقه على المتقاضي يخرق النص الدستوري ويجب تحديد النص تحديدا دقيقا مع بيان وجه التعارض بين النصين الأدنى والأعلى، فضلا عن جدية الدفع حتى لا يكون مطية للتأجيل وتعطيل عمل القضاء بدفع لا أساس له من الجدية. وبعد دراستها من طرف الجهة المخولة ذلك قانونا (بعض الهيئات لا تملك ذلك مثل قضاة التحقيق و المحكمة الجنائية الابتدائية) تقرر إما إرسال الدفع إلى المحكمة العليا أو إلى مجلس الدولة والذين بدورهما يحيلان الدفع إلى المجلس الدستوري للفصل فيه بعد دراسته ومتى توفرت في الملف الشروط المقررة في المادة 8 من القانون العضوي وجبت إحالته على المجلس الدستوري (م 13) كما يمكن لتلك الهيئات عدم إرسال الدفع 13. ويترتب عنه إرجاء الفصل في الدعوى لغاية البت في الدفع من طرف المجلس الدستوري. أما إذا لم تقم هاتين الهيئتين بالفصل في الآجال القانونية وجب حينئذ إحالة الدفع بقوة القانون إلى المجلس الدستوري. ولم يبين القانون كيفية النقل التلقائي للملف إلا أنه يمكننا أن نتصور بأن المحكمة العليا أو مجلس الدولة بمجرد انقضاء الأجل دون

فصل منهما في الملف يتعين على النائب العام لدى المحكمة العليا أو محافظ الدولة حسب الحالات نقل الملف إداريا إلى أمانة المجلس الدستوري لما تراه مناسبا.

المطلب الثاني: آثار الإخطار ونتائج قرار المجلس الدستوري

إذا أخطر المجلس الدستوري وفقا لمقتضيات المادة 188 من الدستور ولأحكام القانون العضوي 18-16، فإنه يتصدى للنظر في الدفع في أجل أقصاه أشهر من تاريخ توصله بالإخطار وتكون تلك المهلة قابلة للتجديد مرة واحدة.

ويتعين على المجلس إخبار رئيس الجمهورية بهذا الإخطار لتمكينه من تقديم ملاحظاته حول الدفع بعدم الدستورية¹⁴. كما يحاط به علما كل من رئيسي الغرفتين والوزير الأول لتمكينهم كذلك من تقديم ملاحظاتهم، ومن جهته يحاط صاحب الشأن علما بانعقاد جلسة المجلس الدستوري لتمكينه من إبداء ملاحظاته عندما يكون ممثلا بمحام¹⁵.

وبعد المداولة القانونية بين أعضائه طبقا لنظامه الداخلي يفصل المجلس إما بقبول الدفع شكلا وموضوعا وبالتبعية القرار بفقدان النص القانوني المطعون فيه بعدم الدستورية لآثره كقانون¹⁶ ابتداء من يوم صدور قرار المجلس، مع وجوب تعليله ونشره بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ليصبح حجة على جميع السلطات بمن فيها السلطة

القضائية. وقد يرفض عريضة الدفع شكلا وموضوعا كما قد يقبلها شكلا ويرفضها موضوعا مع الإشارة إلى أن المجلس الدستوري ملزم بالفصل في الدفع بصرف النظر عن مآل الدعوى أمام الجهات القضائية.

كما تحاط به المحكمة العليا ومجلس الدولة لإعلام الجهة القضائية المنشورة أمامها الدعوى حيث أثير الدفع بعدم الدستورية (م 24 من القانون 16-18).

يبقى أن نطرح سؤالاً بخصوص مدى جواز الطعن بعدم الدستورية في الأوامر الرئاسية التي لها نفس قوة القانون، وفي القوانين الاستثنائية مثل قانون المصالحة الوطنية في الجزائر؟ أجاب الفقه الفرنسي بالنفي وبعدم قبول الطعن فيها. 17.

خاتمة

إن إقرار المؤسس الدستوري لهذا الدفع لأول مرة جاء نتيجة نظالات رجال القانون وكبار الحقوقيين والساسة في الجزائر لمواكبة النظم القانونية المتطورة على غرار فرنسا ومصر وغيرهما من الدول التي تعد نموذجا تشريعيا للجزائر تستقي منها تشريعاتها ولا عيب في ذلك ما دام الغرض هو البحث عن الأفضل.

إن إقرار هذا القانون سيؤدي مستقبلا إلى تكريس حقوق الإنسان وحرياته ويؤدي أيضا بتضافر جهود الجميع من القانونيين إلى السمو بحقوق الإنسان وتجسيدها ميدانيا من خلال استبعاد النصوص المجافية لهذه المبادئ، كما أن تطبيق هذا النص ميدانيا سيظهر نقائص تحتاج إلى مراجعته مستقبلا خدمة لمبادئ العدل والإنصاف وتكريسا لمبدأ الشرعية الدستورية.

الهوامش

- 1- منشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية في 18/09/05، ص 10، العدد 54.
- 2- يوجد المجلس الدستوري في النظام القانوني الفرنسي والجزائري بينما في مصر مثلا توجد المحكمة الدستورية العليا التي تختص بالفصل في مدى دستورية القانون.
- 3- القانون العضوي هو ذلك القانون الذي ينفذ المبادئ الدستورية ويتسم عادة بصعوبة تعديله ومن أمثلته قانون الأحزاب السياسية والانتخابات والقانون الأساسي للقضاء والتنظيم القضائي... أما القوانين العادية فهي القوانين الأخرى غير العضوية ومنها قانون العقوبات والإجراءات الجزائية والقانون المدني والإجراءات المدنية وقوانين المالية....، أنظر المادة 141 من دستور 2016
- 4- محمد رفعت عبد الوهاب، القانون الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون سنة نشر ن ص 128 وما بعدها.
- 5- يوعز هذا الفقيه أسباب تفضيله للرقابة السياسية على حسب الرقابة القضائية إلى أسباب تاريخية يمكن ردها إلى أعمال العرقلة في تنفيذ القوانين التي كانت تقوم بها المحاكم المسماة بالبرلمانات بحيث توصلت إلى الحكم بإلغاء القوانين وقانونية مردها مبدأ الفصل بين السلطات... انظر الدكتور سعيد بو الشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب بالاشتراك مع د م ج الجزائر، 1989 ص 169 وما بعدها.
- 6- يتكون المجلس الدستوري في فرنسا أول مرة من نوعين من الأعضاء يغلب عليهم الطابع السياسي منهم من يعين بقوة القانون وهم رؤساء الجمهورية السابقون لفرنسا وعضويتهم مدى الحياة وتسعة أعضاء منهم 03 يعينهم رئيس الجمهورية و03 يعينهم رئيس الجمعية الوطنية و03 يعينهم رئيس مجلس الشيوخ ومدة عضوية هؤلاء الأعضاء تسع سنوات لانتقال التجديد. كما يقوم رئيس الجمهورية بتعيين رئيسه من بين أعضائه ويكون صوته مرجحا عند تعادل الأصوات ولا يجوز للعضو أن يجمع بين العضوية بالمجلس و العضوية بالبرلمان أو تولي الوزارة.

- 7- في هذا المعنى قارن الدكتور رشيدة العام المجلس الدستوري الجزائري دار الفجر للنشر والتوزيع 2006 ص 123 وما بعدها.
- 8- أنظر في هذا المعنى، رفعت عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 137
- 9- محمد عبد الله الشوابكة، رقابة الامتناع على دستورية القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن، الطبعة الأولى 2012، ص 141 وما يليها.
- 10- تعد الولايات المتحدة الأمريكية مهد ومنشأ الدفع الفرعي في رقابة دستورية القوانين، وهو الأسلوب الأكثر عملا وشيوعا في أمريكا كما يوجد بجانبه أسلوب الأمر القضائي والحكم التقريري... أنظر رفعت عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 142 وما بعدها ؛ و سعيد بوالشعير، مرجع سابق، ص 181 وما يليها.
- 11- سعيد بوالشعير، مرجع سابق، ص 183
- 12- حصر المؤسس الدستوري مخالفة النص الدستوري في الحالات التي تكون فيها الحقوق والحريات العامة محل انتهاك قانوني ونعني بها المواد من 32 إلى 73 أي 41 مادة تحديدا ولا يمكن أن يمتد إلى مسائل أخرى مثل تلك المتعلقة بكون الإسلام دين الدولة أو اللغة العربية أو الأمازيغية كلغتين رسميتين لخروجهما عن نطاق الدفع بعدم الدستورية تطبيقا لنص المادة 2 من القانون العضوي 16-18.
- 13- تلعب هذه الهيئات دور المصفاة لتمرير بعض الدفوع وعدم تمرير الأخرى وفي هذا الصدد علق المجلس الدستوري قائلا بأن المادة 9 عندما أعطت القضاة سلطة تقدير مدى توافر شروط قبول الدفع بعدم الدستورية بالرجوع إلى اجتهادات المجلس الدستوري وتغير الظروف مع دراسة الطابع الجدي للوجه المثار... وان المشرع لا يقصد بذلك منح هذه الجهات القضائية سلطة تقديرية مماثلة لتلك المخولة حصريا للمجلس الدستوري... وان قضاة الموضوع مقيدون عند ممارستهم هذه الصلاحية بالحدود التي تسمح فقط بتقدير مدى توفر الشروط المنصوص عليها في المادة 9 من هذا القانون ولا يجوز لهم أبدا تقديرهم لدستورية النص القانوني محل الدفع بعدم الدستورية الجريدة الرسمية عدد 18/54 ص 6.
- 14- لقد سها النص عن الإشارة إلى حق الرئيس في إبداء الملاحظات حول الدفع مع أنه أعطى هذا الحق لبقية الهيئات الأخرى إلا أن المجلس الدستوري بمناسبة فحصه لهذا القانوني العضوي فقد علق على هذا السهو قائلا: "...واعتبارا من جهة ثانية أن المشرع أدرج في الفقرة الأولى من هذه المادة حكما يقضي بإعلام المجلس الدستوري فوراً رئيس الجمهورية بمجرد إخطاره بالدفع بعدم الدستورية، دون إقراره إمكانية إبداء ملاحظات حول الدفع، في حين أقر في الفقرة الثانية لرئيسي غرفتي البرلمان والوزير الأول إعلامهم بالدفع مع إمكانية تقديم ملاحظاتهم واعتبارا أن المؤسس الدستوري خول رئيس الجمهورية باعتباره حاميا الدستور، بموجب المواد 2/84 و 144 و 145 من الدستور، إصدار القوانين بعد مصادقة البرلمان عليها، وأقر لرئيس الجمهورية إمكانية إجراء مداولة ثانية في قانون تم التصويت عليه، وأنه يمكنه من باب أولى إبداء ملاحظات حول الدفع بعدم الدستورية الذي يتم الاعتراض بموجبه على حكم تشريعي يدعي متقاض أنه ينتهك حقوقه وحرياته التي يضمنها الدستور، واعتبارا بالنتيجة، فإنه إذا لم يكن قصد المشرع إغفال صلاحية رئيس

الجمهورية في إمكانية إبداء ملاحظاته حول الدفع بعدم الدستورية، بإقراره ذلك صراحة لرئيسي غرفتي البرلمان والوزير الأول، وفي ظل هذا التحفظ، تعد هذه المادة...مطابقة للدستور " أنظر رأي المجلس الدستوري رقم 03/ر ق ع / م د/18 في 18/08/02 منشور بالجريدة الرسمية عدد 54 لسنة 18 ص 7 و 8.

15- لم يبين النص ما إن كان يشترط في المحامي أن يكون معتمدا لدى المحكمة العليا ومجلس الدولة للقيام بهذا الإجراء، لكن المعمول به لدى المجلس الدستوري بمناسبة الطعون الانتخابية لا يشترط للتمثيل الاعتماد بل أن العريضة تكون مقبولة شكلا حتى إذا قدمها الطاعن بنفسه. غير أنه يمكننا أن نقول بعكس هذا لما يتعلق الأمر بالطعن بعدم الدستورية بالنظر إلى أن الطاعن يجب أن يكون متشعبا بالمبادئ الدستورية للتجريح في القانون وليس ذلك في متناول أي شخص فكيف بالطاعن الذي لا يعرف عن الدستور إلا اسمه ؟ ويدعم رأيي هذا نص المادة 5 التي قالت بوجوب تطبيق قانون الإجراءات المدنية والإدارية وقانون الإجراءات الجزائية.

16- في ألمانيا تقوم المحكمة الدستورية الفدرالية بإبطال بعض نصوص القانون المعروض عليها أو حتى بعض الجمل أو الكلمات الواردة فيه فقط وذلك بدلا من الحكم بعدم دستورية النص القانوني بأكمله وتعرف هذه الآلية برقابة الإبطال الجزئي الكمي فيظل القانون صحيحا نافذا ومعمولا به في شأن النصوص التي لم يحكم بعدم دستوريته أما الآلية الثانية فتقوم فيها المحكمة الدستورية بإبطال القانون محل الطعن في شأن وقائع معينة بالذات وتتمتع المحكمة بسلطة تقديرية واسعة في تحديد تلك الوقائع أو على الأقل في إرساء معايير تحديدها وبناء على ذلك في مثل هذه الأحكام لا تمس المحكمة القانون أو نصوصه بل يظل هذا الأخير نافذا ومعمولا به في شأن كل الوقائع عدا تلك التي حددتها المحكمة. انظر محمد عبد العال القضاء الدستوري المقارن الدار الجامعية الجديدة الإسكندرية 2017 ص 158

17- Le non- contrôle des lois référendaires in le droit du contentieux constitutionnel, voir Dominique Rousseau et autres L G D J, 11 édition , p150 et s

من اجتهادات المحكمة العليا

محكمة النزاع

فقه قضاء محكمة النزاع في مجال الصفقات العمومية

ملف 164 قرار بتاريخ 2015 / 01 / 26

قضية الشركة ذ.أ مؤسسة اشغال البناء ETB ضد ديوان الترقية و التسيير
العقاري لولاية بجاية

في الموضوع

حيث انه يستخلص من قرار احالة المحكمة الإدارية لبجاية بتاريخ 03 / 12 / 2013 رقم 13 / 1423 ان الجهة القضائية الادارية غير مختصة نوعيا تطبيقا للمادة 800 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية، لان النزاع قائم بين شركة من القانون الخاص و بين مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي و تجاري، تخضع لقواعد القانون الخاص، و ان المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24 / 07 / 2002، امعدل و المتمم و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، غير قابل للتطبيق على قضية الحال لأن السكنات الاجتماعية التساهمية لا تنجز بمساهمة للدولة و أن المساعدة الممنوحة من طرف الصندوق الوطني للسكن موجهة للمستفيدين من السكنات الاجتماعية التساهمية.

حيث انه يستخلص من مقتضيات القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15/01/2000 المعدل و المتمم يحدد كفيات تطبيق المرسوم التنفيذي رقم 94-308 المؤرخ في 04/10/94 المتعلق بالمساعدات الممنوحة للحصول على الملكية و القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 09/04/2002 تحدد شروط و كفيات تدخل الصندوق الوطني للسكن في مجال الدعم المالي للأسر فإن الدولة تمنح مساعدات مالية لفائدة الجماعات المحلية و الهيئات و المرقين. و ان هذا المساعدات الممولة من طرف الدولة تمنح من أجل انجاز السكنات المسماة سكنات اجتماعية تساهمية بالاضافة الى المساهمة المالية للمستفيد. و أنه اضافة الى ذلك فان السكنات الاجتماعية التساهمية تنجز فوق قطع أرضية ملك للدولة يتم التنازل عنها للمرقين بتخفيض بنسبة 80٪ من قيمتها، و هذا ما يعني أن القطع الأرضية الخاصة بالسكنات الاجتماعية التساهمية تمول بنسبة 80٪ من طرف الدولة (القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 05/04/2003 و كذا تعليمة المديرية العامة لأملاك الدولة لوزارة المالية رقم 683 المؤرخة في 11/02/2004).

و انه في الاخير، فان صاحب مشروع بناء السكنات الاجتماعية التساهمية هو ديوان الترقية و التسيير العقاري، و ان مقتضيات المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 02/250 المؤرخ في 24/07/2002 المعدل و المتمم المتضمن تنظيم الصفقات العمومية هي القابلة للتطبيق على قضية الحال، لأنها تتعلق باستثمار

ممول من طرف الدولة المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 250 /02 المؤرخ في 24 /07 /2002.

و ان القاضي الاداري بالتالي هو المختص للفصل في النزاع القائم بين شخص معنوي يخضع للقانون الخاص و بين مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي و تجاري مكلفة بانجاز مشروع ممول من طرف الدولة بمساهمة المستفيدين. و انه يتعين احالة مجمل أوراق الدعوى مصحوبة بنسخة من القرار الحالي الى المحكمة الادارية ببجاية في أقرب الآجال طبقا لمقتضيات المادة 31 من القانون العضوي رقم 98-03 المؤرخ في 03 /06 /98 المذكور أعلاه للفصل فيها طبقا للقانون.

لهذه الأسباب

تقرر محكمة النزاع:

المادة 01: القول بأن اجراء الاحالة مقبول.

المادة 02: القول بأن القضاء الاداري هو المختص للفصل في النزاع.

المادة 03: ارجاع القضية و الأطراف أمام المحكمة الإدارية لبجاية للفصل فيها.

المادة 04: المصاريف على عاتق الخزينة العمومية.

و يستخلص من أحكام هذا القرار و ما استقر عليه قضاء محكمة النزاع أن القاضي الاداري هو المختص للفصل في المنازعات القائمة بين شخص معنوي يخضع للقانون الخاص و بين مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي و تجاري مكلفة بانجاز مشروع ممول من طرف الدولة بمساهمة المستفيدين.

(مجلة المحكمة العليا-العدد الاول 2015-ص 83)

وفي هذا الاتجاه ذهبت محكمة التنازع في

ملف رقم 132 قرار بتاريخ 2012 / 06 / 12

قضية المؤسسة العمومية الاقتصادية لانجاز الجسور (سابطا) ضد الوكالة الوطنية للسدود

المبدأ: القاضي الاداري هو المختص بالفصل في المنازعات المتعلقة باستثمار عمومي محمول بمساهمة نهائية من ميزانية الدولة، الناجمة عن صفقة عمومية، مبرمة بين الوكالة الوطنية للسدود، المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري و بين مؤسسة عمومية ذات طابع اقتصادي.

في الموضوع:

حيث انه يستخلص من المستندات و الوثائق المقدمة في الملف ان المؤسسة العمومية الاقتصادية لانجاز الجسور (sapta) أبرمت عقدا بتاريخ 2001 / 02 / 07 (رقم 2001 / 03) مع الوكالة الوطنية للسدود لانجاز جسر بغرض اجتناب سد بوقوس (ولاية الطارف).

و انه وبعد انجاز الاشغال فان مؤسسة (sapta) استلمت تسديد جزء من الاشغال غير انها بقيت دائنة بمبلغ 78.300.025.26 دج من أجل الاشغال و مبلغ 691.591.28 دج كفالة ضمان حسن الانجاز.

و انه و بالرغم من الاعذارات الموجهة لها فإن الوكالة الوطنية للسدود لم تستدد دينها تجاه مؤسسة (sapta) مجبرة هذه الاخيرة على اللجوء الى محكمة حسين داي (القسم التجاري) لطلب تسديد المبالغ المذكورة أعلاه.

و انه وبموجب حكم صادر قبل الفصل في الموضوع بتاريخ 05/11/2006 فان هذه الجهة القضائية أمرت باجراء خبرة، غير انه و بعد اعادة السير في الدعوى بعد الخبرة صرحت بعدم اختصاصها نوعيا بموجب حكم صادر في 27/11/2008 (رقم 08/5885).

و انه تم تأييد هذا الحكم بقرار صادر عن الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر بتاريخ 14/06/2009 (رقم 09/5109).

و ان هذه الجهات القضائية اعتبرت أن الأمر يتعلق بنزاع منصب على تنفيذ عقد صفقة عمومية الذي يخضع لاختصاص الجهات القضائية الادارية.

حيث ان مؤسسة (sapta) لجأت بالتالي الى المحكمة الادارية للجزائر من أجل نفس الغرض غير انه و بحكم صادر في 04/10/2010 (رقم 10/1639) صرحت هذه الجهة القضائية أيضا بعدم الاختصاص النوعي، معتبرة ان النزاع قائم بين مؤسسة عمومية اقتصادية تخضع للقانون التجاري و وكالة وطنية للسدود التي تم تعديل قانونها الأساسي بالمرسوم رقم 05-101 الصادر في 23/03/2005 و اصبحت مؤسسة عمومية ذات صبغة تجارية و صناعية.

حيث انه و بمقتضىات المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 المعدل و المتمم المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و الذي كان

قابلا للتطبيق وقت رفع الدعوى من طرف المؤسسة العمومية الاقتصادية لانجاز الجسور (sapta) لا تطبق أحكام المرسوم الا على الصفقات محل مصاريف الادارات العمومية ... و المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري، عندما تكلف هذه الاخيرة بانجاز مشاريع استثمارات عمومية بمساهمة نهائية لميزانية الدولة.

حيث ان النزاع الحالي يتعلق باشغال انجاز جسر بغرض اجتناب سد بوقوس (ولاية الطارف)، أي استثمار عمومي ممول بمساهمة نهائية لميزانية الدولة.

و انه و بالفعل فان المؤسسة العمومية الاقتصادية (sapta) أبرمت عقدا مع الوكالة الوطنية للسدود التي كانت مؤسسة عمومية و أصبحت بموجب مرسوم تنفيذي رقم 05-101 المؤرخ في 23/03/2005 مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي و تجاري لانجاز مشروع استثماري عمومي، ممول بمساهمة نهائية لميزانية الدولة.

و ان العقد المبرم بين الطرفين يخضع لقانون الصفقات العمومية و النزاعات الناجمة عنه هي من اختصاص الجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي الاداري.

و انه يتعين بالتالي معاينة وجود تنازع سلبي في الاختصاص بين محكمة حسين داي الصادر في 23/11/2008 (تحت رقم 08/5885) و حكم المحكمة الادارية للجزائر الصادر في 04/10/2010 (تحت رقم 10/1639) و القول بأن حكم المحكمة الادارية باطل ولا أثر له و القول بأن الجهة القضائية الادارية

هي المختصة و احالة القضية و الطرفين الى هذه الجهة القضائية الادارية لفصل فيها وفقا للقانون.

لهذه الاسباب

المادة 01: قبول الدعوى شكلا.

المادة 02: القول بوجود تنازع سلبي في الاختصاص بين حكم محكمة حسين داي (الفرع التجاري) بتاريخ 23 / 11 / 2008 (تحت رقم 5885 / 2008) و الحكم الصادر عن المحكمة الادارية بالجزائر بتاريخ 04 / 10 / 2010 (تحت رقم 1639 / 2010).

المادة 03: القول بان القضاء الاداري هو المختص للفصل في النزاع.

المادة 04: القول بان الحكم الصادر عن المحكمة الادارية بالجزائر باطل ولا أثر له.

المادة 05: احالة القضية و الأطراف أمام المحكمة الادارية بالجزائر للفصل فيها طبقا للقانون.

المادة 06: المصاريف على المدعى عليها.

نكتفي بهذا القدر من فقه قضاء محكمة التنازع بشأن تحديد الجهة القضائية المختصة بالفصل في المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية.

و قد أخذت بمعيار جديد هو معيار المال العام، مفاده (ينعقد الاختصاص للقاضي الاداري في مجال الصفقات العمومية كلما كان تمويل المشاريع لتنفيذ هذه الصفقات من خزانة الدولة كله أو البعض منه).

في رأينا ان قضاء محكمة التنازع في هذا الاتجاه يخرج عن مفهوم المعيار المنصوص عليه في المادة 800 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية.

من حقنا ان نطرح التساؤل التالي:

لماذا اختارت محكمة التنازع القاضي الاداري ليكون مختصا للفصل في مثل هذه المنازعات، رغم ان القاضي المدني أو التجاري يطبق القانون الاداري، و ميع النصوص الاخرى، كما هو الشأن بالنسبة لقاضي الاداري؟

هل لأن القاضي الاداري هو الاكثر حرصا على الأموال العمومية أم لأن طبيعة هذه المنازعات تتطلب حرفة تقنية لا قاضي لاداري أكثر دراية من زميله القاضي العادي؟

شخصيا لم أفهم مبررات محكمة التنازع في هذا الاتجاه رغم أنني أحترم ما ذهبت اليه و ألتزم بمواقفها، احتراما لنص المادة 32 من القانون 98-03 المتعلق باختصاصات محكمة التنازع و تنظيمها و عملها و التي تنص: (قرارات محكمة التنازع غير قابلة لأي طعن و هي ملزمة لقضاة النظام القضائي الاداري و قضاة النظام القضائي العادي).

ثانيا: محكمة التنازع و الارتفاقات ذات المنفعة العمومية

يقصد بالارتفاقات ذات المنفعة العمومية تخصيص حق المرور على أراض عمومية أو خاصة لفائدة مشاريع تستهدف تحقيق المنفعة العمومية و منها على سبيل المثال:

- تخصيص حق المرور بالنسبة لصرف المياه و نقلها من السدود و توزيعها على السكان و المرافق العمومية.

- تخصيص أراض و اقتنائها، التنازل عنها أو الامتياز أو نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية لفائدة الشركة الجزائرية للكهرباء و الغاز (سونلغاز)، الشركة الوطنية سوناطراك ... الخ.

و تظهر الاشكالية، عندما تطرح منازعات بشأن هذه الارتفاقات و التعويضات الناجمة عنها بين المالكين للحقوق العينية العقارية و بين المستفيدين من حق الارتفاق.

بعض هذه القضايا يطرح امام الجهة القضائية العادية و البعض منها يرفع أمام الجهة القضائية الادارية، و قد صدرت أحكام و قرارات قضائية من الجهتين، منها ما قضى بعدم اختصاص القضاء العادي، على أساس معيار المنفعة العمومية و بعض قرارات اصدرتها الجهة القضائية الادارية قضت بعدم اختصاصها على أساس المعيار العضوي، لعدم وجود أحد الأطراف في القضية سلطة ادارية، طبقا لنص المادة 800 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية.

أمام حالات التنازع في الاختصاص بين الجهات القضائية العادية و الجهات القضائية الادارية في مثل هذه المنازعات، تم عرض بعض المنازعات أمام محكمة التنازع، سواء برفع دعاوى أو بواسطة قرارات الاحالة.

و لتوضيح موقف محكمة التنازع، نعرض فقه قضاء هذه الأخيرة.

(مجلة المحكمة العليا-العدد الاول 2015-ص 86)

الغرفة المدنية

ملف رقم 844045 قرار بتاريخ 2012 / 11 / 22

قضية (ق.ر) ضد (ع.ح)

الموضوع: تبليغ.

تفصيل الموضوع: تبليغ رسمي - تبليغ رسمي عن طريق التعليق - أجل - طعن.
المرجع القانوني: قانون رقم: 08-09 (اجراءات مدنية و ادارية)، المواد: 406،
408، 410، 411 و 412، جريدة رسمية عدد: 21.

المبدأ: يعتبر التبليغ الرسمي لحكم، الحاصل لاحقا، بمخاطبة الشخص المعني،
تنازلا من الطرف المبلغ عن تبليغ نفس الحكم، سابقا، عن طريق التعليق.
يعد التبليغ الثاني، اللاحق، صحيحا و يعتد به في حساب آجال الطعن.

و عليه فان المحكمة العليا

عن الوجه الأول: المأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون

حيث ان الطاعن يعيب على القرار المطعون فيه، بدعوى أنه رفع طعنه بالمعارضة
استنادا الى محضر التبليغ المؤرخ في 2011 / 03 / 31 ضد القرار الصادر ضده
غيايبا و سجل معارضته يوم 2011 / 03 / 28 في حين ان المطعون عليها
تمسكت بعدم قبول المعارضة استنادا الى محضر التبليغ المؤرخ في
2011 / 02 / 02 الذي تم عن طريق التعليق بلوحة الاعلانات الموجودة بمقر

المحكمة و البلدية و قد انتهت الدعوى الى القرار محل الطعن القاضي بعدم قبول المعارضة استنادا الى محضر التبليغ الذي تم عن طريق التعليق، و لم يأخذ بالمحضر الأخير الذي تم تبليغه الى الطاعن.

و حيث ان ما يعيبه الطاعن على القرار المطعون فيه في محله، ذلك أن المطعون عليها قامت بتبليغ الطاعن عن طريق التعليق بلوحة الإعلانات الموجودة بالمحكمة و البلدية، ثم قامت المطعون عليها بإعادة تبليغ الطاعن مخاطبا إياه شخصا، و تسلم الاعلان بتاريخ 2011/03/31 و سجل معارضته على اثر هذا الاعلان يوم 2011/04/28.

و حيث ان قضاة الموضوع انتهوا الى الإعتداد بالتبليغ الأول و نتيجة لذلك صرحوا بعدم قبول المعارضة، و لم يعتدوا بالتبليغ الثاني. في حين أن المطعون عليها قامت بإعداد تبليغ الطاعن للمرة الثانية، تكون قد تنازلت عن الاجراء الأول.

و حيث ان قضاة الموضوع عندما اعتدوا بالاجراء الأول الذي تنازلت عنه المطعون عليه و لم يأخذوا بالاجراء الثاني و هو إجراء الصحيح و منه يبدأ ميعاد المعارضة ونتيجة لذلك انتهوا إلى التصريح بعدم قبول المعارضة يكونون قد أخطأوا في تطبيق المادة 329 من قانون الاجراءات الكدنية و الادارية ما يعرض قضاءهم للنقض.

فلهذه الأسباب

قضت المحكمة العليا: الغرفة المدنية، القسم الثالث:

من حيث الشكل: بصحة الطعن شكلا.

و في الموضوع: بنقض و إبطال القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء سطيف بتاريخ 2011/10/18 و باحالة القضية و الأطراف على نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد وفقا للقانون.

و بابقاء المصاريف على المطعون ضده.

بذا صدر القرار و وقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة من قبل المحكمة العليا-الغرفة المدنية-القسم الثالث.

(مجلة المحكمة العليا-العدد الاول 2015-ص122)

ملف رقم 0923267 قرار بتاريخ 2014/03/20

قضية الشركة الجزائرية للتأمين ضد (ا.م)

الموضوع: حادث مرور.

تفصيل الموضوع: حادث مرور جسماني-تفاقم الضرر-خبرة طبية-استعانة بالغير-تعويض.

المرجع القانوني: قانون رقم: 88-31 (الزامية التأمين على السيارات و نظام التعويض عن الأضرار، تعديل و تتميم) الملحق، رابعا، جريدة رسمية عدد: 29.

المبدأ: يتم حساب التعويض، المتعلق بضرر التفاقم و الاستعانة بالغير، على أساس تاريخ الخبرة الطبية و ليس تاريخ الحادث.

و عليه فان المحكمة العليا

عن الوجه الثاني للأهمية:

حيث يستخلص من القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع اعتمدوا فيما توصلوا إليه من نتيجة المتمثلة في اضافة مبلغ 127.200 دج للمطعون ضده تعويضا عن الاستعانة بالغير على كون أن نسبة عجزه قد بلغت 80٪.

لكن و على خلاف ذلك فانه طبقا للفقرة الرابعة من الملحق المحدد لجدول التعويضات الممنوحة لضحايا حوادث المرور الجسمانية أو لذوي حقوقهم للقانون 31/88 المؤرخ في 19/07/1988 المعدل و المتمم رقم 15/74 المؤرخ في 30/01/1974 المتضمن إلزامية التأمين على السيارات و بنظام التعويض عن الأضرار، فانه في حالة إصابة الضحية بعجز دائم يساوي 80٪ أو أكثر و يجبرها على الاستعانة بالغير يضاف مبلغ الرأسمال او المعاش بنسبة 40٪ و تحدد الاستعانة بالغير بموجب خبرة طبية.

و حيث بالرجوع الى تقرير الخبرة المنجزة من طرق الخير هومال فاطمة المعينة للقيام بفحص المدعى عليه في الطعن و تحديد نسبة تفاقم عجزه الجزئي الدائم الناتج عن الحادث لم يذكر فيه أن حالة عجزه تستدعي الاستعانة بالغير.

و حيث انه نظرا لعدم وجود خبرة طبية تحدد ضرورة استعانة المدعى عليه في الطعن لا يمكن لقضاة الموضوع منحه تعويضا عن ذلك، هذا من جهة، و من جهة ثانية، تجدر الاشارة ان هؤلاء القضاة كانوا مخطئين في تقديرهم التعويض المحكوم المحكوم به لصالح المدعي عليه في الطعن و ذلك بالاعتماد على الاجر الوطني الأدنى المضمون بتاريخ الحادث في 02/01/1999 المقدّر بـ 6.000

دج شهريا اعتبارا أن ما استقر عليه قضاة المحكمة العليا هو انه عندما يكون التعويض متعلق بضرر التفاقم فان حساب التعويض يتم على أساس الخبرة الطبية التي أثبتت التفاقم و ليس تاريخ الحادث.

وانه لما كان تاريخ الخبرة الطبية التي اثبتت التفاقم هو 20/10/2011 فإن الأجر الوطني المضمون في ذلك التاريخ محدا بمبلغ 15.000 دج حسب المرسوم الرئاسي رقم 09/416 المؤرخ في 16/12/2009 و الساري المفعول ابتداء من 01/10/2010.

و حيث انه متى كان كذلك فان قضاة الموضوع بقضائهم كما فعلوا يكونون قد خالفوا القانون و أخطئوا في تطبيقه مما يعرض قرارهم للنقض دون حاجة لمناقشة الوجه الأول.

فلهذه الأسباب

في الشكل: قبول الطعن.

في الموضوع: نقض و ابطال القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء بجاية بتاريخ 22/01/2013 و احالة القضية و الأطراف على نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد وفقا للقانون. و بابقاء المصاريف على المطعون ضده.

بذا صدر القرار و وقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة 20/03/2014 من قبل المحكمة العليا-الغرفة المدنية-القسم الاول.

(مجلة المحكمة العليا-العدد الاول 2015-ص126)

الغرفة العقارية

ملف رقم 0785447 قرار بتاريخ 13 / 06 / 2013

قضية (ش.م) ضد الوكالة الوطنية لتحسين السكن و تطويره (عدل)

الموضوع: عقد بيع بالايجار.

تفصيل الموضوع: سكن- ملكية كاملة- ملكية على الشيوع.

المرجع القانوني: مرسوم تنفيذي رقم: 01-105 (تحديد شروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالايجار و كفيات ذلك)، المادة 6، جريدة رسمية عدد: 25.

المبدأ: لاحق في الاستفادة من السكن، في اطار البيع بالايجار، لمن يملك عقارا ذا استعمال سكني، ملكية كاملة.

الملكية على الشيوع ليست بملكية كاملة.

و عليه فان المحكمة العليا

عن الوجه الثالث: المأخوذ من مخالفة القانون

حيث ان الطاعن يعيب على القرار المطعون فيه بدعوى ان أحكام المادة 6 من المرسوم المشار اليه سابقا و التي تنص على أن البيع بالايجار يكون الحق فيه لكل شخص لا يملك أو لم يسبق له أن تملك عقارا ذا استعمال سكني ملكية كاملة ... في حين ان الطاعن يملك قطعة أرض في الشيوع لم يتم انجاز عليها أي بناء، و ان قضاة الموضوع عندما اعتبروا ان الطاعن يملك أرض في الشيوع يجرمه من هذا

الحق قد أخطئوا في تطبيق المادة المذكورة أعلاه مما يعرض القرار المطعون فيه للنقض.

و حجيث ان ما يعيبه الطاعن على القرار المطعون فيه في محله، ذلك ان المادة 6 من المرسوم المشار اليه أعلاه، تشترط لحرمان الشخص من حق الاستفادة من السكن في اطار هذا المرسوم ان يملك الشخص عقارا ذو استعمال سكني ملكيته كاملة، و المقصود من ذلك ألا تكون ملكيته على الشيوع كان يملك شخصان عقارا على الشيوع انجر اليهما عن طريق الميراث أو الشراء.

و حيث ان قضاة الموضوع عندما حرّموا الطاعن من هذا الحق استنادا الى انه يملك قطعة ارض على الشيوع قد أخطئوا في تطبيق القانون، مما يعرضه قضاءهم للنقض.

فلهذه الاسباب

قضت المحكمة العليا

بصحّة الطعن شكلا.

في الموضوع: بنقض و الغاء القرار الصادر عن مجلس قضاء مستغانم بتاريخ 2011/10/31 و باحالة القضية و الأطراف على نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد وفقا للقانون.

و بابقاء المصاريف على المطعون ضدها.

بذا صدر القرار و وقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 2013/06/13 من قبل المحكمة العليا-الغرفة العقارية-القسم الخامس.

(مجلة المحكمة العليا-العدد الاول 2015-ص196)

ملف رقم 0847725 قرار بتاريخ 2014/10/16

قضية (ل.ش) ضد ورثة (ب.م)

الموضوع: حجز تنفيذي.

تفصيل الموضوع: حجز على عقار غير مشهر.

المرجع القانوني: قانون رقم: 08-09 (اجراءات مدنية و ادارية)، المادتان:

721 و 766، جريدة رسمية عدد: 21.

المبدأ: يجوز، قانونا، للدائن، الحجز على عقار مدينه، غير المشهر.

و عليه فان المحكمة العليا

عن الوجه الاول: المأخوذ من مخالفة القانون

بدعوى أن التفسير الذي أعطاه قضاة المجلس و من قبل المحكمة للمادة 766 من ق ا م ا ضيق و سيء، بل و مخالف للقانون و لمقاصد المشرع و أهدافه الرامية الى تجسيد أحكام العدالة و حماية الحقوق و بذلك فالقرار المطعون فيه جاء مشوب بعيب مخالفة القانون و يستدعي النقض.

حيث ان ما ينعاه الطاعن في محله، ذلك أن القضاء المستعجل يهدف الى المحافظة على الأوضاع القائمة أو احترام الحقوق الظاهرة أو صيانة مصالح الطرفين المتنازعين.

و حيث يتبين من أوراق القضية أن الطاعن قد تحصل على قرار مؤرخ في 2011/06/29 قضى بالزام المطعون ضدهم و بالتضامن فيما بينهم بأن

يعوضوا الطاعن بمبلغ إجمالي قدره 35.516.594.50 دج يمثل قيمة البناية الحديثة التي أنجزها بجميع طوابقها و محتوياتها، و من ثم فإن سبب طلب الحجز على العقار محل النزاع، قائم إذ يصح للدائن الحجز على عقارات مدينة غير المشهورة إذا كان لها مقرر اداري أو سند عرفي ثابت في التاريخ عملا بالمادة 766 من ق ا م ا و في قضية فإن الطاعن قدم القرار المؤرخ في 29 / 06 / 2011 المشار إليه أعلاه المشكل للسند التنفيذي و الذي مضمونه و منطوقه وحده يكفي لاستصدار أمر بالحجز على العقار الغير مشهر و بالتالي كان على قضاة المجلس أن يتخذوا التدابير التي تتناسب و طبيعة الدعوى و لما لم يفعلوا فقد عرضوا قرارهم للنقض دون حاجة لمناقشة الوجه الآخر المثار.

فلهذه الاسباب

قررت المحكمة العليا

قبول الطعن شكلا

في الموضوع: بنقض و ابطال القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء بجاية بتاريخ 26 / 02 / 2012 و احالة القضية و الاطراف على نفس المجلس مشكلا من هيئة اخرى للفصل فيها من جديد طبقا للقانون. و المصاريف القضائية يتحملها المطعون ضدهم.

بذا صدر القرار و وقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 16 / 10 / 2014 من قبل المحكمة العليا-الغرفة العقارية-القسم الرابع.

(مجلة المحكمة العليا-العدد الاول 2015-ص200)

غرفة شؤون الاسرة و المواريث

ملف رقم 0840878 قرار بتاريخ 15/01/2015

قضية ورثة (ل.ع) ضد (ل.م) بحضور النيابة العامة

الموضوع: تنزيل

تفصيل الموضوع: وصية-تركة.

المرجع القانوني: قانون رقم: 84-11 (قانون الأسرة)، المواد: 184، 185 و 196، جريدة رسمية عدد: 24.

المبدأ: تخضع الوصية للقانون الساري، وقت وفاة الموصي.

يصبح التنزيل، ببطالان شرط فاسد، وصية عادية، يستحق، بموجبها، الموصى له ثلث التركة.

و عليه فان المحكمة العليا

عن الوجهين معا لتكاملهما و ارتباطهما: المأخوذ من مخالفة القانون و انعدام التسبيب.

بدعوى أن القرار يتكلم عن تنزيل ابن الأخ في حين أن المعني هو ابن أخت المرحوم وفق ما هو ثابت من عقد التنزيل و أن قرار المحكمة العليا المعتمد عليه يتعلق بتنزيل ابن الأخ كون أب المنزل كان وارثا بينما في قضية الحال فالمطعون ضده ليس ابن لأصل وارث لا من جهة أمه ولا من جهة أبيه إضافة الى أن

الاجتهاد المذكور مخالف للشريعة الاسلامية، و أضاف الطاعنون أن هذا التنزيل الواقع قبل صدور قانون الأسرة يخضع للوصية الواجبة طبقا للمذهب الحنفي و المالكى التي لا تتعدى حدود الثلث و يكون المطعون ضده موصى له و ليس بوارث.

حيث ان الوصية باعتبارها تمليك مضاف الى ما بعد الموت تعد من عقود التبرعات التي لا تبطل بالشروط الفاسدة و انها يبطل الشرط و تصح الوصية و هي تخضع للقانون الساري وقت وفاة الموصى، و طالما ان الموصى في قضية الحال توفي قبل صدور قانون الأسرة و العمل به فان تكييف التنزيل لابن ابن أخت المنزل يستلزم الرجوع الى أحكام الشريعة الاسلامية التي تكيف التنزيل و الذي استمدته منها قانون الأسرة بأنه يعد وصية واجبة، و اساس هذه الوصية وفقا للفقهاء الاسلامي تعويض الموصى له عما كان يستحقه عن أصله لو لم يمت موروثه بشرط أن يكون في حدود ثلث التركة، و منه فاذا كان التنزيل المطلوب إبطاله لا يعد وصية واجبة لأن الموصى له لا يرث أصله الموصى إضافة الى أن التنزيل جعل المستفيد منه المطعون ضده في منزلة ابن الصلب و يستحق من التركة ما يستحق هذا الأخير و هو باطل في هذا الشرط لأن الوصية سواء كانت واجبة او اختيارية لا تتجاوز الثلث إلا إذا أجازها الورثة و بالتالي فبطلان الشرط الفاسد يصبح التنزيل موضوع النزاع وصية عادية يستحق بموجبها الموصى له ثلث التركة، و يكون قضاة المجلس باعتبارهم التنزيل صحيحا دون

التطرق للشرط الفاسد و حدود الوصية قد أساءوا تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية و عرضوا قرارهم للنقض.

حيث إنه بذلك يصبح الوجهان مؤسسين و يتعين معه نقض القرار.
و حيث إن خاسر الدعوى يتحمل المصاريف القضائية وفقا لأحكام المادة 378 من ق ا م ا.

فلهذه الاسباب

قررت المحكمة العليا، غرفة شؤون الاسرة و الموارث:

قبول الطعن بالنقض شكلا و موضوعا و نقض و ابطال القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء سيدي بلعباس بتاريخ 11/01/2012 فهرس رقم 114/0012، و احالة القضية و الأطراف أمام نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها طبقا للقانون.
و المصاريف على المطعون ضده.

بذا صدر القرار و وقع التصريح به الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 15/01/2015 من قبل المحكمة العليا-غرفة شؤون الاسرة و الموارث.

ملف رقم 0842551 قرار بتاريخ 15/01/2015

قضية (ب.م) ضد (ا.ج) بحضور النيابة العامة

الموضوع: حضانة.

تفصيل الموضوع: تمديد حضانة للأم.

المرجع القانوني: قانون رقم: 84-11 (قانون الاسرة)، المادة: 65، جريدة رسمية عدد: 24.

المبدأ: يكون تمديد الحضانة، طبقاً للقانون، للأم الحاضنة، دون غيرها من النساء، ممن لهن الحق في الحضانة.

وعليه فان المحكمة العليا

عن الوجهين الاول و الثاني معا لتكاملهما و ارتباطهما: المأخوذ من انعدام الأساس القانوني و قصور التسبيب،

بدعوى انه وفقا لنص المادة 65 من قانون الاسرة تنقضي حضانة الذكر ببلوغه عشر سنوات و للقاضي أن يمدد بالنسبة للذكر الى ستة عشر سنة اذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج وان الثابت من الملف ان الحاضنة الأصلية تنازلت عن الحضانة لأمرها بعد اعادة الزواج و أنه إعمالاً لنص المادة 64 من قانون الاسرة بعد التعديل بالأمر رقم 05-02 فان الأب يأتي بعد الأم في الترتيب و ان الطاعن التمس سقوط الحضانة عن الجدة كونها طاعنة في السن و ان القرار لم يرد على ذلك مما يجعله فاقدا للأساس القانوني و مشوباً بقصور التسبيب.

حيث انه بالرجوع الى المادة 65 من قانون الاسرة يتبين أنها تحدد مدة الحضانة بالنسبة للذكر ببلوغه سن 10 سنوات و للقاضي ان يمدد الحضانة الى 16 سنة اذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية مما يعني ان شرط التمديد مقيد بأن تكون الحاضنة أما دون غيرها ممن لهم الحق في الحضانة كالجدة و الخالة و العممة و أن المصلحة الواجب مراعاتها في انتهاء الحضانة وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة

المذكورة هو مقرون بكون الحاضنة أما و بالتالي فمتى كانت الحاضنة جددة أو خالة أو عمة فان الحضانة أما بالنسبة لهؤلاء وغيرهم من الأقربين تنتهي ببلوغ الذكر 10 سنوات في مواجهة الاب و أن قضاة المجلس بتمديدهم الحضانة للجددة من 10 سنوات الى سن 16 سنة قد أخطأوا في تطبيق القانون و جاء قرارهم منعدم الأساس القانوني فضلا عن كونه مشوبا بقصور التسيب مما يجعل الوجهين سديدين.

حيث إنه بذلك يصبح الوجهان الأول و الثاني مؤسسين و يتعين معه نقض القرار دون حاجة للرد على الوجه الثالث.

حيث ان خاسر الدجوى يتحمل المصاريف القضائية وفقا لنص المادة 378 من ق ا م ا.

فلهذه الاسباب

قررت المحكمة العليا، غرفة شؤون الاسرة و الموارث:

قبول الطعن بالنقض شكلا و موضوعا و نقض و ابطال القرار المطعون فيه الصادر عن غرفة شؤون الاسرة لمجلس قضاء سعيدة بتاريخ 30/09/2010 فهرس رقم 1058/01 و احالة القضية و الطرفين أمام نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها طبقا للقانون.

و المصاريف القضائية على المطعون ضدها.

بذا صدر القرار و وقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 15/01/2015 من قبل المحكمة العليا-غرفة شؤون الاسرة و الموارث.

الغرفة التجارية و البحرية

ملف رقم 0605566 قرار بتاريخ 2010 / 03 / 04

قضية (ع.م) ضد (ب.ب) و من معه

الموضوع: تقادم.

تفصيل الموضوع: أعمال تجارية-أرباح تجارية-دفاتر محاسبية.

المرجع القانوني: أمر رقم: 75-59 (قانون تجاري)، المواد: 9، 10 و 12، جريدة

رسمية عدد: 101.

أمر رقم: 75-58 (قانون مدني)، المادة: 309، جريدة رسمية عدد: 78.

المبدأ: انعدام حفظ الدفاتر المحاسبية، المعددة في المادتين 9 و 10 من القانون

التجاري، لمدة عشر سنوات، لا يعني سقوط الحق في الأرباح.

يفصل في التقادم، بناء على طلب الخصوم، ولا يثار تلقائياً من طرف القضاة.

و عليه فان المحكمة العليا

الوجه الاول: مأخوذ من مخالفة أحكام المادة 459 من ق ا م ا من أجل سوء

توجيه الدعوى،

الفرع الأول: سوء توجيه الدعوى ضد المدعي في الطعن كشخص طبيعي.

حيث يعيب الطاعن على القرار المطعون فيه اعتماده الأخذ بصفته كمسير وما ذلك إلا بفعل ان اسمه مذكور بالسجل التجاري، إلا أنه لم يحصل ذلك إلا لمجرد أنه هو الذي قام باجراءات القيد و لأن مختلف الادارات (مصالح الشرطة-ادارة الضرائب-السجل التجاري ... الخ) التي لا يمكن لها التعامل معه عدة شركاء، اشترطت من هؤلاء تعيين مخاطب واحد، فالشركاء الآخرون لكونهم اجراء أو غير مقيمين بالجزائر لم يتحملوا هذه المشقة، و الطاعن لكونه يتمتع بحرية أكثر ضحى للتكفل بهذه المهمة التي كرس لها وقته و صحته و بعض الأحوال ماله و بالتالي، لا يمكن للسجل التجاري ان يثبت لوحده صفته كمسير بمفهوم الشركة الكلاسيكية و على أي كان على المدعي توجيه دعواه ضد الشركة الفعلية (الفندق الكبير آغا) و ليس ضده كشخص طبيعي المضطر الى تناول أمواله الشخصية فضلا على انه لا يتقاضى أي راتب مقابل نشاطاته المجانية التي كان يقوم بها لصالح الفندق.

لكن حيث يتبين من القرار المطعون فيه انه استند على كل الوثائق المرفقة بالملف و على الخصوص السجل التجاري الذي يستشف منه ان الطاعن هو المسير للفندق موضوع النزاع، و لذلك اعتبر و عن حق، أن رفع الدعوى ضده كان على صواب.

حيث و من الثابت من تصريح الطاعن ذاته الشرفي المؤرخ في 03/07/2007، انه ذكر بأنه مسير للفندق، و بهذه الصفة لم يخالف المجلس المادة المذكورة بالوجه، مما يجعل الفرع غير سديد و يرفض ذلك.

الفرع الثاني: سوء توجيه الدعوى، بحيث ان النزاع قائم بين فريق (ب)، بدعوى أن حصة هؤلاء (اخوة و اخوات) العائدة لهم من الأرباح نتيجة استغلال الفندق، قد ورثوها عن أبيهم المرحوم (ب.ه) و الذين اعتبروا الطاعن مفقودا بعد ان ذهب للخارج منذ 1969 دون اعطاء أية معلومات و ان اختيه تؤكدان بشدة بأن حصته تعود لهما بقوة القانون وأن توزيع حصته بينهما يعد أمرا معترفا به من طرف جميع الشركاء بما فيهم المطعون ضده، و القرار المطعون فيه يشهد له بذلك.

حيث يكون النزاع لذلك قائما فيما بين فريق (ب.ه) الذين لهم أملاكاً أخرى مشاعة، فكان على المدعي توجيه دعواه ضد أختيه أو ذوي حقوقهما الذين كانوا أثناء فترة غيابه يتقاضون حصته من الأرباح و هو الأمر الذي لا يوجد من ينكره، و بفصله كما فعل يكون القرار المنتقد قد خالف المادة 459 من قانون الاجراءات المدنية.

لكن حيث وكما جاء في الرد عن الفرع الأول، فبعد أن تأكد القضاة من صفة الطاعن كمسير للفندق و رفع الدعوى كان على صواب، أوضحوا بأن المدعي لم يوكل عنه أي شخص لاستلام الارباح محله و عليه، فإن حقوقه في المال المشاع تبقى قائمة و محفوظة بصفته وارثا للمرحوم (ب.ه) الذي كان قيد حياته يملك في الشيوخ الفندق موضوع النزاع.

حيث أكدوا و عن حق، أن الخبرة هي التي تظهر الحقيقة و تحدد نصيب المكسظائف عليه و أن هذا الاجراء الأولي لا يمس بمصالح الأطراف، خاصة

و أنه أبدى استعداده لقبول حصته من الأرباح مهما كانت قيمتها بعد خصم كافة المصاريف التي أنفقها الأطراف.

حيث ان هذا التسبب قانوني و سليم ولم يخالف به القضاة المادة المذكورة بالوجه خاصة و أن الطاعن لم يثبت ما يدعي به بخصوص تقاضي الأختين حصة المدعي، مما يجعل الفرع غير سديد و يرفض لذلك.

الوجه الثاني: مأخوذ من مخالفة أحكام المادة 12 من القانون التجاري مع التجاوز في السلطة،

حيث ينعى الطاعن على المجلس أنه لم ير من الصواب تطبيق المادة المذكورة بالوجه التي تمسك بها و التي تنص على ان سجلات المحاسبة لا تحفظ لأكثر من عشر سنوات، و بذلك صادق على الحكم المستأنف الذي اعتمد لاخذ بمدة ثلاثين سنة، و يكون قد خالفها و تجاوز سلطته و يتعين نقض قراره المطعون فيه.

الوجه الثالث: مأخوذ من انعدام أو قصور الأسباب و انعدام الأساس القانوني، حيث يعيب الطاعن على المجلس عدم مناقشته للدفع الذي أثاره أمامه و المتمثل في أن تقديم الحسابات لمدة ثلاثين سنة مخالف لحكام المادة 12 من القانون التجاري التي تنص (بأن دفاتر المحاسبة لا يمكن حفظها إلا لمدة عشر سنوات). حيث ان عدم الرد على مقالات الأطراف يعد بمثابة انعدام الاسباب.

حيث أخذ المجلس ضمناً بمدة ثلاثين سنة من أجل تقديم الحسابات لكن دون ذكر النص القانوني الذي يسمح له بتفضيل مثل هذه المدة بدلا من الأخذ بمدة

عشر سنوات المحددة بالمادة سالفه الذكر، مما يجعل قراره منعدم الأساس القانوني كذلك و يتعين نقضه.

عن الوجهين معاً لارتباطهما:

حيث يتبين من القرار المطعون فيه انه اعتبر بأنه لا مجال لتطبيق المادة 309 من القانون المدني على أساس أن الأرباح الناتجة عن الأعمال التجارية لا تدخل ضمن الحقوق الدورية.

حيث أخذ القضاة ضمناً بما جاء بالحكم بخصوص احتساب أحقية المدعي المطعون ضده في الأرباح منذ 1977، ذلك ان المادة 12 من القانون التجاري تنص على الحفظ للدفاتر المحاسبية لمدة لا تتجاوز عشر سنوات ان وجدت ولا يعني ذلك سقوط الحق في الأرباح كذلك.

حيث ان مثل هذا التسبب كاف ذلك لأن الطاعن أكد على المادة 12 من القانون التجاري و ليس على التقادم المسقط، و لذلك فان انعدام هذه الدفاتر أو عدم حفظها لما يزيد عما هو مقرر بالمادة المذكورة سلفاً لا يضيع للمدعي حقه في الأرباح.

حيث ان الفصل في مدة تقادم هذا الحق يقرره القضاة بناء على طلب الأطراف و ليس تلقائياً، مما يجعل الوجهين غير سديدين يتعين رفضهما.

حيث و متى كان ذلك، يفرض الطعن بالنقض لعدم تأسيس الأوجه المثارة.

فلهذه الأسباب

تقضي المحكمة العليا

بقبول الطعن شكلا و برفضه موضوعا.

و ببقاء المصاريف على الطاعة.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ
2010/03/04 من قبل المحكمة العليا-الغرفة التجارية و البحرية.

(مجلة المحكمة العليا-العدد الاول 2015-ص 261)

ملف رقم 0870311 قرار بتاريخ 2015/03/12

قضية المعهد الوطني للملكية الصناعية ضد الشركة التركية Yaidiz

Holding Anonim Sirketi بحضور شركة الخدمات المهنية

(مجموعة ط.ا) للملكية الفكرية

الموضوع: ملكية صناعية.

تفصيل الموضوع: علامة-تسجيل علامة-وكيل معتمد في الملكية الصناعية.

المرجع القانوني: أمر رقم: 03-06 (علامات)، المادة: 13، جريدة رسمية عدد:
44.

مرسوم تنفيذي رقم: 05-276 (كيفية ايداع التصاميم الشكلية للدوائر
المتكاملة و تسجيلها): المادة: 5، جريدة رسمية عدد: 54.

مرسوم تنفيذي رقم: 08-345 (كيفية ايداع التصاميم الشكلية للدوائر
المتكاملة و تسجيلها، تعديل و تميم): المادة الاولى، جريدة رسمية عدد: 63.

أمر رقم: 75-58 (قانون مدني)، المادة: 574، جريدة رسمية عدد: 78.

المبدأ: يجب، ماعدا في حالة اتفاق متبادل، تمثيل طالب تسجيل علامة، مقيم في الخارج، أمام المصلحة المختصة، بوكيل معتمد في مجال الملكية الصناعية.

و عليه فان المحكمة العليا

الوجه الاول: مأخوذ من مخالفة القانون،

حيث ان الطاعن يعيب على القرار المطعون فيه خرق القانون على اعتبار أن القرار المرفق بتسجيل العلامتين المودعتين من طرف المطعون ضدها جاء بعد الدراسة سيما أنه يتنافى و ما تضمنته المادة 7 من الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات و المادة 3 من المرسوم التنفيذي 05-277 المؤرخ في 02 اوت 2005 ز تأسيسا على ذلك كان على المطعون ضدها الطعن في قرار الرفض هذا الذي تم تبليغه لوكيلها المدخل في الخصام و هذا باللجوء الى نص المادة 20 و 21 من الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات و ليس لها الحق في مطالبته أمام المحكمة بالزامه بتسليم شهادة التسجيل النهائي للعلامتين.

لكن حيث ان ما يثيره الطاعن بالوجه لا يتعلق بموضوع النزاع المنتهي بالقرار موضوع الطعن الحالي و الذي جمعه مع المطعون ضدها و قد انصب على الزامه بتمكينها من محضر شهادة التسجيل النهائي للعلامتين المودعتين بموجب محضر ايداع رقم 062237 و 062238 و احتياطيا تمكينها من تقرير عن وضع العلامتين مع القول هل تم الرفض النهائي أو المؤقت لهاتين العلامتين، و ليس مناقشة قرار الرفض كما جاء بالوجه فضلا عن ذلك، فانه لا يتبين من القرار المنتقد ان الطاعن سبق له أن أثار مثل هذه المناقشة أمام القضاة بل انه دفع فقط

بأن محامي المطعون ضدها الذي كلفته من أجل استلام هذه الوثائق غير مؤهل قانونا لاستلامها على اعتبار أن الوكالة المسلمة له غير قانونية، و عليه فان اثاره هاته المسألة لأول مرة أمام المحكمة العليا لا يمكن الأخذ بها، سيما أن القضاة أكدوا في قرارهم المنتقد أن الطاعن لم يثر لأي رفض من مصلحة للتسجيل النهائي للعلامتين المقدمة من المستأنف عليها منذ تاريخ 14 اوت 2006، مكتفيا بالتصريح بأن كل المحاضر هي بحوزة المدخل في الخصام، و عليه فان الوجه المثار يكون غير سديد و يرفض.

الوجه الثاني: مأخوذ من القصور في التسبيب،

حيث إن الطاعن ينعى على القرار المطعون فيه القصور في التسبيب على أساس أنه بالرجوع الى نص المادة 02/13 من الأمر 06/03 فان طالبي تسجيل العلامات المقيمين في الخارج ملزمون بتمثيلهم أمام المصالح المختصة من قبل وكيل معين وفقا للقوانين المعمول بها، و انه بالرجوع الى التعديل الوارد على المادة المذكورة أعلاه فانه يجب ان يمثل طالبوا تسجيل العلامات المقيمون في الخارج لدى المصلحة المختصة من قبل وكيل طبقا للكييفيات التي تحدد بقرار من الوزير المكلف بالملكية الصناعية، و عليه فان دفعه المتعلق برفض تسليم محامية المطعون ضدها الوثائق المتعلقة بالادعاءين مبرر ذلك أنها غير معتمدة في مجال الملكية الصناعية و ان أي تعامل معها يكون مخالفا للمادة 13 من الامر 06/03 و المادة 6 من القرار الصادر في 12 ماي 2009، و عليه فان القضاة لما اعتمدوا في الرد على هذا الدفع على المادة 574 قانون مدني المتعلق بالوكالة الخاصة

الممنوحة لدفاع الشركة التركية يكون قد شابوا قرارهم هذا بالقصور في التسبيب.

لكن لئن كان القضاة فعلا قد أخطئوا لما اعتبروا الوكالة الممنوحة لمحامي المطعون ضدها، هي وكالة قانونية معتمدين في ذلك على نص المادة 574 قانون مدني من جهة و على اساس المادة 06 من المرسومك 2005 / 277 معتبرين بأنها لم تشترط في الوكيل ان يكون ذلك الوكيل المعتمد بمفهوم القرار المؤرخ في 12 / 05 / 2009 و ان النص جاء واضحا و لم يجعل التمثيل يكون بوكيل معتمدا لدى الجهة الوصية في حين انه بالرجوع الى احكام المادة 13 من الامر 06 / 03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 انه عدا حالة اتفاق متبادل، يجب ان يمثل طالبوا الايداع المقيمون في الخارج أمام المصلحة المختصة بممثل يتم تعيينه وفقا للتنظيم الجاري به العمل و انه بالرجوع الى المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 345 / 08 المتضمن تحديد كفيات منح الاعتماد للوكلاء في مجال الملكية الصناعية انه من الثابت قانونا انه يجب ان يمثل طالبوا الايداع المقيمون بالخارج أمام المصلحة المختصة بممثل يتم تعيينه وفقا للتنظيم الجاري به العمل، و انه بالرجوع الى المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 345 / 08 المتضمن تحديد كفيات ايداع التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة و تسجيلها و المادة 06 من القرار المؤرخ في 12 ماي 2009 المتضمن تحديد كفيات منح الاعتماد للوكلاء في مجال الملكية الصناعية فان التمثيل لابد ان يكون من طرف وكيل معتمد في مجال الملكية الصناعية.

غير انه و من جهة ثانية فان مسألة مناقشة الوكالة هاته لم يعد لها أي تأثير على الدعوى الحالية مادام أن المعني بالأمر أقام الدعوى بصفته الشخصية و منه فان الوجه المثار غير سديد.

حيث متى كان كذلك تعين رفض الطعن.

حيث ان المصاريف على الطاعن.

فلهذه الاسباب

تقضي المحكمة العليا:

بقبول الطعن شكلا و برفضه موضوعا،

و بابقاء المصاريف القضائية على عاتق الطاعن.

بذا صدر القرار و وقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 2015/03/12 من قبل المحكمة العليا-الغرفة التجارية و البحرية-القسم الاول.

(مجلة المحكمة العليا-العدد الاول 2015-ص 267)

الغرفة الجنائية

ملف رقم 0804787 قرار بتاريخ 2015/02/19

قضية النيابة العامة و (ز.ا) ضد القرار الصادر في 2011/05/09

الموضوع: عقوبة

تفصيل الموضوع: حدث-تدابير الحماية و التهذيب-عقوبتا السجن أو الحبس - معيار عقوبة الحدث.

المرجع القانوني: أمر رقم: 66-156 (عقوبات)، المادة: 50، جريدة رسمية عدد: 49.

أمر رقم: 66-155 (اجراءات جزائية)، المادتان: 444 و 445، جريدة رسمية عدد: 48.

قانون رقم: 82-03 (اجراءات جزائية، تعديل و تتميم)، المادة الاولى، جريدة رسمية عدد: 7.

المبدأ: لا تتخذ، أصلاً، ضد الحدث، إلا تدابير الحماية و التهذيب.

تستبدل أو تستكمل هذه التدابير، استثناءً، بعقوبة الغرامة أو الحبس.

شروط تطبيق عقوبة الغرامة أو الحبس محددة في المادة 50 من قانون العقوبات، و منها نصف المدة، في حالة السجن أو الحبس المؤقت.

معيار معرفة العقوبة المقررة للحدث، هو قسمة الحدين الأدنى و الأقصى للعقوبة السالبة للحجرية و عقوبة الغرامة.

و عليه فان المحكمة العليا

عن الوجه الوحيد: المأخوذ من مخالفة القانون و الخطأ في تطبيقه،

حاصل ما يعيب به الطاعن على القرار المطعون فيه القضاء على المتهم الحدث بستة أشهر حبساً نافذاً مخالفاً بذلك أحكام المواد 50-53-87 مكرر 2/3 من قانون العقوبات.

حيث ان الأصل ألا تتخذ ضد الحدث إلا تدابير الحماية و التهذيب كما تنص على ذلك المادة 444 من قانون الاجراءات الجزائية إلا أن المشرع أجاز أن تستبدل أو تستكمل هذه التدابير استثنائيا بعقوبة الغرامة أو الحبس بموجب المادة 445 من قانون الاجراءات الجزائية و المادة 50 من قانون العقوبات إذا ما ارتأى المجلس أن ذلك ضروري نظرا لظروف أو شخصية المجرم الحدث على أن يكون الحكم معللا بشأن هذه النقطة.

و حيث ان المادة 50 من قانون العقوبات تنص على شروط تطبيق عقوبة الغرامة أو الحبس منها أن يكون الحدث عمره ما بين 13 و 18 سنة كما خفضت العقوبة مقارنة بتلك المطبقة على البالغين ما بين 10 الى 20 سنة حسباً إذا كانت السجن المؤبد أو الإعدام على البالغين و نصف المدة في حالة السجن أو الحبس المؤقت.

حيث ان الحالة الثانية تثير اشكالات في مجال التطبيق إذ يصعب تصور العقوبة التي يقضي بها على البالغ حتى يسوغ تطبيق نصفها على الحدث مادام هناك حد أدنى و حد أقصى للعقوبة المقررة لذا فان المعيار الذي يعتمد في معرفة العقوبة المقررة للحدث هو قسمة الحد الأقصى و الحد الأدنى على اثنين للحصول على الحد الأدنى و الأقصى بالنسبة للحدث فإذا كانت العقوبة المقررة للبالغ من 10 الى 20 سنة يقسم الحد الأول على 02 ليصبح 05 و الثاني على اثنين ليصبح 10 فتكون العقوبة المقررة للحدث ما بين 05 و 10 سنوات و إذا كانت ما بين 01 سنة و 05 سنوات تصبح من 06 أشهر الى 30 شهرا و نفس المعيار بالنسبة للغرامة.

و حيث بالرجوع حينئذ الى القرار المطعون فيه يتضح ان العقوبة المقررة للحدث بشأن جرم الانخراط في جماعة ارهابية تتراوح مدتها ما بين 05 و 10 سنوات و بافادته بظروف التخفيف كما هو الشأن في قضية الحال فإن العقوبة الواجبة التطبيق يجب ألا تقل عن سنة حبسا.

و حيث أن غرفة الأحداث قد نزلت بالعقوبة إلى مادون ما هو مسموح به قانونا بتطبيقها لعقوبة ستة أشهر حبسا بعد ثبوت إدانة الحدث تعين اعتبار الوجه المثار في محله و ترتب عن ذلك نقض القرار المطعون فيه.

فلهذه الاسباب

تقضي المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، القسم الأول:

بقبول طعن النائب العام شكلا و موضوعا.

بنقض القرار المطعون فيه و احالة القضية و الأطراف أمام نفس غرفة الاحداث مشكلة تشكيلا آخر للفصل فيه من جديد وفقا للقانون.

ابقاء المصاريف على الخزينة العامة.

بذا صدر القرار بالتاريخ المذكور اعلاه من قبل المحكمة العليا-الغرفة الجنائية-

القسم الاول.

(مجلة المحكمة العليا-العدد الاول 2015-ص 381)

ملف رقم 0811541 قرار بتاريخ 2015 / 04 / 23

قضية النيابة العامة و (ع.ر) و الوكالة القضائية للخزينة العمومية ضد

الحكم الجنائي الصادر الصادر في 2011 / 06 / 13

الموضوع: عقوبة

تفصيل الموضوع: مصادرة-محكمة الجنايات-محجوزات-رخصة السياقة.

المرجع القانوني: أمر رقم: 66-156 (عقوبات)، المادة: 16 مكرر 4، جريدة رسمية عدد: 49.

قانون رقم: 06-23 (عقوبات، تعديل و تميم)، المادة: 8، جريدة رسمية عدد: 84.

المبدأ: يتعرض للنقض، الحكم الناطق بمصادرة رخصة السياقة.

يمكن، قانونا، للقاضي الحكم بتعليق أو سحب أو إلغاء رخصة السياقة، مع المنع من استصدار رخصة جديدة.

و عليه فان المحكمة العليا

عن الوجه الثاني: المأخوذ من مخالفة القانون و الخطأ في تطبيقه مسبقا.

من أن المحكمة قضت بمصادرة المحجوزات و من بينها رخصة السياقة، مخالفة لنص المادة 16 مكرر 4 من قانون العقوبات.

حيث ان هذا النعي في محله، حيث من الثابت انه يجوز للجهة القضائية الحكم بتعليق أو سحب رخصة السياقة أو إلغائها مع المنع من استصدار رخصة جديدة.

حيث قضت المحكمة علاوة عن العقوبة الأصلية بمصادرة المحجوزات. حيث بالرجوع لمحضر ضبط أدلة الإقناع الذي يحتوي على المحجوزات تعالين المحكمة العليا أن رخصة السياقة التي طالبت النيابة العامة بسحبها توجد ضمن

المحجوزات التي تمت مصادرتها مخالفة لنص المادة 16 مكرر من قانون العقوبات ما يعرض الحكم للنقض في هذه النقطة.

فلهذه الأسباب

تقضي المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، القسم الثالث:

بألا وجه للفصل في طعن المتهم (ع.ر).

بعدم قبول طعن الطرف المدني الوكيل القضائي للخزينة العمومية شكلا.

بقبول طعن النيابة العامة شكلا.

بنقض الحكم الصادر عن محكمة الجنايات بالمدية بتاريخ 13 جوان 2011

جزئيا فيما قضى بمصادرة رخصة السياقة و باحالة القضية و الأطراف على نفس

الجهة القضائية مشكلة تشكيلا آخر للفصل فيها من جديد وفقا للقانون.

و المصاريف القضائية على عاتق الخزينة العامة.

بذا صدر القرار بالتاريخ المذكور أعلاه من قبل المحكمة العليا-الغرفة الجنائية-

القسم الثالث.

(مجلة المحكمة العليا-العدد الاول 2015-ص 385)

غرفة الجنب و المخالفات

ملف رقم 455320 قرار بتاريخ 29 / 07 / 2009

قضية النيابة العامة ضد (ب.ا)

الموضوع: ترك الاسرة

تفصيل الموضوع: اهمال رعاية الأولاد

المرجع القانوني: أمر رقم: 66-156 (عقوبات)، المادة: 330، جريدة رسمية عدد: 49.

قانون رقم: 06-23 (عقوبات، تعديل و تتميم)، المادة: 38، جريدة رسمية عدد: 84.

المبدأ: لا يقتصر رفع الشكوى، في جريمة إهمال رعاية الأولاد، على أحد الوالدين فقط.

ترك المشرع ممارسة المتابعة القضائية لمثل الحق العام، متى وصل إلى علمه الإهمال و بلغ به.

و عليه فان المحكمة العليا

عن الوجه الوحيد: المأخوذ من مخالفة القانون و الخطأ في تطبيقه،

بدعوى ان قضاة المجلس برروا قرارهم بموجب الحيشة التالية: (حيث انه بالرجوع الى نص المادة 330 من ق ع الفقرة الاخيرة فان المشرع قيد تحريك الدعوى العمومية على تقديم شكوى عن الزوج المتروك حيث يمكن متابعة الزوج بجنحة الإهمال العائلي و هذا ما لم يحصل في قضية الحال وعليه قرر المجلس إلغاء الحكم المستأنف فيه و الفصل من جديد ببطلان اجراءات المتابعة).

حيث ان حاصل ما تنعاه النيابة العامة على القرار المطعون فيه الفساد في الاستدلال و القصور في التسبب ذلك ان الشاكية في دعوى الحال هي جدة لأم كون الزوجة متوفية و ان الأولاد يوجدون عند الجدة و ان موجبات المادة 330 / 03 من ق ع قائمة في حق المتهم لأن القانون لا يشترط في هذه الحال رفع الشكوى عن الزوج المضرور و بالتالي فإن قضاة المجلس شاب قرارهم القصور في التسبب لعدم مناقشة أدلة الملف بموضوعية لأن القضية تتعلق برعاية و إهمال الأولاد مما يستوجب نقض و إبطال القرار المطعون فيه.

حيث ان قضاة الموضوع تجاهلوا أحكام الفقرة الثالثة من المادة 330 من ق ع التي تجرم إهمال رعاية الأولاد و عدم القيام بالإشراف الضروري عليهم و التي لا تشترط رفع الشكوى من أحد الزوجين المتروك و التي تركها المشرع لممثل الحق العام يمارس المتابعة القضائية بمقتضاها متى بلغ بها أو وصل إلى علمه بها و لم يتركها بيد أحد الزوجين المتضررين فقط كما هو الشأن بالنسبة للحالتين الميئتين بالفقرتين الاولى و الثانية من نفس المادة لاسيما و انه في قضية الحال فان الزوجة متوفية.

حيث ان قضاة الموضوع بقفزهم على الفقرة الثالثة من المادة 330 / 03 من ق ع ودون مناقشة أركانها ولا الوقائع المنسوبة للمتهم المطعون ضده و تمسكهم فقط بالفقرة الاخيرة من المادة 330 من ق ع يكونون بقضائهم كما فعلوا قد تجاهلوا الفقرة الثالثة منها و لم يسببوا قرارهم تسببا قانونيا كافيا و أخطأوا في تطبيق

القانون مما ينبغي التصريح بأن الطعن مؤسس و ينجر عنه نقض و ابطال القرار المطعون فيه.

حيث ان المصاريف القضائية تقع على خاسر الطعن طبقا للمادة 524 / 02 من ق
اج ج.

فلهذه الاسباب

تقضي المحكمة العليا

بقبول الطعن شكلا و تأسيسه موضوعا و بنقض و ابطال القرار المطعون فيه و
احالة القضية و اطرافها امام نفس المجلس بتشكيلة قضائية مغايرة للفصل فيها
من جديد و طبقا للقانون.

و بجعل المصاريف القضائية على عاتق المطعون ضده.

بذا صدر القرار بالتاريخ المذكور اعلاه من قبل المحكمة العليا-غرفة الجench و
المخالفات-القسم الرابع.

(مجلة المحكمة العليا-العدد الاول 2015-ص 417)

ملف رقم 0553069 قرار بتاريخ 2015 / 01 / 29

قضية النائب العام و (ن.ن) و ادارة الجمارك ضد (ش.م)

الموضوع: تهريب

تفصيل الموضوع: حائز بضاعة محل الغش-مسؤولية عن الغش.

المرجع القانوني: قانون رقم: 79-07 (جمارك)، المادة 303، جريمة رسمية،

عدد: 30.

أمر رقم: 05-06 (مكافحة التهريب)، جريدة رسمية عدد: 59.

المبدأ: تقوم المسؤولية عن الغش، في المجال الجمركي أو الجبائي، بالنسبة لحائز البضاعة محل الغش، بغض النظر عن علمه بطابعها الاجرامي.

و عليه فان المحكمة العليا

حول طعن النائب العام

عن الوجه الوحيد: المأخوذ من القصور في التسبب و المؤدي الى النقض،
من حيث ان قضاة المجلس لم يسببوا قرارهم تسبباً كافياً بالنسبة للمتهم (ش.م)
إذ لم يناقشوا الوقائع و الجرم المتابع به و لم يبينوا عناصره كما تستوجبها المادة 379
من قانون الاجراءات الجزائية مما يعرض القرار للنقض و الابطال.
حيث انه يستفاد من مراجعة القرار المطعون فيه بأن قضاة المجلس ألغوا الحكم
المستأنف فيما قضى به بالنسبة للمتهم (ش.م) و صرحوا ببرائته من جرم
التهريب مؤسسين قضاءهم على شهادة المتهم (ن.ن) و ذلك خلافا لما تقتضيه
قواعد الاثبات في المادة الجمركية.

حيث انه متى كانت الوقائع المنسوبة ارتكابها للمتهم (ش.م) تتمثل في التهريب
و هي ذات وصف جمركي فإنه كان يترتب على قضاة المجلس حال تصديهم
للقضية مناقشة الافعال المرتكبة و تبيان مدى توفر أركانها وفقا لقواعد الاثبات
المحددة في قانون الجمارك و الأمر 06/05 باعتباره حاز البضاعة محل الغش
بصفته سائقا للشاحنة المحجوزة وعليه لما كان قضاءهم خلاف ذلك فإن ما
ساقه من تعليل لقرارهم المنتقد يشكل قصورا في التسبب المعادل لخرق القانون

مما يجعل الوجه المثار سديد و يؤدي الى التصريح بنقض و ابطال القرار المطعون فيه.

حول طعن المتهم (ن.ن):

عن الوجه الاول: المأخوذ من خرق قاعدة جوهرية في الاجراءات، و المرفوع من طرف الاستاذة بوقفة عبد المجيد،

من حيث انه بالرجوع الى القرار المطعون يتضح بأنه خاليا من الاشارة الى أن الكلمة الأخيرة قد أعطيت للمتهم طبقا للمادة 431 من قانون الاجراءات الجزائية.

لكن الثابت من استقرار بيانات القرار محل الطعن بأن قضاة المجلس أشاروا إلى ان الكلمة الاخيرة كانت للمتهمين وذلك عكس ما ينعاه الطاعن مما يجعل الوجه الاول بدون اساس القانوني.

عن الوجه الثاني: المأخوذ من القصور في التسبيب، و المثار من طرف الاستاذ بوقفة عبد المجيد،

من حيث ان قضاة الموضوع لم يبينوا في قرارهم كيف توصلوا الى حساب الغرامة الجمركية مما يجعله مخالفة لنص المادة 500 / 4 من قانون الاجراءات الجزائية و يعرضه للنقض و الابطال.

حيث انه بالرجوع الى ما انتهى اليه قضاة المجلس في قرارهم بالنسبة للغرامة الجمركية يتضح بأنهم استندوا في حساب الغرامة الجمركية المقضى بها على المتهم الطاعن على طلبات الجمارك الواردة في مذكرتها و التي يؤولها قانونا حق تقويم

البضاعة وتقدير قيمتها طبقاً لأحكام المواد 16 و98 و337 من قانون الجمارك و
منه تعين القول بعدم سداد ما ينعاه الطاعن في الوجه الثاني.

عن الوجه الأول: المأخوذ من مخالفة قاعدة جوهرية في الاجراءات، و المثار من
طرف الاستاذ بلكرم هادي،

من حيث ان القرار المطعون فيه لم يشر الى الكلمة الأخيرة كانت للمتهم مما
يشكل خرقاً لقواعد جوهرية في الاجراءات و يعرضه للنقض و الابطال.

حيث ان الثابت من استقراء ما ورد في القرار المطعون فيه لاسيما بيان وقائع
الدعوى يتبين جلياً بأن قضاة الموضوع أشاروا في الحاشية التاسعة الى ان الكلمة
الاخيرة كانت للمتهمين مما يجعل الدفع المثار في الوجه الاول بدون اساس
قانوني.

عن الوجهين الثاني و الثالث: المأخوذ من القصور في التسبيب، و المرفوع من
طرف الاستاذ بلكرم هادي لتطابقهما،

من حيث ان القرار المطعون فيه لم يناقش اعتراف المتهم الطاعن و لم يبين عناصر
الملف التي اعتمد عليها في ادانته للطاعن و استبعد قضاة المجلس الدفع المثار من
طرف الطاعن بخصوص القرار المؤرخ في 17 جويلية 2007 و لم يبرزوا الكيفية
التي توصلوا بها الى الزام المتهم (ن.ن) بأدائه لادارة الجمارك مبلغ
(8.189.000.00 دج) مما يعرض قرارهم للنقض و الابطال.

حيث انه يستخلص من خلال ما ورد في القرار المطعون فيه تأسيساً لادانة المتهم
الطاعن بجرم التهريب بأن قضاة المجلس اعتمدوا على المعائنات المسجلة في

محضر الضبط الجمركي غير المطعون في صحته و الذي يفيد حالة التلبس لحيازة المتهم لمواد مهربة و عدم حيازته للوثائق التي تثبت شرعية مصدرها طبقا للمواد القانونية محل المتابعة والتي لا تتعلق بأحكام المادة 220 من قانون الجمارك، و انتهوا الى الزام المتهم الطاعن بغرامة جمركية قدرها 8.189.000.00 دج وفقا لما تقدمت به ادارة الجمارك من طلبات مكتوبة و التي يؤولها الاختصاص في تقويم البضاعة و تحديد قيمتها طبقا لأحكام قانون الجمارك و الأمر 06/05، و عليه فان ما يثيره الطاعن في الوجهين الثاني و الثالث غير مؤسس يتعين معه التصريح برفض الطعن.

حول طعن ادارة الجمارك:

عن الوجه الوحيد: المأخوذ من مخالفة القانون و المؤدي الى النقض،
من حيث ان القرار المطعون فيه خالف أحكام المادة 303 من قانون الجمارك لما أخرج المتهم (ش.م) من الخصام كونه مسؤولا عن الغش بصرف النظر عن علمه بالبضاعة و طابعها الاجرامي و عليه يتعين نقض و ابطال القرار المذكور.
حيث انه يستفاد من مراجعة مقتضيات القرار المطعون فيه بان قضاة المجلس قضوا في الدعوى الجمركية باخراج المتهم المدعى عليه في الطعن (ش.م) من الخصام على اساس انه لا يستفيد هو الآخر من أعمال التهريب التي قام بها المتهم (ن.م) و ذلك دون مناقشة مركزه القانوني في الدعوى الجمركية وفقا لأحكام المواد 303 وما يليها من قانون الجمارك.

حيث انه عملاً بنصوص المواد 303 و ما يليها من قانون الجمارك فان المسؤولية عن الغش في المجال الجمركي أو الجبائي تقوم بالنسبة لحائز البضاعة بغض النظر عن عمله بطابعها الاجرامي، و تقوم هذه المسؤولية كلما ثبت الحيازة للبضاعة محل الغش بمفهومها القانوني باعتبار ان الحائز هو كل من أحيط به بأية صفة كانت رقابة الشيء أو حراسته، أضف الى ذلك بأن المادة 316 جعلت المسؤولية تضامنية بين الأشخاص الذين يرتكبون نفس الغش، و عليه فإنه كان يتعين على قضاة المجلس في قضية الحال التطرق للمركز القانوني للمدعى عليه في الطعن في الدعوى الجمركية بالنظر الى النصوص القانونية المذكورة، و من ثمة لما ذهبوا في قضائهم الى خلاف ذلك فإن ما اعتمدوا عليه من تعليل و تأسيس لقرارهم يشوبه التناقض و الغموض و يشكل مخالفة للقانون و خطأ في تأويله مما يفيد الى القول بسداد الوجه المثار و القضاء بنقض و ابطال القرار المطعون فيه بشقه الجبائي.

فلهذه الاسباب

تقضي المحكمة العليا

في الشكل: بقبول الطعن بالنقض شكلاً.

في الموضوع: القول بعدم تأسيس طعن المتهم (ن.ن) موضوعاً. و القضاء برفضه. القول بتأسيس طعني النائب العام و ادارة الجمارك موضوعاً و القضاء بنقض و ابطال القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء تبسة بتاريخ 30 جانفي

2008 و احالة القضية و الاطراف أمام نفس المجلس مشكلا من هيئة اخرى للفصل فيها طبقا للقانون.

تحميل المتهم المصاريف القضائية.

بذا صدر القرار بالتاريخ المذكور اعلاه من قبل المحكمة العليا-غرفة الجرح و المخالفات-القسم الثالث.

(مجلة المحكمة العليا-العدد الاول 2015-ص 421)

الغرفة الاجتماعية

ملف رقم 0766452 قرار بتاريخ 06 / 06 / 2013

قضية الصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية للعمال الأجراء ضد (ب.م) و

مؤسسة الزجاج و المواد الكاشطة

الموضوع: انتهاء علاقة العمل

تفصيل الموضوع: تقاعد-عجز عن العمل.

المرجع القانوني: قانون رقم: 83-11 (تأمينات اجتماعية)، المادتان: 33 و 36،

جريدة رسمية عدد: 28.

المبدأ: يتعرض للنقض، من أجل مخالفة القانون، الحكم القضائي، المعين من جهة، عجز العامل المقدر بنسبة 80٪، و الملزم، من جهة اخرى المستخدم بتوفير منصب عمل ملائم له.

و عليه فان المحكمة العليا

عن الوجه الأول و الوحيد في العديد من فروع: المتمثل في انعدام الأساس القانون مع انعدام التسبب و القصور في التسبب المادة 358 / 8، 9، 10 من ق.ا.م.ا،

بدعوى ان القرار المطعون فيه أيد الحكم مصادقا بذلك على تقرير الخير بالرغم من انه هاته الخبرة كانت متناقضة في حد ذاتها من جهة الخير منح للمطعون ضده نسبة 80٪ و من جهة أخرى اقترح إمكانية عودته للعمل و هذا التناقض من شأنه القضاء باستبعاد الخبرة.

كما أن القرار المطعون فيه يفتقر لأدنى أساس أو تسبب قانوني يبرر ما قضى به كما لم يجب عن دفع الصندوق الطاعن الرامية الى التناقض الذي تضمنته الخبرة المصادق عليها من جهة و من جهة اخرى الدفع المتعلق بسبق الفصل في وجود العديد من الأحكام و القرارات و سكوت القرار المطعون فيه عن مناقشة هته الدفع يعد بمثابة السهو عن الفصل في أحد الطلبات الأصلية و هو وجه آخر ينجر عنه النقض و الإبطال.

لكن حيث و طبقا لنص المادة 565 من ق ا م ا يجب ألا يتضمن الوجه المتمسك به إلا حالة واحدة من حالات الطعن بالنقض بعد تحديدها ذلك تحت طائلة عدم قبوله.

و حيث ان الطاعن حدد الوجه على أساس انعدام الأساس القانوني، مع انعدام التسبب و القصور في التسبب و أضاف في مناقشة الوجه السهو عن الفصل في

أحد الطلبات، و هم أوجه مختلفة نصت عليها المادة 358 في فقراتها 8-9-10 و 17 من ق ا م ا و بالتالي فان الوجه مركب و يعد غير مقبول.

عن الوجه المثار تلقائيا من طرف المحكمة العليا: المأخوذ من مخالفة القانون، حيث ان حالة العجز تقدر على أساس ما بقي من قدرة المؤمن له على العمل و حالته العامة و عمره و قوته البدنية و العقلية و مؤهلاته و تكوينه المهني كما نصت عليه المادة 33 من القانون 11 / 83 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية و المادة 36 من نفس القانون صنفت العجز الى ثلاثة أصناف من حيث تحضير مبلغ المعاش، الصنف الأول خاص بالعجزة القادرين على ممارسة نشاط مأجور، الصنف الثاني خاص بالعجزة الذين يتعذر عليهم القيام بأي نشاط مأجور و يحتاجون الى مساعدة من غيرهم.

و حيث يتبين من القرار المطعون فيه ان قضاة المجلس رغم استنتاجهم من تقرير الخبرة ان نسبة العجز قدرت ب 80٪ و تدخل في نطاق العجز من الصنف الثاني و بالتالي فانه يتعذر على المطعون ضده القيام بأي نشاط مأجور طبقا للمادة 36 السالف ذكرها ألزموا المؤسسة المستخدمة بتخصيص له منصب عمل يتلاءم و وضعيته الصحية، و بذلك يكونوا خالفوا القانون لاسيما المادة 36 من القانون 11 / 83 السالف ذكره و عرضوا قرارهم للنقض و الابطال الجزئي.

حيث ان المصاريف القضائية يتحملها المطعون ضده طبقا للمادة 378 من ق.ا.م.ا.

فلهذه الاسباب

قررت المحكمة العليا

من حيث الشكل: قبول الطعن شكلاً.

من حيث الموضوع: نقض و ابطال القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء سعيدة بتاريخ 2010/11/08 جزئياً فيما قضى بالزام المؤسسة بتمكين المطعون ضده من منصب عمل مناسب و حالته الصحية و احوالة القضية و الأطراف على نفس المجلس مشكلاً من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد وفقاً للقانون. و تحميل المطعون ضده المصاريف القضائية.

بذا صدر القرار و وقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 2013/06/16 من قبل المحكمة العليا-الغرفة الاجتماعية-القسم الثاني.

(مجلة المحكمة العليا-العدد الاول 2015-ص 339)

ملف رقم 0808151 قرار بتاريخ 2013/06/06

قضية الصندوق الوطني للتقاعد ضد (ف.ع)

الموضوع: انتهاء علاقة العمل

تفصيل الموضوع: تقاعد-تقاعد دون توفر شرط السن-خدمة وطنية.

المرجع القانوني: قانون رقم: 83-12 (تقاعد)، المواد: 6، 6 مكرر و 11، جريدة رسمية عدد: 28.

أمر رقم 97-13 (تقاعد، تعديل و تتميم)، المادة: 2، جريدة رسمية عدد: 38.

المبدأ: تعد الخدمة الوطنية في حكم فترة عمل و تدخل في حساب مدة (32 سنة)، المقررة للاستفادة من معاش التقاعد، من دون توفر شرط السن.

و عليه فان المحكمة العليا

عن الوجهين الأول و الثاني لتكاملهما و ارتباطهما: المأخوذ من القصور في التسبب و مخالفة القانون،

بدعوى ان الطاعن تمسك أمام قضاة الاستئناف بعدم احتساب فترة الخدمة الوطنية في حساب منحة معاش التقاعد دون شرط الستين كون المطعون ضده أحيل على التقاعد بناء على طلبه في اطار أحكام الأمر 13 / 97 و ان المادة 6 مكرر منه حددت على سبيل الحصر الحالات التي تدخل في احتساب منحة المعاش و ليست منها الخدمة الوطنية كفترة عمل و ان قضاة الموضوع باحتسابهم لها خالفوا القانون لاسيما أحكام الأمر 13 / 97 و المادة 6 مكرر منه.

لكن حيث ان المادة 06 من قانون 12 / 83 المعدل و المتمم نصت على امكانية استفادة العامل من معاش التقاعد باستيفاء شرطين الأول بلوغ سن 60 سنة من العمر على الأقل و الثاني قضاء خمسة عشر سنة على الاقل في العمل و استثناء نصت المادة 06 مكرر منه على امكانية منح معاش التقاعد قبل السن المنصوص عليها في المادة 06 أعلاه في حالة اتمام العامل الأجير لمدة عمل فعلي نتج عنها دفع اشتراكات تعادل اثنتين و ثلاثين سنة على الاقل و أشارت بعدها الى الحالات التي تدخل ضمن حساب مدة العمل الفعلي وفق الشروط المنصوص عليها في المادة 14 من هذا القانون دون الاتيان على حالة الخدمة الوطنية و هو السند الذي يعتمد عليه الطاعن في عدم احتساب مدة الخدمة الوطنية كعمل فعلي في الاستفادة من التقاعد النسبي بيد أن هذا التفسير في غير محله لأن المادة

11 من نفس القانون و في فقرتها الخامسة نصت على أن فترة الخدمة الوطنية تعد في حكم فترات العمل و هي بذلك تكمل الفقرة الأولى من المادة 06 مكرر المشار اليها و تكمل بالتالي عدة اثنتين و ثلاثين سنة لحساب منح معاش التقاعد دون شرط 60 سنة و يكون بذلك قضاة الموضوع باحتسابهم مدة الخدمة الوطنية في حساب التقاعد دون شرط السن قد طبقوا صحيح القانون و سببوا قضاءهم التسبب الكافي.

حيث انه بذلك يصبح الوجهان غير مؤسسين و يتعين معه رفض الطعن.
حيث ان خاسر الدعوى يتحمل المصاريف القضائية وفقا لنص المادة 378 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية.

فلهذه الأسباب

قررت المحكمة العليا

قبول الطعن شكلا و رفضه موضوعا.

و المصاريف القضائية على الطاعن.

بذا صدر القرار و وقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ

06 / 06 / 2013 من قبل المحكمة العليا-الغرفة الاجتماعية-القسم الثالث.

(مجلة المحكمة العليا-العدد الاول 2015-ص348)

recours contre ses décisions, il est difficile de considérer le Conseil constitutionnel comme une Cour suprême dans la mesure où il a une compétence limitée. C'est la Cour de cassation et le Conseil d'Etat qui demeurent suprêmes en France, chacun dans son domaine, en droit privé et en droit administratif. (Marie-Anne Cohendet, Droit constitutionnel, Paris 2017 p. 64 n° 1611).

Sans prétendre en faire une conclusion, l'on peut, pour terminer élargir l'investigation aux pays de l'Afrique de succession coloniale française. L'exception d'inconstitutionnalité est à peu près partout présente :

L'exception d'inconstitutionnalité en Afrique francophone:

Bénin (art. 122 de la Constitution), Burkina (art. 157), Congo Brazza (art. 180), Centrafrique (art. 77), Côte d'Ivoire (art. 96), Gabon (art. 86), Guinée (art. 94), Madagascar (art. 118), Maroc (art. 133), Niger (art. 132), Sénégal (art. 92), Tchad (art. 166), Togo (art. 104) et Tunisie (art. 123). La lecture des Constitutions et des lois organiques montre que, souvent, il n'y a pas de filtre entre le juge du fond et le Conseil ou la Cour constitutionnelle. On verra si cela se traduit par un surcroît de travail pour l'institution chargée de vérifier la constitutionnalité des lois. Cela dépend du degré d'appropriation par les citoyens de cette procédure somme toute médiocrement lisible. Les questions demeurent, nombreuses. Nul doute de nos collègues gabonais et sénégalais nous aident à y répondre.

QPC). Plus généralement, l'annulation par le Conseil constitutionnel d'une loi attaquée doit être appliquée à tous les litiges ultérieurs, par la Cour de cassation et par le Conseil d'Etat. Quant au dialogue des juges, il peut être élargi à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) lorsqu'il y a un problème d'application d'une directive européenne. Ainsi en 2016, lorsqu'une dame se plaint d'avoir été imposée alors qu'elle s'est installée en Belgique, affirmant que c'est contraire à l'égalité devant l'impôt, le Conseil d'Etat ne transmet pas le recours au Conseil constitutionnel mais à la CJUE et prévoit que la demande sera réexaminée en cas de réponse positive de cette dernière (CE Ass. 31 mai 2016 n°393881).

L'essentiel reste sans doute à venir. Pour que le Conseil constitutionnel puisse être considéré par tous comme une véritable juridiction, il doit répondre à plusieurs conditions, ce que la Cour européenne des droits de l'homme peut être amenée à apprécier ce qui risque de contraindre à des adaptations importantes. Il convient que le conseil se présente en juge impartial ce qui pose le problème de la récusation de certains membres ; en ce sens, le règlement intérieur du Conseil constitutionnel prévoit qu'un membre peut décider de s'abstenir de siéger. Devant lui, la procédure doit être véritablement contradictoire et, de fait, depuis 2011, il accueille les citoyens concernés et leurs avocats tandis que le secrétaire général du gouvernement défend la loi. Enfin, il est nécessaire la procédure soit parfois publique, ce que permettent d'une certaine façon, des caméras placés dans la salle de réunion, avec transmission dans une autre salle de 49 places. Les moyens à sa disposition devraient être renforcés et d'abord les moyens humains, actuellement limités à 55 personnes, réparties entre le greffe et les services juridique, administratif et financier, de la bibliothèque, de presse. Il est vrai que le Conseil bénéficie en outre de l'aide de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat. A noter, par comparaison, que ce dernier rassemble 230 juges et 400 agents. Même s'il n'y a pas de

mêmes termes par le juge du fond et par la juridiction suprême (Cour de cassation ou Conseil d'Etat) : le premier doit vérifier que « la question n'est pas dépourvue de caractère sérieux » (art. I de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009) ; quant à la Cour de cassation et au Conseil d'Etat, ils doivent vérifier que la question « présente un caractère sérieux » (art. I de la loi organique). Si les mots ont un sens, cela implique une condition plus forte au titre du second filtre qu'avec le premier. A noter qu'assez sagement, la loi organique algérienne ne fait pas une telle distinction. Si le premier tribunal saisi refuse de transmettre, il n'y a pas de recours possible contre cette mesure, pour ne pas retarder le procès mais un appel reste possible dans le cadre d'un recours contre la décision réglant le litige.

La QPC encourage le « dialogue des juges », formule à la mode fondée sur l'idée que les magistrats ne s'opposent pas, qu'ils dialoguent, analyse parfois exagérément apaisée des rapports entre juridictions. Ainsi, à propos de la notion de « sérieux », la Cour de cassation et le Conseil d'Etat s'efforcent d'avoir une conception commune, avec une différence minime cependant : la Cour de cassation motive plus longuement que le Conseil d'Etat. Une seconde différence tient à ce que le caractère sérieux n'est pas apprécié de façon tout à fait semblable par le Conseil d'Etat et par la Cour de cassation : cette dernière refuse parfois la transmission en considérant que son interprétation du texte rend le renvoi inutile, ce qui ne correspond pas toujours au vœu du Conseil constitutionnel. Il arrive aussi que la confirmation de la loi attaquée soit accompagnée par le Conseil constitutionnel d'une « réserve d'interprétation » : la Cour de cassation et le Conseil d'Etat doivent veiller à ce qu'elle soit respectée. Comme exemple, l'on peut citer le cas d'un recours contre la formule permettant de rejeter une réclamation concernant une amende forfaitaire : cette formule est maintenue mais fait l'objet d'une réserve d'interprétation (Cons. const. 7 mai 2015, n° 2015-467

populaire que ce soit. Au cours de la vingtaine d'années qui ont précédé cette innovation, la position des grands mouvements politiques a varié en fonction de l'origine des propositions. En 1990, le contrôle par voie d'exception est suggéré par François Mitterrand : les socialistes y sont favorables et la droite sénatoriale hostile ; finalement le projet est abandonné. En 2008, la QPC notamment fait figure du projet de Nicolas Sarkozy : les socialistes y sont hostiles et la droite favorable ; finalement l'ensemble de la réforme est adopté à une voix de majorité. Entre ces deux dates, rares sont les personnalités qui n'ont pas varié sur ce sujet.

La QPC suscite quelques réserves, y compris parmi les constitutionnalistes. Olivier Gohin condamne une « réforme indigeste des institutions, élaborée en moins d'un an, bien à distance du peuple » (Droit constitutionnel, Paris 2016 p. 1140, n° 1006). Olivier Duhamel et Guillaume Tussaud, pour leur part, déplorent un « système (...) un peu compliqué, la justice un peu ralentie » ; ils concluent cependant : « le prix à payer reste modeste » (Droit constitutionnel et institutions politiques, Paris 2016, p. 915). Ce sont les trois niveaux de juridictions qui posent problème, encore que des efforts considérables aient été faits pour accélérer la procédure, notamment avec la règle des deux fois trois mois, avec le passer outre prévu si la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat tarde à se prononcer, enfin avec le constat que le Conseil constitutionnel a toujours respecté les délais qui lui étaient imposés. Le rôle de filtre des juridictions de droit commun a déjà été évoqué dans le cadre de ce séminaire. On peut donc le ramener à trois conditions que le recours doit satisfaire. Il doit être décisif (c'est-à-dire applicable au litige et ayant des conséquences sur sa solution), nouveau (donc ne portant pas sur une loi déjà examinée et approuvée) et sérieux (en se référant à la signification juridique du terme, donc avec un degré d'exigence plus important que pour le sens commun). En outre ce caractère sérieux n'est d'ailleurs pas exigé dans les

juridictionnelle. C'est particulièrement le cas pour le référé suspension : en 2016 une Américaine domiciliée en France demande, en utilisant la procédure du référé suspension, que ne soit pas rendue publique la liste des trucs qui gèrent sa fortune et elle introduit une QPC contre une loi de 2013 qui prévoit cette publicité ; le CE transmet au Conseil constitutionnel et suspend la publication (CE juge des référés, 22 juillet 2016, n° 410833 : une dame)

III - Effets sur l'évolution de la justice constitutionnelle

Si l'on prend comme critère le jugement porté par les principaux et plus récents manuels de droit constitutionnel à propos de la QPC, il apparaît que, bien qu'ils aient été inégalement associés à la réforme de 2008 par l'intermédiaire du comité Ballardur, les juristes spécialistes de ces questions sont plutôt favorables. Michel Verpeaux parle d'un « facteur d'évolution très importante » (Droit constitutionnel français, Paris 2013, p. 441, n° 245). Roland Debbasch constate qu'avec la QPC « le Conseil constitutionnel est profondément réformé » (Droit constitutionnel, Paris 2017, p. 259, n°271). Olivier Duhamel et Guillaume Tussaud célèbrent un « vrai progrès de l'Etat de droit » (Droit constitutionnel et institutions politiques, Paris 2016, p. 915). Eric Oliva et Sandrine Giummarra soutiennent que la révision de 2008 « renforce considérablement ce rôle du juge en permettant aux justiciables de contester au cours d'une instance la violation des droits fondamentaux constitutionnellement garantis » (Droit constitutionnel, Paris 2017 p. 291). Enfin, selon Olivier Gohin, « La question prioritaire de constitutionnalité (QPC) reste le seul apport véritable –sans doute décisif- pour l'Etat de droit constitutionnel de la réforme de 2008 » Il ajoute c'est le seul instrument institutionnel que les citoyens ont été en mesure de s'approprier (Droit constitutionnel, Paris 2016, p. 1140, n° 1006). Pourtant cette réforme de 2008 n'a bénéficié d'aucun consensus politique, pas plus que de quelque appui

parfois du temps au gouvernement et au Parlement pour modifier la loi. Le délai est parfois long : en 2014, par exemple, il est décidé d'adapter l'interdiction signifiée aux militaires de carrière d'exercer des fonctions politiques locales : la décision prend effet en 2020 (Cons. const. 28 novembre 2014, n° 2014-432 QPC). On se donne le temps de réformer. Pour des raisons différentes, une solution comparable est adoptée en 2017 lorsque le mouvement « En marche » se plaint du temps d'antenne qui lui est réservé pour la campagne des législatives (calculé sur les résultats précédents : 7 mn contre 2 h pour le PS et 1h44 pour les Républicains) ; le Conseil d'Etat constate qu'une répartition si inéquitable n'est pas constitutionnelle mais pour éviter un vide juridique tel que le Conseil supérieur de l'audiovisuel ne pourrait pas organiser la campagne audiovisuelle, l'annulation est reportée après le second tour des législatives. En attendant, un temps d'antenne plus important est accordé au profit d'un mouvement qui représenterait un courant d'idées ou d'opinions important (Cons. const. 31 mai 2017, n° 2017-651 QPC)

Il est enfin des cas où la QPC pourrait, paradoxalement, faire obstacle à la protection des libertés : lorsque le sursis à statuer porte préjudice au justiciable. Les textes ont prévu une telle hypothèse en précisant qu'il n'y pas de sursis à statuer en cas d'urgence ou lorsque la garantie de la liberté l'exige : « lorsqu'une personne est privée de liberté en raison de l'instance, [ou] lorsque l'instance a pour objet de mettre fin à une mesure privative de liberté » (art. I de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre). Il s'agit d'éviter que le risque de prolongation de l'internement durant la durée de la QPC ne dissuade de la déclencher. Quant à l'urgence : le problème posé par le sursis à statuer est particulièrement important en matière de référés administratifs. Ces derniers, très nombreux (référés liberté, conservatoire, constat, instruction, provision, fiscal etc.), correspondent au constat que les délais de la justice administrative peuvent rendre inefficace une annulation

assurer la protection des droits et libertés. L'évocation de quelques décisions suffit à convaincre.

C'est au nom de l'exigence d'égalité devant la loi (art. 6 de la déclaration de 1789) qu'en 2010 est condamnée la différenciation des pensions servies aux soldats des anciennes colonies selon qu'ils sont français ou pas (Cons. const. 28 mai 2010, n° 2010-I QPC). C'est en application de la règle d'individualisation des peines (art. 8 de la déclaration de 1789: «peines strictement et évidemment nécessaires») qu'en 2010, il est prescrit que tout élu ou fonctionnaire condamné pour un délit financier ne doit pas être automatiquement rayé des listes électorales pour 5 ans ; ici c'est l'automatisme qui est prohibée (Cons. const. 11 juin 2010, n° 2010-6 QPC). C'est au nom de la présomption d'innocence et de la garantie des droits (art. 9 et 16 de la déclaration de 1789) qu'en 2010 sont sanctionnées certaines dispositions concernant la garde à vue (Cons. const. 30 juillet 2010, n° 2010-14/22 QPC). A noter que, pour éviter un vide juridique, l'application de cette décision est différée pour permettre au Parlement de voter un nouveau texte. C'est pour assurer la protection du droit de propriété (art. 17 de la déclaration de 1789) qu'est retirée aux communes, en 2010 : la possibilité d'imposer une cession gratuite de terrain lors de la délivrance d'un permis de construire (Cons. const. 22 septembre 2010, n° 2010-33 QPC). C'est en vertu de la protection de la liberté par l'autorité judiciaire (art. 66 de la Constitution) qu'en 2010, l'hospitalisation forcée au-delà de 15 jours, d'une personne atteinte de troubles mentaux, est interdite sauf intervention du juge (Cons. const. 26 novembre 2010, n° 2010-71 QPC). Dans chacun de ces cas, le Conseil constitutionnel ne tient guère compte des intentions des auteurs du texte sur lequel ils s'appuient. Pour ne prendre qu'un exemple, l'article 66 de la Constitution de 1958 est un reliquat de la guerre d'Algérie .

Il arrive que l'application immédiate d'une décision pose problème. On a vu que le Conseil constitutionnel donne

personnalités qui avaient le droit de faire vérifier une loi. Au surplus, il s'agit de textes peu développés, dans une version inachevée pour ce qui est du document de 1789, surtout orienté sur les droits sociaux en 1946, avec des conséquences limitées aux grands principes. S'y ajoutent, dispersées dans la Constitution, des prescriptions comme l'égalité devant la loi, le respect des croyances, l'égal accès des hommes et des femmes aux mandats électoraux et aux fonctions électives ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales, la participation équitable des partis politiques à la vie démocratique... Une étape décisive est franchie en 1971 à propos d'une loi déferée par le président du Sénat et qui limite le texte de 1901 sur la liberté d'association. Le Conseil constitutionnel ajoute à ce que l'on commence à appeler le « bloc de constitutionnalité » (Claude Emeri 1970) « les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », selon une formule un peu vague figurant dans le préambule de 1946 et parmi lesquels est donc censé figurer la liberté d'association. Cette décision donne une extension considérable aux droits et libertés que le Conseil constitutionnel se veut à même de défendre. Chacun souligne le rôle qu'a joué dans cette révolution juridique, le président de cette instance, Gaston Palewski, pour des motifs entre lesquels l'on a de la peine à démêler ce qui relève d'une vision à long terme fondée sur la crainte qu'une éventuelle arrivée de la gauche au pouvoir se révèle liberticide, ce qu'il faut attribuer à des animosités politiques, en l'occurrence à l'égard du chef de l'Etat, Georges Pompidou, accusé d'avoir contribué au départ du général de Gaulle, et enfin ce qui résulte de considérations très personnelles, liées à des retards dans l'obtention de la grande croix de la légion d'honneur. Ad augusta per angusta. Quoiqu'il en soit, et malgré l'adjonction, quelques années plus tard, de la notion de « principes à valeur constitutionnelle » (tendant par exemple à assurer le respect de la vie privée), c'est au prix d'importants efforts d'interprétation extensive que le Conseil constitutionnel français a pu, par le biais de la QPC,

la procédure de QPC est arrivée à une sorte d'équilibre et qu'elle a su faire sa place dans le paysage juridictionnel français. A noter que la Cour de cassation et le Conseil d'Etat ont su moduler leurs transmissions en fonction de la charge de travail raisonnable à imposer au Conseil constitutionnel ce qui s'est traduit par un assouplissement du filtrage lorsque le chiffre des demandes a été le plus bas, en 2013 et 2014.

II – Effets sur la protection des droits et libertés

Cette protection constitue l'objectif ostensible de la QPC puisque l'article 161-I de la Constitution de 1958, révisée sur ce point en 2008, prévoit qu'elle ne peut concerner qu'une « disposition législative [qui] porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution ». La doctrine a sans doute suffisamment raffiné dans les définitions de la notion de « disposition législative » et de « droits et libertés » pour qu'il soit nécessaire d'y revenir longuement. Il est sans doute plus intéressant de souligner que cette délimitation du terrain de la QPC renvoie à un problème qui n'est pas spécifique à cette procédure et qui tient au laconisme de la Constitution française en matière de définition des droits et libertés. Alors que la plupart des Constitutions du monde -y compris algérienne- consacrent plusieurs dizaines d'articles, en tête de textes, à l'énumération de ces droits et libertés, la charte fondamentale française se borne, dans son préambule, à proclamer l'attachement du peuple français à la déclaration de 1789 et au préambule de 1946, auxquels s'ajoute, depuis 2004, la charte de l'environnement. On sait que, lors de la fondation de la Ve République, on ne voyait guère dans le Conseil constitutionnel qu'une institution au service de l'exécutif pour maintenir le Parlement dans l'espace étroit qui lui était concédé. Il n'était même pas évident que les déclarations auxquelles il était fait référence dans le préambule soient considérées comme faisant partie du corps même de la Constitution et puissent être utilement invoquées par les rares

transmettre cette dernière QPC au Conseil constitutionnel en considérant que la définition du harcèlement moral est assez précise avec des conditions telles que son caractère répété et le risque d'une dégradation des conditions de travail (article L 1152-I du Code du travail ; Cour de cass., chambre sociale 11 mai 2012 n° 12-40051). Quant à la définition du harcèlement sexuel, elle est modifiée par le Parlement trois mois plus tard (loi n° 2018-703 du 3 août 2018)

Après sept ans d'application de la QPC, on a une idée assez précise de l'accueil que lui ont réservé les justiciables. Des statistiques ont été établies portant sur la période allant de 2010 (début de la QPC) à fin 2017. Au cours de ces huit années, le nombre des recours a été de 3 099 devant la Cour de cassation et de 1 602 devant le Conseil d'Etat. Le pourcentage de transmission par la Cour de cassation est de l'ordre de 10% et par le Conseil d'Etat de l'ordre de 25%. Pour ce qui est des décisions du Conseil constitutionnel, la dernière rendue fin 2017 porte le n° 682 et le 30 novembre 2018 le n° 749 ce qui correspond à 665 décisions, certains dossiers ayant été regroupés. L'étude de l'évolution des questions déposées par les justiciables montre des mouvements contrastés avec en 2010, des nombres relativement élevés qui témoignent d'un engouement pour cette procédure nouvelle et prometteuse : 539 recours reçus par la Cour de cassation ; 225 pour le Conseil d'Etat. L'on assiste ensuite à une décrue qui est interprétée par quelques-uns comme le signe d'une forme de déception qui se prolonge jusqu'en 2015 pour la Cour de cassation avec 239 recours cette année-là, et jusqu'en 2013 pour le Conseil d'Etat avec 162 recours. Peut-être aussi les justiciables se sont-ils empressés d'obtenir le règlement rapide des problèmes les plus criants imputables à une législation parfois ancienne. Depuis, l'on assiste au retour à une hausse modérée pour la Cour de cassation avec 263 questions en 2017, plus marquée pour le Conseil d'Etat avec 238 cette année-là. On peut interpréter ces chiffres comme marquant que

2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-I de la Constitution). Pour ce qui est de l'Algérie, l'exception d'inconstitutionnalité ne peut pas être soulevée devant le tribunal correctionnel de première instance mais seulement en appel (art. 3 de la loi organique n° 18-16 du 2 septembre 2018 fixant les conditions et modalités de mise en œuvre de l'exception d'inconstitutionnalité)

Une troisième crainte tient au fait que l'annulation d'une partie de la loi peut déclencher des demandes en cascade. Une première mise en cause réussie d'un article de loi est susceptible de provoquer d'autres demandes portant sur d'autres articles qui se trouvent ainsi fragilisés par la première décision. Tant que l'ensemble des dispositions comparables n'ont pas été soumises au Conseil constitutionnel, les justiciables ne sont pas assurés de pouvoir se prévaloir de la loi considérée, ni de se la voir opposée. On peut citer comme exemple de cette situation la décision, prise le 4 mai 2012, d'annuler une disposition de la loi du 17 janvier 2002 modifiant la définition du délit de harcèlement sexuel. Une loi de 1992 mettait comme conditions que le harcèlement se soit accompagné « d'ordres, de menaces ou de contraintes » et qu'ils aient été accomplis « par une personne abusant de l'autorité que lui confèrent leurs fonctions ». La loi de 2002 supprime ces conditions en prévoyant un an d'emprisonnement et 15 000 € d'amende pour sanctionner ce qui est présenté tout simplement comme « le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle » (nouvel article 222-33 du Code pénal). Le Conseil constitutionnel annule cette définition trop large en considérant qu'elle est contraire au principe de légalité des délits et des peines affirmé par l'article 8 de la déclaration des droits de l'homme (Cons. Const. 4 mai 2012 n° 2012-240 QPC). Cette décision a deux conséquences : d'une part l'interruption des poursuites au titre du harcèlement sexuel, d'autre part le dépôt d'un recours contre la définition du harcèlement moral. Finalement la Cour de cassation refuse de

des petits délits de voisinage, de petites fraudes par exemple dans le domaine fiscal ou du droit de la consommation, ou encore pour le règlement d'une créance limitée. L'objectif est alors de gagner quelques mois, éventuellement de négocier un accord, en tous cas d'obtenir des facilités de trésorerie dans la perspective d'un commandement à payer, sans même évoquer la menace d'une peine de prison. Un tel procédé dilatoire est parfois mis en œuvre au profit de personnalités connues qui ne dédaignent pas d'y faire appel. C'est le cas en 2011 pour Jacques Chirac Jacques, ancien président de la République, poursuivi pour une affaires d'emplois fictifs remontant à l'époque où il était maire de Paris et dont les avocats contestent le calcul qui a permis l'allongement à son détriment des règles de prescriptions, analyse à laquelle la Cour de cassation d'adhère pas, si bien que le recours ne parvient pas jusqu'au Conseil constitutionnel (C. cass. Ass. 20 mai 2011 n° II-90025). En 2012, Marine Le Pen se plaint de la règle prévoyant la publication de l'identité des élus accordant leur signature à des candidats à l'élection présidentielle, protestation que le Conseil d'Etat accepte de transmettre mais qui est rejeté par le Conseil constitutionnel (Cons. const. 22 février 2012 n° 2012-233 QPC). En 2012 également, les avocats de Jacques Servier, mis en cause dans une affaire de médicament dangereux, le médiateur, invoquent un problème de conflits de compétence entre les juridictions de Paris et de Nanterre, avec une argumentation que la Cour de cassation ne retient pas, refusant la transmission. Si des telles manœuvres ne peuvent retarder que de façon limitée le cours de la justice, il est cependant des circonstances où cela peut poser des problèmes importants, ainsi devant une Cour d'assise où la complexité des opérations de mise en place du jury rend problématique une interruption inopinée. Il ne peut donc y avoir de déclenchement de la QPC devant la Cour d'assises mais avant, au cours de la phase d'instruction, et après, en accompagnement de l'appel (art. 1er de la loi organique n°

succès, moins pour arriver à faire déclarer la loi comme inconstitutionnelle que pour marquer la persistance d'une opposition de principe. Ces actions sans perspectives de succès devraient être bloquées par la Cour de cassation ou par le Conseil d'Etat. C'est le plus souvent le cas et ce qui correspond à l'objectif du filtre mis en place par le constituant. Il peut cependant arriver, si surprenant que cela puisse paraître à première vue, que la haute juridiction accepte de transmettre au Conseil constitutionnel des demandes qui ont déjà été tranchées pour lui permettre de confirmer sa première décision, pour ne pas donner l'impression de faire obstacle à des protestations estimables en soi mais non fondées juridiquement, parfois aussi pour manifester de la déférence à l'égard d'une institution demanderesse bénéficiant d'un fort prestige fondé sur une histoire exemplaire. On peut trouver un exemple de cette pratique en 2016 lorsque le Conseil d'Etat accueille favorablement le recours introduit par la Ligue des droits de l'homme contre la loi du 20 novembre 2015 prorogeant et renforçant l'état d'urgence après les attentats du 13 novembre 2015, perpétrés au stade de France, dans les rues de Paris et finalement dans la salle de spectacle du Bataclan. Bien que le Conseil constitutionnel ait déjà confirmé la constitutionnalité de ces mesures en décembre 2015 et bien que l'émotion causée par le nombre des victimes ne laissait guère espérer fût-ce une évolution de cette jurisprudence, le Conseil d'Etat transmet la demande (CE, 15 janvier 2016, Ligue des droits de l'homme n° 395091). De fait, elle est rejetée un peu plus d'un mois plus tard. (Cons. const. 19 février 2016 n° 2016-535)

Il est un deuxième motif qui est susceptible d'inciter les plaideurs à mobiliser la QPC sans réel espoir de succès mais avec la volonté de retarder une décision défavorable trop prévisible. Il en résulte le risque d'un développement d'une forme de micro constitutionnalisme portant sur des affaires aussi limitées que des poursuites au titre du Code de la route,

de présenter quelques aspects moins connus des pratiques mises en œuvre par les juridictions françaises en matière de QPC. Il y aura aussi, comme il est naturel, quelques comparaisons entre la loi organique française n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-I de la Constitution et la loi organique algérienne n° 18-16 du 2 septembre 2018 fixant les conditions et modalités de mise en œuvre de l'exception d'inconstitutionnalité.

I – Effets sur le fonctionnement de la justice en général

Il était difficile d'évaluer à l'avance, en 2008, l'accueil que les plaideurs allaient réserver à la QPC. Cette innovation a suscité des prédictions contradictoires. Certains annonçaient qu'un système aussi compliqué, avec trois niveaux de juridictions successivement mobilisés, risquait de décourager les justiciables. A l'inverse, d'autres craignaient qu'une telle innovation ne provoque une augmentation du contentieux en un temps où la tendance est plutôt de déplorer l'encombrement des tribunaux et de chercher à y remédier en multipliant les modes alternatifs de règlement des conflits, préoccupation également perceptible en Algérie (cf. Les modes alternatifs de règlement des conflits, Annales de l'Université Alger I, Hamid Bencheniti et Ali Filali (dir.), n° 3-2014)

Une première crainte tient au risque que la perspective d'obtenir l'annulation d'une loi puisse pousser certains plaideurs à provoquer un contentieux moins pour obtenir satisfaction sur un enjeu limité, celui qui est lié au procès déclenché, que pour s'attaquer à une norme générale votée par le Parlement ou acceptée par lui et considérée comme scélérate, afin d'obtenir qu'elle ne puisse plus s'appliquer à quiconque. Une telle attitude peut s'expliquer par des raisons idéologiques, notamment par l'attachement à des valeurs telles que la défense des libertés et des droits de l'homme face aux atteintes que l'Etat est susceptible de leur faire subir. Il peut aussi arriver qu'une telle action en justice soit engagée sans grand espoir de

Conséquences De L'exception D'inconstitutionnalité Sur Le Fonctionnement De La Justice

André Cabanis⁴

professeur émérite de l'Université Toulouse I Capitole

Cette intervention se situe dans le prolongement et la logique des trois panels qui précèdent notre réunion tenue dans le cadre de la conférence nationale sur l'exception d'inconstitutionnalité. Doivent ainsi être successivement décrites les trois étapes dont se compose la procédure d'exception d'inconstitutionnalité. Le premier panel permet de présenter ce point de départ que constitue le recours introduit par le justiciable devant le juge du fond, que ce dernier se situe dans le domaine civil, pénal ou administratif et en insistant notamment sur son rôle de filtre. Il appartient au second panel de revenir sur cette question du filtre à propos du tri effectué par les deux Cours suprêmes, l'une civile, l'autre administrative, en transmettant ou pas le recours au juge constitutionnel. Enfin, le troisième panel est consacré à l'analyse du travail du Conseil ou de la Cour constitutionnel. Que peut-il donc rester pour notre quatrième panel ? Le programme proposé à l'origine visaient trois aspects qui tendent à évaluer les divers effets de l'exception d'inconstitutionnalité sur le fonctionnement de la justice dans son ensemble (I), sur la protection des droits et libertés (II) et sur l'évolution de la justice constitutionnelle (III). Ce sont ces trois points que nous nous proposons de développer en nous centrant sur l'expérience française et en donnant à l'exception d'inconstitutionnalité la dénomination qui lui a été accordée dans ce pays, la question prioritaire de constitutionnalité, la QPC. Par ailleurs, pour tenter, par anticipation, d'éviter les redites avec ce qui peut être dit au cours des trois premières demi journées, nous nous efforcerons

Toutefois, la Cour constitutionnelle peut reformuler la question préjudicielle posée.

Art. 28. La juridiction qui a posé la question préjudicielle, ainsi que toute autre juridiction appelée à statuer dans la même affaire sont tenues, pour la solution du litige à l'occasion duquel ont été posées les questions visées à l'article 26, de se conformer à l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle.

Si la Cour l'estime nécessaire, elle indique, par voie de disposition générale, ceux des effets des dispositions ayant fait l'objet d'un constat d'inconstitutionnalité qui doivent être considérés comme définitifs ou maintenus provisoirement pour le délai qu'elle détermine.

Art. 29. § 1er. En tant qu'elle pose une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle, la décision d'une juridiction n'est susceptible d'aucun recours.

§2 La décision par laquelle une juridiction refuse de poser une question préjudicielle doit indiquer les motifs de refus. En tant qu'elle refuse de poser une telle question, la décision d'une juridiction n'est pas susceptible d'un recours distinct.

Art. 30. La décision de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle suspend la procédure et les délais de procédure et de prescription depuis la date de cette décision jusqu'à celle à laquelle l'arrêt de la Cour constitutionnelle est notifié à la juridiction qui a posé la question préjudicielle. Une copie en sera adressée aux parties. »

4- Lorsqu'il est invoqué devant une juridiction qu'une loi, un décret ou une règle visée à l'article 134 de la Constitution viole un droit fondamental garanti de manière totalement ou partiellement analogue par une disposition du titre II de la Constitution ainsi que par une disposition de droit européen ou de droit international, la juridiction est tenue de poser d'abord à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle sur la compatibilité avec la disposition du titre II de la Constitution.

Par dérogation à l'alinéa 1er, l'obligation de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle ne s'applique pas:

1- dans les cas visés aux paragraphes 2 et 3⁴

2- lorsque la juridiction estime que la disposition du titre II de la Constitution n'est manifestement pas violée.

3- lorsque la juridiction estime qu'un arrêt d'une juridiction internationale fait apparaître que la disposition de droit européen ou de droit international est manifestement violée ⁵

4- lorsque la juridiction estime qu'un arrêt de la Cour constitutionnelle fait apparaître que la disposition du titre II de la Constitution est manifestement violée.

Art. 27. § 1er. La Cour est saisie des questions préjudicielles par la transmission d'une expédition de la décision de renvoi, signée par le président et par le greffier de la juridiction.

§2 La décision de renvoi indique les dispositions de la loi, du décret ou de la règle visée à l'article 134 de la Constitution qui font l'objet de la question; le cas échéant, elle précise, en outre, les articles pertinents de la Constitution ou des lois spéciales.

2/ Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction, celle-ci doit demander à la Cour constitutionnelle de statuer sur cette question.

Toutefois, la juridiction n'y est pas tenue :

1- lorsque l'affaire ne peut être examinée par ladite juridiction pour des motifs d'incompétence ou de non-recevabilité, sauf si ces motifs sont tirés de normes faisant elles-mêmes l'objet de la demande de question préjudicielle.

2- lorsque la Cour constitutionnelle a déjà statué sur une question ou un recours ayant un objet identique.

La juridiction, dont la décision est susceptible, selon le cas, d'appel, d'opposition, de pourvoi en cassation ou de recours en annulation au Conseil d'État, n'y est pas tenue non plus si la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 de la Constitution ne viole manifestement pas une règle ou un article de la Constitution visés au § 1er ou lorsque la juridiction estime que la réponse à la question préjudicielle n'est pas indispensable pour rendre sa décision.

3- Sauf s'il existe un doute sérieux quant à la compatibilité d'une loi, d'un décret ou d'une règle visée à l'article 134 de la Constitution avec une des règles ou un des articles de la Constitution visés au § 1er et qu'il n'y a pas de demande ou de recours ayant le même objet qui soit pendant devant la Cour, une juridiction n'est pas tenue de poser une question préjudicielle ni lorsque la demande est urgente et que le prononcé au sujet de cette demande n'a qu'un caractère provisoire, ni au cours d'une procédure d'appréciation du maintien de la détention préventive.

Les arrêts de la Cour constitutionnelle dont il est fait mention dans le présent rapport sont consultables sur le site de la Cour à l'adresse suivante : www.const-court.be

Extraits de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle:

CHAPITRE II : DES QUESTIONS PREJUDICIELLES

Art. 26. § 1er. La Cour constitutionnelle statue, à titre préjudiciel, par voie d'arrêt, sur les questions relatives à:

1- la violation par une loi, un décret ou une règle visée à l'article 134 de la Constitution, des règles qui sont établies par la Constitution ou en vertu de celle-ci pour déterminer les compétences respectives de l'État, des Communautés et des Régions.

2- sans préjudice du 1^o, tout conflit entre décrets ou entre règles visées à l'article 134 de la Constitution émanant de législateurs distincts et pour autant que le conflit résulte de leur champ d'application respectif;

3- la violation par une loi, un décret ou une règle visée à l'article 134 de la Constitution, des articles du titre II « Des Belges et de leurs droits », et des articles 170, 172 et 191 de la Constitution.

1/ erbis. Sont exclus du champ d'application de cet article les lois, les décrets et les règles visées à l'article 134 de la Constitution par lesquels un traité constituant de l'Union européenne ou la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou un Protocole additionnel à cette Convention reçoit l'assentiment.

précisé que « Le maintien des effets doit être considéré comme une exception à la nature déclaratoire de l'arrêt rendu au contentieux préjudiciel. Avant de décider de maintenir les effets d'un tel arrêt, la Cour doit constater que l'avantage tiré de l'effet du constat d'inconstitutionnalité non modulé est disproportionné par rapport à la perturbation qu'il impliquerait pour l'ordre juridique. » (B.5.5)

Dans onze arrêts ultérieurs, rendus sur question préjudicielle, la Cour a, tantôt refusé de maintenir les effets de dispositions qu'elle censurait, après avoir fait la balance entre l'avantage tiré de l'effet du constat d'inconstitutionnalité non modulé et la perturbation qu'il impliquerait pour l'ordre juridique¹, tantôt décidé de maintenir ces effets². Il n'est pas inutile de souligner à cet égard que la question de savoir si les effets d'un constat d'inconstitutionnalité doivent ou non être modulés dans le temps est examinée soit à la demande des parties, soit d'office, au moins implicitement, à l'instar de ce qui se fait dans les procédures en annulation.

Par une loi spéciale du 25 décembre 2016, entrée en vigueur le 20 janvier 2017, le législateur spécial a finalement reconnu ce pouvoir de modulation à la Cour dans l'alinéa 2 de l'article 28 de la loi spéciale : « Si la Cour l'estime nécessaire, elle indique, par voie de disposition générale, ceux des effets des dispositions ayant fait l'objet d'un constat d'inconstitutionnalité qui doivent être considérés comme définitifs ou maintenus provisoirement pour le délai qu'elle détermine.

1- Arrêts n° 1/2013 et n° 3/2013, 169/2015 et 73/2016.

2- Arrêts n° 60/2014, n° 67/2014, n° 185/2014, n° 187/2014, n° 29/2015, n° 57/2015 et n° 10/2016.

* * *

peut constituer un frein au plein exercice du contrôle de constitutionnalité.

Ces deux conséquences sont accentuées du fait que les questions préjudicielles ne sont pas limitées dans le temps et peuvent donc porter sur des normes applicables depuis un certain temps.

Sensible à ces arguments, la Cour a estimé à deux reprises qu'elle se devait d'avoir égard aux répercussions que peut avoir sa décision préjudicielle sur d'autres situations que celle qui a fait l'objet de la question préjudicielle. C'est ainsi qu'elle a conclu que le principe de la sécurité juridique justifiait que les successions ouvertes avant le prononcé de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 13 juin 1979, en cause *Marckx*, ne soient pas affectées par le constat d'inconstitutionnalité qu'elle allait opérer (arrêt n° 18/91 du 4 juillet 1991, B.10). Mais cette jurisprudence naissante est restée de l'ordre de l'exceptionnel.

Devant ce vide juridique, la Cour de cassation s'est saisie de la problématique. Dans deux arrêts, elle a ainsi limité l'effet dans le temps de l'inconstitutionnalité constatée par la Cour au nom de la confiance légitime de la société dans les dispositions légales et des exigences impératives de sécurité juridique. Ce faisant, la Cour de cassation n'a pas craint pas la critique de l'excès de pouvoir manifeste à laquelle elle risquait de s'exposer.

Face à cette prise de pouvoir de la Cour de cassation, la Cour constitutionnelle a réagi dans un arrêt n° 125/2011 du 7 juillet 2011 en se reconnaissant compétente, malgré l'absence d'habilitation législative en ce sens, pour limiter les effets dans le temps d'un arrêt préjudiciel au nom des principes de la sécurité juridique et de la confiance légitime. Elle a à cet égard

sur laquelle la Cour a statué par un arrêt ouvrant un nouveau délai de recours de six mois, sauf si cette disposition est indissociablement liée à la disposition législative qui a fait l'objet de la question préjudicielle précitée. Il ne peut pas non plus être appliqué à une disposition législative qui faisait l'objet de la question préjudicielle précitée lorsque le moyen d'annulation allègue une inconstitutionnalité que la Cour avait déclarée non établie dans l'arrêt rendu sur la question préjudicielle » (arrêt n° 134/2012 du 30 octobre 2012, B.4.2).

Vu le peu d'arrêts prononcés dans ce cadre, la procédure n'a pas rencontré un vif succès auprès des institutions et des particuliers désormais habilités à l'initier.

D. Les effets dans le temps des arrêts préjudiciels

Ceci nous amène à aborder un dernier point : celui des effets dans le temps des arrêts rendus au contentieux préjudiciel .

A l'origine, seuls les effets des arrêts rendus sur recours en annulation pouvaient être modalisés dans le temps en application de l'article 8, alinéa 2 de la loi spéciale .

Or, l'absence de possibilité de limiter dans le temps les effets d'un arrêt préjudiciel peut avoir des conséquences sur deux plans :

- d'une part, la sécurité juridique. On l'a vu, les arrêts préjudiciels bénéficient d'une autorité relative renforcée de chose jugée. Des situations individuelles acquises, parfois de longue date, peuvent ainsi être remises en cause⁴
- d'autre part, la mise en cause de la responsabilité du législateur. Le droit belge admet cette responsabilité. Le risque que cette responsabilité soit engagée par un arrêt préjudiciel

disposition en cause soit appliquée dans le respect des articles 10 et 11 de la Constitution, c'est au juge a quo qu'il appartient de la combler (lacune intrinsèque auto-réparatrice). Mais le juge a-t-il l'obligation de le faire ? Tout comme le juge de renvoi n'est pas tenu d'adopter l'interprétation conciliante proposée par la Cour dans un dispositif alternatif, le même juge n'est pas tenu d'étendre l'application de la norme à une catégorie qu'elle ne vise pas. Il en va particulièrement ainsi lorsque cette interprétation contredit le sens clair des termes de la norme ou lorsque la matière est régie par un principe constitutionnel de la légalité comme c'est le cas en matière pénale (légalité des peines) ou fiscale (légalité de l'impôt), le juge ne pouvant opérer ce qui relèvent en principe du Parlement.

C. Un nouveau délai

Il existe tout de même une voie pour faire disparaître de l'ordonnancement juridique la norme déclarée inconstitutionnelle. L'article 4, alinéa 2 de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle ouvre en effet un nouveau délai de six mois à dater de la publication de l'arrêt de la Cour constitutionnelle au Moniteur belge pour demander l'annulation de la loi litigieuse.

Cette réouverture du délai n'est toutefois pas sans limites. La Cour a récemment jugé :

l'article 4, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 précitée a été introduit dans le but de permettre l'annulation par la Cour d'une disposition législative déclarée inconstitutionnelle par celle-ci en réponse à une question préjudicielle, notamment à l'initiative de toute personne justifiant d'un intérêt. L'article 4, alinéa 2, précité, ne saurait être appliqué à une disposition législative qui ne faisait pas l'objet de la question préjudicielle

La manière pour le juge a quo de se conformer à un arrêt préjudiciel dépend du dispositif de l'arrêt. Plusieurs possibilités peuvent se présenter:

1- L'arrêt constate une inconstitutionnalité

Le juge a quo est tenu d'écarter cette norme dans le litige pendant devant lui ; cette norme demeure toutefois dans l'ordre juridique.

2- L'arrêt déclare la norme constitutionnelle

Le juge a quo applique la norme en cause au litige pendant devant lui.

3- L'arrêt contient un dispositif alternatif (voir supra)

Le juge a quo a le choix entre retenir l'interprétation constitutionnelle et l'interprétation contraire à la Constitution. Selon son choix, il appliquera la solution 1) ou 2)

4- L'arrêt constate une violation de la Constitution en raison d'une lacune législative. Trois sous-hypothèses se présentent au juge a quo:

- soit la lacune est extrinsèque : cette catégorie d'arrêts n'implique pas l'intervention du juge mais celle du législateur. Dans l'attente de cette intervention, le juge ne peut qu'appliquer la norme législative en cause puisque celle-ci est constitutionnelle, le constat d'inconstitutionnalité se situant en-dehors d'elle, dans l'absence d'une norme législative ;
- soit la lacune est intrinsèque mais n'est pas auto-réparatrice : il appartient ici aussi en principe au législateur de la combler, le juge a quo devant appliquer entretemps la norme législative ;
- soit le constat de la lacune intrinsèque est exprimé en des termes suffisamment précis et complets pour permettre que la

situation personnelle la réponse que va donner la Cour à une question préjudicielle (cf. supra). De même, quant aux effets de ses arrêts dans le temps, la Cour a estimé à deux reprises, et cette jurisprudence est restée de l'ordre de l'exceptionnel, qu'elle se devait d'avoir égard aux répercussions que peut avoir sa décision sur d'autres situations que celle qui a fait l'objet de la question préjudicielle .

3- Les administrations?

Les effets des arrêts au contentieux préjudiciel ne s'étendent qu'aux juridictions et ne s'imposent ni aux autorités administratives ni aux particuliers .

Il s'ensuit que tant que le législateur ne modifie pas la législation pour se conformer à l'arrêt préjudiciel, la seule possibilité pour le citoyen, autre que celui partie au procès devant le juge a quo, est:

- soit d'attendre d'être assigné devant un juge par l'administration pour non-respect de la loi invalidée et de demander à ce juge d'appliquer l'arrêt de la Cour sur la base de l'article 26, § 2, 2° de la loi spéciale du 6 janvier 1989;

- soit, par le biais d'un recours administratif, de demander à l'administration l'application de l'arrêt.

Toutefois, il est soutenu par la doctrine que dans l'attente de l'intervention du législateur, l'autorité administrative doit néanmoins écarter l'application de la loi déclarée inconstitutionnelle, par devoir de prudence, c'est-à-dire en vue d'éviter une action ultérieure en responsabilité civile ou au nom du principe de valeur législative selon lequel l'autorité administrative ne peut donner suite à un ordre hiérarchique manifestement illégal.

B. Exécuter un arrêt préjudiciel

pour la solution de ce litige, de se conformer à l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle.

Ainsi, contrairement aux arrêts rendus sur recours en annulation, les arrêts préjudiciels n'ont pas d'effet erga omnes. La Cour n'annule pas ; elle dit pour droit que la disposition viole ou ne viole pas une disposition constitutionnelle. Elle répond ainsi à la question d'un juge posée à l'occasion d'un litige concret. Le destinataire de l'arrêt est donc le juge qui pose la question ou tout juge appelé à statuer dans la même affaire.

2- D'autres juges?

Toutefois, les arrêts de la Cour constitutionnelle au contentieux préjudiciel rayonnent bien au-delà du litige à l'occasion duquel la question est posée et la réponse rendue.

La meilleure preuve en est la possibilité prévue par l'article 26, § 2, 2° de la loi spéciale selon lequel un juge peut ne pas poser de question à la Cour « 2° lorsque la Cour constitutionnelle a déjà statué sur une question ou un recours ayant un objet identique.

Tout juge saisi d'une question identique mais dans une autre affaire n'est donc pas tenu de saisir la Cour d'une nouvelle question, à la condition qu'il applique l'arrêt rendu antérieurement par la juridiction constitutionnelle. La doctrine a dès lors parlé d'effet relatif étendu ou renforcé des arrêts préjudiciels.

La Cour constitutionnelle a depuis longtemps perçu l'enjeu d'un tel effet. C'est ainsi qu'elle a admis, depuis 2008 (arrêt 44), que pouvaient intervenir devant la Cour les personnes qui font la preuve suffisante de l'effet direct que peut avoir sur leur

préciser, affiner voire nuancer les termes de ses arrêts antérieurs.

III Les effets des arrêts préjudiciels

Les arrêts d'annulation rendus par la Cour constitutionnelle ont l'autorité absolue de la chose jugée à partir de leur publication au Moniteur belge tandis que les arrêts de rejet sont obligatoires pour les juridictions en ce qui concerne les questions de droit tranchées par ces arrêts (art. 9 de la loi spéciale). Les arrêts d'annulation peuvent donner lieu à des recours en rétractation (articles 10 à 18 de la loi spéciale). La Cour constitutionnelle peut également moduler les effets dans le temps de ses arrêts d'annulation (article 8, alinéa 2 de la loi spéciale).

Pour connaître les effets des arrêts rendus au contentieux préjudiciel par la Cour constitutionnelle, il y a lieu d'avoir égard à trois dispositions de la loi spéciale : les articles 4, 26 et 28. Trois dispositions qui consacrent, de prime abord, des principes simples mais qui, nous allons le voir, n'en révèlent pas moins de nombreuses questions.

A. Les destinataires de l'arrêt

I- Principe

L'effet premier d'un arrêt au contentieux préjudiciel se produit auprès du juge de renvoi et de tout juge appelé à statuer ensuite dans la même affaire (en appel, cassation, etc.)....

En effet, d'après l'article 28 de la loi spéciale, la juridiction qui a posé la question préjudicielle, ainsi que toute autre juridiction appelée à statuer dans la même affaire, sont tenues,

D. Comment qualifier le contrôle de la Cour au contentieux préjudiciel?

Alors que le contentieux de l'annulation est généralement qualifié de contrôle abstrait de constitutionnalité, qu'en est-il du contentieux préjudiciel de constitutionnalité?

La réponse de la Cour à une question se situe entre le contentieux objectif et le cas concret du litige. La question lui est en effet posée à l'occasion d'un litige et non abstraitement.

De nombreux arrêts montrent que la tendance de la Cour est de restreindre la portée de ses arrêts (ou du moins anticiper les larges effets qu'elle ne serait pas toujours en mesure de percevoir par un contrôle purement abstrait de la norme) en indiquant que « la Cour limitera son examen » à la seule hypothèse telle qu'elle ressort du litige soumis au juge a quo ». Le dispositif de l'arrêt sera alors souvent modalisé par l'usage de locutions telles que « viole en ce que, dans la mesure où, en tant que ».

Dans ces cas, on peut soutenir qu'abstraitement la norme est sauvée tandis que concrètement, elle est écartée .

Dans d'autres arrêts, la Cour préfère toutefois, pour éviter des arrêts trop spécifiques, s'en tenir à des catégories générales et ne pas rentrer dans la spécificité des situations concrètes. Il est vrai que dans l'hypothèse du contrôle concret, le travail de réparation du législateur est plus ardu. Par ailleurs, un contrôle limité à une hypothèse peut induire d'autres violations de la Constitution que la Cour n'aperçoit pas toujours lors du prononcé de l'arrêt.

En toute hypothèse, l'effet relatif des arrêts ainsi rendus permet à la Cour, saisie d'une nouvelle question, d'éventuellement

soit appliquée dans le respect des articles 10 et II de la Constitution.

Exemple : l'arrêt n° III/2008, du 31 juillet 2008:

Les articles 235ter et 4I6, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle sont-ils compatibles avec les articles 10 et II de la Constitution en ce que l'article 4I6, alinéa 2, ne prévoit pas de possibilité de former un recours en cassation immédiat contre un arrêt préparatoire de la chambre des mises en accusation exerçant le contrôle de la régularité de l'application des méthodes particulières de recherche, d'observation et d'infiltration, alors qu'en vertu de l'article 4I6, alinéa 2, un recours en cassation immédiat peut être formé contre les arrêts préparatoires de la chambre des mises en accusation exerçant le contrôle de la régularité de la procédure en application de l'article 235bis du Code d'instruction criminelle?

La Cour juge que cette différence de traitement dans les procédures n'est pas raisonnablement justifiée. Cette différence de traitement injustifiée provient de l'absence, dans l'article 4I6, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle, d'une disposition législative ayant, pour les décisions prises par la chambre des mises en accusation en application de l'article 235ter, une portée identique à celle qui concerne les décisions de la chambre des mises en accusation prises en application de l'article 235bis. Et la Cour de relever in fine que « c'est au juge a quo qu'il appartient, si la lacune est située dans le texte soumis à la Cour, de mettre fin à l'inconstitutionnalité constatée par celle-ci, lorsque ce constat est exprimé en des termes suffisamment précis et complets pour permettre que la disposition en cause soit appliquée dans le respect des articles 10 et II de la Constitution (comp. CEDH, 29 novembre 1991, Vermeire c. Belgique, § 25).

les services d'une autorité administrative peut contester devant le Conseil d'Etat un tel refus.

La Cour conclut : « B.4.2. Pour les raisons exposées dans l'arrêt n° 31/96, en ses motifs rappelés ci-dessus – en particulier en B.4 – cette différence de traitement n'est pas raisonnablement justifiée. Dès lors en effet que le législateur a décidé de soumettre le droit de contester les actes administratifs des assemblées en matière de fonction publique au même régime que celui applicable aux actes des autorités administratives, il n'est pas justifié que le refus, opposé à un candidat, de participer à un examen de recrutement puisse être contesté devant le Conseil d'Etat lorsqu'il s'agit d'un emploi dans les services d'une autorité administrative mais ne puisse l'être s'il s'agit d'un emploi auprès d'une assemblée parlementaire; l'intérêt protégé par l'institution d'un recours en annulation est en effet aussi réel et aussi légitime dans le second cas que dans le premier. Ni les travaux préparatoires, ni le mémoire ne justifient d'ailleurs une telle différence de traitement.

B.4.3. Il résulte de ce qui précède que, dans l'interprétation soumise par le juge a quo (B.4.1), l'article 14, § 1er, des lois sur le Conseil d'Etat viole manifestement les articles 10 et 11 de la Constitution.

3- Enfin, dernier cas de figure : la Cour constitutionnelle constate que la disposition législative qui lui est soumise est inconstitutionnelle du fait qu'elle contient elle-même une lacune que cette fois le juge a quo peut combler. Selon la phraséologie des arrêts de la Cour, « c'est au juge a quo qu'il appartient, si la lacune est située dans le texte soumis à la Cour, de mettre fin à l'inconstitutionnalité constatée par celle-ci, lorsque ce constat est exprimé en des termes suffisamment précis et complets pour permettre que la disposition en cause

les missions d'un magistrat du ministère public, qui pourrait constituer une sanction disciplinaire déguisée, ne peut faire l'objet de la part de ce dernier d'un recours en annulation auprès du Conseil d'Etat, alors que « les fonctionnaires des administrations » qui font l'objet d'une décision similaire peuvent, eux, introduire un tel recours.

La Cour constitutionnelle a conclu : « Cette absence de tout recours n'est pas compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution mais cette discrimination n'a son siège ni dans l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat ni dans les articles 608, 610 et 1088 du Code judiciaire. Elle provient de ce qu'aucune disposition du Code judiciaire ne permet d'exercer un recours. (...) Il appartient au législateur d'apprécier à quel type de recours doit donner lieu la décision d'un procureur du Roi concernant les missions d'un magistrat du ministère public qui pourrait constituer une sanction disciplinaire déguisée et d'organiser ce recours au sein de l'ordre judiciaire.

2- Dans une deuxième hypothèse, la Cour constitutionnelle peut constater que la disposition législative soumise à son contrôle est inconstitutionnelle au motif qu'elle contient une lacune que le juge ne peut toutefois combler. Il s'agit d'une lacune dite « intrinsèque » qui n'est pas auto-réparatrice.

Exemple : l'arrêt n° 54/2002, du 13 mars 2002:

Le même article 14, § 1er, des lois sur le Conseil d'Etat viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution lorsqu'il est interprétée comme ne permettant pas à un candidat à un emploi dans les services d'une assemblée parlementaire de demander l'annulation du refus de participer à un examen de recrutement alors que celui qui est candidat à un emploi dans

- Soit elle valide dans les motifs de son arrêt la norme dans l'interprétation qu'elle propose tout en la déclarant inconstitutionnelle, telle qu'interprétée par le juge a quo, dans le dispositif de l'arrêt.

De quelle marge de manœuvre le juge a quo dispose-t-il dans pareille hypothèse ? L'interprétation qui valide la norme législative ne s'impose pas à lui de sorte que ce disant, la Cour laisse en réalité un choix au juge a quo : ou bien il persiste dans son interprétation et il doit écarter l'application de la norme jugée inconstitutionnelle; ou bien il adopte l'interprétation qui la rend constitutionnelle - ce qui est la meilleure solution - et il peut alors l'appliquer dans cette interprétation .

C. Dans quelle norme situer l'inconstitutionnalité?

Il se peut que l'inconstitutionnalité constatée par la Cour trouve son origine non pas dans la disposition législative contrôlée en tant que telle mais dans une lacune de la législation.

Trois cas de figure peuvent se présenter :

I- La Cour constate l'existence d'une lacune qui ne se trouve pas dans la loi en cause mais dans l'absence dans l'ordre juridique de disposition adoptée par le législateur. Il s'agit d'une lacune dite extrinsèque à laquelle seul le législateur peut remédier.

Exemple : l'arrêt n° 27/2009, du 18 février 2009:

Les questions préjudicielles demandent à la Cour si l'article 14, § 1er, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, viole les articles 10 et 11 de la Constitution, interprété en ce sens qu'une décision d'un procureur du Roi concernant

- Soit la Cour décerne à la norme législative en cause un brevet de constitutionnalité : elle est sauvée et le juge n'a plus, dans ces conditions, qu'à l'appliquer.

Trois précisions méritent d'être apportées à ce constat un peu simpliste : le constat de constitutionnalité ou non (1°) est opéré dans quelle interprétation de la norme contrôlée (B) ? (2°) est situé dans quelle norme (C) ? (3°) et selon quelle qualification (D) ?

B. Dans quelle interprétation de la norme contrôlée ?

Nous l'avons vu. Le juge a quo interroge la Cour à propos d'une norme dont il a retenu une interprétation. Cette interprétation est en principe celle retenue par la Cour pour se prononcer sur la constitutionnalité de la norme.

La Cour constitutionnelle n'a toutefois pas hésité à dépasser l'interprétation de la norme telle qu'elle lui est soumise par le juge a quo pour en proposer une autre lorsque celle-ci permet de sauver la norme d'un constat d'inconstitutionnalité.

Trois méthodes sont employées par la Cour :

- Soit elle adopte des motifs et un dispositif alternatifs, déclarant la norme inconstitutionnelle dans l'interprétation donnée par le juge a quo et la déclarant conforme à la Constitution dans une autre interprétation. Cette technique est retenue par la Cour dans la plus grande majorité de ses arrêts.

- Soit elle déclare dans les motifs de son arrêt que la norme est inconstitutionnelle selon l'interprétation conférée par le juge a quo, mais indique dans le dispositif de l'arrêt que la disposition en cause est conforme à la Constitution dans une autre interprétation.

1- La décision du juge de poser une question préjudicielle n'est pas susceptible de recours (article 29, § 1 de la loi spéciale du 6 janvier 1989)

Le refus du juge de poser une question préjudicielle n'est pas susceptible de recours distinct (article 29, § 2 de la loi spéciale du 6 janvier 1989). L'éventuel recours doit donc accompagner le recours au fond ou en cassation. Il s'agira de démontrer, dans ce cadre, que la décision au fond aurait été différente si une question préjudicielle avait été posée à la Cour constitutionnelle.

2- La question préjudicielle suspend la procédure pendante devant le juge qui interroge la Cour, mais aussi les délais de procédure et de prescription. La suspension de ces délais court depuis la date de la décision qui pose la question, jusqu'au jour de la notification de l'arrêt de la Cour à la juridiction qui a posé la question.

3- Ce n'est pas aux parties, mais à la juridiction qui interroge la Cour de lui faire parvenir la « décision de renvoi ».

II. L'arrêt préjudiciel : son contenu

A. Principe

Le juge a quo pose une question. La Cour y répond. En principe, de deux manières :

- Soit la Cour déclare la disposition législative en cause inconstitutionnelle. Le juge doit alors en écarter l'application pour le litige qui lui est soumis. Mais la norme subsiste dans l'ordre juridique, donc pour les autres litiges (voir infra, les effets).

Les Effets Des Questions Préjudicielles Sur le Litige Pendant Devant Le Juge A QUO

Pierre NIHOUL

Juge à la Cour constitutionnelle de Belgique
Professeur à la Faculté de Droit UCL

Introduction

La Cour constitutionnelle de Belgique peut être saisie par la voie d'un recours en annulation (éventuellement accompagné d'une demande de suspension), mais également via une question préjudicielle posée par une juridiction. Le Constituant belge a voulu créer un contrôle « concentré » de constitutionnalité des lois, qui relève d'un monopole (de principe) de la Cour constitutionnelle. Ce monopole implique que, si une question relevant de la compétence de la Cour se pose devant une juridiction, à l'occasion d'un litige particulier, la juridiction a en principe l'obligation de surseoir à statuer, de poser la question à la Cour et d'attendre la réponse de la Cour .

La compétence de la Cour dans le cadre d'une procédure préjudicielle est particulièrement large : toutes les normes législatives, quelle que soit leur ancienneté, peuvent être soumises au contrôle de la Cour.

La Cour constitutionnelle n'annule pas les normes au contentieux des questions préjudicielles : elle rend « des arrêts de réponse » et dit pour droit si les normes contrôlées sont constitutionnelles ou pas.

I. Sur le plan procédural

19- La Constitution ne contient aucune référence au but expressément déterminé du contrôle de constitutionnalité en général et de l'exception d'inconstitutionnalité en spécial .

20- Pierre Bon, La question d'inconstitutionnalité en Espagne, (2011) No.2 Pouvoirs, p. 138. En revanche, en Espagne, l'article 163 de la Constitution prévoit expressément que la question d'inconstitutionnalité ne suspend pas la norme suspectée d'inconstitutionnalité. Si un autre juge, dans un autre procès, a à appliquer la même norme, il est tenu de le faire sauf s'il a lui-même des doutes sur sa constitutionnalité, auquel cas il peut saisir à son tour le Tribunal constitutionnel. Tel était aussi le cas de la Roumanie.

21- Constance Grewe, Le contrôle de constitutionnalité de la loi en Allemagne : quelques comparaisons avec le système français, (2011) No.2 Pouvoirs, p. 148

22- Jean-Jacques Pardini, Question prioritaire de constitutionnalité et question incidente de constitutionnalité italienne: Ab origine fidelis, (2011) No.2 Pouvoirs, p. 104

23- <http://www.const-court.be/fr/common/home.html>

24- Conseil de l'Europe, Commission Européenne pour la Démocratie par le Droit, Etude sur l'accès individuel à la justice constitutionnelle (Etude no. 538/2009), document adopté par la Commission dans la 85eme Session Plénière de 17-18 décembre 2010, para. 142.

25- Voir Filip Gadiuta, The Romanian Constitutional Court's Relationship with the Ordinary Courts, in (2012) 37 Review of Central and East European Law, pp. 53-93

26- Pour des statistiques sur le nombre d'exceptions dans une perspective comparative, voir ibidem, p. 69. D'autres facteurs déterminants pour le grand nombre d'exceptions ont été considérés: les "exceptions de masse" (ibidem, p 70) et les effets strictement ex nunc des décisions de la Cour constitutionnelle.

27- Voir aussi Bianca Selejan-Gutan, op.cit., p.268

28- En France, selon la nouvelle réglementation, la transmission de la question prioritaire d'inconstitutionnalité par le juge a quo à la juridiction suprême compétente implique le sursis du procès, jusqu'à ce qu'il soit décidé de l'exception, sauf en ce qui concerne les mesures provisoires et conservatoires, les mesures relatives aux privations de liberté, la nécessité de statuer dans un délai déterminé ou en urgence, ou encore en présence de conséquences irréversibles ou manifestement excessives pour les droits d'une partie (article 23-3 de la loi organique de 2009)

29- L'apparence du bon droit (lat).

30- Alessandro Pizzorusso, in G.Branca (dir.), Commentario della Costituzione. (Bologne: Zanichelli, Roma, Societa editrice del foro italiano, 1981), p. 259 (apud J.J.Pardini, loc.cit., p. 112).

31- Jean-Jacques Pardini, loc.cit., p. 112

32- Christine Mauqué, Jacques-Henri Stahl, La question prioritaire de constitutionnalité (Paris: Dalloz, 2011), pp. 36-37.

en considérant aussi des arguments de droit et de jurisprudence comparés, la Cour a statué que „la syntagme «en vigueur» (...) est constitutionnelle dans la mesure où elle est interprétée comme étant soumise au contrôle de constitutionnalité des lois et ordonnances (...) dont les effets juridiques continuent à se produire après leur abrogation .”

8- Voir aussi Bianca Selejan-Guțan, Asocierea instanțelor judecătorești la procesul de control al constituționalității legilor în cadrul procedurii invocării și soluționării excepției de neconstituționalitate [L'association des tribunaux au processus du contrôle de la constitutionnalité des lois dans la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité], in (2003) No. 1 Revista de drept public, pp. 47-57; D.C.Dănișor, loc.cit., p. 31; D.C.Dănișor, Înțelegerea trunchiată a competenței exclusive a Curții constituționale în domeniul contenciosului constituțional (III). Tipuri de contencios constituțional de conformitate și partajul competențelor de justiție constituțională [La compréhension tronquée de la compétence exclusive de la Cour constitutionnelle dans le contentieux constitutionnel], in (2011) No.5 Pandectele române, p. 52 et seq.

9- I. Muraru, M. Constantinescu, Curtea constituțională a României [La Cour constitutionnelle de la Roumanie] (București : Editura Albatros, 1997), p. 90 .

10- Pour une critique des réglementations actuelles sur l'indépendance des juges constitutionnels, voir B. Selejan-Guțan, Este necesară o nouă reformă a Curții constituționale? [Une nouvelle réforme de la Cour constitutionnelle – est-elle nécessaire?] in Perspectivele constituționalismului în România [Les perspectives du constitutionnalisme en Roumanie], (București: Editura Monitorul Oficial, 2010)

11- I. Deleanu, Justiția constituțională [La justice constitutionnelle] (București: Editura Lumina Lex, 1995), p. 246.

12- Rapport de la Commission Européenne sur les progrès réalisés par la Roumanie dans le cadre du Mécanisme de coopération et vérification (2007)

13- Voir, entre autres, Iuliana Ciolca, Inadmisibilitatea excepției de neconstituționalitate când este invocată în susținerea unor alte excepții (cereri) [L'irrecevabilité de l'exception d'inconstitutionnalité lorsqu'elle est invoquée au soutien d'autres exceptions], in (2009) No. 12 Curierul judiciar, p. 708

14- Voir Ion Deleanu, op.cit., p.268 et seq.

15- Voir Bianca Selejan-Gutan, Excepția de neconstituționalitate [L'exception d'inconstitutionnalité], 2e édition (București, C.H.Beck, 2010), p. 180.

16- Articles II et III de la Loi 177/2010

17- Voir Verginia Vedinas, Câteva considerații privind neconstituționalitatea Legii nr. 177/2010 [Quelques considérations sur l'inconstitutionnalité de la Loi no. 177/2010], in (2010) No.3 Revista de drept public, pp.101-102

18- Cour constitutionnelle, Decision no. 1106 de 22 septembre 2010.

b) prévoir des exceptions au sursis obligatoire selon la situation particulière du procès (par ex., s'il s'agit d'une personne privée de liberté³² – comme en France; ou si la décision éventuelle d'inconstitutionnalité ne serait de nature à produire des effets concrets sur le résultat du procès – comme au Portugal).

En conclusion, la solution n'est pas l'élimination d'une mesure procédurale correcte (la suspension du procès), et qui sert aussi de garantie des droits fondamentaux des parties, mais la création des instruments procéduraux pour éviter que ladite mesure soit dépourvue de son but constitutionnel: la protection de la sécurité des rapports juridiques.

Marges

1- Voir, pour plus de détails, Gérard Conac, Une antériorité roumaine : le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois, in *Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic : démocratie et liberté : tension, dialogue*, (Bruxelles : Bruylant, 2008), pp. 399-427. Voir aussi D.C.Dănișor, *Înțelegerea trunchiată a competenței exclusive a Curții constituționale în domeniul contenciosului constituțional* (II). Partajul competențelor de justiție constituțională în raport de distingerea validității de conformitate, in (2011) [La compréhension tronquée de la compétence exclusive de la Cour constitutionnelle dans le domaine du contentieux constitutionnel (II) . Le partage des compétences de juridiction constitutionnelle par rapport à la distinction validité-conformité] No.3 *Pandectele române*, p. 20 et seq.

2- A. Rădulescu, *Puterea judecătorească* [Le pouvoir judiciaire], in *Constituția de la 1923 în dezbaterea contemporanilor* [La Constitution de 1923 dans les débats des contemporains] (București: Editura Humanitas, 1990), p. 286.

3- G. Alexianu, *La suprématie de la Constitution assurée par les juges en Roumanie*, in *Mélanges Paul Negulescu* (Bucarest : Monitorul Oficial și Imprimeriile Statului, 1935), p. 8.

4- Marc Verdussen, *La justice constitutionnelle en Europe Centrale. Essai de synthèse*, in M. Verdussen (sous la direction de), *La justice constitutionnelle en Europe Centrale* (Bruxelles : Bruylant, 1997), p. 229.

5- Loi no. 47/1992, republiée en 2010

6- Marius Andreescu, *Competența instanțelor judecătorești de a cenzura actele juridice neconstituționale* [La compétence des tribunaux de censurer les actes inconstitutionnelles], in (2009) No.3 *Curierul Judiciar*, p. 156.

7- Pour les nuances de l'expression „en vigueur”, voir la Decision no. 766/2011 de la Cour constitutionnelle, publiée au M.Of. 549/3.08.2011 ou,

dilatoires: introduire des nouvelles conditions de recevabilité de l'exception ou raffiner les conditions existantes, (comme en Italie ou en Allemagne) en consolidant, par la suite, le mécanisme de filtrage des exceptions par les tribunaux ordinaires.²⁶

A ce propos, j'ai envisagé plusieurs solutions possibles:

a) introduire une nouvelle condition de recevabilité: l'exception serait irrecevable si elle était manifestement mal fondée²⁷ (comme en France ou en Italie), ou si elle était introduite au but dilatoire évident (comme en France).²⁸

La possibilité de constater que l'exception est "manifestement mal fondée" aurait l'effet de consolider le rôle de filtre des tribunaux ordinaires, sans qu'ils se prononcent sur la constitutionnalité des textes invoqués. Cela donnerait aux tribunaux le seul pouvoir de déclarer irrecevable une exception invoquée au but exclusivement dilatoire, sans les substituer à la juridiction de la Cour constitutionnelle .

En Italie, le juge a quo doit apprécier si l'exception d'inconstitutionnalité n'est pas manifestement mal fondée (non manifesta infondatezza) avant de décider la saisine de la Cour constitutionnelle et le sursis du procès: "la vérification de l'existence du *fumus bonis juris*²⁹ de la question afin d'éviter que l'incident de constitutionnalité ne soit instrumentalisé pour obtenir la suspension du procès sans motif valable et afin, également, d'empêcher que la Cour constitutionnelle ne soit contrainte à se prononcer sur des questions manifestement inconsistantes³⁰".

Dans la nouvelle réglementation française, la question prioritaire ne doit pas être dépourvue de caractère sérieux .

L'objectif des deux conditions – italienne et française – est le même: "d'éviter que le juge constitutionnel soit envahi par des questions de constitutionnalité qui n'en seraient pas, soit parce qu'elles seraient posées dans un but dilatoire, soit parce que leur caractère fantaisiste ou fallacieux ne ferait pas de doute³¹".

principe poser une question préjudicielle à la Cour. «Préjudicielle» signifie : avant de statuer soi-même plus avant. Lorsqu'une juridiction pose une question, la procédure devant cette juridiction est suspendue dans l'attente de la réponse de la Cour»²³

f) la situation est similaire aussi en Sloveenie, Hongrie, Pologne.

La conclusion de la Commission de Venise sur la suspension du procès, dans l'étude susmentionnée, a été la suivante : Toute procédure ordinaire doit être suspendue dès lors qu'une question préjudicielle a été posée à la Cour constitutionnelle. Cette suspension peut se produire ipso jure ou sur décision du tribunal compétent. En tout état de cause, il convient de vérifier que le juge ordinaire n'est pas contraint d'appliquer une loi qu'il estime inconstitutionnelle et dont la constitutionnalité doit être vérifiée par la Cour constitutionnelle dans le cadre de l'espèce en cours²⁴

3/ Conclusions. Solutions possibles

Comme l'on a déjà remarqué dans la doctrine, en Roumanie, l'accroissement du nombre d'exceptions d'inconstitutionnalité soulevées devant les tribunaux ne paraît pas avoir été influencé par la récente modification²⁵ (il est même peut-être trop tôt pour nous prononcer). Le droit comparé (et surtout la pratique comparée) démontre, au contraire, qu'aux pays où la suspension obligatoire est prévue, on n'a pas mentionné un accroissement aigu du rôle des cours constitutionnelles ou l'utilisation des questions d'inconstitutionnalité dans un but dilatoire dans une proportion significative .

Je crois que la solution se trouve dans des détails plus subtils que ceux envisagés par le législateur de 2010 et par la Cour constitutionnelle en le soutenant. Bien évidemment, il s'agit aussi d'un besoin d'«éducation» des justiciables sur le rôle de l'exception d'inconstitutionnalité. Sinon, jusqu'à la réalisation (très difficile, en pratique) d'un tel but, on pourrait choisir d'autres procédés pour les dissuader de l'utiliser dans des buts

unilatérale et verticale évidente (celle de la Commission européenne), en ignorant les analyses objectives et approfondies de la nature du contrôle par voie d'exception, des effets dudit contrôle et des exemples étrangers relevant. Peut-être cette attitude a été intentionnelle, car le droit comparé aurait été sans doute l'un de plus forts arguments à la faveur de la suspension : législations dans la matière des pays comme l'Autriche, la France, la Belgique, le Luxembourg, la Sloénie, l'Espagne, l'Italie etc. (plus de 20 pays, d'après une étude de la Commission de Venise) imposent la suspension du procès lors une exception/question d'inconstitutionnalité est soulevée devant un tribunal ordinaire .

Ainsi:

a) en France : le juge ordinaire a l'obligation de surseoir à statuer jusqu'à la réception de la décision du Conseil constitutionnel;

b) en Espagne, si le juge a quo décide de poser la question soulevée par l'une des parties, « cela suspend évidemment le procès en cours devant lui dans l'attente de la décision du juge constitutionnel »²⁰

c) en Allemagne, le juge ordinaire doit surseoir à statuer et soumettre la question à la décision de la Cour constitutionnelle fédérale s'il estime qu'une loi fédérale est incompatible avec la Constitution ou s'il estime qu'une loi fédérée est incompatible avec une loi fédérale (art. 100, al. 1 LF , § 13, n° 11 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale).²¹

d) en Italie, quand l'autorité juridictionnelle estime que le procès ne peut être tranché indépendamment de la résolution de la question d'inconstitutionnalité et si elle ne considère pas que la question soulevée est manifestement infondée, elle rend une ordonnance par laquelle elle décide la transmission immédiate des actes à la Cour constitutionnelle et suspend le procès en cours.²²

e) en Belgique, si une juridiction est confrontée à une question de conformité des normes à la Constitution, « elle doit en

d'invoquer l'exception d'inconstitutionnalité dans un autre but que celui prévu par la Constitution »¹⁹ (sic !), « prévenir l'exercice abusif de ce droit procédural »).

Toutefois, ce qui est étonnant dans le raisonnement de la Cour constitutionnelle, c'est le fait qu'elle invoque passionnément et avec plein d'exemples, des arguments sortant de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans la matière du procès équitable (la durée raisonnable du procès). En effet, toutefois, ce qu'elle fait c'est de sortir du contexte les arguments de la Cour européenne, faire entendre que la durée raisonnable est une sorte de « lit de Procuste » et oublie totalement un autre principe beaucoup plus cher à la Cour de Strasbourg : la sécurité juridique. En plus, la Cour constitutionnelle reconnaît elle-même que l'exception d'inconstitutionnalité a été utilisée dans « le but pervers » incriminé par « certaines » parties litigantes. Par conséquent, pourquoi la solution c'est d'« éliminer » le sursis de la procédure, au lieu de le remplacer par une mesure plus nuancée? La Cour ne dit rien de la sorte .

Dans ce contexte-ci, il se pose une question : s'agit-il d'un conflit entre deux principes des droits fondamentaux et de l'Etat de droit - la célérité de la procédure judiciaire et la sécurité des rapports juridiques?

Si on accepte cette hypothèse du conflit, on doit certainement remarquer que l'effort de conciliation, par la modification de la loi, n'a pas été porté au maximum. Le législateur, soutenu par la Cour Constitutionnelle dans sa décision, a préféré la « solution » la plus commode, mais en même temps la plus inefficace : supprimer une garantie de la sécurité juridique, au lieu de trouver une solution flexible, qui permettrait de maintenir la garantie, tout en évitant l'usage de l'exception d'inconstitutionnalité aux buts purement dilatoires.

Dans une telle démarche, le législateur ainsi que la Cour auraient pu utiliser le droit comparé comme source d'inspiration, au lieu d'agir sous une pression extérieure

dispositions similaires (la suspension pouvait être disposée par le juge ordinaire sur motivation, d'office ou à la requête de la partie intéressée). Toutefois, s'est imposée la version la plus radicale, par laquelle le juge ordinaire paraît dépourvu de la faculté de suspendre le procès, même quand il aurait la conviction (comme en droit allemand) qu'il s'agit de l'inconstitutionnalité de la norme applicable au litige (conviction qui pourrait le mener à relever d'office l'exception d'inconstitutionnalité). Corollairement, le juge ordinaire qui relève d'office une telle exception se borne-t-il de constater qu'elle soit admissible, saisit la Cour constitutionnelle et continue le procès ? Evidemment il s'agit d'une situation absurde.

L'élimination de la suspension obligatoire par la loi de 2010 a été fortement critiquée¹⁷. Un groupe de parlementaires de l'opposition ont introduit une saisine à la Cour constitutionnelle, avant l'entrée en vigueur de la loi concernée, contestant, entre autres, la mesure, mais sans succès.¹⁸ Tout en soulignant que le but principal du contrôle de constitutionnalité c'est « l'intérêt général de la société d'assainir la législation en vigueur des dispositions affectées par défauts d'inconstitutionnalité », la Cour constitutionnelle affirme que la réglementation qui a été modifiée par la loi contestée devant elle « a encouragé l'abus de droit processuel et l'arbitraire, dans une forme qui ne peut pas être sanctionnée, dès lors que le sursis de la procédure est vue comme une conséquence immédiate et nécessaire de l'exercice de l'accès libre à la justice ». Et encore : le but primordial du contrôle de constitutionnalité, défini ci-dessus, « a été perverti dans un but éminemment personnel, par certaines parties litigantes, qui ont utilisé l'exception d'inconstitutionnalité comme prétexte pour ajourner la solution du tribunal qui juge le litige ». La Cour ne dit pas à qui appartient l'arbitraire auquel elle se réfère et, sur l'ensemble de la décision, elle ne fait que reprendre les arguments simplistes du législateur (« éliminer la possibilité

outre, le juge lui-même ayant le droit d'invoquer l'exception, la continuation de la procédure serait en contradiction avec la décision de saisir la Cour constitutionnelle¹⁵.

Un autre argument qui peut être envisagé est, évidemment, le principe de la sécurité des rapports juridiques, principe essentiel dans la matière de la protection des droits fondamentaux. La norme constitutionnelle de référence étant suprême vis-à-vis les normes applicables au procès principal, la déclaration d'inconstitutionnalité des dernières, après une décision judiciaire prononcée en les appliquant, affecterait ce principe fondateur de l'Etat de droit et, par conséquent, les droits fondamentaux des personnes intéressées .

En outre, le caractère « d'ordre public » de l'exception d'inconstitutionnalité justifierait aussi la suspension obligatoire. L'élimination du sursis obligatoire du proces pourrait ainsi signifier la disparition du caractère préjudiciel de l'exception, et sa déprivation de son caractère d'ordre public et donc prioritaire.

Cependant, la nouvelle modification de la loi n'est pas « un retour aux origines », car elle ne prévoit que l'élimination de la suspension, en ne la remplaçant pas avec une suspension facultative, mais en ajoutant des voies de recours postérieures à une éventuelle décision d'inconstitutionnalité prononcée par la Cour constitutionnelle (la revision des décisions judiciaires, tant en civil qu'en pénal)¹⁶. Ces voies de recours, si elles arrivaient à être utilisées suite à une décision de la Cour constitutionnelle, ne feraient que prolonger la procédure menant à trancher la situation concrète des parties au procès principal. Et alors, la célérité requise est plutôt diluée.

Il est aussi à remarquer qu'au fil du temps il y a eu plusieurs projets de modification de la loi organique de la Cour. L'un, datant de 2007, prévoyait l'élimination de l'obligation de suspension, mais mentionnait la « possibilité » du tribunal ordinaire de suspendre l'action au moment de la saisine de la Cour constitutionnelle. L'autre, plus récent, contenait des

d'éliminer la suspension obligatoire du jugement de la cause quand l'inculpé invoque l'exception d'inconstitutionnalité ».

Ces critiques ont été formulées, le plus souvent, dans une manière simpliste et unilatérale, sans offrir une autre alternative que l'abrogation des dispositions relatives à la suspension¹³.

Il était évident qu'il faudrait trouver une solution à ce problème qui, d'ailleurs, n'est pas étranger aux autres systèmes similaires de contrôle de constitutionnalité par voie d'exception. Malheureusement, le législateur roumain a suivi la voie la plus simple et primitive, en éliminant l'obligation du juge a quo de suspendre le procès principal jusqu'à la décision de la Cour constitutionnelle. Par ladite loi no. 177/2010, l'article 29 alinéa 5 de la Loi sur l'organisation et le fonctionnement de la Cour constitutionnelle, qui prévoyait la suspension obligatoire du procès a quo, a été tout simplement abrogé .

Dans ce contexte-ci, il faut préciser que l'exception d'inconstitutionnalité n'a pas toujours eu cet effet suspensif de la procédure a quo. La loi de la Cour, dans sa version initiale, de 1992, disposait que le déclenchement de la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité peut déterminer la suspension du procès principal, c'est-à-dire que l'instance a quo avait la faculté d'en suspendre. La décision du juge a quo de suspendre le procès pouvait être soumise au pourvoi, dans un terme de 5 jours du moment du prononcement. Il s'agissait donc d'une suspension facultative, mais expressément prévue par la loi, y compris la voie de recours contre une telle décision .

En 1997, la loi no. 138 a changé le régime de la suspension, en la transformant en obligation du juge a quo. Parmi les arguments qui ont conduit le législateur vers une telle modification (arguments qui ont été développés et soutenus par la majorité de la doctrine du temps) ont été le risque d'une pratique divergente des tribunaux ordinaires, parfois même contraire à la loi organique de la Cour, et la liaison logique avec l'exigence légale de la pertinence de l'exception.¹⁴ En

2/ Critique de la situation présente de l'exception d'inconstitutionnalité

Pendant les 20 ans d'existence dans cette formule-là, l'exception d'inconstitutionnalité s'est prouvée un instrument plutôt efficace de protection des droits fondamentaux. La Cour constitutionnelle a été particulièrement active dans la matière en ce qui concerne le droit d'accès à la justice, l'égalité devant la loi, la liberté d'expression, le droit au travail et à la protection sociale, le droit de propriété etc. Par la suite, la Cour constitutionnelle elle-même a été considérée, par la doctrine, l'un des principaux garants des droits fondamentaux en Roumanie. Son activisme judiciaire a constitué, pour une bonne période de temps, une forte raison pour cette conclusion-là .

Force est de constater, cependant, que le grand succès de l'exception d'inconstitutionnalité est devenu, paradoxalement, l'un de ses plus grands ennemis .

Ainsi, la manière relativement facile dont l'exception peut être soulevée devant un tribunal ordinaire et surtout la suspension obligatoire du procès suite à un tel soulèvement, ont conduit à une situation paradoxale : la transformation de l'exception, par certains justiciables, en technique dilatoire du procès, utilisée au seul but de tergiverser l'action principale, en sachant qu'elle soit dépourvue de tout fondement. La situation a été critiquée par les praticiens et par la Commission Européenne¹². La CE invoquait, évidemment, le principe de la durée raisonnable de la procédure : «Les procès restent d'une longue durée (...). Les exceptions d'inconstitutionnalité continuent d'attarder le solutionnement des cas de corruption de haut niveau, tandis qu'un projet de loi qui veut éliminer la suspension obligatoire de la procédure quand on soulève des exceptions d'inconstitutionnalité est en train d'être adopté » ou bien « il sera important que l'exécutif convienne avec le législateur sur le changement de la loi de la Cour constitutionnelle, afin

ordinaires soient aussi des juridictions constitutionnelles, ayant même une compétence exclusive dans la matière. Seules les normes en vigueur peuvent être contrôlées par la Cour constitutionnelle.⁷ Or, conformément à l'article 154 de la Constitution, les normes préconstitutionnelles "restent en vigueur dans la mesure où elles ne contreviennent à la présente Constitution", ce qui peut établir le tribunal saisi du litige. Le même s'applique pour la constitutionnalité des normes infra-législatives.⁸

En même temps, la Cour constitutionnelle est un „législateur négatif”, suivant le principe kelsenien bien-connu, ayant une fonction véritablement juridictionnelle, sans pouvoir créer ou modifier des normes. Elle a une compétence restreinte, d'attribution”, établie par la Constitution et par la loi.⁹

En tant que garanties pour l'exercice efficace de ses fonctions, la loi prévoit l'indépendance institutionnelle, ainsi que l'indépendance et inamovibilité des juges de la Cour.¹⁰ On doit aussi mentionner que, dans le système constitutionnel roumain, la Cour constitutionnelle est une autorité indépendante, ne faisant partie du pouvoir judiciaire.

Quant à l'exception d'inconstitutionnalité, de sa réglementation constitutionnelle ont résulté les principes suivants:

- a) la Cour constitutionnelle est la seule autorité compétente de solutionner ces exceptions;
- b) l'exception d'inconstitutionnalité peut être soulevée devant les tribunaux et des instances arbitrales;
- c) le contrôle par voie d'exception est un contrôle concret et „essentiellement juridique et juridictionnel,;”¹¹
- d) l'objet de l'exception peut être soit une disposition d'une loi, soit d'une ordonnance du Gouvernement (acte ayant la force de la loi);
- e) l'exception d'inconstitutionnalité peut être soulevée directement devant la Cour constitutionnelle par l'Avocat du Peuple (ombudsman).

adoptée à la fin des débats, malgré les contestations exprimées dans la Constituante, a été confirmée par le référendum et correspond à la tendance des pays de l'Est de se doter d'une Cour constitutionnelle d'après le modèle kelsenien du contrôle de constitutionnalité („ce qui a triomphé dans le pays de l'Est c'est le règne de la loi et surtout de la Constitution)⁴.

Evidemment, la création d'une telle institution aurait été vidée de substance en l'absence des procédés et techniques adéquates de contrôle, en vue de réellement assurer les principes véhiculés: Etat de droit, protection des droits fondamentaux, désir de l'intégration européenne etc. Le constituant et le législateur roumains ont réussi, généralement, de répondre à ce besoin, dans une première étape, en réglementant deux formes principales du contrôle: abstrait a priori et concret a posteriori. Malgré le fait que la combinaison des deux formes de contrôle n'a pas été toujours réglementée dans la meilleure manière, l'assurance d'un moyen d'accès des personnes à la juridiction de la Cour constitutionnelle, par voie d'exception, a signifié la reconnaissance du rôle de la Cour comme garant des droits fondamentaux, au delà du caractère essentiellement objectif du contrôle qu'elle exerce. La loi organique sur l'organisation et le fonctionnement de la Cour constitutionnelle⁵ offre la réglementation de détail.

La Cour constitutionnelle, ainsi dessinée par sa loi organique, est définie comme l'«unique autorité de juridiction constitutionnelle en Roumanie». Cette affirmation impérative de la loi a été critiquée par la doctrine, ayant en vue que les tribunaux ordinaires ont certaines compétences implicites dans le domaine du contrôle de constitutionnalité⁶.

Ainsi, en interprétant plus largement le concept de juridiction constitutionnelle, on peut douter la qualification de la Cour comme l'«unique» autorité de ladite juridiction. Si on distingue entre la «validité constitutionnelle» des normes et leur «conformité à la constitution», il en résulte qu'au moins en ce qui concerne les normes pré-constitutionnelles, les tribunaux

contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois², déterminée surtout par la nécessité d'une meilleure administration de la justice, en évitant que le procès revienne, suite à l'exercice du contrôle de constitutionnalité, deux fois au même tribunal. Ainsi, on a considéré la «sauvegarde du prestige des lois», leur validité constitutionnelle pouvant être discutée seulement par le tribunal suprême (la Cour de Cassation).³

Les principaux traits du contrôle de constitutionnalité sous l'empire des Constitutions de 1923 et 1938 étaient, ainsi, les suivantes:

- a) seule la Cour de Cassation avait la compétence d'exercer ce type de contrôle;
- b) la seule possibilité du contrôle indirect, par voie d'exception;
- c) la constitutionnalité de la loi était vérifiée seulement en dernière instance, après parcourir tous les degrés de juridiction. Un tel renvoi à la juridiction des Sections Unies de la Cour de Cassation était considéré une voie de recours extraordinaire contre une décision judiciaire. Il y avait une seule exception, dans le cas où les parties au litige acceptaient le sursis de la procédure pour permettre la solution préalable de la question d'inconstitutionnalité;
- d) dans la tradition américaine, la solution sur l'exception d'inconstitutionnalité produisait des effets inter partes litigantes.

2- Débats sur le contrôle de constitutionnalité dans le processus d'adoption de la Constitution roumaine de 1991

Le chemin parcouru vers la réglementation actuelle du contrôle de constitutionnalité n'a pas manqué des aspérités. Les débats de la Commission de rédaction du projet constitutionnel de 1991 ont dévoilé des tendances divergentes, des opinions totalement opposées à l'idée de contrôle et surtout à l'idée d'organe spécialisé en l'exerçant, aux opinions en faveur de l'adoption de l'une ou l'autre version du contrôle. La solution

temps elle a gagné une image plus complexe, surtout en ce qui concerne la protection des droits fondamentaux. Ainsi, elle est entrée de plus en plus dans la „conscience” des justiciables et des tribunaux ordinaires .

Toutefois, la plus récente modification de la procédure du soulèvement et du solutionnement de l'exception d'inconstitutionnalité en Roumanie, introduite par la loi no. 177/2010 éloigne, à mon avis, l'exception, de sa signification d'instrument de protection des droits fondamentaux, en l'envisageant seulement en tant qu'une technique dilatoire du proces, utilisée par certaines des parties pour tergiverser la cause et qui doit être combattue à tout prix. Au-delà d'une démonstration superflue, d'ailleurs, de l'absurdité de ce point de vue, je vais essayer, dans cet article, de proposer quelques solutions alternatives à celle légiférée en 2010 contre l'ainsi-dit „abus du droit a l'exception d'inconstitutionnalité.”

I/ Quelques nécessaires observations préliminaires

I- L'exception d'inconstitutionnalité sous le régime des constitutions roumaines de 1923 et 1938.

L'exception d'inconstitutionnalité n'est pas une institution toute nouvelle en droit roumain.¹ Elle a été introduite par voie prétorienne en 1912, dans la version du contrôle judiciaire à l'américaine et a reçu ultérieurement la reconnaissance constitutionnelle en étant inscrite dans le texte de la Constitution de 1923, cette fois-là dans la version du contrôle judiciaire concentré .

Le principe jurisprudentiel établi en 1912 donnait à chaque tribunal la compétence d'examiner, à l'occasion d'un procès en cours, si une loi invoquée par l'une des parties était ou non conforme à la Constitution et d'écarter ladite loi si on constatait que ses dispositions soient contraires aux principes constitutionnels. En gardant cette prémise, la réglementation constitutionnelle de 1923 introduit la rationalisation du

L'exception d'inconstitutionnalité en Roumanie: instrument de protection des droits ou technique dilatoire?

dr. Bianca Selejan-Gutan

Professeur de droit constitutionnel
Université „Lucian Blaga” de Sibiu
Faculté de Droit

RESUME

L'article discute une situation particulière, récemment née dans le droit constitutionnel roumain: la modification de la procédure de solutionnement de l'exception d'inconstitutionnalité, par l'élimination de la suspension du procès principal suite à la saisine de la Cour constitutionnelle. L'auteur fait une critique de cette "solution législative" au problème — réel — de l'usage de l'exception d'inconstitutionnalité comme technique dilatoire du procès, en invoquant aussi des arguments de droit comparé et de la doctrine contemporaine. Ainsi, on discute la situation par rapport au principe de la sécurité juridique et de la protection des droits fondamentaux, qui paraissent perdus de vue à la faveur de l'exigence de la célérité des procédures judiciaires.

Mots-clés: contrôle de constitutionnalité, exception d'inconstitutionnalité, sursis du procès, sécurité juridique, droits fondamentaux

L'exception d'inconstitutionnalité dans la version kelsenienne a déjà une histoire de vingt ans dans le système constitutionnel et juridictionnel roumain, qui s'ajoute aux autres 35 années d'existence de l'exception dans la formule „américaine" (1912-1947). Si, au début, elle a été vue plutôt comme une technique de contrôle indirect de la constitutionnalité des lois, au fil du

Ils ont fait valoir pour leur défense, que les dispositions de l'article L 4124 du code de la santé publique méconnaissent les principes constitutionnels de légalité et d'individualisation des peines, résultant des articles 7,8 et 9 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 qui posent une obligation de motivation des jugements de condamnation, pour la culpabilité comme pour la peine.

En réponse, la juridiction administrative a admis qu'il appartient effectivement au juge disciplinaire de motiver sa décision en énonçant les motifs pour lesquels il retient l'existence d'une faute disciplinaire ainsi que la sanction qu'il inflige ; que toutefois, il n'est pas pour autant tenu de justifier spécifiquement de l'éventuelle différence entre la sanction infligée en appel et celle prononcée en première instance.

Sur la base de ces considérations de fait et de droit, le Conseil d'Etat a finalement estimé que la question de constitutionnalité soulevée ne présente pas un caractère sérieux pouvant justifier le renvoi devant le Conseil constitutionnel.

Pour conclure,

Il nous plaît de relever que l'aménagement dans l'ordre juridique algérien, d'un mécanisme de contrôle de constitutionnalité par voie d'exception, constitue assurément une avancée significative dans le renforcement de l'Etat de droit et de la démocratie en ce qu'il ouvre en faveur des citoyens une voie d'accès à la justice constitutionnelle.

Nous avons foi au succès et à la pérennité de cette voie de droit vu que la fonction déterminante de filtrage des exceptions a été confiée à la sagesse des plus hautes juridictions du pays.

Je vous remercie de votre aimable attention.

I- Marthe Fathin- Rouge Stefanini, l'appréciation par les Cours suprêmes du caractère sérieux de la question de constitutionnalité

II- Pierre Chevalier « la pratique du filtrage des QPC dans le domaine du droit des personnes, de la famille et de la nationalité » Revues Constitutions 2013 p.588

L'appréciation du caractère sérieux de l'exception est un exercice difficile en ce sens qu'il oblige les juridictions suprêmes à se déterminer sur l'opportunité du renvoi sur la base d'une analyse des éléments de fait et de droit développés par le requérant, tout en veillant à ne pas empiéter sur les prérogatives dévolues au Conseil constitutionnel en la matière. C'est ce que traduit Le Professeur Marthe Fathin –Rouge Stefanini lorsqu'elle soutient que l'appréciation du caractère sérieux de la question de constitutionnalité est « déterminante quant à la définition du rôle du juge constitutionnel et de celui des juges suprêmes car c'est à l'occasion de l'examen de cette condition que sont appréciés les arguments d'inconstitutionnalité soulevés par le requérant^I».

Il apparaît évident que la loi laisse aux juridictions suprêmes le soin de définir elles-mêmes les critères sur lesquels elles devront se fonder pour décider du caractère sérieux ou non d'une exception d'inconstitutionnalité.

A ce propos, le critère proposé par l'Avocat général Pierre Chevalier nous semble assez intéressante et digne d'intérêt. Selon lui, une question de constitutionnalité doit être considérée comme sérieuse « dès l'instant où dépassant une zone de trop grande incertitude, il devient probable qu'elle puisse entrer en conflit avec la norme constitutionnelle invoquée^{II}».

Dans tous les cas, les juges suprêmes dans leur grande sagesse devront apprécier le bien-fondé des moyens de droit soumis à leur appréciation sans pour autant donner l'impression d'exercer le contrôle de constitutionnalité dévolu au conseil constitutionnel.

Ce procédé subtil peut être observé dans une affaire du 22 octobre 2018 dans laquelle le Conseil d'Etat a statué sur une demande de renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité introduite par deux chirurgiens-dentistes qui avaient écopé d'une interdiction temporaire d'exercer.

constitutionnel s'inscrivent rigoureusement dans cette lignée jurisprudentielle. Ainsi, Dans une affaire où il a été saisi d'un recours en annulation contre un décret portant affectation d'un magistrat de l'ordre judiciaire, le Conseil d'Etat a été invité par la requérante à transmettre une question prioritaire de constitutionnalité par rapport à certaines dispositions de la loi organique relative au statut des magistrats qui porteraient atteinte au principe de l'inamovibilité des magistrats du siège.

Par arrêt rendu le 12 juillet 2013, la juridiction suprême a estimé ne pas devoir donner suite à la requête, après avoir constaté que les dispositions de la loi organique querellée ont déjà été déclarées conformes à la constitution par le Conseil constitutionnel saisi dudit texte dans le cadre du contrôle a priori prévu par l'article 61 de la Constitution et qu'il n'avait aucune circonstance nouvelle pouvant justifier le renvoi.

Dans une autre affaire jugée le 31 janvier 2018, la Chambre criminelle de la Cour de cassation française a dit n'y avoir lieu à renvoyer une question de constitutionnalité en estimant que « la disposition législative contestée a déjà été déclarée conforme à la constitution par le Conseil constitutionnel et que la QPC présentée par le demandeur dans le cadre d'un pourvoi distinct ne saurait constituer à elle seule un changement de circonstances susceptible de justifier un nouveau renvoi ».

3- Sur le caractère sérieux de l'exception

La troisième condition de fond définie par la loi organique N° 18 -16 se rapporte au caractère sérieux de l'exception. Il est attendu du Conseil d'Etat ou de la Cour suprême, un examen des motifs avancés par le requérant, pour voir s'ils sont de nature à établir un doute raisonnable quant à la conformité à la constitution de la disposition législative contestée .

Le filtrage consiste donc à ce niveau à analyser sommairement les chances de succès du recours au regard des arguments juridiques présentés par le requérant.

En effet, au sens de la loi organique, le Conseil d'Etat ou la Cour suprême devra s'abstenir de renvoyer une exception d'inconstitutionnalité lorsque la disposition législative a, dans le cadre d'une instance antérieure, déjà été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel.

Cette exigence de la loi n'est en réalité que le corollaire de l'autorité de chose jugée qui s'attache aux décisions du Conseil constitutionnel. La Constitution algérienne énonce clairement à ce propos en son article 191 que « les avis et décisions du Conseil constitutionnel sont définitifs. Ils s'imposent à l'ensemble des pouvoirs publics et aux autorités administratives et juridictionnelles.

Toutefois, l'interdiction de soumettre à nouveau un texte de loi peut être remise en cause, lorsqu'un changement de fait ou de droit est survenu depuis la première déclaration de conformité. C'est dans ce sens que s'inscrit l'article 8 de la loi organique du 2 septembre 2018 lorsqu'il prescrit que l'exception d'inconstitutionnalité sera transmise notamment lorsque la disposition législative n'a pas été déclarée conforme à la constitution, sauf changement de circonstances.

Le changement de circonstances auquel se réfère la loi organique n'est cependant pas clairement défini dans son contenu. Il appartiendra donc au conseil d'Etat ou à la Cour suprême de donner un contenu concret à cette notion dans le cadre de l'exercice de leur pouvoir souverain d'interprétation .

En France, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion d'interpréter la notion de changement de circonstances en estimant qu'il renvoie à des « changements intervenus, depuis la dernière décision, dans les normes de constitutionnalité applicables ou dans les circonstances de droit ou de fait, qui affectent la portée de la décision législative critiquée». (décision n° 2009-595 DC sur la QPC).

Les juridictions suprêmes qui interviennent dans le cadre du « filtrage » des questions de constitutionnalité adressées au juge

renvoi lorsque la loi critiquée n'a pas été appliquée par les juges du fond ou invoquée devant eux (QPC n° 10.28.375 du 12 Juillet 2011).

Par un arrêt rendu le 19 janvier 2012, la Cour saisie d'une question prioritaire d'inconstitutionnalité visant un article du code de la santé publique qui aménage le recours des établissements de santé contre les coobligés alimentaires, a jugé que les dispositions attaquées n'étaient pas applicables au litige, dès lors que l'auteur de la question n'entrant pas dans la catégorie des établissements de santé ne pouvait s'en prévaloir. (19 janvier 2012 QPC N° 11-40 .086).

S'agissant maintenant du critère tiré de l'incidence d'une éventuelle déclaration d'inconstitutionnalité sur la solution du litige, la cour vérifie simplement si une décision du juge constitutionnel faisant droit à l'exception pourrait avoir un effet direct sur la solution du litige.

Ainsi, lorsqu'elle a été saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité critiquant la carence du législateur qui n'aurait pas étendu la sanction de l'indignité successorale de l'article 727 du code civil français, dans sa rédaction antérieure à la loi du 3 décembre 2001, à la personne déclarée irresponsable pénalement, la cour a jugé que l'inconstitutionnalité alléguée serait dépourvue d'incidence sur la solution du litige et a décidé que la question ne méritait par conséquent pas d'être renvoyée au Conseil constitutionnel. (10 juillet 2012 QPC n° 12.11596).

Quid maintenant de la deuxième condition de fond prévue par la loi organique?

2- Sur l'absence de déclaration antérieure de constitutionnalité

La deuxième condition de fond contrôlée par les juridictions suprêmes en vue du renvoi d'une exception d'inconstitutionnalité correspond à celle tirée de l'absence de déclaration antérieure de constitutionnalité.

2)- la disposition législative contestée ne doit pas avoir été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel, sauf changement de circonstances⁴

3)- le moyen soulevé doit présenter un caractère sérieux⁵

Il ressort clairement de l'analyse exégétique de ce texte que le contrôle du Conseil d'Etat ou de la Cour suprême qui précède sa décision sur le renvoi devra être portée essentiellement sur ces trois points que nous examinerons successivement.

I- Sur la condition tirée de l'applicabilité de la loi au litige⁶

Il s'agira à ce niveau pour la Cour suprême ou le Conseil d'Etat de s'assurer que la disposition dont la constitutionnalité est contestée rentre effectivement dans le périmètre contentieux de l'affaire en cause en ce qu'elle détermine l'issue du litige ou qu'elle constitue le fondement des poursuites engagées .

Ce contrôle est important parce qu'il permet de fixer les limites dans lesquelles s'exerce la prérogative offerte au justiciable de contester la constitutionnalité d'une loi par voie d'exception. L'exception soulevée à cet égard ne doit sous aucun prétexte donner lieu à un contrôle général portant sur des dispositions législatives sans rapport direct avec l'objet du litige .

Pour vérifier l'applicabilité au litige de la loi querellée, la Cour de cassation française en tant que juridiction suprême chargée de filtrer les questions de constitutionnalité soulevée par voie d'exception, a dégagé deux critères qu'elle utilise tantôt cumulativement, tantôt alternativement. Il s'agit d'une part, du critère tiré de l'existence d'un lien réel entre la disposition légale critiquée et l'objet de la demande et d'autre part de celui tiré de l'incidence d'une éventuelle déclaration d'inconstitutionnalité sur la solution du litige.

C'est ainsi que sur le premier critère, la cour a refusé de renvoyer des questions de constitutionnalité par exemple lorsque l'application de la disposition critiquée n'est pas nécessaire pour trancher le litige, (QPC n° 12-40 . 042 du 10 juillet 2010). Elle adopte également la même position de non

suprême saisi doit statuer dans un délai déterminé ou en urgence.

Au demeurant, l'appréciation des mérites de l'exception d'inconstitutionnalité soumises aux juridictions suprêmes ne se limitent certainement pas à la vérification du respect, par le requérant, des conditions de formes applicables en la matière . Pour procéder convenablement au filtrage des questions de constitutionnalité dont ils sont saisis, la Cour suprême et le Conseil d'Etat devront nécessairement exercer leur contrôle pour s'assurer que l'exception soulevée est conforme aux conditions de fond prévues par la loi.

L'article 13 de la loi organique précise d'ailleurs à son alinéa in fine qu'il n'est procédé au renvoi que lorsque les conditions prévues à l'article 8 dudit texte sont réunies.

Il convient dès lors de s'intéresser aux modalités d'exercice de ce contrôle de fond par les juridictions suprêmes. Toutefois l'analyse juridique qui s'impose à cet effet se heurte à une limite objective liée à l'absence d'une jurisprudence nationale sur la question, vu que le texte applicable ne sera en vigueur qu'à compter du 7 mars 2019. Néanmoins il est possible dans une approche de droit comparé de voir comment la technique du filtrage des exceptions est pratiquées par d'autres juridictions étrangères dotées de compétences similaires dans le cadre du contrôle de constitutionnalité a posteriori.

II. L'Etendue du contrôle exercé par les juridictions suprêmes dans le cadre du filtrage des exceptions d'inconstitutionnalité.

Aux termes de l'article 8 de la loi organique 18-16 du 2 septembre 2018, il est procédé à la transmission de l'exception d'inconstitutionnalité si trois conditions de fond sont réunies à savoir:

1)- la disposition législative contestée doit déterminer l'issue du litige ou constituer le fondement des poursuites⁴

Il faut préciser à ce niveau que la décision sur le renvoi est également prise dans le délai sus indiqué lorsque l'exception est soulevée directement devant le Conseil d'Etat ou la Cour suprême. En application de l'article 20 de la loi organique, la question de constitutionnalité est renvoyée d'office au Conseil Constitutionnel si la juridiction suprême saisie ne s'est pas prononcée dans le délai précité .

L'on note, par ailleurs , à travers les énonciations de l'article 16 de la loi organique que le législateur a entendu soumettre l'examen de l'exception d'inconstitutionnalité à une formation spéciale de la Cour suprême ou du Conseil d'Etat, « présidé par le président de chaque juridiction et, en cas d'empêchement, par le vice- président ». La formation spéciale est en outre composée du président de la Chambre concernée et de trois Conseillers désignés, selon le cas, par le Président de la Cour suprême ou le Président du Conseil d'Etat.

L'interprétation empirique de cette disposition suggère que les Chambres composant la Cour suprême et le Conseil d'Etat ne sont pas habilitées à se prononcer sur les exceptions soulevées directement à leurs niveaux et que par conséquent elles doivent, le cas échéant, se dessaisir en transmettant le dossier de la procédure à la formation spéciale mise en place conformément au texte précité.

Il y a également lieu de faire observer que pour éviter toute contrariété de décisions lorsqu'un pourvoi est formé devant la Cour suprême ou le Conseil d'Etat alors qu'une exception d'inconstitutionnalité soulevée en cours de procédure est encore pendante, en application de l'article 12 de la loi organique, il est sursis à toute décision sur le pourvoi tant qu'il n'a pas été statué sur l'exception . Il faut tout de même préciser qu'il n'y a pas lieu à sursis lorsque la personne poursuivie est privée de liberté en raison de l'instance ou lorsque l'instance a pour objet de mettre fin à une mesure privative de liberté ou lorsque la loi prévoit que la juridiction

peut être soulevée au cours de toute instance devant les juridictions relevant de l'ordre judiciaire ordinaire et les juridictions relevant de l'ordre judiciaire administratif, par l'une des parties qui soutient que la disposition législative dont dépend l'issue du litige porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution.

Au sens de la loi, l'exception doit, pour être recevable, en la forme être présentée par acte séparé portant indication des motifs sur lesquels elle se fonde. Elle est transmise à la Cour suprême ou au Conseil d'Etat dans les dix jours suivant son prononcé et doit être accompagnée des conclusions et mémoires des parties.

De façon générale, la loi organique ne précise pas que l'exception doit à peine d'irrecevabilité être soulevée avant toute défense au fond. D'ailleurs dans une affaire soumise à la Cour suprême du Sénégal, l'Agent judiciaire de l'Etat, en tant que défendeur avait conclu à l'irrecevabilité d'une exception d'inconstitutionnalité au motif qu'en principe, toute exception préjudicielle, doit être soulevée *in limine litis* et avant toute défense au fond. Dans sa réponse, la Cour a rejeté cet argument en considérant que l'exception d'inconstitutionnalité soulevée dans cette affaire constituait un moyen de défense au fond visant à établir le défaut de base légale de l'acte attaqué qui s'adossait sur un texte de loi dont la constitutionnalité est contestée ; que par conséquent l'ordre de présentation de l'exception n'avait aucune incidence sur sa recevabilité. (Cour suprême arrêt n° 50 du 26 septembre 2013 Cheikh Tidiane Thiam et autre c/ Etat du Sénégal).

S'agissant des délais de traitement de l'exception, il est prescrit qu'à compter de la réception de l'acte contenant l'exception ainsi que les pièces qui l'accompagnent, le Conseil d'Etat ou la Cour suprême dispose de deux mois pour décider s'il y a lieu de renvoyer la question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel.

obligatoirement transiter, selon le cas, par la Cour suprême ou le Conseil qui décident seuls de l'opportunité de leur renvoi devant la juridiction constitutionnel.

Que la question provienne des juridictions de fond ou qu'elle soit soulevée directement devant les juridictions suprêmes, la loi fixe les conditions dans lesquelles elle doit être traitée en vue de sa transmission au juge constitutionnel.

C'est précisément à cette discussion que nous invite le thème de ce panel qui introduit une réflexion sur les modalités de traitement de l'exception d'inconstitutionnalité devant les juridictions suprêmes .

Il convient sur ce point de préciser d'emblée que les juridictions suprêmes n'ont pas vocation à se substituer au conseil constitutionnel pour exercer à sa place le contrôle de conformité a posteriori voulu par la loi. En réalité, le rôle qui leur est dévolu s'apparente plutôt à une fonction de filtrage des exceptions de sorte à éviter tout engorgement préjudiciable à l'office du juge constitutionnel et à faire échec aux procédures fantaisistes ou dilatoires.

Il conviendra donc pour cerner les contours de ce sujet d'examiner dans un premier temps le cadre formel du traitement de l'exception d'inconstitutionnalité par les juridictions suprême (I) avant de voir l'étendue du contrôle de fond exercée par lesdites juridictions (II).

I. Le cadre formel du traitement de l'exception d'inconstitutionnalité par les juridictions suprêmes

Il s'agit à ce niveau en se référant aux textes applicables d'examiner les règles de forme qui déterminent les conditions dans lesquelles les exceptions d'inconstitutionnalité sont, selon le cas, transmises aux juridictions suprêmes ou soulevées devant elles.

A cet égard, l'article 2 de la loi organique 18-16 du 2 septembre 2018 fixant les conditions et modalités de mise en œuvre de l'exception d'inconstitutionnalité, énonce que celle-ci

lois est apparue comme un acquis considérable qui s'est établi progressivement en tant que facteur nécessaire au renforcement de l'Etat de droit. Sa portée juridique est toutefois restée pendant longtemps très limitée par la mise à l'écart des citoyens qui ne disposaient pas de voies d'accès à la justice constitutionnelle censée garantir le respect de leurs droits et libertés fondamentaux, comme le rappelle fort opportunément la Constitution algérienne qui en son article 157 énonce que le pouvoir judiciaire protège la société et les libertés et garantit à tout un chacun , la sauvegarde de ses droits fondamentaux.

De façon générale, la plupart des constitutions modernes ont fini par intégrer un dispositif de contrôle de conformité des lois par voie d'exception de sorte à offrir aux justiciables la possibilité de faire contrôler le respect des droits et libertés qu'ils tiennent de la norme fondamentale .

La réforme constitutionnelle qui a donné lieu à l'admission en droit algérien de la procédure d'exception d'inconstitutionnalité peut assurément être inscrite dans cette dynamique. L'article 188 de la constitution adopté à cet égard dispose, en effet, que « le Conseil constitutionnel peut être saisi d'une exception d'inconstitutionnalité sur renvoi de la Cour suprême ou du Conseil d'Etat , lorsque l'une des parties au procès soutient devant une juridiction que les dispositions législatives dont dépend l'issue du litige portent atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution».

La lecture *prima facie* de cette disposition laisse entrevoir que la Cour suprême et le Conseil d'Etat situés au sommet des ordres judiciaire ordinaire et administratif sont appelés à jouer un rôle particulièrement important dans la mise en œuvre du mécanisme de contrôle prévu le texte précité.

En effet, il ressort clairement des dispositions applicables en la matière que le législateur n'a pas souhaité permettre aux justiciables de s'adresser directement au Conseil constitutionnel lorsqu'ils entendent contester la conformité d'une loi. Les questions soumises à ce niveau doivent

Le traitement de l'exception d'inconstitutionnalité par les juridictions suprêmes

Monsieur Idrissa SOW

Magistrat, Docteur en droit public

Conseiller référendaire à la Cour suprême du Sénégal

Pendant longtemps les organes juridictionnels ont montré une certaine réticence à s'engager sur des procédures visant à contrôler la conformité des lois à la Constitution.

Cette attitude réservée s'expliquait en partie par le fait que la loi étant considérée comme l'expression de la volonté du peuple et que, dès lors, reconnaître aux juges la compétence de la contrôler reviendrait à leur confier un pouvoir de censure sur le législateur, ce qui paraissait tout simplement inadmissible.

Déjà en 1833 la Cour de Cassation française s'était clairement exprimée dans ce sens en affirmant dans son arrêt Paulin que la loi «délibérée et promulguée dans les formes constitutionnelles de la charte fait la règle des tribunaux et ne peut être attaquée devant eux pour cause d'inconstitutionnalité. Le Conseil d'Etat était également sur la cette même ligne jurisprudentielle lorsqu'il soutenait dans son arrêt Arrighi rendu en 1936, qu'en l'état du droit public français, à l'époque, un moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'une loi ne pouvait être discuté devant lui.

Il a donc fallu attendre l'avènement de la Constitution de la cinquième République avec la création du Conseil constitutionnel pour voir un changement de paradigme être amorcé vers l'admission du principe de contrôle de conformité de la loi à la Constitution,

On le voit bien, l'admission dans un premier temps d'un mécanisme de contrôle a priori de la constitutionnalité des

dessus d'elles se trouvent les grands principes juridiques qui gouvernent l'humanité.

Le juge participe de ce grand progrès de l'humanité .

L'exception d'inconstitutionnalité n'est pas seulement un mécanisme juridique un outil procédural de ce mécano compliqué qu'est le droit, il est un outil de progrès dans les mains du juge pour le bien de tous.

Marges:

1- Chambre mixte de la cour de cassation, 24 mai 1975, Société des cafés Jacques Vabre, pourvoi n° 73-13556

2- Le traité dit "de Rome" instituant la Communauté économique européenne, aussi appelé traité sur le fonctionnement de l'Union européenne a été signé le 25 mars 1957 à Rome entre six pays : Allemagne de l'Ouest, Belgique, France, Italie, Luxembourg et Pays-Bas.

3- Conseil d'Etat, 20 octobre 1989, Arrêt Nicolo, n° 108243

4- Conseil Constitutionnel, Décision n° 7454 DC du 15 janvier 1975, à propos de la loi Veil, loi relative à l'interruption volontaire de grossesse

5- Article 55 de la Constitution: "Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ".

6- Article 61 de la Constitution dans sa version de 1975: "Les lois organiques, avant leur promulgation, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel, qui se prononce sur leur conformité à la Constitution.

Aux mêmes fins, les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs".

7- Cour de cassation, chambre criminelle, 31 mai 2010, n° de pourvoi: 05-87745 09-86381 10-81098 10-90001 10-90002 10-90003 10-90004 10-90005 10-90006 10-90007 10-90008 10-90009 10-90010 10-90011 10-90012 10-90013 10-90014 10-90015 10-90016 10-90017 10-90018 10-90019 10-90020 10-90023 10-90024 10-90028

8- 14 octobre 2010, req. n° 1466/07, Brusco c. France

9- Arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 19 octobre 2010 n° 5699 (10-82.902), n° 5700 (10-82.306) et n° 5701 (10-85.051).

10- Cour de cassation, assemblée plénière, 15 avril 2011, n° P 10- 17.049, F 10-30.313, J 10-30.316 et D 10-30.242

11- Cour de cassation, chambre criminelle, 31 mai 2011, n° 11-80034

12- Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue

dans la QPC par rapport au contrôle de conventionnalité. Il ne lui est pas demandé de statuer sur l'inconstitutionnalité mais sur des questions de forme (présentation de la QPC par mémoire distinct par exemple) mais de prendre position sur les conditions préliminaires de la QPC. On peut dire que le juge du fond est une boîte à lettre intelligente. Il ne donne qu'un simple avis et cet avis est lui-même apprécié à nouveau par la Cour de Cassation.

25- Une réforme fondamentale

A- Des décisions très importantes du Conseil Constitutionnel sur QPC

Les diverses restrictions apportées au contentieux de la QPC ne restreignent pas la portée de cette réforme qui reste une des innovations fondamentales de notre système juridique de la dernière décennie. Elle a permis au Conseil Constitutionnel de statuer avec sérénité sur des questions essentielles présélectionnées par les juges du fond et les cours suprêmes. Elle a ainsi rendu depuis 2010 des décisions très importantes dans tous les contentieux et dans plusieurs domaines du droit, civil, criminel, administratif, social...

Pour ne prendre qu'un exemple récent, le Conseil Constitutionnel, dans une décision sur QPC du 6 juillet 2018, a consacré le nouveau principe de fraternité et lui a donné une valeur constitutionnelle .

B- L'esprit de la loi

La QPC ou l'exception d'inconstitutionnalité s'inscrivent dans un grand mouvement du droit né après la seconde guerre mondiale et donc l'énoncé le plus clair et le plus solennel se trouve dans la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948: les lois elles-mêmes peuvent être imparfaites. Au-

Les transmissions par les juridictions du fond sont au nombre de 1208 entre 2010 et 2016, soit 42% des saisines. Les chiffres sont les suivants par année

2010 193

2011 231

2012 184

2013 120

2014 105

2015 66

2016 309

B- Les dossiers traités par la cour de cassation chaque année et les décisions prononcées: 11% de renvoi

La cour de cassation a traité entre 2010 et 2016 2677 affaire de QPC. Voici les chiffres des décisions rendues et le nombre de renvois prononcés

2010 424/122 soit 28%

2011 464/76 soit 16%

2012 396/40 soit 10%

2013 333/43 soit 13%

2014 355/47 soit 13%

2015 229/31 soit 13%

2016 476/51 soit 11%

2017 257/28 soit 11%

24- Un travail d'une difficulté modérée pour le juge du fond

Il apparaît donc que le filtre des juges du fond et le celui des cours suprêmes a bien fonctionné et a conduit le Conseil Constitutionnel à ne statuer que sur un nombre limité de QPC qu'il était en mesure de traiter .

Ce travail des juges du fond est de toutes façons d'une difficulté modérée. En effet, le juge du fond a un rôle modeste

requérant ne critique aucune disposition particulière de ce texte. De plus, la Cour n'est saisie que d'une procédure d'expulsion, sur le fondement d'un acte authentique dont la validité n'a pas été remise en cause relatif à la vente de l'immeuble occupé par Michel EVAIN à la SCI COLOMBE, sur autorisation du syndic de la liquidation judiciaire de Michel EVAIN, donnée par le tribunal de commerce dans un jugement devenu définitif.

- les dispositions contestées sont dépourvues de caractère sérieux”.

2-3- Une grande majorité de décision de transmissions à la Cour de Cassation recalée par celle-ci

Il faut bien constater que les juridictions suprêmes ont été encore plus restrictives que les juridictions du fond .

A- Les saisines de la Cour de Cassation chaque année

La cour de cassation a été saisie de 3099 QPC entre 2010 et 2017, soit en moyenne 387 par an.

Voici le chiffre total par année:

2010 539 (232 en matière civile, 307 en matière pénale)

2011 490 (195 en matière civile, 295 en matière pénale)

2012 385 (188 en matière civile, 197 en matière pénale)

2013 367 (151 en matière civile, 216 en matière pénale)

2014 310 (126 en matière civile, 184 en matière pénale)

2015 239 (104 en matière civile, 139 en matière pénale)

2016 506 (365 en matière civile, 141 en matière pénale)

2017 263 (127 en matière civile, 136 en matière pénale)

Majoritairement il s'agissait de QPC incidentes à un pourvoi, sauf en 2016 où la tendance s'est inversée: 195 QPC incidentes à un pourvoi contre 309 QPC transmises par les juridictions du fond .

C- Affaire civile, arrêt de juin 2016, Cour d'appel de Versailles

Dans un autre dossier civil cette fois-ci, le juge d'instance avait prononcé l'expulsion d'un justiciable. Ce dernier avait relevé appel. Devant la cour d'appel de Versailles, il faisait valoir que son expulsion avait pour origine une mesure de liquidation des biens prononcée plusieurs dizaines d'années auparavant. Il faisait valoir que la législation sur la liquidation des biens violait plusieurs principes constitutionnels et demandait à la cour de transmettre au Conseil Constitutionnel une QPC concernant cette législation. Manifestement cette QPC concernait une loi sans rapport avec le litige dont la cour était saisie et qui ne concernait que son expulsion .

Cette QPC, totalement dépourvue de sérieux, n'a pas été transmise aux motifs suivants.

“L'article 23-2 de l'ordonnance précitée dispose que la juridiction transmet sans délai la question prioritaire de constitutionnalité à la Cour de cassation, si les conditions suivantes sont remplies :

- 1- La disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites‘
- 2- Elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances‘
- 3- La question n'est pas dépourvue de caractère sérieux .

En l'espèce:

- les dispositions contestées n'ont pas déjà été déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel .
- Mais, les dispositions contestées ne sont pas applicables au litige ni à procédure:

La loi de 1967, invoquée comme étant inconstitutionnelle, est seule applicable à la procédure collective du requérant. Mais le

°3 La disposition contestée n'a-t-elle pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances?

°4 La question n'est-elle pas dépourvue de caractère sérieux?

Sur la première question

Il est admis que la loi telle qu'interprétée par une jurisprudence peut voir sa constitutionnalité discutée par le biais d'une QPC. Tout justiciable a en effet le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à une disposition législative", sous la réserve, estime la cour de cassation, que cette jurisprudence ait été soumise à la cour suprême compétente (Conseil constitutionnel, décisions n° 2010-52 QPC du 14 octobre 2010 et n° 2010-39 QPC du 06 octobre 2010, Cour de Cassation, première chambre civile, 27 septembre 2011 (11-13.488)).

La constance d'une jurisprudence doit résulter la continuité des décisions qui la forgent et de l'autorité des juridictions qui la prononcent et la maintiennent. Cette condition est remplie lorsque la cour de cassation est à l'origine de cette jurisprudence. Il pourrait en être de même si, en l'absence de saisine de la cour de cassation, des décisions nombreuses et constantes de juridictions inférieures constituaient un corps de jurisprudence. Tel n'est évidemment pas le cas, comme en l'espèce, lorsqu'une seule décision de cour d'appel a été rendue sur le sujet. Il ne peut en aucun cas s'agir d'une "jurisprudence" susceptible d'être discutée par le biais d'une question prioritaire de constitutionnalité.

Il n'y a donc pas lieu d'examiner les autres conditions de recevabilité de la question prioritaire de constitutionnalité qui ne sera pas transmise par le tribunal".

La mienne en qualité de juge pénal (président d'une chambre correctionnelle à Paris) puis de juge civil (président de chambre civile à la Cour d'appel de Versailles) porte essentiellement sur des QPC non pertinentes qui n'ont pas été transmises à la Cour de cassation .

B- Affaire pénale, jugement de la 12ème chambre correctionnelle de Paris du 11 mai 2012

Premier exemple, une affaire pénale dans laquelle une partie contestait la constitutionnalité d'une règle posée par une cour d'appel. Il était admis qu'un justiciable puisse contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à une disposition législative, sous la réserve, estime la cour de cassation, encore fallait-il que cette jurisprudence ait été soumise à la cour suprême compétente. Tel n'était pas le cas d'une jurisprudence qui ne reposait que sur une seule décision de cour d'appel. Par jugement du 11 mai 2012 cette QPC manifestement peu sérieuse a été rejetée aux motifs suivants.

“Le moyen soulevé a été présenté dans un écrit distinct et motivé. L'affaire a été communiquée au procureur de la République. Il appartient au tribunal de se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité à la Cour de cassation.

Le tribunal doit répondre aux questions suivantes:

1° La jurisprudence d'une cour d'appel telle que celle critiquée par la partie civile peut-elle être assimilée à une “disposition législative portant atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution?”

2° La disposition contestée est-elle applicable au litige ou à la procédure, ou constitue-t-elle le fondement des poursuites?

avaient été largement discutés. Nous avons déjà longuement expliqué que les juges français, y compris ceux de première instance, avaient déjà pris l'habitude de « juger la loi ». L'application de la convention européenne des droits de l'homme les avaient habitués à apprécier la compatibilité des lois aux principes supérieurs énoncés ou suggérés par cette Convention. Il n'y avait donc rien de surprenant ou de choquant à prendre ce nouveau rôle de censeur de la loi .

2-2- Beaucoup de demandes incongrues ou dépourvues de sérieux

A- Le risque du dilatoire

Il était inévitable que la QPC fasse l'objet d'un enthousiasme aux motivations diverses, l'une de ces motivations - et c'est inévitable - étant de retarder ou de bloquer l'issue d'un procès. C'est pour éviter les effets dilatoires de cette procédure que le législateur, aussi bien en France qu'en Algérie, a créé un mécanisme de filtre minutieux de façon à éviter les questions dilatoires ou fantaisistes .

On peut constater qu'en France ces mécanismes ont bien fonctionné. Ces mécanismes reposent en grande partie sur le rôle des juges du fond. Ceux-ci sont en effet chargés de vérifier que les questions posées sont bien en rapport avec l'objet du litige, qu'elles n'ont pas fait déjà l'objet de décisions du Conseil Constitutionnel et qu'elles sont sérieuses .

Peu de décisions rendues en la matière sont publiées et il n'existe pas de statistiques nationales portant sur le rejet par les juges du fond de questions préjudicielles de constitutionnalité .

Il faut donc s'en référer aux expériences personnelles .

II L'application de la loi du la QPC par les juridictions du fond

2-I- Un démarrage rapide

La loi française sur la QPC est entrée en vigueur le 1er mars 2010. Les débuts d'un tel changement peuvent inquiéter car ils entraînent des bouleversements des pratiques pour toutes les juridictions et pour tout le personnel judiciaire: magistrats mais aussi avocats et greffiers .

Un temps d'adaptation est nécessaire avant que l'institution prenne son rythme de croisière. Les inconvénients de ce bouleversement peuvent être atténués par une préparation adéquate .

C'est pourquoi de telles conférences sont particulièrement nécessaires. En Algérie, plusieurs réunions ont déjà eu lieu, notamment celle du 31 octobre 2018 à Alger en présence notamment du président du Conseil constitutionnel, Mourad Medelci, de M. Eric Overvest, représentant du Pnud (Programme des Nations unies pour le développement), à Alger et de nombreux spécialistes algériens et internationaux .

En France, le démarrage de la QPC s'est effectuée dans de très bonnes conditions. Il avait été précédé de la même façon par de nombreuses réunions préparatoires puis de colloques ou conférences de formation auxquelles le monde judiciaire avait largement participé. J'étais personnellement intervenu lors de l'une d'entre elles à destination du Barreau de Paris, le 29 juin 2010 à la Faculté de Paris I Panthéon-Sorbonne .

Pour résumer, on peut constater que juges et avocats se sont très vite adaptés à la QPC. Cette réforme était attendue depuis très longtemps et avait fait l'objet de plusieurs projets qui

sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation". Elle a ainsi décidé, comme l'avait jugé en janvier 2010, le tribunal correctionnel de Paris que l'annulation prononcée devait avoir effet immédiatement, le principe de sécurité juridique et les nécessités d'une bonne administration de la justice ne peuvent être invoqués pour priver un justiciable de son droit à un procès équitable.

La Chambre criminelle de la Cour de cassation s'est rangée à cette jurisprudence le 31 mai 2011¹¹.

F- La loi du 14 avril 2011

Dès le 13 octobre 2010 le Garde des Sceaux avait présenté en conseil des ministres un projet de réforme de la garde à vue. Après discussion au Parlement la loi relative à la garde à vue était promulguée le 14 avril 2011¹².

Le texte limitait d'abord l'usage de la personne placée en garde à vue aux délits passibles de prison. La garde à vue ne pourra être prolongée que pour les délits punis d'au moins un an d'emprisonnement. La présence de l'avocat était désormais autorisée pendant toute la durée de la garde à vue de droit commun (au lieu de 30 minutes auparavant). L'avocat, qui pouvait ainsi assister à toutes les auditions de la personne dès le début de la mesure de garde à vue, avait accès aux procès-verbaux d'audition de son client.

Le procureur de la République pouvait différer l'exercice de ces deux nouveaux droits pendant une durée maximale de douze heures, en raison de circonstances particulières faisant apparaître la nécessité, en urgence, de rassembler ou de conserver les preuves ou de prévenir une atteinte imminente aux personnes.

La notification du droit au silence, dont disposait la personne gardée à vue, était rétablie.

l'informer sur son droit à garder le silence et de ne pas s'auto-incriminer avant son premier interrogatoire ni de l'assister lors de cette déposition et lors de celles qui suivirent, comme l'exige l'article 6 de la Convention. ⁸"

E- Les arrêts de la Cour de cassation du 19 octobre 2010

Quatre jours plus tard, la Cour de cassation, saisie dans le cadre de conventionnalité, se rangeait à cette jurisprudence et adoptait la même interprétation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans trois arrêts du 19 octobre 2010⁹, elle constatait à son tour que "toute personne soupçonnée d'avoir commis une infraction doit, dès le début de la garde à vue, être informée de son droit de se taire et bénéficier, sauf renonciation non équivoque, de l'assistance d'un avocat". Seules des "raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'espèce" pouvaient contrarier ce principe ."

Sur le fondement de sa propre jurisprudence lui permettant depuis 2004 de moduler les effets dans le temps de ses décisions, la Cour de cassation estimait toutefois qu'il fallait différer dans temps les nouvelles "règles" en les repoussant à « l'entrée en vigueur de la loi devant, conformément à la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010, modifier le régime juridique de la garde à vue, ou, au plus tard, le 1er juillet 2011 ».

La Cour de cassation est toutefois revenue sur cette jurisprudence d'effet différé par quatre arrêts rendus le 15 avril 2011¹⁰ (n° P 10- 17.049, F 10-30.313, J 10-30.316 et D 10-30.242) en assemblée plénière au motif suivant: "attendu que les Etats adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme,

À partir de ces références, le Conseil Constitutionnel a estimé que le code de procédure pénale “ne permet pas à la personne ainsi interrogée, alors qu'elle est retenue contre sa volonté, de bénéficier de l'assistance effective d'un avocat ; une telle restriction aux droits de la défense est imposée de façon générale, sans considération des circonstances particulières susceptibles de la justifier, pour rassembler ou conserver les preuves ou assurer la protection des personnes ; au demeurant, la personne gardée à vue ne reçoit pas la notification de son droit de garder le silence .

Considérant que, dans ces conditions, les articles 62, 63, 63-I, 63-4, alinéas 1er à 6, et 77 du code de procédure pénale n'instituent pas les garanties appropriées à l'utilisation qui est faite de la garde à vue compte tenu des évolutions précédemment rappelées ; qu'ainsi, la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ne peut plus être regardée comme équilibrée ; que, par suite, ces dispositions méconnaissent les articles 9 et 16 de la Déclaration de 1789 et doivent être déclarées contraires à la Constitution”.

Le Conseil Constitutionnel a toutefois décidé de reporter au 1er juillet 2011 la date de l'abrogation afin de permettre au législateur de remédier à cette inconstitutionnalité .

D- La décision de la CEDH du 14 octobre 2010

Le 14 octobre 2010 la CEDH comme il était largement prévisible a condamné la France. La décision était extrêmement claire: “La Cour rappelle également que la personne placée en garde à vue a le droit d'être assistée d'un avocat dès le début de cette mesure ainsi que pendant les interrogatoires, et ce a fortiori lorsqu'elle n'a pas été informée par les autorités de son droit de se taire... L'avocat n'a donc été en mesure ni de

police nationale et aux militaires de la gendarmerie nationale ; que, entre 1993 et 2009, le nombre de ces fonctionnaires civils et militaires ayant la qualité d'officier de police judiciaire est passé de 25 000 à 53 000 ;

Considérant que ces évolutions ont contribué à banaliser le recours à la garde à vue, y compris pour des infractions mineures ; qu'elles ont renforcé l'importance de la phase d'enquête policière dans la constitution des éléments sur le fondement desquels une personne mise en cause est jugée ; que plus de 790 000 mesures de garde à vue ont été décidées en 2009 ; que ces modifications des circonstances de droit et de fait justifient un réexamen de la constitutionnalité des dispositions contestées”.

Fort de ces constatations, le Conseil Constitutionnel a alors réexaminé la conformité des dispositions contestées du code de procédure pénale aux principes fondamentaux qu'il est chargé de faire respecter. Alors que la Cour Européenne des droits de l'Homme statuait au vu de l'article 6§1 de la Convention européenne, le Conseil Constitutionnel s'est référé expressément, lui, à la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 et notamment à ses articles 9 et 16 .

- article 9 : « Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi » ;

- article 16 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

Mais l'on peut remarquer que ces textes, pourtant écrits à un siècle et demi de distance, posent exactement les mêmes principes: la présomption d'innocence et la nécessité d'un état de droit .

conduit à un recours de plus en plus fréquent à la garde à vue et modifié l'équilibre des pouvoirs et des droits fixés par le code de procédure pénale⁴

Considérant qu'ainsi la proportion des procédures soumises à l'instruction préparatoire n'a cessé de diminuer et représente moins de 3 % des jugements et ordonnances rendus sur l'action publique en matière correctionnelle ; que, postérieurement à la loi du 24 août 1993, la pratique du traitement dit « en temps réel » des procédures pénales a été généralisée ; que cette pratique conduit à ce que la décision du ministère public sur l'action publique est prise sur le rapport de l'officier de police judiciaire avant qu'il soit mis fin à la garde à vue ; que, si ces nouvelles modalités de mise en oeuvre de l'action publique ont permis une réponse pénale plus rapide et plus diversifiée conformément à l'objectif de bonne administration de la justice, il n'en résulte pas moins que, même dans des procédures portant sur des faits complexes ou particulièrement graves, une personne est désormais le plus souvent jugée sur la base des seuls éléments de preuve rassemblés avant l'expiration de sa garde à vue, en particulier sur les aveux qu'elle a pu faire pendant celle-ci ; que la garde à vue est ainsi souvent devenue la phase principale de constitution du dossier de la procédure en vue du jugement de la personne mise en cause .

Considérant, en outre, que, dans sa rédaction résultant des lois du 28 juillet 1978 et 18 novembre 1985 susvisées, l'article 16 du code de procédure pénale fixait une liste restreinte de personnes ayant la qualité d'officier de police judiciaire, seules habilitées à décider du placement d'une personne en garde à vue ; que cet article a été modifié par l'article 2 de la loi du 1er février 1994, l'article 53 de la loi du 8 février 1995, l'article 20 de la loi du 22 juillet 1996, la loi du 18 novembre 1998, l'article 8 de la loi du 18 mars 2003 et l'article 16 de la loi du 23 janvier 2006 susvisées ; que ces modifications ont conduit à une réduction des exigences conditionnant l'attribution de la qualité d'officier de police judiciaire aux fonctionnaires de la

Que les questions posées présentent un caractère sérieux en ce qu'elles concernent la garantie de la liberté individuelle et des droits reconnus à la défense⁴

D'où il suit qu'il y a lieu de les renvoyer au Conseil constitutionnel⁵

Par ces motifs:

Renvoie au Conseil constitutionnel les questions prioritaires de constitutionnalité.”

Suite à cette saisine, le 30 juillet 2010 le Conseil Constitutionnel a examiné la validité du régime de garde à vue au regard non pas des règles de la convention européenne, mais la constitution française et de la Déclaration de 1789 .

Le Conseil Constitutionnel a d’abord rappelé qu’il avait déjà été saisi d’un contrôle de constitutionnalité a priori sur certaines des dispositions législatives contestées. Mais sa décision datait de 1993. Mais il a rappelé les termes nouveaux de la Constitution concernant la QPC et notamment la nécessité de tenir compte de “circonstances nouvelles”: “Considérant qu’il résulte des dispositions combinées du troisième alinéa de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée et du troisième alinéa de son article 23-5 que le Conseil constitutionnel ne peut être saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à une disposition qui a déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances.”

Le Conseil Constitutionnel a alors constaté qu’il y avait bien, en l’espèce, depuis 1993, des circonstances nouvelles.

“Considérant toutefois que, depuis 1993, certaines modifications des règles de la procédure pénale ainsi que des changements dans les conditions de sa mise en oeuvre ont

engagé des poursuites. Il y a donc lieu d'annuler non seulement les auditions précitées mais l'ensemble des poursuites ”.

C- La décision du Conseil Constitutionnel du 30 juillet 2010, saisi sur QPC

C'est à compter du 1er mars 2010 (donc après le jugement du 28 janvier 2010) qu'était applicable le dispositif de la QPC. Il a été aussitôt mis à contribution. Plusieurs requêtes ont été présentées devant les juridictions du fond, notamment en matière de garde à vue .

Par arrêt du 31 mai 2010⁷, la cour de cassation a décidé de transmettre au Conseil Constitutionnel plusieurs de ces demandes aux motifs suivants.

“Attendu qu'il est soutenu que les dispositions des articles 62, 63, 63-I, 63-4, 77 et 706-73 du code de procédure pénale, relatives à la garde à vue, sont contraires aux droits de la défense, au droit à une procédure juste et équitable, au droit à la liberté individuelle, au droit de ne pas faire l'objet d'arrestations d'une rigueur non nécessaire, au droit à l'égalité devant la loi et devant la justice, droits garantis par les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, par les articles 1er, 2, 4, 6, 7, 9 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ainsi que par les articles 1er, 34 et 66 de la Constitution”

Attendu que les dispositions contestées sont applicables aux procédures en cause”

Qu'elles n'ont pas déjà été déclarées, dans leur intégralité, conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel”

Il est totalement indifférent que les décisions de la cour européenne des droits de l'homme intervenues en matière de garde à vue et rappelées précédemment, n'aient concerné que la Turquie ou la Russie. Les principes dégagés par cette jurisprudence ne se limitent évidemment pas au pays concerné par l'espèce.

Le rôle confié par l'article 63-4 du code de procédure pénale à l'avocat, pendant la garde à vue constitue donc une violation manifeste des règles européennes posées par l'article 6-I de la Convention européenne. Il y a donc lieu de prononcer la nullité des auditions qui auraient été effectuées en violation de ces règles et des actes de procédures dont ces auditions seraient le support nécessaire. Il en résulte que les auditions en garde à vue de l'ensemble des prévenus à compter de la 24ème heure et celle de M. Cyril Benoit dans les premières 24 heures, dès lors qu'ils n'ont pu bénéficier de l'ensemble des interventions qu'un citoyen européen ou français est en droit d'attendre d'un avocat, sont irrégulières. Il y a donc lieu d'annuler ces actes.

Les poursuites engagées par le procureur de la République l'ont été au vu des éléments recueillis à l'issue de la prolongation de garde à vue qu'il a autorisée et notamment de la confrontation organisée directement avec deux nouveaux policiers qui ont conforté la version de leurs collègues. Jusqu'alors co-existaient deux versions contradictoires d'une respectabilité équivalente. Aucune investigation n'a pu être demandée par les conseils des prévenus tenus dans l'ignorance du déroulement de l'enquête et de l'existence même des auditions ou confrontations. Il n'ont pu demander ainsi que soient entendues les personnes susceptibles d'apporter un éclairage différent, favorable à la défense (amis accompagnant les personnes mises en cause ou personnel du café où s'étaient réfugiés certains d'entre eux). C'est au vu de cette enquête menée en garde à vue exclusivement à charge que le procureur de la République a

droit national - sur la loi française ainsi que la cour de cassation, reprenant des jurisprudences dégagées par les juridictions de première ou de seconde instance, le pratique couramment. Ainsi la Chambre criminelle, le 12 novembre 1990, s'agissant du droit de se constituer partie civile d'une personne morale étrangère, a fait prévaloir les articles 6-I et 14 de la Convention européenne, 1er et 5 de son protocole additionnel et 55 de la Constitution française sur la loi française du 30 mai 1957. Ou encore, s'agissant du droit d'appel du procureur général en matière de contravention, les arrêts des 6 et 21 mai 1997 de la chambre criminelle ont fait prévaloir l'article 6-I de la Convention européenne, le principe du procès équitable et plus particulièrement celui de l'égalité des armes, sur l'article 546 du code de procédure pénale qui donnait au procureur général un pouvoir dont ne disposaient pas les autres parties. Ou encore le 17 septembre 2008, s'agissant du délai d'appel du procureur général à l'encontre des jugements prononcés par le tribunal correctionnel, la chambre criminelle a fait prévaloir l'article 6-I de la Convention européenne sur l'article 505 du code de procédure pénale qui prévoyait un délai de deux mois dont ne disposaient pas les autres parties.

La cour européenne des droits de l'homme a elle-même décidé, à plusieurs reprises, que la législation française était incompatible avec les dispositions de la convention européenne. Elle l'a, parmi maints exemples, décidé ainsi le 14 décembre 1999 dans l'affaire Khalfaoui contre France où elle a fait prévaloir l'article 6-I de la Convention européenne sur l'article 583 du code de procédure pénale français, déclarant déchu de leurs pourvois les condamnés à une peine d'emprisonnement d'une durée de plus d'un an qui ne s'étaient pas "mis en état" (fait écrouer) la veille du jugement ou qui n'en avaient pas obtenu la dispense.

confidentialité de l'entretien. Il est informé par l'officier de police judiciaire ou, sous le contrôle de celui-ci, par un agent de police judiciaire de la nature et de la date présumée de l'infraction sur laquelle porte l'enquête. A l'issue de l'entretien dont la durée ne peut excéder trente minutes, l'avocat présente, le cas échéant, des observations écrites qui sont jointes à la procédure.”

Cet entretien de trente minutes ne correspond manifestement pas aux exigences européennes. L’avocat ne peut remplir les différentes tâches qui sont le propre de son métier et dont quelques unes sont rappelées et énumérées par les arrêts récents de la cour européenne. Il lui est impossible de “discuter de l’affaire” dont il ne sait rien si ce n’est la date des faits et la nature de l’infraction retenue et ce que la personne gardée à vue (simplement informée de “la nature de l’infraction”, article 63-I) peut en savoir elle-même. Il lui est impossible “d’organiser la défense” dans la mesure où il ignore quels sont les “raisons plausibles” de soupçon retenus par l’officier de police judiciaire pour décider de la garde à vue. La “recherche des preuves favorables à l’accusé” ne peut être qu’extrêmement aléatoire faute de savoir quelles sont les preuves défavorables et les circonstances de l’affaire. Il en va de même de la préparation des interrogatoires auxquels il ne peut de toutes façons pas participer. Cette mission de spectateur impuissant est d’autant plus préjudiciable que la garde à vue constitue une atteinte majeure à la liberté individuelle, majorée par ses conditions matérielles et sa fréquence .

Il appartient au juge français dont la mission essentielle, énoncée par la Constitution, est d’être la gardienne de la liberté individuelle, de faire respecter les principes du procès équitable, notamment dans cette composante essentielle que sont les droits de la défense. Il lui appartient également de faire prévaloir la Convention européenne - d’application directe en

- être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui
- disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense
- se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent."

Il résulte donc des règles déjà dégagées par la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme (27 novembre 2008, req. n° 36391/02, *Salduz c. Turquie*; 24 septembre 2009, requête n° 7025/04, *Pishchalnikov c. Russie*; 13 octobre 2009, req. n° 7377/03, *Dayanan c/Turquie*) que

- le droit de tout accusé à être effectivement défendu par un avocat, au besoin commis d'office, figure parmi les éléments fondamentaux du procès équitable,
- l'accès à un avocat doit être accordé dès le premier interrogatoire de la personne gardée à vue sauf à démontrer, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, qu'il existe des raisons impérieuses de restreindre ce droit
- l'équité de la procédure requiert que l'accusé puisse obtenir toute la vaste gamme d'interventions qui sont propres aux conseils. A cet égard, la discussion de l'affaire, l'organisation de la défense, la recherche des preuves favorables à l'accusé, la préparation des interrogatoires, le soutien de l'accusé en détresse et le contrôle des conditions de détention sont des éléments fondamentaux de la défense que l'avocat doit librement exercer .

Cette définition impérative du rôle de l'avocat doit être comparée au rôle prévu par l'article 63-4 du code de procédure pénale, selon lequel "l'avocat désigné peut communiquer avec la personne gardée à vue dans des conditions qui garantissent la

Violation de l'article 6.3 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme

Le premier de ces moyens tient à la violation de l'article 6§I de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Il est soutenu que cette convention, telle qu'elle est interprétée par la cour européenne des droits de l'homme, notamment par des arrêts récents de 2008 et 2009 exige la présence continue de l'avocat dès la première heure de garde à vue et doit comprendre la communication effective du dossier. Une telle présence n'a eu lieu pour aucun des prévenus qui n'ont pu s'entretenir que quelques brefs instants avec un avocat d'office.

Toute personne accusée d'un crime ou d'un délit et placée en garde à vue doit bénéficier, outre les dispositions protectrices prévues par le code de procédure pénale français, des principes issus de la convention européenne des droits de l'homme et des règles du procès équitable, telles qu'elles ont été dégagées notamment par la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme, en application de l'article 6§I de la convention. Ces règles doivent prévaloir sur la loi française qui leur serait contraire conformément à l'article 55 de la Constitution.

L'article 6§I de la convention prévoit notamment que "toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle... Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie. Tout accusé a droit notamment à :

pour s'entretenir avec son client. Mais la dernière décision du Conseil Constitution datait de 17 ans plus tôt, en 1993. Or les choses avaient bien changé depuis lors: la garde à vue avait été très largement utilisée dans les années 2000, créant un problème aussi bien politique que juridique.

B- Le jugement de la 12ème chambre correctionnelle de Paris : annulation de gardes à vue, la loi sur la garde à vue est déclarée non conforme à la Convention européenne

C'est sur la base du contrôle de conventionnalité que, le 28 janvier 2010, la 12ème chambre correctionnelle que je présidais alors à Paris annulait plusieurs gardes à vue et les poursuites qui en découlaient. En l'espèce, cinq personnes avaient été arrêtées et placées en garde à vue. Elles étaient poursuivies pour des violences en réunion sur un gardien de la paix. Les avocats des prévenus soutenaient que les gardes à vue exécutées en application des dispositions du code de procédure pénale alors en vigueur étaient contraires aux dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, notamment en ce qu'elles n'autorisaient l'assistance d'un avocat que pendant un entretien de 30 minutes.

Le jugement du 28 janvier a constaté qu'effectivement les dispositions de l'article 63-4 du code de procédure pénale (reproduites ci-dessous) étaient contraires aux exigences de la Convention telles que posées par l'article 6§1 de la Convention (également reproduites dans le jugement ci-après). Voici ses principales dispositions .

“Sur les moyens de nullité

Me Terrel soulève la nullité des procédures de garde à vue et développe différents moyens au soutien de cette demande.

L'absence de contrôle de constitutionnalité par voie d'exception du type QPC a fait que ce contrôle de conventionnalité, dans les années 1990/2000, a concentré l'essentiel des tentatives de remise en cause judiciaire de la loi.

Le rôle du Conseil Constitutionnel, cantonné dans un contrôle a priori, semblait non pas sur le déclin, mais largement concurrencé par la jurisprudence des tribunaux ordinaires, aussi bien civils qu'administratifs.

I-4- 2010, le rôle du juge de première instance sur la loi sur la garde à vue: contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité

L'exemple de la loi sur la garde à vue illustre bien cette concurrence entre le contrôle de conventionnalité et celui de constitutionnalité, d'autant qu'il a surgi, en France, au moment de la mise en vigueur de la QPC, en 2010 .

A- Le problème de la garde à vue en France jusqu'en 2010

Jusqu'à la fin des années 2000 le code de procédure pénale était vivement critiqué pour ne donner à l'avocat qu'un rôle très subsidiaire qui ne permettait pas vraiment de préserver les droits de la défense pendant cette période très périlleuse qu'est la garde à vue. La CEDH avait déjà rendue plusieurs décisions concernant d'autres États mais qui ne laissaient aucun doute, selon l'opinion de nombreux juristes, sur la non-conformité de la loi française à la jurisprudence européenne. Mais la cour de cassation n'était pas de cet avis .

Le conseil constitutionnel avait, lui aussi, dans le cadre de son contrôle a priori, rendu des décisions affirmant la conformité de la loi à la Constitution, notamment à propos du rôle de l'avocat qui pourtant ne disposait alors que de 30 minutes

Parmi ces conventions internationales, il en est une d'une importance exceptionnelle: la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. À première vue, les quelques articles qui composent cette convention ne paraissent pas, par eux-mêmes, devoir bouleverser les ordres juridiques européens. Mais l'interprétation qu'en a donné la Cour Européenne des Droits de l'Hommes a créé un corpus de règles fondamentales qui égale largement celui qui ont été progressivement construit par le Conseil Constitutionnel français .

Bien que, en droit, le contrôle de conventionnalité ait des effets bien inférieurs à ceux du contrôle de constitutionnalité, le premier de ces contrôles a connu un succès croissant .

L'infériorité du contrôle de conventionnalité tient surtout au fait que la loi déclarée contraire à la Convention n'est pas abrogée pour autant. Les effets de la décision sont limités à la procédure au cours de laquelle a été jugée l'inconventionnalité. La décision d'inconstitutionnalité, elle, rend la loi inapplicable définitivement.

Mais si la loi n'est pas abrogée par une décision d'inconventionnalité, dans la pratique, il est difficile, voire choquant de continuer à faire application d'une disposition législative d'une loi déclarée contraire à la convention européenne, surtout lorsque la décision émane de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat .

L'avantage du contrôle de conventionnalité tient au fait qu'il peut être exercé devant le juge du fond, sans le moindre filtre. Il donne à ce juge du fond, même de première instance, un pouvoir considérable, même s'il est contrebalancé par le jeu des recours, l'appel et la cassation .

conformité des lois ou décrets avec conventions internationales signées et ratifiées par la France.

Ce contrôle a été consacré par un arrêt de la chambre mixte de la cour de cassation du 24 mai 1975, l'arrêt dit Société des cafés Jacques Vabre¹. Dans cette décision la cour suprême, opérant un complet revirement de jurisprudence, affirmait la primauté de l'ordre juridique communautaire, en l'espèce le Traité de Rome², sur les lois nationales françaises aussi bien antérieures que postérieures au Traité. La cour de cassation approuvait dans cette décision une cour d'appel qui avait fait prévaloir l'article 95 du Traité de Rome sur l'article 265 du Code des Douanes français .

Le Conseil d'Etat s'alignera sur cette jurisprudence un demi-siècle plus tard, par un arrêt Nicolo du 20 octobre 1989³.

Cette jurisprudence de la Cour de Cassation s'explique par la position du Conseil Constitutionnel qui, le 15 janvier 1975⁴, avait décidé qu'il n'entrait pas dans sa mission de contrôler la conformité d'une loi avec un traité: "Considérant qu'ainsi le contrôle du respect du principe énoncé à l'article 55 de la Constitution⁵ ne saurait s'exercer dans le cadre de l'examen prévu à l'article 6I, en raison de la différence de nature de ces deux contrôles; Considérant que, dans ces conditions, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 6I de la Constitution⁶, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international ."

I-3- L'essor du contrôle de conventionnalité au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales aux dépens du contrôle de constitutionnalité

La QPC entre le droit français et le droit algériens

et L'application de la loi du la QPC par les juridictions du fond

Serge Portelli
Magistrat honoraire

**I- Comment la QPC a acquis ses lettres de noblesse :
similitudes et différences entre le droit français et le droit algériens**

I-2- La ressemblance entre la loi algérienne et la loi française

La loi constitutionnelle algérienne et la loi organique (telle qu'elle a été examinée et censurée par le conseil constitutionnel algérien) concernant l'exception d'inconstitutionnalité sont extrêmement proches des dispositions françaises se rapportant à la question prioritaire de constitutionnalité .

On pourrait avancer, sans exagérer, qu'elles sont identiques .

Il est donc légitime de penser que la situation du juge des cours et tribunaux français est la même que celle des juges des cours et tribunaux algériens.

I-2- Une différence de taille: le contrôle français de conventionnalité

Il existe pourtant une différence de taille : la QPC n'est pas le seul moyen dont le juge français pour apprécier le respect par le législateur des principes fondamentaux. Il existe depuis plus de 40 ans en France un contrôle du juge judiciaire sur la loi. Ce contrôle dit de conventionnalité consiste à vérifier la

يوم دراسي حول عدم دستورية القوانين

- نادي المحامين سطياف 19-01-2019 -

