الهيئات القضائية العليا كشريك للمجلس الدستوري (المحكمة الدستورية حاليا) في ممارسة الرقابة الدستورية بصفتها قاضي إحالة في الجزائر

The higher judicial bodies as a partner of the Constitutional Council (currently the Constitutional Court) in exercising constitutional oversight in their capacity as a referral judge in Algeria

تاريخ الارسال: 2021/01/26	تاريخ القبول: 2021/05/26	تاريخ النشر: 2021/11/04

*د. قزلان سليمة
جامعة امحمد بوقرة - بومرداس
s.guezlane@univ-boumerdes.dz
مخبر الآليات القانونية للتنمية المستدامة

ملخص :

تشكل ألية الدفع بعدم دستورية القوانين أداة دستورية حديثة استحدثها المؤسس الدستوري الجزائري بمقتضى التعديل الدستوري الأخير المؤرخ في 6 مارس 2016 كإجراء جديد يسمح بتطهير المنظومة التشريعية من كل ما من شأنه انتهاك الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور، وذلك من قبل المجلس الدستوري (المحكمة الدستورية حاليا بمقتضى التعديل الدستوري الأخير لسنة 2020) بعد أن يتم إخطاره بناء على إحالة من الهيئات القضائية العليا والمتمثلة في كل من المحكمة العليا ومجلس الدولة التي تملك السلطة التقديرية في فحص الدفع والبث فيه مبدئيا باعتبارها قاضي إحالة، ما يجعلها شريكا في مسألة الرقابة الدستورية في الوقت الذي تنحصر فيه مهمة القضاء ومثلما هو معروف في تطبيق القانون، سيما وأن مسألة الدستورية لن تكون مرفوعة أمام قاضي الموضوع فحسب، ولكن أيضا يتم الفصل فيها من قبله عن طريق الإحالة بواسطة نظام التصفية كخيار من أجل الحدّ من خطر تفاقم الدعاوى القضائية.

الكلمات المفتاحية: الدفع بعدم الدستورية؛ المجلس الدستوري؛ المحكمة الدستورية؛ المحكمة العليا؛ مجلس الدولة.

***المؤلف المرسل:** قزلان سليمة.

Abstract:

The mechanism for defending the unconstitutionality of laws is a modern constitutional tool created by the Algerian constitutional founder according to the latest constitutional amendment dated March 6, 2016 as a new procedure that allows for the purification of the legislative system of everything that violates the rights and freedoms guaranteed by the constitution, by the Constitutional Council (the Constitutional Court according to the amendment The last constitution of the year 2020) after being notified based on a referral from the higher judicial bodies represented by both the Supreme Court and the State Council which has the discretionary power to examine the payment and initially broadcast it as a referral judge, What makes it a partner in the issue of constitutional oversight at a time when the task of the judiciary is limited and as it is known in the application of the law, especially since the issue of constitutionality will not only be brought before the judge who is the subject matter, but also it is decided by him through referral as an option in order to reduce the risk of exacerbation Lawsuits.

Keywords*: pleading unconstitutionality; Constitutional Council; Constitutional Court; Supreme Court; Council of State.*

مقدمة:

تكتسي الحقوق والحريات العامة مكانة مرموقة ومعتبرة، فقد تم تنظيمها على مستوى قمة البناء القانوني للدولة الذي يعرف بالدستور، ولأن مجرد احتوائها في الدستور لا يشكل ضمانة كافية لها، فقد حرصت الوثائق الدستورية ذاتها وعلى اختلافها على إحاطتها بالضمانات اللازمة من أجل أن تكفل حمايتها وعدم انتهاكها وعلى رأسها الرقابة الدستورية عن طريق ما يعرف بألية الدفع بعدم الدستورية، كإجراء جديد يسمح بتطهير المنظومة التشريعية من كل ما من شأنه انتهاك الحقوق و الحريات التي يكفلها الدستور وذلك من خلال تمكين المواطن المتقاضي بالدفاع عن حقوقه، وهو ما كرسه التعديل الدستوري الجزائري المؤرخ في 6 مارس 2016[1] ضمن نص المادة 188[2]، وأكد عليه القانون العضوي رقم 16.18، المؤرخ في 2 سبتمبر 2018، المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية[3]، وأيضا التعديل الدستوري الأخير لسنة 2020 بمقتضى المادة 195[4]،

تحريك الرقابة الدستورية بناء على إحالة من الهيئات القضائية العليا في الجزائر والمتمثلة في المحكمة العليا متى كان النزاع عاديا وذو طبيعة مدنية أو غيره، ومجلس الدولة متى كان النزاع إداريا، بإصدارها لقرار إحالة موضوع الدفع إلى المجلس الدستوري (المحكمة الدستورية بمقتضى تعديل 2020) الذي سيسمح بتوضيح مسألة الدستورية المطروحة وتفسيرها بناء على تقديرها لمدى جدية ودستورية الدفع من عدمه، وإن كانت سلطة تقدير مدى دستورية القانون من عدمه متروكة أصلا وبحسب نصوص الدستور إلى المجلس الدستوري (المحكمة الدستورية) باعتباره اختصاصا دستوريا أصيلا له[5]، وهو ما يجعل من هذه الهيئات شريكا منافسا للمجلس الدستوري (المحكمة الدستورية) في عملية بحث مسألة الدستورية ليس باعتبارها مرفوعة أمام قاضي الموضوع فحسب، ولكن أيضا لأنه يتم الفصل فيها من قبله عن طريق الإحالة كخيار يكفل الحدّ من خطر تفاقم الدعاوى القضائية، في الوقت الذي تنحصر فيه مهمة القضاء في تطبيق القانون[6]، الأمر الذي يجعلنا نثير الإشكالية التالية:

الإشكالية:

ما هو دور الهيئات القضائية العليا في ممارسة الرقابة الدستورية، وإلى أي مدى تتمتع بسلطة تقديرية بواسطة نظام تصفية طلبات الدفع باعتبارها أو بصفتها قاضي إحالة.؟.

استنادا على المنهج التحليلي والمقارن لتناول موضوع البحث، ارتأينا اعتماد المحاور التالية:

محاور الدراسة:

المحور الأول: الدفع بعدم الدستورية اختصاص دستوري أصيل للمجلس الدستوري (المحكمة الدستورية حاليا).

المحور الثاني: تعزيز دور الهيئات القضائية العليا بالرقابة الدستورية بصفتها قاضي إحالة عبر نظام تصفية طلبات الدفع بعدم الدستورية.

المحور الثالث: معوقات إشراك الهيئات القضائية العليا في تقدير مسألة الدستورية

المحور الأول : الدفع بعدم الدستورية اختصاص دستوري أصيل للمجلس الدستوري سابقا (المحكمة الدستورية حاليا)

قبل الولوج في مسألة اختصاص المجلس الدستوري (المحكمة الدستورية) بالنظر في ألية الدفع بعدم الدستورية، لا بد لنا أن نعرج على تحديد مفهوم ألية الدفع بعدم الدستورية (أولا)، ثم تحديد مسألة الاختصاص بالنظر بالدفع باعتباره اختصاصا أصيلا يستمد من أسمى نص قانوني في الدولة ألا وهو الدستور (ثانيا).

الفرع الأول: تحديد ماهية ألية الدفع بعدم الدستورية

لتحديد ماهية ألية الدفع بعدم الدستورية، سنتطرق إلى إعطاء نبذة عن ألية الدفع بعدم الدستورية (أولا)، ثم إلى تعريف ومميزات ألية الدفع بعدم الدستورية (ثانيا).

أولا: نبذة عن ألية الدفع بعدم الدستورية

هي نموذج فرنسي[7] تم اقتباسه من التعديل الدستوري الفرنسي المؤرخ في 23 تموز 2008 من خلال إضافة المادة 1/61[8]، تعرف باسم "QPC" (Question Prioritaire de Constitutionnalité)، وهي أسلوب رقابي لاحق على دستورية القوانين بعدما كان في السابق يعترف فقط بالرقابة القبلية أي قبل ان يدخل القانون حيّز التنفيذ، على أساس أن القانون المخالف للدستور لا يمكنه أبدا أن يصدر، تم استحداثها على إثر الانتقادات التي وجهت إلى الرقابة السياسية بسبب إقصائها لحق الأفراد من اللجوء إلى المجلس الدستوري، والمطالبة بضرورة تفعيل الرقابة القضائية اللاحقة سيما وأن عيوب النص القانوني غالبا ما تظهر بعد تطبيقها، ونتيجة لذلك أصبح بإمكان الأشخاص باعتبارهم متقاضيين الطعن في دستورية القانون المراد تطبيقه من أجل الدفاع عن حقوقهم وحرياتهم التي يضمنها لهم الدستور الفرنسي، كما أصبح بإمكان المجلس الدستوري أن يتدخل بهذه المسألة بإحالة من مجلس الدولة بالنسبة للقضاء الإداري، أو من قبل محكمة النقض بالنسبة للقضاء العادي خلال أجل محدّد، بحيث متى قضى المجلس الدستوري بعدم دستورية القانون يصبح القانون غير قابل للتطبيق، ويتم إلغائه ابتداء من تاريخ نشر قرار المجلس، وهو النموذج الذي استمدت منه العديد من الدول تجاربها من ضمنها الجزائر[9].

ثانيا: تعريف ومميزات ألية الدفع

أشار كل من الدستور والتشريع إلى تحديد مفهوم ألية الدفع بعدم الدستورية (1. مفهومها)، على نحو جعلها تتميز بمجموعة من الخصائص والمميزات التي تتسم بها دون سواها من الأليات الأخرى (2. مميزاتها).

1 . مفهومها:

تعتبر ألية الدفع بعدم دستورية القوانين ألية دستورية جديدة، استحدثها المؤسس الدستوري الجزائري بمقتضى التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016[10] ضمن نص المادة 188، ومما جاء فيها :"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."، وهو ما أكد عليه أيضا التعديل الدستوري الأخير المؤرخ في سنة 2020 ضمن نص المادة 1/195، باستثناء تغيير وحلول مصطلح مؤسسة "المحكمة الدستورية" محلّ : هيئة "المجلس الدستوري"، وإضافة إلى مأل النزاع الحكم التنظيمي إلى الحكم التشريعي، حيث جاء فيها:" يمكن إخطار **المحكمة الدستورية** بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي **أو التنظيمي** الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك حقوقه وحرياته التي يضمنها الدستور."، ضمن نفس السياق جاء في القانون العضوي رقم 16.18، المؤرخ في 2 سبتمبر 2018، المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية[11]، وتحديدا في نص المادة 2 منه التي جاء فيها:" 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 مأل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور..."، هي إذن أداة يملك من خلالها الأشخاص (المتقاضين) حق اللجوء غير المباشر إلى المجلس الدستوري (المحكمة الدستورية حاليا) عن طريق أسلوب الدفع الفرعي بمناسبة الدعاوى القائمة أمام القضاء، التي يترتب عنها وقف سير الخصومة المقامة أمام القضاء متى التمس القاضي الجدّية في الطعن إلى حين فصل المجلس الدستوري (المحكمة الدستورية) في مسألة الدستورية، مع العلم أن الأنظمة

الدستورية للدول تختلف من حيث تحديدها للجهة التي تختص بالردّ عن الدفع بعدم الدستورية، دول تسندها إلى الجهة التي يثار أمامها الدفع، و دول تسندها إلى أعلى جهة قضائية، وأخرى تسندها إلى المحكمة الدستورية (كتونس، المغرب)، والجزائر حاليا بمقتضى نص المادة 195 من التعديل الدستوري الأخير لسنة 2020، على إثر اعتمادها للمحكمة الدستورية كبديل عن المجلس الدستوري، وأخرى إلى المجلس الدستوري كفرنسا، والجزائر سابقا (في ظل التعديل الدستوري لسنة 2016)، ومن أجل تجنب الكم الهائل من الطعون الذي قد تواجه الهيئات القضائية، أنشأت العديد من الدول التي تبنت هذه الوسيلة بما يعرف "بوسائل التصفية" « filtre » من أجل قبول الطعون وانتقائها واستبعاد الطعون المتعسفة، كما هو الحال في فرنسا، والولايات المتحدة الأمريكية التي أحدثت بدورها نظام انتقائي لتصفية الطعون والحدّ من عددها سيما غير الجدية منها[12].

2. مميزاتها:

من خلال تأملنا للتعريف الدستوري والتشريعي الذي ورد بشأن ألية الدفع بعدم الدستورية، نستشف بأن هذه الأخيرة تتسم بمجموعة من الخصائص والمميزات التي تتميز بها باعتبارها:

. **حق دستوري لأطراف الدعوى**: مقارنة بالرقابة السياسية التي تقتصر على الهيئات العامة دون سواها (كرئيس الجمهورية، أو رؤساء الغرف البرلمانية، أو الوزير الأول، أو أعضاء من الغرفة الأولى أو الثانية)[13]، تشكل ألية الدفع بعدم الدستورية حق دستوري مكفول للأشخاص باعتبارهم أطرافا في الدعوى.

. **رقابة غير تلقائية:** على غرار دولة البحرين مثلا وباعتباره أي الدفع من النظام العام[14]، لا يمكن للقاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه، وذلك بتأكيد من محتوى نص المادة 188 من التعديل الدستوري المؤرخ في 2016 وأيضا المادة 195 من التعديل الدستوري الأخير لسنة 2020، وهو ما تضمنته صراحة المادة 4 من القانون العضوي رقم 16.18 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية[15]، التي جاء فيها: "لا يمكن أن يثار الدفع بعدم الدستورية تلقائيا من طرف القاضي"،

. **دفع فرعي:** يقدم أثناء النظر في إحدى الدعاوى، بناء على مذكرة مكتوبة ومنفصلة (المادة 6 من نفس القانون العضوي رقم 16.18 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية).

. **طريقة غير مباشرة لإخطار المجلس الدستوري (المحكمة الدستورية حاليا):** تتم بناء على إحالة بواسطة وعن طريق المحكمة العليا بالنسبة للجهات الخاضعة للنظام القضائي العادي، أو مجلس الدولة بالنسبة للجهات الخاضعة للنظام القضائي الإداري باعتبارهما أداة للتصفية.

. **رقابة دفاعية:** أي غير هجومية، ما يعني أن أطراف الدعوى لا يهاجمون القانون بمجرد صدوره،(سواء تعلق الأمر بحكم تشريعي أو تنظيمي[16])، وإنما عليهم أن ينتظروا حتى صدوره ويراد تطبيقه عليهم أو على النزاع الذي يعنيهم ليدفعوا بعدم دستوريته لانتهاكه الحقوق والحريات التي يضمنها لهم الدستور.

. **رقابة لاحقة:** تمارس على النصوص القانونية بعد صدورها ودخولها حيّز التنفيذ، (سواء تعلق الأمر بحكم تشريعي أو تنظيمي)، وذلك على عكس الرقابة السياسية التي عادة ما تتم بطريقة قبلية أو سابقة على صدور القانون.

. **رقابة قانونية:** ضمن نفس السياق تتسم ألية الدفع بعدم الدستورية بطبيعة قانونية، أو يغلب عليها الاعتبارات القانونية، وهو ما نستشفه من خلال عملية بحث القاضي لوسائل الجديّة بواسطة قرار الإحالة، ما يجعلها تتميز وتختلف عن الرقابة السياسية التي يغلّب فيها الاعتبارات السياسية.[17]

. **دفع موضوعي:** لأن الدفع هنا مرتبط أصلا بالمصلحة في الدعوى الموضوعية، وليس من الدفوع الشكلية التي ترتبط عادة بالإجراءات، والتي كثيرا ما تثار قبل الدخول في مناقشة الموضوع، وفي أي مرحلة من مراحل الدعوى ولو لأول مرة أمام المحاكم العليا التي متى التمست جديّة الدفع أحالت الدعوى أمام المحكمة الدستورية حاليا (المجلس الدستوري سابق)[18] .

. **رقابة مختلطة:** يشترك فيها كل من الهيئات القضائية التي تملك السلطة التقديرية في فحص الدفع والبث فيه مبدئيا، والمجلس الدستوري (المحكمة الدستورية حاليا) التي تفصل فيه وبصفة نهائية في مسألة الدستورية باعتبارها صاحبة الاختصاص.

الفرع الثاني: البث في الدفع بعدم الدستورية اختصاص ينفرد به المجلس الدستوري (المحكمة الدستورية حاليا) بصفته حاميا للدستور

بالرجوع إلى التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016[19] باعتباره مصدر تأسيسي لألية الدفع بعدم الدستورية، وتحديدا نص المادة 188، 2/189، و2/191 منه[20]، وبالعودة إلى التعديل الدستوري الأخير لسنة 2020، وعلى وجه الخصوص نص المادة 195، 196، و198 منه، يظهر جليا بأن الدفع بعدم الدستورية اختصاص دستوري مسند بموجب نص دستوري للمجلس الدستوري سابقا في ظل التعديل الدستوري 2016، وللمحكمة الدستورية حاليا في ظل التعديل الدستوري الأخير لسنة 2020، وليس بموجب القانون العضوي المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، باعتباره اختصاص عام يشمل النظر في الدفوع المحالة على الهيئة المحددة في الدستور (المجلس الدستوري سابق والمحكمة الدستورية حاليا) شكلا وموضوعا، إذ ليس في الدستور ما يشرع تجزئة هذا الاختصاص المندرج في الولاية الشاملة لهذه الهيئة، ولا ما يبرر نقله لغير الجهة المحددة والمختصة دستوريا بالبث في الدفع بعدم الدستورية.

ويتأكد الاختصاص الدستوري للمجلس الدستوري سابقا والمحكمة الدستورية حاليا بالنظر بالدفع بعدم الدستورية عن ذلك المدرج في القانون العضوي المنظم لألية الدفع، من خلال التمييز بين المجال الذي اختص بتحديده المؤسس الدستوري للمجلس الدستوري سابقا وفقا للمادة 188 من التعديل الدستوري لسنة 2016، المحكمة الدستورية حاليا بمقتضى نص المادة 195 من التعديل الدستوري الأخير لسنة 2020، والمجال الذي انفرد بتحديده القانون العضوي رقم 16.18 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، حيث استأثر الدستور بمجال تحديد الهيئة المختصة (والمتمثلة في المجلس الدستوري سابقا، والمحكمة الدستورية حاليا)، بالنظر في الدفع المتعلق بعدم دستورية قانون (حكم تشريعي أو تنظيمي)، يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور والمراد تطبيقه على موضوع النزاع، أما القانون العضوي رقم 18. 16 فانفرد بتحديد الشروط والاجراءات الكفيلة بتطبيق المادة 188 من التعديل الدستوري 2016، والتي سيحددها لاحقا القانون العضوي المتعلق بتحديد اجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية بموجب المادة 196 تطبيقا للمادة 195 من التعديل الدستوري الأخير لسنة 2020، وذلك بما تتضمنه من شكليات تتعلق بإقامة الدعوى،

أجالها، إجراءات الدفاع والوجاهية، طبيعة الجلسات، والعلاقة بين الدعوى الأصلية والدفع الفرعي، ما يعني أن مسألة اختصاص المجلس الدستوري سابقا والمحكمة الدستورية حاليا بالدفع لم تدرج ضمن المواضيع المسندة للتشريع (وتحديدا القانون العضوي)، وإنما ضمن المواضيع المسندة للدستور.

ويعود أساس تكليف المجلس الدستوري سابقا والمحكمة الدستورية حاليا بالنظر أو بالبث في الدفع بعدم الدستورية بصفته "حاميا للدستور"، وذلك وفقا لنص المادة 1/182 من التعديل الدستوري لسنة 2016، التي جاء فيها:" المجلس الدستوري هيئة مستقلة تكلّف بالسهر على احترام الدستور."، وهو ما أكد عليه أيضا المؤسس الدستوري في المادة 1/185 من التعديل الدستوري الأخير لسنة 2020 في نصه بما يفيد: "المحكمة الدستورية مؤسسة مستقلة مكلّفة بضمان احترام الدستور."، وهو ما سبق أن أكد عليه أيضا المجلس الدستوري في رأيه المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية للدستور.[21]

المحور الثاني : تعزيز دور الهيئات القضائية العليا بالرقابة الدستورية بصفتها قاضي إحالة عبر نظام تصفية طلبات الدفع

على الرغم من أن مهمة الرقابة الدستورية تندرج أساسا وبحسب المؤسس الدستوري ضمن اختصاصات المجلس الدستوري سابقا والمحكمة الدستورية حاليا، وبالنتيجة يعود لهذه المؤسسة الدستورية ولها وحدها فقط وبتأكيد من المجلس الدستوري السهر على ضمان احترام الدستور وفقا للإجراءات والوسائل التي يقررها هذا الأخير من ضمنها وسيلة ألية الدفع بعدم الدستورية، غير أن إدراج المؤسس الدستوري أيضا لنظام الإحالة وبالتالي لنظام التصفية القضائية بمقتضى نص المادة 188 من التعديل الدستوري لـ 2016، وبموجب المادة 195 من التعديل الدستوري الأخير لسنة 2020، يعكس أيضا التكريس الدستوري لدور الهيئات القضائية العليا (أولا)، ما يشكل قيدا على المجلس الدستوري سابقا والمحكمة الدستورية حاليا في ممارسة ألية الدفع (ثانيا).

الفرع الأول: دور الهيئات القضائية العليا بالرقابة الدستورية باعتبارها قاضي إحالة مكرّس دستوريا

لقد أسس المؤسس الدستوري الجزائري في ظل التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 لألية الدفع بعدم الدستورية بغية ضمان سمو الدستور وحمايته من أي اعتداء قد يلحق به في مجال الحقوق والحريات التي يضمنها، وباعتباره المصدر التأسيسي لألية الدفع بعدم الدستورية، يتضح جليّا بأن صلاحية النظر والبث بالدفع تعد من اختصاص المجلس الدستوري سابقا طبقا لأحكام المادة 188، وهو الاختصاص الذي أسنده للمحكمة الدستورية في ظل التعديل الدستوري الأخير لسنة 2020 بناء على نص المادة 195، وسواء تعلق أمر هذا الاختصاص بالمجلس الدستوري سابقا أو المحكمة الدستورية حاليا باعتبارها هيئات رقابية، إلا أنها لا تملك الحق في البث بالدفع بعدم الدستورية إلا إذا تم إخطارها بناء على إحالة من الهيئات القضائية العليا المتمثلة في كل من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، ما يعني أن تولي المجلس الدستوري سابقا وحتى المحكمة الدستورية حاليا لمسألة الدفع بعدم الدستورية مقيّد ومرتبط بإحالة من هذه الهيئات القضائية العليا (المحكمة العليا أو مجلس الدولة) الناجمة عن قرارها أو موقفها الإيجابي حيال ذلك جراء تصفيتها لطلبات الدفع، بدليل استعمال المؤسس الدستوري في ظل المادة 185 من التعديل الدستوري لسنة 2016 لعبارة "**يمكن** إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية **بناء على إحالة** من المحكمة العليا أو مجلس الدولة..."، وهي العبارة ذاتها التي تكررت من دون تغيير في ظل التعديل الدستوري الأخير لسنة 2020 وتحديدا في نص المادة 195 منه باستثناء تغيير أو استبدال هيئة المجلس الدستوري بالمحكمة الدستورية، حيث جاء فيها:" **يمكن** إخطار المحكمة الدستورية بالدفع بعدم الدستورية **بناء على إحالة** من المحكمة العليا أو مجلس الدولة...".

يجد إذن نظام التصفية القضائي في الجزائر سنده القانوني في الدستور وذلك على خلاف بعض الدساتير كالدستور المغربي الذي جاء خاليا من أي نص صريح بشأنها في الدستور، على أساس وبتأكيد من المحكمة الدستورية بالمغرب نفسها، أن تقدير الجدية سيحول الهيئة إلى مراقب سلبي للدستورية[22]، وهو ما نستشفه من خلال مضمون الفصل 133 من الدستور المغربي المؤرخ في 29 يوليو 2011 [23] التي جاء فيها:" تختص المحكمة الدستورية بالنظر في كل دفع متعلق بعدم دستورية قانون، أثير أثناء النظر في قضية،

وذلك إذا دفع أحد الأطراف بأن القانون الذي سيطبق في النزاع، يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور. يحدد قانون تنظيمي شروط وإجراءات تطبيق هذا الفصل.".

الفرع الثاني: الإحالة قيد على ممارسة المجلس الدستوري (المحكمة الدستورية حاليا) لألية الدفع عبر ألية التصفية

مقارنة ببعض الدول التي يمكن فيها للمتقاضي مثل اسبانيا، او لقاضي الموضوع كبلجيكا إخطار المحكمة الدستورية، يتم إخطار المجلس الدستوري في الجزائر سابقا والمحكمة الدستورية حاليا بناء على ألية تدعى "الإحالة".

أولا: مفهوم الإحالة

1. تعريف الإحالة: هي وسيلة لإخطار الهيئة المكلفة بالرقابة الدستورية بطلبات الدفع بعدم الدستورية، وتختلف الدول من حيث الأساليب التي تعتمدها في عملية إصدار إحالة الدفع وبالتالي من حيث مصدرها، دول تعتمد خيار إحالة الدفع من محكمة الموضوع إلى المحكمة الدستورية لتتأكد من جديته (كإسبانيا، ألمانيا)، ودول تعتمد خيار إصدار محكمة الموضوع لمقرر يعطي لمثير الدفع مهلة لتقديم الطلب أمام المحكمة الدستورية (كمصر، البحرين)، ودول أخرى تعتمد الخيار الثالث المتمثل في إحالة الدفع من قبل محكمة النقض إلى المحكمة الدستورية (كالأردن)، أو إلى المجلس الدستوري (كفرنسا)، حيث نصت على ألية التصفية في دساتيرها،[24] من ضمنها الجزائر باعتبارها وسيلة غير مباشرة لإخطار المجلس الدستوري سابقا والمحكمة الدستورية حاليا بطلبات الدفع بعدم الدستورية من قبل الجهات القضائية العليا المتمثلة في المحكمة العليا أو مجلس الدولة، استنادا إلى المادة 188 من التعديل الدستوري لـ 2016، والمادة 195 من التعديل الدستوري الأخير لسنة 2020، والتي جاء فيها:" يمكن إخطار المحكمة الدستورية بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي أو التنظيمي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك حقوقه وحرياته التي يضمنها الدستور."، حصر إذن المؤسس الدستوري الجزائري مصدر الإحالة في كل من المحكمة العليا بالنسبة للقضاء العادي، أو مجلس الدولة بالنسبة للقضاء الإداري عبر نظام يعرف بالتصفية القضائية، استنادا إلى عدم جواز الإخطار المباشر للمجلس الدستوري سابقا، والمحكمة الدستورية حاليا من قبل

الأفراد، واستنادا إلى عدم جواز إثارة الدفع التلقائي من قبل الهيئات القضائية بناء على نص المادة 4 من القانون العضوي رقم 16.18.

2 . طرق الإحالة: تتم الإحالة عبر إحدى الطرق التالية:

أ) . نظام التصفية المزدوج: تتم الإحالة بواسطة هذا النظام عبر مرحلة تصفية أولى أمام قضاة الموضوع التي أثير على مستواها الدفع، ومرحلة تصفية ثانية على مستوى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، بناء على قرار مسبب صادر من قضاة الموضوع يفيد بقبول الدفع بعد غربلة أولية للدفوع، وأولوية، ومستعجلة، للبحث عن مدى توفر الشروط الشكلية المحددة بموجب المادة 8 من القانون العضوي رقم 18. 16[25]، بعد استطلاع رأي النيابة العامة أو محافظ الدولة (الم7)، يتوجب على الجهات القضائية العليا وبمجرد تسلمهما لقرار الدفع خلال 10 أيام من صدوره وفقا للمادة 6،7،9 من القانون العضوي رقم 18.16 المشار إليه آنفا، القيام بتصفية ثانية للدفوع ضمن أجل شهرين من تسلمها الإرسال بالدفع (الم 13)، التي متى رأت بأن الدفع قد استوفى لشروطه القانونية، أحالت الدفع إلى المجلس الدستوري سابقا، المحكمة الدستورية حاليا، والعكس صحيح في حالة الرفض، وفي حالة إرسال الدفع ترجئ الجهة القضائية الفصل في النزاع إلى غاية توصلها بقرار المحكمة العليا، أو مجلس الدولة، أو المجلس الدستوري (المحكمة الدستورية) عند إحالة الدفع إليه، غير أن ذلك لا يترتب عليه وقف سير التحقيق، كما يمكن للجهة القضائية أخذ التدابير المؤقتة أو التحفظية اللازمة (الم10) .

ب) . نظام الدفع المباشر: وذلك عند إثارة الدفع للأول مرة أمام المحكمة العليا أو مجلس الدولة، على أن يتم الفحص في الدفع على سبيل الأولوية في ذات الآجال المحددة في نص المادة 13 من القانون العضوي رقم 18. 16.

ثانيا: أشكال الإحالة

تتخذ الإحالة على المجلس الدستوري (المحكمة الدستورية حاليا)، في الجزائر إحدى الأشكال التالية:

1 . الإحالة العادية: وتتم طبقا للمادة 17 من القانون العضوي 18- 16، وتصدر في حالة قبول المحكمة العليا أو مجلس الدولة الدفع بعد استيفائه للشروط المنصوص عليها في المادة 8 من نفس القانون العضوي، وذلك بموجب قرار معلّل أو مسبب مصحوب

بمذكرات وعرائض الأطراف، بمفهوم المخالفة عندما لا تتوفر الشروط المنصوص عليها في القانون العضوي لا تتم الإحالة.

وفي حالة رفض المحكمة العليا أو مجلس الدولة الإحالة، يقتضي على هذه الأخيرة إرسال نسخة من قرار الرفض المسبب الصادر عنها إلى المجلس الدستوري (المحكمة الدستورية حاليا)، وإذا كان مثل هذا الأمر غير منصوص عليه في القانون العضوي، إلا أن المجلس الدستوري أكد عليه بمناسبة رأيه المتعلق برقابة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية للدستور، حيث جاء في حيثيات الرأي:" واعتبارا بالنتيجة، فإن مهمة السهر على احترام الدستور المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 182 من الدستور ومتطلبات الشفافية، تقتضي إرسال نسخة من القرار المسبب الذي من خلاله تقرر المحكمة العليا أو مجلس الدولة عدم إحالة الدفع بعدم الدستورية إلى المجلس الدستوري حتى يتمكن من الاطلاع على احترام تلك الجهات القضائية لاختصاصها.". [26]

2 . الإحالة التلقائية: وتصدر هذه الإحالة في حالة عدم فصل المحكمة العليا أو مجلس الدولة في إحالة الدفع بعدم الدستورية خلال الآجال المحددة قانونا في المادة 13 من القانون العضوي 18-16، وذلك بناء على نص المادة 20 من نفس القانون.

المحور الثالث: معوقات إشراك الهيئات القضائية العليا في تقدير مسألة الدستورية

متأثرا بالتجربة الفرنسية، أسس المؤسس الدستوري الجزائري الذي كرس لألية الدفع بعدم الدستورية بمقتضى التعديل الدستوري لسنة 2016، لنظام التصفية القضائية بموجب المادة 188، وهو ما أكدت عليه أيضا المادة 195 من التعديل الدستوري الأخير لـ 2020، (الفرع الاول)، وذلك على الرغم من المعوقات التي طرحتها في بلدها الأم (فرنسا) باعتبارها مصدرا أساسيا لألية الدفع، بالنظر إلى ما تنطوي عليه من إشكالات لا سيما ما تعلق منها بإمكانية منافسة الهيئات القضائية العليا للمجلس الدستوري بفرنسا في تقدير مسألة الدستورية (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: إشراك الهيئات القضائية العليا في تقدير مسألة الدستورية يتعارض مع مبدأ الاختصاص بالرقابة الدستورية

يعتبر المجلس الدستوري سابقا وبحسب نص المادة 1/182 من التعديل الدستوري لـ 2016، والمحكمة الدستورية وفقا للمادة 1/185 من التعديل الدستوري الأخير لسنة 2020، بمثابة الهيئات الدستورية المكلفة بالرقابة الدستورية وبالتالي بضمان حماية أو احترام الدستور، بالمقابل يعتبر إقحام قاضي الإحالة وتحديدا الهيئات القضائية العليا المتمثلة في المحكمة العليا أو مجلس الدولة في تقدير الدستورية، من خلال البحث في مدى توفر جدية الدفع كشرط من شروط قبول الدفع وبالتالي إحالته من عدمه متعارضا مع الدستور، وهو ما يؤكده الدكتور بوالشعير الذي نؤيده بدورنا والذي يرجعه إلى اعتبارات عدّة.[27]

فتدخل القضاء في تقدير الجدية على حدّ قول الدكتور بوالشعير يتعارض مع مبدأ استقلالية هيئة المجلس الدستوري المنصوص عليه في المادة 182 من التعديل الدستوري لـ 2016[28]، أو هيئة المحكمة الدستورية المنصوص عليها في المادة 185 طبقا للتعديل الدستوري الأخير لسنة 2020، فتدخل القضاء في تقدير مدى دستورية الدفع وبالتالي تقرير إحالة الدفع من عدمه إلى المجلس الدستوري سابقا (المحكمة الدستورية حاليا) بفعل تدخله في تقدير مدى دستورية وملائمة وجدية الدفع، من شأنه أن يؤثر على هذه الاستقلالية سيما وأن بحث مسألة الدستورية هي اختصاص أصيل للمجلس الدستوري سابقا (المحكمة الدستورية حاليا) بداية ونهاية، فالاستقلالية والتكليف الذين يشكلان طابعا أو ميزة دستورية من مميزات المجلس الدستوري (المحكمة الدستورية)، تجعل من هذا الأخير ينفرد بمثل هكذا اختصاص، كما أن مراقبة القانون العضوي مقيدة ولا يجب بأي حال من الأحوال أن تتعدى مضمون محتوى الاستقلالية والتكليف على خلاف رقابة الدستورية.[29]

إن مهمة حماية المجتمع والحريات، وضمان المحافظة على الحقوق الأساسية لكل واحد وللجميع والتي كلف بها المؤسس الدستوري السلطة القضائية بمقتضى أحكام الدستور وتحديدا بحسب المادة 157 من التعديل الدستوري لسنة 2016، والمادة 164 من التعديل الدستوري الأخير لسنة 2020، يجب أن لا تمتد إلى البحث في مسألة الدستورية، وفي إطار مهمة القضاء التي تنحصر وبحسب نص المادة 156، 158 من

التعديل الدستوري المؤرخ في 2016[30]، والمادة 163 و165 من التعديل الدستوري الأخير لـ 2020 في تطبيق القانون.

إلزام المؤسس الدستوري على ضرورة أن يتم إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من قبل الهيئات القضائية العليا (المحكمة العليا أو مجلس الدولة) بمقتضى المادة 188 من التعديل الدستوري لـ 2016، وكذلك الأمر بالنسبة للمحكمة الدستورية حاليا بموجب المادة 195 من التعديل الدستوري الأخير لسنة 2020، ولأن الإحالة من عدمها مرتبطة ومقيدة بضرورة التأكد من توفر شرط جدية الدفع، أي أن يبحث قاضي الإحالة في مدى دستورية النص محلّ الطعن، ونخص بالذكر قضاة المحكمة العليا أو مجلس الدولة، فإن ذلك ومن دون أدنى شك سيجعل من قاضي الإحالة شريكا حتى لا نقول منافسا للهيئة المكلفة أصلا بالرقابة الدستورية والمتمثلة مثلما سبق ذكره آنفا في المجلس الدستوري سابقا والمحكمة الدستورية حاليا، سيما وأن القاضي هنا وعلى خلاف قضاة الموضوع يبحث مسألة الجدية بشكل أكثر عمقا، وهو التقدير الذي يتوقف عليه مصير الدفع، إن الدستور ينص في طياته على "الإحالة" وليس على أن يبحث القضاء في مدى دستورية النص الذي يشكل ومثلما أشرنا إليه سابقا اختصاصا أصيلا للمجلس الدستوري، والمحكمة الدستورية حاليا، وغير ذلك يتعارض مع مبدأ الاختصاص بالرقابة الدستورية التي لا يجب أن تمتد أبدا إلى غيرها من الهيئات الأخرى.

الفرع الثاني: إشكالات نظام التصفية القضائية

إذا كان إشراك القاضي وعلى وجه الخصوص قاضي الإحالة في مسألة الدفع بعدم الدستورية التي استحدثت أصلا لحماية الحقوق والحريات المكرسة والمضمونة دستورا من خلال عملية تقديره لمدى توفر شروط قبول الدفع، كالبحث عن الطابع الجدي للوجه المثار من أحد أطراف النزاع[31]، مبررا ويدخل أيضا ضمن نطاق الاختصاصات الدستورية التي منحها له المؤسس الدستوري ضمن إطار حماية المجتمع والحريّات وضمان حماية الحقوق الأساسية بالنسبة للجميع (المادة 157 من التعديل الدستوري لـ 2016، والمادة 164 من التعديل الدستوري الأخير لـ 2020)[32]، غير أن ذلك لا يعني البتة وبحسب تصريحات المجلس الدستوري ذاته، منح هذه الجهات القضائية سلطة تقديرية مماثلة لتلك المخولة حصريا وبإرادة المؤسس الدستوري إلى المجلس الدستوري، الأمر الذي يقتضي وبحسب رأيه دائما: " أن يتقيد القضاة عند ممارسة صلاحياتهم، بالحدود التي

تسمح فقط بتقدير مدى توفر الشروط المنصوص عليها في المادة 8 من القانون العضوي رقم 18-16 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، دون أن يمتد ذلك إلى تقديرهم لدستورية الحكم التشريعي أو حتى التنظيمي بمقتضى نص المادة 195 من التعديل الدستوري الأخير لسنة 2020) المعترض عليه من قبل أحد أطراف النزاع، ضف إلى ذلك فإن صلاحية السهر على احترام الدستور مخولة أصلا إلى المجلس الدستوري استنادا إلى نص المادة 182 من الدستور في ظل التعديل الدستور لـ 2016، والمحكمة الدستورية حاليا طبقا للمادة 185 من التعديل الدستوري الأخير لـ 2020، على نحو آخر فإن ضمان احترام الحقوق والحريات، تقتضي احترام المبدأ الدستوري القاضي بتوزيع الاختصاصات بين السلطة القضائية والمجلس الدستوري (المحكمة الدستورية حاليا)، باعتبارها هيئة مستقلة مكلّفة بالفصل في دستورية الحكم التشريعي أو التنظيمي بمقتضى التعديل الدستوري الأخير المعترض عليه في الدفع بعدم الدستورية[33].

إذا كان نظام التصفية القضائية الذي تتوقف عليه مصير الإحالة، والذي أنشأته العديد من الدول المتبناة لوسيلة الدفع بعدم الدستورية كنظام انتقائي لتصفية الطعون، والذي يعرف "بوسائل التصفية" « filtre » يتسم بالكثير من الإيجابيات وفي جوانب عدة، كتجنب تهاطل الكم الهائل من الطعون الذي قد تواجه الهيئات القضائية، وانتقائها بهدف استبعاد الطعون المتعسفة غير الجدية، والحدّ من الافراط في استعمال هذه الألية، ومع ذلك فإن هذا النظام يطرح العديد من الإشكالات أبرزها:

أولا: نظام التصفية يكرس حكم مسبق وأولي حول الدستورية

أقرت بعض الدول التي تبنت نمط مشابه واعتمدت نظام التصفية كالنمسا، وألمانيا التي لم يعمر لديها طويلا وهجرت العمل به (1951 إلى 1956)، أن هذا الأسلوب يؤدي إلى حكم مسبق وأولي حول الدستورية، على نحو آخر فإن محكمة النقض ومجلس الدولة بفرنسا كثيرا ما يطرحان نفسيهما كمنافس للمجلس الدستوري، ما جعل الاستاذ jean jacques pardini يثير إشكالية: "عما إذا كان كل من محكمة النقض ومجلس الدولة قد أصبحا يشكلان انسدادا."، وضمن هذا السياق أشار نفس الأستاذ إلى اقتراح مشروع القانون العضوي المعدل للقانون العضوي رقم 2009/1523، المسجل لدى مجلس الشيوخ الفرنسي، وكذا إلى اقتراح السيناتور الفرنسي jean jacques hyest القاضي بضرورة إلغاء المصفاة الثانية التي تتم على مستوى محكمة النقض ومجلس الدولة،

وصياغة مادة جديدة مفادها :" أن قرار عدم إخطار المجلس الدستوري يمكن أن يكون محل احتجاج من قبل أي من الأطراف خلال 10 أيام من تسجيله." وذلك نتيجة حالة الغلق blocage التي تم ملاحظتها والناجمة عن سلوك محكمة النقض، كما ذهب الأستاذ jean jacques pardini إلى أبعد من ذلك، من خلال تساؤلاته عن سبب نجاح الية الدفع بإيطاليا على الرغم من عدم تطبيقها لألية التصفية في الوقت الذي لا يعمل بشكل جيد في فرنسا، بالمقابل وضمن نفس السياق اقترح بعض البرلمانيين الفرنسيين على ضرورة إجراء بعد التعديلات للحد من مثل هذه الإشكالات كإلغاء شرط الجدية في إحالة الدفوع لتجنيب بحث القضاة في مسألة الدستورية.[34]

ثانيا: نظام التصفية يتعارض مع مركزة المراقبة الدستورية

بمناسبة رقابة المحكمة الدستورية بالمغرب لبعض نصوص القانون التنظيمي المتعلق بتحديد شروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون[35]، اعتبرت المحكمة الدستورية، "أن نظام التصفية على درجتين، الموكول لمحاكم الموضوع ومحكمة النقض، من شأنه أن يؤدي إلى عدم مركزة المراقبة الدستورية، وأيضا إلى انتقاص استئثار المحكمة الدستورية بصلاحية المراقبة البعدية للدستور، وحرمانها من ممارسة اختصاصها كاملا، عبر دفعها لمباشرة النظر في الدعوى المقبولة دون رقابة شكلية عليها."، وبخصوص مراقبة جدية الدفع المخول لمحكمة النقض كمرحلة ثانية في نظام التصفية والتصريح بعدم الدستورية، رأت نفس المحكمة الدستورية: " بأن الذي يهم المحكمة في مرحلة أولية أن يبين مثير الدفع هذه النقط في مذكرته، وليس من اختصاصها أن تقدر مدى وجاهة دفعه أو قانونية المقتضى التشريعي، أو تقييم مدى خرقه للحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور، لأنه يندرج في الاختصاص الحصري للمحكمة الدستورية."، واستتبعت قولها "أن متطلبات النجاعة القضائية، وحسن سير العدالة وسرعة البث في الدفوع (المحددة في الفصل 120 من الدستور)، يقتضي على المشرع أن يحصر نطاق الشروط التي يتحقق القاضي من استيفائها في تلك التي لا تشكل عناصر تقدير أولي للدستورية كتحقق القاضي من استيفاء مذكرة الدفع للشروط المتعلقة بالكتابة والاستقلالية، تحديد المقتضيات القانونية موضوع الدفع، واتصالها بالدعوى المعروضة، أما مناقشة عناصر الموضوعية لما لها من تأثير مباشر على البث في الموضوع، فليس من المقبول.". [36]

ثالثا: نظام التصفية يؤدي إلى منافسة الهيئة المختصة بالرقابة الدستورية باعتباره مبدأ دستوري

اعتبار الجهات القضائية العليا بمثابة مصفاة ثانية وجعلها تقوم بدراسة أكثر عمقا لشروط القبول يجعلها منافسا للمجلس الدستوري (المحكمة الدستورية حاليا) في بحث الدستورية، سيما وأن شرط التحقق من جدية الطعن المثار غير واضح ولم يتم تحديد مفهومه ولا ضوابطه[37]، ويمنح سلطة تقديرية واسعة للقاضي لتقدير وجاهة الدفع، كما أن تقدير الجدية سيحول الهيئات القضائية العليا إلى محاكم عادية في فحص مسألة الدستورية، في حين يجعل من اختصاصا المجلس الدستوري (المحكمة الدستورية حاليا) بفحص مسألة الدستورية اختصاص ثانوي أو استثنائي، باعتبارها تنظر فيما تفضلت به الهيئات القضائية العليا من قرار، سيما وأن الاختصاص المتعلق بالمجلس الدستوري (المحكمة الدستورية) مبدأ دستوري، ما جعل المؤسس الدستوري المغربي لا يدرج نظام التصفية ضمن الدستور، ولا ينص عليه صراحة ضمن الفصل 133 من الدستور المغربي لـ 2011[38]، أو بالأحرى لا يجد سنده القانوني في الدستور شأنه في ذلك شأن المؤسس الدستوري الفرنسي بمقتضى المادة 1.61 من الدستور الفرنسي، وكذلك المؤسس الدستوري التونسي طبقا للفصل 120 من الدستور التونسي لـ 2014، على اساس أن القضاء التونسي وسيطا ليس إلا لإحالة الدفع بعدم الدستورية، واستنادا إلى ذلك تبنى المشرع التونسي أسلوب الإحالة المباشرة والفورية للدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة الدستورية من قبل المحكمة المثار أمامها النزاع دون المرور عبر قناة أو نظام التصفية التي تمارسها عادة المحكمة الأعلى، سواء من أجل الرقابة الشكلية، أو من أجل تقدير الجدّية، وإحداثه للجنة خاصة على مستوى المحكمة الدستورية بقرار من رئيسها، تتشكل من 3 أعضاء، توكل لهم مهمة التثبت من توفر الشروط الشكلية والاجرائية لمذكرة الدفع بعدم الدستورية، والتي ترفع اقتراحاتها القاضية إما بقبول الإحالة أو رفضها من حيث الشكل والإجراء، أو رفضها، وهو ما كرسه الفصل 56 من القانون الأساسي المتعلق بالمحكمة الدستورية، عدد 50 لسنة 2015 في نصه: " على المحاكم عند الدفع أمامها بعدم دستورية القوانين إحالة المسألة فورا على المحكمة الدستورية، ولا يجوز الطعن في قرار الإحالة بأي وجه من أوجه الطعن، ولو بالتعقيب"، من جهة أخرى فإنن عدم إحالة الهيئات القضائية العليا للدفع إلى المجلس الدستوري (المحكمة الدستورية)، يجعلها تحل

محلّه في الرقابة على دستورية القوانين، سيما وأن قرارات هذه الهيئات القضائية غير قابلة للطعن (الم 9 من القانون العضوي رقم 18.16) .

إسقاط العمل بنظام التصفية لما يطرحه من إشكالات في العديد من الدول التي تبنته سابقا كألمانيا، النمسا، وتأكيد المحكمة الدستورية بالمغرب بأن اختصاص المحكمة الدستورية مبدأ دستوري السبب الذي على جعل المؤسس الدستوري المغربي لا يدرج نظام التصفية ضمن نصوص الدستور، بعبارة أخرى لا يجد سنده القانوني في الدستور شأنه في ذلك شأن نظيره الفرنسي وذلك بمقتضى المادة 1.61 من الدستور الفرنسي، واقتراح المحكمة الدستورية بالمغرب أيضا في حيثيات قرارها رقم 70/18 على ضرورة إحداث ألية للتصفية على مستوى المحكمة الدستورية، يحدد القانون التنظيمي قواعد تنظيمها، (إلا أن عدم تجريد قاضي الموضوع من صلاحياته بالتحقق من مدى استيفاء مذكرة الدفع لبعض الشروط الشكلية، حال دون ذلك، وهو ما يفتقده المشرع التونسي)[39]، ناهيك عن الدعاوى المتكررة بفرنسا الداعية إلى إعادة النظر في مثل هذا النظام الذي أضحى يشكل انسدادا صارخا بين المجلس الدستوري ومحكمة النقض، وكابحا للاجتهاد القضائي بخصوص الحقوق والحريات، وموقف المشرع التونسي من تبني أسلوب أو طريق الإحالة المباشرة والفورية حيال مسألة أو ألية الدفع بعدم الدستورية والتي تعكس في طياتها الهدف الحقيقي من وراء إقرارها والمتمثل أساسا في ضمان وحماية الحقوق والحريات بعيدا عن التعقيدات الإجرائية التي من شأنها أن تثقل كاهل الأشخاص، يجعلنا نفكر مليا في ضرورة مراجعة الإطار القانوني لتصفية طلبات الدفع، المزعم إصداره ضمن إطار القانون العضوي المحدد لإجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية مستقبلا بناء على نص المادة 196 من التعديل الدستوري الأخير لـ 2020، بغية وقاية نظام الدفع من الاختلالات التي قد يشهدها، والتي قد تقصف به وتجعله بلا فائدة، في الوقت الذي تشهد فيه هذه الألية انتشارا واسعا بالنظر إلى أهميتها و دورها في حماية وتكريس الحقوق والحريات التي يكفلها ويضمنها الدستور.

الخاتمة:

إن تفعيل الدور الرقابي للمجلس الدستوري (المحكمة الدستورية حاليا) إلى جانب إقحام دور القضاء في الرقابة الدستورية عبر ألية الإحالة عن طريق نظام التصفية القضائية، قد يشكل الخيار الأنسب بالنظر إلى ما يحققه من أمن قانوني للحقوق والحريات بعيدا عن الاعتبارات السياسية التي تتسم بها الرقابة الدستورية القبلية، كما أن نظام التصفية التي تقوم به الجهات القضائية العليا وتحديدا المحكمة العليا أو مجلس الدولة، سيمكن المحكمة الدستورية حاليا (المجلس الدستوري سابقا من أن تنصرف إلى جوهر عملها الأساسي المتمثل في مراقبة دستورية القوانين، مما سيؤدي إلى إشراكها في إعداد العديد من الاجتهادات الدستورية، لأنهما يفصلان في المسألة مسبقا من خلال استبعاد الطعون التي يرونها غير جديّة، على نحو آخر يتيح قرار الإحالة لهيئة المجلس الدستوري (المحكمة الدستورية حاليا) ويسمح لها بتوضيح المسألة المطروحة، وتحقيق عقلنة الدفوعات بعدم الدستورية ما يسمح بتحسين جودة الولوج إلى القضاء الدستوري، ومع ذلك يبقى الحسم في الطبيعة الدستورية للنص القانوني المعني وتحديد قائمة الحقوق والحريات المضمونة دستوريا اختصاص أصيل ينفرد به المجلس الدستوري (المحكمة الدستورية حاليا) باعتبارها هيئة مستقلة مكلفة بالسهر على احترام الدستور، وهي الحدود التي ينبغي على الهيئات القضائية العليا تحديدا مراعاتها وعدم تجاوزها مراعاة لمبدأ توزيع الاختصاصات بين الهيئتين على أساس أن النظر في الدفع بعدم الدستورية هو اختصاص محجوز أصلا للمجلس الدستوري سابقا (المحكمة الدستورية حاليا)، ستتوضح معالمه وتداعياته أكثر من خلال الممارسة التطبيقية.

التوصيات:

. نبتدأ من حيث انتهت المحكمة الدستورية بالمغرب، وهو ما يؤكده الكثيرون ممن المهتمين بموضوع الدفع بعدم الدستورية وتداعياتها على ضمان الحقوق والحريات، بأنه لم يكن من الداعي تطبيق النموذج الفرنسي حرفيا بخصوص إشراك الهيئات القضائية العليا بألية الدفع باعتبارها قاضي إحالة، سيما وأن الممارسة أثبتت أن نظام التصفية وعلى الرغم من إيجابياته المتمثلة في الحد من الدفوعات غير الجدّية، إلا أنه لا يمكن اعتباره بمثابة مقياس أو مؤشر على نجاح ألية الدفع بدليل نجاحها القوي على مستوى

الدول التي لا تطبق نظام التصفية كإيطاليا، وتعثرها حتى لا نقول فشلها على مستوى الدول التي تطبق مثل هذا النظام كفرنسا.

. إن التكريس الدستوري لإشراك الهيئات القضائية العليا في رقابة الدفع بعدم الدستورية وتمكينها من البحث في مسألة الدستورية بصفة أولية من خلال تقدير جدية الدفع الذي يتسم بالغموض وعدم ضبط المفهوم حتى في ظل تسبيب قراراتها، سيجعل من قاضي الإحالة شريكا منافسا لا محالة للمجلس الدستوري سابقا والمحكمة الدستورية حاليا، الأمر الذي يستدعي تجريده من بعض الاختصاصات ونخص بالذكر البحث في جدية الدفع، واقتصارها بدلا عن ذلك على إحالة الدفع شكليا لا أقل ولا أكثر.

. إحداث لجنة خاصة على مستوى المجلس الدستوري توكل لها مهمة التثبت من توفر الشروط الشكلية والاجرائية لمذكرة الدفع بعدم الدستورية، حفاظا على توزيع الاختصاصات الدستورية، وتكريسا لمبدأ مركزة الرقابة الدستورية على أساس أن المجلس الدستوري (المحكمة الدستوري) تنفرد وباعتراف من المؤسس الدستوري بصلاحية الرقابة الدستورية باعتباره هيئة مستقلة وحامي الدستور (الم 182).

. ضرورة إعادة ضبط نظام التصفية على النحو المشار إليه بنص المادة 196 من التعديل الدستوري الأخير لـ 2020، من خلال اعتماد التجارب الناجحة بخصوص التطور القانوني في مجال نظام الإحالة .

الهوامش:

[1] أنظر: القانون رقم 01.16 الموافق لـ 6 مارس سنة 2016م، المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية عدد14، الموافق لـ 7 مارس 2016، ص4.، وتجدر الإشارة بأن التطرق إلى التعديل الدستوري لسنة 2016، يعود إلى اعتباره أساس ومصدر لألية الدفع بعدم الدستورية.

[2] والتي جاء فيها :"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."، أنظر أيضا نص المادة 215 من التعديل الدستوري لـ 2016.

[3] القانون العضوي رقم 16.18، المؤرخ في 2 سبتمبر 2018، المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، الجريدة الرسمية عدد 54، المؤرخ في 5 سبتمبر 2018، ص10.

[4] الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 442.20، المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، المتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء 1 نوفمبر 2020، ج ر عدد 82، ص 3. .

[5] وذلك بموجب المادة 1/182 من التعديل الدستوري المؤرخ في 2016 والتي جاء فيها:" المجلس الدستوري هيئة مستقلة، تكلف بالسهر على احترام الدستور."، والمادة 185 من التعديل الدستوري الأخير لـ 2020، التي جاء فيها:" المحكمة الدستورية مؤسسة مستقلة مكلفة بضمان احترام الدستور.".

[6] أنظر نص المادة 156 من التعديل الدستوري المؤرخ في 2016، والتي جاء فيها:" السلطة القضائية مستقلة، وتمارس في إطار القانون.". والمادة 163 من التعديل الدستوري الأخير، التي جاء فيها: القضاء سلطة مستقلة. القاضي مستقل لا يخضع إلا للقانون.".

[7] تعود حقيقة نشأة الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدفع الفرعي إلى الولايات المتحدة الأمريكية فعلى الرغم من سكوت الدستور الأمريكي لعام 1787 وعدم نصه عليها إلا أن المحاكم الأمريكية مارست وبكل جرأة هذا النوع من الرقابة ابتداء من 1803 بمناسبة قرار المحكمة الاتحادية العليا الشهير الصادر من قبل القاضي "جون مارشال"، في قضية ماربوري ضد ماديسون وبناء على ذلك يمكن الدفع بعدم الدستورية أمام أي محكمة أمريكية التي يعود إليها النظر في المسألة الفرعية المتعلقة بعدم الدستورية باستثناء فرنسا وبريطانيا، وقد انتهجت منهجا مغايرا بعض الشيء، مفاده أنه وعندما تكون هناك دعوى مرفوعة أمام محكمة معينة مختصة للنظر فيها وتثار مسألة دستورية قانون واجب التطبيق على هذه الدعوى إما من قبل المحكمة نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم، تصبح المحكمة حينها أمام مسألة فرعية يجب الفصل فيها مسبقا قبل الفصل النهائي في الدعوى، على أن يتوقف النظر في الدعوى حتى تفصل المحكمة الدستورية أو العليا في المسألة المسبقة.

[8] L'article 61 /1 a été inséré dans la constitution française du 1958 par la loi constitutionnel n 2008 /724 du 23 juillet 2008de modernisation des institutions de la république ; J.O.R.F ;24 juillet 2008 .

[9] كالأردن 2011، البحرين، المغرب بموجب دستور 2011، تونس بمقتضى دستور 2014، والجزائر بموجب التعديل الدستوري المؤرخ في سنة 2016 ضمن نص المادة 188، وأكدت عليه المادة 195 من التعديل الدستوري الأخير لسنة 2020..

[10] أنظر: القانون رقم 01.16 المؤرخ في 6 مارس سنة 2016، المتضمن التعديل الدستوري، المرجع السابق.

[11] الجريدة الرسمية عدد 54 لـ 5 سبتمبر 2018، ص 10.،

[12] Voir :jean Paul jacqué , Droit constitutionnel et institutions politiques , 3éme édition ,Dalloz ,98 ,p 55 .

[13] أنظر المادة 187 من التعديل الدستوري لسنة 2016، والمادة 193 من التعديل الدستوري الأخير لسنة 2020.

[14] مروان محمد محروس المدرس، اختصاص المحكمة الدستورية البحرينية في حماية الحقوق والحريات العامة، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد 14، العدد 2، ديسمبر 2017، ص 355.

[15] أنظر: القانون العضوي رقم 16.18، المؤرخ في2 سبتمبر 2018، المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، المرجع السابق.

[16] يتعلق الحكم الذي يتوقف عليه مآل النزاع بالنسبة لألية الدفع في ظل التعديل الدستوري لـ 2016، وبمقتضى المادة 188 "بالحكم التشريعي"، في حين يتوقف الحكم الذي يتوقف عليه مآل النزاع بمقتضى نص المادة 195 من التعديل الدستوري الأخير لسنة 2020، "بالحكم التشريعي أو التنظيمي".

[17] أنظر المادة 183 من التعديل الدستوري المؤرخ في سنة 2016. .

[18] الدكتور عليان بوزيان، آلية الدفع بعدم الدستورية وأثرها في تفعيل العدالة الدستورية، مجلة المجلس الدستوري، ، الجزائر، الأبيار، عدد 2013/2، ص 76،77.

[19] أنظر: القانون رقم 01.16 الموافق لـ 6 مارس سنة 2016م، المتضمن التعديل الدستوري، نفس المرجع السابق.

[20] أنظر المادة 2/189، و 2/191 من التعديل الدستوري لسنة 2016.

[21] ومما جاء فيه: "واعتبارا أنه وطبقا للفقرة الأولى من المادة 182 من الدستور، فإن المجلس الدستوري هيئة مستقلة تكلف بالسهر على احترام الدستور، وأن هذه المهمة تعود حصرا لمجال اختصاصه، وبالنتيجة يعود له وله وحده السهر على احترام

الدستور وفقا للإجراءات والوسائل التي يقررها هذا الأخير...".، رأي رقم 03/ر.ق.ع/م.د/ المؤرخ في 2 غشت 2018، الجريدة الرسمية عدد 54، لـ 5 سبتمبر 2018، ص6.

[22] عبد الرزاق عريش، قراءة في قرار المحكمة الدستورية رقم 70/18 م .د في شأن القانون التنظيمي رقم 86.15 المتعلق بتحديد شروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون، المنشور على.الموقع: www.marocdroit.com، تاريخ الاطلاع 2019/12/12 .

[23] الصادر بموجب ظهير شريف، رقم 91.11.1، لـ 29 يوليو 2011، المتعلق بتنفيذ نص الدستور، الجريدة الرسمية السنة المائة، عدد 5964 مكرر، المؤرخ في 30 يوليو 2011، ص3600.

[24] مع العلم أن كل خيار من هذه الخيارات المعتمدة في إصدار الإحالة، ينطوي على إيجابيات وسلبيات، لمزيد من التفاصيل راجع: يوسف أدريدو، نظام تصفية طلبات الدفع بعدم الدستورية في القانون المغربي، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، 27 أبريل 2020، على الموقع التالي : revuealmanara.com، تاريخ الاطلاع 1 جانفي 2020.

[25] وتتمثل الشروط في ما يلي: . أن يتوقف على الحكم التشريعي المعترض 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.

[26] رأي رقم 03/ر.ق.ع/م.د/18 مؤرخ في 2 غشت 2018، المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المحدد لشروط وكيفيات تطبيق ألية الدفع للدستور، المرجع السابق، ص4.

[27] أنظر: د/ سعيد بوالشعير، المجلس الدستوري في الجزائر، طبعة جديدة مزيدة ومحيّنة 2017، ديوان المطبوعات الجامعية، 2. 2018، ص248 وما يليها.

[28] ومما جاء فيها: "المجلس الدستوري هيئة مستقلة، تكلّف بالسهر على احترام الدستور.".

[29] أنظر الفقرة الأخيرة من المادة 141 من التعديل الدستوري لسنة 2016، والتي جاء فيها:" يخضع القانون العضوي لمراقبة مطابقة النص مع الدستور من طرف المجلس الدستوري قبل صدوره."، والفقرة الأخيرة من المادة 140 من التعديل الدستوري الأخير لسنة 2020، والتي جاء فيها :" يخضع القانون العضوي قبل إصداره، لمراقبة مطابقته للدستور من طرف المحكمة الدستورية.".

[30] جاء في نص المادة 156 من التعديل الدستوري لسنة 2016: السلطة القضائية مستقلة وتمارس في إطار القانون.".

[31] أنظر في ذلك نص المادة 8 والمادة 13 من القانون العضوي رقم 18 - 16، المحدّد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، المرجع السابق.

[32] جاء في نص المادة 164 من التعديل الدستوري لسنة 2020:" يحمي القضاء المجتمع وحرّيات وحقوق المواطنين طبقا للدستور.".

[33] رأي رقم 03/ر.ق.ع/م.د/ المؤرخ في 2 غشت سنة 2018، المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المحدد لشروط وكيفيات تطبيق ألية الدفع للدستور، المرجع السابق، ص6.

[34] أ/ مسعود شهوب، تأثير الدفع بعدم دستورية القوانين على سير المحاكمة، مداخلة ألقاها بمناسبة انعقاد الندوة الوطنية حول الدفع بعدم دستورية القوانين، مركز الجزائر الدولي للمؤتمرات، عبد اللطيف رحال، يومي 10 و11 ديسمبر 2018.

[35] تم المصادقة على المشروع القانون التنظيمي رقم 15.86 المتعلق بتحديد شروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون من لدن مجلس النواب بالأغلبية بالجلسة العامة في إطار قراءة ثانية في 6 فبراير 2018،وتمت إحالته إلى المحكمة الدستورية لمراقبة مطابقته للدستور طبقا للفقرة الثانية من الفصل 132 والمادة 21 من القانون التنظيمي رقم 066.13 المتعلق بالمحكمة الدستورية، والتي أصدرت قرارها بشأنه تحت رقم 70/18، وقد تضمن 27 مادة، وزعت على 5 أبواب، وقد تكون القانون التنظيمي من 27 مادة.

[36] خالد الدك، الدفع بعدم دستورية القوانين والخيار الأنسب للمغرب . دراسة مقارنة . ، الثلاثاء، 11 أكتوبر 2016، المنشور على الموقع التالي: marocdroit.com، تاريخ الاطلاع: 2020/1/10.

[37] لقد حاول الفقه الفصل في مبدأ الجدية على أساس أمرين اثنين، يتعلق الأمر الأول في أن يكون الفصل في مسألة الدستورية لازما للفصل في الدعوى الموضوعية، ويتمثل الأمر الثاني في ضرورة قيام الشك حول دستورية النص المدفوع بعدم دستوريته، .

[38] ظهير شريف، رقم 1.11.91، المؤرخ في 29 يوليو 2011،المتعلق بتنفيذ نص الدستور، المرجع السابق.

[39] عبد الرزاق عريش، المرجع السابق.