



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان
كلية الحقوق والعلوم السياسية



العنوان

رقابة المحكمة العليا على القاضي المدني

*** رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ***

إشراف الأستاذ الدكتور
رايس محمد

إعداد الطالب
زرقون نورالدين

أعضاء اللجنة المناقشة:

رئيسا
مشرقا ومقررا
مناقشا
مناقشا
مناقشا

أستاذ التعليم العالي جامعة تلمسان
أستاذ التعليم العالي جامعة تلمسان
أستاذ التعليم العالي جامعة سيدي بلعباس
أستاذ محاضر قسم أ جامعة سيدي بلعباس
أستاذ محاضر قسم أ جامعة ورقلة

أ.د. شهيدة قادة
أ.د. رايس محمد
أ.د. بموسات عبد الوهاب
أ.د. قطاية بن يونس
أ.د. الأخضرى نصرالدين

السنة الجامعة 2012-2013

نوقشت وأجيزت بتاريخ 30 ماي 2013

شكر وتقدير

الحمد لله الذي أنعم علي بتمام هذا العمل ، أحمده حمد الشاكرين المتوكلين ، وبعد فإنني لم أكن لأوفق في ما قد وفقت إليه لولا العناية التي حظيت بها من أستاذي الفاضل الدكتور محمد راييس، هذا النقيب الذي وجدت فيه الأستاذ المشرف والموجه والمشجع في كل مرحلة من مراحل البحث، والذي أفاض علي برأيه السديد، ونظرته الثاقبة، وحاول قدر ما استطاع أن يصوب أخطائي وعثراتي ، فله دره من رجل.

كما لا يفوتني أيضا أن أتقدم بالشكر الجزيل للأساتذة الأفاضل الذين شرفوني بقبول الإسهام في مناقشة هذا البحث، وإني لأحس بحجم الجهد الذي بذلوه من أجل قراءته واستخراج ما عن لهم من ملاحظات ، وما قدموه من مناقشات أثرت الموضوع وصوبت أخطاءه، فليس لي من جزاء أقدمه لهم سوى جزاء الطالب لأستاذه وهو الشكر والعرفان .

وفي المقام الثالث أتوجه بالشكر الجزيل إلى كل الزملاء الذين ساعدوني في إنجاز هذا العمل وأخص منهم بالذكر الأساتذة : سعدون الهادي ،سويقات أحمد،راقب الصديق ، دقموش عبد القادر ، بوليفة محمد عمران ، خديجي أحمد ، برقوق عبد العزيز ... وآخرون ...

ملخص :

إن البحث في رقابة المحكمة العليا على القاضي المدني يكمن أساسا في تحديد نطاق هذه الرقابة ، فمن جهة تعد فكرة التمييز بين الواقع والقانون نقطة البدء في أي محاولة لرسم حدود لنشاط القاضي المدني الذي يخضع لرقابة المحكمة العليا ، ومن جهة أخرى تشكل أوجه الطعن بالنقض الإطار القانوني الذي من خلاله يمكن للمحكمة العليا ممارسة رقابتها على هذا النشاط .

الكلمات المفتاح : المحكمة العليا . قاضي الموضوع . التمييز بين الواقع والقانون . الأسباب الجديدة . سلطة الفصل في الموضوع . أوجه الطعن بالنقض . مخالفة الإجراءات . مخالفة القانون . انعدام الأساس القانوني . تحريف الوثائق والمستندات .

Résumé:

La recherche dans le contrôle de la cour suprême sur le juge civil réside essentiellement à la limitation du champ d'application de ce contrôle.

D'une part, la distinction du fait et de droit est le point de départ de tout essai de limiter l'activité du juge civil qui est soumis au contrôle de la cour suprême.

D'autre part, les moyens de cassation forment le cadre juridique qui permet à la cour suprême d'exercer son contrôle sur cette activité.

Mots clé : la cour suprême – juge du fond - la distinction du fait et de droit – les moyens nouveaux – les moyens de cassation – violation des formes – violation de la loi – défaut de base légale - dénaturation des écrits.

Summary:

The search of the Supreme Court control over the civil judge lies chiefly to determine the field of this control.

From one hand the idea of distinction between fact and law is considered the starting point in any attempt to draw limits to the civil judge work, which undergoes the control of the Supreme Court.

From another hand the means of cassation of judicial sentences makes the legal frame of the Supreme Court control over the judge work.

key Words : the Supreme Court - the civil judge - distinction between fact and law –the new means - the means of cassation – procedural violation – violation of law – defect legal basis - denaturation of written.

قائمة بالمختصرات

الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية	ج ر
جزء	ج
رسالة دكتوراه	ر د
دون طبعة	د ط
ديوان المطبوعات الجامعية	د م ج
الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية	د و م ج
طبعة	ط
قانون الإجراءات المدنية	ق ا م
قانون الإجراءات المدنية والإدارية	ق ا م اد
المجلة القضائية	م ق
صفحة	ص
من الصفحة إلى الصفحة	ص ص
بدون دار نشر	ب د ن
بدون سنة نشر	ب س ن
مجلة المحكمة العليا	مج م ع
عدد	ع
سنة	س

Principales abréviations

art	Article
Bull.civ	Bulletin des arrêts de la cour de cassation : chambres civiles (civ. avec indication du numéro de la chambre), chambre commerciale (com.), chambre sociale (soc.)

Cass.civ. I , II,.....	Arrêt d'une chambre civile de la cour de cassation
Cass.com. I , II,.....	Arrêt d'une chambre commerciale de la cour de cassation
Cass.soc. I , II,.....	Arrêt d'une chambre sociale de la cour de cassation
Cass.crim.	Arrêt de la chambre criminelle de la cour de cassation
Cass.req.	Arrêt de la chambre des requêtes de la cour de cassation
Cass.ass. plén.	Arrêt de la cour de cassation, assemblée plénière.
Chron.	Chronique
D.	Recueil Dalloz
éd	édition
Fasc.	Fascicule
Gaz.pal.	Gazette du palais
Ibid.	Au même endroit
JCP	Juris-classeur de droit période
Op.cit.	Ouvrage précité
p.	Page
Rev.crit.DIP	Revue critique de droit international privé
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
t.	Tome
Vol.	Volume
Mém.	Mémoire (D.E.S./D.E.A.)
N	Numéro
P.U.F	Presses universitaires française
R.I.D.C.	Revue internationale de droit comparé
R.R.J.	Revue de la recherche juridique
S.	Sirey
Th.	Thèse de doctorat en droit
R.A.S.J.E.P	Revue Algérienne des sciences juridiques économiques et politiques

مقدمة

يقوم النظام القضائي على حقين متلازمين ومتكاملين، هما حق الشخص في اللجوء إلى القاضي من أجل الحصول على حكم فاصل في نزاع قائم بينه وبين خصومه، وحقه في الطعن في هذا الحكم إذا كان يرى أنه غير صائب فيما قضى به، ويكون الحكم غير صائب إذا كان مخالفا للواقع أو للقانون.

فعرض النزاع على قاضي الموضوع لا يعني بالضرورة أن الحكم الذي سيصدره فيه سيكون حكما صائبا، إذ يجب تقبل أن النشاط القضائي هو نشاط بشري، يحدث وأن يعتريه الخطأ ومجانبة الصواب .

والخطأ الذي قد يصيب النشاط القضائي . الظاهر في صورة حكم قضائي . قد يكون خطأ في الواقع كما قد يكون خطأ في القانون، وأي خطأ في هذين العنصرين سيؤدي بالضرورة إلى ابتعاد الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية، وبالتالي إلى عدم تحقق العدل الذي يصبوا إليه أي نظام قضائي في العالم.

لأجل ذلك، فإن المشرع قد جعل من مبدأ التقاضي على درجتين الأداة التي من خلالها يمكن إصلاح الخطأ الواقعي والخطأ القانوني معا، وذلك عن طريق فتح المجال للخصوم بواسطة نظام الطعن بالإستئناف من أجل عرض ما يدعونه من أخطاء واقعية وقانونية تكون قد شابت الحكم المطعون فيه، وذلك أمام محكمة موضوع أعلى درجة من المحكمة التي أصدرته .

ومن جهة أخرى فإن المشرع قد جعل من نظام الطعن بالنقض وسيلة للخصوم من أجل الاعتراض على ما يكون قد شاب الحكم أو القرار المطعون فيه من أخطاء في القانون، حيث أن هذا النظام يكفل وجود سلطة قضائية عليا تراقب دقة تطبيق القوانين وتفسيرها، وتمنع تعارض الأحكام النهائية بسبب اختلافها في تفسير وتطبيق المبادئ القانونية، وتحول دون تأثير القضاة بالوقائع تأثرا قد يؤدي بالعبث بالقواعد القانونية التي وضعت لحل النزاعات¹، فيكون بمقدور هذه السلطة القضائية العليا من خلال عرض الطعن عليها من طرف الخصوم أن تمارس رقابتها على الحكم أو القرار المطعون فيه .

¹ محمد العشماوي ، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن ، ب د ن ، القاهرة 2006 ، ص 40 .

إن التسليم بوجود جهة قضائية عليا واحدة تقع في أعلى هرم القضاء العادي هو في الحقيقة أمر تمليه ضرورة سياسية وقضائية في آن واحد، فمن الناحية السياسية تضمن وحدانية هذه الجهة التعبير عن وحدة البلاد، حيث أن هذه الجهة ومهما اختلفت التسمية التي تطلق عليها . محكمة النقض . المحكمة العليا . المجلس الأعلى . محكمة التمييز . محكمة التعقيب . فإنها تتميز بكونها جهة واحدة ويقع مركزها بعاصمة البلد، كما أنها من جهة أخرى تشكل أداة من أدوات تحقيق مبدأ الفصل بين السلطات، إذ أن وجودها سمح فعليا من سحب وظيفة تفسير القانون من بين يدي السلطة التشريعية لصالح السلطة القضائية، ومن الناحية القضائية فإن وجود هذه المحكمة هو الذي يضمن إلزام قضاة الجهات الدنيا بالتطبيق الصحيح والسليم للقانون، بحيث يتشكل لديهم إحساس داخلي بأنهم مراقبون من طرف هذه المحكمة فلا يخالفون القانون ولا يطبقونه تحكما²، كما أنه وبسبب أن هذه المحكمة وحيدة فإنها تضمن وحدة القضاء من حيث تفسير القانون ومن حيث الاجتهاد، فلو تصورنا تعدد محاكم النقض في بلد واحد لحدث التضارب في أحكامها واختلف الاجتهاد القضائي، مما قد يشكل ضربا لوحدية القضاء في البلد، الأمر الذي سوف يؤدي بالنتيجة إلى إهدار المبدأ الدستوري القائل بضرورة المساواة بين المواطنين أمام القانون .

لذلك، فإن الدستور نفسه يتدخل من أجل إقرار هذه الهيئة القضائية، ويحدد لها الخطوط العريضة لمهامها واختصاصاتها، فبالرجوع إلى الدستور الجزائري، فإنه ينص بالمادة 52 منه على أن المحكمة العليا تمثل الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم، وتسهر على توحيد الاجتهاد القضائي على المستوى الوطني وتسهر على احترام القانون .

هذه الرقابة المكرسة بنص الدستور، كانت قد انتهجتها محكمة النقض الفرنسية منذ سنة 1790، حيث وبموجب القانون المؤرخ في 27 ديسمبر 1790 المنشئ لها، افترضت هذه المحكمة أن مهمتها هي رقابة شرعية الأحكام والسهر على تفسير وتطبيق القانون من طرف قضاة الموضوع من أجل ضمان وحدة تطبيق القانون الوطني، وللنهوض بهذه المهمة اعترف لمحكمة النقض بحقها في أن تطلب من قضاة الموضوع أن يقوموا بإبراز الوقائع التي من

² محمد زكي أبو عامر، شائبة الخطأ في الحكم الجنائي، رد، جامعة الإسكندرية 1974، ص 204 .

خلالها توصلوا إلى تطبيق القانون إبرازا كافيا وواضحا يسمح لها بممارسة حقها في الرقابة بشكل فعال³.

وبالإطلاع على الأنظمة المتعارف عليها في مجال النقض فإنه يمكن العثور على ثلاثة أنواع من محاكم النقض، النوع الأول يجعل من هذه المحكمة بمثابة محكمة عليا تمثل درجة ثالثة للتقاضي، بحيث تكون مؤهلة للنظر في الموضوع والقانون مثلها مثل محكمة الموضوع ولا فرق بينهما سوى أن الأولى تقع في أعلى هرم الهيكلية القضائية، ومثال هذا النوع من المحاكم نجد مجلس اللوردات ببريطانيا والمجلس الأعلى باليابان، والنوع الثاني تمثله المحاكم العليا الفيدرالية والتي تختص فقط في تغليب التشريع الوطني على القوانين الجهوية المتواجدة في مختلف الأنظمة الفيدرالية أو الكونفيدرالية، وقد أخذت بهذا النوع كل من الولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا، أما النوع الثالث فيجعل من هذه المحكمة بمثابة محكمة عليا تختص فقط بالسهر على توحيد الاجتهاد القضائي وحسن تطبيق القانون على المستوى الوطني، ولا يكون من اختصاصها التصدي للمسائل الواقعية ولا الفصل في الموضوع، وقد أخذت بهذا النوع كل من فرنسا ومصر و الجزائر قبل أن يتم التحول عنه إلى النظام المختلط الذي يسمح ضمن شروط محددة لهذه المحكمة بأن تفصل في الموضوع⁴.

والحقيقة أن خلق محكمة وحيدة في البلد تعنى أساسا ببسط الرقابة القانونية على قضاة محاكم الموضوع المختلفة والموزعة جغرافيا على تراب الجمهورية هي مسألة تستجيب لضرورات منطقية، فالأصل أن المشرع قد مكن المتقاضين من عرض دعواهم على قضاة الموضوع للفصل فيها من حيث الواقع والقانون، وقد أتاح لهم أن يكون هذا العرض على مرتين في غالب الأحيان، الأول أمام محكمة الدرجة الأولى، ثم لهم أيضا بعد ذلك أن يطعنوا في حكم الدرجة الأولى بالإستئناف أمام المجلس القضائي ليفصل فيه من جديد من حيث الواقع والقانون، فإذا صدر قرار المجلس فإن ما فصل فيه من مسائل واقعية يكون بمثابة الثابت الذي لا يجوز إعادة بحثه من جديد أمام أي جهة قضائية أخرى، كون أن مسائل الواقع متغيرة ولا يمكن إيجاد

³ محمد نور عبد الهادي شحاته ، سلطة محكمة النقض في استبدال الأسباب في المواد المدنية ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1992، ص 08 .

⁴ نورالدين الغزواني ، الجديد في وظائف محكمة التعقيب ، مجموعة لقاءات الحقوقيين، ع02، التعقيب أعمال ملتقى من 04 إلى 07 أفريل 1989 كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس ، ص ص 21 .22.

معياري موحد لها يلتزم به جميع قضاة الموضوع عبر كافة المحاكم، في حين أن مسائل القانون التي تم الفصل فيها لا يمكن القول بتحصنها، ما دام أنها لم تعرض على جهة قضائية مختصة في تحديد كيفية تطبيق قواعد القانون وكيفية تفسيرها، لتقوم بتقويم النشاط القضائي الذي قام به قضاة الموضوع في ما يخص تطبيقهم للقاعدة القانونية على النزاع المعروض عليهم .

في الجزائر أوكلت هذه المهمة إلى المحكمة العليا وبنص دستوري صريح كما سبق بيان ذلك، حيث أنه وغداة الاستقلال تم إنشاء هيئة قضائية عليا تكون بمثابة محكمة نقض، إذ وبتاريخ 18 جوان 1963 صدر القانون المنشئ للمجلس الأعلى وهو عبارة عن محكمة نقض بآتم معنى الكلمة، أو كلت إليه مهمة الفصل في الطعون بالنقض في القرارات والأحكام الصادرة في آخر درجة، كما حولت إليه الطعون بالنقض التي كانت مسجلة إلى غاية 01 جويلية 1962 وقد تم هذا التحويل بموجب البروتوكول المؤرخ في 28 أوت 1962 الموقع بين الهيئة التنفيذية المؤقتة والحكومة الفرنسية، وقد تم تنصيب هذا المجلس بتاريخ 02 مارس 1964 وعقد أول جلسة له في 13 جويلية 1964⁵، وفي سنة 1989 تم تغيير اسم هذا المجلس وأطلق عليه اسم المحكمة العليا وذلك بموجب القانون رقم 22.89 المؤرخ 12/12/1989 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها، ورغم تبني دستور 1996 ازدواجية القضاء الأمر الذي أدى إلى وجود أكثر من هيئة قضائية عليا، إلا أن المشرع حافظ على إعطاء الهيئة القضائية المترتبة على هرم القضاء العادي وصف المحكمة العليا .

إن رقابة المحكمة العليا على القاضي المدني لا يقصد منها الرقابة على أعماله كموظف، فالمحكمة العليا ليست سلطة إدارية تختص بتأديب قضاة الموضوع، بل المقصود منها الرقابة على الأحكام التي يصدرنها، فالرقابة تنصب على هذه الأحكام، وليس على القاضي في حد ذاته، لذلك فإن المحكمة العليا لا تعاقب القاضي وإنما تقوم فقط بتقويم حكمه وذلك إما بإلغاءه أو تنقيته، وهنا يمكن تشبيه رقابة المحكمة العليا على قاضي الموضوع برقابة القضاء الإداري على أعمال الإدارة، حيث أن القاضي الإداري يراقب القرار الإداري ولا يراقب رجل الإدارة .

⁵ عبد السلام ديب ، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ترجمة للمحاكمة العادلة ، موفم للنشر ، ط02 ،

الجزائر 2011، ص 41 .

إذن، يمكن القول أن محل الرقابة هو الحكم القضائي، ويعتبر حكا قضائياً كل قرار يصدر عن هيئة قضائية تدخلت للفصل في منازعة بين خصمين رفعت إليها طبقاً للقواعد القانونية المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولا تبسط المحكمة العليا رقابتها على كل الأحكام القضائية بل تختص فقط بالرقابة على الأحكام والقرارات الفاصلة في موضوع النزاع والصادرة في آخر درجة عن المحاكم والمجالس القضائية، وعلى الأحكام والقرارات الصادرة في آخر درجة والتي تنهي الخصومة بالفصل في أحد الدفوع الشكلية أو بعدم القبول أو أي دفع عارض آخر⁶، مع الملاحظة أن هذه الأحكام والقرارات لا تقبل الرقابة من طرف المحكمة العليا إذا كانت قد صدرت بصفة غيابية إلا بعد فوات أجل المعارضة فيها .

كما أن رقابة المحكمة العليا على الأحكام ليس هدفها الأساسي هو البحث عن تحقيق فائدة خاصة للطاعن، بل أن هدفها وكما سبق الإشارة إليه هو تحقيق وحدة القضاء في البلد وتحقيق التطبيق الصحيح للقانون، وإذا أدت الرقابة إلى إلغاء الحكم أو القرار المطعون فيه فإن ذلك لا يعني بالضرورة تحقق فائدة أكيدة للطاعن، وحتى وإن تحققت هذه الفائدة فإن ذلك ليس هو هدف الرقابة، بل أن ما حدث فقط هو التقاء عرضي بين نتائج الرقابة ومصصلحة الطاعن .

لكن ورغم ذلك فإن الخصوم هم الذين يفتحون الباب للمحكمة العليا من أجل ممارسة رقابتها على قضاة الموضوع، حيث أن اتصال المحكمة العليا بالحكم أو القرار المراد مراقبته لا يكون إلا من خلال الطعن فيه من جانب أطرافه أو ذوي حقوقهم، واستثناء من ذلك يمنح للنائب العام بالمحكمة العليا الحق في الطعن بالنقض في أحكام أو قرارات قضائية حتى ولو لم تكن النيابة طرفاً فيها متى رأى أنها مخالفة للقانون وسقط أجل الطعن فيها من طرف الخصوم⁷.

إن وضع النشاط القضائي الذي قام به القاضي المدني بمناسبة فصله في النزاع المعروض عليه تحت الرقابة القانونية لجهة النقض هي مسألة في غاية الأهمية، كما أن أعمال هذه الرقابة هي مسألة أيضاً في غاية الدقة.

فالقاضي المدني وباعتباره يمارس نشاطاً قضائياً يتمثل في فصله في نزاع قضائي معروض عليه، لا يخلو نشاطه هذا من فرضية الخطأ في تطبيق القانون بمفهومه الواسع، كما أن تعدد

⁶ راجع المادتين 349 و350 من ق ا م اد .

⁷ راجع المادة 353 من ق ا م اد .

مجالس القضاء في البلد الواحد قد يؤدي إلى اختلاف تطبيق القاعدة القانونية حول وقائع متشابهة، وتعدد التفسير لنفس هذه القاعدة، الأمر الذي يجعل من الضروري بمكان أن يتم إخضاع هذا النشاط لرقابة قانونية تتعلق بتطبيق القاعدة القانونية وتفسيرها، ورقابة تأديبية تتعلق بتسبيب الأحكام، ذلك أن رقابة الأسباب هي التي تحول دون إفلات قضاة الموضوع من رقابة القانون عن طريق تعمدهم عدم تسبيب أحكامهم أو تعمدهم عدم إبراز الوقائع التي تسمح للمحكمة العليا القيام بمهمتها الأساسية المتمثلة في رقابة القانون .

ومن جهة أخرى فإن أعمال هذه الرقابة لا يتم بطريقة اعتباطية أو تحكمية، بل يخضع لعدة قواعد وشروط تتعلق بطبيعة النشاط القضائي الخاضع للرقابة، وبكيفية اتصال المحكمة العليا بهذه الرقابة، وبحدود هذه الرقابة، حيث أن هذه المحكمة وفي ممارستها لدورها الرقابي يتعين عليها أن تنظر القضية بالحالة التي كانت عليها أمام محكمة الموضوع التي أصدرت الحكم المطعون فيه، إذ تنحصر رقابتها على هذا الحكم في حدود ما كان مطروحا على المحكمة التي أصدرته من طلبات ودفع وأوجه دفاع وأدلة إثبات، وهذا حد جد مهم من حدود الرقابة يجب عدم الخروج عليه⁸.

لذلك فإن موضوع الرقابة يعتبر من الموضوعات الشائكة التي تحتاج إلى البحث المتعمق الذي يبحر في أعماق القانون، حيث يجد الباحث نفسه يغوص في دوائر متشابكة من الفلسفة والقانون، فالتمييز بين الواقع والقانون، والبحث في المنطق القانوني والمنطق القضائي وأصل القاعدة القانونية ، وهي كلها مسائل يختلط فيها القانون بالفلسفة تحتاج من الباحث تحكما جيدا في علم الفلسفة والقانون ، حتى يتسنى له فهم بعض المسائل التي بواسطتها يتم التحكم في تحديد نطاق الرقابة وكيفية أعمالها .

إن اهتمامنا بهذا البحث له هدف رئيسي يتمثل في تقديم دراسة نظرية وعملية تسمح للباحثين والمطبقين على حد سواء بالتحكم في تقنية الطعن بالنقض، ذلك أننا لاحظنا أن جل الدراسات التي تمت في الجزائر لم تتعد حد وصف أدوات هذه الرقابة كالتركيز على الجانب الشكلي للطعن بالنقض . البحث مثلا في تشكيلة المحكمة العليا . أقسامها . كيفية رفع الطعن أمامها .

⁸ فكري عبد الحميد أبو صيام ، الأسباب الجديدة في النقض المدني ، ر د ، كلية الحقوق جامعة القاهرة 2003، دار النهضة العربية ، القاهرة 2005 ، ص 07 .

شروط قبول الطعن شكلا . آجال الطعن .، والإشارة إلى أوجه الطعن بالنقض مع ضرب أمثلة تطبيقية لهذه الأوجه، الأمر الذي جعلنا نفكر في أن نخرج عن هذا الإطار التقليدي في البحث، ونتحول عنه إلى مجال أكثر فائدة، فرأينا أن الذي ينقصنا هو البحث في نطاق الرقابة أي البحث في كيفية تقييم قضاة المحكمة العليا للحكم أو القرار المطعون فيه، فكثير من المطبقين يمارسون تقنية الطعن بالنقض في هذا المجال بصفة فطرية ناجمة عن التقليد والتواتر، دون أن يكون لهم معرفة بأصول هذه الرقابة ولا جذورها.

وقد حددنا نطاق دراستنا لرقابة المحكمة العليا في دائرة القضاء المدني، وبالتالي فإننا نستبعد من الدراسة القضاء الإداري الذي في أصله لا يخضع لرقابة المحكمة العليا وإنما يخضع لرقابة مجلس الدولة كجهة إستئناف أساسا وكجهة نقض في بعض الحالات الخاصة، كما نستبعد من الدراسة القضاء الجنائي الذي يخضع لوسائل إجرائية تختلف عن الوسائل التي يخضع لها القضاء المدني، فالقضاء الجنائي تظهر فيه سلطة الدولة حيث تمارس فيه النيابة العامة دورا بارزا من حيث تحريك الدعوى العمومية ومباشرة إجراءاتها، كما أن القاضي الجزائي له سلطات واسعة من حيث حرية المبادرة ومن حيث التعامل مع أدلة الإثبات، بينما القضاء المدني يقوم على حرية تصرف الخصوم في مباشرتهم للإجراءات، فالدعوى لا تقوم إلا بناء على طلب منهم، كما أنه يجوز لهم إنهاءها بالنزول عنها أو التصالح حولها.

ويجب الإشارة إلى أننا نأخذ في هذه الدراسة مصطلح القاضي المدني بمفهومه الواسع أي قاضي الموضوع الذي يفصل في نزاع غير جزائي أو نزاع غير إداري، فيدخل في هذا المفهوم كل من القاضي الفاصل في المسائل المدنية، والقاضي الفاصل في المسائل التجارية والبحرية، والعقارية، والاجتماعية، ومسائل شؤون الأسرة، ذلك أن هذه الفروع ومهما اختلفت تسميتها إلا أنها تجمعها قواعد واحدة من حيث الإجراءات ومن حيث المبادئ التي تقوم عليها المنازعة المعروضة أمامها، فكل هذه الفروع تتحد في كونها جزء من القضاء المدني .

ورغم ذلك، فإننا ومنذ البداية يجب أن لا ننكر الدور الذي لعبه قضاء النقض الجنائي في تطور رقابة النقض، حيث سوف نرى أن جل النظريات المؤسسة للرقابة سواء من حيث نطاقها وأدواتها قد نشأت في أحضان الغرفة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية، كما أن فقهاء القانون الجنائي هم السباقون في البحث في هذا الموضوع، وأن فقهاء القانون المدني قد استفادوا في أبحاثهم من هذا السبق الذي لا يمكن إنكاره .

ومهما يكن الأمر، فإنه لا يمكننا أن نجد جهود من سبقنا في هذا الموضوع، حيث لاحظنا اهتمام الفقه به خاصة في ما يتعلق بتحديد نطاق الرقابة منذ بداية القرن العشرين، حيث كان للفقهاء الفرنسي Gabriel MARTY دورا موفيا في البحث في إشكالية التمييز بين الواقع والقانون، وهو بدوره يشير في رسالته إلى الدراسات التي تمت في بعض الدول الأوروبية التي سبقت الدراسة التي قدمها⁹، ثم سار على نهجه العديد من الباحثين في أوروبا¹⁰ والدول العربية¹¹. إن إسقاط هذه الدراسات السابقة على الواقع القانوني الجزائري هو جهد نعتقد أنه جدير بالبذل، ذلك أن هذه الدراسات السابقة هي بالتأكيد التي سوف تسمح لنا بتفسير مجمل الاتجاهات التي سلكها كل من المشرع الجزائري والمحكمة العليا في سبيل رسم حدود للرقابة التي تمارسها هذه الأخيرة على قضاة الموضوع.

لذلك فلا غرو أن تجد هذه الدراسة مدعمة بمئات القرارات الصادرة عن المحكمة العليا وفي مختلف القضايا ذات الطابع المدني بمفهومه الواسع، والتي ساعدتنا حقيقة في تتبع مواقف هذه المحكمة حول مجمل المسائل والإشكاليات محل الدراسة .

إن اعتبار المحكمة العليا محكمة قانون كأساس يؤدي بالنتيجة إلى عدم اعتبارها كدرجة ثالثة للتقاضي، فهي لا تبحث من جديد وقائع الدعوى، بل يجب أن تأخذ بها تسليمًا كما أثبتتها وعابنها قضاة الموضوع، فينحصر عملها في مراقبة مدى تطبيق القانون على هذه الوقائع، كما تراقب أيضا مدى احترام قضاة الموضوع للإجراءات القانونية التي يلزمهم المشرع باتباعها في سبيل الوصول إلى إصدار أحكامهم .

لكن من جهة أخرى، فإن القول بأن المحكمة العليا تأخذ الوقائع كما أوردها قضاة الموضوع في حكمهم، دون رقابة عليها، هو قول محل نظر، كون أن هناك علاقة جدلية بين الواقع والقانون

⁹ Gabriel MARTY. La distinction du fait et du droit, thèse Toulouse 1926.

¹⁰ François RIGAUX, la nature de contrôle de la cour de cassation, établissement Emile Bruylant, Bruxelles 1966 .

¹¹ حلمي محمد الحجار، أسباب الطعن بطريق النقض، ج01، المؤسسة الحديثة للكتاب، ط01، طرابلس لبنان 2004.

. محمد الكشيور ، رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية، رد، الدار البيضاء 1986 .
- Nadhir BENAMMOU, le pouvoir de contrôle de la cour de cassation ,thèse doctorat , université tunis III,1996 .

في النشاط القضائي، فأحيانا يلعب عنصر الواقع دور مهم في تمكين المحكمة العليا من إعمال رقابتها على القانون، فيصبح حينها مراقبة الواقع ضرورة لإعمال رقابة القانون، فعندما يستخدمها قاضي الموضوع كساتر لحجب الرؤيا عن المحكمة العليا ومنعها من إعمال رقابتها على القانون، فهنا لا يمكن التمرس عند خط الدفاع الأول لهذه المحكمة والمتمثل في رقابة القانون، بل يجب القبول منها أن تتقدم إلى منطقة الواقع وتحاول إحكام رقابتها على بعض المسائل الواقعية، وذلك من أجل منع قاضي الموضوع من أي التقاف على سلطتها في الرقابة القانونية عليه، لذلك فإن امتداد الرقابة إلى الأسباب الواقعية للحكم أو القرار المطعون فيه تصبح مسألة ملفتة للنظر، وجديرة بالبحث .

وبناء على ذلك، فإن الإشكالية المثارة تتعلق أساسا بتحديد نطاق وحجم الرقابة الممارسة من طرف المحكمة العليا على قضاة الموضوع، حيث يطرح التساؤل حول رسم حدود لهذه الرقابة، بمعنى كيف يمكننا أن نحدد أين تبدأ رقابة النقض على قضاة الموضوع وأين تنتهي، فيكون السؤال الجوهرى الذي يتعين الإجابة عنه هو : ما هو مدى رقابة المحكمة العليا على القاضي المدني ؟

إن هذه الإشكالية بدورها تثير تساؤلا مهما يتعلق بمدى مساهمة حل إشكالية التمييز بين الواقع والقانون في تحديد نطاق رقابة المحكمة العليا، بمعنى هل أن نتوقف فقط عند حد القول بأن المحكمة العليا تراقب فقط مسائل القانون، وتترك مسائل الواقع لسلطة وتقدير قاضي الموضوع، أم نقول أن هذه الرقابة تشمل كل مسائل القانون وتتوسع لتشمل جزء من مسائل الواقع ؟ وفي الحالتين يكون من واجبنا المحاولة في إيجاد معيار أو معايير للتمييز بين مسائل القانون والواقع، والبحث أيضا في تحديد نطاق الرقابة في مسائل القانون، ونطاق الرقابة أيضا في مسائل الواقع .

و لما كانت رقابة المحكمة العليا على قضاة الموضوع لا يقصد منها الرقابة المباشرة عليهم، فالأمر هنا لا يتعلق بسلطة رئاسية يمارسها قضاة النقض على قضاة الموضوع، وإنما يقصد بها رقابة الشرعية على عملهم القضائي، فإن ممارسة هذه الرقابة لا تقوم إلا على العيوب التي تطال هذا العمل والمتمثل في الحكم أو القرار المطعون فيه ، حيث تشكل هذه العيوب الوسائل المنهجية للمحكمة العليا من أجل ممارسة رقابتها، لذلك فإنه عمليا يتم ممارسة الرقابة من خلال بناءها على هذه العيوب والتي سماها المشرع بأوجه النقض، حيث أن المحكمة العليا لا تنتظر

في غير الأوجه التي بني عليها الطعن والمدونة في عريضة الطعن بالنقض، إذ أن وجود وجه واحد على الأقل من هذه الأوجه يعد شرط جوهرى لقبول المحكمة العليا البدء في أعمال رقابتها على الحكم أو القرار المطعون فيه، لذلك فإن نطاق الرقابة يمكن أن يتحدد من خلال هذه العيوب، والتي تشكل بحق أدوات عملية تسمح بتحديد نطاق رقابة المحكمة العليا، لذلك فإن البحث في تحديد هذه الأوجه وتأصيلها هي مسألة ضرورية لاستكمال مسح دائرة الرقابة .

إن أهمية البحث في هذه الإشكالية يكمن أيضا في أن المحكمة العليا وبسبب علويتها على محاكم الموضوع وعدم قابلية قراراتها للطعن وبسبب تشكيلتها المتكونة من قضاة هم في أغلب الأحيان أكثر خبرة وحنكة من قضاة الموضوع فإنها كثيرا ما تتعدى على اختصاصها المنوط بها قانونا، بحيث أنها وبسبب بحثها عن العدالة تقوم بالرقابة حتى على الجانب الواقعي، وبسبب أنها بارعة في تبرير تعديها على اختصاصها وذلك بتحكمها في الصياغة والتسبيب، فإن أكثر الفقهاء جرأة لا يتجاوز موقفه إزاء هذا التعدي حد الوصف¹²، لذلك يكون مهما للباحث والفقهاء أن يحاول على الأقل تحديد حجم هذا التوسع في الرقابة، ومحاولة إيجاد تبريرات قانونية ومنطقية له .

وما يزيد في أهمية هذا البحث أيضا أنه قد تم إنجازه في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد¹³، حيث يسمح لنا ذلك بتتبع كيفية تحديد المشرع لنطاق الرقابة، وكيف أن هذا النطاق قد شهد توسعا، تمثل في إعطاء المحكمة العليا بعض الوظائف الجديدة، تزيد من اختصاصها، وتطرح التساؤل حول طبيعتها، هذه الوظائف تتمثل أساسا في منح هذه المحكمة سلطة الفصل في الواقع والقانون بصفة استثنائية وضمن شروط محددة، الأمر الذي يجعلنا نتساءل بحق عن هدف المشرع من هذا التوسع في الاختصاص، هل يقصد به القطع مع الطبيعة التقليدية للمحكمة العليا وتحويلها إلى درجة الثالثة للتقاضي، أم أن الأمر لا يعدوا عن توسع استثنائي أملته ضرورات تتعلق بتطور نظرية الخصومة؟.

كما أن هذا التوسع شمل أيضا أوجه النقض، حيث قام المشرع بتوسيع سلطات قاضي النقض على حساب قاضي الالتماس وذلك بالإفنتات من حالات الالتماس لفائدة حالات النقض،

¹² محمد زكي أبو عامر ، مرجع سابق ، ص 195 .

¹³ القانون رقم 09.08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ج ر 21 ، س

وإضافة إلى ذلك استجاب المشرع وبواسطة هذا القانون الجديد إلى مواقف المحكمة العليا السابقة والمتعلقة بقيامها بتوسيع اختصاصها عن طريق السماح لنفسها في مراقبة بعض مسائل الواقع، حيث أضاف المشرع وجها جديدا للنقض يتعلق برقابة تحريف المحررات والوثائق .

ولا شك أن الاستعانة بالمناهج المعتمدة علميا هي مسألة لا يمكن للباحث الإستغناء عنها إذا ما أراد إيصال أفكاره بسهولة إلى الآخرين، ودراسة مثل التي نقوم بها لا شك أننا نعتمد فيها على أكثر من منهج، فعن طريق استخدامنا للمنهج المقارن يمكن أن نتعرف على أوجه الشبه والاختلاف في نطاق وحجم وأدوات الرقابة المتبعة في بعض التشريعات المقارنة، حيث ستكون مقارناتنا أكثر تركيزا على القانون الفرنسي والمصري والجزائري والمغربي والتونسي واللبناني، وهي أنظمة تتشابه فيها وسائل الرقابة، الأمر الذي سوف يمكننا من الوصول إلى تفسير أكثر عمقا لبعض الأفكار والمبادئ المتعلقة بنطاق هذه الدراسة، كما أن استخدامنا للمنهج التحليلي هو الذي سوف يسمح لنا بدراسة النصوص القانونية المتعلقة بتحديد نطاق الرقابة، واستخراج العناصر والشروط المكونة لكل وسيلة من وسائل إعمالها، واستخدامنا للمنهج الجدلي هو الذي يسمح لنا بالبحث في مسألة التمييز بين الواقع والقانون، وهي مسألة قانونية فلسفية تحتاج في حلها إلى استخدام هذا النوع من المناهج، واستخدامنا للمنهج التاريخي هو الذي سيساعدنا في تتبع التطور التاريخي لهذه الرقابة، خاصة فيما يتعلق برقابة التكيف، وتتبع ظهور بعض أوجه النقض وتطورها عبر الزمن .

إنه ولما انطلقنا من ربط إشكالية الدراسة بفكرة التمييز بين الواقع والقانون من جهة، وبفكرة ارتباط الرقابة بالعيوب التي تطل الحكم أو القرار المطعون فيه من جهة أخرى، فإن تحديدنا لنطاق الرقابة سيكون من خلال هذين الفكرتين الأساسيتين، لذلك فإننا سنقسم هذه الدراسة إلى بابين، نتناول في الباب الأول حدود الرقابة من خلال إشكالية التمييز بين الواقع والقانون، إذ سنحاول في هذا الباب البحث أولا في مسألة التمييز بين الواقع والقانون ومدى تأثيرها في تحديد نطاق الرقابة انطلاقا من الافتراض الشائع والقائل بأن رقابة المحكمة العليا تنحصر في مسائل القانون، وهذا ما سنتناوله في الفصل الأول من هذا الباب، ثم نقوم بالبحث في تحديد نصيب المحكمة العليا من الرقابة على مسائل القانون وهذا ما وصفناه بالرقابة القصوى والذي خصصنا

له الفصل الثاني، أما في الفصل الثالث فقد بحثنا في تحديد نصيب المحكمة العليا من الرقابة على مسائل الواقع، وهذا ما أطلقنا عليه وصف الرقابة الدنيا .

أما في الباب الثاني فإننا سنتناول فيه تحديد نطاق الرقابة من خلال أوجه الطعن بالنقض، حيث أن دراسة هذه الأوجه سيسمح لنا عمليا بتحديد نطاق ومجال الرقابة، فعيوب الحكم أو القرار المطعون فيه تشكل الإطار العملي الذي تمارس به المحكمة العليا من خلاله رقابتها على قضاة الموضوع، وقد قسمنا هذا الباب إلى فصلين، في الفصل الأول نتناول بالدراسة أوجه النقض التي لها علاقة بمسائل القانون، أما في الفصل الثاني فنقوم بدراسة أوجه النقض المتعلقة بمسائل الواقع وهي الأوجه المرتبطة بأخطاء في التسبيب .

الباب الأول:

حدود الرقابة من خلال إشكالية

التمييز بين الواقع والقانون

إن إشكالية وضع حدود للرقابة التي تمارسها المحكمة العليا على قضاة الموضوع يمكن إبرازها من ناحيتين، الناحية الأولى أن المحكمة العليا وبالنظر إلى تاريخ الطعن بالنقض¹⁴ ، فإنها تمارس رقابة قانونية، بمعنى أنها تراقب القاضي المدني في مجال تطبيقه للقاعدة القانونية، وفي هذا المجال فإن كل ما يتعلق بالقانون يدخل ضمن سلطتها الرقابية، سواء تعلق الأمر بالتحقق من وجود أو عدم وجود القاعدة القانونية المطبقة، سريانها أو عدم سريانها، تفسيرها وتحديد معنى المفاهيم القانونية التي تتضمنها، والآثار أو الحلول التي تضعها، وعليه فإن كل ما يخرج عن هذا الإطار فهو مسألة واقع لا تهتم المحكمة العليا به ولا تراقبه، لذلك فإن ضرورة الفصل بين الواقع والقانون تطرح كإشكالية حقيقية أمام قضاة المحكمة العليا، أما الناحية الثانية فتتمثل في أن المحكمة العليا وإن كانت لا تراقب مسائل الواقع فإنها تراقب صحة تطبيق القانون على الواقع، وبالتالي فإن رقابتها تنصب أيضا على كيفية قيام قضاة الموضوع بربط مسائل الواقع بالقاعدة القانونية الواجبة التطبيق، وهنا أيضا يصبح من الضروري البحث في التمييز بين الواقع والقانون، على اعتبار أن المحكمة العليا لا يمكنها أن تمارس هذه الرقابة إلا من خلال إطلاعها على العناصر الواقعية التي عرضت على قاضي الموضوع¹⁵ .

ومن جهة أخرى كذلك، فإن المحكمة العليا أصبحت لها السلطة القانونية في الفصل في موضوع النزاع، ضمن شروط وحالات يحددها القانون ، ما يجعل نطاق الرقابة يتسع إلى المستوى الذي يطرح التساؤل حول حدود هذه الرقابة، وجدوى البحث في تحديد مسألة التمييز بين الواقع والقانون كإطار لتحديد نطاقها.

¹⁴ في تاريخ الطعن بالنقض انظر:

- Ernest Désiré GLASSON et René Lucien MOREL et Albert TISSIER, traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile, recueil Sirey T03,03ed,1929, pp 448-449.

- Jean VINCENT et Serge Guinchard, procédure civile, 25éd,dalloz,paris 1999.p1010.

. محمد زكي أبو عامر ، مرجع سابق ، ص ص 197 . 205 .

¹⁵ حلمي محمد الحجار، أسباب الطعن بطريق النقض ، ج01، المؤسسة الحديثة للكتاب، ط01، طرابلس لبنان

. 2004، ص ص 172-173 .

وبالتالي، فإن القانون والواقع يمكن أن يكونا أساس أي محاولة لتحديد نطاق رقابة المحكمة العليا على قضاة الموضوع، حيث أن التمييز بينهما يلعب دورا مهما في هذا التحديد، مما يجعل هذه المسألة جديرة بالبحث، وهذا ما سننتاوله في الفصل الأول، ثم إن تحديد دائرة القانون الخاضع لرقابة المحكمة العليا يعد جزءا أساسيا في إبراز المجال الأساسي لهذه الرقابة، وهذا هو جهدنا في الفصل الثاني، أما في الفصل الثالث فإننا سنقوم بالبحث في مسائل الواقع، باعتبار أن هذه المسائل تشكل دائرة من دوائر نشاط قاضي الموضوع التي يمكن أن تكون محل رقابة من قبل المحكمة العليا، حيث أن تحديد هامش الرقابة في هذه الدائرة هي مسألة تستحق أيضا البحث فيها.

الفصل الأول : التمييز¹⁶ بين الواقع والقانون ودوره في تحديد نطاق الرقابة

عندما ترفع الدعوى أمام القضاء فإنها تحمل في موضوعها عرض لمجموعة من الوقائع ترمي إلى المطالبة بحق يحميه القانون، ويشكل الحكم الذي يصدره القاضي في هذه الدعوى تطبيقاً للقانون على تلك الوقائع، لذلك فقد قيل أن الدعوى تتكون من عنصري الواقع و القانون¹⁷.

إن عنصر الواقع هو مصدر الحق المدعى به أي التصرف القانوني أو الواقعة القانونية التي أنشأت هذا الحق¹⁸، و سبيل معرفة القاضي لهذا العنصر هو ما يقدمه الخصوم من حجج وبيانات وإقرار وأيمان وقرائن ونحو ذلك من وسائل الإثبات المعتمدة¹⁹.

وأما عنصر القانون فيتمثل في تطبيق القانون على ما ثبت لدى القاضي من الواقع، وهذا عمل يستأثر به القاضي وحده لا يتحمل الخصوم عبء إثباته، ويكون في عمله هذا خاضع لرقابة النقض، فيقع عليه تحت طائلة هذه الرقابة أن يبحث من تلقاء نفسه على القواعد القانونية الواجبة التطبيق على ما ثبت عنده من الواقع²⁰، والقاعدة القانونية التي يطبقها القاضي على النزاع قد يأخذها بصورة مباشرة من دليل شرعي تفصيلي وقد يستنبطها باجتهاده المبني على القياس أو غيره من المصادر الفرعية²¹، إذ المفروض أن القاضي يعلم القانون وقد أناطت

¹⁶ التمييز عملية مهمة في القانون لأن كثير من الإشكالات لا يمكن حلها إلا من خلالها ، وتوجد عدة تعريفات للتمييز نذكر منها: التمييز هو وضع عدة أقسام في ضمنها تقوم بتوزيع المواضيع التي هي محل البحث، ويعرف التمييز أيضا بأنه إيجاد أوجه الاختلاف بين شيئين أو أكثر...انظر في هذه الفكرة :

-Thierry TAURAN, les distinctions en droit privé, RRJ2000. II .p489.

¹⁷ فقيه محمد جمعة محمد، شهادة الشهود ودورها في إثبات الحقوق والعقود، رد، جامعة الزقازيق، س2000، ص76.

¹⁸ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي ، بيروت 1964 ، ص49 .

¹⁹ محمد نعيم ياسين، حجية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، القسم الأول، مجلة الحقوق الكويتية، س06، ع03، الكويت 1982 ، ص133 .

²⁰ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج02، مرجع سابق ، ص49 .

²¹ محمد نعيم ياسين، مرجع سابق ، ص133 .

الدولة به تطبيقه، بل أن القاضي لا يستطيع أن يمتنع عن القضاء بحجة أنه لا توجد أحكام قانونية يمكن تطبيقها وإن امتنع عد امتناعه إنكارا للعدالة.²²

فعمل قاضي الموضوع ينحصر أساسا في تطبيق القاعدة القانونية العامة المجردة على واقعة معينة²³، أي أن عمله هذا يتضمن حلا للنزاع المطروح عليه من طرف الخصوم في جميع ما يثيره من مسائل واقعية وقانونية، وللوصول إلى هذا الحل يقوم القاضي بالتأكد من ثبوت الوقائع المطروحة عليه ليتوصل إلى الحكم بالنتيجة القانونية التي تنشأ عن تطبيق القاعدة القانونية على الواقعة الثابتة محل النزاع²⁴.

إذن يمكن القول أن الواقع والقانون هما مادة الحكم القضائي، فلولا الواقعة ما تحرك القانون من دائرة السكون إلى حيز الحركة، ولولا القانون ما خضعت الواقعة للنص الذي يرتب الآثار عليها، فالواقع يشكل وقود العمل القضائي، فهو الذي يدفع القضاء لحماية القانون، حيث يعد مكونا أساسيا أو مفترضا جوهريا في القانون²⁵، لذلك فقد قيل أن وظيفة القضاء تقوم على جدلية القياس بين القانون والواقع²⁶، وهذان العنصران يتلازمان بالضرورة في كل عمل قضائي، سواء كان حكما أو غير حكما، وسواء كان عملا قضائيا حكما أو عملا قضائيا إداريا²⁷.

وبناء على ما سبق، فإننا نطرح مسألة التمييز بين الواقع والقانون كمعيار لتحديد رقابة المحكمة العليا على قاضي الموضوع²⁸، لكن علينا أن نكون جد حذرين عندما نتصدى لهذه المسألة، إذ يلزم بداية تحديد الإطار النظري لكل من الواقع والقانون، وإعماله على التطبيقات القضائية للمحكمة العليا لإستبيان مدى مطابقتها أو مخالفتها لتلك المعايير، أما إتباع عكس ذلك بالاعتماد على نشاط المحكمة العليا في البداية للوصول لحل مشكلة التمييز بين الواقع

²² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 02، مرجع سابق، ص 49.

²³ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة 2008، ص 25.

²⁴ أحمد مليجي، أوجه النقض المتصلة بموضوع الدعوى، دار النهضة العربية، ط 02، القاهرة 1991، ص 61.

²⁵ محمد محمود ابراهيم، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة 1982، ص 220.

²⁶ حسين السالمي، التعقيب ووحدة القضاء، مجموعة لقاءات الحقوقيين، ع 02، التعقيب أعمال ملتقى من 04 إلى 07 أبريل 1989 تونس، ص 54.

²⁷ وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي، رد، جامعة عين شمس، القاهرة، ص 91.

²⁸ Nadhir BENAMMOU, op cit, p58.

والقانون فإن ذلك غير مجد، بالنظر لصلاحيه هذا النشاط لتزكية كل ما يمكن طرحه من أفكار، هذا بالإضافة إلى ما قد يؤدي له هذا الأسلوب في النهاية إلى توصيف نشاط المحكمة العليا لا إلى تحديده²⁹، وللتأكد من استحقاق هذا التمييز لهذه المكانة يجب الرجوع إلى الفقه للتعرف على نظرتة لهذه المسألة.

وهكذا، فإن دراستنا لهذا الفصل ستمحور في مسألتين، الأولى تتعلق بالبحث في مدى ضرورة التمييز بين الواقع والقانون لتحديد نطاق رقابة المحكمة العليا على القاضي المدني، بمعنى هل يجب علينا التمييز بين الواقع والقانون لتحديد نطاق الرقابة . المبحث الأول .، والثانية تتعلق بالبحث في النتائج المترتبة عن التمييز بين الواقع والقانون . المبحث الثاني .

المبحث الأول : مدى ضرورة التمييز بين الواقع والقانون لتحديد نطاق الرقابة

يرى الفقه التقليدي أنه لا توجد قاعدة عامة أو معيار عام يمكن بواسطته تحديد ما يعتبر واقعا وما يعتبر قانونا في نزاع معين³⁰، لذلك فإن مسألة التمييز بين الواقع والقانون تعد واحدة من بين أصعب الأعمال التي يقوم بها رجل القانون³¹، لأن هذين المفهومين المتناقضين في الظاهر لا يؤدي التعارض بينهما إلى إلغاء أحدهما الآخر، بل العكس من ذلك أنه يوجد بين هذين العنصرين تعاون وثيق، والحقيقة أن هذا الغموض والخلط . التعارض والتعاون . هو الذي يفسر صعوبة التمييز بينهما، ويزداد الأمر تعقيدا عندما نكون بصدد ممارسة المحكمة العليا لرقابتها³²، ومما زاد في تعقيد الأمر أيضا هو إجماع المشرع في مختلف الدول التي أخذت بنظام النقض عن وضع معايير محددة للتفرقة بينهما³³.

كما أننا إذا تتبعنا الأحكام القضائية الصادرة عن جهة النقض فإننا نجد أن قضاتها ومن خلال تمييزهم بين مسائل الواقع ومسائل القانون يقومون بوضع خط فاصل لكنه غير قابل

²⁹ أمين مصطفى محمد، التمييز بين الواقع والقانون في الطعن بطريق النقض، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، المعمورة 2002، ص 06 .

³⁰ نبيل إسماعيل عمر، النظرية العامة للطعن بالنقض، منشأة المعارف، الإسكندرية 1980، ص 139 .

³¹ PETER NEU , les pouvoirs de contrôle de la cour suprême , thèse ,SARRE ,1956 , p183 .

³² Nadhir BENAMMOU,op cit ,p100.

³³ محمد علي الكيك ، رقابة محكمة النقض على تسبب الأحكام الجنائية، رد ، جامعة الإسكندرية ، س 1987، ص 15 .

للإدراك، يصعب الإمساك به، ورغم ذلك فقد حاول الفقهاء ومن خلال مجموع الاجتهادات المنشورة إلى وضع قوائم لمجموعة الأمثلة التي ساقها قضاة المحكمة العليا للتمييز بين مسائل الواقع والقانون، ولكن دون أن يضع هؤلاء الفقهاء معيارا دقيقا لهذا التمييز³⁴، مما جعل البعض ينتهي إلى أن جهة النقض هي التي تعرف صياغة المعيار الذي تعتقد أنه وحده هو الصحيح، و هي تعرف أيضا تقدير المبدأ القائل بأنه إذا كان تحقيق الوقائع الخاصة لكل حالة عن طريق تقدير الأدلة المقدمة تعد مسألة واقع يكون حلها من إطلاقات قاضي الموضوع، فإن التكيف القانوني لهذه الوقائع تعد مسألة قانون تخضع لرقابتها³⁵، الأمر الذي أدى بهم إلى القول أنه تعد مسألة قانونية كل مسألة تقرر محكمة النقض إخضاعها لرقابتها، وتعد مسألة واقع كل مسألة تخرجها محكمة النقض من نطاق رقابتها³⁶.

إن مسألة بهذه الأهمية لا شك أنها استرعت انتباه الفقه الذي اجتهد إلى ابعاد الحدود في إيجاد معيار دقيق للفصل بين ما هو قانون يخضع لرقابة النقض وبين ما هو واقع لا يخضع لتلك الرقابة . المطلب الأول . ، ثم إن عدم وصول الفقه إلى معيار واحد يمكن الإجماع عليه وتطبيقه من طرف قضاة النقض، أدى إلى انقسام الآراء حول مدى جدوى التمييز بين الواقع والقانون كأساس لتحديد نطاق رقابة المحكمة العليا . المطلب الثاني ..

المطلب الأول : محاولة الفقه إيجاد معيار دقيق للفصل بين مسائل الواقع والقانون

من أجل حل وفك الغموض والخلط بين الواقع والقانون يقترح الفقه عدة معايير يعرضها كأدوات تسمح بتأسيس وإنشاء حدود بين الواقع والقانون، ورغم ذلك لم يسلم أي من هذه

³⁴ François RIGAUX,op cit ,p76.

-ويستغرب الأستاذ محمد زكي أبو عامر في رسالته شائبة الخطأ في الحكم الجنائي ، استسلام الفقه لأحكام محكمة النقض في تحديد اختصاصها حيث يرى أنه كان على الفقه أن يسبقها في تحديد اختصاصها لا أن يركن إلى رأيها بشكل أدى إلى القول أن محكمة النقض هي التي حددت ولا زالت تحدد اختصاصها : . محمد زكي أبو عامر ، شائبة الخطأ في الحكم الجنائي ، رد ، جامعة الإسكندرية 1974، ص 195.

³⁵ محمد نور عبد الهادي شحاتة، سلطة محكمة النقض في استبدال الأسباب في المواد المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة 1992 ، ص 58.

³⁶ Pierre BELLET, grandeurs et servitude de la cour de cassation ,RIDC ,1980,p297.

المعايير من النقد، الأمر الذي ترتب عليه أن مسألة إيجاد معيار للمسائل التي تختص بها محكمة النقض مازال محلاً للبحث إلى يومنا هذا³⁷.

ورغم تعدد المعايير فإننا سنحاول التعرض لأهمها، حيث سنخصص لكل معيار فرعاً محدداً، من خلاله نتعرض لعرض المعيار ونقده .

الفرع الأول : التمييز بين الواقع والقانون من خلال تتبع نشاط القاضي عبر مراحل الدعوى³⁸

حاول البعض التمييز بين الواقع والقانون من خلال تقديمهم لنظرية تعتمد في أساسها على تتبع نشاط قاضي الموضوع عبر جميع مراحل الدعوى، وسنحاول إبراز هذا الرأي من خلال عرض النظرية التي طرحها أولاً، ثم ثانياً نتطرق إلى أهم الانتقادات التي وجهت لها .
أولاً . عرض النظرية :

وضع هذه الطريقة الأستاذ BONNIER، وهي طريقة تعتمد على تتبع نشاط القاضي عبر مراحل الدعوى، ليتم انتقاء منها ما يتعلق بالواقع وما يتعلق بالقانون³⁹، فحسب هذه النظرية فإن كل نزاع يطرح أمام القاضي يتطلب منه بذل نشاط معين من أجل الوصول إلى الحكم في هذا النزاع، وقد قسمت هذه النظرية هذا النشاط إلى ثلاثة مراحل:

³⁷ ابراهيم بن حديد، السلطة التقديرية للقاضي المدني، ر م ، جامعة الجزائر 1995، ص 63.

³⁸ بالإطلاع على بعض المراجع فقد لا حظنا أن أصحابها قسموا بحثهم في التمييز بين الواقع والقانون على أساس هذه النظرية من ذلك : - محمد الكشور في رسالته رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية، رد، الدار البيضاء 1986- أمين مصطفى محمد في كتابه التمييز بين الواقع والقانون في الطعن بطريق النقض.

³⁹ راجع في شرح هذه النظرية: عبد الحكم فودة ، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن ، منشأة المعارف، الاسكندرية 1993، ص ص 484-486 .

- أحمد السيد صاوي ، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة 1984 ، ص ص 114-115 .

- نبيل اسماعيل عمر، النظرية العامة للطعن بالنقض في المواد المدنية، مرجع سابق ، ص 139 .

- أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني ، دار النهضة العربية، ط01 ، القاهرة 1988 ، ص ص 490-491 .

- محمد علي الكيك، رقابة محكمة النقض على تسيب الأحكام الجنائية ، مرجع سابق، ص 19 .

المرحلة الأولى، ينحصر نشاط القاضي في التحقق من وجود الوقائع المدعاة والمطروحة من طرف الخصوم، الذين يتعين عليهم إثبات هذه الوقائع، وهنا يقوم القاضي باستخلاص إرادة الخصوم منها، مستخدماً في ذلك منطقته وخبرته، فتكون له السلطة هنا للقول أن هذه الواقعة ثابتة ومنتجة ويأخذ بها، وأن الواقعة الأخرى غير ثابتة أو غير منتجة فيطرحها من النزاع⁴⁰، وفي هذه المرحلة يكون نشاط القاضي خارج عن نطاق رقابة النقض⁴¹، إلا في ما يتعلق بمسألة التأكد من مراعاة قاضي الموضوع أثناء تحصيله للوقائع لقواعد الإثبات المقررة قانوناً⁴². المرحلة الثانية، وهي المرحلة التي يقوم فيها القاضي بتكييف الوقائع التي حصلها من المرحلة الأولى، وذلك بإعطائها التعريف القانوني المناسب لها، فيقرر أن هذه الواقعة مثلاً تشكل خطأ، أو أن هذا التصرف يشكل هبة، وتعتبر هذه المرحلة داخلة في نطاق الرقابة، إذ يعتبر النشاط المبذول من طرف القاضي من مسائل القانون⁴³.

المرحلة الثالثة، يكون نشاط القاضي محصور في استخلاص النتائج القانونية التي يربتها القانون على التكييف الحاصل في المرحلة الثانية، ويعد نشاط القاضي في هذه المرحلة من مسائل القانون التي تخضع لرقابة النقض⁴⁴.

ولتليخيص المراحل الثلاثة السابقة نضرب المثال التالي:

نفرض أن السيدة (أ) طلبت التطلاق للضرر، وقدمت لتأسيس طلبها شهادة طبية تثبت أنها قد تعرضت لضرب بواسطة عصي حديدية سببت لها عجز لمدة 15 يوماً، وادعت أن زوجها السيد (م) هو الذي اعتدى عليها، وقدمت شهود لإثبات واقعة الضرب.

هنا قاضي الموضوع وحسب هذه النظرية فإنه يقوم أولاً بالتحقق من صحة الوقائع المدعاة، وله في سبيل ذلك أن يعرض المدعية على طبيب مختص، كما له أن يستمع لشهود الإثبات، وله أيضاً الاستماع إلى شهود النفي، وذلك من أجل الوصول إلى الإجابة على السؤال التالي: هل

⁴⁰ عبد العزيز خليل ابراهيم بديوي ، الطعن بالنقض والطعن أمام المحكمة الإدارية العليا، رد ، جامعة عين شمس القاهرة، ص18.

⁴¹ أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، مرجع سابق، ص 490 .

⁴² أحمد السيد صاوي، مرجع سابق ، ص 115 .

⁴³ عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص 485.

⁴⁴ أحمد السيد صاوي، مرجع سابق ، ص 115 .

أن واقعة الضرب المدعاة صحيحة ؟ ثم ينتقل بعد ذلك للمرحلة الثانية وذلك بعد أن تأكد من ثبوت الواقعة، فيقوم بتكليف الفعل الصادر من المدعى عليه كأن يصفه مثلاً بأنه يشكل خطأ جسيم الحق ضرراً بالمدعية مما أدى إلى استحالة العشرة الزوجية، وهو في هذا التكليف يخضع إلى رقابة النقض، ثم في المرحلة الأخيرة يستخلص النتيجة القانونية والمتمثلة في أنه من حق المدعية التمتع بالتطبيق للضرر، وهذه أيضاً مسألة قانونية يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة النقض.

ثانياً . نقد النظرية:

لم تسلم هذه النظرية من النقد، إذ اعتبرها البعض بأنها تقدم معيار شكلي ووصفي في آن واحد، يقتصر على مجرد وصف المراحل التي يمر بها النزاع أمام القاضي، ومن جهة أخرى فإن هذه النظرية لا تقدم لنا الوسيلة الفنية التي عن طريقها يمكن لنا القول بأنه في هذه المرحلة دون مرحلة أخرى نكون إزاء مسألة واقعية أو مسألة قانونية⁴⁵، كما أن هذه النظرية فيها إجهاد للباحث، تقتضي منه الوقوف عند كل مرحلة لبحث ما يعد من مسائل الواقع وما يعد من مسائل القانون⁴⁶، علاوة على ذلك، فإن أنصار هذه النظرية أنفسهم يقرون بأن مسائل الواقع ليست بمنأى كلية عن الرقابة، إذ يعترفون بخضوعها لرقابة استثنائية، ومن صور هذه الرقابة الرقابة على احترام قاضي الموضوع في تحصيله للوقائع لقواعد الإثبات المقررة في القانون، ثم إن التسليم بأن مرحلة التكليف تتعلق بمسائل القانون قد لاقى نقداً من أنصار الرقابة المقيدة على التكليف⁴⁷.

الفرع الثاني : التمييز بين الواقع والقانون من خلال بنية القاعدة القانونية

إنصبت جهود البعض للبحث في بنية القاعدة القانونية، ليتوصلوا من خلالها إلى وضع معيار فاصل بين الواقع والقانون، وسنبحث في ذلك من خلال عرض مضمون النظرية التي نادوا بها أولاً، ثم ثانياً القيام بعرض أهم الانتقادات الموجهة لها .

أولاً . عرض النظرية :

⁴⁵ نبيل اسماعيل عمر، النظرية العامة للطعن بالنقض، مرجع سابق، ص 140 .

⁴⁶ أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص 493 .

⁴⁷ راجع الاتجاه القائل بحصر التمييز بين الواقع والقانون في منطقة التكليف ص 191 من هذه الرسالة.

يذهب جانب من الفقه⁴⁸ إلى إعطاء تفسير أكثر عمقاً لوظيفة القاضي حين يقوم بتطبيق القانون على واقعة معينة، ويعتمد في تفسيره هذا على العناصر المكونة للقاعدة القانونية⁴⁹، فجوهر عملية القياس القضائي يقوم على دعامين: الأولى هي الرجوع إلى بنية القاعدة القانونية، والثانية هي المنطق القانوني وتحليله إلى مقدمة صغرى ومقدمة كبرى ونتيجة، أي أن قاضي الموضوع ولحل النزاع المعروض عليه فإنه يجب أن يفهم بنية القاعدة القانونية الواجبة التطبيق، أي أنه يجب أن تكون لديه القدرة على عملية تحليلها إلى عناصرها الأولية، حتى يتسنى له بعد ذلك القيام بإجراء عملية القياس باستعمال المقدمة الكبرى والمقدمة الصغرى والوصول إلى النتيجة عن طريق القياس بينهما.

وبناء على ذلك فتحليل عملية القياس القضائي يكون كالتالي:
أ. بنية القاعدة القانونية:

تتكون القاعدة القانونية من عنصرين الفرض والحكم⁵⁰، فالفرض وهو يتشكل من عناصر نموذجية مثالية مشتقة من واقع الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والأخلاقية تحدد شروط وميادين تطبيق الحكم، أو هي النموذج المعطى في نص القاعدة القانونية والتي بتوافرها ينتج الأثر القانوني للقاعدة، فمثلاً القاعدة القانونية التي تنص على أن من أحدث ضرراً للغير بخطئه يلزم بالتعويض تعتبر إحداث ضرر للغير بخطأ من المسئول هو الفرض⁵¹ والفرض على النحو المتقدم يرد دائماً على محل ما، وهذا المحل إما أن يكون مجرد واقعة مادية أو مركز قانوني أو يؤسس على كلاهما، فقد يكون الفرض مجرد واقعة مادية يكفي التحقق منها بالمشاهدة كما هو الحال في القاعدة التي تقرر أنه: تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً، وقد يكون الفرض مركزاً قانونياً لا يمكن التحقق من وجوده إلا بتطبيق قاعدة قانونية أخرى كما هو الحال في القاعدة التي تنص على أنه لمالك الشيء حق التصرف فيه، فالفرض هنا هو إذا وجود مالك للشيء، ولا يمكن التحقق من

⁴⁸ Henri MOTULSQY, Principes d'une réalisation méthodique du droit prive, thèse Lyon 1947, p55.

⁴⁹ محمد محمود ابراهيم، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى، مرجع سابق، ص 342 .

⁵⁰ محمد حسين منصور، نظرية القانون، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2009، ص 78.

⁵¹ Nadhir BENAMMOU, op cit ,p102.

نبيل اسماعيل عمر، النظرية العامة للطعن بالنقض، مرجع سابق، ص 146.

صفة الملكية في الشخص إلا بالرجوع إلى القاعدة القانونية التي تبين شروط اكتساب الملكية، وقد يكون الفرض مركبا من وقائع مادية ومراكز قانونية كما هو الحال في القاعدة التي تنص على أنه يعاقب بالسجن كل موظف يقوم بتزوير أوراق تدخل في أعمال وظيفته، فهنا نجد الفرض مكون من واقعة مادية هي التزوير، ومركزا قانونيا هو أن يكون من ارتكب التزوير موظف⁵².

أما الحكم فهو الأثر الذي تقرره القاعدة القانونية للفرض، أي أنه كلما تحققت حالة من الحالات الواردة في الفرض فإن الأثر المترتب على هذا التحقق هو إنزال حكم القاعدة القانونية عليه⁵³، وأحكام القانون متنوعة ويمكن تصنيفها إلى نوعين من الأحكام، النوع الأول يتمثل في أحكام مقصودة لذاتها وهنا توجب القاعدة القانونية القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، أما النوع الثاني فيتمثل في أحكام غير مقصودة لذاتها وإنما تكون لتوضيح كيفية تطبيق قاعدة أخرى، ومثال ذلك المادة التي تنص على أن سن التمييز هو 13 سنة، فالحكم هنا هو وجوب اعتبار من لم يبلغ سن 13 غير المميز، وهذا الحكم يتم استعماله في قاعدة أخرى، كالقاعدة التي تنص على أن الصبي غير المميز لا يكون مسؤولا عن تعويض الأضرار التي يحدثها⁵⁴، لذلك فإنه ليس شرطا أن توجد القاعدة القانونية في محتوى نص قانوني واحد، إذ يمكن أن نجد بعض القواعد القانونية مجزأة بين أكثر من مادة قانونية واحدة، فنجد الفرض في نص قانوني والحكم في نص آخر، إذن فعلى قاضي الموضوع أن يستخرج القاعدة القانونية الواجبة التطبيق من ثنايا المواد القانونية، ويقوم بهذا العمل بمناسبة نزاع يعرض عليه الخصوم من خلاله مجموعة من الوقائع لتأسيس المطالبة بحق من الحقوق، هذه الوقائع ترتبط بقاعدة قانونية ما، فيقوم القاضي بالبحث عنها، وبعد ذلك يجب عليه أن يثبت التوافق التام بين عنصر الفرض في القاعدة القانونية وبين الوقائع المعروضة عليه⁵⁵.

إن التطبيق الصحيح للقاعدة القانونية يتم إذن من خلال مراعاة هذه العمليات، وهكذا فإذا كان الخطأ قد وقع على مستوى عنصر الحكم في القاعدة القانونية، فإن هذا سيشكل إما

⁵² محمد محمود ابراهيم، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى، مرجع سابق، ص 313.

⁵³ حلمي محمد الحجار، ج 01، مرجع سابق، ص 378 .

⁵⁴ منصور مصطفى منصور، المدخل للعلوم القانونية، ج 01، ب د ن ، ب س ن ، ص 16 .

⁵⁵ Nadhir BENAMMOU, op cit , p102.

مخالفة عدم تطبيق القانون إذا كان النص القانوني واضح، وإما مخالفة الخطأ في تفسير القانون إذا كان معنى النص القانوني غامض، في حين أنه إذا كان الخطأ قد وقع على مستوى عنصر الفرض في القاعدة القانونية فإن هذا يشكل خطأ في تكييف الوقائع يؤدي إلى خطأ في تطبيق القانون، إذ أن الخطأ في الفرض يعني أن القاعدة القانونية التي ستطبق لا ترتبط بالوقائع محل النزاع⁵⁶.

ب . المنطق القانوني وتحليله إلى مقدمة صغرى ومقدمة كبرى ونتيجة :

المقدمة الصغرى وهي مجموع الوقائع القانونية التي يطرحها الخصوم على قاضي الموضوع لحسم النزاع، أما المقدمة الكبرى فهي القاعدة القانونية المركبة من فرض وحكم، أما النتيجة فهي تطبيق حكم القاعدة القانونية على الوقائع.

وهكذا فإنه للتمييز بين مسائل الواقع والقانون فإنه يجب الرجوع إلى هذه المقدمات، فإذا كانت المقدمة الكبرى هي القاعدة القانونية والمقدمة الصغرى هي مجموع الوقائع، فإنه إذا كان وجه النعي ينصب على أن الخطأ قد وقع في المقدمة الكبرى فإننا نكون هنا بصدد مسألة قانون تخضع لرقابة النقض، أما إذا كان الخطأ قد وقع في المقدمة الصغرى فإننا نكون هنا أمام مسألة واقع تخرج عن نطاق الرقابة⁵⁷، إلا إذا كان الخطأ في المقدمة الصغرى يكمن في التكييف القانوني للوقائع، فإنه يعتبر خطأ في تطبيق القانون يدخل في نطاق الرقابة⁵⁸.

ما نلاحظه هنا أن القاضي يحل الإشكالية المعروضة عليه بإجراء قياس منطقي بين مفترضات قاعدة قانونية وبين واقع ثابت لديه، إذ انه بحث في البداية عن القاعدة القانونية الملائمة وشكل منها المقدمة الكبرى، واستخرج الواقعة الموجودة في الملف والتي تتطابق مع مفترضات القاعدة القانونية وشكل منها المقدمة الصغرى، ليصل في النهاية إلى النتيجة المتمثلة في تطبيق الأثر القانوني للقاعدة القانونية على الحالة المعروضة عليه.

⁵⁶ Jacques Boré ,la cassation en matière civile,édition Dalloz,paris 1997,p p 569-570.

⁵⁷ أحمد محمود سعد ،مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، مرجع سابق ، ص494 .

-نبيل اسماعيل عمر، النظرية العامة للطعن بالنقض، مرجع سابق ، ص140.

- Henri MOTULSQY, Principes d'une réalisation méthodique du droit prive, op cit,p30.

⁵⁸ أحمد السيد صاوي، مرجع سابق ، ص117 .

ومن ثم نستطيع أن نلخص هذا المعيار بالقول أن قاضي الموضوع عند حله للنزاع المعروف عليه فإنه يواجه مجموعة من الصعوبات يتعين عليه حلها، وفي سبيل ذلك فإنه يستعمل القياس القضائي على النحو الذي شرحناه ليصل إلى الحل الذي ينشده، فإذا كان القانون يشكل أحد أركان هذا القياس فإن الحل الذي يعطيه لتلك الصعوبة يعتبر من مسائل القانون، بمعنى أنه عندما يتم الحل من خلال النظر إلى المسألة الواقعية من زاوية علاقتها بقاعدة قانونية، فتكون المسألة عندئذ من مسائل القانون، بينما عندما يتم حل المشكلة عن طريق المقارنة بين عناصر واقعية بحتة فتبقى المسألة عندئذ من مسائل الواقع⁵⁹ ولتوضيح المسألة أكثر نسوق المثال التالي:

نفرض أن (أ) باع عقار إلى (ب) بموجب عقد رسمي ومشهر بتاريخ 2002/02/02 ، ثم قام (أ) ببيع نفس العقار إلى (ج) بموجب عقد رسمي ومشهر بتاريخ 2002/03/03، ثار النزاع بين (ب) و(ج) حول من الذي تنتقل إليه ملكية العقار، نلاحظ أن هذا النزاع يطرح على قاضي الموضوع الإشكاليتين التاليتين:

الإشكالية الأولى: أي من العقدين أسبق في الإشهار؟

الإشكالية الثانية: أي من العقدين ينقل الملكية قبل الآخر؟

إذن ولحل الإشكالية الأولى باستعمال القياس المنطقي فإننا نضع:

مقدمة كبرى: إن تاريخ 2002/02/02 هو تاريخ أسبق من تاريخ 2002/03/03 والمقارنة بين التواريخ هنا هي مسألة واقع.

مقدمة صغرى: عقد البيع الخاص ب (ب) مشهر في 2002/02/02 بينما عقد البيع الخاص ب (ج) مشهر في 2002/03/03 وهذه أيضا مسألة واقع.

النتيجة: عقد البيع الخاص ب (ب) أسبق في الإشهار من عقد البيع الخاص ب (ج)

ما نلاحظه في حل الإشكالية الأولى أن القاضي يقوم بمقارنة عناصر واقعية بعناصر واقعية أخرى، أي أن مقدمات القياس الصغرى والكبرى تم وضعهما لحل مسألة واقعية، وبالتالي فإن هذه الإشكالية تتعلق بالواقع أي أن القاضي يقوم هنا باستخلاص واقعي .

⁵⁹ حلمي محمد الحجار، ج01، مرجع سابق ، ص 178.

. رشيد شمشيم، مناهج العلوم القانونية، دار الخلدونية، الجزائر 2006، ص 147.

أما بالنسبة لحل الإشكالية الثانية وبنفس المنهجية فإننا نضع: مقدمة كبرى: في حالة تساوي العقود الناقلة للملكية من حيث الرسمية والشهر فإن العقد الأسبق تاريخاً من حيث الشهر هو الذي ينقل الملكية، وهذه المقدمة الكبرى تشكل قاعدة قانونية .
مقدمة صغرى: عقد البيع الخاص ب (ب) أسبق في الإشهار من عقد البيع الخاص ب (ج) وهذه المقدمة الصغرى هي مسألة واقعية.
النتيجة: تنتقل ملكية العقار إلى (ب) وليس إلى (ج).
ما نلاحظه في حل الإشكالية الثانية أن القاضي يقوم بمقارنة عناصر قانونية بعناصر واقعية أخرى، أي أن مقدمات القياس الصغرى والكبرى تم وضعهما لحل مسألة قانونية، وبالتالي فإن هذه الإشكالية تتعلق بالقانون .

ثانياً . نقد النظرية:

رغم الحظوة التي نالتها هذه النظرية في كل من ألمانيا وإيطاليا، إلا أنها فقدت كثيراً من بريقها لعدد الانتقادات التي وجهت إليها من طرف مدرسة بروكسل في المنطق القانوني وكذلك بعض الفقه الفرنسي⁶⁰ وقد انصب انتقادهم على قصر المنطق القانوني على الاستنتاج ومن ثم تصوير عمل القاضي على أنه مجرد قياس⁶¹ ، وقد استند هؤلاء الفقهاء في نقدهم إلى الحجج التالية:

أ- من الناحية التاريخية فإن هذه النظرية ارتبطت بأفكار قانونية قديمة تجاوزتها الأحداث، إذ أن هذه النظرية ارتبطت تاريخياً بمدرسة الشرح على المتن، كما أنها تنظر إلى نشاط القاضي كنشاط شبه آلي فهو لا يقوم إلا بتطبيق نصوص القانون ولا يطلب منه أي اجتهاد في خلق القاعدة القانونية ، وهذا ما يتنافى مع التطور التاريخي الذي شهدته دور القاضي بحيث أصبح مطلوب منه لعب دور في خلق القاعدة القانونية⁶²، مما جعل البعض يقول بأن القياس

⁶⁰ وإذا كان يمكن ذكر بعض الأسماء التي وجهت انتقاداتها فإنه يجدر ذكر: -IHERING- F.GENY- R.SALEILLES- PERELMAN- P.FORIER- A.BAYART- M.VILLEY- CALOGERO- HEBRAUD.

⁶¹ علي مصطفى الشيخ، الحكم الضمني، ر د ، جامعة القاهرة، 1996، ص 378 .

⁶² علي مصطفى الشيخ، مرجع سابق ، ص 378 .

القضائي يشكل وسيلة إكراه عملية ضد القاضي تمنعه من استعمال دوره الخلاق في إنشاء القاعدة القانونية⁶³.

ب- من الناحية السياسية فإن استعمال القياس القضائي كان يهدف إلى غل يد القاضي وحمله على إتباع منهج معين في تطبيق القانون، للتقيد بالنصوص التي تتفق مع الأفكار السائدة في ذلك الوقت⁶⁴.

ج- من الناحية العملية فالتحليل القياسي للحكم القضائي هو تحليل قاصر بالنسبة للمقدمة الكبرى الذي يعتبرها مؤكدة دون أن يحاول السماح بالكشف عنها⁶⁵، أي أن هذه النظرية تنطلق من فرضية أن القاعدة القانونية موجودة ومعلومة مسبقا لدى القاضي، في حين أثبت الواقع العملي أنه في بعض الحالات القاعدة القانونية لا تكون موجودة أصلا، بحيث يكون دور القاضي ليس البحث عنها بل خلقها⁶⁶، كما أنها قد لا تكون معلومة لدى القاضي خاصة إذا كان أمامه مجموعة كبيرة من القواعد القانونية، بحيث يصعب عليه اكتشاف القاعدة الملائمة التي تشكل المقدمة الكبرى للقياس⁶⁷، وما وجه لهذه النظرية من نقد في ما يخص المقدمة الكبرى وجه أيضا حول المقدمة الصغرى، فإذا كانت هذه الأخيرة في بعض الحالات تتشكل من تأكيدات واقعية كتأكيد أن (أ) عمره 15 سنة للوصول إلى الحكم بأنه غير راشد، فإنه في أغلب الأحيان المقدمة الصغرى لا تقدم بهذا الشكل إذ كثيرا ما تحتوي بالإضافة إلى التأكيدات الواقعية على تكييفات قانونية لتلك الوقائع، وفي هذه الحالة فإن الوضوح المؤكد للتمييز بين

للتعرف أكثر حول دور القاضي في خلق القاعدة القانونية راجع: عماد القاتي، اجتهاد القاضي، مجلة القضاء والتشريع، مركز الدراسات القانونية والقضائية تونس، ع08، س49، أكتوبر 2007 - رضا المزغني وعبد المجيد عبود، التفسير القضائي في القانون المدني، معهد الإدارة العامة، الرياض 1983.

⁶³ Mitchel LESSER, les récentes modifications du processus de décision à la cour de cassation, RTDciv .4.oct/déc.2006,p694.

⁶⁴ ثروت أنيس الأسيوطي، المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية، مقال منشور بمجلة مصر المعاصرة، س59، ع333 جويلية 1968، ص 674 .

⁶⁵ Pierre HEBRAUD , rapport introductif ,in la logique judiciaire ,5^e colloque des institues d'études judiciaires, P.U.F .paris 1969, p31.

⁶⁶ عماد القاتي، اجتهاد القاضي، مرجع سابق، ص308 .

⁶⁷ علي مصطفى الشيخ، مرجع سابق، ص379 .

الواقع والقانون الذي تقدمه هذه النظرية يتلشى⁶⁸، وقد حاول الفقيه الإيطالي CALOGERO أن يبرهن على صعوبة التمييز بين الواقع والقانون بالاعتماد على هذه النظرية من خلال المثال التالي: نفرض أن المقدمة الكبرى هي القاعدة القانونية التي تقول أن المدين ملزم بالوفاء بدينه والمقدمة الصغرى هي أن (أ) مدين، لاحظ CALOGERO أن كلمة مدين في المقدمة الكبرى ليس لها نفس المدلول الموجود في المقدمة الصغرى، لأن كلمة مدين في المقدمة الكبرى لها مفهوم قانوني، بينما لها مفهوم واقعي في المقدمة الصغرى، وبالتالي فإن عملية القياس لن تكون صحيحة إلا عندما نعتبر أن كلمة مدين لها نفس المدلول في المقدمتين وهو المفهوم القانوني، ولكن حينئذ المقدمة الصغرى تكون مشكلة من مزيج بين الواقع والقانون، وبالتالي فإنها لم تعد تحتوي على التقريرات الواقعية التي كنا نعتقد أنها موجودة فيها⁶⁹.

وبناء على هذا فقد لاحظ الفقيه HEBRAUD أن وجود هذا الارتباط الحتمي بين الواقع والقانون في مجال التكيف عند إعمال نظرية القياس القضائي يخل في نفس الوقت بوضوح أفكار هذه النظرية وبالفائدة العملية لنتائجها لاسيما في ما يتعلق بمسألة تحديد نطاق اختصاص محكمة النقض⁷⁰، ويذهب إلى ذلك أيضا بعض الفقه المصري بحيث يؤكد أن هذه النظرية قامت على فرضية خاطئة تتمثل في افتراض وجود قاعدة قانونية تمثل المقدمة الكبرى للقياس، غير أن الواقع يثبت أن هذه الفرضية وإن كانت موجودة إلا أنها ليست الوحيدة عند النظر في النشاط المبذول من طرف القاضي، حيث إلى جانب وجود هذا القياس الذي مقدمته الكبرى تتمثل في القاعدة القانونية، فإن نشاط القاضي قد يتضمن أيضا القيام بالقياس بين عناصر واقعية، أي أنه يمكن أن تكون المقدمة الكبرى تتضمن عناصر واقعية كما هو الحال في عملية استخلاص واقعة من واقعة، ومن ثم فإن رقابة محكمة النقض ليست دائما هي رقابة قانونية كما انتهت إلى ذلك نظرية القياس القضائي، بل قد تكون أيضا رقابة على الواقع ولو بطريقة غير مباشرة، وذلك عن طريق الرقابة على منطقية التقريرات الواقعية والتي تتم عمليا عن طريق الرقابة على تسبيب الأحكام⁷¹.

⁶⁸ Nadhir BENAMMOU, op cit, p105.

⁶⁹ Nadhir BENAMMOU, Ibid, p106. – François RIGAUX, op cit, p45.

⁷⁰ Pierre HEBRAUD, op cit, pp 31-32 .

⁷¹ أحمد السيد صاوي، مرجع سابق، ص118.

ووفقا للبعض فإن استعمال القياس في مجال القانون بطريقة آلية يؤدي إلى نتائج جامدة، ذلك أنه يفترض إطلاق المقدمة الكبرى وصلاحياتها للتطبيق في كل زمان ومكان، في حين أن الحقائق نسبية والوقائع لا متناهية⁷².

الفرع الثالث : التمييز بين الواقع والقانون من خلال معيار حجم الرقابة الممارسة من جهة النقض

نتناول هذه النظرية أولا من خلال عرضها، ثم ثانيا من خلال نقدها.

أولا . عرض النظرية:

تم طرح هذا المعيار من طرف الفقيه Jacques Boré بمناسبة تصديه لمسألة التمييز بين الواقع والقانون في كتابه الطعن بالنقض في المواد المدنية، إذ بعد أن أكد أن هذا التمييز وإن كان مهما إلا أنه غير كاف لتحديد نطاق رقابة محكمة النقض⁷³، حاول انطلاقا من عملية توصيفية للرقابة الممارسة من طرف محكمة النقض الفرنسية أن يصل إلى تحديد مسائل الواقع ومسائل القانون، فتوصل إلى أن مسائل القانون هي تلك المسائل التي تباشر عليها محكمة النقض رقابة واسعة، أما مسائل الواقع فهي تلك المسائل التي تباشر عليها محكمة النقض رقابة محدودة . رقابة دنيا.⁷⁴، حيث تمارس الرقابة الواسعة على الأسباب القانونية للحكم، بينما تمارس الرقابة المحدودة على أسبابه الواقعية⁷⁵.

لقد لاحظ هذا الفقيه أن محكمة النقض الفرنسية في ممارستها لنشاطها الرقابي لم تلتزم بنص المادة 2-111L من قانون التنظيم القضائي الفرنسي التي تنص على أن محكمة النقض لا تمارس رقابتها إلا على أسباب الحكم القانونية، حيث قامت محكمة النقض بتطبيق إصلاحات على هذا الخط القانوني إذ لم تمارس رقابة شاملة على كل أسباب الحكم القانونية، كما لم تمتنع امتناعا كلياً على ممارسة رقابتها على الأسباب الواقعية للحكم⁷⁶، فمثلا لا تبسط محكمة النقض الفرنسية رقابتها على تطبيق قواعد القانون الأجنبي و لا على قواعد العرف والعادات، كما أنها

⁷² علي مصطفى الشيخ، مرجع سابق ، ص 380 .

⁷³ Jacques Boré, op cit, p 277.

⁷⁴ أحمد السيد صاوي، مرجع سابق ، ص 120.

⁷⁵ Jacques Boré, Ibid, p 394.

⁷⁶ Jacques Boré, opo cit, p226.

لا تراقب بعض التكييفات القانونية، كتكييف ما يعد إساءة بالغة تستوجب الطلاق، وما يعد عيباً خفياً في مادة البيع، كما أنها لا تنتظر إلا في الأخطاء القانونية المؤثرة في الحل النهائي للنزاع⁷⁷، وفي المقابل فإن محكمة النقض أحياناً ما ترجع إلى ملف الدعوى وتطلع على أوراقها للتأكد من وجود أو عدم وجود الوقائع الإجرائية أو المكتوبة المتنازع فيها⁷⁸، كما أن لها السلطة في الرقابة على مدى كفاية الأسباب الواقعية والرقابة على تحريف قضاة الموضوع لمضمون وثائق حاسمة في الدعوى⁷⁹، وهكذا وانطلاقاً من هذه الملاحظات توصل هذا الفقيه إلى أن محكمة النقض تمارس نوعين من الرقابة، رقابة واسعة تنصب على مسائل القانون، ورقابة محدودة . دنيا. تمارس على مسائل الواقع.

ثانياً . نقد النظرية :

تلقى هذا المعيار انتقاداً من طرف بعض الفقه المصري⁸⁰، ووجه هذا النقد أن هذا المعيار يدور في حلقة مفرغة، فمن حيث بدأ قد انتهى، فصاحب الفكرة انطلق للبحث عن طريقة تميز بها مسائل القانون عن مسائل الواقع ليصل إلى نتيجة هي بدورها تحتاج إلى معيار تفرقة، ذلك أن هذا الفقيه لم يبين لنا متى وكيف تمارس الرقابة الواسعة والرقابة الدنيا، وما هو معيار التمييز بينهما، بحيث ترك الأمر لمحكمة النقض نفسها، إذ وفي مفهوم هذا الفقيه أنه ليس على الباحث إذن إلا النظر في قضاء محكمة النقض والبحث عما يعد من وجهة نظرها مسألة قانون تمارس عليه رقابة واسعة، وما يعد مسألة واقع تمارس عليه رقابة محدودة.

الفرع الرابع . التمييز بين الواقع والقانون من خلال معيار درجة العمومية للمسألة المعروضة على القاضي :

مذكراً بأن المحكمة العليا لها مهمة رئيسية تتمثل في توحيد تطبيق القانون، وبالتالي فإنها لا تتدخل في مسائل الواقع، يؤكد الفقيه BATIFFOL إلى أنه يجب الاعتراف بأن التحديد

⁷⁷ أحمد السيد صاوي، مرجع سابق ، ص118.

⁷⁸ حامد فهمي و محمد حامد فهمي، النقض في المواد المدنية والتجارية، ب د ن ، القاهرة 1938، ص157.

⁷⁹ أحمد السيد صاوي، مرجع سابق ، ص119.

⁸⁰ أحمد السيد صاوي، مرجع سابق ، ص 120.

-أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص 501 .

الصعب لهذه المهمة لا يتحقق إلا من خلال فكرة العمومية، حيث أن طابع العمومية مرتبط بمسائل القانون بينما كل ما يشكل حالة فردية لا يمكن تعميمها فإنه يتعلق بمسائل الواقع، لذلك فإن سلطة محكمة النقض في الرقابة على الأحكام تتوقف على مدى عمومية المسألة المعروضة عليها، أو مدى خصوصية ارتباطها بوقائع الدعوى، فعلى سبيل المثال الإجابة عن الأسئلة التي من خلالها يمكن معرفة ما إذا كان السائق قد التزم يمينه، أو ما إذا كانت توجد آثار احتكاك العجلات مع الطريق لقياس مسافة الكبح، تشكل إجابة على حالة فردية لا يمكن تعميمها على دعاوى أخرى، وبالتالي فإن هذه الإجابة لا تكون محلاً لرقابة النقض، في المقابل، فإنه عندما يتعلق الأمر بتقرير أن واقعة ما يمكن أن تكيف في نظر القانون على أنها خطأ، أو عند تحديد معنى الليل كظرف مشدد في السرقة، فإن هذا التقرير أو التحديد يسري على جميع الدعاوى وبالتالي فإنه يكون تحت سلطة رقابة محكمة النقض، إذن ففي الحالة الأولى الأمر لا يتعلق بأكثر من حالات فردية إذ الوقائع غريبة عن بعضها البعض بحيث لا يمكن أن نجد للواقعة المعروضة حالة مشابهة سابقة، بينما عندما تكون العناصر هي نفسها لا تتغير في حالات متعاقبة فإننا نكون أمام مسألة تتميز بالعمومية، إذن فإننا نعثر على العمومية في معنى الانتشار⁸¹.

وفي فكرة سابقة وقريبة من فكرة الفقيه BATIFFOL نجد الفقيه الألماني Schwinge يذهب إلى القول أن المحكمة العليا لا تراجع كل الحكم القضائي، بل إن مراجعتها تنصب على الجزء الذي يمكن أن تكون آثاره إلى حد ما مضرّة بوحدة الاجتهاد القضائي، فمحكمة النقض إذن لا تهتم إلا بهذا الجزء من الحكم الذي له طابع توجيهي، وفي المقابل فإنها ستستبعد من رقابتها كل ما ليس له قوة قانونية تتجاوز نطاق الحالة الملموسة المعروضة على القاضي، أي المسائل التي لا يكون لفحصها من طرف قضاء النقض أي فائدة تؤدي إلى الحفاظ على وحدة القانون⁸²، وعلى هذا الأساس تخرج من نطاق الرقابة الأحكام التي تشكلت في ظروف خاصة ذات طبيعة محلية، وكذلك الأحكام المبنية على إحساس القاضي الشخصي والأحكام التي يصدرها القاضي تحقيقاً لاعتبارات العدالة⁸³.

⁸¹ Henri Batiffol, problèmes de base de philosophie du droit, LJDJ, paris 1979, pp236-239.

⁸² Nadhir BENAMMOU, op cit ,p118.

⁸³ محمد زكي أبو عامر، مرجع سابق، ص 234 .

وقد تنبه هذا الفقه إلى أن المشرع لا يسن القوانين انطلاقاً من حالات فردية وإنما من نماذج عامة ويحرص لحسن تطبيق هذا القانون أن يطبق هذا النموذج العام بشكل موحد على مختلف الحالات المتشابهة، ولمراقبة مدى احترام هذه الوحدة فإن المحكمة العليا تتدخل لفرض رقابتها كلما تعلق الأمر بمسائل تتمتع بطابع العمومية⁸⁴.

وقد لاحظ البعض⁸⁵ أن هذا المعيار هو الذي يبرر كيف أن المحكمة العليا لا تبسط رقابتها على مسألة تفسير العقود بسبب أن الخطأ في تفسير عقد ما لا يمكن تعميمه على عقود أخرى، ذلك أن القاضي يعتمد في بحثه عن الإرادة الشخصية على عناصر خارجية و وقائع مادية تختلف من دعوى إلى أخرى، إذ من الممكن تصور أن يكون لطرفي العقد مفهوم خاص لألفاظ التعاقد يختلف عن مفهوم نفس الألفاظ في عقد آخر⁸⁶.

- ويذهب الأساتذة (N) jobard-BACHELLIER و (X) BACHELLIER إلى أن رقابة النقض لا تكون ممكنة ومرغوب فيها إلا في الحالات التي تكون فيها وحدة القانون مهددة وفي الحالات التي تسمح فيها رقابة التكييف بتتقية مفهوم الافتراض في القاعدة القانونية، أما إذا كانت الرقابة لا تقود المحكمة العليا في نهاية المطاف سوى إلى إعادة التقدير والحكم في القضية فإنه يمكن التخلي عنها⁸⁷.

المطلب الثاني: فشل الوصول إلى إيجاد معيار دقيق أدى إلى انقسام الفقه حول جدوى التمييز وإمكانيته

إن مسألة التمييز بين الواقع والقانون كانت موضوع عدة دراسات خصصت أساساً للبحث في وظيفة النقض ونطاق رقابة المحكمة العليا، ورغم أن الفقه متفق في أغلبه حول وجود عنصر الواقع والقانون في الحقل القانوني إلا أنه مختلف حول مدى إمكانية التمييز بينهما، وجعل هذه العملية معياراً لتحديد نطاق رقابة المحكمة العليا على قاضي الموضوع،

⁸⁴ Nadhir BENAMMOU, op cit ,p118.

⁸⁵ Nadhir BENAMMOU, Ibid ,p119.

⁸⁶ عبد الحكم فودة ، مرجع سابق، ص 488.

⁸⁷ Thomas PIAZZON, la sécurité juridique, doctorat et notariat , t35, DEFRENOIS ,paris ,par édition ALPHA, beyrouth 2010 , PP522-523.

حيث انقسم في ذلك إلى فريقين، فريق يذهب إلى عدم إمكانية التمييز وعدم جدواه، وفريق آخر يتجه إلى إمكانية التمييز و جدواه.

وعلى هذا الأساس، فإننا سنتناول وجهة نظر الفريق المنكر لإمكانية التعويل على التمييز بين الواقع والقانون لتحديد نطاق رقابة المحكمة العليا على القاضي المدني . الفرع الأول، ثم بعد ذلك نلقي الضوء على وجهة نظر الفريق الذي يعتبر التمييز بين الواقع والقانون هو معيار مناسب لتحديد نطاق هذه الرقابة . الفرع الثاني، لنخلص أخيرا إلى موقف المحكمة العليا من هذه المسألة . الفرع الثالث .

الفرع الأول: فكرة التمييز بين الواقع والقانون لا تصلح معيارا لتحديد نطاق رقابة المحكمة العليا

إن مسألة التمييز بين الواقع والقانون قد لاقت نقدا لاذعا من بعض الفقهاء في أوروبا : في بلجيكا⁸⁸ في هولند وفي سويسرا وفي ألمانيا وإيطاليا وفي إسبانيا واليونان⁸⁹، حيث يذهب بعض الفقهاء إلى القول أن الخط الفاصل بين الواقع والقانون هو خط غامض، وغير واضح كل الوضوح في كل الحالات، إذ أن القانون والواقع لا ينفصلان، فهما كالوجهين لقطعة قماش، أو كالشكل والجوهر، وكل محاولة للفصل بينهما تكون عملا عبثيا مصيره الفشل لا محالة⁹⁰، كما ذهب البعض إلى القول بأن الواقع والقانون هما دائما في حالة تلاحم، لذلك فإنه من الصعب التسليم بوجود خط فاصل بينهما، خاصة عندما يتعلق الأمر بتكييف الوقائع تكييفاً قانونياً⁹¹ .

فبالرجوع إلى مراحل إنشاء القاعدة القانونية فإننا نجد المشرع ينطلق دائما من واقعة أو مجموعة وقائع، لذلك فهي تظهر كتعبير عن إرادة خضوع مجموعة من النماذج الواقعية إلى حل قانوني معين⁹²، وحسب المفهوم السوسيولوجي للقانون فإنه ينبغي على المشرع أن يدرك

⁸⁸François RIGAUX, op cit,pp 77-78 .

⁸⁹ Jacques Boré,op cit, p224.

⁹⁰ مشار إليه : رضا المزغني وعبد المجيد عبود، مرجع سابق، ص 225 .

– François Michel SCHROEDER, le nouveau style judiciaire, édition Dalloz, paris 1978, P100.

⁹¹ Jean Vincent et Serge Guinchard,op cit, p 339.

⁹² Nadhir BENAMMOU,op cit ,p112.

حقيقة الوقائع بحيث ينسجم معها، يتتبعها، ويتوافق معها، ويحللها بدقة⁹³، فالقانون ليس مجموعة من القواعد المجردة المعزولة عن الواقع الاجتماعي، بل إنه ينشأ ويتحول حسب احتياجات المجتمع⁹⁴، إذن فالوقائع تلعب دور أساسي في إنشاء القانون، فهذا الأخير ينتج عن الوقائع، ويبدو أنه من الصعب الإدعاء بعزلهما عن بعض⁹⁵. يرى بعض الفقهاء الألمان أن التمييز بين الواقع والقانون هو تمييز غير واقعي، لذلك فإنه من الأجدر التخلي عن تعبير الواقع والقانون واستبدالهما بمصطلح تقرير الوقائع وتقدير الوقائع⁹⁶.

ويخلص أحد الفقهاء الفرنسيين في رسالته⁹⁷ إلى أن هذا التمييز مصطنع، ولا يصح القول بأنه معيار فاصل لتحديد نطاق رقابة النقض، ذلك أن القول بأن محكمة النقض تختص بالرقابة على مسائل القانون دون مسائل الواقع هو نتيجة وليس أساس للتمييز، ضف إلى ذلك أن استخدام المصطلحات غير ثابت، إذ يمكن أن نجد مسألة ما توصف في مرحلة زمنية معينة بأنها مسألة واقع، ثم تتحول في زمن آخر لتوصف بأنها مسألة قانون⁹⁸. وقد ذهب الفقيه RIGAUX إلى القول بأنه إذا كان التمييز بين الواقع والقانون يظهر من الناحية النظرية كمسألة سهلة، إلا أنه عندما ننتقل إلى الجانب التطبيقي فإن هذا الموضوع يخلق غموضاً محيراً يجعلنا نطرح عدة تساؤلات في أغلبها تتسم بالميتافيزيقية⁹⁹، ويزيد في صعوبة الأمر أن مفهوم الواقع هو مفهوم غامض تماماً، لأن الواقع ليس هو الملموس فقط، بل

⁹³ Christian ATIAS et Didier LINOTTE, le mythe de l'adaptation du droit au fait, D.1977, chr , p251.

⁹⁴ Nadhir BENAMMOU, Ibid ,p112.

⁹⁵ François GENY, méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, L.G.D.J, 02éd, T02, 1954,p205.

⁹⁶ مصطفى كيرة، النقض المدني، ب د ن، القاهرة 1992، ص 234 .

- PETER NEU ,op cit, p193.

⁹⁷ Francis Kernalegouen , L'extension du rôle des juges de cassation ,thèse Rennes 1979,p34 .

⁹⁸ مصطفى كيرة، مرجع سابق ، ص 234 .

⁹⁹ François RIGAUX,op cit,p 76 .

هو مجموعة متشابكة من الأحداث المبهمة تتحدد ضمن القضية المعروضة، وترتبط بالفرد الذي يتعلق بها في لحظة زمنية معينة.¹⁰⁰

إن التفرقة بين الواقع والقانون هي في الحقيقة تفرقة لفظية إلى حد ما، ذلك أن هذه التفرقة تجلب لنا تشكيل بسيط لاختصاص المحكمة العليا، فمسائل القانون تترك لرقابة المحكمة العليا، ومسائل الواقع تترك لسلطة قضاة الموضوع، إذن يمكن القول أن هذه التفرقة ذات طابع تجريبي محض، فبقدر ما يظهر مفهوم القانون والواقع سهل التحديد من الناحية النظرية، بقدر ما يصعب الانتقال به إلى الجانب التطبيقي¹⁰¹.

وينتهي الفقيه RIGAUX¹⁰² إلى أنه لدينا ثلاثة أسباب على الأقل تجعلنا نقول برفض التعويل على التمييز بين الواقع والقانون كمعيار لتحديد نطاق رقابة المحكمة العليا على قاضي الموضوع وهي:

أ- أن هذا المعيار لا يهتم إلا بمظهر واحد من مظاهر الرقابة وهو رقابة التكيف، وإن كان هذا المظهر مهم في حد ذاته إلا أنه لا يغطي كل أوجه الرقابة، وبالتالي لا يستنفذ كل وظائف المحكمة العليا.

ب- هذا المعيار إما أنه يقوم على مجرد تكرار لفكرة واحدة في عبارات مختلفة، أي على مجرد الحشو، وذلك بالقول أن مسائل القانون هي كل مسألة من شأنها أن تكون محل فصل من طرف المحكمة العليا، أو أنه يقوم على فرضية وجود تناقض بين الواقع والقانون، في حين أن هذا التناقض غير موجود، ذلك أن كل معيار يقوم على التناقض بين الواقع والقانون هو معيار متخلخل ومهتز.

ج- أن القاضي عندما يطبق القانون على الواقع لا يحتاج فقط إلى التمييز بين الواقع والقانون، بل يستعين بمفاهيم وسيطة مثل الوقائع الضرورية لمعرفة القانون، الوقائع المشهورة، قواعد الخبرة، وهذه المفاهيم لا يمكن تبسيطها واختزالها في فكرة التمييز بين الواقع والقانون.

وذهب البعض إلى أبعد من ذلك، حيث نادى إلى أنه لا وجود لوقائع صرفة ولا لقانون صرف، ففي نظرهم لا وجود للواقعة إلا عندما تصبح مادة لتطبيق القانون، كما أنه لا فائدة من القانون

¹⁰⁰ François RIGAUX, Ibid, p 97 .

¹⁰¹ François RIGAUX, Ibid, p 75 .

¹⁰² François RIGAUX, Ibid, p 78 .

إلا عندما يطبق على الواقعة، فرجل القانون لا يفكر في الواقعة إلا على أنها مادة قانونية، ولا يفكر في القانون إلا على أنه شكل موجه لخدمة واقعة معينة¹⁰³.

وقد انتقد الأستاذ MARTAIN أيضا فكرة التمييز بين الواقع والقانون التي هي في رأيه مجرد فكرة مجازية لا وجود لها من الناحية العملية، واستند لتبرير هذا الرأي إلى ثلاثة أسباب، أحدهما فلسفي، والآخر منطقي، والثالث عملي:

فمن الناحية الفلسفية فإنه لإثبات وجود واقع صرف منفصل عن القانون يجب أولا إثبات وجود الحقيقة الموضوعية، أي الحقيقة التي تتفصل عن جميع المؤثرات وتنزل بذاتها عن الواقع المجرد، ووجود هذه الحقيقة يقتضي استبعاد جميع الأوصاف التي من الممكن أن يخلعها الذهن على وقائع الحياة، بحيث يكسبها تسمية معينة تسهل دخولها في إحدى طوائف المعرفة الإنسانية، وفي المقابل فإن إدخال الحقيقة الموضوعية في نطاق القاعدة القانونية يقتضي إعطاءها وصفا قانونيا، لأن القانون يحكم العلاقات بين الأشخاص، وهذه العلاقات لا بد لها من أوصاف تسمح بتطبيق القانون عليها، إذن فإن هذا التعارض بين شرط وجود الحقيقة الموضوعية، وبين شرط إدخالها في نطاق القاعدة القانونية، سيؤدي إلى إثبات عدم وجود الحقيقة الموضوعية، وبالنتيجة إثبات عدم وجود الواقع الصرف¹⁰⁴.

ومن الناحية المنطقية فإن الخصوم لا يقدمون للقاضي واقعا صرفا، أي واقع منفصل عن القانون، إذ أن الخصوم وقبل طرح ادعاءاتهم أمام القضاء يقومون وبمساعدة محاميهم أو مستشاريهم باستخراج أفضل تكييف من الواقع الصرف ويقدمونه للقاضي، إذن فإن الواقع الصرف - الواقع غير المكيف - غير موجود لأن المنطق يرفضه¹⁰⁵.

أما من الناحية العملية فإن فكرة التمييز بين الواقع والقانون هي فكرة قديمة لم تعد تستجيب للتطور الذي عرفه دور كل من قاضي الموضوع والخصوم في الدعوى، ولا بالتطور الذي عرفته محكمة النقض في حد ذاتها، فقاضي الموضوع أصبح يعمل في مزيج من الواقع

¹⁰³ JEAN RAY , essai sur la structure logique de code civil français ,bibliothèque de philosophie contemporaine, Librairie Félix Alcan, paris 1926 ,P115.

¹⁰⁴ محمد محمود إبراهيم، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى، مرجع سابق، ص 297 .

¹⁰⁵ نبيل إسماعيل عمر، سبب الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2003،

والقانون، كما أن محكمة النقض قد تحجم عن ممارسة رقابتها على بعض مسائل القانون، وتقوم نفسها في الرقابة على بعض مسائل الواقع¹⁰⁶.

لذلك أمكن القول أن الجانب العملي قد يكشف لنا أكثر محدودية التفرقة بين الواقع والقانون¹⁰⁷، فهي محكمة النقض كثيرا ما تخرج عن طبيعة وظيفتها كمحكمة قانون لكي تمد رقابتها على الواقع تحت ذرائع قانونية مختلفة، فأحيانا تتذرع بتحريف الوقائع، أو بنقص التعليل، وأحيانا أخرى بالخطأ في تكييف الوقائع، أو ترتيب النتائج القانونية على التكييف المناسب، معتبرة كل هذه الذرائع مظاهر لخرق القانون، كما أنها لا تراقب بعض التكييفات وهي مسائل قانونية¹⁰⁸، ولعل هذا ما ذهب البعض إلى تفسير موقف جهة النقض هذا على أنه تعبير صادق على أن وحدة الاجتهاد القضائي لا يمكن أن تتم بعزل عنصري الواقع والقانون، وأن عدم اعتراف الفقهاء الفرنسيين بإفلاس نظام التمييز بين الواقع والقانون هو راجع لاعتزازهم بهذا النظام، رغم أنهم لا يتحرجون من الاعتراف بنجاح نظام المحاكم العليا في البلدان التابعة للعائلة الأنجلوساكسونية وعلى رأسها دار اللوردات في إنجلترا، مما يؤدي بالقول إلى تفوق نظام السوابق القضائية على نظام النقض القائم على جدلية الواقع والقانون¹⁰⁹.

وقد ذهب الأستاذ الصاوي إلى أن مشكلة تحديد نطاق رقابة محكمة النقض لا تكمن في التمييز بين الواقع والقانون بقدر ما تكمن في معرفة إلى أي حد يمكن أن تبسط محكمة النقض رقابتها على مسائل الواقع والقانون، طالما أن المؤيدين لفكرة التمييز بين الواقع والقانون قد اصطدموا بحقيقة أن محكمة النقض رغم أنها محكمة قانون فإنها لا تقصر رقابتها على كل مسائل القانون، وإنما تبسطها أيضا على بعض مسائل الواقع¹¹⁰، إذ يسلم الفقه بأن مسائل الواقع

¹⁰⁶ Raymond MARTAIN , le fait et le droit ou les parties et le juge, jcp,1974, I, n2625..

- Jean Vincent et Serge Guinchard, op cit, pp379-380.

-عيد محمد القصاص، التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة، دار النهضة العربية، ط2، القاهرة 2010، ص 187-188.

-سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم العربية، ط1، بيروت 1994، ص426.

¹⁰⁷ حسين السالمي، التعقيب ووحدة القضاء، مرجع سابق، ص75.

¹⁰⁸ عيد محمد القصاص، مرجع سابق، ص 187.

¹⁰⁹ حسين السالمي، التعقيب ووحدة القضاء، مرجع سابق، ص76.

¹¹⁰ أحمد السيد صاوي، نطاق رقابة محكمة النقض، مرجع سابق، ص122.

ليست بمنأى عن رقابة محكمة النقض ، حيث يخضع لرقابة التكييف القانوني للواقعة، ويخضع أيضا للرقابة كل تقدير للواقعة من قاضي الموضوع إذا كان تقديره يستند إلى قواعد الخبرة العامة¹¹¹.

ويذهب الأستاذ أحمد محمود سعد إلى أبعد من ذلك حيث نادى بعدم جدوى التمييز بين الواقع والقانون ليس من منطلق عدم القدرة على تحديد معيار حاسم لهذا التمييز، ولكن بسبب أننا لسنا بحاجة إلى هذا التمييز، لأن نشاط القاضي الذهني هو نشاط متكامل، يهدف إلى إنزال حكم القانون على الواقع المطروح، فتكون مادة الحكم القضائي محل الرقابة على هذا النحو خليط من الواقع والقانون تم مزجه بواسطة إرادة القاضي وفكره واستنباطه، وبالتالي فإن محكمة النقض تقوم بالرقابة على هذا المزيج برمته كنشاط متكامل، سواء انصب هذا النشاط على الواقع المطروح، أو كان متعلقا بمسائل القانون، فنشاط القاضي الذهني نشاط غير قابل للتجزئة، وعليه فإن رقابة هذا النشاط يجب أيضا أن تكون رقابة غير قابلة للتجزئة، دون المساس بجوهر وطبيعة عمل محكمة النقض باعتبارها ليست درجة ثالثة للتقاضي، لأن شمولية الرقابة هدفها هنا هو تحقيق الغاية التي أنشئت من أجلها محكمة النقض¹¹².

وهكذا اتجهت مجمل هذه الآراء إلى القول بأن العمل الذي تراقبه المحكمة العليا هو مزيج من الواقع والقانون، فثمة تداخل بين مسائل القانون ومسائل الواقع، فالدعوى تثير خليطا بين الواقع والقانون فهي تتألف من جميع ما يثيره الخصوم من نزاع في مسائله الواقعية والقانونية، والقاضي عند تطبيقه للقانون لا يجد نفسه أمام نصوص تحتاج إلى مجرد التفسير أو التطبيق، وإنما يصادف مجموعة من الوقائع يتوقف على تحديدها اختيار القاعدة القانونية الواجبة للتفسير والتطبيق، ولذلك ففي أي عمل قضائي لا توجد وقائع مجردة عن القانون، فليس في عمل القاضي ما يصح أن يكون وقائع بلا قانون أو قانون بلا وقائع، وإنما هو عمل مركب من الواقع والقانون، ولذا يصعب تصور رقابة على هذا العمل ترتكز على تشريحه إلى شطرين

¹¹¹ أحمد مليجي، مرجع سابق، ص ص 68-75.

¹¹² أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص 481 ، 524 ، 525 .

منفصلين لا صلة بينهما، شطر وقائع وشطر قانون، ومن ثم ليس غريباً أن نجد بعض أوجه الطعن بالنقض ذات صلة وثيقة بالواقع¹¹³ .

الفرع الثاني : التمييز بين الواقع والقانون فكرة ممكنة ومجدية

الحقيقة أن فكرة التفرقة بين القانون والواقع لم تكن وليدة اليوم بل أنها فكرة قديمة، فقد عرف القانون الروماني هذه الفكرة ولو بشكل غير واضح، حيث كان القضاء موزعاً بين القاضي والذي كان يختص بالقانون وبين البريتور والذي كان يختص بالقضاء في الواقع، إلا أن هذه التفرقة لم تظهر جلية بسبب أنه وعلى عكس ما يجري عليه القضاء حالياً فإن الفصل في القانون كان يتم قبل الفصل في الواقع، حيث كان البريتور وهو قاضي الواقع يحيل الدعوى للقاضي لبيان القانون الواجب التطبيق عليها¹¹⁴.

ويذهب بعض الشراح¹¹⁵ إلى أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد تطرقوا إلى هذه الإشكالية وحاولوا البحث في التمييز بين مسائل الواقع والقانون، إذ ذهب الإمام ابن القيم إلى القول إلى أن كلا من المفتي أو الحاكم لن يتمكن من الفتوى أو الحكم إلا بنوعين من الفهم أحدهما ينصب على الواقع واستنباط حقيقته بالقرائن والأمارات التي يحيط بها علماً، والثاني فهم الواجب في الواقع وهو فهم حكم الله تعالى في كتابه أو على لسان رسوله في هذا الواقع، ثم يطبق أحدهما على الآخر¹¹⁶ .

وبرجوعنا إلى الرسالة الشهيرة التي بعث بها سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري، فإنها بحق تشكل مرجعية مهمة لتوضيح عمل القاضي، حيث شدد هذا الخليفة الراشد على عملية فهم الواقع في الخصومة التي تعرض على القاضي بقوله: "الفهم، الفهم فيما يتلجج في صدرك ويشكل عليك ما لم ينزل في الكتاب ولم تجر به سنته واعرف

¹¹³ محمد محمود ابراهيم، نظام الطعن بالتمييز في المملكة العربية السعودية، مركز البحوث والدراسات الإدارية، الرياض 1998، ص 263 .

¹¹⁴ محمد زكي أبو عامر، مرجع سابق، ص 225 هـ 02.

- محمد علي الكيك، رقابة محكمة النقض على تسبب الأحكام الجنائية، مرجع سابق، ص 12 .

- نبيل إسماعيل عمر، النظرية العامة للطعن بالنقض، مرجع سابق، ص 139 .

¹¹⁵ محمد علي الكيك، رقابة محكمة النقض على تسبب الأحكام الجنائية، مرجع سابق، ص 12 .

¹¹⁶ ابن القيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الجبل، بيروت 1973، ص 73 .

الأشبه والأمثال ثم قس الأمور بعضها ببعض فانظر أقربها إلى الله وأشبهها بالحق فاتبعه واعمد إليه...¹¹⁷، كما أن في السيرة النبوية ما يفيد أن النظام القضائي في صدر الإسلام قد قبل فكرة إمكانية مراجعة الأحكام أمام جهة أعلى للحديث المروي عن سيدنا علي بن أبي طالب رضي الله عنه حينما بعثه الرسول صلى الله عليه وسلم إلى اليمن قاضياً، أنه قضى في قضية عرضت عليه وقال للخصوم إن رضيتم فهو القضاء، وإلا حجزت بعضكم عن بعض حتى أتوا رسول الله -صلعم- فلما أتوه أجاز قضاء علي رضي الله عنه وقال هو ما قضى بينكما¹¹⁸، ويستدل كذلك على إمكانية الرقابة على الأحكام بعد صدورها ما ورد في كتاب سيدنا عمر بن الخطاب لأبي موسى الأشعري، حيث قال: "ولا يمنعك قضاء قضيته بالأمس فراجعت فيه نفسك فهديت فيه لرشدك أن تراجع فيه الحق، فإن مراجعة الحق خير من التماذي في الباطل"¹¹⁹، ولو أن هذا الأمر يؤسس فقط للرقابة الذاتية التي يمارسها القاضي على أحكامه¹²⁰.

كما ذكر الشيخ عليش في كتابه فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك ما نصه: "والنصوص التي في أيدينا مصرحة بأن الحاكم إذا حكم حكماً يخالف السنة الصحيحة والحسنة يجب نقضه"¹²¹، فالعلماء متفقون على أن حكم الحاكم لا يستقر في أربع مواضع وينقض، وذلك إذا وقع على خلاف الإجماع أو القواعد أو النص الجلي أو القياس¹²².
والحقيقة أن هذه الأدلة المطروحة للتدليل على معرفة قضاء الشريعة الإسلامية لفكرة تحديد مسائل الواقع والقانون وإن كانت مقبولة، إلا أن مداها لا يصل إلى الحد الذي يسمح لنا بالقول

¹¹⁷ أبي عمر أحمد ابن محمد ابن عبد ربه، العقد الفريد، ج01، دار الكتاب العربي، ط03، بيروت 1965، ص 87.86.

¹¹⁸ محمد سلام مذكور، القضاء في الإسلام، دار النهضة العربية، القاهرة 1964، ص 23.

¹¹⁹ ابن عبد ربه، مرجع سابق، ص 87.86.

¹²⁰ انظر في نقض القاضي لأحكام غيره من القضاة: ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ج01، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت 1995، ص 64-66.

¹²¹ مشار إليه في عبد المنعم درويش، طرق الطعن في الأحكام في القانون الروماني، دار الكتب المصرية، ط01، القاهرة 1999، ص 23.

¹²² ابن فرحون، مرجع سابق، ص 62.

-علاء الدين علي إبراهيم، حجية الأمر المقضي به في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ر د، جامعة الأزهر، القاهرة 1996، ص 79.

أن هذا التحديد قد وصل بهم إلى درجة البحث عن معيار للتمييز بين مسائل الواقع والقانون ما دام أنهم لم يعرفوا فكرة النقض بالشكل الذي تطرح عليه في النظام القضائي الحديث، إذ أن مراجعة الأحكام عندهم كانت دائماً شاملة لمسائل الواقع والقانون، بل أن معرفتهم لفكرة الواقع والقانون كان مداها محصور فقط في تحديد نشاط القاضي للوصول إلى الحكم العادل، وبمعنى أدق أنهم عرفوا فكرة الواقع والقانون كعنصرين في الخصومة ولم يبحثوا في إيجاد معيار للتمييز بينهما.

إن التمييز بين الواقع والقانون أمر ممكن ومتصور، لأنه ومهما كانت صعوبة هذا التمييز بين الفكرتين في العمل فإن نقاءهما لا يمكن إنكاره، وليس ثمة ما يدعو لإنكار التمييز بين الفكرتين اللتان تستجيبان لنموذجين مختلفين تماماً في التفكير¹²³.

. إن حقائق القانون الوضعي تتفق مع هذا التمييز، فكل منازعة أمام القضاء لا تحل إلا بتطبيق قاعدة قانونية على مجموعة من الظروف الواقعية .

. لقد ثبت أن نظام النقض نفسه يقوم على التمييز بين الواقع والقانون، إذ أن عدة تشريعات¹²⁴ قد جاءت بفكرة التمييز بين الواقع والقانون وذلك في ما يتعلق بموضوع اختصاص المحاكم، فجعلت الفصل في الواقع والقانون اختصاص أصيل لمحاكم الموضوع، بينما جعلت المحكمة العليا مختصة فقط بالفصل في القانون، وحرمت عليها النظر في الوقائع والفصل فيها¹²⁵ إلا في حالات محددة على سبيل الحصر .

¹²³ عزمي عبد الفتاح ، التمييز بين الواقع والقانون وتوزيع المهام الإجرائية في الخصومة المدنية على هذا الأساس كحل تأصيلي لمشكلة منع تغيير أساس الإدعاء، مجلة المحامي-أعداد أكتوبر/نوفمبر/ديسمبر 1986 الكويت 1986 . ص 11 .

-ففي مجال التكليف القانوني للواقعة يقتضي أولاً ثبوتها فالتكليف إذن عملية لاحقة على ثبوت الواقعة وليس معاصرة لها مما يؤدي إلى وجود خط فاصل بين القانون المجرد والواقع...، راجع احمد السيد صاوي، مرجع سابق، ص 114 .

¹²⁴ راجع : قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، قانون المرافعات المصري، قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، مجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسية.

¹²⁵ تنص المادة 339 من ق ا م ا د على أنه تفصل جهة الاستئناف من جديد من حيث الوقائع والقانون، كما تنص المادة 380 من ق ا م ا د على أن الجهة التي تنتظر في اعتراض الغير الخارج عن الخصومة عليها أن تفصل من جديد في القضية من حيث الوقائع والقانون، كما تنص المادة 390 من نفس القانون على أن المحاكم

كما أن نظام الإثبات يقوم على فكرة التمييز بين الواقع والقانون، حيث يختلف إثبات الواقع عن إثبات القانون¹²⁶ ، ذلك أن إثبات صحة الوقائع المطروحة للنزاع هي مسألة تقع على عاتق الخصوم، أما مسألة تطبيق القانون وتكييفه وتفسيره فهي من مهام القاضي الذي يخضع في عمله هذا لرقابة المحكمة العليا¹²⁷، لذلك ذهب البعض إلى الاعتماد على التمييز بين الواقع والقانون كأساس لتحديد مهام كل من القاضي والخصوم في الدعوى¹²⁸، وتوزيع الأدوار الإجرائية بينهما .

. إن التفرقة بين مسائل الواقع والقانون لا تزال محتفظة بأهمية عظمى في البلاد التي يدخل في تنظيمها القضائي عنصرا شعبيا -نظام المحلفين- حيث يختص العنصر الشعبي بما يعتقد فيه من خبرة في الحياة وقدرة على الإحساس السليم بالقضاء في الواقع، تاركا أمرا القضاء في القانون للقضاة المتخصصين¹²⁹ .

وإذا ما رجعنا إلى الأوجه التي يمكن إثارتها أمام المحكمة العليا، فإننا نجد الفقه ينعت وجه الطعن المتعلق بمسائل الواقع بأنه وجه موضوعي يخرج عن رقابة المحكمة العليا، تمييزا عن أوجه القانون التي يمكن إثارتها حتى ولو كانت هذه الإثارة تتم لأول مرة أمام المحكمة العليا¹³⁰.

والمجالس لما تتصدى للفصل في الطعن بالتماس إعادة النظر فإنها تفصل في القضية من حيث الوقائع والقانون، على خلاف المحكمة العليا التي تعتبر محكمة قانون، إذ بالرجوع إلى نص المادة 03 من القانون 11-12 المؤرخ في 26/07/2011 المتعلق بتنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها ، فإن المحكمة العليا تعتبر محكمة قانون وتجازي كل انتهاك له ، كما أن المادة 364 من ق ا م ا د تنص على أن المحكمة العليا عندما تنقض الحكم المطعون فيه فإنها تحيل الملف إلى جهة الإحالة لنقضل فيه من جديد ما يعني أنه من حيث الأصل فالمحكمة العليا لا تفصل في الوقائع.

¹²⁶ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص ص 48-49-50 .

¹²⁷ سحر عبد الستار، دور القاضي في الإثبات، ر د ، منشورة من طرف دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2007 ، ص 44.

¹²⁸ هشام علي صادق، المقصود بسبب الدعوى الممتنع على القاضي تغييره، مجلة المحاماة، ع04، س50 أبريل 1970، ص 76 .

¹²⁹ محمد زكي أبو عامر، مرجع سابق ، ص 225 هـ 02 .

¹³⁰ أنور طلبة، موسوعة المرافعات المدنية والتجارية، ج05، دار الكتب القانونية، القاهرة 2003، ص 667 .

-أحمد مليجي، أوجه الطعن بالنقض المتصلة بواقع الدعوى، مرجع سابق، ص 62 .

- إن فكرة الواقع والقانون نجد لها تطبيقاً أيضاً عند البحث في نظرية الأحكام القضائية، فمن المتفق عليه أن كل حكم قضائي يجب أن يشتمل على أسبابه، وأسباب الحكم هي الجزء من الحكم الذي يشير فيه القاضي إلى دوافع قراره، وتقسم هذه الأسباب إلى نوعين، أسباب واقعية وهي التي تتصل بالواقع، و أسباب قانونية وهي التي تتصل بالقانون¹³¹.

- وإذا رجعنا إلى نظرية الدعوى فإن فكرة الواقع والقانون قد استخدمت كأساس لتحديد سبب الدعوى، أين احتدم الجدل الفقهي حول هذا الموضوع بين فريق يعرف سبب الدعوى على أنه فكرة قانونية، وفريق آخر يرى أن سبب الدعوى هو مجموعة من العناصر الواقعية البحتة¹³² حيث استخلص الفقيه MOTULSKY أن السبب كمضمون -الممنوع على القاضي المساس به- لا يمكن أن يتكون إلا من مجموعة من الوقائع والظروف الواقعية المادية، أما مسألة التكيف فهي أمر خارج عن فكرة السبب وتعتبر بمثابة جسر يربط بين الواقع والقانون¹³³، لذلك فقد قيل أن المفهوم الواقعي لفكرة السبب يقوم على أساس إمكانية التمييز بين الواقع والقانون¹³⁴.

- ويذهب البعض إلى أن تحديد نطاق التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة يتوقف على التمييز بين الواقع و القانون¹³⁵، فالتطبيق التلقائي لقاعدة قانونية لا يقتضي في حد ذاته أي مواجهة، أما فيما يتعلق بالوقائع فالمواجهة تفرض نفسها بشدة¹³⁶.

- وتجد فكرة الواقع والقانون أساساً لها أيضاً عند التفرقة بين عمل القاضي وعمل الخبير، إذ ينحصر دور الخبير في البحث في مسائل ذات طابع فني تشكل جزءاً من الوقائع التي تساعد القاضي على الفصل في النزاع، بينما يمنع عليه البحث في مسائل القانون التي هي من

¹³¹ أحمد هندي، أسباب الحكم المرتبطة بالمنطوق، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2005، ص 37.

¹³² آدم وهيب النداوي، مدى سلطة المحكمة المدنية في تعديل نطاق الدعوى، رد، ط01، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان 2001 ص ص 148-163.

¹³³ علي عبد الحميد تركي، نطاق القضية في الاستئناف، رد، جامعة عين شمس، القاهرة 1998، ص 247.

¹³⁴ علي عبد الحميد تركي، مرجع سابق، ص 251.

¹³⁵ Hervé CROZE et Christian MOREL, traité élémentaire de procédure civile, 2ed,recueil Sirey 1949,p163.

¹³⁶ محمد نور عبد الهادي شحاتة، سلطة التكيف في القانون الإجرائي، دار النهضة العربية، القاهرة 1993، ص

اختصاص القاضي¹³⁷، حيث أن المحكمة العليا تعيب على قضاة الموضوع تركهم لمسائل القانون والنزول عنها لصالح الخبراء¹³⁸.

وإذا ما رجعنا إلى نظرية العقد فإن فكرة التمييز بين الواقع والقانون تدق عند دراسة الغلط كعيب من عيوب الرضا، إذ نجد المشرع يفرق بين نوعين من الغلط، غلط في الواقع، وغلط في القانون¹³⁹.

ويذهب الأستاذ محمد زكي أبو عامر في دفاعه عن وجوب فصل الجوانب القانونية عن الجوانب الواقعية وتخليص الأولى من الثانية للتحقق من شرعية الحكم إلى أن هذا الفصل ضروري، ليس فقط لأن الخطأ في الواقع لا يمكن أن يتضمن اعتداء على شرعية الحكم، وأن مفهوم الخطأ في القانون كشرط أساسي لاختصاص محكمة النقض لا يتصور تحققه في الحكم الواقعي، وإنما كذلك لأن النشاط التوحيدي لمحكمة النقض هو في طبيعته نشاط عام ومجرد كالقانون، وليس خاص ومجسد كالواقع¹⁴⁰.

- إن الفصل بين الواقع والقانون أمر مهم، ذلك أن إثبات وجود واقع صرف ومحاولة وضع نظرية بالنسبة له هو أمر يهم الفقه لما يترتب عليه من نتائج خطيرة تتعلق بتحديد سلطة قاضي الموضوع، ومدى رقابة المحكمة العليا، ومدى إمكانية طرح أوجه جديدة أمامها¹⁴¹.

- لقد حاول الفقيه **Motulsky** إثبات وجود الواقع الصرف والقانون الصرف وذلك بمناسبة رده على رأي الفقيه **Ray** الذي يقول بعدم وجود الواقعة الصرفة والقانون الصرف في الحياة القانونية¹⁴²، وحسب **Motulsky** فإنه رغم أن الفقيه عندما يفكر في الواقعة فإنه يعتبرها كمادة من مواد

¹³⁷ علي الشحات الحديدي، دور الخبير الفني في الخصومة، رد، جامعة القاهرة، ص 232.

¹³⁸ قرار المجلس الأعلى. الغرفة التجارية والبحرية. المؤرخ في 02 أكتوبر 1988، ملف رقم 50558، المجلة القضائية، ع03، س1990، ص94: وحيث أن عمل الخبير مقصور على جمع معلومات فنية يضعها أمام القضاة لهم أن يأخذوا بها أو يردوها بأسباب سائغة بما لهم من سلطة تقديرية، فالقاضي هو الخبير الأكبر، ويكون القضاة بذلك قد خرخوا المادة 54 من ق ا م ولم يسيبوا قضاءهم وفوضوا سلطتهم للخبير.

¹³⁹ راجع في ما يخص الغلط في الوقائع والغلط في القانون: عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، دار إحياء التراث العربي، بيروت - ص ص 385-390.

¹⁴⁰ محمد زكي أبو عامر، مرجع سابق، ص ص 220-221.

¹⁴¹ - نبيل إسماعيل عمر، النظرية العامة للطعن بالنقض، مرجع سابق، ص 166.

¹⁴² انظر رأي الفقيه **Ray** ص 38 من هذه الرسالة.

القانون، وعندما يفكر في القانون فإنه يعتبره شكل موجه للواقعة، إلا أن هذا لا يمنع إطلاقاً بأن محل تفكيره هذا يتشكل في الحقيقة من الواقع الصرف والقانون الصرف¹⁴³.

- إن تأثير هذه الفكرة على تحديد نطاق رقابة المحكمة العليا هو تأثير كبير، ذلك أن التسليم بوجود الواقع الصرف هو قبول إمكانية التمييز بسهولة بين الواقع والقانون، أما عدم التسليم بذلك فإنه يؤدي إلى معاناة تشابك مستمر بين المفهومين، وبالتالي إلى ارتباك في تحديد نطاق الرقابة، **Motulsky** عبر عن هذه الصعوبة بقوله: "في النشاط القانوني التمييز بين الواقع والقانون ليس عملية سهلة، فهو يحتاج إلى بذل بعض الجهد، فكما يتعلق بتحليل أو تفسير القاعدة القانونية هو بلا شك مسألة من مسائل القانون، وكل ما يتعلق بالاعتراف بالوقائع الثابتة أو التي تم تحقيقها بعد أن كانت محل نزاع فهي بطبيعة الحال تدخل ضمن مسائل الواقع"¹⁴⁴.

- ويدافع الأستاذ نبيل إسماعيل عمر على وجود الواقع الصرف حيث يرى أنه يجب ضبط اللحظة الزمنية التي يجب النظر فيها لمعرفة متى نكون أمام واقع بحت ومتى نكون أمام قانون بحت دون أن يحدث تداخل أو خلط بين المفهومين، فقبل قيام النزاع فإننا نكون أمام وقائع صرفة للخصوم عليها سلطان كامل وللقاضي إزائها أيضاً سلطان كامل، وعند إجراء التكييف القانوني يظل الواقع محتفظاً بصفته كواقع صرف طوال مرحلة المقارنة بينه وبين مفترض القاعدة القانونية، وحتى بعد إجراء التكييف فإن الواقع يظل منفصلاً عن تكييفه، فمحكمة النقض عندما تراقب التكييف القانوني فإنها لا تراقب أساسه الواقعي، ومحكمة الإحالة بعد النقض بسبب الخطأ في التكييف تعيد إجراء التكييف الصحيح بناء على نفس الأساس الواقعي السابق دون أن تغير فيه، مما يدل على عدم انصهار الواقع البحت في تكييفه القانوني¹⁴⁵، وكذلك فإن القاعدة القانونية وبمجرد صدورها من المشرع فإنها تتخلع عن الواقع الذي تم تشييدها منه، فصفتها العمومية والتجريد والإلزام هي التي تجعلها تتفصل عن الواقع، وفي نفس الوقت تحكمه وتهيمن عليه، بحيث أنها صالحة للتطبيق على أي واقع يتطابق مع مفترضها، وهي في ذلك تخضع لرقابة المحكمة العليا باعتبارها مسألة قانون وليست مسألة واقع¹⁴⁶.

¹⁴³ Henri Motulsky, Principes d'une réalisation méthodique du droit prive, op cit,p156 .

¹⁴⁴ Henri Motulsky, Ibid ,p156.

¹⁴⁵ نبيل اسماعيل عمر، النظرية العامة للطعن بالنقض، مرجع سابق، ص 157 .

¹⁴⁶ نبيل اسماعيل عمر، النظرية العامة للطعن بالنقض، مرجع سابق، ص 147 .

الفرع الثالث : موقف المحكمة العليا من مسألة مدى صلاحية التمييز بين الواقع والقانون كأساس لتحديد نطاق رقابة المحكمة العليا على قاضي الموضوع

إننا يجب أن ننطلق من التسليم بأن الوظيفة القضائية قائمة على جدلية الواقع والقانون، لأن عدالة القضاء لا بد لها من عنصرين عنصر مادي واقعي وعنصر فني قانوني هما المكونان للجدلية القضائية، لكن هذه الثنائية لا تعني ازدواجية العدالة القضائية، وإنما هي تعبير على أن أداة العدالة القضائية وهي العمل القضائي عموماً والحكم خصوصاً، يجب أن تكون أداة جامعة للعنصرين في صيغتها وفي مضمونها¹⁴⁷.

وللتعرف على موقف المحكمة العليا من مسألة التمييز بين الواقع والقانون، يجب الرجوع إلى إنتاج هذه المحكمة نفسها في ظل ندرة الدراسات المتخصصة حول هذا الموضوع.

فنحن لا نستطيع أن نتجاهل هذه الثنائية كأساس لتحديد نطاق الرقابة، لأن المحكمة العليا نفسها تستعملها لرفض عديد الأوجه المثارة بحجة أنها تتعلق بمسائل واقع تخرج عن رقابتها، كما أنه يجب علينا أن نعترف أن محكمة النقض الفرنسية عند إنشائها بعد الثورة الفرنسية قد حصرت دورها الرقابي على المسائل القانونية، وقد امتد أثرها على جميع المحاكم المقلدة لها، وينسحب هذا الأثر على المحكمة العليا في الجزائر، لذلك فإن الجواب الأولي الذي يعطيه لنا أي رجل قانون هو أن المحكمة العليا هي محكمة قانون وليست محكمة موضوع.

إن هذه الإجابة مكرسة بنصوص قانونية، فالمادة 02/152 من الدستور تنص على أن المحكمة العليا تضمن توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد وتسهر على احترام القانون والمادة 03 من القانون العضوي رقم 11-12 المؤرخ في 26/07/2011 المتعلق بتنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها، التي تنص صراحة على أن المحكمة العليا هي محكمة قانون، تمارس الرقابة على الأوامر والأحكام والقرارات القضائية من حيث تطبيقها السليم للقانون واحترامها للأشكال وقواعد الإجراءات، كما أن نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية تفيد هذا المعنى.

¹⁴⁷ حسين السالمي، الأثر الناقل للاستئناف، مجلة القضاء والتشريع، ع08، س49، أكتوبر 2007، تونس،

لكن يجب أن نفر أيضا أنه بمرور الزمن ولرغبة المحكمة العليا نفسها إعطاء دور تعليمي للمحاكم الدنيا¹⁴⁸، وحساسيتها من مسألة تجسيد العدالة، وجدت نفسها مجبرة على أن تطل برأسها على دائرة الواقع، مبررة تلك الإطلالة أنها ضرورية للقيام بواجب الرقابة على القانون، وقد ساعدها المشرع في ذلك لما أقر لها ببعض الأدوات التي أنشأتها مسبقا، كمرابقتها للمحاكم الدنيا في طريقة عرضها للوقائع، ومطالبتها بأن تكون تلك الوقائع معروضة بطريقة كافية تسمح لها بممارسة الرقابة القانونية، وقيام المحكمة العليا بالرجوع إلى أوراق الدعوى ومرابقتها للتعرف على مدى احترام قضاة الموضوع للإجراءات المدعى بخرقها، واعتراف المشرع مؤخرا بحق المحكمة العليا بمراقبة مضمون الوثائق التي بني عليها الحكم محل الرقابة في حالة قيام قضاة الموضوع بتحريف مضمونها¹⁴⁹.

إن المحكمة العليا إذن تفرق في عملها بين مسائل القانون ومسائل الواقع، ولو أنها كثيرا ما تستعمل مصطلح المسائل الموضوعية للتعبير عن مسائل الواقع¹⁵⁰، والمشرع نفسه يستعمل المصطلحين للتعبير عن نفس المعنى¹⁵¹.

فبالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا فإننا نجدنا تراقب مسائل القانون كاختصاص أصيل وتكون رقابتها هنا رقابة شاملة، بينما لا تراقب مسائل الواقع إلا بالقدر الذي يسمح لها بمراقبة مسائل القانون، بمعنى أنها من حيث الأصل فهي لا تراقب مسائل الواقع إلا إذا كانت هذه الرقابة ضرورية من أجل الوصول إلى أعمال الرقابة على مسائل القانون، وهذا المعيار الذي نعتقد أن المحكمة العليا قد وضعت له لتحدد نطاق اختصاصها.

¹⁴⁸ المادة 05 من القانون العضوي رقم 11. 12 المؤرخ في 2011/07/26، ج ر 42، س 2011 : تعمل المحكمة العليا على نشر قراراتها وكذا التعليقات والأبحاث القانونية والقضائية .
¹⁴⁹ المادة 06 من القانون العضوي رقم 12.11: تساهم المحكمة العليا في تكوين القضاة.
 كما أن نظام الإحالة يمثل إطارا عمليا من خلاله تقوم المحكمة العليا بلعب دورها التعليمي لقضاة الموضوع.
¹⁴⁹ راجع المادة 358 من ق ا م اد المبينة لأوجه النقض والتوسع الذي عرفته بالمقارنة بنص المادة 233 من ق ا م القديم.

¹⁵⁰ إذ في بعض الأحيان تعبر المحكمة العليا عن مسائل الواقع بمصطلح المسائل الموضوعية فنقول مثلا عن مسألة ما أنها من المسائل الموضوعية التي يستقل قضاة الموضوع بتقديرها انظر على سبيل المثال: قرار الغرفة العقارية المؤرخ في 2006/04/12 ملف رقم 324354 مجلة المحكمة العليا، ع 02 ، س 2006 .
¹⁵¹ راجع مثلا نص المادة 374 من ق ا م اد.

فالمحكمة العليا تعترف لقضاة الموضوع بحقهم في تقدير وقائع النزاع دون رقابة عليهم من طرفها¹⁵²، لكن بشرط أن يعرضوا تلك الوقائع عرضا كافيا يسمح لها بإعمال رقابتها على القاعدة القانونية التي طبقت لحل النزاع¹⁵³، وأن تكون العناصر الواقعية التي عاينوها كافية لتبرير ما انتهوا إليه في منطوق الحكم الذي توصلوا إليه¹⁵⁴، وأن لا يقوموا بتشويه مضمون الوثيقة التي استخلصوا منها الوقائع التي بناء عليها حددوا القاعدة القانونية الواجبة التطبيق¹⁵⁵. إن ما نلاحظه هو أن المحكمة العليا لم تلزم نفسها بتحديد معيار فاصل بين مسائل الواقع ومسائل القانون في ضوء المعايير المقترحة من طرف الفقه، بل تركت لنفسها هامش من حرية التحرك بحيث لم تحصر نفسها في نطاق محدد، بحيث أن تحديدها لنطاق الرقابة يرجع لإرادتها هي فهي لا تخضع لرقابة سلطة أعلى ومن ثم فهي سيده الموقف في شأن كل ما يتعلق باختصاصها¹⁵⁶.

إن حدود الرقابة إذن يرتبط أساسا بأهداف وغايات المحكمة العليا والمتمثلة أساسا في فرض الرقابة على تطبيق القانون وتوحيد الاجتهاد القضائي، وأن غزوها لمنطقة الواقع لم يكن إلا بصفة اضطرارية نتيجة أن القيام بهذه الرقابة ضروري وللازم للتأكد من سلامة وصحة تطبيق

¹⁵² قرار الغرفة العقارية المؤرخ في 19/01/2005 رقم 294009 ، مج محك ع ، ع01، س2005، ص 245 .

قرار الغرفة العقارية المؤرخ في 14/09/2005 رقم 311362 ، مج محك ع ، ع01، س2005، ص 267 .

¹⁵³ قرار الغرفة العقارية المؤرخ في 31/01/2001 رقم 205945 ، الاجتهاد القضائي 2004 ، عدد خاص ج02، ص 294 .

قرار الغرفة العقارية المؤرخ في 20/02/2002 رقم 225806 ، الإجتهد القضائي 2004 ، عدد خاص ج02، ص 419 .

قرار الغرفة العقارية المؤرخ في 22/05/2002 رقم 229229 ، الإجتهد القضائي 2004 ، عدد خاص ج02، ص 422 : وحيث أن المجلس لم يرد على الدفع المثار من طرف الطاعن مما لا يسمح للمحكمة العليا بممارسة حقها في الرقابة.

¹⁵⁴ قرار الغرفة العقارية المؤرخ في 23/02/2005 رقم 299253 ، مج مح ع ، ع01، س2005، ص 251 .

قرار الغرفة العقارية المؤرخ في 19/03/2003 رقم 246799 ، مج مح ع ، ع01، س2004 ، ص 209 .

¹⁵⁵ قرار الغرفة العقارية المؤرخ في 30/09/1998 رقم 161833 ، الاجتهاد القضائي 2004 ، عدد خاص ج02 ، ص 195 .

¹⁵⁶ هشام علي صادق، مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، منشأة المعارف الاسكندرية 1968، ص97. -André PERDRIAU, réflexion désabusée sur le contrôle de la cour de cassation en matière civile,jcp. I.1991 .3538.

القانون¹⁵⁷، أما إذا أمكن التأكد من ذلك دون مراقبة الواقع فإن هذه الرقابة للواقع تصبح محظورة¹⁵⁸.

فخلاصة القول إذن، هو أن المحكمة العليا لا تراقب مسائل الواقع إلا بالقدر الذي يسمح لها بمراقبة مسائل القانون، كما أنها تراقب مسائل القانون بالقدر الذي يسمح لها بتطبيق أهداف الرقابة المنصوص عليها بالمادة 152 من الدستور.

المبحث الثاني : النتائج المترتبة على التمييز بين الواقع والقانون

يقتضي الفصل بين مسائل الواقع والقانون في مجال عمل المحكمة العليا التصريح بأن هذه الأخيرة تختص بمراقبة مطابقة الحكم المطعون فيه للقانون دون بحث مسائل الواقع التي تعتبر من اختصاصات قاضي الموضوع، أي أنها تفصل في قانونية الأحكام دون إعادة فحص وقائع النزاع، لأن هذا يخالف غرض المشرع من إنشائها وهو ضمان وحدة القانون والقضاء في الدولة¹⁵⁹، فالمحكمة العليا لا تعتبر درجة ثالثة للتقاضي¹⁶⁰، ويعني هذا المبدأ أنه لا شأن

¹⁵⁷ قرار الغرفة العقارية المؤرخ في 26/07/2000 رقم 198170، الاجتهاد القضائي 2004، عدد خاص ج02، ص223 : وحيث أن قضاة المجلس قد شابوا قرارهم بالقصور في التسبب وهو ما جرهم إلى الخطأ في تطبيق القانون.

¹⁵⁸ هو حظر ليس له أي جزء قانوني، لكن هناك التزام أدبي يجعل قضاة المحكمة العليا يناون بأنفسهم عن الخوض في مسائل الواقع التي يتكونها لسلطة قضاة الموضوع دون رقابة عليهم في ذلك .

-قرار الغرفة التجارية والبحرية المؤرخ في 30/01/1995 رقم الملف 102227، مجلة الإجتهد القضائي للغرفة التجارية والبحرية، عدد خاص، س2001، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر 2001، ص 135 : وحيث أن هذا الوجه يتعلق بالموضوع الذي يخضع في تقدير وقائعه إلى سلطة قضاة الموضوع، وذلك بتقديرهم في دعوى الحال أن غلق الشركة يلحق ضررا بالشركاء، وبالتالي فهو وجه غير مؤسس.

¹⁵⁹ علي مسعود محمد، القاضي والعناصر الواقعية للنزاع المدني، ر د، جامعة الفاتح طرابلس ليبيا 2005، ص 330 .

¹⁶⁰ مرسال جورج سيوفي، محكمة التمييز، ط03، ب د ن، بيروت1994، ص 96.

- إلياس أبو عيد، المراجعة التمييزية في الأصول المدنية، ج02، ب د ن، بيروت 1997، ص 54.
- محمد العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، ب د ن، القاهرة 2006، ص 967 .
- أحمد فتحي سرور، النقض في المواد الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة 1997، ص 18 .
- وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، ط01، دار الفكر العربي، القاهرة 1986، ص 688 .

لها بوقائع موضوع النزاع، حيث أن وظيفتها مقيدة، فعليها أن تتقبل وقائع النزاع كما أثبتتها محكمة الموضوع، ويترتب عن ذلك أيضا أن الدفاع أمامها يلتزم البقاء في حدود النزاع الذي كان مطروحا أمام محكمة الموضوع، فلا تقبل أمامها كقاعدة عامة وسائل جديدة و لا عناصر جديدة لم يسبق عرضها صراحة أو ضمنا على محكمة الموضوع¹⁶¹، كما يترتب عن ذلك أنها إذا نقضت الحكم المطعون فيه فإنه كقاعدة عامة تستنفذ رقابتها، ولا يحق لها أن تفصل في الموضوع، بل يتعين عليها أن تحيله من جديد إلى محكمة الموضوع¹⁶²، عن طريق ما يسمى بالإحالة¹⁶³.

إذن يجب بداية التسليم بأنه لا يمكن إعادة الخوض والجدل في الواقع الصرف الذي أثبته قاضي الموضوع، وهذه النتيجة وإن كانت تبرز دور التمييز بين الواقع والقانون في تحديد نطاق الرقابة، إلا أنها مسألة لا تثير أي مشاكل خاصة من الناحية العملية¹⁶⁴، في حين أن

- نفس الاتجاه يأخذ به المشرع بصفة مبدئية، إذ نص بالمادة 06 من ق ا م ا: المبدأ أن التقاضي يقوم على درجتين ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

- jaques NORMAND, le juge et le litige, thèse Paris, LGDJ.1965.préf. Roger Perrot, spéc, p214.

- انظر عكس هذا الرأي الأستاذ أحمد أبو مسلم في كتابه: أصول المرافعات حيث يقول: أن محكمة النقض وإن لم يكن في نية المشرع جعلها درجة ثالثة للتقاضي إلا أنها في نظر المتقاضين على الأقل هي درجة فعلية من درجات التقاضي، وإذا قيل أنها لا تتعرض للوقائع فلا يفي عنها ذلك صفتها القضائية، و لا يفي أنه ليس حتما أن تكون درجة التقاضي مطلقة من كل قيد أو شرط.(مشار إليه في: فكري عبد الحميد أبو صيام، الأسباب الجديدة في النقض المدني، رد، جامعة القاهرة 2003، دار النهضة العربية، القاهرة 2005، ص40.

¹⁶¹ Gustave PEISER ,le recours en cassation en droit administratif français, évolution et régime actuel, thèse ,NANCY,1954,p152.

¹⁶² محمد العشماوي، مرجع سابق، ص ص 967-968.

¹⁶³ سنرى في ما بعد أن هذه القاعدة العامة ليست مطلقة بل أن المشرع أورد عليها استثناءات كسلطة النقض بدون إحالة وسلطة الفصل في الموضوع ضمن شروط محددة.

¹⁶⁴ إذ استقر في قضاء المحكمة العليا أن الجدل في الواقع غير مقبول أمامها انظر:

-قرار الغرفة المدنية رقم 1994 المؤرخ في 2005/12/21، ملف رقم 313993، غير منشور: وحيث أن ما يعيبه الطاعن في غير محله لأنه بالرجوع إلى هذا الوجه يتبين بأن الطاعن عرض الوقائع وبدأ يناقشها والتي هي من صلاحيات قضاة الموضوع وليس للمحكمة العليا عليهم في ذلك أي رقابة.

- نقض مصري 1986/04/30 طعن 1996 س55 ق: وحيث أن الجدل الموضوعي في تقدير محكمة الموضوع للإثبات غير جائز أمام محكمة النقض.

المسألة الأجدر بالدراسة هي مسألة الوسائل القانونية الجديدة والتي تثير بعض المشاكل خاصة أن الخصوم كثيرا ما يدلون بأوجه طعونهم معتقدين أنها صائبة، ويفاجئون بعدم قبولها بسبب أنها جديدة أو أنها مختلطة بالواقع.

إن الأوجه القانونية الجديدة إما أن تكون أوجه قانونية يخالطها واقع، والتي لا يجوز إعمالها دون إعادة البحث في الواقع الذي تسري في شأنه، وهذه يحظر التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض، وإما أن تكون أوجه قانونية محضة، وهي التي تسري بذاتها دون أن يتطلب إعمالها بحث جديد للواقع الذي تسري في شأنه، وهذه الأوجه يجوز التمسك بها ولو لأول مرة أمام محكمة النقض، وتختلف الأوجه القانونية التي يخالطها واقع عن الأوجه القانونية المحضة في أن الأولى تستند إلى واقع صرف، بينما الأخيرة تستند إلى نص في القانون¹⁶⁵.

فبالرجوع إلى المادة 359 من ق ا م ا د فإنها تنص: " لا تقبل أوجه جديدة للطعن بالنقض باستثناء 100 الأوجه القانونية المحضة أو تلك الناتجة عن الحكم أو القرار المطعون فيه"¹⁶⁶، وهذه المادة تكاد تكون ترديد لنص المادة 619 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي¹⁶⁷ التي تنص:

Les moyens nouveaux ne sont pas recevables devant la cour de cassation
Peuvent néanmoins être invoqués pour la première fois, sauf disposition
contraire :

- 01- Les moyens de pur droit ;
- 02- Les moyens nés de la décision attaquée.

والحقيقة أن هذه النصوص ما هي إلا تكريس لاجتهاد تقليدي ثابت لقضاء النقض في فرنسا¹⁶⁸

¹⁶⁵ أنور طلبية، موسوعة المرافعات المدنية والتجارية، ج05، دار الكتب القانونية، القاهرة 2003، ص 668

¹⁶⁶ Art 359 c p c a : A l'exception des moyens de pur droit ou ceux nés du jugement ou de l'arrêt attaqué, les moyens nouveaux ne peuvent être présentés au soutien du pourvoi en cassation.

- من الواضح أن المشرع كان حازما في صياغة هذا النص، حيث استعمل أداة الجزم في صدد حديثه عن القاعدة أين منع في الأصل إثارة أي وجه جديد أمام المحكمة العليا لم يسبق طرحه أمام محكمة الموضوع ووضع لهذه القاعدة استثناءات في نفس النص.

¹⁶⁷ Décret n :79-941 du 07/11/1979 en vigueur le 01/01/1980.

- نفس القاعدة منصوص عليها بالمادة 728 من قانون أصول المحاكمات اللبناني.

¹⁶⁸ Jacques Boré, op cit, p555.

- req.23/11/1852.D.1852.pp899-900.

وفي الجزائر¹⁶⁹ و في مصر¹⁷⁰ ، وهذا الاجتهاد مدعوم بقوة من طرف الفقه¹⁷¹ .

- حيث جاء في هذا القرار الشهير الصادر عن غرفة العرائض لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1852/11/23 أن هذه الغرفة تؤكد أن محكمة النقض هي في طبيعتها محكمة قانون لذلك فمن غير المقبول أن يدلى أمامها لأول مرة بوسائل جديدة لم يسبق طرحها والفصل فيها من قبل محاكم الموضوع.

- غير أن نظام عدم قبول الوسائل الجديدة أمام المحكمة العليا في فرنسا لم يتم تقبله بسهولة من طرف المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان حيث تم انتقاده في القضية الشهيرة المعروفة بقضية DULAURANS ضد BEN NACER حيث في هذه القضية أعابت هذه المحكمة على محكمة النقض الفرنسية بأنها لم تحمل نفسها عناء التبرير المفصل لجدّة الوسيلة في حين أن هذه الأخيرة تم طرحها من طرف الطاعنة أمام محكمة الدرجة الأولى ولم تتمسك بها أمام جهة الإستئناف :

-Cour eur.dr.h , 21/03/2000 ,DULAURANS.c.france,jcp,2000,02,10344.

- غير أن هذا القرار ظهر أنه بدون مستقبل حيث ما لبث أن صححت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان موقفها من نظام الوسائل الجديدة حيث وفي قرارها المؤرخ في 2000/08/29 صرحت بأن عدم قابلية الوسائل الجديدة أمام المحكمة العليا لا يمس بمبدأ الحق في المحاكمة العادلة:

-Vincent DELAPORTE , le contrôle de l'irrecevabilité des moyens nouveaux devant la cour de cassation, léaffaire DULAURANS, 21/03/2000,www.credho.org,21/10/2010, 20h00.

¹⁶⁹ ذلك أن العمل بهذه القاعدة قبل صدور القانون 08-09 كان يتم بغير نص قانوني إذ كان قانون الإجراءات المدنية القديم خلوا من نص يقرر هذه القاعدة إلا أن هذه القاعدة كانت تشكل اجتهادا ثابتا في قضاء المحكمة العليا تحديدا لنطاق اختصاصها انظر في ذلك مثلا:

- قرار الغرفة المدنية المؤرخ في 1985/01/09 ملف 32676 ، مجلة قضائية عدد04، س 1989 ، ص 14 :
وحيث لم يتضح من القرار المطعون فيه أن الوجه المقدم قد أثير لدى قضاة الموضوع فهو جديد لدى المجلس الأعلى وغير مقبول.

- قرار الغرفة العقارية المؤرخ في 2002/07/17 رقم 230443 ، نشرة القضاة عدد58 س2006 ، ص 213 :
وحيث أن الطاعنات أثرن أمام المحكمة العليا أن اغتصاب الحياة كان خفية غير أن هذه المسألة لم يسبق طرحها أمام القضاة ولم تثبت أمامهم مما يعد ذلك أنه دفعا جديدا.

- قرار الغرفة العقارية المؤرخ في 2001/05/30 رقم 211880 ، نشرة القضاة عدد57 س2006 ، ص 229 :
وحيث أن مسالة مقدار الحقوق الموصى بها في العقد المذكور أعلاه لم يسبق طرحها على قضاة الموضوع وبذلك فإن الدفع بشأنها هو دفع جديد يثار لأول مرة أمام المحكمة العليا مما يتعين رفضه.

¹⁷⁰ رغم أن المشرع المصري لم يأت بنص يكرس موقف القضاء المصري الثابت في هذه المسألة: انظر مثلا:
نقض 1958/11/12 طعن 871 س49 ق- نقض 1958/02/10 طعن 1681 س51 ق -نقض 1988/11/22 طعن 1360 س54 ق-نقض 1988/06/16 طعن 523 س25 ق- نقض 1984/12/17 طعن 370 س42 ق-نقض 1988/01/31 طعن 584 س51 ق.

إن تحليل بسيط لنص المادة 359 من ق ا م إ يسمح لنا بالقول أن الأمر يتعلق بقاعدة واستثناء، لذلك فإن دراستنا لهذا المبحث انطلاقاً من هذه المادة ستكون في مطلبين:

المطلب الأول، والذي نتناول من خلاله القاعدة وهي النتيجة المترتبة عن التمييز بين الواقع والقانون، والمتمثلة في قاعدة عدم جواز طرح أوجه قانونية جديدة يحتاج النظر فيها إلى إعادة البحث في الوقائع.

المطلب الثاني، والذي ندرس من خلاله الاستثناء والمتمثل في جواز طرح أوجه قانونية جديدة لأول مرة بشرط أن تكون غير مختلطة بالواقع، أي أوجه قانونية صرفة، أو أن تكون ناتجة عن الحكم المطعون فيه.

المطلب الأول : عدم جواز طرح أوجه . وسائل . 172 قانونية جديدة

إضافة إلى طبيعة المحكمة العليا، هناك ثلاثة مبادئ تسود قانون الإجراءات المدنية تؤسس لقاعدة حظر قبول الوسائل القانونية الجديدة أمام المحكمة العليا وهي: مبدأ تقيد القاضي بالنزاع ومبدأ جواز إثارة القاضي أسباب قانونية ومبدأ الوجاهية¹⁷³.

171 - انظر :

- حامد فهمي، ما يقبل وما لا يقبل من الأسباب أمام محكمة النقض . الأسباب الجديدة، مقال منشور بمجلة القانون والاقتصاد، س 1935، ص ص 193-195 - محمد أحمد ربيع ، الأسباب المقبولة أمام محكمة النقض، مقال منشور بمجلة إدارة قضايا الحكومة ، س07، ع01 - ص 30 وما يليها. - أحمد السيد صاوي، في الأسباب الجديدة أمام محكمة النقض بالنسبة للطعن المدني ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ص08 .

-jacques Boré, op cit ,p555.- jaques Vollet ,l'irrecevabilité des moyens nouveaux devant la cour de cassation en matière civile ,jcp 1973-1- 2544- Ernest FAYE, la cour de cassation,librairie DOUCHMAN, 1970- Jean VINCENT, procedur civile,23ed,dalloz1994,p889.- François RIGAUX ,op cit, p 177-199.

172 لقد استعملنا مصطلح أوجه لأنه المصطلح المستعمل من طرف المشرع في حين أن اغلب المراجع العربية تستعمل مصطلح أسباب، وهذين المصطلحين هما ترجمة لمصطلح MOYENS المستعمل من طرف الفقه والقضاء والتشريع الفرنسي . ورغم أن المشرع باختياره لهذا المصطلح قد أخرجنا من إشكالية التمييز بين السبب المدلى به أمام المحكمة العليا وبين سبب الدعوى ، لكننا كنا نفضل لو أنه استعمل مصطلح وسيلة وهي الترجمة الدقيقة لكلمة moyen . انظر في نفس الفكرة: عزمي عبد الفتاح، مرجع سابق، ص13.

- والحقيقة أن الأستاذ السنهوري كان سابقاً في استعمال مصطلح الوجه حيث ترجم عبارة: les moyens nouveaux إلى عبارة الأوجه الجديدة وليس الأسباب الجديدة كما فعل معظم الفقه المصري. انظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، مرجع سابق ، ص49.

إن فهم قاعدة عدم جواز طرح أوجه جديدة أمام المحكمة العليا لا يتم إلا من خلال تحديد المقصود بالوجه القانوني الجديد الذي يمنع على المحكمة العليا نظره . الفرع الأول . ومن خلال تحديد الأشكال التي يمكن أن يكون من خلالها الوجه جديداً وكيفية إثبات هذه الجدة . الفرع الثاني . .

الفرع الأول : تحديد المقصود بالأوجه القانونية الجديدة

لم يتصد المشرع شأنه شأن المشرع الفرنسي لمسألة تعريف الوجه القانوني الجديد¹⁷⁴، مما يجعلنا نبحث عن هذا التعريف في الفقه المقارن، لكن قبل أن نعرف الوجه القانوني الجديد الذي يحظر قبوله من طرف المحكمة العليا . أولاً . يستحسن بنا أن نحدد بصفة عامة معنى الوجه . الوسيلة . وذلك من خلال تمييزه عن بعض المصطلحات المشابهة له . **ثانياً .**

أولاً . تحديد معنى الوجه . الوسيلة . من خلال تمييزه عن بعض المصطلحات المشابهة:

لقد سبق وأن أشرنا إلى أن المشرع قد استخدم مصطلح الوجه كترجمة لمصطلح *moyen* في بيان الأوجه الجديدة المنصوص عليها بالمادة 359 من ق ا م اد ، كما أنه قد لاحظنا أن المشرع استخدم نفس المصطلح لبيان حالات الطعن بالنقض المنصوص عليها بالمادة 358 من ق ا اد التي تقابلها في نفس النص باللغة الفرنسية عبارة: **les moyens de cassation**، رغم أننا كنا نفضل لو أن المشرع استخدم مصطلح الوسائل في المادة 359 من ق ا م اد كترجمة لمصطلح *moyens* الواردة في النص الفرنسي من نفس المادة، حتى يتسنى لنا التمييز بينها وبين

¹⁷³ مارسال جورج سيوفي، مرجع سابق، ص 97.

- فمبدأ تقيد القاضي بالنزاع يمنع على الأطراف إثارة وسائل جديدة أمام المحكمة العليا تؤدي إلى توسيع حدود النزاع.

- ومبدأ جواز إثارة القاضي لأسباب قانونية يسمح بقبول وسائل قانونية جديدة بشرط أن تكون قانونية محضة، أي أن تطبيقها لا يحتاج إلى إعادة البحث في الوقائع، أو أنها لا تستند في تطبيقها إلى عناصر واقعية لم يسبق إثارتها أمام قضاة الموضوع.

. ومبدأ الوجاهية هو الذي يبرر عدم قبول أي وسيلة قانونية تستند إلى واقعة تم إدخالها إلى الملف لم يتم إعلام الخصم بها بالطرق المقبولة قانوناً.

¹⁷⁴ والحقيقة أنه لا يمكننا اعتبار ذلك تقصيراً من المشرع كون أن مسألة التعريفات مسألة صعبة يستحسن تركها لجهود الفقهاء .

أوجه النقص المشار إليها بالمادة 358 من ق ا م ا د، لذلك فإننا سنعتبر عن مصطلح الأوجه الجديدة بمصطلح الوسائل الجديدة.

احتدم الخلاف بين الفقهاء في تعريف الوسيلة، إلا أن أهم التعريفات التي يمكن طرحها هي: التعريف الذي تقدم به النائب العام VOULET والذي عرف الوسيلة بأنها بيان الخصم عن طريق الاستدلال القانوني لواقعة أو عمل أو نص لتدعيم صحة طلبه أو دفاعه¹⁷⁵، وكذلك التعريف الذي تقدم به النائب العام BESSON حيث عرف الوسيلة بأنها الدعم الضروري للطلب أو الدفاع¹⁷⁶، كما عرفها الفقيه VINCENT بأنها كل ما يمكن أن يفيد في تبرير إدعاءات الخصوم دون تعديلها، وتشمل طرق إثبات جديدة أو حتى طرق جديدة لانقضاء الالتزامات¹⁷⁷، كما عرفها الأستاذ Raymond MARTIN بأنها الطريقة أو الكيفية التي يتم الوصول بها إلى الحكم، أو هي اللقاء الحيوي بين الواقعة المنتجة والقاعدة القانونية الواجبة التطبيق¹⁷⁸، وعرفها الأستاذ نبيل إسماعيل عمر بأنها الحجج المثارة من الطاعن بصدد إثبات أن قضاة الموضوع قد خالفوا القانون، أو أنهم لم يعطوا حكمهم الأساس القانوني السليم¹⁷⁹، ويرى نفس الأستاذ أن تعريف الوسيلة يقوم على اعتبارها أداة فنية أساسية في القانون الإجرائي¹⁸⁰.

يلاحظ من خلال هذه التعاريف أن مصطلح الوسيلة قد يختلط ببعض المصطلحات المشابهة له، لذلك جرى الفقه على التمييز بين كل من الوسيلة و الحجة¹⁸¹، وبين الوسيلة

¹⁷⁵ محمد نور عبد الهادي شحاتة ، سلطة محكمة النقض في استبدال الأسباب في المواد المدنية، دار النهضة العربية ، القاهرة 1992 ، ص 170 .

Définition du moyen par le conseiller VOULET : " l'énonciation par une partie d'un fait, d'un acte ou d'un texte, d'où , par un raisonnement juridique , elle prétend déduire le bien-fondé d'une demande ou d'une défense"... Jacques Boré , op cit, p476.

¹⁷⁶ François Rigaux, op cit, p170

¹⁷⁷ أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2009 ، ص 198.

¹⁷⁸ Raymond MARTIN, sur la notion de moyen , jcp, I, 1976,2768.

¹⁷⁹ نبيل اسماعيل عمر، سبب الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف، مرجع سابق ، ص 185.

¹⁸⁰ نبيل اسماعيل عمر، سبب الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف ، مرجع سابق، ص 242 .

¹⁸¹ محمد نور عبد الهادي شحاتة ، سلطة محكمة النقض في استبدال الأسباب في المواد المدنية ، مرجع سابق ،

والطلب¹⁸² ، والتمييز أيضا بين الوسيلة - le moyen - والسبب - la cause -¹⁸³ ، باعتبار أن هذه المصطلحات شائعة الاستعمال في مجال الإجراءات المدنية، وأن التمييز بينها مهم للوصول إلى تحديد دقيق لمصطلح الوسيلة.

أ- التمييز بين الوسيلة والحجة :

يرى الفقيه FAY أن المحكمة العليا وحدها هي التي تعرف تحديد الفرق بين الوسيلة ومجرد الحجة¹⁸⁴، بينما يرى الفقيه RIGAUX أن الحجة الجديدة ما هي إلا الوسيلة القانونية الصرفة التي يمكن إبداءها لأول مرة أمام المحكمة العليا، تمييزا عن الوسيلة القانونية الجديدة التي يمنع طرحها لأول مرة أمام المحكمة العليا¹⁸⁵.

و يذهب البعض إلى التفرقة بين الوسيلة الجديدة والحجة الجديدة من خلال هدف كل واحدة منهما، فالوسيلة الجديدة تهدف إلى الوصول إلى نفس الطلبات الأصلية ولكن بطريقة مختلفة عن الطريقة التي تم طرحها أمام قضاة الموضوع، كالتاعن الذي رفضت دعواه الرامية إلى الحصول على التعويض استنادا إلى نص المادة 124 من ق م بسبب عجزه عن إثبات الخطأ الشخصي، فبيني طعنه أمام المحكمة العليا على أساس أنه يستحق التعويض استنادا إلى نص المادة 136 من الق م التي تقيم المسؤولية على الخطأ المفترض، بينما الحجج القانونية هي كل ما يقدمه الطاعن لتأسيس وتدعيم الوسيلة القانونية التي يطرحها ولكن بشرط أن لا تكون

¹⁸² المقصود هنا بالطلب محل الدعوى أي موضوعها والذي يعرف بأنه ما يطلبه المدعي من المحكمة في عريضة دعواه والذي يشمل العناصر الثلاثة: 01- القرار الذي يطلب من القاضي فقد يكون تقريرا أو إنشاء أو إلزاما أو قرار وقتيا -02- الحق أو المركز القانوني الذي تهدف الدعوى إلى حمايته بهذا القرار -03- محل هذا الحق أو المركز القانوني.

انظر: - فتحي والي ، مرجع سابق، ص 67 - انظر : احمد السيد صاوي ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دارالنهضة العربية، القاهرة 1998 ، ص 173. انظر أيضا أحمد أبو الوفاء، دعوى التزوير الفرعية، مجلة قضايا الحكومة، العدد الأول، يناير 1963، ص 19 .

. أما المشرع فإنه يعرف موضوع النزاع بالمادة 25 من ق م ا د بأنه يتحدد بالإدعاءات التي يقدمها الخصوم في عريضة افتتاح الدعوى ومذكرات الرد.

¹⁸³ حلمي محمد الحجار، ج 01، مرجع سابق ، ص 141 .

¹⁸⁴ مصطفى كيرة، مرجع سابق، ص 576 .

¹⁸⁵ François RIGAUX , op cit, p170.

ممزوجة بأي واقعة جديدة لم يطلع عليها قضاة الموضوع¹⁸⁶، وتسمح التفارقة بين الوسيلة والحجة بتحديد نطاق التزام القاضي بالرد على طلبات الخصوم، حيث يكون قاضي الموضوع ملزم بتتبع كل وسيلة بينما لا يلتزم بالرد على كل طاعن في ما يسوقه من حجج¹⁸⁷.

ويذهب الفقيه GILLI إلى أن الوسيلة تقع في درجة أعلى من الحجة إلا أن التفارقة بينهما ليست لها أي أهمية¹⁸⁸ إلا أمام محكمة النقض¹⁸⁹.

ويذهب الأستاذ الصاوي إلى أن الفقه في أغلبه لا يفرق بين الوسيلة والحجج، إذ يذهب بعض الفقهاء إلى استخدام كلمة الوسائل كتعبير مرادف للحجج، ويذهب البعض الآخر إلى تعريف الوسائل بأنها الحجج من الواقع والقانون والتي يثيرها الخصم لتعزيز ادعائه، ويجزم فريق آخر بأن الوسائل ما هي إلا الحجج التي يسوقها المدعي لتبرير ادعائه، وهكذا ينتهي الأستاذ الصاوي إلى أن تصور الفقيه GILLI هو تصور لا يعرفه الفقه، فضلا عن أنه تصور نظري محض، لأنه من الناحية العملية لا يمكننا أن نميز بين ما يعتبر وسيلة دفاع وبين ما يعتبر حجة، فوسيلة الدفاع قد تكون دليلا ماديا أو قانونيا، والحجة قد تكون أيضا دليلا ماديا أو قانونيا، وكلاهما له نفس الوظيفة ونفس الغاية وهي تعزيز الإدعاء، إذن فلا فائدة من التمييز بينهما¹⁹⁰.

ب- التمييز بين الوسيلة الجديدة والطلبات الجديدة:

¹⁸⁶ مرسال جورج سيوفي، مرجع سابق، ص 95 .

- أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين ، مرجع سابق، ص 202 .

¹⁸⁷ François RIGAUX ,Ibid, p170.

¹⁸⁸ Jean Paul GILLI , la cause juridique de la demande en justice, essai de définition, thèse paris 1962,p26.

¹⁸⁹ نبيل اسماعيل عمر، سبب الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف، مرجع سابق ، ص 233.

¹⁹⁰ أحمد السيد صاوي، الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه، رد، جامعة القاهرة 1971، ص 232.

- انظر عكس ذلك : أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 388 حيث يرى أن هناك فائدة كبيرة من التمييز بين الوسيلة الجديدة والحجة الجديدة.

يجب علينا الحذر وعدم الخلط بين الأوجه . الوسائل . الجديدة و الطلبات الجديدة التي تؤدي إلى توسيع نطاق النزاع وتغيير موضوعه¹⁹¹، لأن الطلبات الجديدة هي محظورة حتى أمام جهة الاستئناف¹⁹²، فهي من باب أولى تكون ممنوعة أمام المحكمة العليا¹⁹³ التي هي من حيث الأساس محكمة مراقبة القانون ليس من مهامها الفصل في الطلبات، فلا يقبل من الطاعن مثلا أن يطلب من هذه المحكمة أن تلزم المطعون ضده بأن يدفع له الثمن المتفق عليه في عقد البيع بعد أن رفضت محكمة الموضوع هذا الطلب لعدم التأسيس، لأن مهمة المحكمة العليا هي إما نقض الحكم أو تثبيته، إلا في الحالات الاستثنائية التي يخولها القانون فيها حق الفصل في الموضوع، كما لا يقبل من الطاعن ومن باب أولى أن يقدم أمام هذه المحكمة طلبا جديدا، كأن يطلب الحكم له ببطلان عقد البيع بعد أن كان طلبه أمام محكمة الموضوع هو إلزام المطعون ضده بتنفيذ هذا العقد.

- أما الوسائل الجديدة فإنها تهدف إلى حل النزاع دون أن تغير أو تعدل في موضوعه، كأن يتمسك الطاعن في طلبه بإبطال العقد بأحكام الغلط، بعد أن كان قد تمسك أمام قضاة الموضوع بأحكام التدليس لدعم نفس الطلب¹⁹⁴، فالوسائل الجديدة هي مقبولة أمام جهة الاستئناف لكن يحظر طرحها أمام المحكمة العليا إذا كان البت فيها يقتضي إعادة بحث للواقع، بينما الطلبات الجديدة فيحظر طرحها سواء أمام جهة الاستئناف أو أمام المحكمة العليا.

ج . التمييز بين الوسيلة والسبب :

¹⁹¹ Raymond MARTIN, sur la notion de moyen , jcp,1, 1976,2768.

- فمثلا لا يجوز للطاعن الذي رفضت دعواه أمام قاضي الموضوع الرامية إلى تثبيت الملكية الشائعة لعدم قيام حالة الشبوع أن يدفع أمام المحكمة العليا بطلب تثبيت الملكية مفرزة، كذلك لا يجوز للطاعن الذي رفضت دعواه أمام قاضي الموضوع الرامية إلى إبطال العقد أن يدفع أمام المحكمة العليا لأول مرة بأن أسباب الفسخ كانت متوفرة وأنه كان على قاضي الموضوع أن يحكم بفسخ العقد بدلا من رفض الدعوى.

¹⁹² المادة 341 من ق ا م ا د: لا تقبل الطلبات الجديدة في الاستئناف ما عدا الدفع بالمقاصة وطلبات استبعاد الإدعاءات المقابلة أو الفصل في المسائل الناتجة عن تدخل الغير أو حدوث أو اكتشاف واقعة.

¹⁹³ أحمد السيد صاوي، في الأسباب الجديدة أمام محكمة النقض بالنسبة للطعن المدني، دار النهضة العربية ، القاهرة 19 ، ص 24.

¹⁹⁴ محمد الكشور، مرجع سابق، ص 386 .

إن تمييز الوسيلة عن السبب يعد مسألة صعبة وغير واضحة، وتتبع مسلك القضاء لتوضيح التفرقة بينهما يثير حيرة نظرا لعدم وجود ضابط محدد يتبعه القضاء في هذا الصدد¹⁹⁵.

إن المشرع يستعمل مصطلح السبب للدلالة على أسباب الحكم، حيث يقسمها إلى أسباب قانونية وأسباب واقعية، أين يجيز بنص المادة 376 من ق ا م أد للمحكمة العليا أن تستبدل السبب القانوني الخاطئ بسبب قانوني صحيح وترفض الطعن، ومصطلح السبب هنا يقابله مصطلح *motif* - باللغة الفرنسية، ومن جهة ثانية فإنه يستعمل مصطلح السبب كشرط من شروط تطبيق قاعدة سبق الفصل المنصوص عليها بالمادة 338 من القانون المدني¹⁹⁶، ومصطلح السبب هنا يقابله مصطلح *la cause* - باللغة الفرنسية، والسبب بهذا المعنى هو الذي يشكل عنصر من عناصر الدعوى الثلاثة المعروفة، الأطراف والمحل، والسبب هو الذي يهمنها في عملية التمييز¹⁹⁷.

تعد فكرة السبب من أدق وأغمض الأفكار في قانون المرافعات¹⁹⁸، الأمر الذي جعلها تثير نقاشا محتدما في الفقه والقضاء حول تحديد طبيعتها¹⁹⁹، إلا أن هذه النقاشات انتهت إلى رأيين للمسألة: الأول هو أن السبب فكرة قانونية، والثاني هو أن السبب فكرة واقعية²⁰⁰.

¹⁹⁵ أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين ، مرجع سابق ، ص 198.

¹⁹⁶ المادة 338 ق م: الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب.

¹⁹⁷ حلمي محمد الحجار، ج 01، مرجع سابق ، ص 137 .

¹⁹⁸ إن ما يمكن ملاحظته أن المشرع ونظرا لغموض فكرة السبب فقد تحاشى الإشارة إليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث وفي باب الدعوى نجده يبين في المادة 15 عناصر الدعوى فيشير إلى الوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى دون أن يستعمل مصطلح السبب.

¹⁹⁹ أحمد السيد صاوي، الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه، مرجع سابق ، ص 29 .

وترمي فكرة السبب بالتعاون مع فكرة المحل إلى تحديد معالم الشيء المطلوب القضاء به من الناحية الموضوعية فهذا الشيء لا يتحدد فقط بتحديد ما ذا يطلب المدعي من القضاء وإنما أيضا بتحديد سبب هذه الحماية القضائية : فتحي والي، مرجع سابق ، ص 78 .

²⁰⁰ آدم وهيب النداوي ، مدى سلطة المحكمة المدنية في تعديل نطاق الدعوى ، رد ، جامعة بغداد 1979، منشورة من طرف الدار العلمية للنشر والتوزيع ، ط01، عمان 2001، ص 147.

فبالنسبة للرأي الأول، فإنه يرى أن سبب الدعوى هو أساسها القانوني كما تمسك به الخصوم، هذا الأساس في رأي البعض قد يتمثل في النص القانوني أو القاعدة القانونية الموضوعية أو المبدأ القانوني المتمسك به من طرف الخصم تأييدا لطلبه²⁰¹، وفي رأي البعض الآخر فإنه يتمثل في الفعل أو العمل المولد للحق المطالب به مكيفا بالتكييف القانوني المطروح من طرف الخصوم²⁰².

ويترتب على الأخذ بهذه الفكرة أنه يمنع على القاضي تغيير الأساس القانوني للدعوى كما حدده الخصوم في إدعاءاتهم، مما يشكل قييدا فعليا على سلطته في تطبيق القاعدة القانونية من تلقاء نفسه²⁰³.

أما بالنسبة للرأي الثاني، فإنه يرى أن سبب الدعوى هو مجموع الوقائع التي يدلي بها الخصوم تأسيسا لطلباتهم، بغض النظر عن تكييف هذه الوقائع أو النص القانوني الذي يحكمها²⁰⁴، فمثلا سبب دعوى فسخ عقد البيع التي يرفعها البائع على المشتري هو عدم قيام هذا الأخير بتنفيذ التزام من التزاماته.

وينسب هذا الرأي إلى الفقيه الفرنسي MOTULSKY الذي أوضح أحكامه بدقة، كما أوضح النتائج المترتبة عنه من ناحية تحديد دور كل من الخصوم والقاضي حيال عناصر النزاع الواقعية والقانونية²⁰⁵.

ويترتب على الأخذ بهذا الرأي أن الخصوم هم الذين يقدمون للقاضي الوقائع لتأييد طلباتهم، وهو ملزم بعدم الخروج عن حدود هذه الوقائع، أما تطبيق القاعدة القانونية الملائمة للوقائع

²⁰¹ آدم وهيب النداوي، مرجع سابق، ص ص 148-149.

²⁰² حلمي محمد الحجار، مرجع سابق، ج01، ص138.

²⁰³ محمد محمود ابراهيم، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى، مرجع سابق، ص471.

²⁰⁴ آدم وهيب النداوي، مرجع سابق، ص168.

- Henri Motulsky, Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits. Etude de droit contemporain, Sirey, 1959, p463.

²⁰⁵ أما في الفقه العربي فقد نادى بهذا الرأي الفقيه السنهوري حيث أشار في وسيطه -ج02- إلى أن سبب الدعوى هو المصدر القانوني للحق المدعى به، كما أن هذا الرأي قد تبناه الفقيه هشام صادق في رسالته: مركز القانون الأجنبي أمام القضاء المدني حيث انتهى إلى أن سبب الطلب هو مجموع الوقائع التي تمسك بها الطالب تأييدا للحق المدعى به: للمزيد أكثر راجع محمد محمود ابراهيم، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى، مرجع سابق، ص ص 477-479.

المعروضة فهو أمر متروك للقاضي دون التقيد في ذلك بإرادة الخصوم²⁰⁶، وهذا هو الإطار الذي يحدد سبب الدعوى الممنوع على القاضي تغييره²⁰⁷.

ورغم ما سبق وأن اشرنا إليه في كون أن المشرع قد تحاشى الإشارة إلى سبب الدعوى في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إلا أنه يمكن القول بأن المشرع قد تبنى الرأي الثاني وذلك بجعله سبب الدعوى هو مجموع العناصر الواقعية، ودليلنا في ذلك نص المواد 15، 26، 29 من ق ا م ا د، حيث نص بالمادة 15 على أنه يجب على المدعي أن يقدم موجزا للوقائع تحت طائلة عدم قبول الدعوى شكلا، كما أنه نص بالمادة 01/26 بأنه لا يجوز للقاضي أن يؤسس حكمه على وقائع لم تكن محل المناقشات والمرافعات، كما نص بالمادة 29 بأن القاضي هو الذي يعطي التكييف القانوني الصحيح للوقائع ولا يتقيد بالتكليفات المقترحة من طرف الخصوم، وعليه أن يفصل في النزاع وفق القواعد القانونية المطبقة عليه.

إنه وبقراءة بسيطة لهذه النصوص ومقارنتها بالرأيين السابقين فإنه يتضح اتجاه المشرع بتبني فكرة أن سبب الدعوى هو مجموع الوقائع المدلى بها من طرف الخصوم. ذلك أنه منع على القاضي تغيير وقائع الدعوى بحيث ألزمه بأن يكون حكمه بناء على الوقائع المعطاة من طرف الخصوم من جهة، ومن جهة أخرى أطلق يد القاضي في مسائل القانون ومنحه الحق في عدم التقيد بالنص القانوني المقترح من طرف الخصوم، ولا بالتكييف القانوني للوقائع المقدم من طرفهم.

إنه ونظرا لأن المحكمة العليا ملزمة بعدم المساس بالبنين الواقعي للمنازعة²⁰⁸، فإن التذرع أمامها بأي وسيلة تشتمل على تغيير لسبب الدعوى المطروح أمام محكمة الموضوع سوف يؤدي إلى عدم جواز قبول هذه الوسيلة.

إذن نستخلص أنه ورغم اختلاف سبب الدعوى عن الوسيلة، إلا أن هذه الأخيرة قد تتضمن تغييرا في سبب الدعوى، فنقول عنها أنها وسيلة جديدة.

²⁰⁶ آدم وهيب النداوي، مدى سلطة المحكمة المدنية في تعديل نطاق الدعوى، مرجع سابق، ص 155.

²⁰⁷ هشام صادق، مرجع سابق، ص 76-94.

²⁰⁸ عزمي عبد الفتاح، التمييز بين الواقع والقانون وتوزيع المهام الإجرائية في الخصومة المدنية على هذا الأساس

كحل تأصيلي لمشكلة منع تغيير أساس الإدعاء، مرجع سابق، ص 13.

و كخلاصة لعملية التمييز التي أجريناها بين الوسيلة والحجة، والطلب والسبب، فإننا نستنتج أن الوسيلة هي كل وجه للنعي على الحكم المطعون فيه سواء كان يستند إلى طلب أو سبب أو حجة²⁰⁹، فكل من الطلب والسبب والحجة تشكل صور من صور الوسيلة.

من هنا فإن الوسائل الجديدة المثارة أول مرة أمام المحكمة العليا تعتبر غير مقبولة ولا يجوز سماعها كونها تعدل موضوع الدعوى وسببها، كما أن الطلبات الجديدة لا يقبل طرحها أمام المحكمة العليا كونها تؤدي إلى تعديل موضوع الدعوى، ولا تقبل أمام هذه المحكمة سوى الحجج الجديدة أي الحجج القانونية المدعمة للوسيلة القانونية التي سبق طرحها أمام محكمة الموضوع²¹⁰.

ثانيا . تعريف الوسيلة القانونية الجديدة التي يحظر قبولها من طرف المحكمة العليا:

سبق أن أشرنا أن المشرع لم يقم بإعطاء تعريف لمعنى الوسيلة الجديدة التي يحظر إبدائها أمام المحكمة العليا، هذا ما يدفعنا لإيجاد تعريف لها في الفقه والقضاء .

اجتهد الفقه في إيجاد تعريف للوسيلة القانونية الجديدة التي لا يقبل سماعها من طرف المحكمة العليا إلا أنه تأثر كثيرا في تعريفه بمسلك قضاء النقض في تعامله مع هذه المسألة، ولا يسع المجال لذكر جميع التعريفات المطروحة²¹¹، إلا أننا يمكن حصرها في ثلاث تعريفات رئيسية²¹² .

أ- التعريف الأول: الوسيلة الجديدة هي التي تستند إلى عناصر واقعية لم يسبق طرحها أمام قاضي الموضوع²¹³:

ظهرت عدة تعريفات كلها تصب في هذه الفكرة، ويمكن ذكر بعضها على سبيل المثال
لا الحصر:

²⁰⁹ في نفس المعنى تقريبا: أحمد السيد الصاوي، في الأسباب الجديدة أمام محكمة النقض بالنسبة للطعن المدني ، مرجع سابق، ص 06 .

²¹⁰ إلياس أبو عيد، المراجعة التمييزية في الأصول المدنية، ج02، بيروت 1997 ، ص ص 54-55.

²¹¹ إلا أننا نحيل القارئ إلى دراسة متخصصة في هذا الموضوع وهي رسالة دكتوراه بعنوان الأسباب الجديدة في النقض مقدمة من طرف الأستاذ فكري عبد الحميد صيام تم نشرها من طرف دار النهضة العربية، القاهرة 2005 ص ص 18-39 .

²¹² فكري عبد الحميد أبو صيام، م س، ص 18 .

²¹³ فتحي والي، مرجع سابق، 757 .

حسب الأستاذ الصاوي فإن المقصود بالوسائل الجديدة هو كل وجه للنعي على الحكم المطعون فيه بالنقض، سواء في شكل طلب أو دفع أو وسيلة دفاع، يثير أمام محكمة النقض من جانب من يتمسك به وفي مواجهة من يحتج به عليه مسألة واقعية لم يسبق عرضها على محكمة الموضوع التي أصدرت الحكم المطعون فيه²¹⁴.

أما الأستاذ عزمي عبد الفتاح فيرى أن الوسائل الجديدة التي لا يقبل إثارتها أمام المحكمة العليا هي تلك الوسائل التي يختلط فيها الواقع بالقانون، حيث تقتضي من المحكمة العليا تحقيق أو تقييم وقائع لم يسبق إثارتها من طرف الخصوم أمام قاضي الموضوع، مما يؤدي إلى المساس بالبنیان الواقعي للنزاع وإلى خرق مبدأ المواجهة²¹⁵.

وذهب الفقيه VOULET في تعريفه للوسيلة الجديدة بأنها الوسيلة التي تتطوي على وقائع لم يتم طرحها على قضاة الموضوع²¹⁶.

ويتفق هذا التعريف الأول مع موقف المحكمة العليا في أحد قراراتها، حيث اعتبرت قيام الطاعن بالتحدي أمامها لأول مرة بواقعة إبرام عقد الوعد بالبيع بعد وفاة المدخلة في الخصام يعد تحديا بواقعة جديدة تجعل من الوجه المثار غير مقبول²¹⁷، ومع اتجاه محكمة النقض المصرية في

²¹⁴ أحمد السيد الصاوي، في الأسباب الجديدة أمام محكمة النقض بالنسبة للطعن المدني، مرجع سابق، ص 06.

- نفس التعريف تقريبا: أنور طلبية، مرجع سابق، ص 613 .

²¹⁵ عزمي عبد الفتاح، التمييز بين الواقع والقانون وتوزيع المهام الإجرائية في الخصومة المدنية على هذا الأساس كحل تأسيلي لمشكلة منع تغيير أساس الإدعاء، مرجع سابق، ص 13 .

- نفس التعريف تقريبا: نبيل اسماعيل عمر، سبب الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف، مرجع سابق، ص 187.

²¹⁶ Jaques VOULET : L'irrecevabilité des moyens nouveaux devant la cour de cassation en matière civile , jcp, 1973.1.2544 .

²¹⁷ قرار الغرفة المدنية المؤرخ في 2007/11/21 ملف رقم 390796 ، مجلة المحكمة العليا، ع01، س08، قسم الوثائق الجزائر، ص 97 : وحيث أن الطاعن يعيب على القرار المطعون فيه أن الوعد بالبيع قد تم إبرامه بعد وفاة المدخلة في الخصام والتي كانت تملك حصة غير مفرزة من العقار الموعود به، لكن ما يعيبه الطاعن على القرار المطعون فيه ليس في محله لأن هذا الوجه الذي تمسك به الطاعن أثير لأول مرة أمام المحكمة العليا مما يتعين معه التصريح بعدم قبوله.

- انظر أيضا قرار الغرفة التجارية والبحرية المؤرخ في 1990/05/06 ملف رقم 67008 ، المجلة القضائية، ع01، س 1991 ، قسم الوثائق والمستندات للمحكمة العليا الجزائر 1991، ص 69 : وحيث أن الطاعن

عدة قرارات²¹⁸، وكذلك اتجاه المجلس الأعلى في المغرب²¹⁹، ومحكمة النقض الفرنسية²²⁰ التي عرفت الوسيلة التي يخالفها واقع بأنها كل وسيلة تقتضي من محكمة النقض إعادة تقدير وقائع لم يتم طرحها على قضاة الموضوع²²¹، وفي نفس الاتجاه ذهبت محكمة التمييز الكويتية إلى القول أن التمسك بتشريع أجنبي هو دفاع يخالطه واقع لم يثبت أن الطاعن قد تمسك به لدى محكمة الموضوع فلا يجوز له إثارته لأول مرة أمام هذه المحكمة²²². ويستند هذا التعريف إلى أنه من غير المقبول أن تفصل المحكمة العليا بشيء لم يتم طلبه من قضاة الموضوع، وسيكون أيضا غير عادل أن تراقب وقائع لم تكن مطروحة أمامهم²²³.

ب . التعريف الثاني: الوسيلة القانونية الجديدة هي الوسيلة التي تستند إلى وقائع غير مشار إليها في الحكم المطعون فيه²²⁴ :

يعترض على أن مستند الشحن قد أرسل بأمر من البنك الوطني الجزائري، وحيث أن هذا الوجه قد أثير لأول مرة أمام المجلس الأعلى فهو غير مقبول.

²¹⁸ نقض مدني 1985/10/30 طعن 25- س51ق.- نقض مدني 1982/12/23 طعن 1019- س49ق.- نقض مدني 1984/12/16 طعن 370- س49ق.- نقض مدني 1983/12/11 طعن 1420 س48ق.- نقض مدني 1982/05/04 طعن 69- س49ق. نقض مدني 1985/10/30 طعن 25- س51ق.

²¹⁹ قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 1969/06/18، مجلة القضاء و القانون، ع 104، ص 40 حيث جاء في هذا القرار : الوسيلة التي اختلط فيها الواقع والقانون والتي لم يستظهر بها أمام محكمة الاستئناف لا يمكن إثارتها لأول مرة أمام المجلس الأعلى.

²²⁰ Cass.civ,19/10/1953,bull.civ 1953-n279.

-cass.civ.02/02/1975.bull,civ,1975- II.n37.

-cass.civ,13/01/1982.jcp, 82, V ,112.

--cass.civ,22/05/1979.jcp,79, V ,244.

²²¹ فكري عبد الحميد صيام، مرجع سابق، ص 20 .

²²² أحمد ضاعن السمندان، نظرة حول موقف القضاء الكويتي من القانون الأجنبي، مجلة الحقوق الكويتية، س 10، ع01، الكويت مارس 1986، ص 28.

²²³ André PERDRIAU ,Note sous cass. Civ II .2 mars 2000 ,jcp,2000, II ,10358.

²²⁴ فكري عبد الحميد صيام، مرجع سابق، ص 23 .

- قرار الغرفة التجارية والبحرية المؤرخ في 1983/03/12 ملف رقم 23713 ،الاجتهاد القضائي . قرارات المجلس الأعلى . ، د م ج،الجزائر 1986 ، ص 166: وحيث أنه لا يستخلص لا من بيانات حكم الدرجة الأولى ولا من بيانات القرار المطعون فيه أن الطاعن قد قام بعرض هذا الوجه على قضاة الموضوع ومن ثم فهو غير مقبول لإثارته لأول مرة أمام المجلس الأعلى.

نظرا لأن المحكمة العليا في أصلها ليست محكمة واقع، وبالتالي فإنها لا تعرف وقائع الدعوى إلا من خلال حيثيات الحكم المطعون فيه، حيث يقتصر دورها في أغلب الأحيان على التحقق من حسن تطبيق القانون على الوقائع المدعمة للأسباب المستند عليها من طرف قضاة الموضوع²²⁵، فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي وبعض أحكام محكمة النقض الفرنسية إلى أن المرجع في اعتبار أن الوسيلة القانونية المدلى بها أمام المحكمة العليا جديدة هو أنه لم يسبق إثارتها أمام محكمة الموضوع، وأن المرجع في تحديد ذلك هو حيثيات الحكم المطعون فيه²²⁶، ويجد هذا الرأي سنداً في أن نص المادة 141 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم²²⁷ كان يوجب على قضاة الموضوع أن يوردوا النقاط الواقعية والقانونية إيراداً موجزاً قبل ذكر الأسباب التي يبنون عليها أحكامهم²²⁸، وبالتالي فإن كل ما تم الإشارة إليه في الحكم

- قرار الغرفة التجارية والبحرية المؤرخ في 1985/11/02 ملف رقم 37173 ، المجلة القضائية ، ع02، س1990 ، ص112 : وحيث أثار الطاعن وجهاً دفع من خلاله أن المحل المتنازع عليه قد خرج من ملكية مورث المطعون ضدهم قبل النزاع بشهر ونصف، وحيث لم يتبين من قراءة القرار المطعون فيه أن هذا الوجه قد أثير أمام قضاة الموضوع وعليه فهو يتعلق بوجه جديد أثير للمرة الأولى أمام المجلس الأعلى وبالتالي فهو غير مقبول لأنه يخرج عن نطاق رقابة المجلس الأعلى.

- قرار الغرفة العقارية رقم 224346 المؤرخ في 2002/02/20 ، الاجتهاد القضائي 2004 ، عدد خاص، ج02، ص403 : وحيث أنه لا يستخلص من قراءة القرار المطعون فيه بأن المدعي في الطعن المستأنف عليه آنذاك قد أثار وجه دفاع مأخوذ من تقادم ارتفاق المطل فإن هذا الوجه لا يمكن إثارته لأول مرة أمام المحكمة العليا طالما أنه يستحق التحقيق من قبل قضاة الموضوع في عناصر الحيابة ويجب التصريح بعدم قبوله لكونه جديداً.

- حيث يمكننا أن نستخلص من هذا القرار أن المحكمة العليا وفي اعتبارها أن السبب جديد ، قد اعتمدت على بيانات القرار المطعون فيه وهذا واضح من استعمالها لعبارة : وحيث لا يستخلص من قراءة القرار المطعون فيه.

²²⁵ محمد نور عبد الهادي شحاتة، سلطة محكمة النقض، مرجع سابق ، ص137 .

²²⁶ فكري عبد الحميد أبو صيام، مرجع سابق ، ص23 . حيث أحال في هامش هذه الصفحة إلى:

- jaques VOULET, L'irrecevabilité des moyens nouveaux devant la cour de cassation en matière civile ,jcp, 1973.1.2544 .

- Frédérique MARTIN EUDIER, ordre public substantiel et l'office du juge. thèse Rouen 1994,p295.

-cass .com.08/06/1993,Bull.civ. .n236,p168.

²²⁷ تم استبدالها بالمادة 455 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد التي تلزم قضاة الموضوع بأن يعرضوا بإيجاز ادعاءات الخصوم ووسائل دفاعهم.

²²⁸ حامد فهمي بك ومحمد حامد فهمي، ما يقبل وما لا يقبل من الأسباب أمام محكمة النقض . الأسباب الجديدة . ، مجلة القانون والاقتصاد ، القاهرة 1935، مرجع سابق، ص33 .

المطعون فيه من طلبات ودفع ودفاع من طرف الخصوم لا يمكن اعتباره جديدا إذا تم الاستناد إليه أمام المحكمة العليا لدعم الوجه المثار²²⁹.

إن هذا التعريف الذي يحصر الوسائل الجديدة في الوسيلة التي لا يجد لها قضاة المحكمة العليا أي أثر في الحكم المطعون فيه والمعروض للرقابة وإن كان صحيحا إلا أنه قاصر، بحيث أنه يحصر نظر قضاة المحكمة العليا في نطاق ضيق²³⁰، في حين أن الواقع يثبت أن لهم السلطة في الرجوع إلى أوراق الدعوى²³¹، نظرا لأن الحكم لا يمكن أن يشتمل على كل ما أبداه الخصوم من طلبات ودفع وأوجه دفاع، وبالتالي فإنه لا يكفي اقتصار النظر لتحديد جدة الوسيلة على مجرد ما ورد في الحكم المطعون فيه، وإنما يرجع أيضا إلى أوراق الدعوى كعريضة افتتاح الدعوى وصحيفة الاستئناف والمذكرات المتبادلة بين الخصوم ومحاضر التبليغ

- انظر نص المادة 554 من ق ا م ا د التي تنص على: يجب أن يكون القرار مسببا من حيث الوقائع ومن حيث القانون مع الإشارة إلى النصوص المطبقة ويجب أن يبين فيه بإيجاز وقائع النزاع وطلبات وإدعاءات الخصوم وأوجه دفاعهم ويجب أن يتم الرد فيه على كل الطلبات و الأوجه المثارة.

²²⁹ jaques VOULET, L'irrecevabilité des moyens nouveaux devant la cour de cassation en matière civile, jcp, 1973.1.2544 .

- حيث أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بأنه من أجل السماح لمحاكم الموضوع بإتمام مهامهم فإنه يتعين على الأطراف مساعدتها في ذلك عن طريق الالتزام قدر الإمكان بعرض إدعاءاتهم بشكل واضح وغير مبهم، لأن عدم عرض الوسائل أمام محاكم الموضوع بشكل واضح سيجعل إعادة طرحها أمام المحكمة العليا من قبيل الوسائل الجديدة غير المقبولة... انظر في ذلك:

-Vincent DELAPORTE, le contrôle de l'irrecevabilité des moyens nouveaux devant la cour de cassation, léaffaire, DULAURANS, 21/03/2000, www.credho.org,21/10/10, 20h00.

²³⁰ وحسب هذا النظام من خطر وضرر أن يكون من آثاره أن تقضي محكمة النقض بعدم قبول وجه الطعن لمجرد عدم وروده أو عدم الإشارة إليه في الجزء المخصص من الحكم لذكر وقائع الدعوى: حامد فهمي بك ومحمد حامد فهمي، مرجع سابق، ص 33.

²³¹ حيث كثيرا ما نجد المحكمة العليا تستعمل عبارة : وحيث أنه بالرجوع إلى أوراق الدعوى - وحيث أنه بالرجوع إلى الملف إلى غير ذلك من الألفاظ التي تفيد أن المحكمة العليا لا تكتفي بالنظر إلى ما ورد في الحكم المطعون فيه بل تتجاوز إلى الأوراق الأخرى المطروحة في الملف والتي يطرحها الطاعن أمامها... انظر: - أنور طلبية، مرجع سابق، ص ص 614-616 .

ومحاضر التحقيق وتقارير المستشارين²³²، ووجب اعتبار سكوت الحكم المطعون فيه عن إيراد الوسيلة المدلى بها، إيداناً منه بالسماح للطرف المتمسك بأن الوجه الذي يطرحه غير جديد أن يبرزه من خلال ما اشتملت عليه أوراق الدعوى²³³.

ج-التعريف الثالث: الوسيلة القانونية الجديدة هي الوسيلة التي تستدعي من المحكمة العليا إعادة بحث الوقائع أو إعادة التحقيق فيها²³⁴:

ينطلق هذا التعريف من أن المحكمة العليا هي محكمة قانون، وإن تصديها يقتصر على القرار المطعون فيه وليس على الدعوى بحد ذاتها، وبالتالي فإن مراقبتها لا تتعدى قانونية هذا القرار، بحيث يمنع عليها إعادة البحث في الوقائع التي تحققت من محكمة الموضوع²³⁵، إذن وحسب هذا التعريف فإن الوسيلة القانونية الجديدة تكون غير مقبولة إذا كان التحدي بها يقوم على اعتبارات تقتضي من المحكمة العليا للتأكد من حقيقة هذه الوسيلة بحث ونظر العناصر الواقعية التي تقوم عليها²³⁶، وهذا يعني أنه حتى بالنسبة للعناصر الواقعية التي سبق طرحها أمام قاضي الموضوع لا يقبل إعادة عرضها أمام المحكمة العليا بمفهوم مختلف عن المفهوم الذي عرضت فيه أمام محكمة الموضوع، الأمر الذي يدفع المحكمة العليا إلى إعادة بحث هذه الوقائع من خلال هذا المفهوم وهذا ما يخرج عن نطاق عملها²³⁷، فمثلاً لوم قضاة الموضوع

²³² أحمد السيد الصاوي، في الأسباب الجديدة أمام محكمة النقض بالنسبة للطعن المدني، مرجع سابق، ص 42.

²³³ حامد فهمي بك ومحمد حامد فهمي، مرجع سابق، ص 34.

²³⁴ فكري عبد الحميد صيام، مرجع سابق، ص 25.

-إلياس أبوعيد، مرجع سابق، ص 56.

-أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 394.

- jaques NORMAND, le juge et le fondement du litige, mélanges offerts à pierre HEBRAUD, Toulouse, Dalloz 1981, p621.

²³⁵ إلياس أبوعيد، مرجع سابق، ص 57.

-محمد علي الكيك، رقابة محكمة النقض على تسبب الأحكام الجنائية، مرجع سابق، ص 137.

²³⁶ أحمد أبو الوفاء، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف، ط06، الإسكندرية 1989، ص 834.

-وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، دار الفكر العربي، ط01، القاهرة 1986، ص 690.

²³⁷ حلمي محمد الحجار، مرجع سابق، ج01، ص 149.

على أنهم لم يطبقوا القواعد القانونية المتعلقة بالحيازة يعد من الوسائل القانونية التي تقتضي من قضاة المحكمة العليا البحث في مسألة الحيازة، فيكون غير مقبول طرحه إذا لم يتمسك به الطاعن أمام قضاة الموضوع²³⁸.

وكذلك الأمر إذا لم يثر الخصم أمام محكمة الموضوع تمسكه بفوات ميعاد إجباري فإنه لا يملك التمسك به لأول مرة أمام جهة النقض، لأن هذا الدفاع يتطلب بحث وقائع جديدة لم يسبق إثارتها أمام قضاة الموضوع، كما لا يجوز التمسك لأول مرة أمام جهة النقض بإضافة ميعاد مسافة إلى الميعاد الأصلي، لأن هذا الدفاع يتطلب بحث وقائع جديدة لم يسبق طرحها أمام محكمة الموضوع²³⁹.

والتحدي لأول مرة أمام المحكمة العليا بالتقادم هو من المسائل القانونية التي يتعين على المحكمة العليا للتحقق منها إعادة البحث في شروط وظروف واقعية جديدة لم يسبق لقاضي الموضوع بحثها، لذلك فالدفع به أمام المحكمة العليا يعد وجها جديدا لا يقبل سماعه²⁴⁰.

-قرار الغرفة المدنية المؤرخ في 2007/04/18 ملف رقم 360630 ، مجلة المحكمة العليا، ع02، س2007، ص173.

²³⁸ محمد الكشور، مرجع سابق ، ص 389 .

-الحيازة واقعة مادية تتكون من عنصرين ، الأول مادي وهو السيطرة المادية على الشيء محل الحيازة ، بحيث تكون للحائز سلطة مباشرة الأعمال المادية على غرار الأعمال التي يقوم بها المالك عادة على ملكه ، أما العنصر الثاني فهو معنوي ويقصد به أن الحائز قد وضع يده على الشيء محل الحيازة بنية تملكه والظهور بمظهر صاحب الحق ، وبالتالي فإن عرض هذه الواقعة ابتداء على المحكمة العليا سوف يتطلب منها بحث جديد في الوقائع، وهو ما يعد محظورا عليها...انظر : عمر زودة، قاعدة عدم الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية،المجلة القضائية، ع04، س1992، ص269.268.

²³⁹ آمال أحمد الفزيري، مواعيد المرافعات، رد،كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية 1977 ، ص ص 251-252.

²⁴⁰ أنور طلبية، مرجع سابق، 672 - عيد محمد القصاص ، مرجع سابق ، ص 237 .

- فالدفع بالتقادم هو دفع موضوعي يجوز التمسك به في أي حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام المحكمة الإستئنافية، ولكن لا يجوز الدفع بالتقادم لأول مرة أمام المحكمة العليا: بسعيد مراد، تقادم دعوى مسؤولية الناقل البحري للبضائع في التشريع الجزائري، مقال منشور بمجلة الحجة، عدد01، جويلية 2007، ابن خلدون للنشر، تلمسان الجزائر 2007، ص 133 .

وإذا كانت الوسيلة المثارة تستند إلى قرينة قضائية بسيطة لم يسبق عرضها على محكمة الموضوع، فإن هذه الوسيلة لا تقبل لأن القرينة القضائية تقوم على عناصر واقعية لم يسبق لقضاة الموضوع أن بحثوها²⁴¹.

ولقد أخذت محكمتنا العليا بهذا التحديد في بعض أحكامها²⁴²، وكذلك محكمة النقض الفرنسية²⁴³، ومحكمة النقض المصرية²⁴⁴، ومحكمة التمييز اللبنانية²⁴⁵، والمجلس الأعلى في المغرب²⁴⁶.

- قرار الغرفة المدنية المؤرخ في 03/06/1978 ملف 49799، مجلة قضائية عدد 03، س 1990، ص 34 : وحيث أن الدفع بالتقادم لم يثره الطاعن أمام قضاة الموضوع ومن ثم فإن الاستظهار به للمرة الأولى أمام المجلس الأعلى غير مؤسس.

- قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية المؤرخ في 20/02/2002، ملف رقم 224346، الاجتهاد القضائي، عدد خاص، ج 02، س 2004 ص 403: حيث لا يستخلص من قراءة القرار المطعون فيه بأن الطاعن قد أثار أمام قضاة الموضوع وجه دفاع مأخوذ من تقادم ارتفاق المطل، فإن هذا الوجه لا يمكن إثارته لأول مرة أمام المحكمة العليا طالما أنه يستحق التحقق من قبل قضاة الموضوع في عناصر الحيابة ويجب التصريح بعدم قبوله كونه جديد.

²⁴¹ حلمي محمد الحجار، ج 01، مرجع سابق، ص 147 .

²⁴² قرار الغرفة المدنية رقم 19259 مؤرخ في 31/03/1982، نشرة القضاة، عدد خاص 1982، ص 107 : وحيث أن التمسك بالتقادم لأول مرة أمام المجلس الأعلى يعد غير مقبول.

- قرار الغرفة المدنية المؤرخ في 15/11/1989 ملف رقم 54474، المجلة القضائية، عدد 02، س 1990، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا الجزائر 1990، ص 30 : وحيث أن الطاعن أثار وجها يتضمن نعيه على القرار المطعون فيه خطأه في تطبيق القانون كون المطعون ضده لم يشتر الأرض محل النزاع، وحيث أن المجلس الأعلى يعاين أن ما أثير في هذا الوجه يعد جديدا لم يطرح على قضاة الموضوع ليناقشوه وبالتالي يتعين رده.

²⁴³ Cass. com, 04/02/1964, Bull. civ. III. n53.

-cass. Civ II.15/03/1961, Bull. civ. II. n222.

-cass. civ I.05/05/1962, Bull, I, n219.

²⁴⁴ نقض مدني مصري 1961/12/14 طعن 199 س 62ق-نقض مدني 1968/04/24 طعن 199 س 35ق- نقض مدني 1981/03/02 طعن 1391 س 47ق.- نقض مدني 1982/01/25 طعن 933 س 46ق.

²⁴⁵ تمييز لبناني، غرفة ثالثة، قرار رقم 109 مؤرخ في 17/11/1970، العدل 1971، ج 01، فقرة 55، ص 81 -تمييز لبناني، غرفة أولى قرار رقم 82 مؤرخ في 12/10/1958، النشرة القضائية 1958، ص 888. مشار إليه في : مارسال جورج سيوفي، مرجع سابق، ص 104 هـ 06 و 05 .

د- التعريف الذي نقترحه للوسيلة القانونية الجديدة:

بعد استعراضنا لمختلف التعريفات التي أعطيت للوسيلة القانونية الجديدة التي لا يقبل سماعها أمام المحكمة العليا، فإنه يمكننا أن نقترح التعريف التالي:

الوسيلة القانونية الجديدة هي كل وجه يتقدم به الخصوم أمام المحكمة العليا سواء كان في شكل دفع أو دفاع أو طلب وذلك من أجل تبرير إدعاءاتهم الرامية إلى قبول الطعن المرفوع أمامها أو رفضه يطرح مسألة واقعية لم يسبق لهم طرحها أمام الجهة التي أصدرت الحكم المطعون فيه، أو سبق لهم طرحها ولكن ليس بشكل جازم و بمفهوم مختلف عن المفهوم الذي طرحت به أمام المحكمة العليا.

ويترتب عن هذا التعريف النتائج التالية:

01- إن هذا التعريف لم يحصر الوسيلة القانونية الجديدة في مجرد الواقعة التي لم يسبق طرحها بل وسعها لتشمل المسألة الواقعية المطروحة ولكن لم يتم التمسك بها من طرف مقدمها بشكل صريح²⁴⁷ و جازم²⁴⁸، أو سبق له طرحها ولكن بمفهوم مختلف عن المفهوم الذي طرحت به أمام المحكمة العليا .

²⁴⁶ قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 10/11/1982 ، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد31، ص23.

²⁴⁷ أحمد السيد صاوي ، في الأسباب الجديدة أمام محكمة النقض بالنسبة للطعن المدني ، مرجع سابق ، ص 14 .

- انظر عكس ذلك :

- فكري عبد الحميد أبو صيام، مرجع سابق ، ص ص 91-94 ، حيث يرى أن الطلب الضمني، شأنه في ذلك شأن الطلب الصريح يعد مطروحا على محكمة الموضوع على نحو تلتزم معه هذه المحكمة ببحثه وتمحيصه والفصل فيه، وبالتالي فهو يقبل أن يكون مطروحا أمام محكمة النقض دون أن يوصف بالجدة. إلا أنه ويعود في مؤلفه ليعترف بأن من شروط قبول الوجه أن يكون مطروحا في شكل واضح وبالتالي فإنه يفرق بين صراحة الوسيلة ووضوح الوسيلة... انظر نفس المؤلف ص 132.

- مصطفى كيرة، مرجع سابق ، ص604 : حيث يرى أن السبب يكون غير جديد إذا ثبت أن صاحبه قد عرضه على محكمة الاستئناف ولو بصيغة عامة.

²⁴⁸ أحمد السيد صاوي ، مرجع سابق، ص14.

ومعنى أن الوسيلة قد تم التمسك بها بشكل صريح هو أن الطرف الذي يطرحها قد بين أمام محكمة الموضوع المقصود منها والفائدة التي يرجوها من طرحها²⁴⁹، حيث يجب على الخصم الذي يتمسك أمام محكمة الموضوع بدفع معين أن يحدد مضمون هذا الدفع وسنده في أوراق الدعوى ولا يدفع به بطريقة مبهمة غامضة أو بقول مرسل، فلا يصح مثلا للخصم أن يسمي تشكيكه في الأدلة دفعا²⁵⁰، أما معنى أن الوسيلة قد تم التمسك بها بشكل جازم، فهي أنها تعبر بدون أدنى أي شك عن نية مقدمها في التمسك بها وعدم تركها²⁵¹، بحيث أنه إذا تركها فإن إعادة التمسك بها أمام النقض يعد وجها جديدا لا يقبل سماعه²⁵²، وتعتبر الوسيلة متروكة إذا قدمت إلى محكمة الدرجة الأولى ولم يتم إعادة طرحها أمام محكمة الاستئناف من طرف المستأنف²⁵³، حتى ولو تمت الإحالة الضمنية إليها في عريضة الاستئناف كطلب إلغاء الحكم المستأنف²⁵⁴، أما بالنسبة للمستأنف عليه فإنه غير ملزم بإعادة طرح وسائل وأوجه دفاعه التي

²⁴⁹ عزمي عبد الفتاح، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، ط01، القاهرة 1983، ص351 .

- Ernest FAYE, la cour de cassation, op cit ,p111.

²⁵⁰ علي محمود علي حمودة، النظرية العامة في تسبيب الحكم الجنائي في مراحل المختلفة، دار النهضة العربية، ط02، القاهرة 2003، ص326

²⁵¹ عزمي عبد الفتاح، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص352-353 .

²⁵² محمد العشماوي، مرجع سابق، ص1003 .

²⁵³ قرار غرفة الأحوال الشخصية المؤرخ في 25/06/1984 ملف رقم 33397، المجلة القضائية، العدد03، س 1989، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجزائر 1989، ص43: وحيث زيادة على ما ذكر فإن الطاعنة لم تثر أمام المجلس الإستئنافي دفعها المتعلق بعدم استلامها للتكليف بالحضور أمام المحكمة وبالتالي فإن الوجه غير صحيح ويتعين رده.

²⁵⁴ أحمد السيد صاوي، في الأسباب الجديدة أمام محكمة النقض بالنسبة للطعن المدني، مرجع سابق، ص15 .
- نلاحظ أن هذا الرأي مؤيد تشريعا بنص المادة 540 من ق ا م ا د التي تشترط تحت طائلة رفض الاستئناف شكلا أن يضمن المستأنف عريضة استئنافه عرضا موجزا للوقائع والطلبات والأوجه التي أسس عليها الاستئناف، ما يفيد أن الإحالة الضمنية إلى ما تم الإشارة إليه في الدرجة الأولى لا يكفي لقبول الاستئناف، وبالتالي فإن كل وسيلة تم طرحها أمام الدرجة الأولى ولم يتم إعادة التمسك بها أمام الاستئناف من طرف المستأنف تعتبر متروكة.
- انظر محمد العشماوي، مرجع سابق، ص904 .

قدمها أمام محكمة الدرجة الأولى، حيث أنه يكفي المستأنف عليه لتقاضي جدة الوسيلة أمام محكمة النقض أن يطلب تأييد الحكم المستأنف، إذ أن في طلبه هذا إعادة طرح جميع الوسائل التي كان قد تمسك بها أمام محكمة الدرجة الأولى²⁵⁵، لكن إذا كان الحكم المستأنف قد أجاب المستأنف عليه إلى طلباته ولكن استنادا إلى أسباب أخرى غير الأسباب التي تمسك بها فإن هذه الأخيرة تصبح جديدة إذا اقتصر طلب الطاعن في الاستئناف على مجرد تأييد الحكم المستأنف²⁵⁶.

02- أن هذا التعريف لم يقصر نطاق تطبيق نظام حضر الوسائل الجديدة في مواجهة الطاعن فقط، بل أن المحكمة العليا تواجه به المطعون ضده أيضا وحتى النيابة العامة²⁵⁷، وتلزم نفسها بذلك أيضا²⁵⁸.

03- أن هذا التعريف يبين أن المقصود بمحكمة الموضوع التي لم تطرح أمامها المسألة الواقعية هي المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه²⁵⁹، فإذا كان الحكم المطعون فيه هو حكم

- انظر عكس هذا الرأي: محمد كمال عبد العزيز، تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقهاء، ط02، ب د ن ، 1978، ص458 .

²⁵⁵ jaques Boré, opcit,p559.

-cass.com.13/01/1981.D.1981.

- jaques VOULET , L'irrecevabilité des moyens nouveaux devant la cour de cassation en matière civile ,jcp , 1973.1.2544 .

-مصطفى كيرة، مرجع سابق ، ص607. - محمد العشماوي، مرجع سابق ، ص 1003 هـ 01 .
²⁵⁶ مرسال جورج سيوفي، مرجع سابق ، ص 103 .

²⁵⁷ jaques Boré, opcit ,p556.

- ومواجهة المطعون ضده بجدة الوسيلة التي يدفع بها تكون لما يقوم هذا الأخير بالرد على أوجه الطعن المثارة من طرف الطاعن حيث يتعين عليه أن يؤسس رده على وسائل سبق له التمسك بها أمام محكمة الموضوع التي أصدرت الحكم المطعون فيه، إلا أنه عادة ما يلجأ المطعون ضده في حالة ما إذا كان الوجه المثارة من طرف الطاعن شديد أن يرد عليه بطلب استبدال الأسباب ، أو بطلب استبعاد السبب إذا كان زائدا.

²⁵⁸ jaques Boré, Ibid ,p557.

-rép.pr.civ.dalloz, mise à jour 1999,1026,p127.

- ما يفيد أن الدفع بجدة الوسيلة هو من النظام العام، تثيره المحكمة العليا من تلقاء نفسها، و لا يجوز للأطراف النزول عنه والاتفاق بينهم على عدم إثارته .

²⁵⁹ فكري عبد الحميد أبو صيام، مرجع سابق ، ص163 .

الدرجة الأولى باعتباره حكما ابتدائيا نهائيا²⁶⁰ فلا يطرح أي إشكال باعتباره هو الحكم محل الرقابة، لكن المشكل يطرح لما يكون الحكم المطعون فيه هو القرار الصادر عن جهة الاستئناف، هنا يجب النظر في هذا القرار وليس في الحكم المستأنف، باعتبار أنه ليس من العدل أو المنطق أن تلام محكمة الاستئناف بخصوص مسألة لم تكن مطروحة عليها، فلا يقبل التحدي لأول مرة أمام محكمة النقض بوسيلة تم التمسك بها أمام محكمة الدرجة الأولى ولكنه تم التخلي عنها صراحة أو ضمنا أمام جهة الاستئناف²⁶¹.

04- أن هذا التعريف لم يحصر المسألة الواقعية المثارة في مجرد الوقائع المشار إليها في الحكم المطعون فيه، بل وسعها لتشمل كل الوقائع المشار إليها في أوراق الدعوى²⁶²، فهذه الأوراق تكتسي أهمية بالغة حيث تعد وسيلة فعالة لحصر النزاع وتحديد وجه الرأي في الدعوى²⁶³، فيكون للخصوم أن يبرهنوا على عدم جدة الوجه الذي يثيرونه أمام المحكمة العليا عن طريق هذه الأوراق، كأن يستندوا إلى عريضة افتتاح الدعوى أو عريضة الاستئناف أو محضر سماع الشهود²⁶⁴، ولما كانت هذه الأوراق تعد ملكا للقضية يستطيع قاضي الموضوع أن يستعملها حتى ولو لم يتمسك بها الخصوم²⁶⁵، فإنه لا تعد وسيلة جديدة الوسيلة التي يثب من خلال أوراق الدعوى أن الوقائع التي تستند إليها غير جديدة، حتى ولو لم يؤسس الخصوم ادعاءاتهم على تلك الوقائع التي ثبت إثارتها في النزاع أمام قاضي الموضوع من خلال أوراق الدعوى²⁶⁶، بشرط احترام مبدأ المواجهة²⁶⁷.

²⁶⁰ المادة 33 من ق ا م اد: تفصل المحكمة بحكم في أول وآخر درجة في الدعاوى التي لا تتجاوز قيمتها مائتي ألف دينار جزائري.

²⁶¹ أحمد أبو الوفاء، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ط06، منشأة المعارف، الإسكندرية 1989، ص836.

-مصطفى كبيرة، مرجع سابق، ص ص 606-607.

-حلمي محمد الحجار، مرجع سابق، ج 01، ص146.

²⁶² محمد علي الكيك، رقابة محكمة النقض على تسبيب الأحكام الجنائية، مرجع سابق، ص 132.

²⁶³ إبراهيم سعد، القانون القضائي الخاص ج02، منشأة المعارف، الإسكندرية 1980، ص 85.

²⁶⁴ نبيل إسماعيل عمر، سبب الطلب القضائي، مرجع سابق، ص188.

²⁶⁵ عيد محمد القصاص، مرجع سابق، ص 320.

²⁶⁶ راجع المادة 02/26 من ق ا م اد التي تنص على أنه يجوز للقاضي أن يأخذ بعين الاعتبار من بين عناصر المناقشات والمرافعات الوقائع التي أثرت من طرف الخصوم ولم يؤسسوا عليها ادعاءاتهم.

الفرع الثاني : أشكال جدة الوسيلة وإثباتها

نحاول البحث من خلال هذا الفرع أولاً عن الأشكال أو الصور التي إذا ظهرت عليها الوسيلة تجعل منها وسيلة جديدة، ثم ثانياً عن كيفية إثبات أن الوسيلة المتدرع بها أمام المحكمة العليا هي وسيلة جديدة غير مقبول إثارتها لأول مرة أمامها.

أولاً . أشكال جدة الوسيلة:

رغم أن هذه الأشكال عديدة ومتنوعة، إلا أننا نحاول حصرها في خمسة صور²⁶⁸:

أ . الصورة الأولى: الوسيلة التي ترمي إلى تعديل موضوع الطلب :

سبق وأن فرقنا بين الطلب الجديد والوسيلة الجديدة وانتهينا إلى أن الوسيلة الجديدة هي صورة من صور الطلب الجديد، فالطاعن هنا يحاول من خلال الوسيلة التي يدلي بها أمام المحكمة العليا أن يلوم قضاة الموضوع كونهم لم يستجيبوا لطلب لم يتقدم به أصلاً أمامهم، فمثلاً إذا أقامت شركة دعوى تطالب فيها بفسخ عقد الإيجار لثبوت امتناع المستأجر عن دفع الإيجار وأجابتها المحكمة لذلك، فإنه لا يمكنها في النقض أن تلوم قضاة الموضوع لكونهم لم يحكموا لها بالزام المستأجر بإخلاء العين المؤجرة طالما أنها لم تتقدم بهذا الطلب أمامهم²⁶⁹، ذلك أن الوسيلة وإن كانت في أصلها لا تغير من موضوع النزاع ما دامت تطرح في حدود الإدعاءات الأصلية للخصوم²⁷⁰، إلا أنها تصبح جديدة إذا تضمنت تغييراً لطلبات الطاعن سواء بالإضافة أو تقديم طلب جديد²⁷¹، استناداً على أن مبدأ ثبات الخصومة²⁷² يقتضي ألا

²⁶⁷ أي أن تلك الأوراق دخلت إلى ملف القضية بعلم الخصوم أما مسألة مناقشتها أو عدم مناقشتها من طرفهم فتلك مسألة أخرى لا تضر بمبدأ المواجهة ... أنظر عيد محمد القصاص، مرجع سابق ، ص 326 .

²⁶⁸ انظر كيف أن الأستاذ الصاوي يقترح سبعة صور لجدة السبب: أحمد السيد صاوي ، في الأسباب الجديدة أمام محكمة النقض بالنسبة للطعن المدني ، مرجع سابق، ص ص 23-36 . بينما الأستاذ Boré يقسمها إلى ستة صور: jaques Boré, op cit, pp565-566 .

²⁶⁹ مصطفى كيرة، مرجع سابق، ص 577 .

²⁷⁰ أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين ، مرجع سابق، ص 189 .

²⁷¹ قرار الغرفة المدنية المؤرخ في 1983/12/07 ملف رقم 31862 ، المجلة القضائية، ع03، س 1989 ، ص 23 : حيث في ما يخص الدفع المثار من الطاعن والمتعلق بخفض مبلغ الإيجار لتقادم المدة المقدرة بخمس سنوات فهو دفع جديد لم يثر أمام قضاة الموضوع ولا يجوز إثارته لأول مرة أمام المجلس الأعلى.

يحدث أي تغيير في عناصر الخصومة ونطاقها²⁷³، فلا يجوز استبدال أحد الخصوم بشخص من الغير²⁷⁴، أو تغيير صفة أحد الأطراف، أو تعديل موضوع الطلب القضائي الأصلي، أو تقديم طلب جديد²⁷⁵، ولا ترد هنا تلك الاستثناءات المقررة للاستئناف، فلا تجوز مثلا المطالبة لأول مرة أمام المحكمة العليا بالفوائد المستحقة بعد صدور حكم الاستئناف²⁷⁶.

ولا يقبل أمام المحكمة العليا الوسيلة الجديدة التي تتضمن تعديلا لموضوع الطلب الذي تم التقدم به أمام محكمة الموضوع، حتى ولو استند إلى نفس النصوص القانونية التي تم الاستناد إليها أمام قاضي الموضوع²⁷⁷.

وتطبيقا لذلك قضت المحكمة العليا أن الدفع المثار من طرف الطاعن أمام قضاة الموضوع كان منصبا حول التلفاز والمبرد وبعض الأفرشة والأغطية فقط وليس وجود دخل مالي لدى الأطراف من عدمه كما أثاره الطاعن حاليا مما يجعله مرفوض²⁷⁸.

²⁷² مبدأ ثبات الخصومة هو من المبادئ التقليدية التي تسيطر على الخصومة القضائية بصفة عامة أيا كان فرع القانون الذي توجد به هذه الخصومة.

- ²⁷³ قرار الغرفة التجارية والبحرية المؤرخ في 1983/02/07 ملف رقم 29500، المجلة القضائية، ع01، ص 89، ص 166 : حيث أن فصل المجلس في صحة عقد الإيجار الرابط بين المدعي وديوان السكن الذي لم يكن طرفا في النزاع يعد خرقا لمبدأ عدم تبديل وتعديل طلبات النزاع.

²⁷⁴ فالتدخل والإدخال غير جائزين لأول مرة أمام المحكمة العليا، وينبغي على ذلك أنه إذا كانت محكمة الاستئناف لم تفصل في طلب المتدخل أمامها لاصراحة ولا ضمنا فإنه يظل خارجا عن الخصومة ولا يعتبر طرفا فيها : انظر محمد العشاوي، مرجع سابق، 984 .

- انظر المادة 01/353 من ق ا م ا د التي تنص : لا يقبل الطعن بالنقض إلا إذا قدم من أحد الخصوم أو من ذوي الحقوق.

²⁷⁵ أسامة أنور اسماعيل جامع، النطاق الموضوعي لخصومة الاستئناف، رد، جامعة عين شمس، القاهرة 2000 ، ص 50 .

- قرار غرفة الأحوال الشخصية والمواريث المؤرخ في 1986/06/30 ملف رقم 42870 ، المجلة القضائية، ع02، ص 89، ص 88 : وحيث أن طلب الزوج برجع زوجته إلى محل الزوجية وطلب هذه الأخيرة التطلق أمام المجلس القضائي طلبين جديدين ما دام أن موضوع الدعوى كان يتعلق بطلب الزوج التعويض عن عدم امتثال الزوجة لحكم الرجوع.

²⁷⁶ فتحي والي، مرجع سابق، ص 755 هـ 02 .

²⁷⁷ مصطفى كيرة، مرجع سابق، ص 577 .

ومن تطبيقات محكمة النقض الفرنسية في ذلك ما قضت به الغرفة التجارية في أنه إذا كان الطاعن قد اقتصر أمام محكمة الموضوع على طلب فسخ عقد الإيجار لعدم الوفاء بالأجرة فإنه لا يجوز له أن ينعي على الحكم المطعون فيه بأنه ورغم إجابته لهذا الطلب لم يقضي له برد الشيء المؤجر طالما أنه لم يتقدم بهذا الطلب²⁷⁹، وما قضت به الغرفة المدنية في أنه لا يجوز لمن طلب أمام محكمة الموضوع إلزام المحجوز لديه بدفع دين الحاجز لعدم قيامه بواجب التقرير بما في ذمته غشا وتواطؤا أن يلوم قضاة الموضوع أمام المحكمة العليا كونهم حين ردوا طلبه بسبب عدم ثبوت الغش كان عليهم أن يحكموا له بالتعويض لعدم قيام المحجوز لديه بواجب التقرير²⁸⁰.

ومن تطبيقات محكمة النقض المصرية في هذا الصدد ما قضت به في أن التمسك ببطلان إعلان الرغبة في الشفعة هو من الأسباب الجديدة التي لا يجوز التحدي بها لأول مرة أمام محكمة النقض²⁸¹، وما قضت به في كون أنه متى انحصر النزاع بين الطرفين أمام قضاة الموضوع حول مقدار كمية الحديد التي نص عليها التعاقد ولم يتمسك الطاعن حينها بطلب قيمة العجز الذي يدعيه، فإنه لا يسوغ له التقدم بهذا الطلب لأول مرة أمام محكمة النقض²⁸².

ب . الصورة الثانية: الوسيلة التي ترمي إلى تعديل سبب الإدعاء :

في هذه الحالة الطاعن يبقي على نفس الطلب ولكن يغير الأساس القانوني الذي يبنيه عليه، فمثلا إذا كان المشتري قد طلب التعويض على أساس إخلال البائع بالتزامه بضمان

²⁷⁸ قرار غرفة الأحوال الشخصية المؤرخ في 16/01/2008 ملف رقم 417622 ، مجلة المحكمة العليا، ع01، س2008 ، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر 2008، ص265 .

²⁷⁹ Cass.com,30/05/1972,Bull.civ. II,n168 مشار إليه في : فكري عبد الحميد أبوصيام، مرجع سابق، ص231 هـ04 .

²⁸⁰ Cass.civ,03/05/1892,S.92.01.n564 .

. مشار إليه في : أحمد السيد الصاوي، في الأسباب الجديدة أمام محكمة النقض بالنسبة للطعن المدني ، مرجع سابق، ص25 هـ04 .

²⁸¹ نقض مصري 1982/06/24 طعن 1392 س 48 ق مشار إليه في: أنور طلبية، مرجع سابق ، ص 648 .

²⁸² نقض مدني 1957/05/16 مجموعة النقض 8 ص479 مشار إليه في : أحمد السيد الصاوي، مرجع سابق، ص24 .

التعرض والاستحقاق، دون أن يؤسسه على إخلال البائع بالتزامه بتسليم المبيع ولم يتمسك بهذا الدفاع أمام محكمة الموضوع، فإن النعي على الحكم بأنه لم يبحث الدعوى على أساس إخلال البائع بهذا الالتزام يكون وسيلة جديدة لا يقبل التحدي بها لأول مرة أمام محكمة النقض²⁸³، كما أن تعديل سبب الدعوى قد يكون عن طريق قيام الطاعن بالمساس بالبنيان الواقعي للنزاع، أي أنه يطرح وقائع جديدة لم تكن محل بحث من طرف قضاة الموضوع²⁸⁴، أو يتمسك بقاعدة قانونية لا يوجد في الملف ما يثبت أنه قد سبق أن تم أمام قضاة الموضوع عرض الوقائع التي يجب مقارنتها بمفترض هذه القاعدة²⁸⁵، أو يتمسك بقانون صادر بعد صدور القرار المطعون فيه حتى ولو كان قد صدر بأثر رجعي²⁸⁶، فلا يجوز مثلا التمسك لأول مرة أمام المحكمة العليا بقاعدة الإثراء بلا سبب²⁸⁷، والتمسك بالبطلان الإجرائي المتعلق بالمصلحة الخاصة لا يقبل لأول مرة أمام محكمة النقض ولو لم يكن قد صحح بأي سبب من أسباب التصحيح لما يثيره هذا التمسك من مسائل واقعية لم يسبق طرحها أمام محكمة الموضوع²⁸⁸، فلا يجوز مثلا الدفع لأول مرة أمام المحكمة العليا بمخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات يستدعي الوقوف عليها التحقق من مسألة واقعية كان الطاعن يعلم بها أثناء سير الدعوى أمام قضاة الموضوع ورغم ذلك لم يدفع بها²⁸⁹، ولا يجوز أيضا التحدي لأول مرة أمام المحكمة العليا بأحكام الغلط كسبب للتمسك بإبطال العقد بعد أن كان الطاعن قد طلب الإبطال ولكن استنادا إلى أحكام التدليس²⁹⁰.

²⁸³ هشام الطويل، شروط قبول الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية، منشأة المعارف الإسكندرية 1987، ص 383 .

²⁸⁴ هشام الطويل، مرجع سابق، ص 362 .

²⁸⁵ نقض مدني 1938/04/14 طعن رقم 68 سنة 07 ق ، مشار إليه في سعيد أحمد شعله، قضاء النقض المدني في الطعن بالنقض ، منشأة المعارف الإسكندرية 1995 ، ص 398

²⁸⁶ مرسل جورج سيوفي، مرجع سابق ، ص 109 .

²⁸⁷ Cass. civ I,16/05/1960,Bull.civ. In285,cité : jaques Boré, op cit, p565.

²⁸⁸ الأنصاري حسن النيداني، القاضي والجزاء الإجرائي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2009 ، ص 126 .

²⁸⁹ قرار الغرفة التجارية والبحرية المؤرخ في 2008/02/06 ملف رقم 408238 ، مجلة المحكمة العليا، ع02، س 2008 ، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر 2008 ، ص 211 .

²⁹⁰ Jaques Boré, op cit, p565.

ج . الصورة الثالثة: الوسيلة التي تستند إلى طرح وسيلة إثبات جديدة:

يقع على الخصوم وحدهم عبء إثبات الوقائع المكونة للنزاع، ومحل الإثبات هو المصدر الذي ينشئ هذا الحق الذي يتمسك به الخصوم سواء كان المصدر هو تصرف قانوني أو واقعة قانونية²⁹¹، ويتيح مبدأ التقاضي على درجتين للخصوم طرح وسائل إثباتهم أمام محكمة الدرجة الأولى و أمام الاستئناف ولهم أيضا أن يطرحوا أمام جهة الاستئناف وسائل إثبات جديدة لم يسبق طرحها أمام محكمة الدرجة الأولى، فالتقاضي على درجتين هو فرصة الخصوم لاستكمال نواحي النقص في دفاعهم²⁹².

إن هذا الوضع لا يمكن قبوله أمام المحكمة العليا فهي ليست درجة ثالثة للتقاضي حتى يمكن للخصوم تعزيز دفاعهم أمامها بطرح وسائل إثبات جديدة لم يسبق طرحها أمام قضاة الموضوع ولم توضع لديهم تحت البحث، كما أنه ليس للمحكمة العليا أن تبت في الطعن إلا في النطاق الذي عرض فيه النزاع أمام قضاة الموضوع²⁹³.

ولا تقبل المحكمة العليا أمامها وسائل إثبات جديدة مهما كانت أهمية هذه الوسيلة، سواء تعلق الأمر بسند رسمي أو عرفي أو حكم قضائي أو شهادة شهود أو طلب أداء يمين أو إجراء تحقيق، حتى ولو كان الهدف من إثارة الوسيلة هو تأييد القرار المطعون فيه²⁹⁴، وحتى ولو كان طرح وسيلة الإثبات الجديدة يهدف إلى تعزيز دفاع تم طرحه على قضاة الموضوع²⁹⁵، وفي الإجمال لا تقبل وسائل الإثبات الجديدة لأنها تشكل واقعة جديدة لا يحق للمحكمة العليا أن تنظر فيها²⁹⁶ حتى ولو كانت وسيلة الإثبات حاسمة في الدعوى²⁹⁷، ولا يقبل تقديم وسيلة

²⁹¹ نبيل إسماعيل عمر، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية 2004، ص 80.

²⁹² أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين، مرجع سابق، ص 189 .

²⁹³ مرسال جورج سيوفي، مرجع سابق، ص 108 .

²⁹⁴ حلمي محمد الحجار، ج 01، مرجع سابق، ص 151 . - فتحي والي، مرجع سابق، ص 758 .

²⁹⁵ فكري عبد الحميد أبو صيام، مرجع سابق، ص 205 .

²⁹⁶ مرسال جورج سيوفي، مرجع سابق، ص 108 .

²⁹⁷ وسيلة الإثبات الحاسمة هي الدليل الذي يؤدي عدم طرحه على قاضي الموضوع إلى وقوعه في خطأ في الواقع وخطأ في القانون... راجع أحمد السيد الصاوي، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 133.

إثبات جديدة حتى من النائب العام في طعنه بالنقض لمصلحة القانون²⁹⁸، وما يبرر هذه القاعدة الصارمة هو أن المحكمة العليا تنظر في القرار المطعون فيه وليس في الدعوى²⁹⁹. واتجهت محكمة النقض الفرنسية إلى اعتبار الوسيلة القانونية المؤسسة على مستندات جديدة وسيلة جديدة تنطوي على خليط من الواقع والقانون لا يجوز التحدي بها أمامها حتى ولو اتخذت شكلاً قانونياً كالعقد أو العادة أو القانون الأجنبي أو منشور وزاري أو اتفاقية جماعية³⁰⁰ أو كانت عبارة عن خطاب سري³⁰¹ أو كشف حساب³⁰².

وفي نفس الاتجاه سارت محكمة النقض المصرية، حيث قضت بأنه لا يقبل التحدي أمامها لأول مرة بمسند لم يسبق عرضه على محكمة الموضوع³⁰³، فإذا كانت مدونات الحكم المطعون فيه لم تشر إلى أن الطاعن قد تمسك بحكم قضائي فإنه لا يجوز له التحدي بهذا الحكم لأول مرة أمام محكمة النقض حتى وإن كان قد مكن هذه الأخيرة من الإطلاع عليه³⁰⁴، كما قضت بأنه إذا كانت أوراق الدعوى خالية مما يفيد تمسك الطاعن أمام محكمة الموضوع بطلب إجراء المعاينة أو الإحالة إلى التحقيق، فإن إثارة ذلك أمامها لأول مرة يعد سبباً جديداً لا يمكن قبوله³⁰⁵.

ومن تطبيقات محكمة التمييز اللبنانية في هذه المسألة ما قضت به في أنه ليس للطاعن أن يبرز أمامها لأول مرة مستندات جديدة ليثبت توقف أعمال المطعون ضدها قبل انتهاء مدة

²⁹⁸ أحمد السيد الصاوي، مرجع سابق، ص 134.

²⁹⁹ إلياس أبو عيد، مرجع سابق، ص 132.

³⁰⁰ Cass.civ I,16/12/1980,Bull.civ. In332

. مشار إليه في : مصطفى كيرة، مرجع سابق، ص 600.

-Cass.civ II,11/05/1964,Bull.civ. II.n365.

-cass.soc.30/10/1973,JCP 1973, V.401.

³⁰¹ Cass.civ II,10/05/1968,Bull.civ. II.n130.

³⁰² cass.com,07/03/1950,Bull.civ. III.n86.

³⁰³ هشام الطويل، مرجع سابق، ص 371.

³⁰⁴ نقض مدني 1982/01/13 طعن 985 س 46 ق ... مشار إليه في أنور طلبية، مرجع سابق، ص 626.

³⁰⁵ هشام الطويل، مرجع سابق، ص 372.

العقد³⁰⁶، كما قضت بأنه لا يقبل من الطاعن أن يطرح لأول مرة أمامها وثائق جديدة لإثبات وفاءه بالدين المطالب به³⁰⁷، كما قضت أنه لا يجوز التمسك باليمين أمامها لأول مرة باعتباره وسيلة إثبات جديدة لم يتم طرحها على قضاة الموضوع³⁰⁸.

ومن تطبيقات المحكمة العليا في هذا الشأن ما قضت به في أنه لا يجوز للطاعن أن يستظهر أمامها لأول مرة بشهادة طبية لإثبات مرض مورثه بمرض خطير عند إبرام العقد³⁰⁹.

د . الصورة الرابعة: الوسيلة التي تستند إلى تفسير جديد للمستندات والأوراق المقدمة أمام قضاة الموضوع:

يعطي القانون الحق للخصوم في تقديم الدليل لإثبات صحة ما يدعونه أمام القضاء³¹⁰، والدليل قد يكون في صورة مستندات وأوراق ومحاضر تحقيق وتقارير خبرة ومحاضر سماع شهود³¹¹، ويجب على الخصوم أن يبينوا لمحكمة الموضوع ما يعطونه لتلك الأوراق والمستندات التي يطرحونها أمامها من دلالة، فيتحدد نطاق بحث تلك المحكمة بما يريد الخصوم إثباته من خلال تلك الأدلة³¹².

ويترتب عن ما سبق، أنه لا يقبل من الطاعن أمام المحكمة العليا أن يلوم قضاة الموضوع على عدم بحثهم لمسائل يصح إثباتها بما قدمه من أدلة أمامهم دون أن يثبت أنه قد طلب منهم بحث تلك المسائل، فلا يقبل منه التحدي لأول مرة أمام المحكمة العليا بتفسير

³⁰⁶ قرار تمييزي مدني رقم 39 مؤرخ في 18/03/1964، النشرة القضائية، س1964، ص 168..مشار إليه في إلياس أبو عيد، مرجع سابق، ص 129 .

³⁰⁷ قرار تمييزي مدني رقم 89 مؤرخ في 21/10/1964، مجموعة اجتهادات جميل باز، ع12، ص 264..مشار إليه في إلياس أبو عيد، مرجع سابق، ص 130 .

³⁰⁸ قرار تمييزي رقم 124 مؤرخ في 08/11/1951، المحامي 1952، ص 189..مشار إليه في إلياس أبو عيد، مرجع سابق، ص 103 .

³⁰⁹ قرار المحكمة العليا. الغرفة العقارية. المؤرخ في 30ماي 2001، رقم الملف 211880، نشرة القضاة، ع 57، س2006، ص229.

³¹⁰ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج02، مرجع سابق، ص 34 .

³¹¹ راجع المواد من 70 إلى 193 من ق ا م ا د والمواد من 324 إلى 350 من القانون المدني.

³¹² فكري عبد الحميد أبو صيام، مرجع سابق، ص 207 .

للأوراق لم يسبق التمسك به أمام قضاة الموضوع³¹³، لأن هذا التفسير الجديد يشكل مسألة واقع لا تختص المحكمة العليا بنظرها³¹⁴، كما أن قبوله يؤدي إلى المساس بسبب وموضوع الدعوى³¹⁵، فإذا كان الطاعن قد استند في دعوى الإخلاء التي رفعها أمام محكمة الموضوع على كون العقد هو عقد استثمار فإن وسيلة النقض التي تستند إلى أن ذات العقد المقدم هو عقد إيجار تعد وسيلة جديدة امتزج فيها الواقع بالقانون لا يمكن قبولها لأول مرة أمام المحكمة العليا³¹⁶، ولا يقبل أيضا من الطاعن أن يعترض على قضاة الموضوع بأنهم لم يستنتجوا من محضر الجرد والتركة ثبوت واقعة إجازة الموكل للتصرف الحاصل من وكيله إلى الطاعن والذي هو محل نزاع بينه وبين ورثة الموكل طالما أنه لم يطرح هذا التفسير عليهم³¹⁷، والطاعن الذي لم يقدم ما يدل على تمسكه أمام محكمة الموضوع بأن تاريخ العقد محل النزاع هو تاريخ غير صحيح، فإن ما يثيره بشأن عدم صحة هذا التاريخ يكون غير مقبول لأنه جديد³¹⁸.

هـ . الصورة الخامسة: الوسيلة جديدة رغم عرضها على قضاة الموضوع:

نلاحظ في هذه الصورة أن الوسيلة تبنى على وقائع وأدلة وحجج تم عرضها على قضاة الموضوع لكنها لا تقبل لسببين:

01-السبب الأول هو أن الطاعن لم يثرها أمام قاضي الموضوع، بل أن الأطراف الأخرى هي التي تمسكت بها³¹⁹، فطبقا لمبدأ نسبية الوسيلة من حيث الأشخاص فإنها تكون ملكا لمن تمسك بها أمام قاضي الموضوع بحيث لا تصبح جديدة بالنسبة له إذا ما أثارها أمام المحكمة العليا، في حين لا يقبل إثارتها من غيره من الخصوم³²⁰، ولا يستثنى من هذا المبدأ سوى حالة

³¹³ أحمد السيد الصاوي، في الأسباب الجديدة أمام محكمة النقض بالنسبة للطعن المدني ، مرجع سابق، ص 33 . مصطفى كيرة، مرجع سابق ، ص 586 .

³¹⁴ Jacques Boré, op cit, p567.

³¹⁵ سعيد أحمد شعلة، مرجع سابق ، بند 111، ص 431 .

³¹⁶ حلمي محمد الحجار، ج01، مرجع سابق ، ص 150

³¹⁷ سعيد أحمد شعلة، مرجع سابق، بند 108، ص 430 .

³¹⁸ أنور طلبية، مرجع سابق ، ص 684 .

³¹⁹ Jacques Boré, op cit, p565.

³²⁰ فكري عبد الحميد أبو صيام ، مرجع سابق ، ص ص 215-222 .

وجود علاقة ضمان بين مجموعة من أطراف الدعوى، فمثلا العلاقة بين المؤمن والمؤمن له في دعوى التأمين من المسؤولية التي يرفعها ضدهما المضرور، وبين البائع والمشتري في دعوى الاستحقاق التي يرفعها الغير على المشتري، تسمح لأحدهما أن يثير وسيلة مبنية على أسباب حتى وإن لم يكن قد أثارها هو أمام قاضي الموضوع، ما دام أنها قد أثرت من الآخر³²¹.

02-السبب الثاني هو أن الطاعن وإن كان قد أثار الوسيلة فإنه لم يدفع بها في مواجهة المطعون ضده، فإذا وجه المدعي طلبات معينة لبعض خصومه دون البعض الآخر في موضوع قابل للتجزئة، فلا يكون له أن يتمسك ضد هذا البعض الآخر بما كان قد أثاره من أوجه دفاع ضد من وجهت إليهم تلك الطلبات، لأنها تعتبر جديدة في حق من لم توجه إليهم³²².

ثانيا . كيفية إثبات أن الوسيلة المثارة جديدة:

من المفروض أن الطاعن في عرضه لوسيلة الطعن يجب عليه أن يشرح بدقة هذه الوسيلة والأسانيد التي بنى عليها نعيه للقرار المطعون فيه تحت طائلة عدم الالتفات للوسيلة المثارة³²³، ويتعين على الطاعن أيضا أن يرفق بعريضة الطعن بالنقض نسخة من المستندات

-قرار الغرفة التجارية والبحرية المؤرخ في 2005/10/05 ملف رقم 351518 ، مجلة المحكمة العليا، ع01، س2006 ، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر 2006 ، ص 351 : وحيث أن هذا الدفع لا يلتفت إليه لأنه خاص بالطاعنة المدعية الأصلية التي لم تثر أي دفع أو طلب من هذا النوع بالذات و لا يخص المطعون ضدها طالما أنه لا يسوغ لطرف أن يتذرع بدفوع وضعت لخصمه.

³²¹Jacques Boré, op cit, p565.

³²² حامد فهمي ومحمد حامد فهمي، مرجع سابق ، ص 199 .

³²³ قرار الغرفة التجارية والبحرية المؤرخ في 2008/05/07 ملف رقم 506918 ، مج مح ع، ع01، س2008 ، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر 2008، ص182 : وحيث أنه من الغرابة بمكان أن تثير الطاعنة هذا الوجه تحت عنوان انعدام الأساس القانوني وقصور الأسباب بينما ما تثيره لا يمت بصلة مع القرار المطعون فيه ، فأقل ما يقال أن هذا الوجه يتسم بعدم الجدية ويفتقر للوضوح.

- قرار الغرفة العقارية المؤرخ في 2007/11/14 ملف رقم 423458 ، مج مح ع، ع02، س2008، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر 2008، ص256: وحيث أن الطاعنين لم يبيينا ويوضحا تجاوز السلطة المدعى به مما يجعل الوجه المثار غير مبرر ويتعين رفضه.

والوثائق التي يبني عليها طعنه تحت طائلة عدم قبول الطعن شكلا³²⁴، حيث أن الجهة القضائية المصدرة للقرار المطعون فيه بالنقض لا تلزم قانونا برفع ملف الدعوى إلى المحكمة العليا، وهذا بخلاف الاستئناف حيث يكون كاتب ضبط المحكمة تحت رقابة رئيس المحكمة وتحت طائلة العقوبات الجزائية ملزم بإحالة ملف الدعوى كاملا إلى الجهة القضائية الاستئنافية³²⁵، ونفس الحكم بالنسبة للطعن بالنقض في القضايا الجزائية حيث تلزم الجهة القضائية المصدرة للقرار الجزائي المطعون فيه برفع الملف بجميع أوراقه ومستنداته إلى المحكمة العليا³²⁶.

وما يلزم الطاعن به في هذا الصدد ينسحب أيضا على المطعون ضده إذا قدم دفعا لدحض الوسيلة المثارة من طرف الطاعن، حيث يتعين عليه أن يرفق عريضته الجوابية بالوثائق التي يدعم بها ردوده على عريضة الطعن، والحكم ينسحب أيضا على النائب العام سواء كان طاعنا أو مطعونا ضده فمتى أدلى بوسيلة أو دفاع وجب عليه أن يرفق معه المستندات المعززة له، أو على الأقل يشير إليها إذا كان أحد الخصوم قد أرفقها في ملف الطعن بالنقض.

³²⁴ راجع المادة 566 من ق ا م اد التي تنص: يجب إرفاق عريضة الطعن الطعن بالنقض تحت طائلة عدم قبول الطعن شكلا تلقائيا:

01- نسخة مطابقة لأصل القرار أو الحكم محل الطعن مرفقة بمحاضر التبليغ الرسمي إن وجدت. -02- نسخة من الحكم المؤيد أو الملغى بالقرار محل الطعن. -03- الوثائق المشار إليها في مرفقات عريضة الطعن...³²⁵ قرار الغرفة التجارية والبحرية المؤرخ في 2006/02/01 ملف رقم 373733 ، مجلة المحكمة العليا، ع01، س2006 ، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر 2006 ، ص 378: حيث أن ملف الدعوى ينقل إلى الجهة الاستئنافية بمجرد تسجيل الاستئناف في الحكم الفاصل في الدعوى ، لذلك فالمستأنفة غير ملزمة بتقديم الوثائق التي سبق تقديمها في الدرجة الأولى إلا في حالة ثبوت سحبها من الملف.

- تجدر الملاحظة في هذا الصدد أن المادة 115 من قانون الإجراءات المدنية الملغى كانت تنص صراحة على هذا الإجراء ، إلا أننا لم نجد لها نسا مقابلا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد مما يفيد أن هذا الإجراء أصبح من الأعمال الإدارية التي يتعين على الجهة القضائية اتخاذها من أجل ضمان حسن سير العدالة.³²⁶ انظر المادة 513 من ق ا ج التي تنص: يقوم كاتب الجهة القضائية التي أصدرت القرار المطعون فيه بإنشاء الملف وإرساله إلى النائب العام الذي يبعثه بدوره إلى النيابة العامة لدى المحكمة العليا مع حافظة بيان الأوراق = = في ظرف عشرين يوما من تاريخ التقرير بالطعن، ويقوم كاتب المحكمة العليا بتسليم الملف في ظرف ثمانية أيام إلى الرئيس الأول للمحكمة العليا الذي يحيله على رئيس الغرفة الجزائية لكي يعين قاضيا مقررا.

إذن يقع على عاتق من يتمسك بطلب أو دفع أو وسيلة دفاع أمام المحكمة العليا أن يضع أمامها جميع الوسائل التي تسمح لها بمراقبة مدى عدم جدة ما يتمسك به أمامها، ذلك أن نص المادة 359 من ق ا م ا د يفهم منه أن مسألة عدم قبول الوسائل الجديدة هي من النظام العام، ويترتب على ذلك أنه يتعين على المحكمة العليا أن تثير هذه المسألة من تلقاء نفسها ويكون لها ذلك بمقارنة ما يثيره الأطراف بما هو وارد في القرار المطعون فيه والمستندات المرفقة. وعليه فإنه يمكن القول أن إثبات عدم جدة الوسيلة يقع على عاتق الطرف الذي قدمها³²⁷، حيث يكفي الطرف الآخر أن يدفع بأن الوسيلة المثارة جديدة لم يسبق طرحها أمام قضاة الموضوع.

ولكي يتمكن الطرف الذي يدفع بالوسيلة من إثبات عدم جدتها فإنه له أن يستعين بالقرار المطعون فيه وبحكم الدرجة الأولى إذا كان القرار المطعون فيه قد تبنى أسبابه أو أحال إليه، كما له أن يستعين بجميع المستندات والوثائق التي تم مناقشتها حضوريا أمام قضاة الموضوع³²⁸.

في الواقع أن القرار المطعون فيه وحكم الدرجة الأولى يشكلان متحدين وسيلة إثبات حقيقية تسمح للمحكمة العليا من التأكد من مسألة جدة الوسيلة المثارة أمامها، خاصة أن المشرع يلزم قضاة الموضوع بأن يبينوا في أحكامهم وقائع القضية ولو بإيجاز مع الإشارة إلى طلبات وادعاءات الخصوم ووسائل دفاعهم مع واجب الرد على الطلبات والأوجه المثارة³²⁹.

أما في ما يخص استعمال الوثائق والمستندات من أجل إثبات عدم جدة الوسيلة، فإنه كان يطرح إشكالية قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد حيث كان يصعب على الطاعن إثبات أن الوثيقة التي يدفع بها قد سبق له طرحها أمام قضاة الموضوع، خاصة إذا لم

³²⁷ أحمد السيد صاوي، في الأسباب الجديدة أمام محكمة النقض بالنسبة للطعن المدني، مرجع سابق، ص 37.

³²⁸ Cass.soc.24/02/1972,Bull.civ,n153 cité par Jacques Boré, op cit, p567.

³²⁹ راجع نص المادة 277 ف 02 و ف03 من ق ا م ا د - راجع أيضا نص المادة 554 من نفس القانون.

- إن هذين المادتين يشكلان في الحقيقة ضمانا مهمة للأطراف بحيث من جهة أن الالتزام بهما من طرف قضاة الموضوع سوف يسهلان إثبات أن ما يطرح من وسائل ليس جديدا إذ يكفي قضاة المحكمة العليا الرجوع إلى القرار المطعون فيه للتأكد من هذه المسألة بسهولة ومن جهة أخرى يؤدي خرقهما إلى تعريض القرار المطعون فيه لخطر النقض.

يشر إليها في حيثيات القرار المطعون فيه، بسبب أنه لم يكن هناك أي نص يلزم قاضي الموضوع بأن يمكن الأطراف من إظهارهم للوثائق في الملف، لكن الوضع تغير بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث أن إيداع الوثائق والمستندات في الملف أمام محاكم الموضوع يكون لقاء وصل مفصل مؤشر عليه من طرف أمين ضبط المحكمة، ويكون هذا الوصل دليل على أن الوثيقة قد سبق طرحها أمام قضاة الموضوع³³⁰، لذلك فإنه لا يكف الطرف الذي يثير الوسيلة أمام المحكمة العليا عند طرحه لوثيقة أن يصرح بأنها ليست جديدة، بل يتعين عليه إثبات ذلك من خلال الإشارة إلى أنها مذكورة في القرار المطعون فيه، أو من خلال تقديم وصل إيداعها أمام محكمة الموضوع.

عند قبول المحكمة العليا الدفع المثار من طرف المطعون ضده بأن الوسيلة التي يدلي بها الطاعن جديدة فإنها تقضي بعدم قبولها، وتمتتع عن نظر موضوع الوسيلة المثارة، إلا أن هذا لا يمنع الطاعن من استعمال هذه الوسيلة في خصومة أخرى بشرط أن لا تكون جديدة³³¹، أما عندما ترفض المحكمة العليا الدفع المثار بجدة الوسيلة فإنه يتعين عليها أن تسبب هذا الرفض تسبباً خاصاً إذا ما انتهت إلى نقض القرار المطعون فيه استناداً إلى الوسيلة المدفوع بجدها³³²، لكن إذا انتهت المحكمة العليا إلى أن الوسيلة المثارة غير جديدة لكنها غير مؤسسة موضوعاً فإنها لا تكون ملزمة بتسبب رفضها للدفع المثار المتعلق بجدة الوسيلة³³³.

المطلب الثاني : الوسائل الجديدة المقبولة

تضع المادة 359 من ق ا م ا د حدوداً على تطبيق المحكمة العليا لنظرية الوسائل الجديدة بحيث أنها تستثني الأوجه القانونية المحضة . الفرع الأول .، أو تلك الناتجة عن الحكم أو القرار المطعون فيه . الفرع الثاني.

³³⁰ راجع نص المادة 22 من ق ا م ا د : يقدم الخصوم المستندات المشار إليها في المادة 21 أعلاه إلى أمين الضبط لجردها والتأشير عليها قبل إيداعها بملف القضية تحت طائلة الرفض . يتم إيداع هذه المستندات بأمانة الضبط مقابل وصل استلام.

³³¹ Jacques VOULLET, l'interprétation des arrêt de la cour de cassation ,JCP 1970, I ,2305,n6.

³³² Cass.com,23/01/1990,Bull.civ.V.n21.-Cass.civ.III,18/07/1972.Ibid.III.n47-cass.civ02,12/06/1970,ibid. II,n207.

³³³ jaques VOULLET, l'irrecevabilité des moyens nouveaux ,JCP 1973,01,2544 .

الفرع الأول : الوسائل . الأوجه . القانونية المحضة³³⁴

يقوم قضاء النقض بصفة مستقرة على التمييز بين الوسائل القانونية البحتة والوسائل التي تشكل مزيجاً من الواقع والقانون، بحيث يقبل إثارة النوع الأول من الوسائل ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا، بينما لا يقبل إثارة الوسائل الثانية لأول مرة ويصفها بأنها وسائل جديدة غير مقبولة³³⁵، وهذا التقسيم يقوم على التفرقة بين الواقع والقانون، والتي هي في الحقيقة لا زالت محل جدل فقهي كبير³³⁶.

ولكون أن المسألة دقيقة ويتوقف عليها نتيجة جد خطيرة تتمثل في قبول أو رفض الوسيلة المثارة أمام المحكمة العليا، فإنه يتعين علينا دراستها من جميع النواحي، حيث يتعين علينا أولاً تعريف الوسيلة القانونية المحضة وإيجاد المبرر الذي جعل المشرع يقبل إثارتها ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا، ثم ثانياً تحديد شروط قبول الوسيلة القانونية المحضة، وثالثاً دراسة صورة من صور الوسائل القانونية المحضة والمتمثلة في الوسيلة القانونية المتعلقة بالنظام العام، ثم رابعاً البحث في سلطة المحكمة العليا في إثارة الوسيلة القانونية المحضة .

أولاً . تعريف الوسائل القانونية المحضة وتبرير قبولها أمام المحكمة العليا:

في الحقيقة يجب الاعتراف بأن وصف الوسيلة بأنها قانونية محضة هو وصف لا يخلو من الافتراض والحيلة، فالقول بأن الوسيلة قانونية محضة هذا يعني أنها لا تطبق على أي واقعة بحيث تبقى معلقة بين السماء والأرض، في حين أن الوسيلة القانونية تطبق دائماً على واقعة محددة³³⁷، فهي تعني أمام قاضي الموضوع الوسيلة القانونية التي لا تعتمد على إدخال أية واقعة ليست في الدعوى، بينما هي أمام المحكمة العليا الوسيلة القانونية التي لا تعتمد على إدخال وقائع لم تكن مطروحة أمام محكمة الموضوع³³⁸، أو تلك الوسائل التي لا تحتاج إلى

³³⁴ في الفقه المصري تسمى بالأسباب القانونية البحتة وفي الفقه اللبناني تسمى بالأسباب القانونية الصرفة.

³³⁵ عزمي عبد الفتاح، التمييز بين الواقع والقانون وتوزيع المهام الإجرائية في الخصومة المدنية على هذا الأساس كحل تأسيلي لمشكلة منع تغيير أساس الإدعاء ، مرجع سابق، ص 21.

³³⁶ عيد محمد القصاص، مرجع سابق ، ص 236 .

³³⁷ Jaques Boré, op cit, p577.

³³⁸ عيد محمد القصاص، مرجع سابق ، ص 238.

إثبات، ومثال ذلك استبدال التكييف الذي وضعه الخصوم بتكييف آخر واستبدال النص القانوني بنص آخر³³⁹.

والحقيقة أن هذه الوسائل في شكلها الخارجي هي وسائل جديدة³⁴⁰، كان ينبغي على المحكمة العليا لو طبقنا نظرية حظر إبداء الوسائل الجديدة أن ترفضها³⁴¹، لكن محكمة النقض الفرنسية لم تعتبرها كذلك حيث استقر قضاءها على قبولها³⁴²، وحثتها أن قاضي الموضوع ملزم بتطبيق القانون من تلقاء نفسه ويترتب على ذلك أن يفحص طلبات الخصوم ووسائل دفاعهم ويبحثها على جميع الوجوه القانونية التي تؤسس للحكم الصحيح في الدعوى³⁴³.

لقد عرفت محكمة النقض الفرنسية الوسائل القانونية المحضة من خلال مفهوم المخالفة للوسائل القانونية التي يخالفها واقع، وذلك بالقول أن الوسيلة القانونية المحضة هي تلك الوسيلة التي لا تستند إلى أي تقدير للوقائع غير تلك التي عرضت على قاضي الموضوع³⁴⁴. وأيد الفقه محكمة النقض الفرنسية في رأيها، حيث يرى الأستاذ FAY أن الوسيلة القائمة على مخالفة قاضي الموضوع للقاعدة القانونية التي قدم الخصوم أمامه عناصرها الواقعية لا يمكن أن نعتبرها وسيلة جديدة حتى ولو لم يتمسك الخصوم بتطبيق هذا القانون³⁴⁵، فالوسيلة

³³⁹ سعيد خالد علي الشرعبي، حق الدفاع أمام القضاء المدني، رد، كلية الحقوق بجامعة عين شمس، القاهرة 1997. ص 254.

³⁴⁰ Ernest Faye, la cour de cassation, op cit, p 143.

³⁴¹ هناك من يرى أن قبول الوسائل القانونية المحضة لا يستند إلى كونه يشكل استثناء لقاعدة منع قبول الأسباب الجديدة، نظراً لأنه يستند إلى سبب موجود دائماً في القضية، وهو مطروح على قاضي الموضوع تلقائياً استناداً إلى مبدأ سلطان القاضي في تطبيق القواعد القانونية. انظر في ذلك: حلمي محمد الحجار، مرجع سابق، ج 01، ص 156. وانظر أيضاً:

– Ernest Désiré GLASSON et René Lucien MOREL et Albert TISSIER, op cit, p490.

³⁴² –cass.civ.20/02/1854,DP54.I.62-cass.civ.11/05/1864,DP64.I.187

-cass.civ.07/02/1865,DP65.149.cass.civ.11/01/1881,DP81.I.134

-cass.civ II.22/04/1966,Bull.civ. In234 -cass.civ III.22/02/1972,Bull.civ III.n122.

³⁴³ حامد فهمي ومحمد حامد فهمي، مرجع سابق، ص 204.

³⁴⁴ Thomas PIAZZON, op cit, p522.

-Cass.civ I,16/02/1994,Bull.civ. In68.

- Frédérique Ferrand, cassation française et révision allemande, p.u.f, 1993,p51.

³⁴⁵ Ernest Faye, la cour de cassation, op cit, p144.

القانونية المحضة حسب الأستاذ FAY هي موجودة بالضرورة في الدعوى وبالتالي فهي ليست جديدة³⁴⁶.

وأضاف النائب العام BESSON بأن الوسيلة القانونية المحضة يتوقف قبولها على شرط عدم امتزاجها بالواقع، بمعنى إذا تأسست على وقائع لم يجر بحثها أمام قاضي الموضوع³⁴⁷.
تبعاً للنظرية التي أعدها النائب العام لمحكمة النقض البلجيكية Paul Leclercq اتجه الفقه البلجيكي إلى اعتبار الوسيلة القانونية المحضة مجرد حجة قانونية يكون الخصوم قد أغفلوا إثارتها أمام قاضي الموضوع عندما التمسوا منه حل النزاع وفق القاعدة القانونية التي تحكم النقطة محل النزاع³⁴⁸، وهذا ما يؤكد الأستاذ RIGAUX بالقول أن الوسيلة القانونية المحضة هي الوسيلة التي تشتمل على حجج جديدة من أجل إقناع المحكمة العليا بمسألة قانونية طرحت على محكمة الموضوع³⁴⁹، لذلك فإن هذا الاتجاه لا يقول بتعريف الوسائل القانونية المحضة من خلال مقارنتها بالأسباب المختلطة بالواقع والقانون³⁵⁰.

أما في الفقه المصري فقد ظهرت عدة تعريفات للوسيلة القانونية المحضة³⁵¹، وقد أيدتهم في ذلك محكمة النقض المصرية³⁵²، ولعل من أدق هذه التعاريف التعريف الذي نادى به الأستاذ

-نبيل إسماعيل عمر، سبب الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف، مرجع سابق، ص 194.

³⁴⁶ Ernest Faye, Ibid, p 144.

مصطفى كيرة، مرجع سابق، ص 610.

-cass.civ II.12/06/1970, Bull.civ. II.n207.

³⁴⁷ François RIGAUX, op cit, p199.

³⁴⁸ François RIGAUX, Ibid, p199.

³⁴⁹ François RIGAUX, op cit, p170.

³⁵⁰ نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2004، ص 413.

³⁵¹ انظر في هذه التعريفات: حامد فهمي ومحمد حامد فهمي، مرجع سابق، ص 204. أحمد السيد صاوي، في

الأسباب الجديدة أمام محكمة النقض بالنسبة للطعن المدني، مرجع سابق، ص 85.

مصطفى كيرة، مرجع سابق، ص 609. - أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 388. - نبيل إسماعيل عمر،

سبب الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف، مرجع سابق، ص 195 - عيد محمد القصاص، مرجع سابق،

ص 238.

فكري أبو صيام، حيث عرفها بأنها الوسيلة المستمدة من مخالفة قاعدة قانونية كان قاضي الموضوع ملزما بتطبيقها بالنظر إلى موضوع النزاع والوقائع المطروحة أمامه، ولو لم يطلب الخصوم صراحة تطبيق هذه القاعدة³⁵³.

ويستنتج من هذا التعريف أنه يشترط للقول بأن وسيلة ما هي وسيلة قانونية محضة أن تكون مستمدة من قاعدة قانونية كانت محكمة الموضوع ملزمة بتطبيقها من تلقاء نفسها، وأن تكون العناصر الواقعية لهذه الوسيلة مطروحة أمام محكمة الموضوع³⁵⁴.

وتجد هذه القاعدة . عندنا . تبريرا لها في نص المادة 02/29 من ق ا م اد، حيث تفرض هذه المادة على القاضي أن يطبق القاعدة القانونية الصحيحة³⁵⁵ دون أن يكون ملزما بالقاعدة القانونية التي يدفع بها الخصوم³⁵⁶، ودون أن يلومهم على عدم طرحهم للقاعدة القانونية الصحيحة³⁵⁷ أو عدم طرحهم لأي قاعدة قانونية³⁵⁸، تحت طائلة اعتباره منكرا للعدالة .

³⁵² حيث عرفت هذه المحكمة السبب القانوني البحت بأنه ذلك السبب الذي لا يتخذ أساسا له عناصر واقعية لم تكن مطروحة على محكمة الموضوع: نقض مدني 181/12/29 طعن 879 س 48 ق- نقض مدني 1933/11/23 طعن 37 س3ق.

³⁵³ فكري عبد الحميد أبو صيام ، مرجع سابق ، ص 313 .

³⁵⁴ فكري عبد الحميد أبو صيام ، مرجع سابق ، ص 426 .

³⁵⁵ المادة 29 ق ا م اد: كيف القاضي الوقائع والتصرفات محل النزاع التكييف القانوني الصحيح ، دون التقيد بتكييف الخصوم.

- يفصل في النزاع وفقا للقواعد القانونية المطبقة عليه.

- مع الملاحظة أن المادة 29 من ق ا م اد تشكل اقتباسا لنص المادة 12 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

³⁵⁶ حيث يقول الفقيه إهرينج: le juge est la bouche qui prononce les dispositions de la loi.

- Jean VINCENT et Serge Guinchard, op cit, p490.

³⁵⁷ حيث يقول المبدأ القانوني اللاتيني: DA MIHI FACTUM, DABO TIBI JUS : القاضي يقول للمحامي

أعطني الوقائع ، المحكمة تعرف القانون. فالخصوم بطرحهم موضوع دعواهم أمام القضاء إنما يطلبون الفصل فيه طبقا لأحكام القانون ، فمن واجب القاضي أن يبحث من تلقاء نفسه عن الحكم القانوني الذي ينطبق على الواقعة المطروحة وأن ينزل هذا الحكم عليها...-أنور طلبه، مرجع سابق ، ص 667- نبيل إسماعيل عمر ، الوسيط في الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية ، مرجع سابق، ص 415 .

³⁵⁸ والغريب أن محكمة استئناف باريس وفي حكمها الصادر عن الدائرة 17 بتاريخ 1986/04/25 قضت برفض الدعوى لأن المدعي لم يعطي أساسا قانونيا لدعواه واكتفى بسرد الوقائع وتقديم طلباته، هذا الحكم الذي أثار

إضافة إلى هذا التبرير فإنه يمكن إضافة تبرير آخر مستمد من المهمة التي أسست من أجلها محكمة النقض، حيث بوصفها محكمة قانون فإنه يجوز أن تثار أمامها المسائل المتعلقة بتطبيق القانون³⁵⁹.

ويتوقف التمييز بين الوسيلة القانونية المحضة و الوسيلة التي يختلط فيها القانون مع الواقع بشكل قاطع على مضمون القرار المطعون فيه، كما أنه يخضع لتقدير خاص يختلف باختلاف الوقائع حسب كل قضية³⁶⁰، ذلك أنه بالرجوع إلى قضاء محكمة النقض الفرنسية يتكشف لنا هذا المفهوم النسبي للوسيلة القانونية المحضة³⁶¹، فأحيانا تقبل هذه المحكمة الوسيلة وتصفها بأنها قانونية محضة³⁶²، وتارة أخرى ترفضها معتبرة إياها مختلطة بالواقع لا يجوز إبدؤها أمامها لأول مرة³⁶³، ففي مجال تطبيق قواعد المقاصة اعتبرت الوسيلة المأخوذة من الدفع بتقادمها وسيلة قانونية يخالطها واقع³⁶⁴، بينما اعتبرت الوسيلة المأخوذة من الدفع بعدم تقادم حق من الحقوق وسيلة قانونية محضة³⁶⁵، كما اعتبرت نفس المحكمة أن الوسيلة الجديدة المأخوذة من الاعتراض على الضحايا بصفة غير مباشرة بتقاسم المسؤولية الصادر في مواجهة الضحية الرئيسي تكون مختلطة بالواقع ولا يمكن إثارتها لأول مرة أمام محكمة النقض³⁶⁶، واعتبرت نفس المحكمة بعد ذلك بأن الوسيلة المأخوذة من الدفع بعدم قبول دعوى الرجوع المقامة ضد ورثة الضحية الرئيسي من طرف شريك المسئول الذي تحمل خطأ نتائج

استغراب المعلقين إلى الحد الذي ذهب ببعضهم إلى القول ساخرا أن المدعي لم يصدق ما سمعت أذنيه عند النطق بالحكم... مشار إليه في: عيد محمد القصاص، مرجع سابق، ص 223 .

³⁵⁹ Thomas PIAZZON, op cit , p522.

³⁶⁰ إلياس أبو عيد، مرجع سابق، ص 89 .

³⁶¹ Jaques Boré, op cit, p577.

³⁶² Cass.civ.22/10/1907,Dp1907. I.508.

³⁶³ Cass.civ.05/11/1901,Dp1902. I.92-cass.req.13/12/1910,Dp1911. I.80.

³⁶⁴ cass.req.20/04/1891,Dp1891. I.273.- Cass. civ III.13/05/1971,Bull.civ III.n300.

³⁶⁵ Cass.civ.11/01/1881,Dp1881. I.134.

³⁶⁶ Cass.civ II.17/11/1965,Bull.civ II.n895.

عدم الاعتراض عن تقاسم المسؤولية هي وسيلة قانونية محضة يجوز إثارتها لأول مرة أمامها³⁶⁷.

وعليه فإنه لا يمكن اعتبار الوسيلة القانونية المحضة مقبولة رغم أنه لم يسبق الدفع بها أمام قضاة الموضوع إلا إذا كانت تستند إلى عناصر واقعية ثابتة في القرار المطعون فيه، وكان النظر فيها لا يؤدي بالمحكمة العليا إلى إعادة بحث أي عنصر واقعي آخر لم تكن محكمة الموضوع قد بسطته للبحث والتقدير³⁶⁸، وكان الغرض من إثارتها الوصول إلى نفس الغاية التي كان يريها الطاعن من الحكم المطعون فيه، وعلى نفس الصورة التي عرضها أمام محكمة الموضوع³⁶⁹.

ثانيا . شروط قبول الوسيلة القانونية المحضة :

درج الفقه على وضع شروط لقبول الوسيلة القانونية المحضة³⁷⁰ وهي:

أ-الشرط الأول: ألا تؤدي إلى تغيير وتعديل عناصر الدعوى:

من المتفق عليه أن نطاق خصومة النقض لا يتسع لغير الخصومة التي كانت مطروحة أمام محكمة الموضوع التي أصدرت الحكم محل الطعن بالنقض، فلا تقبل أي وسيلة جديدة حتى ولو كانت قانونية محضة إذا كان من شأنها التوسيع من نطاق هذه الخصومة³⁷¹، سواء في أشخاصها، أو في سببها، أو في موضوعها.

³⁶⁷ Cass. civ II. 12/06/1970,Jcp1971, II,16587.

³⁶⁸ وتطبيقا لذلك فقد رفضت محكمة النقض الفرنسية طعنا على حكم لمحكمة الاستئناف،والذي قضى برفض ما طلبه احد المكاتب العقارية بإلزام المدعى عليه بدفع ما يستحقه من عمولة مقابل توسطه في عقد إيجار ، حيث نعى الطاعن على محكمة الاستئناف عدم بحثها لطلبه على أساس قواعد الفضالة أيضا، وقد اعتمدت محكمة النقض الفرنسية في ردها لهذا الوجه على القول بأنه لا تلام محكمة الاستئناف في عدم بحثها لمدى توفر الفضالة متى ثبت أن الطاعن لم يقدم أمامها عناصر الواقع التي تسمح لها بتمييز الفضالة.

- Cass.civ I.28/06/1988.Bull.civ.1988.n 210.

. هذا القرار مشار إليه في : عيد محمد القصاص ، مرجع سابق ، ص 230.

³⁶⁹ حامد فهمي ومحمد حامد فهمي، مرجع سابق ، ص 213 .

³⁷⁰ فكري عبد الحميد أبو صيام ، مرجع سابق ، ص 428 . - مصطفى كيرة، مرجع سابق ، ص : 611-612

- Jacques Boré, op cit, pp 580-581.

³⁷¹ فكري عبد الحميد أبو صيام ، مرجع سابق ، ص 429.

فإذا كانت المحكمة ملزمة بتطبيق القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على النزاع فإن هذا الإلزام مقيد بعدم تغييرها لسبب الدعوى³⁷²، وهذا القيد يسري على المحكمة العليا من باب أولى. وبالتالي فإن القاعدة القانونية التي تثار لأول مرة أمام المحكمة العليا يجب أن تجد كل عناصر تطبيقها في الوقائع التي أدلى بها الخصوم أمام محكمة الموضوع³⁷³، فلا يجوز التمسك لأول مرة أمام المحكمة العليا بتطبيق قانون يغير طبيعة وموضوع الطلب³⁷⁴، فلا يقبل مثلا التمسك لأول مرة أمام المحكمة العليا بتطبيق المادة 119 من الق المدني المتعلقة بالفسخ، في حين كانت دعوى الموضوع تتعلق بتطبيق المادة 81 من نفس القانون والمتعلقة بطلب الإبطال للغلط.

وتعتبر وسيلة قانونية محضة مقبولة أمام المحكمة العليا الوسيلة التي تنعي على الحكم المطعون فيه خطأه في تطبيق قواعد المسؤولية المدنية، فإذا كانت الوقائع المطروحة على محكمة الموضوع تشتمل على جميع عناصر تطبيق المسؤولية العقدية وتمسك المدعي بطلب التعويض فرفضت دعواه، فأثار أمام المحكمة العليا لأول مرة مخالفة محكمة الموضوع لقواعد المسؤولية العقدية، فإن هذا النعي على الحكم المطعون فيه جائز لأنه يستند على وسيلة قانونية محضة، ذلك أن تحديد طبيعة المسؤولية التي يتولد عنها حق الضرور في طلب التعويض يعتبر مطروحا على محكمة الموضوع ولو لم تتناوله بالبحث³⁷⁵.

إن قبول الوسيلة القانونية المحضة المستندة على تعديل لموضوع الطلب يؤدي إلى جواز قبول طلبات جديدة أمام المحكمة العليا، وهذا ما يناقض مهمة هذه المحكمة باعتبارها محكمة قانون من جهة، ومن جهة أخرى كيف تقبل هذه النتيجة أمام ثبوت مبدأ حظر الطلبات الجديدة أمام محكمة الاستئناف³⁷⁶، لذلك فإن شرط عدم قبول الوسيلة القانونية المحضة المنطوية على تعديل للطلب هو شرط بديهي ومبرر قانونا.

³⁷² محمد محمود ابراهيم، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى، مرجع سابق، ص 488 .
-Jean VINCENT et Serge Guinchard, op cit ,p501.

³⁷³ محمد محمود ابراهيم، مرجع سابق، ص 502 .

³⁷⁴ مصطفى كيرة، مرجع سابق، ص 611 .

³⁷⁵ أحمد السيد صاوي، في الأسباب الجديدة أمام محكمة النقض بالنسبة للطعن المدني، مرجع سابق، ص 66.

³⁷⁶ فكري عبد الحميد أبو صيام، مرجع سابق، ص 428 .

ب . الشرط الثاني: ألا تتعارض الوسيلة القانونية المحضة مع ما يفرضه مبدأ قوة الشيء المقضي فيه³⁷⁷:

الأصل أن الاستئناف ينقل القضية إلى محكمة الدرجة الثانية بالحالة التي كانت عليها أمام محكمة الدرجة الأولى، لكن هذا لا يمنع من أن يقتصر الاستئناف على بعض أوجه النزاع فقط، إذ لا مانع من أن يتنازل الخصم صراحة أو ضمنا عن التمسك بما سبق وأبداه من طلبات أو دفوع أو دفاع أمام محكمة الدرجة الأولى، حينها لا يعد مطروحا على محكمة الاستئناف من حيث المبدأ إلا بعض أوجه القضية التي كانت أمام محكمة أول درجة³⁷⁸ .

من هذا المنطلق، فإن أوجه النزاع التي لم يشملها الاستئناف تصبح نهائية في ما قضت به، وبالتالي فهي حائزة لقوة الشيء المقضي فيه، لا يجوز لقاضي الاستئناف أن يتعرض لها³⁷⁹، وعليه فإنه ومن باب أولى لا يجوز أن تثار في مواجهتها أية وسيلة نقض حتى ولو كانت هذه الوسيلة قانونية محضة³⁸⁰.

فإذا كان حكم الدرجة الأولى قد حاز قوة الشيء المقضي فيه، فإنه لا يجوز النعي على قضائه إذ تحول قوة الشيء المقضي فيه دون ذلك، حتى ولو أن محكمة الاستئناف أعادت بحث الجزء من النزاع الذي حاز على تلك القوة، فإنه لا يسوغ للطاعن أن يبني وجه الطعن على أسباب مستمدة من هذا البحث³⁸¹ .

ج . الشرط الثالث: ألا يكون الطاعن قد سبق له أن تنازل صراحة أو ضمنا بإرادته المنفردة عن إثارة هذه الوسيلة³⁸²:

³⁷⁷ Jacques Boré, op cit,p580.

³⁷⁸ نبيل إسماعيل عمر، قانون أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية، ط01، بيروت 1996، ص 573 .

³⁷⁹ أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين، مرجع سابق، ص 176 .

³⁸⁰ نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 395-396 .

³⁸¹ نقض مدني مصري 1974/02/05 طعن 201 س 38 ق، مشار إليه في أنور طلبية، مرجع سابق، ص 142 .

³⁸² Jacques Boré, op cit,p580.

يبدو هذا الشرط بداية غير واضح، لأن الوسائل القانونية المحضة هي مقبولة حتى ولو لم يتمسك بها الخصوم أمام قضاة الموضوع، ما دامت عناصرها الواقعية موجودة فعلا في ملف الدعوى الخاضع للرقابة.

إن عدم الوضوح يتبدد لما نحصر هذا الشرط في الوسائل المبنية على مخالفة قواعد قانونية مشرعة للمصلحة الخاصة للطاعن، ذلك أن هذا النوع من القواعد يمكن للطاعن أن يتنازل عنه صراحة أوضمنا³⁸³.

فالقواعد القانونية المكملة هي قواعد متعلقة بالمصالح الخاصة للإفراد، حيث يجوز لهم الاتفاق على مخالفتها³⁸⁴، وبالتالي فإن تنازل الطاعن عن التمسك بهذه القواعد أمام محكمة الموضوع يمنع عليه إعادة طرحها أمام المحكمة العليا، حتى ولو أن نعيه يتأسس على وجه قانوني محض.

بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن المشرع ألزم القاضي بضرورة تطبيق القاعدة القانونية الملائمة للفصل في النزاع دون التقيد بالنصوص التي يتمسك بها الخصوم³⁸⁵، وهو في ذلك يشايح المشرع الفرنسي نسبيا³⁸⁶، ذلك أن المشرع الفرنسي وإن كان من حيث الأصل يلزم القاضي بتطبيق القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على النزاع المعروض عليه³⁸⁷، إلا أنه يجيز استثناء للخصوم الاتفاق على تحديد النطاق القانوني للنزاع القائم بينهم إذا كان يتعلق بحقوق يجوز لهم التصرف فيها³⁸⁸، حيث لا يستطيع القاضي في هذه الحالة أن يحكم خارج هذا الإطار المحدد للنزاع من طرف الخصوم، ولا أن يطبق قاعدة قانونية استبعدتها الخصوم باتفاقهم، ففي هذه الحالة يكون القاضي أشبه بالمحكم³⁸⁹، ويشترط لتقيد القاضي بهذا الاستثناء أن يكون اتفاق الخصوم متعلقا بالحقوق التي يجوز لهم التصرف فيها بحرية كالحقوق

³⁸³ Jacques Boré, op cit,p580.

³⁸⁴ محمد سعيد جعفرور ، مدخل إلى العلوم القانونية-الوجيز في نظرية القانون ، دار هومة ، ط7 ، الجزائر 2009، ص 110 .

³⁸⁵ راجع المادة 02/29 من ق ا م ا د.

³⁸⁶ نقول نسبيا لأن المشرع لم ينص على الاستثناءات التي أوردتها المشرع الفرنسي على هذا المبدأ.

³⁸⁷ المادة 12 ف 01 ، 02 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

³⁸⁸ المادة 12 ف 03 ، 04 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

³⁸⁹ Jean VINCENT et Serge Guinchard, op cit, p504.

المالية، حيث يستبعد من هذا الاتفاق كل المسائل المتعلقة بالنظام العام، ويشترط أيضا أن يكون اتفاق الخصوم صريحا³⁹⁰.

ويترتب على ما سبق، أن الطاعن إذا كان قد تنازل عن تطبيق قاعدة قانونية محددة وذلك بأن اتفق مع المطعون ضده أثناء نظر القضية أمام قضاة الموضوع بأن يقصروا نزاعهم على نقاط معينة وأن يستبعدوا تلك القاعدة القانونية من التطبيق، وكان النزاع محله حقوق يجوز التصرف فيها، فإنه لا يقبل منه بعد ذلك أن يتحدى أمام المحكمة العليا بوسيلة مخالفة تلك القاعدة القانونية³⁹¹، ويدخل في هذا المنع أيضا الدفع بوسيلة قانونية محضة أمام المحكمة العليا تناقض الطرح الذي قدمه الطاعن أمام محكمة الموضوع³⁹².

فمثلا لا يمكن أن تكون الوسيلة القانونية المثارة مبنية على مخالفة القرار المطعون فيه للقانون عندما قضى بتأييد الحكم المستأنف الذي حكم بتقسيم المسؤولية، في حين أن الطاعن كان قد طالب في الاستئناف بتأييد هذا الحكم في هذه النقطة بالذات³⁹³.

د . الشرط الرابع: أن يكون النص القانوني المتمسك بمخالفته ساري المفعول وقت صدور القرار المطعون فيه³⁹⁴:

لا يمكن أن تلام محكمة الموضوع على الخطأ في تفسير أو تطبيق نص قانوني صدر بتاريخ لا حق لإصدارها للقرار المطعون فيه³⁹⁵، ذلك لأن المحكمة العليا إنما تنظر في قانونية القرار المطعون فيه وقت صدوره، وبالتالي فإنه لا يمكن التذرع أمامها بوسيلة قانونية محضة تستند على مخالفة القرار المطعون فيه لنص قانوني لم يكن ساري المفعول وقت نظر قضاة

³⁹⁰ عيد محمد القصاص، مرجع سابق ، ص 231 .

³⁹¹ رغم أن المشرع لم ينص على هذا الحل، إلا أننا نرى أنه لا يوجد ما يمنع من تطبيقه أمام محكمة الموضوع، فإذا ما حصل الاتفاق أمامها فلا يكون للطاعن التمسك بقاعدة قانونية تنازل عنها سلفا.

³⁹² Cass.com,07/11/1989,Bull.civ. V.n270.

³⁹³ Jacques Boré, op cit,p581.

³⁹⁴ Jacques Boré, op cit,p580.

³⁹⁵ حلمي محمد الحجار، ج 01، مرجع سابق ، ص 278 . انظر أيضا حكم الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 1930/07/03 مشار إليه في: مصطفى كيرة، مرجع سابق ، ص 243 .

الموضوع للنزاع³⁹⁶، ويستوي أن يكون النص المدعى بمخالفته قد ألغي قبل النطق بالقرار المطعون فيه، أو أنه يكون قد صدر بعد النطق بالقرار المطعون فيه.

ويرد على تطبيق هذا الشرط استثناءات، بحيث أنه يمكن التمسك بمخالفة القانون ولو كان قد ألغي إذا كانت الرابطة القانونية في القضية تخضع له قبل إلغائه، كما يمكن التمسك بمخالفة الحكم لقانون جديد طبق بعد صدور الحكم المطعون فيه إذا خضعت له الرابطة القانونية في القضية، كما هو الحال بالنسبة للقانون الذي ينص على أن له أثرا رجعيا أو في حالة القانون التفسيري³⁹⁷.

كما يمكن التمسك بمخالفة نص قانوني جديد متعلق بالنظام العام والآداب العامة لأن هذا النوع من النصوص يتمتع بالأثر الرجعي في التطبيق³⁹⁸.

ثالثا . الوسيلة المتعلقة بالنظام العام صورة من صور الوسيلة القانونية المحضة:

يعتبر العديد من الفقهاء أن مفهوم النظام العام هو مفهوم معقد وشائك يصعب وضع تعريف له وذلك لنسبيته من حيث الزمان والمكان³⁹⁹، وكل ما نستطيع فعله هو وضع معيار

³⁹⁶ مارسال جورج سيوفي، مرجع سابق، ص 109 .

- انظر عكس هذا الرأي : أحمد السيد الصاوي، في الأسباب الجديدة أمام محكمة النقض بالنسبة للطعن المدني ، مرجع سابق ، ص 54 حيث يقول: إن تطبيق محكمة النقض لقانون جديد نافذ صدر أثناء سير خصومة الطعن بالنقض لا يعدو أن يكون امتثالا لقاعدة الأثر الفوري للتشريع والقول بغير ذلك معناه مخالفة محكمة النقض - وهي الحارس للقانون - لأحكام القانون.

³⁹⁷ فتحي والي، مرجع سابق، ص 710 .

- يعتبر القانون التفسيري جزء من القانون السابق الذي صدر لتفسيره، فيسري بأثر رجعي يمتد إلى تاريخ صدور القانون القديم، أي أن القانون التفسيري ليس قانونا جديدا بل هو تفسير وشرح للقانون القديم. انظر في ذلك: محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 254 .

³⁹⁸ محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 254 .

³⁹⁹ Alex Weill et François Terré, droit civil (les obligation), Dalloz, 04ed, Dalloz, paris 1986, n 240, p248.

مرن هو معيار المصلحة العامة التي تختلف من نظام سياسي إلى آخر⁴⁰⁰ ، ويزداد الأمر تعقيدا عندما لا ينص المشرع في القاعدة القانونية أن مخالفتها يمس بالنظام العام⁴⁰¹.

إن الهدف من النظام العام في القانون الداخلي هو إبطال العقود التي يكون محلها أو سببها مخالفا للقواعد الأساسية التي يقوم عليها المجتمع أي ما يسمى بالقواعد الآمرة، و يتيح هذا النظام للقاضي أن يثير من تلقاء نفسه تطبيق قاعدة قانونية معينة حتى ولو لم يتمسك بها الخصوم، كما يسمح أيضا للنيابة العامة في أن تكون طرفا في بعض الدعاوى حتى ولو تعلقت بمسائل شخصية⁴⁰².

إن هذه الصعوبة في الإمساك بمفهوم دقيق ومحل إجماع لفكرة النظام العام ينسحب أيضا على فكرة الوسيلة القانونية المتعلقة بالنظام العام، بل أن هذه الفكرة أشد تعقيدا لاشتمالها أيضا على فكرة الوسيلة⁴⁰³.

تعرف الوسيلة القانونية المتعلقة بالنظام العام بأنها الوسيلة المبنية على مخالفة قاعدة قانونية لها طابع النظام العام، أي قاعدة تمس المصلحة العليا للمجتمع⁴⁰⁴.

و تعتبر الوسيلة الجديدة مقبولة إذا كانت متعلقة بالنظام العام أو بقواعد قانونية آمرة⁴⁰⁵ ، سواء تم إثارتها من طرف الخصوم أو تم إثارتها تلقائيا من طرف المحكمة العليا، والسبب في قبول هذه الوسيلة هو أنها تستند إلى مخالفة قاعدة قانونية من النظام العام كان يجب أن تكون

⁴⁰⁰ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج01، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة 1952 ، ص399.

⁴⁰¹ Jacques Moury, le moyen de droit à travers les articles 12 et 06 du nouveau code de procédure civile, thèse paris II, 1986, p89.

⁴⁰² الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج01، تنازع القوانين، مطبعة الفسيحة، ط02، الجزائر، 2008، ص 275 .

⁴⁰³ عيد محمد القصاص، مرجع سابق، ص 247.

⁴⁰⁴ فكري عبد الحميد أبو صيام ، مرجع سابق ، ص 448 .

⁴⁰⁵ François Rigaux, op cit, p174.

معروفة من طرف القضاة لوجودها في القضية⁴⁰⁶، كإثارة عدم قبول الاستئناف لرفعه خارج آجاله القانونية، وإثارة عدم الاختصاص النوعي، وإثارة تجاوز السلطة⁴⁰⁷.

ويأخذ القضاء في الجزائر بهذه القاعدة حيث يطبقها بشدة، فمثلا يعتبر مبدأ احترام حقوق الدفاع من النظام العام يجوز إثارته لأول مرة أمام المحكمة العليا⁴⁰⁸، ومسألة بطلان التصرف لعدم توفر ركن الشكل في العقود الشكلية⁴⁰⁹، ومسألة التدخل الوجوبي للنيابة العامة في بعض الدعاوى⁴¹⁰.

ومسألة احترام محضر التنبيه بالإخلاء للشكليات المنصوص عليها بالمادة 173 من القانون التجاري⁴¹¹، ومسألة الاختصاص النوعي⁴¹².

⁴⁰⁶ Ernest Faye, la cour de cassation, op cit, p148.

⁴⁰⁷ Jean VINCENT et Serge Guinchard , op cit, p491.

⁴⁰⁸ قرار المحكمة العليا . الغرفة التجارية والبحرية . المؤرخ في 2011/02/03 ملف رقم 714048، مج مع ع ، ع01، س 2011، ص 232.

⁴⁰⁹ قرار الغرف المجتمع الصادر بتاريخ 1997/02/18 ملف رقم 136156 ، قرار مشار إليه في: حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري، دار العلوم، عنابة 2000 ، ص 123 : حيث أنه إذا كان صحيحا أن العقد العرفي المتعلق ببيع قاعدة تجارية يتضمن التزامات شخصية على عاتق البائع والمشتري إلا أنه باطل بطلانا مطلقا لكونه يخضع لإجراءات قانونية تخص النظام العام ولا يمكن للقاضي أن يصححها وضمن هذه الظروف كان يتعين على قضاة الموضوع أن يقضوا ببطلان العقد العرفي المتعلق ببيع القاعدة التجارية، وبما ان القرار المنتقد لم يراع القواعد القانونية المبينة فإنه يستحق النقض.

⁴¹⁰ قرار المجلس الأعلى . غرفة الأحوال الشخصية والمواريث . المؤرخ في 1984/02/03 ملف رقم 34762 ، المجلة القضائية، ع04، س 89 ، ص 108 : حيث ولما كان قضاة الاستئناف وافقوا على حكم قضى بالطلاق دون إبلاغ الملف المتعلق به إلى النائب العام يكونون قد خرقوا قاعدة جوهرية في الإجراءات وعرضوا قرارهم للنقض.

-إن عدم تدخل النيابة العامة في القضايا المبلغة التي تستثار فيها قانونا، أو عدم إثبات رأيها أو طلباتها ضمن بيانات الحكم يرتب بطلانها وهذا البطلان من النظام العام للمحكمة العليا أن تقضي به من تلقاء نفسها ولو لم يتمسك به الطاعن في تقرير الطعن: انظر في هذا الموضوع: بلحاج العربي، دور النيابة العامة في الخصومة القضائية المدنية في القانون القضائي الخاص الجزائري، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ع01، س 1993، جامعة الجزائر 1993، ص 149.

⁴¹¹ قرار المجلس الأعلى . الغرفة التجارية والبحرية . المؤرخ في 1988/03/27، ملف رقم 46713، مج ق ع 01، س 1993، ص 77 : حيث أن التنبيه بالإخلاء الموجه تاريخ 11 أبريل 1983 إلى المدعى عليه في الطعن كان

ويؤيد هذه القاعدة أيضا الفقه والقضاء في كل من فرنسا⁴¹³ وبلجيكا⁴¹⁴ ومصر⁴¹⁵ ولبنان⁴¹⁶ و المغرب⁴¹⁷.

خاليا من الأسباب التي يشترط القانون أن يورد ذكرها في وثيقة التنبيه بالإخلاء ، وحيث أن نص المادة 173 من القانون التجاري هي من النظام العام والتنبيه بالإخلاء المتنازع في صحته كان باطلا لعدم مراعاته أحكام الفقرة 03 من المادة 173 من القانون التجاري ، وبذلك يتعرض القرار المطعون فيه للنقض.

⁴¹² قرار الغرفة المدنية المؤرخ في 1985/01/09 ملف 35724، مجلة قضائية، ع03، ص89، ص 26 : وحيث أن الاختصاص النوعي هو من النظام العام فيجوز التمسك به لأول مرة أمام المجلس الأعلى ومن ثم أن النعي على القرار بعدم الاختصاص النوعي صحيح يتعين قبوله.

⁴¹³ Jaques Boré, op cit,p585.- Jean VINCENT et Serge Guinchard, op cit, pp 491-493.

- req 09/11/1896,s,97.I.279-cassciv,21/01/1902,s,1906.1134-cassciv,25/06/1907,s,1908.I.81 -cassciv,01/03/1909,s,1912. I.137 - cass civ II,11/01/1962,ibid. II.n54- cassciv02,04/04/1962, II.02,n374. – cass civ II, 15/06/1955,Bull.civ. II,n 333- cass civ II, 12/06/1959,ibid. II,n 451.

⁴¹⁴ François Rigaux,op cit, p174.

⁴¹⁵ أحمد السيد الصاوي، في الأسباب الجديدة أمام محكمة النقض بالنسبة للطعن المدني،مرجع سابق، ص ص71-80. - مصطفى كيرة، مرجع سابق، ص ص622-636 - نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية ، مرجع سابق ، ص ص 416-421. -محمد العشماوي، مرجع سابق ، ص ص1004-1005. -حامد فهمي و محمد حامد فهمي، مرجع سابق ، ص ص23-30. - نبيل إسماعيل عمر، سبب الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف ، مرجع سابق ، ص 196 .

- نقض مدني 1990/05/15 طعن 1363 س54 ق- نقض مدني 1993/05/13 طعن 1305 س 60 ق- نقض مدني1992/05/05 طعن 428 س58 ق- نقض مدني 1975/05/12 طعن 124 س39 ق.

⁴¹⁶ حلمي محمد الحجار، م س، ج01، ص ص166-171. - إلياس أبو عيد، مرجع سابق ، ص ص73-85. -مارسال جورج سيوفي، مرجع سابق ، ص ص 110-114 .

- تمييز لبناني 1970/04/28، مجموعة اجتهادات جميل باز، ع18، ص 152 . تمييز لبناني غرفة أولى، 1970/02/18، مجلة العدل ،ج03 ، 1970 ، ص451.

- ونجد أن المشرع اللبناني ينص صراحة بالمادة 02/731 من قانون أصول المحاكمات اللبنانية على أنه يجوز لمحكمة النقض أن تنقض القرار المطعون فيه باعتماد سبب قانوني صرف يتعلق بالنظام العام من تلقاء نفسها مع واجب التقيد بمبدأ الوجاهية.

⁴¹⁷ محمد الكشور، مرجع سابق ، ص 391. - مأمون الكزبري وإدريس العلوي العبدلوي، شرح المسطرة المدنية في ضوء القانون المغربي الجديد، مطابع دار القلم، بيروت 1975 ، ص 317.

- قرار المجلس الأعلى 1978/09/20 ، مجلة القضاء والقانون، ع 129، ص 120. - قرار المجلس الأعلى 1981/03/30 ، مجلة قضاء المجلس الأعلى ، ع 27، ص 88 .

ويتجه رأي إلى أن الوسيلة المتعلقة بالنظام العام هي استثناء من نظرية منع الوسائل الجديدة، بينما يذهب البعض الآخر إلى أن الوسيلة المتعلقة بالنظام العام لا يمكن أن توصف بأنها جديدة لأنها تعتبر دائما مطروحة على قاضي الموضوع⁴¹⁸.

يجب التمييز بين الوسيلة القانونية المختلطة بالواقع والوسيلة القانونية المتعلقة بالنظام العام، حيث ينبغي إعادة التذكير أن المحكمة العليا يحرم عليها الأخذ بأي واقعة لم تطرح أمام قضاة الموضوع كما يحرم عليها الأخذ بأي مستند أو وثيقة أو دليل لم يتم طرحه أو مناقشته أمام قضاة الموضوع حتى ولو تعلق الأمر بمخالفة قاعدة من قواعد النظام العام، لأن الوسيلة في هذه الحالة تشكل خليطا من الواقع و القانون المتعلق بالنظام العام لا يقبل إثارتها لأول مرة أمام المحكمة العليا⁴¹⁹.

غير انه هناك رأي حديث في فرنسا يذهب إلى القول بان عدم قبول الوسائل القانونية الجديدة المتعلقة بالنظام العام أمام محكمة النقض إذا كانت مختلطة بالواقع هو اتجاه متناقض مع نفسه، فعدم قدرة قاضي الموضوع على تطبيق القاعدة القانونية المتعلقة بالنظام العام كان بسبب عدم حصوله على عناصرها الواقعية، التي كان على الأطراف حسب مبدأ سيادة الخصوم على الوقائع أن يزودوه بها، وبالتالي فإن عدم قبول هذه الوسائل لم يكن بسبب اختلاطها بالواقع، ولكن كان بسبب عدم قدرة قاضي الموضوع المساس بمبدأ سيادة الخصوم على الوقائع⁴²⁰.

ويثار التساؤل حول مدى فائدة التمييز بين الوسيلة القانونية المتعلقة بالنظام العام وبين الوسيلة القانونية المحضة، أين ذهب البعض إلى حد المناداة بتجاهل هذا التمييز تماما من أجل السماح للمحكمة العليا بممارسة مهمتها الرقابية على أحسن وجه، وأن فكرة النظام العام ما هي إلا غطاء يجب نزع وإبعاده⁴²¹.

⁴¹⁸ محمد علي الكيك، رقابة محكمة النقض على تسبيب الأحكام الجنائية، مرجع سابق، ص 140.

⁴¹⁹ محمد نور عبد الهادي شحاتة، سلطة التكيف في القانون الإجرائي، مرجع سابق، ص 117.

⁴²⁰ نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 419.

⁴²¹ Annick DORSNER-DOLIVET et Thierry BONNEAU, L'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure, 1986, Chr, p65.

بينما توصل البعض إلى أن وسائل النظام العام ما هي إلا نوع من وسائل القانون البحث⁴²²، وأن وجه التفرقة في الأصل يجب أن يكون بين وسائل القانون البحث المتعلقة بالنظام العام ووسائل القانون البحث غير المتعلقة بالنظام العام⁴²³، فكل وسيلة متعلقة بالنظام العام هي بدون شك من حيث المبدأ وسيلة قانونية محضة، والعكس ليس صحيح⁴²⁴، ولعل هذا ما جعل المشرع في نص المادة 359 من ق ا م ا د يشير فقط إلى الوسائل القانونية المحضة، ونعتقد أنه يقصد بها أيضا الوسائل القانونية المتعلقة بالنظام العام.

ويذهب المشرع الفرنسي إلى أن سلطة قاضي النقض في الإثارة التلقائية للوسيلة القانونية المحضة هي مجرد رخصة، بينما تكون هذه الإثارة التلقائية التزام عندما يتعلق الأمر بوسيلة قانونية متعلقة بالنظام العام، أما في مصر فقد ذهب القضاء إلى أن سلطة قاضي النقض في الإثارة التلقائية للوسيلة القانونية المحضة هي التزام سواء كانت متعلقة بالنظام العام أو غير متعلقة به⁴²⁵.

و يترتب على ذلك أن محكمة النقض الفرنسية لا تبسط رقابتها التلقائية على كل العيوب القانونية المتعلقة بالنظام العام، بل تقتصر على الحالات ذات الأهمية الخاصة في مجال النظام العام⁴²⁶، كإثارة العيوب المتعلقة بالمساس بالتنظيم القضائي⁴²⁷، و المساس بمبدأ الفصل بين السلطات⁴²⁸، وفي حالة تجاوز السلطة⁴²⁹، ومخالفة قاعدة التقاضي على درجتين⁴³⁰، ومخالفة قواعد جوهرية في الإجراءات⁴³¹.

⁴²² حيث تتشابه الوسيلتان من حيث أنه يمنع على محكمة النقض فيهما أن تستند إلى واقعة لم تكن قد طرحت على قاضي الموضوع أو مستند لم يقدم في الدعوى أو أدلة إثبات جديدة .

⁴²³ عيد محمد القصاص، مرجع سابق، ص 248 .

⁴²⁴ محمد نور عبد الهادي شحاتة، سلطة التكليف في القانون الإجرائي، مرجع سابق، ص 118 .

⁴²⁵ أحمد السيد الصاوي، في الأسباب الجديدة أمام محكمة النقض بالنسبة للطعن المدني، مرجع سابق، ص 73 .

⁴²⁶ محمد علي الكيك، رقابة محكمة النقض على تسبیب الأحكام الجنائية، مرجع سابق، ص 141 هـ 47 .

⁴²⁷ cass civ II, 15/06/1955, Bull.civ. II, n 333- cass civ II, 12/06/1959, Bull civ. II, n 451.

⁴²⁸ Cassciv, 19/05/1925, s, 1925. I.310.

⁴²⁹ cass civ II, 18/10/1961, Bull.civ. II, n 662- cass civ III, 15/12/1971, Bull civ. III, n 633.

⁴³⁰ Cass civ 25/06/1930, DH1930.474.

⁴³¹ cass civ II, 09/02/1961, Bull.civ. II, n 108- cass civ II, 11/05/1959, Bull civ. II, n 360.

وتعتبر وسائل جديدة غير مقبولة أمام محكمة النقض الفرنسية رغم تعلقها بالنظام العام الوسائل المبنية على دفع إجرائية لم يتم إثارتها أمام محكمة الدرجة الأولى وفق الترتيب الذي وضعه المشرع الفرنسي بنص المادة 74 من قانون الإجراءات المدنية في ما يخص ضرورة إبداء الدفع الإجرائية قبل الخوض في الموضوع⁴³²، كما انه لا تقبل الوسيلة المستندة إلى الدفع بالبطلان لعيب في شكل الإجراء إذا كان الطاعن لم يثر هذا الدفع صراحة أمام قاضي الموضوع الذي لا يملك سلطة إثارته من تلقاء نفسه إلا في حالة غياب المدعى عليه⁴³³.

و تختلف وسائل القانون المحض المتعلقة بالنظام العام عن وسائل القانون المحض غير المتعلقة بالنظام العام من ناحية أن الأولى لا يجوز للخصوم التنازل عنها، في حين يملكون حق التنازل عن الثانية⁴³⁴، لأن الأولى شرعت لحماية مصلحة عامة فقط، أما الثانية فهي مشرعة لحماية مصلحة خاصة⁴³⁵، لذلك فإنه يكفي لقبول وسائل القانون المحض المتعلقة بالنظام العام أن تكون عناصرها الواقعية موجودة في الملف أو في القرار المطعون فيه بشكل ملفت لقضاة الموضوع، بحيث تكون بطبيعتها ملفتة لانتباه قضاة الموضوع حتى ولو تنازل الخصوم عن التمسك بها⁴³⁶.

ولا يمكن قبول الوسيلة القانونية المحضة حتى ولو كانت متعلقة بالنظام العام إذا كانت إثارتها تتعارض مع مبدأ قوة الشيء المقضي فيه، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى بقبول الاستئناف شكلاً ثم فصل في الموضوع وكان الطاعن أمام محكمة النقض قد قصر طعنه على موضوع الحكم المطعون فيه، فلا يجوز للمطعون ضده بعد ذلك أن يرد في دفاعه بإثارة دفع يتعلق بعدم قابلية الحكم المطعون فيه للاستئناف، وهو دفع رغم تعلقه بالنظام العام إلا أنه غير

⁴³² فكري عبد الحميد أبو صيام، مرجع سابق، ص 510 .

⁴³³ فكري عبد الحميد أبو صيام، مرجع سابق، ص 460 .

⁴³⁴ حلمي محمد الحجار، ج 01، مرجع سابق، ص 170 .

⁴³⁵ مصطفى كيرة، مرجع سابق، ص 622 .

- قرار الغرفة العقارية المؤرخ في 2000/09/27 ملف رقم 196021، مشار إليه في مجلة الحجة، مجلة دورية تصدر عن منظمة المحامين بتلمسان، ع01، جويلية 2007، ص 199 : وحيث أن إثارة المجلس تلقائياً لنص المادة 85 من المرسوم 63-76 الذي يشترط شهر عريضة الدعوى تعد تجاوزاً للسلطة بسبب أن هذه المادة وردت لمصالح خاصة وبالتالي فهي ليست من النظام العام.

⁴³⁶ مارسال جورج سيوفي، مرجع سابق، ص 110 .

مقبول لحيازة الحكم المطعون فيه لقوة الأمر المقضي فيه في ما يخص ما قضى به من قبول الاستئناف شكلاً⁴³⁷.

رابعاً . سلطة المحكمة العليا في إثارة الوسيلة القانونية المحضة:

يقرر الفقه في فرنسا أن لمحكمة النقض الحق في أن تثير من تلقاء نفسها وسيلة قانونية محضة حتى ولو لم تكن متعلقة بالنظام العام، وهذه قاعدة جديدة في قانون الإجراءات المدنية تطبق أمام جميع درجات القضاء⁴³⁸، لذلك فقد أجازت المادة 02/620 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي لمحكمة النقض أن تتقض القرار المطعون فيه لسبب قانوني محض تثيره من تلقاء نفسها، لكن عليها أن تتقيد بمبدأ الوجاهية المنصوص عليه بالمادة 12 من نفس القانون، حيث ألزمت المادة 1015 منه قضاة محكمة النقض بدعوة الخصوم في النقض لإبداء ملاحظاتهم حول السبب القانوني المحض الذي بدى لها أنها سوف تثيره⁴³⁹، إذ يفهم من هذه النصوص أن المشرع الفرنسي لم يشأ ترك قضاة النقض رهينة الوسائل المثارة من طرف الخصوم في النقض⁴⁴⁰.

وتجد هذه المكنة الممنوحة لمحكمة النقض أساسها ليس في النص التشريعي الذي يقرها فقط، وإنما أيضاً في جوهر وغاية الرقابة الممنوحة لهذه المحكمة وفي المبادئ العامة للقانون الإجرائي، وبالتالي فإن سكوت بعض التشريعات على تقرير هذه المكنة لمحكمة النقض لا

⁴³⁷ مصطفى كيرة، مرجع سابق، ص 626. حلمي محمد الحجار، ج01، مرجع سابق، ص 167. -حامد فهمي ومحمد حامد فهمي، مرجع سابق، ص 23. أحمد أبو الوفاء، التعليق على نصوص قانون المرافعات، منشأة المعارف، ط06، الاسكندرية، ص 592.

⁴³⁸ Raymond Lindon, de deux innovations en matière de procédure civile, Jcp 1973. I.2527.n 9 et s.

⁴³⁹ محمد حلمي الحجار، ج01، مرجع سابق، ص 164.

- حيث تنص المادة 1015 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي: يجب على الرئيس إخطار الخصوم بوسائل النقض التي يطرحها من تلقاء نفسه ويدعوهم لتقديم ملاحظاتهم في خلال أجل محدد.

⁴⁴⁰ Jacques Boré, op cit, p582.

يحول دون استعمالها⁴⁴¹، فحق محكمة النقض في إثارة هذه الوسيلة تلقائياً يظهر كنتيجة طبيعية لمهمتها المتمثلة في السهر على التطبيق السليم للقانون⁴⁴².

لكن بالرجوع إلى القانون اللبناني فإننا نجد ضيق من استعمال هذه السلطة حيث لم يجز لمحكمة النقض أن تثير من تلقاء نفسها الوسائل القانونية المحضة إلا إذا كانت متعلقة بالنظام العام⁴⁴³، وهو نفس الموقف الذي تبناه المشرع المصري بنص المادة 253 من قانون المرافعات، حيث أجاز لمحكمة النقض أن تثير من تلقاء نفسها وسيلة الطعن المتعلقة بالنظام العام شريطة توافر عناصر الفصل فيها من وقائع وأوراق سبق عرضها على محكمة الموضوع وورودها على الجزء المطعون فيه من الحكم⁴⁴⁴.

و بالرجوع إلى المشرع فإننا نجده وبنص المادة 360 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد أعطى سلطة للمحكمة العليا أوسع مدى من تلك التي منحها المشرع الفرنسي لمحكمة النقض الفرنسية في مجال الإثارة التلقائية لوسائل النقض، حيث نجده يعطي للمحكمة العليا سلطة الإثارة التلقائية لوسيلة أو عدة وسائل للنقض مهما كانت طبيعتها⁴⁴⁵، ورغم الصعوبة الكبيرة التي يجدها الباحث في تصنيف طبيعة الأوجه المثارة تلقائياً من طرف المحكمة العليا نتيجة أن جل القرارات المنشورة المتاحة تتميز بالاختصاص في سرد الوقائع وطرح النزاع بشكل لا يسمح بمعرفة فيما إذا كانت العناصر الواقعية للوجه المثارة تلقائياً قد سبق طرحها أمام قضاة الموضوع، وفيما إذا كان الطاعن قد تمسك بها أمامهم⁴⁴⁶، إلا أنه يمكننا أن نورد بعض

⁴⁴¹ Nadhir BEN AMMOU, op.cit, p136.

⁴⁴² Jacques HERON, droit judiciaire privé, collection Domat droit privé, éd Montchrestien, paris 1991, p498.

⁴⁴³ نص المادة 03/731 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني - انظر كذلك: إلياس أبوعيد، م س، ص 105

⁴⁴⁴ أنور طلبية، مرجع سابق، ص ص 648-650.

⁴⁴⁵ تنص المادة 360 من ق ا م اد : يجوز للمحكمة العليا أن تثير من تلقاء نفسها وجهها أو عدة أوجه للنقض.

⁴⁴⁶ ولعل أن السبب في ذلك هو كثرة الطعون المطروحة أمام المحكمة العليا بالنظر إلى عدد القضاة الموكلة إليهم مهام الفصل في هذه الطعون، فهكذا يجد هؤلاء القضاة أنفسهم بين مطرقة الطعون الكثيرة وسندان ضرورة الفصل في الطعون في آجال معقولة، كما أنه يجب الإشارة إلى أن هذا لا يعيب القرار في حد ذاته نظراً إلى أنه يمكن الرجوع إلى أوراق الدعوى في الملف، لكنه في نفس الوقت يشكل حاجزاً أمام الباحث الذي لا يتيسر له الإطلاع على الملفات ويبقى رهين المعلومات الشحيحة المذكورة في القرار.

الحالات، فمثلا نجد المحكمة العليا تثير وجها قانونيا محضا متعلقا بالنظام العام من أجل نقض قرار قضائي تم فيه خرق قواعد الاختصاص النوعي بعد التحقق من وجود العناصر الواقعية التي كانت تسمح لقضاة الموضوع بأن يحددوا طبيعة النزاع المعروض أمامهم⁴⁴⁷، كما أنه يمكنها أن تثير وجها قانونيا محضا غير متعلق بالنظام العام لكن بشرط أن تكون عناصره الواقعية كانت مطروحة على قضاة الموضوع⁴⁴⁸، وتتوسع سلطة المحكمة العليا في الإثارة التلقائية لوسائل النقض إلى الحد الذي تثير فيه وجها خليطا بين الواقع والقانون لكن عناصره الواقعية كانت مطروحة أمام قضاة الموضوع، وسبق للطاعنين أن تمسكوا به أمام نفس القضاة⁴⁴⁹.

ونرى أن اتجاه المشرع إلى توسيع سلطة المحكمة العليا في الإثارة التلقائية لوسائل النقض هو اتجاه منتقد ومخالف لبعض المبادئ القانونية التي يقوم عليها قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كمبدأ الاقتصاد في الخصومة، و مبدأ الوجاهية والحياد.

فإعطاء المشرع المحكمة العليا هذه السلطة بهذا الشكل الموسع سوف يسمح لها أن تنتقض أي قرار لأنه عمليا ينذر أن يوجد قرار قضائي يخلوا من وجه أو أكثر للنقض⁴⁵⁰، وبالتالي فإن

⁴⁴⁷ قرار الغرفة التجارية والبحرية المؤرخ في 16/01/2008 ملف رقم 489017 ، مج مح ع، ع01، س2008، ص175 .

-قرار الغرفة العقارية المؤرخ في 12/12/2007 ملف رقم 426996 ، مج مح ع، ع01، س2008، ص215 .
⁴⁴⁸ قرار الغرفة المدنية المؤرخ في 18/01/2006 ملف رقم 324515 ، مجلة المحكمة العليا، ع01، س2006، ص211 : وحيث أن قضاة الموضوع عندما أبطلوا عقد الهبة قد أخطأوا في تطبيق أحكام المادة 104 من القانون المدني بل كان يتعين عليهم أن يصرحوا بإبطال عقد الهبة فيما يملكه المطعون ضده في الشبوع مع الواهب ويبقى عقد الهبة صحيحا فيما يعود للواهب في هذه القطع مما يعرض قضاءهم للنقض.

- قرار الغرفة المدنية المؤرخ في 15/02/2006 ملف رقم 392249، مج مح ع، ع01، س2006، ص249 .
قرار الغرفة الاجتماعية المؤرخ في 07/06/2006 ملف رقم 337769 ، مج مح ع، ع01، س2006، ص296 .

⁴⁴⁹ قرار الغرفة المدنية المؤرخ في 18/01/2006 ملف رقم 323953 ، مج مح ع، ع01، س2006، ص216 .

- قرار الغرفة الاجتماعية المؤرخ في 10/05/2006 ملف رقم 334042 ، مج مح ع، ع01، س2006، ص279 .

⁴⁵⁰ حلمي محمد الحجار، ج01، مرجع سابق ، ص156 .

المحكمة العليا تستطيع أن تنقض جل القرارات المعروضة عليها، وإذا كان بإمكانها أن تفعل ذلك فما هو المعيار الذي يحكمها، أم أن سلطتها في هذا الشأن تحكمية أو مزاجية؟⁴⁵¹.

إن منح المحكمة العليا هذه السلطة بشكل موسع يناقض مبدأ الحياد فالمشرع نفسه لا يقبل عريضة الطعن بالنقض إلا إذا كانت مرفوعة من طرف محامي معتمد أمام المحكمة العليا⁴⁵²، هذا المحامي الذي لا يمكن أن يتمتع بصفة الاعتماد أمام المحكمة العليا إلا بعد أن يكون قد اكتسب خبرة معتبرة في ممارسة مهنته⁴⁵³، وبالتالي فإنه يفترض فيه الأهلية الكافية لإثارة وسائل النقض الموجودة في القرار المطعون فيه وهو ليس بحاجة إلى مساعدة المحكمة العليا، خاصة الوسائل القانونية المختلطة بالواقع.

إن احترام مبدأ الوجاهية يقتضي على الأقل من المحكمة العليا وهي تستعمل في سلطة الإثارة التلقائية لأوجه النقض أن تخطر الخصوم بذلك وتدعوهم لإبداء ملاحظاتهم، وفي ظل عدم وجود نص قانوني يلزمها بذلك فإن الأمر يبقى مجرد اقتراح.

الفرع الثاني : الوسائل الناتجة عن الحكم أو القرار المطعون فيه

⁴⁵¹ وينتقد البعض إثارة المحكمة العليا تلقائياً للمسائل القانونية التي لا تتعلق بالنظام العام، حيث ذهب الأستاذ زودة عمر في تعليقه على أحد القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى إلى القول بأن هذا الأخير قد أثار وجها تلقائياً بالرغم من أن هذا الوجه لا يتعلق بالنظام العام في إشارة ضمنية منه إلى أن الإثارة التلقائية لا تكون إلا للأوجه القانونية المتعلقة بالنظام العام : عمر زودة ، اختصاص القاضي الجزائي في نظر الدعوى المدنية ، تعليق على قرار المجلس الأعلى الصادر عن الغرفة الجنائية الثانية ، القسم الثالث ، المؤرخ في 14 أبريل 1987، ملف رقم 44522، مج ق ، ع 01، س 1992، ص 264.

⁴⁵² المادة 559 من ق ا م اد : لا يمكن تمثيل الخصوم أمام المحكمة العليا بمناسبة الطعن بالنقض إلا من قبل محامين معتمدين لدى المحكمة العليا تحت طائلة عدم قبول الطعن بالنقض.

- المادة 02/558 : تعفى الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية من التمثيل الوجوبي بمحام.

⁴⁵³ القانون رقم 91-04 المؤرخ في 08/01/1991 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة ، ج ر رقم 02، س 91 حيث نصت المادة 113 منه على أنه يعتمد أمام المحكمة العليا لتمثيل الأطراف المتخاصمين بقرار من وزير العدل :- المحامون الذين لهم أكثر من عشر سنوات تسجيل- القضاة الذين لهم أقدمية عشر سنوات - الأساتذة المحاضرون بمعاهد الحقوق.

-انظر أيضا : عبد اللطيف مامعلي، التعقيب والتخصص فيه، مجلة القضاء والتشريع، ع 07، س 49، جويلية 2007 ، ص ص 151-153

إن الحكم المطعون فيه يمكن أن يكون وسيلة كشف لوقائع كالأخطاء الإجرائية التي يشملها هذا الحكم وأوجه البطلان التي لا يمكن التمسك بها إلا بعد صدوره لأنها لصيقة به، كإعلان مذكرات بعد إقفال باب المرافعة، وبناء الحكم على وقائع مستمدة من هذه المذكرات أو وسائل أثارها القاضي من تلقاء نفسه وبنى حكمه عليها دون أن يخضع هذه الوسائل لمناقشة حضورية من جانب الخصوم، أو سماع أحد الخصوم بعد إقفال باب المرافعة⁴⁵⁴، فهذه الأخطاء التي يكتشفها الطاعن لأول مرة يمكنه التذرع بها لأول مرة أمام المحكمة العليا، حيث أن الطاعن هنا يتذرع بوسيلة ناتجة عن الحكم أو القرار المطعون فيه .

إن البحث في هذه الوسيلة يقتضي منا التطرق إلى مفهومها . أولاً ، ثم دراسة حالات الدفع بها أمام المحكمة العليا . ثانياً ..

أولاً . مفهوم الوسيلة الناتجة عن الحكم أو القرار المطعون فيه :

تعتبر الوسيلة الناتجة عن الحكم أو القرار المطعون فيه وسيلة مقبولة رغم أنها جديدة ويقوم هذا القبول على مبدأ العدالة، إذ أنه ليس من العدل أن يحرم الطاعن من التحدي بوجود خطأ في القرار المطعون فيه لم يكن بوسعها أن يتعرف عليه إلا بعد صدور هذا القرار والإطلاع عليه، وبالتالي فإنه لا يمكننا أن نلومه على عدم إثارته أمام قاضي الموضوع⁴⁵⁵، وبالتالي فإن الوسيلة القانونية تبنى على عيوب مبطللة لم يعلم بها الطاعن إلا بعد صدور القرار، مثل هذه العيوب لا يمكن أن نقول أنها كانت قائمة في القضية، ما يعني أن الوسيلة المثارة بشأنها هي وسيلة جديدة بما تحمله هذه الكلمة من معنى، لكنها تقبل استثناء من القاعدة العامة⁴⁵⁶.

وعليه فإن الفارق بين هذه الوسائل والوسائل القانونية المحضة يكمن في أن هذه الأخيرة موجودة في الدعوى ، وبالتالي فهي في الأصل ليست جديدة، بحيث كان على القاضي أن يقف

⁴⁵⁴ أسامة أنور اسماعيل جامع، مرجع سابق ، ص 282.

⁴⁵⁵ مصطفى كيرة، مرجع سابق ، ص 637 . أحمد السيد الصاوي، في الأسباب الجديدة أمام محكمة النقض بالنسبة للطعن المدني ، مرجع سابق ، ص 48 .

⁴⁵⁶ إلياس أبو عيد، مرجع سابق ، ص 109 . محمد الكشور، مرجع سابق ، ص 387 .

-Cass.civ II ,28/05/1968,Bull.civ. II .n154. -Cass.civ II,12/03/1969 ,Bull.civ. II.n76.

⁴⁵⁶ مصطفى كيرة، مرجع سابق، ص 639 .

عليها، أما الوسائل الناشئة عن الحكم أو القرار المطعون فيه فهي جديدة بذاتها لكنها مقبولة
457.

وقد تبنى المشرع هذه القاعدة بنص صريح، حيث نص عليها بالمادة 359 من ق ا م مقتنيا
آثار المشرع الفرنسي الذي نص عليها بالمادة 619 من قانون المرافعات الفرنسي.
وكذلك فعل المشرع المصري حيث جعل من وقوع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات
كان من شأنه التأثير في الحكم حالة متميزة من بين حالات الطعن بالنقض⁴⁵⁸، ويتضح أن
المشرع المصري لم يأخذ بهذه القاعدة في إطار نظرية الوسائل الجديدة المقبولة أمام النقض،
بل أخذ بها كحالة من حالات الطعن بالنقض، واقتصر في تطبيقها على حالة البطلان لوجود
عيب ذاتي في الحكم المطعون فيه، وحالة البطلان نتيجة بطلان الإجراءات السابقة غير
المتمسك بها أمام قضاة الموضوع والمتعلقة بالنظام العام بشرط أن لا تكون قد صححت بأي
سبب من أسباب التصحيح⁴⁵⁹.

إن المعيار الذي يجب الأخذ به للتمسك بقاعدة جواز طرح وسائل جديدة ناشئة عن القرار
المطعون فيه يتمثل في النظر إلى ما إذا كان الخصم المتمسك بهذه الوسيلة أمام المحكمة
العليا كان بوسعه قانونا أن يتمسك بها أمام الجهة المصدرة للقرار المطعون فيه من عدمه،
فإذا كان بوسعه قانونا أن يتمسك بها ورغم ذلك ضرب عنها صفحا فإنه لا يقبل منه طرحها
لأول مرة أمام المحكمة العليا إلا إذا كانت وسيلة قانونية صرفة أو متعلقة بالنظام العام، أما إذا
لم يكن بوسعه قانونا أن يتمسك بها فإنه يقبل منه طرحها لأول مرة أمام المحكمة العليا حتى
ولو كانت وسيلة قانونية مختلطة بالواقع، لكن بشرط أن يكون هذا الواقع تم بحثه من طرف
قضاة الموضوع⁴⁶⁰.

⁴⁵⁷ مصطفى كيرة، مرجع سابق، ص 639.

⁴⁵⁸ أحمد السيد الصاوي، مرجع سابق، ص 49.

⁴⁵⁹ فتحي والي، مرجع سابق، ص 718. انظر نقد هذا الرأي: فكري عبد الحميد أبو صيام، مرجع سابق، ص
ص 519-521: حيث يرى أنه إضافة إلى تلك الحالات فإنه يقبل التمسك بسبب بطلان الحكم المتعلق بعيب
إجرائي سابق لصدور الحكم المطعون فيه رغم عدم التمسك به أمام قضاة الموضوع ورغم عدم تعلقه بالنظام العام
وذلك في حالة ما إذا كان الإجراء المتمسك ببطلانه قد تم في غيبة الطاعن.

⁴⁶⁰ فكري عبد الحميد أبو صيام، مرجع سابق، ص 519.

في الحقيقة يجب أن نفكر بحذر في مفهوم هذه الوسيلة الناشئة عن القرار المطعون فيه، لأنه يمكن أن نعتبر بأن كل العيوب التي تشوب أي قرار تدخل في هذا المفهوم على أساس أن قراءة القرار هي وحدها التي تسمح للطاعن من اكتشاف خطأ القاضي، لكن مع ذلك فإن الطاعن سيجد نفسه مواجهًا بالدفع بأن وسيلته جديدة لاختلاط الواقع بالقانون فيها ولعدم إثارته لها أمام قاضي الموضوع، فمثلما لا يعقل أن نعتبر كل الوسائل جديدة بحجة أنها موجهة ضد قرار لم يكن موجودًا وقت المناقشات أمام قاضي الموضوع، فإنه في المقابل لا يعقل أن نعتبر كل الوسائل ناشئة عن القرار المطعون فيه⁴⁶¹، لذلك فإن هذه الوسيلة يجب أن تكون ناشئة عن القرار أو الحكم المطعون فيه ذاته، فلا يقبل التمسك بوسيلة ناشئة عن حكم الدرجة الأولى ما دام أن هذا الحكم يقبل الاستئناف، أو عن حكم تحضيري أو قرار تحضيري⁴⁶² إلا أن يكون هذا الأخير قد اتخذ إجراء من الإجراءات في غيبة الطاعن ولم يمكن من مناقشته وفوجئ به في أسباب القرار المطعون فيه، فمثلًا قبلت محكمة النقض الفرنسية الطعن المبني على أن الحكم المطعون فيه قد أسس على معاينة تمت بموجب حكم تحضيري غيابي لم يبلغ للطاعن، رغم أن الطاعن أمام محكمة الموضوع لم يثر هذا الدفع، حيث اعتبرت محكمة النقض أن هذه الوسيلة ليست جديدة، وأن الطاعن لم يكن يعلم بهذا الحكم الغيابي الذي بني عليه الحكم المطعون فيه حتى نطلب منه مناقشته⁴⁶³.

ثانياً . الحالات التي يجوز فيها الدفع بالوسيلة الناشئة عن الحكم أو القرار المطعون فيه:

يمكن الدفع بالوسيلة الناشئة عن الحكم أو القرار المطعون فيه في الحالات التالية:

أ- الحالة الأولى: عيوب في الشكل لم تكتشف إلا بعد قراءة الحكم أو القرار محل الطعن:

تفرض التشريعات في أغلبها أشكالاً معينة تأخذها الأحكام القضائية والتي يتعين على القضاة احترامها⁴⁶⁴، وهذا ما نص عليه المشرع بالمواد من 548 إلى 555 من ق ا م اد،

⁴⁶¹ Jacques Boré, op cit,p570.

⁴⁶² أحمد السيد الصاوي، في الأسباب الجديدة أمام محكمة النقض بالنسبة للطعن المدني، مرجع سابق، ص 49 .

⁴⁶³ Cass civ.24/11/1886.s.1887. I .13.

- هذا الحكم مشار إليه في: فكري عبد الحميد أبو صيام، مرجع سابق، ص 521 .

⁴⁶⁴ محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، ج 02، التقاضي أمام القضاء المدني، دار الفكر العربي، القاهرة

أين فرض أشكال ومقتضيات أوجب على قضاة المجلس احترامها عند إصدارهم للقرارات القضائية.

و تسمح الوسيلة الناشئة عن الحكم أو القرار المطعون فيه للطاعن بأن ينعي على قضاة الموضوع خرقهم للإجراءات والأشكال التي يترتب عن عدم احترامها البطلان متى كان متعذرا عليه قانونا أن يدفع بهذا العيب أمام قضاة الموضوع، أو متى ثبت أن هذا البطلان لم يكن من الممكن العلم به إلا من خلال الحكم أو القرار المطعون فيه⁴⁶⁵، كخرق القرار المطعون فيه للإجراء المنصوص عليه بالمادة 08 من القانون المتعلق بالتنظيم القضائي⁴⁶⁶، والذي يلزم الفصل بتشكيلة جماعية، وإغفال القرار المطعون فيه لاسم أحد القضاة الذين فصلوا فيه أو اسم كاتب الضبط الذي شارك في الحكم، أو عدم إشارته لتلاوة التقرير المكتوب من طرف المستشار المقرر⁴⁶⁷، والدفع بأن قضاة الموضوع قد قبلوا وثائق أو ملاحظات من طرف أحد الخصوم بعد قفل باب المرافعات⁴⁶⁸، ولا يقبل التمسك بهذه الوسيلة إذا كان العيب الشكلي قد شاب حكم الدرجة الأولى إذ يكون في مقدور الطاعن في هذه الحالة أن يدفع بوجود هذا العيب أمام جهة الاستئناف، فإذا سكت عن ذلك فإن إثارة هذا الدفع أمام المحكمة العليا لا يقبل لأنه

⁴⁶⁵ Jacques Boré, op cit,p570.

- قرار الغرفة الاجتماعية المؤرخ في 18/03/1990 ملف 56954 ، مجلة قضائية ، ع02، س93 ، ص69 : حيث أن تصريح قضاة الاستئناف في قرارهم أنه صدر حضوريا بالنسبة للديوان الوطني للسكن العائلي رغم عدم تقديم التكليف بالحضور ولا طلبات في القضية يعد خرقا للقانون.

⁴⁶⁶ القانون العضوي رقم 05-11 المؤرخ في 17/07/2005 المتعلق بالتنظيم القضائي، ج ر عدد 51 ، س 2005

⁴⁶⁷ قرار الغرفة التجارية والبحرية المؤرخ في 20/11/1982 رقم الملف 26387، الإجتهد القضائي . قرارات المجلس الأعلى . ، د م ج ، الجزائر 1986، ص 159 : وحيث أنه من الواجب أن تصدر القرارات في جميع القضايا بناء على تقرير يتلى في جلسة علنية من طرف المستشار المقرر وأن هذا التدبير من النظام العام ، وحيث أنه لا القرار المطعون فيه ولا المستندات الإجرائية المعروضة على المجلس الأعلى تثبت تحرير التقرير المنصوص عليه في المادة 140 من قانون الإجراءات المدنية ، مما يتعين نقض القرار المطعون فيه.

⁴⁶⁸ -Cass.civ II,06/02/1975,Bull.civ. II.n40.

- أحيانا نجد محكمة النقض الفرنسية تعتبر هذا الدفع جديدا لكن تقبل الأخذ به ليس على أساس أنه ناشئ عن القرار المطعون فيه، ولكن على أساس الإخلال بحق الدفاع.

جديد كان بمقدور الطاعن أن يتمسك به أمام قضاة الموضوع⁴⁶⁹، ولا يقبل التمسك بهذه الوسيلة أيضا إذا كان العيب الشكلي المتمسك به لم يكن إلا خطأ ماديا وقع عند تحرير الحكم أو القرار المطعون فيه أو لم يكن جوهريا .

والواقع أنه قلما تتعلق هذه الإجراءات بالنظام العام، إذ الغالب أن تكون قواعد مقررة لصالح الخصوم⁴⁷⁰، لذلك فإنه لا يقبل التمسك بهذه الوسيلة إلا من طرف الشخص المقرر لمصلحته الإجراء المدعى بخرقه إذا لم يكن هذا الأخير يتعلق بالنظام العام⁴⁷¹.

ب- الحالة الثانية: عيوب في التسبب لم يكن بالإمكان كشفها إلا بعد قراءة الحكم أو القرار محل الطعن:

إن من بين ما يجب على القاضي أن يكفله وهو يصدر حكمه في أي منازعة التحقق من حماية المصالح الخاصة للخصوم والمتمثلة أساسا في حق الدفاع⁴⁷²، وتراقب المحكمة العليا احترام هذا الحق من طرف قاضي الموضوع عن طريق الرقابة على التسبب، فعن طريق أسباب الحكم يتمكن الخصوم من التأكد من أن الإجراءات التي اتخذها القاضي في الدعوى لا تتضمن أي مخالفة لحق الدفاع أو لمبدأ المواجهة أو لمبدأ حياد القاضي⁴⁷³، وليس من وسيلة أهم من قراءة القرار المطعون فيه بالنسبة للطاعن كي يتمكن من اكتشاف العيوب المتعلقة بالتسبب، فالطاعن مثلا عند ما يؤسس طعنه على وجه انعدام الأسباب فإن هذا

⁴⁶⁹ Cass.civ I ,03/07/1962,Bull.civ. I .n237- Cass.civ II,14/10/1964,Bull.civ. II.n608.

⁴⁷⁰ نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص244 .
⁴⁷¹ قرار الغرفة المدنية المؤرخ في 19/01/1983 ملف رقم 26598، مجلة قضائية، ع01، ص89، ص36 :
وحيث أن إطلاع النيابة العامة على الملفات الخاصة بالقصر يعد قاعدة جوهرية في الإجراءات مقررة لمصلحة القصر، ومن ثم فإنه لا يجوز التمسك بها إلا من طرفهم أو من طرف ممثلهم وبالتالي لا يجوز لخصمهم التمسك بها لأنه قانونا لا يستفيد من هذه الوسيلة إلا من تقررت لمصلحته.

⁴⁷² عزمي عبد الفتاح، تسبب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص204 .

⁴⁷³ علي مسعود محمد، مرجع سابق، ص351 .

-قرار الغرفة العقارية رقم 475868 المؤرخ في 10/09/2008، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص بالاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، ج03، قسم الوثائق، الجزائر 2010، ص186: وحيث أن المجلس قد اعتمد في أسباب قراره على عقد الإيجار الذي لم يكن موضوع مناقشة ولم يتمسك به أي طرف من أطراف الخصومة، ومن هنا تكون الجهة الاستئنافية قد خالفت مبدأ الوجاهية من جهة ومن جهة أخرى قد مست بحق الدفاع.

العيب لم يكن ليتعرف عليه إلا بعد قراءة القرار المطعون فيه⁴⁷⁴، كذلك تسمح قراءة القرار المطعون فيه من اكتشاف عيوب لم يكن في مقدور الطاعن التمسك بها إلا بعد إطلاعه عليه، ومن ذلك الوسيلة المبنية على التناقض بين التسبيب والمنطوق، والوسيلة المبنية على التحريف في وثيقة معتمدة في الحكم أو القرار المطعون فيه، والوسيلة المبنية على الحكم بما لم يطلبه الخصوم، والوسيلة المبنية على السهو عن الفصل في أحد الطلبات الأصلية.

ج . الحالة الثالثة: حالة اعتماد القرار المطعون فيه على سبب مثار تلقائيا من طرف قضاة الموضوع:

بالنظر إلى الصلاحيات الواسعة لقاضي الموضوع في مجال تطبيق القاعدة القانونية الملائمة للنزاع، وما يستتبع ذلك من حقه في الإثارة التلقائية لقاعدة قانونية ما حتى ولو لم يتمسك بها الخصوم دون الالتزام بمواجهة الخصوم بهذه الإثارة⁴⁷⁵، فإنه قد يحدث أن تخطئ محكمة الموضوع في اختيار القاعدة القانونية الملائمة التي أثارها تلقائيا وأسست القرار المطعون فيه عليها، ففي هذه الحالة يجوز للطاعن أن يؤسس طعنه على تلك المخالفة رغم أنه لم يسبق له أن ناقشها أمام محكمة الموضوع بسبب أنه لم يكن بوسعه أن يعلم بجذوى هذه الوسيلة أثناء المرافعة أمام تلك المحكمة، إذ أنه لم يكتشف ذلك إلا بعد صدور القرار المطعون فيه⁴⁷⁶، فمثلا قضت محكمة النقض الفرنسية بقبول الوسيلة المثارة من الطاعنة المتعلقة بانعدام الأساس القانوني في القرار المطعون فيه الذي قضى برفض حق الطاعنة في الأجرة وذلك بعد أن أثار تلقائيا أن شرط الإيجار المتنازع عليه لم يكن سوى وعد بالإيجار⁴⁷⁷، وذهبت محكمة النقض الفرنسية في تبريرها لقبول هذه الوسيلة إلى عدم وجود العناصر المكونة لهذا الوعد بالإيجار المدعى به⁴⁷⁸، وتطبيقا لذلك أيضا أنه إذا دفع أمام محكمة الموضوع بأن عقد الإيجار قد تم التوقيع عليه من طرف وكيل المالك وبعد أن عاين القرار المطعون فيه عدم وجود هذه الوكالة المدعى بها حكم بصحة عقد الإيجار على أساس وجود وكالة ظاهرة، فإن

⁴⁷⁴ Jacques Boré, op cit,p572 .

⁴⁷⁵ عيد محمد القصاص، التزام القاضي، مرجع سابق، ص 224 .

⁴⁷⁶ فكري عبد الحميد أبو صيام، مرجع سابق، ص 532.

⁴⁷⁷ Cass civ I ,01/06/1948,Bull.civ. I.n171.

⁴⁷⁸ Jacques Boré, op cit,p573 .

من حق المالك أن يثير أمام محكمة النقض ولأول مرة عدم توفر أركان الوكالة الظاهرة، ولا تعتبر هنا الوسيلة المثارة جديدة نظرا لأن الطاعن فوجئ بهذا التأسيس الذي أتى به القرار المطعون فيه ولم يكن ليعلم به إلا بعد صدوره⁴⁷⁹.

⁴⁷⁹ مصطفى كيرة، مرجع سابق ، ص 639 .

الفصل الثاني : الحد الأقصى من الرقابة . مسائل القانون .

تتمثل مهمة القاضي الأساسية في الفصل في النزاع المعروف عليه حسب الإجراءات المنصوص عليها قانوناً، حيث يطلب منه أن يطبق القانون على حالة معينة معروضة عليه⁴⁸⁰، أين يقوم القاضي بمجموعة من الأنشطة، منها ما يدخل في دائرة الواقع ويتمثل في استخلاص الوقائع، و منها ما يتصل بمسائل القانون ويتمثل في تكييف الوقائع وتطبيق القانون عليها⁴⁸¹، وهو يخضع في ممارسته لهذا العمل لرقابة المحكمة العليا، حيث تتدخل لنقض كل حكم أو قرار يعرض عليها بدعوى مخالفة القانون .

يجب أولاً إذن التمييز بين المصادر المختلفة للقانون والتي لا تجري الرقابة عليها بنفس الدرجة⁴⁸²، حيث يؤدي القول بهذا إلى البحث في تحديد مدلول القاعدة القانونية التي تسهر المحكمة العليا على فرض احترامها من طرف محاكم الموضوع⁴⁸³.

ثم يجب ثانياً التمييز بين العناصر المختلفة للمرافعات القضائية، حيث يقوم القاضي بمجموعة من الأنشطة، تتمثل في معاينة الوقائع وتكييفها، ثم تطبيق القاعدة القانونية الملائمة⁴⁸⁴، إذ يقودنا هذا إلى البحث في هذا النشاط، أين ندرس الرقابة على التكييف، والرقابة على استخلاص قاضي الموضوع للنتائج القانونية.

⁴⁸⁰ Dominique d'Ambra, l'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges, librairie générale de droit et de jurisprudence , paris, p24.

- منصور القديدي جري، قرينة العلم بالقانون، مجلة القضاء والتشريع، مركز الدراسات القانونية والقضائية تونس، ص 50، عدد أكتوبر 2008، ص 272.

⁴⁸¹ محمد الكشور، مرجع سابق، ص 239 .

⁴⁸² Jacques Boré, op cit, p229 .

⁴⁸³ أحمد السيد صاوي، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية ، مرجع سابق ، ص 29 .

⁴⁸⁴ Jacques Boré, op cit, p229.

المبحث الأول: تحديد المقصود بالقاعدة القانونية الخاضعة للرقابة

يؤكد نص المادة 358 من ق ا م ا د على أن المحكمة العليا تراقب الأحكام والقرارات القضائية المعروضة عليها من حيث مخالفتها للقانون⁴⁸⁵، لكن دون أن يضع لنا المشرع تعريفا لهذا القانون⁴⁸⁶، بحيث يتراءى لنا وبقراءة عاجلة لهذا النص وكأن دور المحكمة العليا ينحصر في السهر على حسن تطبيق القانون بمفهومه الضيق أي التشريع، لكن الواقع قد يكشف لنا خلاف ذلك⁴⁸⁷.

إن هذا الوضع يجعلنا نستعرض موقف القضاء و الفقه في تحديدهما لمصطلح القانون الذي يخضع لرقابة المحكمة العليا.

في فرنسا كانت محكمة النقض في بدايتها تأخذ بالمفهوم الضيق للقاعدة القانونية، بحيث كانت تقصر رقابتها على القاعدة القانونية الفرنسية المكتوبة فقط استنادا إلى نص المادة 17 من مرسوم 27 نوفمبر 1790، وبالتالي فإنها لا تراقب العرف كما أنها لا تراقب القانون الأجنبي⁴⁸⁸، و هذا ما عابه الفقه الفرنسي على هذه المحكمة أين ذهب إلى ضرورة إعطاء مفهوم واسع لكلمة قانون، بحيث تشمل جميع النصوص التي لها صفة إلزامية كالتشريع واللوائح

⁴⁸⁵ حيث نجد المشرع وبنص المادة 358 من ق ا م ا د يشير إلى القانون الداخلي والقانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة والاتفاقات الدولية.

⁴⁸⁶ أدخلت كلمة قانون إلى اللغة العربية من اللاتينية، حيث استخرجت من كلمة canon التي تعني المسطرة أو القاعدة ، ومعنى قانون في اللغة هو مقياس كل شيء ، وكان الفلاسفة يقصدون به القاعدة المطردة التي تستمر وتستقر، ويقابل تعبير قانون باللغة الفرنسية اصطلاح loi وكانت في القانون الروماني الجمهوري الكلاسيكي تعني الوثيقة المصادق عليها من قبل مجلس شعبي: محمد رضا بن حماد، تعريف القانون في تونس وأصنافه، مجلة حوليات العلوم القانونية ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والتصرف بجنوبية ، ع01، س2007 ، تونس، ص 13-16 .

⁴⁸⁷ محمد العربي هاشم، العرف لدى التعقيب، التعقيب مجموعة لقاءات الحقوقيين ، ع02، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، تونس 1989 ، ص 384.

⁴⁸⁸ أحمد السيد صاوي، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق ، ص 29 .

- Dominique d'Ambra, op cit, p27.- Francis KERNALGUN, l'extension du rôle des juges de cassation ,op cit ,n91.

والقرارات وحتى المعاهدات الدولية⁴⁸⁹، وفي هذا الرأي ذهب الأستاذ Roger PERROT إلى القول أن محكمة النقض تراقب مدى تطبيق قضاة الموضوع للقاعدة القانونية مهما كان نوعها مكتوبة أو غير مكتوبة بما في ذلك المبادئ العامة للقانون⁴⁹⁰، بينما يتجه الفقيه Jacques Boré إلى القول بأن محكمة النقض تمارس رقابة واسعة على القاعدة القانونية الفرنسية المكتوبة الواسعة الاستعمال، بينما تمارس رقابة ضيقة على القاعدة القانونية التي تستند إلى مصادر القانون غير المكتوب أو إلى القانون الأجنبي أو المعاهدة الدولية، حيث لا تراقب محكمة النقض هنا سوى تطبيق القاعدة القانونية دون الرقابة على تفسيرها أو تقديرها⁴⁹¹.

تأثرت محكمة النقض الفرنسية برأي الفقه الداعي إلى التوسع في تحديد المقصود بالقانون، حيث عادت لتبسط رقابتها على القانون الأجنبي الساري المفعول في الدول الملحقة بفرنسا، كما أعطت صفة القاعدة القانونية لبعض القواعد القضائية والمبادئ القانونية، كقاعدة أن الغش يبطل التصرف، ومبدأ سرية المراسلات الخاصة، ومبدأ عدم تجزئة الحساب الجاري⁴⁹²، فالقانون محل الرقابة يتوسع هنا ليشمل المعنى المادي . القاعدة القانونية العامة والمجردة . ولا يقتصر فقط على المعنى الشكلي . النص الصادر عن هيئة مخولة قانونا مهمة إصداره .⁴⁹³ الأمر الذي جعل البعض يضع تعريفا خاصا للقانون وذلك بالقول أنه يتمثل في مجموعة من القواعد المعيارية الدالة التي تكون قابلة للاستعمال من طرف القاضي للفصل في النزاع المعروض عليه سواء كانت شكلية أو مادية⁴⁹⁴.

⁴⁸⁹ نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 109.

⁴⁹⁰ حسين السالمي، التعقيب ووحدة القضاء، مرجع سابق، ص 10.

⁴⁹¹ Jacques Boré, op cit,p230 .

⁴⁹² مصطفى كيرة، مرجع سابق، ص 239 وقد أشار إلى قرار محكمة النقض الفرنسية:

cass.com,06/07/1981,Bull.civ.04.n363.

⁴⁹³ Marie-Noelle JOBARD-Bachellier, la technique de cassation, 04éd, dalloz, paris 1998, P41. - john KIRKPATRICK et dominique LEONARD, le contrôle de l'interprétation des conventions par la cour de cassation et les cas dans lesquels une convention doit être considérée comme une loi au sens de l'article 608 du code judiciaire, mélanges philippe gérard, établissements Emiile Bruylant, Bruxelles, p408.

⁴⁹⁴ - Dominique d'Ambra, op cit, p17.

وتشمل كلمة قانون بهذا المعنى القواعد القانونية الوطنية المكتوبة والمتمثلة في التشريع، كما تشمل أيضا القواعد القانونية غير المكتوبة والمتمثلة في مبادئ الشريعة الإسلامية والعرف والقانون الطبيعي وقواعد العدالة، ويضاف إلى معنى القانون القواعد القانونية الصادرة من غير المشرع الوطني والمتمثلة في المعاهدة الدولية والقانون الأجنبي⁴⁹⁵.

المطلب الأول: القاعدة القانونية الداخلية

إن القاعدة القانونية هي النواة الأساسية التي تكون في مجموعها بنية التشريع، حيث تشكل الوسيلة التي تحمي المواطن من استعباد القضاة⁴⁹⁶، وهي عبارة عن خطاب موجه إلى الأفراد في صيغة عامة لها قوة الإلزام تفرض على المخاطب بها الالتزام بحكمها وضبط تصرفاته وفق مقتضياتها⁴⁹⁷، و حتى تأخذ هذه الصفة يجب أن تظهر في صورة قاعدة قانونية عامة ومجردة، والعمومية والتجريد هما تعبير عن انفصال القاعدة القانونية عن ذوات الفروض التي صيغت بصددتها وارتباطها بصفات تلك الفروض⁴⁹⁸، وصفة العمومية والتجريد هي التي تميز القاعدة القانونية عن القرار الإداري الذي يقتصر تطبيقه على الحالة أو الواقعة التي صدر بشأنها فقط وبالنسبة لشخص معين بذاته ويستنفذ قوته بهذا التطبيق، كما أن صفة العمومية والتجريد هي التي تميز القاعدة القانونية عن الحكم القضائي الذي لا يكون موجه إلى الكافة إذ أنه يطبق على أطرافه فقط وفي حدود الوقائع التي فصل فيها⁴⁹⁹، وصفة العمومية هي التي تميز القاعدة القانونية عن الالتزامات الواردة في العقد بسبب أن هذه الالتزامات تخص أطرافها فقط دون أن تسري على الجميع⁵⁰⁰.

⁴⁹⁵ حلمي محمد الحجار، ج01، مرجع سابق، ص 279.

⁴⁹⁶ Paul FORIERS, la distinction du fait et du droit devant la cour de cassation de Belgique, le fait et le droit, rec. de travaux du centre national de recherches logiques, EEB, BRUXELLES, 1961, p 60.

⁴⁹⁷ منصور القديدي جراي، مرجع سابق، ص 243.

⁴⁹⁸ رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح القانون المدني- المدخل إلى القانون- دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ب س ن، ص 67.

⁴⁹⁹ عوض أحمد الزعبي، المدخل إلى علم القانون، دار وائل للنشر، ط02، عمان 2003، ص 16.

⁵⁰⁰ عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية - النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري- دار جسر للنشر والتوزيع، الجزائر 2007، ص 25.

وحسب المادة الأولى من القانون المدني: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

ويتضح من هذا النص أن المشرع يلزم القاضي عند فصله في النزاع أن يحترم الترتيب التدريجي للمصادر التي يستقي منها القاعدة القانونية الواجبة التطبيق، فيبحث عنها أولاً في التشريع، فإن لم يجدها بحث عنها في مبادئ الشريعة الإسلامية، وإلا لجأ إلى العرف، فإن خلت من كل هذه المصادر أمكنه الاستعانة بمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة⁵⁰¹، وتعتبر هذه المصادر مصادراً رسمية لأنها تكشف عن القاعدة القانونية وتجعلها نافذة⁵⁰².

أما بالنسبة للفقه والقضاء فلا يمكن اعتبارهما قاعدة قانونية، بالرغم من الدور التاريخي والعلمي والعملية الذي يمكن أن يلعبه كل منهما⁵⁰³، فالحلول القضائية ورغم صدورها من المحكمة العليا لا تكون ملزمة لقضاء الموضوع إلا إذا كانت صادرة عن هيئة الغرف المجتمعة للمحكمة العليا⁵⁰⁴، أو كانت تتعلق بمسألة قانونية محالة إليهم من طرف المحكمة العليا بصفتهم قضاة

-وقد ذهب الفقيه السنهوري إلى أن نصوص العقد لا تأخذ حكم نصوص القانون المطلق، حيث عدد أوجه الاختلاف بينهما أين أشار مثلاً إلى أن تفسير العقد هو مسألة واقع بينما تفسير القانون هو مسألة قانون... انظر في هذا التمييز: السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج01، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة 1952، ص 625 هـ 01.

⁵⁰¹ عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية، مرجع سابق، ص 129. - محمود داوود يعقوب، اختلاف الدين في الميراث. دلو في بئر الجد. مجلة حوليات العلوم القانونية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والتصرف بجنوبية، ع01، تونس 2007، ص 167. - علي فيلالي، مقدمة في القانون، دار موفم للنشر، الجزائر 2005، ص164.

⁵⁰² علي فيلالي، مقدمة في القانون، مرجع سابق، ص163. - محمد سعيد جعفر، مرجع سابق، ص 126.

⁵⁰³ رضا المزغني و عبد المجيد عبوده، مرجع سابق، ص 206.

⁵⁰⁴ بمقتضى المادة 152 من الدستور تضمن المحكمة العليا توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد وبمقتضى المادة 18 من القانون العضوي رقم 12.11 الذي يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها فإن هيئة الغرف المجتمعة للمحكمة العليا مدعوة للفصل في الحالات التي يحتمل أن تؤدي قراراتها إلى تغيير الاجتهاد القضائي.

جهة الإحالة بعد النقض⁵⁰⁵، وفي هذه الحالة أيضا لا يشكل الحل القضائي المتخذ قاعدة قانونية بالمفهوم الكامل، بل يبقى حلا خاصا لنزاع معين لا يلزم قضاة الموضوع إلا في النزاعات المشابهة له⁵⁰⁶.

وهكذا فإنه وبالرجوع إلى نص المادة الأولى من القانون المدني فإنه يمكن حصر القواعد القانونية الداخلية التي يحكم بها القاضي في أي نزاع يعرض عليه في دائرتين بحسب المصدر التي تستقى منه هذه القواعد، هما دائرة القواعد القانونية المكتوبة، ودائرة القواعد القانونية غير المكتوبة.

الفرع الأول: القاعدة القانونية الداخلية المكتوبة . التشريع .

يقصد بالتشريع القواعد القانونية التي تصدر عن سلطة عامة مختصة بوضع القانون في صورة مكتوبة⁵⁰⁷، وفقا لإجراءات مقررة في الدستور⁵⁰⁸، ووضع التشريع في صيغة مكتوبة هو الذي يسمح له بأن يكون دقيقا ومحددا وواضحا بما يحقق الاستقرار في المعاملات⁵⁰⁹. ويعد التشريع المصدر الأصلي الذي يتعين على القاضي الرجوع إليه أولا للفصل في النزاع المطروح عليه، بحيث لا يجوز تركه واللجوء مباشرة إلى ما دونه من المصادر⁵¹⁰، وهو يخضع في هذه المسألة لرقابة المحكمة العليا باعتبارها من مسائل القانون.

⁵⁰⁵ تلزم المادة 374 من ق ا م ا د جهة الإحالة بتطبيق قرار الإحالة فيما يتعلق بالمسائل القانونية التي فصلت فيها المحكمة العليا تحت طائلة جواز الفصل في الموضوع من طرف المحكمة العليا بمناسبة الطعن بالنقض في القرار أو الحكم الذي لم يمتثل لقرار الإحالة.

⁵⁰⁶ رضا المزغني و عبد المجيد عبوده، مرجع سابق، ص 222 هـ 02.

-انظر كيف أنه ورغم ذلك فإنه إذا كان من العسير على محكمة أن تتراجع عن اجتهاد قررته بدون مبرر فإنه من الأعرس أن لا تتصاع محكمة إلى إجتهاد محكمة أعلى خاصة إذا كان القانون يخولها حق الرقابة على اجتهادات المحاكم وهي مسألة تطرح مشكلة النجاعة في التسلسل الرتبوي للمحاكم: أحمد مجحودة، رسالة الاجتهاد القضائي في دولة القانون، مقال منشور بالمجلة القضائية للمحكمة العليا، ع01، ص14.

⁵⁰⁷ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 217.

⁵⁰⁸ عماد القاني، اجتهاد القاضي، مجلة القضاء والتشريع، ع 08، ص49، أكتوبر 2007، تونس 2007، ص 316.

⁵⁰⁹ حسن كيرة، المدخل إلى القانون -القانون بوجه عام النظرية العامة للقاعدة القانونية النظرية العامة للحق، منشأة المعارف، ب س ن، الإسكندرية، ص 230.

ويتدرج التشريع من حيث القوة إلى درجات أعلاها هو الدستور أو ما يسمى بالتشريع الأساسي، وأوسطها التشريع العادي، وأدناها التشريع الفرعي⁵¹¹.

أولا . التشريع الأساسي . الدستور:

الدستور هو التشريع الأساسي الذي يتضمن مجموعة القواعد القانونية التي تتولى مسألة تنظيم السلطات في الدولة واختصاصات كل منها وعلاقتها بالأفراد وتحديد شكل الحكم في الدولة⁵¹².

وينظر إلى الدستور كوسيلة لتنظيم أجهزة الدولة وبيان صلاحياتها، كما ينظر إليه أيضا كوسيلة لتحديد السلطة في الدولة، وتحديد سلطة الدولة في المجتمع⁵¹³.

وتحتل القاعدة الدستورية قمة هرم النظام القانوني ومنها تستمد القواعد القانونية العادية والفرعية قوتها، فالسلطة التشريعية لم يكن بوسعها أن تصدر القوانين العادية لولا القاعدة الدستورية التي منحها هذا الحق، والسلطة التنفيذية تستند في صلاحيتها لإصدار القانون الفرعي إلى القاعدة الدستورية التي مكنتها من استعمال هذه السلطة⁵¹⁴.

ورغم ما يتمتع به الدستور من قيمة قانونية غير مختلف فيها إلا أن طبيعة صياغته التي يجب أن تبتعد عن التفاصيل المتميزة بالتطور الدائم يجعله يقف عند حدود الكليات، الأمر الذي يجعل مهمة تنظيمها من اختصاص التشريع العادي⁵¹⁵، إلا أنه ومع ذلك فإننا نجد بعض النصوص الدستورية تخاطب القاضي مباشرة والتي يتعين عليه حينها الالتزام بها سواء كانت

⁵¹⁰ علي فيلاي، مقدمة في القانون ، مرجع سابق، ص165. - توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، دار الجامعة، 1993، ص200.

⁵¹¹ محمد سعيد جعفر، مرجع سابق ، ص 135.

⁵¹² محمد حسين منصور، مرجع سابق ، ص 219.

⁵¹³ بوبشير محند أمقران ، عن انتقاء السلطة القضائية، رد، كلية الحقوق جامعة تيزي وزو 2007، ص 21.

⁵¹⁴ عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية ، مرجع سابق ، ص 134. عبد الغني بسيوني عبدالله، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية 1997، ص 403.

-Pascal PUIG, hiérarchie des normes :du système au principe, RTDciv.4.oct.déc.2001,p753.

⁵¹⁵ عليان بوزيان، الحرية ومشكلة الضمانات في ظل العولمة بين النص والتطبيق دراسة تطبيقية على الدستور الجزائري 1996 ، مجلة الحقوق والعلوم الاجتماعية، جامعة عمار ثليجي بالأغواط، ع01، ماي 2006، ص 209.

هذه المادة الدستورية قد تم إعادة التأكيد عليها في نصوص القانون العادي أم لا وإلا كان حكمه مخالفا للقانون⁵¹⁶، فمثلا عندما تنص المادة 144 من الدستور على وجوب تعليل الأحكام القضائية فإن ذلك يسمح للمحكمة العليا أن تراقب قاضي الموضوع في مدى تطبيقه لهذا النص⁵¹⁷.

وهكذا فإنه وإن كانت أغلب النصوص الدستورية لا تصلح للتطبيق بذاتها على النزاعات المطروحة إلا أن القاضي يلتزم بالاعتداد بها عند تحديد مضمون النصوص والقواعد المطروحة عليه⁵¹⁸، رغم أن هناك من يرى أن جملة المبادئ والضمانات والحقوق المقررة بالدستور. بالنظر إلى أن الرأي الراجح يجري على عدم تخويل القضاء حق الرقابة على دستورية القوانين. تبقى قواعد خارجة عن محيط الرقابة القضائية عموما ورقابة النقض خصوصا⁵¹⁹.

ويطرح التساؤل حول مدى خضوع قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا بسبب مخالفته لقاعدة دستورية عن طريق تطبيقه لقاعدة قانونية عادية مخالفة للدستور، حيث يتم الإجابة عن هذا التساؤل في إطار البحث في مسألة حق المحكمة العليا في الرقابة على دستورية القوانين. إن الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الدول ذات الدساتير الجامدة- والجزائر واحدة منها- أمر مختلف فيه في الفقه والقضاء، حيث هناك من يرفض أي رقابة للقضاء على دستورية القوانين، بينما يذهب اتجاه ثان إلى أن للقضاء الحق في أعمال هذه الرقابة، سواء من طرف محاكم الموضوع، أو من طرف المحكمة العليا⁵²⁰.

ويقوم الرأي الأول على حجة أن القاعدة القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية إنما هي تعبير عن سيادة تلك السلطات الممنوحة لها من طرف الدستور نفسه،

⁵¹⁶ محمد علي الكيك، أصول تسبب الأحكام الجنائية في ضوء الفقه والقضاء، ب د ن، الإسكندرية 1988، ص 317.

⁵¹⁷ مع وجوب التأكيد على ندرة النص الدستوري الذي يخاطب القاضي مباشرة دون أن يكون له نص مماثل في التشريع العادي، فمثلا نص المادة 144 من الدستور المذكور أعلاه عبر عنها قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالمادة 01/277 التي تنص: لا يجوز النطق بالحكم إلا بعد تسببه، ويجب أن يسبب الحكم من حيث الوقائع والقانون وأن يشار إلى النصوص المطبقة.

⁵¹⁸ محمد علي الكيك، مرجع سابق، ص 318.

⁵¹⁹ حسين السالمي، التعقيب ووحدة القضاء، مرجع سابق، ص 67.

⁵²⁰ حسن كيرة، مرجع سابق، ص 250.

وبالتالي فإنه ليس للقضاة أن يقحموا أنفسهم في مهام ليست من اختصاصاتهم والتي تتوقف عند حد تطبيق القانون، وذلك من أجل ضمان تحقيق مبدأ الفصل بين السلطات⁵²¹. كما أن هناك نصوص قانونية تعاقب القضاة الذين يتدخلون في أعمال السلطة التشريعية وذلك بالامتناع عن تطبيق النص القانوني⁵²²، ما جعل الفقيه الجنائي Garçon يقول بأنه لا يمكن للقضاة أن يستبعدوا تطبيق نص قانوني بسبب عدم دستوريته⁵²³، إضافة إلى ذلك فإنه يمنع على القاضي الاستكفاف عن الفصل في الدعوى⁵²⁴، وإلا عد مرتكباً لخطأ مهني جسيم⁵²⁵.

⁵²¹ محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين- المبادئ النظرية والتطبيقات الجوهرية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2008، ص 48 .

-قرار محكمة أمن الدولة التونسي المؤرخ في 1974/08/24 مشار إليه بالتفصيل في : عماد القاتي، مرجع سابق، ص320.

-cass.crim.26/02/1974.D.1974.273 cité : Jacques Boré,op cit,p241. : les textes ayant valeur législative s'imposent aux juridictions de l'ordre judiciaire qui ne sont pas juges de leur constituionnalité.

- نلاحظ أن مبدأ الفصل بين السلطات كما جعل مبرراً لمنع القضاء من إعمال الرقابة على دستورية القوانين في سبيل تأكيد على عدم جواز تدخل السلطة القضائية في أعمال السلطة التشريعية ، فإنه قد جعل مبرراً أيضاً لمنع السلطة القضائية من توجيه أوامر للإدارة، حيث ذهبت الغرفة الإدارية للمحكمة العليا إلى القول بأن القاضي الإداري وطبقاً لمبدأ الفصل بين السلطات لا يمكنه إجبار الإدارة على تعويض المستأنف بقطعة أرضية أخرى عندما ترفض هذه الأخيرة هذا الحل الجديد الذي لا يوجد في بنود العقد الأصلي: قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا رقم 105050 مؤرخ في 1994/07/24 ، مج قضائية، ع03، س1994 ، ص ص 218-224 مشار إليه في : بوبشير محند أمقران عن انتفاء السلطة القضائية، مرجع سابق، ص 48.

⁵²² المادة 116 من قانون العقوبات: يعاقب بالسجن المؤقت مرتكبو جريمة الخيانة من خمس إلى عشر سنوات : القضاة وضباط الشرطة القضائية الذين يتدخلون في أعمال الوظيفة التشريعية سواء بإصدار قرارات تتضمن نصوصاً تشريعية بمنع وقف تنفيذ قانون أو أكثر أو بالمداولة لمعرفة ما إذا كانت القوانين ستنتشر أو تنفذ.

⁵²³ محمد رفعت عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 41.

⁵²⁴ أحمد مجحودة، مرجع سابق، ص 12.

⁵²⁵ المادة 62 من القانون العضوي رقم 04-11 المؤرخ في 2004/09/06 المتضمن القانون الأساسي للقضاء: تعتبر أخطاء جسيمة: إنكار العدالة. كما تنص المادة 136 من قانون العقوبات على أنه يجوز محاكمة كل قاض يمتنع بأي حجة كانت عن الفصل في ما يجب عليه أن يقضي فيه بين الأطراف بعد أن يكون قد طلب إليه ذلك ويصر على امتناعه بعد التنبيه عليه أو أمره بذلك من رؤسائه ويعاقب بغرامة من 750 إلى 3000 دينار وبالحرمان من ممارسة الوظائف العمومية من خمس سنوات إلى عشرين سنة.

ويستند الرأي الثاني إلى أن هذه الرقابة هي من صميم عمل القاضي الذي يطلب منه تطبيق القانون بمفهومه الواسع، وأن هذا القانون يقوم على مبدأ ضرورة سمو القاعدة القانونية الدستورية على القاعدة القانونية العادية، وبالتالي فإنه على القاضي أن يستبعد القاعدة القانونية العادية كلما رأى أنها تخالف الدستور⁵²⁶، وهذا هو الاتجاه الذي سلكته المحاكم الأمريكية وعلى رأسها المحكمة العليا الفيدرالية منذ نهاية القرن الثامن عشر وبداية القرن التاسع عشر، كما أن الفقه المقارن في غالبية يذاع عن حق القاضي في الامتناع عن تطبيق القانون المخالف صراحة للدستور في حالة عدم تنظيم الدستور للرقابة الواجب إتباعها لحماية نفسه من انتهاك السلطة التشريعية لحدوده⁵²⁷.

وتدعيما لهذا الاتجاه يذهب البعض إلى القول بأن عدم السماح لقضاة المحكمة العليا بإعمال الرقابة على دستورية القوانين المطبقة في النزاع المعروف عليهم يؤدي إلى محدودية نظام النقض في لعب دوره الدستوري المتمثل في ضمان وحدة القانون وفاعليته⁵²⁸، كما أن منع القضاء من مراقبة دستورية القوانين هو انتصار غير مقبول للسلطة التشريعية على السلطة القضائية، ذلك أن هذه الأخيرة تكون مجبرة على تطبيق قاعدة غير دستورية ولا تملك على الأقل سلطة عدم تطبيقها، مما يخل باستقلالها، ويحد من اختصاصها في تطبيق القانون وعلى رأسه الدستور⁵²⁹.

إلا أنه تجدر الملاحظة إلى أن هذه الرقابة لا يجب أن تتعدى حق القضاة في الامتناع عن تطبيق النص القانوني المخالف للدستور، دون أن يكون لهم الحق في إلغاءه⁵³⁰، كما أن هذه الرقابة يجب أن تكون رقابة لاحقة لصدور القانون وليست رقابة سابقة⁵³¹.

. و يقصد بإنكار العدالة رفض القاضي صراحة أو ضمنا الفصل في الدعوى أو تأخير الفصل فيها رغم جاهزيتها للفصل أو رفضه أو تأخير البت في إصدار الأمر المطلوب على عريضة ... راجع : علي عوض حسن، رد ومخاصمة أعضاء الهيئات القضائية، دار الثقافة للطباعة والنشر، القاهرة 1987، ص 153.

⁵²⁶ عماد القاتي، مرجع سابق، ص 320.

⁵²⁷ محمد رفعت عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 34.

⁵²⁸ حسين السالمي، مرجع سابق، ص 67.

⁵²⁹ حسن كيرة، مرجع سابق، ص 251.

⁵³⁰ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 239.

⁵³¹ ثروت بدوي، القانون الدستوري وتطور الأنظمة الدستورية في مصر، ب د ن، القاهرة 1969 . ص 132.

بالنسبة للوضع في الجزائر فإنه يمكن القول بأن المؤسس الدستوري يقر بواجب حماية الدستور وذلك من خلال جهاز دستوري يتمثل في المجلس الدستوري⁵³²، انطلاقاً من المبدأ القائل بأن الرقابة على دستورية القوانين هي الشرط الأساسي لقيام دولة القانون، وأنه في حالة غياب هذه الرقابة فإن الدستور لا يكون له سوى تأثير رمزي⁵³³.

يعرف البعض المجلس الدستوري بأنه جهاز ذو طابع قضائي يكلف بإخضاع القانون لاحترام الدستور⁵³⁴، ورغم أن أسلوب تكوينه سياسي إلا أنه يمارس وظيفة قضائية⁵³⁵.

ومع ذلك فإنه ومهما تكن درجة الطابع القضائي لأي مجلس دستوري فإنه لا يجب غض الطرف عن خلفياته السياسية من أجل محاولة فهم أسباب القاضي الدستوري، ذلك لأن القضاء الدستوري هو مثل المرآة العاكسة لصورة النخبة السياسية العليا في أي بلد، حيث يكون لهذا القضاء في نهاية المطاف أثر إعادة ترتيبها في نزاع قانوني⁵³⁶، ذلك أنه في الأصل كان موجهاً لحماية السلطة التنفيذية من هيمنة السلطة التشريعية، إضافة إلى تحوله إلى ضمان

⁵³² تنص المادة 163 من الدستور: يؤسس مجلس دستوري يكلف بالسهر على احترام الدستور.

- راجع المرسوم الرئاسي رقم 89-143 المؤرخ في 07/08/1989 المتعلق بالقواعد الخاصة بتنظيم المجلس الدستوري والقانون الأساسي لبعض موظفيه، ج ر ع 32 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 01-102 مكرر المؤرخ في 21/04/2001، ج ر ع 58 والمرسوم الرئاسي رقم 02-157 المؤرخ في 16/05/2002 ج ر ع 36 والمرسوم الرئاسي 04-105 المؤرخ في 05/04/2004، ج ر ع 21.

- راجع النظام المؤرخ في 2806/2000 المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، ج ر ع 48، س 2000 المعدل والمتمم بالمداولة المؤرخة في 14/01/2009، ج ر ع 04، س 2009.

- نوري مزرة جعفر، المجلس الدستوري الجزائري بين النظرية والتطبيق، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، ع 04، ديسمبر 1990، جامعة الجزائر، ص ص 960-943.

⁵³³ David Dokhan, les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs, LGDJ, paris2000, P 01.

⁵³⁴ David Dokhan, Ibid , p493.

⁵³⁵ محمد رفعت عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 258.

- أما في الجزائر فإن الاتجاه يذهب إلى القول بأن السمة السياسية هي التي تغلب على المجلس الدستوري: نوري مزرة جعفر، مرجع سابق، ص 959.

⁵³⁶ David Dokhan, Ibid , p494.

لحقوق الإنسان باعتباره وسيلة للدفاع عن الأقلية من التعسف الذي يمكن أن يصدر عن الأغلبية⁵³⁷.

وبالرجوع إلى المادة 164 من الدستور فإن المجلس الدستوري يتشكل من 09 أعضاء، ثلاثة أعضاء يختارهم رئيس الجمهورية، واثنان ينتخبان من طرف المجلس الشعبي الوطني، واثنان ينتخبان من مجلس الأمة، وعضو واحد ينتخب من طرف المحكمة العليا، وعضو واحد ينتخب من طرف مجلس الدولة، ويختار رئيس الجمهورية من بين الأعضاء الثلاثة الذين يعينهم رئيس المجلس الدستوري⁵³⁸.

ويلاحظ من الناحية العضوية أن تشكيلة المجلس الدستوري يغلب عليها الطابع السياسي، حيث تختص الهيئة التشريعية بانتخاب 04 أعضاء في مقابل عدد أقل للهيئة القضائية التي يوكل إليها انتخاب عضوين فقط.

ولا يتدخل المجلس الدستوري إلا في حالة إخطار صادر من أحد السلطات السياسية العليا في الدولة من أجل الفصل في مدى مطابقة القانون المعروض عليه للدستور⁵³⁹، وهي في الدستور الجزائري رئيس الجمهورية ورئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة⁵⁴⁰. ولقد أعطى الدستور للمجلس الدستوري سلطة النطق بعدم دستورية القوانين المخالفة للدستور، حيث يترتب على فصله هذا إما عدم التصديق على النص المخالف للدستور إذا كانت الرقابة سابقة، وإما فقدان النص لقوته القانونية إذا كانت الرقابة لاحقة⁵⁴¹.

ويترتب على تحليل النصوص السابق ذكرها أن الرقابة التي يقرها الدستور على القوانين تخرج عن سلطة القضاء، بحيث يوكلها المشرع للمجلس الدستوري حيث تنص المادة 165 من الدستور على أن المجلس الدستوري يفصل في دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات إما برأي قبل أن تصبح نافذة، أو بقرار في الحالة العكسية.

⁵³⁷ Pascal PUIG, op cit, p754.

⁵³⁸ بالنسبة لمدة ولاية أعضاء المجلس الدستوري فقد نظمتها المادة 164 من الدستور وحددتها بمدة ستة سنوات.

⁵³⁹ David Dokhan, opcit, p494.

⁵⁴⁰ المادة 166 من الدستور: يخطر رئيس الجمهورية أو رئيس المجلس الشعبي الوطني أو رئيس المجلس الدستوري المجلس الدستوري.

⁵⁴¹ انظر المادتين 168-169 من الدستور.

وتفيد هذه النصوص أيضا أن الدستور يضع حدودا صارمة للرقابة على دستورية القوانين، حيث منع القضاء من ممارسة هذه الرقابة من جهة، كما منع الأفراد من طلب ممارسة الرقابة سواء من القضاء أو من المجلس الدستوري من جهة ثانية، ومن جهة ثالثة منع المجلس الدستوري نفسه من ممارسة هذه الرقابة بصورة تلقائية⁵⁴².

إذن فالمشرع يطلب من القضاة أن ينطلقوا في تعاملهم مع القاعدة القانونية الواجبة التطبيق في النزاع على أنها قاعدة قانونية مطابقة للدستور، ما دام أنها قد صدرت في الجريدة الرسمية وتم نشرها بالطرق القانونية، إلى أن يثبت عدم دستورتها بقرار من المجلس الدستوري، بناء على طلب من السلطة السياسية المختصة قانونا .

ثانيا . التشريع العادي:

التشريع العادي يمكن تعريفه بأنه مجموعة القواعد القانونية المكتوبة التي تسنها السلطة التشريعية بمقتضى السلطة المخولة لها في الدستور وفي حدودها لتنظيم العلاقات في المجتمع⁵⁴³، ويطلق على التشريع هنا مصطلح القانون، وإطلاق هذا المصطلح على التشريع هو من قبيل إطلاق الجزء على الكل لتبيان أهمية الجزء⁵⁴⁴.

أعطى دستور 1996 للبرلمان المشكل من غرفتين هما : المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة سلطة سن القوانين العضوية والقوانين العادية، وأخضع كل نوع من هذه القوانين

⁵⁴² ويرى البعض في دفاعهم عن ضرورة فسخ المجال للقضاء من أجل ممارسة الرقابة على دستورية القوانين أو على الأقل السماح للقاضي بالامتناع عن تطبيق القانون كلما دفع أمامه بعدم دستوريته إلى غاية الفصل في هذا الدفع من طرف المجلس الدستوري، كما أن تقييد آليات اتصال المجلس الدستوري بممارسة اختصاصاته قد أثر على أداءه حيث بدت تدخلاته نادرة كما أن هذا القيد يمكن أن يسمح بوجود قوانين مخالفة للدستور : نصر الدين بن طيفور، حدود رقابة القاضي الإداري وأثرها على حماية الحقوق والحريات العامة ، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الدولي حول دور القضاء الإداري في حماية الحريات الأساسية ، المركز الجامعي بالوادي يومي 28-29-أفريل 2010.

⁵⁴³ عوض أحمد الزعبي، مرجع سابق ، ص 152- محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق ، ص 141 . - عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون-النظرية العامة للقانون-الجزائر 2004، ص 65.

⁵⁴⁴ عمار بوضياف ، المدخل للعلوم القانونية ، مرجع سابق ، ص 139 .

لإجراءات خاصة بها، كما حدد لها المجال التي تنظمه⁵⁴⁵، بحيث لا يمكن لأحدهما أن يتدخل في مجال الآخر ولا أن يعدل من أحكامه أو يلغيها⁵⁴⁶، أما من حيث القوة الإلزامية فإن القانون العادي له نفس القوة التي يتمتع بها القانون العضوي باستثناء سمو القانون العضوي المتعلق بقوانين المالية على القوانين العادية المتعلقة بالتصويت على ميزانية الدولة⁵⁴⁷.

كما أعطى نفس الدستور لرئيس الجمهورية سلطة التشريع بأوامر وذلك في حالة شغور المجلس لشعبي الوطني أو بين دورتي البرلمان، ويعرض-وجوبا- رئيس الجمهورية النصوص التي اتخذها على كل غرفة من البرلمان في أول دورة له لتوافق عليها، وتعد لاغية في حالة عدم الموافقة عليها، كما أنه لرئيس الجمهورية سلطة التشريع بأوامر في الحالة الاستثنائية المشار إليها في المادة 93 من الدستور، كما أن لرئيس الجمهورية أن يصدر قانون المالية بأمر في حالة عدم المصادقة عليه في الأجل المحدد ب 75 يوما⁵⁴⁸.

⁵⁴⁵ بشير بن مالك، علاقة القوانين العضوية بالقوانين العادية في الدستور الجزائري، مجلة الحجة، مجلة تصدر عن نقابة المحامين ناحية تلمسان ع01، جويلية 2007، ابن خلدون للنشر، تلمسان 2007، ص ص60-61.

- المادة 98 من الدستور: يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين وهما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وله السيادة في إعداد القانون والتصويت عليه.

- القوانين العضوية هي على العموم قوانين تتعلق بتطبيق الدستور في ما يخص مجال تنظيم السلطات العمومية، حيث يتضمن مجال القانون العضوي على الخصوص قانون الأحزاب، قانون الانتخابات، القوانين المتعلقة بتنظيم السلطات كالقانون الأساسي للقضاء، أما من حيث إجراء المصادقة فإنه يشترط أغلبية النواب المطلقة وموافقة أغلبية ثلاثة أرباع مجلس الأمة، كما أنه يخضع لرقابة الدستورية من طرف المجلس الدستوري قبل صدوره، خلافا للقانون العادي الذي لا يشترط في المصادقة عليه سوى الأغلبية المطلقة لنواب المجلس الشعبي الوطني الحاضرين وموافقة ثلاثة أرباع مجلس الأمة، كما أنه لا يشترط خضوعه لرقابة الدستورية بصورة قبلية... راجع علي فيلالي، مقدمة في القانون، مرجع سابق، ص 176 هـ: 210.

⁵⁴⁶ رأي المجلس الدستوري رقم 10 المؤرخ في 13/05/2000، ج ر ع46، س2000، ص07.

⁵⁴⁷ بشير بن مالك، مرجع سابق، ص69. حيث يدافع على هذه الفكرة في مقاله مؤكدا مخالفة الدستور الجزائري في هذه النقطة لكل من الدستور الفرنسي والمصري اللذان يأخذان بفكرة سمو القانون العضوي على القانون العادي.

⁵⁴⁸ عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص65. راجع المادتين 124 و120 من الدستور.

- تجدر الملاحظة أنه وفي الفترة التي أعقبت استقالة الرئيس الشاذلي بن جديد ونظرا للفراغ الدستوري فقد تقرر إنشاء المجلس الأعلى للدولة والذي أعطى لنفسه بموجب المداولة المؤرخة في 15/04/1992 حق التشريع

وحتى يصبح القانون بنوعيه العادي والعضوي نافذا وقابلا للتطبيق من طرف القضاء فإنه يجب أن يمر بالمراحل التالية: الاقتراح، الفحص، المناقشة والتصويت، عدم اعتراض رئيس الجمهورية أو موافقة المجلس الشعبي الوطني رغم الاعتراض⁵⁴⁹، إضافة إلى النشر حيث يحصل افتراض العلم به من الكافة⁵⁵⁰.

- **المبادرة بالقانون**: ويقصد به إعداد مشاريع قوانين من الجهة المخولة بذلك دستوريا وتقديمها للسلطة التشريعية لمناقشتها وإقرارها⁵⁵¹، ويحصر الدستور الجهات التي لها حق المبادرة في كل من الوزير الأول، والنواب في حدود عشرين نائبا على الأقل⁵⁵²، وإذا كانت المبادرة صادرة عن الوزير الأول فإن مشروع القانون المبادر به يعرض على مجلس الوزراء وذلك بعد أخذ رأي مجلس الدولة⁵⁵³ ليقوم الوزير الأول بإيداعه مكتب المجلس الشعبي الوطني.

بموجب مراسيم تشريعية تصدر عن رئيسه لها نفس قيمة وقوة القوانين العادية: انظر في هذا الموضوع: عجة الجبالي، مدخل للعلوم القانونية، ج 01، نظرية القانون، دار برتي للنشر، الجزائر 2009، ص 262 .
549 محمد سعيد جعفر، مرجع سابق، ص 153.

550 منصور القديدي جري، مرجع سابق، ص ص 252-253.

551 محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 222.

552 تنص المادة 119 من الدستور: لكل من الوزير الأول والنواب حق المبادرة بالقوانين. تكون اقتراحات القوانين قابلة للمناقشة إذا قدمها عشرون نائبا.

- تجدر الملاحظة أن الدستور يطلق مصطلح اقتراح قانون عندما يكون صادر من النواب، ومصطلح مشروع قانون عندما تكون المبادرة به صادرة عن الوزير الأول، وهذا ما يستنتج من الفقرة الثالثة من نص المادة 119 من الدستور.

553 المادة 04 من القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30/05/1998 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله. ج 37 س 98. المعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم 13.11 المؤرخ في 26/07/2011. ج 43 س 2011. : يبدي مجلس الدولة رأيه في مشاريع القوانين حسب الشروط التي يحددها هذا القانون والكيفيات المحددة ضمن نظامه الداخلي.

- المادة 36 من القانون العضوي رقم 98-01 المعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم 13.11: تبدي الجمعية العامة لمجلس الدولة رأيها في مشاريع القوانين.

- **فحص القانون:** بعد إيداع القانون المبادر به مكتب المجلس الشعبي الوطني، يتم عرضه على لجنة دائمة مختصة بالمجلس الشعبي الوطني تكون مهمتها فحص هذا القانون وإعداد تقرير حول مدى قابليته للمناقشة⁵⁵⁴.

المناقشة والتصويت: تتم مناقشة القانون المبادر به على ضوء التقرير المقدم من اللجنة الدائمة المختصة بالمجلس الشعبي الوطني، حيث تتم المناقشة العامة للقانون والتصويت عليه، ويجري ذلك في مرحلتين متتاليتين هما المناقشة العامة والمناقشة مادة مادة⁵⁵⁵، حيث يشرع في المناقشة بالاستماع إلى ممثل الحكومة أو إلى مندوب أصحاب الاقتراح حسب طبيعة المبادرة، ثم الاستماع إلى مقرر اللجنة المختصة، ثم إلى المتدخلين حسب ترتيب تسجيلهم المسبق، حيث تنصب التدخلات أثناء المناقشة العامة على كامل النص، لتنتهي هذه المناقشة بتقرير أعضاء المجلس الشعبي الوطني إما التصويت على النص بكامله وإما التصويت عليه مادة مادة أو تأجيله⁵⁵⁶، ويجوز استثناء أن تكون المناقشة محدودة وذلك بموجب قرار صادر عن مكتب المجلس الشعبي الوطني بناء على طلب الحكومة أو اللجنة المختصة أو مندوب أصحاب اقتراح القانون، حيث لا تفتح المناقشة العامة ولا يقبل تدخل النواب خلال المناقشة مادة مادة في هذا النوع من المناقشة، أين تقتصر التدخلات على ممثل الحكومة أو مندوب أصحاب اقتراح القانون وممثل اللجنة المختصة⁵⁵⁷.

وحتى يعتبر المشروع أو الاقتراح موافقا عليه يتعين أن تحصل المصادقة عليه من طرف المجلس الشعبي الوطني وبأغلبية مطلقة لأعضائه الحاضرين⁵⁵⁸، أما إذا كان النص يتعلق

⁵⁵⁴ محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 154. - محمدي فريدة، المدخل للعلوم القانونية- نظرية القانون- الجزائر 1997، ص 54.

- راجع المواد من 19 إلى 31 من النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني، ج ر ع 46 مؤرخة في 2000/06/30 حيث تحدد هذه النصوص تشكيل اللجان الدائمة بالمجلس الشعبي الوطني وصلاحياتها.

⁵⁵⁵ المادة 32 من القانون العضوي رقم 99-02 المؤرخ في 1999/03/08 الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة، ج ر ع 15، س 1999.

⁵⁵⁶ راجع المادة 33 من القانون العضوي رقم 99-02.

⁵⁵⁷ راجع المادة 37 من القانون العضوي رقم 99-02.

⁵⁵⁸ محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 154.

بقانون عضوي فإن الأغلبية المطلقة تحسب على أساس جميع أعضاء المجلس الشعبي الوطني.

بعد المصادقة على النص من طرف المجلس الشعبي الوطني يرسل رئيسه هذا النص إلى رئيس مجلس الأمة في أجل عشرة أيام مع إشعار رئيس الوزراء بذلك⁵⁵⁹، حيث يحيل رئيس مجلس الأمة النص معززا بالمستندات إلى اللجنة المختصة لتتولى دراسته وفحصه، وبعد هذه الدراسة يتم مناقشة النص من طرف نواب مجلس الأمة ليعرض على التصويت، فلا يكون مصادقا عليه إلا بحصوله على موافقة أغلبية ثلاثة أرباع أعضائه⁵⁶⁰.

وفي حالة الخلاف بين الغرفتين تجتمع بطلب من الوزير الأول لجنة متساوية الأعضاء بين الغرفتين تكون مهمتها حل الخلاف باقتراح نص يتعلق بالأحكام محل الخلاف، ثم تقوم الحكومة بعرض النص المقترح للمصادقة عليه مع شرط عدم تعديله إلا بموافقة الحكومة، وفي حال استمرار الخلاف رغم ذلك فإنه يتم سحب النص⁵⁶¹.

أما إذا كان القانون قد صدر بموجب أمر من رئيس الجمهورية فإن المصادقة عليه تكون وفقا للإجراءات المنصوص عليها بالمادة 38 من القانون العضوي رقم 99-02، حيث بعد

⁵⁵⁹ المادة 42 من القانون العضوي رقم 99-02.

- تكفل الثنائية البرلمانية ثبات واستقرار المنظومة التشريعية داخل الدولة من خلال تحكّم الغرفة الثانية في عملية تدفق القوانين، ذلك أن العبرة ليست بكثرة التشريعات ومضاعفة التعديلات وإنما بصلاحياتها وجودتها، فنظام المجلسين يسمح بتقادي الخطأ والتسرع وهو يؤدي إلى الجودة والإتقان في العمل التشريعي لأن إعادة مناقشة القوانين في مجلس آخر تكفل التروي وزيادة التمحيص بحيث يتلافى ما قد يقع فيه المجلس الأول من خطأ أو انقياد لعاطفة وقتية عارضة: انظر في هذا الموضوع: محمد عمران بوليفة، الخاصية المثبتة لدور الغرف البرلمانية الثانية في الممارسة المؤسساتية: رهان أساسي للإستقرار السياسي والمؤسساتي، مجلة دفاتر السياسة والقانون، ع 02، س 2009، جامعة قاصدي مرباح بورقلة 2009، ص 106.

⁵⁶⁰ عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص 146. راجع أيضا المادة 120 و123 من الدستور. - راجع في ما يخص إجراء المناقشة والتصويت على النصوص المعروضة على مجلس الأمة المواد 39، 40، 41 من القانون العضوي رقم 99-02، مع ملاحظة أنها لا تختلف عن الإجراءات المطبقة أمام المجلس الشعبي الوطني والتي سبق شرحها.

⁵⁶¹ المادة 120 ف 04 و 05 من الدستور. راجع في ما يخص اللجنة المتساوية الأعضاء المواد من 87 إلى 97 من القانون العضوي رقم 99-02.

الاستماع إلى تقرير اللجنة المختصة يعرض النص بكامله للتصويت والمصادقة عليه بدون مناقشة في الموضوع وبدون الحق في تقديم أي تعديل .

- **عدم اعتراض رئيس الجمهورية أو موافقة المجلس الشعبي الوطني رغم الاعتراض:** يمكن لرئيس الجمهورية بناء على الدستور أن يطلب إجراء مداولة ثانية على نص تم إقراره، ويتعين على رئيس الجمهورية ممارسة هذا الحق في أجل ثلاثين يوماً من إقرار النص، وفي هذه الحالة يعاد النص إلى المجلس ليتم مناقشته في ضوء ملاحظات رئيس الجمهورية و التصويت عليه من جديد، وذلك إما بالاستجابة لاعتراضات رئيس الجمهورية وإما بإبقاء النص على الحالة التي كان عليها، وهنا يشترط أن يتم الإقرار بأغلبية ثلثي أعضاء المجلس، وفي هذه الحالة يتعين على رئيس الجمهورية إصداره⁵⁶² .

- **إصدار القانون:** يقصد بالإصدار تسجيل القانون ووضعه حيز التنفيذ، وهو عبارة عن عمل تنفيذي يقوم به رئيس الجمهورية⁵⁶³ يمارسه بموجب المادة 126 من الدستور، حيث يقوم بهذا العمل في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ تسلمه للقانون من طرف رئيس مجلس الأمة⁵⁶⁴، الذي يتعين عليه إرسال القانون بعد الموافقة عليه إلى رئيس الجمهورية في أجل عشرة أيام، ويشعر رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس الوزراء بهذا الإرسال⁵⁶⁵.

ويصدر رئيس الجمهورية القانون بموجب مرسوم رئاسي يسمى مرسوم الإصدار الذي يتضمن أمرا بتنفيذ هذا القانون⁵⁶⁶.

- **نشر القانون في الجريدة الرسمية:** إن افتراض العلم الحقيقي بالقانون من طرف كافة المخاطبين به هو من حيث الواقع أمر يستحيل تحقيقه، لذلك فإن المشرع يتدخل من أجل وضع قرينة تشريعية بخصوص تحقق العلم بالقاعدة القانونية تتمثل في نشر القانون بالجريدة الرسمية،

⁵⁶² محمد سعيد جعفر، مرجع سابق، ص156- راجع أيضا المادة 127 من الدستور .

⁵⁶³ حسن كيره، مرجع سابق، ص 243.

⁵⁶⁴ حسب الفقرة الثانية من المادة 127 من الدستور فإنه يتعين على رئيس الجمهورية أن لا يصدر القانون إذا كان محلا لرقابة الدستورية من طرف المجلس الدستوري إلى غاية صدور قرار هذا الأخير حيث أن إخطار المجلس الدستوري يترتب عليه توقف أجل الثلاثين يوما الممنوحة لرئيس الجمهورية من أجل إصدار القانون.

⁵⁶⁵ المادة 43 من القانون العضوي رقم 99-02 .

⁵⁶⁶ محمد سعيد جعفر، مرجع سابق، ص156.

وهي قرينة لا تقبل إثبات العكس⁵⁶⁷، حيث يكون القانون نافذا بالجزائر العاصمة بعد مضي يوم كامل من تاريخ نشره، وفي النواحي الأخرى في نطاق كل دائرة بعد مضي يوم كامل من تاريخ وصول الجريدة الرسمية إلى مقر الدائرة ويشهد على ذلك تاريخ ختم الدائرة الموضوع على الجريدة⁵⁶⁸، إلا أنه لهذا المبدأ العام استثناء يتمثل في إمكانية إما سريان القانون بأثر رجعي بشرط أن ينص على ذلك صراحة⁵⁶⁹، وإما تحديد ميعاد سريانه بأجل لاحق لنشره في الجريدة الرسمية بخلاف المدة المنصوص عليها بالمادة 04 من القانون المدني⁵⁷⁰.

إن نشر التشريع في الجريدة الرسمية يعطيه القوة الإلزامية بحيث يفرض على القاضي أن يكون عالما به، وليس له بعد ذلك أن يبحث في مدى دستوريته أو مدى احترامه للإجراءات الواجب إتباعها لصدوره، بحيث يفترض فيه الصحة والدستورية، وإلا فإنه يكون متجاوزا للسلطة، إذ يكون القاضي مكلفا بتطبيقه أو تفسيره دون القدرة على مراقبة شرعيته⁵⁷¹.

أما بالنسبة للأوامر التشريعية فإن لا أحد يمكن أن ينكر تمتعها بنفس القوة الممنوحة للقوانين

⁵⁶⁷ منصور القديدي جري، مرجع سابق، ص 253. راجع أيضا المادة 01/04 من القانون المدني: تطبق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها بالجريدة الرسمية.

- تجدر الملاحظة أن الدستور لم يلزم السلطة التنفيذية بأجل محدد من أجل نشر القانون بعد إصداره وترك هذه المسألة لسلطتها التقديرية لكن هذا لا يفهم منه أن لها الحق في عدم النشر إطلاقا.

⁵⁶⁸ راجع المادة 02/04 من القانون المدني.

- تجدر الملاحظة أن الحكومة الجزائرية أطلقت موقعا خاصا على الانترنت يضمن إذاعة ونشر الجريدة الرسمية كما يتضمن هذا الموقع الأرشيف الكامل للقوانين الجزائرية من تاريخ الاستقلال والموقع هو: www.joradp.dz وهذا من أجل تعزيز قرينة العلم بالقانون المكرسة بالمادة 01/60 من الدستور.

⁵⁶⁹ مثلا نص المشرع بالمادة 1003 من القانون المدني بأن هذا القانون يسري من تاريخ 1975/07/05 رغم أنه نشر بالجريدة الرسمية بتاريخ 1975/09/30.

⁵⁷⁰ مثلا نص المشرع بالمادة 1062 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأن هذا القانون يسري مفعوله بعد سنة من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

⁵⁷¹ أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة فائز أنجق وبيوض خالد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1994، ص 161.

الصادرة عن السلطة التشريعية بعد الموافقة عليها من طرف البرلمان⁵⁷²، أما قبل ذلك فإن الرأي الغالب يذهب إلى اعتبارها في درجة القرارات الإدارية التي تخضع لرقابة المجلس الدستوري باعتبارها تنظيمات وتخضع لرقابة الإلغاء من طرف مجلس الدولة باعتبارها قرارات إدارية صادرة عن سلطة إدارية مركزية⁵⁷³.

ثالثا. التشريع الفرعي :

في إطار مهمة القانون بمفهومه الواسع المتمثلة في تنظيم المجتمع، سواء في ما يخص العلاقات بين الأفراد أو العلاقات بين الأفراد والدولة، فإن الدستور والتشريع العادي لا يكفيان لوحدهما للنهوض بهذه المهمة بل يجب فضلا عن ذلك إصدار تشريعات فرعية، والتي تتمثل في مجموعة القواعد القانونية التي تصدر عن السلطة التنفيذية وذلك من أجل تنظيم المصالح والمرافق العامة . المراسيم الرئاسية .⁵⁷⁴، وإما بهدف تحديد كيفية تطبيق النص الصادر عن السلطة التشريعية . المراسيم التنفيذية .⁵⁷⁵، وإما بهدف حفظ الصحة والسكينة العامة . لوائح الضبط الإداري .⁵⁷⁶.

⁵⁷² أما إذا لم يوافق البرلمان عليها فإنه يزول ما كان لها من قوة القانون وذلك من تاريخ عدم الموافقة، وتظل آثارها في الماضي سارية من تاريخ صدورها حتى تاريخ عدم موافقة البرلمان عليها : انظر بركات أحمد، وسيلة مباشرة رئيس الجمهورية لاختصاص السلطة التشريعية في مجال صنع القانون، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة ورقلة، ع01 جوان 2009، ص 194.

⁵⁷³ بركات أحمد، مرجع سابق، ص ص 194-195.

⁵⁷⁴ وتعتبر هذه التشريعات الفرعية مستقلة تماما عن أي تشريع عادي، فهي لا تصدر من أجل العمل على تنفيذ قانون صادر عن السلطة التشريعية فيكون الهدف من إصدار هذه المراسيم تنظيم المصالح والمرافق العامة في الدولة وهي اختصاص ممنوح لرئيس الجمهورية بموجب المادة 01/125 من الدستور، حيث يمكنه أن يمارس السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون، فمثلا تم تنظيم الصفقات العمومية بموجب =مرسوم رئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 2010/10/07... راجع علي فيلاي، مقدمة في القانون، مرجع سابق، ص 179.

⁵⁷⁵ باعتبار السلطة التنفيذية هي المختصة بتنفيذ القانون الصادر عن السلطة التشريعية فإن هذه الأخيرة كثيرا ما تترك المسائل التفصيلية المتعلقة بتنفيذ القانون الذي أصدرته للسلطة التنفيذية وهو اختصاص ممنوح للوزير الأول بموجب المادة 02/125 من الدستور، فمثلا نجد الأمر 75-74 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري يحتاج في تفصيل وتنظيم بعض نصوصه إلى صدور مراسيم

ويخضع التشريع الفرعي بأنواعه الثلاثة إلى رقابة المحكمة العليا، من حيث تطبيقه، أو من حيث تفسيره، وسنوضح ذلك حسب التفصيل التالي :

-بالنسبة للمراسيم الرئاسية : تتمتع هذه المراسيم بنفس القوة التي تتمتع بها القوانين العضوية والعادية⁵⁷⁷، حيث تخضع لرقابة الدستورية من قبل المجلس الدستوري، وبالتالي فإنه ليس لقضاة الموضوع أي سلطة في رقابة دستورتها، ويتعين عليهم تطبيقها بمجرد صيرورتها نافذة وفقا للإجراءات السابق الإشارة إليها، ويخضعون في تطبيقهم لها لرقابة المحكمة العليا.

-بالنسبة للمراسيم التنفيذية: من حيث المبدأ تتمتع هذه المراسيم بالقوة القانونية بالقدر الذي تكون فيه منسجمة مع القانون الذي جاءت لتنظمه، لذلك فإن قضاة الموضوع ملزمون بتطبيق هذه المراسيم كلما كانت صريحة وواضحة و لا تتعارض معه، وهم يخضعون في ذلك لرقابة المحكمة العليا⁵⁷⁸، إلا أن هذا لا يمنع قضاة الموضوع من استعمال حقهم في تفسير هذه المراسيم خاصة إذا كانت تثير مسائل أولية يتعين على القاضي حسمها قبل الفصل في الدعوى الرئيسية، وهذا الحق يجد تبريره المنطقي في كون أنه ما دام أن لقضاة الموضوع الحق في تفسير القوانين العادية فمن باب أولى يكون لهم الحق في تفسير المراسيم التنفيذية المرتبطة أساسا بهذه القوانين⁵⁷⁹، وهم يخضعون في تفسيرهم هذا لرقابة المحكمة العليا.

تنفيذية وهو ما تم تجسيده بالمرسوم 62-76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام والمرسوم 63-76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري .

⁵⁷⁶ يعرف الضبط الإداري بأنه حق السلطات الإدارية في تقييد النشاط الخاص من خلال فرض القيود والضوابط على ممارسة الأفراد لحرياتهم ونشاطهم بهدف حماية النظام العام بعناصره المتعددة : الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة، ومن أمثلتها القرارات المنظمة للمرور والقرارات المنظمة لمحلات بيع الخمر والمقلقة للسكان والقرارات المنظمة للأسواق الأسبوعية...وهذه القرارات قائمة بذاتها أي أنها تصدر عن السلطة التنفيذية ليس تطبيقا لقانون صادر عن السلطة التشريعية وهي في هذه النقطة تتشابه مع المراسيم التنظيمية ... راجع :منصور مجاجي، الضبط الإداري وحماية البيئة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، ع02، س2009، ص 59. محمد سعيد جعفر، مرجع سابق، ص 163.

⁵⁷⁷ علي فيلالي، مقدمة في القانون ، مرجع سابق، ص179.

⁵⁷⁸ حلمي محمد الحجار، ج01، مرجع سابق ، ص 332.

⁵⁷⁹ أحمد محيو، مرجع سابق، ص121.

و في حالة تعارض المرسوم التنفيذي مع القانون فإنه وطبقاً لمبدأ تدرج القوانين فإنه يتم تطبيق القانون واستبعاد المرسوم التنفيذي⁵⁸⁰، وتقوم محاكم الموضوع ببسط رقابتها على مدى انسجام المرسوم التنفيذي مع التشريع الأعلى من تلقاء نفسها، أي حتى ولم يدفع الخصوم أمامها بذلك لتعلق هذه الرقابة بالنظام العام، والمحكمة العليا تراقبها في ذلك، لكن رقابة محكمة الموضوع على قانونية المرسوم التنفيذي محدودة فهي تتوقف عند استبعاد تطبيق المرسوم التنفيذي لفائدة التشريع الأعلى دون أن تصل إلى حد إلغائه⁵⁸¹.

⁵⁸⁰ قرار الغرفة المدنية رقم 130145 المؤرخ في 1995/07/12، غير منشور، مشار إليه في : حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة من مجلس الدولة والمحكمة العليا، دار هومة، الجزائر 2008، ص ص 200-201 : حيث أن اشتراط إشهار العريضة قبل تسجيلها لدى كتابة ضبط المحكمة يعد قيد على رفع الدعوى قد استحدثته المادة 85 من المرسوم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، لكن المشرع قد نص على إجراءات رفع الدعوى وشروط قبولها أمام القضاء في قانون الإجراءات المدنية ولم ينص على على هذا القيد بالنسبة للدعاوى العينية العقارية، ومن ثم يوجد تعارض بين أحكام قانون الإجراءات المدنية وأحكام هذا المرسوم، وتبعاً لذلك فإنه إذا وقع التعارض بين التشريع العادي والتشريع الفرعي، يطرح التشريع الفرعي ويطبق التشريع العادي، وبالتالي فإن قضاة الموضوع وبقبولهم للدعوى رغم عدم إشهارها لم يخرقوا القانون.

- قرار الغرفة العقارية المؤرخ في 2002/10/09 ملف رقم 264463، المجلة القضائية، ع02، س2002، ص232: حيث أن إجراء شهر العريضة الافتتاحية للدعوى قد تم استحداثه بالمرسوم 76-63 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري ولم ينص عليه كل من قانون الإجراءات المدنية والقانون المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، وبذلك يكون المرسوم المنوه إليه قد استحدث شرطاً جديداً لصحة العريضة الافتتاحية ومن ثم يوجد تعارض بين القانون والمرسوم، وحيث أنه وطبقاً لمبدأ تدرج القوانين الذي يقضي بأنه في حالة التعارض بين التشريع والتشريع الفرعي فإنه يطبق التشريع الأعلى ويترك التشريع الفرعي، وبالتالي فإن قضاة الموضوع ولم رفضوا الدعوى لعدم إشهار العريضة يكونون قد خالفوا هذا المبدأ... مشار إليه في : علي فيلالي، مقدمة في القانون، مرجع سابق، ص187.

- وما نلاحظه على هذين القرارين أنه ورغم تأكيدهما على مبدأ هام وهو مبدأ تدرج القوانين وحق المحكمة العليا في بسط رقابتها على تطبيق هذا المبدأ، إلا أننا نلاحظ أنه في هذه الحالة بالذات لا يوجد أي تعارض بين =النصين، وربما المشرع نفسه وحتى يغلق الطريق على المحكمة العليا من تعطيل هذا النص بحجة تعارضه مع القانون الأعلى قام بالتأكيد على إلزامية شهر الدعوى في بعض النزاعات العقارية بنص قانوني صريح حيث كرس هذا الإجراء بالمادة 17 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

⁵⁸¹ أحمد السيد صاوي، نطاق رقابة محكمة النقض، مرجع سابق، ص51.

-بالنسبة للوائح الضبط الإداري . القرارات الإدارية :: يحظر كقاعدة عامة على القضاء العادي المدني القيام بإلغاء أو بتفسير أو تقدير مدى مشروعية الأعمال الإدارية المعروضة أمامه بمناسبة النظر في الدعوى التي ينظرها، فإذا كان الفصل في هذه الدعوى لا يتم إلا من خلال تفسير قرار إداري أو تقدير مدى شرعيته في حالة الطعن أمامه بعدم قانونيته من طرف أحد الخصوم فإنه يتعين عليه إرجاء الفصل في النزاع إلى غاية الفصل في شرعية القرار الإداري أو تفسيره من طرف القضاء الإداري المختص⁵⁸²، ولا يكف الدفع بعدم شرعية القرار الإداري ليتوقف القاضي عن الفصل في النزاع، بل يجب أن يقدم طالب الدفع ما يثبت أنه قد رفع دعوى قضائية أمام الجهة القضائية الإدارية المختصة.

وتذهب محكمة النقض الفرنسية إلى عدم بسط رقابتها على المراسيم الوزارية ذات الطابع غير التنظيمي، فهذه المراسيم لا تلزم إلا الموظفين المخاطبين بها، فهي بالنسبة للقاضي ليست إلا وثائق لا تحوز على قوة القانون الذي تفتح مخالفته للمحكمة العليا الباب من أجل ممارسة رقابتها على تطبيق القانون، وبالتالي فإن مسألة تفسيرها وتطبيقها تعد من مسائل الواقع المتروكة لسلطة وتقدير قضاة الموضوع⁵⁸³، فمثلا رفضت محكمة النقض الفرنسية بسط رقابتها على تجاهل قضاة الموضوع للمنشور الوزاري المنظم لشروط تعويض الأجهزة الطبية عن طريق الضمان الاجتماعي⁵⁸⁴.

الفرع الثاني: القاعدة القانونية الداخلية غير المكتوبة

⁵⁸² أحمد محيو، مرجع سابق، ص 122.

-المادة 801 من ق ا م اد: تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في: دعاوى إلغاء القرارات الإدارية والدعاوى التفسيرية ودعاوى فحص المشروعية للقرارات الصادرة عن: -الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية- البلدية والمصالح الإدارية الأخرى للبلدية-المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية.

- المادة 901 من ق ا م اد: يختص مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة بالفصل في دعاوى الإلغاء والتفسير وتقدير المشروعية في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية.

⁵⁸³ Jacques Boré, op cit,p285- cass .civ III 23/05/1982,Bull.civ III .n77.

- cass. I é.civ14/12/1965.Bull.civ I ,n706.

⁵⁸⁴ Cass.civ II.18/05/1967.Bull.civ II.n182.

بالرجوع إلى نص المادة الأولى من القانون المدني فإن القاعدة القانونية الداخلية غير المكتوبة تجد مصدرها في مبادئ الشريعة الإسلامية . أولاً . ثم في قواعد العرف . ثانياً . وأخيراً في مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة . ثالثاً ..
أولاً . مبادئ الشريعة الإسلامية:

تأمر العديد⁵⁸⁵ من التشريعات العربية والإسلامية القضاة بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود النص التشريعي، و على سبيل المثال المشرع الأردني⁵⁸⁶ والمصري⁵⁸⁷ والسوري⁵⁸⁸، حيث تحوز قواعد الشريعة الإسلامية في هذه الحالة درجة المصدر الرسمي⁵⁸⁹. وبالرجوع إلى المشرع فإننا نجد أنه يلزم قضاة الموضوع بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية عند عدم وجود النص التشريعي، وقد نص على ذلك بالمادة 02/01 من القانون المدني، والمادة 222 من قانون الأسرة، والمادة 02 من قانون الأوقاف، حيث يشير في القانون المدني إلى ضرورة

⁵⁸⁵ نقول العديد وليس كل التشريعات حيث نجد مثلاً المشرع التونسي لا ينص صراحة على اللجوء إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، حيث تنص المادة 535 من مجلة الالتزامات والعقود على أنه يلجأ القاضي إلى قواعد القانون العمومية في حال غياب النص القانوني أو في حال تعذر القياس، واختلف شراح القانون في تونس حول تفسير مدلول قواعد القانون العمومية فمنهم من رأى أن المقصود منها هو المبادئ القانونية العامة، ومنهم من يرى أن المقصود منها هو قواعد الفقه الإسلامي، بينما اتجه رأي ثالث أن المقصود منها الاثنين معاً: انظر في هذا: أسماء الشباب، التفاوض في تكوين العقد، رسالة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون، جامعة تونس III، 1998، ص 109. - محمد الشرفي، مدخل لدراسة القانون، دار سيراس للنشر، تونس 1991، ص 253.

⁵⁸⁶ تنص الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون المدني الأردني على أنه: إذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فإن لم توجد فبمقتضى الشريعة الإسلامية. ولقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني في ما يخص هذه المادة أنه ينبغي التصريح أنه إذا لم يوجد نص في القانون يرجع القاضي لأحكام الفقه الإسلامي على اختلاف مذاهبه ويختار منها ما يكون أكثر موافقة لنصوص القانون، فإن لم يوجد ينتقل لمبادئ الشريعة الإسلامية، وذلك لأن ما يتميز به هذا المشروع هو اعتماده على أحكام المجلة والفقه الإسلامي فإن لم يوجد ينتقل لمبادئ الشريعة الإسلامية وهذا ما يميزه = على باقي القوانين في الدول العربية : انظر في هذا : مبارك صائغي، مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي للقانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، ص 150 هـ 03.

⁵⁸⁷ المادة 01 فقرة 02 من القانون المدني المصري.

⁵⁸⁸ المادة 01 فقرة 02 من القانون المدني السوري .

⁵⁸⁹ Nadhir BENAMMOU, op cit, p417.

الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، بينما يشير في كل من قانون الأسرة⁵⁹⁰ و قانون الأوقاف⁵⁹¹ إلى الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، و هذا ما يدفع إلى التساؤل حول الفرق بين مبادئ الشريعة الإسلامية وأحكام الشريعة الإسلامية⁵⁹².

إن من بين الأسباب التي دفعت المشرع إلى جعل مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا بعد التشريع مباشرة، هو علاقة الشعب الجزائري بالدين الإسلامي⁵⁹³، وعلاقة القانون المدني بالفقه الإسلامي، حيث يعتبر هذا الأخير مصدرا تاريخيا للعديد من نصوص القانون المدني⁵⁹⁴، و بالتالي فإن القاضي حين تطبيقه لهذه النصوص وتفسيرها يتعين عليه مراعاة مبادئ الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدرا لهذه النصوص⁵⁹⁵، فمثلا يتعين على القاضي عند تطبيقه لنص

⁵⁹⁰ المادة 222 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984 المتضمن قانون الأسرة: كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

⁵⁹¹ المادة 02 من القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27/04/1991 المتعلق بالأوقاف، ج ر ع 21، س 91: على غرار كل مواد هذا القانون يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في غير المنصوص عليه.

⁵⁹² واضح أنه ثمة فرق بين أحكام الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية في غير المنصوص عليه. الثانية فهي تستخلص من نصوص الكتاب والسنة: انظر مبارك صائغي، مرجع سابق، ص 150.

⁵⁹³ فقد جاء في الميثاق الوطني: إن الشعب الجزائري شعب مسلم وإن الإسلام هو دين الدولة ، والإسلام هو أحد المقومات الأساسية لشخصيتنا التاريخية ، وقد ثبت أنه هو الحصن المنيع الذي مكن الجزائر من الصمود في وجه جميع محاولات النيل من شخصيتها، فقد تحصن الشعب الجزائري بالإسلام ، دين النضال والصرامة والعدل والمساواة... انظر الأمر رقم 76-57 المؤرخ في 05/07/1976 المتضمن نشر الميثاق الوطني..، كذلك انظر المادة 02 من الدستور التي تنص على أن الإسلام دين الدولة والمادة 78 من الدستور التي تنص على أنه لا يمكن أن يشمل التعديل الدستوري مسألة الإسلام باعتباره دين الدولة.

⁵⁹⁴ علي علي سليمان ، الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون في البلاد العربية- نظرات قانونية مختلفة . د م ج، الجزائر 1994، ص ص 45-48 ، حيث أشار رحمة الله عليه إلى مجموعة من النصوص المستقاة من مبادئ الشريعة الإسلامية نذكر منها: نظرية التعسف في استعمال الحق-الأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة-نظرية الظروف الطارئة-الأخذ بالإرادة المنفردة كمصدر للإلتزام-جعل تبعه هلاك المبيع تقع على عاتق البائع قبل التسليم-خيار الرؤية في عقد البيع- اعتبار بيع المريض مرض الموت في حكم الوصية واعتبار التبرعات الصادرة عنه في حكم الوصية-التزامات الجوار-الأخذ بالشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية-أحكام الملكية الشائعة- جعل معيار الغبن في بيع العقار خمس ثمن المثل- بطلان شرط الفائدة في عقد القرض بين الأفراد وبطلان عقود الرهان والقمار...

⁵⁹⁵ محمد الكشور، مرجع سابق، ص 145.

المادة 408 من القانون المدني المتعلقة بأحكام البيع في مرض الموت أن يرجع إلى الفقه الإسلامي من أجل تعريف مرض الموت على أساس أن هذا النص مستمد من مبادئ الشريعة الإسلامية⁵⁹⁶، وأحيانا تقوم المحكمة بالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية لتؤكد أن نصوصا قانونيا مستمدا من أحكامها⁵⁹⁷.

لم يوضح المشرع المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية، لذلك فإنه يتعين علينا الرجوع إلى فقهاء القانون لتحديد المقصود بهذه المبادئ .

يذهب أغلب فقهاء القانون الوضعي⁵⁹⁸ إلى أن المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية هي مبادئ الشريعة وأصولها الكلية التي لا يختلف جوهرها باختلاف المذاهب، أي المسائل التي ليست محل خلاف بين الفقهاء أي أنها تستبعد الحلول التفصيلية والأحكام الجزئية التي تتفاوت الآراء

⁵⁹⁶ Nadhir BENAMMOU, op cit, p419.

-ويذهب أغلب الفقهاء في تعريفهم لمرض الموت إلى الأخذ بالتعريف الذي أخذ به الحنفية حيث جاء في المادة 1595 من مجلة الأحكام العدلية-وهي تقنين للفقه الحنفي- على أن مرض الموت هو الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجا عن داره إن كان من الذكور، وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء كان صاحب فراش أو لم يكن... مشار إليه في : السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، البيع والمقايضة، ج4، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص313.

-قرار المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية -المؤرخ في 1984/07/09 ملف رقم 33719، المجلة القضائية، ع 03، س89، ص53: حيث أنه من المعروف فقها واجتهادا أن المرض الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا يجر إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه.

⁵⁹⁷ Nadhir BENAMMOU, Ibid , p422 :

. حيث يشير في رسالته إلى أن محكمة التعقيب التونسية وفي باب التعرض إلى النص القانوني الذي يمنح الوكيل من التعاقد مع نفسه فإنها تؤكد أن هذا الحل مؤكد من طرف الفقيه المالكي ابن زرقون.

⁵⁹⁸ حسن كيره، مرجع سابق، ص299.- عبد المنعم فرج الصده، مبادئ القانون - دراسة خاصة بطلبة كلية التجارة- دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت 1982، ص 107.- أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة لطلبة كلية التجارة، ط4، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت 1983، ص 155.- السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج01، نظرية الالتزام بوجه عام-مصادر الالتزام- دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة 1952، ص 49.- علي سليمان، الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون طبقا للقانون المدني الجزائري، مجلة الفكر القانوني الصادرة عن اتحاد الحقوقيين الجزائريين، ع01، نوفمبر 1984، ص121.

بشأنها باختلاف المذاهب والفقهاء⁵⁹⁹، وتتعلق هذه الأحكام بتنظيم المعاملات بين الأفراد، وبهذا المعنى تستبعد الأحكام المتعلقة بالعبادات⁶⁰⁰.

ومبادئ الشريعة الإسلامية هي تلك الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودالاتها، التي لا يتغير مفهومها بتغير الزمان والمكان، والتي تكفل صون المقاصد العامة للشريعة المتمثلة في حفظ الدين والنفس والعقل والعرض والمال⁶⁰¹.

و يترتب عن هذا التعريف أن القاضي لا يملك أن يستند في حله للنزاع المعروف عليه على القواعد التفصيلية للشريعة الإسلامية التي تكون محل خلاف بين المذاهب الشائعة في طائفة أهل السنة والجماعة⁶⁰²، إذ في حالة عدم وجود مبدأ عام متفق عليه بينها لا يكون بوسع القاضي سوى البحث عن الحل في المصادر الأخرى⁶⁰³.

⁵⁹⁹ مبارك صائغي، مرجع سابق، ص 146.

⁶⁰⁰ عجة الجيلالي، مرجع سابق، ص 298 - محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 167 - خالد الزعبي ومنذر الفضل، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة، ط 02، عمان 1998، ص 80.

-انظر في تقسيم الفقه الإسلامي إلى نوعين: عبادات ومعاملات: عبد الفتاح كبارة، الفقه المقارن، دار النفائس، ط 01، بيروت 1997، ص ص 36-38.

⁶⁰¹ حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في الدعوى رقم 05، س 08 ق، جلسة 1996/01/06.

- تعتبر نصوص القرآن والسنة هي وحدها التي تشكل في مجموعها الشريعة الإسلامية الحقيقية الخالدة، وما عدا ذلك فهي اجتهادات وصل إليها الفقهاء كانعكاسات لزمان معين أو لحالة اجتماعية محددة يمكن الاستهداء بها كمصدر مادي للتشريع لكنها لا تصل إلى مرتبة النصوص الملزمة، لذلك فإن الكتاب والسنة دون غيرها يعدان من المصادر الملزمة، إلا أن ذلك لا يعني إطراح مصادر الفقه الإسلامي والمتمثلة في الإجماع والقياس والاستحسان والمصالح المرسلة والعرف والاستصحاب وشرع من قبلنا ومذهب الصحابي لأنها تمثل ثروة فقهية لا يمكن تجاهلها، إلا أنه يجب ألا نأخذ منها إلا ما يتوافق مع القرآن والسنة مع إعادة تكييفها مع = بيئتنا المعاصرة: سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف الإسكندرية ص ص 130-131.

⁶⁰² في الجزائر تتبع الأغلبية الساحقة من الشعب مذهب الإمام ملك رضي الله عنه لكن هذا لا يمنع القاضي بالرجوع إلى المذاهب الأخرى ونقصد بها: المذهب الحنفي والمذهب الشافعي والمذهب الحنبلي وهي مذاهب أهل السنة والجماعة، كما أنه لا يمنع كذلك الرجوع إلى المذهب الإباضي الذي تتبعه أقلية من الشعب الجزائري لا يمكن تجاهلها. انظر: علي علي سليمان، الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون طبقا للقانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 121.

إن استعانة القاضي بمبادئ الشريعة الإسلامية لحل النزاع المعروض عليه يكون باعتبار هذه المبادئ مصدرا من مصادر القانون وليس باعتبارها قواعد دينية، لذلك فهو يرجع إليها بغض النظر عن ديانة أطراف الدعوى المعروضة أمامه، باستثناء مسائل الأحوال الشخصية⁶⁰⁴، مع عدم المساس بحق الدفاع بالنسبة للطرف غير المسلم⁶⁰⁵.

ولا يطلب من القاضي أن يكون ملما إماما كاملا بالإسلام كعقيدة وشريعة وأن تتوافر لديه ملكة الاستنباط إلى درجة أن يصبح مجتهدا وفقا للشروط التي حددها الأصوليون، إذ أن اللجوء إلى مبادئ الشريعة الإسلامية لا يحتاج إلى كل هذه الشروط لأن القاضي في هذه الحالة لا ينشئ قاعدة عامة ومجردة، وإنما عمله ينحصر فقط في الفصل في الواقعة المعروضة عليه، بحيث أنه من الممكن أن يتغير نفس الحكم في واقعة لاحقة، ويكفيه هنا الرجوع إلى أي كتاب فقهي موثوق به ويستخلص منه الحكم المطلوب⁶⁰⁶.

=- فمثلا نجد أن قانون الأسرة قد استمد أكثر أحكامه من فقه الإمام مالك واستمد بعض أحكامه الأخرى من المذاهب الأربعة وأخذ بعض الآراء من غير المذاهب الأربعة للحاجة إلى ذلك: انظر: بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ج01، الزواج والطلاق، د م ج، الجزائر 1994، ص 20.

- انظر كيف أن المشرع أخذ في قانون الأسرة بنظرية العقد الموقوف المستمدة من المذهب الحنفي.
- انظر كيف خالفت المحكمة العليا رأي الإمام مالك في احتساب المدة التي يجب فيها طلب اللعان حيث صرحت بما يلي: إن اللعان لا يتم أمام المحاكم بل مكانه المسجد العتيق، و لا يصح في غيره من المساجد وفي أجل محدد لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل الذي يراد نفيه، هذا ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا مع أن الإمام مالك رضي الله عنه حدده بيوم واحد من العلم وإلا سقط الحق في المطالبة باللعان سواء لرؤية الزنى أو لنفي الحمل: قرار المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشخصية- المؤرخ في 1997/10/28، ملف رقم 172379، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، س2001، قسم الوثائق للمحكمة العليا، ص 72.
- انظر كيف أن الأستاذ محمد الكشور في رسالته يرى أن المقصود بالقواعد الشرعية في المغرب هي مبادئ الفقه المالكي: محمد الكشور، مرجع سابق، ص 136.

⁶⁰³ حبيب ابراهيم الخليفي، المدخل للعلوم القانونية-النظرية العامة للقانون، د م ج، ط 08، الجزائر 2008، ص174.

⁶⁰⁴ عوض أحمد الزعبي، مرجع سابق، ص184.

⁶⁰⁵ قرار المجلس الأعلى-الغرفة المدنية- المؤرخ في 1983/07/06 الملف رقم 33734، مج ق، ع03، س89، ص14: حيث أن توجيه اليمين في خصام بين مسلم وغير مسلم في المسجد يوم الجمعة وقت الصلاة يجرم الطرف غير المسلم من حضور أداء اليمين وبالتالي يمس بحقه في الدفاع.

⁶⁰⁶ مبارك صائغي، مرجع سابق، ص 145.

ولما كانت مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا احتياطيا لا يجوز اللجوء إليه إلا في غيبة النص التشريعي فإنه ومن باب أولى يحظر الرجوع إليها إذا كان تطبيقها يتعارض مع النصوص التشريعية⁶⁰⁷، لكن مخالفة قاضي الموضوع لقواعد الشريعة الإسلامية عندما تكون هي الواجبة التطبيق تأخذ نفس الجزاء المقابل لمخالفة القانون والمتمثل في سلطة المحكمة العليا في نقض الحكم المخالف⁶⁰⁸.

نلاحظ أن المحكمة العليا وخاصة في المسائل المتعلقة بشؤون الأسرة كثيرا ما تعتمد على متن الشيخ خليل وشروحه وتحفة ابن عاصم الغرناطي وشروحها: انظر مثلا: قرار المجلس الأعلى- غرفة الأحوال الشخصية- المؤرخ في 1984/07/09 الملف رقم 33921 ، مج ق ع 04 س 89، ص ص 77-78 :وحيث أنه لا حضانة لعاجز وفي هذا المعنى يقول الشيخ خليل في باب الحضانة وشرط الحاضن ذكرا أو أنثى - العقل والكفاية ،وأدخلت الكاف كما جاء في الشرح العمى والصمم والخرس والمرض والأقعد فهؤلاء لا حضانة لهم، وفي هذا المعنى يقول ابن عاصم أيضا في باب الحضانة كذلك وشروطها الصحة و الصيانة والحرز والتكليف والديانة.

- لكن في بعض الأحيان المحكمة العليا لا تشير إلى المصدر الفقهي التي استقت منه الحل : انظر مثلا قرار المجلس الأعلى- غرفة الأحوال الشخصية- المؤرخ في 1984/11/19 الملف رقم 34784 ، مج ق ع 03 س 89، ص 74 : وحيث أن الفقه الإسلامي يقرر في مثل هذه القضية ضرب أجل سنة كاملة للزوج لعله يتحصل على البرء .

⁶⁰⁷ سمير عبد السيد تتاغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف الإسكندرية 1984، ص 265.
-قرار المجلس الأعلى- غرفة الأحوال الشخصية- المؤرخ في 1984/06/25 الملف رقم 33397 ،مج ق، ع 03 س 89، ص 41: حيث لا يوجد في النصوص التنظيمية أو الوضعية ما يمنع المرأة من اعتلاء سدة القضاء ، ولذلك فإن الفصل في دعوى الطلاق من المحكمة التي ترأست جلستها قاضية يعد صحيحا، ومتى كان كذلك استوجب عدم قبول الوجه المثار من الطاعنة في قضية الحال تأسيسا على مخالفة قواعد الشريعة الإسلامية التي لا تجيز للمرأة أن تطلق.

⁶⁰⁸ قرار المحكمة العليا- الغرفة العقارية- المؤرخ في 2001/12/29 الملف رقم 223224 ، مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، عدد خاص 01، قسم الوثائق المحكمة العليا، الجزائر 2003، ص 159: حيث أن عقد الحبس لا يجوز التراجع عنه إلا إذا تم حسب المذهب الحنفي شريطة دمج بند صريح يحتفظ به المحبس لحقه في التراجع ، ولما كان الحبس في دعوى الحال تم على المذهب المالكي الذي لا يجيز التراجع عن الحبس فإن قضاة الموضوع لما صرحوا بصحة البيع الواقع على العقار المحبس بحجة التراجع عن الحبس رغم أن الحبس قد تم وفق المذهب المالكي يكونون قد خالفوا القانون وأساءوا تطبيقه.

. قرار المحكمة العليا . غرفة الأحوال الشخصية والمواريث . المؤرخ في 2009/12/10، ملف رقم 526179، مج مح ع ، ع 1، س 2010، ص 233: وحيث أن التتزيل المحرر بتاريخ 1982/09/28 الذي نزل بموجبه المدعو (س) (د) ابن أخيه (س ب) منزلة الابن من الصلب يعد وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وصية بمثل نصيب وارث وهي

وباستثناء مسائل شؤون الأسرة فإن لجوء القاضي لمبادئ الشريعة الإسلامية من أجل حل النزاع المعروف عليه أصبح في الوقت الحالي أمر نادر الحدوث بسبب ازدهار التشريع بحيث يكاد هذا الأخير يمسك بقبضته على جميع المسائل المتعلقة بالمعاملات بين الأفراد⁶⁰⁹، إلا أن هذا لا يجعلنا نهمل الدور الذي تلعبه هذه المبادئ في مساعدة القاضي على تفسير النصوص التشريعية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية وتوضيح كيفية تطبيقها التطبيق السليم، حيث يتم هذا النشاط تحت رقابة المحكمة العليا⁶¹⁰.

ثانيا . قواعد العرف:

يقدم العرف على أنه أقدم مصدر من مصادر القانون، فبعض المجتمعات القديمة وبسبب أنه لم يكن لديها سلطة عامة دائمة، أو بسبب أنه لم يكن لديها القدرة على إصدار القوانين، فإن القواعد القانونية فيها تتشكل من عادات تتميز بالثبات والانتظام، ما يلبث أن يشعر الأفراد تجاهها بواجب الاتباع ليتشكل بذلك ما يسمى بالعرف⁶¹¹.
لكن اللجوء إلى هذه الطريقة في خلق القانون ما لبثت وأن بدأت في الانحسار بسبب ظهور الدولة الحديثة وتأثير نتائج الثورة الفرنسية على شكل الدولة والعلاقة بين السلطات، وانتصار مدرسة الشرح على المتون⁶¹².

جائزة شرعا ومن ثم فإن قضاة المجلس وبقضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف القاضي بإبطاله استنادا إلى كونه باطل وغير جائز شرعا يكونون قد خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية وعرضوا قرارهم للنقض.
⁶⁰⁹ علي فيلالي، مقدمة في القانون ، مرجع سابق ، ص 199.

- نجد القضاء في الجزائر قبل صدور قانون الأسرة لسنة 1984 كان يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية في حل القضايا المتعلقة بشؤون الأسرة التي تعرض عليه مستندا في ذلك إلى نص المادة 01 من القانون المدني، حيث لم تكن هناك نصوص تشريعية خاصة تتعلق بتنظيم مسائل الزواج والطلاق والميراث.
⁶¹⁰ إن ما لاحظناه و من خلال اطلاعنا على عديد الأحكام أن القاضي الجزائري لم تتوفر لديه الجرأة بعد كي يستخدم هذا المصدر الاحتياطي، بحيث أنه وباستثناء مسائل شؤون الأسرة فإنه كثيرا ما يتصدى للنزاع برفضه لعدم التأسيس عندما لا تسعفه النصوص التشريعية، كما أنه نادرا ما يعتمد في تفسيره للنصوص التشريعية على مصدرها التاريخي والمتمثل في مبادئ الشريعة الإسلامية.

⁶¹¹ François Terré, Introduction générale au droit, 06éd, DALLOZ, paris2003, P306.

⁶¹² محمد العربي هاشم، مرجع سابق ، ص ص384-385.

- ويعرف فقهاء الشريعة الإسلامية العرف بأنه ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطباع بالقبول : انظر في هذا التعريف وغيره: محمود شمام، العرف بين الفقه والتطبيق، مجلة القضاء والتشريع، مجلة تصدر عن وزارة

إن دراسة القاعدة القانونية المستمدة من العرف كقاعدة قانونية يخضع قاضي الموضوع في تطبيقها وتفسيرها لرقابة المحكمة العليا يستدعي منا البحث في تحديد مفهوم العرف، وتمييزه عن العادة الاتفاقية نظرا لوجود بعض التشابه بينهما، ثم أخيرا البحث في رقابة النقض على تطبيق قضاة الموضوع للعرف.

أ . تحديد مفهوم العرف:

إن التحليل التقليدي للعرف يكشف أنه يتكون من عنصرين، عنصر مادي وعنصر معنوي، فالعنصر المادي يتمثل في التطبيق الفعلي والمتكرر لسلوك معين ضمن حالة محددة، هذا التطبيق يجب أن تبرز فيه خصائص الشهرة والعمومية والثبات، أما العنصر المعنوي فيتمثل في الاعتقاد لدى الأفراد بالطابع الإلزامي لهذا التطبيق المتكرر⁶¹³. ويستمد العرف صفة الإلزام من تلقاء نفسه باعتباره مصدرا من مصادر القاعدة القانونية، ولذلك فهو يلزم الأفراد لذاته دون أن يتوقف هذا الإلزام على إرادتهم وقبولهم، بشرط أن يكون عاما⁶¹⁴. ويعتبر العرف قاعدة قانونية استقرت عن طريق تطبيق متكرر من طرف الأفراد أنفسهم وليس عن إرادة تشريعية صادرة في ظرف زمني معين⁶¹⁵، فهو يتمتع بقوة إلزامية مثله مثل التشريع، وهذه مسألة يتفق عليها غالبية الفقه⁶¹⁶، أما في ما يخص تحديد الأساس الذي يمكن أن تقوم

العدل التونسية، ع04، س32، أبريل 1990، ص ص 08-09. واستدل فقهاء الشريعة الاسلامية على حجية الأخذ بالعرف على عدة أدلة من الكتاب والسنة و الأخذ بالمصالح المرسله: انظر في هذا الموضوع: حمزة حمزة ، رقابة القضاء على العرف-دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون ،مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية،المجلد 24، العدد01، س2008، ص ص 659-660.

⁶¹³ Dominique d'Ambra, op cit, pp71-72.

⁶¹⁴ محمود شمام، مرجع سابق، ص24.

⁶¹⁵ Jean CARBONNIER, droit civil, I, introduction ,puf,18éd, paris1988,p28.

⁶¹⁶ نقول غالبية الفقه وليس كله لأنه هناك أقلية تتجه إلى إنكار القوة الملزمة للقاعدة العرفية:

carré de malberg , la loi expression de la volonté générale,1931,p07. : مشار إليه في سامي جمال

الدين، مرجع سابق ، ص109هـ34.

عليه هذه القوة الملزمة فإن الفقه ورغم انقسامه حول تحديد هذا الأساس⁶¹⁷، إلا أن الرأي الراجح يعتبر أن القوة الملزمة للعرف تقوم على أساس أنه مصدر رسمي مستقل للقانون، أي أنه تعبير مستقل عن إرادة الدولة، ومن ثم تستمد القاعدة العرفية قوتها الملزمة من سلطة الدولة شأنها شأن التشريع⁶¹⁸.

ومن بين الأمثلة على القواعد القانونية التي نشأت بداية كقواعد عرفية - رغم أن معظمها اليوم قد تولى المشرع مسألة تنظيمها- نجد حقوق الارتفاق القانونية للجوار، كحق المجرى وحق المسيل وحق الشرب وحق المرور⁶¹⁹، كذلك العديد من العقود التجارية الخاصة التي نشأت أحكامها كأعراف بين التجار قبل أن يفكر فيها الفقهاء و قبل أن ينظمها المشرع، كالوكالة بالعمولة، والسمسرة، والبيوع البحرية، والاعتمادات المستندية، وعقد اللزنج، وبطاقات الإئتمان...⁶²⁰

ب . التمييز بين العرف والعادة الاتفاقية:

على العموم يقبل وفي مجال التمييز بين العرف والعادة الاتفاقية القول بأن الفرق يكمن في العنصر المعنوي المتمثل في الشعور العام بواجب الانصياع لقاعدة السلوك التي تكرر العمل بها، حيث لا تتوفر العادة الاتفاقية على هذا العنصر بخلاف العرف⁶²¹، ومن هنا فلا

⁶¹⁷ انظر حول النظريات المحددة لأساس القوة الملزمة للعرف: محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص ص 185-192.

⁶¹⁸ سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص 112.

⁶¹⁹ سمير عبد السيد تاغوغو، مرجع سابق، ص 427.

⁶²⁰ علي البارودي، العرف التجاري مكانته ودور القضاء والفقه في احترامه وتطويره، مجلة القضاء والتشريع، ع05، السنة 29، ماي 1987، ص 61.

⁶²¹ Nadhir BENAMMOU, op cit, p310.

- كثيرا ما نجد المشرع يخلط بين المصطلحين فيستعمل مصطلح العرف وهو يقصد العادة الاتفاقية ومن ذلك مثلا نصه بالمادة 354 من القانون المدني على أنه يجب على المشتري في البيع بشرط مذاق أن يعلن قبوله في الأجل المحدد باتفاق الطرفين أو العرف، نلاحظ هنا أن المشرع استعمل لفظ العرف وهو يقصد العادة الاتفاقية لأن العرف قانون يلزم الأطراف بذاته دون التوقف عند إرادتهم: انظر في بيان هذا الخلط: محمد العربي هاشم، مرجع سابق، ص 387-388. أحمد السيد صاوي، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص ص 65-67.

تسري العادة في حق الأفراد سريان العرف في حقهم فهي مجرد واقعة مادية، فلا تكون لها القدرة على إلزام أي فرد كان إلا بإرادته هو فتستمد إلزامها من إرادة المتعاقدين أو اتفاقهم⁶²²، كما تستمد قوتها أيضا من النص القانوني الذي يحيل إليها⁶²³، وقد فرق البعض بين العادة والعرف من حيث الإثبات، حيث اعتبروا أن العادة عنصر من عناصر الواقع يتعين على من يتمسك بها أن يتحمل عبء إثباتها، أما العرف فهو قاعدة قانونية يتعين على القاضي البحث عنه من تلقاء نفسه لتطبيقه و لا يلزم الخصوم بإثباته⁶²⁴.

إلا أنه ورغم الفروق الواضحة بين العرف والعادة الاتفاقية⁶²⁵ إلا أن هذه الأخيرة كثيرا ما تتحول إلى قاعدة عرفية لا عن طريق المشرع بل عن طريق حلول الإرادة الجماعية المشتركة للأفراد الذين يراعونها في سلوكهم محل الإرادة المنفردة للمتعاقدين، فتتحول من مجرد سلوك ملزم لإرادة المتعاقدين إلى قاعدة قانونية ملزمة للكافة⁶²⁶، كما أن هذا التحول يؤكد بالممارسة القضائية حيث تلعب المحاكم دورا مهما في ذلك، فمثلا العادات في ميدان إشهار بيع المحلات التجارية كانت محل تأكيد وتطبيق من طرف المحاكم قبل أن يتولى التشريع تنظيمها⁶²⁷.

ج. رقابة جهة النقض على تطبيق قضاة الموضوع للعرف:

في فرنسا اتجهت محكمة النقض في القرن التاسع عشر إلى اقتصار رقابتها على القانون المكتوب -وقد أيدها بعض الفقه آنذاك- وبذلك فإنها استبعدت مخالفة العرف والعادة من قبل قضاة الموضوع من نطاق رقابتها، والسبب في ذلك انحيازها المفرط لمدرسة الشرح على المتون التي لا تعتبر العرف مصدرا من مصادر القانون⁶²⁸، وقد استثنت من هذا

⁶²² حسن كيره، مرجع سابق، ص 277.

⁶²³ أنور سلطان، مرجع سابق، ص 142.

⁶²⁴ السنهوري، الوسيط، ج02، الإثبات-آثار الالتزام، ص52.

⁶²⁵ انظر في الفرق بين العرف والعادة الاتفاقية: سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص ص 437-438.

⁶²⁶ محمد سعيد جعفر، مرجع سابق، ص 181.

⁶²⁷ Dominique d'Ambra, op cit, p75.

- فالقاضي مثلا يمكنه أن يطبق العرف ويطوره لمصلحة التجارة والتجار وهو يمكن أن يقتل العرف في مهده: علي البارودي، مرجع سابق، ص70.

⁶²⁸ مصطفى كيره، مرجع سابق، ص368-أحمد السيد الصاوي، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص68.

الاستبعاد القاعدة العرفية المكرسة بنصوص تشريعية، حيث يجب نقض القرارات التي ترفض تطبيق العرف الذي تفرض تطبيقه بنصوص قانونية مكتوبة⁶²⁹، وبالعكس فإنها نقضت العديد من الأحكام التي طبقت أعرافا محلية في الوقت الذي كان موضوع النزاع تحكمه نصوص قانونية آمرة⁶³⁰ أو اتفاقات صريحة بين الأطراف وفقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين⁶³¹. غير أن هذا الرأي وبإقراره عدم اعتبار العرف مصدرا رسميا للقانون تلقى نقدا عنيفا من طرف خصوم مدرسة الشرح على المتون، حيث اتجه الفقه الفرنسي تحت تأثير الفقيه . جيني . والفقيه . سالي . والفقه الجرمانى إلى اعتبار القاعدة القانونية التي تقوم على العرف في نفس قوة القاعدة القانونية التي تقوم على التشريع⁶³²، إلا أن محكمة النقض لم تأخذ بهذه النتيجة كليا بحيث قبلت ببسط رقابتها على تطبيق العرف، دون سلطة الرقابة على وجوده أو تفسيره التي تظل متروكة لقضاة الموضوع دون معقب⁶³³، و السبب في ذلك أن العرف قانون غير مكتوب وبالتالي فإنه من الصعوبة بمكان التثبت من معرفته، كما أنه يختلف من منطقة إلى أخرى، وهو في حالة تطور دائم، بحيث يصعب على محكمة النقض الوقوف عليه ووضع تفسير موحد له⁶³⁴، حيث ترى محكمة النقض أن قضاة الموضوع هم الأقرب منها على أرض الواقع، وبالتالي فهم في وضعية أحسن منها للفصل في مسألة التثبت من العرف ومن تفسيره⁶³⁵. ويترتب على ما سبق أن قضاة الموضوع بفرنسا يتمتعون بسلطة تقديرية كاملة فيما يتعلق باستخلاص العرف، وخاصة في حالة اختلاف الأطراف حول وجوده، كما أنهم يتمتعون بنفس السلطة إزاء تفسيره⁶³⁶.

⁶²⁹ Jacques Boré, op cit ,p261.

⁶³⁰ Cass.com.16/05/1949.D.1950 : application des usages du port de Marseille au lieu d'une disposition de la convention de Bruxelles.

⁶³¹ Cass.civ.04/11/1918.Dp1923. I.102-cass.civ. III.26/10/1964.Bull. III.n443.

⁶³² السنهوري، الوسيط، ج02، الإثبات-آثار الالتزام، ص52 هـ02.

⁶³³ حسن كيره، مرجع سابق، ص282.

⁶³⁴ مصطفى كيره، مرجع سابق، ص369.

⁶³⁵ Frédérique FERRAND, op cit , P151.

⁶³⁶ محمد الكشور، مرجع سابق، ص161.

وما يمكن ملاحظته من ما سبق أن محكمة النقض الفرنسية تعتبر مسألة التثبيت من وجود العرف وتفسيره أحيانا من مسائل القانون، وأحيانا أخرى تعتبرها من مسائل الواقع، وهذا ما لامها عليه الفقه الفرنسي⁶³⁷.

أما في مصر فقد اتجه أغلب الفقه إلى التفريق بين العرف والعادة الاتفاقية، حيث اعتبر أن العرف هو قانون وبالتالي فإنه يخضع لرقابة المحكمة العليا سواء من حيث التثبيت من وجوده أو من حيث تفسيره وتطبيقه، أما العادة الاتفاقية فإنها تعد من مسائل الواقع شأنها شأن العقد، وبالتالي فإنها تدخل في السلطة الموضوعية لقضاة الموضوع التي لا معقب عليها من طرف محكمة النقض⁶³⁸، ورغم أن العرف هو قاعدة قانونية شأنه شأن التشريع إلا أنه من الناحية العملية يصعب على القاضي التعرف عليه بسهولة باعتباره غير مقنن وغير مكتوب، لذلك يكون من الأحسن للخصم الذي يتمسك بالعرف أن يثبته أمام القاضي⁶³⁹، إلا أن هذا لا يعني إطلاقا نزع صفة القاعدة القانونية عن العرف، فهو يبقى قانون على القاضي أن يبحث عنه مستعينا بكافة وسائل الإثبات التي يزوده بها الخصوم كشهادة شهود، أو بالوسائل التي يزوده بها المختصين كالخبراء، أو استنادا إلى ما يعرفه القاضي شخصا دون الحاجة إلى تكليف من يتمسك بالعرف بإثباته⁶⁴⁰، وللمحكمة العليا سلطة الرقابة عليه إذا هو طبق عرفا غير موجود أو اغفل عرفا قائما سواء كان يعلم بهذا العرف أم لم يكن يعلم به⁶⁴¹، إلا أن العرف إذا كان

⁶³⁷ Gabriel Marty, op cit, p15.

⁶³⁸ حسن كيره، مرجع سابق، ص 281-283، وانظر أيضا ما أشار إليه في هامش الصفحة رقم 283 من إحالة إلى مجموع الفقه المصري المنادي بهذا الرأي.

⁶³⁹ هناك بعض التشريعات من تلزم الطرف الذي يتمسك بوجود العرف أن يثبته، فمثلا نجد المشرع التونسي و بنص المادة 544 من مجلة الالتزامات والعقود التي تنص على أن كل من يتمسك بالعرف عليه أن يثبت وجوده، وفي هذا اتجهت محكمة التعقيب التونسية في أحد قراراتها حيث أكدت أن استناد محكمة الموضوع من تلقاء نفسها إلى العرف يتنافى ومبدأ حياد القاضي إزاء الخصوم خاصة وأن القاعدة العرفية خلافا للقاعدة القانونية المكتوبة لا يفترض علم القاضي بها وإنما على من يستند إلى عرف من يستند إلى عرف إثباته... قرار تعقيبي -مدني- رقم 16267 المؤرخ في 1989/01/24، مجلة القضاء والتشريع، ع06، س1991، ص 78.

⁶⁴⁰ حلمي محمد الحجار، ج01، م س، ص 373 - ولقد دافع هذا الباحث بشدة على حق المحكمة العليا في بسط رقابتها على مسألة التثبيت من وجود العرف باعتباره قاعدة قانونية لا تختلف عن القاعدة التشريعية.

⁶⁴¹ السنهوري، الوسيط، ج02، الإثبات-آثار الالتزام، ص53هـ02.

محليا فإنه يأخذ حكم الواقعة التي يتعين إثباته فتكون مسألة التثبت منه متروكة لسلطة قاضي الموضوع التي لا تخضع لرقابة المحكمة العليا، أما مسألة تطبيقه فهي مسألة قانون تخضع لرقابة المحكمة العليا⁶⁴².

ويخالف الأستاذ الصاوي هذا الرأي بالقول أنه من الخطأ اعتبار أن مسألة التحقق من وجود العرف هي مسألة قانونية، وأن تفسير وتطبيق العادة الاتفاقية هي مسألة واقع يخرج عن رقابة محكمة النقض، ويعلل رأيه هذا بالقول أن المقارنة بين عمل القاضي المتعلق بالبحث عن القاعدة القانونية المكتوبة وبين عمله المتعلق بالبحث عن القاعدة العرفية هو عمل مختلف بسبب اختلاف العرف والقاعدة القانونية المكتوبة من حيث النشأة وطبيعة التكوين، كما أن العادة الاتفاقية هي في الأصل شرط من شروط العقد فإذا كان الفقه يعترف لمحكمة النقض بحقها في الرقابة على تفسير وتطبيق العقد باعتباره قانون المتعاقدين، فمن باب أولى أن يعترف لها بالرقابة على تفسير وتطبيق العادة الاتفاقية⁶⁴³.

أما في ما يخص موقف محكمة النقض المصرية فإنه يكاد يتوافق مع موقف محكمة النقض الفرنسية، حيث تذهب إلى إعمال الرقابة على تطبيق العرف عندما تأمر بذلك قاعدة تشريعية صريحة، ومن جهة ثانية تترك مسألة التثبت من قيام العرف للسلطة الموضوعية لقضاة الأساس⁶⁴⁴، كما استقر رأي هذه المحكمة على اعتبار مسألة تقدير ثبوت العادة الاتفاقية والتحقق من قيامها وتفسيرها مسألة واقع تخرج عن رقابتها، أما مسألة تطبيق هذه العادة عند ثبوت وجودها هي مسألة قانون تخضع لرقابتها⁶⁴⁵، إلا أن هذا لا يعني إفلات التثب من وجود

⁶⁴² السنهوري، الوسيط، ج02، الإثبات- آثار الالتزام، ص53هـ02.

⁶⁴³ أحمد السيد الصاوي، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص ص73-74. انظر في نفس هذا الرأي: حامد فهمي، النقض في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص86.

⁶⁴⁴ محمد الكشور، مرجع سابق، ص 162 - أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 139.

⁶⁴⁵ مصطفى كيره، مرجع سابق، ص371.

- نقض مدني 1975/05/27 الطعن رقم 576 س 40 ق السنة 27 ص 1058: وحيث أن تحري العرف في ذاته والتثبت من قيامه هو من أمور الموضوع، وينبغي على ذلك أنه لا يخضع لرقابة محكمة النقض إلا حيث يحيد قاضي الموضوع عن تطبيق عرف ثبت لديه وجوده وهو يقتضي التمسك به أمام محكمة الموضوع حتى يمكنها

العرف من أي رقابة بل أنه يخضع لرقابة التسبب⁶⁴⁶، والأمر كذلك بالنسبة لإثبات العادة الاتفاقية حيث تخضع لرقابة محكمة النقض في ما يخص احترام قواعد الإثبات⁶⁴⁷.

بالنسبة لموقف الفقه في الجزائر فهو يجمع في أغلبه على أن العرف هو قانون لكنه يقع في المرتبة الثالثة بعد التشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية، وبالتالي فإن أهميته قليلة واهتمام القضاة به أقل بسبب نمط تكوينهم الذي يهيمن عليه التشريع⁶⁴⁸، كما أنهم فرقوا أيضا بين العادة الاتفاقية والعرف فاعتبروا العادة الاتفاقية مجرد واقعة مادية تخرج عن رقابة المحكمة العليا إلا في حالة ثبوت وجود اتفاق صريح بين الطرفين على تطبيق عادة معينة وامتنع قاضي الموضوع عن تطبيقها فإنه يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا، ذلك أن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين هو مبدأ قانوني⁶⁴⁹، أما القاعدة العرفية فهي مسألة قانون تخضع لرقابة المحكمة العليا في شأن وجودها وتفسيرها وتطبيقها⁶⁵⁰.

أما بالنسبة لموقف المحكمة العليا من القاعدة العرفية فإنه يتضح أنها تتبنى نفس الموقف الذي أخذت به محكمة النقض المصرية، حيث أنها مثلا لم تعترض على إثبات وجود القاعدة العرفية عن طريق الخبرة ما يفيد أنها تترك هذه المسألة لقضاة الموضوع، في حين مارست رقابتها على تطبيق العرف باعتباره قاعدة قانونية أين رأت أنه لا يمكن تطبيقه في حالة وجود قاعدة

التثبت من أمر قيامه ولما كان الطاعن لم يدع قيام العرف أمام محكمة الموضوع فإن النعي على الحكم بمخالفة العرف التجاري يكون في غير محله.

⁶⁴⁶ نقض مدني 1965/12/25، مجموعة المكتب الفني، س20، ص 1356: وحيث أنه وإن كان التثبت من قيام العرف متروكا لقاضي الموضوع إلا أنه لا يعفى من بيان دليله على قيامه والمصدر الذي استقى منه ذلك إذا نازع الخصم في وجوده.

⁶⁴⁷ أحمد السيد الصاوي، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص74.

⁶⁴⁸ عجة الجيلالي، مرجع سابق، ص316. علي فيلالي، مقدمة في القانون، مرجع سابق، ص210.

⁶⁴⁹ محمدي فريدة، المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص79.

⁶⁵⁰ محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص184.

تشريعية⁶⁵¹، وبالتالي فإن المحكمة العليا تجعل من مسألة إثبات وجود القاعدة العرفية مسألة واقع تخضع لسلطة قضاة الموضوع، أما مسألة تطبيق العرف فهي من مسائل القانون التي تخضع لرقابتها.

إن مخالفة عدم تطبيق القاعدة العرفية من طرف قضاة الموضوع يمكن إثارتها تلقائياً من طرف المحكمة العليا، لأن هذه القاعدة يجب إعطاؤها نفس القوة والقيمة للقاعدة القانونية المكتوبة⁶⁵²، مع احترام قاعدة تدرج القواعد القانونية باعتبار أن التشريع هو أعلى درجة من العرف، حيث لا يطبق هذا الأخير إلا في غيبة النصوص التشريعية⁶⁵³، أو مبادئ الشريعة الإسلامية⁶⁵⁴.

ثالثاً . مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة:

بالرجوع إلى نص المادة الأولى من القانون المدني فإنه إذا أعوز القاضي النص التشريعي ولم يجد الحكم في مبادئ الشريعة الإسلامية ولا في العرف، فعليه أن يبحث عنه في مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة باعتبارهما مصدرا من مصادر القاعدة القانونية⁶⁵⁵، والحقيقة أن اللجوء إليهما من طرف المشرع هو وسيلة لقطع الطريق على القاضي كي لا يمتنع

⁶⁵¹ قرار المحكمة العليا- الغرفة العقارية- رقم 303690 المؤرخ في 2005/05/18 ، مجلة المحكمة العليا، ع02، س 2005، ص365 : وحيث أن قضاة المجلس لما قضاوا بالعرف وأهملوا نص المادة 44 من قانون المياه لم يؤسسوا قرارهم وعرضوه للنقض.

- تجدر الإشارة أنه بالرجوع إلى حيثيات هذا القرار فإن قضاة الموضوع وبعد أن ثبت لديهم بالخبرة القضائية وجود عرف يتعلق بارتفاق المياه قضاوا بتطبيق هذا العرف على النزاع .

⁶⁵² Nadhir BENAMMOU, op cit, p319.

⁶⁵³ ويترتب على تخلف مرتبة العرف عن مرتبة التشريع في القانون الجزائري أن العرف لا يملك إلغاء التشريع، كما يبني على ذلك أيضا أن العرف لا يملك مخالفة نص تشريعي أمر ، وإن كان يملك مخالفة نص تشريعي مكمل إذا كان هذا الأخير قد أحال إلى تطبيق العرف المخالف له... انظر: محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 193. انظر أيضا مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج01، ص196.

⁶⁵⁴ وما نلاحظه أن المشرع في بعض نصوصه، والمحكمة العليا في بعض قراراتها، يتجاهلان أن المادة 01 من القانون المدني تجعل العرف في المرتبة الثالثة بعد القانون ومبادئ الشريعة الإسلامية. فيشددون على عدم اللجوء إلى العرف في وجود النص التشريعي دون الإشارة إلى عدم اللجوء إلى العرف في وجود مبادئ الشريعة الإسلامية... انظر في هذا النقد: محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق ، ص 198.

⁶⁵⁵ علي سليمان، القانون والأخلاق، نظرات قانونية مختلفة، مرجع سابق ، ص 16.

عن الفصل في النزاع بحجة عدم وجود النص القانوني الذي يحكم المسألة المعروضة عليه، وهذا في حد ذاته تكليف غير مباشر من طرف المشرع إلى القاضي بالاجتهاد⁶⁵⁶.

إن حالة سكوت النص أو نقصانه تعتبر أعقد الحالات التي تستدعي تدخلا اجتهاديا بالمفهوم الذي يكاد يكون كاملا لخلق قاعدة قانونية ، خاصة في حالة غياب الحل في مبادئ الشريعة الإسلامية والعرف . وهذا بديهي . لأن القاضي يواجه صمت القانون عن مسألة يحتاج فيها إلى الارتكاز إليه ، وبقدر ما تكون فيه هذه الحالة مدعاة للحيرة بقدر ما تستدعي الثبات في الاجتهاد المختار ، لأنه من الخير أن يقال أن القاضي أبدع قاعدة قانونية واستقر عليها، من أن يقال أنه يصنع القواعد القانونية حسب الطلب⁶⁵⁷ .

ويجد القاضي الجزائري صعوبة بالغة في الرجوع إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، أولا لأن هذا الرجوع يقتضي منه أن يكون قد ناشد الحل في مصادر أخرى هي غالبا ما تستغرقه، وثانيا لأن المشرع لم يعرف هذه المبادئ والقواعد ولم يحدد مصدرها، لذلك فإن هذه الصعوبة لا تحل إلا من خلال قيام القاضي بربط هذه المبادئ والقواعد بالمثل العليا للمجتمع الجزائري، والتي يستمدّها من الدستور، ومن مقولات كبار الفقهاء وشرح القانون الطبيعي⁶⁵⁸، ومن خلال عدم تأثره بأفكاره الذاتية الضيقة، واعتماده على اعتبارات موضوعية عامة⁶⁵⁹.

⁶⁵⁶ علي فيلالي، مقدمة في القانون، مرجع سابق ، ص215.

- إن المشرع السويسري يوسع في صلاحيات القاضي في هذه الحالة إلى الحد الذي يعطيه الحق في أن يحل محل المشرع حيث تنص المادة 02/01 من القانون المدني السويسري على ما يلي: "وفي حالة عدم وجود نص قانوني يمكن تطبيقه ، يحكم القاضي طبقا للعرف وفي حالة عدم وجود عرف فيحكم وفقا للقواعد التي كان يضعها لو كان عليه أن يقوم بعمل المشرع" مشار إلى هذه المادة في: رضا المزغني وعبد المجيد عبوده، مرجع سابق ، ص206.

⁶⁵⁷ أحمد مجحودة، مرجع سابق ، ص15.

⁶⁵⁸ عجة الجيلالي، مرجع سابق ، ص ص 339-343.

. لقد ذهب الأستاذ محمد سعيد جعفرور إلى حد المطالبة باستبعاد هذا المصدر من نص المادة 01 من القانون المدني بحجة أنه ليس بمصدر رسمي بل هو مجرد مصدر مادي كما أن الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية يغنينا عن الرجوع إلى هذا المصدر: محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق ، ص ص 203-204.

⁶⁵⁹ نبيل اسماعيل عمر، النظرية العامة للطعن بالنقض، مرجع سابق ، ص129.

ويعرف القانون الطبيعي بأنه مجموعة المبادئ التي يهتدي إليها العقل البشري والتي تكفل له بتطبيقها تحقيق العدالة، والتي تتميز بأنها أزلية كامنة في الطبيعة، حيث أن الإنسان يكتشفها ولا يخلقها⁶⁶⁰، ويذهب الفقيه جيني إلى أن العدالة تتمثل في شكلين، الأول هو غريزة تتجه مباشرة نحو الحل الأفضل والأنسب مع الهدف لكل تنظيم قانوني، والثاني هو تطبيق فكرة العدل مع الأخذ بعين الاعتبار للظروف الشخصية وقولبة الأفكار العامة حسب عناصر الواقع المعاش⁶⁶¹.

ويذهب البعض إلى القول أن مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة اصطلاحان لمقصد واحد، ذلك أن مبادئ القانون الطبيعي باعتبارها القانون المستلهم من الطبيعة لحكم سلوك البشر لا يمكن أن تخرج عن قواعد العدالة، وبالتالي كان يمكن الاكتفاء بالنص على قواعد العدالة لأنها شاملة لمبادئ القانون الطبيعي⁶⁶².

إن رجوع القاضي إلى هذه القواعد لا يكون رجوعاً مباشراً، فهو لا يستطيع تطبيق هذه القواعد في حد ذاتها، بل يستطيع في ضوءها استنباط حل للنزاع، حيث ينطلق من الفكرة التوجيهية التي تحتويها القاعدة ويصوغ من خلالها قاعدة خاصة يكون فيها كل من الفرض والحل واضحين ومتماشيين مع هذه الفكرة الموجهة⁶⁶³.

⁶⁶⁰ محمد سعيد جعفر، مرجع سابق، ص 201.

⁶⁶¹ حسين بن سليمة، حسن النية في تنفيذ العقود، تعريب محمد بن سالم، ب د ن، تونس 1993، ص 32.

⁶⁶² أحمد السيد الصاوي، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 82.. وهناك من يرى بخلاف ذلك حيث يعتبر أن العدالة هي قاعدة من قواعد القانون الطبيعي: أحمد محمود سعيد، مرجع سابق، ص 258.

. وفي ما يتعلق باستعمال عبارتي القانون الطبيعي وقواعد العدالة فقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري أنه: " إذا كانت عبارة التقنيات الحديثة تفصل هاتين العبارتين بسبب ما يؤخذ عليهما عادة من الإبهام ، إلا أن الواقع أن هذه العبارات جميعها لا ترد القاضي إلى ضابط يقيني وإنما هي تلزمه أن يجتهد رأيه حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء، وهي تقتضيه في اجتهاده أن يصدر عن اعتبارات موضوعية عامة لا عن تفكير ذاتي خاص، فتحيله إلى مبادئ أو قواعد كلية ، تنسبها تارة إلى القانون الطبيعي، وتارة إلى العدالة ، وتارة إلى قانون الدولة، أو إلى القانون بوجه عام دون نعت أو تخصيص". مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج 01، ص 188.

⁶⁶³ محمود داوود يعقوب، مرجع سابق، ص 147.

و الحقيقة أن أعمال هذا المصدر يكاد يكون نادر الحدوث بسبب حركة التقنين الواسعة والتي احتوت جل القواعد القانونية التي يمكن استلهاها من هذا المصدر⁶⁶⁴، كما أن اللجوء إلى هذا المصدر وعلى فرض توافر شروط اللجوء إليه يحتاج جرأة من قضاة الموضوع و تكوين جيد يسمح لهم بالوصول إلى تلك القواعد الكامنة في الطبيعة والكشف عنها⁶⁶⁵، ويحتاج أيضا إلى استفزاز المحامي للمحكمة العليا بإثارته لعيب عدم تطبيق مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة من طرف قضاة الموضوع، كلما توفرت لديه أسباب إثارة هذا الوجه.

المطلب الثاني: القاعدة القانونية ذات العنصر الأجنبي

إن المقصود بالقاعدة القانونية ذات العنصر الأجنبي هي تلك القاعدة القانونية الصادرة عن مشرع أجنبي أو أحد أطرافها سلطة أجنبية، وهي إما أن تكون في صورة القانون الأجنبي، أو المعاهدة الدولية.

الفرع الأول: القانون الأجنبي

مع التطور الحالي للعلاقات الدولية فإنه كثيرا ما تطرح أمام القاضي الوطني نزاعات يقتضي للفصل فيها الرجوع إلى القانون الأجنبي، الذي يكون مؤهلا للتطبيق على النزاع بسبب وجود عنصر أجنبي في النزاع.

إن هذه الوضعية تكشف عن عدة إشكالات، أولها تتعلق بسلطة القاضي الوطني في البحث والتطبيق التلقائي للقانون الأجنبي، والثانية تتعلق بقرينة العلم بالقانون الأجنبي، حيث يطرح التساؤل هل يفترض في القاضي الوطني علمه بالقانون الأجنبي أم أنه يتعين على الخصوم إثباته؟ وأخيرا ما هي حدود رقابة المحكمة العليا على قاضي الموضوع في حالة تطبيق أو رفض تطبيقه للقانون الأجنبي؟⁶⁶⁶

⁶⁶⁴ راجع في هذه القواعد : علي علي سليمان، القانون والأخلاق، مرجع سابق ، ص ص 17-18.
⁶⁶⁵ إن الواقع العملي كشف لنا عزوف القضاة على اللجوء إلى هذا المصدر، وأن الحل كان دائما بالنسبة إليهم هو رفض الدعوى لعدم التأسيس، والذي نراه في بعض الأحيان ليس إلا إنكارا للعدالة بطريقة غير مباشرة.
 فمثلا وقبل استحداث القانون المدني لنص المادة 182 مكرر التي أقرت بوجود الضرر المعنوي وإمكانية التعويض عنه، كان قضاء المحاكم المدنية غير متفق حول الحكم بهذا النوع من التعويض، في حين أن قواعد العدالة كانت تلزمهم بضرورة الاعتراف بهذا النوع من الضرر والحكم بالتعويض عنه: انظر في هذه الفكرة : مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، م و ك، الجزائر 1992، ص ص 132.133.

⁶⁶⁶Gabriel Marty , op cit, P120.

إن هذه الأسئلة جميعها يرتبط حلها أساسا بجل إشكالية عامة تتعلق بتحديد الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي المحدد بقاعدة التنازع، ودور القاضي الوطني إزاء تطبيقه⁶⁶⁷، حيث بناء على هذا التحديد يمكن الوصول إلى حجم الرقابة التي يمكن أن تمارسها المحكمة العليا على قاضي الموضوع بمناسبة تطبيقه للقانون الأجنبي .

ولحل هذه الإشكالية فإننا سنتناولها من خلال توضيح دور القاضي الوطني إزاء قاعدة التنازع . أولا . ثم دور القاضي الوطني في إثبات القانون الأجنبي في ظل المادة 23 مكرر من القانون المدني . ثانيا . لنتتهي أخيرا إلى تحديد نطاق الرقابة على تطبيق وتفسير القانون الأجنبي . ثالثا..

أولا . دور القاضي الوطني إزاء قاعدة التنازع:

لا يمكن التطرق إلى مسألة إثبات القانون الأجنبي إلا بعد الفصل في مسألة مدى إلزامية القاضي بتطبيق القانون الأجنبي، إن هذه المسألة تؤدي مباشرة إلى البحث في طبيعة و قوة قاعدة الإسناد، لأنه في حالة ما إذا لم تكن قاعدة الإسناد ملزمة، فإن دور القاضي في إثبات القانون الأجنبي يكون غير ملزم.

بالرجوع إلى التشريعات المقارنة فإن حل هذه المسألة مختلف، فهناك من يرى بعدم إلزامية قاعدة الإسناد، وهناك رأي آخر يرى بإلزاميتها.

أ . الاتجاه الأول: قاعدة الإسناد غير ملزمة:

تنص بعض التشريعات على أن قاعدة الإسناد غير ملزمة، ففي بعض التشريعات العربية مثل الكويت ودولة الإمارات العربية المتحدة استقر الأمر على أن هذه القاعدة غير ملزمة وأن تطبيقها مرهون بإرادة الخصوم⁶⁶⁸، وهذا الاتجاه كرسه أيضا القضاء في أمريكا وإنجلترا مبررا مسلكه هذا على أساس وجود قرينة مفادها أن أحكام القانون الوطني متوافقة مع أحكام القانون الأجنبي، وبالتالي فإنه لا يلجأ إلى أحكام القانون الأجنبي إلا في حالة إثبات

⁶⁶⁷ الطيب زروتي، قراءة في إصلاح أحكام تنازع القانون الدولي في الجزائر في القانون 05-10، مجلة المحكمة العليا، ع01، س 2006، قسم الوثائق بالمحكمة العليا، الجزائر، ص 93.

⁶⁶⁸ عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص ، ط01، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت 2008، ص127 .

الخصم عكس هذه القرينة⁶⁶⁹، ويطبق القضاة الإنجليز هذا المبدأ وما يترتب عنه من نتائج إجرائية حيث لا يتوقفون عند مجرد المطالبة بإثبات القانون الأجنبي بل يشترطون سرده والمرافعة حوله شأنه شأن أي واقعة، فالقاضي لا يمكنه أن يطبق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه وإلا فإنه يعتبر قد خرق مبدأ إجرائي مهم⁶⁷⁰.

في فرنسا اتجه القضاء وعبر ما يعرف بقرار **Bisbal**⁶⁷¹ إلى التأكيد على أن قواعد الإسناد في حالة إحالتها إلى تطبيق القانون الأجنبي لا تتمتع بطابع النظام العام، حيث يتعين على الطرف الذي يتمسك بتطبيق القانون الأجنبي أن يثير قاعدة الإسناد⁶⁷².

غير أن القضاء في فرنسا ما لبث أن خفف من حدة هذا الاتجاه، وذلك بأن اعترف لقاعدة الإسناد بقوتها الملزمة ولو في بعض المجالات، ففي القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 1960/03/02 صرح قضاة النقض بأنه يسوغ لمحكمة الموضوع القيام بالبحث عن القانون الأجنبي ولو لم يثره الخصوم، إلا أن استخدام عبارة يسوغ من طرف

⁶⁶⁹ سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، ط01، منشورات الحلبي، بيروت، ب س ن، ص 705.

⁶⁷⁰ Chimen chrystelle AKEUBANG YEFFOU, le traitement de la loi étrangère en matière de statut personnel, mémoire DEA en droit privé, université de Yaoundi, 2006, www.memoireonline.com, p 55.

⁶⁷¹ Cass civ I, 12/05/1959, rev crit, 1960 note Batiffol.

⁶⁷² لفهم هذا الاجتهاد يمكن أن نذكر بوقائع الدعوى التي أفضت إلى صدوره ، حيث أنه وبدعوى أن الزوجان Bisbal وهما من جنسية إسبانية كانا وقبل تنقلهما إلى فرنسا قد تحصلا على الانفصال الجسماني في اسبانيا، ثم قام الزوج برفع دعوى أمام القضاء الفرنسي يطلب من خلالها تحويل الانفصال الجسماني إلى طلاق، في حين أن القانون الإسباني وهو القانون المشترك للطرفين وقت رفع الدعوى كان يحظر الطلاق، وأثناء سير المرافعات لم يثر أحد من الخصمين التنازع بين القانون الفرنسي والقانون الإسباني كما أن القضاة لم يثيروا هذه المسألة أيضا وتحصل الزوج على الطلاق من محكمة الإستئناف بنيم تطبيقا للقانون الفرنسي ومخالفة للقانون الإسباني الواجب التطبيق حسب قاعدة الإسناد، طعنت السيدة Bisbal بالنقض في هذا الحكم وبررت طعنها بأن قضاة الموضوع لم يطبقوا قاعدة الإسناد التي كانت تحيلهم على القانون الإسباني رغم أن العناصر الموضوعية الموجودة بالملف كانت توضح لهم بسهولة جنسية الطرفين ،حيث كان لزاما عليهم أن يثيروا هذه القاعدة من تلقاء أنفسهم لتعلقها بالنظام العام، ردت محكمة النقض هذا الطعن ورفضت أن تبسط رقابتها على امتناع قضاة الموضوع على التطبيق التلقائي للقانون الأجنبي بسبب أن قواعد التنازع الفرنسية التي تنص على تطبيق القانون الأجنبي ليس لها طابع النظام العام ، إذ على الطرف الذي يتمسك بتطبيق القانون الأجنبي أن يثير هذه المسألة وإلا فإنه لا يمكن أن نلوم قضاة الموضوع لأنهم لم يقوموا بتطبيق القانون الأجنبي تلقائيا وقاموا بتطبيق القانون الفرنسي.

محكمة النقض أعطى الانطباع إلى أن قضاة الموضوع غير ملزمين بإثارة قاعدة الإسناد، إذ أن الأمر يرجع إلى سلطتهم الجوازية وبالتالي فإن المسألة ستختلف من محكمة إلى أخرى⁶⁷³. بدأ الاجتهاد القضائي في فرنسا يبتعد شيئاً فشيئاً عن اجتهاد قضاء **Bisbal** إذ ذهبت محكمة النقض الفرنسية في بعض قراراتها⁶⁷⁴. وإن لم تكن هذه القرارات متواترة. إلى القضاء بأن قضاة الموضوع ملزمون بتطبيق قاعدة الإسناد مهما كان القانون الذي تحيل إليه، حتى ولو تعلق النزاع بحقوق يملك الأطراف مطلق الحرية في التصرف فيها، وحتى لو كان النزاع لا تحكمه معاهدة أو اتفاقية دولية.

لقد رحب الفقه في فرنسا بهذا الموقف الجديد لمحكمة النقض الفرنسية واعتبره بمثابة استجابة منها للنقد الذي وجهه لاجتهادها في قرار **Bisbal**⁶⁷⁵، بحيث نجد مثلاً الفقيه **Batiffol** يؤكد على أن القاضي ملزم بتطبيق قاعدة التنازع مهما كان القانون الذي تحيل إليه، حتى ولو تعلق النزاع بحقوق يملك الخصوم حرية التصرف فيها⁶⁷⁶.

إن هذا الموقف المرحب به من طرف الفقه ما لبث وأن تراجعت عنه محكمة النقض الفرنسية ولو بطريقة مخففة، حيث اتجهت إلى القول بأن القاضي لا يكون ملزماً بالتطبيق التلقائي لقاعدة الإسناد في حالة الإحالة إلى القانون الأجنبي إلا إذا تعلق النزاع بحقوق لا يملك الخصوم مطلق الحرية في التصرف فيها أو كان مصدر قاعدة الإسناد اتفاقية دولية⁶⁷⁷، وهذا

⁶⁷³ Mohammed ISSAD, droit international privé, 2em ed, o.p.u. Alger 1983, p184.

⁶⁷⁴ Cass civ I.11/10/1988, RCIDIP, 1989, p368, Rebouh.

– cass civ I.18/10/1988, RCIDIP, 1989, p368, Schule.

⁶⁷⁵ Chimen chrystelle AKEUBANG YEFFOU, op cit, p45.

⁶⁷⁶ عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، دار هومة، الجزائر، ص124.

⁶⁷⁷ عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ص358.

. بتاريخ 11 أكتوبر 1988 نقضت الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية بحجة مخالفة القانون قراراً طبق القانون الفرنسي مستبعداً القانون الجزائري، رغم أنه كان القانون الواجب التطبيق في قضية تتعلق بإثبات النسب كونه قانون الأم انظر:

Frédérique FERRAND, op cit, p113.

الموقف نفسه تبناه المشرع التونسي بنص المادة 28 من القانون 97-98 المتعلق بالقانون الدولي الخاص⁶⁷⁸.

ب . الاتجاه الثاني: قاعدة الإسناد ملزمة:

ذهب جانب من الفقه الأردني في هذا الاتجاه⁶⁷⁹، و يبرر هذا الرأي موقفه إلى أن المشرع في المواد المتعلقة بقواعد الإسناد كثيرا ما يستعمل عبارات آمرة مثل يسري.. يخضع... يتعين... يرجع...، وقد أيدت هذا الرأي محكمة التمييز الأردنية في أحد قراراتها لما قضت بأن القانون الأجنبي الواجب التطبيق أمام القضاء الوطني يحتفظ بصفته القانونية، وأن المحكمة الوطنية مكلفة بالبحث عنه وتطبيقه كما تطبق القانون الداخلي⁶⁸⁰.

ويذهب جانب كبير من الفقه المصري إلى تأكيد التزام القاضي بإعمال قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه حتى ولو أشارت إلى تطبيق القانون الأجنبي، وهو التزام لا يجوز الاتفاق على مخالفته من طرف الخصوم⁶⁸¹، إذ أن قاعدة التنازع تظل محتفظة بقوتها الملزمة وتفسر على أنها أمر موجه من طرف المشرع إلى القاضي يتعين عليه الالتزام به متى توصل إلى ذلك سبيلا⁶⁸².

والحقيقة أن هذا الإتجاه هو مبدأ مكرس في عدة أنظمة قانونية أجنبية، ومن بينها النظام الألماني الذي حسم منذ زمن بعيد هذه المسألة حيث أقرت المحكمة العليا في ألمانيا بطريق الإجماع بأن القاضي يجب عليه أن يحدد القانون الواجب التطبيق عندما تحدد قاعدة الإسناد الألمانية قانونا أجنبيا للتطبيق حتى ولو لم يقر الأطراف بالمطالبة بتطبيقه، فالقاضي يتعين عليه تطبيق قاعدة الإسناد تلقائيا باعتبارها قاعدة قانونية وطنية⁶⁸³.

ج . موقف المشرع الجزائري من قاعدة الإسناد:

⁶⁷⁸ عليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص134.

⁶⁷⁹ غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، ط01، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ص 262.

⁶⁸⁰ غالب علي الداودي، مرجع سابق، ص 261.

⁶⁸¹ هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2004، ص152.

⁶⁸² محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، القاهرة 1981، ص418.

⁶⁸³ Chimen chrystelle AKEUBANG YEFFOU, op cit, p46.

بداية لا يوجد نص صريح يحسم هذه المسألة خاصة قبل التعديل رقم 05-10 للقانون المدني⁶⁸⁴، أين كان ينظر للمسألة من خلال النص القانوني الذي يحدد رقابة المحكمة العليا على مخالفة القاضي للقانون، إذ كانت المادة 234 من قانون الإجراءات المدنية والتي حلت محلها المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص صراحة على أن المحكمة العليا لا تراقب مخالفة القاضي للقانون الأجنبي إلا إذا تعلق النزاع بمسائل شؤون الأسرة، وهذا ما جعل البعض⁶⁸⁵ يذهب إلى القول بأن قاعدة الإسناد الجزائرية لا تتعلق بالنظام العام ولا تكون ملزمة إلا إذا أحالت إلى القانون الوطني أو إلى القانون الأجنبي المتعلق بشؤون الأسرة، أما في ما عدا ذلك فالقاضي غير ملزم بإثارتها إلا إذا تمسك بها الخصوم.

إن هذا الموقف منتقد- في رأي على الأقل- ذلك أن عدم قيام المحكمة العليا بفرض رقابتها على تطبيق القانون الأجنبي في المسائل الأخرى غير مسائل شؤون الأسرة لا يمكن أن نستخلص منه أن قاعدة الإسناد غير ملزمة، ذلك أن عدم الرقابة يرجع سببه إلى اعتبارات أخرى تاريخية تتعلق بطروف نشأة محكمة النقض الفرنسية، واعتبارات عملية تتعلق بصعوبة إثبات القانون الأجنبي، وبالتالي فإنه يجب عدم الخلط بين تطبيق القانون الأجنبي وتطبيق قاعدة الإسناد التي تبقى دائما قاعدة وطنية صادرة بأمر المشرع، وبالتالي فإن عدم تطبيقها وتجاهلها يفسح المجال للمحكمة العليا من أجل فرض رقابتها.

إن القراءة المتأنية للمادة 23 مكرر من القانون المدني تفيد بما يؤدي إلى فرض إلزامية قاعدة الإسناد، ذلك أن عبارة...إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي...تجعلنا نقول أن القاضي ملزم بتطبيق قاعدة الإسناد حتى ولو أحالته إلى تطبيق القانون الأجنبي، ولا يتراجع عن تطبيقه إلا إذا تعذر عليه إثباته، كما أن المشرع وفي نفس المادة لم يبين الطرف الذي يقع عليه فعل التعذر مما يجعلنا نتجراً على القول بأنه يقع على القاضي قبل الخصوم.

إن القول بعدم إلزامية قاعدة التنازع يطرح إشكالية جدوى هذه القاعدة من الأساس، إذ هي لم توجد إلا لتطبيق، كما أنها لم توجد إلا لتحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية لمختلف الدول، وبالتالي لا يصح ترك مسألة تطبيق هذه القاعدة في يد الأطراف، الذين يمكنهم التهرب

⁶⁸⁴ القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/06/2005 المعدل والمتمم للقانون المدني ، ج ر ع 44، س 2005، ص 17.

⁶⁸⁵ عليوش قريوع كمال، مرجع سابق ، ص 136.

منها بعدم إثارته بهدف التحايل على القانون الأجنبي الذي ارتضاه المشرع مسبقا لحل النزاع⁶⁸⁶.

إنه وبالرجوع إلى نص المادة 02/29 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن القاضي يفصل في النزاع وفقا للقواعد القانونية المطبقة عليه، وما دام أن النزاع يطرح عنصرا أجنبيا فإن القاعدة القانونية المطبقة عليه ابتداء هي قاعدة الإسناد، ما يؤكد الصفة الإلزامية لهذه القاعدة. إن التطبيق التلقائي لقاعدة الإسناد من طرف القاضي الوطني يجب أن يمارس في إطار المبادئ العامة التي تحكم إجراءات الفصل في الدعوى المنصوص عليها أساسا في المادة 02/26 من ق ا م ا د، حيث يمكن للقاضي أن يأخذ بعين الاعتبار الوقائع التي تم طرحها من طرف الخصوم رغم أنهم لم يجعلوها أساسا لدعم أسانيدهم، فمثلا يمكن للقاضي أن يثير قاعدة الإسناد التي تحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي المتمثل في الجنسية أو الموطن بعدما عاين أن الملف المنشور أمامه يتوفر على هذه العناصر، رغم أن الخصوم لم يثيروها ولم يتمسكوا بها، فضلا على أن القاضي يمكنه وفي مفهوم المادة 27 من ق ا م ا د أن يطلب من الأطراف توضيحات حول الوقائع، فيمكنه مثلا أن يطلب من أحد الخصوم أن يوضح واقعة معينة من شأنها أن تؤدي إلى احتمال تطبيق القانون الأجنبي.

إذن يتوجب على المحكمة العليا أن تحت قضاة الموضوع من خلال قراراتها على لعب دورهم في التطبيق التلقائي لقاعدة الإسناد.

ثانيا . دور القاضي الوطني في إثبات القانون الأجنبي:

إن مهمة القاضي تبدأ في الصعوبة عندما يقرر تطبيق القانون الأجنبي، وتتجلى هذه الصعوبة في كيفية الوصول إلى القاعدة الأجنبية والتي لا يفترض أن القاضي الوطني على علم بها، إذن كيف يتصرف في الدعوى؟ هل يتخذ موقفا سلبيا ويترك مسألة إثبات القانون الأجنبي على عاتق الخصوم أم أنه يسلك مسلكا إيجابيا ويبذل الجهد الكافي للوصول إلى القاعدة الأجنبية الواجبة التطبيق؟.

أ . الاتجاه الأول: الموقف السلبي للقاضي الوطني اتجاه إثبات القانون الأجنبي :

⁶⁸⁶ عبده جميل غصوب، مرجع سابق ، ص 129.

يذهب أنصار هذا المذهب إلى إنكار أي دور للقاضي في إثبات القانون الأجنبي على أساس أن القانون الأجنبي هو بمثابة الواقعة المادية، وقد تزعم هذا الموقف الفقيه Batiffol الذي يرى أن القاعدة القانونية الأجنبية لا تتمتع بصفات القاعدة القانونية الوطنية من حيث الإلزام ومن حيث العمومية ومن حيث المصدر⁶⁸⁷، وبما أن الوقائع هي ملك للخصوم فإنه من الناحية الإجرائية يكون من واجبهم إثبات ما يدعون من وقائع⁶⁸⁸، ويترتب عن ذلك أنه يجب عليهم إثبات القانون الأجنبي، وتكون لقاضي الموضوع سلطة مطلقة في استخلاصه وتفسيره لهذا القانون، بل ولعدم الأخذ به إن لزم الأمر ذلك، ولا رقابة عليه في ذلك من طرف قاضي النقض⁶⁸⁹.

وتذهب محكمة النقض الفرنسية إلى القول بأن عبء إثبات القانون الأجنبي يقع على الطرف الذي له مصلحة في إثارته، سواء كان مدعياً أو مدعى عليه، وتبنت محكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ في قرار Masson⁶⁹⁰ وبعد ذلك تم تكرار هذا الحل بقرار Amerford⁶⁹¹، وذلك بالقول أنه عندما يتعلق النزاع بحقوق يملك الخصوم حرية التصرف فيها، فإنه يتعين على الطرف الذي يدعي بأن تطبيق القانون الأجنبي سوف يؤدي إلى نتيجة تختلف عن الحل المتوصل إليه في حالة تطبيق القانون الوطني أن يثبت وجود هذا الاختلاف عن طريق إثبات مضمون القانون الأجنبي الذي يدعيه، وإلا فإن القانون الوطني هو الذي سيطبق.

ويذهب الموقف التقليدي لمحكمة النقض المصرية في هذا الاتجاه، الذي يرى أن القانون الأجنبي هو بمثابة الواقعة في الدعوى، وأن على الطرف الذي يتمسك به أن يثبته⁶⁹². إن السير في هذا الاتجاه سوف يؤدي بنا إلى الوقوف أمام عدة صعوبات، أولها إمكانية تشويه القانون الأجنبي، وهذا ما يحدث عادة عندما يتمكن المدعي وفي غيبة المدعى عليه من تأكيد ترجمة لنص مختلف للقانون الأجنبي يتناسب مع طلباته، وأمام الدور السلبي للقاضي فإنه

⁶⁸⁷ عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 334.

⁶⁸⁸ محمد صبري السعدي، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى عين مليلة الجزائر 2009، ص 21.

⁶⁸⁹ محمد الكشور، مرجع سابق، ص 199.

⁶⁹⁰ Cass civ I.05/11/1991 .bull.civ , n 293 .

⁶⁹¹ Cass com ,16/11/1993 , société Amerford et autres c/compagnie AIR France et autres.

⁶⁹² هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 156.

سيحكم به، أو عندما تتفق مصالح الخصوم فإنه يمكنهم أن يتجاوزوا وفي صمت . وفي ظل سلبية القاضي . أحكام القانون الأجنبي الذي هو بالنسبة إليهم غير ملائم⁶⁹³.

ومن ناحية ثانية فإن هذا النظام سوف يؤدي عمليا إلى إمكانية عدم المساواة بين المتقاضين، لأن إمكانيات كل طرف من الناحية العلمية والمادية قد تختلف عند عملية البحث عن القانون الأجنبي، كما أن منع القاضي من البحث عن القانون الأجنبي قد يؤدي إلى تجسيد مبدأ اللادعالة، لأن القاضي وفي ظل عدم المساواة بين المتقاضين يبقى هو الوحيد الذي لديه الإمكانيات العلمية والوسائل الإجرائية التي تمكنه من الوصول إلى معلومات ذات قيمة قانونية عالية الجودة في ما يخص القانون الأجنبي، كما أنه ليس مقبولا أن يضع القاضي ثقته وبدون تحفظ في المعلومات التي يستقيها من الخصوم عن القانون الأجنبي⁶⁹⁴.

و أخيرا فإنه يبدو واضحا عدم تقبل الاستمرار في تشبيه القانون الأجنبي بالواقعة، هذا الأخير الذي يقوم بنفس الوظيفة التي يقوم بها القانون الوطني والمتمثلة في حل النزاع.

ب . الاتجاه الثاني: نحو دور إيجابي للقاضي الوطني في إثبات القانون الأجنبي

وفق هذا الاتجاه يتعين على القاضي الرجوع إلى القانون الأجنبي الواجب التطبيق ويقوم بإثباته وتطبيقه من تلقاء نفسه دون أن ينتظر إثارته من طرف الخصوم⁶⁹⁵، ويؤكد هذا الرأي على الصفة القانونية للقانون الأجنبي إذ يفترض في القاضي العلم به مثل القانون الوطني⁶⁹⁶ إلا انه يعامل معاملة إجرائية خاصة⁶⁹⁷.

ويؤكد هذا الاتجاه القضاء الأردني، إذ تلزم محكمة التمييز الأردنية قضاة الموضوع بضرورة إثبات القانون الأجنبي وتطبيقه من تلقاء أنفسهم، إلا أن هذا لا يمنعهم من تلقي المساعدة من طرف الخصوم، كأن يكلفوا أحد الخصوم مثلا بتقديم نسخة مترجمة للقانون الأجنبي الذي يستند إليه⁶⁹⁸.

⁶⁹³ Anaïs Simon , la preuve de la loi étrangère dans la procès civile, du fait ou du droit
www.m2bde.u-paris10.fr,24/04/2009 ,p03 .

⁶⁹⁴ Chimen chrystelle AKEUBANG YEFFOU,op cit, p30.

⁶⁹⁵ غالب علي الداودي، مرجع سابق ، ص 261.

⁶⁹⁶ هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق ، ص142.

⁶⁹⁷ عبده جميل غصوب، مرجع سابق ، ص139.

⁶⁹⁸ غالب علي الداودي، مرجع سابق ، ص262.

وفي فرنسا ذهب الاجتهاد القضائي إلى اقتصار فرض التزام القاضي بإثبات القانون الأجنبي على النزاعات المتعلقة بحقوق لا يملك الأطراف حرية التصرف فيها، أو النزاعات المحكومة باتفاقية أو معاهدة دولية⁶⁹⁹.

من جهتها قررت محكمة النقض المصرية في قرارها الشهير المؤرخ في 1984/02/06 أن القاضي متى كان عالماً بالقانون الأجنبي أو كان علمه به مفترضا فإن من واجبه الحكم به دون أن ينتظر إثباته من طرف الخصوم⁷⁰⁰، وفي هذا الاتجاه سارت محكمة التمييز اللبنانية تماشياً مع مشروعها الذي نص صراحة على أن إثبات القانون الأجنبي من الخصوم لا يكون واجبا عليهم إلا إذا كان القاضي غير عالم به⁷⁰¹.

وللتزام القاضي بإثبات القانون الأجنبي هو التزام ببذل عناية، حيث يطلب منه بذل الجهد الكافي للوصول إلى مضمون القانون الأجنبي، فإن توصل إلى إثباته قام بتطبيقه، وإن تعذر عليه ذلك فصل في النزاع وفقاً للقانون الوطني، لذلك فإنه يجب على القاضي أن يبين في أسباب حكمه أنه حاول البحث عن القانون الأجنبي الواجب التطبيق لكنه تعذر عليه ذلك، أي أنه يجب عليه أن يبين في أسباب حكمه إثبات حالة التعذر، وهو يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا.

ج . موقف المشرع الجزائري من دور القاضي الوطني في إثبات القانون الأجنبي:

في الحقيقة لا يجب النظر إلى هذه المسألة من خلال التفرقة بين الواقع والقانون، ذلك أن القانون الأجنبي هو قانون ولا يمكن أن ننزع عنه هذه الصفة، ولكن هذا لا يعني أننا نتجاهل الصعوبات التي تكتنف عملية الوصول إلى مضمون القانون الأجنبي خاصة قرينة عدم علم القاضي بالقانون الأجنبي والتي هي مفترضة، وبالتالي فإنه من الناحية الإجرائية لا يمكن أن يستند القاضي في حكمه إلى قانون لا يعلمه الأطراف، لذلك فقط وجب إثباته ومناقشته، إذن المسألة هي إجرائية بحتة ولا تتعلق بطبيعة القانون الأجنبي.

في البداية يجب أن نستبعد المبدأ العام في الإثبات القائل أن على من يدعي بواقعة أن يثبت قيامها لأننا لسنا بصدد إثبات واقعة مادية، إذن يتوجب علينا الرجوع إلى المادة 23 مكرر من

⁶⁹⁹ Jean-pierre Ancel, le juge français et la mise en œuvre du droit étranger ,www. courdecassation .fr

⁷⁰⁰ مصطفى كيرة، مرجع سابق ، ص 264.

⁷⁰¹ عبده جميل غصوب، مرجع سابق ، ص 139.

القانون المدني التي تدل على أن القانون الأجنبي هو قانون واجب الإثبات، لكنها لم تحمل هذا العبء على طرف معين بذاته، ما يجعلنا نستنتج أن مسألة إثبات القانون الأجنبي هي مسألة تعاونية بين القاضي والأطراف، ولكن مع شرط ان يبين القاضي في أسباب حكمه كيفية التوصل إلى القانون الأجنبي، وأنه مكن الأطراف من الإطلاع عليه ومناقشته، ويخضع في هذا الجانب لرقابة المحكمة العليا من خلال رقابة التسبيب أو رقابة التشويه، كما يتعين عليه أيضا أن يبين في أسباب حكمه أنه سعى للوصول إلى القانون الأجنبي بكل الوسائل المتاحة لكن تعذر عليه ذلك، ما أدى به إلى اللجوء إلى القانون الوطني.

إذن لم يعد مقبولا من قضاة الموضوع ومن أجل استبعاد تطبيق القانون الأجنبي أن يكتفوا بالقول أن المدعي بتطبيق القانون الأجنبي لم يثبت للمحكمة وجود هذا القانون ولم يمكنها من الإطلاع عليه، لأن هذا التسبيب . في رأي . يعد قاصرا ويعرض الحكم للنقض.

ثالثا . نطاق الرقابة على تطبيق وتفسير القانون الأجنبي:

إن الجدل حول طبيعة القانون الأجنبي بالنسبة للقاضي الوطني، انعكس تأثيره على موقف قضاء النقض من أعمال رقابته على تطبيق وتفسير أو رفض تطبيق وتفسير هذا القانون، حيث وإن كان الاتفاق سائد حول وجود هذه الرقابة، إلا أن الاختلاف يكمن في مدى هذه الرقابة، بمعنى هل تكون بصدد رقابة واسعة باعتبار أن مخالفة القانون الأجنبي يعادل مخالفة القانون الداخلي، أم تكون بصدد رقابة ضيقة باعتبار أن القانون الأجنبي يعادل الواقع في الدعوى، وبالتالي فإن الرقابة لا تتعدى مجرد رقابة الأسباب؟

إن استعراضنا لموقف قضاء النقض في كل من فرنسا ومصر من هذه المسألة، سوف يسمح لنا ببناء تفسير لموقف المشرع الجزائري والذي من خلاله حدد نطاق رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الأجنبي.

أ . موقف محكمة النقض الفرنسية:

ابتداء من نهاية القرن السابع عشر⁷⁰² كل الطعون المعروضة على محكمة النقض الفرنسية و المستندة على الخطأ في تفسير القانون الأجنبي كان مآلها الرفض⁷⁰³، وكانت

⁷⁰² لأنه قبل هذا التاريخ سمح البحث بوجود قرارات من خلالها سمحت محكمة النقض الفرنسية لنفسها نقض القرارات التي انطوت على خطأ في تفسير القانون الأجنبي ، فمثلا القرار الصادر عن الغرفة المدنية المؤرخ في 1813/02/01 الذي نقض القرار الذي أخطأ في تفسير القانون الملكي الإيطالي، أنظر:

محكمة النقض الفرنسية تستعمل التسبب التالي لرفض الطعون: "وحيث أن مجموع الأوجه المثارة تستند على أن القرار المطعون فيه مؤسس على تفسير القانون الأجنبي والذي يخرج عن نطاق رقابة محكمة النقض"⁷⁰⁴.

ولتبرير موقفها هذا أكدت محكمة النقض الفرنسية أن مهمتها تتمثل في ضمان وحدة تطبيق القانون الفرنسي، في حين أن الرقابة على تطبيق القانون الأجنبي هي مهمة مختلفة تماما لم توكل بها⁷⁰⁵ وإن هي مارستها فقد تقوم بممارستها بشكل يؤدي إلى إمكانية التعارض بين ما تعطيه من تفسيرات للقاعدة القانونية الأجنبية تختلف عن تفسيراتها الحقيقية المعطاة لها من طرف قانونها الأصلي⁷⁰⁶، كما أن اعتبارها للقانون الأجنبي كواقعة في الدعوى سمح لها بأن تبرر عدم قيامها بالرقابة على الخطأ في تطبيقه أو تفسيره⁷⁰⁷، وهذا المبدأ مكرس أيضا في ألمانيا وهولندا وإسبانيا ورومانيا وبعض البلاد العربية مثل المغرب وتونس⁷⁰⁸.

انتقد الفقه في فرنسا موقف محكمة النقض هذا، مؤكدا على أن القانون الأجنبي حينما يطبق أمام المحاكم الفرنسية يجب أن يبقى متمتعا بطابعه القانوني⁷⁰⁹، لأنه في الحقيقة عند البحث

Gabriel MARTY,op cit,p128.

⁷⁰³ Cass.04/01/1897.D1897. I.226 – Req.09/05/1905.D1905. I.367.

⁷⁰⁴ Gabriel MARTY,op cit,p132.

⁷⁰⁵ Phocion FRANCESKAKIS, la loi étrangère à la cour de cassation, Recueil Dalloz.1963, Chro ,p09.

. وقد رد صاحب هذا المقال على هذا التبرير بالقول أنه تبرير غير مقنع إذا ما رأينا أن محكمة النقض قد أثبتت في كثيرا من الأحيان أنها صاحبة سيادة مطلقة في تمديد وتقليص اختصاصاتها ومهامها، فما الذي كان يمنعها من ان تبسط رقابتها على تطبيق وتفسير القانون الأجنبي، كما أن التحجج بإمكانية تضخم مهام محكمة النقض هو كذلك دفع مردود عليه بالقول أن عدد القضايا التي تكون مجالاً لتطبيق القانون الأجنبي هي في الغالب قضايا قليلة العدد ، انظر:

– Phocion FRANCESKAKIS,op cit, p10.

⁷⁰⁶ Mohammed ISSAD,op cit,p186.

⁷⁰⁷ Jacques BORE,op cit ,pp 256-257.

. علال قاشي، دور القاضي الوطني في تطبيق القانون الأجنبي، مقال في إطار الملتقى الوطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر ، واقع متطور، قسم الحقوق بجامعة قاصدي مرباح ورقلة، أبريل 2010، ص 126.
⁷⁰⁸ علال قاشي، مرجع سابق ، ص 126.

⁷⁰⁹ Gabriel MARTY,op cit,p147.

عن ما يحدث عندما يحيل المشرع الفرنسي إلى تطبيق القانون الأجنبي فإننا نجد أحد التصورين: إما أن القانون الأجنبي وعن طريق قاعدة الإسناد يدمج في القانون الفرنسي فيأخذ صفته وطبيعته⁷¹⁰، وإما أن المشرع عندما يأمر القاضي الوطني بتطبيق قاعدة قانونية أجنبية إنما يقوم بالحد من نطاق اختصاصه وسيادته في مقابل الاعتراف للمشرع الأجنبي بالاختصاص والسيادة في حكم وتنظيم المسألة الواقعية محل النزاع⁷¹¹، وبالتالي يكون خاضع في تطبيقه وتفسيره لرقابة محكمة النقض.

استجابت محكمة النقض الفرنسية لهذا النقد قليلا، وذلك بتلطيف موقفها المتشدد إزاء هذه المسألة، وذلك بقيامها بالرقابة على تطبيق القانون الأجنبي في بعض الحالات الاستثنائية⁷¹²، و بالرقابة على تفسير القانون الأجنبي من خلال رقابة التشويه ورقابة التسبيب.

لقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن القانون الأجنبي ليس إلا مجرد وثيقة تخضع مسألة تفسيرها للسلطة السيادية لقضاة الموضوع، لكن بشرط عدم تشويه محتواها، وبالتالي فإن محكمة النقض لها سلطة مراقبة قضاة الموضوع إن هم قاموا بتشويه محتوى القانون الأجنبي الذي تم دفعه في ملف الدعوى⁷¹³، كما قامت محكمة النقض الفرنسية بمؤاخذة قضاة الموضوع الذين لم

⁷¹⁰ وقد انتقد الفقيه Boré هذا التصور بعد أن عرضه، على أساس أن القول به يؤدي إلى أن محكمة النقض تبسط رقابتها على تفسير العقد تحت حجة أن القانون المدني يعتبر العقد قانون المتعاقدين وبالتالي فإن بنود العقد تصبح لها قوة القانون، كما أن محكمة النقض تراقب معاينة قضاة الموضوع للوقائع حتى تتأكد من أن القانون لم يتم تطبيقه على الحالة التي تخضع له، وهذه النتائج لم يقل بها أحد. انظر:

- Jacques Boré, op cit p257.

⁷¹¹ Gabriel MARTY, op cit, p148.

. رغم أن هذا الفقيه عاد وتفهم موقف محكمة النقض الفرنسية دون أن ينكر على القانون الأجنبي صفته القانونية، بل رأى أن موقف محكمة النقض الفرنسية مبرر من كون الصعوبات العملية التي تكتنف عملية إثبات القانون الأجنبي: انظر:

- Gabriel MARTY, op cit, p162-163.

⁷¹² تتمثل الحالات الإستثنائية في: حالة وجود قاعدة إسناد تحيل على قانون أجنبي وكان النزاع يتعلق بحقوق لا يملك الأطراف حرية التصرف فيها أو محكوم بمعاهدة دولية. حالة وجود نص قانوني يفرض الرقابة على القانون الأجنبي. حالة وجود بعض المبادئ التي استقرت عليها محكمة النقض الفرنسية. راجع في شرح هذه الحالات: محمد الكشور، مرجع سابق، ص ص 203 . 205.

⁷¹³ Frédérique FERRAND, op cit, p120.

يقوموا بالرد على طلبات الطاعن الذي تمسك أمامهم بتطبيق القانون الأجنبي⁷¹⁴، إذ نلاحظ هنا أن محكمة النقض تراقب فقط ما إذا كان قضاة الموضوع قد أخذوا في الحسبان بجميع عناصر النزاع المحددة من طرف الخصوم، هذه الرقابة ستتحول الآن و بدون شك إلى رقابة على احترام القانون لما تلزم محكمة النقض قضاة الموضوع بضرورة تطبيق قاعدة التنازع حتى ولو أحوالت إلى القانون الأجنبي⁷¹⁵.

واصلت محكمة النقض الفرنسية ممارسة رقابتها الدنيا على تطبيق وتفسير القانون الأجنبي من خلال مؤاخذتها لقضاة الموضوع على عدم عرضهم وشرحهم للأسباب بشكل كاف يسمح لها بمراقبتها لمدى مطابقة الحكم المطعون فيه للقانون، كما أنها قامت بنقض الحكم المطعون فيه الذي قضى بتطبيق القانون الوطني واستبعد تطبيق القانون الأجنبي رغم المطالبة به دون أن يوضح في أسبابه دوافع هذا الاستبعاد⁷¹⁶.

ب . موقف محكمة النقض المصرية:

اتجهت محكمة النقض المصرية إلى بسط رقابتها على تطبيق وتفسير القانون الأجنبي في الحالات التي يكون هذا القانون سهل الحصول عليه من طرف قضاة الموضوع، كالقوانين العربية والقانون الفرنسي والقانون اليوناني والقانون الإيطالي⁷¹⁷، والمتأمل في مجمل القضايا التي بسطت فيها محكمة النقض المصرية رقابتها على تطبيق وتفسير القانون الأجنبي أنها تتعلق بمسائل شؤون الأسرة ومسائل الحالة والجنسية⁷¹⁸.

⁷¹⁴ Cass civ. I .31/01/1968,Bull.civ. I .n41.

⁷¹⁵ Frédérique FERRAND,op cit,p122 .

⁷¹⁶ Frédérique FERRAND,op cit,p122.

⁷¹⁷ أحمد السيد صاوي، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية ، مرجع سابق ، ص ص 102. 104.

⁷¹⁸ نقض مدني 1955/07/07 مجموعة النقض 06 ق182 ص1347.. نقض مدني 1954/01/14 مجموعة النقض 05 ق63 ص426.

. والملاحظ أن محكمة النقض المصرية وعند ممارستها للرقابة على تطبيق وتفسير القانون الأجنبي فهي ترجع إلى ما جرى عليه قضاء النقض في البلد صاحب القانون الأجنبي في شأن تطبيقه وتفسيره ، راجع السنهوري، الوسيط، ج 02، مرجع سابق ، ص55.

ويلاحظ الفقه في مصر أن موقف محكمة النقض المصرية لم يتوضح بعد في ما يخص الرقابة على القانون الأجنبي الذي يكون صعب المنال بالنسبة لقاضي الموضوع كالقانون الياباني والصيني⁷¹⁹.

والحقيقة أن عمداء الفقه المصري وعلى رأسهم الأستاذ السنهوري يذهبون إلى أن القانون الأجنبي إذا كان واجب التطبيق على النزاع المعروض أمام القاضي الوطني فإنه يتوجب على هذا الأخير أن يطبقه على الوجه الصحيح، وذلك بأن تكون مخالفته والخطأ في تفسيره محل رقابة من محكمة النقض⁷²⁰.

ج . موقف المشرع الجزائري :

بالرجوع إلى المادة 358 من ق ا م ا د فإن وجه النقض المبني على مخالفة القانون الأجنبي لا يكون مقبولا إلا إذا تعلق بمخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة. والحقيقة أن هذا النص يتضمن تمجيذا لا متناها للقانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة، و يمنح وضع امتيازيا لهذا القانون على حساب القوانين الأجنبية الأخرى.

وفي الوقت الذي يجدد المشرع ولاءه لهذا الانحياز نجد المشرع المغربي يتراجع عن مثل هذا النص وذلك بإلغائه للمادة 13 من الظهير المؤسس للمجلس الأعلى وتعويضها بالمادة 359 من قانون المرافعات المدنية والتي أصبحت تقتصر الرقابة على القانون الداخلي دون غيره، وقد لقي هذا التعديل التأييد والترحيب من طرف بعض الفقه المغربي الذي ما فتئ يذكر بأن المادة 13 الملغاة كانت تشكل إحراجا للمجلس الأعلى عندما يجد نفسه في وضعية يستحيل عليه معها الوقوف على مضمون القانون الأجنبي أو معناه⁷²¹، وهذا النقد الموجه للمادة 13 السالفة الذكر يمكن توجيهه أيضا للمادة 358 من ق ا م ا د، إضافة إلى أن المشرع لم يبين لنا دوافع التمييز بين القانون الأجنبي، والقانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة.

إذن إن تحليل المادة 6.358 من ق ا م ا د يسمح لنا بتحديد موقف المشرع الذي من حيث الأصل لا يقبل الرقابة على مخالفة القانون الأجنبي، واستثناء يقبل بالرقابة على مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة.

⁷¹⁹ حلمي محمد الحجار، ج 01، مرجع سابق ، ص 426.

⁷²⁰ السنهوري، الوسيط، ج 02، مرجع سابق ، ص 55 هـ 01.

⁷²¹ محمد الكشور، مرجع سابق ، ص 212.

ويترتب على ما سبق أنه لا يقبل وجه الطعن المؤسس على مخالفة القانون الأجنبي، كما أنه لا يمكن التمسك بتطبيق القانون الأجنبي لأول مرة أمام المحكمة العليا باعتباره مسألة جديدة لا يصح إثارتها ابتداءً أمام النقض⁷²² ولعل هذا لا يتناسب وما انتهينا إليه من تحليل للمادة 23 مكرر من القانون المدني في كون أن القانون الأجنبي هو قانون بطبيعته.

إننا لا نستطيع القول بأن السبب في عدم تكليف المحكمة العليا ببسط رقابتها يتعلق بصعوبة البحث عن مضمون القانون الأجنبي وكيفية تطبيقه لأنه لو كان الأمر كذلك لانسحب الأمر على القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة، فالقاضي الذي يفترض أنه يصعب عليه الوصول إلى القانون الأجنبي يفترض فيه أيضاً أنه يصعب عليه الوصول إلى القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة.

إن اعتبار مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة وجهاً من أوجه النقض يؤسس لقرينة علم القاضي الوطني بالقاعدة القانونية الأجنبية المتعلقة بقانون الأسرة وهذا ما لا يمكن تقبله. لذلك فإنه من المنطقي التخلي عن التمييز بين القانون الأجنبي والقانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة وذلك بحذف وجه النقض المتعلق بمخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة، وتوحيد أساليب الرقابة على القانون الأجنبي مهما كان نوعه، وجعلها مقتصرة على رقابة التسبيب وانعدام الأساس القانوني ورقابة التشويه، وفرض الرقابة على مخالفة قاعدة التنازع والرقابة على الخطأ في التكييف.

إن هذا الحل الذي ننادي به سوف يمكننا من مجابهة الصعوبات العملية التي قد تكتنف مهمة البحث عن القانون الأجنبي، وذلك بإعطاء المحكمة العليا هامش تحرك كبير لفرض رقابتها على تطبيق القانون الأجنبي ولكن بطريقة غير مباشرة.

أما بالنسبة لمسألة تفسير القانون الأجنبي فإن النصوص لا تضع من مهام المحكمة العليا الرقابة على تفسير قضاة الموضوع للقانون الأجنبي مهما كان نوعه، لكن هذا لا يمنع من أنها تشترط على قضاة الموضوع أن لا يحرفوا مضمون القانون الأجنبي وأن يسببوا كيفية وصولهم لهذا التفسير وأن يضعوا بين أيديها جميع العناصر الواقعية التي سمحت لهم بالوصول إلى التفسير الذي أعطوه للقانون الأجنبي.

⁷²² Mohammed ISSAD, op cit, p185.

الفرع الثاني: المعاهدات الدولية

جرى الفقه الدولي على تعريف المعاهدة الدولية بأنها وثيقة دولية تعاقدية تنشأها الدول أو أشخاص القانون الدولي الأخرى بإرادتها، وتتضمن اتفاقا فيما بينها على إخضاع علاقة قانونية معينة لقواعد قانونية محددة⁷²³، وهي لا تلزم غير أطرافها، ولا يتعدى أثرها أساسا الدول غير الموقعة عليها لأنها ليست طرفا فيها⁷²⁴.

والمعاهدات الدولية إما أن تكون ثنائية ومتعددة الأطراف، ونسوق بعض الأمثلة على المعاهدات الدولية في ميدان القانون الدولي الخاص⁷²⁵ التي الجزائر هي طرف فيها: اتفاقية نيويورك المبرمة في 20 جوان 1956 الخاصة بتحصيل مبالغ النفقة والتي انضمت إليها الجزائر سنة 1969⁷²⁶، واتفاقية باريس الخاصة بحماية الملكية الصناعية المبرمة في 20 مارس 1883 والتي انضمت إليها الجزائر سنة 1975⁷²⁷، واتفاقية فارسوفيا لسنة 1929 الخاصة بتوحيد قواعد النقل الجوي المعدلة بالمكسيك سنة 1961 والتي انضمت إليها الجزائر سنة 1964^{728 729}.

إن تطبيق أحكام المعاهدات الدولية من طرف القضاء الوطني، يستلزم أن تستوفي إجراءات سريانها، كما يستلزم أيضا أن يعرف القاضي الوطني مكانة هذه المعاهدة بالنسبة لمصادر القانون الأخرى، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن المعاهدات الدولية تخضع في صحتها وتطبيقها وتفسيرها لرقابة القضاء.

أولا - إجراءات سريان المعاهدة الدولية و مكانتها في النظام القانوني:

⁷²³ عبد الواحد محمد الفار، قواعد تفسير المعاهدات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة 1980، ص 04.

⁷²⁴ نبيل اسماعيل عمر، النظرية العامة للطعن بالنقض، مرجع سابق، ص 131.

⁷²⁵ نظرا لأن القانون الدولي الخاص هو المجال الخصب للمعاهدات الدولية التي يمكن أن تعرض على القاضي المدني وهو مجال دراستنا.

⁷²⁶ الأمر 29.69 المؤرخ في 22 ماي 1969، ج ر ع 05، س 1969.

⁷²⁷ الأمر 02.75 المؤرخ في 09 جانفي 1975، ج ر ع 01، س 1975.

⁷²⁸ المرسوم 74.64 المؤرخ في 02 مارس 1964، ج ر ع 26، س 1964.

⁷²⁹ انظر الإحالة إلى العديد من مراجع المعاهدات المذكورة وغيرها: الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 37.34.

لكي تصبح المعاهدة الدولية سارية المفعول وملزمة للقاضي يجب أن تستوفي مجموعة من الإجراءات القانونية الواجبة الإتباع، فإذا صارت كذلك، أخذت المعاهدة الدولية مكانتها في النظام القانوني السائد في البلد، حيث أن الدستور هو الذي يتكفل بتحديد تلك المكانة .

أ- القواعد الإجرائية المطلوبة لسريان المعاهدات الدولية:

تتمثل هذه الإجراءات في ما يلي: الموافقة البرلمانية، التصديق، النشر.

1- الموافقة البرلمانية: بالرجوع إلى المادة 131 من الدستور فإن المعاهدات المتعلقة بالهدنة والسلم والتحالف والاتحاد وحدود الدولة وقانون الأشخاص والنفقات غير الواردة في ميزانية الدولة لا يتم المصادقة عليها من طرف رئيس الجمهورية إلا بعد الموافقة عليها من البرلمان بغرفتيه موافقة صريحة، وهذه المعاهدات وحدها هي التي تخضع لهذا الإجراء نظرا لأهميتها، أما المعاهدات الأقل أهمية فلا تخضع لموافقة البرلمان⁷³⁰، والهدف من إخضاع هذه المعاهدات لرقابة البرلمان هو ضمان ديمقراطية العلاقات الدولية عن طريق منح رئيس الجمهورية تأشيرة التصديق من جهة، ومن جهة أخرى الموافقة على إدخال هذه المعاهدات في المجال الداخلي والتأكد من احترامها للإجراءات القانونية المتبعة في شأنها⁷³¹.

2- التصديق: لا تستكمل المعاهدة الدولية قوتها الملزمة إلا بعد التصديق عليها من الأطراف المتعاقدة، إذ أن التوقيع على المعاهدة لا يكفي كأصل عام لإلزام الدولة^{732 733}، و الأكثر من ذلك قد تشترط المعاهدة لنفاذها تصديق عدد معين من الدول⁷³⁴.

⁷³⁰ محمد ناصر بوغزالة، خرق المعاهدات الثنائية القانون الداخلي، دار الفجر للنشر والتوزيع، ط 01، القاهرة 1999، ص 61.

⁷³¹ محمد ناصر بوغزالة، مرجع سابق، ص 66.

⁷³² يسمينة لعجال، مدى إعمال قواعد القانون الدولي العام في مجال الجنسية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة ورقلة، ع 03 جوان 2010، ص 279.

⁷³³ في قرارها المؤرخ في 12 مارس 2001 قبلت محكمة النقض البلجيكية وجه الطعن المثار المتعلق بخرق اتفاق المقر المبرم بين بلجيكا وبين جامعة الدول العربية الموقع بتاريخ 16 نوفمبر 1995 نظرا لأن هذا الاتفاق ولكي يكون ساري المفعول كان لا يشترط سوى تبليغ كل طرف الطرف الآخر بعد إتمامه الإجراءات المطلوبة من مشرعه، وبالتالي فإن هذا الاتفاق كان ساري المفعول وقت رفع النقض مما يجعل الوجه المثار مقبول :

- Michel MAHIEU, la cour de cassation et le droit international, évolution récente, mélanges philippe GERARD, BRUYLANT, BRUXELLES 2002, P434.

والتصديق هو تصرف قانوني من خلاله تقوم السلطة المختصة قانونا بإبرام المعاهدة بإعلان موافقتها عليها والالتزام بأحكامها⁷³⁵، وحسب الدستور فإن رئيس الجمهورية هو المختص بالتصديق على المعاهدة الدولية، إلا أنه اختصاص مقيد بضرورة الحصول على موافقة البرلمان قبل التصديق إذا كانت المعاهدة من النوع المنصوص عليه بالمادة 131 من الدستور.

ويترتب على التصديق على المعاهدة الدولية خرقا لنص المادة 131 من الدستور بطلان التصديق وعدم نفاذ المعاهدة⁷³⁶.

3 . النشر: لا تصبح المعاهدة سارية في حق الجمهور إلا بعد نشرها في الجريدة الرسمية، إلا أن نفاذها بين الدول المتعاقدة لا يحتاج لمثل هذا الإجراء⁷³⁷، وفي هذا سار رأي المجلس الدستوري⁷³⁸، وأحكام القضاء⁷³⁹.

ب . مكانة المعاهدة الدولية في النظام القانوني:

⁷³⁴ رفضت محكمة النقض البلجيكية في قرارها المؤرخ في 12 مارس 2001 سابق الذكر وجه النقض المثار حول خرق معاهدة فيينا المؤرخة في 21 ماي 1986 المتعلقة بحقوق المعاهدات بين الدول والتنظيمات الدولية المصدق عليها بالقانون المؤرخ في 08 جوان 1992 ، وعللت رفضها بأن هذه المعاهدة قد اشترطت لدخولها حيز التنفيذ انضمام ومصادقة عدد معين من الدول ، وأن هذا العدد لم يكن قد تحقق لهذه المعاهدة وقت رفع النقض:

- Michel MAHIEU, op cit, p434.

⁷³⁵ محمد سامي عبد الحميد، أصول القانون الدولي العام، ج 2، دار المطبوعات الجامعية، ط7، الإسكندرية 1995، ص 188.

⁷³⁶ عوض عبد الجليل الترساوي، الرقابة القضائية على مشروعية المعاهدات الدولية، رد، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة 2007، ص 73.

⁷³⁷ محمد ناصر بوغزالة، مرجع سابق، ص 116.

⁷³⁸ قرار المجلس الدستوري رقم 01 الصادر بتاريخ 20 أوت 1989 المتعلق بقانون الانتخابات: ونظرا لكون أية اتفاقية بعد المصادقة عليها ونشرها تدرج في القانون الوطني وتكتسب بمقتضى المادة 123 من الدستور سلطة السمو على القوانين، وتخول كل مواطن جزائري أن يتذرع بها أمام الجهات القضائية.

⁷³⁹ قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 11 أكتوبر 1966 وقرار المجلس الأعلى المؤرخ في 03 مارس 1979 وقرار المجلس الأعلى المؤرخ في 03 أبريل 1980 ورأت جميع هذه القرارات ضرورة نشر المعاهدة لكي تصبح نافذة في حق المواطنين: هذه القرارات جميعا مشار إليها في: محمد ناصر بوغزالة، مرجع سابق ، ص 116.

إنقسم الفقه حول هذه المسألة إلى فريقين، فريق يرى بسمو المعاهدة الدولية على القوانين الداخلية بما في ذلك الدستور، وفريق ثاني يذهب إلى اعتبارها في نفس القيمة القانونية للقانون الداخلي، لكنها لا تسمو أبداً على الدستور.

فبالنسبة لأنصار الفريق الأول فإن القانون الدولي هو القانون الأساسي الذي تعتمد عليه القوانين الداخلية، إذ هو صاحب الأولوية والسيادة والسمو على القانون الداخلي، ويتفرع عن ذلك أن القانون الدولي يمكنه أن يلغي أو يعدل قاعدة قانونية داخلية، فإذا تعارضت إحدى قواعد التشريع الداخلي بما في ذلك القواعد الدستورية مع قاعدة دولية كان على القاضي أن يطبق القاعدة الدولية لأن القانون الدولي ينسخ كل مبدأ داخلي يتعارض معه⁷⁴⁰.

أما بالنسبة لأنصار الفريق الثاني فيبرر ما انتهى إليه على أساس أن القانون الدولي ما هو إلا جزء من القانون الداخلي، وبالتالي فإن هذا الأخير له أولوية على القانون الدولي، ويترتب عن ذلك أن المعاهدة الدولية تخضع للقانون الدستوري تحت طائلة بطلانها واستبعادها من التطبيق⁷⁴¹.

وبالرجوع إلى المادة 132 من الدستور فإن المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون⁷⁴².
إن تحليل هذا النص يسمح لنا ببساطة أن نقول أن النظام القانوني الجزائري قد أخذ بالرأي الثاني.

ثانياً . الرقابة القضائية على المعاهدات الدولية :

⁷⁴⁰ عوض عبد الجليل الترساوي، مرجع سابق، ص 21.20.. عبد العزيز محمد سرحان، مبادئ القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة 1980، ص 83.

⁷⁴¹ عوض عبد الجليل الترساوي، مرجع سابق، ص 25.24.: وقد انتقد هذا المؤلف في رسالته هذا الرأي ووجه له عدة مآخذ لعل من أهمها أن هذا الرأي لا يجد له تطبيقاً في العمل الدولي، حيث أكدت المحكمة الدائمة للعدل في الكثير من القضايا سمو القانون الدولي على القانون الداخلي بما في ذلك الدستور، راجع ص ص 28.26.

⁷⁴² طبقت المحكمة العليا هذا النص في قرارها الذي قضت فيه بأن المواطن المصري معفى من دفع الكفالة المقررة للأجنبي كشرط من شروط رفع الدعوى تطبيقاً للإتفاقية الجزائرية المصرية المبرمة في 29 فيفري 1964 : قرار الغرفة المدنية للمحكمة العليا المؤرخ في 15 جويلية 1998، ملف رقم 168374، مج ق س 2000، ع 01، ص 80.

تخضع المعاهدات الدولية من حيث صحتها إلى رقابة المجلس الدستوري، فإذا اعترف لها بالصحة، فإنه يتعين على قاضي الموضوع القيام بتطبيقها دون البحث في مدى صحتها، لكن تطبيقه لهذه المعاهدة يخضع لرقابة المحكمة العليا، والتي فضلا عن ذلك يرجع لسلطتها حق تفسير المعاهدات الدولية والرقابة على التفسير الذي قد يعطيه قضاة الموضوع لأحكام هذه المعاهدات .

أ . رقابة المجلس الدستوري على صحة المعاهدات الدولية:

تكون المعاهدة الدولية غير دستورية إذا تمت خرقا للإجراءات المنصوص عليها في الدستور لصحة ونفاذ المعاهدات، أو إذا تضمنت أحكاما تتعارض مع أحكام الدستور .
و تؤكد المادة 165 من الدستور صلاحية المجلس الدستوري بممارسة الرقابة الدستورية على المعاهدات الدولية، حيث إذا رأى بعدم دستورتها فإنه لا يمكن التصديق عليها وبالتالي فإنه يكون على الدبلوماسيين الجزائريين مراعاة أحكام الدستور عند المفاوضات حول أي معاهدة
743 .

ويقوم المجلس الدستوري ببسط رقابته على المعاهدة الدولية من الناحية الإجرائية ومن الناحية الموضوعية، حيث تتجسد رقابته من الناحية الإجرائية في تأكده من احترام السلطات المعنية بإبرام المعاهدة من قواعد الاختصاص المتعلقة بإبرام المعاهدة الدولية وإجراءات الموافقة عليها⁷⁴⁴، بينما تتجسد رقابته من الناحية الموضوعية في فحص أحكام المعاهدة ومقابلتها بنصوص وأحكام الدستور والبحث عن مدى وجود تعارض بينهما⁷⁴⁵.

بالرجوع إلى نص المادة 168 من الدستور فإنه إذا توصل المجلس الدستوري إلى عدم دستورية المعاهدة الدولية فإنه لا يتم التصديق عليها، وبتحليل هذا النص فإننا نستنتج أن الرقابة على دستورية المعاهدات هي إجراء سابق على التصديق، لأن الرقابة الدستورية التي يمكن أن تلحق بالمعاهدة بعد التصديق عليها سوف تصطدم بعدم وجود الجزاء عن عدم الدستورية.

⁷⁴³ محمد كحلولة ، المراقبة الدستورية في الجزائر في إطار عمل المجلس الدستوري،مج ج ع ق اق س، ع 03، 1990، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر،ص 651.

⁷⁴⁴ Patrick GAIA,le conseil constitutionnel et insertion des engagements internationaux dans l'ordre juridique interne , paris Economica,1992, pp174,175.

⁷⁴⁵ عوض عبد الجليل الترساوي، مرجع سابق ، ص 239.

إن إعمال المعاهدة الدولية دون عرضها على رقابة المجلس الدستوري يطرح إشكالية تطبيقها أمام القضاء، حيث يطرح السؤال التالي : هل يمكن لقاضي الموضوع أن يفحص دستورية المعاهدة، وهل يحق له رفض تطبيقها بحجة عدم دستورتها، وهل يحق للمحكمة العليا أن تنقض الحكم الذي طبق نص معاهدة مخالفة للدستور؟.

إن رفض القاضي الوطني تطبيق المعاهدة الدولية بحجة عدم دستورتها سوف يطرح إمكانية حصول أزمة سياسية مع الدولة المتعاقد معها، ثم إن هذا الرفض لا ينسجم مع أحكام الدستور التي تعطي المجلس الدستوري اختصاص الرقابة على دستورية المعاهدات، ثم أن المحكمة العليا ليس في النصوص المنظمة لعملها ما يتيح لها القيام بهذا العمل⁷⁴⁶، لذلك فإنه لا يمكن للقاضي أن يتعرض لأية معاهدة دولية مصادق عليها رافضا تطبيقها بحجة عدم دستورتها⁷⁴⁷.
ب . رقابة المحكمة العليا على تطبيق المعاهدة الدولية:

بلا شك فإن المحكمة العليا تضمن الرقابة على تطبيق المعاهدات وتفرض على قضاة الموضوع احترام بنودها الواضحة والمحددة⁷⁴⁸، وعند التعارض بين نص تشريعي ومعاهدة دولية⁷⁴⁹ فإن هذه الأخيرة هي الواجبة التطبيق، سواء كان النص التشريعي سابقا للمعاهدة

⁷⁴⁶ يرجع البعض أسباب عدم قابلية الرقابة القضائية على دستورية المعاهدات إلى اعتبار المعاهدة الدولية عمل من أعمال السيادة المحصنة من رقابة القضاء: انظر في شرح هذه الأسباب عوض عبد الجليل الترساوي، مرجع سابق ، ص ص 185.134.

⁷⁴⁷ محمد ناصر بوغزالة، مرجع سابق ، ص 97.

⁷⁴⁸ Jacques Boré, op cit, p244.

⁷⁴⁹ لقد عرضت مشكلة التعارض على الفقه وانقسم في حلها إلى مذهبين، المذهب الأول هو مذهب الإزدواج والذي يذهب إلى أن القانون الداخلي إذا كان لاحقا للمعاهدة الدولية وتعارض معها فإنه هو الأول بالتطبيق لأن إرادة المشرع اتجهت إلى إصدار مثل هذا النص رغم علمها بالمعاهدة وإرادة المشرع أولى بالإحترام، إلا أن هذا المذهب تم هجرانه على حساب مذهب الوحدة الذي نادى بسمو المعاهدة الدولية على التشريع الداخلي سواء كان سابقا أو لاحقا لها وعند التعارض بينهما يجب تطبيق المعاهدة الدولية.

انظر في شرح هذين المذهبين:

- Jacques Boré, Ibid, p 246, 247 .

الدولية أو لاحقا لها⁷⁵⁰، وقد طبقت المحكمة العليا هذا المبدأ القانوني في أحد القضايا المعروضة عليها حيث انتهت إلى عدم جواز تنفيذ الإكراه البدني المنصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية السابق استنادا إلى المادة 11 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والثقافية والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية⁷⁵¹، ويتوجب على المشرع في ما بعد إزالة هذا التعارض بإلغاء النص التشريعي في أول تعديل⁷⁵²، لأن المعاهدة هي رابطة تعاقدية

⁷⁵⁰ هناك من يفرق بين التعارض الصريح والتعارض الضمني في حالة النص التشريعي اللاحق للمعاهدة الدولية، حيث ينتهي إلى أنه في حالة التعارض الصريح فإنه يجب استبعاد تطبيق المعاهدة الدولية على حساب النص التشريعي: انظر الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 39.

والحقيقة أن هذا الرأي لا يتفق مع نصوص الدستور التي تقر بسمو المعاهدة الدولية على القانون.
⁷⁵¹ قرار المحكمة العليا بالغرفة المدنية المؤرخ في 11 ديسمبر 2002 ملف رقم 288587، المجلة القضائية، ع01، س 2003، ص 204.201: وتتخلص وقائع الدعوى محل القرار أن المطعون ضده رفع دعوى استعجاليه ضد الطاعن الذي حرر اعترافا بدين مؤرخ في 24 أبريل 2000 وذلك على إثر معاملة تجارية تمت بينه وبين الطاعن والتزم هذا الأخير ان يوفي بهذا الدين عند حلول الأجل، لكن وبحلول هذا الأجل وبامتناع الطاعن رفع المطعون ضده دعوى إلزام الطاعن بالتنفيذ عن طريق الإكراه البدني استنادا إلى قانون الإجراءات المدنية، انتهت الدعوى إلى صدور أمر من قضاء الدرجة الأولى برفض الطلب استنادا إلى المادة 11 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية، لكن قضاة المجلس ألغوا هذا القرار وأصدروا قرار بإلزام الطاعن بالتنفيذ عن طريق الإكراه البدني، عند عرض هذا القرار على قضاة المحكمة العليا قاموا بنقض القرار دون إحالة وسببوا ما انتهوا إليه بالقول: أنه وبعد الرجوع إلى أحكام القانون رقم 08.89 المؤرخ في 25 أبريل 1989 الذي يتضمن الموافقة على العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والثقافية والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الموافق عليها من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 16 ديسمبر 1966، وبناء على المرسوم الرئاسي رقم 67.89 المؤرخ في 16 ماي 1989 المتعلق بانضمام الجزائر إلى الاتفاقية المشار إليها، وبعد الإطلاع على أحكام المادة 11 من الاتفاقية المذكورة والمنشورة بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 11 المؤرخ في 26 فيفري 1997 والتي جاء فيها ما يلي: لا يجوز سجن أي إنسان لمجرد عجزه عن الوفاء بالتزام تعاقدية، وتبعاً لذلك أصبح من غير الجائز توقيع الإكراه البدني لعدم تنفيذ المدين للتزامه التعاقدية، وعليه فإن القضاء خلافا لهذه المادة يعرض الحكم للنقض.

⁷⁵² لقد قام المشرع وانسجاماً مع المادة 11 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية وعند سنه لقانون الإجراءات المدنية والإدارية بإلغاء النصوص التي كانت تجيز توقيع الإكراه البدني في قانون الإجراءات المدنية الملغى.

بين دولتين لا تتأثر بما يكون في الدولتين من تشريعات سابقة عليها، أو بما تصدره إحداها من تشريعات لاحقة تعارض أحكامها⁷⁵³.

والحقيقة أن مسألة التعارض هي ليست بمسألة دستورية حيث لا يختص المجلس الدستوري بحلها⁷⁵⁴، بل هي مسألة قانونية⁷⁵⁵ تكون من اختصاص الجهات القضائية، حيث يكون لمحكمة النقض سلطة الرقابة عليها⁷⁵⁶، وذلك باستبعاد النص التشريعي وتطبيق المعاهدة، لكن دون أن يكون لها الحق في إلغائه⁷⁵⁷، لأن هذا من عمل المشرع وليس القضاء.

و تختص المحكمة العليا بالرقابة على تطبيق قضاة الموضوع للمعاهدة الدولية استنادا إلى نص صريح في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث تنص المادة 358 منه على أن المحكمة العليا تجازي كل مخالفة لمعاهدة دولية واجبة التطبيق على النزاع بنقض القرار المخالف⁷⁵⁸.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن استبعاد أحكام المعاهدة إذا ما توفرت شروط تطبيقها هي مسألة قانون تخضع لرقابتها، أما استخلاص توفر هذه الشروط وتقدير ثبوتها من عناصر

⁷⁵³ تمييز لبناني، غرفة أولى رقم 09، مؤرخ في 09 ديسمبر 1973، العدل 1974، ص 277.

⁷⁵⁴ Arret du C .C.F du 15/01/1975 jcp.1975 . II.18030, note E.M.Bey.

⁷⁵⁵ حيث تنص المادة 132 من الدستور على سمو المعاهدة الدولية على القانون.

⁷⁵⁶ Cham.mix.24/05/1975,D.1975.497.concl. A Touffait.

⁷⁵⁷ مصطفى كيرة، مرجع سابق، ص 252.

⁷⁵⁸ قرار الغرفة التجارية والبحرية المؤرخ في 05 أكتوبر 2005 ملف رقم 350164، مج المحكمة العليا، ع01، س 2006، ص ص340.339: حيث يتبين من القرار المطعون فيه وأنه قضى بإبطال علامة داکار وإتلاف كل نماذجها وشبهاتها على أساس ان المادة 06 مكرر من اتفاقية باريس التي انضمت إليها لها الجزائر والخاصة بحماية الملكية الصناعية تنص بأن البلدان المنضمة تلتزم بإبطال كل علامة تشكل استنساخا أو تقليدا من شأنه إنشاء لبس مع علامة مشهورة، وطبقا للفقرة الثالثة منها لا يجوز تحديد أية مهلة للمطالبة بشطب أو منع استعمال العلامات التي سجلت أو استعملت بسوء نية، والذي يتجلى من خلال التشابه الكبير بين العلامتين اللتين تخصان نفس النوع من المستحضرات تجعل المشتري واقعا في لبس أكيد، لكن قضاة الموضوع لم يبرزوا العناصر التقنية التي اعتمدها لتقرير التشابه الكبير في العلامتين وإقرار سوء نية الطاعنة، وعليه فإنهم يكونون قد أخطأوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للنقض.

الدعوى ومستنداتها هي من مسائل الواقع التي يستقل بها قضاة الموضوع دون رقابة عليهم في ذلك من جانبها⁷⁵⁹.

ج . رقابة المحكمة العليا على تفسير المعاهدة الدولية:

يرتبط تنفيذ المعاهدة ارتباطا وثيقا بتفسيرها عن طريق التوصل إلى المقاصد الحقيقية المشتركة للأطراف المتعاقدة، لأن المقاصد التي يستقل بها طرف واحد لا يجوز الاعتداد بها في مواجهة الطرف الآخر⁷⁶⁰.

مبدئيا كان القضاء في فرنسا يعتبر مسألة تفسير المعاهدات تخرج عن ولايته لاعتبارات سياسية تتعلق بمبدأ الفصل بين السلطة القضائية والسلطة التنفيذية، إذ كانت هذه الأخيرة تختص بهذه المسألة⁷⁶¹، حيث اعتبرها مسألة أولية يتعين إرجاء الفصل في الدعوى إلى غاية الفصل فيها، فيعتمد إلى إحالة المسألة على السلطة التنفيذية المتمثلة في أغلب الأحيان في وزارة الخارجية، ثم يقوم بتطبيق نص المعاهدة بناء على التفسير الصادر عنها⁷⁶².

ويرى البعض أن هذا الاتجاه لا يتفق مع الطبيعة الفنية لعملية التفسير وارتباطها مع سلطة التطبيق، حيث أن سلامة التطبيق تقتضي التصدي لفهم وتفسير النصوص، كما أن توضيح

⁷⁵⁹ أحمد السيد الصاوي، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية ، مرجع سابق ، ص 88.

⁷⁶⁰ عبد الواحد محمد الفار، مرجع سابق ، ص 13.

⁷⁶¹ Jacques Boré, op cit, p250.

⁷⁶² تمسك قضاء مجلس الدولة الفرنسي وقضاء الغرفة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية بفكرة المسائل الأولية كحل لمشكلة التفسير، حيث لم يعط لنفسه الحق في تفسير المعاهدات الدولية انظر: بالنسبة لقرارات مجلس الدولة التي قضت بالإحالة على الحكومة من أجل التفسير:

. ACE, 23/10/1936, Recueil Sirey, 3- 25-27. - Arrêt du, 28/02/1951, Recueil des arrêts du conseil d'Etat, p122 . - Arrêt du, 03/02/1951, Rec, p44 - Arrêt du, 26/05/1956, Rec, p394.

. وبالنسبة لقرارات الدائرة الجنائية لمحكمة النقض التي انتهت إلى أن مسألة التفسير هي من اختصاص الحكومة، وعليه قامت بإرجاء الفصل والإحالة:

. cass.crim.10/03/1955, Bull.crim, n 148 - cass.crim.26/01/1984, Bull.crim, n34 -

- cass.crim.03/06/1985, Bull.crim, n212 - cass.crim.07/06/1988, Bull.crim, n257.

- Jacques Benoist, L'interprétation des traités diplomatiques par les tribunaux judiciaires, JCP, 1953, 1133 .

القضاء على نفسه في التصدي لهذه المهمة . ولو أنه يستند إلى أساس قانوني سليم . يعد إغراقاً في الشكالية⁷⁶³.

والحقيقة أنه ليس كل القضاء الفرنسي يأخذ بهذا الاتجاه، حيث أن الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية حاولت أن تخفف منه وذلك بالاعتراف لنفسها باختصاص محدود في مسألة تفسير المعاهدات الدولية عندما يتعلق النزاع بمصالح خاصة، وقد أرست اتجاهها هذا بموجب القرار المؤرخ في 24 جوان 1839⁷⁶⁴، وقد سبب هذا القرار ما انتهى إليه إلى أن القاضي الفاصل في الدعوى يكون مختصاً بالفصل في ما يعرض عليه من مسائل أولية تتعلق بالنزاع ما لم يمنعه نص في القانون، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن المعاهدة لها نفس قوة القانون من حيث التطبيق والتفسير فيكون من اختصاص قاضي الموضوع تطبيقها وتفسيرها شأنها شأن القانون⁷⁶⁵.

وعلى ذلك فإن محكمة النقض الفرنسية تعتبر مسألة الفصل في أمر التفسير من مسائل القانون التي تخضع لرقابتها، حيث تراقب مدى تعلق النزاع بمصالح خاصة أو بمصالح عامة، فقاضي الموضوع حين يتصدى لمسألة التفسير عليه أن يبين في حكمه أن النزاع يتعلق بمصالح خاصة وأن القانون لا يمنعه من التفسير، أما في حالة رفضه التفسير وقيامه بإحالة المسألة إلى الجهة الحكومية المختصة للقيام بعملية التفسير فعليه أن يبين في حكمه أن النزاع يتعلق بمصالح عامة، تحت طائلة نقض الحكم بسبب عيب مخالفة القانون و انعدام الأساس القانوني وتجاوز السلطة⁷⁶⁶.

⁷⁶³ عبد الواحد محمد الفار، مرجع سابق، ص 37.

⁷⁶⁴ Cass.civ .24/06/1839,S,39. I.577,- Cass.civ .07/03/1910,S,1915. I.101-
Cass.civ .22/12/1931,DP,1932 . I.131.

. وفي نفس الاتجاه سار القضاء اللبناني: راجع حلمي محمد الحجار، ج 01 مرجع سابق، ص ص 441.440.

⁷⁶⁵ محمد فؤاد عبد الباسط ، مدى اختصاص القاضي الإداري بتفسير المعاهدات الدولية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية 1998، ص 46.

⁷⁶⁶ محمد فؤاد عبد الباسط ، مرجع سابق ، ص 47.

أما في مصر فقد درجت المحاكم على تفسير المعاهدات الدولية من تلقاء نفسها، سواء تعلق النزاع بمصالح خاصة أو بمصالح تمس النظام الدولي العام⁷⁶⁷ ، وقد أقرت محكمة النقض المصرية هذا الاتجاه⁷⁶⁸.

أما في ما يخص موقف المشرع الجزائري فإنه لم يتصد للمسألة بنص عام⁷⁶⁹ وصريح⁷⁷⁰ يبين الطريق للمحاكم ويوضح لهم مدى اختصاصهم بتفسير المعاهدات الدولية، كما أن عملية البحث لم تسمح لنا بالتعرف على موقف المحكمة العليا، الأمر الذي قد يجعل قضاة المحاكم الأقل جرأة يعمدون إما إلى اللجوء إلى التفسير الحكومي استنادا إلى المادة 17 من المرسوم الرئاسي 02 / 403، وإما بعدم الاعتراف بالغموض والقول أن النص دائما واضح ولا يحتاج إلى تفسير، لذلك فإننا نميل إلى أن تتجه المحكمة العليا إلى الاعتماد على التفسير الصادر عن وزير الشؤون الخارجية في حالة وجوده مسبقا أو في حالة إلزام القانون صراحة باللجوء إليه، وفي الحالات الأخرى السير على نهج الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية السابق بيانه.

⁷⁶⁷ عبد الواحد محمد الفار، مرجع سابق، ص 40.

⁷⁶⁸ نقض مصري 18 ماي 1982 طعن رقم 773 س 41 ق، مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض، س 33، ج 1، ص 542.

. سعيد علي حسن الجدار، دور القضاء الوطني في تطبيق وتفسير قواعد القانون الدولي العام، ر د، الإسكندرية 1992، ص ص 413.405.

⁷⁶⁹ حيث يوجد نص خاص يتعلق بقانون الجنسية ينص على ضرورة لجوء المحاكم إلى الحكومة إلى طلب التفسير والالتزام بتفسيرها، فلا يكون من اختصاص المحكمة تفسيره، حيث تنص الفقرة الأخيرة من المادة 37 من الأمر 86 / 70 المؤرخ في 18 ديسمبر 1970 المتعلق بالجنسية على أنه عندما يقتضي النزاع تفسير أحكام الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالجنسية بمناسبة نزاع تطلب النيابة العامة هذا التفسير من وزارة الخارجية وتلتزم المحاكم بهذا التفسير: انظر الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 41.

⁷⁷⁰ حيث أنه يوجد نص عام ولكنه غير صريح في إلزامية المحاكم الوطنية باللجوء إليه حيث بدا وكأنه موجه للنزاعات الدولية والنزاعات التي تتعلق بمصالح عامة، هذا النص يتعلق بالمادة 17 من المرسوم الرئاسي 02/403 المؤرخ في 26 نوفمبر 2002 المحدد لصلاحيات وزارة الشؤون الخارجية والتي تشير إلى أنه يختص وزير الشؤون الخارجية بتفسير المعاهدات والاتفاقيات والاتفاقات والبروتوكولات والتنظيمات الدولية التي تكون الجزائر طرفا فيها، ويدعم تفسير الدولة الجزائرية ويسانده لدى الحكومات الأجنبية وعند الإقتضاء لدى المنظمات أو المحاكم الدولية وكذا الجهات القضائية الدولية.

المبحث الثاني: تطبيقات الرقابة على نشاط القاضي المدني المتصل بمسائل القانون

سبق وأن اشرنا أن القاضي يفصل في الدعوى وفقاً للمراحل التالية: تحديد الوقائع من الناحية المادية . التكييف القانوني لهذه الوقائع . تطبيق النتائج القانونية المترتبة على هذا التكييف ⁷⁷¹ .

و يشمل نشاط القاضي في هذه المراحل القيام بمهمتين أساسيتين: أولاً إيجاد التكييف المفروض من أجل حل النزاع، ثانياً استخلاص النتائج القانونية من هذا التكييف ⁷⁷²، حيث أن المحكمة العليا تعتبر نشاط قاضي الموضوع المتصل بهذين المهمتين الأساسيتين نشاط يتعلق بمسائل القانون يخضع لرقابتها الواسعة.

وعلى هذا الأساس، فإننا سنحاول البحث في نطاق هذه الرقابة الممارسة على نشاط قاضي الموضوع، حيث سندرس في المطلب الأول رقابة النقض على التكييف القانوني الذي يعطيه القاضي للوقائع المعروضة عليه من طرف الخصوم، بينما سنتناول في المطلب الثاني الرقابة الممارسة على قاضي الموضوع في استخلاصه للنتائج القانونية للتكييف الصحيح الذي قام به.

المطلب الأول: رقابة التكييف القانوني للوقائع

يحتل التكييف القانوني أهمية كبرى ⁷⁷³ في العمل القضائي باعتباره عمل قانوني يقوم به قاضي الموضوع من أجل إيجاد حل للنزاع المطروح عليه، ذلك أنه إذا اعتبرنا الواقع منطقة

⁷⁷¹ بالرغم أنه قد سبق وأن أشرنا إلى أن هذا التقسيم قد لاقى نقداً بحيث لم يقبل به البعض كأساس للتمييز بين الواقع والقانون، إلا أنه من الناحية الوصفية يسمح لنا طرحه إبراز التطبيقات العملية لمسائل القانون ومسائل الواقع في نشاط قاضي الموضوع.

⁷⁷² Frédérique FERRAND, op cit , P136.

⁷⁷³ ولقد وصلت هذه الأهمية ذروتها في القانون الروماني إلى الحد الذي جعل من الخصم الذي يخطئ في وصف دعواه يواجه برفضها ولو كان الخطأ في الوصف مجرد خطأ شكلي ، حيث رفضت دعوى أحد الأشخاص بسبب أنه طالب بملكية شجرة عنب ووصفها بأنها *vigne* في حين كان الوصف الشائع حينها بأنها *arbre* :

et malheur à celui qui se trompait ! Gaius nous rapporte qu'un « acteur » avait revendiqué une vigne en l'appelant une vigne ,or la coutume imposait pour une action de ce genre le mot « arbre » il perdit son procès : René DEKKERS, le fait et le droit, problèmes qu'ils posent , rec.de travaux du centre national de recherches logiques,EEB,BRUXELLES,1961 , p18.

سفلى والقانون منطقة عليا ، فإن التكييف يعد منطقة قانونية وفنية وسطى يقوم القاضي فيها بملاقة الواقع والقانون، حيث يتمكن بذلك من تطبيق القانون على الواقع⁷⁷⁴.

لتوضيح هذه الأهمية نضرب المثال التالي: رفع زوج دعوى طلاق ضد زوجته بسبب أنها رفضت أن تحضر له وجبة العشاء، مستندا على نص المادة 242 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أن الطلاق يمكن أن يتأسس على أفعال منسوبة إلى أحد الزوجين عندما تشكل هذه الأفعال إخلالاً خطيراً بواجبات والتزامات الزوجين تؤدي إلى استحالة مواصلة الحياة المشتركة بين الزوجين، هنا للفصل في هذا النزاع يتعين على القاضي القول فيما إذا كان رفض الزوجة تحضير وجبة العشاء يشكل إخلالاً خطيراً بالواجبات الزوجية أم لا، وهل أن هذه الواقعة ينطبق عليها الوصف المنصوص عليه بالمادة 242 السابقة الذكر، إن هذا النشاط الذهني المبذول من طرف القاضي يشكل عملية التكييف القانوني للوقائع⁷⁷⁵، ولأنه نشاط ذهني فهو يشكل من الناحية النفسية حكماً حقيقياً هو بمثابة عصب الحكم القضائي الفاصل في النزاع⁷⁷⁶. ويقوم التكييف القانوني على شرطين: الشرط الأول أن ينص المشرع على أنه في حال قيام واقعة مجردة لها خصائص معينة فإنها تتدرج تحت وصف قانوني معين، ويرتب عليها أثراً قانونياً معيناً، وهذا الشرط إنما هو من اختصاص المشرع، أما الشرط الثاني فيتمثل في قيام القاضي بإلحاق الواقعة المعروضة عليه بالوصف القانوني المحدد لها، وهذا الشرط هو من اختصاص القاضي⁷⁷⁷، لكن لا يشترط على هذا الأخير بأن يلتزم بنفس الألفاظ التي حددها القانون، فحسبه أن يجري التكييف على ما قصده القانون من تلك الألفاظ، فلا محل لتجريح الحكم إذا استعمل تعبيراً لغوياً دارجاً بدلاً من التعبير الخاص المقرر في القانون⁷⁷⁸، فإذا حكم القاضي مثلاً بإلغاء العقد وكان يقصد في الواقع تعبير فسخ العقد المقرر بالمادة 119 من

⁷⁷⁴ محمد محمود إبراهيم، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى، مرجع سابق، ص 09.

⁷⁷⁵ MARIE-NOELLE JOBARD-BACHELLIER, op cit, P39.

⁷⁷⁶ محمد زكي أبو عامر، مرجع سابق، ص 287.

⁷⁷⁷ أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 314.

⁷⁷⁸ عبد القادر سيد عثمان، إصدار الحكم القضائي، ر د، كلية الحقوق جامعة عين شمس، القاهرة 1981،

القانون المدني فلا يكون هناك خطأ في التكييف ما دام أنه قد قضى بفسخ العقد عملاً بنص تلك المادة، وما دام أن أسباب الحكم تبرر ما انتهى إليه.

وحتى يتسنى لنا دراسة موضوع رقابة التكييف، فإنه يجب علينا أولاً تعريف التكييف، ثم ثانياً البحث في رأي الفقه حول تحديد دائرة الرقابة على هذا النوع من العمل القضائي، لنخلص ثالثاً إلى رأي القضاء في هذه المسألة.

الفرع الأول: تعريف التكييف

رغم أن المشرع استعمل مصطلح التكييف لكنه لم يتصد لمسألة تعريفه، تاركاً الأمر للفقه الذي حاول أن يضع تعريفاً محدداً لهذا المصطلح.

ذهب الأستاذ **pierre de chauveron** في تعريفه للتكييف بالقول إلى أن تكييف واقعة ما هو إعطاءها اسم قانوني يختلف عن الاسم الشائع الذي يكتفي بتمييزها عن باقي الوقائع، هذا الاسم القانوني يحمل آثار قانونية معينة، إذن تكييف واقعة وبشكل محدد هو تطبيق قاعدة قانونية على تلك الواقعة⁷⁷⁹.

وعرفه الأستاذ **francis Kernalleguen** على أنه عبارة عن عملية تتحقق من خلال المواجهة بين وقائع الدعوى الثابتة وبين القاعدة القانونية المختارة والتي كانت محل بحث وتحليل، أو هو عبارة عن التقاء الواقع بالقانون⁷⁸⁰.

وعرفه الأستاذ **TERRE** بأنه عبارة عن نشاط قانوني من خلاله تتم المقارنة بين مجموع الظروف الواقعية المتعلقة بالدعوى مع العناصر المولدة للحق المدعى به، ثم إعلان إرادة القانون سواء كان تأكيداً للحق المدعى به أو نفيًا له⁷⁸¹.

كما عرفه الفقيه **MOUTULSKY** بأنه الترجمة القانونية لواقع اجتماعي، أو هو إعطاء واقعة محددة مصطلحاً يمثل قيمتها القانونية⁷⁸².

⁷⁷⁹ Pierre de chauveron, du pouvoir de contrôle de la cour de cassation sur la qualification criminelle, thèse paris 1908, p 13 .

⁷⁸⁰ Francis KERNALLEGUEN, op cit, p330.

⁷⁸¹ نبيل اسماعيل عمر، سبب الطلب القضائي، مرجع سابق ، ص 69. وقد أشار إلى المرجع التالي:

- François Terré, l'influence de la volonté individuelle sur la qualification, thèse paris 1956,p530 et s.

⁷⁸² تم الإشارة إلى هذا التعريف في : عيد محمد القصاص ، مرجع سابق ، ص 346.

وفي تعريفه للتكييف ذهب الأستاذ أحمد أبو الوفاء إلى القول بأنه إعمال القاعدة القانونية وإرساؤها على ما ثبت من وقائع الدعوى، أو هو وصف هذه الوقائع وإبرازها كعناصر أو شروط أو قيود للقاعدة القانونية الواجبة التطبيق، والتكييف بذلك يقتضي جهدا قانونيا كما يقتضي منطقا في نفس الوقت، لأنه يتطلب فهم القانون والشروط اللازمة لإعمال نصوصه المختلفة، كما يتطلب البحث في طيات وقائع الدعوى الثابتة للتحقق من توافر الشروط أو القيود أو العناصر التي يتطلبها القانون، مع بذل جهد منطقي في تفهم معاني ألفاظ القانون، حتى يرد فهم الواقع في الدعوى إلى فهم حكم القانون في هذا الواقع⁷⁸³.

وذهب الأستاذ فتحي والي إلى القول بأن التكييف القانوني للواقعة هو تحديد وصفها لبيان ما إذا كانت تخضع لقاعدة قانونية معينة أم لا، كأن تصف محكمة الموضوع الفعل بأنه يشكل خطأ يستوجب المسؤولية أم لا⁷⁸⁴.

بينما اتجه الأستاذ نبيل اسماعيل عمر إلى اعتبار أن التكييف القانوني هو مسألة فنية بحتة، وللوصول إلى هذه النتيجة انطلق من نظرية القياس المنطقي القضائي، حيث توصل إلى أن التكييف القانوني ما هو إلا عامل محفز يساعد على إحداث تفاعل بين الواقع ومفترض القاعدة القانونية، هذين العنصرين يساعد التكييف القانوني على تفاعلها وذلك بإجراء المقارنة بينهما، لينتج لنا هذا التفاعل تطبيق القاعدة القانونية، ليخلص في النهاية إلى أن التكييف القانوني هو عملية فنية بحتة مستقلة عن مجموع الوقائع، تشكل بذاتها عنصرا موضوعيا منظما من قبل المشرع، وظيفتها تتحصر في تطبيق القانون بواسطة القاضي⁷⁸⁵.

وذهب الأستاذ الغوثي بن ملحة إلى أن التكييف القانوني هو من الأسس التي يبنى عليها الاجتهاد القضائي، حيث عرفه بأنه إعطاء النزاع المعروض على القاضي الوصف القانوني الذي يسمح بتطبيق قاعدة قانونية معينة عليه، ويتم ذلك عن طريق مقارنة الوقائع بمفترض القاعدة القانونية التي يراها القاضي محتملة التطبيق على النزاع المعروض عليه، ليخلص هذا

- Henri MOTULSKY, principes d'une réalisation méthodique du droit prive, op cit , p24.

⁷⁸³ أحمد أبو الوفاء ، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، مرجع سابق ، ص 276.

⁷⁸⁴ فتحي والي ، مرجع سابق ، ص 713.

⁷⁸⁵ نبيل اسماعيل عمر، سبب الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف ، مرجع سابق ، ص 75.70.

الأستاذ أخيرا إلى ان التكييف هو في الحقيقة عمل ذهني يتوصل به القاضي إلى تطبيق القانون على وقائع النزاع⁷⁸⁶.

وانطلاقا مما سبق، فإننا نرى، أن التكييف القانوني للوقائع هو عمل ذهني يقوم به القاضي بأمر من المشرع، ويتمثل في إعطاء الوقائع المنتجة في النزاع الوصف القانوني المناسب لها وذلك من خلال إجراء عملية مقارنة منطقية بين الواقع المعروض و مفترض القاعدة القانونية الواجبة التطبيق.

ويتربط على هذا التعريف المقترح من طرفنا النتائج التالية:

. أن التكييف هو عمل ذهني وبالتالي فإن التحكم فيه يختلف باختلاف الملكات الفكرية من قاضي إلى آخر، وبالتالي يصعب وضع معيار موضوعي مساعد للقاضي من خلاله يمكنه التحكم والسيطرة على هذا المجال، لذلك فإن جل أخطاء قضاة الموضوع في تطبيق القاعدة القانونية يأتي من الخطأ في التكييف.

. أن التكييف هو عمل قضائي أي أنه ليس مطلوب من الخصوم أن يقوموا بعملية التكييف، وحتى وإن قاموا بها فإنها لا تكون ملزمة للقاضي⁷⁸⁷.

. أن التكييف هو عمل ملزم للقاضي بحيث أن المشرع يلزمه بضرورة القيام بهذا النشاط، بحيث أن هذا الإلزام يقع عليه كالتزام بتحقيق نتيجة وليس التزام ببذل عناية.

. أن التكييف يتعلق فقط بالوقائع المنتجة في الدعوى دون غيرها من الوقائع الأخرى، إذ أن التكييف ليس له أي معنى ولا ترجى منه أي فائدة إلا إذا تعلق بالوقائع المنتجة في الدعوى.

. أن التكييف يجب أن يكون منصبا على الوقائع التي عرضها الخصوم على القاضي، إذ لا يجوز لهذا الأخير أن يمس بمجموع الوقائع التي يتمسك بها الخصوم، و قضاء النقض متشدد

⁷⁸⁶ الغوثي بن ملح، أفكار حول الاجتهاد القضائي، مقال منشور بالمجلة القضائية للمحكمة العليا، ع01، س2000، ص57.

⁷⁸⁷ مع الملاحظة أن المشرع الفرنسي وبنص المادة 12 ف 03 من قانون المرافعات يمنع على القاضي تغيير التكييف القانوني الذي يتفق عليه الخصوم عندما يتعلق النزاع بحقوق يملكون حرية التصرف فيها.

في هذه المسألة إذ يقوم بنقض الأحكام المعروضة عليه إذا ما رأى أن قضاة الموضوع وعند قيامهم بعملية التكييف قد أدخلوا وقائع جديدة⁷⁸⁸.

الفرع الثاني : رقابة التكييف من خلال رأي الفقه

تعتبر مسألة الرقابة على التكييف من المسائل التي شغلت بال الفقه الفرنسي⁷⁸⁹، وبالخصوص فقهاء القانون الجنائي^{790 791} ، فمنذ زمن طويل والفقه يحاول حل التناقض الحاصل في الاجتهاد القضائي حول مسألة الرقابة على التكييف، وذلك من خلال مناداته بالتضييق وحصص سلطة رقابة النقض في هذا المجال، لكن فشل هذه المحاولات أدى إلى انتصار نظرية الرقابة الشاملة⁷⁹².

أولا . نظريات الرقابة الحصرية للتكييف :

حاول أنصار هذه النظريات وبمناسبة تحديد نطاق الرقابة على التكييف أن يقدموا معايير من خلالها يمكن تحديد الحالات التي يكون فيها التكييف مسألة قانون تخضع لرقابة النقض، والحالات التي يعد فيها التكييف مسألة واقع يخرج عن نطاق الرقابة، حيث توصلوا إلى ثلاث معايير مختلفة.

أ . معيار التمييز بين المفاهيم المحددة في القانون والمفاهيم غير المحددة - نظرية الرئيس : BARRIS

تعتبر هذه النظرية من أخطر النظريات التي صيغت في مجال التمييز بين الواقع والقانون نتيجة ما خلفته من آثار سواء لدى الفقه أو لدى محكمة النقض الفرنسية⁷⁹³. وقد تم طرح هذه النظرية من طرف الرئيس BARRIS⁷⁹⁴ لما كان على رأس الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية حيث عبر عنها في مذكرته الشهيرة⁷⁹⁵ التي ألقاها على محكمة

⁷⁸⁸ نبيل اسماعيل عمر، سبب الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف ، مرجع سابق، ص 83.

⁷⁸⁹ Gabriel MARTY, op cit, p190 et s , Entriste Faye, op cit, p 172 et s.

⁷⁹⁰ Pierre de chauveron, op cit, pp 13,38.

⁷⁹¹ و تستمد مسألة التكييف أهميتها في القانون الجنائي كون أن هذا الأخير يرتكز على مبدأ شرعية التجريم والعقاب وأن تطبيق هذا المبدأ لا يتم بشكل صحيح إلا من خلال التكييف السليم للوقائع انظر :

- Pierre de chauveron, Ibid, p10 .

⁷⁹² Francis KERNALEGUEN, op cit, p285. - Dominique d'Ambra, op cit, p140.

⁷⁹³ محمد الكشور ، مرجع سابق ، ص 300 .

النقض الفرنسية سنة 1882⁷⁹⁶ بمناسبة تصديده لمسألة التكيف في جرمي القذف والسب، أين اقترح معيارا للتمييز بين الواقع والقانون في منطقة التكيف⁷⁹⁷، وانطلق صاحب النظرية لتأسيسها من ثلاث مقدمات رئيسية⁷⁹⁸ تؤسس إلى النتيجة التي توصل إليها صاحب هذه النظرية، وهي أن تحديد نطاق رقابة محكمة النقض إنما يركز على ما يسمى بالفكرة القانونية

⁷⁹⁴ رئيس الغرفة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية بين سنة 1806 و1824 وقد دأب على كتابة آراءه وتعليقاته على أهم القضايا المعروضة على غرفته... انظر:

- Nadhir BENAMMOU.opcit,P144.

⁷⁹⁵ وقد ترجم هذه المذكرة الأستاذ مرقس فهمي المحامي وأورد ترجمته في مقال نشر في مجلة المحاماة، السنة 11، ع3، ص 217 بعنوان وجوه النقض المتصلة بالموضوع: المسألة مشار إليها في: محمود عبد ربه محمد القبلاوي، مرجع سابق، ص 548.

كما أن نفس المذكرة مترجمة من طرف الأستاذ محمد زكي أبو عامر، مرجع سابق، ص 245.

⁷⁹⁶ Répertoire Dalloz Jurisp.Gén.1882,V cassation N1224.

⁷⁹⁷ راجع في شرح هذه النظرية: محمد الكشور، مرجع سابق، ص ص 300-302.

- محمود عبد ربه محمد القبلاوي، مرجع سابق، ص ص 548-554.

- محمد علي الكيك، رقابة محكمة النقض على تسبيب الأحكام الجنائية، مرجع سابق، ص ص 29-34.

- محمد زكي أبو عامر، مرجع سابق، ص ص 234-236.

- أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص ص 342-343.

- أحمد السيد صاوي، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص ص 217-220.

- François RIGAUX.op.cit.pp 241-242.

- PETER NEU ,op cit, pp274-277.

⁷⁹⁸ ويمكن عرض هذه المقدمات الثلاثة كما يلي: المقدمة الأولى: أن محكمة النقض هي محكمة قانون تعنى برفع الأخطاء القانونية الواقعة في الحكم المعروض عليها، وقاضي الموضوع إذا تناول في حكمه هذا مسألة ما لم يضع لها المشرع تعريفا محددا تناولا سيئا فإن الأمر لا يكون سوى تقديرا سيئا للوقائع لا يدخل في رقابة النقض - المقدمة الثانية: إن سبب عدم قيام المشرع بتحديد مضمون فكرة قانونية لبعض التصرفات أو الجرائم هو تسليمه بأن هذه الفكرة تشكل مزيجا من الواقع والقانون بشكل لا يمكن الفصل بينهما، وأمام هذا الإختلاط يحجم المشرع عن تحديد مضمونها تاركا ذلك لقاضي الموضوع، ومن هنا يكون تكيفها مسألة واقع - المقدمة الثالثة: إن اعتبار التكيف القانوني هو الوسيلة الوحيدة للتطبيق السليم للقانون وأن الخطأ في التكيف هو دائما خطأ في القانون يؤدي إلى الإنحراف في فهم القواعد القانونية الصحيحة وتحويل محكمة النقض إلى محكمة استئناف...

راجع هذه المقدمات الثلاث: محمود عبد ربه محمد القبلاوي، مرجع سابق، ص ص 548-549.

المعرفة والفكرة القانونية غير المعرفة، حيث عندما يقوم المشرع بتعريف مسألة قانونية معينة فإن هذه المسألة تعد مسألة قانون، أما إذا لم يتم بتعريفها فإنها تعد مسألة واقع تترك مسألة تقديرها إلى قاضي الموضوع⁷⁹⁹ .

ففي بعض الحالات يقوم المشرع بالإشارة إلى مسألة قانونية معينة دون أن يقوم بتعريفها وبدون أن يحدد العناصر المكونة لها، فمثلا نجد المشرع يجيز للشخص تغيير اسمه في حالة وجود مصلحة مشروعة دون أن يحدد العناصر المكونة لهذه المصلحة، وفي نفس الوقت نجد المشرع وفي قانون العقوبات ينص على أنه يعاقب كل من ارتكب جريمة الاغتصاب دون أن يحدد لنا العناصر المكونة لهذه الجريمة، كما أن المشرع يرتب المسؤولية التقصيرية عن الأفعال الشخصية على أساس الخطأ دون أن يعرف لنا الخطأ⁸⁰⁰، فوفق هذه النظرية فإن تكييف المصلحة المشروعة وتكييف الفعل المكون للاغتصاب وتكييف الخطأ هو من مسائل الواقع.

وفي حالات أخرى نجد المشرع يشير إلى المسألة القانونية ويحدد طبيعتها وشروطها كما يقوم بتعريفها وتحديد معناها⁸⁰¹، فمثلا نجد المشرع قد قام بتعريف عقد البيع بنص المادة 351 من القانون المدني بأنه عقد بمقتضاه يلتزم البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي، هنا نجد المشرع قد حدد لنا عناصر وشروط هذا العقد، وبالتالي فإن مسألة تكييف هذا العقد هي مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض.

رغم التقدير الكامل لما كان يخشاه ويتنبأ به الرئيس BARRIS من اتساع دائرة الخطأ في القانون لتشمل تقديرات الواقع المحض⁸⁰²، إلا أن نظريته لاقت عدة انتقادات⁸⁰³ أهمها :

- أن التمييز بين المفاهيم القانونية المعرفة والمفاهيم القانونية غير المعرفة هو تمييز لا يستند إلى أي أساس جدي⁸⁰⁴، فمن جهة كل مفهوم يستعمله المشرع يفترض ضمنا أنه يعطيه تعريفا

⁷⁹⁹ Dominique d'Ambra, op cit, p140.

⁸⁰⁰ Francis KERNALEGUEN, op cit, p285 .

⁸⁰¹ Francis KERNALEGUEN, Ibid, p286.

⁸⁰² محمد زكي أبو عامر، مرجع سابق، ص 290.

⁸⁰³ Pierre DE CHAUVERON, op cit , p21.

راجع مجمل هذه الانتقادات : محمود عبد ربه محمد القبلاوي، مرجع سابق ، ص ص 551-554.

⁸⁰⁴ Pierre DE CHAUVERON ,Ibid ,p21.

معينا، ومن جهة أخرى فإن التعريف الذي يعطيه المشرع لمفهوم معين كثيرا ما يكون غير كاف لوحده إذ يحتاج إلى توضيح وشرح⁸⁰⁵.

- إن مصطلح المفاهيم القانونية المعرفة عن طريق المشرع هو مصطلح تحكيمي وغير قابل للإمساك به، بحيث أنه لا يوجد لدينا معيار محدد نستطيع من خلاله أن نميز بين ما هو معرف من طرف المشرع ويعد من مسائل القانون يخضع لرقابة النقض، وبين ما هو غير معرف يعد مسألة واقع لا يخضع لرقابة النقض⁸⁰⁶.

- إن كل مفهوم قانوني لا بد أن يكون له مدلول معين سواء حدده المشرع صراحة أم لم يحدده، فإذا لم يحدده صراحة فإنه يكون أوكل هذه المهمة للقاضي، والقاضي هنا ليس حر في هذه المهمة بل يخضع لإرادة المشرع، وبالتالي فإنه لا وجود لمفاهيم قانونية غير محددة⁸⁰⁷.

- أن هذا المعيار غامض، لأنه في بعض الحالات المشرع يستعمل مصطلحات ومفاهيم معقدة لتعريف مسألة قانونية معينة، كأن يستعمل عبارة التحريض العلني على الأفعال المخلة بالحياء، أو عبارة الغلط الجوهرية في صفة أساسية في المتعاقد، فهنا هل يجب أن نعتبر أنه لا توجد إلا مجرد تسمية بسيطة للمفهوم لا ترقى إلى درجة تحديده وبالتالي تخرج مسألة تكييفه عن نطاق رقابة النقض، أم يجب أن نعتبر أن الإيضاحات المقدمة تشكل بداية لتعريفه، وهذا كاف للقول بأن مسألة تكييفه تخضع لرقابة النقض؟⁸⁰⁸

- أنه من الصعب القبول أن المحكمة العليا لا تراقب مثلا مسألة تكييف الخطأ في المسؤولية المدنية بحجة أن المشرع لم يعرف الخطأ ولم يحدد شروطه، كما أنه من الصعب تقبل عدم رقابة المحكمة العليا على مسألة تحديد مفهوم الشيء ومفهوم الحارس في المسؤولية الناشئة عن الأشياء بحجة أن المشرع لم يعرفهما، لأنه لو سلمنا بهذه النظرية لما تبقى للمحكمة العليا أي رقابة على التكييف في مجال المسؤولية التقصيرية، وهذا ما لا يتفق مع ما جرى عليه

⁸⁰⁵ حلمي محمد الحجار، ج01، مرجع سابق، ص184.

- Henri MOTULSKY, principes d'une réalisation méthodique du droit prive, op cit, p154.

⁸⁰⁶ Jacques Boré, op cit, p320.

- Gabriel MARTY, op cit, p194.

⁸⁰⁷ أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 343 .

⁸⁰⁸ Gabriel MARTY, op cit, p194.

الاجتهاد القضائي في إعطاء المحكمة العليا لنفسها الحق في الرقابة على هذا المجال⁸⁰⁹، حيث أن المحكمة العليا تراقب الوصف القانوني للعمل المادي هل يشكل تعدياً أم لا، وبالنتيجة هل يشكل خطأ أم لا، الأمر الذي يؤسس لحق المحكمة العليا في الرقابة على تكيف الخطأ⁸¹⁰.

ب. معيار التقدير القانوني والتقدير غير القانوني:

تم طرح هذا المعيار سنة 1834 من طرف كل من المدعي العام DUPIN والمستشار Broé⁸¹¹، ومضمونه أنه يتعين التفريق بين الألفاظ والمصطلحات التي يستخدمها المشرع دون أن يكون بحاجة إلى تحديد معناها بسبب أنها تكون قابلة للتحديد بطريقة عامة ومجردة كاصطلاح القتل والتسلق من جهة، وبين الألفاظ والمصطلحات التي لا يمكن تحديد معناها في البداية بطريقة عامة ومجردة، إذ يتوقف تحديد معناها على ما يستخلصه القاضي من ظروف كل دعوى على حدة، كالإهانة والسب والبدء في التنفيذ وجسامة الخطأ والضرر، فبالنسبة للفئة الأولى يكون تكيف الوقائع من مسائل القانون التي تخضع لرقابة النقض، لما للمصطلح من معنى عام ومجرد ينطبق على واقعة الدعوى المنظورة وغيرها مما قد يطرح على القضاء مستقبلاً، أما الفئة الثانية فيكون تكيف الوقائع فيها مسألة موضوعية تخرج عن نطاق الرقابة، كون المصطلح هنا يمثل حالة فردية ترتبط بظروف الدعوى المنظورة والتي تختلف من دعوى إلى أخرى⁸¹².

و في محاولة لتطوير هذا المعيار تقدم الأستاذ Chénon بفكرة مفادها التمييز من جهة بين الأفكار التي تستدعي القيام بمجرد تقديرات مادية فقط كالجواب عن السؤال التالي: هل أن

⁸⁰⁹ Francis KERNALEGUEN, op cit, p286.

⁸¹⁰ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 01، مرجع سابق، ص 809.

⁸¹¹ Dupin, discours à l'audience du 23/05/1834, rep. dalloz. n 12200.

– Jacques Boré, discours à l'audience du 23/05/1834, rep. dalloz. n 1226-affaire Gazette du languedoc: crim 23/05/1834.

– لاحظ أنه قد تم طرح هذا المعيار بمناسبة النظر في طعن بالنقض في دعوى جزائية، إذ أنه يجب الاعتراف بأن فقهاء المرافعات الجزائية كانوا السباقين في البحث في مسألة التمييز بين الواقع والقانون، إلا أن هذا لا يمنع من استعمال هذه المعايير في ما يخص الطعن بالنقض في المسائل المدنية.

⁸¹² محمود عبد ربه محمد القبلاوي، مرجع سابق، ص 558-559.

الوصية المحتج بها مكتوبة بخط يد الموصي؟ والأفكار التي تتطلب تقديرا ماديا ومعنويا مثل تحديد الضرر الذي يعطي للزوجة الحق في التطليق، ومن جهة أخرى بين الأفكار القانونية مثل الخلف العام والخلف الخاص والوكالة والبيع والإيجار، فبينما يعتبر تكييف الأفكار التي تحتاج إلى تقدير مادي أو معنوي من مسائل الواقع، فإن تكييف الأفكار القانونية يعتبر مسألة قانون⁸¹³.

واقترح الأستاذ **Cournot** تصورا آخر مفاده أن هناك نوعين من المفاهيم، النوع الأول هو المفاهيم التي تكون محلا لتقدير منطقي وهذه المفاهيم تخضع لرقابة النقض، أما النوع الثاني فهو المفاهيم التي يستعمل قاضي الموضوع ضميره وإحساسه من أجل تقديرها وتكييفها وهذه المفاهيم لا تخضع لرقابة النقض، واقترح هذا الفقيه انطلاقا من هذا التصور استبدال فكرة التمييز بين الواقع والقانون بفكرة التمييز بين التقديرات المنطقية والتي تخضع لرقابة النقض والتقديرات المتعلقة بالإحساس والضمير والتي لا تخضع لرقابة النقض⁸¹⁴.

لم يسلم هذا المعيار أيضا من النقد⁸¹⁵، إذ وجهت إليه عدة مآخذ أهمها:

- أن التمييز الذي يقيمه هذا المعيار ليس له ضابط محدد، فهو في الحقيقة يقوم على تفرقة تحكيمية بحيث اكتفى أنصار هذا المعيار بإعطاء مجرد أمثلة على ما يعتبر تقديرا قانونيا وما يعتبر تقديرا غير قانوني دون تقديم قاعدة عامة ومجردة يمكن الرجوع إليها لتحديد هذه التفرقة⁸¹⁶، وحتى الأمثلة التي تم طرحها للتدليل على هذه التفرقة لم تكن موفقة في أغلب الأحيان، ففي المثال المتعلق بتكييف تقدير القاضي ما إذا كانت الوصية مكتوبة بخط اليد على

⁸¹³ Emile Chénon, origine, condition et effet de la cassation, paris 1882, p166.

⁸¹⁴ محمد الكشور، مرجع سابق، ص304 .

⁸¹⁵ رغم الانتقادات الموجهة لهذا المعيار إلا أن بعض الفقهاء الذين ظهوروا في القرن العشرين لم يترددوا في الإستعانة به ففي سويسرا ظهر الفقيه Deschenaux الذي طرح في رسالته بعنوان التمييز بين الواقع والقانون المنشورة سنة 1948 التفرقة بين التكييف القانوني والتكييف المادي، كما وضع الفقيه الفرنسي Duperyoux معيارا أساسه التفرقة بين التكييف القانوني والتكييف الفني للمفاهيم التي تحتاج إلى تقديرات طبية كتقدير حالة الخصم العقلية كالعته والبلاهة، كما فرق الفقيه البلجيكي Dekkers بين التكييف القانوني والتكييف ذو الصبغة الواقعية الصرفة في بحثه المنشور سنة 1961 بعنوان الواقع والقانون... راجع : Jacques Boré, op cit, p322.

⁸¹⁶ PETER NEU, opcit, pp279-280.

أنه مسألة واقع نلاحظ أنه تكيف لا يقوم على أساس صحيح، إذ أن التكيف هنا قد يطرح مسائل قانونية كمسألة ما إذا كان هناك إكراه على الموصي دفعه إلى تحرير الوصية⁸¹⁷.
 - إن التفرقة بين ما يعد تقديرا قانونيا وما لا يعد كذلك هي تفرقة صعبة، كما أن الأفكار غير القانونية هي أفكار غير ثابتة بل هي قابلة لأن تتحول بمرور الزمن إلى أفكار قانونية⁸¹⁸.
ج . معيار التمييز بين التكييفات العامة والتكييفات الخاصة:

- تم طرح هذا المعيار من طرف الفقيه البلجيكي arlound Bayart في مقالته التي نشرها سنة 1961⁸¹⁹ حيث انطلق من أن أي قرار صادر عن محكمة النقض لا يهدف إلى البحث عن أفضل حل للنزاع المعروض عليه بقدر ما يهدف إلى القيام باجتهاد يصلح لأن يكون نموذجا يطبق على قضايا مماثلة، وبالتالي فإن المحكمة العليا في رقابتها على التكيف تميز بين مسائل التكيف العامة ومسائل التكيف الخاصة وذلك على النحو التالي:
 - نكون بصدد الفصل في مسألة تكيف عامة عندما يقوم قاضي الموضوع بتعريف مصطلح يستعمله المشرع دون أن يعرفه، أو عندما يقرر بطريقة عامة أن هذا المصطلح ينطبق أو لا ينطبق على نوع معين من الوقائع أو الموضوعات، وعلى العكس، نكون بصدد الفصل في مسألة تكيف خاصة عندما يقتصر نشاط القاضي على التقرير بأن الوقائع التي أثبتتها تدرج أو لا تدرج في المضمون القانوني لقاعدة معينة⁸²⁰.
 وينتهي هذا الفقيه إلى أن التكييفات العامة وحدها هي التي تخضع لرقابة المحكمة العليا باعتبارها مسألة قانون، بينما تترك التكييفات الخاصة للتقدير الموضوعي لقاضي الموضوع، وبالتالي فإنها تخرج عن نطاق الرقابة⁸²¹.

⁸¹⁷ أحمد السيد صاوي، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 224.

⁸¹⁸ نبيل اسماعيل عمر، النظرية العامة للطعن بالنقض، مرجع سابق، ص 152.

⁸¹⁹ Arlound BAYART, la distinction du fait et du droit, le point de vue de l'avocat, le fait et le droit, rec. de travaux du centre national de recherches logiques, EEB, BRUXELLES, 1961, pp 89-112.

⁸²⁰ Arlound BAYART, op cit, pp 101, 102.

- Jacques Boré, op cit, p322.

⁸²¹ Dominique d'Ambra, op cit, p142.

فمثلا وفي مجال تطبيق أحكام المسؤولية الناشئة عن تهمد البناء المنصوص عليها بالمادة 1362 من القانون المدني الفرنسي⁸²² فإن القاضي يعطي مفهومه لمعنى التهمد المنصوص عليه بهذه المادة عندما يقرر أن التهمد يحصل بسقوط جزء مهم من البناء وهنا يجري تكييفها عاما للمسألة، وكذلك يعتبر التكييف عاما عندما يفصل القاضي بالقول أن سقوط قطعة من البناء . قرميدة . لا تشكل تهدما للبناء، بينما يعتبر التكييف خاصا عندما يرى أن جزء من الحائط لا يشكل سوى قطعة صغيرة من هذا الحائط، وبناء على ذلك يقرر حصول أو عدم حصول تهمد البناء⁸²³.

لاقي هذا المعيار عدة انتقادات أهمها :

- أن كل تكييف يمارسه قاضي الموضوع ومهما كانت طبيعته هو دائما تكييف خاص، لأنه يتمثل في المقارنة بين وقائع معينة وقاعدة أو قواعد قانونية، وبالتالي فإن إقصاء هذا النوع من التكييف من رقابة المحكمة العليا يؤدي إلى إقصاء التكييف برمته من هذه الرقابة⁸²⁴.

- أن ما قيل عنه بأنه تكييف عام فهو ليس إلا تحديدا للمعنى القانوني لقاعدة معينة، ومحكمة النقض لا يمكنها أن تقدم بطريقة عامة سائر الآثار التي تترتب على التحديد القضائي المبذول للاصطلاح القانوني الذي لم يحدد المشرع معناه، وأن ما قيل عنه بأنه تكييف خاص فهو ليس إلا تطبيقا للقاعدة القانونية على الوقائع التي أثبتها القاضي وفقا لمفهومه لتلك القاعدة، وإخراج هذا النوع من التكييف من دائرة الرقابة سيؤثر لا محالة في الأحكام التي تصدر في حالات مشابهة⁸²⁵.

- أن قضاء محكمة النقض تتحدد آثاره بالدعوى التي فصل فيها لذلك فإنه لا يجوز أن نحصر السلطة الرقابية لهذه المحكمة في دائرة عمومية المسألة المعروضة عليها⁸²⁶.

⁸²² Art 1386 ccf : le propriétaire d'un bâtiment, responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction.

⁸²³ Arlound BAYART, Ibid, p 102.

⁸²⁴ François RIGAUX, op cit, p243. BORE, op cit, pp322,323. Dominique d'Ambra, op cit , p 142.

⁸²⁵ محمد زكي أبو عامر، مرجع سابق، ص 230 .

⁸²⁶ أحمد فتحي سرور، مرجع سابق ، ص 346.

-إن كل مشكلة قانونية تتعلق بحالة معينة لا يمكن حلها إلا وفقا لمعايير قانونية عامة، فمثلا إن معرفة ما إذا كان الجرح في واقعة معينة يعتبر جسيما أم لا هو أمر يتعلق بالمعيار القانوني لجسامة الجرح، وهو معيار عام مجرد بحكم طبيعة القاعدة القانونية⁸²⁷.

-أن هذا المعيار لا يمكن الجزم بوضوح تطبيقه عمليا لتفسير مثلا تحول قضاء النقض في مسألة الرقابة على حقيقة وجدية سبب التسريح في المسائل العمالية، أو لتفسير اختلاف وتباين غرف المحكمة العليا في أحكامها الفاصلة في مسائل متشابهة، كما يبدو أن هذا المعيار قد حصر نطاق الرقابة تحت ضغط العدد الكبير للقضايا التي تعرض على المحكمة العليا⁸²⁸.

-أن هذا المعيار ما هو إلا محاولة يائسة لإعادة إحياء نظرية المفاهيم المحددة في القانون والمفاهيم غير المحددة المقترحة من الرئيس BARRIS والتي هجرها الفقه والقضاء منذ أكثر من قرن ونصف⁸²⁹.

-رغم هذا النقد فإن هناك من الفقه من رأى أن هذا المعيار مفيد لكنه غير كاف⁸³⁰. فهو مفيد لأنه يظهر جيدا أن المحكمة العليا لم ترفض دائما الفصل في مسألة التكييف عندما يكون بإمكانها القيام بذلك لصياغة مبدأ عام بما فيه الكفاية، ولأنه عندما ترفض المحكمة العليا الفصل في مسألة التكييف فإن ذلك يرجع إلى عدم رغبتها في الفصل في قرار سوف لن يشكل قرارا مبدئيا -arrêt de principe- وإلى أن المسألة سوف لن تجد لها إلا تطبيقات نادرة خارج الحالة المعروضة عليها في النزاع الذي تفصل فيه.

⁸²⁷ أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 346.

⁸²⁸ Thomas PIAZZON, op cit, p523.

-لمعرفة أكثر حول موضوع تباين أحكام غرف المحكمة العليا راجع: ساسي بن حليمة، التباين في فقه قضاء محكمة التعقيب، مجموعة لقاءات الحقوقيين، العدد الثاني، التعقيب أعمال ملتقى من 04 إلى 07 أفريل 1989 تونس، ص ص 135- 181.

⁸²⁹ محمد الكشور، مرجع سابق، ص 305.

⁸³⁰ Paul FORIERS, op cit, p p51à71. Léopold MORGENTHAL, la notion de subordination, le fait et le droit, rec.de travaux du centre national de recherches logiques, EEB, BRUXELLES, 1961, pp 221-244.

وهو غير كاف لأنه لا يكون صالحا بصفة مؤكدة إلا بطريقة عامة، أو في الحالات التي ترفض فيها المحكمة العليا الدخول في مسألة التكييفات الخاصة، لذلك يجب أن نأتي بمعيار جديد لمسألة التكييف.

ثانيا . نظرية الرقابة العامة للتكييف :

لدراسة هذه النظرية فإنه يمكننا أن نعرضها من خلال تحديد مضمونها، ثم التساؤل حول حدود تطبيقها.

أ . مضمون النظرية :

من الناحية التاريخية فإن هذه النظرية ترجع إلى الرئيس Désiré Dalloz الذي نشر مقال في مجلة دالوز سنة 1847 من خلاله دافع عن حق محكمة النقض في الرقابة على كل التكييفات⁸³¹، ليتم تأييدها في ما بعد من طرف عدد كبير من الفقهاء⁸³².

وتذهب هذه النظرية إلى أن محكمة النقض يجب أن تبسط رقابتها على كل أنواع التكييف حتى تتمكن من أداء مهمتها الأساسية المتمثلة في ضمان وحدة القانون، ومن جهة ثانية حتى تتحقق المساواة بين المواطنين أمام القانون، وذلك عندما تقوم بإعطاء نفس التكييف القانوني لنفس الوقائع المعروضة عليها⁸³³.

وترتكز هذه النظرية على أربعة أفكار أساسية⁸³⁴، هي في الحقيقة مستمدة في مجملها من الانتقادات الموجهة لنظريات الرقابة المقيدة السابق ذكرها.

إن الفكرة الأولى تنطلق من أن التكييف هو دائما مسألة قانونية، وهي فكرة يكاد الفقه يجمع عليها على الرغم من أن الوقائع المكيفة في النزاع هي بطبيعتها وقائع خاصة بهذا النزاع دون

⁸³¹ Rép .Dalloz.1847.V casstion ,N1208s.

⁸³² Gabriel MARTY , op cit ,p204, DE CHAUVERON ,op cit ,p13à16 et 367, Henri Moutulsky, principes d'une réalisation méthodique du droit privé, op cit, p154. Francis KERNALÉGUEN, op cit, p293, François Rigaux, op cit, pp 232à279 , Jacques Boré, op cit, p328.

⁸³³ مصطفى كيرة ، مرجع سابق ، ص 421.

⁸³⁴ Jacques Boré, op cit, p324.

غيره⁸³⁵، واعتبار التكييف دائما مسألة قانونية ينطلق أيضا من أن كل تمييز بين التكييفات القانونية والتكييفات المادية والتقنية والمعنوية هو تمييز اعتباطي لا يرتكز على أي أساس جدي⁸³⁶، فمثلا كيف يمكن لنا أن نعتبر أن السب المشين الصادر من أحد الزوجين ضد الآخر ينطوي على مجرد تقدير معنوي لا يخضع تكيفه لرقابة النقض على الرغم من أن الأمر في حقيقته يتعلق بتكييف قانوني بواسطته يمكن ربط القانون بآثاره، فالسب المشين في نهاية المطاف ليس إلا خطأ جسيما في مجال الحقوق والالتزامات الناجمة عن الزواج، وأن محكمة النقض تعطي لنفسها دائما حق الرقابة على التكييف القانوني الذي يعطيه لقضاة الموضوع للواقعة في ما إذا كانت تشكل خطأ جسيما أم لا.

أما الفكرة الثانية فتأسس على النقد الموجه لنظرية الفقيه BARRIS، حيث من الخطأ اعتبار أنه لا توجد أي فكرة قانونية لا يمكن تعريفها، إذ أن صعوبة التعريف لا يعني استحالة، فمثلا هناك بعض الأفكار التي كان الفقه المقيد لرقابة التكييف يعتبرها عصية على حصرها في فكرة مجردة على الرغم من أن محكمة النقض استطاعت أن تمارس رقابتها عليها بطريقة جيدة وحسنة، على سبيل المثال نذكر فكرة المناورات الاحتمالية في جريمة النصب على الرغم من تطور أساليب النصب عبر الزمن فإن محكمة النقض الفرنسية استطاعت أن تضع تعريفا لهذه الفكرة على أنها الاستعانة بطرق خارجية، كما قامت بتمييز تلك المناورات عن مجرد الكذب المكتوب، كما قامت بالبحث عن عناصرها المكونة مثل تدخل الغير⁸³⁷، لذلك فإنه يجب التأكيد على أن ميدان الرقابة على التكييف هو في الأصل هو ميدان عام على الرغم من أن الأفكار الخاضعة للرقابة قد تكون غامضة وغير محددة وربما متغيرة⁸³⁸، فمحكمة النقض مثلا قد تستعين بالفقه لتعريف بعض الأفكار القانونية في حالة عدم تعريفها من طرف المشرع وتفرض على قضاة الموضوع الأخذ بذلك التعريف.

والفكرة الثالثة تنطلق من أن عملية التكييف تنتهي حتما إلى مفهوم مجرد للفكرة المعبر عنها بواسطة المقارنة بين بعض الحالات الواقعية والفكرة القانونية، حيث أن كل تكييف يجر بطريقة

⁸³⁵ Jean DABIN, préface de l'ouvrage de RIGAUX, p XVII.

⁸³⁶ Dominique d'Ambra, op cit, p143.

⁸³⁷ Jacques Boré, op cit, p326.

⁸³⁸ Francis KERNALÉGUEN, op cit, p295.

غير مباشرة مفهوما لتلك الفكرة المعبر عنها، هذا المفهوم بدون شك كثيرا ما يكون معقدا ومزدحم بالحالات الخاصة التي تشبه الحالة المعروضة، لكن مع ذلك يشكل مفهوما⁸³⁹، وبالتالي فإن عملية التكييف ليست مجرد تعريف للفكرة القانونية بل هي أيضا التطابق بين حالة واقعية وتلك الفكرة، أين يتم الانتقال من حالة خاصة إلى حالة عامة ومجردة⁸⁴⁰، ولعل الخطأ الذي وقعت فيه النظريات المقيدة لرقابة التكييف يتمثل أساسا في جهلها لهذه الطبيعة التي تميز عملية التكييف⁸⁴¹.

في حين تنتهي الفكرة الرابعة إلى أن حرمان محكمة النقض من ممارسة رقابة شاملة على كل التكييفات التي يجريها قضاة الموضوع على الوقائع والتصرفات المعروضة عليهم من شأنه أن يحد من مهمتها الأساسية والتمثلة في ضمان وحدة القانون⁸⁴²، كما من شأنه أن يضعف من قدرتها في تطوير الاجتهاد القضائي في بعض المسائل التي تكون قابلة للتطور عبر الزمن، كما أنه يحد أيضا من دورها التعليمي لقضاة الموضوع.

ب . حدود النظرية:

انطلاقا مما سبق، فإنه يمكننا أن نتساءل في ما إذا كانت هذه النظرية لا تجمع من الحدود أبعد من تلك التي تزيل كل رقابة⁸⁴³، وبعبارة أخرى هل يمكن التساؤل حول إلى أي مدى تكون الرقابة على التكييف عامة؟.

يمكن إظهار أول حد لهذه الرقابة من خلال نص المادة 353 ف1 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أنه عندما تفصل المحكمة في طلب التبني التام يجب أن تتأكد من توفر الشروط القانونية الواجب توفرها للحكم بالتبني، كما يجب أن تتأكد من أن هذا الطلب هو في مصلحة الطفل، من المفروض هنا أننا نكون أمام ميدان خصب لممارسة الرقابة على التكييف من طرف قاضي النقض، لكن بالرجوع إلى الفقرة الثالثة من نفس المادة فإنها تنص

⁸³⁹ Gabriel MARTY , op cit ,p205.

⁸⁴⁰ Jacques Boré, op cit, p327.

⁸⁴¹ Gabriel MARTY,op cit, p202.

⁸⁴² Jacques Boré, Ibid, p328.

⁸⁴³ Francis KERNALEGUEN, op cit, p296.

على أن الحكم القاضي بالتبني يكون غير مسبب، ما يفهم منه أنه لا يمكننا أن نخضعه للرقابة⁸⁴⁴، إذن فعدم إلزامية التسبب يمكن أن يكون حداً لممارسة رقابة التكيف.

لكن يجب أن نقول أن عدم الخضوع للرقابة الذي هو إجراء مقرر بدوافع تتعلق بضرورة الكتمان في هذه المسائل⁸⁴⁵، يصبح غير منتج في حالة الاستئناف لأن الأسباب القانونية تكون لازمة لضمان رقابة المحكمة العليا في حالة الطعن بالنقض، لأنه في حالة ما إذا كانت ممارسة الطعن بالنقض ممكنة فإن التكييفات التي قام بها قضاة الموضوع سوف لن تظل بدون رقابة، لأن انعدام التسبب في حكم الدرجة الأولى لن يكون عائقاً أمام رقابة التكيف ما دام أن هذا الانعدام لا ينسحب على القرار الصادر من جهة الاستئناف⁸⁴⁶.

— أما الحد الثاني لهذه النظرية فيمكن استنتاجه من إعمال نص المادة 12 ف04 وف 05 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي التي تنص على حق الخصوم في الاتفاق الصريح على تكييف معين للنزاع يطرحونه على قاضي الموضوع بشرط أن يتعلق الموضوع بحقوق يملكون مطلق التصرف فيها، بحيث لا يجوز للقاضي أن يستبعده بطرح تكييف آخر، كما يجوز لهم وفي نفس الظروف والشروط أن يمنحوا للقاضي الحق في أن يفصل في النزاع بصفته وسيطاً بينهم، مع الاحتفاظ بحق الاستئناف ما لم يتنازلوا عنه بصفة خاصة.

وبالتالي فإن الخطأ في التكييف المختار من طرف الخصوم لن تكون الرقابة عليه لفائدة تكييف آخر ولو كان هذا الأخير هو التكييف السليم للنزاع، وإنما الرقابة عليه ستكون محصورة فقط باستبعاده والدعوة إلى الحكم برفض الدعوى لعدم التأسيس⁸⁴⁷.

⁸⁴⁴ Francis KERNALEGUEN, op cit, p296.

. والمثال الأكثر وضوح لهذه المسألة هو حكم محكمة الجنايات حيث أن هذه الأحكام غير مسببة بقوة القانون، فلا تجري محكمة النقض رقابتها إلا من خلال الأسئلة المطروحة التي يجب أن تكون حول العناصر التكوينية للجريمة وليس مباشرة على الاسم التقني للجريمة، فلا يقبل مثلاً السؤال المطروح بالشكل التالي: هل أن المتهم مذنب لارتكابه جريمة السرقة؟.

⁸⁴⁵ Jean VINCENT et Serge Guinchard, op cit, n547.

⁸⁴⁶ Francis KERNALEGUEN, op cit, p296.

⁸⁴⁷ Henri MOTULSKY, la cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge ,D .1964, chron, p238.

كما أن منح القاضي سلطة الفصل في النزاع كوسيط يؤدي إلى جواز إعفائه من الفصل فيه بتطبيق القانون، والترخيص له في مقابل ذلك بالفصل فيه بتطبيق قواعد العدالة، ففي هذه الحالة لم يبق لمحكمة النقض أي دور لتلعبه، لأن رقابتها ستختفي لانعدام موضوعها، خاصة إذا تنازل الأطراف عن حقهم في الاستئناف⁸⁴⁸.

إلا أنه يجب علينا أن نلاحظ أن هذه الحدود يمكن تجاوزها، حيث يمكن لمحكمة النقض إعمال رقابتها في حالة ما إذا كان الاتفاق مخالفا للنظام العام، كالاتفاق مثلا على مخالفة قواعد الاختصاص النوعي، أو كان الحكم فيه خرق لحقوق الدفاع، حيث أن تدخل محكمة النقض لا يكون مرتبطا فقط بطبيعة التكييفات في النزاع، لكن يرتبط أيضا بموقف الخصوم من النزاع، إلا أنه لا يمكننا أن ندعي بإفلات التكييف من رقابة قاضي النقض بحجة أنه يجوز للخصوم التنازل مباشرة عن رقابته، وإلا فإنه يمكننا أن نقول أن كل التكييفات تقلت من رقابة قاضي النقض لأن ممارسة الطعن بالنقض دائما يرتبط بإرادة الخصوم⁸⁴⁹.

- والحد الثالث لهذه النظرية يتمثل في استبعاد الرقابة في حالة استعمال القاضي لسلطته التقديرية الممنوحة له بنص قانوني صريح، ومثال ذلك نص المادة 380 من القانون المدني التي تستوجب على المشتري الذي يكتشف عيبا في المبيع يضمه البائع أن يخبر هذا الأخير بهذا العيب في أجل مقبول عادة، فإن لم يفعل اعتبر راضيا بالمبيع، حيث نلاحظ هنا أن تكييف معقولة الأجل هو من المسائل التي تدخل في السلطة التقديرية لقضاة الموضوع التي تقلت من رقابة محكمة النقض⁸⁵⁰.

- لكن ورغم هذه الحدود فإن نظرية الرقابة العامة تبقى نظرية راجحة، لأن محكمة النقض وفي جميع هذه الحالات لم تقم إلا بعمل تحديد ذاتي لسلطاتها، موضحة ببساطة الطابع الانتقائي لمهامها⁸⁵¹.

⁸⁴⁸ Francis KERNALEGUEN, op cit, p297.

⁸⁴⁹ Francis KERNALEGUEN, op cit , p298.

⁸⁵⁰ Gabriel MARTY , op cit ,p276.

⁸⁵¹ Francis KERNALEGUEN, lbid, p299.

كما أن هذه النظرية مدعومة من طرف التشريعات الحديثة التي في مجملها أصبحت تنص على أنه يجب على قاضي الموضوع أن يعطي للوقائع والتصرفات التكييف القانوني الصحيح الذي تستحقه⁸⁵².

الفرع الثالث: موقف قضاء النقض من مسألة الرقابة على التكييف

بصورة عامة فإنه عندما يمارس قضاء النقض رقابته على التكييف فإنه ينتهي إلى أحد الحلين: إما أنه يوافق على التكييف الذي أخذ به قاضي الموضوع وهنا يقوم برفض الطعن⁸⁵³، وإما أنه لا يوافق عليه وهنا يقوم بنقض القرار المطعون فيه⁸⁵⁴. ولتحديد موقف قضاء النقض من هذه المسألة، فإنه يحسن بنا أن نتعرف على موقف محكمة النقض في بعض البلدان التي لها تجارب رائدة في هذا الميدان.

أولا . موقف محكمة النقض الفرنسية من المسألة:

لا يمكن تحليل موقف محكمة النقض الفرنسية من رقابة التكييف دون الرجوع إلى تحليلات الفقيه MARTY في هذا الشأن، حيث يرى أنه من جهة ليس صحيحا أن محكمة النقض الفرنسية في الفترة ما بين 1820 و1830 قد انتصرت كليا لنظرية المستشار BARRIS، فمثلا قامت الغرفة الجنائية لمحكمة النقض في قرارها الصادر بتاريخ 02 أبريل 1825 على التأكيد على حقها في الرقابة الشاملة على مسائل التكييف، حيث نقضت هذه الغرفة القرار

⁸⁵² Jacques Boré, op cit, p328.

⁸⁵³ Cass.soc.12/06/1987,Bull. IV.n 378.

. حيث أن الغرفة الاجتماعية لمحكمة النقض الفرنسية وفي هذا القرار رأيت أن تكييف قضاة الموضوع للفعل المرتكب من طرف العامل المطعون ضده بأنه لا يشكل خطأ جسيما يستوجب التسريح بدون تعويض هو تكييف سليم مما جعلها تظهر في صورة درجة ثالثة للتقاضي.

⁸⁵⁴ قرار الغرفة المدنية للمجلس الأعلى المؤرخ في 15 جانفي 1983 ملف رقم 29009 ، مج ق، ع1، س 89، م س، ص 33: حيث بالرجوع إلى القرار المطعون فيه فإن ما قام به الطاعن من تقديم شكوى إلى النيابة لا يكون في حد ذاته خطأ موجبا للمسؤولية لكون السلطة المبلغ لها حرة في المتابعة أو عدمها هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن تهمة البلاغ الكاذب لا تكون أساسا للمطالبة بالتعويض إلا بعد صدور قرار من جهة المختصة بعدم صحة الأفعال محل التبليغ، وأمام عدم توفر هذه الشروط فإن قضاة الموضوع أخطأوا في تكييف الوقائع لما حكموا على الطاعن بالتعويض، مما انجر عنه الخطأ في تطبيق القانون، مما يجعل القرار المطعون فيه جدير بالنقض.

الصادر عن مجلس قضاء **Riom** الذي رفض الاعتراف في الوقائع المثبتة من طرفه بالعناصر المكونة لجريمة إهانة موظف أثناء تأدية مهامه المنصوص عليها بالمادة 222 من قانون العقوبات الفرنسي، إذ أقر بأنه وإن كانت العبارات الصادرة عن المتهم ضد وكيل الملك تتطوي على إهانة وقذف إلا أنها لم توجه إلى الضحية أثناء تأدية مهامه، وبالتالي فإن عنصر من عناصر التهمة غير متوفر مما يتعين التصريح ببراءة المتهم، لكن محكمة النقض قدرت عكس ذلك، حيث استنتجت من العناصر الواقعية التي أثبتتها قضاة الموضوع بأن وجود الضحية في حالة تأدية الوظيفة أثناء تلقيه لعبارات الإهانة والقذف لم تكن محل أي شك، وعليه نقضت القرار الذي قضى ببراءة المتهم وعللت قرارها بما يلي: "إذا كانت معاينة الوقائع من طرف قضاة الموضوع هي من المسائل التي لا يمكن الرقابة عليها، فإن تكييف تلك الوقائع واستخلاص النتائج القانونية المترتبة عنه يدخل في مهام محكمة النقض، هذه الأخيرة هي المكلفة قانوناً بمنع المخالفات التي يمكن أن ترتكب ضد القانون، ولها أيضاً الصفة في الحكم على تقدير الوقائع المحددة وعلى نتائجها المستخلصة، لأن هذا الحكم هو الذي يشكل أساس تطبيق القانون"⁸⁵⁵.

ومن جهة أخرى فإنه ليس صحيح أيضاً أن نظرية المستشار **BARRIS** قد فقدت كل تأثيرها على محكمة النقض بعد سنة 1830 بدليل وجود قرارات بعد هذا التاريخ أخذت فيها محكمة النقض بهذه النظرية⁸⁵⁶، حيث أن الارتباط الذي تقيمه محكمة النقض بين وجود مفهوم قانوني وبين ضرورة الرقابة على التكييف يمكن استخراجها بوضوح من عدة قرارات متعلقة بمجال العقود، من ذلك مثلاً القرار الذي أكدت فيه محكمة النقض على أنه في كل مرة يحدد فيها القانون الخصائص المميزة للعقد، فإن قضاة الموضوع إذا عاينوا توفر تلك الخصائص ثم بعد ذلك استخلصوا من ذلك وجود عقد مختلف عن العقد الذي حدد القانون خصائصه و الذي توافق عليه الأطراف، يكونون قد خرقوا القانون وعرضوا قرارهم للنقض⁸⁵⁷.

ففي ميدان العقود تتدخل محكمة النقض من أجل مراقبة ما إذا كان قضاة الموضوع وعند معاينتهم لنطاق الالتزامات الواردة بالعقد أو عند قيامهم بتفسيره لم يقوموا بتصنيفه في غير

⁸⁵⁵ Gabriel MARTY , op cit ,pp223et224.

⁸⁵⁶ Gabriel MARTY , lbid,p224.

⁸⁵⁷ Cass.req.15/07/1835.cité par Gabriel MARTY , lbid,p226.

التصنيف الذي حدده القانون له، من ذلك مثلا مراقبتها في ما إذا كان العقد هو عقد معاوضة أم هو عقد تبرعي⁸⁵⁸، ومراقبة ما إذا كان العقد يدخل في نطاق العقود الملزمة للجانبين⁸⁵⁹، وبالطريقة نفسها مارست رقابتها على الوقائع التي عاينها قضاة الموضوع فيما إذا كانت تشكل عقد بيع أو عقد أيجار أو عقد مقايضة⁸⁶⁰، وعلى النحو ذاته التكييف المعطى للشركة و للوديعة وللرهن الحيازي و لحوالة الحق وللصلح⁸⁶¹.

بينما يذهب الفقيه Boré في تحليله لقضاء محكمة النقض الفرنسية في مجال تحديد موقفها من النظريات الفقهية المحددة لنطاق رقابة التكييف ، إلى أنه لا يبدو واضحا أنها قد انحازت لأي من النظريات السابق ذكرها من أجل تحديد نطاق رقابتها على التكييف⁸⁶².

فبالنسبة لموقفها من نظرية المستشار BARRIS فإنه يمكن الملاحظة أنها قد تأثرت بهذه النظرية في بداية ظهورها، حيث رفضت بسط رقابتها على عدة تكييفات قام بها قضاة الموضوع بحجة أنها تتعلق بمسألة لم يتم تعريفها من طرف المشرع⁸⁶³، من ذلك مثلا رفضها ممارسة الرقابة على تحديد مفهوم الإهانة الجسيمة بحجة أن المشرع لم يحددها⁸⁶⁴، ورفضها ممارسة الرقابة على تحديد مفهوم العته بالنسبة للمعتوه والمجنون لأن المشرع لم يحدد شروط وخصائص حالة العته⁸⁶⁵، ثم ما لبثت أن تراجعت عن الأخذ بهذه النظرية حيث سمحت لنفسها برقابة التكييف على عدة مسائل رغم أنها غير معرفة من طرف المشرع، من ذلك ممارسة محكمة النقض لرقابتها على الخطأ⁸⁶⁶، وعلى القوة القاهرة⁸⁶⁷، وعلى مفهوم حارس الشيء⁸⁶⁸،

⁸⁵⁸ Cass.req.19/07/1881.D1882. I.220. cass.req.17/02/1904.D1904. I.526.7.

⁸⁵⁹ Cass.req.11/11/1884.D1885. I.116.

⁸⁶⁰ Gabriel MARTY , op cit ,p227.

⁸⁶¹ Gabriel MARTY , lbid ,p227.

⁸⁶² Jacques Boré, op cit, p328.

⁸⁶³ Jacques Boré, lbid, p328.

⁸⁶⁴ Cass.req.06/02/1860.DP60. I.122.

⁸⁶⁵ Cass.civ.17/01/1876.DP76. I.151.

⁸⁶⁶ Cass.civ.22/10/1890.DP92. I.342. Cass.civ.27/04/1915.DP1920.

I.142.cass.02civ.09/05/1962.Bull.civ.2 n419.

⁸⁶⁷ Cass.civ.16/11/1892.DP93. I.325. Cass.com.21/10/1967.D.1968.279.

⁸⁶⁸ Cass. Ch.réunies.02/12/1941.gaz.pal.1941.2.272.

و على حالة التوقف عن الدفع في مسائل الإفلاس⁸⁶⁹، وفي المقابل أحجمت عن رقابة التكييف لبعض المسائل رغم أن المشرع قام بتعريفها، من ذلك مثلا الموطن رغم أن المشرع عرفه بأنه المكان الرئيسي للمؤسسة⁸⁷⁰.

أما بالنسبة لنظرية التمييز بين التكييف القانوني وبين التكييف المادي والمعنوي فإن محكمة النقض الفرنسية لم تعتمد عليها كأساس عام لممارسة رقابتها على التكييف وإن كانت قد عولت عليها في بعض القرارات من أجل الإحجام عن ممارسة رقابتها دون أن تبين ذلك صراحة⁸⁷¹، فمثلا رفضت ممارسة رقابتها على استخلاص قضاة الموضوع لحسن نية الأطراف⁸⁷²، أو للغش⁸⁷³ وعلى استخلاص قضاة الموضوع للعناصر المكونة للتدليس وعلى جسامتها⁸⁷⁴.

كما لا حظ هذا الفقيه أيضا أن محكمة النقض رفضت أيضا التعويل صراحة على نظرية الرقابة العامة على التكييف على الرغم من الدعم الفقهي والتشريعي لهذه النظرية، حيث رفضت هذه المحكمة ممارسة رقابتها على بعض التكييفات بحجة أنها تقع تحت السلطة التقديرية لقضاة الموضوع، كحسن النية. الغش. الإهانة الجسيمة. العيوب الخفية. حالة العته... إلخ⁸⁷⁵.

وتبعاً لهذا التحليل خلص البعض إلى أن مسألة التكييف القانوني ترتبط في حقيقة الأمر بالسياسة القضائية لمحكمة النقض، التي توسع وتضيق رقابتها على قضاة الموضوع بصدد

. حيث قررت الغرف المجتمعة في هذا القرار أن الحراسة هي سلطة الاستعمال والإدارة والمراقبة، والسلطة المقصودة ليست السلطة الناجمة عن حق قانوني بل السلطة الفعلية، وأن الإدارة والمراقبة ليست الإدارة والمراقبة المادية بل الإدارة والمراقبة اللتين هما لصاحب تلك السلطة: مشار إليه في:

. يوسف نجم جبران، النظرية العامة للموجبات. مصادر الموجبات القانون والجرم وشبه الجرم. د م ج، ط 02، الجزائر، 1981، ص 177.

⁸⁶⁹ Cass.com.05/12/1949.D.1950.126.

⁸⁷⁰ Cass.civ I.29/05/1961.Bull civ. I.n274.cass.civ II.17/07/1963.Bull civ. II.n533.

⁸⁷¹ Jacques Boré, op cit, p329.

⁸⁷² Cass.civ I.02/07/1969.Bull. civ. I.n 262. Cass.civ I.27/01/1971.Bull.civ. I.n 31.

⁸⁷³ Cass.civ.04/11/1940.DH1940.192. cass.civ I.09/03/1966.Bull.civ. I.n173.

⁸⁷⁴ Cass.civ I.25/04/1966.Bull. civ. I.n 242. Cass.civ III.04/07/1968.Bull.civ. III.n 321.

⁸⁷⁵ Jacques Boré, op cit, p330.

مسألة التكييف حسب هذه السياسة ، وبالتالي فإن هذه المسألة تتمتع بمرونة كبيرة⁸⁷⁶ ، فمن جهة تتمسك محكمة النقض الفرنسية بمبدأ الرقابة العامة على التكييف، ومن جهة ثانية فإنها في بعض الأحيان تتخلى عن ممارسة رقابتها على التكييف متذرة بالسلطة السيادية لقضاة الموضوع، لكن دون أن تبرر ذلك بأسباب كافية ومفصلة⁸⁷⁷.

ومع ذلك فقد حاول البعض من الفقه الفرنسي⁸⁷⁸ أن يضع معايير من خلالها يمكن تصنيف التكييفات التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض والتي يمكن تلخيصها في ما يلي:

أ . عندما تكون الرقابة غير ملائمة أو ليس لها أي داع: حيث يقدر قاضي النقض أنه من الأكثر ملائمة زيادة استقلالية قضاة الموضوع لممارسة سلطاتهم الخاصة كاملة⁸⁷⁹، ذلك أنه وبسبب أن محكمة النقض ليست أقرب من محكمة الموضوع في ما يخص أرض النزاع، فإنها تترك لها سلطة التقدير السيادي لبعض المعطيات الخاصة أو المحلية رغم أنها معطيات أساسية في حل النزاع، فمثلا تترك محكمة النقض لقضاة الموضوع سلطة تقدير مدى وجود العرف أو العادة الخاصة في بعض الجهات أو المدن⁸⁸⁰، وتترك أيضا لقضاة الموضوع سلطة تقدير الطابع المفرط للضرر الصادر من الجار في دعوى مزار الجوار، حيث انتهت محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها أن الطابع المفرط للمزار هو نسبي وخاص ويختلف باختلاف المكان والزمان، وبالتالي فإن قضاة الموضوع هم الأقرب لتقدير جسامته الاعتداء⁸⁸¹.

فأحيانا المفهوم القانوني الذي حدده المشرع لا يجد تطبيقه إلا في ظروف جد خاصة بحيث تتميز بعدم التكرار وعدم التماثل، وبالتالي فإن المهمة التوحيدية لمحكمة النقض لا تكون مطروحة في هذا النوع من الحالات، مما يترتب عليه القول أن محكمة النقض تقدر أنه ليس

⁸⁷⁶ PHILLIPE MALAURIE, l'ordre public et le contrat, thèse, paris 1951.

مشار إليه في نبيل اسماعيل عمر، سبب الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف ، مرجع سابق، ص ص70.69.

Francis KERNALEGUEN, op cit, p300.

⁸⁷⁷ Frédérique FERRAND, op cit, P137.

⁸⁷⁸ Jacques Boré, op cit, pp332 -335.- Francis KERNALEGUEN, op cit, pp304-318.

⁸⁷⁹ Francis KERNALEGUEN, op cit, p304.

⁸⁸⁰ Frédérique FERRAND, op cit, P152.

⁸⁸¹ Cass.civ III.03/11/1977.jcp.1978.p285.

هناك أي داع لفرض رقابتها على التكييف⁸⁸²، وأحيانا أخرى ومن أجل عدم عرقلة قضاة الموضوع في ممارسة سلطتهم المعدلة التي استمدوها من القانون فإن محكمة النقض تمتنع عن ممارسة رقابتها على التكييف المجرى تطبيقاً لهذه السلطة⁸⁸³.

فمثلاً رفضت محكمة النقض فرض رقابتها على تحديد قضاة الموضوع للمدة التي يلتزم المشتري باحترامها عند إخطار البائع بوجود عيب خفي⁸⁸⁴، كما رفضت بسط رقابتها على تكييف الإهانة الجسيمة في مواد الطلاق، ليس فقط لعدم تشجيع النقض في قضايا يكون للطعن بالنقض فيها أثر موقف، ولكن أيضاً للتعبير عن إرادتها في إبقاء التقدير المادي للإهانة الجسيمة في سلطة قضاة الموضوع⁸⁸⁵، وامتنعت أيضاً عن مراقبة تقدير قضاة الموضوع للأسباب الحقيقية لحل الشركة⁸⁸⁶ وبيان ما إذا كان هذا الحل قد جاء في غير محله⁸⁸⁷، وعن رقابة تقدير الأسباب الخطيرة التي تبرر عدم تجديد الإيجار التجاري⁸⁸⁸، وعن رقابة تكييف حالة الاستعجال التي تبرر اختصاص القضاء الاستعجالي⁸⁸⁹، ورقابة الطابع الجدي والحقيقي للثمن في عقد البيع⁸⁹⁰، ورقابة الآثار الجسيمة التي يمكن أن تترتب عن تنفيذ قرار معجل النفاذ إذا كانت هذه الآثار هي السبب المبرر لطلب وقف تنفيذه⁸⁹¹.

ورأت محكمة النقض أيضاً أنه ليس هناك أي داع من فرض رقابتها على التكييفات التي تتعلق بمسائل يقوم فيها قاضي الموضوع بتقديرات ذات طبيعة تقنية أو كمية، فقضاة الموضوع لهم

⁸⁸² Frédérique FERRAND, op cit, P154.

⁸⁸³ Francis KERNALEGUEN, op cit, p306.

⁸⁸⁴ Cass civ.10/07/1956.D.1956.719.

⁸⁸⁵ Jacques Boré, op cit, p332.

⁸⁸⁶ Cass.com.17/01/1977.gaz pal.1978. II.519.

⁸⁸⁷ Cass.com.07/°1/1969.jcp.1969.II.15983.

⁸⁸⁸ Cass.com.21/10/1965.Bull.civ.III.n514.

⁸⁸⁹ Cass.civ II.08/01/1992.Bull.civ.II .n10.

⁸⁹⁰ Cass.civ III.12/06/1996.Bull.civ.III .n147.

⁸⁹¹ Cass.civ II.05/02/1997.Bull.civ.II .n36.

الحرية المطلقة في الأخذ أو عدم الأخذ برأي الفني الذي عينوه، ولهم السلطة المطلقة في النطق بالتكليفات الفنية دون رقابة من جهة النقض⁸⁹²، فمثلا رفضت محكمة

النقض بسط رقابتها على التكليفات المتعلقة بالمسائل الطبية كتكليف حالة العته والجنون⁸⁹³، والرقابة على التكليفات المتعلقة بالمسائل الاقتصادية كتكليف المنشأة الاقتصادية ذات الاستغلال الزراعي التي تسمح بالاختصاص التفضيلي⁸⁹⁴، ورفضت أيضا ممارسة رقابتها على تقديرات قاضي الموضوع لبعض المسائل التقنية المتعلقة بالبناء كتكليف قاضي الموضوع لعيب من العيوب بعد معاينته بأنه عيب ظاهر أو خفي⁸⁹⁵.

وامتنعت محكمة النقض عن ممارسة رقابتها على التقديرات الكمية والنوعية التي يجريها قضاة الموضوع، ذلك أن المشرع أحيانا يستعمل صيغة فضاضة، كالنص مثلا على أنه يجب أن ترفع الدعوى في مدة قصيرة، أو النص على أنه يجب على المشتري إخطار البائع في مدة معقولة، أو النص على أنه يجب تمكين الخصم من أجل معقول لتحضير دفاعه، أو النص في عقد المقاولة على ترتيب بعض الآثار القانونية على المجاوزة المحسوسة أو الجسيمة للمقايضة، فإنه في مثل هذه الحالات يكون قد ترك لقاضي الموضوع حرية التقدير والتكليف في ما يتعلق بحساب المدد والكميات، بحيث لا يمكن لقاضي النقض أن يراقب تكيفاته حول هذه المسائل.

لذلك فإن محكمة النقض ترفض مراقبة تقدير قاضي الموضوع لجدية الثمن لأنه يتعلق بتقدير كمي⁸⁹⁶، ومراقبة تقدير قاضي الموضوع للسرعة التي كان يقود بها مرتكب الحادث لسيارته فيما إذا كانت مفرطة أم عادية⁸⁹⁷، ومراقبة تقدير قاضي الموضوع للطابع التعسفي للشرط الجزائي⁸⁹⁸، ومراقبة تقدير قاضي الموضوع للقيمة التجارية للمحل التجاري حسب الاستعمالات التجارية⁸⁹⁹.

⁸⁹² محمد نور عبد الهادي شحاتة، سلطة التكليف في القانون الإجرائي، مرجع سابق، ص 259.

⁸⁹³ Cass.civ.17/01/1876.DP76.1.151. cass.civ.14/03/1938.DH1938.372.

⁸⁹⁴ Cass.civ I.25/05/1971.Bull.civ. I.n173.

⁸⁹⁵ Cass.civ I.26/03/1980.Bull.civ. I.n107.

⁸⁹⁶ Cass.civ.17/01/1966.Bull.civ. I.n37.

⁸⁹⁷ Cass.civ II.11/02/1965.Bull.civ.II.n147.

⁸⁹⁸ Cass.soc.18/05/1983.Bull.civ.III.n268.

⁸⁹⁹ Cass.civ III.08/11/1968.Bull.civ.III.n452.

لكن إذا تدخل المشرع وبنص صريح ليحدد سقف محدد لتقدير كمي معين فإن محكمة النقض يكون لها الحق في الرقابة على تقديرات قاضي الموضوع إذا خالفت ذلك السقف، فمثلا تراقب محكمة النقض تقدير قضاة الموضوع للتعويض الممنوح للمستأجر في حالة خروجه من المحل بسبب عدم التجديد إذا لم يحترم الأسس المحددة قانونا لحساب ذلك التعويض⁹⁰⁰، وتراقب تقدير قاضي الموضوع لبدلات الإيجار إذا كان قد حددها بناء على عناصر خارجة عن العناصر التي حددها القانون⁹⁰¹.

ب . عندما تكون الرقابة سابقة لأوانها : أحيانا وعندما يكون التكييف يتعلق بمفاهيم قانونية متقلبة ومتطورة كالمفاهيم المتعلقة بالأداب العامة مثلا، فيكون تراث محكمة النقض في إعطاء رأيها حول هذه المسائل أمر يعبر عن سياسة حكيمة، انتظارا لمرور مدة زمنية معينة حتى تستقر هذه المسائل استقرارا كافيا يسمح لقضاة النقض بالتدخل من دون خطر الوقوع في عدم الفاعلية، وبصفة عامة فإن تحاشي الرقابة يكون عندما يتعلق التكييف بمفاهيم قانونية جديدة لم تخض غمار التجربة بعد، في هذه الحالة فإن قضاة النقض كثيرا ما لا يراقبون التكييفات التي يجريها قضاة الموضوع على هذه المفاهيم حتى تتضح بشكل كاف⁹⁰².

ج . عندما تكون الرقابة غير قابلة للتحقق: ويكون الأمر كذلك عندما يكون المفهوم القانوني في القضية يظهر طابعا ذاتيا يجبر قاضي النقض لمراقبته البحث في نية أحد الأطراف أو البحث في حالته النفسية أو العقلية ، وهو أمر يصعب عليه القيام به، حيث يقدر أنه من الأحسن ترك مسألة تقدير هذه الحالات لقضاة الموضوع، ويكتفي فقط بالرقابة على احتمال تشويه الوثائق المطروحة في القضية⁹⁰³.

⁹⁰⁰ Cass.com.14/03/1966.Bull.civ.III.n142.

⁹⁰¹ Jacques Boré, op cit, p335.

⁹⁰² Francis KERNALEGUEN, op cit, p310.

⁹⁰³ Francis KERNALEGUEN, op cit, p313.

وفضلا عن كون أن الرقابة هنا غير قابلة للتحقق هي أيضا خطيرة، ذلك أن مراقبة قضاة النقض للتكييف الذي يقوم به قاضي الموضوع لمسائل ذات طابع شخصي يجر حتما قضاة النقض إلى إعادة البحث في الواقع وهو ما لا يدخل في مهامهم⁹⁰⁴.

وعليه فقد امتنعت محكمة النقض عن ممارسة رقابتها على قيام قاضي الموضوع باستخلاص النية المشتركة للمتعاقدين⁹⁰⁵، وباستخلاصه لحسن النية⁹⁰⁶، وللطابع الإرادي والمدرك في الانتحار في عقد التأمين على الحياة⁹⁰⁷، وفي استخلاص الطابع العمدي للخطأ المؤدي إلى فقدان الحق في التعويض الناشئ عن عقد التأمين⁹⁰⁸، وفي استخلاص الصورية⁹⁰⁹، واستخلاص نية الغش⁹¹⁰، واستخلاص نية المشاركة في عقد الشركة⁹¹¹.

ثانيا . موقف محكمة النقض المصرية من المسألة:

لا أحد يستطيع إنكار دور محكمة النقض المصرية كجهة قضائية أسهمت في إرساء اجتهاد قضائي رصين والتي تعتبر رائدة في العالم العربي، لذلك فإن البحث عن موقف هذه المحكمة من رقابة التكييف هو بحث مهم في هذه الدراسة.

اعتبرت محكمة النقض المصرية التكييف مسألة قانونية⁹¹²، حيث استقر قضاءها على أنه إذا كان لقاضي الموضوع السلطة التامة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى من الأدلة المقدمة له ومن وزن هذه الأدلة وتقديرها، إلا أنه يخضع لرقابة محكمة النقض في تكييف هذا الفهم بحكم

⁹⁰⁴ أحمد السيد صاوي، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية ، مرجع سابق، ص 234.

⁹⁰⁵ Cass.civ I.13/12/1988.Bull.civ. I.n352.

⁹⁰⁶ Cass.soc.06/10/1965.Bull. IV.n627.

⁹⁰⁷ Cass.civI.21/05/1975.Bull.civ.I.n166.

⁹⁰⁸ Cass.civI.04/07/2000.dossier juridique et technique de (L'Argus) du 25 /08/2000.p VII.

⁹⁰⁹ Cass.com.22/01/1974.Bull.civ. IV .n24.

⁹¹⁰ Cass.civI.25/11/1975.Bull.civ.I.n341.

⁹¹¹ Cass.civ.02/12/1968.Bull.civ.I.n305.

⁹¹² فتحي والي ، مرجع سابق، ص713.

القانون⁹¹³، وهكذا انتهت هذه المحكمة وكقاعدة عامة إلى اعتماد النظرية العامة للتكييف، أين رفضت الأخذ بالنظريات المقيدة للتكييف⁹¹⁴ مؤكدة على حقها في بسط رقابتها على كل صور التكييف، ووضعت قاعدة أصلية تحتم على قاضي الموضوع ألا يتقيد بالتكييف الذي يتبناه الأطراف في عرائضهم بل عليه البحث في طبيعة الحق المدعى به ليرى ما إذا كان التكييف المقدم صحيحاً قانوناً أم غير صحيح⁹¹⁵، ولكن بشرط أن لا يمس بالبنیان الواقعي للدعوى، فمثلاً رفعت دعوى للمطالبة بمبلغ من النقود على أساس عقد معين فقضت محكمة الدرجة الأولى ببطلان هذا العقد، وفي الاستئناف تمسك الطالب بطلبه على أساس أن خصمه قد قبض المبلغ المطالب به فقضت له محكمة الاستئناف بالدين على أساس الإثراء بلا سبب⁹¹⁶.

وتمارس محكمة النقض المصرية رقابتها على التكييف القانوني الذي يعطيه قضاة الموضوع للدعوى، حيث قضت في احد قراراتها بأنه: "إذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام مسؤولية الطاعن على وقوع خطأ شخصي منه هو إغفال تدوين العملية محل النزاع في دفاتر البنك، وأن هذا الخطأ قد أضر بمصلحة المطعون ضده رافع الدعوى وبحقه الصريح في تتبع أعماله التجارية، فإنه يكون قد غير أساس الدعوى وأخطأ في تكييفها وخرج على وقائعها بواقع جديد من عنده وأسند إلى الطاعن خطأ لم يسنده إليه المطعون ضده نفسه ورتب على هذا الخطأ ضرر لم يدعه المطعون ضده، ولما كانت محكمة الموضوع لا تملك تغيير سبب الدعوى من تلقاء نفسها في المواد المدنية ويجب عليها أن تقصر بحثها على السبب الذي أقيمت عليه الدعوى، كما أنها وإن كانت لا تتقيد في تكييفها للدعوى بتكييف الخصوم لها إلا أنها ملزمة بعدم الخروج على الوقائع المطروحة عليها منهم، ولما كان ذلك، وكانت المحكمة من جهة

⁹¹³ نقض مدني 1984/05/07 طعن 333 س 38 ق، أنور طلبه، م س، ص 270. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 01، مرجع سابق، ص 665، هـ 03.

⁹¹⁴ رفضت محكمة النقض المصرية الأخذ بنظرية الفقيه Barris حيث لم تقصر رقابتها على الأفكار القانونية المعرفة فقط بل امتدت رقابتها أيضاً على الأفكار القانونية غير المعرفة، فمثلاً راقبت تكييف القاضي الجزائري للمسائل التالية رغم أنها لم تكن معرفة من طرف المشرع: تكييف الفعل الفاضح. تكييف هتك العرض. تكييف فعل الإهانة... وغيرها انظر أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 351.353.

⁹¹⁵ مصطفى كيره، مرجع سابق، ص 438.

⁹¹⁶ أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص 282.

أخرى لا تملك أن تقيم المسؤولية التقصيرية على خطأ لم يدعه المدعي ، متى كان أساس هذه المسؤولية خطأ مما يجب إثباته فلا يصح للمحكمة أن تتطوع بإثبات ما لم يثبت المدعي، كما لا يجوز لها أن تنتحل ضررا لم يقل به لأنه هو أيضا الملزم بإثباته ،وبالتالي فإن الحكم المطعون فيه قد خالف القانون مما يستوجب نقضه⁹¹⁷.

ويعد تكييفا خاضعا لرقابة محكمة النقض المصرية التكييف القانوني الذي يعطيه قضاة الموضوع لعقد من العقود، فمتى صرح قضاة الموضوع أن تصرفا قانونيا ما تم عرضه عليهم من طرف الخصوم بأنه يشكل عقد بيع أو إيجار أو عارية أو هبة⁹¹⁸، فإن محكمة النقض تراقب فيما إذا كان هذا التكييف ينسجم مع العناصر القانونية المشكلة لهذا العقد، كما تراقب النهج الذي سلكه قضاة الموضوع للوصول إلى التكييف الذي اعتمده⁹¹⁹.

⁹¹⁷ نقض مدني جلسة 1967/06/22، مشار إليه في محمد محمود ابراهيم، النظرية العامة للتكييف...، ص 90. إذا كيف الحكم المطعون فيه الدعوى بأنها دعوى استحقاق في حين أنها دعوى استرداد الحياة فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون: نقض مدني 22 أبريل 1980، طعن رقم 443 س 46 ق، مشار إليه في : فتحي والي، مرجع سابق ، ص 714 هـ 03.

⁹¹⁸ والمتعاقدان قد يخطئان في تكييف العقد جهلا أو عمدا والتعمد قد يكون لإخفاء غرض غير مشروع كربا فاحش يستتر تحت وصف بيع أو إيجار، وكرهن حياة يستتر تحت اسم بيع وفاء ، وكشركة محاصة هي في الواقع قرض ، كما قد يوصف الصلح بأنه وكالة، فعلى قاضي الموضوع في هذه الأحوال أن يتبين إرادة المتصرف وأن يكيف هذه الإرادة الصحيح خاضعا في ذلك لرقابة محكمة النقض... انظر السنهوري، الوسيط ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج 01، مرجع سابق ، ص 665، هـ 3.

⁹¹⁹ وإذا كان البين من الإطلاع على العقدين محل النزاع أنه نص في البند السابع من كل منهما أنه في حالة وفاة أي من المطعون ضدهما يؤول حق الانتفاع إلى الزوج والأولاد فقط دون سواهم من باقي الورثة فإن هذا الشرط ينافي طبيعة بيع حق الانتفاع ويخرج التعاقد عن نطاقه، كما أن النص في البند التاسع منهما على أنه إذا رغب المطعون ضدهما بعد انتهاء مدة الانتفاع الاستمرار في شغل الشقة يحق لهما ذلك إما بنفس الشروط الواردة في العقد أو بالقيمة الإيجارية التي تقدرها لجنة تقدير الإيجارات ، فإن كل ما سبق يؤدي إلى أن طبيعة التعامل والنية المشتركة للمتعاقدين وطريقة تنفيذ العقد يرجح معها أنه عقد إيجار وليس بيعا لحق انتفاع ولما كانت محكمة الموضوع قد توصلت إلى هذا التكييف فإنها تكون قد نهجت نهجا صحيحا في تكييف العقدين: نقض مدني 23 ماي 1991 مشار إليه في: محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن، مطول القانون المدني في عقد البيع ، دار النهضة العربية ، ط 01، القاهرة 2003، ص65.

. واعتبرت أن العقد بيعا وليس وصية بعد أن لاحظت أن قضاة الموضوع أخطئوا عندما كيفوا التصرف على أنه وصية رغم أنهم عاينوا أن البائع اشترط الاحتفاظ لنفسه بحق الانتفاع بالمبيع مدة حياته ومنع المشتري = = من

وللتدليل على هذه الرقابة نورد المثال التالي: "قضت محكمة النقض المصرية بأنه إذا وصفت المحكمة عقدا بأنه وصية معتمدة على ما جاء فيه من أن البائع قد سامح المشتريين في باقي الثمن واشترط عليهم ألا يتصرفوا في المبيع ما دام حيا، دون أن تهتم بما تمسك به المتصرف إليه من أن البائع صدر منه بعد العقد إقرارا ملغ لهذا الشرط، وأن البائع لم ينازع في حجية هذا الإقرار، رغم أن هذا الإقرار له أثر حاسم في تكييف العقد، فإنه لمحكمة النقض أن تعطي العقد وصفه الصحيح وتعتبره عقد بيع منجز"⁹²⁰.

وفي مجال المسؤولية المدنية أعطت محكمة النقض المصرية لنفسها الحق في الرقابة على التكييف الذي يجريه قضاة الموضوع على الوقائع في ما يخص تحديد نوع المسؤولية⁹²¹، وفي ما يخص أيضا تحديد طبيعة الخطأ، حيث إذا كان التعدي كعمل مادي يعتبر من مسائل الواقع، إلا أن وصفه القانوني بأنه تعد أي وصفه بأنه يشكل انحراف عن سلوك الرجل العادي يعتبر من مسائل القانون يخضع لرقابة النقض⁹²²، والرقابة على تعيين عناصر الضرر التي يجب أن

التصرف فيه طول تلك المدة ضمانا لحقه لأن هذا الشرط كاف للقول بأن التصرف يعد بيعا صحيحا ناقلا لملكية الرقبة فوراً: نقض 08 مارس 1945 الطعن رقم 09 س 14 ق، مشار إليه في مصطفى كيره، م س، ص 444. ⁹²⁰ نقض مدني 08 جوان 1939 الطعن رقم 79 س 09 ق، مشار إليه في: محمد نور عبد الهادي شحاتة، سلطة محكمة النقض في استبدال الأسباب في المواد المدنية، مرجع سابق، ص 101. ⁹²¹ حيث قضت في تحديد مسؤولية الطبيب أنها مسؤولية عقدية متى ثبت من وقائع الدعوى أن المريض قد اختار الطبيب بنفسه أو عن طريق نائبه: نقض مدني 26 جوان 1969 طعن رقم 111 س 35 ق مشار إليه في: عبد المعين لطفي جمعة، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، الكتاب الثاني، عالم الكتب، القاهرة 1979، ص 20. في حين كيفت المسؤولية على أنها مسؤولية تقصيرية في حالة ما إذا لم يكن المريض قد اختار الطبيب كما هو الحال عندما يقوم المريض بالإستشفاء في مستشفى عام: نقض مدني مؤرخ في 03 جويلية 1969 رقم 417 س 20 ق، مشار إليه في: محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية 2006، ص 204.

⁹²² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 01، مرجع سابق، ص 809. . جرى قضاء محكمة النقض على اعتبار أن تكييف الفعل أو الترك بأنه خطأ أو نفي هذا التكييف عنه يعتبر من المسائل القانونية التي تخضع لرقابة النقض: نقض مدني 20 ماي 1965، س 16 ق، نقض مدني 17 أبريل 1978 س 29 ق، نقض 30 أبريل 1979 س 30 ق، نقض 30 ديسمبر 1979 س 30 ق: مشار إليها في : أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص 77 هـ 05.

تدخل في حساب التعويض، لأن هذا التعيين يعد من قبيل التكييف القانوني للوقائع⁹²³، وما ذكرناه يعد على سبيل المثال لا الحصر، حيث امتدت رقابة محكمة النقض المصرية على العديد من التكييفات⁹²⁴، لتؤكد من خلال قضائها الغزير ممارستها للرقابة على كل صور التكييف وهي في هذا الميدان كانت موفقة إلى حد ما بحيث سلم قضائها من النقد الذي وجهه الفقه لمحكمة النقض الفرنسية⁹²⁵ 926.

ثالثا . موقف المحكمة العليا من مسألة الرقابة على التكييف:

إن الوظيفة الأساسية للقاضي هي تطبيق القانون كلما توفرت صورته على وقائع الدعوى، وبالتالي فإن المحكمة غير مقيدة بالتكييف القانوني الذي يعطيه الخصوم للوقائع التي يعرضونها⁹²⁷، وهذا المبدأ مكرس قانونا⁹²⁸، وقضاء⁹²⁹.

⁹²³ نقض مدني 27 مارس 1952، مشار إليه في : مقدم سعيد، مرجع سابق ، ص 204، نقض مدني 30 جوان 1966 س 17 ق، مشار إليه في: أحمد محمود سعد، مرجع سابق ، ص 140 هـ 01.
⁹²⁴ راقبت محكمة النقض المصرية تكييف التعديلات الجوهرية بالعين المؤجرة وفي ما إذا كانت تغير من طبيعة المبنى: نقض 26 ماي 1976 طعن 216 س 42ق، مشار إليه في : مصطفى كيره، مرجع سابق ، ص 446 هـ 03.

كما راقبت أيضا تكييف قضاة الموضوع للتصرف بأنه قد وقع في مرض الموت: نقض مدني 07 جوان 1956 ، مشار إليه في: أحمد السيد صاوي، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية ، مرجع سابق ، ص 248، هـ 817. ، وراقبت أيضا تكييف قضاة الموضوع لإصابة العمل: نقض مدني 04 مارس 1978، س 133ق، مشار إليه في أحمد السيد صاوي ، مرجع سابق ، ص 249، هـ 830. وراقبت كذلك تكييف قضاة الموضوع للعمل التجاري: نقض مدني 02 ماي 1979 س 30ق، مشار إليه في: أحمد السيد صاوي، مرجع سابق ، ص 250، هـ 822.

⁹²⁵ مصطفى كيرة، مرجع سابق ، ص 404.

⁹²⁶ إلا أنه ورغم ذلك فقد لا حظ البعض أن محكمة النقض المصرية قد أحجمت عن ممارسة رقابتها على بعض التكييفات معتبرة إياها مسائل واقعية من ذلك مثلا: تكييف ما يعد حسن أو سوء نية ، الارتباط بين دعويين أو واقعتين، الإجازة الضمنية، المشاركة الذهنية في التأليف، ما يعد مانعا أدبيا يحول دون الحصول على دليل كتابي، ما يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة: راجع أحمد السيد صاوي، مرجع سابق ، ص 258.

⁹²⁷ عبد الله الأحمد، دور القاضي في تحقيق الدعوى المدنية، رد، كلية الحقوق بتونس ، 1988، ص 163.

⁹²⁸ المادة 1/29 من ق ا م اد .

⁹²⁹ قرار تعقيبي مدني رقم 9520 مؤرخ في 13 فيفري 1984، نشرية محكمة التعقيب، ج 01، تونس 1984، ص 92: حيث أنه إذا كان للمدعي الحق في أن يكيف دعواه من حيث الشكل ومن حيث الموضوع بحسب = =

إن ما يمكن استخلاصه من هذا المبدأ هو اعتبار المشرع لمسألة التكييف مسألة قانون، وذلك بأن جعل مسألة التحكم والعلم بها من وظائف القاضي التي لا ينتظر فيها مساعدة من الخصوم، نظرا للأثار المترتبة عن تطبيقها، حيث يؤدي الخطأ في تطبيقها مباشرة إلى الخطأ في تطبيق القانون⁹³⁰.

ويترتب عن ما سبق أن مسألة التكييف تخضع لرقابة المحكمة العليا باعتبارها من مسائل القانون، حيث تنص المادة 06 من القانون 22.89 على أن المحكمة العليا تمارس رقابة معيارية تأخذ بعين الاعتبار تكييف الوقائع على ضوء القاعدة القانونية، وبالتالي فإن هذه المادة تشكل السند القانوني لقضاة المحكمة العليا في ممارسة رقابتهم على التكييف القانوني للوقائع، كما أنها تشكل دليلا على اعتبار أن مسألة التكييف في نظر المشرع هي مسألة قانون. والحقيقة أن المحكمة العليا وإن كانت من حيث المبدأ تقر بحقها في الرقابة على التكييف المعتمد من قضاة الموضوع مقررّة بأن التكييف هو مسألة قانون⁹³¹، إلا أنها وفي بعض

ما يترأى له من فائدة، فإن القاضي غير مقيد بهذا التكييف بل عليه أن يبحث في طبيعة الحق المدعى به ليرى ما إذا كان تكييف المدعي له صحيحا قانونا أم لا، خصوصا متى كان للتكييف تأثير مباشر على قواعد الاختصاص النوعي التي لها مساس بالنظام العام.

⁹³⁰ Nadhir BENAMMOU, op cit, p108.

. قرار الغرفة العقارية المؤرخ في 14 مارس 2007 ملف رقم 393987 ، مجلة المحكمة العليا ، عدد خاص بالاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، س 2010، ص 363: حيث أن القضاة للفصل في هذه الدعوى استبعدوا تطبيق أحكام المادة 709 من الق المدني المتعلقة بحق المطل وباحترام قواعد الجوار على حساب المادة 24 من المرسوم التنفيذي رقم 175.91 المؤرخ في 1991.05.28 المطبق على بعض مواد قانون التهيئة والتعمير، وحيث أن هذه المادة الأخيرة تتعلق بحق ارتفاق المنظر الخاص بالعمارات وهي بذلك لا تعني حق المطل المنصوص عليه بالمادة 709 من الق المدني والتي تظل هي الواجبة التطبيق على مثل هذا النزاع ، وحيث أنه وفي ضوء ذلك يكون قضاة الموضوع قد أخطئوا في تطبيق القانون.

⁹³¹ قرار المجلس الأعلى . الغرفة التجارية والبحرية. المؤرخ في 07 ماي 1983 ملف رقم 28766، المجلة القضائية، ع01، س89، ص 136: حيث يستخلص من المناقشات التي جرت أمام المجلس القضائي بالجزائر أن الطرفين غير متفقين بخصوص تكييف العقد المبرم بينهما في 07 فيفري 1972، ذلك أن السيد ب ع يكيه على أساس أنه تسيير حر تحكمه المادة 203 وما يليها من القانون التجاري في حين ينازع السيد ب ع ق في هذا التكييف لكون العقد لم يفرغ في الشكل الرسمي كما تشترط ذلك الفقرة 03 من نفس المادة، وحيث = = أنه

المجالات تتخلى عن هذا الحق وتقرر بأن المسألة موضوعية، ومثال ذلك رفضها الرقابة على تكييف قضاة الموضوع للوقائع المشكلة لمضار الجوار ومدى تجاوزها للحد المألوف⁹³². إنه وباستقراءنا لنشاط المحكمة العليا المنشور فإنه يتبين لنا تبني هذه الأخيرة لنظرية الرقابة الشاملة في بسط رقابتها على التكييف⁹³³، إلا أنه يمكن ملاحظة أن هذا التبني غير مصرح به من جهة، وغير مأخوذ به كقاعدة عامة من جهة ثانية.

كان على قضاة المجلس البت في هذه المسألة القانونية الأساسية التي يتوقف عليها مصير النزاع، وأنه مادام لم يفعلوا ذلك فإن قرارهم ينقصه التعليل ولم يبين على أساس قانوني ويتعين بالتالي نقضه.⁹³² قرار الغرفة العقارية المؤرخ في 08 أفريل 2009 ملف رقم 506915 مجلة المحكمة العليا، عدد خاص بالاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، س 2010، ص 351: وحيث أن تحديد المضار ومدى تجاوزها للحد المألوف يعود لسطة قضاة الموضوع الذين يراعون العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة للآخرين عملا بالمادة 691 ف2 من الق المدني، وبالتالي ليس للمحكمة العليا أية مراقبة على هذه الوقائع.

⁹³³ لم تتأثر المحكمة العليا بنظرية الفقيه Barris حيث سمحت لنفسها برقابة تكييف مسائل قانونية غير معرفة من طرف المشرع من ذلك مثلا تكييف الالتزام ببذل عناية في المسؤولية الطبية: قرار المحكمة العليا. الغرفة المدنية المؤرخ في 23 جانفي 2008، ملف رقم 399828، مجلة المحكمة العليا، ع02، س 2008، ص 177: حيث يعني الالتزام ببذل عناية هو بذل الجهود الصادقة التي تتفق والظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة بهدف شفاء المريض وتحسين حالته الصحية.

حيث أنه لم يرد نص خاص في التشريع الجزائري يوضح التكييف القانوني لمسؤولية الأطباء، إذ لم يتصد المشرع لهذه المسألة نظرا لصعوبتها وتفرع الآراء حولها، انظر: محمد رابيس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر 2007، ص 19.

. كما مارست رقابتها على تكييف قضاة الموضوع لفكرة الطلب الجديد رغم أن المشرع لم يعرفها، حيث اعتبرت أن تقديم طلب تعيين خبير لأول مرة أمام قضاة المجلس لا يعد طلبا جديدا كما فهم قضاة الموضوع، ذلك أن طلب تعيين خبير هو من وسائل الدفاع التي تقبل لأول مرة أمام جهة الإستئناف: قرار المحكمة العليا. الغرفة المدنية المؤرخ في 23 جويلية 2008، ملف رقم 420995، مجلة المحكمة العليا، ع02، س 2008، ص 187.

. ورقابة تكييف الدفع، حيث قررت أن الطلب الذي قدمته الطاعنة المتعلق بتبليغ الوثائق وملف الموضوع لا يعد دفعا ومن ثم فإن اعتباره كذلك من طرف قاضي الدرجة الأولى يعد مخالفة لقاعدة جوهرية في الإجراءات: قرار المحكمة العليا. الغرفة الاجتماعية. المؤرخ في 07 ديسمبر 1999 ملف رقم 181927، المجلة القضائية، ع02، س 2000، ص 111.

. ورقابة تكييف الخطأ الموجب لرفض تجديد الإيجار، حيث اعتبرت مثلا أن غلق المحل التجاري لأداء فريضة الحج لا يشكل خطأ يؤدي إلى رفض تجديد الإيجار لأن الغلق ليس الهدف منه الامتناع عن ممارسة التجارة في المحل

لقد سمحت المحكمة العليا لنفسها في مراقبة التكييف القانوني لطبيعة الدعوى المأخوذ به من طرف قضاة الموضوع أو المقدم من طرف الخصوم⁹³⁴، حيث تدخلت من أجل لوم قضاة الموضوع على خطئهم في تحديد طبيعة الدعوى المرفوعة أمامهم ووجهتهم إلى التكييف السليم لهذه الدعوى، مبينة أن الخطأ في التكييف يؤدي إلى الخطأ في تطبيق القاعدة القانونية الملائمة⁹³⁵.

وإنما الهدف منه فريضة دينية واجبة: قرار المحكمة العليا. الغرفة التجارية والبحرية . المؤرخ في 04 جانفي 2006، ملف رقم 372313، مجلة المحكمة العليا، ع02، س 2006، ص 350.

وتحديدها للتكييف القانوني للتسليم في عقد النقل البحري، حيث وفي غياب تعريف قانوني لإجراء التسليم تدخلت الغرفة التجارية والبحرية بقرارها المؤرخ في 20 ديسمبر 1993 تحت رقم 111518 وانتهت إلى أن التسليم هو إجراء قانوني يقوم به الناقل عندما يعرض البضائع على المرسل إليه أو ممثله ويقبلها هذا الأخير ، ويفهم من ذلك أن عملية التسليم تنقسم إلى فعلين ضروريين الأول قانوني والثاني مادي ولا يمكن خلطها مع عملية رفع البضائع عندما يقوم المرسل إليه بنقلها من الميناء إلى أماكن أخرى: حسان بوعروج، مسؤولية الناقل البحري، الاجتهاد القضائي للغرفة التجارية والبحرية ، عدد خاص، س 2001، ص 21.

⁹³⁴ حاج صدوق الجليلي، دعاوى الملكية ودعاوى الحيازة، تعليق على القرار رقم 206296، مجلة المحكمة العليا، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، عدد خاص، ج03، س2010، ص 167.

⁹³⁵ قرار المجلس الأعلى . الغرفة المدنية. المؤرخ في 26 أكتوبر 1983 ملف رقم 28369، المجلة القضائية ، ع 03، س1989، ص17: حيث أنه بالرجوع إلى أوراق الملف يتضح أن دعوى الطاعن كانت ترمي إلى طرد المطعون ضدها من قطعة ترابية ملكا له استحوذت عليها حسب قوله بالقوة ، وحيث أن هذه الدعوى هي دعوى حيازة خاضعة لأحكام المواد المستند إليها في الطعن ، وبما أن قضاة الموضوع تأسسوا في رفضهم تلك الدعوى على كون الطاعن لم يقدم عقد ملكية رسمي فإنهم يكونون قد أساءوا تطبيق القانون ، مجردين بذلك قضائهم من القاعدة القانونية مما يستوجب النقض.

. قرار المحكمة العليا. الغرفة العقارية. المؤرخ في 31 جانفي 2001، الملف رقم 206296، مجلة المحكمة العليا، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، عدد خاص، ج03، س2010، ص 159: وحيث أن المحكمة العليا التي لها سلطة الفصل في النقطة القانونية اعتبرت أن الدعوى المرفوعة هي دعوى ملكية، وأن قضاة الموضوع أخطئوا في تطبيق القانون عندما صرحوا في قرارهم السابق المنقوض أنه لم يبق إلا الحيازة التي يتمسك بها المدعي، وحيث أنه خلافا لما يدعيه الطاعن فإن المحكمة العليا قد فصلت في نقطة قانونية هامة وهي تكييف الدعوى.

وفي مجال العقود أقرت المحكمة العليا بحقها في ممارسة الرقابة على ما يعطيه قضاة الموضوع لهذه العقود من تكييفات، حيث مارست رقابة صارمة معتبرة أن الخطأ في تكييف العقد يؤدي إلى الخطأ في تطبيق النصوص التي يخضع لها⁹³⁶.

والغريب أن قضاة النقض وفي أحد قراراتهم المنشورة امتنعوا عن رقابة تكييف العقد بحجة أن هذه المسألة من اختصاص قضاة الموضوع⁹³⁷، إلا أننا نرى أن هذا القرار يعتبر قرارا شاذا ومعزولا لا يمكن أن نبني عليه نتائج قانونية أو أن نجعله مؤشرا لاتجاه قضاء النقض في الجزائر⁹³⁸.

⁹³⁶ قرار المجلس الأعلى . الغرفة التجارية والبحرية. المؤرخ في 13 جويلية 1985 ملف رقم 36596، المجلة القضائية ، ع 03، س 1989، ص 91: حيث يجدر القول بأن الأمر في القضية الراهنة يتعلق بإيجار تسيير حر ثابت بعقد توثيقي مؤرخ في 17 ديسمبر 1975 ومنشور في جريدة الإعلانات الرسمية بتاريخ 25 ديسمبر 1975 تحت رقم 7053 ، وليس إيجار من الباطن كما كيفه حكم الدرجة الأولى وقرار المجلس القضائي.

. قرار المحكمة العليا . الغرفة التجارية والبحرية المؤرخ في 04 جانفي 2006، ملف رقم 364686، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2006، ص 359: وحيث أن إلزام صاحبة سيارة مسروقة مودعة من دون علمها في حاضرة بدفع مبالغ مالية على سبيل الإيجار يعد خطأ في تطبيق القانون لانعدام علاقة الإيجار.

. قرار المحكمة العليا . الغرفة التجارية والبحرية . المؤرخ في 10 جويلية 2001، ملف رقم 252246، المجلة القضائية، ع 02، س 2001، ص 235: حيث أنه ولما اعتبر قضاة الموضوع بأن عقد التسيير الذي لم يخضع للإجراءات الشكلية المنصوص عليها في المادة 203 من القانون التجاري يعد إيجارا من الباطن نظرا لعدم قيام طرفيه بالإجراءات الرسمية يكونون قد خالفوا القانون.

. قرار المحكمة العليا. الغرفة الاجتماعية . المؤرخ في 10 جانفي 2007، ملف رقم 365245، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2007، ص 316: حيث أن تجاهل قضاة الموضوع لصفة المستأجر المكرسة بأحكام قضائية نهائية وبتكليفهم النزاع إلى عقد عارية غير قائم يكونون قد أفقدوا قرارهم أساسه القانوني وخالفوا القانون.

⁹³⁷ قرار المجلس الأعلى . الغرفة المدنية. المؤرخ في 07 ديسمبر 1983 ملف رقم 31862 ، المجلة القضائية، ع 03، س 1989، ص 23: حيث وأن مسألة تكييف العقود وإعطائها الوصف الأثق بها هو من اختصاص القضاة ولا رقابة عليهم في ذلك من المجلس الأعلى.

⁹³⁸ وما يزيد في تأكيد هذا الرأي ما جاء في القرار نفسه من موافقة قضاة المجلس الأعلى للتكييف الذي أخذ به قضاة الموضوع ما يفيد أنهم مارسوا رقابتهم على التكييف بطريقة غير مباشرة ، حيث جاء في القرار: ولكن حيث يتبين من مراجعة القرار المطعون فيه ومن سائر أوراق الطعن أن العقد الرابط بين الطرفين المتنازعين هو عقد إيجار أصلي كما كيفه قضاة الموضوع.

وفي مجال المسؤولية المدنية تقر المحكمة العليا لنفسها بحق الرقابة على تكييف قضاة الموضوع للواقعة المعروضة عليهم في ما إذا كانت تشكل خطأ موجبا للمسؤولية أم لا⁹³⁹، حيث بعد أن تركت لقضاة الموضوع سلطة استخلاص الخطأ من الوقائع كالقول مثلا أن حيوانات المدعى عليه قد أتلقت مزروعات المدعي، أقرت لنفسها بالرقابة على تقدير قضاة الموضوع بأن هذا الفعل يشكل خطأ، معتبرة أن هذا التقدير هو من مسائل التكييف التي تخضع لرقابتها .

وذهبت المحكمة العليا إلى أن تكييف الواقعة من طرف قضاة الموضوع بأنها تشكل قوة قاهرة أو سبب أجنبي هي من مسائل القانون التي تخضع لرقابتها^{940 941}.

⁹³⁹ قرار المحكمة العليا . الغرفة التجارية والبحرية . المؤرخ في 04 أبريل 2007 ملف رقم 409846، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2007، ص 379: وحيث أن القرار المطعون فيه أخطأ لما اعتبر أن مؤجر السفينة بالرحلة لا يكون مسؤولا عن الأضرار اللاحقة بالبضاعة عند التفريغ.

والملاحظ من خلال تتبع عديد القرارات المنشورة في هذه المسألة أنه كثيرا ما انتهت رقابة تكييف الخطأ من طرف المحكمة العليا إلى موافقتها على هذه التكييفات المقامة من طرف قضاة الموضوع، انظر على سبيل المثال: قرار المحكمة العليا . الغرفة المدنية . المؤرخ في 18 أبريل 2007، ملف رقم 360630، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2007، ص 174: وحيث أنه وبعدم إبلاغ المطعون ضده عن توصله بالمبلغ وإشعاره عن الوكالة المكلفة بتسديد له المبلغ المحول، فإن البنك يكون قد تهاون وأخطأ في تنفيذ أمر التحويل ، وحينئذ فعن حق خالص قضاة المجلس أن مسؤولية البنك قائمة ويقضائهم كما فعلوا أعطوا لقرارهم الأساس القانوني.

قرار المحكمة العليا . الغرفة المدنية . المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2006، ص 221: حيث أن الفعل الضار نشأ من عرض الطاعن لأوراق نقدية مزورة وصرفها وأن عدم متابعة الطاعن جزائيا لا يمنع قيام خطأ مدني ناتج عن عملية عرض وصرف نقود مزورة لدى البنك.

⁹⁴⁰ قرار المحكمة العليا . الغرفة التجارية والبحرية . المؤرخ في 19 ماي 1991، ملف رقم 77660، المجلة القضائية ، ع 03، س 1993، ص 154: حيث أن قضاة الموضوع أبرزوا أن العاصفة لم تكن غير متوقعة باعتبار أن النقل تم في فصل الشتاء وأن رداءة الطقس تعتبر حالة عادية بالنسبة للملاحين ولا تشكل قوة قاهرة، وبذلك فإن تحميلهم مسؤولية الناقل عن خسائر البضائع المنقولة يشكل تطبيق صحيح للقانون.

. قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 12 جويلية 2006، ملف رقم 359443، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2007، ص 377: حيث أن غلق مقر المجلس القضائي مؤقتا بسبب الزلزال لا يشكل قوة قاهرة تحول دون الطعن بالاستئناف ما دام القانون يجيز تسجيل العريضة أمام المحكمة.

⁹⁴¹ قرار المجلس الأعلى . الغرفة المدنية . المؤرخ في 02 مارس 1983، ملف رقم 20310، نشرة القضاة، ع 01، س 1987، ص 65: حيث أن السبب الأجنبي حسب مفهوم القانون هو عمل لا يمكن توقعه ولا تقاديه، وحيث أن

وفي منازعات العمل راقبت المحكمة العليا تكييف قضاة الموضوع لجسامة الخطأ الموجب للتسريح⁹⁴² ولطبيعة عقد العمل⁹⁴³، كما مارست رقابتها أيضا على مسألة التسريح التعسفي⁹⁴⁴.

وفي المنازعات التجارية مارست المحكمة العليا رقابتها على تحديد قضاة الموضوع لطبيعة العمل محل النزاع⁹⁴⁵، ورقابتها على السبب المبرر لرفض المؤجر تجديد الإيجار التجاري دون تعويض⁹⁴⁶.

مجلس قضاء سيدي بلعباس بنى قضاءه برفض دعوى التعويض على أساس أن الضحية اعترفت أنها زلجت في بيت السخون على مياه مصوبنة ، لكن حيث إن وجود صابون في بيت السخون شئ متوقع وكان في وسع المدين أن يتفاداه بتوخي الحيطه، وبالتالي فهو لا يدخل في حكم السبب الأجنبي ، هذا ولما قضى المجلس بأن المشي على الصابون في بيت السخون يكون قوة قاهرة يعفي المطعون ضده من المسؤولية، يكون قد أخطأ في تطبيق القانون مما يستوجب النقض.

⁹⁴² قرار المحكمة العليا. الغرفة الاجتماعية المؤرخ في 07 جوان 2006، ملف رقم 337769، مجلة المحكمة العليا، ع01، س2006، ص302: حيث أن اعتبار قاضي الدرجة الأولى تسريح المطعون ضده تعسفا على أساس أن الطاعنة لم تثبت أعمال العنف بموجب حكم جزائي هو تأسيس خاطئ لأن أعمال العنف العمدية هي خطأ جسيم بطبعها و لايشترط إثباتها بحكم جزائي.

⁹⁴³ قرار المحكمة العليا . الغرفة الاجتماعية. المؤرخ في 08مارس 2006، ملف رقم 329195، مجلة المحكمة العليا، ع01، س2006، ص 271: حيث يتبين أن قاضي أول درجة أسس قضاءه عن صواب لما اعتبر أن علاقة العمل الرابطة بين طرفي الدعوى غير محددة المدة طبقا للمادة 14 من قانون 1190، ذلك أن عقود العمل المحتج بها وخاصة العقد الأخير المحرر بتاريخ 24 أكتوبر 2000 ذكر فيه جميع الحالات المبينة بنص المادة 12 من قانون 1190 وأن ذكرها جميعا يعني بالتبعية عدم تحديد سبب تشغيل المطعون ضده، وبالتالي يعتبر عمل غير محدد المدة.

⁹⁴⁴ قرار المحكمة العليا . الغرفة الاجتماعية . المؤرخ في 05 سبتمبر 2007 ملف رقم 410744 ، مجلة المحكمة العليا، ع02، س2007، ص 270: حيث أن تقاعس الهيئة المستخدمة عن تهيئة المنصب الملائم لحالة العامل الصحية حسب الشهادة الطبية المحررة في 20 أكتوبر 2000 من طبيب العمل هو السبب الوحيد والمباشر لمغادرة العامل منصب عمله، وهذا وحده يكفي لتكييف التصرف الصادر من المطعون ضدها بصفتها هيئة مستخدمة في مواجهة العامل بالتعسفي ،ذلك ان هذا التصرف لا يبرره أي نص قانوني، ولما لم يراع الحكم المطعون فيه هذه المقتضيات يكون قد خالف القانون وبالتالي فهو معرض للنقض.

ونستطيع القول أن المحكمة العليا في نشاطها المتعلق برقابة التكييف تتبع سياسة قضائية مرنة بسبب أن التكييف هو مسألة قانونية تتعلق بالوقائع، والوقائع تتميز بالتغير زمانا ومكانا، حيث تتمتع المحكمة العليا بسلطة تغيير رأيها حول تكييف مسألة قانونية ما بتغير الظروف،

⁹⁴⁵ قرار المجلس الأعلى . الغرفة التجارية والبحرية. المؤرخ في 18 ماي 1985 ملف رقم 29769، المجلة القضائية، ع01، س 1990، ص 117: حيث ولما كان الطاعن هو عبارة عن مؤسسة خدمات فإنه من المقرر قانونا أن بيع الأطعمة والمشروبات يعد عملا تجاريا تسري في حقه أحكام المادة الثانية من القانون التجاري ، ومن ثم فإن النعي بالوجه المثار من الطاعن تأسيسا على أن هذا البيع يعد عملا مهنيا وليس عملا تجاريا في غير محله ويستوجب رده.

. قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 26 أفريل 2000، المجلة القضائية ، ع02، س 2000، ص 165: حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أن قضاة المجلس اعتبروا أن المطعون ضده مستأجر لجزء من العقار وبالتالي فهو صاحب حق انتفاع ، ولكن حيث أن حق الانتفاع يسمح لصاحبه أن يستعمل الشيء المنتفع به وينتفع بثماره مثله مثل المالك على أن يحافظ على الشيء المنتفع وهو بذلك يختلف عن حق الإيجار في مداه وحدوده ومدته ، ولذا فإن قضاة المجلس الذين اعتبروا خطأ أن حق الإيجار هو حق انتفاع وأقروا للمستأجر بثبوت حق الشفعة أخطأوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للنقض.

⁹⁴⁶ قرار المجلس الأعلى . الغرفة التجارية والبحرية . المؤرخ في 13 جويلية 1985 ، ملف رقم 36593، المجلة القضائية ، ع03، س 1989، ص93: حيث أن النزاع نشأ بين طرفيه إثر قيام المطعون ضدها باعتبارها مالكة لعمارة كائن بها المحل التجاري المتنازع عليه بتوجيه تنبيه بالإخلاء ، رفضت بمقتضاه تجديد الإيجار والتمست طرد الطاعن الذي كان اشترى المحل التجاري من المستفيدين به وهذا بعد قيامهما بتغيير نشاطه من حانة إلى محل تجاري لبيع الأحذية، وقد حكم لها بذلك من قضاة الموضوع الذين أسسوا قرارهم على تغيير تخصيص الأماكن متجاهلين بذلك أن بيع المحل التجاري وهو معد لبيع الأحذية والملابس كان قد أعلن في الجرائد وفي المركز الوطني للسجل التجاري ودون أن تعترض المطعون ضدها على هذا البيع مما يدل أنه لم يلحقها أي ضرر ، فإن إنشاء تجارة من قبل المستأجر في هذه الحالة لا يعد تغييرا في التخصص ولا يمكن أن تتضرر منه المالكة.

. قرار المجلس الأعلى . الغرفة التجارية والبحرية . المؤرخ في 31 جانفي 1988، ملف رقم 48041، المجلة القضائية ع04، س 1992، ص85: وحيث قد دفع الطاعن بأنه أصبح عاجزا عن النظر مقدما شهادة طبية تدعيما لمزاعمه، وإن مهنة الحلاقة يستحيل عليه ممارستها بوضعه الحالي مما دفعه لتغيير نوع تجارته، مما يمكن اعتباره سببا جديا ومشروعا.

من ذلك مثلا تكييفها للخلع في مسائل شؤون الأسرة حيث اعتبرته في أحد قراراتها بأنه عقد رضائي⁹⁴⁷، لتتحول عن هذا التكييف لتصف الخلع بأنه رخصة للزوجة⁹⁴⁸.

لكن وفي المقابل فإن المحكمة العليا رفضت بسط رقابتها على بعض التكييفات التي أخذ بها قضاة الموضوع إما بسبب عدم وجود تعريف دقيق للمسائل القانونية محل التكييف، وإما بسبب أنها لم ترد التصديق على سلطة قضاة الموضوع في المجال محل التكييف.

فمثلا اعتبرت المحكمة العليا عنصر الاستعجال فكرة متصلة بالواقع وبالتالي فإنها تترك لقضاة الموضوع السلطة التقديرية للتعامل مع هذا العنصر⁹⁴⁹، على الرغم من أن فكرة الاستعجال من الناحية النظرية تعد فكرة قانونية تناولها المشرع دون أن يضع لها تعريفا محددًا، لذلك يرى البعض أن القاضي عندما يتعامل مع فكرة الاستعجال فهو يقوم بتكييف قانوني، وهذا التكييف يخضع لرقابة محكمة النقض⁹⁵⁰، ولو بصفة غير مباشرة⁹⁵¹.

وهكذا نخلص إلى أن المحكمة العليا وفي سبيل أداء دورها الرقابي على قضاة الموضوع تتجه إلى فرض رقابتها على التكييفات التي تتم من طرفهم والتي من شأن الخطأ فيها أن يؤدي إما

⁹⁴⁷ قرار المجلس الأعلى . غرفة الأحوال الشخصية المؤرخ في 11 جوان 1984، ملف رقم 33652، المجلة القضائية، ع03، س1989، ص39: حيث يستفاد من الرجوع إلى الحكم المستأنف وإلى القرار المنتقد أن قضاة الموضوع قد حكموا بالخلع وبمبلغه بدون وقوع أي اتفاق عن ذلك بين الزوجين المتنازعين، وحيث أن الخلع هو يعتبر عقدا رضائيا ولا يسوغ حينئذ للقاضي ان يحكم به من تلقاء نفسه.

⁹⁴⁸ قرار المحكمة العليا . غرفة الأحوال الشخصية . المؤرخ في 16 مارس 1999 ، ملف 216239 ، مجلة المحكمة العليا، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، س2001، ص140 : حيث أنه بالرجوع إلى المادة 54 من قانون الأسرة يتبين أن الخلع رخصة للزوجة تستعملها لعدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي.

⁹⁴⁹ الغوثي بن ملحمة، القضاء المستعجل وتطبيقاته في النظام القضائي الجزائري، د و أ ت، ط 01 ، الجزائر 2000، ص16.

. بشير بلعيد، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، مطبعة عمار قرفي باتنة ، الجزائر 1993، ص37.

⁹⁵⁰ الغوثي بن ملحمة، القضاء المستعجل وتطبيقاته في النظام القضائي الجزائري، ط01، د و أ ت، الجزائر 2000، ص16.

⁹⁵¹ بلعابد عبد الغني ، الدعوى الاستعجالية الإدارية وتطبيقاتها في الجزائر ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق جامعة قسنطينة 2008، ص 17.

إلى خطأ في تطبيق القانون والرقابة هنا تكون مباشرة ، وإما إلى عدم السماح للمحكمة العليا في ممارسة رقابتها على تطبيق القانون والرقابة على التكيف في هذه الحالة تكون غير مباشرة، وذلك باستعمال الرقابة على التسبب أو الرقابة بسبب انعدام الأساس القانوني أو رقابة التشويه، إذن في كل الأحوال الرقابة على التكيف هي رقابة شاملة.

المطلب الثاني: الرقابة على استخراج القاضي المدني للأثار القانونية

عندما ينتهي قاضي الموضوع من عملية التكيف بنجاح، فإنه ينتقل إلى آخر مرحلة من مراحل الوصول إلى الحكم في الدعوى، حيث يقوم باستخراج الأثر القانوني الواجب التطبيق، إذ تعد هذه المنطقة من النشاط القضائي منطقة قانون بامتياز.

إن الأثر القانوني للواقعة المكيفة والذي يتعين على القاضي تطبيقه كثيرا ما يكون محددًا بدقة في القاعدة القانونية، بحيث لا يكون أمام القاضي إلا إنزاله على الواقع دون أن تكون له أي سلطة في استبعاده أو تغييره بأثر آخر، لكن في حالات أخرى استثنائية يجيز القانون للقاضي الاختيار بين أكثر من أثر قانوني لحكم الواقعة المكيفة، أو يترك له سلطة تقديرية في تطبيقه أو عدم تطبيقه⁹⁵²، كما أن قاضي الموضوع هو الذي يختار الأثر القانوني الذي ينزله على الوقائع في حالة لجوءه إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة لحل النزاع.

إذن، نحن أمام نوعين من الحلول، حلول قانونية ملزمة لقاضي الموضوع بقوة القانون، وحلول قانونية متروكة لسلطته التقديرية.

الفرع الأول: الحلول القانونية الملزمة للقاضي بقوة القانون

إن حل النزاع من طرف القاضي يتم من خلال تطبيقه للقاعدة القانونية الملائمة التي قد تكون واضحة وهي الحالة الغالبة، إلا أنه وفي بعض الحالات تكون القاعدة القانونية الواجبة التطبيق غير واضحة فيتعين على القاضي القيام بتفسيرها قبل تطبيقها.

أولا - الحل القانوني المفروض على القاضي يتمثل في قاعدة قانونية واضحة:

كثيرة هي القواعد القانونية التي تحدد سلطة قاضي الموضوع في إنزال حكمها على الواقعة محل النزاع، بحيث تضع هذه القاعدة الحل أمام القاضي بوضوح ولا تترك أمامه أي مجال للتقدير أو التفسير، فإذا ما خالف هذا الحل أو فسره على غير مقتضاه اعتبر مخالفا

⁹⁵² Jacques Boré, op cit, p337.

للقانون في حكمه، واستحق نقضه من طرف المحكمة العليا، ولتوضيح هذا النوع من القواعد نضرب الأمثلة التالية:

حالات البطلان المطلق التي جاء بها النص القانوني والتي لا يمكن للقاضي أن يعمل فيها اجتهاده بل يلتزم بالتكييف وبنوع البطلان الذي وضعه المشرع، من ذلك مثلا حالة انعدام الأهلية ، فعندما يقوم الصبي غير المميز بإبرام عقد هبة فالجزء هنا هو البطلان المطلق، والسبب في ذلك أن الخلل الذي أصاب العقد كان كبيرا، إذ مس أحد أركان العقد المتمثل في التراضي، فليس للقاضي هنا أن يقدر مدى مساس العيب بالمصلحة العامة ليستنتج مثلا أن الأمر يتعلق بمصالح فردية ويطبق البطلان النسبي بدلا من البطلان المطلق، فمثل هذا الحل الذي اختاره القاضي يختلف مع ما جاء به النص القانوني، فضلا عن أن مفهوم النظام العام قد يفرض نفسه بالنسبة لقواعد الأهلية موضوع هذا المثال⁹⁵³، فيكون دور القاضي هنا مجرد التصريح بالبطلان وليس إنشاءه، إذ أن العقد باطل في أصله، وترفع الدعوى أمام القاضي بصفة أصلية أو عن طريق الدفع، حيث يكفي القاضي بمعاينة أسباب البطلان وتنزع منه كل سلطة تقديرية كتلك التي يتمتع بها عند معاينته لعيوب الرضا⁹⁵⁴، فليس له مثلا الحق في أن يرفض بطلان العقد بحجة أن طالب البطلان لم يصبه ضرر⁹⁵⁵، وليس له الحق في أن يبحث في مدى حسن نية الأطراف⁹⁵⁶، بل يجب عليه أن يثير هذا البطلان من تلقاء نفسه، وهو يخضع في كل هذا لرقابة النقض⁹⁵⁷.

⁹⁵³ محمد محجوب، دور القاضي في مراقبة مدى صحة العقد، مذكرة للحصول على شهادة الدراسات المعمقة في القانون والاقتصاد، كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية، جامعة تونس III، تونس 1994، ص 40.

⁹⁵⁴ Marcel PLANIOL et Georges RIPERT, obligation, t04, LGDJ, Paris 1952, N282, p360.

⁹⁵⁵ Jean CARBONNIER, droit civil (les obligations) , puf 1985, N 49,P193 .

⁹⁵⁶ محمد محجوب ، مرجع سابق، ص 42.

⁹⁵⁷ قرار المحكمة العليا . الغرف المجتمعة . المؤرخ في 18 فيفري 1997، ملف رقم 136156، الاجتهاد القضائي للغرفة التجارية والبحرية، عدد خاص، س 2001، ص 48: حيث أن إذا كان صحيحا أن العقد العرفي المتعلق ببيع قاعدة تجارية يتضمن التزامات شخصية بين البائع والشاري إلا أنه باطل بطلانا مطلقا لكونه يخضع لإجراءات قانونية تخص النظام العام لا يمكن للقاضي أن يصححها بالحكم على الأطراف بالتوجه إلى الموثق للقيام بإجراءات البيع، وضمن هذه الظروف فإنه يتعين على قضاة الموضوع أن يقضوا = ببطلان العقد العرفي

. إذا حدد القانون بصفة حصرية الأشخاص الذين يستفيدون بحق من الحقوق فإن دور القاضي هنا يكمن في مراقبة ما إذا كان الشخص الذي يطلب التمتع بهذا الحق هو من الأشخاص المحددين حصرا بالقانون، حيث لا يدخل في سلطة القاضي إقصاء هذا الشخص، أو تمتيع شخص غير محدد بنص القانون من هذا الحق، وهو في حكمه هذا يخضع لرقابة النقض⁹⁵⁸.

. وإذا حدد القانون أجلا زمنيا محددًا لمباشرة إجراء معين تحت طائلة سقوط الحق، فإنه ليس لقاضي الموضوع أن ينقص في هذا الأجل أو يزيد فيه، حيث لا يملك أي سلطة تقديرية في إعماله لهذا الأثر المحدد قانونًا، وتراقبه محكمة النقض في ممارسته لهذه القاعدة⁹⁵⁹.

المتعلق ببيع القاعدة التجارية ويأمروا بإرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام العقد وفقا لأحكام المادة 103 من القانون المدني.

⁹⁵⁸ قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 25 فيفري 2004، ملف رقم 256626، المجلة القضائية ، ع01، س 2004، ص 213: حيث أن قضاة الموضوع استجابوا لطلب المطعون ضده الرامي إلى ممارسة حق الشفعة للحلول محل الطاعنين في اكتساب القطعة الأرضية ملك البلدية وقامت الوكالة العقارية بالتصرف فيها بالبيع لصالح الطاعنين، وإن قضاة المجلس اكتفوا بمناقشة إجراءات الشفعة ومدى صحتها وأهملوا تطبيق المادة 795 من القانون المدني التي تحدد على سبيل الحصر الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة بالشفعة ، وهو مالك الرقبة، الشريك في الشيوخ إذا بيع جزء من العقار ، وصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة ، غير أنه في دعوى الحال لا يتوفر المطعون ضده على إحدى هذه الصفات المذكورة أعلاه، وأن حيازته للأرض بموجب أحكام سابقة لا تجيز له المطالبة بحق الشفعة ، خاصة أنه ثبت من أوراق الملف أن الأرض محل النزاع كانت ضمن الاحتياطات العقارية وأصبحت ملكا للبلدية بموجب قرار ولائي مؤرخ في 23 جوان 1993، وأن القانون 25.90 المتضمن التوجيه العقاري حدد حالات استثنائية للمادة 689 من القانون المدني التي يمكن فيها ممارسة حق الشفعة في ملك الدولة ، وهي الحالة غير متوفرة في الدعوى الراهنة ومن ثمة فإن قضاة المجلس خالفوا القانون وعرضوا قرارهم للنقض.

⁹⁵⁹ قرار المحكمة العليا. الغرفة العقارية . المؤرخ في 27 أكتوبر 1999، ملف رقم 190693، الاجتهاد القضائي، عدد خاص ، ج01، س2004، ص227: حيث فعلا إن ممارسة حق أحد الورثة في الشفعة تخضع لبعض الشروط والإجراءات المبينة في المواد من 794 إلى 807 من القانون المدني ، وفي هذا الصدد فإن المادة 802 من الق مدني توضح الكيفيات التي يجب اتباعها على الخصوص والتي تفيد على أنه يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 وإلا سقط الحق، وحيث أنه وبالرجوع إلى أوراق ملف القضية يتضح أن الطاعنة صرحت برغبتها في الشفعة بعقد رسمي ثم أعلنته عن طريق المحضر إلى كل من البائعة = = والمشتري في 16 ديسمبر

. وإذا حدد القانون للقاضي الطريقة التي يتم بناء عليها حساب التعويض، فإنه لا يملك أن يتركها لصالح أعمال سلطته التقديرية⁹⁶⁰، كما لا يمكنه تطبيقها في غير الحالات التي حددها المشرع لاستعمالها .

ثانيا . الحل القانوني المفروض على القاضي يتمثل في قاعدة قانونية تحتاج إلى تفسير:

قد لا يصل قاضي الموضوع إلى الحل الوارد في القاعدة القانونية الواجبة التطبيق بسهولة نظرا لغموضها أو عدم وضوحها أو تناقضها مع قاعدة أخرى، ما يستتبع ذلك عمليا قيامه بعملية التفسير للوصول إلى الحل السليم للنزاع⁹⁶¹. والتفسير هو عملية ذهنية منطقية، تؤدي بإتباع قواعد علمية إلى استنباط حكم النص القانوني وذلك من أجل تطبيقه على الحالة الواقعية⁹⁶².

1995 و بتاريخ 18 ديسمبر 1995 ثم رفعت دعوى الشفعة في 25 ديسمبر 1995 وعلى هذا الأساس فإن حقها في الشفعة على الأرض موضوع النزاع لم يسقط كما ذهب إليه القرار المطعون فيه.
⁹⁶⁰ قرار المحكمة العليا . الغرفة المدنية . المؤرخ في 28 أوت 1999 ، ملف رقم 65633 : وحيث يجب تذكير قضاة الاستئناف لمجلس قضاء أم البواقي بأن الأمر 15.74 المؤرخ في 30 جانفي 1974،الداخل حيز التطبيق في 16 فيفري 1980 على الوقائع التي تحصل بعد هذا التاريخ مبني على نظرية المخاطر وليس على نظرية الخطأ ، وهو مما يؤدي إلى استبعاد الحكم بأي تعويض على أساس المادة 124 مدني...مشار إليه في : يوسف دلاندة، نظام التعويض عن الأضرار الجسمانية والمادية الناتجة عن حوادث المرور، دار هومة، الجزائر 2004، ص 149.

. قرار المحكمة العليا المؤرخ في 20 جويلية 1999 ، رقم الملف 212178: حيث أن قضاة الاستئناف لم يجيبوا على طلبات الطاعنة وقضوا بتأييد الحكم المستأنف الذي لم يشرح كيفية حساب التعويضات الممنوحة ، كما أنهم طبقوا المادة 124 مدني بدلا من القانون 31.88 المؤرخ في 19 جويلية 1988 الواجب تطبيقه وبذلك فإنهم خرقوا القانون... مشار إليه في : نبيل صقر، حوادث المرور نسا وفقها وتطبيقا ، دار الهدى ، عين مليلة الجزائر 2009، ص 223.

. بوزيدي محمد، المصالحة في مجال تعويض ضحايا حوادث المرور، مج مح ع، ع02، س1992، ص 233.
⁹⁶¹ عجة الجيلالي، مرجع سابق، ص 498.

. Dominique d'Ambra, op cit, p28.

⁹⁶² محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، د م ج ، وهران 1984، ص 28.
. الغوثي بن ملح، أفكار حول الاجتهاد القضائي، مرجع سابق ، ص 58.

وينقسم التفسير بالنظر إلى الهيئة التي تقوم به إلى ثلاثة أنواع، التفسير التشريعي⁹⁶³، التفسير الفقهي⁹⁶⁴، التفسير القضائي⁹⁶⁵ وهذا الأخير هو الذي نهتم به في صدد هذا البحث.

. إن قيام القاضي بتفسير القاعدة القانونية يعد من واجباته التي تفرض عليه بمقتضى وظيفته المتمثلة في إنزال حكم القانون على وقائع الدعوى المعروضة عليه، حيث يقوم بهذا التفسير من تلقاء نفسه حتى ولو لم يطلب ذلك الخصوم⁹⁶⁶، و لا يتم اللجوء إلى التفسير إلا بمناسبة وقائع ونزاعات معروضة على المحاكم بالفعل، وهو الأمر الذي يطبعه بالصفة العملية⁹⁶⁷.

و من الأمثلة على الحالات التي يتعين فيها على القاضي أعمال جهده في التفسير:

. **حالة الخطأ المادي:** وهو الخطأ الذي لم يقصده المشرع، ويتحقق هذا الخطأ إما بإيراد لفظ غير مقصود أو بسقوط لفظ من النص كان يلزم ذكره، بحيث لا يتم معنى النص إلا إذا حذفنا اللفظ الزائد غير المقصود في الحالة الأولى، أو أضفنا اللفظ الذي سقط سهواً في الحالة الثانية⁹⁶⁸.

. **حالة الخطأ القانوني:** وهو الخطأ الواضح غير المقصود الذي تدل عليه القواعد العامة، بحيث لا يوجد أدنى شك في وجوب تصحيحه⁹⁶⁹.

⁹⁶³ يمكن أن نعرف التفسير التشريعي بأنه عمل تشريعي تصدره السلطة التي أصدرت العمل التشريعي محل التفسير وذلك من أجل توضيح حقيقة المقصود من هذا التشريع... محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 78.

⁹⁶⁴ التفسير الفقهي هو ذلك التفسير الذي يقوم به الفقهاء ونجده في مؤلفاتهم وأبحاثهم لشرح القواعد أو النصوص القانونية، كما يتضمن فتاويهم ونقدم للتفسير القضائي، أو يواجهون به الحالات التي لم يجد لها القضاء حلاً، ويمكن تعريفه بأنه دراسة القانون في حالة تطبيقية... محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 126.

⁹⁶⁵ التفسير القضائي هو التفسير الذي يقوم به القاضي بمناسبة فصله في نزاع معروض عليه، والذي يكون موضوعه بيان القاعدة القانونية محل التطبيق في حالة خطئها أو غموضها أو عدم وجودها.

⁹⁶⁶ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 131.

⁹⁶⁷ أحمد مجحودة، مرجع سابق، ص 15.

⁹⁶⁸ محمد سعيد جعفرور، المدخل إلى العلوم القانونية، مرجع سابق، ص 298.

. ومثال الخطأ المادي ماورد في نص المادة 220 من الق المدني بأنه إذا برئت ذمة الدائن قبل أحد الدائنين... والصحيح هو أنه إذا برئت ذمة المدين، لأن المدين هو الملزم بالوفاء، فهنا على القاضي أن يفتن إلى هذا الخطأ المادي عند تطبيقه لهذا النص في النزاع المعروض عليه.

⁹⁶⁹ محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 300.

. **حالة الغموض:** وهي الحالة التي يوجد فيها النص لكن تحديد مفهومه وضبط معناه يستعصي على القاضي سواء من الناحية القصدية أو من الناحية اللغوية أو كلاهما معا⁹⁷⁰ ، وهذه الحالة تعتبر أكثر الحالات التي تؤدي إلى ذبذبة الاجتهاد القضائي واضطرابه، حيث تظهر في صورة تعدد احتمالات الفهم لنص قانوني واحد، مما قد يؤدي إلى تعدد احتمالات التصدي والمواجهة، لذلك ينبغي على القاضي أن يؤسس اجتهاده على توضيح المفهوم الذي علق بذهنه من غموض النص بصفة أولية، ثم يتجه بالحل الذي يراه مناسباً في وحدة منطقية منسجمة⁹⁷¹ ، ففي حالة الغموض يبحث القاضي عن الإرادة الحقيقية للمشرع بعد أن عجزت عبارات النص ومفرداته عن الإعلان عنها صراحة⁹⁷² .

. **حالة التعارض:** ويقصد بها وجود تناقض بين نصين تشريعيين يحمل كل منهما حكماً يخالف الآخر، بحيث يستحيل الجمع بينهما، والتعارض قد يكون بين نصوص تشريع واحد، وقد يكون بين نصوص تشريعيين أو أكثر⁹⁷³ .

و يضع الفقه عدة طرق للتفسير يستطيع القاضي الاعتماد عليها، فمثلاً يضع الفقيه **MOTULSKY** خمسة طرق : . التفسير عن طريق العلم اللغوي أي عن طريق معنى الكلمات . التفسير المنطقي وذلك من خلال الغوص في جوهر القاعدة القانونية محل التفسير. التفسير النظامي وذلك من خلال البحث في مكانة القاعدة القانونية محل التفسير في النظام القانوني .

. ومثال الخطأ القانوني ماورد بنص المادة 576 من الق المدني التي أوجبت على الوكيل أن يبذل في تنفيذه للوكالة عناية الرجل العادي، والصحيح هو أنه يجب التفرة بين الوكيل المتبرع الذي يطلب منه بذل العناية التي يبذلها في تسيير شؤونه الخاصة دون أن يتجاوز عناية الرجل العادي وبين الوكيل بأجر الذي يطلب منه بذل عناية الرجل العادي.

⁹⁷⁰ محمود داوود يعقوب، مرجع سابق ، ص 142.

⁹⁷¹ أحمد مجحودة ، مرجع سابق ، ص 15.

. ومثال حالة الغموض نص المادة 397 من الق المدني التي تنص على بطلان بيع ملك الغير دون أن تبين طبيعة هذا البطلان، فهنا القاضي يرجع إلى قواعد التفسير للوصول إلى تحديد طبيعة البطلان ، ومن ثم الحكم بجواز الإثارة التلقائية لهذا البطلان أو الحكم بتحديد الطرف الذي يجوز له التمسك به دون سواه.

⁹⁷² محمود داوود يعقوب، مرجع سابق ، ص 143.

⁹⁷³ محمد سعيد جعفر، مرجع سابق ، ص 303.

التفسير التاريخي وذلك من خلال البحث في أصل القاعدة القانونية . التفسير الفلسفي وذلك من خلال البحث في الإيديولوجية المسيطرة على النظام القانوني⁹⁷⁴.

ويذهب الأستاذ السنهوري إلى أن تفسير النصوص الجديدة يجب أن يتم في ضوء القضاء والفقه اللذان نشأ في مصر في ظل التقنين القديم، وبذلك يتصل الحاضر بالماضي، ولا تنقطع سلسلة التطور، ويضرب هذا الفقيه مثلا لتفسير القاضي لمعنى الطيش البين والهوى الجامح الوارد في نص المادة 129 من القانون المدني المصري، حيث أنه يجب على القاضي وفي سبيل تحديده لهذا المعنى أن يسترشد بالقضاء السابق ، وأن يستعرض أمامه القضايا التي رفعت فعلا أمام المحاكم المصرية، فيصبح المعنى أمامه واضحا، وهو بعد ذلك يصبح في غنى عن الرجوع إلى الأمثلة الواردة في القضاء الأجنبي، أو أن يرجع إلى النص الأجنبي رغم أنه مماثل للنص المصري، ليخلص هذا الفقيه في الأخير أنه يجب على قضاة مصر أن يلتزموا بالقضاء السابق والسير على المبادئ التي سبق أن قررتها المحاكم المصرية في وسطها المصري⁹⁷⁵.

وإذ أننا لم نجد معالجة صريحة من طرف المشرع لمشكلة تفسير القانون وسلطة قاضي الموضوع إزاءها إلى الحد الذي جعل أحد رؤساء المحكمة العليا عندنا يتساءل عن مدى اتباع القاضي الجزائري لمنهج واضح في التفسير يمكن أن نستنتج منه انتماءه إلى مدرسة محددة من مدارس التفسير⁹⁷⁶، إلا أنه يمكننا واستنادا لنص المادة الأولى من القانون المدني أن نستنتج أن المشرع قد تأثر في مجال التفسير القضائي بكل مدارس التفسير، فأخذ بمدرسة الشرح على المتون فيما تنادي به من تفسير النصوص بمنطوقها وفحواها، كما قبل بما سلمت به مدرسة البحث العلمي الحر من تعدد مصادر القانون، وإعطاء القاضي بعض الحرية للتوصل إلى حل النزاع المعروض عليه مستهديا بمبادئ الشريعة الإسلامية وبالقانون الطبيعي وقواعد العدالة، كذلك تأثر القضاء بالمدرسة التاريخية ولو بصفة غير مباشرة، وسائر الظروف الاجتماعية

⁹⁷⁴ Nestor DAKO, contrôle de légalité et regulation du droit ,www.ahjucaf.org : consulte le 20/12/2010 .

⁹⁷⁵ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج01، مرجع سابق، ص ص 38.36.

⁹⁷⁶ أحمد مجحودة ، مرجع سابق ، ص 16.

والاقتصادية، حيث يقوم القاضي في هذا المجال بإنشاء قواعد قانونية تحت غطاء تفسير النصوص التشريعية⁹⁷⁷.

وهذا خلافا للمشرع التونسي الذي تصدى وبنصوص صريحة لهذه المسألة، حيث نظمها بالمواد من 532 إلى 541 من مجلة الالتزامات والعقود، فنص مثلا بالمادة 532 على أن نص القانون لا يحتمل إلا المعنى الذي تقتضيه عبارته بحسب وضع اللغة وعرف الاستعمال ومراد واضع القانون، ونصه بالمادة 540 على أن ما به قيد أو استثناء من القوانين العمومية أو غيرها لا يتجاوز القدر المحصور مدة وصورة، ونصه بالمادة 538 على أن الممنوع قانونا لسبب معلوم يصير جائزا بزوال السبب، ونصه بالمادة 541 على أنه إذا أوجبت الضرورة لتأويل القانون جاز التيسير في شدته، ولا يكون التأويل داعيا لزيادة التضييق أبدا، وهكذا فإنه يبرز بدقة أن التفسير هي مسألة قانون بالنسبة للمشرع التونسي حيث تراقب محكمة التعقيب مخالفة قضاة الموضوع لقواعد التفسير المحددة قانونا بصدد إعمالهم لسلطتهم في تفسير القانون⁹⁷⁸.

وفي نفس السياق الذي توجه به المشرع التونسي في نص المادة 532 من مجلة الالتزامات والعقود، كان الفقه قد سبقه إلى ذلك، حيث ذهب الفقيهان **AUBRY et RAU** إلى القول بأن

⁹⁷⁷ رضا المزرغني و عبد المجيد عبود، مرجع سابق، ص 213.

⁹⁷⁸ قرار تعقيبي مدني عدد 6312 مؤرخ في 30 مارس 2006، قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب 2006.2007، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس 2008، ص 227: وحيث أن ما ذهب إليه محكمة الموضوع من تفسير لعبارة كامل الثمن الواردة بالفصل 111 من م ح ع بأنها الثمن المدرج بالعقد ولو كان واضح الصورية يخالف أحكام الفصل 532 من م ح ع الذي نص على أن القانون لا يتحمل إلا المعنى الذي تقتضيه عبارته بحسب وضع اللغة وعرف الاستعمال ومراد واضع القانون كمخالفته لأحكام الفصل 533 م ح ع الذي نص على أنه إذا كانت عبارة القانون مطلقة جرت على إطلاقها، لذلك لا مجال إلى التضييق في مفهوم الثمن الحقيقي باعتباره هو بالضرورة الثمن المضمن بالعقد مما يؤدي إلى حرمان الشريك من ممارسة حق الشفعة ويحول دون تحقيق غاية المشرع من تمكينه من الحلول محل المشتري في المناوبات التي اشتراها ويؤدي بالتالي إلى تجميد تطبيق أحكام الفصل 111 م ح ع، لذلك تعين قبول المطاعن من هذه الجهة ونقض الحكم المطعون فيه.

التفسير يتم عن طريق التحليل اللغوي للقاعدة القانونية، والذي يرتبط بتحديد معنى النص بمساعدة العرف المستعمل في اللغة وقواعد النحو⁹⁷⁹.

وأخذت المحكمة العليا عندنا بهذا الأسلوب في تفسيرها لنص المادة 374 من قانون العقوبات، وذلك بقولها أن المادة 374 من قانون العقوبات تنص صراحة في قالب النهي أي بعبارة لا الناهية أن الغرامة المالية الذي يجب النطق فيها في حالة الإدانة تساوي على الأقل قيمة الشيك أو قيمة النقص في الرصيد سواء تعلق الأمر بجنحة إصدار شيك بدون رصيد أو تظهيره أو تسليمه على سبيل الضمان، ومعنى ذلك أن هذه الجريمة في حالاتها الثلاثة المذكورة تعتبر جريمة خاصة مرتبطة أساسا بقيمة الشيك محل النزاع، مما يترتب والحالة هذه أنه لا مجال لتطبيق أحكام المادة 53 من قانون العقوبات إذ أن القاضي لا يمكن أن يقدر العقوبة المالية خارج هذه المعادلة⁹⁸⁰.

. إضافة إلى أسلوب التحليل اللغوي أخذت محكمة التعقيب التونسية بأسلوب التفسير المنطقي للتعرف على إرادة المشرع، فمثلا ذهبت هذه المحكمة في تفسيرها لنص القاعدة القانونية المتعلقة بالتقادم الحولي بان هذا النص لا يطبق إلا في حالة رفع دعوى من تاجر ضد شخص غير تاجر، وأن نية المشرع هي حماية غير التجار من التقادم الطويل . 15 سنة . الذي سيواجهه به التاجر هذا الأخير الذي يتمتع بوسائل إثبات واسعة⁹⁸¹.

وأخذت المحكمة العليا عندنا بنفس الأسلوب عند تفسيرها مثلا لنص المادة 30 من القانون 90-25 المتعلق بالتوجيه العقاري، وذلك بقولها أن المشرع وإن كان نص على أنه يجب على كل حائز لملك عقاري أو شاغل إياه أن يكون لديه سند قانوني يبرر هذه الحيازة أو هذا الشغل قاصدا بذلك شهادة الحيازة المنصوص عليها بالمواد 39 وما بعدها من نفس القانون، إلا أنه لم

⁹⁷⁹ Charles AUBRY et Charles RAU, cours de droit civil français, 5^{ém}.ed.1897, p193.

. ومثال التفسير بواسطة التحليل اللغوي استعمال القاعدة التي تقول أن مقابلة الجمع بالجمع تقتضي القسمة على الأحاد، والقاعدة التي تقول أن تعبير المشرع بصيغة الجمع للذكور يقتضي إنصاف الأثر إلى الإناث أيضا... انظر:

- Nadhir Benammou, op cit, p387

⁹⁸⁰ قرار المحكمة العليا . غرفة الجناح والمخالفات . المؤرخ في 21 جوان 1999، ملف رقم 207069، المجلة القضائية ، ع01، ص2000، ص228.

⁹⁸¹ Nadhir Benammou, op cit, p388.

يجعل من هذه الشهادة شرطا لممارسة دعاوى الحيازة التي تخضع لأحكام المواد 817 وما بعدها من القانون المدني⁹⁸².

وأخذت المحكمة العليا بأسلوب التشبيه والمقارنة⁹⁸³ لتستنتج حق الجد في الزيارة تفسيرا لنص المادة 77 من قانون الأسرة⁹⁸⁴.

كما يمكن أيضا للمحكمة العليا وفي تفسيرها لنص قانوني معين أن ترجع إلى الأعمال التحضيرية للقانون المنظم لذلك النص⁹⁸⁵، فمثلا استطاعت أحد المحاكم الاستثنائية في فرنسا وعن طريق الرجوع إلى الأعمال التحضيرية للقانون المؤرخ في 04 جوان 1970 المتعلق بالسلطة الأبوية، أن تنتهي إلى أن حق الزيارة المعترف به قانونا لجد الطفل يسري على جميع أصول الطفل⁹⁸⁶.

⁹⁸² قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 14 فيفري 2007، ملف رقم 386808، مج مح ع ، عدد خاص، الغرفة العقارية، ج03، س2010، ص ص 141.140...انظر في نقد هذا التفسير: غنيمة لحو، مفهوم وفحوى المادة 30 من القانون 25.90 تعليق على القرار رقم 386808، مج مح ع ، عدد خاص، الغرفة العقارية، ج03، س2010، ص ص 148.142.

⁹⁸³ يقوم أسلوب التشبيه والمقارنة في التفسير على الفهم الكافي للتشابه المتطابق بين حالتين واقعتين من أجل الوصول إلى تطبيق القاعدة القانونية المنظمة لإحدى الحالتين على الحالة الأخرى التي لا تنظمها أي قاعدة قانونية ، انظر:

– Nestor DAKO,contrôle de légalité et regulation du droit ,www.ahjucaf .org : consulte le 20/12/2010 .

⁹⁸⁴ قرار المحكمة العليا . غرفة الأحوال الشخصية والمواريث . المؤرخ في 21 أبريل 1998 ، ملف رقم 189181، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، س 2001، ص 193: حيث وأن الجد يعتبر أصلا للولد وهو بمنزلة والده المتوفي فكما تجب عليه النفقة يكون له أيضا حق الزيارة طبقا للمادة 77 من قانون الأسرة ، وعليه فالوجه غير مؤسس ويتعين رفض الطعن.

⁹⁸⁵ قرار المحكمة العليا . الغرفة الجنائية . المؤرخ في 27/04/2004، ملف رقم 323802، مجلة المحكمة العليا . ع01، س2005، ص 314: حيث أن هذا التمييز للمتهم والطرف المدني يستند في الواقع كما يتضح من أعمال المجلس الشعبي الوطني إلى مجرد توضيح لغوي باستبدال عبارة تقرير بعبارة عريضة، مما يفيد أن المشرع لم يكن في نيته تعديل طريقة انعقاد الاستئناف كما هي في الأحوال العادية. حيث بناء على ذلك فإن القانون لم يشترط العريضة المكتوبة لانعقاد الاستئناف من المتهم أو الطرف المدني لأوامر قاضي التحقيق.

⁹⁸⁶ Nestor DAKO,contrôle de légalité et regulation du droit ,www.ahjucaf .org : consulte le 20/12/2010 .

و رغم أن القاضي في نهاية المطاف يقوم بتفسير النص ويطبقه بحسب ما اهتدى إليه فهمه واجتهاده، بحيث لا يجوز لأي جهة أن تفرض على القاضي وجهة نظر معينة في تفسير النص واستنباط غرض المشرع منه⁹⁸⁷، إلا أن هذا التفسير الذي يتوصل إليه القاضي بكل حرية هو في أصله مسألة قانونية يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا، لأن الخطأ في التفسير سيؤدي حتما إلى الخطأ في تطبيق القاعدة القانونية أو إلى مخالفتها⁹⁸⁸، لذلك فلا يكفي أن يتبع قاضي الموضوع نوعا معينا من أساليب التفسير، وإنما لا بد من موافقة محكمة النقض على ذلك⁹⁸⁹، والتي تجري رقابتها إما بالموافقة على التفسير الذي يأخذ به قضاة الموضوع وإما باستبعاده، وذلك بعد أن تبين مواطن القصور فيه واستبداله بالتفسير الذي تراه مناسبا وصحيا⁹⁹⁰، وبالتالي فإنه يتوجب على قضاة النقض في عملهم هذا أن يميزوا أولا

⁹⁸⁷ عمار بوضياف، دور القاضي في المجتمعات الحديثة، مجلة نشرة القضاة، عدد 48، مجلة قانونية تصدرها مديرية البحث بوزارة العدل، الجزائر، ب س ن. ص 124.

⁹⁸⁸ قرار المحكمة العليا. الغرفة المدنية. المؤرخ في 18 أبريل 2007، ملف رقم 358399، مجلة المحكمة العليا، ع02، س 2007، ص 166: وحيث أن عدم اعتراض الطاعن على إجراءات إعداد عقد الشهرة أمام الموثق خلال الأربعة أشهر المنصوص عليها في المادة الرابعة من المرسوم 352.83 المتعلق بإعداد عقد الشهرة، لا تمنعه من رفع دعوى قضائية للمنازعة في الحياة باعتبار أن قاضي الموضوع هو المؤهل لمراقبة محتوى العقد لاسيما عناصر الحياة، وأن قضاة المجلس لما رفضوا دعوى الطاعن على أساس هذه المادة يكونون قد أخطأوا في تطبيق القانون.

⁹⁸⁹ محمد الكشور، مرجع سابق، ص 340.

⁹⁹⁰ قرار المحكمة العليا. غرفة الأحوال الشخصية والمواريث. المؤرخ في 14 جوان 2006، ملف رقم 258613، مجلة المحكمة العليا، ع02، س 2006، ص 424: حيث أن الحكم محل الطعن قد أساء تطبيق القانون، ذلك لأن طلب الخلع لا يمكن للزوجة أن تطالب به قبل الدخول بل يمكنها المطالبة به فقط بعد الدخول وعند بلوغ حياتها الزوجية مع زوجها حالة من الكراهية والنفور يتعذر معه مواصلة العشرة الزوجية، الأمر الذي يجعل الحكم محل الطعن عرضة للنقض.

. إن تحليلنا لهذا القرار يسمح لنا بالقول أن قضاة المحكمة العليا لم يتفقوا مع التفسير الذي أعطاه قضاة الموضوع لحق الزوجة في طلب الخلع، حيث اعتبره قضاة الموضوع حق يثبت للمرأة بمجرد وجود علاقة الزوجية وإبداء عدم رغبتها في الاستمرار في هذه العلاقة، بينما ذهب قضاة المحكمة العليا إلى رفض هذا التفسير الواسع وقاموا بتضييقه وذلك باشتراطهم لثبوت الدخول وثبوت كراهية الزوجة لزوجها بعد المعاشرة.

بين تفسير القانون وتفسير الوقائع والتصرفات، حيث لا يدخل في نطاق رقابتهم التفسير الذي يعطيه قضاة الموضوع للوقائع والتصرفات، ثم ثانياً عليهم أن يجروا رقابتهم على تفسير قضاة الموضوع للقاعدة القانونية المطبقة دون التفسير الذي يعطيه الخصوم لنفس القاعدة، ثم ثالثاً عليهم أن يتأكدوا من أن القاعدة القانونية محل التفسير هي قاعدة قانونية غير واضحة، إذ أنه مع الوضوح ينتفي التفسير⁹⁹¹.

الفرع الثاني: الحلول القانونية المتروكة لسلطة القاضي التقديرية

. قرار المحكمة العليا . الغرفة الاجتماعية . المؤرخ في 08 نوفمبر 2006، ملف رقم 358712، مجلة المحكمة العليا، ع2، س 2006، ص ص 305.300: حيث أن التحليل القانوني الدقيق والسليم يفيد بما يلي: إذا كان المرسوم الرئاسي رقم 440.96 المؤرخ في 09 ديسمبر 1996 المتضمن إحداث المؤسسة العسكرية للمواد المتفجرة يصفها صراحة بأنها مؤسسة ذات طابع صناعي وتجاري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي ويخضعها إلى أحكام المرسوم رقم 56.82 المؤرخ في 13 فيفري 1982 فإن قراءة متأنية لبعض أحكام هذا المرسوم تدل على أن المدير العام أو مدير المؤسسة يقوم بتوظيف وتسريح المستخدمين المدنيين غير الشبهاء ، ومعنى ذلك أن هناك فرق بين أصناف العمال والموظفين التابعين للمؤسسة والذين هم ثلاثة : العسكريون ، المدنيين أشباه العسكريين ، والمدنيون غير الشبهاء ، فإذا كان المدير العام يتولى فقط متابعة تسيير العسكريين والمدنيين أشباه العسكريين ، فإنه يوظف ويسرح المستخدمين غير الشبهاء ، فاستعمال كلمة يسرح لم ترد بالصدفة في المرسوم السالف الذكر ولا تجد تفسيراً لها إلا في القانون 11.90 المتعلق بعلاقات العمل ، كما أن توظيف هذه الفئة من العمال وتسريحهم من طرف المدير العام يحمل المسؤولية التعاقدية إلى المؤسسة التي هي ذات طابع اقتصادي وتجاري ويخضعها بالتالي إلى القانون العام ، حيث وبناء على ما سبق فإن الاختصاص للفصل في النزاع القائم بين هذه المؤسسة وعمالها غير الشبهاء يؤول إلى القسم الاجتماعي للمحكمة، وأن الحكم المطعون فيه لما رفض الدعوى لعدم الاختصاص النوعي بحجة أن النزاع إداري قد خالف القانون.

. إن تحليلنا لهذا القرار يسمح بالقول أن المحكمة العليا لم تقبل بالتفسير الذي ساقه قضاة الموضوع للنصوص القانونية التي تحكم العلاقة بين المؤسسة العسكرية للمواد المتفجرة والتي توصلوا من خلالها إلى أن هذه العلاقة هي علاقة إدارية تخضع لاختصاص القضاء الإداري طبقاً للمعيار العضوي، وقاموا بإعطاء تفسيرهم لهذه النصوص والذي توصلوا من خلاله إلى إثبات أن النزاع هو نزاع عمالي يخضع لقانون العمل وتفضل فيه المحكمة الاجتماعية، والحقيقة أن هذه المشكلة بالذات لا زالت مطروحة رغم هذا القرار خاصة على مستوى مفتشيات العمل التي ترفض تمكين عمال هذه المؤسسة من إجراء محاولة الصلح بدعوى أن النزاع إداري.

⁹⁹¹ Nestor DAKO, contrôle de légalité et regulation du droit ,www.ahjucaf.org : consulte le 20/12/2010 .

نحاول من خلال هذا الفرع أن نحدد مضمون هذه الحلول أولاً، ثم تحديد سلطة النقص في الرقابة على قاضي الموضوع عند اختياره لأحد الحلول المتروكة لتقديره ثانياً.

أولاً . تحديد مضمون الحلول القانونية المتروكة لسلطة قاضي الموضوع التقديرية:

يتدخل المشرع في بعض الحالات ليفوض القاضي سلطة اختيار الحل القانوني للنزاع المعروف عليه ، وذلك من خلال منحه سلطة تقديرية واسعة في تطبيق أحكام القانون ، وذلك بجعل أحكام القانون متماشية مع مقتضيات الظروف، فتكون أحكام القانون بذلك أداة طيعة في يد القاضي تطور بها القانون تطوراً مستمراً، ويواجه بها ما يتغير من ملبسات وأحوال⁹⁹². فعندما يتعلق الأمر بنصوص مكتوبة فإن المشرع وفي بعض الأحوال قد يمنح لقاضي الموضوع سلطة تقديرية معينة فيما يتعلق بتطبيق الحل القانوني الموجود في هذه النصوص⁹⁹³.

ولفهم هذه المسألة لا بأس أن نطرح الأمثلة التالية:

. نص المادة 177 من القانون المدني التي تجيز للقاضي بأن ينقص من مقدار التعويض أو أن لا يحكم به إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه.

. نص المادة 90 من القانون المدني التي تجيز للقاضي أن يختار بين إبطال العقد بناء على طلب المتعاقد المغبون بسبب وقوع إرادته تحت استغلال المتعاقد الآخر وبين أن يكتفي بمجرد انقاص التزام المتعاقد المغبون دون الحكم بإبطال العقد.

. نص المادة 107 ف 03 من القانون المدني التي تجيز لقاضي الموضوع بعد أن يتأكد من توفر حالة وقوع المدين في ظرف طارئ أدى إلى أن تنفيذ التزامه صار مرهقاً أن يحكم برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول⁹⁹⁴.

⁹⁹² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج01، مرجع سابق، ص 104.

⁹⁹³ نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، مرجع سابق، ص 186.

⁹⁹⁴ هناك من يرى أن القاضي ملزم بتطبيق نظرية الظروف الطارئة متى توفرت شروطها ، أي أنه ملزم بمراجعة شروط العقد، وحثهم في ذلك أن هذه النظرية من النظام العام حيث تقضي المادة 107 من القانون المدني ببطان كل اتفاق يخالف أحكامها، إلا أنه ومع ذلك فإن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة بشأن = =تقدير الخسارة الفادحة وكيفية رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، أي أن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية في اختيار الحل أو الأثر الناجم عن القاعدة القانونية...راجع هذه المسألة: علي فيلال،الالتزامات . النظرية العامة للعقد . دار موفم للنشر، الجزائر 2005، ص 304.

. نص المادة 126 من القانون المدني التي تجيز للقاضي أن يحدد نصيب كل مدين بالمسؤولية عن الفعل الضار.

. نص المادة 561 ف 03 من القانون المدني التي تجيز للقاضي أن يزيد في الأجرة أو أن يفسخ عقد المقاولة بسبب انهيار التوازن الاقتصادي بين التزامات رب العمل والمقاول نتيجة حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد.

إذن ومن خلال هذه الأمثلة نلاحظ أن المشرع يساهم في منح القاضي سلطة تقديرية عندما يطرح أمامه حرية الاختيار بين العديد من الحلول القانونية الواردة في النص التشريعي، أو عندما يترك له حرية التقدير بشأن تطبيق الحل الوارد في النص التشريعي أو عدم تطبيقه⁹⁹⁵، ومتى استعمل القاضي سلطته على هذا النحو وبين ذلك في أسباب حكمه فإنه يكون قد التزم صحيح القانون، ولا تملك جهة النقض إلا أن تؤيده في ذلك⁹⁹⁶.

. وفي مجال تحديد معايير إسناد الحضانة مثلا يضع المشرع ترتيبا معيناً يلزم القاضي باحترامه، وفي المقابل يترك المشرع للقاضي مجال من الحرية في الخروج عن هذا الترتيب ولكن بشرط أن يكون هذا الخروج سببه مراعاة مصلحة المحضون⁹⁹⁷، وهنا نجد المحكمة العليا تحرص على مراقبة احترام قاضي الموضوع لهذا السبب، فمتى رأت أنه خالف الترتيب

⁹⁹⁵ أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص 247.

⁹⁹⁶ Cass.civ I.18/03/1997, www.fichier.pdf.fr : attendu que les juges du fond n'ont fait qu'appliquer la lois en exerçant la faculté ouverte par l'article L.312_33 dernier alinéa du code de la consommation de prononcer la déchéance totale ou partielle des intérêts ,qui relève du pouvoir discrétionnaire du juge que,dés lors, la cour d'appel,qui a légalement justifié sa décision n'encourt aucun des griefs du moyen.

⁹⁹⁷ المادة 64 من قانون الأسرة.

المنصوص عليه قانونا دون مبرر لامته على ذلك ونقضت حكمه⁹⁹⁸، ومتى رأت أن خروجه مبرر بمصلحة المحضون وافقته على ذلك وأيدت حكمه⁹⁹⁹.

أما في الأحوال التي لا يوجد فيها نص مكتوب أو قاعدة عرفية أو دينية فإن المشرع يحيل القاضي إلى قواعد العدالة ومبادئ القانون الطبيعي، وهنا يكون للقاضي سلطة اختيار الحل القانوني المناسب للنزاع المطروح في ضوء هذه القواعد والمبادئ، حيث يقوم القاضي هنا بإنشاء الحل القانوني مراعيًا في ذلك ملائمة مضمون نشاطه مع أهداف وظيفته، حيث يكون اختياره عادلاً بقدر موافقته لقواعد التشريع، على اعتبار أن المشرع هو الذي يحدد القواعد الموضوعية الملائمة لتحقيق هذه الغاية¹⁰⁰⁰.

ثانياً . سلطة قضاء النقص في الرقابة على تقدير قاضي الموضوع للحل المتروك لسلطته:

يختلف الفقه حول تحديد سلطة قضاء النقص في الرقابة على تقدير قاضي الموضوع للحل المتروك لسلطته وانقسم إلى رأيين:

الرأي الأول يذهب إلى أن إعطاء القاضي الخيار بين الأخذ بحكم القانون أو تركه، أو استنباط الحكم ذاته، لا يستقيم معه إعطاء الحق في الطعن في هذا الحكم بدعوى مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه، كما لا يمكن القبول بالطعن في الحكم بدعوى القصور في أسبابه، لأن مثل

⁹⁹⁸ قرار المحكمة العليا . غرفة الأحوال الشخصية والمواريث . المؤرخ في 17 مارس 1998، ملف رقم 179471، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، س 2001، ص 172: حيث أنه من المقرر قانوناً أنه لا يجوز مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة إلا إذا ثبت = بالدليل من هو أجدر بالقيام بدور الحاضنة، ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع أسندوا الحضانة للأخت من الأب رغم وجود الخالة المطالبة بها، إضافة إلى عدم استعانتهم بمرشدة اجتماعية لمعرفة الطرف الذي يكون أقر على تربية الأولاد ورعايتهم، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبب.

⁹⁹⁹ قرار المحكمة العليا . غرفة الأحوال الشخصية والمواريث . المؤرخ في 10 سبتمبر 2008، ملف رقم 457038، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، س 2008، ص 315: حيث متى اكتسبت المطعون ضدها الجنسية الفرنسية دون أن ترتد عن الديانة الإسلامية ولا يوجد أمام الجهة القضائية ما يفيد تخليها عن الدين الإسلامي فإن ذلك لا يسقط حقها في الحضانة لكونها أولى بحضانة أطفالها وفق المادة 64 من قانون الأسرة، وحيث لما قضى قضاء الموضوع بإسناد الحضانة لها فإنهم طبقوا صحيح القانون.

¹⁰⁰⁰ أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص 379.

هذه الرقابة تقوض السلطة الممنوحة للقاضي من جهة، وتحول جهة النقض إلى محكمة موضوع من جهة أخرى¹⁰⁰¹.

الرأي الثاني يذهب إلى أن جهة النقض تراقب قاضي الموضوع عند ممارسته لسلطته التقديرية عند اختيار الحل القانوني، حيث يتوجب على قاضي الموضوع تحت رقابة النقض أن يستعمل السلطة التي منحها له القانون وعدم إهمالها وإلا كان بتركه لها مخالفاً للقانون، كما يتوجب عليه إعمال تلك السلطة في المكان الذي قرره القانون، وفي إطار الحالة المحددة وبالشروط المقررة قانوناً، حيث أن إعمال السلطة التقديرية فيما لا تقدير فيه يعتبر مخالفاً للقانون، كما أنه على قاضي الموضوع أن يسبب اختياره للقاعدة القانونية التي من خلالها قام بحل النزاع، وينتهي هذا الرأي إلى أن ممارسة جهة النقض للرقابة على ممارسة قاضي الموضوع لهذه السلطة لا يحولها إلى محكمة موضوع، لأن عمل المحكمة لا يمكن أن يكون عملاً قانونياً مجرداً من الواقع، بل هو خليط منهما، وأن ترك سلطة التقدير لمحكمة الموضوع دون رقابة يجعل من تلك السلطة تحكيمية¹⁰⁰².

وخلاصة القول أن قاضي الموضوع وعند استخلاصه للحل الوارد في القاعدة القانونية يكون خاضعاً لرقابة المحكمة العليا، ذلك أن نشاط قاضي الموضوع في هذه المرحلة هو نشاط معلق على شرط واقف هو عدم مخالفة القانون، سواء كانت هذه المخالفة تحققت من خلال انحرافه في نشاطه انحرافاً يؤدي إلى الخطأ في تطبيق القانون، أو انحرافاً يؤدي إلى تفسيره تفسيراً خاطئاً¹⁰⁰³، وحتى في الحالة التي يعطي فيها المشرع لقاضي الموضوع سلطة اختيار الحل الواجب تطبيقه على النزاع فإن المحكمة العليا تخضعه لرقابتها من خلال رقابة التسبب¹⁰⁰⁴، ذلك أنه يتعين عليه أولاً أن لا يمتنع عن إعمال هذه السلطة متى أعطاهم له القانون¹⁰⁰⁵، ثم ثانياً أن يستعملها في الحدود التي رسمها له القانون¹⁰⁰⁶.

¹⁰⁰¹ عبد الله خليل حسين الفراء، سلطة القاضي التقديرية في ظل قانون أصول المحاكمات المدنية الفلسطيني، رد، جامعة الدول العربية، القاهرة 2008، ص 440.

¹⁰⁰² عبد الله خليل حسين الفراء، مرجع سابق، ص 441.

¹⁰⁰³ أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص 449.

¹⁰⁰⁴ قرار المجلس الأعلى . الغرفة الجنائية . المؤرخ في 07 جوان 1983، ملف رقم 25878، ص 73: وحيث أن قضاة الموضوع قد أغفلوا أيضاً ذكر سن الضحية الذي هو عنصر من عناصر التقدير ومدة انقضائها عن العمل

ومبلغ أرباحها اليومية أو الشهرية وغير ذلك من عناصر التقدير ليتأتى للمجلس الأعلى أن يجري مراقبته على القضاء الذي أتى به القرار المنتقد، وبما أن هذا القرار قد أغفل إبراز كل هذه العناصر فإنه لم يبرر قضاءه بتسبيب سليم ولم يركز في تحديد مبلغ التعويض على أي تعليل قانوني مما يجعل الوجه المثار سديد ويؤدي إلى النقض.

. قرار المحكمة العليا . الغرفة الاجتماعية . القسم الثالث . المؤرخ في 07 مارس 2007، ملف رقم 372350، غير منشور: وحيث من جهة أخرى فإن الحكم المطعون فيه قضى بالتعويض دون أن يبين = العناصر التي ارتكز عليها في منح التعويض كما تتطلبه المادة 4.73 من الأمر 21.96 ، وعليه يكون الوجه المثار سديد.

¹⁰⁰⁵ أحمد السيد صاوي، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية ، مرجع سابق، ص 262. ، محمد نور عبد الهادي شحاتة، سلطة محكمة النقض في استبدال الأسباب في المواد المدنية ، مرجع سابق، ص 258.

¹⁰⁰⁶ قرار المحكمة العليا . الغرفة المدنية . المؤرخ في 21 مارس 2007، ملف رقم 351258، مجلة المحكمة العليا، ع02، س2007، ص 138: حيث أنه إذا طرأت ظروف استثنائية عامة، فإنه يجوز لقضاة الموضوع رد الالتزام المرهق إلى حده المعقول من دون إعفاء المدين من تنفيذ التزامه، وأن قضاة الموضوع لما رفضوا دعوى الطاعن بحجة وجود حوادث استثنائية طارئة يكونون قد أخطأوا في تطبيق القانون.

قرار المحكمة العليا . الغرفة الاجتماعية . المؤرخ في 07 ديسمبر 1999، ملف رقم 181284، المجلة القضائية ، ع02، س 2000، ص 107: حيث وأن المادة 39 من القانون 04.90 تجيز للقاضي أن يحدد الغرامة التهديدية اليومية في حالة اكتساب الحكم الصيغة التنفيذية ، وبما أن الحكم المطعون فيه كان لازال لم يحصل على هذه الصيغة خلال نطقه بالغرامة التهديدية، فإنه خالف أحكام المادة 39 المذكورة، وتوجب نقضه جزئياً في ما قضى به من غرامة تهديدية.

الفصل الثالث: المحكمة العليا و مسائل الواقع - الحد الأدنى من الرقابة-

يبدو عنوان هذا الفصل ملفتا للنظر، ذلك أن ما هو شائع بين رجال القانون هو أن المحكمة العليا هي محكمة قانون تراقبه وتجازي على كل انتهاك له، ولا يدخل في اختصاصها مراقبة الواقع، لكن ولأن مراقبة القانون في بعض الحالات قد لا تتم بصورة صحيحة إلا من خلال الواقع، ولعدم رغبة المحكمة العليا في تحول سلطات قاضي الموضوع إزاء الواقع إلى سلطات تحكمية، ولرغبة المشرع في إعطاء وسيلة حاسمة للمحكمة العليا من أجل كبح جماح جهات الموضوع المتمردة على توجيهاتها في مسألة قانونية معينة متعلقة بالنزاع المطروح، فإن كل هذه الأسباب بررت القبول بمبدأ حق المحكمة العليا في بسط رقابتها على مسائل الواقع، وبحقها في الفصل فيه، لذلك فإن الإشكال المطروح هنا يتعلق بحدود هذه الرقابة أولاً، و بسلطة المحكمة العليا في الفصل في الواقع ثانياً.

المبحث الأول: مدى رقابة المحكمة العليا على عمل القاضي المدني المتصل بمسائل الواقع

إن تعبير مدى الرقابة يؤسس لفكرة محدودية الرقابة في هذا المجال، نظرا لطبيعة مهمة المحكمة العليا من جهة، ولطبيعة سلطات قاضي الموضوع إزاء نشاطه المتعلق بالواقع من جهة أخرى، فتحديد مدى الرقابة هنا لا يمكن أن يتم إلا من خلال دراسة مضمون عمل قاضي الموضوع المتعلق بالواقع أولاً، ثم استخراج الدائرة التي تخضع للرقابة ضمن هذا النشاط ثانياً.

المطلب الأول: عمل القاضي المدني المتصل بمسائل الواقع

يمر عمل القاضي المتصل بمسائل الواقع بمرحلتين أساسيتين، المرحلة الأولى هي مرحلة تحصيل الواقع، أي مرحلة اتصال القاضي بالواقع، والمرحلة الثانية هي مرحلة فهم الواقع وتقديره¹⁰⁰⁷، وفي كلا المرحلتين يمارس القاضي سلطات تقديرية، حيث تبرز سلطته التقديرية في المرحلة الأولى من خلال قواعد إجرائية، بينما تبرز سلطته التقديرية في المرحلة الثانية من خلال قواعد موضوعية، لكن ممارسة هذه السلطة تمارس في إطار حدود قانونية يتعين على القاضي عدم تجاوزها.

¹⁰⁰⁷ عيد محمد القصاص، مرجع سابق، ص 192.

- Laurence Montazel «entre fait et droit : histoire d'un pouvoir judiciaire, vittorio Klostermann Frankfurt am Main ,1998,p21.

و بناء على ذلك، فإننا سندرس في الفرع الأول مرحلة تحصيل الواقع، بينما نخصص الفرع الثاني لمرحلة فهم الواقع.

الفرع الأول: عمل القاضي المدني في مرحلة تحصيل الواقع

إن التعطش لمعرفة الواقع ليس حكرا على الأطراف فقط، فالقاضي أيضا يتعين عليه البحث عن مداخل القضية المعروضة عليه ومخارجها، فإذا كان معرفة الواقع يسمح للأطراف بشكل أفضل إقامة الدليل على مراكزهم، فإنه حتما مهم بالنسبة للقاضي من أجل الفصل في النزاع بشكل عادل¹⁰⁰⁸، لذلك فإن المشرع قد منح للقاضي مجموعة من السلطات التي تسمح له بالتعرف على وقائع القضية، ليس فقط من خلال الاكتفاء بما يتمسك به الأطراف أمامه من وقائع يؤسسون عليها طلباتهم، بل تسمح له أيضا بالتحرك بإيجابية عن طريق البحث في كل الوقائع المعروضة عليه، واستعمال كل الطرق الممكنة من أجل الاستعلام عن كل واقعة غامضة مطروحة أمامه يراها حاسمة في حل النزاع.

أولا . المقصود بتحصيل الواقع :

يقصد بتحصيل الواقع قيام قاضي الموضوع بالثبوت من الوجود المادي للوقائع التي يعرضها الخصوم في دعواهم، فهو مجرد تصوير فوتوغرافي حيث لا يدخل فيه أي عنصر تقديري لقاضي الموضوع¹⁰⁰⁹، فمثلا عند ما تتعلق القضية بحادث سيارة فإن استخلاص الوقائع يقتضي من قاضي الموضوع أن يعرف مكان وقوع الحادث و زمانه، ووضعية السيارة، ووضعية الضحية أو السيارة الأخرى إذا تعلق الأمر بحادث اصطدام سيارتين، ومختلف الظروف التي من شأنها أن تؤثر في تحديد المسؤولية ومن ذلك، السكر، رخصة السياقة، وجود عقد التأمين، وحالة الطقس، وسن الضحية... إلخ¹⁰¹⁰.

و لكي يقوم القاضي بهذه المهمة الأولية والضرورية، يجب عليه أن يكون ملما بمفهوم الواقعة وبشروطها.

¹⁰⁰⁸ François GONZALVEZ, l'explications de fait ou de droit demandées par le juge aux parties en procédure civile, RRJ 2002/02,p963.

¹⁰⁰⁹ مرسال جورج سيوفي، مرجع سابق، ص 124.

¹⁰¹⁰ محمد الكشور، مرجع سابق، ص 243.

أ . مفهوم الوقائع:

يرى البعض في تعريفهم للواقع بأنه كل حدث حصل وكان له كيان ذاتي وصار بذلك منتميا إلى الماضي، سواء كان ذلك الكيان مادي ملموس، أو كان مجرد ظاهرة نفسية، بينما ذهب البعض الآخر إلى أن الوقائع تتمثل في مجموعة من المعطيات الأولية غير القانونية، والتي يمكن تحديدها من قبل أي شخص عاقل، ولا تختلف باختلاف الزمان أو المكان أو بتعديل قواعد القانون الوضعي¹⁰¹¹.

وإذا أردنا التعمق في البحث عن تعريف دقيق للواقعة فإنه يستوقفنا التحليل الجذاب للفقيه السنهوري لفكرة الواقعة القانونية حيث يقول: "من الواضح أن السبب الذي ينشئ علاقة قانونية أو يؤثر فيها هو أمر يجد فيحدث تعديلا في العلاقات القانونية الموجودة، ولو كان لنا أن نتصور أن الأرض كفت عن الدوران، وأن كل مخلوق عليها ركن إلى السكون، أمكن أن نقول إن العلاقات القانونية تبقى على حالها دون تغير في الوقت الذي تجمد فيه كل حركة، فإذا حدث بعد ذلك أية حركة، فقد يكون من شأنها أن تعدل من هذه العلاقات، هذه الحركة التي وقعت نسميها بالواقعة، فإذا كان من شأنها أن تنتج أثرا قانونيا سميت بالواقعة القانونية، وهي إما أن تكون راجعة لإرادة الإنسان، وإما ألا ترجع لهذه الإرادة".¹⁰¹²

ويلاحظ هذا الفقيه أن قانونية الواقعة هي صفة بعدية، بمعنى أن الآثار القانونية لا تترتب عليها إلا بعد وقوعها، حيث أنه لا توجد واقعة قانونية في أصلها، إذ كل واقعة تنشأ معزولة عن القانون، ولا تصبح قانونية إلا عندما يرتب عليها القانون نتائج قانونية، والوقائع القانونية هي من الكثرة بحيث لا يمكن حصرها¹⁰¹³، إلا أن عدم إمكانية حصرها لا يعني عدم إمكانية تقسيمها، لأن وضع تقسيم للوقائع هو أمر ضروري يؤدي إلى تسهيل نشاط القاضي في هذا المجال¹⁰¹⁴.

ب . تقسيم الوقائع و شروطها:

لا شك أن الوقائع ليست دائما على درجة واحدة من الأهمية، كما أنها ليست دائما من طبيعة واحدة، لذلك فإن تقسيمها مسألة مهمة، تساعد القاضي على فهمها و ترتيبها وغربلتها

¹⁰¹¹ أمين مصطفى محمد، مرجع سابق، ص ص 18.17.

¹⁰¹² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج01، مرجع سابق، ص 142.

¹⁰¹³ محمد محمود ابراهيم، مرجع سابق، ص 224.

¹⁰¹⁴ حلمي محمد الحجار، ج01، مرجع سابق، ص 182.

لأخذ المفيد منها في الدعوى، كما أن القاضي لا يأخذ بعين الاعتبار إلا الوقائع التي استوفت جميع شروطها وأصبحت قابلة لأن تكون عنصر من عناصر الحكم في الدعوى .

1 . تقسيم الوقائع:

حسب الفقيه السنهوري فإن الوقائع القانونية يمكن أن تقسم إلى وقائع طبيعية أو اختيارية، والوقائع الاختيارية تنقسم إلى أعمال مادية وأعمال قانونية، والأعمال القانونية تنقسم إلى أعمال قانونية صادرة من جانب واحد وأعمال قانونية صادرة من جانبين¹⁰¹⁵، فإذا كانت الواقعة مركبة من عمل مادي وعمل قانوني سميت بالواقعة المختلطة، ولا ينصرف لفظ الاختلاط هنا إلى فكرة اختلاط الواقع بالقانون¹⁰¹⁶، كما أن وصف الواقعة بالقانونية هنا ليس معناه أن القانون عنصر فيها، لأن مثل هذا القول يؤدي إلى غموض التمييز بين الواقع والقانون بل ويهدم هذا التمييز من أساسه، كما أنه ينطوي على مصادرة على المطلوب، حيث لا يستقيم القول أن الواقعة يجب أن تكون قانونية ابتداءً رغم أن الحكم الذي يصدره القاضي هو الذي سيبين ما إذا كانت الواقعة تتطابق مع فرض القاعدة القانونية وليس مجرد الفحص الأولي الذي يجريه القاضي عليها، لذلك يحبذ البعض الاكتفاء بلفظ الواقعة دون وصفها بالقانونية¹⁰¹⁷.

ويقسم البعض الوقائع إلى نوعين، وقائع أساسية وهي الوقائع التي يقدمها الخصوم والتي تشكل العناصر الأساسية التي ألحق بها القانون آثار قانونية تستجيب لطلبات هؤلاء الخصوم، فمثلا تعتبر واقعة أساسية واقعة عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدية في دعوى الفسخ، ووقائع مساعدة وهي تلك الوقائع التي لا تحدد بذاتها النتيجة القانونية المطلوبة، ولكن تساعد بطريقة أو بأخرى في جعل الواقعة الأساسية ثابتة، أو تسمح بإعطائها تكييفاً قانونياً، فمثلا تعتبر واقعة مساعدة واقعة أن الأثر الذي تركته العجلات بعد الفرملة يمكن أن نحسب من خلاله المسافة بين بدء الفرملة والاصطدام لإثبات واقعة الرعونة في السير¹⁰¹⁸.

¹⁰¹⁵ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج01، مرجع سابق، ص 143.

¹⁰¹⁶ محمد محمود ابراهيم، مرجع سابق، ص 238.

¹⁰¹⁷ عزمي عبد الفتاح، التمييز بين الواقع والقانون وتوزيع المهام الإجرائية في الخصومة المدنية على هذا الأساس

كحل تأصيلي لمشكلة منع تغيير أساس الإدعاء، مرجع سابق، ص ص 09.08.

¹⁰¹⁸ نبيل اسماعيل عمر، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي، مرجع سابق، ص ص 26.25.

2 . شروط الوقائع:

ويشترط في الوقائع التي يتعين على القاضي التحقق من وجودها المادي في الملف توفر الشروط التالية:

. أن تكون الواقعة محددة تحديدا كافيا نافيا للجهالة، فإذا كانت عقدا يجب أن يحدد محله، وإذا كانت واقعة مادية يتعين تحديدها من طرف من يدعي بها تحديدا كافيا حتى يتمكن القاضي من الإلمام بها وتحديد معالمها، وهذا التحديد إما أن يرد في صحيفة الدعوى أو في مذكرات الخصوم، وتقدير مدى تحقق هذا الشرط يعد مسألة واقعية تخرج عن رقابة النقض، ويستقل قاضي الموضوع بتقديرها¹⁰¹⁹.

. أن تكون الواقعة قد وصلت إلى علم القاضي من خلال عرضها من طرف الخصوم في ملف الدعوى، ذلك أن الخصوم ملزمون قانونا بأن يزودوا القاضي بالوقائع التي يستندون إليها في طلبهم، ولا يطلب منهم القانون أكثر من ذلك بحيث يعفيهم من تزويد القاضي بالأسانيد القانونية، فالقاضي يتحقق من وجود الوقائع التي أدلى بها الخصوم دون أن يضيف إليها وقائع أخرى وهذا تجسيدا لمبدأ سلطان الخصوم على الدعوى، ومبدأ حياد القاضي¹⁰²⁰.

ثانيا . كيفية ممارسة القاضي لعمله المتعلق بتحصيل الوقائع:

يأخذ القاضي عند اختياره للواقع زاوية نظر خاصة للوقائع التي يقدمها الخصوم، حيث لا يهتم القاضي إلا بالوقائع التي يعتد بها القانون، أي أنه يبحث عن الواقعة التي يكون لها فائدة من وجهة نظر القانون¹⁰²¹.

و يقوم قاضي الموضوع بالتحقق من الوجود المادي للوقائع من خلال أوراق الملف الذي تم عرضها على المحكمة، ومثال ذلك عرائض الخصوم ومذكراتهم، الوثائق المقدمة منهم للإثبات، محاضر الاستجواب، محاضر سماع الشهود، محاضر المعاينات وإثبات الحالة، تقارير الخبراء...¹⁰²²

¹⁰¹⁹ سحر عبد الستار إمام، مرجع سابق، ص74.

¹⁰²⁰ حلمي محمد الحجار، ج01، مرجع سابق، ص 185.

¹⁰²¹ عزمي عبد الفتاح، ، التمييز بين الواقع والقانون وتوزيع المهام الإجرائية في الخصومة المدنية على هذا الأساس كحل تأصيلي لمشكلة منع تغيير أساس الإدعاء ، مرجع سابق ، ص 08.

¹⁰²² حلمي محمد الحجار ، ج01، مرجع سابق ، ص180.

وحتى يتمكن قاضي الموضوع من التحصيل الصحيح للوقائع فإنه يتعين عليه مراعاة بعض المسائل التي تساعده في إنجاز مهمته هذه، كما أن المشرع يمنحه سلطات تقديرية واسعة عند قيامه بعملية تحصيل الواقع، الهدف منها دائماً هو مساعدته في الوصول إلى تحصيل صحيح.

أ . المسائل الواجب مراعاتها عند تحصيل الواقع:

عند قيام القاضي بتحصيل الواقع يجب عليه أن يراعي المسائل التالية:

. أن يستبعد من بحثه الوقائع التي يعرضها الخصوم دون أن تكون متعلقة بالدعوى أو منتجة فيها، حيث يقوم بعملية انتقاء من بين وقائع الدعوى ما يدخل في الواقعة الأساسية للنتائج المطلوبة¹⁰²³، والقاضي في بحثه عن تعلق و إنتاج الواقعة في الدعوى يجري عملية تقدير موضوعي حتى يتسنى له تصفية الوقائع، والاحتفاظ فقط بالوقائع الفعالة التي تفيد في حسم النزاع^{1024، 1025}.

. أن يتقيد بالوقائع كما طرحت عليه، بحيث لا يتجاهلها ولا يضيف إليها وقائع من عنده¹⁰²⁶.
 . أن يتقيد في تحصيله للوقائع بقواعد القانون الإجرائية والموضوعية، إذ أن القانون هو الذي يرسم للقاضي الإطار الذي من خلاله يتعامل مع الوقائع¹⁰²⁷، فمثلا القانون لا يسمح للقاضي بأن يحصل واقعة معينة بعد قفل باب المرافعة ثم يبني عليها حكمه من دون أن يعيد القضية إلى الجدول لطرح هذه الواقعة للنقاش بين الخصوم.

ب . السلطات التقديرية لقاضي الموضوع في مجال تحصيل الواقع:

¹⁰²³ محمد محمود إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 278.

¹⁰²⁴ أحمد محمود سعد، مرجع سابق ، ص 327.

¹⁰²⁵ والفصل في انتاجية الواقعة هل هي مسألة قانون أم واقع يتجاوزه رأيان، الأول يذهب إلى أنها مسألة واقع لأنها تتعلق بمسألة موضوعية تدخل في سلطة قاضي الموضوع التقديرية، أما الرأي الثاني فيذهب إلى التفريق بين فرضين الفرض الأول عندما يتعلق الأمر بتحديد مدى انتاجية الواقعة الثانوية في ثبوت الواقعة الأساسية التي يرد عليها الحق مباشرة فإن هذه مسألة واقع، والفرض الثاني عندما يتعلق الأمر بتحديد مدى انتاجية الواقعة الأساسية فإن هذا التحديد يعتبر مسألة قانون لأن القاضي هنا يكون بنى تحديده على أسباب قانونية ... انظر سحر عبد الستار إمام ، مرجع سابق ، ص ص 77.75.

¹⁰²⁶ وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي، رد، كلية الحقوق جامعة عين شمس، القاهرة، ص 389.

¹⁰²⁷ محمد الكشور، مرجع سابق ، ص 245.

يتمتع قاضي الموضوع بسلطات تقديرية في مجال تحصيل الواقع والتي يمكن شرحها كما يلي:

1 . سلطة قاضي الموضوع في الاعتداد بوقائع موجودة في الملف ولم يجعلها الخصوم أساسا لإدعاءاتهم¹⁰²⁸:

يقصد بهذه السلطة أن قاضي الموضوع له رخصة في أن يأخذ بعين الاعتبار العناصر الواقعية التي قدمت في الدعوى بطريقة صحيحة، إلا أن الخصوم لم يستندوا إليها في تأييد ادعاءاتهم لعدم تنبهم لأهميتها في حل النزاع¹⁰²⁹.

وتعتبر هذه السلطة تخفيفا من مبدأ حياد القاضي، وتعزيزا لنشاط القاضي في مجال الواقع، حيث أن القاضي ينزل إلى حلبة النزاع من أجل مساعدة الطرفين بشكل متساوي، فيبحث عن كل الوقائع الموجودة في الملف ويقوم بإبرازها سواء لصالح المدعي أو المدعى عليه حتى ولو لم يقوموا بالتمسك بها¹⁰³⁰، وبذلك يكون ملف الدعوى أشبه بالسلة المليئة بالبضائع المتنوعة والتي يعرضها الخصوم ملقين الضوء على بعض منها معتقدين أنها الوقائع المنتجة والمؤسسة لدعواهم، إلا أن القاضي لديه الحق في أن يمد يده إلى قاع السلة للبحث عن الوقائع التي تؤدي إلى إقناعه حتى ولو لم يتقطن إليها الخصوم¹⁰³¹، ويفهم البعض أن هذه السلطة هي سلطة جوازية للقاضي وليست واجبة عليه، لأن الأمر يتعلق بمجرد نشاط ذهني في مجال تحصيل الواقع وفهمه¹⁰³²، بحيث لا يجوز لومه أمام محكمة النقض لعدم إثارته لمسائل الواقع استنادا إلى هذه السلطة، لأن الوجه المثار حينها سيكون مختلطا من الواقع والقانون¹⁰³³، كما

¹⁰²⁸ المادة 26ف02 من ق ا م اد: يجوز للقاضي أن يأخذ بعين الاعتبار، من بين عناصر المناقشات والمرافعات، الوقائع التي أثرت من طرف الخصوم ولم يؤسسوا عليها ادعاءاتهم.
المادة 02/07 من قانون المرافعات الفرنسي:

- parmi les éléments du débat ,le juge peut prendre en consideration même les faits que les parties n' auraient pas spécialement invoqués au soutien de leur prétention.

¹⁰²⁹ فكري عبد الحميد أبو صيام، مرجع سابق ، ص 240.

¹⁰³⁰ jaques Normand, le juge et le litige, op cit , pp188,189.

¹⁰³¹ سحر عبد الستار إمام، مرجع سابق ، ص43.

¹⁰³² Thierry LE BARS,la théorie du fait constant,jcp, 1999,I,178, P1971.

¹⁰³³ فكري عبد الحميد أبو صيام ، مرجع سابق ، ص 265.

أن الجوازية هذه تفهم أيضا من خلال استخدام المشرع لعبارة يجوز والتي يستفاد منها عدم الإلزام .

ويبرر البعض هذه السلطة بالقول أن قاضي الموضوع يكون ملزما باستخلاص القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على جميع الوقائع الموجودة في الملف والتي أثارها الخصوم وتمت مناقشتها، سواء تم التمسك بها من طرفهم أم لا¹⁰³⁴، فالملف لا يحتوي فقط على محررات الخصوم المولدة للوقائع العارضة . أي الوقائع الموجودة في الملف وغير مثارة من طرف الخصوم . بل يحتوي أيضا على جميع الوثائق الأخرى كالمحاضر والخبرات، فالقاضي يمكنه أن يثير من تلقاء نفسه من هذه الوثائق جميع الوقائع التي يمكنها أن تؤدي إلى حل النزاع، لكن بشرط أن لا يعدل من موضوعه.¹⁰³⁵

وذهبت محكمة التعقيب التونسية في أحد قراراتها القديمة إلى عدم الاعتراف لقضاة الموضوع بهذه السلطة حيث أقرت بأن مجرد وجود حجة بالملف لم يقع الاحتجاج بها ولا الإجابة عنها من الخصم لا يوجب على المحكمة اعتبارها¹⁰³⁶، إلا أن هذا الاتجاه القضائي تم انتقاده لصالح منح قاضي الموضوع سلطة الاعتداد بهذه الوقائع، على أساس أن ما قالت به محكمة التعقيب في هذا القرار ليس له مبرر، ذلك أن الخصم الذي أدلى بوثيقة للمحكمة قبل مبدئيا مقاضاته على أساسها، فهي بذلك صارت عنصر من عناصر النزاع، إذ كيف يمكن للمحكمة أن تقصل في نزاع وتتجاهل وثيقة حاسمة فيه بحجة أن الخصم لم يجعله أساسا لمنازحته، لأن الحكم في هذه النزاع لو تم كذلك سيكون مناقض مع ما له أصل ثابت في أوراق الدعوى، ومبني على تحريف للوقائع التي عرضها الخصوم¹⁰³⁷، ونحن نأخذ بهذا النقد كتبرير لمنح المشرع قاضي الموضوع هذه السلطة، إضافة إلى المفهوم الحديث لدور القاضي في النزاع الذي أصبحت جل التشريعات تأخذ به¹⁰³⁸.

¹⁰³⁴ عزمي عبد الفتاح، التمييز بين الواقع والقانون وتوزيع المهام الإجرائية في الخصومة المدنية على هذا الأساس كحل تأسيلي لمشكلة منع تغيير أساس الإدعاء ، مرجع سابق ، ص 41.

¹⁰³⁵ Catherine TIVAURDEY-BOURDIN , l'intervention d'office du juge ,les pouvoirs d'action d'office du juge à l'épreuve des principes directeurs du procès civil,RRJ 2007-02, P914.

¹⁰³⁶ قرار تعقيبي مؤرخ في 1961/02/08، عدد 725، مجلة القضاء والتشريع، عدد 05، ص 1961، ص 27.

¹⁰³⁷ عبد الله الأحمد، مرجع سابق ، ص 141.

¹⁰³⁸ Thierry LE BARS,op cit, p1970.

2 . سلطة قاضي الموضوع في طلب توضيحات من الخصوم وإحضار الوثائق التي يراها ضرورية في حل النزاع¹⁰³⁹:

تجسد هذه السلطة مبدأ التعاون بين القاضي والخصوم في ميدان الواقع، حيث يستعمل القاضي هذه السلطة إذا تبين له أن الخصوم قد قدموا وقائع غير كافية لحسم النزاع، فيقوم بأمرهم بتقديم توضيحات تكميلية حتى يحصل لديه العلم الكافي بالوقائع المطروحة عليه¹⁰⁴⁰، كما له أن يأمر أحدهم بإدخال الغير في الخصومة متى رأى أن هذا الغير له معلومات مفيدة لإظهار الحقيقة¹⁰⁴¹، لكن هذه السلطة لا يجب أن يفهم منها أن القاضي يقوم بالبحث عن الوقائع بنفسه، بل أن إدخال الوقائع في الدعوى هو من اختصاص الخصوم، ويبقى دور القاضي في هذا المجال منحصر في الحصول من الخصوم على توضيحات لما أدخلوه في الملف من وقائع غامضة أو ناقصة¹⁰⁴²، فمثلا يمكن للقاضي أن يطلب من المدعى عليه في دعوى فسخ الإيجار بسبب عدم دفع الأجرة أن يقدم نسخة أصلية من وصل دفع الأجرة الذي قدم صورة منه في ملف القضية، وفي حالة عدم تمكنه من ذلك أن يشرح للمحكمة سبب تعذر تقديمه للنسخة الأصلية¹⁰⁴³.

إن هذه السلطة تسمح للقاضي بتوسيع و تفصيل المرافعات بين أطراف النزاع، كما تسمح له أيضا بتدعيم مبدأ المواجهة الذي يجب أن يسود الإجراءات¹⁰⁴⁴، غير أن القاضي لا يكون ملزما بممارسة هذه السلطة من أجل أن يفرض على أحد الأطراف بأن يمهده بواقعة ما أو

¹⁰³⁹ المادة 27 من ق ا م ا د : يمكن للقاضي أن يأمر في الجلسة بحضور الخصوم شخصا لتقديم توضيحات يراها ضرورية لحل النزاع. كما يجوز له أن يأمر شفها بإحضار أي وثيقة لنفس الغرض.

¹⁰⁴⁰ سعيد خالد علي الشرعبي ، مرجع سابق ، ص 250.

¹⁰⁴¹ المادة 201 من ق ا م ا د : يمكن للقاضي ولو من تلقاء نفسه أن يأمر أحد الخصوم، عند الاقتضاء، تحت طائلة غرامة تهديدية، بإدخال من يرى إدخاله مفيد لحسن سير العدالة أو لإظهار الحقيقة.

. انظر : محمد علي خليل الطعاني، سلطة القاضي في توجيه سير إجراءات الخصومة، دار المسيرة ، ط01، عمان 2009، ص ص 80.77.

¹⁰⁴² سحر عبد الستار إمام، مرجع سابق ، ص 43.

¹⁰⁴³ François GONZALVEZ , op cit,p 970.

¹⁰⁴⁴ François GONZALVEZ , op cit,p 967.

بمعلومة ما في حين أن هذا الأخير لا يرغب في الكشف عنها¹⁰⁴⁵، لكن في حالة استعماله لهذه السلطة يجب عليه أن يكون ذلك قبل قفل باب المرافعة¹⁰⁴⁶.

ويقوم القاضي باستدعاء الخصوم بمجرد إجراء بسيط، حيث أن هذا الأمر لا يشكل حكماً تحضيرياً ولا قطعياً، وبالتالي فهو لا يشترط فيه التسبب¹⁰⁴⁷، كما أنه لا يقبل أي طعن، كما يمكن أن يكون كتابياً أو شفويًا، لكن الاستدعاء الكتابي يكون مفضلاً، خاصة في الدعاوى التي يكون فيها تمثيل الأطراف بواسطة محامي إجراء إجباري¹⁰⁴⁸، ومن هنا يمكن أن نستنتج الطابع التقديري لقضاة الموضوع في استعمال هذه السلطة، حيث لا يمكن أن نلوم قضاة الموضوع عندما يفضلون عدم الاستعلام عن الوقائع بحجة أن ما لديهم من وقائع في الملف كاف للفصل في النزاع.

وعند قيام القاضي بسماع الطرف المستجوب حول الواقعة محل الاستعلام، فإنه يقوم بواسطة أمين الضبط بتدوين تصريحاته التي يجب أن تكون شفوية على محضر، ويشار فيه عند الاقتضاء إلى غياب الأطراف أو رفضهم الإدلاء بالتصريحات، ثم يقوم أمين الضبط بتلاوة التصريح المدلى به ويوقع عليه من طرف الخصوم، وفي حالة رفض أحدهم التوقيع يشار إلى ذلك في المحضر، كما يوقع عليه من طرف القاضي وأمين الضبط، مع بيان مكان وتاريخ تحريره، حتى يعتمد كورقة من أوراق الدعوى¹⁰⁴⁹.

وقد أيد قضاء النقض في فرنسا هذه السلطة الممنوحة لقضاة الموضوع، حيث رفضت الدائرة المدنية الثالثة لمحكمة النقض في قرارها الصادر في 1971/12/15 الطعن الموجه ضد حكم محكمة الاستئناف بباريس التي أذنت بإضافة وثيقة ليست بين يدي المدعي الذي تمسك بها، واعتبرت محكمة النقض أن هذا الإذن كان ضروريا لحسم النزاع وأنه لم يقلب عبء الإثبات ولم يخرق مبدأ حياد القاضي¹⁰⁵⁰.

¹⁰⁴⁵ François GONZALVEZ , Ibid ,p 969.

¹⁰⁴⁶ François GONZALVEZ , Ibid,p 973.

¹⁰⁴⁷ عزمي عبد الفتاح، تسبب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية ، مرجع سابق ، ص 135.

¹⁰⁴⁸ François GONZALVEZ , Ibid,p 975.

¹⁰⁴⁹ راجع المادتين 102 و105 من ق ا م اد.

¹⁰⁵⁰ عبد الله الأحمدى، مرجع سابق، ص 138.

وفي هذا النهج سار قضاء المحكمة العليا ليؤيده المشرع في ما بعد، حيث قضت الغرفة التجارية والبحرية في أحد قراراتها أنه يجوز للقاضي وفي إطار سلطته التقديرية طلب تقديم أي وثيقة من أي طرف ما دامت هذه الوثيقة ذات صلة بالنزاع، وما دام الطلب قد تم قبل قفل باب المرافعة، وبالتالي فإن النعي على قاضي الموضوع بخرق مبدأ حياد القاضي وهو يستعمل في هذه السلطة يعد نعيًا في غير محله¹⁰⁵¹.

3 . سلطة قاضي الموضوع في اللجوء إلى المعاينة للتحقق من الوقائع¹⁰⁵²:

تعرف المعاينة بأنها مشاهدة المحكمة بنفسها لمحل النزاع على الطبيعة، حتى تتمكن من تكوين فهم واقعي صحيح للقضية المعروضة عليها، من أجل الوصول إلى الفصل في النزاع¹⁰⁵³.

ويتمتع قاضي الموضوع بسلطة اللجوء إلى المعاينة في كل نزاع معروض أمامه، سواء كانت الواقعة محل المعاينة تتعلق بعقار أو منقول أو حتى شخصاً أو حيوان، فمثلاً قد يلجأ القاضي إلى مشاهدة المدعي الذي يطلب التعويض عن التشوهات التي أصابته في وجه حتى يندب له خبيراً لتقدير التعويض المناسب¹⁰⁵⁴، ورغم أن القاضي في هذه الحالة يلعب دوراً إيجابياً يتيح له التدخل المباشر في الإثبات، إلا أن هذا الدور مبرر بمصلحة العدالة التي تهدف في النهاية إلى الكشف عن الحقيقة¹⁰⁵⁵.

إن المعاينة في أصلها يقوم بها القاضي بالاعتماد على ملكاته الحسية، إلا أنه في بعض الحالات تكون هذه المعاينة الشخصية غير كافية عندما تتعلق الواقعة محل المعاينة بمسائل فنية، هنا يجيز القانون للقاضي أن يستعين بشخص أو أكثر ممن تتوفر لديهم القدرات العلمية

¹⁰⁵¹ قرار المجلس الأعلى . الغرفة التجارية والبحرية . المؤرخ في 1989/03/05، ملف رقم 53882، المجلة القضائية، ع 03، س 1990، ص 112.

¹⁰⁵² المادة 146 من ق ا م اد : يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم ، القيام بمعاينات أو تقييمات أو تقديرات أو إعادة تمثيل الوقائع التي يراها ضرورية مع الانتقال إلى عين المكان إذا اقتضى الأمر ذلك.

¹⁰⁵³ مراد محمود الشنيكات ، الإثبات بالمعاينة والخبرة في القانون المدني، دار الثقافة للتوزيع والنشر، ط 01، عمان 2008، ص 45.

¹⁰⁵⁴ سحر عبد الستار إمام ، مرجع سابق ، ص 467.

¹⁰⁵⁵ سعيد خالد علي الشرعبي، مرجع سابق ، ص 533.

لإعانة القاضي في فهمه لبعض المسائل الفنية عند معاينته للواقعة محل النزاع¹⁰⁵⁶، وللقاضي عند تنقله لإجراء المعاينة أن يستمع إلى أي شخص إذا رأى ذلك مناسباً¹⁰⁵⁷، فمثلاً عند تنقل القاضي لمحل النزاع عند تحقيقه في واقعة الحيازة يمكنه أن يستمع إلى الجيران حول شخصية الحائز المادي للعقار محل النزاع.

ويتعين على القاضي بعد إجرائه للمعاينة أن يقوم بتحرير محضر عن طريق أمين الضبط يبين فيه معايناته وتقييماته وتقديراته، وإعادة تمثيله للوقائع، والتصريحات التي تلقاها في عين المكان¹⁰⁵⁸.

ولا يمكن أن نعتبر أن القاضي قد غير سبب الدعوى إذا اكتشف الواقعة أثناء الانتقال للمعاينة وحصل بنفسه هذه الواقعة التي لم يشر إليها الخصوم لا بشكل أصلي ولا بشكل عارض، بحيث يكون له الحق في أن يبني حكمه على هذه الواقعة، لكن بشرط أن يحيط الخصوم علماً بما اكتشفه من وقائع أثناء المعاينة ويسمح لهم بمناقشة تلك الوقائع وتقديم دفاعهم حولها¹⁰⁵⁹، فلا يجوز للقاضي إدخال عناصر واقعية عن طريق معاينة أماكن النزاع دون احترام الإجراءات التي نص عليها القانون¹⁰⁶⁰، حيث أن قضاء النقض مستقر على إبطال الأحكام المؤسسة على معاينات قضائية لوقائع تمت في غيبة الخصوم¹⁰⁶¹.

4 . سلطة قاضي الموضوع في اللجوء إلى الخبرة¹⁰⁶²:

¹⁰⁵⁶ Gérard Couchez, procédure civile, 11 éd, DALLOZ, paris 2000, p273.

. المادة 147 من ق ا م اد: إذا تطلب موضوع الانتقال معارف تقنية ، يجوز للقاضي أن يأمر في نفس الحكم بتعيين من يختاره من التقنيين لمساعدته.

¹⁰⁵⁷ راجع المادة 148 من ق ا م اد.

¹⁰⁵⁸ Gérard Couchez, Ibid, p274.

¹⁰⁵⁹ عزمي عبد الفتاح ، التمييز بين الواقع والقانون وتوزيع المهام الإجرائية في الخصومة المدنية على هذا الأساس كحل تأصيلي لمشكلة منع تغيير أساس الإدعاء ، مرجع سابق ، ص 39.

¹⁰⁶⁰ علي الشحات الحديدي، مرجع سابق، ص 131.

¹⁰⁶¹ Cass.soc.06/01/1950.D.1950. I.279.

¹⁰⁶² المادة 126 من ق ا م اد: يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة.

تعرف الخبرة فقها بأنها إجراء تحقيقي بمقتضاه يكلف القاضي شخصا من ذوي الاختصاص يسمى الخبير بالقيام بمهمة معينة تتطلب تحقيقا واستقصاءات، قد تكون على جانب من التعقيد من أجل إعطاء القاضي معلومات ورأي فني بشأن أمور واقعية لا يمكنه الحصول عليها بنفسه، ويقوم الخبير بتثبيت نتيجة تحقيقاته مع الرأي الذي توصل إليه في تقرير مكتوب يرفعه إلى المحكمة التي أمرته بإجراء الخبرة¹⁰⁶³، أما تشريعا فيستفاد من نص المادة 125 من ق ا م ا د أن المشرع يعرف الخبرة بأنها إجراء من إجراءات التحقيق التي تهدف إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضنة للقاضي.

والقاضي حسب هذا التعريف لا يسوغ له اللجوء إلى الخبرة إلا إذا تعلق الأمر بمسائل فنية محضنة، لأن الهدف من الخبرة هو تتوير القاضي في المسائل الواقعية التي تقتضي فحوصا أو أبحاثا لا يمكن حلها مباشرة من طرفه نظرا لقصوره في فهم هذه المسائل بدون الركون إلى مساعدة ذوي الاختصاص في تلك المسائل¹⁰⁶⁴.

ولقاضي الموضوع بما لديه من سلطة تقديرية أن يقرر أن المسألة المعروضة عليه تستأهل الأمر بتعيين خبير، ذلك أن اللجوء إلى الخبرة هو رخصة من الرخص المخولة لقاضي الموضوع، حيث يمكنه أن يقبل أو يرفض اللجوء إلى الخبرة بدون تعقيب عليه من طرف محكمة النقض¹⁰⁶⁵، إلا أن هذه الرخصة وإن كانت تقديرية فهي ليست تحكمية، لأن جعل هذه السلطة مطلقة من شأنه أن يؤدي إلى تعيين خبير في كل قضية وتؤسس لاتكال القاضي على اجتهاد الخبير في كل مسألة تعرض عليه، أو رفض اللجوء إلى الخبرة في مسائل تستأهل فعلا اللجوء إلى الخبرة، لذلك فإن المشرع يلزم القاضي متى أمر بتعيين خبير أن يبين في أمره هذا

¹⁰⁶³ إدوارد عيد، موسوعة أصول المحاكمات والإثبات والتنفيذ، ج18، بيروت 1992، ص 33.

¹⁰⁶⁴ مراد محمود الشنيكات، مرجع سابق، ص 108.

¹⁰⁶⁵ مصطفى كيره، مرجع سابق، ص 317.

. قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 2004/06/29، ملف رقم 274776، م ق، ع01، س2004، ص 240: حيث أن تعيين خبير هو من المسائل الموضوعية التي تخضع للسلطة التقديرية لقضاة = الموضوع الذين لهم وحدهم تقدير لزمه من عدمه على ضوء عناصر الدعوى، ومن ثم لا رقابة عليهم في ذلك من قبل المحكمة العليا طالما أقاموا قضاءهم على أسباب سائغة تكفي لسلامته.

الأسباب التي دفعته إلى اللجوء إلى الخبرة، وفي حالة رفضه اللجوء إلى الخبرة رغم طلبها من الخصوم أن يعلل أسباب رفضه هذا بأسباب سائغة¹⁰⁶⁶.

إن سلطة القاضي في اللجوء إلى الخبرة وإن كانت في أصلها سلطة سيادية، إلا أنه و في بعض الحالات الحصرية يصبح اللجوء إليها أمر ملزم للقاضي، بحيث أن المشرع يربط الحكم في النزاع بضرورة اللجوء إلى الخبرة، ومن ذلك مثلا ما نص عليه المشرع من إلزامية الرجوع إلى الخبرة في حالة التعويض عن الأضرار اللاحقة بالمركبة نتيجة حادث مرور¹⁰⁶⁷، ففي هذه الحالة إذا حكم القاضي بالتعويض دون اللجوء إلى الخبرة فإن حكمه يكون معيبا، لأنه يكون في مثل هذا الفرض قد قضى بعلمه الشخصي وهذا أمر غير جائز¹⁰⁶⁸.

و يجوز للقاضي أن يأخذ في حكمه بجميع الوقائع التي عاينها الخبير رغم أن الخصوم لم يأخذوا بها متى كان الخبير قد عاينها في نطاق مأموريته، ولا يكون القاضي هنا قد أضاف وقائع جديدة أو قام بتغيير سبب الدعوى.

5 . سلطة القاضي في توجيه اليمين المتممة¹⁰⁶⁹:

¹⁰⁶⁶ رضا المزغني و عبد المجيد عبوده، مرجع سابق، ص 234، راجع أيضا المادة 1/128 من ق ا م اد : يجب أن يتضمن الحكم الأمر بإجراء الخبرة ما يأتي: 01. عرض الأسباب التي بررت اللجوء إلى الخبرة، وعند الاقتضاء، تبرير تعيين عدة خبراء.

. كأن يرفض القاضي اللجوء إلى الخبرة بسبب أن الخصم الذي طلبها لا يقصد من وراء طلبه إلا إطالة أمد التقاضي وكسب الوقت والمماطلة، أو بسبب أن الخصم الذي طلبها كانت لديه وسائل إثبات أخرى لكنه قصر في استعمالها... انظر علي الشحات الحديدي، مرجع سابق، ص 115.

. وعلى القاضي ألا يتعسف في رفض الخبرة حيث يكون ملزما باللجوء إلى الخبرة متى تعلقت المسألة بدفاع جوهرى كأن يطلب المدعي إجراء فحص عقلي للمدعى عليه الذي دفع ببطلان التصرف كونه كان مجنوناً وقت إبرامه، كما يكون ملزما بإجراء الخبرة متى كانت الخبرة هي الوسيلة الوحيدة التي يملكها الخصم لإثبات ما يدعيه... انظر مراد محمود الشنيكات، مرجع سابق، ص 136.

¹⁰⁶⁷ المادة 21 من الأمر 75.74 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار: لا يجوز تسديد أي تعويض عن ضرر مادي مسبب لمركبة، إذا لم تكن المركبة المتضررة موضوع خبرة مسبقة.

¹⁰⁶⁸ علي الشحات الحديدي، مرجع سابق، ص 127.

¹⁰⁶⁹ المادة 348 من القانون المدني: للقاضي أن يوجه اليمين تلقائيا إلى أي من الخصمين ليبنى على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أو في ما يحكم به. و يشترط في توجيه هذه اليمين ألا يكون في الدعوى دليل كامل، وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل.

اليمين المتممة هي يمين يقوم القاضي بتوجيهها إلى أحد الخصوم، عندما يتبين له من خلال فحص أوراق الدعوى أن هذا الخصم قد قدم دليلاً ناقصاً لإثبات صحة ما يدعيه، فتكون هذه اليمين متممة لهذا الدليل، وتكون بذلك هذه السلطة الممنوحة للقاضي الموضوع برهاناً واضحاً للدور الإيجابي الذي أصبح المشرع يعطيه للقاضي في ميدان إثبات الوقائع¹⁰⁷⁰، هذه السلطة التي كانت محل اعتراض من بعض الفقهاء بحجة أنها تسمح للقاضي بأن ينقل بإرادته المنفردة البت في الدعوى من منطقة القانون إلى منطقة الضمير¹⁰⁷¹، لكن رغم هذا الاعتراض فإن جل التشريعات تعطي للقاضي هذه السلطة باعتبارها إجراء يمكنه من تكوين معلومات كافية عن الوقائع حتى يحكم في النزاع بكل تبصر¹⁰⁷².

وسلطة قاضي الموضوع في اللجوء إلى اليمين المتممة ليست مطلقة بل هي مقيدة بشرط ألا يكون في الملف دليل كامل وأن لا ينعدم الدليل فيه، ومخالفة القاضي لهذا الشرط في ممارسته لسلطته يعد من مسائل القانون التي يخضع فيها لرقابة النقض¹⁰⁷³.

ويملك قاضي الموضوع سلطة اختيار الخصم الذي توجه إليه أداء اليمين المتممة، بحيث أنه لا يلزم بتوجيهها إلى المدعي دون المدعى عليه أو العكس، إلا في الحالة التي يحدد فيها القانون

¹⁰⁷⁰ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج2، مرجع سابق، ص 573.

¹⁰⁷¹ أشار الفقيه السنهوري في وسيطه إلى هذا الاعتراض المقدم من طرف الفقيهين الفرنسيين أوبري ورو : انظر عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 573 هـ 01.

¹⁰⁷² سحر عبد الستار إمام، مرجع سابق، ص 425.

¹⁰⁷³ قرار المحكمة العليا . الغرفة الاجتماعية المؤرخ في 18/06/1990 ملف رقم 60532، المجلة القضائية، ع02، ص1993، ص 72: من المقرر قانوناً أنه يشترط في توجيه اليمين تلقائياً من القاضي إلى أحد الخصمين ألا يكون في الدعوى دليل كامل وألا تكون خالية من أي دليل، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد منعماً للأساس القانوني، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الاستئناف وجهوا اليمين = تلقائياً إلى أحد الخصوم دون وجود بداية دليل في القضية يكونون بقضائهم كما فعلوا لم يؤسوا قرارهم على سند قانوني صحيح، مما يستوجب النقض.

. قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 18/05/2005، ملف رقم 290875، مجلة المحكمة العليا، ع2، ص2005، ص331: حيث أن قضاة الموضوع وجهوا اليمين للمدعي في الطعن للتثبت من أنه بنى المسكن المتنازع عليه من أمواله الخاصة، في حين أن هذه المسألة لا تطرح أي مشكل ما دام أن المدعى عليه يعترف حسب وثيقة مكتوبة بأن المدعي هو من بنى المسكن.

الطرف الذي توجه إليه هذه اليمين، لكن ليس له الحق في أن يوجهها إلى الخصمين معا في نفس الوقت ¹⁰⁷⁴.

الفرع الثاني: عمل القاضي المدني في مرحلة فهم الواقع

يقصد بسلطة القاضي في فهم الواقع حقه في التحقق من وجود الواقع المنتج والصحيح مناط الدعوى على الوجه الحقيقي لهذا الواقع ¹⁰⁷⁵، وهذا العمل يعبر عن عملية ذهنية يعتمد فيها القاضي على عدة معطيات، من ذلك الاعتماد مثلا على المقارنة بين العناصر المقدمة أمامه، والاعتماد على مداركه اللغوية والحسية ومعارفه القانونية ¹⁰⁷⁶، فبعد أن يقوم القاضي بتحصيل الوقائع المتعلقة بالنزاع فإنه يقوم بتقدير هذه الوقائع وتحديد معناها ومداهها وصلاحياتها المجردة لإحداث الآثار القانونية المطلوبة، ويعتبر هذا التقدير عبارة عن حكم قيمي يفترض الأخذ بعين الاعتبار الظروف الخاصة بالقضية، فمثلا للحكم بخطأ السائق لا يكفي التأكد من السرعة أثناء القيادة، بل يجب أيضا تقدير ظروف الزمان والمكان وباقي الظروف الملازمة التي أحاطت بوقوع الحادث ¹⁰⁷⁷.

إن الفهم الصحيح لوقائع الدعوى يعد مسألة بالغة الأهمية، إذ لا يمكن أن يتوصل القاضي إلى التكييف القانوني السليم إلا من خلال فهمه الصحيح للوقائع، والذي يعد اللبنة الأساسية في انطلاق التكييف القانوني نحو هدفه من تطبيق صحيح القانون ¹⁰⁷⁸، ولكي يسلم هذا الفهم من سوء التقدير فإن القاضي يجب عليه أن يكون عقلانيا في تفكيره، ومنطقيا في مظاهر استدلالاته المختلفة ¹⁰⁷⁹.

إن تقدير قاضي الموضوع للوقائع يكون مطلقا أي غير خاضع للرقابة كلما كان هذا التقدير خاليا من أي عنصر قانوني، أي عندما لا يضع القانون للقاضي قواعد أو معايير تقديرية، أين

¹⁰⁷⁴ يحيى بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلاميين، المؤسسة الوطنية للكتاب، ط02، الجزائر 1988، ص 334.

¹⁰⁷⁵ محمد محمود ابراهيم، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 396.

¹⁰⁷⁶ عيد محمد القصاص، مرجع سابق، ص 208.

¹⁰⁷⁷ نبيل اسماعيل عمر، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي، مرجع سابق، ص ص 33.32.

¹⁰⁷⁸ محمد محمود ابراهيم، مرجع سابق، ص 398.

¹⁰⁷⁹ علي محمود علي حموده، الأصول المنطقية لفهم الواقع والقانون في الدعوى الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة 2003، ص ص 12.11.

يكون القاضي متروكا لضميره، فمثلا عندما تنص المادة 646 من القانون المدني على أنه في حالة التزام المدين بتقديم كفيل، وجب أن يكون هذا الكفيل موسرا، فإنه في حال النزاع حول يسار الكفيل فإن قاضي الموضوع هو الذي يقدر ما إذا كان هذا الشرط متحقق أم لا، وهذا مما يدخل في سلطته التقديرية في فهم الواقع¹⁰⁸⁰.

إن نشاط القاضي المتصل بفهم الواقع يرد على أساس الإدعاء، أي مجموعة العناصر الواقعية المعروضة في النزاع، كما قد يقع على أدلة الإثبات¹⁰⁸¹، لذلك فإن دراسة هذا النشاط تتم من خلال تتبعه في هذين المحلين.

أولا . سلطة القاضي المدني في فهم أساس الإدعاء :

إن فهم القاضي لأساس الإدعاء المتمثل في العناصر الواقعية للنزاع يتم من خلال إجراءه تشاطا ذهنيا بواسطته يقدر مدى صلاحية هذه العناصر لتوليد الأثر القانوني للقاعدة القانونية التي تحمي الحق المطالب به، أين يقوم القاضي بإجراء مجموعة من التقديرات، مستعينا بملكاته الفكرية والحسية.

أ . تقديرات قاضي الموضوع المتعلقة بفهم الواقع:

بسبب أن قاضي الموضوع هو الأقرب من محكمة النقض فيما يخص أرض النزاع، فإنه يتمتع بسلطة التقدير السيادي لبعض المعطيات الخاصة أو المحلية بسبب نسبتها، حيث تتغير بتغير الزمان والمكان والأشخاص رغم أنها معطيات أساسية في حل النزاع، فهو يقوم بتقدير مدى وجود العرف أو العادة الخاصة في بعض الجهات أو المدن، كما يقدر بسيادة جسامه الخطأ¹⁰⁸²، وهو كذلك يقوم بتقدير مدى توفر عناصر الحيابة المتمثلة في الظهور والهدوء والوضوح والتي هي عبارة عن وقائع مادية¹⁰⁸³.

ولقاضي الموضوع سلطة تقدير توفر حالة الاستعجال، بسبب أن الاستعجال يعبر عن فكرة نسبية تتوافر في ظروف ولا تتوافر في أخرى، ويكون من الصعب إيجاد تعريف دقيق لهذه الحالة، لذلك فإنه يكفي التعرف على العناصر الأساسية التي تساهم في تكوينها، وهي الخطر

¹⁰⁸⁰ مرسال جورج سيوفي ، مرجع سابق، ص 129.

¹⁰⁸¹ عيد محمد القصاص، مرجع سابق، ص 208.

¹⁰⁸²Frédérique FERRAND, op cit, P152.

¹⁰⁸³ محمد الكشور ، مرجع سابق، ص 250.

المحقق الذي لا يمكن درؤه ، وعنصر الزمن، ويترك بعد ذلك لقاضي الموضوع سلطة تلمس مدى توافر هذه العناصر بمظاهرها المختلفة في الحالة الواقعية المعروضة عليه¹⁰⁸⁴.

كما يتمتع قاضي الموضوع بسلطة تقدير المسائل ذات الطبيعة التقنية أو الكمية¹⁰⁸⁵، حيث أن له الحرية المطلقة في الأخذ أو عدم الأخذ برأي الفني الذي عينه، وله السلطة المطلقة في تقدير المسائل الطبية كتقدير أن المتصرف كان في مرض الموت¹⁰⁸⁶، أو أن المدعى عليه كان معتوها¹⁰⁸⁷، وتقدير المسائل الاقتصادية و المسائل التقنية المتعلقة بالبناء، كتقدير قاضي الموضوع لعيب من العيوب بعد معاينته بأنه عيب ظاهر أو خفي¹⁰⁸⁸.

ولقاضي الموضوع سلطة القيام بتقديرات كمية ونوعية، ذلك أن المشرع أحيانا يستعمل صيغة فضفاضة، كالنص مثلا على أنه يجب أن ترفع الدعوى في مدة قصيرة، أو النص على أنه يجب على المشتري إخطار البائع في مدة معقولة، أو النص على أنه يجب تمكين الخصم من أجل معقول لتحضير دفاعه، أو النص في عقد المقاولة على ترتيب بعض الآثار القانونية على المجاوزة المحسوسة أو الجسيمة للمقايضة، فإنه في مثل هذه الحالات يكون قد ترك لقاضي الموضوع حرية التقدير في ما يتعلق بحساب المدد والكميات.

لذلك فإنه يكون من سلطات قاضي الموضوع السيادية تقديره لجدية الثمن لأنه يتعلق بتقدير كمي¹⁰⁸⁹، و تقديره للسرعة التي كان يقود بها مرتكب الحادث لسيارته فيما إذا كانت مفرطة أم عادية¹⁰⁹⁰، و تقديره للطابع التعسفي للشرط الجزائي¹⁰⁹¹، و تقديره للقيمة التجارية للمحل التجاري حسب الاستعمالات التجارية¹⁰⁹²، وتقديره لنوعية المتاع في منازعات الطلاق¹⁰⁹³.

¹⁰⁸⁴ علي مسعود محمد ، مرجع سابق، ص 240.

¹⁰⁸⁵ قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية. المؤرخ في 2008/12/17، ملف رقم 477874، مجلة المحكمة العليا، ع02، س2008، ص270: وحيث أن ما يثيره الطاعنون في هذا الوجه يخص الوقائع، لأن مسألة تحديد المساحة للقطع المتنازع عليها هي من المسائل الموضوعية التي يختص بها قضاة الموضوع، والتي لا يخضعون بشأنها لرقابة المحكمة العليا.

¹⁰⁸⁶ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 04، البيع والمقايضة، مرجع سابق، ص 321.

¹⁰⁸⁷ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج01، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص300.

¹⁰⁸⁸ Cass.civ I.26/03/1980.Bull.civ. In107.

¹⁰⁸⁹ Cass.civ.17/01/1966.Bull.civ. In37.

¹⁰⁹⁰ Cass.civ II.11/02/1965.Bull.civ.II.n147.

لكن إذا تدخل المشرع وبنص صريح ليحدد سقف محدد لتقدير كمي معين، فإن محكمة النقض يكون لها الحق في الرقابة على تقديرات قاضي الموضوع إذا خالفت ذلك السقف، فمثلا تراقب محكمة النقض تقدير قضاة الموضوع للتعويض الممنوح للمستأجر في حالة خروجه من المحل بسبب عدم التجديد إذا لم يحترموا الأسس المحددة قانونا لحساب ذلك التعويض¹⁰⁹⁴، وتراقب تقدير قاضي الموضوع لبدلات الإيجار إذا كان قد حددها بناء على عناصر خارجة عن العناصر التي حددها القانون¹⁰⁹⁵.

وعندما يكون المفهوم القانوني في القضية يظهر طابعا ذاتيا يجبر قاضي الموضوع على البحث في نية أحد الأطراف أو البحث في حالته النفسية أو العقلية، هنا يكون من الأحسن ترك مسألة تقدير هذه الحالات لسلطته السيادية، حيث يكون من سلطة قاضي الموضوع استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين واستخلاصه لحسن النية واستخلاصه لنية الغش.

ب . الوسائل الفكرية المساعدة لقاضي الموضوع في فهم الواقع:

يتعين على القاضي من أجل فهم المنازعة المعروضة عليه وإدراكها أن يلجأ إلى وسائل منطقية، فيعتمد في ذلك على أسس وبناءات قانونية ومنطقية وإلى الفن القانوني الغزير بالوسائل كالمعايير والحيل والضوابط القانونية والأفكار والمبادئ والنظريات¹⁰⁹⁶، هذه الوسائل يمكن إبراز بعضها فيما يلي:

1 . المعيار الموضوعي :

اعتمادا على هذا المعيار فإن القاضي وفي تفهمه للوقائع المعروضة إليه لا يأخذ بعين الاعتبار مستوى المدعي والمدعى عليه في تقييمه لسلوكهما عند القيام بالفعل المنسوب إليهما، بل ينظر إلى سلوكهما من خلال سلوك الرجل العادي، فمثلا القاضي وعند تحديده

¹⁰⁹¹ Cass.soc.18/05/1983.Bull.civ. V.n268.

¹⁰⁹² Cass.civ III.08/11/1968.Bull.civ.III.n452.

¹⁰⁹³ قرار المحكمة العليا . غرفة الأحوال الشخصية . المؤرخ في 16/01/2008، ملف رقم 417622، مج مح ع ، ع 01 ، س 2008، ص 265: حيث أن تحديد نوعية المتاع، أهو من المؤلف للرجال أو النساء هو مسألة واقع يخضع تقديرها لقضاة الموضوع ، وتخرج عن مجال مراقبة المحكمة العليا كجهة قانون.

¹⁰⁹⁴ Cass.com.14/03/1966.Bull.civ.III.n142.

¹⁰⁹⁵ Jacques Boré, op cit, p335.

¹⁰⁹⁶ علي مسعود محمد، مرجع سابق، ص 217.

لعنصر التعدي في الخطأ فإنه يقيس سلوك مرتكب الضرر بسلوك الرجل العادي، بعد وضع هذا الأخير في نفس الظروف الخارجية التي كانت تحيط بمرتكب الفعل الضار وقت ارتكابه¹⁰⁹⁷، فالقاضي هنا يتجرد من بحث الظروف الخاصة والمتعلقة بالحالة المعروضة عليه، بحيث يجب عليه أن يتعرض للوقائع بطريقة مجردة¹⁰⁹⁸.

2. المعيار الذاتي:

عند الاعتماد على هذا المعيار فإن القاضي ينظر إلى الوقائع من خلال شخص الفاعل، حيث يؤدي الاعتماد على هذا المعيار في الفهم إلى عدم تقيد القاضي في حله للنزاع على حل واحد يطبقه على جميع القضايا، بل تتغير الحلول وتتفاوت باختلاف الظروف وتفاوت الملابسات، فمثلا عندما يقوم القاضي بتقدير الإكراه كعيب من عيوب الإرادة، فإنه يراعي جنس من وقع عليه الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه¹⁰⁹⁹.

3. معيار المصلحة:

يتعين على القاضي و لإعمال نشاطه في فهم الواقع أن يتوصل إلى فهم المصلحة التي يريد المشرع حمايتها من خلال القاعدة القانونية الواجبة التطبيق، وهذه المصلحة قد تكون عامة كما قد تكون خاصة، فإذا كانت المصلحة عامة فإن التقدير يعتمد على معايير موضوعية، أما إذا كانت المصلحة خاصة فإن التقدير سيعتمد على معايير شخصية¹¹⁰⁰، فقاضي الموضوع هو المقدر للمصلحة التي يمكن أن تشكل عند تطبيق العديد من القواعد القانونية المعيار والمقياس الأساسي في تحديد الحل المناسب للنزاع، فمثلا عندما يقوم القاضي بإسناد الحضانة فإنه يقوم بذلك بعد أن يحدد مصلحة الطفل المحضون، ولا يكون له ذلك إلا بعد أن يعرفها ويتطلع إلى كل جوانبها ويقدرها¹¹⁰¹.

4. الظروف والملابسات:

¹⁰⁹⁷ محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع باعتباره مصدرا للالتزام، د م ج ، الجزائر 1985 ، ص 71.

¹⁰⁹⁸ علي مسعود محمد ، مرجع سابق ، ص 231.

¹⁰⁹⁹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج01، مرجع سابق ، ص 91.

¹¹⁰⁰ علي مسعود محمد ، مرجع سابق ، ص 225.

¹¹⁰¹ رضا المزغني و عبد المجيد عبوده، مرجع سابق ، ص 227.

يتعين على القاضي في فهمه للواقع المعروض عليه أن يراعي الظروف التي تحيط بالخصم الذي يسند إليه ذلك الواقع والمؤثرة في الحل القانوني الذي سيطبقه على النزاع، وهذه الظروف متنوعة بعضها موضوعي مثل الظروف المتعلقة بالزمان والمكان الذي وقع فيه التصرف، وبعضها شخصي كالحالة الذهنية والسن والمهارة وغير ذلك من الصفات الخاصة، لذلك فإن القاضي يحدد أولاً المعيار الذي من خلاله سيطبق القاعدة القانونية، ثم بناء على ذلك يأخذ بالظروف المناسبة لذلك المعيار المختار¹¹⁰²، فإذا اختار المعيار الذاتي فإنه يعتد بالظروف الشخصية، أما إذا اختار المعيار الموضوعي فإنه يعتد بالظروف الموضوعية.

5 . النظريات¹¹⁰³:

تلعب النظريات¹¹⁰⁴ دوراً مهماً في تكوين فهم وإدراك القاضي، حيث أنه يقوم بالنظر إلى الواقعة المطروحة في النزاع ويستلهم النظرية التي تتعلق بها، هذه النظرية التي يكون متمكناً منها هي التي ستقوده إلى الوصول إلى حل النزاع¹¹⁰⁵، فمثلاً عندما يطلب المدين وقف تنفيذ التزامه نتيجة اندلاع حرب أهلية في البلد محل تنفيذ الالتزام، هنا القاضي ينظر إلى هذه الواقعة فيستلهم أنها تتعلق بنظرية الظروف الطارئة، وهنا تكون هذه النظرية مساعدة له في حل النزاع.

6 . الأصول والضوابط المنطقية:

يسعى المنطق إلى تحقيق اتفاق العقل مع ذاته، فالتفكير الإنساني يسير وفقاً لبديهيات البرهان الأولي، وهي قواعد لازمة وضرورية للتفكير الإنساني يشعر العقل بالحاجة إليها وضرورة الالتزام بها¹¹⁰⁶، وتلعب هذه القواعد¹¹⁰⁷ دوراً مهماً في بناء فكر القاضي، وتساعد على الفهم الصحيح للوقائع المطروحة أمامه.

¹¹⁰² أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص 300.

¹¹⁰³ أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص 271.

¹¹⁰⁴ النظرية هي سلسلة من القضايا والقوانين والتعميمات المنطقية والمجردة التي تم تحقيقها، وهي تُولف فيما بينها نسقاً برهانياً، بحيث تكون كل قضية منها نتيجة لقضية سابقة، ومقدمة لقضية لاحقة... انظر في هذا التعريف: رشيد شمشيم، مرجع سابق، ص 17.

¹¹⁰⁵ أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص 271.

¹¹⁰⁶ محمد علي الكيك، أصول تسبب الأحكام الجنائية في ظل الفقه والقضاء، ب دن، الإسكندرية 1988، ص 289.

وإضافة إلى هذه القواعد الأولية فإن القاضي يستعين بقواعد الاستدلال المنطقي لإعمال فهمه للوقائع، فيعتمد مثلا على الاستنتاج حيث بواسطته يمكن أن يأخذ من بعض المعارف المقبولة معارف أخرى تكون نتيجة لها، فإذا عرضت على القاضي واقعة أن المؤمن له لم يقيم بإخطار شركة التأمين بإنهاء عقده وكان هذا العقد لم ينته أجله بعد فإنه يستنتج من هذه الواقعة استدلالا بأن عقد التأمين لازال ساريا¹¹⁰⁸، كما يمكنه أن يعتمد أيضا على الاستقراء وهو قاعدة استدلالية تتمثل في الانتقال من معطيات مأخوذة حالة بحالة إلى صيغة عامة تعمم بها هذه المعطيات، فالقاضي واستخداما لهذا المنطق يتحقق مثلا من حضور كل الشهود في الدعوى، وذلك بعد أن يعاين حضور (أ) وهو شاهد وحضور (ب) وهو شاهد وحضور (ج) وهو شاهد أيضا، ليصل إلى النتيجة التالية: جميع الشهود حضروا للجلسة¹¹⁰⁹.

وقد يستعمل القاضي أسلوب التحليل وتعتبر هذه الطريقة ذات فائدة هامة، حيث يهدف القاضي في تحليله للوقائع إلى إظهار العناصر الإجمالية التي تفرضها القضية، ثم يميز ويفصل بين معطيات النزاع الخاصة¹¹¹⁰.

ثانيا . سلطة القاضي المدني في فهم أدلة الإثبات:

المقصود بفهم أدلة الإثبات هو النشاط الذهني الذي يقوم به قاضي الموضوع لمعرفة مقدرة دليل ما على إثبات الوقائع التي يقدمها الخصوم كأساس لادعاءاتهم¹¹¹¹.
الإثبات المقصود هنا هو الإثبات القضائي للوقائع المعروضة في النزاع، والذي هو عبارة عن إقامة الدليل أمام القاضي بالطرق المحددة قانونا على وجود واقعة قانونية متنازع فيها بين الخصوم¹¹¹².

¹¹⁰⁷ يمكن إجمال هذه القواعد في ما يلي: . قاعدة عدم التناقض ومعناها أن الشيء يبقى كما هو فلا يمكن أن يكون هو ونقيضه في نفس الوقت.. قاعدة الذاتية ومعناها أن الشيء هو لا يتبدل ولا يتغير في جوهره حتى ولو تبدل في أحواله . قاعدة الوسط المجتمع ومعنى هذه القاعدة أنه لا وسط بين النقيضين ، فلا وسط بين النفي والإثبات ولا بين الصدق والكذب فالواقعة إما أنها موجودة وإما أنها غير موجودة... انظر في شرح هذه القواعد: محمد علي الكيك ، أصول تسبيب الأحكام الجنائية في ظل الفقه والقضاء، مرجع سابق ، ص ص 290.289.

¹¹⁰⁸ علي مصطفى الشيخ، مرجع سابق ، ص 361.

¹¹⁰⁹ علي مصطفى الشيخ، مرجع سابق، ص 364.

¹¹¹⁰ الغوثي بن ملح ، أفكار حول الإجتهد القضائي، مرجع سابق ، ص 63.

¹¹¹¹ عيد محمد القصاص، مرجع سابق ، ص 212.

وعند دراسة سلطة القاضي في فهم وتقدير قيمة وقوة وسائل الإثبات فإنه يجب التمييز بين نوعين من وسائل الإثبات، النوع الأول يتمثل في وسائل الإثبات ذات القوة الثبوتية الملزمة، والتي يملك القاضي إزاءها سلطة تقدير محددة باعتبارها من مسائل القانون، أما النوع الثاني فيتمثل في وسائل الإثبات ذات القوة الثبوتية غير الملزمة، والتي يترك تقديرها لسلطة قاضي الموضوع الواسعة في الأخذ بها أو في تفسير مضمونها باعتبارها من مسائل الواقع.

وتتخصر الوسائل ذات القوة الثبوتية الملزمة في الكتابة والإقرار القضائي واليمين الحاسمة والقرائن القانونية، بينما تشمل الوسائل ذات القوة الثبوتية غير الملزمة الشهادة واليمين المتممة والخبرة والمعينة والاستجواب.

ورغم هذا التمييز الأولي بين مسائل القانون ومسائل الواقع في دائرة الإثبات، إلا أن هذا لا يعني انتفاء كلي لسلطة قاضي الموضوع التقديرية في دائرة وسائل الإثبات ذات القوة الثبوتية المطلقة، إذ سوف نلمس بعض السلطات التقديرية المحدودة، بخلاف الدائرة الثانية لوسائل الإثبات أين يحظى قاضي الموضوع بسلطة تقدير واسعة.

أ. سلطات قاضي الموضوع المتعلقة بوسائل الإثبات ذات القوة الثبوتية الملزمة

بالنسبة لهذا النوع من هذه الوسائل فإن الدليل إذا استوفى شروطه الشكلية والموضوعية لا يملك قاضي الموضوع أي سلطة تقديرية في إيقاع الأثر الذي يترتب على الواقعة التي انصب عليها، إلا أنه في مقابل ذلك يملك بعض السلطات تتعلق بالرقابة على مدى توفر هذا الدليل على شروط قيامه.

وسنحاول تتبع سلطات القاضي في كل وسيلة من هذه الوسائل، مع تبيان رقابة النقض عليه في ذلك.

1. الدليل الكتابي:

هو عبارة عن محرر مكتوب بأي لغة يمكن قراءتها وفهم معناها، من خلاله يتمكن أحد الخصوم من إثبات وجود الواقعة محل الحق المدعى به، سواء كانت هذه الواقعة عبارة عن

¹¹¹² محمد صبري السعدي، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 06.

تصرف قانوني أو واقعة مادية، وهي طريقة ذات أهمية عملية بالغة، إذ تعتبر من الوسائل الفعالة لتأمين إثبات الحقوق، بسبب أنها لا تتأثر بعامل الزمن وضعف ذاكرة الإنسان¹¹¹³. ويكون الدليل الكتابي في صورة ورقة¹¹¹⁴، والورقة قد تكون رسمية كما قد تكون عرفية، والورقة العرفية قد تكون ورقة معدة للإثبات كما قد تكون ورقة غير معدة للإثبات كالدفاتر التجارية والرسائل والبرقيات¹¹¹⁵.

. الورقة الرسمية:

هي عبارة عن محرر يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقاً للإشكال القانونية، وفي حدود سلطته واختصاصه¹¹¹⁶.

إن الشكل الذي يجب أن تكون عليه الورقة الرسمية يطرح في بعض الحالات مسائل واقعية يكون تقديرها من سلطة قاضي الموضوع التقديرية، فمثلاً قضت محكمة النقض الفرنسية أنه من اختصاص قاضي الموضوع تقدير رسمية الورقة التي كانت محل طعن في رسميتها بسبب أن الورقة ورغم أن الضابط العمومي وقعها لم يبين اسمه عليها، حيث يكون من حق قاضي الموضوع مقارنة هذه الورقة بأوراق أخرى صادرة عن نفس الضابط العمومي ليتوصل إلى أنها ورقة رسمية وأن الطعن غير مجد¹¹¹⁷.

¹¹¹³ يحيى بكوش، مرجع سابق، ص ص 78.77.

¹¹¹⁴ نلاحظ أن المشرع لا يستعمل مصطلح ورقة وإنما يستعمل مصطلح عقد ونرى أن المشرع هنا قد أخط بين التصرف الذي هو العقد وبين أداة إثباته والتي هي الورقة التي ظهر فيها العقد، وبذلك فإن المشرع قد استعمل مصطلح قاصر، فمثلاً إذا كان التصرف عبارة عن وعد بجائزة وهو تصرف بإرادة منفردة وليس بعقد وتم = إثباته في ورقة رسمية فكيف يصح أن نسمي هذه الورقة بعقد... انظر في هذا النقد: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج2، مرجع سابق، ص105.

¹¹¹⁵ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 106.

¹¹¹⁶ راجع المادة 324 من القانون المدني في تعريفها للعقد الرسمي.

¹¹¹⁷ Jacques Boré, op cit, p306.

وفوق ذلك فإن قاعدة خروج القوة الملزمة للورقة الرسمية للإثبات من نطاق سلطة قاضي الموضوع في التقدير¹¹¹⁸ لها حدود من حيث نطاقها ومن حيث نتائجها¹¹¹⁹.

فمن حيث نطاق هذه القاعدة فإنه يجب التفرقة بين الوقائع التي أثبتتها الضابط العمومي مما جرى تحت سمعه وبصره والتي فيها مساس بأمانته، وهذه حجيتها مطلقة ولا يجوز إنكارها إلا عن طريق الطعن فيها بالتزوير، وبين الوقائع التي ينقلها عن ذوي الشأن، وهذه يجوز الطعن فيها عن طريق إثبات عكسها دون حاجة للطعن في الورقة بذاتها عن طريق التزوير، حيث يجوز للخصم في هذه الحالة أن يدحض ما نقله الموثق عن ذوي الشأن من وقائع بتقديم الدليل العكسي، ويكون في هذه الحالة لقاضي الموضوع سلطة تقدير التقارير الواقعية التي أدلى بها أطراف العقد للضابط العمومي¹¹²⁰، فالتصريح مثلا أمام الموثق بحصول الحيازة المكسبة للملكية لا يعني ثبوت هذه الحيازة بشكل مطلق، بل هي تخضع لسلطة قاضي الموضوع في تقدير هذا التصريح، حيث يملك الحق في فتح تحقيق حول حدوثه في حالة إنكاره من طرف أحد الخصوم¹¹²¹.

وقاضي الموضوع عندما يمارس سلطة مناقشة ما ورد في العقد الرسمي من وقائع أدلى بها الخصوم للضابط العمومي فإنه يخضع لقيدين مهمين: الأول هو أن لا يحرف ما ورد في

¹¹¹⁸ المادة 324 مكرر 5 من القانون المدني: يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني.

¹¹¹⁹ Jacques Boré, op cit, p307.

¹¹²⁰ قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية. المؤرخ في 1997/04/30 ، ملف رقم 148561 ، م ق، ع 02، س 1997، ص 47: حيث وإن كانت للعقد الرسمي قوة اثباتية طالما لم يطعن فيه بالتزوير فيما يخص المعايينات التي قام بها الموثق نفسه، فإن المعلومات الأخرى المعطاة من أطراف العقد وحدهما وغير المراقبة لأنها لا يمكن التحقق منها من قبل الموثق نفسه تكون لها قوة إثباتية إلى غاية تقديم الدليل العكسي.

¹¹²¹ قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 2003/09/24، ملف رقم 251665، مج م ع، عدد خاص بالغرفة العقارية، ج 03 ، س 2010 ، ص 294: حيث أنه وفي ما يخص عقد الشهرة فإن الأمر يتعلق بعقد تصريحي محرر على أساس تصريحات المستفيد من العقد والتي يمكن دحضها بتقديم الدليل العكسي، وأنه كان يتعين على قضاة الموضوع ما دام أنه توجد منازعة جدية بشأن الحيازة التحقق من الطرف الذي يمارس الحيازة الفعلية على القطعة وتحديد الحيازة الأفضل وبالنتيجة الفصل بناء على ذلك، وأن قضاة الموضوع وعندما فصلوا في القضية كما فعلوا لم يؤسسوا قرارهم تأسيسا قانونيا وأخطئوا في تطبيق القانون مما يعرض قرارهم للنقض.

الورقة إذا كان واضحا جليا لا لبس فيه، والقيود الثاني هو أن كل استبعاد جزئي أو كلي لما تضمنته الورقة يجب أن يكون مسببا في حيثيات حكمه¹¹²².

أما من حيث نتائجها فهي محدودة بثبوت تزوير الورقة الرسمية، حيث وفي حالة الطعن في قيمة الورقة الرسمية يسترجع القاضي كامل سلطانه المتعلق بتقدير الواقع ووسائل الإثبات، إذ يستطيع أن يقرر وبناء على قرينة بسيطة كوجود كشط أو محو أو تحشير في الورقة الرسمية إسقاط أو انقاص قيمة هذه الأخيرة في الإثبات¹¹²³، وبالتالي فإن الورقة الرسمية بعد ثبوت تزويرها تفقد قيمتها الملزمة في الإثبات.

كما يملك القاضي سلطة أن لا يأمر بإجراء تحقيق في صحة الورقة الرسمية المطعون فيها أمامه بالتزوير إذا رأى أن في الدعوى من الظروف والمستندات الأخرى ما يكفي للحكم بصحة الواقعة بغض النظر عن صحة الورقة المطعون فيها من عدمها، أو إذا رأى أن ظاهر الورقة يفصح عن صحتها، كما أن الطاعن لم يقدم أسباب جدية مقنعة لتبرير طعنه، والقاضي في تقريراته هذه يملك سلطة تقديرية تخرج عن رقابة النقض بشرط أن يسبب ما انتهى إليه من تقارير¹¹²⁴.

. الورقة العرفية:

يمكن تعريف الورقة العرفية بأنها سند معد للإثبات يحمل توقيع أطرافه ويحرر من طرفهم أو من طرف شخص آخر لا تتوفر فيه صفة الضابط العمومي وقت تحريره¹¹²⁵. وتعتبر الورقة العرفية حجة على من صدرت منه ما لم ينكر صراحة ما نسب إليه من خط وإمضاء وبصمة، أما بالنسبة لخلفه فإن هذه الورقة تعتبر حجة عليهم ما لم يؤدوا اليمين بأنهم لا يعلمون أن الخط والإمضاء هو لسلفهم¹¹²⁶.

¹¹²² محمد الكشور، مرجع سابق، ص 277.

¹¹²³ Jacques Boré, op cit, p307.

¹¹²⁴ سحر عبد الستار إمام، مرجع سابق، ص 140.

. Jean CHEVALLIER, le contrôle de la cour de cassation sur la pertinence de l'offre de preuve, chronique, Rec. Dalloz et sirey 1956/1, p40.

¹¹²⁵ يحيى بكوش، مرجع سابق، ص 126.

¹¹²⁶ المادة 327 من القانون المدني.

وهكذا فإنه إذا لم يناع في صحة الورقة العرفية فإنها تسري بجميع محتوياتها على أطرافها وخلفهم ودائنيهم، بحيث لا يجوز لهم إثبات عكس ما ورد فيها إلا بالكتابة، فلا يقبل منهم الإثبات بالشهود أو القرائن، وهذه المسألة بالنسبة لقاضي الموضوع مسألة قانون يخضع في تطبيقها لرقابة النقض¹¹²⁷.

أما بالنسبة لتاريخ الورقة العرفية فهو حجة على أطرافه وخلفهم العام متى لم يناعوا في صحتها على النحو الذي أشرنا إليه، أما بالنسبة للخلف الخاص والدائن الحاجز فإن تاريخ الورقة العرفية لا يكون حجة عليهم إلا من اليوم الذي يكون فيه لتلك الورقة تاريخ ثابت¹¹²⁸.
أما بالنسبة للغير وهو كل شخص لا تربطه أي علاقة بأطراف الورقة العرفية فإن ما يرد فيها هو بالنسبة إليهم بمثابة الواقعة المادية، حيث يجوز لهم دحضها بكافة وسائل الإثبات بما في ذلك الشهادة والقرائن¹¹²⁹.

ويملك قاضي الموضوع سلطة تقدير واسعة انطلاقاً من الوثائق المقدمة إليه في أن يقرر بأن الورقة العرفية المقدمة كانت مؤرخة بتاريخ سابق لإنشائها من أجل الإضرار بحقوق الغير¹¹³⁰، ويتمتع أيضاً بسلطة تقدير مدى صحة وصدق التقريرات التي أدلى بها الأطراف في الورقة العرفية، أين يمكنه مثلاً تقدير وجود الصورية في التصرف المثبت في الورقة¹¹³¹، وله أن يقدر تأثير التشطيب غير المصدق عليه والموجود في الورقة العرفية على قيمتها في الإثبات، في حين أن هذا التشطيب نفسه كان سوف لن يأخذ به لو ووجد في ورقة رسمية¹¹³².

. قرار المجلس الأعلى . الغرفة المدنية المؤرخ في 1985/02/06، ملف رقم 33054، م ق، ع04، س1992، ص17: وحيث أن قضاة الموضوع لما عاينوا وجود عقد عرفي يزعم الطاعن أنه اشترى بواسطته العقار محل النزاع من أبيه الهالك وأنكر عليه ذلك المطعون ضدهم وهم بعض الورثة، فكان على قضاة الموضوع أن يوجهوا يمينا لهؤلاء الورثة بأنهم لا يعلمون بأن الخط والإمضاء هو لمورثهم طبقاً للمادة 327 من القانون المدني، وهم بقضائهم كما فعلوا قد خالفوا القانون وعرضوا قرارهم للنقض.

¹¹²⁷ حلمي محمد الحجار، ج 01، مرجع سابق، ص 244.

¹¹²⁸ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج02، مرجع سابق، ص ص 230.220.

¹¹²⁹ حلمي محمد الحجار، ج01، مرجع سابق، ص 244.

¹¹³⁰ Cass.civ II .24/05/1963,Bull .civ.II. n378.

¹¹³¹ Jacques Boré, op cit, p308.

¹¹³² Cass.civ III .03/05/1968,Bull .civ.III. n186.

2 . الإقرار القضائي:

عرف المشرع الإقرار القضائي بنص المادة 341 من القانون المدني بأنه اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة.

ويترتب على الإقرار القضائي متى استوفى شروطه إعفاء المدعي من إثبات الواقعة التي أقر بها خصمه، كما أنه لا يمكن للمقر أن يثبت عكسها¹¹³³، رغم أنه يمكنه الطعن في الإقرار باعتباره تصرفاً قانونياً بإرادة منفردة إما بسبب عيوب التراضي، أو بسبب عارض من عوارض الأهلية¹¹³⁴.

ويستقل قاضي الموضوع باستخلاص الواقعة التي يرى أنها تشكل إقراراً قضائياً، والقول فيما إذا كانت موجودة أم لا، وذلك دون رقابة عليه من المحكمة العليا¹¹³⁵ ¹¹³⁶، لكن تكييف هذه الواقعة بأنها تشكل فعلاً إقراراً قضائياً فهي مسألة قانون، حيث تراقب المحكمة العليا الواقعة التي استخلصها قاضي الموضوع فيما إذا كانت تتوفر على العناصر التي يشترطها المشرع في تكوين الإقرار، كما تراقب المحكمة العليا مسألة تجزئة الإقرار، فإذا جزأ قاضي الموضوع إقراراً لا يصح تجزئته أو العكس فإن حكمه يكون عرضة للنقض¹¹³⁷، لكن بشرط أن تكون هذه المسألة قد أثرت أمام قضاة الموضوع لاختلاطها بالواقع.

و يدخل في سلطة قاضي الموضوع التقديرية مسألة فهم وتفسير ما قصده الخصم من إقراره، غير أنه لا يجوز له الخروج في تفسيره عن المعنى الظاهر لتصريح الخصم ليحصل منه معنى

¹¹³³ المادة 342 من الق المدني: الإقرار حجة قاطعة على المقر. ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا قام على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى.

. قرار المحكمة العليا . الغرفة التجارية والبحرية المؤرخ في 2000/05/09، ملف رقم 215174، المجلة القضائية، ع2، س2000، ص134: حيث أن القرار المطعون فيه لما أسس ثبوت الدين في ذمة الطاعن بناء على إقراره ، ورفض زعمه تسديد هذا الدين لعدم تقديمه ما يثبت براءة ذمته، فإنه طبق صحيح القانون ولم يخالف نص المادة 324 من القانون المدني.

¹¹³⁴ محمد الكشور، مرجع سابق ، 271.

¹¹³⁵ Cass.civ I.21/12/1948,Bull .civ. I. n350.

¹¹³⁶ انظر عكس ذلك: سليمان مرقص، أصول الإثبات وإجراءاته، ب دن ، القاهرة 1991، ص 688.

¹¹³⁷ محمد صبري السعدي ، مرجع سابق ، ص 256.

آخر لم يقصده¹¹³⁸، ويرجع لقاضي الموضوع تقدير مطابقة الإقرار لظاهر الحال بالمقارنة مع ما توفر لديه من مستندات ومعلومات في الملف، لكن بشرط أن يلتزم حدود الدعوى، وأن يقضي بناء على الثابت لديه من أوراقها¹¹³⁹.

2. اليمين الحاسمة:

هي احتكام المتقاضي إلى ضمير وعقيدة خصمه عندما يعوزه الدليل الذي يسمح به القانون لإثبات دعواه، فيوجهها إليه طالبا منه حلفها لحسم النزاع¹¹⁴⁰، ولا يجوز توجيهها في واقعة مخالفة للنظام العام¹¹⁴¹.

ولمحكمة الموضوع سلطة الاجتهاد فيما يخص وجوب توجيه اليمين الحاسمة من عدمه، لكن بشرط أن تسبب رأيها، فقاضي الموضوع له أن يقدر أن طلب اليمين الحاسمة يتعلق بواقعة مخالفة للنظام العام¹¹⁴²، وله أن يقدر أن اليمين الحاسمة المطلوب أدائها ليست بحاسمة وليست ضرورية¹¹⁴³، وله أن يقدر أن طالب اليمين متعسف في طلبه وبناء على ذلك يرفض توجيه اليمين الحاسمة¹¹⁴⁴.

إذا أدبت اليمين الحاسمة فإن نتيجة هذا اليمين ملزمة للقاضي، إذ يفقد سلطته التقديرية إزاءها، بحيث أن الواقعة محل اليمين تصبح ثابتة، وليس للقاضي أي سلطة في تقدير حجيتها، فلا

¹¹³⁸ مصطفى كيره، مرجع سابق، ص 347. يحيى بكوش، مرجع سابق، ص 294.

¹¹³⁹ سحر عبد الستار إمام، مرجع سابق، ص 114.

¹¹⁴⁰ باسم قطاطة، اليمين كوسيلة اثبات، بحوث ودراسات قانونية مجلة تصدرها جمعية الحقوقيين بصفاقص، ع01، ص 68.

¹¹⁴¹ المادة 344 من القانون المدني، انظر أيضا قرار المجلس الأعلى . الغرفة المدنية المؤرخ في 1989/04/05 ملف رقم 52942، م ق، ع02، س1991، ص14.

¹¹⁴² باسم قطاطة، مرجع سابق، ص 77.

¹¹⁴³ مصطفى كيره، مرجع سابق، ص 351.

¹¹⁴⁴ قرار المحكمة العليا . الغرفة المدنية المؤرخ في 1990/03/21، ملف رقم 58706، م ق، ع01، س1991، ص 29: حيث ولما كان ثابتا أن الطاعن طلب توجيه اليمين الحاسمة للمطعون ضدهم رغم وجود الوثائق الرسمية التي تثبت ملكيتهم، فإن قضاة المجلس لما لم يردوا على طلبه يكونون قد طبقوا صحيح القانون.

يكون أمامه إلا الأخذ بها وترتيب آثارها، ويمنع عليه بعد ذلك أن يقبل أي وسيلة إثبات تدحضها، ولا يقبل أي طعن في نتيجتها، إلا الطعن المبني على عدم توفر شروط أداءها¹¹⁴⁵.

4 . القرينة القانونية:

هي عبارة عن قيام المشرع باستنباط واقعة غير ثابتة من واقعة ثابتة، أي أن القرينة القانونية هي من عمل المشرع فهو الذي يجري عملية الاستنباط ، فيقول ما دامت هذه الواقعة ثابتة فإن واقعة أخرى معينة قد ثبتت أيضا¹¹⁴⁶، ومن الأمثلة على القرائن القانونية: الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة له . وجود سند الدين تحت يد المدين قرينة على وفاءه به...إلخ.

وليس لقاضي الموضوع أي سلطة تقديرية إزاء القرائن القانونية، حيث أن دوره ينحصر في إنزال إرادة المشرع، فمتى قامت الواقعة التي جعلها المشرع أساس لاستنباط الواقعة محل الإثبات كان لزاما على القاضي إعمال هذه القرينة، والأخذ بقوتها في الإثبات على النحو الذي حدده المشرع بحسب طبيعة القرينة القانونية قاطعة كانت أم بسيطة¹¹⁴⁷.

ب . سلطات قاضي الموضوع المتعلقة بوسائل الإثبات ذات القوة الثبوتية غير الملزمة:

تتمثل هذه الوسائل في كل من الشهادة، الخبرة، المعاينة، اليمين المتممة، والقرائن القضائية، ويتمتع قاضي الموضوع بسلطة تقدير واسعة في الأخذ بهذا النوع من وسائل الإثبات أو تركه، وفي استخلاص النتائج المترتبة عنه، بشرط أن لا يتعسف في استعمال هذه السلطة، وبشرط أن يحترم الإجراءات التي رسمها المشرع للأخذ بهذه النوع من وسائل الإثبات.

1 . الشهادة:

الشهادة هي إخبار الإنسان في مجلس القضاء بواقعة صدرت من غيره يترتب عليها حق لغيره¹¹⁴⁸، ويعيب الشهادة أنها ترتبط أساسا بمدى صدق وأمانة الشاهد، وبمدى قوة ذاكرته ودقته في ملاحظة العناصر الواقعية¹¹⁴⁹، لذلك فإن المشرع جعلها في مرتبة أدنى من

¹¹⁴⁵ سحر عبد الستار إمام، مرجع سابق ، ص 104.

¹¹⁴⁶ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج02، مرجع سابق ، ص 600.

¹¹⁴⁷ سحر عبد الستار إمام، مرجع سابق ، ص 316.

¹¹⁴⁸ محمد صبري السعدي، مرجع سابق ، ص 129.

¹¹⁴⁹ علي مسعود محمد، مرجع سابق ، ص 251.

الكتابة¹¹⁵⁰، كما قام بتحديد مجال الأخذ بها¹¹⁵¹، وبين إجراءات سماعها¹¹⁵²، والقاضي لا يملك أي سلطة تقديرية إزاء المرتبة التي أعطاها المشرع لهذه الوسيلة، ولا للإجراءات الواجب اتخاذها عند استعمالها، فمحكمة النقض تراقبه في تطبيق القواعد القانونية المتعلقة بالشهادة، من حيث مقبوليتها، وشكلها، والقواعد المتعلقة بالشروط الواجب توفرها في الشهود¹¹⁵³.

وعليه فإنه إذا طلب أحد الخصوم الإثبات بالشهادة، وتوافرت شروط سماعها، وتم سماعها فعلا وفق الإجراءات التي رسمها المشرع، فإنه يكون بعد ذلك من سلطة القاضي تقدير قيمة هذه الشهادة ومدى إنتاجيتها في الدعوى.

والشهادة لا تلزم القاضي الذي له في إطار سلطته التقديرية قبولها كما له أن يرفضها، فله مثلا أن يفضل شهادة الأقلية ويعتمدها ويقصي شهادة الأغلبية إن بدت له الأولى عنوانا للحقيقة¹¹⁵⁴، ذلك لأن له مطلق الحرية في أن يستخلص من أقوال الشهود ما يطمئن إليه في قضائه، ويرجح بينها، ويستظهر واقع الحال ووجه الحق فيها¹¹⁵⁵.

¹¹⁵⁰ قرار المحكمة العليا. الغرفة الاجتماعية. المؤرخ في 1991/02/06 ملف رقم 65136، م ق، ع01، س 1993، ص 119: حيث ولما كان من الثابت في قضية الحال ولإثبات كونه المالك الشريك للسكن المتنازع عليه طلب تقديم الحجة بالاستماع إلى الشهود، وأن قضاة الاستئناف رفضوا طلبه هذا على أساس أنه لا يجوز الإثبات بالبينة فيما يخالف أو يجاوز العقد الرسمي المقدم من طرف المطعون ضده والمثبت ملكيته للأمكنة المتنازع عليها، يكونون بقضائهم كذلك طبقوا صحيح القانون.

¹¹⁵¹ راجع المواد من 333 إلى 336 من ق م.

¹¹⁵² راجع المواد من 151 إلى 163 إ م اد.

¹¹⁵³ نور الشريف، نزاهة الشهادة، مجلة حوليات العلوم القانونية والاقتصادية والتصرف بجنوبية، ع01، س2007، ص171.

. قرار المجلس الأعلى . الغرفة الادارية. المؤرخ في 1989/07/15، ملف رقم 57775، م ق، ع04، س1992، ص145: حيث ولما كان ثابتا أن القاضي المنتدب لإجراء التحقيق لم يؤد اليمين للشهود، ومن ثم فإن التحقيق يعد باطلا طبقا للقانون.

. ومع ذلك فإن قاضي الموضوع يتمتع بسلطة تقدير وجود المانع المادي أو الأدبي الذي يحول دون الحصول على دليل كتابي، وبناء عليه يقرر في ما إذا كانت الواقعة يمكن اثباتها بالشهود، وتقدير مسألة وجود المانع المادي أو الأدبي هي مسألة واقع... محمد الكشيبور، مرجع سابق، ص 279.

¹¹⁵⁴ نور الشريف، مرجع سابق، ص 215.

¹¹⁵⁵ عبد القادر سيد عثمان، مرجع سابق، ص 197.

وتعتبر مسألة تقدير القيمة الثبوتية للشهادة من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع، وسبب ذلك أن قبول الشهادة يرتبط باقتناع القاضي بأقوال الشهود، وأن هذا الاقتناع يرتبط بمدى ما يبثه الشاهد في نفس القاضي من الثقة والأمانة والصدق في أقواله، فالقاضي وهو يقدر أقوال الشهود يأخذ في اعتباره عدة عوامل مساعدة، كطريقة سرد الوقائع ومعقوليتها وتاريخ حصولها وبنية الشاهد وذاكرته ونفسيته، وكل هذه العوامل لا يكون من سلطة النقض مراقبتها¹¹⁵⁶.

2. الخبرة :

على الرغم من أن أساس اللجوء إلى الخبرة يكمن في عدم قدرة القاضي على تقدير وتفسير الوقائع التي يستوجب فهمها وتفسيرها تمكن معرفي معمق في ميادين فنية، وعلى الرغم من أن الخبير يضع في متناول القاضي جميع معارفه العلمية والفنية، إلا أنه لا يترتب على هذا الاعتبار أن يأخذ القاضي برأي الخبير كحقيقة قانونية حتمية، فالقاضي غير ملزم بهذه المعلومات المقدمة، حيث يمكنه أن يرفض تقرير الخبرة ويأمر بخبرة أخرى، ويكون ذلك بعد أن يجري عملية ذهنية يتوصل من خلالها إلى تفكير منطقي يسبب به رفضه للخبرة، كما يبقى القاضي حرا في الأخذ بالنتائج التي توصل إليها الخبير عند تقديره للوقائع وتفسيرها¹¹⁵⁷، فهو حر في أن يفضل رأي خبير على آخر¹¹⁵⁸، وهو غير ملزم بالأخذ برأي الخبير عندما يرى أن هذا الرأي يتعارض مع قناعته التي شكلها من أوراق الدعوى¹¹⁵⁹، فهو يقدر بحرية القيمة الثبوتية وأهمية وقوة تقرير الخبرة القضائية المقدمة أمامه¹¹⁶⁰، حتى ولو كان اللجوء إلى هذه

¹¹⁵⁶ حلمي محمد الحجار، مرجع سابق، ج01، ص 263.

¹¹⁵⁷ رضا المزغني و عبد المجيد عبوده، مرجع سابق، ص 237.

. Leila HAMDAN, le modele de reference du code civil algerien, RASJEP , N02/1993, Alger1993 ,P224.

. ومع ذلك فإن الواقع العملي كثيرا ما يفيد تسليم قضاة الموضوع بنتائج الخبرة دون التعمق في دراستها مختبئين وراء سلطتهم الحرة في تقدير الخبرة، نظرا لأن هذا التسليم يخفف العبء عنهم، متجاهلين في نفس الوقت أنهم يسلمون سلطتهم القضائية للخبير... انظر رضا المزغني وعبد المجيد عبوده، مرجع سابق، ص 238.

¹¹⁵⁸ عبد القادر سيد عثمان، مرجع سابق، ص 198.

¹¹⁵⁹ Leila HAMDAN,opcit, p224.

¹¹⁶⁰ Cass.com .09/07/1963,Bull .civ. III. n364.

الخبرة إلزامي بقوة القانون، لأن إلزام القاضي باللجوء إلى الخبرة لا يعني إلزامه بنتائجها، لكن يتعين عليه حين رفضها اللجوء إلى خبرة أخرى¹¹⁶¹.

فإذا اقتنعت المحكمة برأي الخبير يمكنها أن تجعل منه أساساً لحكمها¹¹⁶²، ولا تلزم بالرد على الطعون التي يوجهها الخصم إلى التقرير، لأنها متى أخذت بهذا التقرير فإنها لم تجد في الطعون المقدمة ضده ما يستحق الرد عليها بأكثر مما تضمنه التقرير، كما تملك سلطة تجزئة الخبرة بأن تأخذ جزء منها وتطرح الباقي¹¹⁶³.

إلا أن هذه السلطة هي مقيدة بواجب التسبب وعدم التحريف، وعدم التسليم للخبير بسلطة تطبيق القانون، وعدم التسليم له بإجراء التحقيقات التي هي من اختصاص القاضي، وعدم التسليم له أيضاً بتجاوز حدود ما هو مأمور به¹¹⁶⁴.

¹¹⁶¹ قرار المجلس الأعلى . الغرفة المدنية. المؤرخ في 11/05/1983 ملف رقم 28312، الاجتهاد القضائي، د م ج، س 1986، ص 54: حيث أن قضاة الموضوع وإن كانوا غير ملزمين برأي الخبراء وغير مراقبين من طرف المجلس الأعلى في تقدير التعويض، إلا أنهم ملزمون بتسبب حكمهم تسبباً لا يتناقض مع الوثائق الفنية الصرفة، ذلك أن تقدير نسبة العجز المقدرة من طرف الأطباء هي عملية فنية تخرج عن اختصاص عمل القضاة ولا يمكن تنفيذها أو الإقلال من نسبة العجز المقدرة إلا بواسطة طبيب آخر، وبما أن قضاة مجلس بجاية سببوا قرارهم بتناقض الخبرة الفنية المقدمة بناء على حكم تمهيدي والتي قدرت العجز بنسبة 20% وقاموا بتخفيض التعويض المناسب لهذا العجز دون اللجوء إلى طبيب آخر يكونون قد قصرُوا في تبرير حكمهم مما يستوجب النقض.

¹¹⁶² . قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 26/07/2000، ملف رقم 200162، الاجتهاد القضائي، عدد خاص، ج 02، س 2004، ص 336: حيث وبما أن الخبير قد أثبت بأن أرض النزاع كانت مشغولة من طرف الجد ثم من طرف والد المدعى عليه في الطعن وأخيراً من طرفه الذي شيد عليها بنايات بدون أي اعتراض، ومن جهة أخرى فإن الطاعن لم يشغل الأمكنة إلا في سنة 1993، فإن قضاة الموضوع من خلال تبنيهم نتائج الخبرة قد سببوا قرارهم بما فيه الكفاية .

. قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 26/04/2000، ملف رقم 195764، الاجتهاد القضائي، عدد خاص، ج 02، س 2004، ص 411: حيث أنه وفي قضية الحال فإن قضاة الموضوع الذين يقدرون بكل سيادة وقائع القضية استخلصوا في جملة ما استخلصوه من تقرير الخبرة بأن العقار ملك المدعى عليه في الطعن محصور لأن الممر المتنازع عليه هو الذي يمكنه من الوصول إلى الطريق العمومي.

¹¹⁶³ سحر عبد الستار إمام، مرجع سابق، ص 548.

¹¹⁶⁴ قرار المحكمة العليا . الغرفة التجارية والبحرية. المؤرخ في 07/01/1997، ملف رقم 147422، م ق، ع 02، س 2000، ص 125: حيث يتبين من القرار المطعون فيه أن قضاة الاستئناف صادقوا على تقرير الخبير خالف

لذلك كله فإن القاضي هو خبير الخبراء وأن المحكمة هي الخبير الأعلى¹¹⁶⁵، بمعنى أن تحديد حجية تقرير الخبير مرده إلى قناعة القاضي، فله أن يأخذ به إذا رأى أنه صائب، وله أن يطرحه إذا رأى أنه غير ذلك¹¹⁶⁶.

3 . المعاينة :

إذا أمرت المحكمة بالانتقال إلى المعاينة ونفذت هذا الإجراء، فإن ما عاينته من الوقائع يصبح دليلاً أصلياً في الدعوى¹¹⁶⁷، يتعين على القاضي تقديره وفهمه وقول كلمته فيه، وإلا كان حكمها مشوباً بعيب القصور في التسبب¹¹⁶⁸.

وعندما يقول القاضي كلمته في نتائج ما عاينه بنفسه لا يعني إطلاقاً إلزامه بهذه المعاينة¹¹⁶⁹، فهو وإن كان يصعب عليه عملياً أن لا يأخذ بما رأى وعاين بنفسه¹¹⁷⁰، إلا أنه يمكنه أن يفعل ذلك متى اقتنع أن ثمة تغييرات قد أدخلت على ما عاينه بحيث لم يعد يطابق الحقيقة، أو وجد في أوراق الدعوى ما يغير به فهمه لما عاينه من وقائع¹¹⁷¹.

4 . اليمين المتممة :

على الرغم أن القانون شرع اليمين المتممة ليني عليها القاضي حكمه أو ليحدد بها مقدار ما يحكم به، إلا أن الفقه والقضاء يجمع على عدم إلزاميتها بالنسبة للقاضي، حيث يمكنه

رشيد الذي اقترح مراجعة الأسعار المتفق عليها في العقد المبرم بين الطرفين المتنازعين دون أن يعطوا لذلك أسباباً موضوعية كانت أو قانونية، وعليه فإن هذا الوجه مؤسس يؤدي إلى نقض القرار .

¹¹⁶⁵ مراد محمود الشنيكات، مرجع سابق ، ص 228.

¹¹⁶⁶ علي مسعود محمد، مرجع سابق ، ص 257.

¹¹⁶⁷ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج02، مرجع سابق ، ص 102 هـ1.

¹¹⁶⁸ حيث قضت محكمة النقض المصرية في هذا الشأن: إذا حكمت المحكمة قبل الفصل في الدعوى بانتقالها إلى

محل النزاع فكل ما يثبت لديها بالمعاينة يعتبر دليلاً قائماً في الدعوى يتوجب عليها أن تقول كلمتها فيه ، ومن

هنا يكتسب الدليل الناتج عن المعاينة الحجية القانونية في مواجهة الخصوم والهيئات القضائية بكافة أنواعها...

نقض مدني مصري جلسة 1945/02/08، طعن رقم 45، س14ق، مشار إليه في مراد محمود الشنيكات ،

مرجع سابق ، ص 80.

¹¹⁶⁹ محمد الكشور، مرجع سابق ، ص 294.

¹¹⁷⁰ علي مسعود محمد، مرجع سابق ، ص 255.

¹¹⁷¹ سحر عبد الستار إمام، مرجع سابق ، ص 477.

أن لا يبني عليها حكمه رغم أنه قام بتوجيهها، إلا أن هذه الفرضية نادرة جدا¹¹⁷²، فالقاضي يتمتع بحرية تقدير سيادية في ما يخص القوة الثبوتية لليمين المتممة¹¹⁷³.

5. القرائن القضائية :

تقوم القرينة القضائية على عنصران، عنصر مادي يتمثل في واقعة ثابتة يختارها القاضي من بين وقائع الدعوى، وعنصر معنوي يتمثل في عملية استنباط يقوم بها القاضي ليصل من الواقعة الثابتة إلى الواقعة المراد إثباتها¹¹⁷⁴.

ولقاضي الموضوع أن يستخلص وبسيادة الواقعة المعلومة، حيث يمكن أن يستخلصها من محاضر الضبطية القضائية، ومن محاضر المنفذين، ومن خبرات غير قضائية، و من أوراق تحقيق باطلة، ومن أوراق تحقيق أمر بها في قضية أخرى، و من الدفاتر التجارية، ومن الرسائل والبرقيات، ومن الشهادات الطبية، ومن المراسلات المتداولة بين الإدارات العمومية¹¹⁷⁵.

ويتمتع قاضي الموضوع في ما يخص القرينة القضائية بسلطة تقدير واسعة، بسبب أن عملية الاستنباط هي عملية ذهنية يختص بها القاضي، إذ تقوم على طريقة فهمه للوقائع وتقريره لدلالاتها، فهو لا يأخذ بالقرينة إلا إذا اقتنع بها، كما له أن يتركها إذا لم يطمئن إليها¹¹⁷⁶، وهو غير مقيد في أن يبين في حيثيات حكمه أسباب اقتناعه ولا أسبابا لتفضيله لقرينة دون الأخرى، ما دامت القرينة المستخلصة تؤدي عقلا ومنطقا إلى ثبوت الواقعة محل الحق المدعى به، وكان استخلاصها سائغا ومستندا إلى أدلة مقبولة ولها أصل ثابت في الدعوى¹¹⁷⁷.

المطلب الثاني: تدخل المحكمة العليا للحد من نفوذ القاضي المدني في ميدان الواقع

¹¹⁷² يحيى بكوش، مرجع سابق، ص 335.

¹¹⁷³ Cass.civ I .14/01/1969,Bull .civ. I. n23.

¹¹⁷⁴ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج02، مرجع سابق، ص 332.

¹¹⁷⁵ يحيى بكوش، مرجع سابق، ص 196.

¹¹⁷⁶ محمد الكشور، مرجع سابق، ص 287.

¹¹⁷⁷ سحر عبد الستار إمام، مرجع سابق، ص 335.

في فرنسا الفقه مجمع على تأكيد أن سلطات قاضي الموضوع المتعلقة بمسائل معاينة الوقائع وتقديرها هي سلطات سيادية، وهي بخلاف سلطته في تكييف الوقائع التي تتعلق بمسألة قانونية يخضع فيها لرقابة النقض¹¹⁷⁸ .

ورغم هذا الاعتراف لقاضي الموضوع بهذه السلطة، إلا أنها ليست تحكيمية أو مزاجية، بل إنها تخضع لمجموعة من القواعد تشكل حدودا لممارسة هذه السلطة، وهنا يظهر الدور الرقابي للمحكمة العليا، حيث تحرص على مراقبة أن قضاة الموضوع مارسوا سلطتهم ضمن هذه الحدود، كما تحرص من جهة ثانية أن قضاة الموضوع قد سببوا اختياراتهم وعرضوا الوقائع عرضا كافيا، ولم يقوموا بتحريفها.

ونحن من خلال هذا المطلب نكتفي فقط بتوضيح الحدود التي في إطارها يمارس قضاة الموضوع سلطتهم تجاه الواقع، حيث أن المحكمة العليا تقرض على قضاة الموضوع احترام بعض القواعد الإجرائية عند ممارستهم لهذه السلطة، وهذه القواعد تتمثل في : . احترام مبدأ الوجاهية . احترام مبدأ الحياد . احترام مبدأ امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي . احترام مبدأ العلانية . احترام مبدأ النزاهة الإجرائية . احترام قواعد الإثبات، وهذا الجانب من الرقابة هو الذي سنبرزه، أما في ما يخص رقابة تسبب الوقائع وتحريفه فسنرجئ البحث فيها إلى الباب الثاني من هذه الرسالة عندما ندرس أوجه النقض المتصلة بمسائل الواقع .

الفرع الأول: الرقابة على احترام مبدأ الوجاهية

المواجهة في اللغة تعني المعارضة أو المناقضة، أو رد الحجة بالحجة، والمواجهة مرادفة للفظ المناقشة، والمناقشة تعني الحوار المنظم الذي يتناول عناصر القضية (الوقائع أدلة الإثبات . القانون)، وتتحقق المناقشة بالاستماع إلى القول والقول الآخر.¹¹⁷⁹

والتزام القاضي باحترام مبدأ الوجاهية هو التزام قانوني منصوص عليه بالمادة 03 من ق ا م اد، هذه المادة توجب على كل من القاضي والخصوم ضرورة التقيد باحترام مبدأ الوجاهية، فالقاضي لا يمكنه أن يقبل من الوسائل والشروحات والوثائق المقدمة من طرف الخصوم، إلا تلك التي تمت مناقشتها حضوريا¹¹⁸⁰ .

¹¹⁷⁸ Frédérique Ferrand ,op cit,P161 .

¹¹⁷⁹ سعيد خالد علي الشرعبي، مرجع سابق ، ص 646.

¹¹⁸⁰ Catherine TIVAURDEY-BOURDIN ,936p,op cit.

ورغم أن المشرع قد تضمن النص على مبدأ الوجاهية كمبدأ من المبادئ التي تقوم عليه المرافعة، إلا أنه لم يقدّم بتعريفه تاركاً مسألة التعريف للفقهاء والقضاء.

ولأن المقام لا يتسع لاستعراض مجمل التعاريف التي وضعت لهذا المبدأ¹¹⁸¹، فإننا نكتفي بالتعريف التالي: مبدأ الوجاهية يعني حق الخصم في أن يعلم علماً تاماً وفي وقت مفيد، بكافة إجراءات الخصومة، وما تحتويه من عناصر واقعية وقانونية، والتي يمكن أن تكون أساساً في تكوين اقتناع القاضي¹¹⁸².

إن العلم الذي يقتضيه مبدأ الوجاهية هو العلم بكافة إجراءات الخصومة وعناصرها، سواء اتخذت من قبل الخصوم أو من قبل القاضي، فيشمل العلم بذلك، العلم بموضوع الطلب القضائي، والعلم بما قدمه الخصم من وسائل دفاع واقعية أو قانونية وبالحجج والمستندات، وبما اتخذته القاضي من إجراءات، أو ما قام به من نشاط في مجال الواقع والقانون¹¹⁸³.

ولضمان تجسيد هذا المبدأ فإن المشرع يضع مجموعة من الإجراءات يتعين على القاضي إلزام الخصوم باحترامها، وهذه الإجراءات منها ما يكون عند رفع الدعوى، ومنها ما يكون أثناء سريانها.

ويقتضي مبدأ الوجاهية عند بدء الخصومة أن لا يقاضى أي شخص دون أن يكون على علم مسبق بموضوع الدعوى المرفوعة ضده، وهذا يقتضي استدعاء الخصم استدعاء قانونياً، وتمكينه من الوقت الكافي والملائم ليجيب عن هذه الدعوى¹¹⁸⁴.

ويتم استدعاء الخصم استدعاء قانونياً بواسطة الإعلان القضائي، والإعلان القضائي هو وسيلة فنية إجرائية تعتمد النظم القانونية لإعلام شخص بأمر أو واقعة معينة، أو بتكليفه بعمل أو

¹¹⁸¹ Loic Cadiet, Théorie générale du procès, PUF, paris 2010, pp629-641.

. انظر أيضاً في هذه التعاريف ونقدها: عيد محمد القصاص، مرجع سابق، ص 19.09. سعيد خالد علي الشرعبي، مرجع سابق، ص 647.

¹¹⁸² عيد محمد القصاص، مرجع سابق، ص 20.

¹¹⁸³ سعيد خالد علي الشرعبي، مرجع سابق، ص 654.

¹¹⁸⁴ محمد الصالح الزبيدي، مبدأ المواجهة ضمان لحقوق الدفاع، مجلة القضاء والتشريع، أكتوبر 2007، ص 367.

نهيه عنه، وتكتسي هذه الوسيلة أهمية بالغة كونها تجسد افتراض حصول العلم بالإجراءات السابقة على الخصومة والمعاصرة لها والتالية لها¹¹⁸⁵.

فالإعلان القضائي إجراء أساسي لانعقاد الخصومة ، لذلك فإن المشرع أوجب بنص المادة 18 من ق ا م ا د أن يحرر في شكل وثيقة رسمية تسمى محضر التكليف بالحضور، يعدها المحضر القضائي، كما أوجب المشرع على احترام قواعد محددة في تبليغه للخصوم¹¹⁸⁶، وذلك حتى تكون للمدعى عليه صورة كاملة عن طلبات المدعي، فيتمكن من إعداد دفاعه، وفي نفس الوقت حتى تتشكل لدى القاضي فكرة واضحة عن الدعوى¹¹⁸⁷.

ومما لا شك فيه أن التثبت من صحة إجراءات التبليغ هو أول إجراء من إجراءات التحقيق في الدعوى، إذ لا يجوز للقاضي النظر في طلبات المدعي وفحص مستنداته قبل أن يتحقق من أنه وقع استدعاء الخصم بصفة قانونية¹¹⁸⁸، إذ يترتب على عدم صحة إجراءات التبليغ أو عدم القيام به عدم انعقاد الخصومة وبالتالي شطب الدعوى على حالها.

وعندما يتم التبليغ صحيحا فإن علم المدعى عليه بالدعوى قد تحقق، حتى ولو لم يحصل العلم فعليا، إذ أن التبليغ يعد صحيحا متى تم في موطن المدعى عليه حتى ولو تسلمه الغير، ورغم ذلك فإن المشرع أجاز للقاضي في مثل هذه الحالات من التبليغ ورغم صحته أن يطلب إعادة استدعاء وتبليغ المدعى عليه مرة ثانية، باعتبار أن هذا الإجراء الاختياري قد منح للقاضي لتحقيق مبدأ المواجهة تحقيقا فعليا، كلما بدا له أن الاستدعاء الأول لم يؤدي إلى تحقيق هذا المبدأ¹¹⁸⁹.

و لتحقيق مبدأ المواجهة في الدعوى لا يكفي فقط استدعاء الخصم للمحكمة وإعلامه بتاريخ بدء الخصومة وموضوع الطلب القضائي، بل يجب إعلامه بكل المستندات والوثائق المؤيدة للطلب القضائي، وهذا ما يسمى بحق الخصوم في الإطلاع.

¹¹⁸⁵ سعيد خالد علي الشرعبي، مرجع سابق ، ص 649.

¹¹⁸⁶ راجع المواد 19.18 والمواد من 407 إلى 416 من ق ا م ا د.

¹¹⁸⁷ محمد الصالح الزيدي، مرجع سابق ، ص 367.

¹¹⁸⁸ عبد الله الأحمدى، مرجع سابق ، ص 561.

¹¹⁸⁹ عبد الله الأحمدى، مرجع سابق ، ص 589.

ويعرف الإطلاع بأنه عرض المستندات المقدمة في الخصومة لفحص الخصوم، سواء في أصلها أو في صورة منها¹¹⁹⁰، ويثبت هذا الحق للخصوم بالتبادل، فهو التزام يقع على الخصم بتمكين خصمه من العلم بكل ما قدمه من مذكرات أو مستندات لم يعلم بها خصمه، كما أنه حق للخصم الآخر في الإطلاع، سواء في مواجهة خصمه أو في مواجهة القاضي، لأن هذا الأخير في حالة حصوله على أوراق من طريق آخر غير الخصوم يجب عليه إعلام الخصوم بها تحت طائلة النقض لخرق حق الدفاع¹¹⁹¹.

ويكتسي الإطلاع أهمية بالغة، لأن محله يتعلق بالمستندات، وأن هذه الأخيرة تعد الأداة الفعالة في تحديد وجه الرأي في الدعوى، كما أن الإطلاع هو الذي يمكن كل خصم معرفة وجهة نظر خصمه الآخر وحججه، مما يساعده في الرد على هذه الحجج والآراء بإبراز وجهة نظره هو أيضا وتقديم حججه، كما أن الإطلاع هو الإجراء الكفيل بإبعاد عنصر المباغته والمفاجئة في الدعوى وبذلك تأمين حق الدفاع¹¹⁹².

ونظرا لأهمية هذا الإجراء فقد نظمه المشرع بنصوص إجرائية صريحة، حيث نص بالمادة 21 من ق ا م ا د على أن الأوراق والسندات والوثائق التي يستند إليها الخصوم دعما لادعاءاتهم تبلغ للخصم بعد إيداع أصولها أو نسخ رسمية منها أو نسخ مطابقة للأصل.

وتبين المادة 22 من ق ا م ا د كيفية الاطلاع فتنص على أنه يتم إما عن طريق القاضي في الجلسة، وإما عن طريق أمين الضبط خارج الجلسة، و يمكن أن يتم التبليغ عن طريق المحضر القضائي رغم أن النص لم يشر إلى ذلك، وفي حالة عدم حصول التبليغ يجوز للخصم الاحتجاج بذلك أمام القاضي الذي يمكنه بعد التأكد من عدم حصول الإطلاع أن يأمر شفاهة بإبلاغ كل وثيقة عرضت عليه وثبت عدم إبلاغها للخصم، ويحدد أجل وكيفية الإبلاغ، وفي

¹¹⁹⁰ عيد محمد القصاص، مرجع سابق، ص 42.

¹¹⁹¹ سعيد خالد علي الشرعبي، مرجع سابق، ص 601.

¹¹⁹² عيد محمد القصاص، مرجع سابق، ص 43.

حالة عدم الامتثال لأمر القاضي، فإنه يجوز لهذا الأخير أن يستبعد من المناقشة كل وثيقة لم يتم إبلاغها خلال الأجل وبالكيفية التي حددها¹¹⁹³.

وقد يحدث الإطلاع والعلم بالإجراءات المتخذة بطريقة شفوية، حيث يقوم القاضي بإعلام الخصم بالإجراء المتخذ شفاهة مع إثبات ذلك كتابة في محضر الجلسة، وهذه الوسيلة تقتض حضور الخصم أو وكيله، كما أن دورها يقتصر على الإجراءات المتخذة أثناء سير الخصومة¹¹⁹⁴.

إن عدم تمكين الخصم من حقه في الإطلاع على وثيقة ما أسس عليها الخصم الآخر طلباته وكانت مؤثرة في الحكم، يشكل إخلالا بالحق في المحاكمة العادلة التي تقرض معاملة الخصوم على قدر المساواة، وهذا ما دأبت على التنبيه إليه المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، معتبرة أن تمكين الخصوم من هذا الحق هو تحقيق لمبدأ الوجاهية¹¹⁹⁵.

ولا يكفي لتحقيق مبدأ الوجاهية استدعاء الخصم استدعاء قانونيا لحضور الخصومة، وتمكينه من الإطلاع على كل عناصر الدعوى المرفوعة ضده، بل يجب أيضا تمكينه من الوقت الكافي للتأمل في موضوع الإدعاء الموجه ضده وإعداد جوابه ووسائل دفاعه، لذلك فإن الأجل الكافي لتحضير الدفاع يعد مظهرا من مظاهر الشكالية التي تهدف إلى حماية الخصوم من المفاجأة وتمكينهم من فرص إعداد وسائل دفاعهم¹¹⁹⁶، والمشرع قد ضمن هذا الحق بنص المادة 16 من ق ا م ا د حيث فرض وجوب احترام أجل عشرين يوما بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور وبين التاريخ المحدد لأول جلسة، وبالنسبة للأشخاص المقيمين خارج الوطن فقد مدد هذه الأجل إلى ثلاثة أشهر، كما قلص هذه المدة عندما يتعلق الأمر بنزاعات ذات طابع استعجالي، كالنزاعات العمالية والاستعجالية¹¹⁹⁷، وذلك حتى يكون بيد المدعي الوقت الملائم لتبليغ خصمه بالدعوى، ولا يترتب على عدم احترام هذا الأجل تعيب الدعوى شكلا، بل أنه يتعين على من

¹¹⁹³ إضافة إلى المواد 21 و22 من ق ا م ا د فإن المشرع تناول أيضا حق الإطلاع بالمواد 70 و71 و72 من ق ا م ا د حيث نص على أنه يجب إبلاغ الأوراق والسندات والوثائق التي يقدمها كل طرف دعما لادعاءاته إلى الخصم الآخر ولو لم يطلبها.

¹¹⁹⁴ سعيد خالد علي الشرعبي، مرجع سابق، ص 653.

¹¹⁹⁵ Catherine Popineau-Dehaullon, les communications de pièces aux parties devant la cour de cassation, Jcp , I,139 , 2008 ,N18-19,p15 .

¹¹⁹⁶ محمد الصالح الزيدي، مرجع سابق، ص 370.

¹¹⁹⁷ راجع المواد 505 و301 من ق ا م ا د.

يتمسك بهذا الأجل أن يطلب التمتع به، وليس له أن يدفع بعدم احترامه، لكن في حالة ما إذا تمسك بإعطائه أجلا يساوي المدة الممنوحة له قانونا، ورفض القاضي إعطائه هذا الحق، فإن هذا الرفض يشكل إخلالا بحق الدفاع قد ينجر عليه النقض¹¹⁹⁸.

الفرع الثاني: الرقابة على احترام مبدأ الحياد

لا نقصد من مبدأ الحياد المعنى الأدبي لهذا المصطلح أي عدم التحيز، فهذا مفترض في القاضي ويترتب على عدم احترامه عزله من ممارسة مهمة القضاء¹¹⁹⁹، وإنما القصد بهذا المبدأ المعنى الفني للحياد، أي أن القاضي لا يسوغ له أن يؤسس اقتناعه وبناء حكمه إلا على الوقائع التي دخلت ملف الدعوى بطريقة شرعية وعلى أدلة الإثبات التي أدلى بها الخصوم، ولا يمكنه أيضا التدخل التلقائي للبحث عن الحقيقة¹²⁰⁰.

إن مبدأ حياد القاضي وبالنظر إلى السلطات التي أصبح يتمتع بها القاضي في إطار تحصيل الوقائع وتحقيقها، لم يعد يلزم القاضي بتلك السلبية التي عرفها دوره في إطار النظام الإِدْعَائِي، بل أصبح نوعا من الحياد الذي يسمح بدور إيجابي للقاضي في حدود معينة، ويظل حياد القاضي في النزاع المدني قائما كمبدأ من المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات، حيث يبقى عبء الادعاء وعبء الإثبات ملقيان على عاتق الخصوم بشكل مباشر، فليس للقاضي أن

¹¹⁹⁸ إن ما يمكن أن نلاحظه عمليا هو سوء فهم في تطبيق نص المادة 16 من ق ا م اد السابق ذكرها، سواء من الخصوم أو القاضي، ذلك أن البعض يحسب الأجل من تاريخ التبليغ إلى تاريخ أول جلسة وهذا تطبيق خاطئ لنص المادة 16 من ق ا م اد، فنجد بعض القضاة يرفضون الدعوى شكلا لعدم احترام أجل العشرين يوما، وفي بعض الحالات أيضا نجد المدعى عليه يدفع بأنه لم يبلغ في إطار العشرين يوما، وفي رأي أن هذا الدفع غير مؤسس يتعين على القاضي عدم الالتفات إليه، إذ أن الأ صوب هو قيام المدعى عليه بالدفع بأنه لم يمنح أجلا كافيا لتحضير دفاعه، هنا يتعين على القاضي تمتيعه بهذا الأجل بعد أن يقدر فعلا أن المدعى عليه لم يمنح أجلا كافيا لتحضير دفاعه، ويكون تقدير هذا الأجل من سلطة قاضي الموضوع التي لا معقب عليها من طرف قضاء النقض بشرط التسبيب.

¹¹⁹⁹ المواد 62 و 63 من القانون العضوي رقم 11.04. المتضمن القانون الأساسي للقضاء. راجع أيضا مداولة المجلس الأعلى للقضاء المؤرخة في 23 سبتمبر 2006 المتعلقة بأخلاقيات مهنة القضاة.
¹²⁰⁰ علي مسعود محمد، مرجع سابق، ص 359.

يضيف من عنده إلى موضوع الطلب وقائع لم يستند إليها الخصوم، وليس له أن يقوم بالبحث عن أدلة الإثبات خارج نطاق الخصومة¹²⁰¹.

و مبدأ حياد القاضي يظهر جليا في إعفاء القاضي من عناء اتخاذ مبادرات تلقائية للبحث عن الحقيقة ، أو السعي لتكوين أدلة لصالح الخصوم، فالمحكمة يمكنها أن تأخذ موقفا سلبيا إزاء الخصوم ، فهي ليست مدعوة إلى حث الخصوم على تقديم وسائل دفاعهم، ولا تقوم بأي سعي لإحضار أدلتهم، وفي هذا الصدد قضت محكمة التعقيب التونسية بأن المحكمة ليست ملزمة بأن تشير على الخصوم وأن تطالبهم بتقديم مؤيداتهم على ثبوت الدعاوى أو نفيها، بل أنه من واجب الخصوم أنفسهم أن يتقدموا لديها بأدلتهم، كما أنه ليس عليها أن تقوم بأي سعي لتكوين أو إحضار حجج الخصوم¹²⁰²، فالدعوى المجردة من أدلة إثبات وقائعها يكون مآلها الرفض، لأن القاضي لا يكافئ الخصم المتقاعس وذلك بالبحث بدلا عنه عن تأييد ما يدعيه، وإن كان يجوز للقاضي أن يساعد في البحث عن الحقيقة في حالة عجز الخصم عن تقديم بعض الأدلة لظروف قاهرة¹²⁰³.

فالقاضي إذا قام من تلقاء نفسه بالبحث عن عناصر الإثبات التي لم يتقدم بها الخصوم ولم يناقشوها، فإن ذلك سيؤدي إلى تغيير وتحول في نطاق الإدعاء، وهذا التغيير سيكون لصالح أحد الخصوم ضد الآخر أو لصالح الخصمين وضدهما في نفس الوقت، أو ضد الخصمين في آن واحد، وبذلك يكون قد خالف مبدأ حياد القاضي¹²⁰⁴.

إن متطلبات هذا المبدأ تقتضي ألا يكون للقاضي مصلحة في الدعوى التي ينظرها، لأن وجود المصلحة يجعل نظرته للوقائع وفهمه لها لا يخرج عن النطاق الذي يؤدي إلى حماية تلك المصلحة، وعمله هنا سيكون انطلاقا من سلوك غريزي وليس من تفكير موضوعي ومنطقي¹²⁰⁵.

¹²⁰¹ نبيل اسماعيل عمر، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي، مرجع سابق ، ص 130.

¹²⁰² عبد الله الأحمدى، مرجع سابق ، ص 136.

¹²⁰³ عبد الله الأحمدى، مرجع سابق ، ص 137.

¹²⁰⁴ نبيل اسماعيل عمر، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي، مرجع سابق ، ص 131.

¹²⁰⁵ محمد العشماوي، مرجع سابق ، ص 70.65.

ويعد إخلالا بمبدأ الحياد قيام القاضي بالفصل في نزاع سبق وأن كون رأي فيه قبل عرضه عليه، والسبب في ذلك أن الرأي المسبق قد يشل تقدير القاضي أو يخل بإمكانية أعمال تقدير سليم وصحيح في الوقائع المعروضة عليه والتي سبق وأن قطع رأيا فيها¹²⁰⁶، لذلك فإن المحكمة العليا تقبل نقض القرارات التي شارك في إصدارها قضاة سبق لهم وأن أصدروا الأحكام التي كانت محل إعادة نظر بموجب تلك القرارات¹²⁰⁷.

ومن تطبيقات مبدأ الحياد أن قاضي الموضوع لا يمكنه الاتصال بالدعوى إلا من خلال الطلب القضائي الذي يقدمه المدعي للمحكمة، إذ لو علم القاضي بوجود نزاع بين شخصين فإنه لا يمكنه نظره دون طلب، لأنه لو فعل ذلك يصبح قاضيا وخصما في نفس الوقت، وهذا ما يخل بحياده الذي هو دليل نزاهته¹²⁰⁸، ثم إذا تم تقديم هذا الطلب فإن القاضي ليس في وسعه أن يعدل محله، إذ يجب عليه أن يفصل في الحدود التي ترسمها له طلبات الخصوم، فلا يجوز للقاضي مثلا أن يحكم بإعادة عامل إلى منصب عمله في حين أن طلبات هذا العامل كانت تتمثل في التعويض عن التسريح التعسفي، وطلبات رب العمل كانت تتمثل في رفض الدعوى لعدم التأسيس، أو أن يفصل في صحة عقد الإيجار في دعوى مطالبة المستأجر بطرد الغير الذي احتل العين المؤجرة بدون سند، لأن في مثل هذا التعديل تجاوز للسلطة وخروج على مبدأ الحياد¹²⁰⁹.

¹²⁰⁶ أحمد أبو الوفا، التعليق على قانون الإثبات، منشأة المعارف، ط03، الإسكندرية 1987، ص26.

¹²⁰⁷ قرار المجلس الأعلى . الغرفة المدنية . المؤرخ في 1985/04/03، ملف رقم 34134، م ق، ع04، س1989، ص 53: إذا كان الثابت في قضية الحال أن أحد المستشارين بالمجلس القضائي كان قد ساهم بعضويته في تشكيل المجلس بإصدار القرار المطعون فيه وكان هذا المستشار قد فصل في الدعوى الابتدائية بصفته رئيس محكمة الدرجة الأولى فإن المجلس القضائي يفصله في الدعوى على هذا النحو وبموافقته على الحكم المستأنف خرق قواعد جوهرية في الإجراءات .

¹²⁰⁸ آدم وهيب النداوي، مدى سلطة المحكمة المدنية في تعديل نطاق الدعوى ، مرجع سابق ، ص 41.

¹²⁰⁹ فكري عبد الحميد أبو صيام ، مرجع سابق ، ص 295.

. قرار المجلس الأعلى . الغرفة التجارية والبحرية. المؤرخ في 1983/02/07 ملف رقم 29500، مج ع، ع01، ب س ن ، ص165: وحيث إذا كان موضوع الطلب أمام المجلس الفصل في قضية الطرد من السكن الذي يملكه المدعي فإن المجلس يفصله في صحة عقد إيجار يربط المدعي بديوان السكن المعتدل الكراء الذي لم يكن طرفا في النزاع خرق أحكام القانون وارتكب هفوة تجاوز السلطة.

الفرع الثالث: الرقابة على احترام مبدأ امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي

يرى البعض أن قاضي الموضوع يلتزم بالفصل في ادعاءات الخصوم وفق الشكل الذي طرحت به عليه، فليس له أن يبادر من تلقاء نفسه بإضافة وقائع جديدة أو مستندات أو أدلة لم يقدمها الخصوم، من أجل الحكم بثبوت أو نفي الحق المدعى به، لأن هذا التدخل التلقائي من طرف قاضي الموضوع بهذه الكيفية يؤدي إلى التغيير في نطاق الدعوى، وهذا يشكل قضاء بعلمه الشخصي يخالف طبيعة مهمة القاضي¹²¹⁰.

وعليه فإن المقصود بالعلم الشخصي هو استناد القاضي عند الفصل في الدعوى على معلوماته الشخصية المتعلقة بالجانب الواقعي من مادة النزاع، والتي يكون قد استقاها خارج إطار هذا الجانب ودون مناقشة من الخصوم، وقد تكون هذه المعلومات وصلت إلى علم القاضي بناء على الصدفة أو بناء على تحريات أجراها القاضي بنفسه في غيبة الخصوم¹²¹¹، وفي هذا قضت محكمة النقض الفرنسية بنقض القرار الاستئنافي الذي قضى بالمصادقة على تقرير الخبرة التي تم تسليمها من طرف الخبير إلى القاضي مباشرة قبل النطق بالحكم بيوم واحد، وبدون إبرازها للخصوم ودعوتهم لمناقشتها¹²¹².

و يذهب الأستاذ **chevallier** إلى أن أساس فرض هذا المبدأ يعود لاعتبارات أخلاقية سابقة لظهور أسلوب الإجراءات الذي يفرض على القاضي أن يكون حيادياً، إذ أن بعض المؤلفين في العصور الوسطى و من بينهم القديس توما الأكويني كانوا يهتمون بالقواعد الأخلاقية أكثر من الأصول الفنية القضائية، حيث نادوا بمنع القاضي الجالس على منبره للفصل في الدعوى أن يستند في حكمه إلى الواقع الذي نمت إلى علمه كفرده، إذ يجب عليه أن يؤسس حكمه على الأدلة المقدمة من الخصوم¹²¹³.

¹²¹⁰ نبيل اسماعيل عمر، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي، مرجع سابق، ص 11.

¹²¹¹ عبد الله الأحمدى، مرجع سابق، ص 185.

¹²¹² Cass.civ II .21/03/1958,Bull.civ .II .1958,n226.

¹²¹³ آدم وهيب الندوي، دور الحاكم المدني في الإثبات، رسالة ماجستير، جامعة بغداد،الدار العربية للطباعة والنشر، ط01، بغداد1976، ص134.

. أما في الفقه الإسلامي فقد تباينت الآراء حول هذه المسألة، حيث أن هناك من يرى إلى عدم جواز حكم القاضي بعلمه الشخصي ومن أصحاب هذا الرأي الإمام مالك رضي الله عنه، وهناك رأي ثاني يعاكس الرأي الأول ويقول بضرورة حكم القاضي بعلمه الشخصي لأن ذلك أدعى للحكم باليقين وهؤلاء هم الظاهرية، وهناك رأي ثالث يرى

أما الفقيه السنهوري فيرى أن عدم جواز فصل القاضي في النزاع بعلمه الشخصي هو نتيجة مترتبة على حق الخصوم في مناقشة الأدلة المعروضة في الدعوى، وأن علم القاضي الشخصي بواقعة هو بمثابة دليل في الدعوى ومن ثم كان للخصوم حق مناقشة هذا الدليل، الأمر الذي يقتضي نزول القاضي منزلة الخصوم، فيكون خصما وحكما وهذا لا يجوز¹²¹⁴.

لقد أنزل هذا الفقيه علم القاضي الشخصي منزلة الدليل، في حين أن المشرع حصر وسائل الإثبات ولم يعتبر علم القاضي الشخصي وسيلة من وسائل الإثبات، وبالتالي فإن القاضي لا يمكنه الاعتماد على غير هذه الوسائل التي حددها المشرع¹²¹⁵، وفي هذا قضت محكمة التعقيب التونسية بأن أدلة الإثبات المقبولة هي المنصوص عليها قانونا، واعتماد غيرها يكون اعتمادا على غير دليل قانوني، كما أن الاستناد على العلم الشخصي ليس وسيلة إثبات قانونية¹²¹⁶.

وبناء على ما سبق فإنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بعلمه الشخصي المتحصل خارج المحكمة في وقائع النزاع، سواء كان هذا المنع مؤسس على خروج القاضي على نطاق الخصومة الذي يحدد بناء على ما يطرحه الخصوم من وقائع، أو كان هذا المنع مؤسس على احترام حقوق الدفاع، التي تستوجب على القاضي ألا يأخذ إلا بالوقائع التي طرحها الخصوم في المناقشات بينهم، أو كان هذا المنع مؤسس على احترام مبدأ حياد القاضي¹²¹⁷.

ولتحديد نطاق تطبيق هذا المنع، فإنه يجب استبعاده من ميدان القانون، لأن القاضي يعلم القانون، ولا يطلب من الخصوم إحاطته علما به، وبالتالي فإن نطاق هذا المبدأ هو ميدان

بأن القاضي لا يحكم بعلمه الشخصي إلا في الحدود الخالصة لله، وفي ما علم قبل توليه القضاء، وهذا هو رأي الحنفية... راجع تفصيل هذه الأراء عبد الله الأحمدى، مرجع سابق، ص ص 197.199.

¹²¹⁴ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج02، الإثبات، مرجع سابق، ص 33.
 . ومع ذلك فإن رأي الفقيه السنهوري، لقي نقدا من طرف الدكتور أحمد أبو الوفا، حيث يرى هذا الأخير أن مبدأ منع القاضي من الحكم بمعلوماته الشخصية أساسه هو أن ما عاينه القاضي مشاهدة أو سمعا من وقائع تتصل بالدعوى سوف يؤثر حتما بشكل من الأشكال في تقدير القاضي لهذه الوقائع، بل قد يشل هذا التقدير... انظر، أحمد أبو الوفا، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الاسكندرية 1983، ص32.

¹²¹⁵ عبد الله الأحمدى، مرجع سابق، ص210.

¹²¹⁶ قرار تعقيبي تونسي، مؤرخ في 19/05/1959، مجلة القضاء والتشريع، س1960، ع06، ص 60.

¹²¹⁷ محمد علي خليل الطعاني، مرجع سابق، ص175.

الواقع، لكن وضمن هذا النطاق، فإن هذا المبدأ يستبعد تطبيقه عندما يتعلق الأمر بالوقائع العامة أو المشهورة¹²¹⁸.

ويقصد بالوقائع العامة والمشهورة، تلك الوقائع التي لها قدر من الشهرة يسمح للشخص العادي بوسائل المعرفة المتاحة لديه أن يكون على علم بها¹²¹⁹، ومثال ذلك الوقائع التاريخية، والوقائع العلمية المشهورة¹²²⁰، فالقاضي عندما يستند في حكمه على هذه الوقائع لا يكون قد حكم بعلمه الشخصي، لكن بشرط أن يقوم الخصوم بإثبات تأثير هذه الوقائع العامة أو المشهورة على وقائع النزاع¹²²¹.

وفي هذا الاتجاه قضت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها أنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد بنى ما قضى به من وقف تقادم دعوى التعويض عن الاعتقال دون سبب في الفترة من تاريخ الإفراج عن المطعون ضده في أول جوان 1966 حتى ثورة التصحيح في 1971/05/15 على أساس الظروف المعروفة للجميع عما كانت تجتازه البلاد والشعب في الفترة السابقة على ثورة التصحيح، فإن النعي على هذا الحكم بقضائه على علم القاضي الشخصي هو نعي على غير أساس.¹²²²

¹²¹⁸ آدم وهيب النداوي، دور الحاكم المدني في الإثبات، مرجع سابق، ص 205.

¹²¹⁹ نبيل اسماعيل عمر، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي، مرجع سابق، ص 49.

. وافترض علم الكافة بها يقتضي أن لا يعتمد القاضي على مجرد علمه الذي استقاه من مشاهداته اليومية فمثلا لا يجوز للقاضي أن يفصل في حادث تصادم على أساس أنه متعود على سلوك الطريق الذي وقعت فيه الحادث وأن هذا الطريق وقت وقوع الحادث عادة ما يكون مزدحم بالسيارات دون أن يكون في ملف الدعوى ما يؤكد ذلك ... انظر أحمد السيد الصاوي، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 137.

¹²²⁰ ومثال الواقعة التاريخية: أن فرنسا احتلت الجزائر سنة 1830. أن العملة انخفضت قيمتها بعد الحرب العالمية الثانية. ومثال الواقعة العلمية المشهورة: أن النحاس يتمدد بالحرارة وينقلص بالبرودة. أن الماء يتبخر عند بلوغ درجة الغليان... إلخ.

¹²²¹ نبيل اسماعيل عمر، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي، مرجع سابق، ص 50.

. ويضيف البعض شرطا آخر هو أن يقوم الخصوم بإثبات شهرة الواقعة، إذا طلب منهم القاضي ذلك، خاصة إذا ثار نزاع حول شهرة الواقعة.

¹²²² .نقض مدني مصري 1979/02/15، مجموعة النقض 30، ق103، ص539.

ويترتب على عدم مراعاة القاضي للمنع الذي تضمنه هذا المبدأ نتيجة هامة ومؤثرة تتمثل في أن الحكم الصادر خرقاً لهذا المبدأ يكون مستندا على أسباب غير سائغة أو مقبولة قانوناً، وبالتالي يكون عرضة للنقض¹²²³، إلا أنه ومع ذلك فإن القاضي يمكنه أن يفلت من هذه الرقابة إذا تعامل مع أسباب حكمه بحذر، بحيث لا يظهر فيها مصادر علمه الشخصي وطبيعته، فالقاضي يمكنه الرجوع من تلقاء نفسه وبدون علم الخصوم ولا طلبهم إلى قراءة مؤلف علمي أو استشارة شخص مختص، لشرح ظاهرة علمية أو واقعة فنية من أجل تكوين فهم صحيح للوقائع، ثم الحكم في النزاع بناء على هذا الفهم، وفي هذه الحالة ورغم بناء قضائه على معلومات شخصية فإنه يفلت من رقابة النقض متى لم يشر في أسباب حكمه إلى هذه المصادر، واكتفى فقط بالإشارة إلى المصادر الأخرى الموجودة في الملف والتي جرى فيها التحقيق بصفة إجرائية صحيحة، وكانت هذه المصادر كافية لحمل الحكم الذي قضى به¹²²⁴.

والحقيقة أنه ولئن كان من الناحية الإجرائية أن القاضي لا يجوز له أن يؤسس حكمه على ما حصل عليه شخصياً من معلومات، إلا أنه من الناحية العملية فإنه من الصعب أن لا يتأثر القاضي بما حصل عليه من معلومات شخصية، خاصة إذا كانت هذه المعلومات متأكد من حصولها بالنسبة للقاضي، بحيث تشكل لديه أساس الوصول إلى الحقيقة الواقعية، فإذا حصل عدم التوافق بين هذه الحقيقة والحقيقة القضائية، فإن القاضي سوف يصطدم بما يمليه عليه ضميره كشخص مكلف بإقامة العدل، وبالتالي فإنه . وفي رأي . يكون أمام القاضي في هذه الحالة إما تجاوز هذا المبدأ والإفلات من رقابة النقض عن طريق عدم إظهار خرقه لهذا المبدأ في أسباب حكمه، وإما أنه يتنحى عن الفصل في النزاع.

الفرع الرابع: الرقابة على احترام مبدأ العلانية

يعتبر هذا المبدأ من المبادئ الهامة التي تقوم عليها الأنظمة القضائية الحديثة، ويعني أن يتم التحقيق في الدعوى والمرافعة فيها في جلسات علنية يسمح فيها بالحضور لكل شخص، وأن يسبب القاضي حكمه وينطق به في جلسة علنية وأن يمكن كل شخص من الإطلاع على هذا الحكم¹²²⁵، وقد نص التشريع على هذا المبدأ¹²²⁶ ليكفل مراقبة الجمهور لسير العدالة،

¹²²³ آدم وهيب النداوي، دور الحاكم المدني في الإثبات، مرجع سابق، ص 135.

¹²²⁴ نبيل اسماعيل عمر، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي، مرجع سابق، ص 17.

¹²²⁵ أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 76.

مما يبعث في القضاة الشعور بواجبهم في تمحيص الحق وتوخي العدل عند الفصل في النزاعات، وليمكن من انتزاع الحقيقة من فم الشهود والتغلب على العوامل التي تجنح بهم للكذب وإخفاء الحقيقة¹²²⁷.

ورأي الجمهور جد مهم لأنه يشكل مقياس درجة ثقة المواطنين في عدالتهم، ويظهر بشكل لائق الإحساس بالدور الاجتماعي للعدالة أكثر من الجانب السيادي لها¹²²⁸.

ومبدأ العلنية لا يكون مكفولاً إلا في ظل المرافعة الشفوية، أما إذا كانت كتابية فلا يمكن أن تتحقق هذه الضمانة¹²²⁹، لذلك فإن المشرع وضماناً لتكريس مبدأ العلنية أقر قاعدة جوهرية في الإجراءات تتمثل في إلزام قضاة الاستئناف بإعداد تقرير مكتوب يتضمن سرد لمجمل الوقائع والإجراءات التي تم اتخاذها في الدعوى وطرح لكل وسائل الإثبات وإجراءات التحقيق التي تم اتخاذها وبيان طلبات الخصوم ودفعهم¹²³⁰، ثم ألزمهم بعد ذلك بإيداعه أمانة ضبط الغرفة ثمانية أيام على الأقل قبل انعقاد جلسة المرافعات حتى يتمكن الخصوم من الإطلاع عليه، حيث بناء على ذلك يمكنهم تقديم ملاحظاتهم الشفوية أثناء جلسة المرافعات، ويتعين بعد ذلك على المستشار المقرر أن يقوم بتلاوة تقريره المكتوب في جلسة علنية حيث يمكن حينها للخصوم مناقشته في ذلك التقرير وإبداء ملاحظاتهم الشفوية¹²³¹، كما يتعين على المستشار

¹²²⁶ انظر المادة 144 من الدستور والمادة 07 من ق ا م د.

¹²²⁷ محمد العشماوي، مرجع سابق، ص ص 43.42.

¹²²⁸ Loic Cadiet, op cit, p660.

¹²²⁹ علي مسعود محمد، مرجع سابق، ص 346.

. مع الملاحظة أن هذا المبدأ هو مبدأ نسبي بمعنى أنه يمكن أن تقتصر العلنية على الخصوم ومحاميهم فقط، أو على مجموعة معينة من الناس، ويكون هذا الاقتصار لأسباب تتعلق بالنظام العام وحماية الحياة الخاصة للمتخصصين.

¹²³⁰ انظر المادتين 544 و 545 من ق ا م اد.

¹²³¹ راجع المادة 546 من ق ا م اد.

المقرر أن يقوم أيضا بقراءة تقريره المكتوب أثناء المداولة¹²³²، ويترتب على مخالفة هذه الإجراءات إمكانية نقض القرار الصادر بحجة مخالفته لقواعد جوهرية في الإجراءات¹²³³. وهكذا ومن خلال إيداع التقرير وتمكين الخصوم من الإطلاع عليه، وإبداء ملاحظاتهم حوله بصفة شفوية في جلسة المرافعات، وكذلك من خلال تلاوة المستشار تقريره المكتوب علنا في جلسة المرافعات، يتحقق اتصال الجمهور بالوقائع والإجراءات فيكون لديهم معرفة ولو مختصرة بحیثیات القضية وظروفها، وكذلك من خلال مناقشة الخصوم لذلك التقرير يحصل العلم بأي تحريف للوقائع أو انتهاك للإجراءات أو إدخال لوسائل إثبات من غير طريق الخصوم وعلمهم¹²³⁴، لذلك فإن هذا الإجراء سوف يجعل القاضي يحس بالرقابة الشعبية عليه فيكون أكثر حرصا على المحافظة على حياده ونزاهته¹²³⁵.

وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتحليل نصوصه المتعلقة بسلطات قاضي الموضوع في تسيير المرافعات وإجراء التحقيقات اللازمة فإنه يظهر جليا أن هذه السلطات جميعها تتم تحت احترام مبدأ العلنية، فالمشرع ينص على أن هذه الإجراءات تتم شفاهة أو كتابة¹²³⁶، وتتحقق العلنية في حالة اتخاذ الإجراء كتابة عن طريق النطق به لأن هذا

¹²³² راجع المادة 547 من ق ا م اد.

¹²³³ قرار الغرفة التجارية والبحرية المؤرخ في 1982/11/20 رقم الملف 26387، الإجتهد القضائي . قرارات المجلس الأعلى، د م ج، الجزائر 1986، ص 159 .

¹²³⁴ علي مسعود محمد ، مرجع سابق، ص 347.

¹²³⁵ للأسف الشديد ورغم التنصيص على هذه الإجراءات، إلا أن غالب ما يكون عليه الحال عمليا هو أن قضاة الموضوع لا يطبقونها حرفيا خاصة ما تعلق بتلاوة التقرير المكتوب في جلسة المرافعات، وحثتهم في ذلك كثرة القضايا التي يفصلون فيها، كما أن المحكمة العليا تحمل عبء إثبات عدم حصول الإجراء على الطاعن ، حيث تفترض أنه ما دام أن القاضي قد ذكر في حيثيات حكمه أنه قام بالإجراء فهذه قرينة على حصوله، وعلى الطاعن إثبات عكس ذلك، ولا نجد من الخصوم من يحاول التمسك بهذا الإجراء إما جهلا أو لإحساسه بعدم تجاوب القضاة معه، ونحن نرى أن القيام بهذا الإجراء يجب أن يقوم به القاضي نصا وواقعا ، لأن المسألة أبعد من حق الخصوم إذ تتعداها إلى حق الكافة في تحقيق مبدأ العلنية .

¹²³⁶ انظر مثلا نص المادة 27 من ق ا م اد والتي تجيز للقاضي أن يأمر في الجلسة بحضور الخصوم لاستجوابهم، وتجيز له أيضا أن يأمر شفاهايا بإحضار وثائق مفيدة في الدعوى، وانظر أيضا نص المادة 75 من ق ا م اد التي تجيز للقاضي أن يأمر شفاهة أو كتابيا بأي إجراء من إجراءات التحقيق التي يسمح بها القانون.

الإجراء عادة ما يصدر في صورة أمر أو حكم تحضيري كالحكم الصادر بتعيين خبير مثلا، ويجب الإشارة في حيثيات الحكم إلى أن الإجراء قد اتخذ مع بيان ظروفه وكيفية تنفيذه¹²³⁷. إن أهمية أي مبدأ تظهر من خلال الجزاء الذي يرتبه المشرع على الإخلال به، ونظرا لأهمية مبدأ العلنية في ميدان الإجراءات فإن عدم احترامه يؤدي إلى البطلان، باعتبار هذا الخرق للمبدأ يشكل عيبا من عيوب الشكل، وهذا العيب لا يمكن للقاضي إثارته تلقائيا إلا قبل قفل باب المرافعات¹²³⁸.

الفرع الخامس: الرقابة على احترام مبدأ النزاهة الإجرائية

يقوم هذا المبدأ على إلزام المتقاضين باحترام مجموعة من القواعد الإجرائية المخصصة لضمان محاكمة عادلة تماما، إذ هو المعيار لقياس السلوك المتوقع من طرف المتقاضين ، ويشكل عصارة العدالة¹²³⁹ .

يعد مبدأ النزاهة مبدأ فعلا يمكنه أن يقود المشرع والقاضي إلى أن يقوموا بإلزام الخصوم أثناء سير الدعوى بأن يسلكوا سلوكا إيجابيا، وأن يقوم بإلزامهم بإصلاح سلوكهم في حالة الخروج عن سلوك الخصم الشريف¹²⁴⁰.

يحيل مبدأ النزاهة الإجرائية في مفهومه إلى فرض الجزاء على كل سلوك غير نزيه تم إدخاله في الخصومة، فالسلوكات الإجرائية التدلّيسية التي يأتي بها الخصوم لم تعد تخفى على يقظة القضاة، لكن يبقى فرض الجزاء أمر مهم في هذه الحالة¹²⁴¹.

¹²³⁷ قرار المجلس الأعلى . الغرفة الاجتماعية. المؤرخ في 04/06/1984، ملف رقم 35563، م ق ، ع03، س1989، ص150: حيث أن القرار المطعون فيه أمر بإجراء تحقيق وعين قاضي مكلف بهذه الأمور في تاريخ محدد إلا أنه على الأقل لم يوضح أنه حصل إجراء هذا التدبير في مجلس القضاء أثناء سير الجلسة، إضافة إلى أن الأمر بالتحقيق يجب أن يتضمن ذكر اليوم وساعة انعقاد جلسة مجلس القضاء المعنية بالتحقيق.

¹²³⁸ Loic Cadet, op cit, p666.

¹²³⁹ Méline DOUCHY-OU DOT, la loyauté procédurale en matière civile, Gazett . déc 2009 , P3394.

¹²⁴⁰ Méline DOUCHY-OU DOT, Ibid, P3394.

¹²⁴¹ Méline DOUCHY-OU DOT, op cit, P3394.

والقاضي بحكم القانون يسهر على حسن سير الخصومة¹²⁴²، وهذا الإلزام القانوني يفرض عليه أن يكون يقظاً وأن يراقب سلوكيات الخصوم الإجرائية، وأن لا يسمح بأي سلوك غير نزيه في دخول الوقائع إلى الملف منذ بداية الخصومة إلى غاية الحكم فيها.

ففي مجال إجراءات التبليغ التي يجب القيام بها من أجل انعقاد الخصومة، يعد إجراء غير نزيه قيام المدعي عمداً بتبليغ المدعى عليه في غير موطنه وذلك بذكره عنواناً خاطئاً، حتى يتمكن من الحصول على محاكمة في غيبة خصمه وعلى أحكام نهائية غير قابلة للطعن بالمعارضة والاستئناف¹²⁴³، والحقيقة أن ما لفت انتباهنا هو أن المشرع لم يتصد لهذا النوع من الغش، حيث لم يعد يقبل تأسيس الطعن بالتماس إعادة النظر على السبب المأخوذ من الغش الشخصي كما كان عليه الوضع في قانون الإجراءات المدنية السابق¹²⁴⁴، وفي نفس الوقت لم يورد هذه الحالة في أوجه النقض، ونظراً لما ترتبه هذه الحالة من أوضاع غير عادلة فإن الحل يكون في رأي لا يخرج من سلوك المدعى عليه أحد الطرفين، الأول هو المنازعة أمام قاضي الموضوع في طبيعة الحكم الصادر من حيث أنه غيابي وليس حضوري، والثاني هو توجيه اللوم على قضاة الموضوع أمام المحكمة العليا من حيث أنهم خالفوا قواعد جوهرية في الإجراءات، وفي كلا الحالتين فإن المسألة تتعلق بعدم احترام مبدأ النزاهة الإجرائية.

كما أن القاضي يحرص على احترام الأطراف لمبدأ النزاهة عند عملية تبادل العرائض والوثائق، فيراقب أن العرائض والوثائق المقدمة إليه في شكلها ومحتواها هي نفسها المقدمة للخصوم، ويمنع كل مناورة يقوم بها أحد الخصوم من شأنها أن تمنع الخصم الآخر من الاطلاع على الوثائق المقدمة، كأن يؤخر تقديم بعض المستندات المهمة إلى الوقت الذي لا يتسنى فيه لخصمه تقديم دفاعه فيها، فيضمن أن القاضي سيدرس مؤيداته دون ردود عليها فيصيب لديه

¹²⁴² المادة 24 من ق ا م ا د: يسهر القاضي على حسن سير الخصومة، ويمنح الأجال ويتخذ ما يراه لازماً من إجراءات.

¹²⁴³ المادة 412 من ق ا م ا د اعتبرت التبليغ الذي يتم عن طريق البريد والتعليق بعد تأشيرة وكيل الجمهورية بمثابة التبليغ الرسمي.

¹²⁴⁴ قارن بين نص المادة 194 من ق ا م ا د السابق والمادة 392 من ق ا م ا د.

قناعة بصحتها، لذلك فإنه من حق القاضي أن يستبعد الوثائق التي لم تقدم في الوقت المناسب من المرافعة استناداً إلى خرق حقوق الدفاع¹²⁴⁵.

وفي مجال تحصيل وسائل الإثبات نجد المشرع الفرنسي يتدخل من أجل فرض هذا المبدأ حيث يعتبر وسائل الإثبات المقدمة في بعض الدعاوى غير مقبولة إذا كان الخصم الذي قدمها قد تحصل عليها عن طريق الإكراه أو الغش، فنص مثلاً بالمادة 1.259 من القانون المدني على أنه لا يمكن لأحد الزوجين أن يدخل في المناقشات وسيلة إثبات تحصل عليها عن طريق العنف أو الغش، وفي هذا قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه لا يقبل الدليل المستمد من رسالة بعثها أحد الزوجين إلى الغير ووقعت بطريقة غير شرعية في يد الزوج الآخر، لأن هذا الدليل قد تم الحصول عليه بطريقة غير نزيهة فيها مساس بالحياة الخاصة للأفراد¹²⁴⁶.

ونص المشرع الفرنسي أيضاً بالمادة 2.259 من القانون المدني على أن المعاينات المحررة بناء على طلب أحد الزوجين يجب أن تستبعد من المناقشات، إذا كانت نتيجة انتهاك لحرمة منزل أو اعتداء غير شرعي للحياة الشخصية للأفراد، فحرمة المسكن تحول مبدئياً دون الإذن بالدخول لمنزل أحد الأطراف سواء قبل أن تبدأ الخصومة أو أثناء سيرها من أجل إجراء بعض أعمال التحقيق، كندب خبير لمعاينة وجود أدلة إثبات مخبأة في مسكن أحد الخصوم، أو الإذن بتفتيش المسكن للحصول عليها¹²⁴⁷.

إن نص المادة 2.259 السابق الذكر، قد أثار جدلاً في فرنسا حول تطبيقه في ما يخص إثبات واقعة الزنا، حيث أن تطبيقه يؤدي إلى عدم إمكانية معاينة هذه الواقعة التي لم تعد جريمة في فرنسا بل مجرد خطأ يجيز للطرف المتضرر طلب الطلاق في حال إثباتها، إلا أن الفقه والقضاء في فرنسا يكاد يتفق على عدم تطبيق هذا النص في ما يخص هذه المسألة، حيث أقروا شرعية القيام بمعاينة واقعة الزنا خاصة وأنه لم يعد بإمكان أعوان الشرطة القضائية القيام بمثل هذه المعاينات لانتهاء الجريمة في القانون الفرنسي¹²⁴⁸، وأقر القضاء الفرنسي هذا التوجه حيث قضى بشرعية الحصول على أمر على ذيل عريضة من أجل معاينة داخل مسكن

¹²⁴⁵ محمد الصالح الزيدي، مرجع سابق، ص ص 377.376.

¹²⁴⁶ Cass.civ II.02/12/1998,Bull.civ.II.n287.

¹²⁴⁷ عبد الله الأحمدى، مرجع سابق، ص 612.

¹²⁴⁸ عبد الله الأحمدى، مرجع سابق، ص 615.

تتضمن إثبات الزنا قصد استخدامه كدليل في دعوى الطلاق للضرر دون أن يعتبر ذلك إخلالا بمبدأ حماية حرمة المسكن¹²⁴⁹.

كما أن تحصيل الدليل في الدعوى قد يصطدم أحيانا بمبدأ المحافظة على السر المهني، إذ أن بعض الأفراد وبحكم مهنتهم التي تفرض عليهم واجب المحافظة على السر المهني يكون من الصعب التحقيق معهم كشهود أو مطالبتهم بتقديم وثائق هي في حوزتهم، حيث يرى البعض أن المحافظة على السر المهني يأتي في المرتبة الأولى قبل احترام سر الحياة الخاصة، لأن السر المهني لا يحمي الحياة الخاصة فحسب، بل تمليه المصلحة الجماعية للمهنة، وهي مرتبطة بدورها بالمصلحة العامة والنظام العام¹²⁵⁰، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض البلجيكية¹²⁵¹ بنقض حكم قضاة الموضوع الذي قضى ببطلان عقد هبة وقد تأسس هذا البطلان على عدم سلامة القوى العقلية للواهب استنادا على شهادة طبية قدمها المدعي، رغم أن المدعى عليه قد دفع بعدم شرعية هذا الدليل لإخلاله بمبدأ السر الطبي، وقد استندت محكمة النقض في قرارها إلى أن قاضي الموضوع قد بنى حكمه على افتراض موافقة الواهب لكشف سره الطبي لو كان حيا وقت النزاع، وقد ذهب بعض الفقهاء في تحليلهم لهذا القرار أن قضاة الموضوع برفضهم لدفع المدعى عليه يكونون قد أخطئوا في التقدير القضائي لقيمة الدليل المقدم في الدعوى¹²⁵².

واعتبرت محكمة النقض الفرنسية أيضا أن الدليل الذي تم الحصول عليه من خلال رصد مكالمة هاتفية خاصة وتسجيلها لا يعد دليلا مقبولا، على أساس أن الإجراء الذي تم بواسطته الحصول على هذا الدليل هو إجراء غير نزيه¹²⁵³.

ولئن لم نجد نصوصا مشابهة في التشريع المدني الجزائري بشقيه الموضوعي والإجرائي، إلا أن الدستور تضمنت نصوصه أحكاما تتعلق بحماية حرية الحياة الخاصة كحماية حرمة المسكن

¹²⁴⁹ Cass.civ2.05/06/1985,JCP. V.n285.

¹²⁵⁰ عبد الله الأحمدى، مرجع سابق، ص 619.

¹²⁵¹ Cass.belg.23/09/1954,cite in Rigaux,opcit,p273.

¹²⁵² نبيل اسماعيل عمر، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي، مرجع سابق، ص 15.

¹²⁵³ Cass.civ II.07/10/2004,D. 2005,p122.

وسرية المراسلة¹²⁵⁴، مما يفيد أنه يمكن التذرع أمام القضاء برفض الأدلة المتحصل عليها بطريقة غير نزيهة.

وفي بحثنا في اجتهاد المحكمة العليا حول هذه المسألة المتعلقة بمرحلة تحقيق الدعوى عثرنا على قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية يمكن أن نؤسس عليه رفض قضاء المحكمة العليا إجراء تحقيقات تمس بشرف وكرامة المواطن، حيث بموجب هذا القرار رفضت المحكمة العليا طلب الزوج إجراء فحوص على زوجته من أجل الكشف عن عذريتها، وصرحت المحكمة العليا أن المرأة حرة لا تكشف¹²⁵⁵.

لكن ومع ذلك يجب عدم التسليم بضرورة احترام هذا المبدأ إلى الحد الذي يجعلنا إهدار حق القاضي في الوصول إلى الحقيقة القضائية، لذلك فإنه من الناحية العملية فإن القضاء يقبل تقديم وسائل إثبات تم الحصول عليها من خلال السماح بالإطلاع على أسرار الخصوم، كالأدلة المتحصل عليها مثلا من خلال خرق مبدأ السر الطبي، ولكن كل ذلك بشرط أن يتم الوصول إلى هذه الأدلة من خلال القضاء نفسه.

الفرع السادس: الرقابة على احترام قواعد الإثبات

إنه بتحليلنا لمرحلة إثبات الواقع فإننا نجدتها تشتمل على بعض القواعد والحدود التي يتعين على قاضي الموضوع الوقوف عليها واحترامها في هذه المرحلة، هذه الحدود تتعلق بتحديد قاعدة عبء الإثبات والحق في الإثبات، وتحديد وسائل الإثبات، والشروط اللازمة لقبول

¹²⁵⁴ المادة 39 من الدستور: لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاص وحرمة شرفه ويحميها القانون. سرية المراسلات والاتصالات الخاصة بكل أشكالها مضمونة. المادة 40 من الدستور: تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة المنزل.

¹²⁵⁵ قرار المجلس الأعلى . غرفة الأحوال الشخصية والمواريث . المؤرخ في 02/10/1989، ملف رقم 55116 : وعليه فإن إهانة المرأة وكشف عورتها بأمر من المحكمة ولو بطلب من الزوج هو طلب غير شرعي وتكون الاستجابة له غير شرعية ، والقرار المطعون فيه بأخذه بما ورد في الحكم الذي خالف الشريعة في هذا الجانب وقع بدوره في نفس المخالفة وخالف المبدأ القائل أن المرأة حرة لا تكشف والمرأة مؤتمنة على موطن سرها وتصدق فيما قالته عنه ولا يمكن رؤية النساء لها إلا فيما أجازته الشريعة ... مشار إليه في : لحسين بن الشيخ آث ملويا ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية ، ج01، ط02، دار هومة ، الجزائر 2006، ص 169 .

الإثبات وتقدير قيمة وقوة وسائل الإثبات ذات القوة الثبوتية الملزمة، واحترام القواعد الإجرائية التي نص عليها المشرع عند سلوك طرق الإثبات المختلفة¹²⁵⁶.

وأول ما يجب أن يراعيه القاضي في الواقعة محل الإثبات . وتراقبه المحكمة العليا في ذلك . هو أن يتحقق من أن الواقعة جائزة الإثبات قانونا، فلا يجوز إثبات النسب، إذا كان ناتجا عن واقعة مخالفة للنظام العام والآداب العامة مثلا¹²⁵⁷، ولا يجوز إثبات عكس ما أثبتته حكم قضائي نهائي.

ثم إن المحكمة العليا لها سلطة مراقبة التزام قاضي الموضوع بالقواعد التي تحدد الخصم المكلف بالإثبات ، فقاعدة على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه هي قاعدة قانونية لا تخضع في تطبيقها لتقدير قاضي الموضوع، إذ يتعين على هذا الأخير الالتزام بها وإلا كان حكمه مخالفا للقانون¹²⁵⁸، وتتجسد هذه القاعدة إجرائيا في أن البينة على المدعي، والمدعي هنا نأخذ بمفهومه الواسع أي هو كل خصم في الدعوى سواء كان مدعيا أو مدعى عليه يدعي بحصول واقعة ترتب نتيجة لمصلحته¹²⁵⁹.

وعندما يقرر المشرع بأن واقعة معينة لا يمكن أن تثبت إلا بوسيلة إثبات يقوم بتحديد ما فإن هذه المسألة تعتبر من مسائل القانون، لذلك فإنه لا يجوز للقاضي مثلا أن يقبل إثبات الدين الذي يفوق مائة ألف دينار جزائري إلا بالكتابة باستثناء وجود المانع الأدبي أو الدين التجاري. وليس من سلطة القاضي منع الخصوم من إثبات ما يدعونه لأن تقديم الخصوم لإثباتاتهم هو حق من حقوقهم، بحيث أن منع القاضي الخصوم تقديم وسائل إثباتهم يعد خطأ قانونيا يشوب حكمه يستوجب رقابة النقض، لكن هذا لا يعني أن يسمح لهم باصطناع الأدلة، ذلك أن القاعدة

¹²⁵⁶ أحمد أبو الوفاء، نظرية الأحكام في قانون المرافعات ، مرجع سابق ، ص ص 206.208.

¹²⁵⁷ قرار المحكمة العليا . غرفة الأحوال الشخصية والمواريث . المؤرخ في 17/11/1998، ملف رقم 210478، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، س 2001، ص 86: حيث أن القرار المطعون فيه قد أجاز الطاعنة بأن النسب لا يثبت بالعلاقة غير الشرعية وعليه الوجه غير مؤسس.

¹²⁵⁸ يحيى بكوش، مرجع سابق، ص 64.

¹²⁵⁹ حلمي محمد الحجار، مرجع سابق ، ج 01، ص 226.

القانونية تنص على أنه لا يجوز للخصم أن يصطنع دليلاً لنفسه¹²⁶⁰، إلا في حالات استثنائية¹²⁶¹.

وإذا أعطى المشرع لوسيلة إثبات معينة قوة ثبوت ملزمة فإن قاضي الموضوع يلتزم بتلك القوة الممنوحة لوسيلة الإثبات، وبالتالي فإن الأخذ بهذه الوسيلة يصبح مسألة قانون يخضع فيها القاضي لرقابة النقض.

المبحث الثاني: سلطة المحكمة العليا في الفصل في موضوع الدعوى

من بين أهم التعديلات التي جاء بها القانون الجديد للإجراءات المدنية والإدارية لسنة 2008 والمتعلقة باختصاصات المحكمة العليا، هو اعترافه لهذه الأخيرة بحقها في الفصل في موضوع الدعوى من حيث الواقع والقانون¹²⁶²، حيث تدرج في منح المحكمة العليا هذه السلطة، إذ وضمن شروط موضوعية محددة جعل المشرع من سلطتها في الفصل في موضوع الدعوى تتدرج من الرخصة¹²⁶³ إلى الواجب الملزم¹²⁶⁴.

¹²⁶⁰ يحيى بكوش، مرجع سابق، ص 51.

¹²⁶¹ انظر ما نص عليه المشرع بالمادة 330 من القانون المدني من إمكانية استفادة التجار من دفاترهم المنتظمة لإثبات حقوقهم، لكن هذا الدليل المصطنع لا يكون مقبولاً إلا مع اليمين المتممة وسلطة الركون إليه هي من سلطات قاضي الموضوع الجوازية.

¹²⁶² لقد استند المشرع في منحه المحكمة العليا هذه السلطة إلى نص المادة 02/04 من القانون العضوي رقم 29.89 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها والتي تنص على أنه يحدد القانون صراحة الحالات التي يمكن أن تكون فيها المحكمة العليا محكمة موضوع وقانون في نفس الوقت، وقد تم تعديل هذا القانون بالقانون العضوي رقم 12.11 المؤرخ في 2011/07/26، المحدد لتنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها، والذي نص في مادته الثالثة على أن المحكمة العليا هي محكمة قانون ويمكن أن تكون محكمة موضوع في الحالات المحددة في القانون.

. ونحن إذ ندرس هذه السلطة لا نقصد بها دراسة ما شاع القول به من أن المحكمة العليا هي محكمة موضوع عندما تحكم بالتعويض في حالة الطعن بالنقض التعسفي أوفي حالة الفصل في طلب رد قضاة المجلس، حيث وإن كانت فعلاً تفصل في الموضوع إلا أن الأمر هنا لا يتعلق بموضوع الدعوى التي كانت محلاً للطعن بالنقض.

¹²⁶³ راجع المادة 02/365 والمادة 03/374 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

¹²⁶⁴ راجع المادة 04/374 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ولتحديد نطاق البحث في سلطة جهة النقض في الفصل في الموضوع، فإننا نستبعد من الدراسة¹²⁶⁵ بعض الحالات التي تقوم فيها المحكمة العليا بنقض الحكم أو القرار المطعون فيه دون أن تقوم بإحالاته على قضاء الموضوع، رغم أن هذه الحالات تكون المحكمة العليا قد فصلت في النزاع، ولكن هذا الفصل يتم بطريقة غير مباشرة وغير صريحة، حيث أنها لا تعيد البحث في الوقائع كما أنها لا تتصدى للموضوع، بل أن ما تقوم به هو مجرد تأكيد أو نفي للحكم أو القرار المطعون فيه وبطريقة ضمنية، وهذه الحالات تتمثل في الطعن لصالح القانون الذي يرفعه النائب العام لدى المحكمة العليا ضمن الشروط المنصوص عليها بالمادة 353 من ق ا م ا د، وكذلك الحالة المنصوص عليها بالمادة 365 ف1 من ق ا م ا د والتي تجعل من قرار المحكمة العليا القاضي بالنقض منهيًا للخصومة بدون إحالة، وذلك بسبب أن ما فصلت فيه المحكمة العليا من نقاط قانونية لا يترك من النزاع ما يتطلب الحكم فيه، مثال ذلك النقض المؤسس على وجه عدم الاختصاص، حيث أن نقض القرار بسبب عدم الاختصاص يؤدي إلى النقض بدون إحالة، والحالة المنصوص عليها بالمادة 13.358 من ق ا م ا د وهي حالة النقض المؤسس على الوجه المأخوذ من تناقض أحكام أو قرارات صادرة في آخر درجة، رغم الدفع بحجية الشيء المقضي فيه، حيث أن المحكمة العليا تقوم بالمفاضلة بين الحكمين أو القرارين المتناقضين وتأكيد أحدهما ليصبح هو الحكم النهائي، وذلك دون إحالة¹²⁶⁶.

إن لجوء المشرع إلى منح المحكمة العليا هذه السلطة الغريبة على طبيعة هذه المحكمة، هو أمر يستدعي البحث في مبررات اللجوء إلى هذا المسلك من طرف المشرع، وهذا ما سنتناوله في المطلب الأول، كما أن دراسة هذه السلطة الممنوحة للمحكمة العليا يقتضي منا في مرحلة ثانية أن نحدد مفهومها وحالات تطبيقها، وهذا هو جهدنا في المطلب الثاني، لننتهي أخيرا في المطلب الثالث إلى دراسة كيفية ممارسة هذه السلطة من طرف المحكمة العليا، وما تثيره من إشكالات عملية .

المطلب الأول: مبررات منح المحكمة العليا سلطة الفصل في الموضوع

¹²⁶⁵ الإستبعاد من الدراسة نقصد به عدم التحليل والتوسع، لكن هذا لا يمنعنا من الإشارة إلى بعض السلطات ولو بصورة موجزة، كسلطة النقض بدون إحالة وسلطة استبدال الأسباب.

¹²⁶⁶ Au ce sens voir : André PERDRIAU, Aspects actuels de la cassation sans renvoi, SJ/G-I-doctrine 1985, 3180.

إن سلطة الفصل في الموضوع الممنوحة للمحكمة العليا بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية هي تعبير صريح من المشرع عن نيته في إعطاء مفهوم جديد للخصومة، يخرجها من المفهوم الضيق إلى مفهوم واسع يحقق أهداف المجتمع من العدالة، بحيث أن هذه الأخيرة يجب الوصول إليها بأقل التكاليف وفي آجال معقولة، وهذا ما يعبر عنه بمبدأ الاقتصاد في الخصومة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن المشرع وفي منحه لهذه السلطة قد تأثر بتشريعات مقارنة سبقتنا بسنوات عديدة إلى هذه الآلية القانونية، وبالتالي فإنه لم يكن سباقا في ذلك، ولو أنه سوف نرى، قد اختلف مع هذه التشريعات في بعض الجزئيات الإجرائية .

الفرع الأول: تطويع المحكمة العليا من أجل تحقيق الاقتصاد في الخصومة

إن قيام المشرع بمنح هذه السلطة للمحكمة العليا يندرج في إطار حركة إصلاحية واسعة للدور الذي يجب أن تلعبه المحكمة العليا، بحيث أنه أراد لها أن تخرج من إطارها التقليدي كمحكمة قانون إلى إطار أكثر توسعا، أي أن المشرع أراد تطويع المحكمة العليا كأداة قانونية من أجل الوصول إلى أهداف تتعلق بتسيير الخصومة من حيث الوقت والجهد والمال.

فالمشرع يرمي من وراء إقراره لهذه السلطات الجديدة تحقيق أهداف محددة، تتمثل في التيسير على المتقاضين، والاقتصاد في الوقت والإجراءات والنفقات بسرعة البت في الموضوع وحسمه، حيث رأى المشرع أنه من الأفضل في حالة ما إذا ما نقضت المحكمة العليا الحكم المطعون فيه أمامها، عدم إحالة الدعوى في بعض الحالات إلى محكمة الموضوع لتفصل فيه من جديد، حتى لا يطول أمد النزاع وتكرر الإجراءات ويضيع وقت المتقاضين والقضاة، فأوجب على محكمة النقض في هذه الحالات أن تصفي الموضوع وتحسم النزاع محل الحكم المطعون فيه أمامها، بأن تحل محل محكمة الإحالة، ولا شك أن في ذلك إشباع لمتطلبات العدالة ولرغبات الخصوم.

والحقيقة أن منح مثل هذه السلطة هو إجراء يستحق التقدير والاهتمام، في وقت اكتظت فيه محكمة النقض بالطعون التي تتزايد يوما بعد يوم، وتبعاً لذلك فإن أمد النزاع يطول بطريقة مقلقة إلى درجة أنه يثير بطريقة جادة الشك حول حسن إدارة العدالة¹²⁶⁷.

¹²⁶⁷ محمد نور عبد الهادي شحاتة، سلطة محكمة النقض في استبدال الأسباب في المواد المدنية، مرجع سابق،

ويرى البعض أنه ليس من باب المغالاة القول أن هذه النظرة إلى دور القاضي و لو كان في أعلى سلم درجات القضاء، تتماشى والمهمة الموكولة في التشريع الإسلامي إلى الحاكم، والمتمثلة في الفصل في موضوع النزاعات من حيث الشرع ومن حيث الواقع، ولعل هذا الأمر هو الذي يفسر تأثير بعض التشريعات العربية بنظرية تمكين المحكمة العليا من البت في الموضوع في بعض الحالات المعينة¹²⁶⁸.

والحقيقة أنه برجعنا إلى تشريعات الدول التي سبقت المشرع الجزائري في إقرارها لهذه السلطات، وبالتحديد إلى الأسباب التي ساققتها الإرادة التشريعية في هذه البلدان لتبرير منحها سلطة الفصل في الموضوع لمحكمة النقض، فإنها دائما ما تشير إلى تحقيق مبدأ الاقتصاد في إجراءات الخصومة.

حيث أنه من المبادئ التي استقر عليها القانون الفرنسي منذ سنة 1790 تاريخ نشأة محكمة النقض الفرنسية¹²⁶⁹، هو أن هذه الأخيرة ليس لها الحق في أن تفصل في موضوع القضية بعد أن تقرر نقض الحكم المطعون فيه¹²⁷⁰، حيث كان يتوجب عليها أن تحيل القضية إلى محكمة الموضوع مع تغيير التشكيلة و/أو الجهة القضائية، من أجل إعادة الفصل في الموضوع، مقيدة في ذلك أو غير مقيدة . حسب الحالة . بالحل القانوني الذي أقره قضاة النقض، وانتقل هذا المبدأ إلى جل التشريعات التي تأخذ بفكرة النقض¹²⁷¹، والأساس الذي يقوم عليه هذا المبدأ هو أن محكمة النقض الفرنسية عند نشأتها لم تكن هيئة قضائية، فلم يكن من المتصور حينها أن تقوم بإصدار أحكام قضائية.

إلا أنه وبتطور الزمن تدخل أكثر من عامل لتقويض هذا المبدأ، فمحكمة النقض هي في حد ذاتها قد تطورت بحيث أن الفقه أصبح يسلم بالطبيعة القضائية لهذه المحكمة سواء من حيث تشكيلتها أو من حيث أحكامها، كما أن هذا المبدأ يتعارض مع مبدأ الاقتصاد في

¹²⁶⁸ البشير الفرشيشي، النقض بدون إحالة، التعقيب ، مجموعة لقاءات الحقوقيين، ع02، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 1989، ص 329.

¹²⁶⁹ le 12/08/1790, l'Assemblée constituante dota la France d'un tribunal de cassation « unique et sédentaire auprès du corps législatif ».

¹²⁷⁰ Fanny Luxembourg, la cour de cassation, juge du fond, rec.Dalloz .2006,n34 ,chron, p358 .

¹²⁷¹ أحمد السيد خليل، دراسات في أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت ، ص 337.

الخصومة¹²⁷²، ذلك أنه من الناحية العملية فإن محكمة النقض الفرنسية قد وقعت في أزمة نتيجة الازدحام والضغط الواقع عليها بسبب كثرة القضايا التي تعرض عليها خلال كل سنة قضائية، وبسبب فشل نظام الإحالة في قطع دابر النزاعات، إذ أصبحت هذه الأخيرة في صعود ونزول بين محكمة النقض وقضاة الموضوع¹²⁷³، مما جعل إعادة النظر في نظام الإحالة أصبح أكثر من ضرورة حتمية.

وبناء على ذلك كان لزاما على المشرع الفرنسي أن يتدخل من أجل إدخال إصلاحات على نظام وسير محكمة النقض، تسمح لهذه الأخيرة بالخروج من صلاحياتها التقليدية، إلى ميدان الفصل في الواقع، وهو ميدان كان محرما عليها، حيث رأى بعض الفقهاء في هذه الإصلاحات أنها سوف تؤدي إلى زيادة وتوسع في صلاحيات وسلطات محكمة النقض¹²⁷⁴.

كما جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المصري رقم 13 لسنة 1968 فيما يخص شرح أسباب المادة 269 منه، أن المشرع رأى تعديل الأحكام الخاصة بتصدي محكمة النقض للموضوع، فأوجب عليها التصدي لموضوع الدعوى إذا نقضت الحكم المطعون فيه وكان الموضوع صالحا للفصل فيه وذلك اقتصادا في الإجراءات وتعجيلا بالبت في النزاع، سواء كان نقض الحكم خطأ في القانون أو لمخالفته الثابت بالأوراق أو لإغفاله مستندا قاطعا في الدعوى، وهذا في كل حالة من حالات الطعن أيا كان سببه ما دام أنه من الممكن تصفية النزاع وحسمه بغير اتخاذ أي إجراء جديد، وغني عن البيان أنه لا يلزم أن يكون موضوع الدعوى صالحا برمته للفصل فيه، بل يكفي أن يكون صالحا في شق منه، حيث تفصل محكمة النقض في هذا الشق، وتحيل الشق الآخر إلى المحكمة التي أصدرت الحكم¹²⁷⁵.

وقد جاء في تقرير لجنة الشؤون التشريعية والقانونية بالمجلس الوطني الاتحادي في دولة الإمارات العربية المتحدة، عن مشروع القانون الاتحادي رقم 17 لسنة 1978 الخاص بتنظيم حالات وإجراءات الطعن بالنقض أمام المحكمة الاتحادية العليا، في شأن المادة 25 من هذا

¹²⁷² فتحي والي، مرجع سابق، ص 766.

¹²⁷³ Pierre Hébraud, aggiornamento de la cour de cassation, rec.Dalloz 1979, n32, chron, p205.

¹²⁷⁴ Fanny Luxembourg, op cit, p359.

¹²⁷⁵ أحمد محمد مليجي، تصدي محكمة النقض للفصل في موضوع الدعوى المدنية، مجلة الشريعة والقانون كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، ع01، ماي 1987، ص 27.

القانون الخاصة بتنظيم تصدي محكمة النقض للفصل في موضوع الدعوى في المواد الجنائية أنه رؤي بدلا من أن تعيد المحكمة العليا الدعوى إلى المحكمة التي أصدرت الحكم للحكم فيها من جديد، أن تتصدى المحكمة العليا للفصل في الدعوى إذا كان موضوعها صالحا للفصل فيه، وذلك تيسيرا على المتقاضين وحسما للمنازعات في أقصر وقت¹²⁷⁶.

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري فإن مبدأ الاقتصاد في الخصومة وسرعة الفصل فيها أصبح الخط العام الذي قام عليه التعديل الكلي لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويمكن أن نعطي أمثلة عديدة لإبراز تبني هذا المبدأ.

فالمادة 03 من ق ا م ا د تكرر هذا المبدأ في نص عام بالقول أنه يتعين على الجهات القضائية أن تفصل في الدعاوى المعروضة أمامها في آجال معقولة، حيث أن هذه المادة تعطي للقاضي سلطة منح الآجال وتقدير مدى جاهزية الدعوى للفصل، ما يؤدي إلى القول بأن فكرة أن الخصومة ملك لأطرافها يجب أن لا تكون سبب في إطالة أمد النزاع بدون سبب جدي. لذلك، فإن الفقه والقضاء مستقر سواء في فرنسا أو في مصر، على أن منح الأجل وتقدير مدته هو من سلطات قاضي الموضوع التي لا معقب عليه في استخدامها من طرف جهة النقض، فتمسك الخصم بالأجل أو بمدة معينة لتحضير جوابه، لا يعني أن المحكمة ملزمة بإجابته إلى هذا الطلب أو منحه المدة التي يريد، حيث يمكنها أن لا تمنحه أجلا، كما يمكنها أن تمنحه أجلا ولكن بمدة أقصر، دون رقابة عليها من جهة النقض¹²⁷⁷، إلا في الحالة التي يكون فيها عدم منح الأجل فيه خرق لحق الدفاع، كأن ترفض المحكمة منح المدعى عليه أجلا للجواب رغم أنه بلغ بالدعوى عشية انعقاد الجلسة الأولى ولم يمكن من المرفقات عند تبليغه.

كما أن السلطات الممنوحة للقاضي أثناء تحقيق الدعوى، تسمح أيضا بالكشف عن هذا المبدأ، فالمادة 129 من ق ا م ا د تنص على أن قاضي الموضوع يعين الخصم أو الخصوم الذين يتعين عليهم إيداع مبلغ التسبيق المالي للخبرة لدى أمانة الضبط في الأجل الذي يحدده، وفي حالة عدم دفع التسبيق في الأجل المحدد يعتبر أمر تعيين الخبير لا غيا.

¹²⁷⁶ أحمد محمد مليجي، تصدي محكمة النقض للفصل في موضوع الدعوى المدنية، مرجع سابق، ص 28.

¹²⁷⁷ طلعت محمد دويدار، تأجيل الدعوى، منشأة المعارف، الإسكندرية 2003، ص 68.

نلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع منح للقاضي سلطة تحديد الأجل الذي يدفع فيه التسبيق المالي للخبير، حتى لا يترك الأمر في يد الخصوم، حيث بذلك خرج من فكرة أن الطرف الذي يهيمه التعجيل هو الذي يبادر في تحريك الإجراءات، إلى فكرة أن الخصومة هي مسألة تهم الجميع من حيث أن بقاءها دون فصل يؤدي إلى تراكم المنازعات، ما يشكل عائقاً أمام حسن سير العدالة ونوعية الأحكام التي تصدرها¹²⁷⁸.

وانعكس تطبيق هذا المبدأ على الوظائف المسندة للمحكمة العليا، حيث أن المشرع سمح لها بسلطة إنهاء النزاع دون الفصل في موضوعه، سواء عن طريق النقض بدون إحالة¹²⁷⁹، أو رفض النقض مع استبدال الأسباب أو إزالتها¹²⁸⁰.

ويكون النقض بدون إحالة في الحالة التي يتم فيها نقض الحكم أو القرار المطعون فيه ولا يتبق لجهة الإحالة ما يمكنها أن تفصل فيه بعد النقض، كأن تكون هذه الجهة غير مختصة للفصل في النزاع أصلاً¹²⁸¹، أو أن الدعوى غير مهياًة للفصل فيها من طرف هذه الجهة¹²⁸²، أو كأن تنتهي المحكمة العليا إلى أن المدعي قد أخطأ في تحديد المدعى عليه¹²⁸³.

¹²⁷⁸ والحقيقة أن الأمثلة عديدة على تبني المشرع لهذا المبدأ : . اعتبار الحكم الحضوري غير قابل للطعن بمرور سنتين على عدم استئنافه حتى بدون تبليغه (المادة 314 من ق ا م اد) . لا يجوز تمديد المداولة إلا إذا اقتضت الضرورة الملحة ذلك ، على ألا تتجاوز جلسيتين متتاليتين.(المادة 271 من ق ا م اد) . إذا تخلف المدعى عليه المبلغ شخصياً عن الحضور بنفسه أو عن طريق وكيله يفصل في الدعوى بحكم اعتباري حضوري (المادة 293 من ق ا م اد) ...إلخ

¹²⁷⁹ المادة 365 من ق ا م اد: إذا كان قرار المحكمة العليا، فيما فصل فيه من نقاط قانونية، لا يترك من النزاع ما يتطلب الحكم فيه، فإن النقض يكون بدون إحالة.

¹²⁸⁰ المادة 376 من ق ا م اد : يجوز للمحكمة العليا، أن تستبدل سبباً قانونياً خاطئاً تضمنه الحكم أو القرار المطعون فيه بالنقض، بسبب قانوني صحيح، وترفض الطعن اعتماداً على ذلك . كما يجوز لها أيضاً رفض الطعن بصرف النظر عن السبب القانوني الخاطئ إذا كان زائداً.

¹²⁸¹ قرار المحكمة العليا . الغرفة التجارية والبحرية . المؤرخ في 16/01/2008، ملف رقم 405413، مجلة المحكمة العليا، ع 02 ، س 2008، ص 207، حيث وبقبولهم للإستئناف وتمسكهم باختصاصهم يكون القضاء قد خرقت القانون وتجاوزوا سلطاتهم، وعرضوا قرارهم للنقض، حيث لم يبق من النزاع ما يتطلب الفصل فيه، يتعين القول بأن النقض يكون بدون إحالة.

وتعتبر سلطة استبدال الأسباب من ابتكار محكمة النقض الفرنسية حيث تطورت في غياب النص التشريعي الذي يقرها¹²⁸⁴، و تقوم هذه السلطة على سبب أنه إذا كان منطوق القرار المطعون فيه يقبل أن يحمل على سبب قانوني آخر صحيح، فإن المحكمة العليا ورغم أن الطاعن قد نعى القرار المطعون فيه في كون أن أسبابه خاطئة، وكان نعيه نعيًا مؤسسًا، تقوم بإنقاذ القرار المطعون فيه الذي رأت أن منطوقه صائب، وذلك بإحلالها أسباب قانونية صحيحة محل الأسباب القانونية الخاطئة، فتكون بذلك المحكمة العليا قد ضمدت القرار المطعون فيه¹²⁸⁵، والسبب القانوني الصحيح قد يكون موجود في أسباب القرار المطعون فيه، وفي هذه الحالة تكتفي المحكمة العليا بصرف النظر عن السبب القانوني الخاطيء الموجود في القرار المطعون فيه وجعل منطوق هذا الأخير يحمل على السبب القانوني الصحيح¹²⁸⁶، أما إذا كان

¹²⁸² قرار المحكمة العليا . الغرفة المدنية. المؤرخ في 19/05/1999، ملف رقم 207978، المجلة القضائية، ع01، ص2000، ص90: وحيث أن جهة الاستئناف قد خرقت القانون لما تصدت للموضوع رغم أن الدعوى لم تكن مهياًة للفصل فيها، وحيث لم يبق لجهة الاستئناف ما يمكن الفصل فيه بعد النقض مما يتعين النقض بدون إحالة .
¹²⁸³ قرار المحكمة العليا . الغرفة التجارية والبحرية. المؤرخ في 10/01/2007، ملف رقم 382981، مجلة المحكمة العليا ، ع 01 ، ص 2007، ص 342: وحيث يتعين القول أن النزاع القائم لا يخص البنك بل البائع والمشتري، وعليه فإن الأوجه المثارة مؤسسة، وتستوجب النقض، وحيث أنه لم يبق من النزاع ما يتطلب الفصل فيه ، فإنه يتعين النقض وبدون إحالة.

¹²⁸⁴ محمد نور عبد الهادي شحاتة، سلطة محكمة النقض في استبدال الأسباب في المواد المدنية ، مرجع سابق، ص37 .

¹²⁸⁵ محمد نور عبد الهادي شحاتة، سلطة محكمة النقض في استبدال الأسباب في المواد المدنية، مرجع سابق، ص12.

¹²⁸⁶ قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 24/03/1999، الملف رقم 186043، الاجتهاد القضائي، عدد خاص، ج02، ص2004، ص190: وحيث أنه في ما زاد عن ذلك من أسباب تتعلق بشروط البيع وإن كانت خاطئة فإنها لا تؤثر على سلامة القرار ما دام حسم قضاة المجلس مسألة انعدام المصلحة ، وبالتالي في عدم جواز طلب إبطال التصرف من قبل الشركاء في الشيوخ الذين لم يثبتوا أن مصالحهم قد مست، مما يجعل القرار المطعون فيه معلل تعليلا كافيا، على خلاف ما جاء في هذا الوجه الذي يجب رفضه.

. وبمناسبة طرحنا لهذا القرار، فإنه يمكننا أن نستخلص منه أن المحكمة العليا قد سبقت المشرع في استعمال هذه السلطة بعدة سنوات، الأمر الذي يقودنا إلى التقرير بأن المشرع قد كرس سلطة معروفة لدى قضاء النقض سلفا.

السبب القانوني الصحيح غير موجود في القرار المطعون فيه، فإن المحكمة العليا في هذه الحالة تقوم بإنشائه وإدخاله في القرار المطعون فيه بعد أن تقرر نزع السبب القانوني الخاطئ. والحقيقة أن لجوء المشرع إلى إقرار سلطة استبدال الأسباب وسلطة النقض بدون إحالة يرمي إلى تحقيق فائدة عملية مؤكدة، حيث يؤدي استعمالهما إلى الاقتصاد في الإحالة، واختصار الإجراءات، فممارسة المحكمة العليا لسلطة الاستبدال بحزم سيؤدي إلى معالجة التضخم الحادث في محاكم الموضوع، إضافة إلى عدم تشجيع الطعون الموجهة ضد الأحكام التي وإن كانت أسبابها القانونية خاطئة فإن منطوقها سليم وعادل¹²⁸⁷، كما أن عدم استعمال سلطة النقض بدون إحالة يؤدي في الحقيقة إلى إهدار لوقت محاكم الموضوع ولأموال المتقاضين والدولة، حيث يكون من العبث مثلا إحالة القضية إلى قضاة الموضوع بعد أن تقرر المحكمة العليا نفسها أن هذه الجهة غير مختصة .

الفرع الثاني: تأثير المشرع في إعطاءه المحكمة العليا سلطة الفصل في موضوع الدعوى بالتشريعات المقارنة

إن سلطة الفصل في موضوع الدعوى من حيث الواقع والقانون الممنوحة لقضاة المحكمة العليا، تدرج في إطار الحركة التشريعية الحديثة للجزائر، والتي تعبر عن قواعد قانونية راسخة في القانون المقارن، حيث أن إلقاء نظرة على التشريعات المقارنة والتي تأخذ بنظام النقض فإننا نكتشف أن المشرع الجزائري لم يأت بتقنية جديدة، بل أنه لم يرق سوى بنقل تجارب لتشريعات دول أخرى ، سنكتفي بالإشارة تفصيلا إلى بعضها فقط.

في فرنسا وبتتبع سير خط الإصلاحات التي شملها قانون المرافعات، فإننا نجد المشرع الفرنسي قد تدرج في إقراره لسلطة محكمة النقض في الفصل في موضوع الدعوى، حيث منحها في بداية الأمر إلى الغرف المجتمعة فقط بموجب المواد 15 و 16 من قانون 03 جويلية 1967¹²⁸⁸، واشترط هذا القانون لتطبيق ذلك أن تكون ملاحظة الواقع وتقديره كافيا للنطق بالحكم من قبل محكمة النقض، إلا أن هذه الأخيرة لم تستخدم هذه الصلاحيات الممنوحة لها بموجب المادتين

¹²⁸⁷ محمد نور عبد الهادي شحاتة، سلطة محكمة النقض في استبدال الأسباب في المواد المدنية ، مرجع سابق ، ص 32 .

¹²⁸⁸ Loi n :67-523 du03/07/1967 relative à la cour de cassation,JOF 04/07/1967, p6651, D1967,lég.p250.

المشار إليهما سابقاً، والسبب في ذلك يعود إلى تخوف هذه المحكمة من القيام بدور يخرجها عن حدود وظيفتها الأساسية، فهي ليست محكمة موضوع، ولا تريد المساس بصلاحيات محاكم الموضوع، فالفصل تام ومنذ البداية بين وظائف محاكم الموضوع ومحاكم الطعن في ظل التشريع الفرنسي¹²⁸⁹.

ورغم هذا التردد، قام المشرع الفرنسي بتأكيد هذا الدور الجديد لمحكمة النقض، وذلك بتعميمه سلطة الفصل في الموضوع على جميع غرف محكمة النقض الفرنسية وذلك بموجب القانون الفرنسي لسنة 1979 المعدل لبعض الأحكام المتعلقة بمحكمة النقض¹²⁹⁰.

والحقيقة أن هذا التعميم ساهم في إزالة مخاوف محكمة النقض، خاصة أن أسباب منح هذه السلطة لا تتعلق بتغيير في طبيعة محكمة النقض بوصفها محكمة قانون، وإنما تتعلق بتكييف هذه المحكمة للمساهمة في تحقيق محاكمة عادلة وفي آجال معقولة.

وفي مصر فإن المشرع قد أعطى لمحكمة النقض سلطة الفصل في الموضوع، بحيث إذا نقضت الحكم وكانت الدعوى صالحة للفصل فيها، بأن تكون وقائعها ثابتة ومستوفاة ولا تتطلب بحثاً جديداً فيها، فإنه يكون لمحكمة النقض أن تتصدى للموضوع وتحكم فيه¹²⁹¹، والسبب في ذلك أنه في مثل هذه الحالة لم يبق في العمل القضائي المطلوب إلا تطبيق القاعدة القانونية على الوقائع التي أصبحت ثابتة ولا تستأهل بحثاً ولا تحقيقاً، فيكون مضيعة للوقت إحالة الدعوى على قضاة الموضوع، لذلك يكتفي قضاة النقض بتطبيق القاعدة القانونية الصحيحة على تلك الوقائع بدون إجراء أي تحقيقات جديدة¹²⁹²، كما يكون من سلطة محكمة النقض المصرية وجوباً الفصل في موضوع الدعوى إذا كان الطعن بالنقض للمرة الثانية، وفي هذا نصت المادة 269 من قانون المرافعات المصري: "ومع ذلك إذا حكمت المحكمة بنفس الحكم

¹²⁸⁹ منصور حاتم محسن و هادي حسين الكعبي، الأثر الإجرائي للواقع والقانون في تحديد وصف محكمة التمييز ، www.uobabylon.edu.iq, 10.10.2011، ص 36.

¹²⁹⁰ Art.627 de la loi n :79-09 du 03/01/1979 modifiant certaines dispositions relatives à la cour de cassation ; jof,04/01/1979,p19.

¹²⁹¹ عبد العزيز خليل ابراهيم بديوي، مرجع سابق، ص 50.

¹²⁹² فتحي والي، مرجع سابق، ص 766.

المطعون فيه وكان الموضوع صالحاً للحكم فيه أو كان الطعن للمرة الثانية، ورأت المحكمة نقض الحكم المطعون فيه، وجب عليها أن تحكم في الموضوع"¹²⁹³.

أما في تونس فإن المشرع قد توصل إلى إقرار هذه الصلاحيات لمحكمة التعقيب التونسية بمناسبة الإصلاحات الكبيرة التي أدخلها على مجلة المرافعات المدنية والتجارية بموجب القانون رقم 87.86 المؤرخ في 1986/09/01¹²⁹⁴، حيث شملت هذه الإصلاحات 77 مادة، والتي من بينها المادة 176 الفقرة الأخيرة التي نصت على أنه لمحكمة التعقيب أن تفصل في موضوع الدعوى إذا كان مهياً للفصل فيه، وكان الطعن للمرة الثانية لغير السبب الأول الواقع من أجله النقض، ورأت أنها ستتقضى الحكم المطعون فيه، كما نصت المادة 191 من نفس القانون على أنه في حالة ما إذا نظرت محكمة التعقيب متألفة من دوائرها المجتمعة في الطعن، وكان ذلك بمناسبة مخالفة جهة الإحالة للمسألة القانونية التي أمرت بالتقيد بها، فإنه في هذه الحالة يكون من واجب محكمة التعقيب الفصل في موضوع الدعوى إذا كان مهياً للفصل، وهكذا فإنه يخلص من هذين النصين أنه بإمكان محكمة التعقيب، بل من واجبها، أن تتصدى للموضوع وتبت فيه إذا ما توافرت بعض الشروط¹²⁹⁵.

وبالرجوع إلى المشرع العراقي فإننا نجد يعترف أيضاً لمحكمة التمييز بهذه السلطة، حيث نص بالمادة 214 من قانون المرافعات المدنية على أنه إذا رأت محكمة التمييز نقض الحكم لمخالفته القانون أو الخطأ في تطبيقه، وكان الموضوع صالحاً للفصل فيه، وجب عليها أن تفصل فيه، ولها في هذه الحالة دعوة الطرفين وسماع أقوالهما إن وجدت ضرورة لذلك.

ويجمع الفقه العراقي على أن الأصل في محكمة التمييز أنها لا تفصل في الموضوع، لأنها ليست درجة من درجات التقاضي، وأنها تمارس سلطتها وتدقيقاتها على أوراق الدعوى، ولكن المشرع العراقي قد استثنى حالة كون الحكم المميز مخالفاً للقانون، أو كان مخطئاً في تطبيقه،

¹²⁹³ وفي نفس الاتجاه سار المشرع الإماراتي حيث تنص المادة 16 من القانون رقم 17 لسنة 1978 الخاص بتنظيم حالات وإجراءات الطعن بالنقض أمام المحكمة الاتحادية العليا على أنه إذا قبلت المحكمة الطعن وكان الموضوع صالحاً للحكم فيه أو كان الطعن للمرة الثانية فإنها تتصدى للفصل فيه ولها إجراء الاستيفاءات اللازمة...

¹²⁹⁴ الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 49 المؤرخ في 1986/09/12، ص 979.

¹²⁹⁵ نورالدين الغزواني، مرجع سابق، ص 24.23.

وكان الموضوع صالحا للفصل فيه، وهذا الاستثناء الذي سنه المشرع العراقي كان هدفه حسبهم هو تبسيط إجراءات التقاضي¹²⁹⁶.

وقد أخذت بعض القوانين بهذه القاعدة . قاعدة الفصل في موضوع الدعوى بعد نقض الحكم المطعون فيه . في كل حالات النقض ومن بينها القانون الكويتي¹²⁹⁷، والقانون اللبناني، إذ أن هذا الأخير يذهب إلى أن محكمة التمييز اللبنانية تكون ملزمة بالفصل في موضوع الدعوى من حيث الواقع والقانون، إذا ما نقضت الحكم المطعون فيه، حيث لا يوجد في هذا القانون سلطة محكمة التمييز في الإحالة، وهو ما يجعل من هذه المحكمة درجة ثالثة من درجات التقاضي وذلك في المرحلة اللاحقة على نقض الحكم المطعون فيه¹²⁹⁸.

وهكذا فإن القرار الصادر عن محكمة التمييز اللبنانية بنقض القرار المطعون فيه، يشكل في حقيقة الأمر حكما تمهيديا، يفتح الباب أمام هذه المحكمة لإعادة النظر في موضوع الدعوى من حيث الواقع والقانون، فيكون حكمها . بحسب الحالة مباشرة عقب نقض القرار المطعون فيه، وفي هذه الحالة تكون محكمة التمييز قد تأكدت من أن قضاة الموضوع قد بحثوا الدعوى من حيث الوقائع بحثا كافيا يسمح بتطبيق القاعدة القانونية الصحيحة على هذه الوقائع، كما قد تقوم محكمة التمييز باستدعاء الخصوم من أجل الترافع من جديد أمامها بعد نقضها للقرار المطعون فيها، أي أنها تقوم بإعادة بحث الوقائع من جديد قبل أن تفصل في موضوع الدعوى¹²⁹⁹، فيكون لهذه المحكمة في هذه الحالة أن تأمر بما تراه ضروريا من تحقيق، كما يكون لها أن تعيد تقدير الوقائع على غير النحو الذي سبق وقدرته محكمة الاستئناف أو محكمة الدرجة الأولى¹³⁰⁰.

¹²⁹⁶ منصور حاتم محسن و هادي حسين الكعبي، مرجع سابق ، ص 33.

¹²⁹⁷ المادة 2/156 مرافعات كويتي.

¹²⁹⁸ أحمد السيد خليل، مرجع سابق ، ص 338.

. المادة 734 من قانون المرافعات اللبناني: في حالة نقض القرار المطعون فيه ، لمحكمة التمييز أن تفصل مباشرة في موضوع القضية إذا كانت جاهزة للحكم، وإلا فإنها تعين موعدا لسماع المرافعات أو لأجراء ما تراه ضروريا من تحقيق... وتحكم محكمة التمييز في القضية من جديد في الواقع والقانون.

¹²⁹⁹ نبيل اسماعيل عمر، قانون أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية ، ط1، بيروت 1996، ص 650.

¹³⁰⁰ نبيل اسماعيل عمر، مرجع سابق ، ص 679.

المطلب الثاني: مفهوم الفصل في الموضوع من طرف المحكمة العليا وحالات تطبيقه

إن حداثة سلطة الفصل في موضوع الدعوى الممنوحة للمحكمة العليا، يجعلنا نتساءل عن مفهوم الفصل في الدعوى الذي يقصده المشرع، هل هو نفسه سلطة الفصل في موضوع الدعوى الممنوح للمحاكم، أم هو التصدي الممنوح لجهات الاستئناف؟، حيث أننا سنخصص الفرع الأول لتحديد هذا المفهوم، ومن جهة ثانية، فإن المشرع قد حدد بدقة الحالات التي تمارس فيها المحكمة العليا سلطة الفصل في الموضوع، وهذا ما سندرسه في الفرع الثاني .

الفرع الأول: مفهوم الفصل في الموضوع من طرف المحكمة العليا

إن الفصل في الموضوع يقصد به تصدي المحكمة العليا للنظر في موضوع الدعوى. ويعتبر التصدي إجراء غريب عن جهة النقض، إذ يجد مجاله أمام جهة الاستئناف التي هي الجهة الأصلية في إستعماله، لكن للمبررات التي سبق وأن اشرنا إليها تم منح هذا الحق لجهة النقض أيضا.

والتصدي في أصله هو عبارة عن رخصة منحها المشرع لقضاة الاستئناف بمقتضاها يمكنهم في حالة استئناف حكم صادر في شأن دفع شكلي دون الموضوع، أن ينظروا في موضوع الدعوى ويفصلوا فيه، إذا رأوا إلغاء الحكم المستأنف¹³⁰¹، وقد نص عليه المشرع بالمادة 346 من ق ا م ا د التي تنص على: "عند الفصل في استئناف حكم فاصل في أحد الدفوع الشكلية قضى بإنهاء الخصومة، يجوز للمجلس القضائي التصدي للمسائل غير المفصول فيها إذا تبين، ولحسن سير العدالة، إعطاء حل نهائي للنزاع، وذلك بعد الأمر بإجراء تحقيق عند الاقتضاء" ¹³⁰².

ويظهر من تحليل نص المادة 346 من ق ا م ا د أن المشرع يشير هنا إلى أن الاستئناف ينصب على حكم فاصل في دفع شكلي أنهى الخصومة، كالحكم القاضي بعدم الاختصاص المحلي، أو رفض الدعوى شكلا لعدم صحة التبليغ، فالأصل في مثل هذه الأحكام عند

¹³⁰¹ حسين السالمي، الأثر الناقل للإستئناف، مرجع سابق، ص 177.

¹³⁰² هذه المادة مستنسخة تقريبا من نص المادة 568 من قانون المرافعات الفرنسي.

. نلاحظ أن المشرع المصري لم ينص على هذه الرخصة، ما يفيد أن هذا المشرع يعتمد قاعدة تحريم التصدي على محكمة الاستئناف: انظر نبيل اسماعيل عمر، قانون أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص 597.

استئنافها أن يقوم قضاة الاستئناف بعد إلغائها بإرجاع القضية إلى المحكمة من أجل الفصل الموضوع، لكن يمكن لقضاة الاستئناف أن يلغوا الحكم المستأنف ويفصلوا في النزاع من جديد. والتصدي بهذا المعنى هو مجرد رخصة لمحكمة الاستئناف، لها أن تستعملها، كما لها أن ترفضها رغم تمسك الخصوم بالتصدي، وهي تراعي في استعمالها لهذه الرخصة، حسن سير العدالة، وإعطاء النزاع ما يستأهله من التحقيق، وإن كانت محاكم الاستئناف تميل إلى استعمال هذه الرخصة على أساس أن ذلك يتفق مع مبدأ الاقتصاد في الخصومة¹³⁰³.

ويؤدي استعمال رخصة التصدي إلى المساس ببعض الشيء بمبدأ التقاضي على درجتين، كون أن قضاة الاستئناف يفصلون في موضوع النزاع رغم أن قاضي الدرجة الأولى لم يحكم فيه، ورغم ذلك فإن البعض يرى أن هذا المساس مبرر بكون أن التصدي هو إجراء يسمح بتليين قاعدة التقاضي على درجتين وتطويعها لصالح الحصول على قضاء ناجز وسريع وقليل الكلفة¹³⁰⁴.

ولكون أن هذه الرخصة الممنوحة لقضاة الاستئناف تمس بمبدأ التقاضي على درجتين فإن استخدامها يخضع لبعض الشروط التطبيقية¹³⁰⁵، والمتمثلة في : . أن يكون الاستئناف مقبول شكلا . أن لا يكون الحكم المستأنف قد فصل في الموضوع . أن تقدر جهة الاستئناف أن حسن سير العدالة يقتضي حل النزاع بصفة نهائية .

أما التصدي في مجال النقض ، فيقصد به قيام المحكمة العليا بالفصل في موضوع الدعوى الذي سبق عرضه وتم الفصل فيه بمعرفة محكمة الموضوع¹³⁰⁶، حيث أن محكمة النقض تحل محل محكمة الموضوع التي كانت تختص أصلا بالفصل فيه وذلك استثناء من الأصل، وباعتبارها درجة ثانية من درجات التقاضي، وبذلك يكون المقصود بالموضوع الذي تتصدى له محكمة النقض هو الموضوع الذي كانت ستحيله إلى محكمة الموضوع فيما لو لم تتصد هي بنفسها للفصل فيه¹³⁰⁷ .

¹³⁰³ أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين، مرجع سابق ، ص 282.

¹³⁰⁴ حسين السالمي، الأثر الناقل للإستئناف ، مرجع سابق ، ص 178.

¹³⁰⁵ حسين السالمي، مرجع سابق ، ص 177.

¹³⁰⁶ أحمد محمد مليجي، تصدي محكمة النقض للفصل في موضوع الدعوى المدنية ، مرجع سابق ، ص 77.

¹³⁰⁷ أسامة أنور إسماعيل جامع، مرجع سابق ، ص 223.

وسوف نرى أن مفهوم التصدي في الاستئناف يختلف عن مفهوم التصدي في النقض، حيث أن نظر المحكمة العليا لموضوع الدعوى له مفهومه الخاص، فاصطلاح موضوع الدعوى يختلف معناه أمام جهة الاستئناف عنه في مجال النقض¹³⁰⁸، ذلك أن رفع الاستئناف يرتب نقل النزاع في جميع المسائل الواقعية والقانونية في حدود ما تضمنته عريضة الاستئناف، بينما يترتب على رفع النقض نقل النزاع في حدود المسائل القانونية التي تعلق بها الطعن، وفي حدود تصديها لموضوع النزاع في الحالات التي يجيز فيها القانون هذا التصدي¹³⁰⁹.

ويختلف مفهوم الفصل في الموضوع من طرف المحكمة العليا عن الفصل في الموضوع من طرف محكمة الاستئناف، بسبب اختلاف طبيعة الجهتين القضائيتين، حيث أن المحكمة العليا ليست درجة ثالثة للتقاضي حتى ولو فصلت في الموضوع¹³¹⁰، بينما جهة الاستئناف هي الدرجة الثانية للتقاضي، بحيث أنه ما دام رفع إليها الطعن وكانت مختصة، فإنها تلزم بالفصل في النزاع من حيث القانون والواقع، بينما جهة النقض فإن فصلها في الموضوع لا يكون إلا بعد الفصل في النزاع من حيث القانون، وثبت أن الحكم يستأهل النقض، وتوفر شروط الفصل في الموضوع.

¹³⁰⁸ أحمد مليجي، مرجع سابق، ص 76.

¹³⁰⁹ محمد العشماوي، مرجع سابق، ص 1006.

¹³¹⁰ إن منح المحكمة العليا سلطة الفصل في الموضوع قد سمح بفتح نقاش عميق بين الفقهاء حول تحديد طبيعة هذه المحكمة، حيث ذهب بعض الفقهاء إلى القول أن هذه السلطة تشكل إنحراف في دور ومهمة المحكمة العليا التقليدي، وانتهوا إلى التقرير بأن المحكمة العليا قد أصبحت بالفعل درجة ثالثة للتقاضي، بينما ذهب البعض الآخر إلى التأكيد إلى أن منح المحكمة العليا هذه السلطة لا يمكن أن يؤدي إلى جعلها درجة ثالثة للتقاضي، نظرا لمحدودية ممارسة هذه السلطة وتقييدها بشروط محددة، كما أن النصوص القانونية وإن نصت على أنه يمكن أن تكون المحكمة العليا محكمة موضوع في بعض الحالات، إلا أنها لم تنص على أنها درجة ثالثة = للتقاضي بل بالعكس فإنها تؤكد على أن المبدأ هو التقاضي على درجتين والاستثناء الوارد على هذا المبدأ هو التقاضي على درجة واحدة وليس على ثلاث درجات...

. Nadhir Benammou, op cit, pp88-90.

. انظر أيضا : نبيل اسماعيل عمر ، قانون أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص 680، حيث ينتهي في نهاية بحثه إلى العبارة التالية : ومحكمة هذا شأنها لا بد وأن تستحق أن نسبغ عليها صفة الدرجة الثالثة للتقاضي.

ونلاحظ أن المحكمة العليا ليس لها أن تفصل في موضوع الدعوى إذا كان الطعن بالنقض قد انصب على حكم أو قرار فصل في مسألة فرعية فقط، لأن في ذلك مساس خطير بمبدأ التقاضي على درجتين لا يمكن أن نبرره بمبدأ الاقتصاد في الخصومة.

لذلك فإن المشرع لم يلزم المحكمة العليا بالفصل في موضوع الدعوى إلا في حالة الطعن بالنقض للمرة الثالثة، لأن الدعوى في هذه المرحلة من الناحية العملية تكون قد استوت وأخذت حقها من التحقيق، ولا بد أن يكون قضاة الموضوع قد تطرقوا لموضوع الدعوى، لأنه لا يتصور أن تبقى الدعوى غير محسومة في جانبها الشكلي إلى غاية هذه المرحلة المتقدمة من الطعن. كما أن المشرع وعندما رخص بصفة جوازية للمحكمة العليا أن تفصل في موضوع الدعوى قد قيد هذه الرخصة بشرط أن تكون القضية جاهزة للفصل، وتكون القضية جاهزة للفصل عندما يتأكد القاضي من تحقق ثلاث أمور إجرائية: أولاً التأكد من الخصوم قد أودعوا مذكراتهم ووسائل إثباتهم. ثانياً التأكد من أن ممثل النيابة العامة قد مكن من الإطلاع على الملف بالنسبة للدعاوى التي يشترط فيها ذلك ومكن من إيداع طلباته. التأكد من أن الدعوى قد حددت لها جلسة للفصل فيها، وهكذا فإن القاضي يتأكد من وسائل الإثبات قد جمعت وأن التحقيقات المأمور بها قد انتهت، وأن جميع الطلبات والدفع قد قدمت، بحيث لم يبق أمام القاضي سوى الفصل في الموضوع¹³¹¹.

الفرع الثاني: حالات الفصل في الموضوع من طرف المحكمة العليا

بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإننا نجد المشرع يميز بين حالتين، الأولى يمنح بمقتضاها سلطة جوازية للمحكمة العليا من أجل الفصل في الموضوع، والثانية يمنح بموجبها سلطة إلزامية للمحكمة العليا من أجل التصدي لموضوع الدعوى بصفة نهائية من حيث الواقع والقانون.

أولاً. السلطة الجوازية للمحكمة العليا في الفصل في الموضوع:

تتميز هذه الحالة بكون أن قضاة المحكمة العليا وهم يفصلون في الموضوع فإنهم لا يقومون بأي تحقيقات جديدة كون أن القضية جاهزة للفصل، وأن دورهم لا يتعدى سوى تطبيق القاعدة القانونية المناسبة للحل الذي رأوا فصل الموضوع بناء عليه.

¹³¹¹Nadhir Benammou,op cit, p84 .

ويمنح المشرع المحكمة العليا سلطة الفصل في موضوع الدعوى من حيث الواقع والقانون بصفة جوازية في الفرضين التاليين:

أ . **الفرض الأولي** : بمناسبة الطعن الأول، ويشترط لممارسة هذه السلطة أن يكون قضاة الموضوع قد عاينوا وقدروا الوقائع بكيفية تسمح للمحكمة العليا بتطبيق القاعدة القانونية الملائمة¹³¹²، وكون هذه السلطة جوازية فإن المحكمة العليا تملك سلطة تقديرية سيادية للقول بوجود تحقق الشرط المتمثل في أن وقائع الدعوى واضحة ومقدرة تقديرا سليما ولم يبق أمام المحكمة العليا إلا تطبيق القاعدة القانونية الملائمة¹³¹³.

وقد حسم المشرع مسألة في غاية الأهمية تم طرحها في التشريعات المقارنة، وهي مسألة النص الصريح على الجوازية في هذا الفرض، حيث نجد مثلا المشرع المصري لا يوضح هذه المسألة بدقة حيث ينص على أنه إذا كان الموضوع صالحا للفصل فيه ورأت محكمة النقض أن تنقض القرار المطعون فيه وجب عليها أن تحكم في الموضوع، إذ أن هذه الوجوبية في هذه الحالة مقيدة بضابط لا يمكن التحكم فيه بمعيار مادي، حيث أن مسألة جاهزية الدعوى للفصل فيها هي مسألة موضوعية يترك تقديرها لسلطة محكمة النقض، أما في تونس فإن شراح مجلة المرافعات المدنية والتجارية في هذا البلد يرون أن سلطة محكمة التعقيب في الفصل في الموضوع هي سلطة اختيارية، ما دام أنها هي الوحيدة التي لها سلطة تقدير أن القضية جاهزة للفصل أو غير جاهزة للفصل¹³¹⁴.

وحسنا فعل المشرع لما ترك المسألة جوازية في يد المحكمة العليا، حيث أنها هي التي تقدر أن القضية جاهزة للفصل بدون تحقيقات، وهي التي تقدر ما إذا كانت ستفصل في الموضوع أو تحيله، وبالتالي لا نستطيع أن نلومها إن هي لم تفصل في الموضوع رغم أنه جاهز للفصل، أو إن هي فصلت في الموضوع رغم أنه غير جاهز للفصل¹³¹⁵.

¹³¹² المادة 365 ف 02 من ق ا م اد.

¹³¹³ Yvette LOBIN, les réformes de la cour de cassation, Mélanges : Audinet, André , Paris : Publication de l'Université d'Aix-en-Provence. Faculté de droit et des sciences économiques, 1968, p162.

¹³¹⁴ Nadhir Benammou, op cit, pp92-95.

¹³¹⁵ Jacques HERON, droit judiciaire privé, op cit, p514.

ومعنى أن قضاة الموضوع قد قدروا الوقائع وعابونها بشكل يسمح للمحكمة العليا تطبيق القاعدة القانونية الملائمة، هو أن قضاة الموضوع قد بحثوا الوقائع واستجمعوا الأدلة بحيث أصبح من الممكن حسم النزاع وتصفيته بغير اتخاذ أي إجراء جديد، ويمكن لفهم هذه الفرضية أن نسوق المثال التالي: إذا كان الحكم أو القرار المطعون فيه بالنقض قد قضى للمطعون ضده بالتعويض عن الضرر على أساس المسؤولية العقدية، ورأت المحكمة العليا نقض الحكم أو القرار المطعون فيه لأنه لا مجال لتطبيق قواعد المسؤولية العقدية، ورأت أن الوقائع كما عاينها وقدرها قضاة الموضوع تؤسس للتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، فلها أن تتصدى للموضوع على هذا الأساس وبدون إحالة¹³¹⁶.

و لكي يتحقق هذا الفرض يقتضي أن يكون سبب النقض مؤسس على وجه الخطأ في تطبيق القانون أو مخالفته أو الخطأ في تفسيره¹³¹⁷، لذلك نستبعد حالة النقض بسبب عدم الاختصاص، أو حالة النقض بسبب مخالفة قواعد جوهرية في الإجراءات قد تؤدي إلى بطلان الحكم أو القرار المطعون فيه، كالنقض المؤسس على عدم تمكين القاصر من حق الدفاع، أو كان سبب النقض هو انعدام الأساس القانوني، أو إنعدام الأسباب.

ب . الفرض الثاني: بمناسبة الطعن الثاني، ويشترط لممارسة هذه السلطة، أن تقف المحكمة العليا على عدم تقييد قضاة الإحالة بالنقطة القانونية التي بني عليها النقض بمناسبة الطعن الأول¹³¹⁸، وتعتبر هذه السلطة عن حق المحكمة العليا في التصدي للمقاومة التي قد تتلقاها من طرف قضاة الموضوع، نتيجة عدم تقيدهم بالمسألة القانونية التي أمرتهم باحترامها، حيث أن مسائل القانون هي من اختصاص المحكمة العليا فيكون من أوكذ مهامها الوقوف على مدى احترام قضاة الموضوع لمسائل القانون، لاسيما في الحالة التي تقوم هي بتوجيههم إلى تلك المسائل.

¹³¹⁶ Pierre Hébraud, aggiornamento de la cour de cassation, op cit, p211.

¹³¹⁷ أحمد محمد مليجي، تصدي محكمة النقض للفصل في موضوع الدعوى المدنية، مرجع سابق، ص 98.

¹³¹⁸ المادة 374 ف 03 من ق ا م اد.

وبالمقارنة مع القانون الفرنسي والقانون التونسي فإننا نجدهما يمنحان هذه السلطة في هذه الحالة إلى الغرف المجتمعة في محكمة النقض، بخلاف المشرع الجزائري الذي يمنحها لكل الغرف في المجال المدني¹³¹⁹.

ويترك المشرع للمحكمة العليا الحرية في استعمال هذه السلطة، حيث أنها تقدر فيما إذا كان الموضوع لم يبق فيه من البحث سوى تلك المسألة القانونية التي أسس عليها النقض الأول، فيكون هنا من الأنسب الفصل في الموضوع بوضع الحل القانوني المناسب، كون أن الإحالة في هذه الحالة تكون غير مفيدة، أو تقدر أن النزاع لا زال يستأهل بحثا في الموضوع، أو أن قضاة الإحالة بالإضافة إلى عدم تقيدهم بالمسألة القانونية محل الإرجاع ارتكبوا مخالفات قانونية جديدة، أو حرفوا وثائق جديدة، أو لم يعرضوا الوقائع عرضا كافيا يسمح للمحكمة العليا أن تقوم بدورها الرقابي، فإنه في هذه الحالة يكون من الأنسب أن يكون النقض مع الإحالة.

ثانيا . السلطة الإلزامية للمحكمة العليا في الفصل في الموضوع :

إذا كان الطعن بالنقض للمرة الثالثة، فإن المحكمة العليا ملزمة بالفصل في موضوع الدعوى من حيث الواقع والقانون¹³²⁰.

وما يميز هذه السلطة في هذه الحالة أن المشرع الجزائري و مقارنة بالتشريع الفرنسي والتونسي والمصري، قد حسم مسألة الوجوبية بحيث لم يقيدتها بضوابط ذاتية تتحكم فيها المحكمة العليا نفسها، بل قيدها بضابط مادي والمتمثل في طبيعة الطعن بالنقض المرفوع أمامه من حيث الكم، وبالتالي فإن المحكمة العليا ليس لها أي سلطة تقديرية عند النظر في الطعن الثالث، إذ يتوجب عليها وفي حالة نقضها للقرار المطعون فيه أن تفصل في موضوع الدعوى.

المطلب الثالث: كيفية ممارسة المحكمة العليا لسلطتها في الفصل في الموضوع

يطرح التساؤل عن كيفية ممارسة المحكمة العليا لسلطتها في الفصل في موضوع الدعوى على وجه الخصوص بمناسبة نظرها للطعن بالنقض للمرة الثالثة، هل تقوم ابتداء بممارسة سلطتها كجهة نقض فقط ثم بعد ذلك إذا توصلت إلى نقض الحكم فإنها تقوم بالفصل

¹³¹⁹ لا يوجد نص في قانون الإجراءات الجزائرية يتيح للغرفة الجنائية أو الجزائرية سلطة الفصل في الدعوى العمومية بمناسبة نظرها للطعن بالنقض، رغم أنه من الناحية التاريخية، فإن سلطة محكمة النقض في الفصل في الموضوع بدأت في الميدان الجزائري قبل أن تنتقل إلى الميدان المدني.

¹³²⁰ المادة 374 ف04 من ق ا م ا د.

في موضوع الدعوى، أم أن مجرد الطعن بالنقض للمرة الثالثة يحولها إلى درجة ثالثة من التقاضي، بحيث أنها لا تفصل في أوجه النقض وإنما تعيد بحث القضية من جديد بصفقتها محكمة موضوع؟

إن هذا التساؤل جد مهم من الناحية العملية، إذ أن الإجابة عنه هي التي تسمح بمعرفة نشاط الخصوم في الطعن بالنقض للمرة الثالثة، ومعرفة شكل وموضوع عريضة النقض التي يقوم محامي الطاعن بتقديمها أمام المحكمة العليا.

إن البحث في تحديد كيفية ممارسة المحكمة العليا لسلطتها في الفصل في الموضوع لن يكون بالموضوع السهل، حيث سوف يتطلب منا مناقشة النصوص التشريعية لا سيما المادة 374 من ق ا م ا د، ومقارنتها بالنصوص المشابهة في التشريعات المقارنة، وهذا ما سنتناوله في الفرع الأول، كما أن ممارسة المحكمة العليا لسلطتها هذه، ونظرا لحدائتها سوف تثير بعض الإشكالات العملية التي يتعين علينا الإشارة إليها مع بعض من التحليل، وهذا ما سنقوم به في الفرع الثاني .

الفرع الأول: تحديد كيفية تطبيق المحكمة العليا لنص المادة 374 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

إن صعوبة تحديد كيفية قيام المحكمة العليا بالفصل في الموضوع بمناسبة نظرها للطعن بالنقض للمرة الثالثة تظهر من خلال صياغة النص الذي أعطاه هذه السلطة، ذلك أننا عندما نرجع إلى نص المادة 374 من ق ا م ا د فإننا نجد المشرع يشير إلى أن المحكمة العليا يجب عليها أن تفصل من حيث الوقائع والقانون عند النظر في طعن ثالث بالنقض، حيث أن هذه الصياغة توحي إلى أن المحكمة العليا في هذه الحالة تتحول مباشرة إلى محكمة موضوع أي درجة ثالثة للتقاضي، كما أن هذه الصياغة تختلف عن الصياغة التي جاءت بها نفس المادة في التشريعات المقارنة، فمثلا نصت المادة 269 من قانون المرافعات المصري على أن محكمة النقض يكون من واجبها الفصل في الموضوع إذا رأت نقض الحكم المطعون فيه وكان الطعن بالنقض للمرة الثانية.

إن استعمال المشرع المصري لعبارة إذا رأت نقض الحكم المطعون فيه يبين بدقة طبيعة ووظيفة محكمة النقض، حيث أنها تبدأ في نظر الطعن كجهة نقض ثم تتحول إلى جهة موضوع إذا انتهت إلى نقض الحكم المطعون فيه، بينما لا نجد نفس العبارة عند المشرع

الجزائري، مما يجعلنا نطرح التساؤل حول كيفية نظر المحكمة العليا للدعوى بمناسبة الطعن الثالث؟.

أولا . الحل المقترح من طرف المحكمة العليا بمناسبة أول تطبيق لها لنص المادة 374 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:

بالرجوع إلى أول تطبيق للمحكمة العليا والذي مارست من خلاله سلطة الفصل في الموضوع، فإن هذه الأخيرة قامت بالنقض للمرة الثالثة قامت بالفصل مباشرة في الموضوع، أي أنها تحولت مباشرة إلى محكمة موضوع، فلم تقم بفرض رقابتها كجهة نقض، بل ذهبت مباشرة إلى الفصل في موضوع الدعوى¹³²¹ .

إن تحليل هذا التطبيق الذي أخذت به المحكمة العليا في هذا القرار لا يتوافق إطلاقا مع طبيعة جهة النقض بصفتها جهة قانون من حيث الأصل، كما لا يتوافق أيضا مع الأصل التاريخي للنص القانوني الذي أعطى لجهة النقض سلطة الفصل في الموضوع.

لكن المحكمة العليا لم تستقر على هذا التطبيق الحرفي لنص المادة 374 من ق ا م د ، إذ أن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث كان لها تطبيق مغاير ، حيث وبموجب نظرها في الطعن بالنقض للمرة الثالثة في الملف المعروض عليها ، فصلت في موضوع الدعوى ، ولكن بعد أن مارست دورها كجهة نقض أولا ، ثم بعد ما انتهت إلى نقض القرار المطعون فيه بسبب مخالفته لقواعد إجرائية في الإجراءات، صرحت بأنها لا يمكنها إحالة الملف بسبب أن النقض كان للمرة الثالثة وفصلت في موضوع الدعوى بالتصريح بسقوط الخصومة .¹³²²

¹³²¹ قرار المحكمة العليا . الغرفة التجارية والبحرية . المؤرخ في 2010/07/08، مشار إليه في : ديب عبد السلام ، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ترجمة للمحاكمة العادلة ، موفم للنشر ، ط02 ، الجزائر 2011، ص 267.263 : وحيث وعلى إثر إعادة السير في الدعوى، صدر القرار المطعون فيه والذي كان محل طعن بالنقض للمرة الثالثة فيها وفي هذه الحالة وعملا بأحكام المادة 374 من ق ا م د يستوجب على المحكمة العليا أن تفصل من حيث الواقع القانون ، حيث يتعين لذلك القضاء بالمصادقة مبدئيا على القرار المطعون فيه فيما قضى بإلزام الطاعنة بأدائها للناقل مقابل الخسائر اللاحقة بالبضاعة وتعديلا له القول أن مبلغ الخسائر يحدد بمقابل 1386637 دج، والمصاريف مناصفة بين الطرفين.

¹³²² قرار المحكمة العليا . غرفة الأحوال الشخصية . المؤرخ في 2011/07/14 ، ملف رقم 637212 ، مج

ثانيا . الحل الذي ننادي بالأخذ به عند تطبيق المادة 374 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:

بالنظر إلى ما سبق فإننا لا نميل إلى التطبيق الذي أخذت به الغرفة التجارية والبحرية للمحكمة العليا لنص المادة 374 من ق ا م ا د، بل نذهب إلى التطبيق الذي أخذت به غرفة الأحوال الشخصية ، حيث نرى أن التطبيق الذي يتوافق مع طبيعة المحكمة العليا هو التطبيق الذي من خلاله تقوم جهة النقض بممارسة سلطتها أولا كجهة نقض، ثم بعد ذلك إذا توصلت إلى قبول النقض موضوعا فإنها تتصدى لموضوع الدعوى وتفصل فيه.

ورغم أن هذا الحل الذي ننادي به هو حل ينسجم مع طبيعة قضاء النقض، ومع كل النصوص الواردة في التقنيات المقارنة والمتعلقة بسلطة المحكمة العليا في الفصل في الموضوع، إلا أنه يقتضي وضع الإطار القانوني الذي من خلاله يتم التطبيق المقترح، وهذا الإطار نراه من خلال التصور الذي يجعل المحكمة العليا تحل محل جهة الإحالة.

أ . وضع الإطار القانوني للحل المقترح :

إذا تصورنا أن المحكمة العليا تحل محل جهة الإحالة، ورغم أن هذا التصور هو مجرد افتراض في ظل غيبة النصوص الصريحة والتطبيقات المتواترة، إلا أنه يمكننا أن نجد له مبرر قانوني، حيث أن المشرع نص على منح المحكمة العليا سلطة الفصل في الموضوع بشكل إلزامي بالمادة 374 من ق ا م ا د، وبالرجوع إلى موقع هذا النص فإننا نجد أنه قد جاء تحت عنوان الفرع الخامس بعنوان الإحالة، حيث خصص هذا الفرع لبيان اختصاصات جهة الإحالة بعد النقض، ما يفيد أن المشرع قد أعطى للمحكمة العليا نفس صلاحيات جهة الإحالة ولو ضمنا.

فإذا اعتبرنا أن المحكمة العليا بعد نقضها للحكم أو القرار المطعون فيه تحل محل جهة الإحالة، فإنه يمكن أن نستنتج أنها تتمتع بجميع الصلاحيات الممنوحة لجهة الإحالة بعد النقض، وعلى هذا الأساس فإنه بعد النقض يتعين على الطرف الذي يهيمه الترجيع¹³²³ أن

¹³²³ الطرف الذي يهيمه الترجيع بعد النقض إلى جهة الإحالة هو الطرف الذي يؤدي سقوط الدعوى في حالة عدم الترجيع إلى ضياع حقوقه المطالب بها، وهو قد يكون الطاعن كما قد يكون المطعون ضده، فمثلا في حالة صدور حكم ضد الطاعن في الدرجة الأولى ثم تم تأييد هذا الحكم بالقرار المطعون فيه فإنه في هذه الحالة يكون الطاعن هو الطرف الذي له مصلحة في الترجيع، أما إذا كان حكم الدرجة الأولى قد صدر لصالح الطاعن ثم

يبادر إلى إرجاع القضية إلى الجدول أمام المحكمة العليا، طالبا منها الفصل في موضوع الدعوى بصفقتها الجهة التي أصبحت مختصة في الفصل في الموضوع، حيث يتعين عليه القيام بهذا الإجراء عن طريق إيداع عريضة تتضمن البيانات المطلوبة في عريضة افتتاح الدعوى، مرفقة بقرار النقض، ويجب إيداع العريضة تحت طائلة عدم القبول المثار تلقائيا، قبل انتهاء أجل شهرين من التبليغ الرسمي لقرار المحكمة العليا للخصم شخصيا، ويمدد هذا الأجل إلى ثلاثة أشهر، عندما يتم التبليغ الرسمي إلى الموطن الحقيقي أو المختار¹³²⁴، أما إذا لم يتم تبليغ الحكم أو القرار المنقوض فإن الإرجاع يكون مقبول خلال أجل سنتين من تاريخ صدور قرار المحكمة العليا، تحت طائلة سقوط الخصومة أمام الدرجة التي أصدرت الحكم أو القرار المنقوض¹³²⁵، هذا السقوط الواجب إثارته من طرف الخصم الذي له مصلحة، حيث يمنع على القاضي إثارته تلقائيا¹³²⁶.

وهكذا إذا قبلنا الحكم بأن المحكمة العليا في هذه المرحلة تحل محل جهة الإحالة، فإن نطاق الخصومة أمامها يتحدد على النحو التالي:

01. يكون لقرار النقض الأثر الناقل للدعوى، حيث ورغم غموض نص المادة 374 من ق ا م اد، فإن الطعن بالنقض في حد ذاته ليس له الأثر الناقل للدعوى، إذ أن المحكمة العليا لا تتصل بموضوع الدعوى إلا بعد أن تستنفذ سلطتها كمحكمة نقض، وتنتهي إلى نقض الحكم أو القرار المطعون فيه، وهنا يظهر الفرق بين الأثر الناقل للاستئناف الذي يتحقق بمجرد الطعن بالاستئناف في حكم الدرجة الأولى، وبين الأثر الناقل للدعوى أمام المحكمة العليا الذي لا يتحقق بمجرد الطعن بالنقض، وإنما يقتضي لتحقيقه أن تنتهي المحكمة العليا إلى نقض الحكم أو القرار المطعون فيه، وهذا ما عبر عنه المشرع بنص المادة 02/364 من ق ا م اد التي تنص على أن قرار النقض يعيد الخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها قبل الحكم أو القرار المنقوض فيما يتعلق بالنقاط التي شملها النقض، وهذا ما يعني بقاء الإجراءات السابقة على

بعد الاستئناف صدر قرار ضده طعن فيه بالنقض وانتهى هذا الطعن بصدور قرار بنقض القرار المطعون فيه ، فإن المطعون ضده هو الطرف الذي له مصلحة في الترجيع بعد النقض.

¹³²⁴ راجع المادة 367 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المبينة لكيفية إخطار جهة الإحالة بالدعوى.

¹³²⁵ راجع المادة 223 من ق ا م اد.

¹³²⁶ راجع المادة 225 من ق ا م اد.

صدور الحكم أو القرار المنقوض قائمة ، كالإجراءات المتعلقة بالتحقيق والإثبات، بشرط أن لا يكون قرار النقض قد شمل هذه الإجراءات¹³²⁷، كأن يكون النقض بسبب بطلان إجراءات سماع الشهادة، فهنا طبعا تزول تلك الشهادة وما رتبها من نتائج، ولا تعتبر قائمة أمام المحكمة العليا كجهة موضوع.

02. تلتزم المحكمة العليا وهي تفصل في الموضوع بالمبدأ القانوني الذي تبنته في قرارها، وهذه مسألة بديهية، حيث لا يتصور أن تقرر المحكمة العليا في القرار الذي بموجبه نقضت الحكم أو القرار المنقوض مبدأ قانونيا معيناً رأيت أن حل النزاع يتم من خلاله، ثم تقوم بعد ذلك بمخالفته أو التراجع عنه، ويكون الأمر كذلك حتى ولو كانت المسألة القانونية التي فصل فيها قرار النقض من المسائل التي كانت محل خلاف بين أحكام قضاء النقض، وتم حسمها في ما بعد بموجب حكم من الغرفة المختلطة، أو الغرف المجتمعة مخالف للمبدأ القانوني الذي تبنته المحكمة العليا في قرارها الناقض، وذلك احتراماً لمبدأ حجية حكم النقض، وهي حجية تعلق على اعتبارات النظام العام¹³²⁸.

03. يقتصر نطاق الخصومة أمام المحكمة العليا على المسألة التي فصل فيها حكم النقض دون غيرها، فالمحكمة تنتظر موضوع الدعوى في نطاق هذه المسألة فقط¹³²⁹، وبالتالي فإنه إذا كان الحكم الناقض انصب على موضوع الاستئناف دون شكله، فإنه لا يجوز إعادة بحث مسألة قبول الاستئناف شكلاً¹³³⁰، ورغم ذلك، فإنه يجب التفرقة بين الطلبات التي فصلت فيها محكمة الموضوع قبل النقض، وتلك التي عرضت عليها ولم تفصل فيها بسبب أن ما فصلت فيه قد استغرق هذه الطلبات، فبالنسبة لهذه الأخيرة فإنه يجوز إعادة عرضها على المحكمة العليا وهي تفصل في الموضوع حتى ولو لم يشملها القرار الناقض¹³³¹، فمثلاً إذا قضت جهة الاستئناف بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها مكتفية بذلك دون التطرق إلى الدفوع

¹³²⁷ نبيل اسماعيل عمر، قانون أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص 684.

¹³²⁸ فتحي والي، مرجع سابق، ص 769 هـ 02 وفيه اشارة إلى : نقض مدني مصري، رقم 19912/27 في الطعن رقم 1539، س 60 ق.

¹³²⁹ فتحي والي، مرجع سابق، ص 770.

¹³³⁰ راجع المادة 368 ف2 من ق ا م اد.

¹³³¹ فتحي والي، مرجع سابق، ص 771.

الموضوعية المثارة، ثم طعن في قرارها بالنقض، فأصدرت المحكمة العليا قرارا بنقض القرار المطعون فيه لعدم توفر شروط الدفع بقاعدة سبق الفصل، وأرادت أن تفصل في موضوعه، فإنه يكون جائز أمامها التقدم بجميع الدفوع الموضوعية التي سبق إثارتها أمام جهة الاستئناف ولم يتم الفصل فيها.

04 . يكون للخصوم الحق في نطاق المسألة التي تضمنها قرار النقض، أن يتقدموا أمام المحكمة العليا بالطلبات والدفوع وأوجه الدفاع التي كان لهم الحق في أن يتقدموا بها أمام الجهة التي أصدرت القرار أو الحكم المنقوض، وذلك باستثناء الطلبات والدفوع التي سقط الحق في تقديمها¹³³²، كالدفع بعدم الاختصاص المحلي، أو الدفع بعدم صحة إجراءات التبليغ... إلخ.

ولا يجوز للخصوم أن يتقدموا بطلبات جديدة أمام المحكمة العليا وهي تفصل في موضوع الدعوى، إذا كان القرار المنقوض صادر عن جهة الاستئناف، لأن المحكمة العليا في هذه الحالة تحل محل جهة الاستئناف، وهذه الأخيرة لا يجوز التقدم أمامها بطلبات جديدة لما في ذلك من انتهاك لمبدأ التقاضي على درجتين¹³³³ باستثناء الطلبات الجديدة التي يسمح بتقديمها استثناء أمام جهة الاستئناف كالدفع بالمقاصة، أو طلب الفصل في المسائل الناتجة عن تدخل الغير، أو حدوث أو اكتشاف واقعة¹³³⁴، أما إذا كان القرار المنقوض هو عبارة عن حكم الدرجة الأولى فإنه في هذه الحالة يجوز التقدم أمام المحكمة العليا بكل ما يعن للخصوم من طلبات، إذ أن العبرة هنا ستكون للطلبات الختامية.

05 . يحتفظ الخصوم بجميع سلطاتهم وأعباءهم، خاصة ما تعلق منها بعبء الإثبات وسلطة تقديم أدلة جديدة، وتقديم وثائق جديدة، وطلب سماع شهود جدد، على أن يكون كل ذلك في نطاق المسألة التي أشار إليها قرار النقض¹³³⁵، كما يجوز للخصوم التمسك بوقائع سابقة لمرحلة الاستئناف لم يتمسكوا بها أمام جهة الاستئناف، أو وقائع لاحقة لقرار النقض ومن

¹³³² فتحي والي، مرجع سابق، ص 772.

¹³³³ أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين، مرجع سابق، ص 204 وما يليها.

¹³³⁴ نقول عن الواقعة أنها واقعة مكتشفة حينما تكون هذه الواقعة المدعى بها قد نتجت خلال خصومة النقض لكن أساسها موجود في صلب الطلب الأصلي السابق عرضه على محكمة الموضوع... انظر في تعريف الواقعة المكتشفة: أسامة أنور اسماعيل جامع، مرجع سابق، ص 280.

¹³³⁵ فتحي والي، مرجع سابق، ص 772.

شأنها المساس أو التعديل في حقوق الأطراف، كما يجوز للخصوم التمسك بقانون جديد موضوعي أو إجرائي صدر بعد الطعن بالنقض وكان يقبل تطبيقه على الدعوى محل النظر¹³³⁶، ومع ذلك إذا لم يتقدم الخصوم بإثارة أوجها أو إدعاءات جديدة، فإنهم يعتبرون في حكم المتمسكين بالأوجه والطلبات التي سبق إثارتها أمام الجهة القضائية التي أصدرت الحكم أو القرار المنقوض، ويطبق هذا الحكم أيضا على الخصوم الذين تخلفوا عن الحضور أمام المحكمة العليا بعد إرجاع القضية بعد النقض¹³³⁷.

ب . تقدير الحل المقترح :

إن إحلال المحكمة العليا محل جهة الإحالة، له مميزات إيجابية تتمثل في ما يلي:
 . ضمان مبدأ الحياد، حيث أن المحكمة العليا بعد أن تنقض الحكم تستنفذ وظيفتها الأساسية كجهة نقض، وتترك المبادرة من أجل استخدامها كجهة موضوع للطرف الذي يهمله الفصل في الموضوع.

. أن هذا التصور هو الذي يسمح بتطبيق جزاءات سقوط الدعوى، المترتبة عن عدم إرجاع القضية بعد النقض، فإذا كان هذا الجزاء يعمل به عند نقض الحكم للمرة الأولى والثانية، فمن باب القياس والعدل الإجرائي هو وجوب العمل به أيضا عند نقض الحكم للمرة الثالثة.
 . أن هذا التصور يسمح بتطبيق نصوص إجرائية واضحة ومعلومة لدى الخصوم والمحكمة، بحيث يضمن عدم المفاجئة والمباغطة.

. أن هذا التصور معمول به في بعض التشريعات المقارنة، حيث مثلا نجد المشرع اللبناني يلزم محكمة التمييز عند نقض القرار المطعون فيه أن تستدعي الأطراف من أجل إجراء محاكمة علنية في الموضوع.

ورغم هذه المميزات الإيجابية، إلا أنه يمكننا أن نوجه إلى هذا التصور النقاط السلبية التالية:
 . أن هذا التصور ينطلق من مجرد افتراض، حيث لا يوجد أي نص صريح يفيد بأن المشرع قد أعطى للمحكمة العليا نفس صلاحيات جهة الإحالة، أو أنه نص على أنها تحل محل جهة الإحالة.

¹³³⁶ نبيل اسماعيل عمر ، قانون اصول المحاكمات المدنية ، مرجع سابق ، ص 675.

¹³³⁷ قارن بالمادة 370 من ق ا م اد.

. أن ترك مسألة إحالة القضية إلى المحكمة العليا بعد النقض إلى مشيئة الخصوم هو طرح يتنافى مع المبررات التي بني عليها منح سلطة الفصل في الموضوع، والمتمثلة في الاقتصاد في الخصومة وإنهاء النزاع في آجال معقولة.

. أن إلزام المحكمة العليا بضرورة دعوة الخصوم من أجل إجراء محاكمة علنية في الموضوع، هو إجراء قد يكلف الخصوم مصاريف أكبر من أنه لو تم الفصل في الموضوع مباشرة على ضوء الوقائع الموجودة في الملف.

لذلك، وبناء على ما سبق يمكننا أن نخفف من اللجوء إلى إحلال المحكمة العليا محل جهة الإحالة ونقصه فقط على الحالة التي تكون فيها سلطة الفصل في الموضوع سلطة إلزامية، وهذا الحل نراه أكثر انسجاما مع النصوص وإرادة المشرع في منح المحكمة العليا سلطة الفصل في الموضوع، حيث يقوم هذا الحل على النقاط التالية:

. إذا كان الفصل في الموضوع سلطة اختيارية للمحكمة العليا، فإن هذه الأخيرة تنقض الحكم وتفصل في موضوعه مباشرة ودون أن تمنح للخصوم أي فرصة لتقديم دفوع أو طلبات، لأن هذه الحالة تشترط لتطبيقها أن تكون الوقائع معروضة عرضا كافيا يسمح للمحكمة العليا أن تفصل في الموضوع مباشرة وذلك بتطبيق القاعدة القانونية الملائمة.

. إذا كان الفصل في الموضوع سلطة إلزامية للمحكمة العليا، فإن هذه الأخيرة وبعد أن تنقض الحكم تحل محل جهة الإحالة، حيث تتمتع بجميع صلاحيات هذه الأخيرة كسلطة استدعاء الأطراف وسماعهم، وسلطة سماع الشهود، وسلطة ندب الخبراء..إلخ.

ورغم ذلك، فإننا نرى أنه من الناحية العملية، فإنه يندر أن تقوم المحكمة العليا في هذه المرحلة بإعادة تحقيقات حول موضوع الدعوى، إذ تكتفي بالتحقيقات التي أجراها قضاة الموضوع، وبطلبات الخصوم أمام هذه الجهة، إذ أن القضية التي تكون أمام جهة النقض للمرة الثالثة عادة ما تكون قد أخذت حقيها من البحث والتحقيق من طرف قضاة الموضوع، ولم يبق أمام المحكمة العليا إلا تطبيق القاعدة القانونية الملائمة على الوقائع التي جرى بحثها وتحقيها من طرف قضاة الموضوع.

لذلك، فإننا نرى أنه يكون من الناحية العملية على محامي الطاعن أن يقدم من خلال مذكرة الطعن بالنقض أولا أوجه النقض التي من خلالها يؤسس لنقض القرار أو الحكم المطعون فيه، ثم وفي نفس المذكرة يقدم طلباته المتعلقة بالموضوع، كما يمكنه ومن خلال نفس المذكرة أن

يطلب إجراء تحقيقات جديدة، كأن يلتبس تعيين خبير أو سماع شاهد، وفي حالة عدم تقديمه لطلبات في الموضوع واكتفائه بطلب النقض، فإنه في حالة الاستجابة لطلبه، فإن المحكمة العليا ستعتبر أن الطاعن متمسك بطلباته التي سبق وأن قدمها أمام قضاة الموضوع، كما يتعين عليه إرفاق عريضته بجميع المستندات والوثائق التي تم تقديمها أمام قضاة الموضوع. إن هذا التصور الذي نضعه لبيان كيفية ممارسة المحكمة العليا لسلطتها في الفصل في الموضوع بصفة إلزامية بمناسبة النظر في الطعن بالنقض للمرة الثالثة، يزداد وضوحاً، في حالة ما إذا قام المشرع بتعديل صياغة نص المادة 374 من ق ا م ا د على الشكل التالي: " يجب على المحكمة العليا أن تفصل من حيث الواقع والقانون إذا رأت نقض الحكم أو القرار المطعون فيه وكان الطعن بالنقض للمرة الثالثة"، حيث أن هذه الصياغة تسمح بإظهار الطبيعة الحقيقية للمحكمة العليا بوصفها محكمة قانون من حيث الأساس، وأنها لا تكون محكمة موضوع إلا استثناءً.

الفرع الثاني: الإشكالات العملية التي يمكن أن تثار بمناسبة ممارسة المحكمة العليا لسلطتها في الفصل في الموضوع

إن قيام المحكمة العليا بمهمة الفصل في الموضوع، سوف يطرح بعض الإشكالات والآثار العملية، حيث يحق لنا أن نتساءل أنه ما دام أن المحكمة العليا هنا سوف تقوم بفحص موضوع الدعوى، فهل يحق إدخال أو تدخل الغير في الخصومة على هذا المستوى؟، كما يحق لنا أيضاً أن نتساءل عن الحل الذي ستتسلكه المحكمة العليا في حالة ما إذا اكتشفت وبمناسبة الطعن بالنقض للمرة الثالثة أن محكمة الموضوع غير مختصة، ونطرح التساؤل أيضاً حول الجزاء المترتب عن امتناع المحكمة العليا عن ممارسة سلطتها في الفصل في الموضوع، وأخيراً نطرح التساؤل حول الآثار المترتبة عن قرار المحكمة العليا الفاصل في الموضوع في مواجهة الغير .

أولاً . مدى قبول الإدخال في الخصومة أمام المحكمة العليا بوصفها محكمة موضوع:

يتحقق الإدخال عندما يدخل شخص في خصومة قائمة بين آخرين بناء على طلب أحد الخصوم الأصليين أو بناء على أمر من المحكمة، ليؤيد حق غيره من الخصوم، أو ليصدر الحكم في مواجهته ليتمكن الاحتجاج به عليه فيما بعد¹³³⁸.
و يتضح من هذا التعريف أن الإدخال في الخصومة قد يكون بناء على طلب من الخصوم، كما قد يكون بناء على أمر المحكمة.

أ . مدى جواز قبول إدخال المحكمة العليا الغير في الخصومة بناء على طلب الخصوم:

إن إدخال الغير في الخصومة بناء على طلب الخصوم قد يؤدي إلى حدوث تعارض مع المبدأ القانوني الذي قرره المحكمة العليا عند نقضها للحكم، والتي تحرص على الالتزام به، كما أن وجهة نظر المحكمة العليا القانونية تجاه معطيات النزاع والتي يجب أن تحترم، قد تتعرض للتغيير والتبدل نتيجة الاتساع الذي سيحدث في الجوانب الموضوعية لنفس النزاع المطروح مما قد يصعب من التزام المحكمة العليا بالمبدأ القانوني الذي قرره¹³³⁹ ، وفي كل الأحوال فإن مسألة قبول إدخال أي طرف في الدعوى يخضع للسلطة التقديرية للجهة المختصة في الفصل في الموضوع¹³⁴⁰.

ومع ذلك يرى البعض¹³⁴¹، أنه يجوز قبول إدخال الغير في الخصومة في الحالتين التاليتين:
الحالة الأولى: التدخل الانضمامي، وذلك لأنه في مثل هذا التدخل لا يقوم الغير بتقديم طلب جديد خاص به، بل أن دوره يقتصر على تأييد أحد أطراف الخصومة، وبالتالي لن يؤدي تدخله إلى المساس بالمبدأ القانوني الذي قرره المحكمة العليا، كما أن قبول هذا الطلب لن يطرح عليها طلبا خاصا بالمتدخل لتقضي فيه، حيث يظل عملها مقتصرًا على الفصل في الموضوع المثار بين طرفي الدعوى¹³⁴² .

¹³³⁸ محمد العشماوي، قواعد المرافعات، مرجع سابق ، ص 621.

¹³³⁹ صلاح أحمد عبد الصادق أحمد، نظرية الخصم العارض في قانون المرافعات، رد، جامعة عين شمس، القاهرة 1986، ص 279.

¹³⁴⁰ قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 2008/12/17، ملف رقم 477874، مجلة المحكمة العليا، ع02، س2008، ص269.

¹³⁴¹ صلاح أحمد عبد الصادق أحمد، مرجع سابق ، ص 279.

¹³⁴² يمكننا أن نقرر كذلك . استنتاجا . أن التدخل في الخصام الذي يتم بناء على رغبة الغير الشخصية والذي من خلاله يطلب الحكم له بحق من الحقوق لا يمكن أن يقبل لأول مرة أمام المحكمة العليا بصفتها محكمة موضوع،

الحالة الثانية: التدخل الاختصامي، إذا كان ما يطلبه المتدخل يرتبط ارتباطاً وثيقاً لا يقبل التجزئة مع الطلب الأصلي للخصم، ففي مثل هذه الحالة يكون نزاع المتدخل ينصب على نفس الطلب الذي صدر بشأنه المبدأ القانوني الذي قرره المحكمة العليا، وبالتالي فإن طلب المتدخل لن يكون مخالفاً لطلبات الخصوم الأصليين، مما يؤدي إلى ثبات معطيات النزاع.

ب . مدى جواز قبول إدخال المحكمة العليا الغير في الخصومة من تلقاء نفسها:

بالرجوع إلى نص المادة 201 من ق ا م ا د فإنه يمكن للقاضي، ولو من تلقاء نفسه، أن يأمر أحد الخصوم، عند الاقتضاء، تحت طائلة غرامة تهديدية، بإدخال من يرى أن إدخاله مفيد لحسن سير العدالة أو لإظهار الحقيقة.

إن هذه السلطة الممنوحة للقاضي قد جاءت بصيغة عامة، لذلك فإنه لا يجوز أن نخصص هذا النص بدون مخصص، ولأن حسن سير العدالة وإظهار الحقيقة هما غايتان ينشدهما القضاء بصفة عامة، لا يمكن أن نجعلها حكراً على قضاة الموضوع دون قضاة النقض، فقد يكون من مصلحة العدالة وإظهار الحقيقة أن يتم إدخال شخص أمام المحكمة العليا وهو من يظهر من سير القضية أنه صاحب الحق المتنازع عليه، فيخشى في حالة عدم تدخله أن يصدر حكم يجافي العدالة أو يغير الحقيقة، فتقوم المحكمة العليا وهي تختص في الفصل في الموضوع باستعمال سلطتها في إدخال الغير في الخصومة¹³⁴³.

كما أنه من جهة ثانية فإن المادة 194 ف4 من ق ا م ا د تنص صراحة على أنه لا يجوز قبول التدخل أمام جهة الإحالة بعد النقض، ما لم يتضمن قرار الإحالة خلاف ذلك.

إنه وبتحليلنا لهذا النص فإنه يتبين لنا صحة ما توصلنا إليه من كون أن الإدخال أمام المحكمة العليا، لا يقبل إلا إذا كان بناء على أمر المحكمة العليا نفسها، فهذا النص يوضح بدقة أن جهة الإحالة بعد النقض لا يمكنها أن تقبل إدخال الغير في الخصام إلا بإذن صريح من جهة النقض، ما يفيد أن الإدخال في الخصومة بعد النقض هو من سلطات المحكمة

لأن مثل هذا التدخل سيؤدي حتماً إلى اتساع نطاق الخصومة على الشكل الذي لا يسمح للمحكمة العليا بتطبيق المبدأ القانوني الذي قرره عند نقضها للحكم، كما أنه من جهة أخرى فإن قبول هذا التدخل من شأنه أن يشكل تساهلاً إجرائياً مع الغير المتعاس، كما قد يضر بمصلحة هذا الأخير والذي قد يحرمه من حق التقاضي على درجتين.

¹³⁴³ صلاح أحمد عبد الصادق أحمد، مرجع سابق، ص 278.

العلياء، فما دام أن هذه الأخيرة تملك منح هذه السلطة لجهة الإحالة، فهي من باب أولى يمكنها أن تختص بها لنفسها.

فإذا كانت المحكمة العليا تفصل في الموضوع بمناسبة النقض الأول، أي عندما يكون قضاء الموضوع قد عاينوا وقدروا الوقائع بكيفية تسمح للمحكمة العليا بتطبيق القاعدة القانونية الملائمة، فإنه في هذه الحالة لا يكون أمام قضاء المحكمة العليا أي مجال لإعادة بحث الواقع من جديد، فهي تأخذ كما قرره قضاء الموضوع، فلا يقبل منها في هذه الحالة أن تسمح بإدخال الغير في الخصومة، سواء كان هذا الإدخال بأمر منها أو بطلب من الخصوم، لأن المحكمة العليا هنا لا تقوم بأي إجراءات تحقيقية جديدة، ولا تقبل أي طلبات جديدة أو مذكرات أو سماع أوجه دفاع أو دفع، وبالتالي فإن قبول الإدخال في هذه الحالة من شأنه أن يجبر محكمة النقض على الخروج من هذه القيود المفروضة عليها قانوناً¹³⁴⁴.

أما إذا كان نظر المحكمة العليا في الموضوع بمناسبة الطعن الثالث، فإنه يكون بإمكانها أن تسمح بإدخال الغير في الخصومة، نظراً لما سبق وأن بيناه، لكن هذا الفرض وإن كان مقبولاً من الناحية النظرية، إلا أنه نادر من الناحية العملية، ويمكن أن نعطي مثلاً على ذلك: نفرض أن القرار المطعون فيه قد نقض لأول مرة بسبب مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات، ثم نقض في المرة الثانية بسبب مخالفة القانون، وأوصت المحكمة العليا في قرار النقض بضرورة إدخال الغير في الخصام، ولم تتقيد جهة الإحالة بهذا الرأي، ثم طعن في القرار للمرة الثالثة، هنا المحكمة العليا ملزمة بالفصل في الموضوع، وملزمة أيضاً بعدم مخالفة رأيها السابق والمتمثل في ضرورة الإدخال.

ثانياً . مدى سلطة المحكمة العليا في الفصل في الموضوع في حالة النقض الثالث المؤسس على مخالفة قواعد الاختصاص:

يبدو هذا الفرض من الناحية العملية مستبعد جداً، كون أن مسألة الاختصاص هي من المسائل التي تقطن إليها المحكمة العليا وتعالجها من الوهلة الأولى، خاصة الاختصاص النوعي الذي يتعين على المحكمة العليا أن تعالجه ومنذ النقض الأول، لكن من الناحية

¹³⁴⁴ صلاح أحمد عبد الصادق أحمد، مرجع سابق، ص276.

النظرية قد يحدث ألا تعرض هذه المسألة خاصة الاختصاص الإقليمي إلا بعد النقض الثالث، ففي هذه الحالة هل يجوز لها أن تتصدى للموضوع؟ رغم عدم وجود نص صريح يجيب عن هذا التساؤل، إلا أنه برجعنا إلى التشريعات المقارنة، وشرح هذه التشريعات، فإنه يتبين لنا أن جهة النقض لا يجوز لها أن تتصدى لموضوع الدعوى، لأنه لا يتصور قضاء محكمة النقض في دعوى لا تكون قد نظرتها بعد محكمة الموضوع المختصة بها واستنفذت ولايتها بشأنها¹³⁴⁵. ومن جهة أخرى، فإن المحكمة العليا عند نقضها للقرار المطعون فيه بسبب عدم الاختصاص، فإنه لا يبق أمامها أي موضوع للدعوى حتى تفصل فيه، فيكون حينئذ قرارها بالنقض دون إحالة، حيث تشير في أسباب قرارها إلى الجهة القضائية المختصة، والتي يتعين على المدعي أن يعيد رفع الدعوى أمام هذه الجهة من جديد وبإجراءات جديدة.

ثالثا . الجزاء على عدم قيام المحكمة العليا بالفصل في الموضوع في حالة النقض بمناسبة الطعن الثالث:

من الناحية القانونية يتعين على المحكمة العليا في هذا الفرض أن تفصل في الموضوع، وذلك بناء على فهمها هي للوقائع، وبناء على ما يقتضيه هذا الفهم من توجيهات قانونية، حيثي تنتهي إما إلى قرار قد يعتمد حلا مخالفا للحل الذي كان قد اعتمده القرار المنقوض، وإما إلى قرار يعتمد حلا مماثلا، ولكن بالاستناد إلى عناصر واقعية مختلفة¹³⁴⁶، حيث يشكل هذا القرار سندا تنفيذيا وفقا للمادة 374 والمادة 600 من ق ا م ا د.

لكن قد يطرح . ولو من الناحية النظرية . إشكالية فرض ما إذا أغفلت المحكمة العليا الفصل في الموضوع بمناسبة نظرها للنقض مرة ثالثة، وقامت بإحالة الدعوى إلى قضاة الموضوع، هنا يطرح التساؤل، حول مدى اختصاص قضاة الموضوع في الفصل في هذه الدعوى؟ إن عدم فصل المحكمة العليا في النزاع في هذا الفرض مرده أحد الأمرين، فإما أن يكون عدم الفصل راجع إلى الامتناع، وهنا يكون قضاة المحكمة العليا تحت طائلة جريمة إنكار العدالة،

¹³⁴⁵ راجع نص المادة 269 ف 1 من قانون المرافعات المصري، وانظر أيضا : أحمد محمد مليجي، تصدي محكمة

النقض للفصل في موضوع الدعوى المدنية ، مرجع سابق ، ص 110.

¹³⁴⁶ نبيل اسماعيل عمر، قانون أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص 680.

وهذا يشكل خطأ جسيم قد يؤدي إلى العزل، وإما أن يكون عدم الفصل راجع إلى مجرد إغفال أو سهو.

ذهب بعض الفقه إلى القول بأنه إذا لم تتصدى محكمة النقض للموضوع رغم توفر شروط التصدي، أو في حالة تصديها للموضوع رغم عدم توفر شروطه، فإنه يجوز الطعن في حكمها بالتماس إعادة النظر¹³⁴⁷.

إلا أن هذا الحل قد جوبه بالنقد، لعدم انسجامه مع صريح النصوص القانونية، ومع طبيعة أحكام النقض، حيث أن النصوص القانونية صريحة في عدم قابلية أحكام النقض لأي وسيلة من وسائل الطعن¹³⁴⁸، ما عدا طلب تصحيح الأخطاء المادية، كما أن قضاء النقض مستقر على عدم تعيب أحكامه بأي وجه من الوجوه، وهي واجبة الإحترام فيما خلصت إليه، باعتبار أن جهة النقض هي آخر جهة قضائية يمكن أن تنتظر في النزاع، وقضاءها قاطع وبات، لا يقبل الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن العادية وغير العادية¹³⁴⁹، إضافة إلى كل ذلك فإن عدم الفصل في الطلبات أو السهو عن الفصل فيها لم يعد وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية يشكل وجها من أوجه الالتماس المقبولة قانونا.

لذلك، يرى البعض أن هذا الفرض يبقى مجرد حالة نظرية فقط، لأن المحكمة العليا ونظرا لطبيعة تركيبها القضائية، حيث أن القضاة الذين يمارسون الحكم فيها يتميزون بخبرة وفطنة لا تسمح بوقوع هذه الحالة، وحتى في حالة وقوعها، فإن الخصوم لن يتضرروا، لأن جهة الإحالة ستفصل في النزاع وفق الخط الذي رسمته المحكمة العليا في القرار المنقوض¹³⁵⁰.

أما في رأينا نحن فإنه يجب التسليم بأن نظر المحكمة العليا للقضية بمناسبة الطعن بالنقض للمرة الثالثة يلزمها كما سبق وأن رأينا بأن تفصل في الدعوى من حيث الواقع والقانون، فتكون هي صاحبة الاختصاص في ذلك، وبالتالي فإن قضاة الموضوع يصبحون غير مختصين بالفصل في الدعوى، وهنا نختلف مع الرأي الذي يسمح لجهة الإحالة بالفصل في النزاع، لأن

¹³⁴⁷ نبيل اسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 426.

¹³⁴⁸ المادة 379 من ق ا م ا د: لا تقبل المعارضة في قرارات المحكمة العليا.

¹³⁴⁹ أحمد محمد مليجي، تصدي محكمة النقض للفصل في موضوع الدعوى المدنية، مرجع سابق، ص 87.

¹³⁵⁰ أحمد محمد مليجي، تصدي محكمة النقض للفصل في موضوع الدعوى المدنية، مرجع سابق، ص ص

ذلك يتناقض مع أهداف المشرع بمنح المحكمة العليا سلطة الفصل في الموضوع بصيغة الوجوب، ما يفيد أن المشرع لا يقبل الطعن بالنقض للمرة الرابعة، ولو سمحنا لجهة الإحالة بالفصل في النزاع فإن قرارها سيكون قابلاً للطعن بالنقض للمرة الرابعة وهذا ما يتنافى وأهداف المشرع وغاياته، لذلك فإنه في رأينا يتعين على جهة الإحالة أن تحكم بعدم اختصاصها وتصرف الطرف الذي يهيمه التعجيل بإعادة السير في الدعوى أمام المحكمة العليا، وذلك من أجل أن تستنفذ ولايتها في النزاع المطروح أمامها، ذلك أن مجرد نقضها للقرار لا يؤدي إلى استنفاد ولايتها وإفراغ النزاع بالفصل في موضوعه بقرار نهائي قاطع وبات.

رابعاً . آثار قرار المحكمة العليا الفاصل في الموضوع على الغير:

بالرجوع إلى نص المواد 374 و600 من ق ا م ا د فإن قرار المحكمة العليا الفاصل في الموضوع يعتبر سندا تنفيذياً، وبالتالي فإن وجه الإلزام الذي يتضمنه منطوقه يكون قابلاً للتنفيذ على أطرافه، كما أن هذا القرار هو حجة على الغير شأنه شأن أي حكم قضائي¹³⁵¹.
غير أن السؤال المطروح يثار في ما يتعلق بحق الغير على الاعتراض على قرار المحكمة العليا الفاصل في الموضوع، أو بمعنى آخر هل يجوز الطعن في قرار المحكمة العليا الفاصل في موضوع الدعوى؟، وتشتد حدة الإشكالية عندما تقوم المحكمة العليا بنقض الحكم أو القرار المطعون فيه والتصدي للموضوع بقرار يتضمن حلاً مغايراً للحل الذي أخذ به قضاة الموضوع. يعتبر اعتراض الغير الخارج عن الخصومة طريق غير عادي للطعن في الأحكام القضائية، يسمح للغير بأن يطلب من الجهة المصدرة للحكم أو القرار المطعون فيه من إعادة النظر في جزء منه أو إلغائه كلياً¹³⁵².

¹³⁵¹ المادة 284 من ق ا م ا د : يكون للحكم حجية العقد الرسمي.

. المادة 324 مكرر 5 من القانون المدني: يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره، ويعتبر نافذاً في كامل التراب الوطني.

¹³⁵² المادة 380 من ق ا م ا د: يهدف اعتراض الغير الخارج عن الخصومة إلى مراجعة أو إلغاء الحكم أو القرار أو الأمر الاستعجالي الذي فصل في أصل النزاع، يفصل في القضية من جديد من حيث الوقائع والقانون.

. المادة 381 من ق ا م ا د : يجوز لكل شخص له مصلحة ، ولم يكن طرفاً ولا ممثلاً في الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه ، تقديم اعتراض الغير الخارج عن الخصومة.

في البداية قد لا نجد مبررا لهذا النوع من الطعون، كون أن حجية الشيء المقضي فيه هي مسألة نسبية حيث لا تثار إلا في مواجهة أطراف الحكم أو القرار المحتج به، ومن جهة أخرى فإنه لا يتصور أن يلحق هذا الحكم أو القرار الضرر بالغير، كون أن الحكم القضائي في مضمونه يتضمن إلزام طرف بتقديم منفعة للطرف الآخر أو تقرير الحماية لحق من الحقوق لأحد الأطراف، دون أن ينتقل هذا المضمون إلى غير أطراف الخصومة، لكن بمجرد التعمق في النظر في العلاقات القانونية، فإننا نجدنا متشابكة ومترابطة بشكل قد يؤدي إلى ترتيب الأحكام القضائية لأوضاع قانونية قد تمس بحقوق الغير الذي لم يكن طرفا في الخصومة، مما يجعل قبول هذا النوع من الطعون أكثر من ضرورة¹³⁵³.

إن مسألة قبول هذا النوع من الطعون أمام المحكمة العليا وفي ظل غياب الدراسات المتخصصة، يجب بحثه من خلال النصوص القانونية، وفي هذا الصدد نعرض التصور القائل بقبول هذا النوع من الطعون، ثم التصور القائل برفضه.

أ. التصور الأول: قبول الاعتراض :

بالرجوع إلى النصوص المنظمة لهذا النوع من الطعون، والنصوص المنظمة لاختصاصات المحكمة العليا، فإننا لا نجد نصا صريحا يمنع صراحة المحكمة العليا من قبول إعتراض الغير ضد القرارات التي تصدرها، بل أن الاعتراض يكون مقبولا ما دام أن الحق أساس الحكم المعترض ضده ما زال قائما، كما أن الاعتراض يكون مقبولا أيضا ضد كل حكم مهما كانت طبيعة الجهة المصدرة له، حتى ولو تم تنفيذه، ثم إنه من حيث إجراءات رفع الاعتراض فإنه تطبق عليه نفس الإجراءات الخاصة بالمحكمة الواقع الاعتراض لديها¹³⁵⁴.

وبالرجوع إلى نص المادة 380 من ق ا م ا د، فإنه وبتحليلها تحليلا منطقيًا، فإن المشرع اشترط لقبول الاعتراض : أولاً أن ينصب على حكم أو قرار أو أمر استعجالي، والمحكمة العليا تصدر قرارات مما يمكن القول أن هذا الشرط متحقق، ثم اشترط ثانياً أن يكون هذا القرار قد فصل في أصل النزاع، وهذا الشرط أيضاً متحقق لأن المحكمة العليا في الفرض محل الدراسة تكون قد فصلت في أصل النزاع.

¹³⁵³ Gérard Couchez, op cit, p355.

¹³⁵⁴ البشير الفرشيشي، مرجع سابق، ص 342.

كما أن القول بقبول هذا النوع من الطعون ضد قرارات المحكمة العليا الفاصل في الموضوع له ما يبرره من الناحية المنطقية، ذلك أنه إذا انطلقنا من أن المشرع يعترف للغير بحقه في الطعن في أحكام القضاء الفاصلة في الموضوع و التي لم يكن طرفا فيها، ما دام أن تلك الأحكام تمس بمصالحه وحقوقه، فإن عدم الاعتراف للغير بحقه في الطعن في قرارات المحكمة العليا الفاصلة في الموضوع من شأنه أن يحرم ذلك الغير من حماية تلك المصالح والحقوق بطريقة سريعة ومقتصدة إجرائيا، تتماشى وسياسة المشرع في الوصول إلى عدالة ناجزة وسريعة وغير مكلفة.

ب . التصور الثاني: رفض الاعتراض :

يرى البعض أن النص الوحيد الذي يمكن اعتماده لرفض هذا النوع من الطعون أمام المحكمة العليا هو سكوت النص القانوني على تحديد مقدار الغرامة الواجب دفعها أمام المحكمة العليا في حالة خسارة الطعن¹³⁵⁵، إلا أن هذا الرأي مردود عليه كون أن النص المحدد للغرامة الواجب دفعها عند تسجيل الطعن قد جاء بصيغة العموم¹³⁵⁶، مما يمكن القول بتطبيقه أيضا أمام المحكمة العليا.

كما أنه قد يواجه قبول هذا النوع من الطعون أما المحكمة العليا بعدة انتقادات نذكر منها:

01 . أن الفصل فيه يقتضي الفصل في الواقع والقانون، وهذا ما لا يتماشى مع طبيعة المحكمة العليا بوصفها محكمة قانون، وأنها لا تكون محكمة موضوع إلا في حالات استثنائية ومحددة بنص صريح وتحت شروط محددة لا تقبل التأويل والتوسع.

02 . أن الفصل فيه من طرف المحكمة العليا لا يقبل الطعن بأي طريقة من طرق الطعن، مما قد يؤدي إلى حرمان المعترض والمعترض ضدهم من استعمال حقهم في التقاضي على درجة واحدة أو أكثر، ومن استعمال حقهم في الطعن خاصة المعارضة والتماس إعادة النظر، كما أن هذه النتيجة لا تتسجم مع النصوص القانونية التي تسمح بالطعن في الأحكام والقرارات الفاصلة في الاعتراض بجميع طرق الطعن.

¹³⁵⁵ البشير الفرشيشي، مرجع سابق ، ص 343.

¹³⁵⁶ المادة 385 ف2 من ق ا م اد : لا يقبل اعتراض الغير الخارج عن الخصومة ما لم يكن مصحوبا بوصل يثبت إيداع مبلغ لدى أمانة الضبط يساوي الحد الأقصى من الغرامة المنصوص عليها في المادة 388 أدناه.

03 . أن المعارض يمكنه أن يحمي مصالحه التي يرى أن قرار المحكمة العليا الفاصل في الموضوع قد تعرض لها بالمس والإضرار، عن طريق رفع دعوى قضائية جديدة أمام المحكمة ضد المستفيد من قرار المحكمة العليا، وفي حالة احتجاج هذا الأخير بالقرار الصادر عن المحكمة العليا، فإن المعارض يدفع بنسبية هذا القرار في آثاره، حيث أن قاعدة سبق الفصل يشترط فيها وحدة الأطراف، وهو ما لا يتوفر في قرار المحكمة العليا.

. وبين الحجج المؤيدة للقبول، والحجج المؤيدة لرفض الاعتراض، فإننا نميل إلى عدم قبول هذا النوع من الطعون أمام المحكمة العليا، لما يتضمنه من مساس بطبيعة واختصاص المحكمة العليا، حيث يجعل منها محكمة موضوع ابتداء¹³⁵⁷، ولما فيه أيضا من مساس لحقوق الأطراف المتعلقة بحق الطعن على الأحكام الفاصلة في الموضوع، وأنه لا يمكننا القبول بالمساس بهذه الحقوق المتعلقة بالمحاكمة العادلة تحت ذريعة السرعة في العدالة وتقليل النفقات.

¹³⁵⁷ فالمحكمة العليا وإن كان القانون يسمح لها بالفصل في الموضوع فإن هذا لا يجب أن يؤدي بالمساس ببطبيعتها كمحكمة قانون، حيث لا يمكنها أن تتصدى للموضوع إلا بعد أن تلعب دورها الأساسي في الرقابة القانونية، لذلك فإن المحكمة العليا نفسها وفي أحد قراراتها السابقة على صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية، رفضت الطعن أمامها باعتراض الغير الخارج عن الخصومة، واعتمدت في تبريرها لهذا الرفض أن النصوص المنظمة لاختصاصات المحكمة العليا لا تخولها النظر في مثل هذه الطعون من جهة ومن جهة أخرى فإن النصوص المنظمة لهذا النوع من الطعون تقتصره فقط على الأحكام والقرارات الصادرة عن المجالس فقط : قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 08/02/2006، ملف رقم 331038 ، مجلة المحكمة العليا ، ع01، س2006، ص ص403.405.

الباب الثاني:

حدود الرقابة

من خلال أوجه الطعن بالنقض

بعد أن حددنا نطاق ممارسة رقابة المحكمة العليا على قضاة الموضوع من خلال فكرة التمييز بين الواقع والقانون، نحاول من خلال هذا الباب أن نتعرض إلى الوسائل التي منحها لها المشرع والتي من خلالها تتجسد هذه الرقابة بصفة واقعية ومنظمة، هذه الوسائل التي بواسطتها نستطيع أيضا أن نحدد نطاق الرقابة بصفة عملية.

و عندما نتكلم عن هذه الوسائل، فإن الأمر هنا يتعلق بنوع من الغرلة يعتمد بصفة مباشرة على ما نسميه بأوجه الطعن بالنقض¹³⁵⁸، حيث نلاحظ أن دراسة أوجه النقض تشكل دراسة لصورة متحركة لنطاق رقابة المحكمة العليا.

و يقصد بأوجه النقض مجموعة العيوب أو الأخطاء التي يتم رصدها في الحكم المطعون فيه والتي تؤثر فيه بالشكل الذي يؤدي إلى نقضه كليا أو جزئيا¹³⁵⁹.

ويمكن تعريفها أيضا بأنها الحالات التي حددها القانون وأجاز في حالة توافرها الطعن بالنقض، ويعد هذا التحديد تحديد حصر بالنسبة للطاعن، بحيث لا يقبل الطعن الذي يخرج عن نطاق هذه الأوجه¹³⁶⁰.

و قد يفهم من قراءة نص المادة 358 من ق ا م ا د أن أوجه النقض إنما جاءت على سبيل الحصر لا على سبيل المثال وفي مواجهة جميع الأطراف، خاصة لما نلاحظ أن هذه المادة تنص صراحة على أن الطعن بالنقض لا يبيّن إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه التي عدتها، لكن سوف نلاحظ أننا لنا رأي آخر في مفهوم الحصر المشار إليه في هذه المادة سنعرضه لاحقا في مكانه¹³⁶¹.

ولا يكفي أن ينسب وجه النعي للقرار المطعون فيه، بل يجب أن يكون هذا الوجه مؤثرا فيه، إذ ورغم صحة الوجه المثار فإن المحكمة العليا تستبعده، إذا كان من الممكن حمل القرار على

¹³⁵⁸ Habib Hadati, op cit.p 02.

¹³⁵⁹ François Rigaux, op cit, pp207-208.

¹³⁶⁰ أنور طلبة ، مرجع سابق، ج05، ص143.

¹³⁶¹ انظر ص 348 من هذه الرسالة.

أسباب قانونية صحيحة موجودة في حيثياته، أو كان الخطأ الذي وقع فيه قضاة الموضوع غير مؤثر¹³⁶².

ويجب ألا يتضمن الوجه المتمسك به أو الفرع منه، إلا حالة واحدة من حالات الطعن بالنقض بعد تحديدها، تحت طائلة عدم قبول الوجه المثار¹³⁶³، فمثلا لا يقبل الوجه المثار المؤسس على مخالفة القانون الداخلي وفي نفس الوقت على القصور في التسبيب، إذ يقتضي أن يقسم هذا الدفع إلى وجهين مستقلين .

إن فهم طبيعة كل وجه من أوجه النقض يعد مسألة جوهرية من أجل تحديد نطاق قرارات المحكمة العليا، ومن أجل تعلم كيفية إثارتها¹³⁶⁴.

والأصل في هذه العيوب إنها ترجع عند ردها إلى مادتها الأولية إلى وجه واحد هو عيب مخالفة القانون، أما تعدد العيوب التي تصلح أساسا لفتح الطعن بالنقض فإنه لا يعدوا أن يكون

¹³⁶² قرار المحكمة العليا . الغرفة التجارية والبحرية . المؤرخ في 1992/12/20 ملف رقم 105083، نشرة القضاة ، ع48، ص186: لكن وحيث أن ما ذهب إليه الطاعن في استنتاجه بأن قضاة المجلس لما أشاروا إلى المادة 467 من القانون المدني أنهم يعتبرون المادة تشترط عقدا كتابيا هو استنتاج غير صحيح، لأن ما ورد في القرار لا يزيد على ذكر المادة السالفة الذكر تعتبر مجرد زيادة لا غير .

. قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 2001/12/29 ملف رقم 215217، الاجتهاد القضائي ، عدد خاص ، ج01، س2004، ص 326: وحيث إذا كان قضاة الموضوع قد أغفلوا ذكر النصوص القانونية التي تأسسوا عليها، فإنه يستخلص من أسباب قرارهم أنهم طبقوا المادتين 413 و416 من ق ا م . و بالتالي فإن الوجه المثار غير مؤسس .

¹³⁶³ المادة 05.565 من ق ا م ا د .

. قرار المحكمة العليا . غرفة الأحوال الشخصية . المؤرخ في 1999/06/15، ملف رقم 223019، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص ، س 2001، ص 105 : حيث أن الطاعنة قد جمعت بين الوجهين الثاني والثالث مع أنه لا يحق لها أن تجمع بينهما كما تفعل المحكمة العليا عندما ترى ارتباط الأوجه ببعضها تجنبا للتكرار، بخلاف الطاعنة فإنها هي التي تضع الأوجه لأول مرة لذلك لا يحق لها أن تجمع بين الأوجه التي هي من صنعها، الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن .

. قرار المحكمة العليا . الغرفة الاجتماعية . المؤرخ في 2012/02/02، ملف رقم 723415، قرار غير منشور: حيث أن الطاعن حدد الوجه المثار على حالتين من الحالات التي يبني عليها الطعن بالنقض أي القصور في التسبيب وخرق الإجراءات ، مما يجعل هذا الوجه مركب ولا يمكن قبوله .

¹³⁶⁴ Jean-Pierre DINTILHAC, le traitement des pourvoi en cassation, www.coursupreme.Dz/chine/b.pdf, P05.

تعدادا لبعض حالات مخالفة القانون¹³⁶⁵، حيث يكاد يكون الإجماع واقع في فرنسا على أنه في الأصل لا يوجد إلا وجها واحدا للطعن بالنقض هو مخالفة القانون¹³⁶⁶.

وبذلك فإن تعدد أوجه النقض لا يرجع سببه إلى اختلاف في أصل هذه الأوجه، فالفقه ومنذ زمن طويل كان قد أوضح أنه يمكن جمع هذه الأوجه في وجه واحد وهو وجه مخالفة القانون، حيث بفحص هذه الأوجه وجها وجها، فهي إما ترجعك إلى مخالفة أحكام قانونية محددة، وإما إلى مخالفة مبدأ قانوني مقرر، كما أن وحدة الأوجه هذه تظهر بوضوح إذا تم النظر إليها من خلال التمييز بين الواقع والقانون¹³⁶⁷.

من الناحية التاريخية وعند التقصي عن مصدر هذه الأوجه فإنه يجب الرجوع إلى فرنسا منشئة محكمة النقض، حيث نجد هذه الأوجه بعضها مستمدة من التشريع نفسه، كالوجه المستمد من مخالفة القانون، والبعض الآخر مستمد من اجتهاد محكمة النقض الفرنسية وخلقها، كالوجه المستمد من انعدام الأساس القانوني، والوجه المستمد من تشويه الوثائق والمستندات¹³⁶⁸.

فالمشرع الفرنسي قد كان في بدايته وعند إنشاء محكمة النقض، قد نص على عيب مخالفة الشكل وعيب مخالفة القانون بالمادة 03 من مرسوم 1790/11/27 المؤسس لمحكمة النقض، وبالمادة 07 من قانون 1810/04/20، حيث أجرت هذه النصوص تمييزا واضحا بين مخالفة الشكل ومخالفة القانون، هذا التمييز مؤيد من طرف البعض من الفقه والذي يعتبر أن مخالفة الشكل وإن كانت تعتبر مخالفة للقانون، إلا أن لهذه المخالفة طبيعة خاصة¹³⁶⁹.

أما عيب التناقض بين الأحكام فقد كانت تنظمه المادة 504 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم، والتي تم استبدالها بالمادتين 617 و618 من قانون الإجراءات المدنية الجديد، أما عيب الاختصاص وتجاوز السلطة فقد تم تأسيسه على بعض النصوص الخاصة¹³⁷⁰.

¹³⁶⁵ حسين السالمي، التعقيب ووحدة القضاء، مرجع سابق، ص 64.

¹³⁶⁶ نبيل اسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 180.

¹³⁶⁷ Nadhir Benammou, opcit, p68.

¹³⁶⁸ محمد الكشور، مرجع سابق، ص 373.

¹³⁶⁹ نبيل اسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 181.

¹³⁷⁰ Jacques Boré, op cit, p395.

وما يلاحظ على المشرع الفرنسي في تحديده لأوجه النقض أنه قد عمد أولاً إلى عدم وضع هذه الأوجه في نص قانوني واحد مع شرح لكل وجه، حيث نجد أن هذه الأوجه متبعثرة في عدة نصوص، ثم أنه ثانياً عمد إلى عدم النص إلى أن هذه الأوجه هي على سبيل الحصر، وذلك حتى يترك لمحكمة النقض هامش التحرك من أجل ابتكار أوجه جديدة، إذا كان ذلك ممكناً، والحقيقة أن هذه كانت رغبة الجمعية العمومية لمجلس الدولة الفرنسي والتي أبدت رأياً استشارياً بالرفض عندما عرض عليها مشروع قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد والذي تضمن وضع مادة واحدة تحصر أوجه النقض جميعها¹³⁷¹، مع شرح واف لكل وجه، وقد كان سبب الرفض مؤسسا على عدم تقييد سلطة محكمة النقض في ما يعرض عليها من طعون، بالشكل الذي يمنعها من التطور والابتكار¹³⁷²، وهكذا انتهى المشرع الفرنسي في تعديله الأخير لقانون الإجراءات المدنية¹³⁷³، إلى الإشارة إلى الإطار العام في تحديد الأوجه، وترك بعد ذلك لمحكمة النقض حرية تحديد أوجه النقض في نطاق هذا الإطار، حيث نص بالمادة 604 من هذا التعديل على أن الطعن بالنقض يرمي إلى إقامة رقابة محكمة النقض على عدم امتثال الأحكام القضائية المطعون فيها للقواعد القانونية¹³⁷⁴، و ما يلاحظ على هذا النص أنه جد غامض بالنسبة لمفهوم عدم الامتثال، كما أنه من جهة أخرى يتناقض مع بعض النصوص السابقة له كنص المادة 978 ف02 من نفس القانون التي تنص على أنه يتعين على الطاعن أن يبين أوجه النقض التي يوجهها للحكم المطعون فيه¹³⁷⁵، ورغم هذا التعارض الشكلي الواضح بين هذين النصين، فإن أي منهما لم يعط مفهوماً واضحاً ودقيقاً لمفهوم عدم الامتثال

¹³⁷¹ المادة المقترحة من طرف واضعي قانون الإجراءات الفرنسي هي المادة 612 من مشروع قانون الإجراءات المدنية الفرنسي والتي كانت تنص : لا يقبل الطعن بالنقض إلا من خلال الأوجه التالية : . مخالفة إحدى قواعد القانون . التناقض سواء أكان في الأسباب أو في المنطوق أو بين الأسباب والمنطوق . انعدام الأساس القانوني للحكم . زوال الأساس القانوني للحكم . التناقض بين الأحكام الصادرة بين نفس الخصوم .

¹³⁷² محمد الكشور، مرجع سابق، ص 373.

¹³⁷³ Décret n :79-941 du 07/11 /1979.

¹³⁷⁴ Art .604 .c.p.c.f : les pourvoi en cassation tend à faire censurer par la cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit.

¹³⁷⁵ Jacques Foyer, LA Fonction Juridictionnelle de la cour de cassation,

www.cedroma.usj.edu.lb/pdf , le 25/11/11,p 05.

ومفهوم أوجه النقض¹³⁷⁶، الأمر الذي يفهم منه أن المشرع الفرنسي قد ترك الأمر لمحكمة النقض نفسها، المشرع الذي يؤمن بأن محكمة النقض يجب أن يترك لها الدور الخلاق في إنشاء الأوجه وتحديد مفهوم عدم الامتثال، وهما مسألتان قابلتان للتطور بمرور الزمن. وهكذا فإن الباحث وأمام عدم كفاية النصوص في تحديد الأوجه، عليه الرجوع إلى الفقه، خصوصا الفقه الفرنسي الذي اشتغل على هذه المسألة، حيث يلاحظ أن الفقهاء الفرنسيين قد اختلفوا في عدد هذه الأوجه، حيث نجد مثلا الفقيه Tarbé يقترح تقسيما يتضمن إحدى عشر وجهاً: . مخالفة أو إغفال الشكل . المخالفة الصريحة للقانون . مخالفة العرف . مخالفة القانون الروماني . تجاوز السلطة . مخالفة العادات والاجتهاد القضائي . الحكم السيئ . التناقض بين الأحكام . عدم الاختصاص المطلق، والتعدي على السلطة الإدارية . الخطأ في الواقع المثبت بوثيقة رسمية . مخالفة العقد¹³⁷⁷، ونظرا لأن هذا التقسيم تميز بالإسهاب والتداخل وعدم الدقة، فقد تدخل الفقيه Faye في ما بعد ليبسط من هذا التعداد، حيث نجده يميز بين مخالفة الشكل ومخالفة القانون، إذ يدرج تحت الوجه الأول عيب انعدام الأساس القانوني، بينما يدرج تحت الوجه الثاني عيب تجاوز السلطة وعدم الاختصاص والتناقض بين الأحكام¹³⁷⁸، ويلاحظ على هذا التقسيم استبعاده للوجه المتعلق بتشويه الوثائق، وسبب هذا الاستبعاد أن صاحب هذا التقسيم لا يؤمن بحق جهة النقض في الرقابة على التشويه¹³⁷⁹.

وينتهي الفقيه Marty في استعراضه لتقسيمات الفقهاء الفرنسيين إلى التقسيم الحديث الذي أخذ به الفقيه Cézar-Bru والذي يحصر أوجه النقض في الأوجه التالية: . مخالفة القانون . عدم الاختصاص وتجاوز السلطة . عدم مراعاة الأشكال المشترطة في الحكم . التناقض بين الأحكام¹³⁸⁰، ويلاحظ على هذا التقسيم أنه ليس له أي طابع منهجي، كما يلاحظ عليه إهماله واستبعاده للوجه المتعلق بانعدام الأساس القانوني¹³⁸¹.

¹³⁷⁶ Jacques Foyer, op cit, p06.

¹³⁷⁷ Gabriel MARTY, op cit, p81.

¹³⁷⁸ Gabriel MARTY, Ibid, p81.

¹³⁷⁹ حلمي محمد الحجار، مرجع سابق، ج02، ص08.

¹³⁸⁰ Gabriel MARTY, Ibid, p81.

¹³⁸¹ François Rigaux, op cit, p20.

أما الفقيه Boré فقد اعتمد في تقسيمه لأوجه النقض على طبيعة رقابة محكمة النقض، حيث توصل إلى تقسيم ثنائي، الأول يتعلق بمجموعة الأوجه التي تتعلق برقابة محكمة النقض على الأسباب القانونية للحكم المطعون فيه، وهي الرقابة التي سماها بالرقابة الواسعة وتتمثل هذه الأوجه في : . مخالفة القاعدة القانونية . عدم الاختصاص وتجاوز السلطة . خرق الأشكال الإجرائية . تناقض الأحكام . فقدان الأساس القانوني . أما القسم الثاني فيتعلق بمجموعة الأوجه التي تتعلق برقابة محكمة النقض على الأسباب الواقعية للحكم المطعون فيه، وهي الرقابة التي سماها بالرقابة الدنيا، وتتمثل هذه الأوجه في: انعدام الأسباب . انعدام الأساس القانوني . تشويه المحررات .¹³⁸²

وما يلاحظ على هذا التقسيم أنه ينطلق من حل لإشكالية التمييز بين الواقع والقانون، والذي سبق أن تبيناه في الباب الأول عندما انتهينا أن محكمة النقض لها رقابة واسعة على مسائل القانون، بينما لا تراقب مسائل الواقع إلا بالحد الذي يسمح لها بمراقبة مسائل القانون، وهكذا فإن هذا التصور هو الذي سمح لهذا الفقيه بأن يقسم أوجه النقض على هذا الشكل، وهو نفسه التقسيم سنعتمده عند دراستنا لهذه الأوجه لاحقاً.

وقد ذهب الأساتذة Marie Noelle et Xavier Bachellier في مؤلفهم تقنية الطعن بالنقض إلى تقسيم ثنائي، حيث أن كل قسم يضم مجموعة من الأوجه، فالقسم الأول يضم الأوجه الرئيسية وهي مجموعة الأوجه كثيرة الاستعمال وتتمثل في : مخالفة القانون . انعدام أو نقص الأساس القانوني . انعدام أو تناقض الأسباب . عدم الرد على الطلبات . التشويه، أما القسم الثاني فيضم الأوجه الثانوية وهي مجموعة الأوجه قليلة الاستعمال وتتمثل في : تجاوز السلطة . عدم الاختصاص . تناقض الأحكام . فقدان الأساس القانوني . عيوب الشكل¹³⁸³.

وما يلاحظ على هذا التقسيم أنه تقسيم عملي، يمكن أن يتفهمه الممارس بسهولة، إذ أن الأوجه الثانوية مثلاً تتميز بأنها تتعلق بأخطاء يصعب أن يقع فيها قضاة الموضوع، وبالتالي فإنه يقل استخدامها من طرف الطاعن، حيث أن الأحكام المنقوضة بسبب هذه الأوجه هي قليلة بالمقارنة مع الأحكام المنقوضة بسبب الأوجه الرئيسية.

¹³⁸² Jacques Boré, op cit, pp 394-541.

¹³⁸³ Marie Noëlle et Xavier Bachellier, op cit, P108.

وفي الفقه البلجيكي فإننا نجد التقسيم الذي أخذ به الفقيه Simont والذي يعتمد أساسا على التقسيم الفرنسي، مع استبعاد الوجه المتعلق بتناقض الأحكام المنصوص عليه بالمادة 504 من قانون الإجراءات المدنية البلجيكي، لكن أضاف إليه الوجه المتعلق بالتسبيب، وقد فضل هذا الفقيه استعمال هذا الوجه باعتباره أوسع من الوجه المتعلق بانعدام الأساس القانوني الذي أخذ به الفقيه Fay، غير أن التقسيم السائد في الفقه البلجيكي هو التقسيم الذي يحصر الأوجه في وجهين رئيسيين والذان تم التنصيص عليهما صراحة في النصوص التشريعية وهما: مخالفة القانون وخرق الأشكال¹³⁸⁴.

أما المشرع المصري فقد نص بالمادة 248 من قانون المرافعات على أن للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف في الأحوال التالية: . إذا كان الحكم المطعون فيه مبنيا على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله. . إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم.

ثم أضاف حالة خاصة نظمها في مادة مستقلة وهي المادة 249 من نفس القانون، وتتمثل هذه الحالة في صدور حكم مخالف لحكم آخر سبق صدوره بين الأطراف وحاز قوة الأمر المحكوم به، وما يميز هذه الحالة إضافة إلى استقلاليتها أنها أيضا شملت كل درجات المحاكم، بحيث أن توافرها في أحكام الدرجة الأولى يفتح مجال الطعن بالنقض فيها رغم أنها لم تصدر من جهة الاستئناف¹³⁸⁵.

ويلاحظ على هذا التقسيم التشريعي أنه لا يتضمن تعدادا تفصيليا لكل أوجه النقض، وإنما يكتفي بإعطاء مجموعتين من العيوب التي يمكن أن تطل الحكم القضائي وهما عند البعض، العيوب في التقدير، والعيوب في الإجراءات¹³⁸⁶، وعند البعض الآخر العيوب الموضوعية

¹³⁸⁴ François Rigaux, op cit, p21.

¹³⁸⁵ محمد العشماوي، مرجع سابق، ص 989.

¹³⁸⁶ فتحي والي، مرجع سابق، ص 708، حيث يرى هذا الفقيه أن العيوب في التقدير، هي الأخطاء التي يرتكبها القاضي في تطبيقه للقانون على المسألة المطروحة عليه، أما العيوب في الإجراءات فهي تشكل أخطاء في نشاط القاضي الذي يلزمه به القانون، حتى يتمكن من إصدار حكم عادل في القضية، وتظهر فائدة هذا التقسيم في أنه في المجموعة الأولى تقتصر سلطة محكمة النقض على القانون دون الواقع، في حين أنه في المجموعة الثانية تمتد سلطتها إلى بحث الوقائع.

والعيوب الشكلية¹³⁸⁷، حيث يمكن بعد ذلك إدخال كل الأوجه المعروفة في الفقه وفي قضاء النقض تحت عباءة هذه العيوب.

و إستمرارا لتتبعنا لأوجه النقض في التشريعات المقارنة، قمنا بالبحث في هذه المسألة عند المشرع التونسي، حيث لا حظنا أنه نظم المسألة بالمادة 175 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية، حيث حصرت هذه المادة أوجه النقض في الحالات السبعة التالية:

. إذا كان الحكم مبنيًا على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله . إذا كان الحكم صادرًا فيما يتجاوز اختصاص المحكمة التي أصدرته . إذا كان هناك إفراط في السلطة . إذا لم تراعى الإجراءات أو في الحكم الصيغ الشكلية التي رتب القانون على عدم مراعاتها البطلان أو السقوط . إذا كانت هناك أحكام نهائية متناقضة في نصها وكانت صادرة بين نفس الخصوم وفي ذات الموضوع والسبب . إذا صدر الحكم بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه أو أغفل الحكم الاستئنافي بعض الطلبات التي حكم فيها ابتدائياً أو كان نص الحكم مشتملاً على أجزاء متناقضة . إذا صدر الحكم على فاقد الأهلية بدون أن يقع تمثيله تمثيلاً قانونياً صحيحاً أو وقع تقصير واضح في الدفاع عنه وكان ذلك هو السبب الأصلي أو الوحيد في صدور الحكم المطعون فيه .

ما يمكن ملاحظته على هذه المادة هو أن المشرع قد حصر أوجه النقض في مسائل القانون فقط، واستبعد بذلك كل الأوجه التي لها علاقة بمسائل الواقع، وذلك رغبة منه في ترك معالجة أخطاء الواقع لوسيلة طعن غير عادية أخرى وهي التماس إعادة النظر¹³⁸⁸، لذلك فإننا لا نجد نص على بعض الأوجه التي لها اتصال بمسائل الواقع كالوجه المأخوذ من انعدام الأساس القانوني والوجه المأخوذ من تشويه المحررات، إلا أن هذا لا يمنع أن محكمة التعقيب تأخذ بهذه الأوجه، باعتبار أن هذه الأوجه وإن كان لها اتصال بمسائل الواقع إلا أنها تعبر في طبيعتها عن خرق للقانون.

أما في لبنان فإن المشرع وبنص المادة 708 من قانون أصول المحاكمات المدنية قد حصر أوجه النقض في إحدى عشر وجهاً هي : . مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تفسيره . مخالفة قواعد الاختصاص الوظيفي أو النوعي . التناقض في الفقرة الحكيمة للقرار الواحد بحيث يستحيل تنفيذه . إغفال الفصل في أحد المطالب . الحكم بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه . فقدان الأساس القانوني

¹³⁸⁷ مصطفى كيرة ، مرجع سابق ، ص 495، حيث نستج أخذه بهذا التقسيم عند مقارنته بين عيب عدم التسبب والذي يدخله في خانة العيوب الشكلية وبين عيب القصور في التسبب الذي يراه عيباً موضوعياً.

¹³⁸⁸ Nadhir Benammou, op cit, p61.

للقرار المطعون فيه بحيث جاءت أسبابه الواقعية غير كافية أو غير واضحة لإسناد الحل القانوني المقرر فيه . تشويه مضمون المستندات بذكر وقائع خلافا لما وردت عليه فيها ، أو بمناقضة المعنى الواضح والصريح لنصوصها . التناقض بين حكمن صادرين بالدرجة الأخيرة في ذات الدعوى عن محكمتين مختلفتين أو عن محكمة واحدة.

ويضع الأستاذ حلمي محمد الحجار في مؤلفه القيم أسباب الطعن بالنقض وعند تعداده لأوجه النقض في القانون اللبناني، تقسيما ثنائيا لأوجه النقض، حيث يقتصر في المجموعة الأولى على عيب مخالفة القانون، بينما المجموعة الثانية تتعلق بعيب مخالفة قواعد قانونية ترتبط بقوانين أصول المحاكمات، وفي استخراجها لأوجه النقض الخاصة بالمجموعة الثانية ينطلق من الأجزاء التي يتألف منها الحكم القضائي، حيث يرى أن الحكم القضائي ينقسم إلى أسباب ومنطوق، ومن ثم فإن العيوب التي يمكن أن تطاله حتما ستقع في أحد القسمين، وهكذا فإن العيوب التي تقع في الأسباب تشكل أوجه النقض التالية : عيوب التسبب وفقدان الأساس القانوني والتشويه والمخالفات المتعلقة بالشكل، أما العيوب التي تقع في المنطوق فإنها تؤدي إلى توافر أحد الأوجه التالية : مخالفة قواعد الاختصاص، ومخالفة قواعد الفصل في الطلبات، والتناقض في منطوق الأحكام¹³⁸⁹.

أما المشرع المغربي فقد ميز بين أربعة أوجه للنقض نص عليها بالمادة 359 من قانون المرافعات المدنية وهي: . خرق القانون الداخلي . خرق قاعدة مسطرية أضرت بأحد الخصوم . عدم الاختصاص . الشطط في استعمال السلطة.

ويرى الدكتور محمد الكشور أن هذا التحديد هو إجراء لا تستلزمه فكرة التمييز بين الواقع والقانون، حيث يمكن الاقتصار على وجه واحد وهو خرق القانون بوجه عام، إلا أن هذا لا يمنع من الاعتراف للمشرع المغربي بتوفيقه عندما ميز بين الأوجه الأربعة السابقة، نظرا للخصوصيات التي تميز كل وجه عن الأوجه الأخرى¹³⁹⁰.

¹³⁸⁹ حلمي محمد الحجار ، مرجع سابق ، ج02، ص 11.

¹³⁹⁰ محمد الكشور ، مرجع سابق ، ص ص 375.376.

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري فإنه قد أورد أوجه النقض بالمادة 358 من ق ا م اد حيث عددها على سبيل الحصر¹³⁹¹ كما يلي : . مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات . إغفال الأشكال الجوهرية للإجراءات . عدم الاختصاص . تجاوز السلطة . مخالفة القانون الداخلي . مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة . مخالفة الاتفاقيات الدولية . انعدام الأساس القانوني . انعدام التسبب . قصور التسبب . تناقض التسبب مع المنطوق . تحريف المضمون الواضح والدقيق لوثيقة معتمدة في الحكم أو القرار . تناقض أحكام أو قرارات صادرة في آخر درجة عندما تكون حجية الشيء المقضي فيه قد أثرت بدون جدوى، وفي هذه الحالة يوجه الطعن بالنقض ضد آخر حكم أو قرار من حيث التاريخ، وإذا تأكد هذا التناقض، يفصل بتأكيد الحكم أو القرار الأول . تناقض أحكام غير قابلة للطعن العادي في هذه الحالة يكون الطعن بالنقض مقبولاً ولو كان أحد الأحكام موضوع طعن بالنقض سابق قد انتهى بالرفض، وفي هذه الحالة يرفع الطعن بالنقض حتى بعد فوات الأجل المنصوص عليه في المادة 354 أعلاه، ويجب توجيهه ضد الحكمين، وإذا تأكد التناقض، تقضي المحكمة العليا بإلغاء أحد الحكمين أو الحكمين معا وجود مقتضيات متناقضة ضمن منطوق الحكم أو القرار . الحكم بما لم يطلب أو بأكثر مما طلب . السهو عن الفصل في أحد الطلبات الأصلية . إذا لم يدافع عن ناقصي الأهلية¹³⁹² .

ويرى البعض أن قيام المشرع بالتعدد الحصري لأوجه النقض سيؤدي إلى تعقيد المسألة لدى المتقاضين من حيث أنه أراد تبسيطها، ذلك أن هذا التعداد ليس له أي معنى، خاصة إذا تعمقنا في تحليل هذه الأوجه، أين سنصل إلى نتيجة مؤداها أن هذه الأوجه كلها ترد إلى وجه واحد هو وجه مخالفة القانون¹³⁹³، كما أن هذا التعداد قد يفهم منه نزع المبادرة من قضاة النقض ومنعهم من إثراء هذه الأوجه والتوسع فيها، وهذا ما يعد إخلالاً بالمبادئ التي قامت

¹³⁹¹ نقول على سبيل الحصر وليس على سبيل الذكر ودليلنا في ذلك صياغة الفقرة الأولى من نص المادة 358 من ق ا م اد والتي تنص على أنه لا يبنني الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه التالية: ... ، حيث أن إلّا هنا تفيد الحصر .

¹³⁹² ويكاد يكون هذا النص هو الأطول في ق ا م اد ولا ينافسه في ذلك إلا نص المادة 600 من نفس القانون، والملاحظ كذلك أن هذا النص لا نجد له منافسا في الطول وكثرة تعداد الأوجه في القوانين المقارنة إلا نص المادة 708 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الذي حصر أوجه النقض في إحدى عشر وجها .

¹³⁹³ إلياس أبو عيد، مرجع سابق، ص 154. حيث يرى هذا الأستاذ أن سبب مخالفة قواعد الاختصاص يتعلق بمخالفة قواعد الصلاحية المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية ، في حين أن سبب التناقض بين الأسباب والمنطوق يخالف مبدأ إحقاق العدالة وهو مبدأ منصوص عليه قانونا، أما سبب إغفال الفصل في أحد الطلبات فهو يندرج أيضا في خانة التخلف عن تحقيق العدالة، في حين أن الحكم بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر

عليها محكمة النقض في فرنسا وهي رقابة شرعية الأحكام، حيث تكون لمحكمة النقض جميع سلطات الاجتهاد من أجل السهر على عدم مخالفة الأحكام القضائية للقانون بمفهومه الواسع. ونحن نرى من جهتنا أن التعداد الحصري الذي جاء به المشرع يجب أن لا ننظر له من وجهة نظر سلبية، بل يجب أن ننظر إليه من جوانبه الإيجابية، حيث أن التعداد الحصري ليس من شأنه تعقيد الأمور على المتقاضين، بل بالعكس فإننا نجد فيه نوع من التبسيط وذلك بإعطاء جميع الصور التي يمكن أن يأخذها عيب مخالفة القانون، كما أنه يجب الانتباه أننا أمام محكمة النقض لا نكون أمام متقاضيين، بل نكون أمام وكلائهم وهم المحامون المحترفون والذين تحصلوا على الاعتماد الذي يخول لهم تمثيل الخصوم أمام المحكمة العليا، وهؤلاء المحامين هم من التجربة بما يسمح لهم من فهم هذه الصور والتحكم في كيفية استخراجها، هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن الإشارة إلى بعض الأوجه كان مسألة لا بد منها بالنسبة للمشرع، وهذه الأوجه تتمثل في الأوجه التي كانت في ظل القانون القديم تشكل صور من صور التماس إعادة النظر وتم حذفها من هذا الطعن في القانون الجديد، وبالتالي كان من الأحسن أن يبين المشرع أنها اصبح يعتبرها من أوجه الطعن بالنقض، ومن جهة أخرى فإن الحصر هنا لا يستفاد منه غلق الباب على المحكمة العليا في استخراج أوجه أخرى تعبر عن مخالفة القانون غير واردة في نص المادة 358 من ق ا م ا د، حيث أننا نرى أنه يجب أن لا ننكر على المحكمة العليا دورها الخلاق في هذه المسألة، وإن كان عليها في هذه الحالة أن ترد الوجه المبتكر من طرفها إلى أحد الأوجه المنصوص عليها قانونا، ودليلنا في ذلك أن نص المادة 233 من قانون الإجراءات المدنية القديم ورغم أنها هي أيضا كانت تحصر أوجه النقض، إلا ان هذا لم يمنع المحكمة العليا من إدخال أوجه أخرى غير منصوص عليها قانونا من ذلك مثلا الوجه المأخوذ من تشويه المستندات .

ويتحدد نطاق نظر المحكمة العليا في الطعن بالنقض المرفوع أمامها أساسا بالأوجه المثارة من طرف الطاعن والواردة في مذكرة الطعن بالنقض، فإذا كانت هذه المذكرة خالية من بيان الأوجه

مما طلبوه يخالف أيضا قواعد قانونية منصوص عليها بقانون الإجراءات، أما انعدام الأساس القانوني فهو يعد من قبيل العيوب التي تشوب التسبيب، مما يشكل مخالفة لقاعدة قانونية تلزم القضاة بالتسبيب ، أما التناقض بين حكمين نهائيين فهو يخالف قاعدة سبق الفصل ، في حين أن عيب التشويه فهو يشكل مخالفة لمبدأ قوة الإثبات ، وهكذا فإن كل هذه العيوب ترجع إلى عيب وحيد هو عيب مخالفة القانون بمفهومها الواسع.

فإن ذلك يؤدي إلى غلق الباب أمام المحكمة العليا من ممارسة رقابتها على القرار أو الحكم المطعون فيه، حيث يتعين على الطاعن أن لا يتكل على سلطة المحكمة العليا في إثارة الأوجه التلقائية، لأن هذه السلطة ليست إلزامية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن المحكمة العليا لا يمكنها ممارسة هذه السلطة في حالة عدم وجود الأوجه¹³⁹⁴، أو عدم بيان معناها¹³⁹⁵، ولا يقبل بعد ذلك من الطاعن أن يثير أوجه النقض عن طريق المذكرة الشارحة أو مرافعته الشفوية¹³⁹⁶، كما لا يجوز له تدارك بعض الأوجه التي نسي إثارتها في مذكرة الطعن، فإذا أسس طعنه مثلا على الوجه المأخوذ من مخالفة القانون، فإنه لا يجوز له بعد ذلك أن يتمسك

¹³⁹⁴ . قرار المجلس الأعلى . الغرفة الاجتماعية . المؤرخ في 1981/02/23، ملف رقم 20308، م ق، ع02، س1989، ص 145: متى كان من المقرر ، أنه يجب لقبول عريضة الطعن شكلا، أن تحتوي على موجز للوقائع وكذلك الأوجه التي يبني عليها الطعن المرفوع أمام المجلس الأعلى ، فإن متطلبات القانون في هذا الشأن ينبغي ألا تفهم على أنها مجرد اختيار لعنوان وسيلة من وسائل الطعن ، بل لابد من تخصيص الوجه المثار من الناحية التي يتعلق بها .

. قرار المحكمة العليا . الغرفة التجارية والبحرية . المؤرخ في 1995/10/10، ملف رقم 137830، الاجتهاد القضائي للغرفة التجارية والبحرية ، عدد خاص ، س 2001، ص 113: حيث أن عريضة الأستاذ قلو محمد مسعود غير مقبولة شكلا لكونها لا تتضمن أي وجه لتدعيم الطعن .

¹³⁹⁵ إلياس أبو عيد، مرجع سابق ، ص 09.

. قرار المحكمة العليا . الغرفة الاجتماعية . المؤرخ في 2001/09/12، ملف رقم 226439، نشرة القضاة ، ع57، ص 198: حيث يتبين من تناول الطاعنة لعنوان الوجه المثار إغفال ذكر وتحديد القواعد الجوهرية في الإجراءات التي خالفها قضاء الموضوع في قرارهم المطعون فيه ، واكتفت في طرح الوجه على وقائع القضية وهو ما يجعل الصيغة التي تناولت بها الطاعنة الوجه المثار غير ممكن الرد عليه.

¹³⁹⁶ قرار المحكمة العليا . الغرفة التجارية والبحرية . المؤرخ في 2005/10/05، ملف رقم 349764، مجلة المحكمة العليا، ع01 ، س2006، ص333: حيث أضافت الطاعنة مذكرة مؤرخة في 2004/10/11 بواسطة محاميها تحت عنوان عريضة مساندة للطعن بالنقض أثارت فيها وجهين وتمسكت بالأوجه المثارة بعريضة الطعن المؤرخة في 2004/03/06، وحيث أن عريضة مساندة الطعن بالنقض غير مقبولة لأن الطعن بالنقض لا يرفع إلا بعريضة واحدة ، ولا يجوز للطاعن إلا إضافة مذكرة شارحة تتضمن شرح الأوجه المثارة بعريضة الطعن مع احترام الأجل المنصوص عليه في المادة 143 من قانون الإجراءات المدنية، مما يتعين عدم قبول مذكرة مساندة الطعن بالنقض.

في مذكراته اللاحقة أو مرافعته الشفوية بوجه آخر كالوجه المأخوذ مثلا من مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات¹³⁹⁷.

ورغم أن القانون يستوجب بيان الأوجه في صحيفة الطعن بالنقض، إلا أنه لم يبين كيفية بيانها ولا ترتيبها، لذلك يكفي الطاعن أن يطرح الأوجه التي يثيرها بطريقة غير مبهمة، وإلا كانت مرفوضة¹³⁹⁸، ولا يشترط أن تكون الأسباب التي ساقها الطاعن لتأسيس الوجه الذي يطرحه أسبابا مقنعة وصحيحة، إنما يجب أن تكون المخالفة التي يلوم عليها قضاة الموضوع موجودة فعلا ومؤثرة، إذ أن المحكمة العليا تستطيع أن تؤسس الوجه من عندها إذا كان صحيحا¹³⁹⁹.

وتكشف قراءة أوجه النقض في مجمل القوانين المقارنة على أن مسائل القانون هي الأصل في ما يعرض على محكمة النقض، وأن الجانب الواقعي للقرار المطعون فيه لا يدخل في ما يمكن طرحه من خلال الطعن بالنقض، لكن هذا لا يمنع القول أنه قد توجد من بين الأوجه ما يجعل لبعض مسائل الواقع حظ من رقابة المحكمة العليا، إلا أن ذلك ليس إلا على سبيل الاستثناء، ودون أن يفهم منه أن للمحكمة العليا وهي تمارس دورها كجهة نقض أي سلطة في إعادة تقدير الوقائع على نحو يخالف التقدير الذي وضعه قضاة الموضوع¹⁴⁰⁰.

وحتى يكون عملنا في تقسيم هذه الأوجه منسجما مع ما انتهينا إليه من خلال دراسة الباب الأول، فإننا سندرسها في إطار حدود رقابة المحكمة العليا والتي انتهينا إلى أنها رقابة قصوى تتعلق بمسائل القانون، وهي ما تعرف بالرقابة المعيارية، ورقابة دنيا تتعلق بمسائل الواقع، وهي ما تعرف برقابة التسبيب، وفي هذا الإطار يمكننا أن نصنف الأوجه إلى مجموعتين، المجموعة

¹³⁹⁷ وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص 689.

¹³⁹⁸ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، ط 02، ب د ن، القاهرة 1997، ص 187.

¹³⁹⁹ قرار المحكمة العليا . الغرفة المدنية . المؤرخ في 2005/12/21، ملف رقم 381789، مجلة المحكمة العليا، ع01، س 2007، ص 264: وحيث أن ما يعيبه الطاعن على القرار المطعون فيه في محله، ولكن ليس للأسباب التي استند إليها ولكن للأسباب التالية: حيث أن القانون لا يخول للنيابة العامة أن ترفع الدعوى أمام القضاء المدني إلا استثناء ولا يحق لها أن تتدخل أمامه عن طريق الإدعاء إلا حيث ينص القانون على ذلك، وحيث أنه لا يوجد أي نص قانوني يخول للنيابة العامة الصفة في هذه الدعوى، وحيث لما قبل قضاة المجلس التماس النيابة العامة في القرار المطعون فيه رغم أنه ليس لها الصفة في هذا النزاع فإنهم خرخوا القانون وعرضوا قرارهم للنقض.

¹⁴⁰⁰ أحمد السيد خليل، مرجع سابق، ص ص 338.337.

الأولى وهي الأوجه المتصلة بمسائل القانون، والتي تتضمن الأوجه المأخوذة من أخطاء في القانون، والمجموعة الثانية وهي الأوجه المتعلقة بمسائل الواقع، والتي تتضمن الأوجه المأخوذة من أخطاء في التسبيب، وهو نفس التقسيم الذي أخذ به الفقيه Boré والذي سبق وأن أشرنا إليه، كما أن هذا التقسيم ينسجم أيضا مع التعريف الذي أخذ به المشرع في تحديده لوظيفة المحكمة العليا بصفتها جهازا مقوما لأعمال المجالس القضائية والمحاكم، حيث نصت المادة من القانون العضوي المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا على أن هذه الأخيرة تمارس رقابة على تسبيب الأحكام ورقابة معيارية تأخذ بعين الاعتبار تكييف الوقائع على ضوء القاعدة القانونية . وعليه فإننا سنقوم بتقسيم هذا الباب إلى فصلين، نتناول في الفصل الأول أوجه النقض المتعلقة بمسائل القانون، بينما ندرس في الفصل الثاني أوجه النقض المتصلة بمسائل الواقع .

الفصل الأول: أوجه النقض المتصلة بمسائل القانون

تتميز هذه الأوجه بأنها تتعلق بالعيوب التي تلحق الحكم أو القرار المطعون فيه بمناسبة مخالفته للقانون الإجرائي أو الموضوعي ، أو بمناسبة تجاوز قاضي الموضوع الذي أصدره لاختصاصه أو لحدود سلطاته، أو بسبب وقوع تناقض في الأحكام.

إن ارتباط هذه الأوجه بمسائل القانون ينطلق من فكرة أن قضاة المحكمة العليا لا يحتاجون عند استخراجهم لهذه العيوب والكشف عنها إلى الرجوع إلى العناصر الواقعية للنزاع، أو بمعنى آخر، يفترض في قضاة الموضوع أنهم قد عرضوا الوقائع عرضاً كافياً، وسببوا حكمهم تسبباً كافياً ولم يقوموا بتشويهه وتحريف الوثائق التي اعتمدوا عليها للوصول إلى الحل الذي طبقوه، وأن خطأهم قد انحصر في تطبيقهم للقانون أو في نطاق اختصاصهم وسلطتهم.

ولدراسة هذه الأوجه فإننا نقترح تقسيماً عملياً لهذا الفصل، ينطلق من طبيعة المسألة القانونية التي خالفها قاضي الموضوع، من حيث علاقتها بالحق محل الدعوى التي نشأ عنها الحكم أو القرار المطعون فيه، من أنها مسألة قانونية إجرائية أو أنها مسألة قانونية غير إجرائية.

المبحث الأول: أوجه النقض المتعلقة بمخالفة مسائل قانونية إجرائية - المراقبة التنظيمية -

إن أوجه النقض المتعلقة بمسائل قانونية إجرائية، هي المعبرة عن المراقبة التنظيمية التي يقوم بها قضاة النقض على مدى احترام القواعد المسيرة للخصومة والتي يقع عبء مراعاتها على القاضي، كما أن آثار هذا النوع من الرقابة على جهة الإحالة في حالة النقض هو تأثير محدود، ذلك أن رأي المحكمة العليا في هذه الحالة لا يتضمن توجيهاً معيناً لموضوع القضية، بمعنى أن النقض لا يعني أن الطاعن سيتوصل إلى نتيجة إيجابية بعد الإحالة¹⁴⁰¹.

بالرجوع إلى أوجه النقض المشار إليها بالمادة 358 من ق ا م ا فإنه يمكننا أن نحصر الأوجه المتعلقة بمخالفة المسائل القانونية الإجرائية في الأوجه التالية : . مخالفة قواعد جوهرية في الإجراءات . إغفال الأشكال الجوهرية في الإجراءات . مخالفة قواعد الاختصاص .

ونلاحظ أن الأوجه المتعلقة بمخالفة أو إغفال القواعد الجوهرية في الإجراءات يمكن ردها جميعاً إلى أخطاء القاضي أو الخصوم بمناسبة مباشرتهم للأعمال الإجرائية، وهذا ما سنتناوله في

¹⁴⁰¹ عبد السلام ديب ، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ، مرجع سابق ، ص 256.

المطلب الأول، بينما سنخصص المطلب الثاني لدراسة وجه النقض المأخوذ من مخالفة قواعد الاختصاص .

المطلب الأول: العيوب المتعلقة بمخالفة أو إغفال المقتضيات الجوهرية في العمل الإجرائي¹⁴⁰²

إن إجراء مقارنة بسيطة بين نص المادة 233 من قانون الإجراءات المدنية الملغى والمادة 358 من ق ا م اد في ما يخص العيوب المتعلقة بالأشكال الإجرائية فإننا نجد النص القديم يجمع بين عيب مخالفة القواعد الجوهرية في الإجراءات وبين عيب الإغفال لهذه القواعد، في حين أن النص الجديد قام بعملية الفصل بينهما، وسبب هذا الفصل منطقي وينسجم مع ما قرره هذا القانون من عدم جواز جمع حالات الطعن بالنقض في وجه واحد¹⁴⁰³.

ومن جهة أخرى فإن هذا الفصل الذي قام به المشرع بين المخالفتين أضيفت إليه تفرقة أخرى تتعلق باستعمال المصطلحات، حيث نجد المشرع يستعمل مصطلح القاعدة الجوهرية عند الإشارة إلى عيب المخالفة في حين يستعمل مصطلح الأشكال الجوهرية عند الإشارة إلى عيب الإغفال.

ويلاحظ أن هذا التمييز بين المصطلحات الذي اتجه إليه النص العربي من المادة 358 من ق ا م اد هو تمييز لا نجد له أي أثر في النص الفرنسي لنفس المادة، حيث يستعمل المشرع مصطلح الأشكال الجوهرية عند الإشارة إلى العيبين¹⁴⁰⁴ ، ولا في النص القديم الملغى الذي كان يستعمل مصطلح القاعدة الجوهرية في الإجراءات، كما يلاحظ أيضا أن قضاء المحكمة العليا كان لا يعير أي اهتمام للتفرقة بين مصطلح القواعد الإجرائية ومصطلح الأشكال الجوهرية، إذ أن بعض مذكرات الطعن بالنقض كانت تستعمل مصطلح الأشكال الجوهرية للتعبير عن خرق القواعد الجوهرية ، دون أن تلقى رفضا من طرف قضاة المحكمة العليا الذين كانوا يقومون بفحص الوجه رغم ذلك في إطار مخالفة أو إغفال قاعدة جوهرية في الإجراءات.

¹⁴⁰² إن عدم تقيدنا بالتسمية التي أخذ بها المشرع لهذه الأوجه له مبررات سنقوم بإبرازها من خلال هذا المطلب.
¹⁴⁰³ المادة 5.565 من ق ا م اد : يجب ألا يتضمن الوجه المتمسك به أو الفرع منه إلا حالة واحدة من حالات الطعن بالنقض بعد تحديدها وذلك تحت طائلة عدم قبوله.

¹⁴⁰⁴ Art 358 cpc : le pourvoi en cassation ne peut être fondé que sur un ou plusieurs des moyens suivants : 1-violation des formes substantielles de procéder -2-omission des formes substantielles de procéder -3- ...

إننا وأمام هذا الوضع يجب أن نحدد المصطلح الملائم والذي يستغرق جميع العيوب التي تلحق بالعمل الإجرائي.

يلاحظ أن أبرز الفقه الذي اشتغل على هذه المسألة لا يأخذ بهذا التقسيم بين الشكل الإجرائي والقاعدة الإجرائية، حيث أنه يركز في أغلبه على العيوب الشكلية والعيوب الموضوعية التي تلحق العمل الإجرائي، وأن هذه العيوب في الحقيقة ما هي إلا نتيجة لمخالفة أو إغفال مقتضى من مقتضيات العمل الإجرائي، هذه المقتضيات قد تكون موضوعية كما قد تكون شكلية¹⁴⁰⁵. إن هذه الأوجه . إذن . قد يكون سببها عدم صلاحية الشخص للقيام بالعمل الإجرائي، كما قد يكون سببها عيب في محل هذا العمل، أو في إرادة الشخص الذي يقوم به، وكل هذه العيوب تتعلق بالمقتضيات الموضوعية للعمل الإجرائي، أما إذا كان سبب الوجه المثار عيب لحق بشكل العمل الإجرائي فإنه يكون متعلقاً بالمقتضيات الشكلية لهذا العمل¹⁴⁰⁶.

كما أنه بالرجوع إلى المشرع المصري و التشريعات العربية المقارنة التي حذت حذوه، فإنه استعمل مصطلح بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم¹⁴⁰⁷، حيث يلاحظ أن مصطلح البطلان ينصرف إلى العيوب الموضوعية والعيوب الشكلية التي تلحق العمل الإجرائي.

لذلك فإننا نرى أن المصطلح الملائم للتعبير عن الأوجه المتعلقة بمخالفة العمل الإجرائي هو مصطلح مقتضيات جوهرية للعمل الإجرائي، فنكون بصدد الوجه الأول المأخوذ من مخالفة مقتضيات جوهرية في العمل الإجرائي، والوجه الثاني المأخوذ من إغفال مقتضيات جوهرية في العمل الإجرائي.

وبناء على ما سبق فإن البحث في هذين الوجهين يقتضي أولاً معرفة العمل الإجرائي ومقتضياته، ثم ثانياً العيوب الجوهرية التي تلحق هذا العمل .

¹⁴⁰⁵ راجع في ما يخص تقسيم مقتضيات العمل الإجرائي إلى مقتضيات موضوعية ومقتضيات شكلية : فتحي والي،

الوسيط في قانون القضاء المدني ، مرجع سابق ، ص ص 354،359.

¹⁴⁰⁶ فتحي والي، مرجع سابق، ص ص 354،359.

¹⁴⁰⁷ المادة 248 من قانون المرافعات المصري . المادة 298 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني . المادة

173 من القانون رقم 17 لسنة 1978 الخاص بتنظيم حالات وإجراءات الطعن بالنقض أمام المحكمة الاتحادية

العليا.

الفرع الأول : العمل الإجرائي ومقتضياته

يعتبر الفقيه فتحي والي أول من استعمل مصطلح العمل الإجرائي في اللغة القانونية العربية وذلك في رسالته الشهيرة المقدمة لجامعة القاهرة سنة 1958 تحت عنوان نظرية البطلان، ليتلقفها منه بعد ذلك القضاء والفقه المصري¹⁴⁰⁸، ثم انتقل بعد ذلك هذا المصطلح إلى معظم التشريعات العربية ومن بينها المشرع الجزائري الذي استعمل هذا المصطلح بمناسبة تكلمه عن الدفع بالبطلان في نصوص المادة 60 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وسنحاول من خلال هذا الفرع البحث في تعريف العمل الإجرائي، ثم البحث في مقتضيات العمل الإجرائي.

أولا . تعريف العمل الإجرائي:

يعرف العمل الإجرائي بأنه العمل الذي يرتب عليه القانون أثرا إجرائيا مباشرا، ويكون جزءا من خصومة¹⁴⁰⁹.

والعمل الإجرائي قد يقوم به القاضي، كما قد يصدر عن الخصوم أو الغير كالشهود والخبراء، ولا يشترط أن يتم هذا العمل في مجلس القضاء، إذ المهم أن يكون جزءا من خصومة، إذ يعتبر عملا إجرائيا كسماع شاهد في المستشفى بسبب عجزه عن التنقل، أو القيام بمعايينة، أو حلف يمين في المسجد في مسائل شؤون الأسرة.

¹⁴⁰⁸ والحقيقة أن هذا الفقيه مبدع ومجدد في مجال المرافعات ، ولقد ساعده في ذلك اطلاعه الجيد على فقه المرافعات في كل من إيطاليا وفرنسا وجرأته على النقد والتحليل واقتراح الحلول، ولقد لمست ذلك واضحا بعد إطلاعي على رسالته المشار إليها في المتن.

¹⁴⁰⁹ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني ، مرجع سابق ، ص 350. ويواصل سيادته في بسط هذا التعريف بالقول: أنه يترتب على هذا التعريف أن العمل الإجرائي هو عمل قانوني حيث يستبعد من ذلك أعمال الذكاء التي يقوم بها القاضي كفحصه لملف القضية ، ويستبعد أيضا الأعمال التمهيدية التي يقوم بها الخصوم كمجرد الحضور للقضاء، كما يترتب على هذا التعريف أن هذا العمل يجب أن يترتب عليه آثار إجرائية مباشرة، فلا يعد عملا إجرائيا مثلا التنازل عن الحق المطالب به حيث أن هذا التنازل يترتب أثرا موضوعيا يتمثل في زوال الدعوى، ويشترط هذا التعريف لاعتبار العمل إجرائيا أن يكون جزءا من خصومة، لذلك = لا يعتبر عملا إجرائيا قيام أحد الخصوم بطلب الحصول على وثائق من إحدى الهيئات الإدارية لاستعمالها لإثبات واقعة ما.

ومثال العمل الإجرائي تسجيل عريضة افتتاح الدعوى لدى كتابة الضبط، تبليغ هذه العريضة إلى المدعى عليه، تقديم دفع، التمسك بسقوط الخصومة، سماع شاهد، إجراء خبرة، استجواب أحد الخصوم، إصدار حكم.¹⁴¹⁰

أما من حيث طبيعته فلا يعد العمل الإجرائي تصرفاً قانونياً إرادياً¹⁴¹¹، حيث لا تلعب الإرادة أي دور في القيام به، فالقاضي عندما يصدر حكمه فهو لا يخضع لإرادته، وإنما يخضع لإرادة القانون التي أمرته بالحكم في الدعوى، والخصم عندما يباشر عملاً إجرائياً معيناً فهو لا يخضع لإرادته، وإنما يخضع لإرادة القانون الذي يحدد العمل الإجرائي في موضوعه وشكله ويرتب الآثار اللازمة لحصوله أو عدم القيام به¹⁴¹²، لذلك فإن العمل الإجرائي هو عمل قانوني في طبيعته¹⁴¹³.

ثانياً . مقتضيات العمل الإجرائي:

قد يظهر للبعض أن العمل الإجرائي ما هو إلا أشكال إجرائية¹⁴¹⁴، إلا أنه بالتعمق في دراسته يمكن استخراج أنه يتكون من عنصرين، عنصر الموضوع وعنصر الشكل، وإن كان عنصر الشكل هو الغالب والظاهر فيه، إلا أن عنصر الموضوع ورغم عدم ظهوره إلا أنه يلعب دوراً مهماً خاصة في تحديد مدى التمسك بالشكل في الإجراء المتخذ¹⁴¹⁵، وهذا التقسيم يمكن أن نكتشفه من معالجة المشرع لمسألة بطلان الأعمال الإجرائية، حيث نجده يقسم البطلان إلى بطلان شكلي وبطلان موضوعي¹⁴¹⁶، وهذا ما عبرنا عنه سابقاً بمقتضيات العمل الإجرائي.

¹⁴¹⁰ نبيل اسماعيل عمر، قانون أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص 352.

¹⁴¹¹ يرى بعض الفقه الفرنسي عكس ذلك حيث يذهب إلى أن العمل الإجرائي هو تصرف قانوني إرادي بحيث أنه لا يتم بصفة قانونية إلا من طرف شخص يملك أهلية التصرف:

- Jean Vincent et Serge Guinchard, op cit, p537.

¹⁴¹² فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص 351.

¹⁴¹³ وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص 306.

¹⁴¹⁴ أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 441.

¹⁴¹⁵ نبيل اسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 353.

¹⁴¹⁶ حيث نصت المادة 60 من ق ا م اد على بطلان الأعمال الإجرائية شكلاً بقولها: لا يقرر بطلان الأعمال

الإجرائية شكلاً...، ونصت المادة 64 من ق ا م اد على بطلان الأعمال الإجرائية موضوعاً بقولها: حالات

بطلان العقود غير القضائية والإجراءات من حيث موضوعها ...

أ . المقترضات الموضوعية للعمل الإجرائي:

تتمثل هذه المقترضات في الصلاحية للقيام بالعمل الإجرائي وفي إرادته ومحلّه، وسوف نرى أن المقترضى الأول هو الأكثر أهمية في موضوع العيوب التي تلحق بالعمل الإجرائي فتجعله عرضة للنقض، وهو الذي رتب المشرع بنص صريح البطلان على تخلفه.

1. المقترضى الأول: الصلاحية

ويقصد بها صلاحية القائم بالعمل الإجرائي لممارسة هذا العمل بشكل يجعله ينتج أثره الإجرائي، مهما كانت طبيعة القائم بالعمل الإجرائي، سواء كان قاضيا، أو خصما، أو من الغير كالشاهد والخبير.

. صلاحية القاضي وأعوانه:

فبالنسبة للقاضي يشترط فيه أن يكون متمتعا بالصفة الوظيفية عند مباشرته للعمل الإجرائي¹⁴¹⁷، أي أنه يكون معين بقرار إداري، و قد أدى اليمين القانونية لمباشرة وظيفته كقاضي¹⁴¹⁸، و أن لا يكون قد فقد صلاحية النظر في الدعوى بسبب من الأسباب المحددة قانونا، كأن يكون في وضعية تجعله قابلا للرد¹⁴¹⁹ أو في الفترة الممتدة بين طلب الرد والفصل فيه¹⁴²⁰، أو أن يكون قد تم عزله تأديبيا أو تم إحالته على التقاعد أو تم نقله إلى وظيفة غير قضائية، وهنا يفقد صفته القضائية من تاريخ تبليغه بقرار العزل أو الإحالة على التقاعد أو النقل¹⁴²¹.

وينظر إلى مدى توافر الصلاحية في القاضي أثناء قيامه بالعمل الإجرائي، فإذا كان متمتعا بصفته الوظيفية أثناء القيام بالعمل الإجرائي ثم فقدها بعد ذلك، ثم استبدل بقاض آخر تتوفر

¹⁴¹⁷ ويسري هذا الشرط أيضا على كاتب الضبط والمحضر القضائي.

¹⁴¹⁸ الأنصاري حسن النيداني ، العيوب المبطلة للحكم و طرق التمسك بها ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية 2009، ص 55.

¹⁴¹⁹ المادة 246 من ق ا م اد : يجب على القاضي الذي يعلم أنه في وضعية تجعله قابلا للرد بمفهوم المادة 241 من ق ا م اد ، أن يقدم طلبا لرئيس الجهة القضائية التابع لها بغرض استبداله.

¹⁴²⁰ . المادة 245 من ق ا م اد : يجب على القاضي المطلوب رده أن يمتنع عن الفصل في القضية إلى حين الفصل في طلب الرد.

¹⁴²¹ الأنصاري حسن النيداني ، مرجع سابق، ص 57.

فيه هذه الصلاحية فإن هذا الأخير يواصل من آخر إجراء صحيح قام به القاضي المعزول أو المتحى¹⁴²².

ولا تقتصر الصلاحية على مجرد الصلاحية الوظيفية، بل يجب أن يكون القاضي مؤهل قانونا للقيام بذلك العمل الإجرائي، فمثلا قاضي الدرجة الأولى الذي ليست له رتبة مستشار ورغم أن له صفة قاضي إلا أنه لا يستطيع أن يكون مقررا في الدعوى على مستوى درجة الاستئناف، لأن القيام بالتقرير وهو عمل إجرائي يتم وجوبا من قاضي يتمتع بصفة مستشار¹⁴²³، والقاضي الذي لم يكن عضوا في المداولة لا يمكنه أن يكون عضوا عند النطق بالحكم.

وبالنسبة للعمل الإجرائي المتعلق بالتبليغ، فإن هذا العمل لا يكون صحيحا إلا إذا قام به الموظف المختص الذي ندبه القانون لهذا العمل، فإذا قام به فرد عادي خال من الصفة التي تبيح له مباشرة هذا الأمر، كان العمل باطل بطلانا مطلقا، ولو كان من باشر العمل محاميا أو وكيلًا عن الخصوم¹⁴²⁴.

وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن المشرع قد أوكل مهمة القيام بالتبليغ باعتباره عملا إجرائيا إلى المحضر القضائي باعتباره المختص قانونا بالقيام بالتبليغ¹⁴²⁵، والمحضر القضائي هو ضابط عمومي مخول من طرف السلطة العمومية¹⁴²⁶، يكون من مهامه تبليغ العقود والسندات والإعلانات التي تنص عليها القوانين والتنظيمات، ما لم يحدد القانون طريقة أخرى للتبليغ¹⁴²⁷.

¹⁴²² الأنصاري حسن النيداني، العيوب المبطله للحكم و طرق التمسك بها ، مرجع سابق ، ص 56.

¹⁴²³ المادة 544 من ق ا م اد : يجب أن يعين رئيس الغرفة مستشارا مقررا في القضية لتقديم تقريره، قبل تاريخ انعقاد أول جلسة ينادى فيها على القضية.

¹⁴²⁴ محمد العشماوي، مرجع سابق ، ص 381.

¹⁴²⁵ المادة 416 من ق ا م اد : يقصد بالتبليغ الرسمي، التبليغ الذي يتم بموجب محضر يعده المحضر القضائي.

¹⁴²⁶ المادة 04 من القانون 03.06 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، ج ر عدد14، س 2006.

¹⁴²⁷ المادة 12 من القانون 03.06 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي.

ويشترط أن يكون المحضر القضائي مختص إقليمياً للقيام بالعمل الإجرائي¹⁴²⁸، كما يشترط أيضاً أن لا يكون في وضعية تمنعه من القيام بهذا العمل¹⁴²⁹.

. صلاحية الخصوم:

بداية يجب أن يكون الخصم الذي يصدر عنه العمل القضائي صالحاً لأن يكون خصماً في دعوى قضائية، وهي صلاحية تثبت لكل شخص على قيد الحياة، وعلى ذلك يشترط في الخصوم أن يكونوا أحياء، فالشخص الذي يفقد حياته تنتهي شخصيته المعنوية وتتعدم أهليته¹⁴³⁰، وبالتالي فإن الأعمال الإجرائية التي تتم باسمه تكون عديمة الأثر، فالأصل أن تقوم الخصومة بين طرفيها من الأحياء، وإلا كانت معدومة ولا ترتب أثراً، ولا يصححها إجراء لاحق، وعلى من يريد عقد الخصومة أن يراقب ما يطرأ عليها من وفاة أو تغيير في صفة أطرافها قبل اختتامهم¹⁴³¹.

أما إذا كان الخصم حياً لكنه فاقد للأهلية، فإنه لا يجوز له أن يباشر العمل الإجرائي، وإن كانت له الصلاحية في أن يكون خصماً في الدعوى¹⁴³²، بل يتعين على ممثله القانوني أن يباشرها نيابة عنه، لأنه في هذه الحالة ليست له الأهلية الإجرائية.

¹⁴²⁸ المادة 02 من القانون 03.06 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي: يمتد الاختصاص الإقليمي لكل مكتب إلى دائرة الاختصاص الإقليمي للمجلس القضائي التابع له.

¹⁴²⁹ المواد 21 و 22 من القانون 03.06 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي.

¹⁴³⁰ عبد الوهاب بوضرسة، الشروط العامة والخاصة لقبول الدعوى بين النظري والتطبيقي، دار هومة، ط02، الجزائر 2006، ص242.

. حكم صادر عن القسم العقاري بمحكمة تمالوس مؤرخ في 1998/08/29، مشار إليه في: حمدي باشا عمر، مبادئ الإجتهد القضائي في مادة الإجراءات المدنية، دار هومة، ط07، الجزائر 2007، ص105: حيث أن الدعوى الراهنة رفعت منذ بدايتها ضد شخصين متوفيين وأن الجزاء في هذه الإحالة هو الانعدام الذي لا يقبل التصحيح.

¹⁴³¹ نقض مدني مصري، جلسة 1975/03/13، مجموعة المكتب الفني، س26، طعن رقم 474، س38ق، ص586.

¹⁴³² حكم صادر عن محكمة تمالوس مؤرخ في 1997/02/18، مشار إليه في حمدي باشا عمر، مبادئ الاجتهد القضائي في مادة الإجراءات المدنية، مرجع سابق، ص 42: حيث أن المدعي قدم للمناقشة شهادة طبية تثبت إعاقة ذهنية بنسبة مائة بالمائة، وحيث أن حالته هذه تجعله في حكم عديم الأهلية إعمالاً لنص المواد

والأهلية الإجرائية هي صلاحية الشخص في القيام بعمل إجرائي لمصلحته أو لمصلحة من يمثلهم، وهذه الأهلية هي نظير أهلية الأداء في القانون المدني¹⁴³³، والأهلية الإجرائية كمقتضى موضوعي للعمل الإجرائي تبرز هنا كشرط يجب توفره في الخصوم¹⁴³⁴، وهو ما نص عليه المشرع صراحة بالمادة 64 من ق ا م ا د، حيث رتب بطلان العمل الإجرائي في مضمونه، إذا صدر من خصم منعدم الأهلية أو كانت في مواجهة خصم منعدم الأهلية، كما يبطل العمل الإجرائي إذا كان ممثل الشخص المعنوي أو الطبيعي منعدم الأهلية أو التقويض. والأهلية هنا هي أهلية مباشرة الأعمال القضائية، أو ما يسمى بأهلية التقاضي، ويحدد القانون السن الذي يصبح فيه الشخص كامل الأهلية لمباشرة حقوقه بما فيها حق مباشرة الأعمال الإجرائية¹⁴³⁵، كما يحدد القانون الحالات التي يفقد فيها الشخص أهليته ويصبح غير مؤهل لمباشرة حقوقه¹⁴³⁶.

وإذا حدث وأن كان الخصم القاصر ممثلاً بوليّه في الخصومة، ثم أثناء السير فيها بلغ سن الرشد أو زال عنه سبب فقد الأهلية، فإن التمثيل القانوني يزول وتصبح الأعمال الإجرائية التي يقوم بها الممثل القانوني بعد ذلك قابلة للإبطال لمصلحة القاصر، إلا إذا أجازها فإنها تصبح

44،42،40، من القانون المدني والمادة 81 من قانون الأسرة ، وحيث ما دامت أهلية التقاضي تتعلق بصحة إجراءات الخصومة ، فتبعا لذلك يترتب على انعدامها عند رفع الدعوى بطلان الخصومة القضائية .¹⁴³³ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات ، ط2، ب د ن ، القاهرة 1997 ، ص 438 .¹⁴³⁴ ينصرف مصطلح الخصوم إلى المدعي والمدعى عليه والمدخل في الخصام والمتدخل في الخصام.¹⁴³⁵ المادة 40 من القانون المدني: كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر سنة كاملة.

. المادة 07 من الأمر 02.05 المؤرخ في 15/02/2005 المعدل والمتمم لقانون الأسرة: يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات.¹⁴³⁶ المادة 42 من القانون المدني: لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً للتمييز لصغر في السن ، أو عته ، أو جنون .

المادة 81 من قانون الأسرة : من كان فاقداً للأهلية أو ناقصها لصغر السن ، أو جنون ، أو عته ، أو سفه، ينوب عنه قانوناً ولي أو وصي أو مقدم طبقاً لأحكام القانون.

صحيحة، ولكن على أساس أن الممثل القانوني للقاصر يصبح وكيلًا له بموجب وكالة اتفاقية
1437.

أما إذا كان الخصم شخصًا اعتباريًا، فإنه يجب أولاً أن يتوفر فيه الوجود القانوني، أي أن يكون متمتعًا بالشخصية المعنوية¹⁴³⁸، حتى يمكن أن يقبل كخصم في الدعوى¹⁴³⁹، ثم بعد ذلك يجب أن يكون له ممثل قانوني يباشر العمل الإجرائي نيابة عنه، فالقاعدة أن الشخص الاعتباري يتقاضى عن طريق من يمثله وفقاً للقانون أو عن طريق نظامه الداخلي، مهما كانت طبيعة هذا الشخص الاعتباري عام أو خاص، حيث أن طبيعته تقتضي أن يمثله شخص طبيعي في مباشرة الأعمال الإجرائية، والسبب في ذلك أنه يستحيل على الشخص الاعتباري من الناحية المادية مباشرة هذه الأعمال¹⁴⁴⁰.

¹⁴³⁷ أحمد هندي ، أصول قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية 2006 ، ص 401.

¹⁴³⁸ قرار المحكمة العليا رقم 143596 مؤرخ في 1997/05/20 ، المجلة القضائية 1997، ع01، ص 66 ، مشار إليه في : حمدي باشا عمر، مبادئ الاجتهاد القضائي في مادة الإجراءات المدنية ، مرجع سابق، ص 66 : حيث من المقرر قانوناً أنه تكتسب الجمعية الشخصية المعنوية والأهلية بمجرد تأسيسها ويمكنها حينئذ أن تمثل أمام القضاء وتمارس خصوصاً أمام المحاكم المختصة حقوق الطرف المدني بسبب وقائع لها علاقة بهدف الجمعية .

. فمثلاً لا تكتسب الشركة التجارية الشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري ، المادة 549: لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري.

¹⁴³⁹ قرار المحكمة العليا رقم 71449 مؤرخ في 1990/11/18 ، المجلة القضائية 1994، ع01، ص 178، مشار إليه في : حمدي باشا عمر، مبادئ الاجتهاد القضائي في مادة الإجراءات المدنية ، مرجع سابق، ص 43 : حيث أنه من المقرر قانوناً أن رئيس المجلس الشعبي البلدي هو وحده المختص قانوناً بتمثيل البلدية في كل مجالات الحياة المدنية والإدارية وفي التقاضي باسمها، وأن رئيس الدائرة يعد ممثلاً لدائرة إدارية لا تتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية وليست له أهلية التقاضي ، ومن ثم فإن عريضة الطعن في قضية الحال التي رفعت ضد رئيس الدائرة ومندوب حزب جبهة التحرير الوطني اللذان لا يتمتعان بأهلية التقاضي فإن قضاة المجلس بعدم قبولهم لهذه العريضة طبقوا صحيح القانون.

¹⁴⁴⁰ خالد أحمد شبكه ، التوكيل في الخصومة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية 2006، ص 92.

ويحدد القانون المؤسس للشخص الاعتباري ممثله القانوني، ويمارس هذا الأخير صلاحياته كممثل للشخص الاعتباري أمام القضاء بصفة شخصية، كما يمكنه أن يفوضها إلى شخص آخر عادة ما يكون موظفا لدى الشخص الاعتباري.

وعند انعدام الأهلية في الممثل القانوني، أو فقدانها أثناء مباشرة العمل الإجرائي فإن الجزاء هو بطلان ذلك العمل، ويراقب القاضي مدى توفر الأهلية في الممثل القانوني، كما يراقب أنه يحوز على تفويض يمكنه من التمثيل أمام القضاء، فإذا تقدم مثلا الممثل القانوني بطلب باسم الشخص الاعتباري ولا حظ قاضي الحكم أن الممثل القانوني لا يحوز على التفويض، فإنه يعتبر هذا الطلب باطلا ولا يلتفت إليه¹⁴⁴¹.

ويلاحظ أن الممثل القانوني للشخص الطبيعي أو المعنوي لا يحوز على الصفة الموضوعية في الدعوى، بحيث أنه لا يعتبر خصما ولا يطالب بحق شخصي له، وإنما هو مجرد ممثل لصاحب الصفة الموضوعية، الذي وبسبب عدم قدرته على مباشرة العمل الإجرائي يقوم الممثل القانوني بالقيام بهذا العمل نيابة عنه، فإذا كان هذا التمثيل غير قانوني أو أن الممثل القانوني في حد ذاته قد فقد أهليته، فإن الجزاء هنا لا يكون عدم القبول وإنما هو بطلان الإجراءات¹⁴⁴².

وصلاحية الخصم لممارسة العمل الإجرائي تقتضي أيضا أن يكون العمل الإجرائي المراد القيام به هو عمل مقرر لمصلحته، وإلا فإن هذا العمل يكون باطلا لعيب موضوعي فيه وهو انعدام المصلحة، فمثلا إذا قرر القانون أن إجراء معين هو مقرر لمصلحة خصم ما، فإنه لا يجوز لبقية الخصوم التمسك بهذا الإجراء لعدم وجود مصلحة لهم في ممارسته¹⁴⁴³.

¹⁴⁴¹ قرار المحكمة العليا رقم 103042 مؤرخ في 27/09/1993، المجلة القضائية 1994، ع01، ص 139، مشار إليه في حمدي باشا عمر، مبادئ الاجتهاد القضائي في مادة الإجراءات المدنية، مرجع سابق، ص 155: حيث ولما ثبت من قضية الحال أن رئيس الوكالة التابعة للشركة الجزائرية لتأمينات النقل لم يكن حائزا على توكيل خاص من المدير العام لتمثيل المؤسسة أمام القضاء فإن قضاة المجلس بعدم قبولهم للاستئناف المرفوع من قبله طبقوا صحيح القانون.

¹⁴⁴² أحمد هندي، أصول قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 161.

¹⁴⁴³ قرار المحكمة العليا رقم 52039 المؤرخ في 05/04/1989، المجلة القضائية 1990، ع03، ص 43، مشار إليه في عبد الوهاب بوضرسة، مرجع سابق، ص 123: حيث ولما ثبت من قضية الحال أن أحد المطعون

وأحيانا يتدخل المشرع ليقرر بأن بعض الأعمال الإجرائية لا يكون للخصوم صلاحية القيام بها بأنفسهم بل يتعين عليهم أن يباشروها بواسطة محام تحت طائلة بطلان العمل الإجرائي، ومن ذلك ما نصت عليه المادة 540 من ق ا م ا د من أن عريضة الاستئناف تكون غير مقبولة شكلا في حالة عدم تضمنها لختم المحامي وتوقيعه وعنوانه¹⁴⁴⁴، وما نصت عليه المادة 567 من ق ا م ا د بأن عريضة الطعن بالنقض تكون مرفوضة شكلا إذا لم تتضمن توقيع وختم محام معتمد لدى المحكمة العليا وعنوانه المهني.

. صلاحية الغير:

نقصد بالغير هنا كل شخص غير القاضي وأعوانه و الخصوم ووكلائهم، وينصرف مصطلح الغير في الخصومة إلى الشهود والخبراء، والذين عادة ما يستعين بهم القاضي في عملية تحصيل الواقع، حيث يضع القانون إجراءات خاصة بالشروط التي يجب أن تتوفر فيهم حتى يكون لهم صلاحية القيام بالعمل الإجرائي الذي يكلفون به من طرف القاضي.

فبالنسبة إلى الخبير فإن صلاحيته تتحدد بالمسائل الثلاث التالية: الأولى أن تتوفر فيه الشروط التي يتطلبها القانون لاكتساب صفة الخبير القضائي¹⁴⁴⁵، والثانية أن يكون قد أدى اليمين القانونية¹⁴⁴⁶، والثالثة أن لا يكون تحت طائلة حالة من حالات الرد المنصوص عليها قانونا¹⁴⁴⁷.

ضدهم لم يكن طرفا في الحكم الغيابي المعارض فيه ، فإن قضاة الموضوع بقبولهم معارضة شخص لم يكن طرفا في الحكم الغيابي قد خرقوا قواعد جوهرية في الإجراءات.¹⁴⁴⁴ لا يسري هذا الشرط على مذكرات الاستئناف الخاصة بالقضايا الاجتماعية إذا كان المستأنف عاملا، وبقضايا شؤون الأسرة ، والقضايا المتعلقة بالأوامر على العرائض، ولا يسري هذا الشرط في كل الأحوال على الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية ، انظر المواد 538 ، 312 من ق ا م ا د.¹⁴⁴⁵ هذه الشروط محددة بدقة بالمرسوم التنفيذي رقم 31095 المؤرخ في 1995/10/10 المحدد لشروط التسجيل في قوائم الخبراء القضائيين وكيفية وكيفية والمحدد لحقوقهم وواجباتهم ، ومن بين هذه الشروط نذكر مثلا : أن يكون حاصلًا على شهادة جامعية أو تأهيل معين . أن لا يكون قد منع بقرار قضائي من ممارسة المهنة ... راجع المادة 04 من هذا المرسوم.

¹⁴⁴⁶ وهنا نفرق بين الخبير المسجل في قائمة الخبراء، وهذا يكون قد أدى اليمين القانونية عند تسجيله في الجدول المعتمد من طرف وزير العدل وفقا للمادة 09 من المرسوم 31095، حيث أن التسجيل في قائمة الخبراء هو قرينة قاطعة على أداء اليمين وبالتالي لا يطلب منه أداء اليمين قبل إجراءه للخبرة التي أمر بالقيام بها، من جهة

وعليه فإن الخبير الذي لا تتوفر فيه الشروط المنصوص عليها بالمادة 04 من المرسوم التنفيذي 310.95 يكون غير مؤهل للقيام بالخبرة، ويترتب على قيامه بها البطلان، كما يترتب البطلان على الخبرة المنجزة من طرف خبير غير مقيد في جدول الخبراء لم يتم بأداء اليمين قبل إنجازها، وتعتبر باطلة أيضا الخبرة التي ينجزها الخبير الذي ثبتت فيه حالة من حالات الرد وقام بإنجاز الخبرة رغم تمسك أحد الخصوم برده.

وإذا قام القاضي باختيار خبير من خارج الجدول المعتمد، فإنه لا يلزم ببيان أسباب خروجه عن الجدول في اختياره، ولا يترتب عن هذا الإغفال أي بطلان للخبرة¹⁴⁴⁸.

أما بالنسبة للشاهد فإن صلاحيته للقيام بالعمل الإجرائي المكلف به وهو أداء الشهادة تقوم بتوفر بعض الشروط التي حددها القانون، من حيث علاقته بالخصوم¹⁴⁴⁹، ومن حيث أهليته¹⁴⁵⁰.

، وبين الخبير غير المسجل في قائمة الخبراء ، وهذا يتعين عليه أداء اليمين القانونية عند إجراءه لكل خبرة يقوم بتنفيذها من جهة أخرى.

¹⁴⁴⁷ حسب المادة 133 من ق ا م ا د فإن حالات رد الخبير هي : القرابة المباشرة أو القرابة غير المباشرة لغاية الدرجة الرابعة . وجود مصلحة شخصية . أي سبب جدي آخر . نلاحظ أن المشرع لم يعرف السبب الجدي إلا أنه يمكننا أن نعطي أمثلة عنه فالعداوة الشديدة مثلا تشكل سببا جديا لرد الخبير . .

¹⁴⁴⁸ علي الشحات الحديدي، مرجع سابق، ص 119.

. هناك رأي مخالف يذهب إلى أنه يجب على القاضي أن يبين في حكمه أسباب خروجه على جدول الخبراء ، وذلك حتى يتسنى لمحكمة النقض مراقبة سلامة خروج محكمة الموضوع عن القاعدة التي توجب نذب الخبير من بين طوائف معينة، فإذا لم تبين المحكمة في حكمها هذه الظروف فإن هذا من شأنه أن يفوت الغاية الكبرى التي قصدها المشرع من ضرورة التقيد بتخصص الخبير ، وبالتالي يعد نقصا جوهريا يستتبع بطلان الإجراء ذاته أي بطلان نذب الخبير وما باشره من أعمال بناء على هذا النذب الذي وقع باطلا... راجع سليمان مرقص ، أصول الإثبات وإجراءاته، مرجع سابق ، ص 342.

¹⁴⁴⁹ حسب المادة 153 من ق ا م ا د فإنه لا يجوز سماع أي شخص كشاهد إذا كانت له قرابة أو مصاهرة مباشرة مع أحد الخصوم ، كما لا يجوز سماع شهادة زوج أحد الخصوم في القضية التي تعني زوجه ولو كان مطلقا، كما لا يجوز قبول سماع شهادة الإخوة والأخوات وأبناء العمومة لأحد الخصوم، غير أن هؤلاء جميعا يجوز سماعهم كشهود في القضايا الخاصة بحالة الأشخاص والطلاق.

¹⁴⁵⁰ حسب المادة 153 من ق ا م ا د فإن أهلية الشاهد ضرورية لقبول سماع شهادته، حيث تميز هذه المادة بين كامل الأهلية والذي يقبل سماعه، وبين ناقص الأهلية والذي يقبل سماع شهادته ولكن على سبيل الاستدلال فقط، وبين فاقد الأهلية كالصبي غير المميز والمجنون والمحجور عليه والذين لا يقبل سماعهم كشهود مطلقا.

ولا يكفي أن يكون الشاهد غير ممنوع من أداء الشهادة بسبب علاقته بأحد الخصوم أو بسبب تعيب أهليته، بل يجب عليه أيضا أن يؤدي اليمين القانونية قبل أداء الشهادة¹⁴⁵¹ إلا إذا كان مسموعا على سبيل الاستدلال، كما يتعين أن لا يكون هناك سبب جدي آخر يمنعه من أداء الشهادة كوجود خصومة بينه وبين أحد الخصوم.

وبحكم أن هذه الشروط تتعلق بمسائل واقعية، لا يفترض علم القاضي بها مسبقا، فإنه يتعين على الخصم الذي يجرح في الشهادة بسبب عدم صلاحية الشاهد أن يبدي اعتراضه قبل أداء الشهادة إلا إذا ظهر سبب الاعتراض بعد أداءها، فإذا لم يتم بتقديم اعتراضه في الوقت المناسب أمام قضاة الموضوع فإنه لا يجوز التقدم به لأول مرة أمام المحكمة العليا، لأن المسألة هنا تشكل خليطا بين الواقع والقانون لا يجوز عرضه على المحكمة العليا لأول مرة. أما إذا تقدم الخصم باعتراضه في الوقت المناسب، وتحقق القاضي من وجود سبب الاعتراض فإنه لا يقبل سماع الشهادة أو يحكم ببطلانها حسب الحالة، وهو يخضع في هذه الحالة لرقابة المحكمة العليا.

وصلاحية الشاهد لأداء الشهادة هي مسألة إجرائية لا تتعلق بالنظام العام، بحيث يجب على من يتمسك بها أن يثيرها، وأن قاضي الموضوع ليس مطلوب منه أن يثيرها من تلقاء نفسه.¹⁴⁵²

2. المقتضى الثاني : الإرادة :

ويقصد بالإرادة في العمل الإجرائي أن يصدر هذا العمل من إرادة موجودة، فالعمل الإجرائي الذي يصدر من شخص إرادته معدومة يكون باطلا، فالشهادة مثلا التي تؤدي تحت الإكراه المعدم للإرادة تكون باطلة، والقاضي الذي يصدر حكمه تحت تهديد السلاح مثلا يكون حكمه باطلا .

ووجود الإرادة وحده كاف لوجود العمل الإجرائي، حيث لا يشترط بعد ذلك أن تكون هذه الإرادة سليمة من العيوب، فطبيعة العمل الإجرائي التي تختلف عن طبيعة التصرفات القانونية تجعل من عملية البحث في عيوب الإرادة عملية غير منتجة، على اعتبار أن البحث في عنصر

¹⁴⁵¹ المادة 02/152 من ق ا م اد : يؤدي الشاهد اليمين بأن يقول الحقيقة وإلا كانت شهادته قابلة للإبطال.

¹⁴⁵² نور الشريف ، مرجع سابق، ص 200، هـ 01.

الإرادة بالنسبة لهذه الأعمال هو عملية معرقة للسير في الخصومة ومؤدية إلى عدم تحقيق الغاية من الخصومة بالسرعة اللازمة، كما أن عنصر الشكل يمكن أن يكون قرينة قاطعة على صحة الإرادة وعدم تعييبها¹⁴⁵³.

3 . المقتضى الثالث : المحل :

رغم أن المحل في العمل الإجرائي لا يظهر كشرط من الشروط التي يتوجب على تخلفها البطلان، إلا أنه يعتبر مقتضى من مقتضيات العمل الإجرائي، ويقصد به مضمون هذا العمل، فإذا كان العمل الإجرائي مثلاً يتمثل في تبليغ الخصم بعريضة افتتاح الدعوى، فإن مضمون هذا العمل هو إبلاغ الخصم بمحتوى العريضة، لذلك فإن من شروط صحة المحل أن يكون موجوداً ومعيناً، وأن يكون قابلاً للتعامل فيه، وهذه الشروط كلها تستغرق بالشكلية، وبالتالي فإن البحث فيها من خلال هذا المقتضى يكون غير ذي أهمية¹⁴⁵⁴.

ب . المقتضيات الشكلية للعمل الإجرائي . الشكل في العمل الإجرائي . :

للشكل أهمية كبيرة في قانون المرافعات، فإذا كانت القاعدة في القانون المدني هي مبدأ حرية الشكل، فإن القاعدة في قانون المرافعات هي على العكس قانونية الشكل، بمعنى أن جميع أوجه النشاط التي تتم في الخصومة يجب كقاعدة عامة أن تتم لا تبعاً للوسيلة التي يختارها من يقوم بها، بل تبعاً للوسيلة التي يحددها القانون¹⁴⁵⁵.

1 . تعريف الشكل :

انطلاقاً من أن الخصومة وهي مجموعة من الأعمال الإجرائية والتي تشكل وسيلة قانونية يكون الهدف منها تطبيق القانون، فإن تنظيم هذه الوسيلة هو مسألة جد ضرورية، حيث من خلال تحديد شكل خاص لكل عمل إجرائي يمكن الوصول إلى هذا التنظيم، وعليه فإن القائم بالعمل الإجرائي مقيد بالشكل الذي حدده القانون لهذا العمل، لذلك فإن احترام الشكل الخاص بكل عمل إجرائي هو عنوان لتحقيق هذا العمل¹⁴⁵⁶.

¹⁴⁵³ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص 356.

¹⁴⁵⁴ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص 358.

¹⁴⁵⁵ أنور طلبة، ج 01، مرجع سابق، ص 312.

¹⁴⁵⁶ نبيل اسماعيل عمر، عدم فعالية الجزاءات الإجرائية في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية

ويعرف الشكل بأنه الوسيلة أو الطريقة المحددة قانوناً، والتي من خلالها يتم إظهار مضمون العمل الإجرائي إلى الغير.¹⁴⁵⁷

ويترتب على ذلك، أنه يجب الانتباه إلى ضرورة التفريق بين الشكل والعمل الإجرائي وعدم الخلط بينهما، لأن الشكل ما هو إلا شرط في العمل الإجرائي، إضافة إلى الشروط الموضوعية من رضا، أهلية، محل وسبب، ومن ثم فإنه لا يوجد تطابق بين المعنيين¹⁴⁵⁸.

والشكلية في العمل الإجرائي مقررة كشرط صحة وليس كشرط إثبات، ويترتب عن ذلك مسألتين، الأولى أنه إذا تخلف الشكل عن العمل الإجرائي أو لم يتم على الوجه الذي رسمه القانون، فإنه لا يجوز تكملة هذا العيب عن طريق الإثبات، وبذلك فإنه لا يسمح مثلاً للخصوم بإثبات أن الشكل المعيب قد تحقق بطريقة صحيحة عن طريق سماع الشهود¹⁴⁵⁹، ومع ذلك يجوز تكملة النقص في الورقة من البيانات الأخرى الواردة في نفس الورقة¹⁴⁶⁰، و المسألة الثانية أن تخلف الشكل من شأنه أن يؤدي إلى نقض الحكم أو القرار إذا كان الشكل جوهرياً.

2. صور الشكل:

يظهر شكل العمل الإجرائي من خلال طريقة القيام به، ومن خلال مكان وزمان القيام به. فالعمل الإجرائي عندما يظهر للغير فإنه كثيراً ما يظهر في صورة ورقة مكتوبة، لذلك ارتبط الشكل بأوراق المرافعات¹⁴⁶¹، إلا أن هذا لا يمنع من ظهور العمل الإجرائي بمظهر غير مكتوب، مثال ما نصت عليه المادة 75 من ق ا م اد بأنه يمكن للقاضي أن يامر شفاهية أو كتابة بأي إجراء من إجراءات التحقيق التي يسمح بها القانون¹⁴⁶².

¹⁴⁵⁷ فتحي والي ، نظرية البطلان في قانون المرافعات ، مرجع سابق، ص 159.

¹⁴⁵⁸ أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، مرجع سابق، ص 523.

¹⁴⁵⁹ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات ، مرجع سابق، ص 166.

¹⁴⁶⁰ نبيل اسماعيل عمر، عدم فعالية الجزاءات الإجرائية في قانون المرافعات ، مرجع سابق ، ص 43.

¹⁴⁶¹ أحمد السيد صاوي ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق ، ص 441.

¹⁴⁶² ويفهم من نص المادة 09 من ق ا م اد أنه يمكن أن يتم العمل الإجرائي شفاهة ولكن من حيث الإستثناء.

ولصحة هذه الورقة التي تعبر عن شكل العمل الإجرائي يشترط المشرع أن تكون مكتوبة باللغة العربية، فعريضة افتتاح الدعوى ومحاضر التبليغ والخبرات ومحاضر سماع الشهود وأحكام القضاء، إذا صدرت بغير اللغة العربية يكون حكمها البطلان المطلق.¹⁴⁶³

أما كيفية القيام بالعمل الإجرائي فإنه قد يتم من خلال عمل مادي يقوم به الخصوم¹⁴⁶⁴، أو المحضر القضائي¹⁴⁶⁵، أو القاضي¹⁴⁶⁶، أو الخبير¹⁴⁶⁷، أو الشاهد¹⁴⁶⁸.

ويتكون شكل العمل الإجرائي أيضا من ظرف الزمان والمكان الذي يتم فيه هذا العمل¹⁴⁶⁹.

فمن ناحية الزمان فإن العمل الإجرائي يجب أن يتم في النطاق الزمني الذي يحدده القانون¹⁴⁷⁰، فمثلا تبليغ الأوراق القضائية يجب أن يتم في أوقات معينة¹⁴⁷¹، وتقديم الدفوع الشكلية يجب أن يكون قبل أي دفع في الموضوع أو بعدم القبول¹⁴⁷²، وتقديم الطلبات يجب أن يتم قبل قفل باب المرافعة¹⁴⁷³.

¹⁴⁶³ المادة 08 من ق ا م اد : يجب أن تتم الإجراءات والعقود القضائية من عرائض و مذكرات باللغة العربية تحت طائلة عدم القبول .

. تتم المناقشات والمرافعات باللغة العربية .

. تصدر الأحكام القضائية باللغة العربية ، تحت طائلة البطلان المثار تلقائيا من القاضي .

¹⁴⁶⁴ المادة 14 من ق ا م اد: ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة ، موقعة ومؤرخة ، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه .

¹⁴⁶⁵ المادة 19 من ق ا م اد : يسلم التكليف بالحضور للخصوم بواسطة المحضر القضائي ...

¹⁴⁶⁶ المادة 168 من ق ا م اد : يؤشر القاضي على الوثائق المعتمدة للمقارنة ويحتفظ بها مع المحرر المنازع فيه .

¹⁴⁶⁷ المادة 135 من ق ا م اد : فيما عدا الحالات التي يستحيل فيها حضور الخصوم بسبب طبيعة الخبرة، يجب على الخبير إخطار الخصوم بيوم وساعة ومكان إجرائها عن طريق محضر قضائي .

¹⁴⁶⁸ المادة 152 من ق ا م اد : يؤدي الشاهد اليمين بأن يقول الحقيقة ...

¹⁴⁶⁹ نبيل اسماعيل عمر ، قانون أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص 354 .

¹⁴⁷⁰ أنور طلبية ، ج01، مرجع سابق ، ص 306 .

¹⁴⁷¹ المادة 416 من ق ا م اد : لا يجوز القيام بأي تبليغ رسمي قبل الساعة الثامنة صباحا ولا بعد الثامنة مساء ولا أيام العطل، إلا في حالة الضرورة وبعد إذن من القاضي .

¹⁴⁷² المادة 50 من ق ا م اد : يجب إثارة الدفوع الشكلية في آن واحد قبل إبداء أي دفاع في الموضوع ، أو دفع بعدم القبول ، وذلك تحت طائلة عدم القبول .

¹⁴⁷³ المادة 267 من ق ا م اد : لا يمكن للخصوم تقديم طلبات أو الإدلاء بملاحظات بعد إقفال باب المرافعات .

أما من ناحية المكان فإن العمل الإجرائي يجب أن يتم في المكان الذي يحدده القانون، فمثلا تبليغ الأوراق القضائية يجب ان يتم في مكان معين¹⁴⁷⁴، وسماع الشهود يجب أن يتم في المكان الذي يحدده القانون¹⁴⁷⁵، ومعاينة الأماكن تتم في المكان المراد معاينته¹⁴⁷⁶.

الفرع الثاني: العيوب الجوهرية التي تلحق العمل الإجرائي . العيوب الإجرائية المستدعية للنقض -

يرتبط العيب الذي يلحق بالعمل الإجرائي والذي يؤدي إلى فتح باب النقض بفكرة الجوهرية، حيث لا يؤدي إلى النقض إلا العيب الذي يلحق بالعمل الإجرائي الجوهرية، لذلك فإن التعرف على الأخطاء الإجرائية التي يمكن أن تكون سببا للنقض لا يتم إلا من خلال أولا التعرف على العمل الجوهرية، ثم ثانيا إعطاء صور عملية لهذه الأخطاء .

أولا . العيب المستدعي للنقض هو العيب الذي يلحق بالعمل الإجرائي الجوهرية:

بداية فإن مسألة الجوهرية تطرح أساسا عند النظر في العنصر الشكلي للعمل الإجرائي، ذلك أن العنصر الموضوعي في هذا العمل هو في أغلب الحالات يتعلق بمسألة جوهرية، يؤدي مخالفتها أو إغفالها نقض الحكم أو القرار المطعون فيه¹⁴⁷⁷، كما أن تعيب العنصر الموضوعي في العمل الإجرائي يؤدي إلى بطلانه بدون اشتراط إثبات الضرر¹⁴⁷⁸.

يشترط المشرع في العيب الذي يلحق بالعمل الإجرائي والمسبب للنقض أن يكون العمل جوهريا، لكن دون أن يبين لنا المعيار الذي بموجبه يمكن أن نفرق بين الأعمال الإجرائية الجوهرية والأعمال الإجرائية غير الجوهرية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الأشكال الجوهرية لا يمكن حصرها، حيث يتمتع القاضي بسلطة تقدير ما إذا كان الشكل جوهريا أم شكلا بسيطا، على اعتبار أن صيغة الشكل الجوهرية هي صيغة مرنة جدا¹⁴⁷⁹، فلا يمكن

¹⁴⁷⁴ المادة 410 من ق ا م اد : عند استحالة التبليغ الرسمي شخصيا للمطلوب تبليغه ، فإن التبليغ يعد صحيحا إذا تم في موطنه الأصلي ...

¹⁴⁷⁵ المادة 155 من ق ا م اد : إذا أثبت الشاهد أنه استحال عليه الحضور في اليوم المحدد ، جاز للقاضي أن يحدد له أجلا آخر أو ينتقل لتلقي شهادته .

¹⁴⁷⁶ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات ، مرجع سابق، ص 171.

¹⁴⁷⁷ حلمي محمد الحجار ، مرجع سابق، ج02 ، ص 296.

¹⁴⁷⁸ حلمي محمد الحجار ، مرجع سابق، ج02، ص 308.

¹⁴⁷⁹ أحمد هندي، التمسك بالبطلان في قانون المرافعات ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية 2005، ص 67.

إعداد قوالب معروفة مسبقا للأشكال الجوهرية من طرف المشرع، وإنما يترك هذه المسألة لقاضي الموضوع، الذي يمكنه أن يقدرها، تحت رقابة المحكمة العليا ، لذلك فإننا سنحاول البحث في إيجاد مفهوم للشكل الجوهرية من خلال الفقه وأعمال القضاء .

إن الفقه والقضاء المقارن مجمع في غالبية على أن مبدأ لا بطلان بدون نص ، هذا المبدأ المكرس تشريعيا ¹⁴⁸⁰، لا ينسحب في تطبيقه على الأشكال الإجرائية الجوهرية، إذ أن تفسيرهم لهذا المبدأ يقوم على دعامتين، الأولى أن المشرع عندما يقرر بطلان بعض الأعمال الجوهرية إنما يرمي إلى معالجة بعض الحالات غير المهمة، التي إن تركت بغير نص على بطلانها قام الشك حول إرادته بشأنها ¹⁴⁸¹، والثانية أن حصر الأشكال الجوهرية بنص قانوني هو عمل يصعب القيام به من طرف أي مشرع من الناحية العملية ¹⁴⁸²، لذلك فإن المخالفة المؤدية للنقض لا تقتصر فقط على المخالفة التي رتب عليها المشرع البطلان بنص صريح، وإنما تمتد أيضا إلى كل مخالفة لعمل إجرائي جوهرية في شكله أو موضوعه.

¹⁴⁸⁰ المادة 60 من ق ا م اد : لا يقرر بطلان الأعمال الإجرائية شكلا ، إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك ، وعلى من يتمسك به أن يثبت الضرر الذي لحقه . انظر أيضا المادة 114 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي والتي تنص على أنه لا يقرر بطلان الأعمال الإجرائية شكلا إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك ، أو أن تكون المخالفة لشكل من الأشكال الجوهرية أو تلك التي تتعلق بالنظام العام، بشرط أن تؤدي المخالفة إلى إحداث ضرر . . انظر أيضا المادة 20 من قانون المرافعات المدنية المصري : يكون الإجراء باطلا إذا نص القانون صراحة على بطلانه أو إذا شابه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء ، ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء . . انظر أيضا المادة 59 من قانون أصول المحاكمات اللبناني : لا يجوز إعلان بطلان أي إجراء لعيب في الشكل إلا إذا ورد بشأنه نص صريح في القانون، أو كان العيب ناتجا عن مخالفة صيغة جوهرية أو متعلقة بالنظام العام، وعلى الخصم الذي يتمسك بالبطلان أن يثبت وقوع ضرر له من جراء العيب المذكور .

. إن مقارنة هذه النصوص بالنص الجزائري تؤدي إلى استنتاج بسيط ومهم هو إغفال المشرع لمخالفة الأشكال الجوهرية والأشكال المتعلقة بالنظام العام، رغم أن مخالفة هذه الأشكال تؤدي إلى بطلان الأعمال الجوهرية ، خاصة أن المشرع نفسه يشير في المادة 358 من ق ا م اد إلى أن مخالفة أو إغفال الأشكال الجوهرية يؤدي إلى النقض .

¹⁴⁸¹ فتحي والي ، نظرية البطلان في قانون المرافعات ، مرجع سابق ، ص 234.

¹⁴⁸² حلمي محمد الحجار ، مرجع سابق ، ج02 ، ص 305.

بالرجوع إلى الفقه الفرنسي، فقد عرف البعض الشكل الجوهرى بأنه ذلك الشكل الذي يعطي للعمل الإجرائى طبيعته ويحدد خصائصه ويشكل سبب وجوده¹⁴⁸³، كما عرفه الفقيه Glasson بأنه الشكل الذي يتخلفه، يفقد العمل الإجرائى وجوده، أو وصفته القانونية، أو الغاية التي أرادها المشرع من فرضه¹⁴⁸⁴، وعرفه الفقيه Morel بأنه الشكل الذي تنص عليه قوانين أمره شرعت للمصلحة العامة، أو ذلك الذي يعطي للعمل الإجرائى صفته المميزة التي لا توجد بغيره¹⁴⁸⁵.

و رغم أن المشرع الفرنسي لم يعم بتعريف الشكل الجوهرى، إلا أنه قام بربط بطلان العمل الإجرائى من حيث الشكل بضرورة توفر الضرر حتى ولو كان الشكل جوهرى أو من النظام العام،¹⁴⁸⁶ كما أنه لا يشترط في الشكل الجوهرى أن ينص على بطلانه صراحة¹⁴⁸⁷.

ويبدو أن المشرع الفرنسي وبنصه هذا، كانت لديه رغبة في تحطيم اجتهاد محكمة النقض الفرنسية السابق لهذا النص، والذي كان يذهب إلى أن التمسك بمخالفة الشكل الجوهرى لا يشترط فيها إثبات الضرر¹⁴⁸⁸، إلا أن القضاء بقي مصرًا على رأيه هذا رغم صراحة النص، وقد علل القضاء البقاء على موقفه، بأن العيب الذي يلحق بالشكل الجوهرى هو بطبيعته يلحق ضررًا مفترضًا يعفى الطاعن من إثباته¹⁴⁸⁹.

وفي الفقه المصرى فإننا نورد تعريف الفقيه فتحى والى والذي توصل إليه بعد عملية نقد واسعة لمجمل التعريفات التي قدمها الفقه، حيث انتهى هذا الفقيه إلى أن تقسيم الأشكال إلى جوهرية أو غير جوهرية هو تقسيم غير مفيد، بالنظر إلى أن كل الأشكال التي ينص عليها المشرع هي

¹⁴⁸³ Jean Vincent et Serge Guinchard, op cit, p567.

¹⁴⁸⁴ مشار إليه في : فتحى والى ، مرجع سابق، ص239.

¹⁴⁸⁵ مشار إليه في فتحى والى ، مرجع سابق، ص 239.

¹⁴⁸⁶ Art 114.al.2.c.p.c.f :la nullité ne peut etre prononcée qu'à charge pour l'adversaire qui l'invoque de prouver le grief que lui cause l'irrégularité, même lorsqu'il s'agit d'une formalité substantielle ou d'ordr public .

¹⁴⁸⁷ Art114 .al.1.c.p.c.f : aucun acte de procédure ne peut être déclaré nul pour vice de forme si la nullité n'en est pas expressément prévue par la loi, sauf en cas d'inobservation d'une formalité substantielle ou d'ordre public.

¹⁴⁸⁸ Georges Wiederkehr, la notion de grief et les nullités de forme dans la procédure civile, Recueil dalloz, sirey, 1984, chro, p165.

¹⁴⁸⁹ Georges Wiederkehr, Ibid , p 166 .

مهمة، إلا أن مخالفة هذه الأشكال لا يعاقب عليها القاضي إلا في حالة ما إذا ترتب على مخالفتها ضرر، ويتحقق الضرر عند عدم تحقق الغاية من الإجراء بسبب تلك المخالفة¹⁴⁹⁰. وقد سائر بعد ذلك الفقه المصري هذه النتيجة التي انتهى إليها الفقيه فتحي والي، حيث نجد الأستاذ نبيل اسماعيل عمر يعرف الشكل الجوهري بأنه الشكل الذي بتعيبه لا تتحقق الغاية التي حددها القانون للإجراء¹⁴⁹¹ وعرفه الأستاذ عبد الباسط جميعي بأنه الشكل الذي يترتب على إغفاله ضرر بسبب تخلف الغاية منه¹⁴⁹².

وهو نفس التعريف الذي تبناه المشرع المصري¹⁴⁹³ الذي جعل العبرة في الحكم بالبطلان سواء كان منصوحاً عليه أو غير منصوح عليه بتحقيق الغاية من الشكل المعيب أو عدم تحققه، والمقصود بالغاية هنا هي الغاية الموضوعية التي قصد المشرع من تقرير الشكل توافرها¹⁴⁹⁴، حيث جاء في المذكرة التفسيرية لقانون المرافعات المصري أن القانون عندما يتطلب شكلاً معيناً فإنما يرمي بذلك إلى تحقيق غاية معينة يحققها توافر هذا الشكل، ومن ثم، فإنه إذا تحققت الغاية منه رغم ما لحقه من عيب فإنه لا موجب للقضاء ببطلان الإجراء¹⁴⁹⁵، وفي هذا سارت محكمة النقض المصرية، حيث قضت بأن تقديم المطعون ضده مذكرة في الميعاد تتحقق به الغاية من إعلان بصحيفة الدعوى، فيمتنع عليه النعي ببطلان هذا الإعلان، لأن الغاية من الإعلان تحققت¹⁴⁹⁶، وقضت أيضاً بأن النقص أو الخطأ في اسم المعلن أو المعلن إليه أو في لقبه أو في وظيفته لا يترتب عليه البطلان، طالما أنه لم يؤدي إلى التشكيك في حقيقة

¹⁴⁹⁰ فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 346.

¹⁴⁹¹ نبيل اسماعيل عمر، قانون أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص 432.

¹⁴⁹² مشار إليه في: سهام بشير، الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005، ص 72.

. انظر أيضاً: محمد العشماوي، مرجع سابق، ص 573.

¹⁴⁹³ المادة 20 من قانون المرافعات المصري: يكون الإجراء باطلاً إذا نص القانون صراحة على بطلانه أو إذا شابه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء، ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء.

¹⁴⁹⁴ أمينة النمر، قوانين المرافعات، الكتاب الأول، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية 1989، ص 54.

¹⁴⁹⁵ أحمد السيد الصاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 519.

¹⁴⁹⁶ أمينة النمر، مرجع سابق، ص 55.

الخصم المعلن أو المعلن إليه¹⁴⁹⁷، وعلى العكس لا تتحقق الغاية بحضور المستأنف في الاستئناف الذي لم يعلن خلال المدة القانونية، فلا يسقط الحضور حقه في التمسك باعتبار الاستئناف كأن لم يكن¹⁴⁹⁸.

غير أن هناك أشكالاً لا تتحقق الغاية منها إلا إذا روعيت، حيث أن تخلف الشكل أو عدم مراعاته هو قرينة قاطعة على عدم تحقق الغاية منه، وبالتالي يؤدي ذلك مباشرة إلى بطلان العمل الإجرائي، ومثال ذلك عدم توقيع القاضي على أصل الحكم يؤدي إلى بطلانه، لأن الإمضاء هنا شكل بيان إرادة القاضي في الحكم¹⁴⁹⁹.

وتحديد طبيعة الغاية التي يريدها المشرع من تحديد شكل معين هي مسألة قانون يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة النقض، بحيث لا يجوز للقاضي أن يحدد غاية للشكل غير التي أرادها المشرع، أما تقدير تحقق الغاية التي أرادها المشرع من الشكل المفروض هي مسألة واقع يستقل بها قاضي الموضوع عن رقابة النقض¹⁵⁰⁰.

أما بالنسبة للمحكمة العليا عندنا، فإنه ورغم عدم عثورنا على تعريف صريح للشكل الجوهرية من طرفها، إلا أنه يمكننا أن نتلمس موقفها من خلال تسبب رفضها لأوجه النقض المثارة أمامها والمؤسسة على مخالفة أو إغفال القواعد الجوهرية في الإجراءات. ففي أحد قراراتها اعتبرت أن الشكل الجوهرية هو الشكل الذي بتعيينه لا تتحقق الغاية من الإجراء، حيث اعتبرت أن تخلف البيانات الخاصة بالأطراف لا يترتب عليها البطلان ما دام أن تخلف تلك البيانات لم يؤدي إلى التجهيل بالخصم¹⁵⁰¹.

¹⁴⁹⁷ أحمد السيد الصاوي ، مرجع سابق ، ص 524.

¹⁴⁹⁸ أمينة النمر ، مرجع سابق ، ص 55.

¹⁴⁹⁹ أحمد هندي، التمسك بالبطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق ، ص 60.

¹⁵⁰⁰ الأنصاري حسن النيداني ، القاضي والجزاء الإجرائي ، مرجع سابق ، ص ص 203.202 .

¹⁵⁰¹ قرار المحكمة العليا . الغرفة المدنية. المؤرخ في 2006/06/21 ملف رقم 398156 ، مج ع، ع02، س 2006، ص 237.

. قرار المحكمة العليا . الغرفة التجارية والبحرية . المؤرخ في 2006/04/05 ملف رقم رقم 372334، مج ع ع02، س2006، ص 355: وحيث أن هوية الطرفين المذكورة في القرار كافية لتحديد عناصر الطرفين مما يجعل الوجه غير مؤسس ومرفوض.

وفي قرارات أخرى صدرت بعد ذلك، اعتبرت المحكمة العليا أن الشكل الجوهرى هو ذلك الشكل الذي يترتب على مخالفته إلحاق الضرر بالطاعن، وعلى هذا الأخير أن يبين الضرر الذي لحقه¹⁵⁰²، كل ذلك ما لم يكن الشكل من النظام العام¹⁵⁰³، والشكل المتعلق بالنظام العام هو الشكل المقرر لحماية المصلحة العامة وحسن سير الخصومة¹⁵⁰⁴.

ويعتبر تخلف الشكل قد سبب ضرراً للطاعن متى كان مقراً لمصلحته¹⁵⁰⁵، أو كان ماساً بحقوقه¹⁵⁰⁶، أو كان قد أخل بحقوق الدفاع¹⁵⁰⁷، أو أن الغاية من الشكل لم تتحقق¹⁵⁰⁸.

¹⁵⁰² قرار المحكمة العليا . الغرفة التجارية والبحرية . المؤرخ في 2007/06/06 ملف رقم 445925، مج م ع ، ع02، س2007، ص 351 : وحيث أن الطاعنة لم تبين الضرر الذي لحقها من جراء هذا السهو وبخاصة أنها كانت حاضرة أمام المجلس وقدمت وسائل دفاعها.

. قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2007/12/05، ملف رقم 454044: حيث أن عدم ذكر البيانات المذكورة لا يمكن له أن يؤثر على سلامة الحكم ما لم يثبت من آثار الدفع بالبطلان الضرر الذي لحق الطاعنة من جراء هذا السهو . مشار إليه في : ديب عبد السلام ، مرجع سابق ، ص 76.

¹⁵⁰³ قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2007/12/05، ملف رقم 407258،: حيث أنه يتعين على من يتمسك ببطلان الإجراءات أن يثبت الضرر الذي لحقه من جراء المخالفة المثارة ما لم تكن من النظام العام . مشار إليه في : ديب عبد السلام ، مرجع سابق ، ص 76.

¹⁵⁰⁴ فتحي والي ، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق ، ص 386.

¹⁵⁰⁵ قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 2000/03/29، ملف 190541، م ق 2000، ع01، ص151: وحيث أن الدفع بعدم عرض الملف على النيابة العامة مقرر لمصلحة البلدية، وبالتالي فلا يجوز للطاعن التمسك به .

. قرار المحكمة العليا . الغرفة التجارية والبحرية . المؤرخ في 2008/02/06، ملف رقم 420762، مج م ع ، ع02، س2008، ص224: حيث لا يسوغ لطرف أن يتذرع بدفوع ووسائل دفاع وضعت لغيره مما يجعل الوجه غير سديد ويرفض.

¹⁵⁰⁶ قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 2000/10/27، ملف رقم 198951، م ق ، ع02، س2001، ص253: وحيث أن إغفال المجلس لذكر اليوم الذي سيصدر فيه قراره لا يضر بحقوق الأطراف ولا يؤثر على الدعوى ، مما يجعل الوجه غير مؤسس.

¹⁵⁰⁷ قرار المحكمة العليا . غرفة الأحوال الشخصية . المؤرخ في 2006/12/13، ملف رقم 374449، مج م ع ، ع01، س2007، ص509: حيث أن الخطأ في اسم القاضي الذي ترأس الجلسة أو القاضي المقرر لا يعد من القواعد الجوهرية التي تؤثر في صحة الحكم أو القرار ولا تمس بحقوق الدفاع.

والحقيقة أن المشرع وفي تعديله لقانون الإجراءات المدنية، قد تبنى موقف المحكمة العليا المبني على قاعدة أنه لا بطلان شكلي للأعمال الإجرائية إلا بإثبات الضرر، وأضاف إلى ذلك شرط النص على البطلان صراحة دون أن يفرق بين الأشكال الجوهرية والأشكال غير الجوهرية، رغم أنه عاد وتكلم على الأشكال والقواعد الجوهرية بمناسبة تحديد الأشكال والقواعد الإجرائية التي يترتب على إغفالها أو مخالفتها النقض.

وعليه فإننا نرى أن المحكمة العليا وهي تراقب في مدى صلاحية العيب الذي لحق بالعنصر الشكلي للعمل الإجرائي لأن يكون سببا للنقض فإنها تنظر إلى المسائل التالية: . العيب يترتب البطلان بنص القانون أو أن العيب لحق بشكل جوهري أو بشكل من النظام العام . العيب سبب ضررا للطاعن .

ثانيا. بعض الصور العملية للعيوب الإجرائية المسببة للنقض:

من خلال تتبع هذه العيوب فإننا نجد أنها تأخذ صورة مخالفة لقاعدة جوهرية تلحق العمل القضائي، أو صورة سهو الجهة القضائية عن احترام قاعدة جوهرية في الإجراءات، أو عدم التصريح ببطلان إجراء كان يتعين إبطاله¹⁵⁰⁹.

ورغم أن هذه الصور هي انعكاس للتقسيم الذي أخذ به المشرع بنص المادة 358 من ق ا م اد، إلا أننا سوف نتجاوز هذا التقسيم، لأننا نرى أنه ليس هناك ثمة أي فرق جوهري بين هذين التقسيمين، لأن القاضي وعندما يغفل قاعدة جوهرية في الإجراءات يكون قد خالف قاعدة جوهرية في الإجراءات والعكس صحيح.

. قرار المحكمة العليا . الغرفة التجارية والبحرية . المؤرخ في 2008/03/05، ملف رقم 483562، مج مح ع ، ع01، س2008، ص 171: حيث أن كل ما تمسكت به الطاعنة في هذا الوجه لا يعتبر إخلالا جوهريا في الإجراءات ذلك أن هذا الإغفال لا يمس بحقوق الدفاع.

¹⁵⁰⁸. قرار المحكمة العليا . الغرفة المدنية . المؤرخ في 2000/03/14، ملف رقم 218478، مج مح ع ، ع02، س2004، ص 115: ذلك أن عريضة افتتاح الدعوى تخضع لمبدأ تكافؤ البيانات شأنها في ذلك شأن أي ورقة قضائية ، لكن هذا لا يعني أن تخلف تلك البيانات يؤدي إلى البطلان حتما إذ تظل المطالبة صحيحة إذا ثبت تحقق الغاية من البيان رغم تخلفه، وهذا يعني أنه يلزم لبطلان المطالبة عند تخلف البيانات المذكورة بالمادة 13 من ق ا م أن يثبت من تمسك بالبطلان عدم تحقق الغاية من البيان ، وعليه فالوجه غير مؤسس ويتعين رفضه.
¹⁵⁰⁹ ديب عبد السلام ، مرجع سابق، ص 250.

والحقيقة أن هذه التفرقة كان لها مقتضى عندما كان القانون القديم للإجراءات المدنية يجعل من إغفال القاضي لأشكال جوهرية سببا من أسباب الطعن بالتماس إعادة النظر¹⁵¹⁰، وكان التأسيس حينها أن الإغفال يعبر عن موقف غير متعمد للقاضي ناتج عن مجرد سهو لا يعبر عن إرادته الحقيقية.

لذلك، فإننا سنستعرض هذه العيوب من خلال المراحل التي تمر بها الخصومة انطلاقا من إيداع عريضة افتتاح الدعوى إلى غاية صدور الحكم أو القرار الذي هو محل رقابة المحكمة العليا، لكن قبل ذلك يتعين علينا أولا الإشارة إلى مسألة أولية ومهمة تتمثل في القيد الذي يربط عمل قضاة النقض في مراقبة قضاة الموضوع بالنسبة لأخطاء الشكل، حيث يتمثل هذا القيد في قرينة الصحة.

أ. قرينة صحة الأعمال الإجرائية :

تم وضع هذه القرينة البسيطة من طرف محكمة النقض الفرنسية والتي تقوم على أن الأحكام تصدر دائما وفق الإجراءات القانونية المطلوبة، حيث أن سكوت القرار المطعون فيه عن إجراء معين أو إغفاله له يعتبر قرينة على احترامه، ما لم يكن الإجراء جوهريا أي لازما لصحة ذلك القرار¹⁵¹¹.

ويعود سبب وضع هذه القرينة إلى رغبة التشريع والقضاء في جعل مسألة إثبات مخالفة القواعد الإجرائية مسألة جد صعبة¹⁵¹²، على اعتبار أن مخالفة القانون الإجرائي لا يؤثر في غير

¹⁵¹⁰ المادة 01.194 من ق ا م .

¹⁵¹¹ محمد الكشور ، مرجع سابق ، ص 412 هـ 90.

. ويمكن أن نعطي أمثلة لعملية لهذه القرينة : . قرينة أن المحكمة اطلعت على السندات المقدمة في الدعوى . قرينة أن المحكمة قد مكنت الخصوم من حق الدفاع . قرينة أن المرافعات قد تمت باللغة العربية . قرينة أن الخبير قد أدى اليمين القانونية قبل مباشرة عمله . قرينة أن الجلسات تمت بصورة علنية . قرينة أن المداولة تمت على الوجه المقرر قانونا . قرينة أن المداولة قد جرت بعد قفل باب المرافعة وبعد انقضاء الأجل المحدد لتقديم المذكرات . قرينة أن المداولة جرت سرية . قرينة أن عدد القضاة الذين حضروا المداولة هو العدد الذي حدده القانون . قرينة أن المداولة قد تمت بين القضاة مجتمعين . قرينة أن الحكم صدر بعد المداولة وبعد التوقيع على المسودة . قرينة أن القاضي الذي نطق بالحكم هو القاضي الذي أصدره ... انظر : الأنصاري حسن النيداني ، العيوب المبطله للحكم وطرق التمسك بها ، مرجع سابق ، ص ص234.213.

¹⁵¹² Jaques Boré, op cit, p418 .

الدعوى التي ارتكب بشأنها وليس له تأثير حقيقي على وحدة القضاء، كما أن مخالفة القانون الإجرائي لا تؤثر على فكرة التمييز بين الواقع والقانون¹⁵¹³.

فبالرجوع إلى المشرع الجزائري فإنه قد نص بصراحة على قرينة الصحة، حيث نصت المادة 283 من ق ا م اد على أنه لا يترتب على إغفال أو عدم صحة أحد البيانات المقررة لصحة الحكم بطلانه إذا ثبت من وثائق ملف القضية أو من سجل الجلسات أنه تم فعلا مراعاة القواعد القانونية، كما أن المادة 358 من ق ا م اد في حد ذاتها قد حصرت العيب الإجرائي المسبب للنقض في العيب الذي يلحق العمل الإجرائي الجوهرية، كما اشترط المشرع أيضا لقبول هذا الوجه أن يكون الطاعن قد أثار العيب أمام قضاة الموضوع وفق مبدأ عدم جواز إثارة الأوجه الجديدة وهو شرط سبق بيانه بالتفصيل.

ومن جهة أخرى فإن المحكمة العليا تقف بصرامة أمام أوجه الطعن المأخوذة من مخالفة قواعد الشكل، حيث نجد ومن خلال إطلاعنا على عديد القرارات أن معظم الأوجه المثارة في هذا الشأن تقابل بالرفض إما لعدم تأسيسها وإما استنادا لقرينة الصحة¹⁵¹⁴، حيث تعتبر أن

¹⁵¹³ محمد الكشور ، مرجع سابق، ص 412.

¹⁵¹⁴ قرار المحكمة العليا الغرفة الاجتماعية . المؤرخ في 14/07/1998، ملف رقم 166006، المجلة القضائية ، ع01، س 2000، ص102: ولكن حيث أن ذكر حضور النائب العام لا يعني أنه طرف في الدعوى ولا أنه شارك في إصدار القرار ، بل يعني فقط أنه كان حاضرا في الجلسة كما يسمح له القانون بذلك ، وعليه ، فإن ما يثيره الطاعن في هذا الشأن غير جدي.

و حيث أن الطاعن يعيب أيضا على القرار المطعون فيه عدم إشارته لإقفال باب المناقشات، ولكن حيث أن عدم الإشارة إلى إقفال باب المرافعات لا يترتب عنه أي بطلان وعليه فهذا الوجه غير مؤسس.

. قرار المحكمة العليا . الغرفة التجارية والبحرية . المؤرخ في 08/05/1999، ملف رقم 192189، م ق ، ع01، س2000، ص 131: ولكن حيث أن إغفال الإشارة إلى مهنة الأطراف لا يؤثر على صحة القرار ما دامت المهنة ليست محل خلاف بين الطرفين ، لهذا فالوجه غير مؤسس.

قرار المحكمة العليا . الغرفة التجارية والبحرية . المؤرخ في 07/02/2007 ، ملف رقم 391372 ، مج م ع ، ع01، س2007، ص 353: ولكن حيث أن المعلومات المنصوص عليها في المادة 13 من ق ا م وإن كانت وجوبية فإنه لا يترتب على مخالفتها البطلان المطلق للعريضة وعلى من ادعى البطلان أن يثبت الضرر الذي لحقه من المخالفة ، فضلا على أن المعلومات المذكورة متوفرة في عريضة افتتاح الدعوى كما عاينه القرار المطعون فيه، وعليه فالوجه غير مؤسس. لكن حيث تضمنت الصفحة 01 من القرار المطعون فيه أن القضية وضعت في التقرير يوم 13 جوان 2006 ثم في المداولة يوم 27 جوان 2006 ليصدر فيها القرار المطعون فيه ،

الإجراءات قد روعيت أثناء الدعوى، وعلى الطاعن أن يثبت بكافة الطرق أن تلك الإجراءات قد أغفلت أو تم مخالفتها¹⁵¹⁵، بشرط أن لا تكون مذكورة في القرار أو في محضر الجلسة أو في ملف القضية، أما إذا ذكر في أحد هذه الوثائق أن هذه الإجراءات قد احترمت، فإنه لا يجوز إثبات عدم إتباعها إلا بطريق الطعن بالتزوير¹⁵¹⁶.

ولتطبيق هذه القرينة يتعين توافر شرطين، الأول هو ألا يتطلب القانون تدوين بيان يتعلق بهذا الشكل أو الإجراء، والثاني هو ألا يوجد بيان مخالف يفيد عدم مراعاة المحكمة للإجراءات

وعليه وخلافا لما جاء بالفرع ، لقد حدد بالقرار المنتقد اليوم الذي صدر فيه وفي غياب الإشهاد الذي تدعي به الطاعنة من أمين الضبط تبقى المعلومات الواردة في القرار المطعون فيه هي الصحيحة ويكون مآل الفرع الرفض.

. قرار المحكمة العليا . غرفة الأحوال الشخصية والمواريث . المؤرخ في 2006/10/11 ملف رقم 365244، مج مح ع ، ع 01، س 2007، ص 470: لكن حيث أن النسخة المقدمة للاستئناف لا تستوجب إمضاءها من قبل الرئيس أو المستشار المقرر بل يكفي إمضاءها من قبل كاتب الضبط ، ومن ثم يكون ما ينعيه الطاعن بهذا الوجه غير قائم على أساس ويتعين رفضه .

¹⁵¹⁵ قرار المحكمة العليا . الغرفة التجارية والبحرية . المؤرخ في 2008/11/05، ملف رقم 471451، مج مح ع، ع 01، س 2010، ص 158.

¹⁵¹⁶ قرار المحكمة العليا . الغرفة المدنية . المؤرخ في 2006/06/21، ملف رقم 398156، مج مح ع ، ع 02، س 2006، ص 238 : أما الطعن بالبطلان استنادا إلى أن القرار المطعون فيه صدر من أحد أعضاء التشكيلة الذي لم يحضر الجلسة التي صدر فيها القرار، فإن هذا النعي لا يمكن قبوله ، لأنه كل ما جاء في البيانات التي يتضمنها القرار المطعون فيه تعتبر صحيحة ولا يمكن دحضها إلا عن طريق الطعن فيها بالتزوير، على اعتبار أن الأحكام والقرارات الصادرة عن الجهات القضائية تعد من الأوراق الرسمية وبالتالي تحوز تلك البيانات قوة إثبات المحررات الرسمية فهي صحيحة ولا يمكن تكذيبها إلا عن طريق الطعن فيها بالتزوير مما يتعين معه التصريح برفض هذا الوجه.

. قرار المحكمة العليا . غرفة الأحوال الشخصية . المؤرخ في 2006/07/12، ملف رقم 368660، مج مح ع ، ع 02، س 2006، ص 485: حيث أن السهو عن الإشارة لتاريخ المداولة بالقرار المطعون فيه لا يعيبه ولا يعرضه للنقض والإبطال لأن المهم هو وقوع المداولة وهو ما وقع فعلا في قضية الحال.

. قرار المحكمة العليا . غرفة الأحوال الشخصية . المؤرخ في 2005/03/23، ملف رقم 330464، مج مح ع ، ع 01، س 2005، ص 297: حيث أنه بالرجوع إلى أوراق الملف يتجلى في الصفحة الأولى من القرار المنتقد أنه ثبت تبليغ الملف إلى النيابة العامة وهو ما يفيد أن الإجراءات المطلوبة قد أجريت ، ومن ثم يكون ما ينعيه الطاعن في هذا الفرع غير وجيه يتعين استبعاده.

¹⁵¹⁷، فمثلا عندما ينص قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن محضر الصلح الذي يحرره قاضي شؤون الأسرة يجب أن يكون مكتوبا، فإنه لا يمكن التعويل على قرينة الصحة لإثبات قيام هذا العمل الإجرائي من الحكم نفسه، إذ يتعين أن يوجد هذا المحضر فعلا تحت طائلة النقض ¹⁵¹⁸، وعندما ينص نفس القانون على أن جلسة الصلح تكون سرية، فإذا ورد في محضر الصلح أن الجلسة تمت علنية فإن حكم هذا الإجراء هو البطلان، ولا يمكن الأخذ بقرينة الصحة لإثبات عكس ما ورد في هذا المحضر.

ب . المخالفات المتعلقة بشكل عريضة افتتاح الدعوى:

عريضة افتتاح الدعوى هي شكل العمل الإجرائي الذي بموجبه يتم افتتاح الخصومة ¹⁵¹⁹، وحسب المادة 15 من ا م ق ا د فإن هذه العريضة تقتضي أن تشمل على مجموعة من البيانات الجوهرية التي يترتب على إغفالها عدم قبول هذه العريضة شكلا ¹⁵²⁰، وإذا كانت الدعوى محلها المطالبة بإلغاء أو فسخ أو إبطال أو نقض أو تعديل حق عيني عقاري فإنه يتعين إشهار عريضة افتتاح الدعوى أمام المحافظ العقاري المختص تحت طائلة

¹⁵¹⁷ الأنصاري حسن النيداني ، العيوب المبطله للحكم وطرق التمسك بها ، مرجع سابق ، ص 207.

¹⁵¹⁸ قرار المحكمة العليا . غرفة الأحوال الشخصية . المؤرخ في 18/06/1991، ملف رقم 75141، م ق، ع01، س1993، ص 65: ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع الذين قضوا بالطلاق بين الزوجين دون القيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين يكونوا قد أخطئوا في تطبيق القانون .

¹⁵¹⁹ ديب عبد السلام، مرجع سابق، ص 68.

. المادة 14 من ا م ق ا د : ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة ، موقعة ومؤرخة ، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه ، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف.

. قرار المجلس الأعلى . الغرفة المدنية . المؤرخ في 06/01/1982، ملف رقم 25313، م ق ، ع02، س1989، ص 24: حيث أن تجعيل الإجراءات يقع على عاتق المستأنف لا على كاتب الضبط، هذا ولما قضى مجلس تيزي وزو بعدم قبول الاستئناف بسبب عدم وجود العريضة فإنه يكون قد التزم صحيح القانون .

¹⁵²⁰ المادة 15 من ا م ق ا د : يجب أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى تحت طائلة عدم قبولها شكلا البيانات التالية : . الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى . اسم ولقب المدعي وموطنه . اسم ولقب وموطن المدعى عليه، فإن لم يكن له موطن معلوم، فأخر موطن له . الإشارة إلى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي . عرضا موجزا للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى . الإشارة عند الاقتضاء إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى.

عدم قبولها شكلاً¹⁵²¹، وإذا تعلق الأمر بافتتاح الخصومة أمام جهة الاستئناف فإنه يضاف إلى هذه البيانات الجوهرية بيان الجهة المصدرة للحكم المستأنف، وبيان توقيع وختم المحامي في الدعاوى التي يشترط لقبولها تمثيل الخصوم بمحامي¹⁵²²، ومتى كانت عريضة افتتاح الدعوى غير مقبولة شكلاً فإن الخصومة لا تتعدى بها، ومن ثم لا يترتب عليها أي إجراء أو حكم صحيح، سواء كان ذلك أمام محكمة الدرجة الأولى، أو أمام جهة الاستئناف¹⁵²³.

فإذا تضمن الحكم أو القرار المطعون فيه إغفالاً لبيان اسم ولقب أحد الخصوم، وكان هذا الإغفال قد تسرب إلى هذا الحكم أو القرار من عريضة افتتاح الدعوى أو من عريضة الاستئناف، فإن هذا الإغفال يعد سبباً للنقض¹⁵²⁴، أما إذا تعلق الإغفال بمجرد عنوان ومهنة أحد الخصوم ولم يسبب هذا الإغفال أي ضرر فإنه لا يشكل سبباً للنقض¹⁵²⁵.

¹⁵²¹ انظر المادة 17 ف3 من ق ا م ا د و المادة 85 من المرسوم 63.76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

. قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية. المؤرخ في 2000/03/24، ملف 186606، مجلة الاجتهاد القضائي ، ع خاص، ج01، س2004، ص166: وحيث ولما كانت الدعوى الزاهنة ترمي إلى إلغاء عقد الشهرة الذي أعده الطاعن بتاريخ 1992/04/14 أمام الموثق في إطار المرسوم 352.83 كما يتضح من الإجراءات المتبعة في الدعوى وهو السند الذي تم شمله أمام المحافظة العقارية بتبسة كما يتبين من تأشير المحافظ العقاري عليه ، فإن قضاة المجلس بعدم مراعاتهم أحكام المادة 85 من المرسوم 63.76 والمحتج به أمامهم من قبل الطاعن لكون المطعون ضدهم كمدعيين أصليين لم يشهروا دعواهم يكونون قد خالفوا القانون مما يعرض قرارهم للنقض.

. ويعتبر شهر الدعوى إجراء جوهري من النظام العام يتعين على القاضي إثارته من تلقاء نفسه، لأن مخالفة هذا الإجراء يمتد ضرره إلى الغير نظراً لكون الشهر هو وسيلة إعلام الغير بوجود نزاعات على العقار من جهة = ومن جهة أخرى هو حجة عليهم في حال قبولهم التصرف في العقار رغم علمهم بوجود نزاعات متعلقة به، والحقيقة أن هذا الرأي مؤيد بنص المادة 17 من ق ا م ا د ، ومؤيد بقرارات المحكمة العليا.

. انظر عكس هذا الموقف : قرارا المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 2000/09/27، الاجتهاد القضائي، ع خاص، ج01، س2004، ص160: إن أحكام المادة 85 من المرسوم 63.76 وردت لحماية مصالح خاصة وبالتالي فإن إثارتها تلقائياً من طرف قضاة المجلس يعد تجاوزاً للسلطة ويعرض القرار المطعون فيه للنقض.

¹⁵²² المادة 540 من ق ا م د.

¹⁵²³ محمد محمود ابراهيم ، أصول صحف الدعاوى، دار الفكر العربي، القاهرة 1986، ص 308.

¹⁵²⁴ قرار المجلس الأعلى . الغرفة الاجتماعية . المؤرخ في 1983/10/10، ملف رقم 33517، م ق ، ع01، ب س ن ، ص 191: حيث متى نص القانون صراحة على وجوب ذكر اسماء وصفات الأطراف في الأحكام ، فإن الإغفال عن تطبيق هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون ويترتب عليه جزاء البطلان ، فالإكتفاء بذكر فريق (فلان)

وإذا كان أحد الخصوم شخصا معنويا فإن عدم الإشارة إلى تسميته وتحديد طبيعته القانونية ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي في عريضة افتتاح الدعوى وانسحاب ذلك إلى الحكم أو القرار المطعون فيه، هو إغفال لقاعدة جوهرية في الإجراءات تستوجب النقض¹⁵²⁶، لكن بشرط إثبات الضرر من تخلف هذه البيانات والذي يكون لحق بالطاعن¹⁵²⁷.

ج . مخالفة الإجراءات المتعلقة بصحة التكليف بالحضور وصحة التمثيل :

وأخريين دون الإشارة إلى أسمائهم في القرار لا يكفي وكان من الضروري التقيد بأحكام القانون وهذا بذكر جميع أسماء الأطراف مهما كثر عددهم، ولمخالفة هذا المبدأ استوجب نقض القرار بصورة تلقائية من المجلس الأعلى .
قرار المجلس الأعلى . الغرفة المدنية . المؤرخ في 1983/03/30، ملف رقم 30958، الاجتهاد القضائي، ص 21.

قرار المجلس الأعلى . الغرفة المدنية . المؤرخ في 1985/04/03، ملف رقم 34899، م ق ، ع01، س1990، ص 38: من المقرر قانونا أن عريضة افتتاح الدعوى يجب أن تتضمن أسماء وصفات الأطراف ومهنتهم وإلا تعرضت للبطلان ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للإجراءات الجوهرية في القانون ، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة الموضوع أهملوا مراعاة هذه الإجراءات كما أهملوا دفع =الطاعن ببطلان الإجراءات لجهل أسماء الورثة ، واقتصروا على القول بأنه لا داعي لذكر جميع الأسماء ما دامت هناك محامية تمثل جميع الورثة ، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خرقوا قانون الإجراءات المدنية وعرضوا قرارهم للنقض.

¹⁵²⁵ قرار المجلس الأعلى . الغرفة المدنية . المؤرخ في 1982/05/26، ملف رقم 25381، م ق ، ع02، س 1989، ص 34: حيث يعيب الطاعن على القرار المنتقد إغفاله لمهنة كل من المستأنف والمستأنف عليه وهذا مخالف لنص المادة 144 ق ا م ، لكن حيث أن هذه المادة لا تعتبر مهنة الأطراف من الأشكال الجوهرية كما أنه لا يمس بحقوق الدفاع ومن ثم فالوجه مرفوض.

¹⁵²⁶ قرار المجلس الأعلى . الغرفة التجارية والبحرية . المؤرخ في 1989/03/19، ملف رقم 56635، م ق ، ع04، س1992، ص 94: حيث من المقرر قانونا أنه إذا كانت الدعوى مقامة من شركة فيجب أن تشمل العريضة على بيان عنوان الشركة التجاري ونوعها ومركزها الرئيسي ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للإجراءات الجوهرية.

¹⁵²⁷ قرار المحكمة العليا ، المؤرخ في 2007/12/05، ملف رقم 454044 : حيث أن الطاعنة تعيب على القرار المطعون فيه مخالفته لقاعدة إجرائية بدعوى أنه لم يذكر نوع الشركات وممثلهم والمقر الاجتماعي ، ولكن حيث أن عدم ذكر البيانات المذكورة لا يمكن أن يؤثر على سلامة الحكم ما لم يثبت من آثار الدفع بالبطلان الضرر الذي لحق بالطاعنة من جراء هذا السهو ، وعليه فالوجه المثار غير مؤسس . مشار إليه في ديب عبد السلام ، مرجع سابق ، ص76.

تتعلق هذه المخالفات الإجرائية بمخالفة إجراءات التكليف بالحضور وإجراءات التمثيل بالنسبة للأشخاص الذين لا تتوفر لديهم أهلية التقاضي .

1 . مخالفة الإجراءات المتعلقة بصحة التكليف بالحضور:

تتعقد الخصومة قانونا بتبليغ المدعي لجميع الخصوم الذي يدعي عليهم بموجب عريضة افتتاح الدعوى أو بموجب عريضة الإدخال في الخصام تبليغا قانونيا صحيحا، ويثبت ذلك بموجب محضر التكليف بالحضور المستوفي للشروط التي يتطلبها القانون، كما تتعقد الخصومة رغم عدم التبليغ القانوني إذا ثبت حضور خصوم المدعي أمام المحكمة المختصة¹⁵²⁸. فإذا لم تعلن عريضة افتتاح الدعوى إلى المدعى عليه ولم يحضر إلى المحكمة شخصا أو بواسطة وكيله أو تم إعلانه بإجراءات تبليغ باطلة أو غير صحيحة، وقام القاضي بقبول الدعوى شكلا¹⁵²⁹، فإنه يكون قد خالف قاعدة جوهرية في الإجراءات ترتب نقض الحكم أو القرار المطعون فيه¹⁵³⁰.

¹⁵²⁸ راجع المادة 288 والمادة 292 من ق ا م ا د .

¹⁵²⁹ في حالة عدم حصول التبليغ أصلا ولم يحضر المدعى عليه ، فإنه يتعين على القاضي شطب الدعوى لعدم قيام المدعي بواجب التبليغ، أما في حالة بطلان إجراءات التبليغ وكان هذا البطلان من النظام العام فإنه يتعين على القاضي أن يطلب من المدعي إعادة التبليغ من جديد ووفق إجراءات صحيحة وعند امتناع المدعي القيام بهذا الواجب بعد منحه الأجل المعقول فإن القاضي يحكم بشطب الدعوى لعدم صحة إجراءات التبليغ.

¹⁵³⁰ قرار المجلس الأعلى . غرفة الأحوال الشخصية . المؤرخ في 1987/12/07، ملف 46757، م ق، ع02، س 1991، ص 52: حيث بالرجوع إلى الحكم المستأنف يتبين منه أن المدعى عليه لم يستلم الاستدعاء ومن ثم يعتبر غير عالم بالدعوى وتعتبر عملية الاستدعاء بالنسبة إليه منعدمة برمتها، وإذا انعدم الاستدعاء انعدمت الخصومة ، وهذه قاعدة تتعلق بالنظام العام .

. قرار المجلس الأعلى . الغرفة المدنية . المؤرخ في 1989/03/15، ملف رقم 66640، م ق، ع04، س1993، ص 20: حيث أن الأصل في الخصومة أنها لا تتعقد إلا بوجود طرفين وانعدام أحدهما يعتبر انعداما لركن من أركانها والقرار الذي يصدر بدون وجود الطرف الآخر كما تبين هذه القضية لا يعتبر قرارا باطلا فحسب بل يعد قرارا منعدما .

. قرار المجلس الأعلى . الغرفة الاجتماعية . المؤرخ في 1988/03/12، ملف رقم 46081، م ق، ع04، س 1991،

ص 170: من المقرر قانونا أن تبليغ الشخص الاعتباري لا يتم إلا لممثله القانوني ولما كان من الثابت في قضية الحال أن تبليغ الشركة المدعية في الطعن قد تم بدون ذكر شخصية ممثلها القانوني ومتى كان الأمر كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه .

2. المخالفات المتعلقة بصحة التمثيل :

لا يكفي لانعقاد الخصومة أن يتم تكليف المدعى عليه بالحضور تكليفا صحيحا، بل يجب أن يكون كل الخصوم في الدعوى متمتعين بأهلية التقاضي، إذ أن رفع الدعوى منذ البداية من أو ضد القاصر أو ناقص الأهلية بصفة مباشرة ودون توجيهها ضد ممثله القانوني يؤدي إلى انعدام الحكم، بسبب انعدام الخصومة لعدم انعقادها¹⁵³¹.

وقد أكدت المحكمة العليا هذا المبدأ الإجرائي في عدة قرارات، حيث اعتبرت أن قبول قضاة الموضوع للدعوى المرفوعة من أو ضد الشخص الذي لا يحوز على أهلية التقاضي يشكل مخالفة لقواعد جوهرية في الإجراءات تستوجب النقض¹⁵³².

وبالرجوع إلى نص المادة 18.358 فإن المشرع قد رتب البطلان على عدم مراعاة الحكم أو القرار المطعون فيه الإجراء المتمثل في الدفاع عن ناقصي الأهلية، والحقيقة أن هذه المخالفة كانت تشكل حالة من حالات التماس إعادة النظر في قانون الإجراءات المدنية القديم¹⁵³³، إلا أن المشرع رأى أن يجعلها من المخالفات التي تشكل وجها للطعن بالنقض، وذلك حتى ينسجم مع التصور العام الذي جعله لفكرة الالتماس، حيث أن هذه الفكرة أصبحت تقوم على أخطاء لا تنسب للقاضي، وإنما على اكتشاف واقعة مادية تمارس تأثير حاسم على الحكم المطعون فيه¹⁵³⁴.

¹⁵³¹ الأنصاري حسن النيداني، العيوب المبطله للحكم وطرق التمسك بها ، مرجع سابق ، ص 106.

¹⁵³² قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 10/01/1984، مشار إليه في : عبد الوهاب بوضرسة ، م س ، ص 261: متى كان من المقرر قانونا أن القاصر الذي لم يبلغ سن الرشد القانوني لا يمكن أن يؤسس نفسه طرفا مدنيا أمام القضاء لمباشرة حقوقه المدنية دون إدخال وليه في الدعوى ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك مخالف للقانون ، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قاصرة أسست نفسها طرفا مدنيا أمام القضاء وطالبت الحكم بتعويض لها فإن قضاة الاستئناف بإشارتهم لذلك يدل على أنهم قبلوا ادعاءها مدنيا رغم أنها لم تبلغ سن الرشد القانوني فإنهم بهذا القضاء قد خالفوا القانون .

¹⁵³³ المادة 194 من ق ا م القديم كانت تجعل من إغفال القاضي في حكمه التحقق من الدفاع عن عديم الأهلية سببا لفتح باب الطعن بالتماس إعادة النظر ، مع الملاحظة أن هذا النص يشير إلى عديمي الأهلية بينما النص الجديد يتكلم عن ناقصي الأهلية وفي رأي أن هذا التعبير أدق وأشمل.

¹⁵³⁴ HOUNBARA KAOUSSIRI léon, le recours en révision, mémoire DEA, Université de NGAOUDERE, CAMEROUN, 2008, www.memoireonline.com, n 26.

وقد أعطى المشرع هذه الحماية لناقصي الأهلية، حيث يدخل في هذا المفهوم كل من القاصر، الغائب، و المحجور عليه¹⁵³⁵.

ويحصل عدم الدفاع عن ناقصي الأهلية إذا حضر هذا الأخير الجلسة وباشراً الخصومة من دون الوصي عليه، أو إذا كان ممثل ناقص الأهلية ليست له الصفة في تمثيله¹⁵³⁶، أو كانت له الصفة في تمثيل القاصر لكنه ورغم تبليغه تقاعس عن الحضور والدفاع عنه¹⁵³⁷، أو أنه حضر ولكن لم يدافع عنه بطريقة قانونية مقبولة بأن كانت قيادته للدفاع سيئة، وذلك بأن أغفل وسائل دفاع حاسمة كان تقديمها سيؤدي إلى كسب الدعوى أو رفض طلبات الخصم¹⁵³⁸، أو في حالة عدم تمثيل المدعى عليه في دعاوى الحجر بمحام¹⁵³⁹.

والحقيقة أن تدخل المشرع بتقريره أن عدم تمكين ناقصي الأهلية من حق الدفاع هو ضمانته لهذه الفئة، فمن حيث أنه اشترط أن تباشر الدعاوى منهم أو عليهم عن طريق ممثليهم القانونيين، فإنه لم يكتف بهذا الشرط، بل أضاف إليه أن تكون هذه الفئة قد تم الدفاع عن مصالحها فعلاً.

ونحن نرى أنه يجب أن تحسب آجال الطعن بالنقض المؤسس على هذه المخالفة من تاريخ زوال سبب نقص الأهلية، خاصة إذا كان سبب عدم حصول ناقص الأهلية على حقه في الدفاع هو تقاعس ممثله القانوني.

¹⁵³⁵ محمد العشماوي ، مرجع سابق ، ص 954 ، هـ 02.

¹⁵³⁶ محمد العشماوي ، مرجع سابق ، ص 955.

¹⁵³⁷ في هذا المعنى : علي أبو عطية هيكل ، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية 2007، ص 589.

¹⁵³⁸ EDOUARD BONNIER, éléments de procédure civil ,librairie de plon frères, paris 1853, p463.

¹⁵³⁹ قرار المحكمة العليا . غرفة الأحوال الشخصية . المؤرخ في 2005/07/13، ملف رقم 336017، مج مح ع، ع01، س2005، ص333: حيث بالفعل وبالإطلاع مرة أخرى على القرار المطعون فيه يتبين منه أن الطاعن كان فعلاً قد طالب أمام قضاة الاستئناف تعيين محامياً للمطعون ضدها المحجور عليها قبل أن يفصلوا في الاستئناف، إلا أن هذا الدفع قد رفض بدعوى أن الطلب ليس له ما يبرره وأن السلطة التقديرية في تعيين المحامي متروك لقاضي الموضوع ، وفي الحقيقة أن مثل هذا التعليل قد جانب الصواب وخالف القانون خاصة المادة 105 من قانون الأسرة التي توجب على القضاء أن يمكن الشخص المراد الحجر عليه من محام ليتولى الدفاع عن مصالحه الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه.

د- المخالفات المتعلقة بشكل العقود الإجرائية:

يتعين على قاضي الموضوع أن يراقب العقود الإجرائية من حيث شكلها سواء كانت عقوداً قضائية أو عقود غير قضائية .

01 . المخالفات المتعلقة بشكل العقود القضائية:

العقود القضائية هي عقود مرتبطة بسير الخصومة سواء كانت قضائية أو ولائية أو ترمي إلى تنفيذ جبري، ومثال ذلك محضر التكليف بالحضور، ومحضر تبليغ عريضة الاستئناف، ومحاضر التبليغ الخاصة بالأحكام القضائية بجميع أنواعها¹⁵⁴⁰. وتقوم المحكمة العليا ببسط رقابتها على هذه العقود من حيث أهلية الموظف المختص بتحريرها وهو المحضر القضائي، ومن حيث شكل هذا المحضر أي البيانات الواجب توافرها فيه¹⁵⁴¹،

¹⁵⁴⁰ ديب عبد السلام ، مرجع سابق، ص 117.

¹⁵⁴¹ قرار المجلس الأعلى . الغرفة التجارية والبحرية . المؤرخ في 1989/01/08، ملف 53790، مج ق ، ع04،س1990، ص 102: من المقرر قانوناً أن محضر التبليغ يجب أن يتضمن البيانات الجوهرية المتمثلة في تاريخ التبليغ وإمضاء الموظف الذي قام به وختم الجهة القضائية ، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس بعدم قبولهم الاستئناف شكلاً لرفعه خارج المهلة المحددة في المادة 102 من ق ا م معتبرين أن محضر تبليغ الحكم الابتدائي صحيحاً بالرغم من عدم ذكر تاريخ التبليغ وخلوه من ختم الجهة القضائية فإنهم بقضائهم كما فعلوا خرقوا القانون.

. قرار المجلس الأعلى . الغرفة التجارية والبحرية . المؤرخ في 1989/04/02، ملف 52811، مج ق، ع03، س1991، ص 96: من المقرر قانوناً أنه يجب أن يذكر في سند التبليغ تحت طائلة البطلان: يسقط الحق في المعارضة بانقضاء مهلة عشرة أيام ،ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقاً للإجراءات الجوهرية ، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع برفضهم المعارضة اعتماداً على وثيقة تبليغ غير مستوفية للشروط المنصوص عليها قانوناً يكونوا قد خرقوا الإجراءات الجوهرية .

. قرار المحكمة العليا . الغرفة المدنية . المؤرخ في 2000/10/18، ملف رقم 254572، مج ق، ع02، س2000، ص 96: إن القرار المطعون فيه الذي اعتمد على محضر الإنذار لاحتساب مهلة الاستئناف للحكم بعدم قبول الاستئناف شكلاً جاء خرقاً للقانون، لأن محضر الإنذار لا يحل محل محضر التبليغ المطلوب قانوناً بما يحويه من بيانات أساسية نص عليها القانون ،ومتى كان كذلك فإنه يتعين نقض القرار المطعون فيه .

. قرار المحكمة العليا . الغرفة التجارية والبحرية . المؤرخ في 2006/03/08، ملف رقم 365579، مج ق، ع01،س2006، ص 364.363: حيث بمراجعة القرار المطعون فيه يتبين بأن قضاة الموضوع وأمام دفع الطاعن الرامي إلى بطلان محضر تبليغ الحكم الغيابي الذي فصل الحكم المستأنف بقبوله ، وأسس دفعه على أن المحضر لم يتضمن الفقرة الثانية من المادة 98 من ق ا م التي توجب تحت طائلة البطلان أن يذكر في سند

وتراقب المحكمة العليا مدى قيام المحضر القضائي بالخطوات القانونية التي يجب عليه القيام بها كي يكون التبليغ الذي قام به صحيحا¹⁵⁴².

02 . المخالفات المتعلقة بشكل العقود غير القضائية

يقصد بالعقود غير القضائية، العقود التي تتم خارج الخصومة، لكنها تعتبر من الأعمال المحضرة لها أو شرطا لقبولها¹⁵⁴³، ومثال ذلك التنبيه بالإخلاء وهو عقد غير قضائي لازم لرفع دعوى إخلاء المحل التجاري، ويترتب على بطلانه عدم قبول الدعوى شكلا¹⁵⁴⁴، ومحضر عدم الصلح المقرر بنص المادة 37 من القانون 04/90، والذي يحرر من طرف

التبليغ أنه بانقضاء المهلة المذكورة يسقط حق الطرف في المعارضة فأجابوا قائلين أن سند التبليغ قد تضمن البيانات الجوهرية المذكورة بأحكام المادة 98 من ق ا م إذا أشير فيه إلى أنه المبلغ له أخطر بأن له أجل عشرة أيام كاملة لتقديم المعارضة تحت طائلة البطلان وأجل المعارضة يبدأ من تاريخ التبليغ له وأجل الإستئناف شهر كامل من انقضاء أجل المعارضة، حيث بتسبيبههم هذا لم يتطرقوا إلى عدم تضمن سند التبليغ للفقرة الثانية من المادة 98 من ق ا م بل اعتبروا التبليغ صحيحا ومتضمنا كل البيانات الجوهرية التي أشاروا إليها كما تم تبيانه أعلاه، إلا أنهم لم يثيروا إلى الفقرة الناقصة من المحضر التي لم توجب تحت طائلة البطلان ذكرها في سند التبليغ .

¹⁵⁴² قرار المحكمة العليا . الغرفة المدنية . المؤرخ في 2005/12/21، ملف رقم 314058، مج مح ع، ع02، س2006، ص 191: يعد باطلا ولا يعتد به محضر التبليغ الخالي من الإجراءات المنصوص عليها قانونا، وحيث أنه وكما هو ثابت من محضر التبليغ فإن المحضر القضائي عندما انتقل إلى موطن المعلن إليه صرح أنه لم يجد فيه أحدا، فكان عليه أن يعيد الكرة مرة أخرى، ثم بعد ذلك إذا تأكد أن المعلن إليه ما يزال يقيم في موطنه ، ولكن استحال عليه مقابلته أو من يقيم في موطنه حق له بعد ذلك أن يلجأ إلى تبليغه عن طريق البريد برسالة موصى عليها مع العلم بالوصول، وفي هذه الحالة يجب على عون البريد أن ينتقل إلى موطن المعلن إليه فإذا كرر المعلن إليه رفضه الاستلام أو من يقيم في موطنه فيعد الإعلان في هذه الحالة صحيحا ، ويبدأ ميعاد الطعن من تاريخ هذا الرفض ، وحيث أن محضر التبليغ الذي لا يتضمن هذه الخطوات لا يعتد به ويعد باطلا ، وأن قضاة الموضوع عندما اعتدوا بهذا المحضر قد خرقوا القواعد الإجرائية مما يعرض قرارهم للنقض.

¹⁵⁴³ ديب عبد السلام ، مرجع سابق، ص 117.

¹⁵⁴⁴ قرار المجلس الأعلى . الغرفة التجارية والبحرية . المؤرخ في 1988/03/27، ملف رقم 46713، مج ق ع 01، س 1993، ص 77 .

مفتشية العمل المختصة، والذي يعد شرطاً لازماً لقبول الدعاوى الاجتماعية، حيث يترتب على بطلانه أو عدم تقديمه عدم قبول الدعوى شكلاً¹⁵⁴⁵.

وقد يكون العقد غير القضائي صحيح من حيث البيانات الواجب ذكرها فيه، إلا أنه فاقد لآثاره نتيجة مخالفته للشكل المتعلق بالميعاد الواجب القيام به فيه، ومن ذلك مثلاً عدم إعلان الرغبة في الشفعة خلال المدة المحددة قانوناً يشكل مخالفة لقاعدة جوهرية في الإجراءات، ترتب عدم قبول الدعوى شكلاً تحت طائلة النقض¹⁵⁴⁶.

هـ- مخالفة القواعد التي تحكم تشكيل الجهة القضائية التي أصدرت الحكم أو القرار المطعون فيه¹⁵⁴⁷:

¹⁵⁴⁵ . قرار المجلس الأعلى . الغرفة الاجتماعية . المؤرخ في 07/05/1985، ملف رقم 37058، مج ق، ع01، س1990، ص 145: ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن النزاع لم يطرح مسبقاً على مفتش العمل لإجراء محاولة الصلح وفقاً لما نص عليه القانون صراحة، فإن قضاة الاستئناف بتأييدهم الحكم المستأنف المصرح بإعادة العامل إلى عمله مع أداءه كافة أجوره عرضوا قرارهم للنقض ما دام أنهم لم يقضوا بعدم قبول الدعوى.

. قرار المجلس الأعلى . الغرفة الاجتماعية . المؤرخ في 07/05/1984، ملف رقم 34024، مج ق، ع03، س1989، ص 162: إذا كان الثابت أنه لم يعاين سواء من حكم الدرجة الأولى أو من قرار قضاة الاستئناف أن إجراءات المصالحة المنصوص عليها قانوناً قد تمت في هذا النزاع من طرف مفتش العمل، كما لم يظهر من وثائق الملف أن الخلاف القائم بين الأطراف كان قد عرض على هذا المفتش، ولذلك فإن قرار قضاة الاستئناف غير مستوف للشروط المطلوبة قانوناً ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه .

. قرار المحكمة العليا . الغرفة الاجتماعية . المؤرخ في 08/06/2005، ملف رقم 305198، مج مح ع، ع02، س2005، ص249.

¹⁵⁴⁶ جبار جميلة، نظام الشفعة في التشريع الجزائري، مج مح ع، عدد خاص الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، ج03، س2010، ص74.

. قرار المجلس الأعلى . الغرفة المدنية . المؤرخ في 19/11/1984، ملف 34331، مج ق، ع02، س1990، ص52: متى كان من المقرر قانوناً أنه يجب أن ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري معاً وذلك في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الشفعة، ومن المقرر كذلك أن أحكام هذا المبدأ تعد من الأشكال الجوهرية في الإجراءات ومن النظام العام وتطبق تلقائياً، ولما كان ثابتاً أن الطاعنين لم يعلنوا رغبتهم في الشفعة خلال الأجل المحدد قانوناً رغم علمهم بالبيع الواقع، لذلك فإن قضاة الاستئناف وبمصادقتهم على الحكم القاضي برفض طلب حقوق الطاعنين بوجه الشفعة، التزموا صحيح القانون.

¹⁵⁴⁷ وتجد قابلية الحكم للنقض بسبب مخالفة قواعد تشكيل الجهة القضائية أساسها القانوني في عدة نصوص نذكر منها، نص المادة 502 من ق ا م ا د التي تنص: يتشكل القسم الاجتماعي، تحت طائلة البطلان، من قاض

تعد هذه القواعد أساسية في النظام القضائي، حيث أن الجهة القضائية التي لا تكون مشكلة تشكيلا قانونيا، لا يمكنها أن تصدر إلا أحكاما باطلة مشوبة بعيب جوهري، ويعد هذا البطلان متعلقا بالنظام العام، ولكل أطراف الدعوى التمسك به، ولا يمكن التنازل عنه، ولا يصح بالسكوت عنه¹⁵⁴⁸.

وقد أكدت المحكمة العليا الطابع الجوهري لهذه القواعد في عدة قرارات، حيث قضت الغرفة الاجتماعية بأن عدم تغيير التشكيلة بعد الإحالة يعد خرقا لقاعدة جوهرية في الإجراءات يترتب عنها النقص¹⁵⁴⁹، وأن عدم احترام طبيعة التشكيلة التي تفصل في المسائل الاجتماعية يؤدي إلى بطلان الحكم الذي أصدرته هذه المحكمة¹⁵⁵⁰، كما أن عدم احترام طبيعة التشكيلة من

رئيسا ومساعدين طبقا لما ينص عليه تشريع العمل، والمادة 533 من ق ا م اد : يتشكل القسم التجاري من قاض رئيسا ومساعدين ممن لهم دراية بالمسائل التجارية و يكون لهم رأي استشاري، ونص المادة 364 من ق ا م اد : إذا نقض الحكم أو القرار المطعون فيه تحيل المحكمة العليا القضية إما إلى الجهة القضائية التي أصدرت الحكم أو القرار بتشكيلة جديدة ، وإما أمام جهة قضائية أخرى من نفس النوع والدرجة.¹⁵⁴⁸ أحمد الشافعي، البطلان في قانون الإجراءات الجزائية ، دار هومة ، ط 05، الجزائر 2010، ص ص 154.153.

¹⁵⁴⁹ قرار المجلس الأعلى . الغرفة الاجتماعية المؤرخ في 1981/05/11، ملف رقم 22267، مج ق، ع04، س1989، ص 170: إذا كان الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس القضائي لم يحتاطوا لتطبيق أحكام قرار الإحالة فيما يتطلبه من ضرورة التشكيل المغاير بعد النقض والإحالة أمام نفس المجلس ، إذ تبين أن المستشار الذي شارك في القرار الأول عاد وشارك في القرار الثاني، فإنهم بقضائهم هذا خرقوا إجراءات جوهرية في الإجراءات.

. قرار المحكمة العليا . الغرفة التجارية والبحرية . المؤرخ في 1992/07/07، ملف رقم 96523، مج ق، ع03، س1993، ص 160: ولما كان من الثابت في قضاء الحال أنه بعد القرار بالنقض أعاد الطاعن السير في الدعوى أمام المحكمة بدل المجلس القضائي المحال إليه فإن قضاة الموضوع الذين استجابوا لطلبه خرقوا الأشكال الجوهرية في الإجراءات .

¹⁵⁵⁰ قرار المحكمة العليا . الغرفة الاجتماعية . المؤرخ في 2005/03/16، ملف رقم 289603، مج ق، ع01، س 2005، ص 119: حيث يتبين بالفعل من الحكم المطعون فيه أن تشكيلة المحكمة جاءت كالتالي : السيدة صافي صورية رئيسة المحكمة وبمساعدة السادة ك عيساوي النوري ، عرياوي عمر ، عداد عبد المجيد ممثلي وأرباب العمل ، ذلك دون احترام المادة 08 من القانون 04/90 التي تنص على أن التشكيلة تكون متساوية الأعضاء بالنسبة للعمال والمستخدمين ، كما أنها تنص على ذكر صفة هؤلاء ، ولما كان الحكم المطعون فيه

حيث عدد القضاة ورتبهم، ومن حيث بيان اكتمال تشكيلتها بذكر اسم كاتب الضبط الذي حضر الجلسة، و من حيث بيان ذكر اسم ممثل النيابة العامة في القضايا التي تكون فيها النيابة العامة طرفاً أصلياً، يؤدي كل ذلك إلى بطلان الحكم أو القرار المطعون فيه¹⁵⁵¹.

لذلك فإنه يتعين أيضاً أن يشتمل الحكم أو القرار المطعون فيه أسماء القضاة الذين تناولوا فيه وأصدروه، مع بيان رتبهم، و أن يكونوا هم أنفسهم الذين حضروا المناقشات¹⁵⁵²، وأن يشتمل

صادر عن تشكيلة متركبة من ثلاثة مساعدين دون تحديد صفاتهم فإن الحكم المطعون فيه جاء مخالفاً للمبدأ السالف الذكر مما يعرضه للنقض .

. قرار المحكمة العليا . الغرفة الإجتماعية . المؤرخ في 2007/02/07، ملف رقم 365555 ، مج ع ع 02، س 2007، ص 233: حيث يتبين فعلاً من الحكم المطعون فيه أن التشكيلة التي أصدرته كانت مكونة من القاضية غربي خامسة رتبة ومساعدة بطاش بوعلام وتلمساني مسعود ممثلي العمال وحطابي أحمد ممثلاً لأرباب العمل وبالتالي فإن التشكيلة كانت مخالفة لما نصت عليه المادة السالفة الذكر التي نصت على التساوي والتوازن في تشكيل المحكمة ، ولما لم يكن الأمر كذلك فإن التشكيلة التي أصدرت الحكم المنتقد كانت مخالفة لقاعدة جوهرية في الإجراءات وماسة بالنظام العام مما يجعل الإثارة سديدة .

¹⁵⁵¹ قرار المجلس الأعلى . الغرفة المدنية . المؤرخ في 1987/02/09، ملف رقم 44605، مج ق، ع 02، س 1993، ص 44: متى نصت المادة 144 من ق ا م أن أحكام المجلس القضائي تصدر من ثلاثة أعضاء، ومن ثم فإن القرار الصادر من عضوين يعد خرقاً للقواعد الجوهرية في الإجراءات ، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن تشكيلة المجلس وحسبما هو منصوص عليه في القرار المطعون فيه تتكون من الرئيس ومستشارة مقررة واحدة ، فإنه بقضائه كما فعل يكون قد خرق قواعد جوهرية في الإجراءات .

. قرار المحكمة العليا . الغرفة الاجتماعية . المؤرخ في 1999/06/08، ملف 211780 ، مج ق ، ع 01، س 1999، ص 149: حيث يتبين فعلاً من القرار المطعون فيه أنه صدر عن غرفة مكونة من رئيس وثلاثة مستشارين ، وأن المادة 144 من ق ا م تنص على أن قرار المجلس القضائي يصدر من ثلاثة أعضاء ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ، وأنه وفي غياب قانون ينص على تشكيلة مغايرة فإن صدور القرار المطعون فيه من أربعة قضاة يعتبر مخالفاً لنص المادة 144 من ق ا م ، وحيث أن القواعد المتعلقة بتشكيل المجلس القضائي من النظام العام يتعين أن الوجه المثار مؤسس .

¹⁵⁵² أحمد الشافعي ، مرجع سابق، ص 154.

. قرار المجلس الأعلى . غرفة الأحوال الشخصية . المؤرخ في 1984/12/17، ملف رقم 34107، مج ق، ع 01، س 1990، ص 89: من المقرر قانوناً أن قرارات المجالس القضائية تصدر من ثلاث قضاة، فإنه من البديهي يجب أن تكون الهيئة المصدرة للقرار هي نفسها التي شاركت في المرافعات في القضية ، ذلك أنه من البديهي في قانون المرافعات أنه يجب أن تكون الهيئة المصدرة للقرار هي نفسها التي شاركت في المرافعات في القضية ، وأن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لقاعدة جوهرية في الإجراءات، ولما ورد في القرار المطعون فيه ذكر اسم

على بيان أنه صدر باسم الشعب الجزائري¹⁵⁵³، وكل هذه المسائل تتعلق أيضا بالقواعد التي تحكم تشكيل الجهة القضائية.

و- مخالفة مبدأ التقاضي على درجتين:

يعتبر مبدأ التقاضي على درجتين من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام القضائي، والذي بموجبه يتم منح الخصوم مكنة الدفاع عن حقوقهم في درجة ثانية، بما سبق وأن أثاروه من أوجه دفاع وأسانيد ومستندات أمام الدرجة الأولى، وبما قد يعين لهم من أدلة أو أوجه دفاع جديدة¹⁵⁵⁴.

وتنتصب المحكمة العليا مدافعة عن هذا المبدأ بصرامة، حيث تحرص على التأكد من أن الخصوم قد مكثوا من هذا الحق، وتشير مخالفة هذا المبدأ بصورة تلقائية¹⁵⁵⁵.

المستشار الذي تلى تقريره في القضية ثم إنه لم يذكر اسمه ضمن الهيئة التي وردت في آخر هذا القرار، فإن هذا يعد خرقا لقاعدة جوهرية في الإجراءات.

¹⁵⁵³ ديب عبد السلام، مرجع سابق، ص 192، ويضيف سيادته أنه لبطلان الحكم أو القرار المطعون فيه يقتضي أن لا يشار بصفة كاملة إلى عبارة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية باسم الشعب الجزائري، وأن مجرد إغفال جزء من هذه الصياغة لا يرتب البطلان، لأن الأمر هنا يتعلق بمجرد خطأ مادي... انتهى، والحقيقة أن هذا الخطأ يصعب حدوثه حاليا مع دخول العدالة الجزائرية في نظام العصرية، حيث أدخلت نظام الإعلام الآلي في صياغة الأحكام من الناحية الشكلية وهو ما يعرف بنظام التطبيقية وهو نظام وطني موحد.

¹⁵⁵⁴ أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين، مرجع سابق، ص 40.

. المادة 06 من ق ا م اد : المبدأ أن التقاضي يقوم على درجتين ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

¹⁵⁵⁵ . قرار المجلس الأعلى . الغرفة المدنية . المؤرخ في 1986/06/30 ، ملف 42870، مج ق، ع 02، س 1989، ص 88: متى كان من المقرر قانونا أن الطلبات الجديدة لا تقبل في الاستئناف ما لم تكن خاصة بمقاصة أو كانت بمثابة دفاع في الدعوى الأصلية وهذا تجسيدا لمبدأ التقاضي على درجتين فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعتبر خرقا للقانون .

. قرار المجلس الأعلى . الغرفة المدنية . المؤرخ في 1983/01/05، ملف رقم 29276، مج ق ، ع 02، س 1989، ص 35: متى كان من المقرر قانونا أن قرارات المجالس القضائية تصدر من ثلاثة أعضاء، فإن مشاركة القاضي الذي فصل في النزاع أول درجة، ضمن الهيئة الإستئنافية، تعد خرقا لمبدأ التقاضي على درجتين، وإذا كان من الثابت أن هذا المبدأ يقتضي ألا يشارك القاضي الذي أصدر الحكم الابتدائي في الهيئة التي فصلت في الاستئناف ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار الذي قضى بخرق هذا المبدأ.

. انظر عكس هذا القرار : قرار المجلس الأعلى . الغرفة الاجتماعية . المؤرخ في 1985/04/01، ملف 32721، مج ق، ع 03، س 1989، ص 139: متى كان من المقرر قانونا أنه يجوز لأطراف الدعوى رد القاضي إذا سبق

ز- عرض الملف على النيابة العامة في بعض الدعاوى:

عندما ينص المشرع على ضرورة عرض الملف على النيابة العامة¹⁵⁵⁶، فإن هذا العمل يعد إجراء جوهرياً، يترتب على إغفاله نقض القرار المطعون فيه، حيث وصل الأمر بالمحكمة العليا في أحد قراراتها إلى اعتباره إجراء متعلقاً بالنظام العام¹⁵⁵⁷، بحيث لا يجوز إغفاله ولا الاتفاق على ما يخالفه كما أنه يمكن إثارته والدفع به خلال جميع مراحل المحاكمة بما في ذلك إمكانية إثارته أمام المحكمة العليا لأول مرة كوجه من أوجه الطعن المتعلقة بخرق القواعد

له وأن نظر في النزاع أول درجة، ومن ثم فإن وجه الطعن المؤسس على خرق مبدأ التقاضي على درجتين يكون غير مبرر قانوناً.

¹⁵⁵⁶ راجع المادة 260 من ق ا م اد.

¹⁵⁵⁷ طالب أحمد، الأخطاء الشكلية والموضوعية في الأحكام القضائية، مجلة المحكمة العليا، ع01، س2003، ص24.

. بلحاج العربي، دور النيابة العامة في الخصومة القضائية، مرجع سابق، ص 149.

. قرار المجلس الأعلى. غرفة الأحوال الشخصية والمواريث. المؤرخ في 1984/02/03، ملف رقم 34762، مج ق،

ع04، س1989، ص 108: من المقرر قانوناً أنه يجب إبلاغ النائب العام بالقضايا المتعلقة بحالة الأشخاص،

ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لإجراء جوهري وانتهاكاً لقاعدة قانونية من قواعد النظام العام

. قرار المجلس الأعلى. غرفة الأحوال الشخصية والمواريث. المؤرخ في 1986/10/06 ملف رقم 41752، مج ق،

ع02، س1989، ص92: لقد نظر المشرع نظرة خاصة لجملة من القضايا وأولها عناية مميزة ونص على أنه إذا

عرضت على المجالس القضائية فلا تفصل فيها إلا بعد عرضها على النيابة العامة للإطلاع عليها وإعطاء رأيها

في موضوعها، وأن يكون لهذا الإجراء إذا اتخذ أثر بالملف إن لم ينص عليه في القرار، ومن تلك القضايا

حالات الأشخاص، وحيث أن القضية الصادر فيها القرار المطعون فيه اشتملت على شينين من حالات

الأشخاص وهما الطلاق والحضانة وقد أهمل القضاة إطلاع النيابة عليه مكتفين بوضع ورقة بالملف تدل على

أنهم قاموا بالإجراء، غير أنه إذا قورن تاريخها بتاريخ الاستئناف يظهر أن الأول أسبق من الأخير، ومتى أوجب

القانون إطلاع النيابة العامة على القضايا الخاصة بحالة الأشخاص قبل عشرة أيام على الأقل من يوم الجلسة

بواسطة كتابة الضبط، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون.

. قرار المجلس الأعلى. الغرفة المدنية. المؤرخ في 1984/07/11، ملف رقم 32377، مج ق، ع01، ب س ن،

ص 51: متى أوجب القانون تبليغ القضايا التي تهم القصر إلى النيابة العامة كان ذلك الإجراء يعد جوهرياً لا

يجوز استبعاده أو اعتباره مستوفياً بمجرد الإشارة إلى إتمامه، والجهة القضائية التي اكتفت بالذكر في قرارها أنه

تم سماع النائب العام في طلباته، تكون قد خرقت قاعدة جوهرية في الإجراءات، مما يستوجب النقض.

الجوهرية للإجراءات¹⁵⁵⁸، ومع ذلك فإن الاجتهاد الغالب والمستقر في قضاء المحكمة العليا هو أن عرض الملف على النيابة العامة ورغم إنه إجراء جوهرى يتعلق بالنظام العام، إلا أنه مشرع لحماية مصالح خاصة، حيث لا يجوز التمسك به إلا للخصم الذي شرع لمصلحته¹⁵⁵⁹. ويتعين على قضاة الموضوع أن يقوموا بهذا الإجراء على الوجه الصحيح، بحيث لا يكفي الإشارة إلى أنه تم الاستماع إلى النائب العام، لأن هذه الإشارة لا تغني عن التبليغ الفعلي للقضية¹⁵⁶⁰، ويجب أن يتم إرسال الملف إلى النيابة العامة في الأجل المحدد قانوناً، لأن

¹⁵⁵⁸ عبد العزيز سعد ، حول تطبيقات المادة 141 من قانون الإجراءات المدنية، المجلة القضائية، ع01، س 1999، ص 18.

. قرار المحكمة العليا . الغرفة المدنية . المؤرخ في 2010/07/22، ملف رقم 580795، مج م ع ، ع02، س 2011، ص 108: حيث يتضح من دراسة القرار المطعون فيه أن القضية تشمل قصر ، ولم يتبين أن النائب العام إطلع على الملف وقدم التماساته ، حيث يترتب عن خرق هذا الإجراء الجوهرى نقض القرار .
¹⁵⁵⁹ قرار المجلس الأعلى . الغرفة المدنية . المؤرخ في 1983/01/19، ملف 26598، مج ق، ع01، ب س ن، ص 37: يعتبر إطلاع النيابة العامة على الملفات الخاصة بالقصر قاعدة جوهرية أوجبها المادة 141 من ق ا م رعاية لمصالح عديمي الأهلية والأحداث ، ومن ثمة وجب اعتبار الوجه المثار من طرف الخصوم والمأخوذ من خرق هذه القاعدة صادراً ممن ليست له الصفة في التمسك به ، وبالتالي يعد مرفوضاً ذلك أن الوسيلة المقررة قانوناً لا يستفيد منها إلا من تقررت لمصلحته.

. قرار المحكمة العليا . الغرفة التجارية والبحرية . المؤرخ في 1995/01/30، ملف رقم 102227، الاجتهاد القضائي ، ع خاص، س2001، ص134: حيث أن مضمون الوجه المثار هو أنه لا يظهر من القرار المطعون فيه أن الملف قد بلغ إلى النيابة العامة ضمن مهلة عشرة أيام قبل الجلسة وذلك لأن القضية تتعلق بمؤسستين عموميتين ، لكن حيث أن هذا الإجراء خصص لحماية حقوق أطراف أخرى غير الطاعن لذلك فالوجه غير مؤسس.
قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 2000/03/29، ملف رقم 190541، مج ق، ع01، س2000، ص154: حيث أن الدفع بعدم عرض الملف على النيابة العامة مقرر قانوناً لمصلحة البلدية وبالتالي فلا يجوز للطاعن التمسك به، ومن هنا يكون الوجه المثار في غير محله مما يستوجب رفضه.
¹⁵⁶⁰ طالب أحمد ، مرجع سابق ، ص24.

. انظر عكس ذلك : قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 2004/09/22، ملف 267615، مج م ع، ع01، س2007، ص409: حيث بالرجوع إلى أسباب القرار المنتقد يتضح أنه ورد بها بعد الاستماع إلى النيابة العامة في طلباتها مما يؤدي أن الإجراء المنصوص عليه بالمادة 41 من ق ا م قد تمت مراعاته.
. عمر زودة ، طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 03 مكرر من قانون الأسرة ، مج م ع، ع02، س2005، ص 44 ، حيث يرى سيادته أن الحكم يكون صحيحاً إذا وردت فيه الإشارة إلى أنه تم تبليغ ملف

إرسال الملف خارج الأجل يمس بحق النائب العام في مراقبة هذه الدعاوى ويحرمه من إعطاء رأيه فيها وتقديمه مذكراته بشأنها¹⁵⁶¹ وكل ما يلزم القاضي هو تمكين النيابة العامة من الإطلاع على الملف لإبداء رأيه دون أن يكون مقيدا بهذا الرأي¹⁵⁶²، ويتم ذلك من الناحية العملية بأمر شفوي من القاضي، حيث تؤجل القضية من أجل إتاحة الفرصة للنيابة العامة من أجل الإطلاع فعلا على الملف، ثم تقديم ملاحظاتها والتماساتها حسبما يتراءى لها من حماية لمصلحة المجتمع الذي تمثله.

ح- إيداع و تلاوة التقرير المكتوب من طرف المستشار المقرر:

يتم هذا الإجراء أمام جهة الاستئناف، حيث يعين رئيس الغرفة الناظرة في الاستئناف مستشارا مقررا في القضية، ويتضمن هذا التقرير الوقائع والإجراءات والأوجه المثارة والمسائل القانونية المعروضة للفصل فيها، ويتضمن أيضا جميع أوجه دفاع وطلبات الخصوم¹⁵⁶³. يتعين وضع هذا التقرير تحت تصرف الخصوم للإطلاع عليه لدى أمانة الضبط خلال ثمانية أيام قبل جلسة المرافعات كي يتسنى لهم إبداء ملاحظاتهم حول هذا التقرير¹⁵⁶⁴، حيث يمكنهم مثلا الإشارة الشفوية إلى النقائص التي تضمنها هذا التقرير، وبعد قفل باب المرافعة ودخول القضاة إلى غرفة المداولة فإنه يتعين على المستشار المقرر أن يقوم بتلاوة هذا التقرير المكتوب أثناء المداولة¹⁵⁶⁵، ويجب أن يتضمن القرار المطعون فيه ما يفيد أن التقرير المكتوب قد أودع من أجل تمكين الخصوم للإطلاع عليه¹⁵⁶⁶، وما يفيد أن التقرير المكتوب قد تمت تلاوته¹⁵⁶⁷.

القضية إلى النيابة العامة أو أنه تم الإطلاع على طلبات النيابة العامة، أي كل ما يفيد أن النيابة العامة قد تم تمكينها من الإطلاع على ملفات تلك القضايا.

¹⁵⁶¹ عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 21.

¹⁵⁶² عمر زودة، طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 03 مكرر من قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 39.

¹⁵⁶³ المواد 544 و 545 من ق ا م اد.

¹⁵⁶⁴ المادة 546 من ق ا م اد.

¹⁵⁶⁵ المادة 549 من ق ا م اد.

¹⁵⁶⁶ المادة 554 من ق ا م اد.

¹⁵⁶⁷ المادة 553 من ق ا م اد.

والحقيقة أنه يجب أن يبين القرار المطعون فيه بدقة استيفاء هذه الإجراءات حيث يجب أن يحدد اسم ولقب المستشار المقرر، وأن يبين أنه هو نفسه الذي تلى التقرير المكتوب ما لم يثبت استبداله قبل المداولة ، وأن الأطراف قد قدموا ملاحظاتهم أو أنهم قد امتنعوا عن تقديمها، وعليه فإن إغفال الإشارة في القرار المطعون فيه إلى أن هذه الإجراءات قد استوفيت يؤدي إلى نقضه لمخالفته لقاعدة جوهرية في الإجراءات¹⁵⁶⁸.

ط- المخالفات المتعلقة بإجراءات التحقيق

تتعلق هذه المخالفات بالمخالفات المرتكبة أثناء سماع الشهود أو المرتكبة عند إعداد تقرير الخبرة .

01 . المخالفات المتعلقة بسماع الشهود

لصحة الأخذ بالشهادة يجب أن يتم سماعها وفق إجراءات سليمة، وأن مخالفة هذه الإجراءات يؤدي إلى بطلانها، وبالتالي بطلان الحكم الذي بني عليها¹⁵⁶⁹، لكن هذه المخالفة لا تتعلق بالنظام العام، بل يتعين على من قررت لمصلحته أن يتمسك بها أمام قضاة الموضوع، بحيث لا يقبل إثارتها لأول مرة أمام المحكمة العليا¹⁵⁷⁰.

¹⁵⁶⁸ طالب أحمد ، مرجع سابق ، ص 25.

. قرار المجلس الأعلى . الغرفة التجارية والبحرية . المؤرخ في 20/11/1982، ملف 26387، الاجتهاد القضائي، ص 159.

. وفي رأينا أن عدم الإشارة في القرار المطعون فيه إلى إيداع التقرير المكتوب لدى أمانة الضبط أو عدم احترام مدة الإيداع لا يجوز التمسك به من طرف الطاعن لأول مرة أمام المحكمة العليا ما لم يثره أمام قضاة لمجلس ، لأن هذه المخالفة قد تمت وتكشفت للطاعن قبل صدور القرار المطعون فيه ، بخلاف تلاوة التقرير المكتوب الذي يتم في غرفة المداولة بحيث لم يكن بوسع الطاعن أن يعلم به إلا بعد صدور القرار المطعون فيه.

¹⁵⁶⁹ قرار المجلس الأعلى . غرفة الأحوال الشخصية . المؤرخ في 11/12/1989، ملف رقم 56756، مج ق ، ع02، س1992، ص64: وعليه فإذا لم يكن في القضية سوى الإثبات بالبينة فالقاضي هو الذي يستمع للشهود، فإن استمع إليهم غيره وبني حكمه على شهادتهم كما هو الحال هنا فإن حكمه يكون قائما على غير أساس قانوني.

. قرار المجلس الأعلى . الغرفة الادارية. المؤرخ في 15/07/1989، ملف رقم 57775، المجلة القضائية، ع04، س1992، ص145: حيث ولما كان ثابتا أن القاضي المنتدب لإجراء التحقيق لم يؤد اليمين للشهود ومن ثم فإن التحقيق يعد باطلا طبقا للقانون.

¹⁵⁷⁰ الأنصاري حسن النيداني ، العيوب المبطله للحكم وطرق التمسك بها، مرجع سابق ، ص 490.

02 . المخالفات المتعلقة بتقرير الخبرة:

يعتبر تقرير الخبرة إذا كان هو أساس الحكم أو القرار المطعون فيه امتدادا لهما، بحيث أنه يعتبر إجراء مؤثر في سلامته، وبالتالي فإن البطلان الذي يشوب تقرير الخبرة يؤدي إلى بطلان الحكم أو القرار المطعون فيه ¹⁵⁷¹.

ويعتبر من الإجراءات الجوهرية التي يؤدي عدم احترامها إلى بطلان تقرير الخبرة، ومن ثم بطلان الحكم أو القرار المطعون فيه عدم حلف الخبير اليمين القانونية قبل أداء خبرته، ما لم يكن مقيدا في جدول الخبراء، وبشرط أن يتمسك به صاحب المصلحة في ذلك قبل الرد على تقرير الخبرة، وإلا اعتبر متنازلا عنه ¹⁵⁷²، وعدم احترام الخبير لمبدأ الوجاهية أثناء إنجاز خبرته كأن يقوم بالخبرة دون استدعاء للخصوم، ويعتبر أيضا إجراء جوهريا يجب احترامه قيام الخبير بالإجابة عن جميع المهام الموكلة إليه وعدم تجاوزها، وعدم البحث في مسائل قانونية صرفة ¹⁵⁷³.

ك- خرق مبدأ علنية المناقشات

. قرار تعقيبي مدني، مؤرخ في 11/02/1997، نشرية محكمة التعقيب، القسم الثاني، ص 178: إن المحكمة لا يمكنها إثارة القرح في الشهود من تلقاء نفسها ما دام التجريح من خصائص الخصوم فقط، وأن عدم حضور المطلوبة وعدم تجريحها في الشهود من تلقاء نفسها بأي قرح قانوني لا يمنع المحكمة من الأخذ بشهادتهم. منقول من: www.jurisprudence-e-justice.tn

. قرار تعقيبي مدني، مؤرخ في 02/10/1996، نشرية محكمة التعقيب، القسم الثاني، ص 117: تكون قد أحسنت تطبيق القانون محكمة الموضوع لما تجاوزت القرح الواقع في الشاهد بعد تلقي شهادته من قبل القاضي. منقول من: www.jurisprudence-e-justice.tn

¹⁵⁷¹ أنور طلبية، موسوعة المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 153.

. قرار تعقيبي مدني مؤرخ في 12/12/1985، نشرية محكمة التعقيب، القسم المدني، ع02، ص1986، ص92: يكون تقرير الخبير باطلا إذا تجاوز نطاق مهمته وذلك بتلقيه الشهادات التي هي من اختصاص القضاة وحدهم.

¹⁵⁷² سيد أحمد محمود، النظام الإجرائي للخبرة القضائية في المواد المدنية والتجارية، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر 2007، ص 52 .

¹⁵⁷³ مولاي ملياني بغدادي، الخبرة القضائية في المواد المدنية، مطبعة دحلب، الجزائر 1992، ص ص 197.192.

إن المناقشات أمام الجهات القضائية للحكم تكون في جلسة علانية، ويشكل هذا المبدأ أحد الضمانات الأساسية لصحة الإجراءات وحماية حقوق الدفاع¹⁵⁷⁴، ورغم أن هذا الإجراء جوهري إلا أنه يتعلق بمبدأ يندر خرقه، وبمسألة يصعب إثباتها، بحيث أن خرق هذا المبدأ لا يثبت إلا من خلال إظهار من المحكمة بأن المرافعات لم تتم بصورة علانية، أو بوجود ما يفيد ذلك من خلال الحكم أو القرار المطعون فيه، دون أن يشير القاضي فيه إلى سبب جعل المناقشات سرية¹⁵⁷⁵.

المطلب الثاني : مخالفة قواعد الاختصاص¹⁵⁷⁶

يقصد بقواعد الاختصاص مجموعة القواعد القانونية التي تحدد صلاحية الجهة القضائية للنظر في الدعوى المرفوعة أمامها¹⁵⁷⁷، وتهدف هذه القواعد إلى تحديد نصيب كل جهة من جهات القضاء، ونصيب كل طبقة من طبقات المحاكم داخل الجهة القضائية الواحدة¹⁵⁷⁸. ويجب عدم الخلط بين اختصاص الجهة القضائية وبين مجرد التوزيع الداخلي للعمل القضائي داخل المحكمة الواحدة¹⁵⁷⁹، حيث أن رفع الدعوى أمام محكمة مختصة ولكن ليس أمام القسم المؤهل للفصل فيها، لا يؤدي إلى رفضها لعدم الاختصاص^{1580 1581}، وإنما نكون هنا أمام

¹⁵⁷⁴ أحمد الشافعي ، مرجع سابق، ص 194.

¹⁵⁷⁵ على خلاف المشرع الجزائري، فإن المشرع الفرنسي قد نظم مسألة مخالفة مبدأ العلانية بنص المادة 446 من قانون الإجراءات المدنية ، حيث نص على أن مخالفة مبدأ العلانية لا يمكن إثارتها أمام المحكمة العليا ما لم يثبت أن الطاعن قد تمسك بها أمام قضاة الموضوع...انظر في شرح هذه المادة : مصطفى كيره، مرجع سابق، ص 470.

¹⁵⁷⁶ اعتبر المشرع الجزائري مخالفة قواعد الاختصاص وجها مستقلا بذاته للطعن بالنقض، في حين أن المشرع الفرنسي يعتبر مخالفة قواعد الاختصاص مخالفة للقانون وبالتالي لا داعي لجعله يستأثر بوجه خاص به.
¹⁵⁷⁷ عوض أحمد الزعبي ، أصول المحاكمات المدنية ، ج01، دار وائل للنشر ، ط02، عمان 2006، ص 157.

¹⁵⁷⁸ أحمد السيد صاوي ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، مرجع سابق ، ص 341.
¹⁵⁷⁹ فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق ، ص 225.
راجع المادة 32 من ق ا م ا د و المادة 13 من القانون العضوي رقم 11.05 المتعلق بالتنظيم القضائي .

¹⁵⁸⁰ قرار المجلس الأعلى . الغرفة التجارية والبحرية . المؤرخ في 02/10/1988، ملف رقم 51730 ، مج ق، ع03، س1990، ص98: متى كان مقررا قانونا أن المحاكم هي الجهات القضائية الخاصة بالقانون العام والتي تفصل في القضايا المدنية والتجارية ، فإن الفروع الموجودة لدى بعض المحاكم ما هي إلا تنظيم إداري لا علاقة

حالة سوء توجيه للدعوى، فيكون القاضي هنا أمام ثلاث حلول، فهو إما أن يفصل في الدعوى إذا لم يكن هناك مانع يتعلق بتشكيلة القسم، فالقاضي العقاري يمكنه أن يفصل في دعوى مدنية رفعت أمامه خطأ، كما يمكنه أن يحيل الملف إلى القسم المعني بعد إخبار رئيس المحكمة مسبقاً¹⁵⁸²، وله أيضاً أن يرفض الدعوى شكلاً لسوء توجيهها وذلك في حالة ما إذا تحقق المانع المتعلق بتشكيلة القسم، كأن ترفع مثلاً دعوى تجارية أمام القاضي المدني، فهنا ورغم أن المحكمة مختصة في الفصل في النزاع إلا أنه وبسبب أن تشكيلة القسم التجاري تتكون من قاضي ومساعدين ممن لهم دراية بالمسائل التجارية وهي تشكيلة مانعة، فإنه لا يكون للقاضي المدني الحق في الفصل في النزاع لعدم توفر هذه التشكيلة في القسم الذي يترأسه.

وتقع المخالفة لقواعد الاختصاص من طرف قضاة الموضوع على مستويين، إما على مستوى القواعد المتعلقة بالاختصاص المحددة بناء على معيار موضوعي . الاختصاص النوعي . وإما على مستوى القواعد المتعلقة بالاختصاص المحددة بناء على معيار إقليمي . الاختصاص الإقليمي .¹⁵⁸³

لها بالاختصاص النوعي ، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون في غير محله ويتعين رفضه.

¹⁵⁸¹ مع التحفظ بالنسبة لهذا الحكم فيما يخص القسم الاجتماعي الذي جعله المشرع يتمتع باختصاص نوعي مانع ومن النظام العام .

¹⁵⁸² قرار المجلس الأعلى . الغرفة التجارية والبحرية . المؤرخ في 04/06/1983، ملف رقم 28906، الاجتهاد القضائي ، س1986، ص 176: بما أن المحاكم يجوز لها الفصل في المسائل التجارية والمدنية على حد سواء، فإن عدم اختصاص قسم لا بد أن يثار قبل الدخول في الموضوع، وللمحكمة أن تسوي هذا بالإحالة .

. قرار المجلس الأعلى . الغرفة المدنية . المؤرخ في 03/04/1985، ملف رقم 33528 ، مج ق ، ع04، س1989، ص 48: من المقرر قانوناً أن الاختصاص النوعي لا يتعلق بشخص القاضي الذي يرأس الجلسة وإنما يتعلق بنوع الدعوى ، ومن ثم فإن وجود دعوى إيجار ضمن الدعوى المقضي بضمها لا ينزع عن القاضي المدني اختصاصه ، ولما كان الأمر كذلك فإن النعي على القرار المطعون فيه في الوجه المأخوذ من خرق أشكال جوهرية للإجراءات باعتبار أن إحدى الدعوى من اختصاص قسم الإيجار ولا يرأسها نفس القاضي الذي أمر بضم ثلاث قضايا كان في غير محله ويتعين القضاء برده.

¹⁵⁸³ إلياس أبو عيد ، نظرية الاختصاص في أصول المحاكمات المدنية والجزائية ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت 2004، ص 07.

الفرع الأول: قواعد الاختصاص النوعي

يقصد بالاختصاص النوعي توزيع العمل القضائي بين طبقات المحاكم داخل الجهة القضائية على أساس نوع الدعوى، حيث بمقتضاه يتم إسناد الفصل في الدعوى إلى المحكمة بناء على طبيعة موضوع النزاع المعروض عليها¹⁵⁸⁴، أو قيمة المصالح التي هي محل الخصومة¹⁵⁸⁵.

وبناء على هذا التعريف، فإنه يظهر أننا نأخذ بالمفهوم الواسع للاختصاص النوعي، والذي يشمل كل من الاختصاص الوظيفي والاختصاص النوعي للمحكمة داخل الجهة القضائية الواحدة¹⁵⁸⁶.

إن تحديد رقابة المحكمة العليا على تطبيق قواعد الاختصاص، يقتضي من قضاتها فهم كيفية توزيع الاختصاص النوعي على أساس طبيعة موضوع الدعوى التي فصل فيها قضاة الموضوع . أولاً، ثم البحث في طبيعة هذا الاختصاص . ثانياً ..

أولاً - توزيع الاختصاص النوعي على أساس طبيعة موضوع الدعوى:

إن توزيع الاختصاص النوعي على أساس طبيعة موضوع الدعوى يتم دراسته على عدة مستويات، المستوى الأول يتعلق بتوزيع الاختصاص على أساس التفرقة بين القضاء العادي والقضاء الإداري، والمستوى الثاني يتعلق بتوزيع الاختصاص على أساس التفرقة بين القضاء الموضوعي والقضاء الاستعجالي، والمستوى الثالث يتعلق بتوزيع الاختصاص على أساس درجات التقاضي.

أ - توزيع الاختصاص على أساس التفرقة بين القضاء العادي والقضاء الإداري:

تقوم المحكمة العليا ببسط رقابتها على مدى احترام قضاة الموضوع لاختصاصهم الوظيفي، وتتصب رقابتها أساساً على مدى فهم قضاة الموضوع للمعايير المحددة لاختصاصهم، حيث يلعب المعيار العضوي دوراً مهماً في الفصل بين القضاء العادي والقضاء

¹⁵⁸⁴ أحمد السيد صاوي ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، مرجع سابق ، ص 355.

¹⁵⁸⁵ الغوثي بن ملح، القانون القضائي الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط2، الجزائر 2000، ص

180.

¹⁵⁸⁶ سوف نلاحظ من خلال دراسة موضوع الاختصاص أن المشرع والمحكمة العليا أيضاً يأخذان بهذا المفهوم الشامل للاختصاص النوعي.

الإداري، ذلك أن الخطأ المؤدي إلى مخالفة قواعد الاختصاص، إنما ينتج عن سوء فهم من طرف قضاة الموضوع لهذا المعيار من حيث تطبيقه، و إما عن عدم مراعاة الاستثناءات الواردة عليه، وفي الحالتين فإن قاضي الموضوع يخضع لرقابة النقض.

1. أثر سوء فهم قضاة الموضوع للمعيار العضوي على تحديد اختصاصهم :

يؤدي سوء فهم قضاة الموضوع للمعيار العضوي في أغلب الأحيان إلى تمسكهم بالاختصاص رغم أن النزاع هو نزاع إداري¹⁵⁸⁷، أو العكس¹⁵⁸⁸، لذلك فإن تحديد موقف المشرع من هذا المعيار هو أمر جوهري يتعين الوقوف عليه.

تبنى المؤسس الدستوري لسنة 1996 مبدأ ازدواجية القضاء¹⁵⁸⁹، وتم تكريس ذلك قانونيا بصدور : القانون العضوي رقم 01/98 المؤرخ في 30/05/1998 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة، والقانون العضوي رقم 02/98 المؤرخ في 30/05/1998 المتعلق بالمحاكم الإدارية، والقانون العضوي رقم 03/98 المؤرخ في 03/06/1998 المتعلق باختصاصات محكمة التنازع، والقانون رقم 09.08 المؤرخ في 25/02/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

¹⁵⁸⁷ قرار محكمة التنازع المؤرخ في 06/01/2008 ، ملف رقم 47، مج مح ع، عدد خاص بمحكمة التنازع، س2009، ص 125: إن الجهات القضائية التابعة للقضاء العادي غير مختصة للفصل في هذا النزاع، وأنه يتعين المعاينة بأن هناك تنازعا في الاختصاص والتصريح باختصاص الجهة القضائية الإدارية للفصل في النزاع، وإبطال الأحكام القضائية الصادرة عن الجهات القضائية التابعة للقضاء العادي ، والقول أن قرار مجلس الدولة طبق القانون تطبيقا صحيحا.

¹⁵⁸⁸ قرار محكمة التنازع المؤرخ في 16/03/2008، ملف رقم 25، مج مح ع ، عدد خاص بمحكمة التنازع، س2009، ص 62: القضاء العادي هو المختص بالفصل في نزاع عمل قائم بين شخص طبيعي ومؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، وإنه يستخلص مما سبق أن مؤسسة الأشغال بقسنطينة تعد مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري وهو ما يجعل الجهة القضائية العادية الفاصلة في المسائل الاجتماعية هي المختصة للفصل في النزاع القائم بينها وبين المدعي، وأن الغرفة الإدارية بمجلس قضاء قسنطينة كانت على صواب لما صرحت بعدم اختصاصها، وأن الغرفة الاجتماعية لمجلس قضاء قسنطينة أخطأت لما صرحت بعدم اختصاصها.

¹⁵⁸⁹ المادة 152 من الدستور.

وانطلاقاً من هذه القوانين أمكن توزيع الاختصاص بين الجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي العادي ونظيرتها الخاضعة للنظام القضائي الإداري¹⁵⁹⁰، إذ أننا في ذلك نلجأ إلى تحديد اختصاص القضاء العادي بطريقة سلبية، وذلك بإخراج المسائل التي يسندها المشرع إلى جهات القضاء الإداري، فيكون ما أدخله المشرع في ولاية هذه الجهات هو بالضرورة يخرج عن اختصاص جهة القضاء العادي¹⁵⁹¹.

واستنتاجاً من نص المادة 800 من ق ا م ا د، فإنه يخرج عن اختصاص القضاء العادي جميع النزاعات التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً فيها.

وهكذا فإن المشرع وبموجب هذه المادة قد تبنى بصراحة المعيار العضوي، في بيان اختصاص جهة القضاء الإداري، وهذا المعيار يتميز بالبساطة، في ما يخص تطبيقه من طرف القضاء العادي، حيث أن هذا القضاء وبصفة آلية يتوجب عليه عدم الفصل في النزاع كلما عاين أن أحد أطراف النزاع هو جهة إدارية عامة وأن يصرح بعدم اختصاصه.

2. أثر سوء فهم قضاة الموضوع لاستثناءات المعيار العضوي على تحديد اختصاصهم:

رغم أن المادة 800 من ق ا م ا د قد كرست المعيار العضوي كمبدأ عام، إلا أن المشرع قد أورد على هذا المبدأ بعض الاستثناءات التي بموجبها يعطي الاختصاص لجهة القضاء العادي رغم أن أحد أطرافها هو جهة إدارية عامة، ويمكن إجمال هذه الاستثناءات في الحالات التالية:

. الحالات المنصوص عليها بالمادة 802 من ق ا م ا د وتتمثل في: . مخالفات الطرق¹⁵⁹².
دعاوى التعويض الناجمة عن مركبة تابعة لأحد الأشخاص الإدارية العامة المذكورة في المادة 800 من ق ا م ا د.

¹⁵⁹⁰ بوشير محند أمقران، النظام القضائي الجزائري، د م ج ، ط04، الجزائر 2005، ص 369.

¹⁵⁹¹ عوض أحمد الزعبي ، مرجع سابق ، ص 171.

¹⁵⁹² من المفروض أن يطلق على موضوع هذه المنازعات عبارة الاعتداءات الواقعة على الطرق العامة دون الحاجة إلى الإبقاء على عبارة مخالفات الطرق، و المقلدة من القانون الفرنسي تقليداً أجوفاً ... انظر في شرح هذه الفكرة : نويري عبد العزيز ، المنازعة الإدارية في الجزائر: تطويرها وخصائصها، ج01، دراسة تطبيقية منشورة بمجلة مجلس الدولة، ع08، س2006، منشورات الساحل ، الجزائر 2006، ص 53.

. الحالات المنصوص عليها بموجب قوانين خاصة، حيث تعطي بعض القوانين الخاصة للقضاء العادي الاختصاص في الفصل في بعض الدعاوى رغم أن أحد أطرافها هي من أشخاص القانون العام المحددين بنص المادة 800 من ق ا م ا د، ويمكن أن نعطي بعض الأمثلة على هذه القوانين التي نذكر منها :

. الدعاوى التي ترفعها الدولة بشأن التركات أو الأملاك العقارية التي يعد مالكا مجهولا أو لا مالك لها أو المملوكة لشخص مفقود أو غائب، والدعاوى المتعلقة بتبادل الأملاك العقارية التابعة للأملاك الوطنية الخاصة التي تملكها الجماعات المحلية سواء حصل التبادل بين المؤسسات العامة أو بين هذه الأخيرة والخواص¹⁵⁹³ .

. منازعات حقوق الجمارك التي تكون فيها مصالح الجمارك طرفا على الرغم من أنها من الإدارات العامة تؤول في مجموعها إلى اختصاص القضاء العادي¹⁵⁹⁴، وعلى هذا الأساس يمكن أن نعطي أمثلة لنزاعات جمركية يمكن إسناد الفصل فيها للقضاء العادي، من ذلك مثلا الطعن في مقرر رفض استرداد الرسوم المتحصل عليها في المادة الجمركية¹⁵⁹⁵، و طلب تقدير شرعية بيع في المزاد العلني أمرت به إدارة الجمارك، والفصل في دعوى تعويض الضرر

¹⁵⁹³ بوبشير محند أمقران ، النظام القضائي الجزائري ، مرجع سابق، ص 400.

. المواد 51، 52، 53، 96 من القانون 30.90 المؤرخ في 1990/12/01 المتضمن قانون الأملاك الوطنية ، ج ر ع 52، س 1990 .

¹⁵⁹⁴ محمد الصغير بعلي ، المحاكم الإدارية ، دار العلوم ، عنابة 2005، ص 140.

. المادة 273 من قانون الجمارك : تنظر الجهة القضائية المختصة بالبت في القضايا المدنية في الاعتراضات المتعلقة بدفع الحقوق والرسوم أو استردادها ومعارضات الإكراه وغيرها من القضايا الجمركية الأخرى التي لا تدخل في اختصاص القضاء الجزائري.

¹⁵⁹⁵ قرار مجلس الدولة المؤرخ في 2005/11/29، ملف رقم 19149، مجلة مجلس الدولة ، ع 07، س 2005، ص 113: دون حاجة إلى مناقشة وقائع الطرفين ، يتجلى من الرجوع إلى مختلف الوثائق التي اشتمل عليها الملف أن النزاع المحال يتعلق بدفع الحقوق والرسوم الجمركية ولا يدخل في اختصاص القضاء الإداري طبقا لقانون الجمارك .

الناجم عن تسخيرة مطعون في شرعيتها، والفصل في نزاع حول إتلاف أو ضياع محجوز لدى إدارة الجمارك¹⁵⁹⁶.

وبالرجوع إلى نص المادة 231 من قانون الجمارك فإنها تعطي أيضا الاختصاص للقضاء العادي في الفصل في الطلب الذي يرفعه مالك البضاعة المحجوزة من طرف إدارة الجمارك في حالة ثبوت أن الحجز غير قانوني، حيث يستفيد المالك بتعويض قدره 01% عن كل شهر من قيمة البضاعة المحجوزة تبدأ من تاريخ الحجز إلى غاية تاريخ التسليم أو العرض الذي يقدم إلى المالك بالتسليم¹⁵⁹⁷.

. إشكالات تنفيذ أحكام المحاكم الإدارية وقرارات مجلس الدولة، حيث يفهم من نص المادة 631 من ق ا م ا د أنه في حالة وجود إشكال في تنفيذ أحد السندات التنفيذية المشار إليها في هذا القانون، يحزر المحضر القضائي محضر الإشكال، ويدعو الخصوم لعرض الإشكال على رئيس المحكمة التي يباشر في دائرة اختصاصها التنفيذ عن طريق الاستعجال.

إن عبارة أحد السندات التنفيذية المشار إليها في هذا القانون، تفسر على أن أحكام المحاكم الإدارية وقرارات مجلس الدولة وباعتبارها من السندات التنفيذية المشار إليها في المادة 600 من ق ا م ا د وعندما يتعلق الأمر بإشكال في تنفيذها، فإن حل الإشكال يكون من اختصاص القضاء العادي¹⁵⁹⁸.

¹⁵⁹⁶ أحسن بوسقيعة، توزيع الاختصاص بين النظامين القضائيين العادي والإداري في مجال المنازعات الجمركية، مجلة مجلس الدولة ، ع02، س 2002، دار هومة، الجزائر 2002، ص 53.

. قرار المحكمة العليا . الغرفة المدنية . المؤرخ في 2006/03/22، ملف رقم 311902، مج مح ع، ع01، س2006، ص 199 : حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أن قضاة الموضوع قد سببوا قرارهم برفض دعوى الطاعنة تسببا كافيا ، ذلك أنه إذا كانت إدارة الجمارك مخولة تشريعا وتنظيميا لإجراء المراجعة اللاحقة على البضائع المستوردة قصد تحديد قيمتها الحقيقية عكس ما تظهره وثائق الطرف الآخر = ويصرح به لديها وغير ملزمة كذلك بالأخذ بما تضمنته مستندات ووثائق هذا الأخير ، فإنها ملزمة بأن تبين عناصر التقييم الحقيقي الذي وصلت إليه في مراجعتها لقيمة البضاعة ومن أين استمدت واستخلصت القيمة الحقيقية لهذه البضاعة وأن مجرد الإدعاء بأن لجنة المراجعة صرحت بعدم صحة تصريحات المستورد وعدم تطابقها مع القيمة الحقيقية للبضاعة غير كاف

¹⁵⁹⁷ أحسن بوسقيعة ، مرجع سابق ، ص 55.

¹⁵⁹⁸ نويري عبد العزيز ، مرجع سابق ، ص 64.

. ويرى البعض أن القضاء العادي مختص بالفصل في دعوى إلغاء العقود الرسمية التي يحررها الموثقون حتى في حالة ما إذا كان أحد أطراف الدعوى شخصا إداريا عاما¹⁵⁹⁹، ويستندون في رأيهم هذا إلى قرار مجلس الدولة المؤرخ في 2005/02/01¹⁶⁰⁰، إلا أننا نرى أن هذا الاتجاه غير مؤسس كون أنه لا يستند على أي أساس قانوني مقبول، حيث أنه لا يمكننا أن نخرج عن المعيار العضوي الذي جعله المشرع الأصل في توزيع الاختصاص، من دون أي نص قانوني يسمح لنا بهذا الخروج، كما أننا نرى أن قرار مجلس الدولة السابق ذكر هو قرار معزول ولا يمكن أن نعتبره قرارا مرجعيا¹⁶⁰¹، حيث أن هذا القرار لم يوفق في زاوية النظر إلى طبيعة النزاع، أين يتضح أنه اعتبر النزاع دعوى إلغاء ليصل إلى أن أعمال الموثق لا تعد قرارات إدارية، في حين أن النظر إلى الدعوى كان يجب النظر إليها من زاوية أنها دعوى أحد أطرافها شخص إداري، فيكون الاختصاص للقضاء الإداري استنادا للمعيار العضوي، ما دام لا يوجد نص خاص بهذا النوع من الدعاوى .

. انظر عكس ذلك : قرار المحكمة العليا . الغرفة المدنية . المؤرخ في 2007/02/21، مج مح ع ، ع 01، س 2007، ص 267 : حيث أن القضاء الإداري هو المختص بالفصل في إشكال تنفيذ قرار قضائي إداري وليس القضاء العادي .

¹⁵⁹⁹ بوجادي عمر ، اختصاص القضاء الإداري في الجزائر ، رد، كلية الحقوق جامعة تيزي وزو 2011، ص 73 .
¹⁶⁰⁰ قرار مجلس الدولة المؤرخ في 2005/02/01، ملف رقم 13673، مجلة مجلس الدولة ، ع 07، س 2007، ص 161: حيث ثبت إذا من طبيعة العقد أنه محرر من طرف موثق خاص ومبرم بين أطراف يخضعون للقانون الخاص ويبقى هذا العقد غير خاضع لرقابة القضاء الإداري ولا لاختصاصه وإن وجود إدارة عامة في النزاع . المجلس الشعبي البلدي للسحاولة . لا يضر في شيء من طبيعة النزاع إذ يبقى من اختصاص القضاء العادي .
¹⁶⁰¹ لم يقبل القضاء العادي الفصل في هذه الدعاوى ولم يعترف بهذا الاجتهاد، حيث صرح بعدم اختصاصه هو أيضا ليحال الموضوع إلى محكمة التنازع للفصل في هذا التنازع السلبي في الاختصاص، أين قضت محكمة التنازع بعدم صحة اجتهاد مجلس الدولة ، وانتهت إلى أن القضاء الإداري هو المختص للفصل في هذه الدعاوى : انظر قرار محكمة التنازع المؤرخ في 2008/12/21، ملف رقم 73، مج مح ع ، عدد خاص بمحكمة التنازع ، س 2009، ص 263: القضاء الإداري هو المختص نوعيا بإبطال عقد توثيقي عندما تكون الإدارة طرفا فيه، وأن الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة لا يمكنه تعطيل مقتضيات القانون، لا سيما أن المشرع ما انفك يؤكد على المعيار العضوي في تحديد اختصاص الجهات القضائية، وأنه وبتصريحه بعدم اختصاص الجهات القضائية الإدارية نوعيا للفصل في نزاع قائم بين بلدية وأشخاص طبيعية خاضعين للقانون الخاص يكون قد خالف قانون الإجراءات المدنية.

3 . الرقابة على تطبيق قضاة الموضوع لقواعد الاختصاص الوظيفي:

يجب القول أنه يتعين على القاضي المدني أن يتحكم في قواعد توزيع الاختصاص بين القضاء العادي وهي منطقتها التي يحكم فيها، وبين القضاء الإداري التي تخرج عن نطاق حكمه، بحيث أنه في حالة خطأه في تطبيق هذه القواعد فإن ذلك سيجعل حكمه تحت طائلة النقض بسبب مخالفة قواعد الاختصاص¹⁶⁰²، وفي حالة إفلاته من رقابة النقض فإنه قد يقع تحت رقابة محكمة التنازع¹⁶⁰³.

وحتى يتم احترام قواعد الاختصاص النوعي والتقيّد بها بحسب ما رسمه وحدده المشرع وجب الاعتراف لمحكمة التنازع من أن تباشر مهمتها وتقرض سلطتها عند إثارة إشكالية التنازع بين جهتين قضائيتين غير متجانستين¹⁶⁰⁴، وفي هذا المقام فإنه يجب علينا إبراز دور محكمة التنازع في تعليم الجهات القضائية بنوعيتها العادي والإداري لقواعد الاختصاص، حيث تنتصب هذه المحكمة كجهة فصل بين هذه الجهات في حالة تنازعها في الاختصاص سواء كان هذا التنازع إيجابياً أو سلبياً¹⁶⁰⁵.

إن تدخل محكمة التنازع قد يمس حتى قرارات المحكمة العليا، وهنا يمكن أن نلاحظ أن هذه من الحالات التي قد يكرس فيها رأي قضاة الموضوع ويغلب على رأي قضاة النقض، حيث أنه عندما يتمسك قضاة الموضوع باختصاصهم، ثم تنقض المحكمة العليا قرارهم بحجة عدم

¹⁶⁰² قرار المحكمة العليا . الغرفة المدنية . المؤرخ في 2006/07/19، ملف رقم 328584، مج مع ع، ع02، ص 2006، ص 203: حيث أن النعي بهذا الوجه صحيح ذلك أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه وإلى بقية عناصر الملف يتبين أن الضرر المطلوب التعويض عنه سببه أحد أعوان الأمن والخطأ الذي قام به هذا الأخير هو خطأ مصلحي تسأل عنه الدولة وأن النزاع لا يدخل ضمن الاستثناءات المنصوص عليها بالمادة 07 مكرر من ق ا م إذ أنه من اختصاص الجهة القضائية الإدارية لأنه يتعلق بمسؤولية الدولة عن أعمال موظفيها.

¹⁶⁰³ انظر المادة 152 من الدستور: تؤسس محكمة تنازع تتولى الفصل في حالات تنازع الاختصاص بين المحكمة العليا ومجلس الدولة.

انظر القانون العضوي رقم 03/98 المؤرخ في 03 جوان 1998 المتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها، ج ر ع 39، س 1998.

¹⁶⁰⁴ عمار بوضياف ، دور محكمة التنازع في المحافظة على قواعد الاختصاص النوعي ، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص بمحكمة التنازع، س 2009، ص 320.

¹⁶⁰⁵ عمار بوضياف ، مرجع سابق، ص 308.

الاختصاص، فيلجا المتقاضي إلى القضاء الإداري الذي يتمسك هو أيضا بعدم اختصاصه، فيعرض حينها النزاع على محكمة التنازع التي إذا رأت أن الاختصاص معقود للقضاء العادي فإنها تبطل قرار المحكمة العليا وتعيد القضية إلى هذه المحكمة من أجل الفصل في الطعن بالنقض مرة أخرى¹⁶⁰⁶.

ب. توزيع الاختصاص على أساس التفرقة بين القضاء العادي والقضاء الإستعجالي:

يعد الاختصاص بالدعوى الاستعجالية اختصاصا نوعيا، حيث أن هذا الاختصاص معقود للقسم الاستعجالي بصفة أصلية¹⁶⁰⁷، أو لمحكمة الموضوع بصفة فرعية¹⁶⁰⁸، ولا يتأثر هذا الاختصاص بقيمة الدعوى الاستعجالية نفسها، ولا بقيمة أو نوع دعوى الموضوع المرتبطة بها¹⁶⁰⁹.

ويترتب على جعل اختصاص القضاء الاستعجالي اختصاصا نوعيا، أنه لا يجوز لهذا القضاء أن يتمسك باختصاصه في مواجهة دعاوى لا تتوفر على شروط الدعوى الاستعجالية¹⁶¹⁰،

¹⁶⁰⁶ قرار محكمة التنازع المؤرخ في 2007/12/09، ملف رقم 34، مج م ع، ع خاص بمحكمة التنازع، س 2009، ص 80 : إن المحكمة العليا قد أخطأت بالتالي عندما نقضت القرار الصادر عن مجلس قضاء وهران المؤرخ في 1997/06/11 بدعوى عدم اختصاصه، وأن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء وهران قد أصابت لما صرحت بعدم اختصاصها ، وأنه بالتالي يتعين إحالة القضية إلى المحكمة العليا للفصل فيها من جديد بعد أن تلغي قرارها القاضي بعدم الاختصاص.

¹⁶⁰⁷ المادة 13 من القانون العضوي رقم 11.05 المؤرخ في 2005/07/17 المتعلق بالتنظيم القضائي . المادة 299 من ق ا م اد.

¹⁶⁰⁸ انظر مثلا نص المادة 536 من ق ا م اد : يمكن لرئيس القسم التجاري أن يتخذ عن طريق الاستعجال الإجراءات المؤقتة أو التحفظية للحفاظ على الحقوق موضوع النزاع ...

¹⁶⁰⁹ فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص 249.

¹⁶¹⁰ هذا من حيث الأصل، لكن لهذه القاعدة بعض الاستثناءات التي تمنح للقضاء الاستعجالي الاختصاص دون النظر في توفر هذه الشروط، الاستثناء الأول هو عندما يمنح القانون صراحة الاختصاص للقضاء الاستعجالي، من ذلك مثلا اختصاص القضاء الاستعجالي بطرد المستأجر لدى ديوان الترقية والتسيير العقاري عند مخالفته لأحكام المرسوم 76-147 المؤرخ في 1976/10/23 والممنوح له بموجب المادة 17 من هذا المرسوم، وكذلك منح المحكمة العليا وفي اجتهادها المستقر الاختصاص للقضاء الاستعجالي في دعاوى الطرد من السكنات المحتلة بدون سند، انظر مثلا في هذا الاجتهاد: قرار المحكمة العليا. الغرفة التجارية والبحرية. المؤرخ في

1999/07/13، ملف رقم 218477، م ق، ع 01، س 2000، ص 137.

لذلك فإنه يجدر بنا إبراز هذه الشروط التي يتعين على قاضي الاستعجال أن يتأكد من توافرها، وهو يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا.

. الشرط الأول: حالة الاستعجال :

عند الفصل في طلب مقدم على أنه مستعجل، كما يظهر من عريضة افتتاح الدعوى، فإن القاضي الاستعجالي يكون مختصا في تقدير مدى توفر هذا العنصر في الطلب المقدم إليه، بحيث أنه إذا ما وقف على عدم توفره فإنه يحكم برفض الطلب لعدم الاختصاص¹⁶¹¹. لذلك يرى البعض أن هذا الشرط ضروري وكاف لانعقاد اختصاص قاضي الاستعجال¹⁶¹²، حيث أن الاستعجال هو الذي يبرر عرض النزاع على قضاء ذي نوعية متخصصة، ووفق إجراءات غير عادية من حيث الوقت ومن حيث طرق وآجال الطعن والتنفيذ¹⁶¹³، ورغم أن المشرع نص على هذا الشرط صراحة بالمادة 299 من ق ا م ا د، إلا أنه لم يتولى مهمة تعريفه، تاركا المسألة للفقه والقضاء من أجل وضع معايير تضبط هذا المصطلح¹⁶¹⁴، حيث أن تدخل قضاء النقض من أجل تحديد معنى الاستعجال هو تدخل ضروري، حتى لا تصبح المسألة تحكيمية بيد قضاة الاستعجال¹⁶¹⁵، لكن التأكد من توفر عنصر الاستعجال هو مسألة موضوعية تخرج عن رقابة النقض¹⁶¹⁶.

¹⁶¹¹ Jacques ENGLEBERT , LE RÉFÉRÉ JUDICIAIRE : PRINCIPES ET QUESTIONS DE PROCÉDURE, www.procedurecivile.be/fileadmin/fichiers/refere.pdf, le 16 /02/2012 , p 08. قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1994/11/09، ملف رقم 115984، ن ق ، ع51، س1997، ص 75: إن طلب وقف الأشغال من اختصاص قاضي الاستعجال، و أن شروط الاستعجال هي: حالة الاستعجال ... و كان من الواجب على قضاة الاستئناف في هذه الحالة أن يناقشوا دفوع ووسائل الإثبات المقدمة، ثم يجيبوا عنها بالقبول أو الرفض.

¹⁶¹² Jacques ENGLEBERT, op cit , p06 .

¹⁶¹³ Ali FILALI, l'urgence et la compétence de la juridiction des référés, thèse de magistère, université d'Alger 1987,p09.

¹⁶¹⁴ لا يتسع المقام هنا لعرض مجمل التعاريف الفقهية والقضائية لعنصر الاستعجال، لذلك نحيل القارئ إلى بعض هذه التعاريف : بلعابد عبد الغني، الدعوى الاستعجالية الادارية وتطبيقاتها في الجزائر، مرجع سابق ، ص ص : 16.12، وانظر أيضا : الغوثي بن ملح، القانون القضائي الجزائري، مرجع سابق ، ص ص 316.315.

¹⁶¹⁵ Jacques ENGLEBERT, Ibid .

. الشرط الثاني: عدم المساس بأصل الحق :

إن هذا الشرط مكرس بنص قانوني صريح، حيث تنص المادة 303 من ق ا م اد على أن الأمر الاستعجالي لا يمس بأصل الحق، وبالتالي فإنه لا يحوز أي حجبية في مواجهة قاضي الموضوع الذي لا يلزم بأن يرتبط في حكمه بما قضت به محكمة الاستعجال¹⁶¹⁷، وإن كان يحوز الحجبية في ما يخص طلب تعديله أو إلغاءه، إلا إذا تغيرت ظروف صدوره¹⁶¹⁸. ويعتبر هذا الشرط شرطا مطلقا ومتعلقا بالنظام العام، وأن مخالفته من طرف قاضي الاستعجال يؤدي إلى بطلان حكمه¹⁶¹⁹، مع التحفظ على هذه النتيجة في الحالات التي يمنح فيها المشرع للقاضي الاستعجالي اختصاص الفصل في بعض المسائل التي تتضمن منح حق أو إسقاطه¹⁶²⁰.

. سبق وأن اشرنا في الباب الأول من هذه الرسالة، أن المحكمة العليا كثيرا ما نأت بنفسها عن مراقبة قضاة الموضوع عند تحديدهم لتوفر عنصر الاستعجال، لكن هذا لم يمنعها من التدخل في بعض الأحيان ومن خلال رقابتها على التسبب لتوجه قضاة الموضوع وتبين لهم بعض المعايير على سبيل المثال لا الحصر لتحديد =عنصر الاستعجال ، كمعيار مرور مدة طويلة من الزمن على الحالة يفقدها عنصر الاستعجال (قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 1985/06/01 ملف رقم 35385، م ق ، ع02، س1989، ص122)، ومعيار الحالة التي يصعب إصلاحها فيما بعد (قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1991/03/10، ملف رقم 66014، ن ق، ع51، س1997، ص141)، معيار الحالة غير العادية التي قد تؤدي إلى أفعال خطيرة (قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1992/02/10، ملف رقم 77378، ن ق، ع52، س1997، ص125)، معيار تعلق الطلب بإجراء تحفظي أو مؤقت (قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 1985/05/04، ملف رقم 26440، م ق، ع02، س1990، ص115).¹⁶¹⁶ قرار تعقيبي مدني مؤرخ في 2002/01/11، عدد 12162، www.e-justice.tn، ص306: حيث أن التأكد من عنصر الاستعجال حسب ما استقر عليه فقه القضاء مسألة موضوعية تخضع في تقديرها لمحكمة الأساس دون رقابة عليها من طرف محكمة التعقيب شريطة التعليل ، وأن المحكمة قد بينت بإطناب وبوضوح وبصفة معقولة توفر هذا العنصر في قضية الحال .

¹⁶¹⁷ Jacques ENGLEBERT, op cit , p25 .

¹⁶¹⁸ الطيب بن هاشم ، الدعوى المستعجلة شروط قبولها ومميزاتها، الندوة الوطنية للقضاء الاستعجالي، وزارة العدل، الجزائر 1995، ص 71.

¹⁶¹⁹ Jacques ENGLEBERT, Ibid , p 26 .

¹⁶²⁰ راجع مثلا صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في مسائل الولاية المنصوص عليها بالمواد 489.453 من ق ا م اد ، حيث يفصل مثلا عن طريق الاستعجال بإسقاط الولاية عن الأب، ويمنح الحضانة، وهنا القاضي يمس بأصل الحق وتكون لأوامره حجبية ولو مؤقتة أمام قاضي الموضوع.

ويقصد بأصل الحق الذي يتعين على قاضي الاستعجال عدم المساس به، السبب القانوني الذي يحدد حقوق والتزامات كل خصم قبل الآخر، بحيث يمنع عليه أن يتناول هذه الحقوق أو الالتزامات بالتفسير أو التأويل الذي من شأنه المساس بموضوع النزاع القانوني، كما ليس له أن يغير أو يعدل من مركز أحد الخصوم، أو أن يتعرض في أسباب حكمه إلى الفصل في موضوع النزاع¹⁶²¹، كأن يحكم بفسخ عقد أو بطلانه، أو يقرر حق ملكية أو حق متفرع عنه أو أن يحكم بالتعويض¹⁶²²، ويمكن اعتبار المساس بأصل الحق من طرف القاضي الاستعجالي محققا عند فصله في منازعة تتسم بالجدية¹⁶²³.

ج . توزيع الاختصاص بين درجات القضاء العادي :

يتعلق الأمر هنا بتوزيع الاختصاص بين درجات القضاء العادي، حيث يشمل التنظيم القضائي العادي كل من المحكمة العليا والمجالس القضائية والمحاكم¹⁶²⁴، ولكل جهة من هذه الجهات اختصاصها الموضوعي الذي تستأثر به، مع واجب احترام حدود هذا الاختصاص بحيث يمنع عليها تجاوزه .

1 . الاختصاص النوعي للمحاكم :

تعتبر المحاكم الجهة القضائية ذات الاختصاص العام¹⁶²⁵، لذلك فإن المشرع لا يحدد لها اختصاصا معيناً يشتمل على ذكر الدعاوى الداخلة ضمن صلاحياتها¹⁶²⁶، وإن كان المشرع ولحسن سير العدالة يحرص على تقسيم المحكمة إلى أقسام، بحيث توزع الدعاوى حسب

¹⁶²¹ حمادي مقراني ، القضاء الاستعجالي في المواد المدنية ، الندوة الوطنية للقضاء الاستعجالي، وزارة العدل ، الجزائر 1995، ص 100.

¹⁶²² مسعود كمين ، دراسة تطبيقية لأهم مبادئ القضاء الاستعجالي، نشرة القضاة ، ع58، ص 112.

¹⁶²³ قرار المجلس الأعلى . الغرفة الاجتماعية . المؤرخ في 1984/05/07، ملف رقم 37059، م ق، ع01، س1989، ص148: من المقرر قانوناً أنه في جميع أحوال الاستعجال يرفع الطلب بعريضة إلى رئيس الجهة القضائية للدرجة الأولى المختصة بموضوع الدعوى، ومن ثم فإن الفصل في منازعة تتسم بالجدية يعد مسا بأصل الحق.

¹⁶²⁴ راجع المادة 03 من القانون العضوي رقم 11.05 المتعلق بالتنظيم القضائي.

¹⁶²⁵ راجع المادة 32 من ق ا م اد.

¹⁶²⁶ إلياس أبو عيد ، نظرية الاختصاص في أصول المحاكمات المدنية والجزائية ، مرجع سابق، ص 75.

مواضيعها على هذه الأقسام¹⁶²⁷، كما بين لكل قسم المواضيع التي يختص بالنظر فيها¹⁶²⁸، لكن هذا التوزيع لا يجب النظر إليه كتوزيع للاختصاص الذي يمنع كل قسم من الفصل في النزاع الذي يعرض عليه وهو في أصله موكول تنظيميا لقسم آخر¹⁶²⁹، وإن كان المشرع يشجع في هذه الحالة تحويل القضية إلى هذا القسم بدلا من الفصل فيه، وقد بين الإجراءات الواجبة الإلتباع في هذا الشأن والمنصوص عليها بالمادة 32 من ق ا م اد.

ويرد على هذا المبدأ الذي يحدده المشرع للعلاقة بين أقسام المحكمة بعض الاستثناءات.

فالقسم الجزائي هو من أقسام المحكمة، لكن المواضيع الموكول إليه الفصل فيها، يختص بها اختصاصا نوعيا مانعا، بحيث لا يجوز للأقسام المدنية أن تفصل في هذه المواضيع تحت طائلة النقض لعدم الاختصاص النوعي، والعكس صحيح، وإن كان هذا النوع من التعدي على قواعد الاختصاص يبقى مجرد افتراض نظري فقط¹⁶³⁰.

والقسم الاجتماعي هو من الأقسام المدنية للمحكمة، لكن المشرع جعل من اختصاصه للفصل في الدعاوى الموكولة إليه اختصاصا نوعيا مانعا، حيث نصت المادة 500 من ق ا م اد على ذلك بصراحة، والسبب في ذلك يرجع إلى طبيعة الدعاوى التي ينظرها، وإلى طبيعة التشكيلة التي يتكون منها هذا القسم¹⁶³¹، وطبيعة الرأي الذي يعطيه المساعدون للقاضي، وتأثيره على الحكم الذي سيصدر في الدعوى .

¹⁶²⁷ راجع المادة 13 من القانون العضوي رقم 11.05 المتعلق بالتنظيم القضائي والتي قسمت المحكمة في المسائل المدنية إلى سبعة أقسام.

¹⁶²⁸ راجع مثلا المادة 423 من ق ا م اد التي تحدد المواضيع التي ينظر فيها قسم شؤون الأسرة، والمواد من 511 إلى 517 التي تحدد المواضيع التي ينظر فيها القسم العقاري، والمادة 531 التي تحدد المواضيع التي ينظر فيها القسم التجاري.

¹⁶²⁹ قرار المحكمة العليا . غرفة الأحوال الشخصية . المؤرخ في 1998/10/20، ملف رقم 204999، م ق ، ع 02، س 2001 ، ص 178 .

¹⁶³⁰ من الناحية العملية نجد بعض المتقاضيين يقومون بإيداع شكاوى ذات طابع مدني وبطلبات مدنية أمام وكيل الجمهورية للمحكمة، والذي يقوم في هذه الحالة بإصدار أمر بالحفظ، ويعلل أمره هذا بأن القضية ذات طابع مدني صرف.

¹⁶³¹ راجع المادة 502 من ق ا م اد : يتشكل القسم الاجتماعي تحت طائلة البطلان من قاضي رئيسا ومساعدين..

وتختص المحاكم اختصاصا نوعيا مانعا، في بعض الدعاوى المحددة على سبيل الحصر، والتي يمنع على المجالس القضائية إعادة النظر فيها، حيث تختص المحاكم الفصل فيها بصفة إنتهائية، ويستند المشرع في إعطائه هذا الاختصاص للمحكمة إما إلى طبيعة الحق المطالب به¹⁶³²، وإما إلى القيمة المالية لهذا الحق¹⁶³³.

ويعطي المشرع في بعض الدعاوى اختصاصا مانعا لمحكمة مقر المجلس للنظر دون سواها في بعض الطلبات، فالمادة 607 من ق ا م اد مثلا تعطي اختصاص الفصل في طلب منح الصيغة التنفيذية للأحكام والعقود والسندات التنفيذية الأجنبية لمحكمة مقر المجلس الذي يقع في دائرة اختصاصها موطن المنفذ عليه أو محل التنفيذ.

2. الاختصاص النوعي للمجالس القضائية

يمثل المجلس القضائي في الجزائر الجهة القضائية ذات الاختصاص العام في النظر في استئناف الأحكام الصادرة عن المحاكم، حتى ولو وجد خطأ في وصفها¹⁶³⁴، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للمجلس أن يرفع النزاع مباشرة أمام المجلس قبل عرضه على المحكمة، كما لا يجوز عرض طلبات جديدة على المجلس لم يسبق عرضها على المحكمة، تطبيقا لمبدأ التقاضي على درجتين.

ويضع المشرع على هذا المبدأ العام في الاختصاص الاستثناءات التالية :

¹⁶³² راجع المادة 433 من ق ا م اد : أحكام الطلاق بالتراضي غير قابلة للاستئناف . المادة 21 من القانون 0490 المؤرخ في 1990/02/06 المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل : إلغاء العقوبات التأديبية التي قررها المستخدم ضد العامل تصدر بصفة إنتهائية.

¹⁶³³ المادة 33 من ق ا م اد : تفصل المحكمة بحكم في أول وآخر درجة في الدعاوى التي لا تتجاوز قيمتها مائتي ألف دينار .

¹⁶³⁴ بوبشير محند أمقران، النظام القضائي الجزائري، مرجع سابق ، ص 410 . راجع أيضا المادة 05 من القانون العضوي 11.05 . المادة 34 من ق ا م اد .

. قرار المحكمة العليا . غرفة الأحوال الشخصية . المؤرخ في 1998/10/20، ملف رقم 204999، م ق، ع02، س2001، ص 177: حيث من المقرر قانونا أنه تختص المجالس القضائية بنظر استئناف الأحكام الصادرة من المحاكم في جميع المواد من الدرجة الأولى حتى ولو وجد خطأ في وصفها ، والثابت في قضية الحال أن المجلس لما رفض الدعوى لعدم الاختصاص النوعي بحجة أن المطالبة بالسكن لممارسة الحضانة ليس من اختصاصه فإنه أخطأ في ذلك بصفته هيئة لمراقبة الأحكام الصادرة عن المحاكم وتصحيحها ولو وجد خطأ في وصفها .

. يخرج عن اختصاص المجلس القضائي الدعاوى التي تفصل فيها المحاكم بصفة ابتدائية ونهائية والتي سبق التطرق إليها، وهنا يجب الإشارة إلى الدور التي لعبته المحكمة العليا في توجيه قضاة الاستئناف إلى أنه يجب عليهم وعندما ترفع إليهم استئنافات ضد أحكام صادرة بصفة نهائية، أن يقضوا بعدم قابلية الحكم للاستئناف حتى ولو لاحظوا أن تلك الأحكام غير مؤسسة أو مخالفة للقانون¹⁶³⁵، وإن كانت المحكمة العليا وفي كثير من الأحيان لا تصف قيام قضاة الاستئناف بالفصل في هذه الدعاوى بالتعدي على قواعد الاختصاص، بل تعتبره مخالفة للقانون.

. تختص الغرفة التجارية للمجلس القضائي لمدينة الجزائر وحدها دون سواها بالفصل في دعوى الطعن في مقررات مجلس المنافسة المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة¹⁶³⁶.

ثانيا . طبيعة الاختصاص النوعي :

عند البحث في طبيعة الاختصاص النوعي، فإنه يتعين علينا تحديد علاقة قواعد الاختصاص النوعي بالنظام العام، وأسباب تحديد هذه العلاقة من طرف المشرع.

أ . علاقة قواعد الاختصاص النوعي بالنظام العام :

¹⁶³⁵ لعبت المحكمة العليا هذا الدور خصوصا عند نظرها للطعون بالنقض في المسائل الاجتماعية الخاصة بدعاوى التسريح التعسفي ، حيث لاحظت هذه المحكمة أن قضاة الاستئناف يقومون بقبول الاستئنافات المرفوعة أمامهم رغم أن هذه الدعاوى غير قابلة للاستئناف بطبيعتها : . قرار المحكمة العليا . الغرفة الاجتماعية المؤرخ في 2007/02/07، ملف رقم 351938، قرار غير منشور : وحيث يتبين من القرار المطعون فيه أن موضوع النزاع يرمي إلى المطالبة بإلغاء قرار التسريح وإعادة الإدماج يكون الحكم البات في النزاع يأخذ الصيغة النهائية غير جائز استئنافه ، وحيث أن المجلس بقبوله الإستئناف وتصديه للفصل في النزاع خالف القانون وعرض قضائه للنقض وبدون إحالة.

. قرار المحكمة العليا . الغرفة التجارية والبحرية . المؤرخ في 2008/01/16، ملف رقم 405413، مح ع، ع02، س2008، ص 205: حيث ومن الثابت فعلا من تواصيل الإيجار المرفقة بالملف أن المحل التجاري موضوع النزاع مؤجر للمطعون ضده بمقابل 1085 دج سنويا ، وحيث أن أحكام المادة 3/2 من ق ا م تجعل من اختصاص المحكمة ابتدائي نهائي في المنازعات بين المستأجر والمؤجر إذا كانت قيمة الإيجار السنوي يوم رفع الدعوى لا يتجاوز 1500 دج ، وعليه وبقبولهم الاستئناف وتمسكهم باختصاصهم يكون القضاة قد خرخوا القانون.

¹⁶³⁶ المادة 63 من الأمر 03.03 المؤرخ في 2003/07/19 المتعلق بالمنافسة ، ج ر ع 43، س2003.

لقد أعفانا المشرع وبنصه الصريح بالمادة 36 من ق ا م ا د من البحث عن طبيعة الاختصاص النوعي، حيث اعتبره متعلقا بالنظام العام، وذلك على خلاف المشرع المغربي الذي لم يحسم هذه المسألة بدقة الأمر الذي أدى إلى نشوب جدل فقهي في هذا البلد حول تحديد طبيعة قواعد الاختصاص النوعي¹⁶³⁷.

وعلى هذا الأساس فإن المشرع الجزائري يعتبر الاختصاص النوعي اختصاصا متعلقا بالنظام العام¹⁶³⁸، وينشأ عن ذلك أن مخالفته تولد دفعا بعدم الاختصاص النوعي، يحق للخصوم إثارته في أي مرحلة من مراحل الدعوى ولو أمام المحكمة العليا، ويتعين على قاضي الموضوع التحقق من اختصاصه قبل أن يفصل في الموضوع¹⁶³⁹، وهو يخضع في ذلك لرقابة

¹⁶³⁷ انظر في هذا النقاش المحتدم : . عبد الرفيح الجوهري، إشكالية الفقرتين الثانية والخامسة من الفصل 16 من قانون المسطرة المدنية وعلاقته بالنظام العام، مجلة المحامي ، ع01، مجلة تصدر عن هيئة المحامين بمراكش ، س 1980، ص 13 وما بعدها . وقد رد على هذا المقال المستشار أحمد بلحاج الشهيدي، حول الاختصاص النوعي بين الفقرتين 02 و05 من الفصل 16 من قانون المسطرة المدنية وعلاقته بالنظام العام، مجلة المحامي ، ع02، مجلة تصدر عن هيئة المحامين بمراكش ، س 1981، ص 10 وما يليها . انظر أيضا رأي الدكتور الطيب الفصايلي، حقيقة الدفع بعدم الاختصاص في ظل قانون المسطرة المدنية الجديد، المجلة المغربية للقانون المقارن ، ع10 ، مراكش 1989، ص 07 وما بعدها . انظر أيضا : جلال محمد أمهلول ، الدفع بعدم الاختصاص وفكرة النظام العام، www.articledroit.blogspot.com

¹⁶³⁸ قرار المحكمة العليا . الغرفة المدنية . المؤرخ في 2006/07/19، ملف رقم 328584، مج ع، ع02 ، س2006، ص 203: وحيث أن الاختصاص النوعي هو من النظام العام يجوز التمسك به في أي مرحلة من مراحل التقاضي، ومن ثم فإن الدفع بعدم اختصاص القضاء العادي جاء في محله ويتعين معه نقض القرار المطعون فيه.

¹⁶³⁹ Marie Noëlle et Xavier Bachellier, op cit, P 111.

. قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 1998/12/16، ملف رقم 202986، مج ق ، ع02، س1998، ص47: حيث وإنه في قضية الحال فإنه يستخلص من القرار المطعون فيه بأنه تم التصريح بالمنفعة العامة من طرف وزير الصناعة ممثل الدولة، وبالنتيجة وبمقتضى المادة 07 من ق ا م فإن النزاع يدخل في اختصاص الجهة القضائية الإدارية ، حيث أنه وفي مثل هذه الحالة فإن مجلس قضاء تيزي وزو كان على صواب عندما صرح بعدم اختصاصه للفصل في هذا النزاع نظرا لطبيعته ، لأن النزاع ذو طابع إداري.

المحكمة العليا، التي يتعين عليها أيضا أن تثير هذه المسألة من تلقاء نفسها وذلك عن طريق إثارة الأوجه التلقائية¹⁶⁴⁰.

والنتيجة المترتبة على ذلك هو وجوب التزام كل جهة قضائية بالنصيب المحدد لها قانونا، دون أن تتعداه، فإذا قامت بتجاوز هذا النصيب بأن فصلت في مسائل هي من نصيب جهة قضائية أخرى، يكون الحكم الذي تصدره منعدما ولا يحوز على الحجية ولا يرتب أثرا، ولا يحول بين الجهة صاحبة الولاية في أن تفصل في النزاع رغم سبق الفصل فيه من الجهة غير المختصة¹⁶⁴¹.

ب . أسباب ربط قواعد الاختصاص النوعي بالنظام العام

رغم أن ربط قواعد الاختصاص النوعي بالنظام العام لا ينسجم مع الاتجاه السائد لدى أغلب التشريعات، والمتمثل في إضعاف قوة القواعد الإجرائية، خاصة على مستوى رقابة النقض¹⁶⁴²،

¹⁶⁴⁰ قرار المحكمة العليا . الغرفة التجارية والبحرية . المؤرخ في 16/01/2008، ملف رقم 489017، مج ع، ع01، ص 177: حيث تمثلت دعوى الحال في طلب المطعون ضدها لتعويضها عن قيمة الحافلتين اللتين بيعتا مع ذلك من طرف الطاعنة وعن حرمانها من المداخل المتحصلة من استغلالهما ومختلف الأضرار الناتجة بالخصوص عن الامتناع عن تنفيذ حكم ، حيث وللفضل فيها يتعين البحث عن مسؤولية الطاعنة كمؤسسة عمومية وعملا بأحكام المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية فإن الاختصاص المانع يؤول للقضاء الإداري وعليه وبتمسكهم باختصاصهم يكون القضاة قد أخطئوا فيما ذهبوا إليه وعرضوا قرارهم للنقض .

. قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 12/12/2007، ملف رقم 426996، مج ع، ع01، ص 218: وحيث أن شهادة الحيابة المراد إلغائها صادرة عن رئيس المجلس الشعبي البلدي وهو الهيئة الإدارية المشار إليها في المادة 07 من ق ا م ، وحيث أن قضاة المجلس وعندما تمسكوا باختصاصهم يكونون قد خالفوا قواعد الاختصاص النوعي التي هي من النظام العام، مما يجعل قرارهم معرضا للنقض .

. قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 18/01/2006، ملف رقم 311862، مج ع، ع01، ص 400: حيث يستخلص من قراءة القرار المطعون فيه بأن الدعوى المرفوعة من طرف (ص ع) أمام محكمة الأغواط على مديرية أملاك الدولة لولاية الأغواط ترمي إلى وضع حدود الملكيتين طبقا للمادة 703 من القانون المدني ، حيث وما دامت الدولة في هذه الدعوى ممثلة في من طرف مديرية أملاك الدولة كانت طرفا في النزاع فكان يتعين على قاضي الدرجة الأولى التصريح بعدم اختصاصه .

¹⁶⁴¹ محمد سعيد عبد الرحمن، الحكم القضائي ، منشورات الحلبي، ط01، بيروت 2011، ص 139.

¹⁶⁴² محمد الكشور ، مرجع سابق ، ص 447.

إلا أن ذلك لا يمنع القول بأن هذا الربط له أسبابه ومبرراته المقنعة، والتي يمكن أن نشير إلى أبرزها :

. إن هذا الربط هو الذي يسمح بتطبيق مبدأ ازدواجية القضاء الذي تبناه دستور 1996، كما أنه هو الذي يسمح للمشرع بحماية بعض الأقسام التي أراد أن تحكمها قواعد خاصة من حيث طبيعة تشكيلتها وطبيعة النزاعات التي تقصل فيها.

. أن هذا الربط هو الذي يسمح بإعطاء ضمانات للخصوم من أن يفصل في نزاعاتهم من طرف قضاء متخصص¹⁶⁴³، وهو الذي يسمح بحماية حق الدفاع خاصة ما يتعلق بمبدأ التقاضي على درجتين.

الفرع الثاني: قواعد الاختصاص الإقليمي

الاختصاص الإقليمي هو ذلك الاختصاص الذي بمقتضاه تتحدد المحكمة التي لها سلطة نظر الدعوى من بين المحاكم التي هي من درجة واحدة، حيث من خلال قواعده يمكن توزيع الدعاوى بين هذه المحاكم توزيعاً إقليمياً¹⁶⁴⁴.

إن قيام المحكمة العليا ببسط رقابتها على مدى احترام قضاة الموضوع لقواعد الاختصاص الإقليمي يقوم على مسألتين، الأولى تتعلق بمعايير توزيع الاختصاص إقليمياً بين المحاكم، و الثانية تتعلق بطبيعة هذه القواعد .

أولاً. معايير توزيع الاختصاص إقليمياً بين المحاكم :

¹⁶⁴³ يرى الأستاذ محمد الحجار أن الإستناد إلى هذا السبب غير مؤسس واقعياً ، كون أن القانون الإداري لا يتطلب تخصصاً أكثر من التخصص الذي يتطلبه القوانين التي يطبقها القاضي العادي نسبة لبعضها البعض، كما أن القاضي العادي نفسه يمكن أن يكون قاضياً إدارياً.

¹⁶⁴⁴ إلياس أبو عيد، نظرية الاختصاص في أصول المحاكمات المدنية والجزائية ، مرجع سابق ، ص 276.
لا يرتبط التقسيم الجغرافي للمحاكم في الجزائر بالتقسيم الإداري للأقاليم ، بحيث أنه وإن كان هناك علاقة بين عدد الولايات وبين عدد المجالس القضائية فإنه ليست هناك أي علاقة بين عدد المحاكم في ولاية ما بعدد البلديات، لذلك يتعين الرجوع إلى الجدول الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 63.98 المؤرخ في 16/02/1998 المحدد لاختصاص المجالس القضائية وكيفية تطبيق الأمر رقم 11.97 المؤرخ في 19 مارس 1997 المتضمن التقسيم القضائي ، ذلك أن عدم الإلمام بهذا الجدول والجهل به قد يؤدي بالضرورة إلى الخطأ في تحديد المحكمة المختصة إقليمياً .

بالرجوع إلى النصوص المنظمة لتوزيع الاختصاص الإقليمي والمحددة بالمواد من 37 إلى 44 من ق ا م ا د، فإننا نجد المشرع يضع معيارا عاما لتوزيع الاختصاص، إضافة إلى معايير استثنائية، يتعين على قاضي الموضوع احترامها عند الفصل في الدفع المتعلق بعدم الاختصاص الإقليمي، سواء بالقبول أو بالرفض¹⁶⁴⁵.

أ. المعيار العام في تحديد الاختصاص الإقليمي - محكمة موطن المدعى عليه :-

تعطي المادة 37 من ق ا م ا د معيارا عاما وبسيطا من خلاله يمكن أن نحدد بسهولة المحكمة المختصة إقليميا في نظر الدعوى، ويتمثل هذا المعيار في معيار موطن المدعى عليه¹⁶⁴⁶. ويستند المشرع في الاعتماد على هذا المعيار إلى القاعدة الفقهية التي تقول أن الدين مطلوب وليس محمول، وأن الأصل في المدعى عليه هو براءة ذمته، فلا يكون عدلا أن نرهقه ونحمله إلى التقاضي في محكمة خارج نطاق موطنه¹⁶⁴⁷، وفي حال تعدد المدعى عليهم فإن الاختصاص الإقليمي يؤول إلى محكمة موطن أحد المدعى عليهم والخيار للمدعي¹⁶⁴⁸،

¹⁶⁴⁵ قرار المحكمة العليا . الغرفة المدنية . المؤرخ في 1992/03/02، ملف رقم 79116، مج ق ، ع03، س 1993، ص 40 : ولما كان من الثابت في قضية الحال أن حادث المرور الذي يشكل شبه مخالفة والذي تضرر منه الطاعن وقع في دائرة اختصاص محكمة سكيكدة، فإن قضاة الموضوع الذين حكموا بعدم الاختصاص المحلي يكونون قد خالفوا القانون .

¹⁶⁴⁶ موطن المدعى عليه هو المكان الذي يقيم فيه عادة، حيث يشترط أن يتوفر فيه عنصر الاستقرار ونية التوطن وهذان العنصران يعدان من مسائل الواقع التي لا تراقبها المحكمة العليا بشرط أن يكون تقديرهما مبنى على أسباب سائغة ، حيث أنه إذا تم الدفع من طرف المدعى عليه بعدم الاختصاص الإقليمي بسبب الموطن ونازعه المدعي في ذلك ، فإن لقاضي الموضوع سلطة تقدير ما إذا كان المدعى عليه فعلا كان يقيم عادة في إقليم المحكمة ، وهذا التقدير هو من مسائل الواقع الذي يخرج عن نطاق رقابة المحكمة العليا : انظر أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات ، منشأة المعارف ، ط06 ، الاسكندرية، ص 351.

¹⁶⁴⁷ أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات ، مرجع سابق، ص 351. عبد السلام ديب ، مرجع سابق ، ص 37.

¹⁶⁴⁸ المادة 38 من ق ا م ا د . . ويتعين على المدعي أن لا يستعمل هذه القاعدة بسوء نية كأن يعتمد اختصاص مدعى عليه بصفة صورية من أجل جلب المدعى عليه الحقيقي إلى غير محكمته الطبيعية، انظر : فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق ، ص 269.

والعبرة بموطن المدعى عليه وقت رفع الدعوى، حيث لا يتأثر اختصاص المحكمة بتغيير موطن المدعى عليه بعد رفع الدعوى¹⁶⁴⁹.

ب . المعايير الاستثنائية:

تقوم هذه الاستثناءات في تحديد المحكمة المختصة إقليمياً على أساس مراعاة حسن سير العدالة¹⁶⁵⁰، وفي بعض الأحيان من أجل مراعاة ظروف المدعي¹⁶⁵¹.

وقد نص المشرع بالتفصيل على هذه الاستثناءات بالمواد 39، 40، 43، 44، من ق ا م اد، حيث يتعين الرجوع إليها عند الفصل في الوجه المثار والمأخوذ من مخالفة قضاة الموضوع لقواعد الاختصاص الإقليمي.

كما أنه يتعين على قاضي الموضوع أن لا يغفل النصوص الخاصة التي قد تضع معايير أخرى غير المعيار العام المتمثل في قاعدة موطن المدعى عليه¹⁶⁵².

¹⁶⁴⁹ أحمد السيد الصاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 417.
¹⁶⁵⁰ مثلاً في الدعاوى العقارية يسند اختصاص الفصل فيها إلى المحكمة التي يقع في دائرتها وجود العقار. في المواد المستعجلة أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان وقوع الإشكال في التنفيذ.

. قرار المحكمة العليا . غرفة الأحوال الشخصية . المؤرخ في 2007/02/14، ملف رقم 377950، مج مع ع، ع02، س 2007، ص 480 : حيث أن قضاة مجلس البلدية خالفوا قواعد الاختصاص المحلي لما تصدوا بعدم الاختصاص المحلي رغم أن المحكمة المختصة في التسجيل هي محكمة مكان الولادة، وثبت أن البنت ولدت بمدينة البلدية وبالتالي يعود الاختصاص لهذه المحكمة .

¹⁶⁵¹ في دعاوى المطالبة بالنفقة يسند الاختصاص إلى محكمة موطن الدائن بالنفقة . في دعاوى إنهاء أو تعليق عقد العمل بسبب حادث عمل أو مرض مهني يؤول الاختصاص للمحكمة التي يوجد بها موطن المدعي .

¹⁶⁵² قرار المحكمة العليا . الغرفة التجارية البحرية . المؤرخ في 1997/12/16، ملف رقم 162697، الاجتهاد القضائي للغرفة التجارية والبحرية، عدد خاص، س 2001، ص 166 : حيث أنه إذا كان صحيحاً أن قواعد الاختصاص المحلي للمحاكم تنص عليها المادة 08 من ق ا م ، إلا أن القضايا التي تتعلق بعقد النقل البحري تسري عليها مقتضيات خاصة تتضمنها المادة 745 من القانون البحري والتي تعطي للمدعي الخيار في أن يرفع دعواه إما أمام محكمة موطن المدعى عليه أو محكمة ميناء التفريغ، وأنه لا يجوز لقضاة الموضوع أن يحرموا المدعي من استعمال هذا الحق، ولما ألزم قضاة الموضوع الطاعن برفع دعواه أمام محكمة موطن المدعى عليه يكونون قد خرقوا القانون .

ثانيا . طبيعة قواعد الاختصاص الإقليمي :

قد يبدو سهلا القول أن المشرع يعتبر أن قواعد الاختصاص الإقليمي ليست من النظام العام، وتؤيده المحكمة العليا في ذلك، وهذه المسألة تعبر عن قاعدة تقليدية مستقرة فقها وقضاء¹⁶⁵³. صحيح أن الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي يجب إثارته قبل أي دفع بعدم القبول أو دفاع في الموضوع¹⁶⁵⁴، كما لا يجوز إثارته لأول مرة أمام جهة الاستئناف¹⁶⁵⁵، أو جهة النقض¹⁶⁵⁶، وأن هذا الدفع مقرر لمصلحة المدعى عليه، بحيث لا يقبل إثارته من طرف المدعي أو من طرف القاضي¹⁶⁵⁷، وكل هذه الأحكام تفسر من الناحية القانونية على أن قواعد الاختصاص الإقليمي لا تتعلق بالنظام العام، إلا أن هذا لا يمنعنا من أن نثير بعض التساؤلات حول هذه المسألة .

¹⁶⁵³ محمد الكشور، مرجع سابق ، ص 449.

¹⁶⁵⁴ راجع المادة 47 من ق ا م اد.

. قرار المجلس الأعلى . غرفة الأحوال الشخصية . المؤرخ في 1985/11/04، ملف رقم 38331، مج ق ، ع01،س1989، ص 101: حيث فيما يخص اختصاص محكمة الحراش فكان من المفروض على الطاعنة أن تبديه قبل أي دفع أو دفاع في الموضوع .

¹⁶⁵⁵ قرار المحكمة العليا . الغرفة المدنية . المؤرخ في 2000/01/12، ملف رقم 216365، م ق ، ع01،س2000، ص 132: حيث أن الطاعنة لم تثر الدفع بعدم الاختصاص المحلي إلا أمام جهات الاستئناف وبالتالي فإن قضاة الاستئناف لما قضاوا بتأييد الحكم المستأنف الذي قضى بتعيين خبير لم يخالفوا القانون .

. إلا أنه يجوز إثارة الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي لأول مرة أمام جهة الاستئناف في حال صدور الحكم غيابي وعدم قيام الطاعن باستعمال حقه في المعارضة أو بفوات أجلها عليه : قرار المحكمة العليا . الغرفة التجارية والبحرية . المؤرخ في 2008/02/06، ملف رقم 425724، مج مح ع ، ع02،س2008، ص 231 : حيث أنه يجوز للطرف المتغيب أمام المحكمة والذي لم يتبع طريق المعارضة أمامها واستأنف هذا الحكم التمسك بالدفع بعدم الاختصاص المحلي أمام المجلس طالما أن هذا التمسك جاء قبل الخوض في الموضوع .

¹⁶⁵⁶ قرار المجلس الأعلى . الغرفة المدنية . المؤرخ في 1983/01/05، ملف رقم 25009، م ق ، ع01،س1989، ص 32: وحيث أن الطاعن لم يثر هذا الدفع المتعلق بالاختصاص المحلي أمام قضاة الموضوع فلا يجوز له أن يثيره لأول مرة أمام المحكمة العليا .

¹⁶⁵⁷ إلياس أبو عيد ، نظرية الاختصاص في أصول المحاكمات المدنية والجزائية ، مرجع سابق ، ص 277.

إن القراءة المتأنية للنصوص المنظمة لطبيعة الاختصاص الإقليمي تؤدي بنا إلى القول بأن حق المدعى عليه في التنازل عن محكمته الطبيعية اختصاص الإقليمي تؤدي بنا إلى القول بأن حق المدعى عليه في التنازل عن محكمته الطبيعية مقيد من حيث الزمان، ومن حيث الموضوع .

فبالرجوع إلى نص المادة 45 من ق ا م ا د فإنها قد مثلت تحولا في موقف المشرع من طبيعة الاختصاص الإقليمي، حيث وبعدها كان المشرع يجيز الاتفاق على مخالفة قواعد الاختصاص الإقليمي حتى قبل ثبوت الحق في استعماله، أصبح لا يسمح بهذا الاتفاق إلا في حالة النزاع التجاري الذي يكون أطرافه تجارا، والحقيقة أن هذا التحول جاء من أجل أن يضمن حماية للأطراف الضعيفة في بعض العقود، خاصة طائفة العمال، في عقود العمل والمقاولين في عقود المقاوله، والمؤمن لهم في عقود التأمين¹⁶⁵⁸.

كما أنه بالرجوع إلى المادة 40 والمادة 43 من ق ا م ا د، فإن المشرع يوزع الاختصاص الإقليمي للمحكمة في النظر بمجموعة من الدعاوى، توزيعا حصريا، أي أنه يجعل من اختصاصها الإقليمي اختصاصا مانعا، وذلك باستخدامه لعبارة دون سواها في المادة 40 وعبارة وجب على القاضي في المادة 43، الأمر الذي يجعل من الصعب القبول بأن المحكمة ليس لها الحق في أن تصرح بعدم اختصاصها إقليميا رغم عدم إثارتها من طرف المدعى عليه¹⁶⁵⁹، خاصة إذا ما رجعنا إلى التشريع المقارن، أين نجد مثلا المشرع الفرنسي وبنص المادة

¹⁶⁵⁸ عبد السلام ديب ، مرجع سابق ، ص 38.، لاحظ أن المشرع قد تأثر في ذلك بالمشرع المصري الذي نص بالمادة 62 من قانون المرافعات المدنية والتجارية على أنه في الحالات التي ينص فيها القانون على تحويل اختصاص المحكمة على خلاف المادة 49 لا يجوز الاتفاق على ما يخالف هذا الاختصاص : منقوله من : سهام بشير ، مرجع سابق ، ص 64 هـ 01.

¹⁶⁵⁹ إن هذا الرأي المثار من جانبنا ليس له أي تأييد من طرف المحكمة العليا التي سبق وأن رأينا أنها ثابتة في موقفها الذي لا يسمح لقضاة الموضوع إثارة الاختصاص الإقليمي من تلقاء أنفسهم ، إلا أن هذا الرأي الذي نقول به يستند إلى دعامين ، الأولى تتعلق بإعمال قواعد التفسير التي تؤدي إلى القول بأن استعمال المشرع لعبارة دون سواها في المادة 40 وعبارة وجب في المادة 43 لا يمكن حملها إلا على وجه الالتزام الذي يتعين على القاضي إثارتها تلقائيا ، والثانية أن جل قواعد توزيع الاختصاص الإقليمي في هذين المادتين تقوم على حماية مصالح نظامية تتعلق بضمان حسن سير العدالة والتي يتعين على القاضي السهر على تطبيقها ، والثالثة أن المادة 40 أشارت إلى إسناد الاختصاص الإقليمي في دعاوى الملكية الفكرية لمحكمة مقر المجلس التي يقع فيها موطن المدعى عليها حيث نلاحظ هنا أن الأمر هنا يتعلق بقاعدة اختصاص نوعي مرتبطة بقاعدة اختصاص

93 من قانون المرافعات الفرنسي، يجيز للقاضي أن يثير الاختصاص الإقليمي من تلقاء نفسه، في حالة تعلق النزاع بحالة الأشخاص، وحالة ما إذا كان النزاع يدخل في اختصاص محكمة يحددها المشرع دون سواها، وفي حالة عدم حضور المدعى عليه¹⁶⁶⁰.

المبحث الثاني : أوجه النقض المتعلقة بمخالفة مسائل قانونية غير إجرائية

انطلاقاً من أن قاضي الموضوع إنما يصدر أحكامه لإضفاء الحماية القانونية لحق أو مركز قانوني معين فإن نشاطه هنا يرتبط أساساً بالقاعدة القانونية التي تحمي هذا الحق أو المركز القانوني¹⁶⁶¹، والتي تسمى بالقاعدة القانونية الموضوعية¹⁶⁶²، كما أن تطبيق هذه القاعدة يقتضي كذلك أن يتأكد قاضي الموضوع أن تطبيقها يدخل في حدود سلطته من حيث أن الحق المتعلق بها قد تم طلب حمايته، وأن حمايته يدخل في اختصاصات السلطة القضائية، ومن حيث أنه لا زال يحظى بالحماية القضائية.

ومن جهة أخرى، فإن الحماية القانونية لحق أو مركز قانوني معين يحتم على القاضي احترام حجية الأحكام التي أقرت بهذه الحقوق أو المراكز متى أثبتت أمامه هذه الأحكام، ذلك أن صدور أحكام متعارضة ومتناقضة فيما بينها حول نفس الحقوق والمراكز هو في الحقيقة يشكل مخالفة للقانون، تفتح الباب للمحكمة العليا من أجل فرض رقابتها.

لذلك، فإن دراستنا في هذا المبحث ستركز في المطلب الأول على وجه النقض المتعلق بمخالفة القانون، وفي المطلب الثاني على وجه النقض المأخوذ من تجاوز قاضي الموضوع لحدود سلطته في تطبيق القانون، ثم في المطالب الثالث نتطرق إلى وجه النقض المأخوذ من التناقض بين الأحكام القضائية.

إقليمي يصعب أن نقبل عدم إثارتها تلقائياً من طرف قاضي الموضوع. انظر في هذه المسألة : حمادي زبير ، مسألة الإختصاص القضائي في دعوى البطلان المتعلقة بالملكية الصناعية على ضوء أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية وقوانين الملكية الصناعية ، مج مح ع ، ع 01 ، س 2011 ، ص 66.

¹⁶⁶⁰ فكري عبد الحميد أبو صيام ، مرجع سابق ، ص 404.

¹⁶⁶¹ فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق ، ص 113.

¹⁶⁶² نقصد بالقواعد القانونية الموضوعية مجموعة القواعد القانونية التي تتعلق بالحق موضوع الدعوى، فمثلاً القاعدة القانونية التي تنص على أن كل من تسبب بخطئه بإلحاق ضرر بالغير يلزم بالتعويض هي قاعدة قانونية موضوعية لأنها تعطي حقاً للمضرور وترتب التزاماً في جانب مرتكب الخطأ ... انظر : فكري عبد الحميد أبو صيام ، مرجع سابق ، ص 401.

المطلب الأول: مخالفة القاعدة القانونية الموضوعية - مخالفة القانون -

تعد الرقابة على تطبيق قاضي الموضوع للقواعد القانونية الموضوعية جوهر عمل المحكمة العليا، والسبب الرئيسي تاريخياً في نشأة هذه المحكمة، لذلك فإن كل التشريعات المقارنة تنص في تنظيمها لأوجه النقض على الوجه المتعلق بمخالفة قضاة الموضوع للقانون. ورغم أن المشرع قسم هذا السبب من أسباب الطعن بالنقض إلى ثلاثة أوجه، وهي مخالفة القانون الداخلي، ومخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة، ومخالفة الاتفاقات الدولية، إلا أننا في هذه الدراسة نجملها في مطلب واحد، مع الإشارة إلى أنه من الناحية الإجرائية لا يجوز إثارة هذه المخالفات في وجه واحد تحت طائلة رفض الوجه المثار.

إن سبب إجمالنا لهذه الأوجه، هو أنه من جهة أن الأمر يتعلق في جميع الحالات بمخالفة لقاعدة قانونية مهما اختلفت درجتها ومصدرها، ومن جهة أخرى أن جوهر البحث في هذا المطلب هو تحديد الخطأ الذي يرتكبه قاضي الموضوع، والذي يؤدي به إلى مخالفة القاعدة القانونية الموضوعية، والذي يرتب سقوط حكمه في قبضة النقض.

والحقيقة أن مخالفة القانون يعود سببها في مجمل الأحوال إلى أخطاء ذهنية يقوم بها قاضي الموضوع أثناء تعامله مع عناصر الواقع، أو أثناء تعامله مع النص القانوني، لذلك فإن هذا العيب هو في أصله نتيجة لأخطاء ربط الواقع بالقانون، وهو يعبر على مدى فطنة وحنكة وذكاء القاضي¹⁶⁶³، لذلك فقد بينا عند تناولنا لرقابة المحكمة العليا على مسائل التكييف، كيف أن الخطأ في هذه المسائل يؤدي حتماً إلى وقوع قاضي الموضوع في خطأ في الحل الذي يختاره للفصل في النزاع، حيث أمكن القول أن الخطأ في التكييف يؤدي إلى مخالفة القانون.

وتقوم المحكمة العليا بالكشف عن هذا الوجه، وذلك من خلال أولاً التأكد من أن قاضي الموضوع قد أثبت الوقائع التي جعلها أساس حكمه بطريقة قانونية، ثم ثانياً التأكد من أن قاضي الموضوع قد أعطى لتلك الوقائع الثابتة التكييف القانوني الصحيح، ثم بعد ذلك التأكد من أنه قد اختار القاعدة القانونية الصحيحة التي تنطبق على تلك الوقائع، وأخيراً التأكد أنه قد طبق تلك القاعدة المختارة تطبيقاً سليماً.

¹⁶⁶³ عماد القاتي، اجتهاد القاضي، مرجع سابق، ص 315. محمد زكي أبو عامر، مرجع سابق، ص 293.

ويشترط الاستناد إلى هذا الوجه كسبب للطعن بالنقض، أن يكون هناك نص قانوني أو قاعدة قانونية تصلح للتطبيق على النزاع، حسب الوقائع التي أثبتتها قضاة الموضوع، وأن يكون قضاة الموضوع قد خرقوا هذا النص أو أخطئوا في تطبيقه أو تفسيره، ويشترط أيضا أن يكون الخطأ مؤثر في الحكم أو القرار المطعون فيه، فإذا أمكن حمل الحكم على قاعدة قانونية أخرى طبقها قضاة الموضوع بصورة صحيحة، فإن خطئهم في تطبيق القاعدة القانونية المتذرع بها لا يؤدي إلى نقض الحكم أو القرار المطعون فيه¹⁶⁶⁴، كما أنه يجوز للمحكمة العليا حتى في حالة عدم وجود أسباب قانونية صحيحة، متى تبين لها أن الحل الذي توصل إليه قضاة الموضوع يتفق مع التطبيق السليم للقانون، أن تقوم بإنقاذ الحكم أو القرار المطعون فيه وذلك باستبدال القاعدة القانونية الخاطئة التي سبب بها قضاة الموضوع الحل الذي طبقوه بالقاعدة القانونية الصحيحة¹⁶⁶⁵، وفي هذا قضت محكمة النقض المصرية بأنه متى ما كان الحكم المطعون فيه سليما في النتيجة التي انتهى إليه فإنه لا يبطله ما يكون قد اشتملت عليه أسبابه من أخطاء قانونية، إذ يكون بمقدور محكمة النقض بأن تصحح هذه الأسباب دون أن تنتقضه¹⁶⁶⁶، وفي نفس الإطار قضت محكمة النقض الفرنسية برفض الطعن المقام على أساس مخالفة قضاة الموضوع للقانون عن طريق تطبيقهم لنص المادة 1792 من القانون المدني الفرنسي، التي كانت تقيم مسؤولية المقاتل على أساس الخطأ المفترض افتراضا قاطعا، بدلا من نص المادة 2270 من القانون المدني القديم والتي كانت تقيم مسؤولية المقاتل على أساس الخطأ الواجب الإثبات، ورأت أن قضاة الموضوع وإن كانوا أخطأوا في اختيار النص الواجب التطبيق إلا أنهم انتهوا في المنطوق إلى الحل القانوني الصائب، متى ثبت من التقارير الواقعية للحكم المطعون فيه أن قضاة الموضوع قد عاينوا أن صاحب البناء قد أقام الدليل على خطأ المقاتل¹⁶⁶⁷.

¹⁶⁶⁴ محمد العشماوي، مرجع سابق، ص 992.

¹⁶⁶⁵ وفي هذا سار المشرع الجزائري بنصه في المادة 376 ف1 من ق ا م ا د على هذا المبدأ بطريقة صريحة.

- Jules LE CLEC'H, manque de base légale et violation de la loi en matière civile, jcp 1948,-1-720.

¹⁶⁶⁶ نقض مدني مصري مؤرخ في 1984/03/26 مجموعة النقض، ص 25، ص 575، مشار إليه في نبيل اسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض، مرجع سابق، ص 201.

¹⁶⁶⁷ Cass.civ I .30/11/1964,Bull.civ. I .N527.p407.

كما يتعين على الطاعن ألا يكتفي بذكر عبارة مخالفة القانون أو الإشارة إلى المادة القانونية التي تم مخالفتها، بل يجب عليه أن يبين المخالفة التي وقعت على النص القانوني أو القاعدة القانونية¹⁶⁶⁸.

ومخالفة القانون باعتباره من العيوب المبطله للحكم أو القرار المطعون فيه، لا تعتبره المحكمة العليا كذلك، إلا إذا ظهرت آثار تلك المخالفة في المنطوق¹⁶⁶⁹، ذلك لأن المنطوق هو الجزء من الحكم أو القرار الذي يحتوي على حل النزاع وفق القاعدة القانونية المطبقة¹⁶⁷⁰.

إن الخطأ المسبب لوجه النقض المأخوذ من مخالفة القانون، هو في الحقيقة يعبر عن خطأ في قانونية التقدير، ويقع قاضي الموضوع في هذا الخطأ كلما أخطأ في تطبيق أو في تفسير القاعدة التي تحكم هذا التقدير¹⁶⁷¹، لذلك فإن دراسة هذا الوجه لا تخرج عن الصور التالية: خرق قاعدة قانونية وإما خطأ في تطبيقها أو خطأ في تفسيرها¹⁶⁷².

الفرع الأول: خرق القانون

يعكس هذا العيب المعنى الضيق للوجه المأخوذ من مخالفة قضاة الموضوع للقانون، حيث يندر حصوله في الحياة العملية، على اعتبار أنه يحدث عندما تكون هناك قاعدة قانونية واضحة وصريحة وتمتتع محكمة الموضوع عن تطبيقها¹⁶⁷³، وعليه فإن البحث في هذه

¹⁶⁶⁸ إلياس أبو عيد ، المراجعة التمييزية في الأصول المدنية ، مرجع سابق ، ص 160.

¹⁶⁶⁹ Jules LE CLEC'H, op cit, jcp 1948,-1- 720.

¹⁶⁷⁰ أحمد هندي ، أسباب الحكم المرتبطة بالمنطوق ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية 2005، ص 19.

¹⁶⁷¹ محمد زكي أبو عامر ، مرجع سابق ، ص 299.

¹⁶⁷² لقد كانت هذه الصور ظاهرة بشكل بارز في النص القديم المنظم لهذا الوجه من قانون الإجراءات المدنية ، حيث كانت تنص المادة منه على : مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله .

. ورغم ذلك فإن التفرقة بين هذه الصور الثلاث غير منتجة في الطعن لأنها لا تتعلق بثلاث أوجه مستقلة وإنما بثلاث مقدمات لعيب واحد هو الاختلاف بين قضاء المحكمة وصحيح حكم القانون، والذي يمكن تسميته مخالفة القانون بالمعنى الواسع ... انظر : وجدي راغب فهمي ، مبادئ القضاء المدني ، مرجع سابق ، ص 795 . ولعل هذا السبب الذي جعل المشرع يكتفي بإجمال هذه الصور في وجه واحد هو مخالفة القانون.

. عبد السلام ديب ، مرجع سابق ، ص 251.

¹⁶⁷³ حلمي محمد الحجار ، مرجع سابق، ج01، ص 78.

المسألة يكون من خلال تحديد معنى هذا العيب، ومن خلال تحديد أسباب وقوع قضاة الموضوع في هذا العيب.

أولا - تعريف عيب خرق القانون:

يقصد بعيب خرق القانون عند بعض الفقه بأنه عدم تطبيق قاعدة قانونية موجودة وصالحة للتطبيق على النزاع، أو تطبيق قاعدة قانونية غير موجودة¹⁶⁷⁴، وفي تعريف مشابه يرى البعض بأنه عدم التزام محكمة الموضوع بأحكام القانون عند تصديها للنزاع¹⁶⁷⁵، وفي تعريف آخر هو رفض المحكمة تطبيق أحكام القانون على حالة واقعية تدخل تحت حكم قاعدة قانونية أو مبدأ قانوني¹⁶⁷⁶.

ويعرفه الفقيه MARTY بأنه كل مخالفة للقواعد القانونية الإجرائية أو الموضوعية¹⁶⁷⁷، ورغم ذلك فإن تحديد المخالفة ينحصر فقط في القواعد القانونية الموضوعية، ليس فقط وفاء لتقليد مستقر يحصر هذا الوجه في مخالفة قواعد القانون الموضوعي، وإنما أيضا لأن العيوب الإجرائية تطرح إشكالية تقلص تأثيرها كوجه من أوجه النقض نظرا للعدائية التي أصبح يقابلها بها قانون الإجراءات الفرنسي الجديد¹⁶⁷⁸.

أما قضاء، فقد ذهب المجلس الأعلى بالمغرب إلى تعريف هذا العيب بأنه خرق المحكمة للقانون وذلك بإعراضها عن تطبيق نص قانوني لم يلغ العمل به واستنادها في الحكم إلى نص آخر لم يعهد إليها بتطبيقه¹⁶⁷⁹.

أما عند بحثنا لتعريف المحكمة العليا لهذا العيب، فقد توصلنا من خلال استقراء بعض القرارات الصادرة عنها، إلى أن مخالفة القانون تتحقق في حالة إحجام قضاة الموضوع عن تطبيق نص

¹⁶⁷⁴ فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق ، ص 709.

¹⁶⁷⁵ أنور طلبية ، موسوعة المرافعات المدنية والتجارية، ج05، مرجع سابق ، ص 146.

¹⁶⁷⁶ إلياس أبو عيد ، المراجعة التمييزية في الأصول المدنية ، مرجع سابق ، ص 161.

¹⁶⁷⁷ Gabriel MARTY, op cit, p20.

¹⁶⁷⁸ Jacques Boré, op cit, p398.

¹⁶⁷⁹ قرار المجلس الأعلى المغربي المؤرخ في 1967/03/21، مشار إليه في : محمد الكشور ، مرجع سابق ، ص

قانوني ملزم¹⁶⁸⁰، أو في حالة تطبيقهم لقاعدة قانونية غير موجودة¹⁶⁸¹، وبالتالي فإن قضاة النقض عندنا لم يخرجوا في تعريفهم لهذا العيب عن التعريفات السائدة في الفقه والقضاء المقارن.

¹⁶⁸⁰ قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 2009/11/12، ملف رقم 549408، مج مح ع، ع خاص، الغرفة العقارية ،س 2010 ، ص ص 238.237: وحيث أنه لما ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع أمروا أطراف النزاع بالتوجه للموثق لتحريير عقد بيع القطعة الأرضية محل النزاع، استنادا على قرار الاستفادة الصادر عن بلدية برج الكيفان لصالح المدعى عليه في الطعن، مع أن الملكية العقارية لا تنتقل إلا بموجب عقد رسمي مشهر فضلا عن أن عقد الاستفادة لا يرقى إلى العقد الرسمي وفقا للمواد 324 مكرر 01 و 793 من القانون المدني والمادة 16 من الأمر 74.75 ، يكون قضاة الموضوع وبقضائهم كما فعلوا خالفوا المقتضيات التشريعية المذكورة ، مما ينجر عنه النقض .

. يلاحظ من هذا القرار أن المحكمة العليا وبصفتها الجهة الساهرة على تطبيق القانون ، وقفت على مخالفة قضاة الموضوع لقاعدة قانونية أمرة تلزمهم بعدم إعطاء العقود العرفية قوة نقل الملكية العقارية... انظر في التعليق على هذا القرار : بلعربية فاطمة الزهراء، انتقال الملكية العقارية ، تعليق على القرارين رقم 491615 و 549408، مج مح ع، ع خاص، الغرفة العقارية ،س 2010، ص ص 251.247.

. قرار المحكمة العليا . الغرفة التجارية والبحرية . المؤرخ في 1991/12/22، ملف رقم 87769، م ق، ع 04، س 1993، ص 168: حيث أنه وبالفعل فإن القرار المطعون فيه لما عبر عما حكم به بمبالغ حددت بالعملة الأجنبية معتمدا عما يقابلها بالدينار فإنه خرق المادة 38 من الدستور التي تقيد بأن يكون التعبير عن الحكم المحكوم به بالعملة الوطنية التي لها سعر قانوني واحد طبقا لمبدأ السيادة .

¹⁶⁸¹ قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 2009/12/10، ملف رقم 565212، مج مح ع، ع خاص، الغرفة العقارية ،س 2010، ص 299: حيث متى كان عقد الشهرة هو مجرد عقد تصريحي يجد سنده في المواد 827 من القانون المدني فإنه كان على قضاة الموضوع، وبما لهم من سلطة تقديرية، البحث عن الحائز الحقيقي ومدى توفر شروط حيازته عملا بالمادة المذكورة ، ومن ثم وعلى ضوء النتائج المتوصل إليها الفصل في الطلب الأصلي سواء بالسلب أو الإيجاب وبما أنهم لم يهتدوا إلى ذلك ، وأقاموا قضاءهم بإبطال العقد الأحق على أساس الأسبقية في الشهر، مع أن القانون لم ينص على ذلك إطلاقا .

. قرار المحكمة العليا . الغرفة المدنية . المؤرخ في 1991/02/18، ملف رقم 64984، م ق، ع 01، س 1993، ص 23: من المقرر قانونا أنه يكون باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يمتلك العقار المرهون نظير ثمن معلوم أيا كان ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون ، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس لما حكموا بأحقية المطعون ضدهم بالاستيلاء على الشيء المرهون يكونون قد خرقوا القانون .

ثانيا . أسباب وقوع قضاة الموضوع في عيب خرق القانون:

إن تعريف عيب خرق القانون يسمح لنا بطرح سؤال مهم، يتمثل في البحث عن كيفية وقوع قاضي الموضوع في هذه المخالفة، ذلك أن خرق قاضي الموضوع لأي قاعدة قانونية، إنما يأتي من جهله لوجود تلك القاعدة، أو جهله لعدم وجودها، أي أن المسألة تبحث في إطار التزامه بالعلم بالقانون، فمثلا القاضي الذي يثير مسألة قانونية من تلقاء نفسه رغم أن القانون يلزمه صراحة بعدم الأخذ بها تلقائيا، إنما يقوم ذلك عن جهل بوجود هذا الإلزام الصادر إليه من المشرع¹⁶⁸²، و لا يعتبر هذا الجهل إنكارا للعدالة وإنما هو خطأ قانوني يؤدي إلى النقض¹⁶⁸³.

انطلاقا من أن القاضي عندما ينظر في النزاع فإنه يتعين عليه أن يفصل فيه وفقا للقاعدة القانونية التي تحكمه، والتي تكون سارية المفعول وقت نشوء الحق أو المركز القانوني المطالب به، لذلك فإن عدم تحكم قاضي الموضوع في القواعد التي تحكم تطبيق القاعدة القانونية من حيث الزمان والمكان سيؤدي به إلى الوقوع في مخالفة خرق القانون¹⁶⁸⁴، إذ أنه من الممكن أن

. قرار المحكمة العليا . الغرفة التجارية والبحرية . المؤرخ في 1991/03/10، ملف رقم 75623، م ق ، ع04، س 1993، ص 145: حيث أنه لا يوجد أي نص قانوني يلزم المالك الجديد بتبليغ مستأجره بصفتهم ، وبفصلهم في القضية على النحو المذكور فإن قضاة المجلس القضائي خرقوا القانون .

¹⁶⁸² قرار المجلس الأعلى . الغرفة المدنية . المؤرخ في 1986/03/12 ملف رقم 35324، م ق ، ع01، س 1993، ص 11: من المقرر قانونا أنه لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالتقادم من تلقاء نفسها ، بل يجب أن يكون بناء على طلب المدين أو من أحد دائنيه أو أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك المدين به ، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن أطراف الدعوى لم يثيروا الدفع بالتقادم فإن قضاة المجلس الذين أثاروا وطبقوا تلقائيا مادة التقادم يكونون قد خالفوا القانون .

. قرار المجلس الأعلى . الغرفة المدنية . المؤرخ في 1985/10/30، ملف رقم 34931، م ق، ع04، س1989، ص 68: من المقرر قانونا أنه لا يجوز للقضاة أن يأخذوا بقرينة الشيء المقضي به تلقائيا، ولما كان ثابتا في قضية الحال أنه لا وجود لأي دفع من أحد الأطراف بحجية الشيء المقضي به ، فإن قضاة الاستئناف بأخذهم تلقائيا بهذه القرينة أخطئوا في تطبيق القانون .

¹⁶⁸³ عيد محمد القصاص ، مرجع سابق، ص 225.

¹⁶⁸⁴ Jules LE CLEC'H, op cit , jcp 1948,-1- 720.

. قرار المجلس الأعلى . غرفة الأحوال الشخصية . المؤرخ في 1987/02/23، ملف رقم 44507، م ق ، ع02، س 1991، ص 48: حيث أن الدعوى رفعت قبل صدور قانون الأسرة وأن الحكم الذي صدر فيها صدر بدوره قبل نشره، وعملا بالمبدأ

يطبق قاعدة قانونية على النزاع رغم أنها ملغاة وقت نشوء الحق أو المركز القانوني المطالب به¹⁶⁸⁵، أو يرفض تطبيق قاعدة قانونية بحجة أنها قد ألغيت، رغم أنها كانت سارية المفعول وقت نشوء الحق أو المركز القانوني المطالب به¹⁶⁸⁶.

المقرر قانونا وهو ألا رجعية للقانون إلا بالتصحيح على ذلك وهو ما ليس منصوص عليه في قانون الأسرة، وفي هذه الحالة فتطبيق قانون صدر بتاريخ 1984/06/09 على حكم صدر بتاريخ 1984/04/23 هو تطبيق على قضية بأثر رجعي وذلك أمر لا يجوز، وقضاة القرار المطعون فيه باستدلالهم على رفع النفقة بالمادة 79 من القانون المذكور هو استدلال خاطئ، وتطبيق لقانون غير موجود وقت صدور الحكم، وعليه ينقض القرار المطعون فيه.

. قرار المحكمة العليا . الغرفة الإجتماعية . المؤرخ في 2008/04/09، ملف رقم 457378، مج مح ع ، ع 02، س 2008، ص 452: حيث أن الحكم المطعون فيه أخطأ لما طبق المادة 04.73 من القانون 11.90 على النتائج المترتبة عن هذا التسريح في دعوى الحال بأثر رجعي ، ذلك أن واقعة التسريح تعود لعام 1986 والتي يحكمها آنذاك القانون 06.82 المتعلق بعلاقات العمل الفردية ، وبقضائه كما فعل فإنه خالف صراحة المادة 02 من القانون المدني التي لا تسمح بسريان القانون إلا على ما يقع في المستقبل ولا يكون له أثر رجعي .

¹⁶⁸⁵ قرار المحكمة العليا . غرفة الأحوال الشخصية . المؤرخ في 2006/01/04، ملف رقم 309029، مج مح ع، ع 01، س 2006، ص 443 : بالرجوع إلى حيثيات هذا القرار فإن المحكمة العليا لامت قضاة الموضوع ونقضت قرارهم استنادا على أنهم رفضوا تمكين الأحفاد من منابهم في تركة جدهم المستحق بموجب التنزيل ، وكان سبب رفض قضاة الموضوع لطلبات الأحفاد هو تطبيقهم لأحكام الفقه المالكي المطبقة قبل صدور قانون الأسرة لسنة 1984 والتي تشترط إثبات التنزيل ، في حين كان عليهم أن ينتبهوا إلى أن قانون الأسرة أتى بأحكام جديدة تذهب إلى أن التنزيل أصبح حقا ثابتا للأحفاد بقوة القانون ويطبق بصفة تلقائية.

¹⁶⁸⁶ قرار المجلس الأعلى . غرفة الأحوال الشخصية . المؤرخ في 1984/12/03، ملف رقم 30954، م ق ، ع 04، س 1989، ص 82: إذا كان الثابت في قضية الحال أن عقد الحبس المؤرخ في 1986/06/11 قد أبطل من قضاة الاستئناف تأسيسا على أحكام قانون الثورة الزراعية المؤرخ في 1971/11/08 فإنهم بذلك قد خرقوا قاعدة قانونية تتعلق بعدم رجعية القوانين .

. قرار المحكمة العليا . الغرفة الاجتماعية . المؤرخ في 1992/03/02، ملف رقم 77537، م ق، ع 04، س 1993، ص 106: ولما كان من الثابت في قضية الحال أن حادث العمل الذي تعرض له المطعون ضده وقع في سبتمبر 1972 وفي ظل الأمر رقم 183/66 المؤرخ في 1966/06/20 الذي كان يطبق آنذاك على حوادث العمل، فإن قضاة الموضوع بتطبيقهم القانون رقم 13/83 على هذا الحادث أخطئوا في تطبيق القانون.

. قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 2006/02/08، رقم الملف 340467، نشرة القضاة عدد 63، س 2008، ص 349: حيث من المقرر قانونا أنه يجب تطبيق النص القانوني الذي نشأت في ظله علاقة الإيجار، ولما كان شغل الأماكن حسب تصريحات الطاعن يعود إلى سنة 1968 وهي الواقعة التي لم ينكرها المطعون ضدهم، وبالتالي كان على قضاة الموضوع تطبيق النص القانوني الواجب التطبيق والذي نشأت في ظله

إن خرق القاعدة القانونية من طرف قاضي الموضوع، قد يحدث في بعض الأحيان، كتعبير منه عن مقاومته لبعض القوانين التي يرى أنها لا تتسجم مع الواقع، أو أنها لا تعبر عن العدالة التي ينشدها من خلال الحكم الذي سيصدره، وذلك من خلال تطويعه للنصوص بما يحقق العدل بين المتقاضين، ولو أدى ذلك إلى عدم التقيد بقصد المشرع، أو إلى تعديل مضمون تلك النصوص¹⁶⁸⁷، فمثلا لطالما خالف بعض قضاة الموضوع القواعد التي تشترط الرسمية في العقود الناقلة للملكية، الأمر الذي جعل المحكمة العليا تتدخل وبصرامة من أجل القضاء على هذه المقاومة، وذلك بإعلان أن الأحكام الصادرة بهذا الشكل مخالفة للقانون ويتعين نقضها¹⁶⁸⁸.

ومن جهة أخرى، فإن خرق قاضي الموضوع للقانون قد يحدث عندما يخطئ في المفاضلة بين نصين قانونيين يحكمان المسألة المعروضة عليه، حيث تكون مخالفته للقانون واضحة عندما يجري هذه المفاضلة دون مراعاة التدرج في القوة الإلزامية بين القواعد القانونية، فيقوم مثلا بتطبيق نص قانوني تشريعي رغم أن هذا النص يناقض نصا آخر وارد في معاهدة دولية مصادق عليها وسارية المفعول¹⁶⁸⁹.

ويقع قاضي الموضوع في عيب خرق القانون عندما يتجاهل النص الواجب التطبيق على النزاع ويستبعده من التطبيق، أو يرفض تطبيق مقتضيات قانونية واجبة التطبيق¹⁶⁹⁰، وتطبيقات

علاقة الإيجار وخصوصا نص المادة 1714 من القانون المدني القديم التي تجيز إبرام عقود الإيجار كتابة أو شفاهة.

¹⁶⁸⁷ علي مراح ، الاتجاهات الفقهية في تفسير الظاهرة القانونية ، دار هومة ، الجزائر 2011 ، ص 191 . سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، مرجع سابق ، ص 371 .

¹⁶⁸⁸ بلعربية فاطمة الزهراء ، مرجع سابق ، ص 250 .

. إن موقف المحكمة العليا في مثل هذه الحالة ليس دائما ضد مقاومة قضاة الموضوع، إذ من الممكن أن يؤيد هذه المقاومة من أجل دفع المشرع إلى تغيير موقفه من النص الذي يحكم الواقعة ، وذلك من خلال تغييره لذلك النص أو تعديله : علي مراح ، مرجع سابق ، ص 191 .

¹⁶⁸⁹ فكري عبد الحميد أبو صيام ، مرجع سابق ، ص 324 هـ 01 و 02 .

¹⁶⁹⁰ سهام بشير ، مرجع سابق ، ص ص 96.95 .

المحكمة العليا لهذه الصورة كثيرة، حيث أن هذه الأخطاء تعبر عن الحالات الممتازة للتدخل التلقائي للمحكمة العليا¹⁶⁹¹.

ويعتبر أيضا خرقا للقانون، مخالفة قاضي الموضوع للمبادئ التي استقر عليها قضاء المحكمة العليا، ذلك أن أي مبدأ ثبت واستقر في قضاء هذه المحكمة يأخذ حكم القاعدة القانونية، وتعد مخالفته خرقا للقانون¹⁶⁹².

كما أن خرق القانون من طرف قاضي الموضوع قد يكون نتيجة منطقية لخطأ القاضي في فهم واقعة من وقائع الدعوى، كأن يخطئ ويتوهم وجود واقعة ويقرر أنها ثابتة على غير الحقيقة، فيؤدي ذلك به إما إلى عدم تطبيق القاعدة القانونية التي تتلاءم مع الوقائع الحقيقية للنزاع، أو إلى تطبيق قاعدة قانونية غير موجودة¹⁶⁹³.

الفرع الثاني : الخطأ في تطبيق القانون

يعبر هذا العيب عن الصورة الأكثر وقوعا في الحياة العملية من صور مخالفة قاضي الموضوع للقانون، ذلك أنه في هذه الصورة القاضي يختار القاعدة القانونية الصحيحة، إلا أنه يخطأ في تطبيقها .

¹⁶⁹¹ قرار المحكمة العليا . غرفة الأحوال الشخصية . المؤرخ في 18/06/1991 ، ملف رقم 72055 ، م ق ، ع03 ، س1993 ، ص 72 : حيث من المقرر قانونا أنه إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون عشرة سنوات ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعنة حازت العقار واستغلته مدة ثلاثة عشر سنة بناء على سند رسمي وصحيح وبحسن نية، فإن قضاء الموضوع برفضهم لدعواها الرامية إلى اكتساب العقار خرقوا القانون .

قرار المحكمة العليا . الغرفة المدنية . المؤرخ في 21/03/2007 ، ملف رقم 350353 ، مج مح ع ، ع01 ، س2008 ، ص 84 : حيث وأن كل القرارات المتعلقة بمصير الشركة تؤخذ من طرف الشركاء في إطار جمعية عامة يعقدونها طبقا للمادة 580 من القانون التجاري، وحيث وبشراءه بمفرده المقر الذي يأوي نشاط الشركة دون الحصول على موافقة الجمعية العامة للشركة يكون المسير قد خالف المادة 580 من القانون التجاري ، وحيث أن اكتساب القاعدة التجارية من طرف الشريك المسير يدخل تعديلا على الحصص ومنها على القانون الأساسي للشركة ، وحيث نستخلص أن المسير خالف القانون الأساسي للشركة وخالف كذلك القانون .

¹⁶⁹² سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، مرجع سابق ، ص 501 .

¹⁶⁹³ نبيل اسماعيل عمر ، الوسيط في الطعن بالنقض ، مرجع سابق ، ص 174 .

في تعريف أورده المستشار أنور طلبه في موسوعته للمرافعات المدنية والتجارية، فإن هذا العيب يتحقق عندما يحدد المشرع نطاقا معيناً لسريان النص القانوني، فبتجاوزه المحكمة عند تطبيق النص على وقائع الدعوى¹⁶⁹⁴، أي أن قاضي الموضوع في تطبيقه للقاعدة القانونية، إما أنه يهمل شرطاً من شروط تطبيقها¹⁶⁹⁵، أو أنه يضيف إليها شرطاً غير مشار إليه في مضمونها¹⁶⁹⁶.

وعند إسقاط هذا التعريف على قضاء المحكمة العليا عندنا، فإننا نجد أنها قد أخذت به عند استخراجها لعيب الخطأ في تطبيق القانون، ويمكننا أن نعطي تطبيقات لذلك على الشكل كالتالي :

. لتطبيق القاعدة القانونية التي تجيز تنفيذ الالتزام عن طريق الغرامة التهديدية، يشترط المشرع أن يكون الالتزام المطالب بتنفيذه هو عبارة عن التزام بالقيام بعمل أو التزم بالامتناع عن القيام بعمل، فإذا طبقت محكمة الموضوع هذه القاعدة بعد أن تكون قد أخذت بشرط من هذه الشروط، تكون قد أخطأت في تطبيق القانون¹⁶⁹⁷.

. عندما لا يشترط المشرع لصحة التصرف القانوني شكلاً معيناً، فإن قاضي الموضوع الذي يضع شروطاً غير منصوص عليها لقبول هذا التصرف، يكون قد أخطأ في تطبيق القانون، وذلك بإضافة شرط للقاعدة القانونية التي طبقها دون أمر من المشرع¹⁶⁹⁸.

¹⁶⁹⁴ أنور طلبه ، موسوعة المرافعات المدنية والتجارية ، ج05، مرجع سابق ، ص 174.

¹⁶⁹⁵ Marie Noëlle et Xavier Bachellier, op cit, P 122.

- cass .civ . III. 08 /06 /1988.bull . III.n107.

¹⁶⁹⁶ Marie Noëlle et Xavier Bachellier, Ibid, P 121.

-cass .civ . I. 27 /01 /1993.bull . I.n41.

¹⁶⁹⁷ قرار المحكمة العليا . الغرفة التجارية والبحرية . المؤرخ في 16/02/2005، ملف رقم 342962، مج مح ع ، ع01، س 2005، ص 187 : وحيث أن مضمون المادة 340 من ق ا م تشترط أن يكون محل الالتزام المحكوم به في القرار القضائي المراد تنفيذه هو عمل أو الامتناع عن عمل ، وحيث أن هذا = = الشرط غير متوفر في موضوع الدعوى الحالية ، لأن القرار القضائي المراد تنفيذه يتعلق بدين نقدي ، الأمر الذي يخرج من أحكام المادة المذكورة مما يجعل قضاة الموضوع قد أخطئوا في تطبيق القانون .

¹⁶⁹⁸ قرار المحكمة العليا . الغرفة المدنية . المؤرخ في 29/10/1991، ملف رقم 80388، م ق، ع01 ، س1993 ، ص 35 : من المستقر عليه فقها وقضاء أنه لا يشترط في التنزيل أن يتم في عقد رسمي ، ومن ثم فإن القضاء

. في ما يخص تطبيق أحكام المادة 827 من القانون المدني المتعلقة باكتساب الملكية العقارية بالحيازة والتقدم، والتي تشترط الحيازة الطويلة الهادئة والمستمرة لمدة 15 سنة، فإن قيام محكمة الموضوع بوضع شرط آخر يتمثل في أن لا يكون العقار المدفوع باكتسابه بالتقدم محل عقد مشهر لفائدة الغير، هو تطبيق خاطئ لهذه المادة¹⁶⁹⁹.

وفي تعريف آخر أورده الأستاذ المحامي إلياس أبو عيد فإن الخطأ في تطبيق القانون يكون عندما يطبق قاضي الموضوع القاعدة القانونية على حالة واقعية لا تدخل تحت حكم هذه القاعدة، أي أن قاضي الموضوع يطبق قاعدة قانونية غير القاعدة القانونية الواجبة التطبيق فعلا¹⁷⁰⁰، ويقع قاضي الموضوع في هذا الخطأ حسب هذا التعريف عندما يخطئ في تكييفه للوقائع المعروضة عليه، كأن يعتبر المستأجر صاحب حق انتفاع ويمنحه نتيجة هذا الخطأ الحق في الشفعة¹⁷⁰¹.

و الظاهر أن هذا التعريف ينطلق من مبدأ عام، يتمثل في أن القواعد القانونية لا تقبل الحلول أو الاستبدال بعضها محل بعض، فلكل قاعدة قانونية النموذج الواقعي الذي تقع عليه، وبالتالي فإن تطبيق قاعدة قانونية على غير نموذجها الواقعي يشكل خطأ في تطبيق القاعدة القانونية¹⁷⁰².

بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون ، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع وبإبظالهم لعقد التنزيل لصالح الورثة بحجة أنه غير رسمي أخطئوا في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية التي لا تشترط أي شكل للتنزيل .

¹⁶⁹⁹ قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 2008/10/15، ملف رقم 479371، مج مح ع، ع02، س2008، ص 275: حيث الثابت من نص المادة 827 من القانون المدني أن من حاز عقارا دون أن يكون مالكا له أو خاصا به صار ذلك ملكا له إذا استمرت حيازته 15 سنة بدون انقطاع أي أن الحيازة هي سبب من أسباب كسب الملكية العقارية حتى في مواجهة من له سند صحيح، لأن هذا النص لم يستثنى العقارات التي لها عقود مشهرة ، ومنه فإن قضاة الموضوع قد أخطئوا في تطبيق المادة 827 من القانون المدني .

¹⁷⁰⁰ إلياس أبو عيد ، المراجعة التمييزية في الأصول المدنية، مرجع سابق ، ص 178 .

¹⁷⁰¹ قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 2000/04/26، ملف رقم 198458، م ق ، ع02، س2000، ص 163: حيث من الثابت قانونا أن حق الانتفاع يسمح لصاحبه باستعمال الشيء المنتفع به مثله مثل المالك على أن يحافظ عليه وهو يختلف عن حق الإيجار في مده وحدوده ومدته ، ولما اعتبر قضاة المجلس أن حق الإيجار هو حق انتفاع وأقروا للمستأجر بحق الشفعة فإنهم قد أخطئوا في تطبيق القانون.

¹⁷⁰² نبيل اسماعيل عمر ، الوسيط في الطعن بالنقض ، مرجع سابق ، ص 211.

إن هذا التعريف أخذت به أيضا المحكمة العليا عندنا، في مجال كشفها لعيب الخطأ في تطبيق القانون، ويمكننا إعطاء الحالات التطبيقية التالية على سبيل المثال لا الحصر :

. عندما يكون النزاع وحسب الوقائع المثبتة والطلبات المقدمة في الدعوى متعلق بأحكام البطلان المطلق للتصرفات القانونية، يقع قاضي الموضوع في شائبة الخطأ في تطبيق القانون، عندما يطبق على هذه الوقائع أحكام البطلان النسبي¹⁷⁰³.

. عندما يخلط قاضي الموضوع بين الإيجار المدني والإيجار التجاري، فيطبق خطأ القاعدة القانونية المتعلقة بإيجار المحلات السكنية، رغم أن النزاع المعروض عليه يتعلق بإيجار المحلات التجارية¹⁷⁰⁴.

. عند تعلق النزاع بتطبيق أحكام الكفالة، يتعين التفرقة بين الكفالة البسيطة، والتي لا يجوز فيها الرجوع على الكفيل إلا بعد الرجوع على المدين، وبين الكفالة التضامنية، والتي يكون فيها الكفيل متضامنا مع المدين، هنا يمكن للدائن الرجوع مباشرة على الكفيل، فإذا طبق قاضي الموضوع أحكام الكفالة البسيطة رغم أن الوقائع المثبتة تدل على أن الكفالة تضامنية، يكون في هذه الحالة قد أخطأ في تطبيق القانون¹⁷⁰⁵.

¹⁷⁰³ قرار المجلس الأعلى . الغرفة المدنية . المؤرخ في 1986/06/29، ملف رقم 43476، م ق، ع 01، س 1993، ص 16: حيث أن قضاة الاستئناف لما قضاوا برفض طلب دعوى الطاعن بإبطال بيع القطعة الأرضية بناء على عدم ثبوت الإكراه قد أخطئوا في تطبيق القانون ، كون أن الطاعن وقت التصرف كان محكوم عليه بجناية وبالتالي يحرم عليه وقت تنفيذه للعقوبة مباشرة حقوقه المالية .

¹⁷⁰⁴ قرار المحكمة العليا . الغرفة التجارية والبحرية . المؤرخ في 2000/07/11، ملف رقم 225847، م ق ، ع 02، س 2000، ص 141: حيث أن القرار المطعون فيه الذي ألزم المؤجر بإعادة بناء المحل المتنازع عليه وتجهيزه بعد تدمره بفعل القوة القاهرة على أساس المادة 514 من القانون المدني رغم أن النزاع يتعلق بمحل تجاري وليس بمحل مهني ، فإنه أخطأ في تطبيق القانون لأنه لم يميز بين حالة انهيار العين المؤجرة الواقع فيها المحل التجاري والتي تخضع لأحكام المادة 03/177 من القانون التجاري والتي يعفى فيها = =المؤجر من تجديد الإيجار ودون تسديد تعويض الاستحقاق، وبين حالة التمسك بحق البقاء في الأماكن المؤجرة طبقا لنص المادة 514 من القانون المدني المتعلقة بالمحلات ذات الاستعمال السكني أو المهني .

¹⁷⁰⁵ قرار المحكمة العليا . الغرفة المدنية . المؤرخ في 2007/06/20، ملف رقم 371305، مج مح ع، ع 01، س 2008، ص 89: حيث يتبين بالرجوع إلى القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس طبقوا المادة 600 من القانون المدني، وحيث تطبق المادة 600 من القانون المدني على الكفالة البسيطة التي لا يتم الرجوع ضد الكفيل إلا بعد الرجوع ضد المدين وكذا بعد تجريده من كل أمواله ، وحيث بالإطلاع على القرار المطعون فيه وعقد

وفي تعريف آخر لهذا العيب يرى الأستاذ فتحي والي أن الخطأ في تطبيق القانون يكون عندما يطبق قاضي الموضوع القاعدة القانونية على نحو يؤدي إلى نتائج قانونية مخالفة لتلك التي يريدها القانون¹⁷⁰⁶.

طبقت المحكمة العليا هذا التعريف من أجل نقضها لعدة قرارات، ويمكننا أن نورد الحالات التالية :

. أن المشرع وفي مجال تطبيق نظرية بطلان العقد، قد نص على تطبيق نظرية البطلان الجزئي، أو ما يعرف بفكرة إنقاص العقد، والتي بموجبها يتعين على قاضي الموضوع إذا ثبت لديه أن البطلان لا يمس إلا جزءا من العقد أن يحكم فقط ببطلان هذا الجزء، مع بقاء الجزء الصحيح قائما، فإذا ما قام بإبطال كلي للعقد يكون قد أخطأ في تطبيق القانون، وذلك بترتيبه لآثار قانونية على خلاف مقصد المشرع¹⁷⁰⁷.

. في مسألة إسناد الحضانة، النتيجة القانونية التي يهدف المشرع إلى الوصول إليها هي تحقيق مصلحة المحضون، وبالتالي فإن قيام قاضي الموضوع بتطبيق القاعدة القانونية المنظمة لهذه المسألة دون أن يتوخى غاية المشرع منها يؤدي إلى وقوعه في خطأ عند تطبيقها¹⁷⁰⁸.

الكفالة المرفق إليه يتضح أن الكفالة التي قدمها المطعون ضده هي كفالة متضامنة وليست بسيطة ، وحيث من المستقر عليه قانونا أنه يترتب على الكفالة المتضامنة فقدان الكفيل لحقه في تقسيم الدين والتجريد ، وعلى ذلك وتجاهل خصوصيات الكفالة التضامنية يكون قضاة الموضوع قد أخطئوا في تطبيق القانون .

¹⁷⁰⁶ فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق ، ص 709.

¹⁷⁰⁷ قرار المحكمة العليا . الغرفة المدنية . المؤرخ في 2006/01/18، ملف رقم 324515، مج مح ع، ع01، ص 2006، ص 220: وحيث أن قضاة الموضوع عندما أبطلوا عقد الهبة ، قد أخطئوا في تطبيق = أحكام المادة 104 من القانون المدني بل كان يتعين عليهم أن يصرحوا بإبطال عقد الهبة فيما يملكه المطعون عليه في الشيوخ مع الواهب ويبقى عقد الهبة صحيحا فيما يعود للواهب في هذه القطع ، مما يعرض قضاءهم للنقض .

¹⁷⁰⁸ قرار المحكمة العليا . غرفة الأحوال الشخصية . المؤرخ في 1999/04/20، ملف رقم 220470، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص، س 2001، ص 183: حيث أن تنازل الحاضنة عن الحضانة لا يحرّمها نهائيا من إعادة إسناد الحضانة لها إذا تطلبت مصلحة المحضون ذلك هذا تطبيقا لأحكام المادتين 66 و 67 من قانون الأسرة، لأن مسألة إسناد الحضانة يمكن التراجع عنها لأنها تخص حالة الأشخاص ، وبالتالي فقضاة المجلس باعتمادهم فقط على تنازل الأم عن الحضانة دون مراعاة مصلحة المحضون قد أخطئوا في تطبيق القانون.

والحقيقة أن هذه التعاريف كلها تصب في فكرة واحدة، تتمثل في أن الخطأ في تطبيق القانون إنما يرجع سببه إلى خطأ في النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي من أجل اختيار القاعدة القانونية الواجب التطبيق، تسرب إليه من خطئه في تكييف الواقعة للواقعة المعروضة عليه، أو في فهمه لكيفية تطبيقه للقاعدة القانونية التي اختارها¹⁷⁰⁹.

الفرع الثالث: الخطأ في تفسير القانون

رغم أن المشرع لم ينص على هذا العيب بصفة صريحة كوجه من أوجه النقض، إلا أن هذا لم يمنع المحكمة العليا من ممارسة رقابتها على هذا الجانب من جوانب العمل القضائي، في إطار رقابتها على مخالفة القانون¹⁷¹⁰، حيث يعتبر البعض أن هذا العيب هو امتداد لعيب الخطأ في تطبيق القانون¹⁷¹¹.

وتمارس المحكمة العليا رقابتها على قاضي الموضوع بصدد تفسيره للقانون من منطلق دورها المتعلق بضمان وحدة تفسير القواعد القانونية، حيث تقوم بنقض الأحكام والقرارات التي تهدر معنى القاعدة القانونية لمخالفتها قواعد التفسير¹⁷¹².

وحاجة قاضي الموضوع لتفسير القاعدة القانونية هي حاجة تملئها عليه عدة أسباب تتعلق بتلك القاعدة، فالالاقتضاب، والعمومية والتجريد، والغموض، والجمود، والمحدودية تجاه كثرة الوقائع، كلها خصائص تجعل من تطبيق القاعدة القانونية في عديد الحالات من طرف قاضي الموضوع لا يتم بشكل صحيح إلا إذا قام بتفسيرها التفسير السليم الذي يتماشى والغاية من تلك القاعدة¹⁷¹³.

والتفسير الخاطئ للقاعدة القانونية من طرف قاضي الموضوع يفترض في هذه القاعدة أنها كانت محل جدال، أي أنها تحمل عدة أوجه للتطبيق، ويقوم قاضي الموضوع بتبني تفسيراً لهذه القاعدة ترى جهة النقض أنه لا يتوافق مع المعنى الحقيقي لهذه القاعدة، فالأمر هنا لا يتعلق

¹⁷⁰⁹ Jacques Boré, op cit, p 401.

¹⁷¹⁰ سهام بشير ، مرجع سابق ، ص 94.

¹⁷¹¹ عبد السلام ديب ، مرجع سابق ، ص 251.

¹⁷¹² فكري عبد الحميد أبو صيام ، مرجع سابق ، ص 325 هـ 03.

¹⁷¹³ حلمي محمد الحجار ، مرجع سابق ، ج01، ص 88.

بمخالفة للنص الحرفي للقاعدة القانونية، وإنما يتعلق بمخالفة لروحها¹⁷¹⁴، وهذا هو الفرق بين الخطأ في تفسير القانون وخرق القانون¹⁷¹⁵.

إن الخطأ في التفسير هو عبارة عن خطأ يقع فيه قاضي الموضوع في مرحلة استخراج الآثار القانونية للوقائع بمناسبة إصداره للحكم أو القرار المطعون فيه، لذلك فإن الخطأ في تفسير القانون قد يقع عند محاولة الوصول إلى معنى المفاهيم القانونية التي تتضمنها فرضيات القاعدة القانونية، كما قد يقع عند محاولة تفسير معنى الحل الذي تقرره القاعدة القانونية لتلك الفرضيات، حيث يحصل هذا الخطأ عندما يعطي القرار المطعون فيه معنى للقاعدة القانونية مخالف لمعناها الحقيقي¹⁷¹⁶، وفي كلا الحالتين لا يعتد بهذا الخطأ إلا إذا أدى هذا التفسير الخاطئ إلى حل قانوني خاطئ للنزاع¹⁷¹⁷.

والسؤال محل البحث، يتعلق بالمنحى الذي سارت عليه المحكمة العليا عندنا في رقابتها على تفسير قضاة الموضوع بمناسبة تطبيقهم للقواعد القانونية، فهنا لا نبحث عن الحالات التي تقوم فيها المحكمة العليا بتفسير النصوص، بقدر ما نبحث عن الحالات التي قامت فيها هذه المحكمة بلوم قضاة الموضوع على تفسيراتهم الخاطئة للقواعد القانونية التي طبقوها، مع محاولة إيجاد المعيار الذي أخذت به من أجل كشف هذا الوجه، إذ سنقوم وفي سبيل ذلك بعرض الحالات التطبيقية التالية :

الحالة التطبيقية الأولى : نعرض في هذه الحالة قرار الغرفة المدنية للمحكمة العليا المؤرخ في 2008/03/19¹⁷¹⁸، والذي من خلاله قامت المحكمة العليا بنقض القرار المطعون فيه استناداً إلى الخطأ في تفسير القانون، فبالرجوع إلى هذا القرار فإن الوقائع التي عرضت على قضاة الموضوع كانت تتعلق بتطبيق المادتين 02/07 و 01/22 من المرسوم التشريعي رقم 11/94 المؤرخ في 1994/05/26، حيث أن الطاعن الصندوق الوطني للبطالة كان قد طلب

¹⁷¹⁴ Jacques Boré, op cit, p 400.

¹⁷¹⁵ إلياس أبو عيد، المراجعة التمييزية في الأصول المدنية، مرجع سابق، ص 190.

¹⁷¹⁶ إلياس أبو عيد، مرجع سابق، ص 190.

¹⁷¹⁷ حلمي محمد الحجار، مرجع سابق، ص 92.

¹⁷¹⁸ قرار المحكمة العليا . الغرفة المدنية . المؤرخ في 2008/03/19، ملف رقم 404065، مج مع ع ، ع 01،

س 2008، ص 107.

من قضاة الموضوع إلزام المطعون ضده بأن يرجع المنح التي تسلمها في مقابل الاستفادة من نظام التأمين على البطالة، واستند في طلبه هذا أن المطعون ضده كان يمارس نشاطا تجاريا ربحيا وقت الاستفادة، ورغم إقرار المطعون ضده بهذه الواقعة رفض قضاة الموضوع طلبات الطاعن، واستندوا في رفضهم إلى أن المادتين 02/07 و 01/22 من المرسوم السابق الذكر تتصان على أن سقوط حق المستفيد لا يكون إلا في حالة ممارسته لنشاط مهني وليس تجاري، عرض النزاع على المحكمة العليا فانتهت إلى نقض قرار قضاة الموضوع، ولامت قضاة الموضوع على خطئهم في تفسير المادتين سابقتي الذكر، حيث سببت قرارها بالأسباب التالية: " حيث أن التفسير الذي ذهب إليه قضاة الموضوع يتنافى مع قصد المشرع وما يريده، والذي هو عدم ازدواجية الاستفادة بمنحة البطالة مع دخل آخر متمثل في أرباح، وبالتالي منع الجمع بين المنحة ومزاولة نشاط آخر، وحيث ثابت في قضية الحال أن المطعون ضده لم ينكر أنه لجأ إلى ممارسة نشاط لإضافة دخل يساعده حسب أقواله لسد حاجياته، لذا فإن قضاة المجلس عندما قضوا برفض الدعوى التي أقامها الطاعن الرامية إلى إلزام المطعون ضده بتسديد مجموع تأميمات البطالة المستوفاة بغير حق على أساس أن المادتين 02/07 و 01/22 تمنعان تجمع الاستفادة منحة البطالة مع دخل ناتج عن نشاط مهني فقط، فإنهم قد أخطئوا في تفسير القانون، مما يتعين نقض وإبطال القرار " 1719.

يبدو واضحا من تحليل هذا القرار أن قضاة الموضوع وفي سبيل تطبيقهم لقاعدة قانونية، أعطوا مفهوما ضيقا لها، وعند عرض قرارهم على المحكمة العليا رأت أن هذا التفسير لا ينسجم مع قصد المشرع وهدفه من النص المطبق، هنا المعيار المتبع من طرف المحكمة العليا في إيجاد التفسير الصحيح هو معيار نية المشرع، والمصلحة التي كان يهدف إليها من سنه للنص محل التطبيق، كما أن المحكمة العليا توصلت إلى ذلك من خلال نظرتها الشاملة للقانون الذي يوجد فيه النص محل التطبيق .

1719 قرار المحكمة العليا . الغرفة المدنية . المؤرخ في 2008/03/19، ملف رقم 404065، مج مع ع ، ع 01،

س 2008، ص ص 109 . 110.

الحالة التطبيقية الثانية : في هذه الحالة نعرض قرار الغرفة المدنية للمحكمة العليا المؤرخ في 2007/03/21¹⁷²⁰، والذي من خلاله نقضت المحكمة العليا قرار مجلس قضاء قالة المؤرخ في 2004/03/23، وأسست نقضها على أساس التفسيرات الخاطئة التي أعطتها قضاة الموضوع لنص المادة 211 من قانون الأسرة، حيث أن النزاع الذي عرض على قضاة الموضوع يتمثل في أن السيدة (ع . ح) رفعت دعوى الرجوع في هبة العقار الذي منحتة لحفيدتها السيدة (ع . م) مستندة في طلبها إلى نص المادة 211 من قانون الأسرة التي تجيز للأبوين الرجوع في الهبة الممنوحة لأولادهما، استجاب قضاة الموضوع لطلب الجدة، بعد أن قرروا أن مصطلح الأبوين المذكور في المادة السابقة الذكر ينصرف إلى الأصول وإن علوا، عرض النزاع على المحكمة العليا على إثر طعن الحفيدة، صرحت المحكمة العليا عند فحصها للنزاع أن قضاة الموضوع أخطئوا تفسير المادة 211 من قانون الأسرة، واستندت في نقضها للقرار إلى الحثية التالية: " حيث أن المجلس فسر القانون تفسيراً خاطئاً، بل اجتهد في تفسيره مع أنه واضح ولا يحتاج إلى أي اجتهاد، ذلك أنه لا يمكن اعتبار الجدة بمثابة الأم، فحق الرجوع في الهبة منحه المشرع للأبوين"¹⁷²¹.

الحالة التطبيقية الثالثة : في هذه الحالة نعرض قرار الغرفة المدنية للمحكمة العليا المؤرخ في 2010/07/22¹⁷²²، والذي من خلاله نقضت القرار المطعون فيه، استناداً إلى أن قضاة الاستئناف المحال عليهم القضية بعد النقض، وعند قيامهم بمناقشة النقطة القانونية التي فصلت فيها المحكمة العليا، أعطوا تفسيراً خاطئاً للمادة 11 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والتي تنص على أنه لا يجوز سجن أي إنسان لمجرد عجزه عن الوفاء بالتزام تعاقدية، حيث قام قضاة الاستئناف بتفسير هذه المادة بالقول أنه لا يجوز حبس المدين بسبب عدم الوفاء بالتزاماته، مع أن هذه العبارة لها مدلول آخر وترتب آثاراً قانونية أخرى غير تلك

¹⁷²⁰ قرار المحكمة العليا . الغرفة المدنية . المؤرخ في 2007/03/21، ملف رقم 357544، مج مح ع، ع01، س2007، ص 255.

¹⁷²¹ قرار المحكمة العليا . الغرفة المدنية . المؤرخ في 2007/03/21، ملف رقم 357544، مج مح ع، ع01، س2007، ص 258.

¹⁷²² قرار المحكمة العليا . الغرفة المدنية . المؤرخ في 2010/07/22، ملف رقم 575899، مج مح ع، ع02، س2010، ص 154.

التي نصت عليها المادة 11 المشار إليها، إذ أن هذا التفسير الخاطئ أدى إلى توسيع نطاق تطبيق هذه المادة ليشمل حتى الأشخاص الممتنعين عن الوفاء بالتزامات غير تعاقدية، كالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، وبهذا التفسير الخاطئ توصل قضاة الموضوع إلى تطبيق خاطئ لنص المادة 11 السابق ذكرها¹⁷²³.

وضعت المحكمة العليا ومن خلال هذا القرار مبدأين يجب على قضاة الموضوع السير عليهما عند تفسيرهم للنصوص القانونية، أول مبدأ يتمثل في أن اللجوء إلى التفسير لا يكون إلا في النص الغامض، حيث متى كان النص القانوني واضحا جلي المعنى قاطعا في الدلالة على المراد منه، فلا مجال للخروج عليه بدعوى تفسيره¹⁷²⁴، والمبدأ الثاني هو أنه عند التفسير للفظ معين مؤثر في تطبيق النص القانوني يتعين الالتزام بالمعنى الظاهر والقريب لذلك اللفظ، ما دام أن ذلك المعنى لا يؤدي إلى نتائج مستحيلة أو غير مقبولة¹⁷²⁵.

المطلب الثاني: تجاوز قاضي الموضوع لحد سلطته

يعد هذا الوجه تعبيرا عن عيب مخالفة القانون بمفهومه الواسع¹⁷²⁶، على اعتبار أن القاضي وهو المكلف بتطبيق القانون يكون قد تجاوز سلطاته في كل الحالات التي يخالف فيها القانون¹⁷²⁷، لذلك فإن بعض التشريعات المقارنة . من بينها المشرع المصري على سبيل المثال لم تورد كعيب مستقل، على اعتبار أنه بالإمكان أن يوجه اللوم لقضاة الموضوع بسبب تجاوز سلطتهم استنادا إلى عيب مخالفة القانون، دون الإشارة إلى أن هذه المخالفة أساسها القريب هو

¹⁷²³ قرار المحكمة العليا . الغرفة المدنية . المؤرخ في 2010/07/22، ملف رقم 575899، مج مح ع، ع02، س 2010، ص 155.

¹⁷²⁴ فكري عبد الحميد أبو صيام ، مرجع سابق ، ص 325 هـ 03.

¹⁷²⁵ خالد وزاني ، مناهج تفسير النصوص بين علماء الشريعة وفقهاء القانون ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية 2008، ص 647.

¹⁷²⁶ حيث يرى البعض أن عيب تجاوز السلطة أهم من عيب عدم الاختصاص الوظيفي ،ومن حالة امتناع القاضي عن الحكم في دعوى معينة يختص بها ،ومن إغفاله الحكم بما طلبه الخصوم، ومن الحكم بما لم يطلبه الخصوم ،ومن الحكم بأكثر مما طلبه الخصم ، لذلك فإن هذا العيب يشمل كل أحوال مخالفة القانون ... نبيل اسماعيل عمر ، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي ، مرجع سابق ، ص 140.

¹⁷²⁷ سهام بشير ، مرجع سابق ، ص 68.

تجاوز السلطة¹⁷²⁸، لكن رغم ذلك فإن هناك تشريعات أخرى جعلته سببا متميزا عن عدم الاختصاص، وعيوب الشكل، ومخالفة القانون، من ذلك مثلا المشرع الفرنسي الذي اعتبره وجها مستقلا من أوجه النقض، حيث ووفقا للمادة 15 من قانون 25 ماي 1838 فإن تجاوز السلطة هو الوجه الرابع من أوجه الطعن بالنقض¹⁷²⁹.

بالنسبة للمشرع الجزائري فإننا يجب أن نفرق بين مرحلتين، المرحلة الأولى في ظل قانون الإجراءات المدنية القديم، حيث كان المشرع يجمع عيب تجاوز السلطة مع عيب عدم الاختصاص ويجملها في وجه واحد، مجاريا في ذلك بعض شراح قوانين المرافعات عند تناولهم لأسباب النقض، والذين يعتبرون كل تجاوز للسلطة هو تجاوز للاختصاص، لأن القاضي الذي يتجاوز سلطته هو في الحقيقة يخرج عن اختصاصه، كما يعتبرون أيضا أن كل تجاوز للاختصاص هو تجاوز للسلطة، لأن القاضي في هذه الحالة يتعدى حدود سلطته بالفصل في مواضيع ليست من اختصاصه¹⁷³⁰، أما في المرحلة الثانية وفي ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد فقد قام بفصل هذين السببين عن بعضهما، استنادا إلى أنه ورغم وجود تكامل بينهما إلا أن هناك فروق نظرية وعملية بين السببين تقتضي ضرورة التمييز بينهما، واستنادا أيضا إلى المنهج الذي اختاره المشرع عند تحديده لأوجه النقض وتقريره لمبدأ عدم تأسيس وجه الطعن المثار إلا على سبب واحد من أسباب النقض تحت طائلة رفضه .

وانطلاقا من هذه الذاتية لهذا الوجه التي أعطاها له المشرع، فإننا نقوم بدراسته من خلال تحديد مفهومه، ثم عرض الصور التطبيقية لهذا الوجه .

الفرع الأول : تحديد مفهوم تجاوز السلطة

إن تحديد مفهوم لتجاوز السلطة يتحقق من خلال إبراز أهم التعاريف التي أوردها الفقه لهذا العيب، ومن خلال أيضا إبراز ذاتيته واستقلاله عن أوجه النقض الأخرى .
أولا . تعريف عيب تجاوز السلطة:

¹⁷²⁸ حلمي محمد الحجار ، مرجع سابق ، ج02، ص 15.

¹⁷²⁹ Ernest Désiré GLASSON et René Lucien MOREL et Albert TISSIER, op cit, t01, P 700.

¹⁷³⁰ Jacques Boré, op cit, p402.

عند البحث في تعريف عيب تجاوز السلطة فإنه يختلف باختلاف زاوية النظر إليه، حيث نجد تعريفاً يحصر عيب تجاوز السلطة في إطار ضيق، بينما نجد تعريفاً آخر يجعله في إطار واسع.

أ . التعريف الذي يحصر تجاوز السلطة في إطار ضيق :

من الناحية التاريخية فإن عيب تجاوز السلطة لم يظهر إلا بعد الثورة الفرنسية، وكنتيجة لإقرار مبدأ الفصل بين السلطات، حيث أن الهدف الأساسي من إقرار هذا الوجه كان يتمثل في وضع حد للتعسف الملاحظ على البرلمانات القديمة قبل الثورة، وذلك من خلال فرض الرقابة على كل تعد صادر من السلطة القضائية على السلطة التشريعية أو التنفيذية¹⁷³¹.

سوف نلاحظ أن هذا البعد التاريخي سيؤثر في تحديد مفهوم تجاوز السلطة عند بعض الفقهاء، حيث وانطلاقاً من هذا البعد، تم تعريف عيب تجاوز السلطة بأنه هو كل تناول لقضاة الموضوع لمسائل هي من اختصاصات السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية¹⁷³²، أو أنه تعبير عن اعتداء حقيقي على المبدأ الدستوري الذي يعين في إطار المصلحة العامة الحدود التي يجب أن تنطوي ضمنها مختلف السلطات¹⁷³³.

لا تطرح مسألة حظر تدخل السلطة القضائية في أعمال السلطة التنفيذية أمام القضاء المدني إلا بصفة نادرة، لذلك فإننا أكثر ما نجدتها في نطاق القضاء الإداري الذي يمنحه القانون سلطة الرقابة على أعمال الإدارة، لكن هذه السلطة محددة، حيث يعتبر تجاوزاً للسلطة حلول القاضي محل الإدارة، أو قيامه بتوجيه أوامر للإدارة¹⁷³⁴.

طبقت محكمة النقض الفرنسية هذا التعريف لعيب تجاوز السلطة من أجل نقض بعض القرارات المعروضة أمامها، حيث وبموجب قرار الغرفة المدنية الأولى المؤرخ في 15/01/1980 لامت محكمة النقض قضاة الموضوع كونهم ومن أجل الفصل في النزاع المعروض عليهم طلبوا من

¹⁷³¹ Jacques Boré, op cit, p404.

¹⁷³² محمد الكشور ، مرجع سابق ، ص 465.

¹⁷³³ Ernest Désiré GLASSON et René Lucien MOREL et Albert TISSIER, op cit , P 702.

¹⁷³⁴ بوشير محند أمقران ، انتقاء السلطة القضائية ، مرجع سابق ، ص 480.

الخصوم إدخال الوزير الأول أو ممثله في الخصام من أجل تقديم توضيحات حول سياسة الحكومة في ما يخص البطالة، واعتبرت ذلك تعدياً منه على السلطة التنفيذية¹⁷³⁵. سوف نلاحظ أيضاً أن هذا المفهوم لعيب تجاوز السلطة ينسجم تماماً مع أحكام قانون العقوبات التي تعاقب القضاة الذين يتجاوزون حدود سلطاتهم بالتدخل في القضايا الخاصة بالسلطات الإدارية، سواء بإصدار قرارات في هذه المسائل أو بمنع تنفيذ الأوامر الصادرة من الإدارة¹⁷³⁶. إن تدخل القضاء في عمل السلطة التشريعية يعد تجاوزاً للسلطة، إذ ليس من سلطة القضاة التعليق على القوانين الصادرة من السلطة التشريعية، أو توجيه انتقادات إليها، كالقول مثلاً في أسباب الحكم أو القرار المطعون فيه أن المشرع لم يوفق في تنظيمه للمسألة التي تناولتها القاعدة القانونية، أو القول أن القانون الصادر عن السلطة التشريعية قانون غير دقيق أو غير منظم، أو القول أن هذا القانون جائر، فالقاضي ليس بفقير حتى يقوم بنقد أعمال السلطة التشريعية، وإنما سلطته تنتهي عند تطبيق القانون كما صدر عن السلطة المصدرة له دون زيادة أو نقصان ودون إبداء النقد له، كما يعد متجاوزاً لسلطته القاضي الذي يفصل خارج إطار المادة 01 من القانون المدني، كأن يقوم القاضي بحل النزاع عن طريق إصدار مبدأ قانوني في صورة تشريع، أو خلق نوع من البطلان غير مقرر بنص القانون¹⁷³⁷.

رغم أن ربط عيب تجاوز السلطة بتعدي قاضي الموضوع على أعمال السلطة القضائية والسلطة التنفيذية، يشكل التعبير عن المفهوم الضيق لهذا العيب، إلا أن هذا المفهوم يعد بمثابة التجاوز السافر الذي يحسن بقضاة الموضوع عدم الوقوع فيه، ولو أنه من الناحية العملية فإن هذه الصورة تكاد تكون شبه منعدمة.

ولخطورة هذا التعدي بهذه الصورة، فإن بعض التشريعات المقارنة تسمح لممثل النيابة العامة بمحكمة النقض وبناء على طلب من وزير العدل أن يطلب نقض الحكم إذا ما رأى أنه يتضمن ما يفيد التدخل في السلطة التشريعية أو التنفيذية¹⁷³⁸، من ذلك مثلاً المشرع الفرنسي الذي

¹⁷³⁵ Marie Noëlle et Xavier Bachellier, op cit, P 111.

¹⁷³⁶ انظر المادة 02/116 من قانون العقوبات .

– Ernest Désiré GLASSON et René Lucien MOREL et Albert TISSIER, op cit, t01, P 702.

¹⁷³⁷ Jacques Boré, op cit, p408.

¹⁷³⁸ محمد الكشور ، مرجع سابق ، ص 477.

أتاح للنيابة العامة بمحكمة النقض الفرنسية القيام بمثل هذا الإجراء¹⁷³⁹، إلا أننا لم نجد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصاً يمنح النائب العام بالمحكمة العليا هذه الصلاحية، إلا نص المادة 353 ف2 من ق ا م ا د الذي يسمح للنائب العام للمحكمة العليا أن يطعن بالنقض في الأحكام والقرارات إذا ما تبين له مخالفتها للقانون، ويلاحظ على هذا النص أنه لا يتعلق بعيب تجاوز السلطة، كما أنه لا يشترط فيه طلب وزير العدل، لذلك نقترح أن يكون هناك نص خاص يتيح للنائب العام بالمحكمة العليا أن يؤسس طعنه التلقائي على عيب تجاوز السلطة، أو أن يجري تفسير مخالفة القانون المشار إليه في المادة 353 ف2 من ق ا م ا د تفسيراً واسعاً من خلاله يمكن إدخال عيب تجاوز السلطة في مضمونها .

وفي تعريف آخر، يحصر عيب تجاوز السلطة، في قيام قاضي الموضوع بعمل من أعمال التعدي التي تشكل خروج عن وظيفته القضائية¹⁷⁴⁰، ومثال ذلك أن يقوم القاضي بتوجيه نقد لاذع ويحمل عبارات غير لائقة لاجتهاد قضاء النقض¹⁷⁴¹، أو أن يقوم بتهديد الشاهد أو دفعه إلى تغيير أقواله، أو أن يقوم بإرغام أحد أطراف الخصومة على الصلح رغم رفضه ذلك، أو بتعيين وسيط رغم أن الخصوم رفضوا الوساطة، وهذا النوع من التعدي يكاد يكون منعماً في العمل القضائي، وإن حصل، فإنه من العسير إثباته من طرف الخصم الذي يتمسك به .

ب . التعريف الذي يحصر تجاوز السلطة في إطار واسع :

حسب هذا التعريف فإن عيب تجاوز السلطة لا يقف عند حد فكرة التعدي على مبدأ الفصل بين السلطات، بل يتعداه إلى كل مخالفة لقاضي الموضوع يرتكبها ضد قاعدة نظامية أو مبدأً أساسياً من مبادئ التنظيم القضائي أو الإجراءات¹⁷⁴²، من ذلك تجاوز الحدود التي تقوم عليها المحاكمة العادلة، ككفران العدالة، و خرق حق الدفاع، و خرق العناصر التي يقوم

¹⁷³⁹ L'article 18, alinéa 1er, de la loi n° 67-523 du 3 juillet 1967 dispose que "le garde des Sceaux, ministre de la justice, peut, en matière civile, prescrire au procureur général de déférer à la chambre compétente de la Cour de cassation les actes par lesquels les juges excèdent leurs pouvoirs".

¹⁷⁴⁰ Marie Noëlle et Xavier Bachellier, op cit, P 109.

¹⁷⁴¹ Cass. req. 2 avril 1851, DP 1851, I, 74.

¹⁷⁴² عبد السلام ديب، مرجع سابق، ص 251.

عليها النزاع وذلك بالقيام بتبديل سبب الدعوى أو محلها أو أطرافها¹⁷⁴³، لذلك فإن الدفع بتجاوز السلطة كثيرا ما يرتبط بالدفع بعدم القبول وليس بالدفع الإجرائية¹⁷⁴⁴، فمثلا عندما يقوم قاضي الموضوع بقبول الدعوى رغم ثبوت عدم توفر المصلحة، أو لا يقبل الدفع بسقوط أجل الطعن رغم ثبوت السقوط، فإن قضاءه هذا يكون مشوب بعيب تجاوز السلطة، وقيام القاضي بالفصل بأكثر مما طلبه الخصوم أو بما لم يطلبوه يعد أيضا صورة من صور تجاوز السلطة، رغم أن المشرع جعل هذه الحالة وجها مستقلا من أوجه النقض¹⁷⁴⁵.

ولا يقف هذا التعريف عند الحد الإيجابي لتجاوز السلطة، بل يشمل أيضا حده السلبي، وهو يشمل جميع الحالات التي يمنح فيها المشرع سلطات لقاضي الموضوع، ورغم ذلك يمتنع عن ممارستها، أي أن تجاوز السلطة في هذه الحالة هو الامتناع عن ممارسة السلطة¹⁷⁴⁶، فسلطة الفصل في الموضوع هي السلطة الأساسية التي يتعين على قاضي الموضوع ممارستها كاملة،

¹⁷⁴³ قرار المحكمة العليا . الغرفة التجارية والبحرية . المؤرخ في 2010/009/02، ملف رقم 639238، مج مح ع، ع02، س 2010، ص 207 : وحيث أن الطاعن أقام الدعوى الحالية للمطالبة بتسليمه وصولات الإيجار ، وحيث وأنه عوض أن يتمسك القرار المطعون فيه بنطاق الدعوى الحالية ويفصل في الطلب الذي قدم أمامه ، فإنه راح يعيب على الطاعن عدم مطالبته بتجديد الإيجار وهو تجاوز للسلطة .

¹⁷⁴⁴ حلمي محمد الحجار ، مرجع سابق ، ج02 ، ص 22.

¹⁷⁴⁵ كان المشرع في قانون الإجراءات المدنية القديم يجعل من هذه الحالة وجها من أوجه التماس إعادة النظر ، أين كانت المحكمة العليا ترفض تسبيب النقض على هذه الحالة ، انظر : قرار المجلس الأعلى . الغرفة المدنية . المؤرخ في 1982/01/31، ملف رقم 22743، مج ق ، ع02، س1989، ص 26 .
لكن وبموجب القانون الجديد قام المشرع بنقل هذه الحالة إلى أوجه النقض ، معتبرا أن هذا الخطأ منسوب إلى القاضي بطريقة مباشرة وأن هذا الخطأ هو خطأ قانوني لا يخضع لإعادة النظر وإنما يخضع لرقابة النقض ، حيث يلاحظ أن المشرع أعاد النظر في حالات الالتماس وجعلها محصورة في الحالات التي يكون فيها خطأ القاضي ناتج عن مناورات من أحد الخصوم كالدفع بوثيقة مزورة في النزاع أو احتجاز الخصم لوثيقة حاسمة في النزاع .

¹⁷⁴⁶ Nathalie Fricero, L'excès de pouvoir en procédure civile, Revue Générale des Procédures, 1998, n° 1, p. 17 et s.

– Francis Kernaleguen, l'excès de pouvoir du juge, justices 1996, p151.

وأن التخلي عنها كليا يشكل نكرانا للعدالة، والتخلي عنها جزئيا يشكل كذلك تجاوزا للسلطة، رغم أن المشرع أدرج هذه الحالة تحت وجه السهو عن الفصل في بعض الطلبات¹⁷⁴⁷.
 إذن فحسب هذا التعريف فإن جهة النقض تستخدم عيب تجاوز السلطة كصمام أمان من أجل ضمان الحماية للمتقاضين من المخالفات الجسيمة المرتكبة ضد المبادئ الحاكمة للخصومة المدنية¹⁷⁴⁸.

وفي رأينا، وبالنظر إلى تطبيقات المحكمة العليا، فإن هذا التعريف الواسع هو الذي قصده المشرع بوجه النقض المتعلق بتجاوز السلطة، على اعتبار أنه من غير المنطقي أن يخصص المشرع وجها مستقلا لعيب ينحصر في تجاوز مبدأ الفصل بين السلطات، على الرغم من أن التجارب العملية أثبتت الندرة الشديدة لوقوع قضاة الموضوع في مثل هذا العيب بهذا المفهوم، في ظل وضوح وترسخ مبدأ الفصل بين السلطات لدى القضاة، لكن هذا التوسع لا يجب أن يصل إلى حد اعتبار أن تجاوز السلطة هو نفسه مخالفة القانون¹⁷⁴⁹.

ثانيا . ذاتية واستقلال عيب تجاوز السلطة عن عيوب النقض الأخرى :

إن استقلال عيب تجاوز السلطة يطرح إشكالية البحث في تمييزه عن العيوب الأخرى، حيث يجب إبراز الفرق بينه وبين عيب تجاوز السلطة في مجال القضاء الإداري، كما يجب تمييزه أيضا عن أوجه النقض الأخرى، كعيب الاختصاص ومخالفة القانون .

¹⁷⁴⁷ قرار المحكمة العليا . الغرفة الاجتماعية . المؤرخ في 16/03/2005، ملف رقم 288364، مج م ح ع ، ع01،س2005، ص 107: حيث أنه في دعوى التسريح التعسفي إذا توصلت المحكمة إلى أن تسريح العامل جاء تعسفيا ، المحكمة ملزمة قانونا بالفصل في الطلب الاحتياطي المتعلق برفض أحد الطرفين رجوع العامل إلى منصب عمله، ولا يمكن للمحكمة الالتفات عن هذا الطلب أو إغفال الفصل فيه، وتطبق ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 04.73 والتي تنص على أنه في حالة رفض أحد الطرفين رجوع العامل بمنح العامل تعويضا ماليا لا يقل عن الأجر الذي يتقاضاه العامل عن مدة ستة أشهر من العمل، ولما قضى الحكم بخلاف ذلك أخطأ في تطبيق القانون وجاء مشوبا بتجاوز السلطة .

¹⁷⁴⁸ Natalie Fricéro , la détermination de la voie de recours ouverte en cas d'excès de pouvoir à propos des ordonnances du conseiller de la mise en état , www. Courdecassation.fr
¹⁷⁴⁹ وفي رأي مخالف ، يذهب الأستاذ نذير بن عمو، إلى أنه يجب أن نأخذ بالمفهوم الضيق لمخالفة تجاوز السلطة ، على أساس أن الأخذ بالمفهوم الواسع يجعل من تجاوز السلطة يختلط بأوجه طعن أخرى ، وبالتالي يقوم بلعب نفس الوظيفة التي يمكن أن تحققها تلك الأوجه ... انظر :

- Nadhir Ben Ammou ,op cit ,p 72.

أ . فك الانتباس بين عيب تجاوز السلطة في الميدان القضائي وعيب الانحراف في استعمال السلطة في الميدان الإداري:

يرتبط مصطلح تجاوز السلطة بالنسبة لرجال القانون عادة بعيوب القرار الإداري¹⁷⁵⁰، حيث أن تجاوز رجل الإدارة لسلطته عند إصداره للقرار الإداري يشكل عيبا يؤدي في حالة ثبوته إلى إلغاءه من طرف القضاء الإداري¹⁷⁵¹، لكن وبمجرد البحث في هذا المصطلح باعتباره عيبا من عيوب الأحكام والقرارات القضائية يتجلى لنا أن المصطلحان مختلفان في المعنى والأسباب، رغم أنهم يتحدان من حيث المصطلح اللغوي من الناحية الشكلية .

فعيب الانحراف في استعمال السلطة في الميدان الإداري يعبر عن مظهر من مظاهر الرقابة الواسعة للقضاء الإداري على أعمال الإدارة، حيث بموجب هذه الرقابة أصبح بإمكان القاضي الإداري البحث في النوايا والبواعث التي تدفع الإدارة إلى مباشرة سلطاتها¹⁷⁵²، وبالتالي إلغاء كل القرارات الإدارية التي تخرج عن الغرض المحدد، والمتمثل في حماية وصيانة النظام العام¹⁷⁵³.

إن هذا المفهوم لمصطلح تجاوز السلطة في الميدان الإداري، لا يمكن بأي حال من الأحوال سحبه على الميدان القضائي، بسبب أن هذا المفهوم في الميدان الإداري يفترض إمكانية قيام رجل الإدارة بتحريف الوقائع من أجل فرض قراره، بينما في الميدان القضائي لا يمكن تصور أن قاضي الموضوع يتعمد تحريف الوقائع من أجل إصدار حكم الهدف منه خدمة مصلحة غير تلك المصلحة التي يحميها القانون، حيث أن قاضي الموضوع لا يتصور كذبه على الإطلاق في جمعه للوقائع في النزاع المعروف عليه، وأن تقديره الخاطئ للوقائع لا يفسر إلا في إطار أنه تعرض للخداع¹⁷⁵⁴، ورغم هذا الاختلاف الظاهر بين العيبيين، إلا أنه لا يمكننا

¹⁷⁵⁰ الشيخة هوام ، الطعن بالنقض أمام مجلس الدولة ، دار الهدى عين مليلة الجزائر 2009، ص 90.

¹⁷⁵¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية 2009، ص 25.

¹⁷⁵² محمد نور عبد الهادي شحاتة، سلطة التكييف في القانون الإجرائي ، مرجع سابق ، ص 213.

¹⁷⁵³ سليمان السعيد ، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات الفردية، مجلة الحقوق والعلوم الاجتماعية ، كلية الحقوق والعلوم الاجتماعية جامعة عمار ثليجي الأغواط ، ع 01، ماي 2006، ص 88.

¹⁷⁵⁴ محمد نور عبد الهادي شحاتة، سلطة التكييف في القانون الإجرائي ، مرجع سابق ، ص 214.

أن ننكر أن كلاهما يؤدي إلى إلغاء الأعمال غير الشرعية بحسب طبيعة العمل سواء كان قضائياً أو إدارياً، فالانحراف في استعمال السلطة يؤدي إلى إلغاء القرار الإداري، وتجاوز السلطة كذلك يؤدي إلى إبطال القرار القضائي¹⁷⁵⁵.

ب . الفرق بين عيب تجاوز السلطة وعيب الاختصاص :

ذهب بعض شراح قوانين المرافعات المتقدمين في فرنسا إلى إعطاء عيب تجاوز السلطة مفهوماً واسعاً يحتوي في مضمونه أيضاً على عيب عدم الاختصاص، معتبرين بأن كل مخالفة لقواعد الاختصاص تنطوي على تجاوز للسلطة¹⁷⁵⁶، وقد وجدنا تطبيقاً لهذا الرأي في أحد قرارات المحكمة العليا عدنا¹⁷⁵⁷، رغم أن هذا التطبيق لا يعبر إطلاقاً على موقف راسخ لهذه المحكمة إذ الراجح أنها تقيم تفرقة بين الوجهين .

في البحث عن هذه التفرقة، يمكن ملاحظة أن غرفة العرائض لمحكمة النقض الفرنسية وفي قرارها الصادر بتاريخ 1892/04/26 أخذت المبادرة في التمييز بين عيب تجاوز السلطة وعيب عدم الاختصاص، وذلك بإقرارها بأن خرق قواعد الاختصاص النوعي لا يشكل تجاوزاً للسلطة¹⁷⁵⁸، وبالتالي أصدرت رأياً يتضمن اختلاف العيين دون أن تبين معيار التفرقة بينهما .

¹⁷⁵⁵ Ernest Désiré GLASSON et René Lucien MOREL et Albert TISSIER, op cit, t01 , P 712.

¹⁷⁵⁶ Nadhir Ben Ammou, op cit, p 71.

¹⁷⁵⁷ قرار المحكمة العليا . الغرفة التجارية والبحرية . المؤرخ في 2008/01/16، ملف رقم 489017، مج 17 ع 01، س 2008، ص 177: حيث وللغرفة فيها يتعين البحث عن مسئولية الطاعنة كمؤسسة عمومية وعملاً بأحكام المادة 07 من ق ا م فإن الاختصاص المانع يؤول للقضاء الإداري ، وعليه وبتمسكهم باختصاصهم يكون القضاء قد أخطئوا فيما ذهبوا إليه وتجاوزوا سلطتهم بفعلهم ما كان عليهم تركه، وعرضوا بذلك قرارهم للنقض . يلاحظ من تفحص أسباب هذا القرار أن المحكمة العليا وللوصول إلى أن القضاء الإداري هو المختص لتحديد مسئولية إدارة الجمارك ، أثارت وجهاً تلقائياً أخذته من تجاوز السلطة ، ما يجعلنا نقول هنا أنها أعطت لمفهوم تجاوز السلطة مفهوماً واسعاً احتوت بها عيب الاختصاص ، كما أمكننا دراسة هذا القرار إلى الوصول إلى أن المحكمة العليا حاولت إعطاء تعريف لتجاوز السلطة حيث اعتبرته بأنه عمل يقوم به القاضي يكون عليه قانوناً تركه .

¹⁷⁵⁸ Jacques Boré, op cit, p405.

وبالتمعن الدقيق، يظهر لنا الفرق بين الوجهين، حيث أن عيب الاختصاص يكون لما يقوم القاضي بالفصل في نزاع ليس له الحق في أن يفصل فيه مع صلاحية هذا النزاع للفصل فيه من جهة قضائية أخرى، أما عيب تجاوز السلطة فيكون لما يقوم القاضي ببحث مسألة تخرج عن ولاية القضاء بصفة عامة، أو يقوم بتجاوز صلاحياته أو التخلي عنها في نزاع هو من اختصاصه.

ومن جهة أخرى فإن خرق القاضي لقواعد الاختصاص لا يعد في جميع الحالات خرقاً لقواعد نظامية، من ذلك مثلاً قواعد الاختصاص الإقليمي، بينما تجاوز القاضي لحد سلطته بطريقة إيجابية أو سلبية هو دائماً يشكل خرقاً لقواعد نظامية، لذلك فإن محكمة النقض لها سلطة واسعة في الإثارة التلقائية لهذا التجاوز¹⁷⁵⁹.

ج . الفرق بين عيب تجاوز السلطة وعيب مخالفة القانون :

هناك علاقة جد وثيقة بين تجاوز السلطة و مخالفة القانون، ذلك أن كل تجاوز للسلطة لا وجود له إلا من خلال مخالفة لقاعدة قانونية، حيث أن تجاوز السلطة هو شكل خاص لمخالفة القانون، فالتعدي على قاعدة نظامية تحدد دور القاضي في الخصومة يشكل مخالفة لقاعدة قانونية تكيف على أنها تجاوز للسلطة¹⁷⁶⁰.

ومع ذلك فإن التمييز بينهما أمر معترف به من طرف المشرع، الذي اعتبر كل واحد منهما يشكل وجهاً مستقلاً عن الآخر عند تعدده لأوجه النقض، حيث أن مخالفة القانون يرتبط دائماً بمخالفة القواعد القانونية الموضوعية، سواء كانت المخالفة في شكل خرق أو خطأ في تطبيق أو تفسير هذه القاعدة، أما تجاوز السلطة فإنه يرتبط دائماً بخرق قاعدة نظامية قانونية أو دستورية يتضمن موضوعها تنظيم السلطة القضائية وصلاحياتها، والمبادئ العامة التي يقوم عليها النظام القضائي¹⁷⁶¹.

والحقيقة أن محكمة النقض عندما تباشر رقابتها على عيب تجاوز قضاة الموضوع لسلطاتهم فإنها في واقع الأمر تمارس في سلطة خاصة تختلف تماماً عن سلطتها في الرقابة على مخالفة القانون، والسبب هو أن محكمة النقض وبمناسبة لوم قضاة الموضوع على تجاوزهم لسلطاتهم

¹⁷⁵⁹ Jacques Boré, op cit, p406.

¹⁷⁶⁰ Jacques Boré, Ibid.

¹⁷⁶¹ محمد الكشور ، مرجع سابق ، م س ، ص 476.

القضائية إنما تقوم بعمل يتصل بقضاء دستوري، كون أن الرقابة في أساسها تستند إلى مبدأ دستوري يتمثل في مبدأ الفصل بين السلطات، لذلك فإن هذا العيب يمكن أن يلحق أسباب الحكم أو القرار المطعون فيه كما يمكن أن يلحق المنطوق¹⁷⁶²، بخلاف عيب مخالفة القانون الذي يلحق منطوق الحكم أو القرار المطعون فيه دون أسبابه .

الفرع الثاني: صور تجاوز السلطة من خلال تطبيقات قضاء النقض

إنه وبتجسد مبدأ الفصل بين السلطات بشكل أصبح من المسائل البديهية، التي يقل عدم تصورهما من طرف القضاة، الذين وبفضل تطور العمل القضائي، أصبح من النادر جدا أن يقعوا في مخالفة تجاوز السلطة بمفهومها التقليدي، إذ لم نجد في هذا الشأن إلا حالة نادرة تتمثل في تدخل القضاء الإداري في عمل الإدارة، وتم لفت انتباهه من طرف مجلس الدولة في شكل مبدأ قضائي يتلخص في أنه لا يجوز للقاضي الإداري أن يحل محل الإدارة أو أن يوجه لها أوامر، ورغم عدم عثورنا على نفس الحالة في القضاء العادي، إلا أنه يمكننا أن نقول أن هذا المبدأ ينسحب عليه أيضا .

إذن، سيكون بحثنا في الحالات التطبيقية منحصر في مخالفة تجاوز السلطة في مفهومها الواسع، حيث سمح لنا البحث في نشاط المحكمة العليا المنشور والمتاح لدينا بالوقوف على تطبيقات عديدة لهذا الوجه، والذي قمنا بتصنيفه إلى الحالات التالية :

أولا . تجاوز نطاق الدعوى من حيث موضوعها :

انطلاقا من أن الدعوى هي ملكا لأطرافها، فإنه ليس لقاضي الأساس أن يبديل موضوع الدعوى الأصلي بموضوع آخر¹⁷⁶³، فإذا كان موضوع الدعوى يتعلق بحماية الحياة، فإنه لا يمكن للمحكمة أن تترك هذه المسألة وتبحث مسألة الملكية التي لم تكن محل نقاش بين الخصوم¹⁷⁶⁴.

¹⁷⁶² نبيل إسماعيل عمر ، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي، مرجع سابق ، ص 141.

¹⁷⁶³ آدم وهيب النداوي، مدى سلطة المحكمة المدنية في تعديل نطاق الدعوى ، مرجع سابق ، ص 126.

¹⁷⁶⁴ قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 25/10/2000، رقم الملف 200565، الاجتهاد القضائي

، عدد خاص ، ج02، س2004، ص 311 : حيث أنه يستخلص من موضوع الطلب أن المسألة تتعلق بدعوة

وعلى هذا الأساس قضت الغرفة التجارية والبحرية للمحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2008/01/16، بأنه لا يجوز لمحكمة الموضوع وبعد أن قررت في حكمها التمهيدي بأن موضوع النزاع يتعلق بطلب التعويض عن قيام القاطرة بعملية إسعاف، أن تقوم عند الرجوع إليها بعد الخبرة بتغيير موضوع النزاع بالقول أن طلب التعويض هو عن قيام القاطرة بتقديم قطر بسيطة، ذلك أن قيام قضاة الموضوع عند إعادة السير في القضية بعد الخبرة بمراجعة الوصف القانوني للنزاع الوارد في الحكم الأمر بها يشكل تجاوزاً للسلطة، حيث اعتبرت المحكمة العليا في هذا القرار أن خرق قضاة الموضوع لمبدأ حجية الشيء يساوي مخالفة تجاوز السلطة¹⁷⁶⁵.

ثانياً . خرق مبدأ المواجهة :

إن خرق مبدأ المواجهة يأخذ عدة مظاهر، ويشكل عادة أحد أبرز الأوجه المثارة في المجال العملي، حيث يعتبر متجاوزاً لسلطته القاضي الذي يحكم على أحد الخصوم دون استدعائه قانوناً أو دون سماعه، وفي هذا قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها المؤرخ في 16 جوان 2009، أنه يعد متجاوزاً لسلطته القاضي الذي يفصل في موضوع التحقيق في أصول المدين بمناسبة التصفية القضائية، دون أن يتحقق من سماع المدين أو استدعائه وفقاً لإجراءات التبليغ القانونية¹⁷⁶⁶.

ويعد خرقاً لمبدأ المواجهة الحكم بناء على وثائق لم يتم إيداعها ومناقشتها أثناء المرافعات، و الحكم بطلبات لم يمكن الخصم من الرد عليها، والحكم بناء على إجراءات تحقيق لم يمكن الخصم من المشاركة فيها¹⁷⁶⁷.

الحيازة في حين أن قضاة الموضوع وفي القرار المطعون فيه ناقشوا مسألة ملكية القطعة الأرضية وناقشوا مختلف العقود المقدمة من طرف الأطراف من أجل إثباتها، متجاهلين الطلب المقدم أمامهم الرامي رفع اليد عن القطعة الأرضية محل النزاع ووقف التعدي ، وأنهم عندما فصلوا كما فعلوا يكون قضاة الموضوع قد أساءوا الإحاطة بموضوع الطلب وتجاوزوا سلطتهم ما داموا كانوا ملزمين بالاكتماء بموضوع دعوى الحيازة .

¹⁷⁶⁵ قرار المحكمة العليا . الغرفة التجارية والبحرية . المؤرخة في 2008/01/16، ملف رقم 474038، مج مح ع، ع02، س2008، ص237.

¹⁷⁶⁶ Cass.com.16 /06/2009, n :08-13565,note, Gazette du palais – vendredi 14 au mardi 18 mai 2010,p21.

¹⁷⁶⁷ Jacques Boré, op cit, p431.

ثالثا . الحلول محل المشرع أو محل الإدارة أو التخلي عن سلطته لصالح الإدارة:

اعتبرت المحكمة العليا أن المشرع هو المختص في تحديد طريقة إثبات الحق المدعى به، بحيث لا يجوز للقاضي أن يجتهد ويخلق وسيلة إثبات لم يقر المشرع بالنص عليها، حتى ولو كانت تلك الوسيلة من الناحية العملية منتجة في إثبات الحق، وفي هذا الإطار قضت غرفة الأحوال الشخصية والمواريث في قرارها المؤرخ في 15/06/1999 بأن لجوء قضاة الموضوع إلى الخبرة الطبية قصد تحليل الدم من أجل إثبات النسب يعد تجاوزا لسلطتهم، ذلك أنه لا يجوز لهم خلق قواعد لإثبات النسب غير تلك القواعد التي سنها المشرع بالمادة 40 من قانون الأسرة¹⁷⁶⁸.

وقضت المحكمة العليا، بأن قيام قضاة الموضوع بتقسيم المستثمرة الفلاحية وتخصيص كل مستثمر في الجزء الخاص به، هو تعدي على سلطة ممنوحة أصلا للإدارة، مما يشكل تجاوزا للسلطة¹⁷⁶⁹.

. قرار المجلس الأعلى . الغرفة المدنية . المؤرخ في 15/03/1989، ملف رقم 66640، م ق، ع04، س1993، ص 19: حيث أنه من المبادئ الجوهرية الأساسية في القانون أن تجرى الإجراءات في مواجهة الخصم على قدم المساواة من حيث توصل الخصم وإطلاعه أو معرفته لكل ما يجري بينه وبين خصمه لأن قصد المشرع من ذلك هو إتاحة الفرصة لكل متقاض في أن يتمكن من الدفاع على قدم المساواة مع خصمه حتى لا يتسبب تخلف هذا الإجراء في إلحاق ضرر بالخصم الآخر، وهذا يعني أن قصد المشرع لم يتحقق في هذه القضية.

¹⁷⁶⁸ قرار المحكمة العليا . غرفة الأحوال الشخصية والمواريث . المؤرخ في 15/06/1999، ملف رقم 222674، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص ، س 2001، ص 91: حيث أن إثبات النسب قد حددته المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة الذي جعل له قواعد إثبات مسطرة وضوابط محددة تفي بكل الحالات التي يمكن أن تحدث ولم يكن من بين هذه القواعد تحليل الدم الذي ذهب إليه قضاة الموضوع، فدل ذلك على أنهم قد تجاوزوا سلطتهم الحاكمة إلى التشريع الأمر الذي يتعين معه نقض القرار .

¹⁷⁶⁹ قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 26/04/2000، ملف رقم 195240، م ق، ع01، س2000، ص 161: حيث ولما ثبت في دعوى الحال أن قضاة المجلس وبقضائهم للمستثمرة المطعون ضدها على جزء من أراضي المستثمرة الطاعنة دون التأكد من أن المصالح الإدارية المختصة قامت بتخصيص كل مستثمرة على حدة على الأرض الممنوحة لها ، يكونون قد حلو محل الإدارة وتجاوزوا بذلك سلطتهم ، الأمر الذي يعرض القرار المطعون فيه للنقض .

كما اعتبر مجلس الدولة أن سلطة القضاء تتوقف عند حد الرقابة على شرعية الأعمال الصادرة عن الإدارة، دون أن يكون له الحق في توجيه أوامر لها أو سلطة الحلول محلها، و تطبيقاً لذلك قضى مجلس الدولة في أحد قراراته أن السلطة القضائية لا يمكنها أن تحل محل السلطة المؤهلة قانوناً وهي وزارة الداخلية¹⁷⁷⁰، كما قضى أيضاً بأنه لا يمكن إجبار الإدارة على تعويض المستأنف بقطعة أرضية أخرى عندما ترفض الإدارة هذا الحل الذي لا يوجد في بنود العقد الأصلي¹⁷⁷¹.

وفي الصورة السلبية لمخالفة تجاوز السلطة، فإن قضاة الموضوع لا يجب عليهم التخلي عن الفصل في موضوع النزاع أو رفضه بحجة أن الطلب المعروض عليهم هو من اختصاص السلطة الإدارية، رغم أنه من اختصاص السلطة القضائية، حيث وفي هذا الصدد اعتبرت المحكمة العليا أن هذا الموقف الصادر عن قضاء الموضوع يشكل مخالفة تجاوز السلطة، والمجسدة في صورة إنكار العدالة¹⁷⁷².

رابعاً . توقيف تنفيذ الأحكام النهائية بدون مقتضى قانوني :

إذا صار الحكم نهائياً وحاز قوته التنفيذية، فإن المشرع يعطي ضمانات كافية للمحكوم له من أجل الاستفادة من هذه القوة التنفيذية، ومن بين أهم هذه الضمانات تضييق سلطة القضاء في وقف تنفيذ ذلك الحكم، حيث لا يجوز للقضاء وقف تنفيذه إلا في إطار الحالات التي يسمح له فيها القانون القيام بذلك¹⁷⁷³، وعلى هذا الأساس، قضت المحكمة العليا في

¹⁷⁷⁰ قرار مجلس الدولة رقم 5814 المؤرخ في 2003/05/06، مجلة مجلس الدولة ، ع04، ص 2003، ص

128، مشار إليه في بوشير محند أمقران ، انتقاء السلطة القضائية، مرجع سابق ، ص 485 هـ 02.

¹⁷⁷¹ قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا ، المؤرخ في 1994/07/24، م ق ، ع03، ص 1994، ص 218، مشار

إليه في بوشير محند أمقران ، مرجع سابق، ص 503 هـ 01.

¹⁷⁷² قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 2004/06/23، ملف رقم 262993، مج مح ع، ع01،

ص 2007، ص 401.

¹⁷⁷³ إن مسألة وقف التنفيذ هي في الأصل من اختصاص رئيس المحكمة وضمن شروط محددة، أما قضاة

الموضوع فإن سلطتهم في وقف التنفيذ هي محددة وفق الشروط المنصوص عليها بالمادة 2/281 من القانون

المدني.

قرارها المؤرخ في 2001/05/27 بأن توقيف تنفيذ حكم أصبح نهائياً يعد تجاوزاً للسلطة من طرف قضاة الموضوع¹⁷⁷⁴.

خامسا . القضاء بما لم يطلب أو بأكثر مما طلب :

تعد هذه الحالة صورة من صور تجاوز السلطة رغم أن المشرع جعلها وجها مستقلا من أوجه النقض.

إن قيام قاضي الموضوع بالحكم بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه، يفسر على أنه قد فصل في مسألة غير متنازع عليها ولم تكن محل طلب قضائي، فيكون حكمه من الناحية الفنية معدوماً لأن جميع المبادئ الإجرائية بالنسبة لهذا الحكم لم تحترم، كما يمكن أن يفسر على أن قاضي الموضوع قد أضاف وقائع لا وجود لها في النزاع المعروض، مما يؤدي إلى بطلان حكمه لمخالفته الثابت في الأوراق¹⁷⁷⁵.

وتطبيقاً لهذه الصورة، قضت غرفة الأحوال الشخصية للمجلس الأعلى في قرارها المؤرخ في 1984/07/09 بنقض قرار مجلس قضاء المسيلة المؤرخ في 1982/05/29، وأعابت على قضاة الموضوع في قرارهم هذا تجاوزهم للسلطة عندما قاموا بإسناد حضانة أحد الأبناء رغم أن طلبات الأطراف لم تتضمن مسألة حضانة هذا الابن، واعتبر قضاء النقض أن تجاوز السلطة يتحقق في هذه الحالة عندما يقوم قضاة الموضوع بمخالفة مبادئ القانون الوضعي التي ترفض القضاء بما لم يطلب¹⁷⁷⁶.

وفي قرار آخر يصب في نفس الاتجاه، اعتبر قضاء المجلس الأعلى، أن قيام قضاة الموضوع بتعديل الطلب القضائي أو تغييره من تلقاء أنفسهم يشكل مخالفة تجاوز السلطة¹⁷⁷⁷.

¹⁷⁷⁴ قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 2001/05/27، ملف رقم 215868، م ق ، ع01، س2002، ص 260.

¹⁷⁷⁵ محمد عبد الخالق الزعبي ، إعادة المحاكمة ،رد، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية ، س 2009، ص 197.
¹⁷⁷⁶ قرار المجلس الأعلى . غرفة الأحوال الشخصية . المؤرخ في 1984/07/09، رقم الملف 32829، م ق ، ع01، س 1990، ص62: حيث حقا أن حضانة البنات (ك) لم تطلب من طرف المتخاصمين خلال هذا الخصام ، وأن قضاة الاستئناف حكموا بها بدون أن يطلب ذلك منهم وهذا مخالف لمبادئ القانون الوضعي التي ترفض القضاء بما لم يطلب .

¹⁷⁷⁷ قرار المحكمة العليا . غرفة الأحوال الشخصية . المؤرخ في 1990/01/08 ، ملف رقم 58037، م ق ، ع02، س1992، ص 66: حيث ولما كان ثابتا - في قضية الحال - أن المجلس القضائي قضى بإبطال الشفعة

والحقيقة أن قضاء النقض عندما يقف على قيام قاضي الموضوع بتجاوز سلطته من خلال حكمه بما لم يطلب، فإن رقابته تتوقف عند حد حذف الجزء المحكوم به، والذي لم يكن محل طلب من الخصوم، وهنا يكون النقض جزئي وبدون إحالة¹⁷⁷⁸، أما إذا كان تجاوز السلطة قد تم من خلال الحكم بأكثر مما طلبه الخصوم، فإن النقض يكون مع الإحالة، إذ لا بد من إعادة الملف إلى قضاء الموضوع لتصحيح الخطأ القانوني الذي وقع فيه، إلا إذا كانت القضية جاهزة للفصل فيها من طرف المحكمة العليا، أو كان الطعن بالنقض للمرة الثالثة¹⁷⁷⁹.

سادسا . السهو عن الفصل في أحد الطلبات الأصلية :

إن من الواجبات القانونية المفروضة على قاضي الموضوع بحكم وظيفته هي الفصل في كل ما هو مطلوب منه من طرف الخصوم، ويقابل هذا الواجب التزام الخصوم بأن يوضحوا في عرائضهم ومذكراتهم طلباتهم أمام المحكمة وبكل وضوح¹⁷⁸⁰، إذ أن القاضي لا يلزم بالفصل إلا في الطلبات التي تأتي في الفقرة المخصصة لتقديم الطلبات في عرائض الخصوم ومذكراتهم¹⁷⁸¹، ويترتب عن ذلك أن إغفال الفصل عن كل الطلبات الأصلية أو جزء منها يشكل تخلي

دون المطالبة بها وتعيين خبير بالقيام بحصر التركة وتقسيمها يكون قد تجاوز سلطته وعرض قراره لعدم التعليل الكافي ، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه .
قرار المجلس الأعلى . الغرفة الاجتماعية . المؤرخ في 1983/02/07، ملف رقم 29500، م ق ، ع01، ب س ن، ص 165.

¹⁷⁷⁸ قرار المحكمة العليا . غرفة الأحوال الشخصية . المؤرخ في 2007/11/14، ملف رقم 408248، مج مح ع، ع01، س 2011، ص 246: حيث لما تبين من قضية الحال أن قضاة الموضوع قضوا بمنع البنيتين من مغادرة التراب الوطني دون الإستناد على نص فضلا عن أنه لم يكن محل طلب أي طرف من أطراف الخصومة ، ويقضاءهم كما فصلوا يكونون فعلا قد أخطأوا في تطبيق القانون ، مما يعرض القرار المطعون فيه للنقض جزئيا حول منع البنيتين من مغادرة التراب الوطني وبدون إحالة .

¹⁷⁷⁹ حلمي محمد الحجار ، مرجع سابق ، ج02، ص 208.

¹⁷⁸⁰ إلياس أبو عيد ، المراجعة التمييزية في الأصول المدنية، مرجع سابق ، ص 245.

¹⁷⁸¹ عبد السلام ديب، مرجع سابق ، ص 254.

. مع الملاحظة أن العبرة دائما هي بالطلبات الختامية، والطلبات الختامية هي آخر الطلبات التي يقدمها الخصوم قبل قفل باب المرافعات، والتي قد تكون عبارة عن تأكيد للطلبات السابقة أو تنازل عنها أو تغييرها بطلبات أخرى... أنظر في تعريف الطلبات : محمد عبد الخالق الزعبي ، مرجع سابق ، ص 209.

قاضي الموضوع عن كامل سلطته أو عن جزء منها، الأمر الذي يوقعه في مخالفة تجاوز السلطة .

وتطبيقاً لهذه الصورة، قضت الغرفة المدنية للمجلس الأعلى في قرارها المؤرخ في 1985/03/06 بنقض قرار مجلس قضاء سعيدة، ولامت قضاة الموضوع كونهم قد تجاوزوا سلطتهم، عندما قاموا بتأييد الحكم المستأنف رغم أن هذا الحكم لم يفصل في الطلب الأساسي المطروح عليه، والمتمثل في هدم الطابق العلوي، وصرح قضاة النقض أن جهة الاستئناف بفعالها هذا تكون قد أخلت بسلطة الفصل المنوطة بها قانوناً¹⁷⁸².

ورغم أن هذه الحالة يمكن إدراجها ضمن وجه النقض المأخوذ من تجاوز السلطة بصورة خاصة، كما يمكن إدراجها في أوجه مخالفة القانون بصورة عامة، إلا أن المشرع ونظراً لرغبته في تأكيد أن هذه الحالة لا تشكل وجهاً من أوجه التماس إعادة النظر كما كان عليه الحال في القانون القديم، فإنه قد جعلها وجهاً مستقلاً من أوجه النقض¹⁷⁸³، مع التذكير أن هذه الحالة تعتبر من المخالفات المعبرة عن الأخطاء التي يقع فيها القاضي نفسه دون أن ينسب خطأه إلى الخصوم¹⁷⁸⁴، حيث تعبر عن تجاوز قاضي الموضوع لسلطته إزاء موضوع الدعوى التي تحتم عليه عدم الخروج على طلبات الخصوم على اعتبار أن الخصومة هي ملك لهم .

. ولا يدخل في مفهوم الطلبات وسائل الدفاع التي يدلي بها الخصوم في الدعوى، ومن ذلك مثلاً طلب تعيين خبير إذا لم ترد عليه المحكمة فلا تعتبر أنها قد أغفلت الفصل عن أحد الطلبات ... انظر : محمد العشماوي ، مرجع سابق ، ص 807.

. أما بالنسبة للطلبات الاحتياطية ، فإن واجب الرد عليها لا يقوم إلا في حالة رفض الطلبات الأصلية ، ذلك أن الاستجابة إلى الطلبات الأصلية يغني القاضي عن الخوض في الطلبات الإحتياطية .¹⁷⁸² قرار المجلس الأعلى . الغرفة المدنية . المؤرخ في 1985/03/06 ، ملف رقم 33527 ، م ق ، ع 01 ، س 1990 ، ص 34.

¹⁷⁸³ حلمي محمد الحجار ، مرجع سابق ، ج 02 ، ص 235.

¹⁷⁸⁴ يرى كل من المشرع المصري والفرنسي أن هذا الخطأ المنسوب إلى القاضي هو مجرد سهو غير مقصود لا يتيح للطاعن التذرع به أمام محكمة النقض ، لذلك فإن وسيلة إصلاحه هي إما الرجوع إلى نفس القاضي من أجل تدارك الطلبات التي سهى عن الفصل فيها ، وإما رفع دعوى أخرى بنفس الطلبات التي لم يفصل فيها ، مع عدم المساس بمبدأ حجية الأحكام في ما فصلت به في الحالتين . . راجع المادة 463 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي ، والمادة 193 من قانون المرافعات المصري . .

ويتعين لقبول هذه الحالة أمام جهة النقض أن يكون الطلب الذي سهى عن الفصل فيه قضاة الموضوع هو من الطلبات التي قدمها الطاعن، ذلك أنه لا يجوز لهذا الأخير أن يلوم قضاة الموضوع عن عدم فصلهم في طلب قدمه غيره من الخصوم، حتى ولو كان هذا الطلب فيه مصلحة للطاعن، على اعتبار أن الطلبات تتميز بالطابع الشخصي¹⁷⁸⁵.

المطلب الثالث: التناقض بين الأحكام القضائية

تعد سلطة المحكمة العليا في العمل على منع تناقض الأحكام القضائية سلطة معبرة عن أهم الأسباب الأساسية التي كانت وراء إقرار نظام الطعن بالنقض، إضافة إلى سلطتها في العمل على ضمان وحدة القانون¹⁷⁸⁶.

وتطرح مسألة تناقض الأحكام القضائية في الفقه والتشريع المقارن على ثلاث مستويات، المستوى الأول يكون فيه التناقض بين الأحكام أو القرارات القضائية الصادرة بصفة انتهائية، والمستوى الثاني يكون فيه التناقض بين أحكام أصبحت نهائية بسبب عدم الطعن فيها، والمستوى الثالث يكون فيه التناقض على مستوى منطوق الحكم ذاته .

إن هذا التناقض الذي يحصل بين حكمين قضائيين أو أكثر، أو في منطوق الحكم نفسه، يؤدي إلى إما خرق قاعدة حجية الشيء المقضي فيه، أو إلى عدم إمكانية تنفيذ الحكم القضائي لتضارب فقرات منطوقه مع بعضها البعض .

فعندما يتكرر الفصل أكثر من مرة في مسألة متنازع عليها أمام القضاء، فإن ذلك ينجر عنه مخالفة قانونية، لأن القاعدة القانونية المتعلقة بحجية الشيء تكون قد تعرضت للخرق، ويستوي أن يكون الفصل المتكرر في النزاع قد جاء متوافقا أو متناقضا، ذلك أن التوافق بين الأحكام الفاصلة في نفس النزاع قد يؤدي إلى إمكانية حصول المستفيد من هذه الأحكام على أكثر من نسخة تنفيذية تتعلق بنفس الحق، حيث تقوم هناك مصلحة لفائدة المحكوم ضده بأن يطلب تأكيد أو إلغاء أحد الحكمين¹⁷⁸⁷.

¹⁷⁸⁵ إلياس أبو عبيد ، المراجعة التمييزية في الأصول المدنية، مرجع سابق ، ص 246.

¹⁷⁸⁶ علي محمود علي حمودة ، النظرية العامة في تسبب الحكم الجنائي في مراحل المختلفة ، مرجع سابق ،

ص 287.

¹⁷⁸⁷ أحمد خليل، التعارض بين الأحكام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1998، ص 115.

ورغم ذلك، فإن المسألة تثور بشدة عندما يتعلق الأمر بصدور أحكام متعارضة فصلت في نفس الموضوع، لذلك فإن المشرع وانطلاقاً من أن التعارض بين الأحكام يشكل مخالفة قانونية، اعتبر وبنص المادة 358 الحالة 13 والحالة 14 والحالة 15 من ق ا م ا د وجود هذا التعارض وجهاً من أوجه النقض يجوز إقامة الطعن عليه¹⁷⁸⁸، مع الإشارة إلى أن التعارض بين الأحكام لم يكن يشكل وجهاً من أوجه النقض في قانون الإجراءات المدنية القديم إلا في حالة التعارض بين الأحكام الصادرة من جهات قضائية مختلفة، أي التعارض بين أحكام القضاء العادي وأحكام القضاء الإداري، نظراً لعدم تبني نظام ازدواجية القضاء آنذاك، أو التعارض بين أحكام صادرة من مجالس قضائية مختلفة¹⁷⁸⁹، بينما في حالة التعارض بين أحكام قضائية صادرة من جهة قضائية واحدة فإن المشرع كان يعالج هذه المشكلة في إطار حالات إلتماس إعادة النظر¹⁷⁹⁰، وهو نفس المسلك الذي أخذ به المشرع المصري فيما يخص التناقض بين اجزاء المنطوق والذي اعتبره بنص المادة 241 من قانون المرافعات المدنية، حيث قضت محكمة

¹⁷⁸⁸ المادة 13.358 من ق ا م ا د : تناقض أحكام أو قرارات صادرة في آخر درجة، عندما تكون حجية الشيء المقضي فيه قد أثرت بدون جدوى وفي هذه الحالة يوجه الطعن بالنقض ضد آخر حكم أو قرار من حيث التاريخ ، وإذا تأكد هذا التناقض يفصل بتأكيد الحكم أو القرار الأول .

. المادة 14.358 من ق ا م ا د : تناقض أحكام غير قابلة للطعن العادي وفي هذه الحالة يكون الطعن بالنقض مقبولاً ولو كان أحد الأحكام موضوع طعن بالنقض سابق انتهى بالرفض، وفي هذه الحالة يرفع الطعن بالنقض حتى بعد فوات الأجل المنصوص عليه في المادة 354 أعلاه، ويجب توجيهه ضد الحكمين ، وإذا تأكد التناقض ، تقضي المحكمة العليا بإلغاء أحد الحكمين أو الحكمين معاً.

. نلاحظ أن هذا النص بقرتيه 13 و14 مقتبس من المادتين 617 و618 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

. المادة 358 . 15 من ق ا م ا د : وجود مقتضيات متناقضة ضمن منطوق الحكم أو القرار .

¹⁷⁸⁹ راجع المادة 213 و المادة 06. 233 من ق ا م .

¹⁷⁹⁰ راجع المادة 07. 194 من ق ا م .

. قرار المحكمة العليا . الغرفة التجارية والبحرية . المؤرخ في 2008/02/06، ملف رقم 420762، مج مح ع، ع02، س2008، ص227 : حيث أن الطلبات والمراكز القانونية تختلف ، فضلاً على أنها متى كانت صادرة عن نفس الجهة القضائية فهي سبب لالتماس إعادة النظر وليس للطعن بالنقض ، مما يجعل الوجه غير جدي ويرفض .

النقض المصرية مبينة موقفها الصريح بعدم قبول الطعن بالنقض المبني على التناقض بين أجزاء المنطوق¹⁷⁹¹.

وعلى هذا الأساس، فإننا نقوم بدراسة هذا الوجه باعتباره يشكل صورة من صور مخالفة قاعدة قانونية موضوعية، و المتمثلة في قاعدة حجية الأحكام، كما يشكل وسيلة من وسائل حماية حق المحكوم له في الحصول على حكم قضائي قابل للتنفيذ من الناحية العملية¹⁷⁹². لقد قام المشرع وعند تناوله لمسألة التناقض بين حكمين أو أكثر بالتفرقة بين حالتين، حالة التناقض بين أحكام أو قرارات صادرة في آخر درجة، وفي هذه الحالة يكون وجه النقض في أصله يستند إلى خرق قاعدة حجية الشيء المقضي فيه، والحالة الثانية هي حالة التناقض بين أحكام غير قابلة للطعن العادي، وهنا يقوم المشرع بحماية قاعدة الحجية بطريقة غير مباشرة، لأن الطاعن في هذه الحالة لا يمكنه أن يستند مباشرة إلى خرق هذه القاعدة بسبب أنه سوف يصطدم بعدم قبولها أمام المحكمة العليا لاعتبارها من الأسباب الجديدة التي لم يسبق التذرع بها أمام قضاة الموضوع، فهنا المشرع وعن طريق هذا الوجه يمنح فرصة للمحكمة العليا من أجل حماية قاعدة الحجية وذلك عن طريق الالتفاف على الأصول التي تحكم عمل المحكمة العليا، وذلك من خلال هذا الوجه المستقل والمتمثل في التناقض بين أحكام غير قابلة للطعن العادي . ونعتقد أن المشرع قد جعل هذه المخالفة تشكل حالة مستقلة من حالات النقض، بسبب أن هذه الحالة تشكل خصوصية من حيث شروط تحققها ومن حيث طرق معالجتها، ذلك أن المحكمة العليا في هذا النوع من حالات النقض، تقوم على حسب الحالة إما بتأكيد الحكم الأول أو بإلغاء الحكم الأخير أو إلغاء الحكمين دون إحالة، أو بنقض الحكم المطعون فيه وإحالة الملف إلى قضاة الموضوع من أجل إزالة التناقض الوارد في المنطوق أو بإزالته دون إحالة. وعلى ما سبق، فإن دراستنا لهذا العيب، ستكون من خلال إبراز شروط تحققه، ثم كيفية قيام المحكمة العليا بإصلاح هذا العيب إذا ما تحققت من قيامه فعلا .

¹⁷⁹¹ نقض مصري مؤرخ في 12/03/1975 ، طعن رقم 601، س39 ق ، مشار إليه في : أنور طلبية ، مرجع

سابق ، ج05، ص47 : التناقض الذي يبطل الحكم ويؤدي إلى نقضه هو التناقض الذي يقع في الأسباب... أما التناقض في المنطوق فهو من أحوال الطعن بطريق الالتماس.

¹⁷⁹² حلمي محمد الحجار ، مرجع سابق ، ج02 ، ص273.

الفرع الأول: شروط قيام المخالفة

بالرجوع دائماً إلى نص المادة 358 الحالة 13 و14 من ق ا م اد فإن شروط قيام وجه النقض المنصوص عليه بهذه المادة تتمثل في : التناقض . وحدة عناصر الدعوى في الأحكام المتناقضة . حيازة الأحكام المتناقضة لحجية الشيء المقضي فيه . الأحكام المتناقضة أحكام فاصلة في الموضوع، أما بالنسبة لشروط قيام وجه النقض المنصوص عليه بالمادة 358 الحالة 15 من ق ا م اد فهي تتمثل في : التناقض بين مقتضيات المنطوق . حيلولة التناقض دون تنفيذ الحكم أو القرار المطعون فيه .

ويمكننا إبراز هذه الشروط فيما يلي :

أولاً . التناقض :

يقصد بالتناقض الاختلاف والتعارض¹⁷⁹³، وانطلاقاً من ذلك فإن التناقض بين الأحكام هو صدور حكم على خلاف حكم آخر، ويحدث ذلك إذا اشتمل كل من الحكمين على نصوص متناقضة أو متضاربة تؤدي إلى عدم إمكانية التوفيق بينهما، مما يترتب عليه استحالة تنفيذها معاً، وذلك كأن تتناقض تقديراتهما الواقعية أو القانونية، أو أن يؤدي تطبيقهما إلى إنكار العدالة أو أن توجد استحالة التنفيذ الجبري عند تطبيقهما معاً، أو أن يقوم أحدهما بإقرار حق أنكره الحكم الآخر، كأن يقضي الحكم الثاني بإلزام المشتري بأن يدفع الثمن للبائع في حين أن الحكم الأول كان قد قضى ببطلان عقد البيع المبرم بينهما¹⁷⁹⁴.

وبمفهوم المخالفة فإنه لا يعد تناقضاً مجرد قيام الحكم اللاحق بتفسير الحكم السابق وتوضيح أغراضه وأهدافه، أو كان مكملًا له¹⁷⁹⁵، وللمحكمة العليا سلطة القول بوجود التناقض من عدمه¹⁷⁹⁶.

¹⁷⁹³ محمد علي الكيك ، أصول تسيب الأحكام الجنائية في ضوء الفقه والقضاء ، مرجع سابق ، ص 186.

¹⁷⁹⁴ رمضان ابراهيم عبد الكريم موسى، التناقض الإجرائي، رد، جامعة عين شمس القاهرة، س2004، ص 200.

¹⁷⁹⁵ أحمد خليل ، التعارض بين الأحكام، مرجع سابق ، ص116.

¹⁷⁹⁶ قرار المحكمة العليا . غرفة الأحوال الشخصية . المؤرخ في 2005/02/23، ملف رقم 318418 ، مج مح ع ،

ع01، س2005، ص 286: وحيث أنه لم يفصح من الأحكام المبرزة في ملف الدعوى قيام أي تناقض بينهما، وعليه فهذا الوجه يكون غير مؤسس ويتعين معه رفض الطعن .

أما التناقض في منطوق الحكم فيقصد به عدم استقامة أجزاء المنطوق مع بعضها البعض، بحيث يتعذر التوفيق بينها أو تنفيذها¹⁷⁹⁷، ومثال ذلك أن يحكم القاضي ببطان عقد البيع وفي نفس الوقت يلزم البائع بتسليم المبيع للمشتري استنادا لعقد البيع الذي حكم ببطلانه، أو أن يحكم بتقادم الدين وفي نفس الوقت إلزام المدين بدفعه، أو أن يحكم بانتفاء مسؤولية المدعي لكن يلزمه بالتعويض .

إن معالجة موضوع التناقض يجعلنا نشير الملاحظات التالية:

الملاحظة الأولى، وتتمثل في أن التناقض بين الأحكام لا يقف عند حد الحكمين فقط، بل قد يتعداه إلى أكثر من حكمين، لذلك فإننا نرى أن المشرع وإن كان قد نص في المادة 358. 14 من ق ا م ا د على أن المحكمة العليا تقوم بإلغاء أحد الحكمين أو الحكمين معا، فإن ذلك لا يعني أبدا أن المسألة يجب أن تحصر في حدود حكمين متناقضين، بل يمكن أن تتعداها إلى أكثر من حكمين متناقضين، لأن المشرع في بداية النص استخدم عبارة أحكام وقرارات متناقضة.

الملاحظة الثانية، أن التناقض بين الأحكام يجب أن يكون حقيقيا، أي يجب أن يكون محله المنطوق من حيث الأصل، على اعتبار أن العبرة في تحديد الحجية تكون للمنطوق¹⁷⁹⁸، واستثناء يمكن أن يمتد التناقض إلى الأسباب في الحالات التي لا يتضمن فيها المنطوق سوى جزء مما قرره القاضي ويرد الجزء الآخر في الأسباب، لأنه في هذه الحالات تحوز هذه الأسباب أيضا الحجية¹⁷⁹⁹.

الملاحظة الثالثة : أن التناقض الذي يقبل كسبب للنقض هو التناقض الواقع بين أحكام صادرة من القضاء العادي، أما إذا كان التناقض بين أحكام أحدها صادر عن القضاء العادي والآخر عن القضاء الإداري، فإنه لا يكون ثمة مجال للطعن فيهما بالنقض استنادا للتناقض أمام

¹⁷⁹⁷ إلياس أبو عيد ، المراجعة التمييزية في الأصول المدنية، مرجع سابق ، ص 221.

-André PERDRIAU, les recours contre les dispositions contradictoires d'un jugement, jcp, II, 1997, N 3990, p15.

¹⁷⁹⁸ رمضان ابراهيم عبد الكريم موسى ، مرجع سابق ، ص 517.

¹⁷⁹⁹ أحمد خليل ، التعارض بين الأحكام ، مرجع سابق ، ص 117.

المحكمة العليا¹⁸⁰⁰، حيث أن التناقض في هذه الحالة يحل في إطار تنازع الاختصاص أمام محكمة التنازع .

الملاحظة الرابعة : أن فهم التناقض بين أجزاء المنطوق يقتضي تحديد المقصود بالمنطوق¹⁸⁰¹، وتحديد موقع المنطوق من الحكم أو القرار، لذلك يرى البعض أن المنطوق يجب أن يحتل جزءا بارزا في الحكم القضائي، بشكل يجعله يتميز عن أجزاء الحكم الأخرى، من حيث الشكل الذي يجب أن يظهر به، ومن حيث المكان الذي يحتله في ورقة الحكم أو القرار¹⁸⁰²، لذلك فإن المشرع قد ألزم قضاة الموضوع بنص المادة 277 من ق ا م د بأن يضعوا ما قضاوا به في شكل منطوق .

ثانيا . وحدة عناصر الدعوى في الأحكام المتناقضة :

انطلاقا من أن سبب قبول النقض المستند للتناقض بين الأحكام هو أساسا حماية مبدأ حجية الأحكام، فإن من شروط قبول هذا الوجه أن يتمتع الحكم السابق بالحجية تجاه الحكم اللاحق في المسألة التي تم الفصل فيها، لذلك فإن قضاة المحكمة العليا وعند إعمال رقابتهم سوف يقومون بمقارنة بين الحكمين من حيث عناصر الدعوى والمتمثلة في الأطراف والمحل والسبب، حيث لا تتحقق المخالفة إلا بتحقيق وحدة هذه العناصر، فكلما اختلف عنصر من العناصر في الحكم اللاحق عما كان عليه في الحكم السابق، وجب القضاء بأنه لا تناقض بين الحكمين¹⁸⁰³.

¹⁸⁰⁰ إلياس أبو عيد، المراجعة التمييزية في الأصول المدنية، مرجع سابق ، ص 364.

¹⁸⁰¹ يعرف المنطوق بأنه الجزء النهائي من الحكم والذي تحسم فيه المحكمة النزاع وتؤكد به حقوق الخصوم : انظر

: أحمد السيد صاوي ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والإدارية، مرجع سابق ، ص 320.

¹⁸⁰² رمضان ابراهيم عبد الكريم موسى ، مرجع سابق ، ص 190.

¹⁸⁰³ عبد الوهاب بوضرسة ، مرجع سابق ، ص 292.

. قرار المحكمة العليا . الغرفة الاجتماعية . المؤرخ في 2005/06/08 ، ملف رقم 299456، مح مح ع ، ع01،

س 2005، ص 161: حيث أن ما تعيبه الطاعنة على الحكم المطعون فيه غير جدي ، ذلك أنه يجب في

الوجه المثار والمأخوذ من تناقض الأحكام أن تكون صادرة بين نفس الأطراف وفي نفس الموضوع ، ومن ثم

فالوجه غير مؤسس ويتعين رفضه .

وانطلاقاً مما سبق، فإننا نقوم بتفصيل تلك العناصر كما يلي:

أ . وحدة الخصوم : لارتباط التناقض بفكرة الحجية فإن هذه المسألة لا تكون مقبولة إلا إذا تعلقت الأحكام أو القرارات المتناقضة بنفس الخصوم، أي بنفس الأشخاص الذين كانوا أطرافاً في الخصومة المؤدية إلى صدور الأحكام أو القرارات المتناقضة¹⁸⁰⁴، ويدخل في مفهوم الخصوم المدعي والمدعى عليه وخلفهما، والمدخل في الخصام والمتدخل في الخصام بشرط أن يكون تدخلهما مؤدياً إلى الحكم لهما أو عليهما¹⁸⁰⁵، ويشترط لإعتداد بوحدة الخصوم أن لا تتغير صفاتهم، ومعنى ذلك أنه إذا كان الحكم الأول قد صدر للمدعي بصفته ولي لابنه، بينما في الحكم الثاني صدر حكم مناقض للحكم الثاني ضد المدعي بصفته الشخصية لا بصفته ولياً، فإنه لا يمكن القول هنا بوجود التناقض بين الحكيم لعدم وحدة الخصوم .

ويرى البعض أن اشتراط وحدة الخصوم لا يرجع سببه إلى الخوف من تناقض الأحكام، بل يرجع سببه إلى الخوف من المساس بمبدأ حياد القاضي، ذلك أن تناقض الأحكام يمكن القضاء عليه فقط بمجرد اشتراط عدم اتحاد المحل والسبب، أو بمعنى آخر أن اتحاد المحل والسبب بين الحكيم قد يكون كافياً لوجود التناقض بينهما حتى في ظل عدم اتحاد الخصوم¹⁸⁰⁶.

ب . وحدة المحل : المحل هو ما ترمي إليه الدعوى، ويتكون من ثلاث عناصر، العنصر الأول هو ما يطلب من القاضي الحكم به، فقد يكون إلزاماً أو تقريراً أو إنشاءً لحق، لذلك فإن الحكم بتنفيذ العقد يختلف في محله عن الحكم بفسخ نفس العقد، والعنصر الثاني هو الحق أو المركز القانوني الذي تهدف الدعوى إلى حمايته، لذلك فإن الدعوى التي ترمي إلى تقرير حق الملكية تختلف في محلها عن الدعوى التي ترمي إلى تقرير حق الارتفاق، أما العنصر الثالث فيتمثل في محل الحق أو المركز القانوني الذي تهدف الدعوى إلى حمايته، وعليه فإن دعوى تقرير ملكية العقار (أ) تختلف في محلها عن دعوى تقرير ملكية العقار (ب)¹⁸⁰⁷.

¹⁸⁰⁴ يحيى بكوش، مرجع سابق، ص 396.

¹⁸⁰⁵ عبد الوهاب بوضرسة، مرجع سابق، ص 294.

¹⁸⁰⁶ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج2، الإثبات، مرجع سابق، ص 676.

¹⁸⁰⁷ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص 76.

إن اختلاف أحد العناصر الثلاثة السالف ذكرها يؤدي إلى عدم اعتبار أن الأحكام المدعى بتناقضها هي أحكام تتعلق بنفس الدعوى، وبالتالي فإن وجه المخالفة المستندة إلى التناقض يكون غير مؤسس .

ج . وحدة السبب : يقصد بالسبب العمل المادي أو الواقعة القانونية التي تشكل الأساس المباشر للحق المطالب به، أي أنه المصدر القانوني للحق المدعى به ¹⁸⁰⁸، لذلك فإن دعوى المطالبة بتسليم العقار المستندة إلى عقد الإيجار تختلف في سببها عن دعوى المطالبة بتسليم نفس العقار المستندة إلى عقد البيع ¹⁸⁰⁹، وبالتالي فإذا رفضت الدعوى الأولى وقبلت الثانية فإن الحكمين الصادرين هما حكمان غير متناقضين لاختلاف السبب في كل حكم .

ثالثا . الأحكام المتناقضة أحكام فاصلة في الموضوع :

الحكم القطعي هو الحكم الذي يفصل في الموضوع أو في جزء منه، أو في مسألة عارضة كتلك التي تثير دفعا بعدم الاختصاص، أو حول صحة أو بطلان إجراء من إجراءات المرافعات ¹⁸¹⁰، انطلاقا من هذا التعريف فإن الحكم الفاصل في الموضوع هو نوع من أنواع الأحكام القطعية .

ورغم أن الحكم القطعي يحوز حجية فيما فصل فيه، إلا أن ذلك لا يعني أن مشكلة التناقض تنور بين جميع أنواع الأحكام القطعية، لأن الواقع يدل على أن صفة الحكم كحكم صادر في الموضوع هو الأساس الذي يشكل شرط من شروط قبول التناقض كوجه للنقض وليست صفة الحكم كحكم قطعي، لأن صدور حكم مخالف لحكم قطعي لم يفصل في الموضوع لا يشكل وجه للنقض المستمد من التناقض بين الأحكام، وإنما يشكل وجه للنقض المستمد من مخالفة قاعدة إجرائية تتمثل في مخالفة مبدأ استنفاد الولاية ¹⁸¹¹.

¹⁸⁰⁸ يحيى بكوش، مرجع سابق ، ص 400.

¹⁸⁰⁹ عبد الوهاب بوضرسة ، مرجع سابق ، ص 300.

¹⁸¹⁰ Jean VINCENT et Serge Guinchard, op cit ,p 737.

. وهذا التعريف للحكم القطعي يتماشى مع التعريف الذي أخذ به المشرع في نص المادة 296 : الحكم في الموضوع هو الحكم الفاصل كلياً أو جزئياً في موضوع النزاع أو في دفع شكلي أو في دفع بعدم القبول أو في طلب عارض ، ويكون هذا الحكم بمجرد النطق به، حائزاً لحجية الشيء المقضي فيه في النزاع المفصول فيه .

¹⁸¹¹ أحمد خليل ، التعارض بين الأحكام ، مرجع سابق ، ص 81 هـ 10 .

ويشترط في الأحكام القطعية لقبول مخالفة التناقض أن تكون من طبيعة واحدة، فلا يجوز الاستناد إلى مخالفة التناقض بين حكم استعجالي وحكم فاصل في الموضوع لا اختلاف طبيعة الحكمين، ونفس الشيء إذا كانت المقارنة بين حكم صادر عن القضاء العادي وحكم صادر عن القضاء الإداري .

رابعاً . وجوب التمسك بالحجية من طرف الطاعن أمام الجهة التي أصدرت الحكم الأخير:

بالرجوع إلى 358 . 13 من ق ا م اد، فإن هذا الشرط يقتصر فقط على الحالة التي يكون فيها التناقض بين أحكام أو قرارات صادرة في آخر درجة، هنا يتعين على الطاعن الذي يريد التمسك بالتناقض أن يثبت أمام المحكمة العليا أنه قد تمسك أمام قضاة الموضوع بسبق الفصل في النزاع، وأنه قد قدم أمامهم الحكم أو القرار النهائي الفاصل في نفس الموضوع المطروح أمامهم، وأنه رغم ذلك أصدروا حكمهم أو قرارهم بشكل يناقض الحكم أو القرار الذي سبق وأن فصل في النزاع، ذلك أن قاعدة الحجية ليست بقاعدة نظامية وهي مسألة انعقد الإجماع عليها¹⁸¹².

إن هذا الشرط يطرح إشكالا يتمثل في أن عدم إثارة الطاعن لمسألة سبق الفصل أمام قضاة الموضوع قد يؤدي إلى عدم قبول إثارته للتناقض بين الحكمين، وبالتالي بقاءهما على هذا الشكل مما يؤدي إلى إشكالات في تنفيذهما، و لحل هذا الإشكال يرى بعض الفقه المصري أنه في حالة عدم تأثير التناقض على الحكمين، فإن الطاعن ليس بحاجة إلى إزالة أحد الحكمين، أما إذا استحکم التناقض وأثر في التنفيذ، فإن الطاعن يمكنه أن يلجأ إلى الطعن في الحكم الأخير عن طريق التماس إعادة النظر¹⁸¹³.

أما في التشريع الجزائري، فإن الإشكال يبقى بدون حل على أساس أن المشرع اشترط من جهة إثبات التمسك بحجية الشيء المقضي فيه أمام قضاة الموضوع، ومن جهة ثانية فإن الطعن بالالتماس لا يتيح للطاعن التمسك بالتناقض، لذلك فإن وضع هذا الشرط هو عقبة أمام حل المشكل الأساس الذي من أجله تم إقرار وجه النقض، كما أن تمسك الطاعن أمام قضاة الموضوع بحجية الشيء يجعله مستغنيا عن الوجه المأخوذ من التناقض بين الأحكام إذ أنه

¹⁸¹² عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج 02، مرجع سابق ، ص 641.

¹⁸¹³ رمضان إبراهيم عبد الكريم موسى ، مرجع سابق ، ص 519 .

يكون متمتعا حينها بوجه الطعن المأخوذ من مخالفة قاعدة قانونية والمتمثلة في قاعدة سبق الفصل، لذلك فإننا نقترح . في الحالة التي يكون فيها التناقض مستحكما بحيث يحول دون تنفيذ أحد الحكمين، إزالة هذا الشرط¹⁸¹⁴، أو على الأقل إعطاء فرصة للطاعن الذي أغفل إثارة قاعدة سبق الفصل أمام قضاة الموضوع، بأن يزيل التناقض عن طريق وجه الطعن بالنقض المأخوذ من التناقض إستنادا لنص المادة 14. 358 من ق ا م ا د.

الفرع الثاني: إزالة التناقض من طرف المحكمة العليا¹⁸¹⁵

لدراسة كيفية قيام معالجة المشكل المطروح من طرف الطاعن، والمتمثل في التناقض، فإنه يجب أن نحدد أولا النطاق العام الذي من خلاله يجب أن يعرض وجه الطعن، وثانيا كيفية التصدي له من جهة النقض .

أولا . نطاق عرض وجه الطعن أمام المحكمة العليا :

من الواضح أن المحكمة العليا في هذا النوع من أوجه النقض لا تقوم سوى بالمراقبة الشكلية للحكمين محل الإدعاء بالتناقض، بحيث أنها لا تراقب النزاعين اللذين صدرا فيهما، أي أنها لا تقوم بممارسة رقابتها على مدى تطبيق كل حكم للقاعدة القانونية الواجبة التطبيق على النزاع، وهنا يكون عملها يقتصر أساسا على إبراز الحكمين والمقارنة بينهما، إذ أنها في حالة وقوفها على التناقض فإنها تطبق الحل القانوني المحدد من طرف المشرع بحسب الحالة

¹⁸¹⁴ والحقيقة أن هذا الاقتراح من جانبنا ينسجم مع التشريعات العربية المقارنة ، إذ نص المشرع الأردني مثلا بالمادة 198 من قانون أصول المحاكمات المدنية على أنه يقبل الطعن في الأحكام بالتمييز إذا صدر الحكم نهائيا خلافا لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم ، وتعلق النزاع بذات الحق محلا وسببا وحاز قوة القضية المقضية ، سواء أذعن بهذا أم لم يدفع} ، وهذا النص مطابق للفقرة ج من المادة 250 من قانون أصول المحاكمات السوري، والفقرة الخامسة من المادة 175 من مجلة الإجراءات المدنية والتجارية التونسي، والفقرة الثانية من المادة 152 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي ... انظر :عوض أحمد الزعبي، أصول المحاكمات المدنية ، ج2، دار وائل للنشر والتوزيع ، ط02، عمان 2006، ص 886.

¹⁸¹⁵ لاحظ أن دراستنا تحت هذا العنوان ستكون دراسة نظرية محضة، كون أن أوجه النقض المأخوذة من التناقض هي أوجه مستحدثة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، حيث كانت فيما سبق مدرجة تحت حالات إلتماس إعادة النظر ، لذلك فإنه يصعب علينا إعطاء حالات تطبيقية لهذه الأوجه لتعذر حصولنا على قرارات المحكمة العليا المتعلقة بهذا الشأن.

المعروضة عليها¹⁸¹⁶، ولذلك فإن نطاق الطعن بالنقض في هذه الحالة لا يمتد إلى أي وجه آخر يمكن أن ينسب إلى الحكم المطعون فيه، كالاستناد إلى عيب مخالفة القانون أو مخالفة قواعد الاختصاص¹⁸¹⁷، ورغم ذلك فإن عملها هنا يتعلق برقابة قانونية، على أساس أن إلغاء أحد الحكمين هو نتاج مخالفته لقاعدة الحجية .

وتختلف طريقة عرض وجه الطعن المأخوذ من التناقض بحسب طبيعة الأحكام المتناقضة، لذلك سوف ندرس كل حالة على حدة .

أ . نطاق عرض وجه الطعن المأخوذ من التناقض بين أحكام غير قابلة للطعن العادي:

فيما يخص التناقض بين أحكام غير قابلة للطعن العادي المنصوص عليه بالمادة 14. 358 من ق ا م اد، فإن الطعن بالنقض حتى يكون مقبولا يجب أن يوجه ضد الحكمين المتناقضين، بحيث أنه إذا كان الطعن بالنقض موجه إلى أحد الحكمين فقط، فإن المحكمة العليا يتعين عليها عدم قبول الطعن حتى ولو كان هناك فعلا تناقض بين الحكمين، وهنا الأمر يتعلق بعدم قبول الطعن وليس رفضه، وفي هذا قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الطعن بالنقض الموجه على أساس التناقض بين حكمين استنادا لنص المادة 618 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي هو طعن غير مقبول متى ثبت أن الطاعن لم يوجه طعنه إلا على أحد الحكمين¹⁸¹⁸، ويتميز هذا النوع من الطعن أيضا بأنه مقبول حتى ولو كان أحد الحكمين الموجه لهما اللوم بدعوى التناقض، هو حكم قد فات أجل الطعن فيه بالنقض، ويفسر البعض أن هذا الإعفاء من الآجال يتماشى مع خصوصية هذا النوع من أوجه النقض، ذلك أن اشتراط أن يكون الطعن موجه ضد الحكمين يقتضي الإعفاء من شرط آجال الطعن، كما أن الهدف من سن هذا الوجه يقتضي كذلك عدم اشتراط رفع الطعن في الآجال المحددة قانونا¹⁸¹⁹، ويرى

¹⁸¹⁶ نبيل اسماعيل عمر ، قانون أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق ، ص 646.

¹⁸¹⁷ أحمد خليل ، التعارض بين الأحكام ، مرجع سابق ، ص 227.

¹⁸¹⁸ Cass.civ I.13/10/1998,Bull .civ. II.n 292 : Mais attend que l'article 618 de nouveau code de procédure civile,exige que le pourvoi en cassation ,fondé sur la contrariété de jugements ,soit dirigé contre les deux décisions arguées de contrariété ;que M.X.....ne dirige son pourvoi fondé sur la contrariété de jugements que contre cette seconde décision ; qu'il s'ensuit que le pourvoi est irrecevable de ce chef.

¹⁸¹⁹ Jacques Boré, op cit, p442.

البعض الآخر أن الفائدة من إسقاط شرط الأجل تتضمن خروجاً عن المبادئ العامة، كما أنها لا تستقيم مع مبدأ إستقرار الحقوق، كونها تترك هذه الحقوق غير باتة إلى ما لانهاية¹⁸²⁰. ومن جهة أخرى، فإنه في هذه الحالة من حالات الطعن، يكون الطعن بالنقض موجهاً ضد أحكام صادرة في أصلها بصفة ابتدائية ولم تكتسب انتهائيتها إلا بعدم الطعن فيها، وفي هذا خروج على القاعدة العامة في قبول الطعن بالنقض المنصوص عليها بالمادة 349 من ق ا م ا والتي تقتصر توجيه الطعن إلا ضد الأحكام أو القرارات الصادرة في آخر درجة، والعلة في ذلك واضحة، هي رغبة المشرع في إزالة التعارض بين الأحكام الذي من شأنه أن يحول دون تنفيذها .

ب . نطاق عرض وجه الطعن المأخوذ من تناقض أحكام أو قرارات صادرة في آخر درجة:

بخلاف الحالة السابقة، فإن الطعن بالنقض في هذه الحالة يجب أن يوجه ضد أحدث قرار أو حكم من حيث التاريخ، ومعنى ذلك أن نطاق قضية النقض يقتصر على الحكم أو القرار اللاحق دون أن يتسع هذا النطاق ليشمل الحكم أو القرار السابق¹⁸²¹، وهذا لا يعني أن الطاعن لا يقدم للمحكمة العليا الحكمين أو القرارين المتناقضين، لكن تقديمه للحكم أو القرار الأول، ليس الهدف منه الطعن فيه، وإنما يعتبر وسيلة مادية في يد قضاة النقض من أجل الوقوف على التناقض بينه وبين الحكم أو القرار المطعون فيه، من جهة، ومن جهة أخرى تمكينهم من أعمال رقابتهم على مدى وجود الوحدة بين الحكمين أو القرارين من حيث الأشخاص والسبب والمحل¹⁸²² .

أما من حيث طبيعة الأحكام أو القرارات المتعارضة، فإن المادة 358 . 13 من ق ا م ا صريحة بالنص على أن الأمر يتعلق بأحكام أو قرارات صادرة في آخر درجة، وهنا لا تطرح إشكالية قابلية هذه الأحكام للطعن بالنقض إلا من ناحية الأحكام أو القرارات النهائية الغيابية، فهي وإن كانت صادرة بصفة نهائية إلا أنها لاتقبل الطعن بالنقض إلا بعد انقضاء آجال

¹⁸²⁰ حلمي محمد الحجار ، ج02، مرجع سابق ، ص 261.

¹⁸²¹ أحمد خليل ، التعارض بين الأحكام ، مرجع سابق ، ص 228.

¹⁸²² ورغم ذلك فهناك من الفقه من يقول بأن قضية النقض يمتد نطاقها حتى إلى الحكم أو القرار الأول : انظر في

هذا الرأي والحجج التي ساقها لتأكيد وجهة نظره : نبيل اسماعيل عمر ، الوسيط في الطعن بالنقض ، مرجع

سابق ، ص 263.

المعارضة فيها، وواضح أن المشرع يقصد الأحكام والقرارات الصادرة في آخر درجة والقبالة للطعن بالنقض .

ويمكننا أن نطرح إشكالا آخر، يتمثل في حالة فوات الأجل في الطعن بالنقض في الحكم أو القرار الأخير، هل يسقط حق الطاعن في رفع طعنه، أم أنه يمكن رفع الطعن حتى خارج الآجال إسوة بحالة التناقض بين الأحكام غير القابلة للطعن العادي السابق شرحها ؟

إن القول بسقوط الحق في الطعن هو حل يمكن الأخذ به إذا تمسكنا بحرفية النص، وهنا في رأينا أن الحكم أو القرار الواجب التنفيذ هو الحكم أو القرار الأخير، على أساس أن قبول المحكوم عليه به هو نزول منه عن الحكم أو القرار الأول نتيجة عدم تمسكه بحجية الشيء .

والقول بعدم سقوط الحق في الطعن هو حل أيضا يمكن الأخذ به إذا رجعنا إلى الأساس المنطقي والواقعي الذي من أجله تم سن هذا النوع من الطعن وهو ضرورة إزالة التناقض، ونحن نأخذ بهذا الحل إنطلاقا من أننا لا زلنا ندافع على فكرة أن التناقض هو أمر شنيع يصيب الأحكام يجب دفعه، وفي سبيل ذلك لا بأس أن نخرج على بعض المبادئ التي تقوم عليها المرافعات .

ج . نطاق عرض وجه الطعن المأخوذ من وجود مقتضيات متناقضة ضمن منطوق الحكم أو القرار :

في هذه الحالة يكون الطعن بالنقض موجه ضد الحكم أو القرار المطعون فيه الذي جاءت أجزاء منطوقه متعارضة مع بعضها البعض، بشكل يجعل من تنفيذ الحكم أو القرار المطعون فيه متعذرا نتيجة هذا التعارض ،حيث يتعين على الطاعن أن يبين بدقة أن التناقض الذي يدعيه قد وقع في منطوق الحكم أو القرار المطعون فيه .

وهناك رأي فقهي يذهب إلى أنه يجب أن يمتد نطاق هذا الوجه ليشمل إضافة إلى التناقض الواقع في أجزاء المنطوق، التناقض الحاصل في الحلول التي يعطيها الحكم أو القرار المطعون فيه للنقاط العديدة المتنازع عليها في الدعوى، سواء أكانت هذه الحلول قد وردت في المنطوق أو في أجزاء الحكم الآخر ما دامت هذه الأجزاء تتضمن إعطاء حل لمسألة متنازع حولها¹⁸²³.

¹⁸²³ إلياس أبو عيد ، المرجعة التمييزية في الأصول المدنية، مرجع سابق ، ص 223.

وبين الرأيين، فإن الراجح هو أن يكون التناقض واقع في منطوق الحكم لا في أجزاء الحكم الأخرى، ذلك أن الفقه والقضاء الفرنسي متفق على أن كل حل للنزاع لا يقع في فقرة المنطوق لا يعد حلاً للنزاع يحوز حجية الطعن فيه¹⁸²⁴، ومن جهة ثانية، فإن التناقض الذي يقع في أجزاء الحكم الأخرى غير المنطوق يمكن للطاعن أن يوجه لها اللوم تحت عيوب التسبب¹⁸²⁵.

ويطرح التساؤل في حالة ما إذا وجد تناقض في منطوق الحكم أو القرار، وسقطت آجال الطعن فيه بالنقض، هل يجوز للطاعن ورغم فوات الأجل أن يعرض هذا التناقض على قضاة المحكمة العليا بحجة أن هذا الحكم يستحيل تنفيذه دون إزالة التناقض الواقع في منطوقه؟ الحقيقة أن الإجابة عن هذا الإشكال يمكن أن تكون بالنفي، إذا تمسكنا بحرفية النص والذي لا يفتح مجالاً لعرض الطعن خارج آجاله القانونية، لكن إذا اتبعنا منهج الغاية من النص في التفسير فإنه يمكننا أن نقول أنه يمكن الطعن خارج الآجال على أساس أن الغاية من هذا الوجه هو إزالة التناقض.

ثانياً . كيفية التصدي للتناقض من طرف المحكمة العليا :

يختلف الحل الذي تسلكه المحكمة العليا في سبيل إزالة التناقض بحسب الحالة التي تعرض عليها، ذلك أن المشرع يضع أمامها ثلاثة حلول مختلفة .

أ . الحل الأول : إذا كان وجه النقض يستند إلى التناقض المنصوص عليه بالمادة 358. 13 من ق ا ج، فإنه وفي حالة ما إذا ثبت للمحكمة العليا عيب التناقض وبنفس الشروط التي سبق أن أشرنا إليها، فإنه يتعين عليها إلغاء الحكم الأخير دون إحالة، والسبب في إلغاء هذا الحكم يرجع إلى أنه حكم ما كان يجب صدوره أصلاً من محكمة الموضوع لسبق الفصل في النزاع، وبالتالي فإن المحكمة العليا بهذا الشكل تكون قد فصلت في النزاع نهائياً، إذ بإزالتها للحكم الأخير تكون قد أكدت الحكم الأول، الذي يصبح هو الحكم الواجب التنفيذ، وبذلك تكون قد أزلت التعارض بين الحكمين¹⁸²⁶، وهذه النتيجة نفسها التي عبر عنها المشرع بالقول أن المحكمة العليا إذا تأكدت من التناقض فإنها تفصل بتأكيد الحكم أو القرار الأول، هنا يمكننا أن نستنتج أن عمل المحكمة العليا يتوقف عند حد التحقق من التناقض، حيث تقوم بتأكيد الحكم

¹⁸²⁴ أحمد هندي، أسباب الحكم المرتبطة بالمنطوق، مرجع سابق، ص 124.

¹⁸²⁵ أحمد هندي، مرجع سابق، ص 139.

¹⁸²⁶ أحمد خليل، التعارض بين الأحكام، مرجع سابق، ص 233.

أو القرار الأول دون أن تراقبه من حيث الواقع والقانون، فهي تقبل به كما وضعه قضاء الموضوع¹⁸²⁷، وهنا يمكن أن نلمس خصوصية هذا النوع من الرقابة في عمل المحكمة العليا.

ب . الحل الثاني: إذا كان وجه النقض يستند إلى التناقض المنصوص عليه بالمادة 358. 14 من ق ا م اد، وتوافرت شروط إثارة هذا الوجه، وتأكدت المحكمة العليا من قيام التناقض بين الحكامين، فإنها تقوم بفضه إما بإلغاء أحد الحكامين وإما بإلغاءهما معا، وهذا ما يفسر أن المشرع اشترط أن ينصب الطعن على الحكامين معا، أي أن المحكمة العليا لها سلطة تقرير أي الحكامين أجدر بالتنفيذ، أو تقرير عدم صلاحيتهما للتنفيذ .

إن إلغاء المحكمة العليا للحكامين معا يستتبع منطقيا إعادة الفصل في النزاع من حيث الواقع والقانون وذلك بإصدار حكم فيه، لأن إلغاء الحكامين معا يجعل الموضوع معلق ويترك النزاع بدون حل¹⁸²⁸، إلا أن المسألة هنا تطرح إشكال يتمثل في تحديد الجهة التي تفصل في الموضوع، هل هي المحكمة العليا بما لها من سلطة استثنائية للفصل في الموضوع أم هي محكمة الموضوع؟ وهنا يطرح إشكال ثاني يتمثل في تحديد جهة الموضوع التي تحال إليها القضية بعد النقض؟.

مبدئيا فإن نظام الإحالة هو الذي سيطبق، وهنا يكون من واجب المحكمة العليا تحديد المحكمة التي توكل إليها مهمة الفصل في الموضوع بعد الإحالة، ونحن نستبعد إعطاء المحكمة العليا سلطة الفصل في الموضوع استنادا إلى أن الأحكام المطعون فيها في هذه الحالة هي أحكام في أصلها أحكام صدرت بصفة ابتدائية، وبالتالي يكون فصل قضاء المحكمة في موضوع الدعوى فيه مساس بمبدأ التقاضي على درجتين .

ج . الحل الثالث: إذا كان وجه النقض يستند إلى التناقض المنصوص عليه بالمادة 358. 15، ووقفت المحكمة العليا على وجود مقتضيات متناقضة في منطوق الحكم أو القرار المطعون فيه فإنها تزيل هذا التناقض عن طريق نقض هذا الحكم أو القرار، ونلاحظ أن العمل الرقابي للمحكمة العليا هنا لا يتميز بأي خصوصية، ذلك أن ما تقوم به في هذه الحالة يدخل في

¹⁸²⁷ وهذا يتفق تماما مع نص المشرع بالمادة 358. 13 من ق ا م اد ، الذي يجعل الطعن بالنقض ينصب على الحكم أو القرار الأخير ، وبالتالي فإن الحكم أو القرار الأول ليس محل للطعن بالنقض ، لذلك فإن المحكمة العليا لا تقوم بأي رقابة عليه .

¹⁸²⁸ Jacques Boré, op cit, p441.

اختصاصها الأصلي بالرقابة على مخالفة قضاة الموضوع للقانون، وبالتالي فإن سلوك المحكمة العليا بعد النقض لن يخرج عن إحدى الحالتين، إما إحالة الملف إلى قضاة الموضوع للفصل فيه من جديد، وإما قيامها هي بالفصل فيه من حيث الواقع والقانون إذا توفرت الشروط التي تسمح لها بذلك .

الفصل الثاني : أوجه النقض المتصلة بمسائل الواقع - الأوجه المأخوذة من أخطاء في التسبيب - 1829

إن صياغة الأحكام والقرارات هي فن بآتم معنى الكلمة، حيث تدخل ضمن الأعمال الفنية القضائية للقضاة، إذ تستلزم منهم التمتع بمهارات فائقة في معرفة اللغة والتشريع والقانون، فبقدر إلمامهم بأسباب ذلك، وتفهمهم لمعاني ألفاظ النصوص التي يطبقونها ومقاصد المشرع منها، بقدر ما تكون أحكامهم سليمة مقنعة، يذعن لها الأطراف وتتقص مأخذها ويسهل تنفيذها¹⁸³⁰، لذلك فإن التشريعات المقارنة تعتبر التزام القاضي بتسبيب حكمه من الضمانات الأساسية التي تمنح للمتقاضين ضد كل حكم قد يصدر بناء على ممارسة القاضي لسلطته بصفة تحكيمية¹⁸³¹، الأمر الذي يجعل هذا الالتزام ذو طبيعة نظامية، لا يمكن لجهة النقض أن تقوت الفرصة في كل مرة دون التذكير بهذه الطبيعة¹⁸³²، وعلى هذا الأساس فإن هذا الالتزام يكون بنص صريح، فمثلا المشرع الجزائري ولإبراز أهمية هذا الالتزام فإنه نص عليه في المادة 144 من الدستور التي تنص على أنه تعلل الأحكام القضائية وينطق بها في جلسات علنية، والمادة 11 من ق ا م ا د التي توجب أن تكون الأوامر والأحكام والقرارات مسببة، والمادة 127 من ق ا م ا د التي تنص على أنه لا يجوز النطق بالحكم إلا بعد تسببيه، ويجب أن يسبب الحكم من حيث الوقائع والقانون .

و على ذلك فإن التسبيب هو مقتضى شكلي عام في الأحكام يفرضه القانون، ضمانا لحسن القضاء وتمكيننا لمراقبته والإطمئنان إليه¹⁸³³.

¹⁸²⁹ Jacques Boré, op cit, p442.

¹⁸³⁰ حمادي مقراني، العيوب العالقة بأحكامنا وقراراتنا، المجلة القضائية، ع04، س1992، ص 256.

¹⁸³¹ Ernest Désiré GLASSON et René Lucien MOREL et Albert TISSIER, T03, op cit, p39.

¹⁸³² Nadhir Benammou, op cit, p 217.

. قرار المحكمة العليا . غرفة الأحوال الشخصية . المؤرخ في 19/03/1990، ملف رقم 58797، م ق، ع01، س 1993، ص 54: حيث أن تسبيب الأحكام هو معيار صحتها ومبعث الإطمئنان إليها ودليل قوتها، وبيان جهد القاضي في القضية .

¹⁸³³ وجدي راغب فهمي ، النظرية العامة للعمل القضائي ، مرجع سابق ، ص 377.

. جيلالي بغدادي ، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية ، ج02، الديون الوطني للأشغال التربوية ، ط 01، الجزائر 2001، ص 350.

وتسبب الأحكام في مضمونه هو إيراد القاضي في حكمه الأسباب الواقعية والقانونية التي من خلالها استطاع الوصول إلى بناء حكمه الظاهرة نتيجته في المنطوق¹⁸³⁴، حيث يمكن اعتبار التسبب ذاكرة الحكم، إذ من خلاله يمكن التعرف على الدعوى منذ انعقاد الخصومة إلى غاية صدور الحكم فيها، والتعرف على كل الوسائل التي استعملها القاضي من أجل الوصول إلى النتيجة التي انتهى إليها في منطوق حكمه أو قراره¹⁸³⁵.

ومن الناحية الشكلية فإن أسباب الحكم تسبق بعبارة . حيث أن .، كما أن أسباب الحكم تسبق منطوقه وتفصل بينهما عبارة . لهذه الأسباب .¹⁸³⁶، وتحديد موطن وجود الأسباب في الحكم مسألة مهمة بالنسبة للطاعن في عملية بحثه عن العيوب التي يمكن أن تلحق به.

ونظرا لأهمية الالتزام بالتسبب على صعيد العمل القضائي في المجال المدني، فإنه كثيرا ما لوحظ وجود اتجاه مستقر يميل إلى إعطاء المحكمة العليا حق ممارسة الرقابة على تسبب قاضي الموضوع للأحكام التي يصدرها¹⁸³⁷، ذلك أن الهدف من التسبب ليس أن يقوم القاضي بإعلام نفسه بالأسباب التي دفعته إلى حكمه، وإنما الغاية منه ترتبط ارتباطا وثيقا بالرقابة على هذا الحكم¹⁸³⁸، فتسبب الحكم هو الذي يساعد الخصوم على تحديد موقفهم من ممارسة حقهم في الطعن فيه، أو قبولهم به والتسليم بما جاء فيه، كما أن تسبب الحكم أيضا هو الذي يسمح لجهة الرقابة أن تمارس سلطاتها عليه¹⁸³⁹ .

¹⁸³⁴ نبيل اسماعيل عمر ، قانون أصول المحاكمات المدنية ، مرجع سابق ، ص 458.

. يقصد بالأسباب الواقعية بيان الوقائع والأدلة التي يستند إليها الحكم في تقرير وجود أو عدم وجود الواقعة الأساسية، حيث لا يكفي مجرد سرد الوقائع القانونية التي بني عليها الحكم ، أما الأسباب القانونية فيقصد بها بيان القاعدة القانونية أو المبدأ القانوني الذي يصدر الحكم تطبيقا له ، وتشتمل على الحجج القانونية التي يستند إليها الحكم ...انظر: وجدي راغب فهمي ، النظرية العامة للعمل القضائي ، مرجع سابق ، ص 377.

¹⁸³⁵ جيلالي بغداداي ، مرجع سابق ، ص 350.

¹⁸³⁶ أحمد السيد صاوي ، الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه ، مرجع سابق ، ص 35.

¹⁸³⁷ Francis KERNALÉGUEN, L'extension du rôle des juges de cassation, op cit, p 352.

¹⁸³⁸ احمد فتحي سرور، النقض في المواد الجنائية ، مرجع سابق ، ص 268.

¹⁸³⁹ فيصل عجيبة ، التعليل الكافي يسموا بالعدالة ، مجلة القضاء والتشريع ، ع 02، س 49، فيفري 2007، مركز الدراسات القانونية والقضائية تونس، ص 31 .

وهذه الرقابة تتميز بنوع من الجراءة، كونها عندما تمارس على الأسباب الواقعية للحكم تسمح للمحكمة العليا من الإطالة بشكل صريح على منطقة نفوذ قاضي الموضوع، أي منطقة الواقع، حيث أن أعمال قواعد التسبب وإخضاعها لرقابة المحكمة العليا يهدم جزئياً الفكرة التي تجعل التمييز بين الواقع والقانون أساس تحديد نطاق اختصاص كل من قاضي الموضوع وقاضي النقض¹⁸⁴⁰، ولكن ليس إلى الحد الذي يجعل من المحكمة العليا محكمة موضوع، لأن الرقابة هنا تقتصر فقط على الأسباب وعلى ما هو ثابت في الأوراق وفي تقرير الطعن¹⁸⁴¹، هذا فضلا عن أن هذه الرقابة تعد أساساً قانونياً لالتزام القضاة بتسبب الأحكام، كون أن هذا الالتزام يقع بالتأكيد على المحكمة العليا ضرورة مراقبته، وكون أن رقابة الشرعية باعتبارها الرقابة الأصلية للمحكمة العليا لا يمكن أن تكون مؤثرة إلا إذا كانت الأحكام محل الطعن مسببة تسبباً كافياً¹⁸⁴²، فعن طريق التسبب الصحيح والكافي للأسباب القانونية للحكم المطعون فيه، يمكن للمحكمة العليا أن تمارس رقابتها على مدى قيام القاضي بالتكييف الصحيح للوقائع، وعلى مدى اختياره الصحيح للقاعدة القانونية الواجبة التطبيق¹⁸⁴³ حيث تعد في هذه الحالة رقابة وقائية يمكن من خلالها للمحكمة العليا إنفاذ الحكم المطعون فيه عن طريق استبدال الأسباب القانونية الخاطئة، أو عن طريق استكمال الأسباب القانونية الناقصة¹⁸⁴⁴، وبالتالي يمكننا ملاحظة أن الرقابة على الأسباب القانونية لا تكون بشكل صريح إلا في

¹⁸⁴⁰ محمد الكشور ، مرجع سابق ، ص 487.

¹⁸⁴¹ علي محمود علي حمودة ، النظرية العامة في تسبب الحكم الجنائي في مراحل المختلفة، مرجع سابق، ص 291.

¹⁸⁴² محمد نور عبد الهادي شحاته ، سلطة محكمة النقض في استبدال الأسباب في المواد المدنية، مرجع سابق ، ص 07.

¹⁸⁴³ مع ملاحظة أن عدم كفاية الأسباب القانونية لا يطرح أمام المحكمة العليا كعيب من عيوب التسبب ، وإنما يطرح من خلال أوجه النقض المتعلقة بمخالفة القانون ... انظر :

- ernest FAYE, la cour de cassation ,op cit, p118.

¹⁸⁴⁴ محمد نور عبد الهادي شحاته، مرجع سابق ، ص 155.

. قرار المحكمة العليا . الغرفة المدنية . المؤرخ في 2009/01/21، ملف رقم 460587، مج مح ع ، ع 02، س 2010، ص 140 : وحيث أنه إذا كانت الأسباب التي بني عليها القرار المطعون فيه أسباباً خاطئة، إلا = أن

حالة انعدام الأسباب القانونية، أما في حالة وجود أسباب فإن القاضي يبرأ من التزامه بالتسبب مهما كانت قيمة تلك الأسباب، إذ وفي حالة وجود خطأ أو نقص أو غموض فيها أثر في الحل القانوني للنزاع فإن المخالفة تكون في هذه الحالة مخالفة للقانون، وليس مخالفة لقواعد التسبب¹⁸⁴⁵، كما أن عدم الإشارة إلى النصوص القانونية لا يمكن أن يعتبر انعداماً للأسباب القانونية ما دام أن قضاة الموضوع طبقوا القاعدة القانونية الصحيحة¹⁸⁴⁶.

وعن طريق التسبب الصحيح والكافي للأسباب الواقعية للحكم المطعون فيه يمكن للمحكمة العليا أيضاً أن تمارس رقابتها على مدى قيام القاضي بالإحاطة الكافية بجميع وقائع النزاع، ومدى صحة استنتاجاته في ما يخص إثبات الوقائع المدعى بها أمامه¹⁸⁴⁷، كما أن رقابة التسبب هي التي تسمح للمحكمة العليا من الوقوف على مدى احترام قاضي الموضوع للمبادئ

النتيجة التي توصل إليها قضاة الموضوع كانت صحيحة، وبالتالي يتعين استبدال تلك الأسباب بالأسباب الواردة في هذا القرار مع التصريح برفض الطعن .

. قرار المحكمة العليا . الغرفة المدنية . المؤرخ في 2010/11/10، ملف رقم 581675، مج مح ع ، ع02، س 2010، ص 168: حيث أنه لما كانت النتيجة التي توصل إليها قضاة الموضوع سليمة ، والسبب الذي بني عليه القرار المطعون فيه خاطئ وغير قانوني ، فإن المحكمة العليا وطبقاً للمادة 376 من ق ا م ا د تستبدل هذا السبب بالسبب الذي أورده ، ومن ثم رفض الطعن .

¹⁸⁴⁵ وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي ، مرجع سابق ، ص 379.

. قرار المحكمة العليا . الغرفة التجارية والبحرية . المؤرخ في 2009/04/01، ملف رقم 532985، مج مح ع ، ع02، س2010، ص 187: حيث يتبين من القرار المطعون فيه أن القضاة ولتأسيس قرارهم هذا اعتمدوا على الحثية التالية: " حيث يتبين للمجلس بعد مراجعة كل المستندات أن المستأنف عليه لا يملك القاعدة التجارية لأنه لم يقدم السجل التجاري الذي يثبت ملكيته للقاعدة التجارية " ، وحيث أن مثل هذا التأسيس يكون خاطئاً، ذلك أن القاعدة التجارية لا تثبت ملكيتها بالسجل التجاري والذي لا يعد أصلاً عنصر من عناصرها حسب ما تنص عليه المادة 78 من القانون التجاري ، وعليه ولما أن قضاة الموضوع قد اعتمدوا في إثبات ملكية القاعدة التجارية على أساس السجل التجاري يكونون قد أخطئوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للنقض .

¹⁸⁴⁶ قرار المحكمة العليا . الغرفة المدنية . المؤرخ في 2010/04/22، ملف رقم 547662، مج مح ع ، ع02، س2010، ص 152: حيث أن عدم ذكر النص القانوني المطبق من طرف قضاة المجلس لا يعد سبباً من أسباب النقض وهو ما استقر عليه الاجتهاد القضائي ، فالعبرة بالنتيجة التي توصل إليها قضاة الموضوع والتي يجب أن لا تكون مخالفة للمبادئ القانونية المطبقة ، ومنه فالوجه المثار غير مؤسس ويتعين رفضه .

¹⁸⁴⁷ علي مسعود محمد ، مرجع سابق ، ص 352.

الإجرائية التي تضمن المحاكمة العادلة¹⁸⁴⁸، كمبدأ المواجهة، ومبدأ حياد القاضي، ومبدأ حق الدفاع¹⁸⁴⁹.

يذهب الفقيه MARTY إلى أن المحكمة العليا تمارس في مجال رقابة التسبيب نوعين من الرقابة، رقابة ضيقة . شكلية . لا تتعدى الوقوف على مدى وجود الأسباب، وتكون هذه الرقابة في مواجهة انعدام الأسباب، ورقابة واسعة . موضوعية . تتعدى حد الوقوف على وجود الأسباب إلى حد البحث عن كفاية ودقة الأسباب وجديتها، وتكون هذه الرقابة في مواجهة عدم كفاية الأسباب الواقعية أو ما يسمى بانعدام الأساس القانوني ، وفي مواجهة أيضا مخالفة تحريف الوقائع الثابتة في الأدلة الكتابية¹⁸⁵⁰.

والحقيقة أن النتيجة التي توصل إليها هذا الفقيه، أصبحت مقبولة وبدون صعوبة، فالرقابة لم تعد هنا قاصرة على وجود التسبيب بل تدخلت في مضمونه، وتجاوزت مبنى الحكم إلى معناه، وهي بذلك تتعقب عيوب داخلية في تفكير القاضي عند تكوين الرأي القضائي، وليست عيوباً خارجية في إبراز هذا الرأي¹⁸⁵¹.

لقد ترتب على هذه النتيجة الفقهية الوصول إلى قبول تعدد صور الرقابة في مجال التسبيب، كما أن الهدف من هذا التعدد هو عدم حصر الرقابة في النطاق الضيق . الشكلي . لأن إلزام القضاة بأن يوردوا أحكامهم الأسباب التي بنيت عليها، هو إلزام لا يهدف منه المشرع مجرد استتمام هذه الأحكام من حيث الشكل كورقة من أوراق المرافعات، بل يتعداه إلى ضرورة أن

¹⁸⁴⁸ Loïc Cadiet , op cit, p 685.

¹⁸⁴⁹ علي مسعود محمد ، مرجع سابق ، ص 355.

¹⁸⁵⁰ Gabriel MARTY, op cit, P278.

. انتقد المستشار بمحكمة النقض الفرنسية الأستاذ LE CLEC'H تحجج قضاة النقض بأن هذا العيب نادر الوجود في الحياة العملية وجعله سببا في إهمالهم ممارسة الرقابة عليه، الأمر الذي أدى بهم إلى تضييع سلطتهم في السهر على حسن تطبيق القانون ، من جهة ، ومن جهة أخرى شجع قضاة الموضوع على عدم الاهتمام بتسبيب أحكامهم ، إذ أصبحوا كثيرا ما يعتمدون في تسبيبهم على عبارات أن طلبات المدعي مؤسسة أو أنها طلباته غير جدية ، مما ترك الباب مفتوحا أمامهم للتعسف المطلق :

- Jules LE CLEC'H, Moyen de forme et Moyen de fond devant la cour de cassation , jcp, 1947, I , 634.

¹⁸⁵¹ وجدي راغب فهمي ، النظرية العامة للعمل القضائي ، مرجع سابق ، ص 380.

تكون هذه الأسباب واضحة وكافية، لأن قصر رقابة التسبب في معناها الضيق يؤدي إلى إمكانية قيام القاضي بتجهيل طريق هذه الرقابة على قضاة النقض بما يكتفي به من أسباب مجملة أو غامضة أو ناقصة، مما يؤدي إلى إفلات الأحكام غير المسببة بدقة من هذه الرقابة.¹⁸⁵²

إن هذه الرقابة الممارسة من طرف المحكمة العليا تظهر في صورة أوجه النقض المتعلقة بعيوب التسبب¹⁸⁵³، والتي حددها المشرع بنص المادة 358 من ق ا م ا د بالعيوب التالية : انعدام التسبب . قصور التسبب . تناقض التسبب مع المنطوق . انعدام الأساس القانوني . التحريف الواضح والدقيق لمضمون وثيقة معتمدة في الحكم أو القرار .

وبالرجوع إلى الفقه فإنه يقسم هذه الأوجه الخمسة إلى ثلاث حالات فقط، تتمثل في عيب انعدام الأسباب، وعيب انعدام الأساس القانوني، وعيب التحريف¹⁸⁵⁴.

وانطلاقاً من هذا التحليل فإننا نقسم هذا الفصل من الدراسة إلى ثلاث مباحث، حيث نخصص المبحث الأول لأوجه النقض المأخوذة من انعدام الأسباب، ونتناول في المبحث الثاني انعدام الأساس القانوني، وندرس في المبحث الثالث وجه النقض المأخوذ من التحريف.

المبحث الأول : أوجه النقض المأخوذة من انعدام الأسباب

إن افتراض خلوا الأحكام القضائية من الأسباب خلوا كاملاً هو افتراض يكاد يكون شبه معدوم في الحياة العملية¹⁸⁵⁵، وبالتالي فإن الصورة الأكثر شيوعاً لعيب انعدام الأسباب تتمثل في عيب القصور في التسبب¹⁸⁵⁶، حيث أنه يعبر عن عدم قيام قاضي الموضوع بتضمين حكمه أي أسباب له، سواء كان ذلك بصفة مطلقة، أو بصفة جزئية، أو بصفة صورية وبدوا معها الحكم وكأنه بدون أسباب¹⁸⁵⁷.

¹⁸⁵² عبد القادر سيد عثمان ، مرجع سابق ، ص 207.

¹⁸⁵³ Jacques Boré , op cit, p452.

¹⁸⁵⁴ Jean Vincent et serge Guinchard, op cit, p1025.

¹⁸⁵⁵ Edm.TOURNON , le défaut de motifs ,vice de forme des jugements , jcp.1946. I.553.

¹⁸⁵⁶ عبد السلام ديب ، مرجع سابق ، ص 252.

¹⁸⁵⁷ علي محمود علي حمودة ، النظرية العامة في تسبب الحكم الجنائي في مراحلها المختلفة، مرجع سابق ، ص

بالرجوع إلى القانون الفرنسي، فإن هذا العيب تم الإشارة إليه، وترتيب الجزاء القانوني على مخالفته بواسطة المادة 07 ف 02 من قانون 20 أبريل 1810 والتي نصت على أن الأحكام والقرارات التي لا تتضمن أي تسبب تعتبر باطلة¹⁸⁵⁸، أما حالياً فإنه يستند إلى نص المادتين 455 و 458 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد، المكرستان للإلتزام بالتسبب الذي أصبح التزاما ذو طابع جوهري¹⁸⁵⁹.

بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه قد اعتبر امتناع القاضي عن القيام بالتزامه بالتسبب مخالفة ترتب نقض الحكم أو القرار الذي أصدره، حيث جعل انعدام الأسباب في صورته المختلفة من الأوجه التي يمكن بناء النقض عليها .

إن دراسة انعدام الأسباب القانونية كوجه من أوجه النقض، يقتضي تحديد مفهومه، ثم بيان صورته .

المطلب الأول: مفهوم عيب انعدام الأسباب

إن البحث في كنه هذا النوع من العيوب التي يقع فيها قضاة الموضوع، يقتضي منا القيام بتعريفه و إبراز خصائصه من جهة، ومن جهة أخرى تمييزه عن بعض العيوب التي قد تتشابه معه، حيث نحاول في ذلك إبراز ذاتيته.

الفرع الأول: تعريف عيب انعدام الأسباب و إبراز خصائصه

إن البحث في إيجاد تعريف لعيب انعدام الأسباب هو جهد مطلوب، كونه هو الذي يسمح لنا بتحديد صريح لوجه النقض الذي يمكن أن نثيره أمام قضاء النقض، كما إن إبراز خصائص هذا العيب هي مسألة أيضا جد مهمة، حيث تسمح لنا بالتعرف على كيفية إثارته بشكل صحيح أمام المحكمة العليا.

أولا . تعريف عيب انعدام الأسباب :

المقصود بهذا العيب هو خلو الحكم أو القرار المطعون فيه من أسبابه، معنى ذلك ألا يتضمن أي سبب يبطل القضاء الذي انتهى إليه، فإذا وجد في الحكم سبب كاف أو غير كاف

¹⁸⁵⁸ Jules LE CLEC'H, Moyen de forme et Moyen de fond devant la cour de cassation, jcp1947 , I , 634.

¹⁸⁵⁹ Jacques Boré, op cit, p454.

صريح أو ضمني، مؤسس بشكل سليم أو بشكل معيب، وسواء ورد في شكل موجز أو غير تام، فإن ذلك يؤدي إلى وجود التسبب، وإفلات الحكم من عيب انعدام الأسباب¹⁸⁶⁰. ويتعلق عيب انعدام الأسباب بالمنطق القضائي للحكم¹⁸⁶¹، ويختلف بذلك عن مجرد الخطأ المادي، كالخطأ في الحساب الذي يمكن إصلاحه عن طريق طلب التصحيح المادي أمام نفس الجهة القضائية التي أصدرته، وبالتالي لا يجوز الرجوع إلى هذه الجهة من أجل طلب إكمال أسبابه أو استبدالها عن طريق التفسير أو التصحيح، لأن الهدف من التفسير هو إزالة الشك القائم حول الحكم وليس تكملته¹⁸⁶².

ويعتبر عيب انعدام الأسباب من العيوب الشكلية التي لا تتطلب من قاضي النقض سوى الوقوف على وجود هذه الأسباب في ورقة الحكم، دون البحث في مدى كفايتها وقدرتها على حمل المنطوق الذي انتهى إليه الحكم المطعون فيه¹⁸⁶³، أي أن قاضي النقض يجب عن السؤال التالي هل أن قاضي الموضوع وفى بالتزامه بالتسبب، دون أن يبحث في هذا النوع من الرقابة عن مدى صحة هذا التسبب، وبالتالي فإن هذا العيب لا يمكن إخفاءه أو إصلاحه بالقول أن الحل الذي توصل إليه الحكم أو القرار المطعون فيه حكم يتوافق مع صحيح القانون حتى ولو كان منعدم التسبب¹⁸⁶⁴، لأنه في هذه الحالة يعتبر الحكم المطعون فيه حكماً باطلاً في الشكل، لا يجوز إنقاذه بتكملة أسبابه¹⁸⁶⁵.

و مما سبق يمكننا ملاحظة أن الرقابة على انعدام الأسباب هي رقابة شكلية خارجية، كما يظهر أيضاً أن انعدام الأسباب في هذه الحالة يمكن التعبير عنه بأنه يعادل عيب خرق قاعدة جوهرية في الإجراءات أو عيب تجاوز السلطة، أو عيب مخالفة القانون، وقد سبق وأن أشرنا في

¹⁸⁶⁰ عزمي عبد الفتاح ، تسبب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية ، مرجع سابق ، ص 298.

– Edm.TOURNON , le défaut de motifs ,vice de forme des jugements , jcp.1946. I.553.

¹⁸⁶¹ محمد محمود ابراهيم ، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات ، مرجع سابق ، ص 44.

¹⁸⁶² مصطفى كيره، مرجع سابق، ص 495.

¹⁸⁶³ Nadhir Benammou , op cit , p 215.

¹⁸⁶⁴ حلمي محمد الحجار ، مرجع سابق ، ج02، ص 322.

¹⁸⁶⁵ Jules LE CLEC'H, Moyen de forme et Moyen de fond devant la cour de cassation, jcp, 1947 ,

I , 634.

دراستنا العامة لأوجه النقض، أن هذه الأخيرة تتميز بالتداخل من جهة، وأنه يمكن ردها جميعا إلى عيب مخالفة القانون من جهة أخرى .

و الأصل أن أسباب الحكم يجب أن توجد في ذات ورقته، وإلا اعتبر خاليا من الأسباب، إلا أنه ووفق ما جرى عليه قضاء النقض أنه يمكن أن يقتصر في أسبابه على مجرد الإحالة إلى حكم آخر ¹⁸⁶⁶، وعلى هذا الأساس فإنه لا يعتبر القرار المطعون فيه خاليا من التسبب إذا اكتفى بالقول أنه يقر ويؤيد أسباب الحكم المستأنف أو أي حكم أو قرار آخر، بشرط الإشارة إلى الحكم أو القرار المحال إليه بدقة، وأن يكون هذا الأخير موجود ضمن أوراق الدعوى ¹⁸⁶⁷، وهذه المزية الممنوحة لقضاة الموضوع مبررة بكثرة القضايا أمام المحاكم، الأمر الذي يقتضي توفير وقت القضاء وجهده ¹⁸⁶⁸، لكن في هذه الحالة تنتقل رقابة المحكمة العليا على التسبب من القرار المطعون فيه إلى الحكم أو القرار المحال إليه، حيث أن كل عيب من عيوب التسبب يوجد في هذا الحكم أو القرار سيمتد أثره إلى القرار المطعون فيه ¹⁸⁶⁹.

لاحظ الأستاذة Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER et XAVIER BACHELLIER أنه بتتبع قرارات محكمة النقض المستخرجة لعيب انعدام الأسباب الكلي، فإن هذه القرارات تتميز بالندرة

¹⁸⁶⁶ عبد القادر سيد عثمان ، مرجع سابق ، ص 202.

¹⁸⁶⁷ إلياس أبو عيد ، المراجعة التمييزية في الأصول المدنية، مرجع سابق ، ص 43.

. قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 15/03/2006، ملف رقم 338735، مج مح ع ، ع01، س2006، ص 432: حيث أن القرار المطعون فيه أيد الحكم الابتدائي ، وبذلك تبنى أسبابه، والتي تكفي لإعطاء القرار المنتقد أسبابه ، من حيث أن الحكم الابتدائي جاء معتمدا على عناصر تقرير الخبرة وما يحتوي عليه من معانيات مادية وتقنية، وعليه فإن الوجهين غير مبررين والطعن غير مؤسس يتعين رفضه .

¹⁸⁶⁸ عوض أحمد الزعبي ، مرجع سابق ، ج02، ص 773.

. إن هذه المزية الممنوحة للقضاة من طرف المحكمة العليا لا يجب أن تستخدم من طرف قضاة الاستئناف كوسيلة للإتكال على الأحكام السابقة من دون بحث حقيقي في الدعوى المنشورة أمامهم ، حيث يتعين أن يكون تبنيهم لأسباب الحكم المستأنف ناتج عن تحقيق جدي في الاستئناف.

¹⁸⁶⁹ قرار المحكمة العليا . غرفة الأحوال الشخصية . المؤرخ في 18/07/2000، ملف رقم 245156، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص ، س 2001، ص 190 : حيث أنه بالفعل فقد جاء القرار خاليا من أي تسبب ، مكتفيا بالقول أن القرار المعارض فيه جاء سليما وتعليله كافيا مما يوجب رفض المعارضة، لكن بالرجوع إلى القرار المعارض فيه فإنه قد أسقط حضانة الولدين عن الطاعنة بسبب العمل دون أي سبب آخر ، خصوصا وقد استقر اجتهاد المحكمة العليا على أن العمل لا يعتبر مسقطا للحضانة ، وعليه فالوجهين مؤسسين.

والاقتضاب في التحرير، كما لاحظ أن هذا العيب يتواجد في أحكام الدرجة الأولى أكثر منه في أحكام الدرجة الثانية، والسبب في ذلك أن قضاة الدرجة الأولى وبسبب قلة خبرتهم، و أحيانا بسبب طبيعة أعضاء تشكيلة هذه الدرجة، يمكن أن يجدوا صعوبة في الامتثال للالتزام بالتسبيب
1870.

ثانيا . خصائص عيب انعدام الأسباب

انطلاقا من أن محكمة النقض الفرنسية كانت تعتبر أن عيب انعدام الأسباب هو عيب شكلي، فإن هذه الطبيعة القانونية لهذا العيب تسمح باستخراج المميزات التالية¹⁸⁷¹:
أ. يعتبر عيب انعدام الأسباب سابق على العيوب الموضوعية في الحكم والتي تتعلق بمخالفة القانون بصوره الثلاثة¹⁸⁷²، وبالتالي فإن المحكمة العليا تقوم بفحص وبحث أوجه النقض المتعلقة بانعدام الأسباب قبل أن تفحص وتبحث الأوجه المتعلقة بالعيوب الموضوعية التي ترد في منطوق الحكم، فعيب انعدام الأسباب له الصدارة على وجوه الطعن المتعلقة بمخالفة القانون¹⁸⁷³، ذلك أنه إذا تحقق هذا العيب فإنه من شأنه تعجيز المحكمة العليا عن التحقق من سلامة وصحة وجهة النظر التي تبناها القاضي في حكمه¹⁸⁷⁴، وبالتالي فإن المحكمة العليا لا يمكنها أن تفحص في نفس الوقت عيب في الشكل وعيب في الموضوع، حيث أن فحص عيوب الشكل إذا كانت منتجة تغني المحكمة العليا عن فحص عيوب الموضوع¹⁸⁷⁵، مع الإشارة إلى أن فحص عيب انعدام الأسباب وإن كان سابقا لعيوب الموضوع، إلا أنه لا يسبق العيوب المتعلقة بتشكيلة المحكمة واختصاصها¹⁸⁷⁶.

ورغم ذلك، فإنه لا يوجد أي نص قانوني يلزم المحكمة العليا بالإثارة التلقائية والمسبقة لعيب انعدام الأسباب، وحتى بالنسبة لمحكمة النقض الفرنسية فقد لوحظ بأنها في العموم تمتنع عن

¹⁸⁷⁰ Marie Noëlle et Xavier Bachellier, op cit, P 147.

¹⁸⁷¹ Jacques Boré , op cit , p 455.

¹⁸⁷² Jules LE CLEC'H, Moyen de forme et Moyen de fond devant la cour de cassation, jcp, 1947, I , 634.

¹⁸⁷³ أحمد فتحي سرور ، النقض في المواد الجنائية ، مرجع سابق ، ص 265.

¹⁸⁷⁴ يوسف المصاورة ، مرجع سابق ، ص 179.

¹⁸⁷⁵ Jules LE CLEC'H, Ibid.

¹⁸⁷⁶ Ernest Faye , op cit , p 108.

الإثارة التلقائية لعيوب التسبب رغم أن الالتزام بالتسبب هو من النظام العام¹⁸⁷⁷، لكن هذا لا يمنع أن المحكمة العليا عندنا تذهب إلى الإثارة التلقائية والمسبقة، على اعتبار أنه ما دام أن هذا العيب يتعلق بالالتزام من النظام العام فإن إثارته التلقائية تكون جائزة¹⁸⁷⁸، إضافة إلى أن المحكمة العليا تتميز بنوع من الحساسية ضد الأحكام المنعدمة التسبب، حيث تصل إلى حد وفصها بالباطلة¹⁸⁷⁹، كما أن الإثارة المسبقة لعيوب انعدام التسبب هو أمر مبرر من الناحية العملية، ذلك أنه لا يمكن الوصول إلى إعطاء موقف قانوني سليم حول الحل الذي تبناه الحكم أو القرار المطعون فيه، في ظل عدم الرد على مسائل واقعية أو قانونية تم عرضها على قاضي الموضوع، ولم يبين موقفه منها في أسباب حكمه، هنا المحكمة العليا وبدون حاجة لمناقشة الأوجه الأخرى تعتبر الحكم أو القرار المطعون فيه مستوجبا للنقض لانعدام التعليل¹⁸⁸⁰.

ب. عيب انعدام الأسباب يكون مقبول إثارته أمام المحكمة العليا حتى ولو كان جديداً، على اعتبار أن هذا العيب يعتبر من العيوب الداخلية للحكم المطعون فيه، والتي لا تظهر للخصم المتمسك بها إلا بعد صدور هذا الحكم والتمكن من قراءته¹⁸⁸¹. غير أنه إذا كان العيب قد ظهر في حكم الدرجة الأولى، ورغم ذلك لم يقيم الطاعن بالتمسك بهذا العيب أمام جهة الاستئناف، فأغفلت هذه الجهة التطرق إليه، فإن النعي أمام جهة النقض

¹⁸⁷⁷ Jacques Boré ,Ibid.

¹⁸⁷⁸ يوسف المصاورة ، مرجع سابق ، ص 181.

¹⁸⁷⁹ قرار المجلس الأعلى . الغرفة الاجتماعية . المؤرخ في 1984/05/07، ملف رقم 34961، مج ق ، ع 1، س 1990، ص 152: حول الوجه الثاني المتعين فحصه مسبقاً لأن الوجه المذكور كان مأخوذ من انعدام الأسباب لعدم إعطاء مجلس قضاء سكيكدة أي سبب في قراره لرفض الطلب الرامي إلى إجراء تحقيق في القضية ، وحيث أن انعدام الإجابة عن طلبات الأطراف يساوي انعدام الأسباب وينجر عنه بطلان القرار .

¹⁸⁸⁰ قرار المجلس الأعلى . الغرفة المدنية . المؤرخ في 1982/01/06، ملف رقم 17885، م ق ، ع 02، س 1989، ص 14: وحيث أنه بالرجوع حقا إلى القرار المطعون فيه يتبين وأن قضاة الإستئناف لم يردوا على الوسائل المثارة أمامهم، ومن بينها التمسك بالحياة التي أثارها الطاعنون ، وحيث أن عدم الرد على الوجه المثار الذي لو صح لأدى إلى تغيير وجه الحكم في القضية يعتبر نقصا في التسبب مما يجعل القرار مستوجبا للنقض من دون حاجة إلى مناقشة بقية الوجهين .

¹⁸⁸¹ فكري عبد الحميد أبو صيام ، مرجع سابق ، ص 527.

على أن القرار المطعون فيه لم يكن مسببا تسببيا كافيا، يعد سببا جديدا لا يجوز طرحه أمام المحكمة العليا¹⁸⁸²، فمثلا إذا تقدم الطاعن بالدفع أمام محكمة الدرجة الأولى بسقوط الحق بالتقادم، وصدر الحكم ضده وبدون أن ترد المحكمة على هذا الطلب، فإن هذا يشكل في الحقيقة انعداماً للتسبب بالنسبة لحكم الدرجة الأولى، لكن إذا استأنف الطاعن هذا الحكم دون أن يتمسك بطلبه المتعلق بالتقادم، وصدر قرار جهة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف، فإنه لا يجوز للطاعن أن يعني هذا القرار بانعدام التسبب لعدم رده على الدفع المتعلق بالتقادم، كون أن هذا النعي سيكون جديدا لا يصح طرحه لأول مرة أمام المحكمة العليا .

ومن العيوب التي يمكن إثارتها لأول مرة أمام المحكمة العليا، الانعدام الكلي للأسباب، عدم الرد على الدفوع الجوهرية، بناء الحكم على أسباب عامة ومجملة، بناء الحكم على أسباب غير مؤكدة¹⁸⁸³.

ج . عيب انعدام الأسباب هو عيب غير قابل للإصلاح، كون أن هذا العيب يصيب كل الحكم أو القرار المطعون فيه¹⁸⁸⁴، و يترتب على ذلك مسألتين مهمتين :

. الأولى : أنه لا يجوز إصلاح هذا العيب من طرف المحكمة التي أصدرت الحكم المعيب، وذلك سواء عن طريق حكم تفسيري أو حكم تصحيحي¹⁸⁸⁵، ذلك أن الرجوع إلى المحكمة من أجل تصحيح الحكم بسبب انعدام أسبابه سوف يفتح المجال للخصوم بإعادة فتح مناقشة جديدة في الموضوع، مما يشكل مساسا بمبدأ التقاضي على درجتين ومبدأ حجية الشيء¹⁸⁸⁶ .

. الثانية : أن المحكمة العليا ليست ملزمة بإصلاح هذا العيب، كما أنها لا تملك أي سلطة في ذلك¹⁸⁸⁷، حيث يستحيل عليها أن تمارس هذا العمل خصوصا في حالة غياب الأسباب الواقعية للحكم المطعون فيه، لأن قيامها بالاستكمال الكلي لهذه الأسباب يجعلها محكمة موضوع، فهي لا يمكنها حتى الرجوع إلى محضر الجلسة لاستكمال عيوب التسبب، على

¹⁸⁸²Jacques Boré, op cit , p 455.

¹⁸⁸³ فكري عبد الحميد أبو صيام ، مرجع سابق ، ص 530.

¹⁸⁸⁴Jacques VOULET, L'etendue de la cassation en matière civile, jcp. I.1977.2877.

¹⁸⁸⁵ Jacques Boré , op cit , p 457.

¹⁸⁸⁶ André PERDRIAU, la rectification des jugements civils,jcp . I. 1995. 3886, P463.

¹⁸⁸⁷ Edm.TOURNON , le défaut de motifs ,vice de forme des jugements , jcp.1946. I.553.

اعتبار أن الحكم يجب أن يكون مشتملا بذاته على تسببه¹⁸⁸⁸، وبالتالي فإنه يتعين عليها وجوبا أن تنطق بالنقض، إلا أن هذا المنع لا ينسحب على عيب انعدام الأسباب القانونية الذي يبقى قابلا للأصلاح¹⁸⁸⁹.

د. أن عيب انعدام الأسباب يتحقق في حالة عدم الرد على الطلبات بغض النظر عن احتمال رفض هذا الطلب من طرف قاضي الموضوع فيما لو إذا كان تم الرد عليه¹⁸⁹⁰، فمثلا إذا تقدم الطاعن أمام قاضي الموضوع بدفع يتمثل في كون أن الدين قد سقط بالتقادم، ولم يتم الرد على هذا الدفع من طرف قضاة الموضوع، فإن قاضي النقض سوف ينقض القرار¹⁸⁹¹، حتى ولو تأكد أنه في حالة ما لو أن قاضي الموضوع قد فحص هذا الدفع لكان قد رفضه .

الفرع الثاني: ذاتية عيب انعدام الأسباب

إن القول بأن عيب انعدام الأسباب هو عيب مستقل بذاته، لا يكون إلا من خلال البحث في علاقته بأوجه النقض الأخرى التي قد تختلط به، لذلك فإن مسألة التمييز بينه وبين تلك الأوجه هي التي تسمح لنا بتحديد استقلاليتها .

في أغلب الأحيان لا تطرح مشكلة التمييز بصفة جدية، فمثلا يمكن التمييز بسهولة بين عيب انعدام الأسباب وعيب عدم الاختصاص، فهذا الأخير ليس له أي علاقة بالتسبيب، وإنما يتعلق بمدى صلاحية الجهة القضائية للفصل في النزاع، ويمكن التمييز أيضا بسهولة بين عيب انعدام الأسباب وعيب تناقض الأحكام، حيث يظهر بسهولة أن التناقض بين الأحكام هو عيب يرتبط بوجود عائق يحول دون التنفيذ، وبالتالي لا علاقة له بمسألة التسبيب، حيث لا يحول تسبيب الحكمين المتناقضين، دون توجيه اللوم لهما المتعلق بالتناقض.

¹⁸⁸⁸ أحمد فتحي سرور ، مرجع سابق ، ص 265.

¹⁸⁸⁹ محمد نور عبد الهادي شحاته ، سلطة محكمة النقض في استبدال الأسباب في المواد المدنية ، مرجع سابق ، ص 215.

¹⁸⁹⁰ عزمي عبد الفتاح ، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية ، مرجع سابق ، ص 303.

¹⁸⁹¹ قرار المحكمة العليا . الغرفة المدنية . المؤرخ في 2003/09/24، ملف رقم 276319، مج مح ع، ع02، س 2004، ص 131: حيث أن الطاعنة أثارت دفعا مفاده أن الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين تسقط بالتقادم بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها الدعاوى ، ولكن المجلس لم يرد على هذا الدفع ، وبذلك خرق المادة 144 من ق ا م وعرض قراره للنقض دون مناقشة الأوجه الأخرى .

لكن في بعض الحالات تصبح عملية التمييز ملفتة للنظر، عند وجود بعض أوجه التشابه بين عيب انعدام الأسباب وبعض العيوب الأخرى، وهنا يمكن أن نشير إلى بعض العيوب، مثل عيب مخالفة القانون، وعيب مخالفة القواعد الجوهرية في الإجراءات، وعيب إغفال الفصل في الطلبات، وعيب انعدام الأساس القانوني¹⁸⁹².

أولا - التمييز بين عيب انعدام الأسباب وبين عيب مخالفة القانون :

إن البحث عن هذا التمييز يرجع سببه إلى أن المحكمة العليا أحيانا تقوم بعملية جمع بين وجه مخالفة القانون ووجه انعدام الأسباب لاستخراج المخالفة القانونية التي وقع فيها قضاة الموضوع¹⁸⁹³، الأمر الذي يطرح التساؤل فيما كان هذا الربط هو دلالة على وحدة الوجهين . لتوضيح المسألة، نطرح الحالة التطبيقية التالية : قامت الغرفة المدنية للمحكمة العليا وفي الطعن المعروف عليها تحت رقم 323953، بإثارة وجه تلقائي تحت عنوان الوجه المثار تلقائيا والمأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون والقصور في الأسباب، حيث قامت بالنعي على القرار المطعون فيه كون أن قضاة الموضوع قاموا بإبطال عقد الشهرة الخاص بالطاعن، من دون أن يتطرقوا إلى مناقشة أركان الحيابة، وذلك بأن يبينوا بأسباب كافية مدى توفر أركان الحيابة، والمتمثلة في وضع اليد بنية التملك والمدة، وما دام أنهم لم يقوموا بتبيان كل ذلك، فإن قرارهم يكون مشوب بعيب القصور في الأسباب والخطأ في تطبيق القانون¹⁸⁹⁴.

نلاحظ هنا، أن المحكمة العليا قامت بنقض القرار استنادا إلى عيب انعدام الأسباب المتمثل هنا في صورة القصور في الأسباب، وعيب مخالفة القانون المتمثل في صورة الخطأ في تطبيق القانون ، كما نلاحظ أيضا أن المحكمة العليا قد جمعت بين الوجهين في وجه واحد، الأمر الذي يمكننا أن نستنتج منه أن كل حكم يكون الحل الذي توصل إليه مشوب بخطأ قانوني، يمكن الاستناد في نقضه إلى عيب مخالفة للقانون وفي نفس الوقت إلى عيب إنعدام الأسباب

¹⁸⁹² بالنسبة إلى التمييز بين عيب انعدام الأسباب وعيب انعدام الأساس القانوني فإننا سنرجئه إلى المبحث الثاني ، راجع هذه المقارنة ص 532 من هذه الرسالة.

¹⁸⁹³ Nadhir Benammou, op cit , p 208.

¹⁸⁹⁴ قرار المحكمة العليا . الغرفة المدنية . المؤرخ في 18/01/2006، ملف رقم 323953، مج مع ع ، ع01، س 2006، ص 213.

¹⁸⁹⁵، ففي القرار محل المناقشة مثلا، يعد عدم تطرق قضاة الموضوع في أسباب قرارهم إلى أركان الحيابة، دليلا على جهلهم بالأحكام القانونية المنظمة لهذه الوسيلة من أسباب كسب الملكية، وبالتالي دليل أيضا على أنهم لم يطبقوا القانون تطبيقا صحيحا.

رغم هذا الربط بين الوجهين في بعض الحالات من طرف المحكمة العليا، إلا أن هذا لا يعني وحدة الوجهين، ذلك أن هذا الربط هو ربط تكامل وليس ربط وحدة، يجوز للمحكمة العليا استخدامه ¹⁸⁹⁶، بدون أن نتوسع في تفسير هذا الربط وجعله أساسا لوحدة الوجهين.

لا شك إذن أن هناك بعض الاختلاف بين الوجهين، التي تبرر استقلالهما عن بعضهما البعض، حيث يمكننا أن نشير في هذا الصدد إلى الاختلافات التالية:

. أن رقابة المحكمة العليا استنادا لعيب انعدام الأسباب هي رقابة شكلية في أصلها، من خلالها يتم إلزام قاضي الموضوع بأن يصيغ ويترجم في ورقة حكمه الأسباب التي بدت له كافية لكي يقرر بما ورد في المنطوق، بينما رقابة المحكمة العليا استنادا لعيب مخالفة القانون فهي رقابة موضوعية، من خلالها تتم الرقابة على النقاط القانونية، وعلى المسائل القانونية التي استخدمها قاضي الموضوع وظهرت في منطوق حكمه ¹⁸⁹⁷، لذلك فإن عيب انعدام الأسباب يصيب منطقة الأسباب في ورقة الحكم، بينما عيب مخالفة القانون فإنه لا يكون مؤثرا إلا إذا وقع في المنطوق ¹⁸⁹⁸.

. أن الرقابة المستندة لعيب انعدام الأسباب تسمح للمحكمة العليا بالدخول في منطقة الواقع ¹⁸⁹⁹، بينما ينحصر مجال الرقابة المستندة لعيب مخالفة القانون فقط في منطقة القانون، لذلك فقد قيل أن رقابة التسبب هي وسيلة المحكمة العليا لغزو منطقة الواقع ¹⁹⁰⁰.

¹⁸⁹⁵ Francis KERNALÉGUEN, L'extension du rôle des juges de cassation, op cit ,p 367.

¹⁸⁹⁶ قرار المحكمة العليا . غرفة الأحوال الشخصية. المؤرخ في 15/06/1999، ملف رقم 223019، مج ع، عدد خاص بالاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، س2001، ص 105.

¹⁸⁹⁷ نبيل اسماعيل عمر ، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي، مرجع سابق ، ص 148.

¹⁸⁹⁸ نبيل إسماعيل عمر ، الوسيط في الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية ، مرجع سابق ، ص 188.

¹⁸⁹⁹ قرار المحكمة العليا . الغرفة المدنية . المؤرخ في 28/04/2004، ملف رقم 282438، مج ع ، ع02، س2004، ص 139: حيث أن الخطأ لم يرتكب أبدا من طرف سائق السيارة 204 بل ارتكب من حارس المحطة الذي أغفل غلق الممر، مما يجعل المسؤولية تقع على عاتق الشركة الوطنية للسكك الحديدية حسب المادة 136 من القانون المدني ، بحيث يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، وحيث أن

. أن النقض بسبب عيب انعدام الأسباب لا يقدم فائدة أكيدة للطاعن، إذ أن قاضي الإحالة يمكنه أن يبقى على نفس الحل الذي تم الأخذ به في القرار المنقوض مع إعطائه الأسباب التي تحمله¹⁹⁰¹، أما النقض بسبب عيب مخالفة القانون فإن الطاعن تكون فائدته ممكنة، ذلك أن قاضي الإحالة يكون ملزم بالنقطة القانونية التي قيدته بها جهة النقض .

ثانيا . التمييز بين عيب انعدام الأسباب وبين عيب مخالفة القواعد الجوهرية في الإجراءات:

نطرح إشكالية التمييز بين هذين العيبين، كون أن بعض الفقه يعلن أن عيب انعدام الأسباب هو عيب إجرائي، أي أنه يعبر عن خطأ في النشاط الإجرائي¹⁹⁰²، البعض يرى أن ارتباط عيب انعدام الأسباب بالأمور الشكلية الناجمة عن القاعدة القانونية التي تفرض على المحاكم تسبيب الأحكام، يؤدي إلى القول بأن هذا العيب ينجم عن مخالفة قاعدة جوهرية من قواعد الإجراءات التي تحدد القواعد المتعلقة بإنشاء الأحكام وصياغتها¹⁹⁰³، فالمادة 277 من ق ا م ا د التي توجب عدم النطق بالأحكام إلا بعد تسبيبها، جاءت في القسم الخاص بإصدار الأحكام، ما يبين أن التسبيب هو مقتضى شكلي للأحكام يترتب على عدم القيام به ثبوت مخالفة قاعدة إجرائية جوهرية متعلقة بالشكل الذي يجب أن تصدر به الأحكام .

القضاة أهملوا هذه الجوانب الموضوعية ولم يناقشوها مما يجعل قرارهم مشوبا بالقصور ويكون معرضا للنقض على هذا الوجه .

¹⁹⁰⁰ أحمد محمود سعد ، مرجع سابق، بند 154، ص 530 وما يليها.

¹⁹⁰¹ قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 2008/10/15، ملف رقم 473702، مج مح ع، عدد خاص بالاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، س 2003، ص 229 : حيث اعتمد قضاة الموضوع على قراءة خاطئة لقرار النقض السابق ، المبني أساسا على القصور في التسبيب دون توجيه في موضوع الدعوى ، وبالتالي جاء القرار المنتقد مخالفا للقانون وهو ما يعرضه للنقض .

. قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 2005/05/18، ملف رقم 300815، مج مح ع، عدد خاص بالاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، س 2003، ص 270 : حيث أنه بالرجوع إلى المادة 268 من قانون الإجراءات المدنية فهي تنص على أنه يجب على الجهة القضائية التي تحال إليها القضية بعد النقض أن تطبق حكم الإحالة فيما يتعلق بالمسائل القانونية التي قطعت فيها المحكمة العليا ، وبالرجوع إلى قرار المحكمة العليا فقد نقض القرار المطعون فيه على أساس عدم التسبيب ، وليس فضلا في مسألة قانونية ، ومن ثم فإن قضاة الاستئناف عندما قضوا بعد الترجيع بتعيين خبير لم يتجاوزوا سلطتهم ، وعليه فالوجه المثار غير مؤسس .

¹⁹⁰² وجدي راغب فهمي ، النظرية العامة للعمل القضائي ، مرجع سابق ، ص 380.

¹⁹⁰³ حلمي محمد الحجار ، مرجع سابق، ج02، ص 322.

إلا أنه ورغم ذلك، فإن إيراد القاضي في حكمه ولو سبب واحد، وحتى وإن لم يكن جدياً، سوف يجعله يفلت من هذه المخالفة، شأنها شأن أي مخالفة إجرائية، وبالتالي فإن عيب انعدام الأسباب لا يمكن اعتباره مختلط بعيب مخالفة أو إغفال قاعدة جوهرية في الإجراءات إلا في حالة الإنعدام الكلي للأسباب¹⁹⁰⁴.

إذن، لا يمكن التعويل على هذه المقاربة للقول بأن عيب انعدام الأسباب ما هو إلا صورة من صور عيب مخالفة القواعد الجوهرية في الإجراءات، لأن بعض الفقه وفي تطور نظرتة لعيب انعدام الأسباب، أصبح لا ينظر إلى هذا العيب في إطار أنه عيب شكلي فقط، حيث اعتبره أيضاً وفي بعض صورته عيب موضوعي يمس ركن السبب في العمل القضائي، حيث لا يكفي أن يورد القاضي أسباب في حكمه حتى نقول أن هذا الحكم غير معيب بعيوب التسبيب، بل يجب أن يكون هذا التسبيب صحيح من حيث الواقع، حيث يجب أن يعبر عن رأي القاضي في تحقيقه للواقع، وأن يكون نتيجة معقولة لفحص جدي ودقيق لعناصر القضية¹⁹⁰⁵.

وبذلك، فإنه لا يصح القول بأن عيب انعدام الأسباب هو نفسه عيب مخالفة قواعد جوهرية في الإجراءات رغم وجود بعض مناطق التداخل بين هذين العيبين، إذ أن التمييز بينهما مكرس حتى في هذه المنطقة، حيث أن المشرع وبنص المادة 358 من ق ا م ا د قد فرق بين عيب الانعدام الكلي للأسباب وجعله وجهاً مستقلاً عن عيب مخالفة أو إغفال القواعد الجوهرية في الإجراءات¹⁹⁰⁶.

ثالثاً . التمييز بين عيب انعدام الأسباب وبين عيب إغفال الفصل في الطلبات :

يمكن وفي صدد التمييز بين هذين العيبين أن نثير المسائل التالية:

. في بعض التشريعات المقارنة لا يشكل عيب إغفال الفصل في بعض الطلبات الموضوعية سبباً من أسباب الطعن بالنقض، فالمشرع الفرنسي والمصري مثلاً يواجهان هذا العيب عن طريق إجازة الرجوع إلى نفس المحكمة التي أغفلت الفصل في بعض الطلبات الموضوعية المقدمة أمامها، من أجل استنفاد ولايتها بصدد تلك الطلبات، وذلك بالفصل فيها من جديد

¹⁹⁰⁴ حلمي محمد الحجار ، مرجع سابق ، ص 323.

¹⁹⁰⁵ وجدي راغب فهمي ، مرجع سابق ، ص 382.

¹⁹⁰⁶ سوف نرى لاحقاً أن المشرع تكلم عن عيب الإنعدام الكلي للأسباب وأشار إليه تحت اسم إنعدام الأسباب .

¹⁹⁰⁷، بينما عيب انعدام الأسباب لا يمكن علاجه عن طريق الرجوع إلى نفس المحكمة من أجل إصلاح هذا العيب عن طريق تسبيب الحكم من جديد ¹⁹⁰⁸، إذ أن هذا العيب هو دائما وجه من أوجه النقض يتميز بذاتيته.

. أن إغفال الفصل في دفع من الدفوع أو لأوجه دفاع هو مخالفة تتعلق بانعدام الأسباب، وبالتالي لا يمكن اعتباره مخالفة إغفال الفصل في أحد الطلبات الموضوعية ¹⁹⁰⁹.

. أن عيب الإغفال يصيب المنطوق، بحيث أن المنطوق لم يتضمن فصلا في طلب عرض على المحكمة لا قبولا ولا رفضا، أما عيب انعدام الأسباب فلا يتعلق بالمنطوق، وإنما يصيب منطقة الأسباب في الحكم ¹⁹¹⁰.

. أن عيب الإغفال هو من العيوب المتعلقة بمصلحة الخصم الذي تقدم بالطلب المغفل، أما عيب انعدام الأسباب فهو في أصله عيب يتعلق بالنظام العام حيث يجوز لكل خصم التمسك به ¹⁹¹¹، ويستثنى من هذا الحكم حالة انعدام الأسباب الذي يكون في صورة عدم الرد على الدفوع والطلبات، فإنه في هذه الحالة لا يمكن التمسك بهذا العيب إلا من الطرف الذي تقدم بالدفع أو الطلب ¹⁹¹².

. إذا تعددت الطلبات وصدر الحكم في بعضها، ثم أجاب الحكم في منطوقه حول البعض الآخر بالقول : ورفض باقي الطلبات لعدم التأسيس، فإن الحكم لا يكون قد أغفل الفصل فيها، ولكنه يكون منعدم الأسباب إذا لم يبين سبب اكتفائه بهذه العبارة العامة ¹⁹¹³.

لذلك، فإن إغفال الفصل في بعض الطلبات هو عيب موضوعي في الحكم ولا شأن له بتسبيب الأحكام، ويعد عيبا مستقلا وقائما بذاته ¹⁹¹⁴، وعليه فإن المشرع فرق بينهما واعتبر كل واحد منهما وجها مستقلا من أوجه النقض .

¹⁹⁰⁷ أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين ، مرجع سابق ، ص 131.

¹⁹⁰⁸ عزمي عبد الفتاح ، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية ، مرجع سابق ، ص 300.

¹⁹⁰⁹ أحمد هندي، مرجع سابق ، ص 141.

¹⁹¹⁰ أحمد هندي، مرجع سابق، ص 141.

¹⁹¹¹ حلمي محمد الحجار ، مرجع سابق ، ج02، ص 223.

¹⁹¹² Jacques VOULET, L'etendue de la cassation en matière civile, jcp. I.1977.2877.

¹⁹¹³ عزمي عبد الفتاح، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية ، مرجع سابق ، ص 301.

¹⁹¹⁴ يوسف المصاورة ، مرجع سابق ، ص 178.

المطلب الثاني: صور عيب انعدام الأسباب

من الناحية العملية لا يظهر عيب انعدام الأسباب في صورة واحدة، بل أن أشكاله متعددة، ويقسم بعض الفقه عادة هذا العيب إلى قسمين : . الأول وهو انعدام الأسباب الكلي، ويشمل الغياب الكلي للأسباب و تناقض الأسباب . الثاني وهو انعدام الأسباب الجزئي ويشمل عيب عدم الرد على الدفوع¹⁹¹⁵، ويقسمه البعض الآخر من الفقه إلى أربعة أشكال : . غياب الأسباب . تناقض الأسباب . عدم الرد على الدفوع والطلبات . الأسباب الظنية أو الافتراضية¹⁹¹⁶.

ويضع المشرع هذا العيب في ثلاث صور، بحيث يعبر عن كل صورة بوجه مستقل من أوجه النقض، فيعبر عن الغياب الكلي للأسباب بوجه انعدام الأسباب، ويخرج التناقض بين الأسباب والمنطوق من نطاق الغياب الكلي ويعبر عنه بوجه مستقل، بينما يجعل العيوب الناجمة عن عدم الرد على الدفوع والطلبات وعن التناقض بين الأسباب تحت وجه القصور في التسبب . إن تتبع مسلك المشرع في التعبير عن هذا النوع من العيوب، يطرح إشكال يتمثل في أن المشرع عندما أطلق مصطلح انعدام الأسباب على ما يقصد به الفقه الانعدام الكلي للأسباب، قد فاته أن مصطلح انعدام الأسباب بمفهومه الواسع يستغرق أيضا عيب القصور في التسبب، وعيب التناقض بين الأسباب والمنطوق .

ومن جهة أخرى فإن قضاء المحكمة العليا في حد ذاته لا يقيم تفرقة حقيقية بين انعدام الأسباب وبين القصور في التسبب والتناقض، حيث كثيرا ما يصرح بأن القصور في التسبب أو التناقض يؤديان إلى انعدام الأسباب¹⁹¹⁷.

¹⁹¹⁵ عزمي عبد الفتاح ، مرجع سابق، ص 304.

¹⁹¹⁶ Jacques Boré, op cit , p 459.

¹⁹¹⁷ قرار المجلس الأعلى . غرفة الأحوال الشخصية . المؤرخ في 17/12/1984، ملف رقم 34107، م ق ، ع01، س 1990، ص 90: وحيث أن كل قرار لم يجب فيه قضائه على ما قدمه الخصوم من طلبات أو دفوع يكون ناقص البيان وفاقد التسبب .

. قرار المجلس الأعلى . الغرفة المدنية . المؤرخ في 27/12/1989، ملف رقم 57979، م ق، ع03، س 1993، ص30: حيث بالرجوع إلى القرار المطعون فيه ذكر في حيثية واحدة تقول اتضح أن الشاغلين لهذه الأرض هما المستأنفان بينما يتضح أن كلا المتخاصمين يدعي استغلالها، وعليه فإن القرار المطعون فيه ناقص التسبب ، وأن ضعف التسبب هو بمثابة انعدام التسبب، وأن قضاة الموضوع وبسبب عدم التعليل عرضوا قرارهم للنقض .

لذلك، فإننا نرى أن المشرع كان على الخيار بين أمرين، فإما انه كان عليه أن يجمل هذه العيوب الثلاثة في عيب واحد ويسميه عيب انعدام الأسباب، وإما أنه يقوم بإدراج عيب انعدام الأسباب تحت وجه جديد يسميه الانعدام الكلي للأسباب.

وانطلاقاً مما سبق، فإننا نتناول صور عيب انعدام الأسباب في فرعين، الأول نخصه لعيب الانعدام الكلي للأسباب، والثاني لعيب القصور في التسبب .

الفرع الأول: الانعدام الكلي للأسباب

تحدث هذه الصورة عندما لا ينطوي الحكم المطعون فيه على أي أسباب، هنا يعتبر هذا الحكم كأنه غير موجود، إذ أن مجرد قراءة له سوف تكشف عن هذا العيب، حيث يؤثر الغياب الكلي للأسباب على شكل الحكم نفسه¹⁹¹⁸، لكن قصر هذا العيب في هذه الصورة لا يكشف عن أي فائدة عملية، لأنه يندر أن لا يضع القاضي المكون أي أسباب لحكمه، فهذا أمر لا يفوته، ولا يتصور منه السهو عنه¹⁹¹⁹.

لذلك، فإن التوسع في هذه الصورة يصبح أكثر من مهم، لتحقيق الرقابة غايتها، وهي عدم السماح لقاضي الموضوع للإفلات من الجزاء المترتب على عدم تسببه لأحكامه .
 فإذا وجدت الأسباب لكنها كانت غير مقروءة، بسبب كتابتها بخط غير مقروء، أو بسبب سقوط بعض العبارات الجوهرية فيها، مما أدى إلى إضطرابها بشكل يستحيل على قارئها الوقوف على

. قرار المجلس الأعلى . الغرفة الاجتماعية . المؤرخ في 16/11/1984، ملف رقم 38043، م ق ، ع01، س1990 ، ص 166: حيث أن كل قرار يجب أن يشتمل على أسباب ومنطوق، ومن ثم فإن القرار الذي تتناقض أسبابه مع منطوقه يكون بمثابة انعدام التسبب .

. قرار المجلس الأعلى . الغرفة الاجتماعية . المؤرخ في 26/11/1984، ملف رقم 35379، م ق ، ع03، س1989، ص 126: حيث أن القرار الذي لا تكون أسبابه كافية لمواجهة ما قدم من أدلة في الدعوى وما أدي من طلبات ودفع أطرافها، فإن هذا القرار يكون مشوباً بالقصور في التسبب المساوي لانعدامه .

¹⁹¹⁸ قرار المحكمة العليا . غرفة الأحوال الشخصية . المؤرخ في 19/03/1990، ملف رقم 58797، م ق ، ع01، س 1993، ص 55: حيث أن القرار المطعون فيه لم يكلف قضاة في إصداره جهداً ولو قليلاً، بل أوردوا فيه بعض ما ورد في الحكم في وقائعه وليس في حيثياته لأنه خال منها وتركوا المطالب والدفع التي من أجلها استؤنف الحكم بلا جواب فضلاً عن تسببها ، ومما هو معروف فإن عدم التسبب يعرض القرار للنقض .

¹⁹¹⁹ محمد نور عبد الهادي شحاته ، سلطة محكمة النقض في استبدال الأسباب في المواد المدنية، مرجع سابق ، ص 168.

مضمونها على نحو واضح ومحدد، فإن تلك الأسباب ورغم وجودها من الناحية المادية تصبح كأنها غير موجودة، ويعتبر الحكم منعدم الأسباب¹⁹²⁰.

ويعتبر أيضا منعدم الأسباب الحكم الذي تكتب أسبابه بغير اللغة العربية، حتى وإن كانت الدباجة والمنطوق قد تم تحريرهما باللغة العربية، فالأسباب المحررة باللغة الأجنبية أو باللغة الأمازيغية أو حتى باللهجة العامية، وإن كانت مقروءة من الناحية الواقعية، إلا أنها تعتبر كأن لم تكن، لمخالفة الحكم الواردة فيه لمقتضى إجراء من النظام العام¹⁹²¹، لكن لا يعيب الأسباب إن تضمن بعض أجزائها مصطلحات باللغة الأجنبية وردت على سبيل التأكيد لمعلومات اشتملها الحكم باللغة العربية¹⁹²²، من ذلك مثلا كتابة بعض أسماء الأدوية، أو اسم علمي لمرض معين .

ومن الصور الغالبة للإنعدام الكلي للأسباب قيام قضاة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف، دون أن يوردوا في أسباب قرارهم أنهم يتبنون نفس أسباب ذلك الحكم، والعبارة السائدة في العمل القضائي والتي تبين هذا الاعتناق، هي عبارة: "وحيث أن المجلس يرى أن الحكم المستأنف قد قدر الوقائع تقديرا سليما وطبق القانون تطبيقا صحيحا، مما يجعل المجلس يتبنى هذا الحكم في أسبابه ومنطوقه"¹⁹²³، كما يحدث الإنعدام الكلي عندما لا يتقطن قضاة الاستئناف وهم يؤيدون الحكم المستأنف أن هذا الأخير منعدم الأسباب¹⁹²⁴، ومن صور إنعدام الأسباب أيضا أن

¹⁹²⁰ محمد علي الكيك ، أصول تسبيب الأحكام الجنائية في ظل الفقه والقضاء ، مرجع سابق ، ص 184.

¹⁹²¹ المادة 08 ف 04 من ق ا م اد : تصدر الأحكام باللغة العربية ، تحت طائلة البطلان المثار تلقائيا من القاضي .

¹⁹²² محمد علي الكيك ، مرجع سابق ، ص 185.

¹⁹²³ هناك اتجاه يرى إلى أن تبني قضاة المجلس لأسباب الحكم المستأنف باستعمال هذه العبارة، يعد تسببا غير كاف، حيث يتعين على قضاة المجلس أن يعطوا لقرارهم أسبابه الذاتية ، انظر : قرار المجلس الأعلى . الغرفة الاجتماعية . المؤرخ في 1984/05/07 ، ملف رقم 34961 ، م ق ، ع 01، س 1990، ص 152: حيث أن مجلس قضاء سكيكدة اكتفى بالتصريح بأن الحكم المستأنف ضده جاء صائبا وسليما وأن قاضي أول درجة قدر وقائع الدعوى بصورة جيدة ، وحيث بفصل المجلس المشار إليه حسبما فعل لم يعط لقراره أسبابا ذاتية له تبرره، وبذلك لم يكن هذا القرار مستوف للشروط القانونية المطلوبة .

¹⁹²⁴ علي محمود علي حمودة ، النظرية العامة في تسبيب الحكم الجنائي في مراحلها المختلفة، مرجع سابق ، ص

يشير الحكم في أسبابه إلى أنه يعتمد على ما جاء في تقرير الخبير للحكم برد الدعوى، لكن دون أن يورد مراجع تلك الخبرة، وملخص مختصر لنتائجها، ومن دون أن تكون تلك الخبرة مشتملة على أسباب كافية¹⁹²⁵.

كذلك يعد منعما بصفة كلية الحكم الذي تأتي أسبابه في صيغة غامضة أو مبهممة أو مجملة، لأن الحكم بهذه الصفة لا يحقق الغرض الذي قصده المشرع من تسبيب الأحكام¹⁹²⁶، فرغم وجود هذه العبارات إلا أن ذلك لا يعني وجود أسباب للحكم¹⁹²⁷، لأن الاقتصار على مجرد عبارات غامضة أو مبهممة أو مجملة، سوف يؤدي عمليا إلى التجهيل بالأسباب، بحيث لا يمكن تحقق الرقابة عليها من الخصوم ومحكمة النقض، وهذا ما يساوي عمليا إنعدام الأسباب¹⁹²⁸، فالإكتفاء بعبارة أن طلبات الطاعن غير مؤسسة يتعين رفضها، أو عبارة أن الطاعن لم يقدم أي دفع تبرر استئنائه مما يتعين تأييد الحكم، هي كلها من العبارات المبهممة والمجملة التي تساوي انعدام التسبيب¹⁹²⁹، ويعتبر أيضا منعدم الأسباب الحكم الذي يكتفي في تبريره

¹⁹²⁵ حامد فهمي و محمد حامد فهمي ، النقض في المواد المدنية والتجارية، القاهرة 1938، ص 448.

¹⁹²⁶ أحمد فتحي سرور ، مرجع سابق ، ص 267.

¹⁹²⁷ يوسف المصاورة، مرجع سابق ، ص 183.

¹⁹²⁸ علي محمود علي حموده ، مرجع سابق ، ص 645.

. قرار المحكمة العليا . الغرفة التجارية والبحرية . المؤرخ في 14/01/1990، ملف رقم 62293، م ق ، ع02، س 1991، ص 97 : وحيث أن قضاة المجلس مقيدون بقرار المجلس الأعلى بما فصل فيه من نقاط قانونية ، غير أنهم خالفوا ذلك بمصادقتهم على محضر الخبرة كما أنهم صرحوا بمبلغ إجمالي كتعويض عن الإستحقاق ، فإن عبارة إجمالي لا تعطي تعليلا بالمفهوم القانوني بالإضافة إلى الغموض الذي تضمنته وهو يعتبر نقص في التسبيب ، وبذلك عرضوا قرارهم للنقض .

¹⁹²⁹ عبد السلام ديب ، مرجع سابق ، ص 252.

. قرار المجلس الأعلى . الغرفة الإجتماعية . المؤرخ في 26/11/1984، ملف رقم 35379، م ق ، ع03، س 1989، ص 127: حيث أن اكتفاء القرار المطعون فيه بالتصريح بأن الشركة المدعية لا تبرر تصريحاتها وأنها ملزمة بتصفية الحسابات مع إجراءها دون إعطاء أسباب ذاتية مبررة، فإن قرار مجلس قضاء الجزائر والذي فصل على أساس مجرد تأكيدات ، وبصنيعه هذا لم يكن قرارا مستوفيا الشروط المطلوبة قانونا .

. قرار المجلس الأعلى . الغرفة المدنية . المؤرخ في 09/01/1985، ملف رقم 33798، م ق ، ع04، س 1989، ص 20: حيث أن جهة الاستئناف اقتضت على ذكر عموميات لا تفي بالمطلوب ، وتكون بذلك قد شوهت قرارها بالغموض والقصور في التسبيب وعرضته للنقض.

إعطاء حق من الحقوق بالقول ان ذلك تقتضيه الإعتبارات العليا للعدالة، أو القول بأنه من خلال الإطلاع على الأوراق المقدمة في ملف الدعوى فإن طلبات المدعي غير مؤسسة¹⁹³⁰. وإذا تعددت الطلبات وصدر الحكم في بعضها، واكتفت المحكمة بالقول ورفض ما عدا ذلك من الطلبات، فإن الحكم في هذه الحالة لا يكون قد أغفل الفصل في هذه الطلبات، ولكنه يكون خاليا من الأسباب إذا اكتفى بهذه العبارة العامة التي تتضمن رفض الطلبات دون إيراد الأسباب التي يقوم عليها حكم الرفض¹⁹³¹، لكن السؤال يطرح في حالة ما إذا اعتبر رفض هذه الطلبات يستند إلى أسباب ضمنية؟

يرى بعض الفقه أنه لا يجوز للقاضي أن يلجأ إلى هذا النوع من التسبب كونه يتنافى مع التزامه بالتسبب، لكن الرأي الراجح في الفقه والقضاء يذهب إلى أن الأسباب الضمنية هي أسباب مقبولة،¹⁹³² حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بأن أسباب المطعون فيه المبررة لرفض طلب سداد الدين، هي في حد ذاتها أسباب رفض طلب سداد الفوائد الناجمة عن ذلك الدين، وبالتالي لا يمكن توجيه اللوم على هذا الحكم كونه رفض طلب الفوائد من دون أن يسبب هذا الرفض¹⁹³³، كما قضت المحكمة العليا أن تحميل المسؤولية للمؤسسة بسبب حادث ارتكبه أحد عمالها أثناء تأدية مهامه، يتضمن ضمناً أن قضاة الموضوع قد عاينوا أن هذا العامل هو تابع لهذه المؤسسة¹⁹³⁴.

. قرار المجلس الأعلى . الغرفة الاجتماعية . المؤرخ في 1984/05/21، ملف رقم 31469 ، م ق ، ع 01، ص 158: حيث يعاب على القرار المطعون فيه عدم الجواب عن المقال لكونه رفض جميع الأوجه التي استظهرت بها شركة (س) بناء على سبب وحيد : إنعدام التبرير والحال أن عدم تقديم التبرير لا يعفي المجلس القضائي من الجواب عن الأوجه المقدمة لتقديره حتى في الحالة التي يرفضها .

¹⁹³⁰ يوسف المصاورة ، مرجع سابق ، ص 183.

¹⁹³¹ نبيل اسماعيل عمر، تسبب الأحكام القضائية في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2001، ص 57.

¹⁹³² Jacques Boré, op cit , p 483.

¹⁹³³ محمد علي الكيك ، أصول تسبب الأحكام الجنائية في ظل الفقه والقضاء ، مرجع سابق ، ص 177.

¹⁹³⁴ قرار المحكمة . الغرفة التجارية والبحرية . المؤرخ في 2007/05/02، ملف رقم 420741، مج مح ع ، ع 02، س 2007، ص 346.

وفي الحالة التي يقوم فيها القاضي بالنطق بالحكم قبل تسببه مخالفا لنص المادة 277 من ق ا م اد، ثم يحدث له عارض يستحيل معه قيامه بالتوقيع على الحكم، فهنا لا يمكن لرئيس الجهة القضائية أن يعين قاضيا آخر لتسبب الحكم بدلا عن القاضي الذي نطق به، ويبطل الحكم في هذه الحالة لانعدام أسبابه¹⁹³⁵.

وإذا بنى القاضي حكمه على مجرد أسباب افتراضية أو غير يقينية، فإن حكمه يكون منعدم الأسباب، ذلك أن الحكم يبنى على الجزم واليقين لا على الشك والتخمين¹⁹³⁶، وفي هذا الاتجاه قضت محكمة النقض الفرنسية أن الأسباب الافتراضية تعادل انعدام الأسباب¹⁹³⁷، ويتم التعرف على هذا النوع من الأسباب بمجرد قراءة بسيطة للحكم المطعون فيه، حيث يتم فيه استخدام بعض العبارات المحملة بمعاني الاحتمال أو الاشتراط، كاستخدام عبارات: من المحتمل. ربما. قد يكون. أو من الجائز الاعتقاد...، تؤدي إلى بناء الحكم على استنتاج ظني، لا يوجد في أوراق الدعوى ما يؤيده أو يصلح اساسا لقيامه¹⁹³⁸.

الفرع الثاني: القصور في التسبب

يثير استعمال مصطلح القصور في التسبب بعض الإشكالات، حول تحديد نطاقه، حيث بالرجوع إلى المشرع المصري فإنه يستعمل هذا المصطلح للتعبير عن كل عيوب التسبب، وتبعته في ذلك محكمة النقض المصرية¹⁹³⁹، بينما ذهب الأستاذ عزمي عبد الفتاح إلى أن القصور في التسبب يعبر في مدلوله الفني الدقيق عن عيب عدم كفاية الأسباب المؤدي إلى إنعدام الأساس القانوني للحكم¹⁹⁴⁰.

لكن بالرجوع إلى المشرع الجزائري، فإنه يتضح من نص المادة 358 ق ا م اد، أنه يجعل من عيب القصور في التسبب عيبا مستقلا عن عيب انعدام الأساس القانوني، وعن عيب الإلتعاد

¹⁹³⁵ علي محمود علي حموده، النظرية العامة في تسبب الحكم الجنائي في مراحل المختلفة، مرجع سابق، ص 642.

¹⁹³⁶ نبيل اسماعيل عمر، تسبب الأحكام القضائية في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 61.

¹⁹³⁷ Cass.civ.17/12/1969, Bull.civ.3.n850.

. غير أن هناك اتجاه قضائي آخر يذهب إلى أن الأسباب الافتراضية تؤدي إلى إنعدام الأساس القانوني للحكم :

- jacques Boré , op cit , p 468.

¹⁹³⁸ يوسف المصاورة ، مرجع سابق ، ص 185.

¹⁹³⁹ عزمي عبد الفتاح ، تسبب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية ، مرجع سابق ، ص 299.

¹⁹⁴⁰ عزمي عبد الفتاح ، تسبب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق ، ص 300.

الكلي للأسباب، رغم وجود علاقة بين هذه العيوب، ذلك أن هذه العيوب الثلاثة كلها تتحد من حيث أنها من العيوب المتعلقة بمسائل الواقع، كما أن عيب القصور في التسبب وعيب الإنعدام الكلي للأسباب يندرجان في الدراسات الفقهية تحت عيب إنعدام الأسباب .

و يتحقق عيب القصور في التسبب عندما لا يقوم قاضي الموضوع بإيراد وسائل دفاع الخصوم، أو يرفض الرد عليها ومناقشتها، كما قد يتمثل القصور في التسبب في شكل تناقض الأسباب لما ينطلق القاضي من تفكير قانوني معين، ثم يتحول عنه أثناء التسبب ليصل إلى نتيجة تتناقض مع ما انطلق منه ¹⁹⁴¹، لذلك فإننا سندرس هذا العيب من خلال هذين الصورتين المجسدتين له.

أولا . عدم تضمن الأسباب ردودا كافية لما تم عرضه من طرف الخصوم :

توجب المادة 276 من ق ا م ا د على القضاة أن تتضمن أحكامهم ردا على كل الطلبات والأوجه المثارة، سواء تعلق بمسائل الواقع أو بمسائل القانون ¹⁹⁴²، إذ يعد ذلك صورة من صور الالتزام بالتسبب، حيث يترتب عن هذا الالتزام أن يتضمن الحكم حلا لجميع المسائل التي يطرحها الخصوم، مع بيان الأسباب الملائمة لذلك الحل ¹⁹⁴³.

لذلك، فإن جهة النقض تبحث في الواقع عن موقف القاضي إزاء الوسائل التي يتمسك بها الخصوم أمامه، لتتوصل إلى مدى إجابته عليها ¹⁹⁴⁴ .

والوسائل هي طرق استدلالية من خلالها يستند الخصوم إلى وقائع أو نصوص قانونية أو وثائق من أجل البرهان على أن الطلب أو الدفاع الذي يتمسك به مؤسس ¹⁹⁴⁵.

ويترتب على عدم الرد على هذه الوسائل النقض المؤسس على عيب القصور في التسبب ¹⁹⁴⁶، وتأسيسا على هذا المبدأ ذهبت المحكمة العليا في أحد قراراتها إلى أن القصور في

¹⁹⁴¹ عبد السلام ديب ، مرجع سابق ، ص 252.

¹⁹⁴² Gabriel Marty, op cit , p 280.

¹⁹⁴³ حلمي محمد الحجار ، مرجع سابق، ج02، ص 335.

¹⁹⁴⁴ نبيل اسماعيل عمر ، سبب الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف ، مرجع سابق ، ص 233.

¹⁹⁴⁵ نبيل اسماعيل عمر ، مرجع سابق ، ص 233.

- Jules LE CLEC'H , Moyens et arguments devant la cour de cassation,jcp , I, 1951,N 939.

¹⁹⁴⁶ Jules LE CLEC'H , Ibid .

التسبب يتحقق في الحالة التي لا تكون أسباب القرار المطعون فيه كافية لمواجهة ما قدم من أدلة في الدعوى وما أبادي من طلبات ودفوع من خصومها¹⁹⁴⁷.
ومما سبق يمكننا أن نصل إلى أن القصور في التسبب يتحقق في الحالتين التاليتين : عدم الرد على الدفوع والطلبات المثارة من طرف الخصوم، وعدم بحث الأدلة المعروضة في الدعوى بحثا كافيا .

أ . عدم الرد على الدفوع والطلبات المثارة من طرف الخصوم :

يعتبر هذا العيب، من أهم الصور التي يتحقق فيها عيب القصور في التسبب المؤدي لإنعدام الأسباب، كما أنه يشكل الوجه الأكثر استعمالا من بين أوجه الطعن بالنقض من طرف الطاعنين بالنقض¹⁹⁴⁸، حيث أن قضاء المحكمة العليا مستقر على اعتبار أن عدم الرد على الدفوع والطلبات يعد قصورا في التسبب يؤدي إلى نقض الحكم وإبطاله¹⁹⁴⁹.

¹⁹⁴⁷ قرار المجلس الأعلى . الغرفة الإجتماعية . المؤرخ في 15/10/1984، ملف رقم 36591، م ق، ع03، س 1989، ص 123.

¹⁹⁴⁸ Jean Jonquères, le contrôle des constatation de fait par le juge de cassation (aspects de droit civil), 3em journées franco-allemandes de la société de législation comparée, RIDC 1980, numéro spécial, p128.

¹⁹⁴⁹ قرار المجلس الأعلى . غرفة الأحوال الشخصية . المؤرخ في 25/06/1984، ملف رقم 33636، م ق ، ع03، س1989، ص46: حيث يتضح حقيقة أن المجلس لم يرد على الدفوع التي تمسك بها الطاعن سواء فيما يخص تاريخ القيام بالتنازل عن الحضانة ، وقد جرى العمل القضائي بأنه لا يقبل الطلب الذي يقدم بعد عام من تاريخ الفصل فيها، كما أن المجلس لم يجب أيضا عن دفع الأب المتعلق بسكن الجدة مع أم المحضونة مما يشكل قصورا واضحا في التعليل يرتب عليه نقض القرار المطعون فيه .

. قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 16/11/2005، ملف رقم 311854، نشرة القضاة ، ع59، س2006، ص 259: حيث أن المدعين في الطعن أثاروا كوجه دفاع الوجه المأخوذ من التقادم المكسب ، متمسكين بأنهم يمارسون حياة على القطعة الأرضية المتنازع عليها منذ أكثر 50 سنة ، وأن قضاة الإستئناف لم يناقشوا هذا الوجه سواء برفضه أو بتبنيه، وأن إنعدام الإجابة يشكل إنعدام الأسباب وهو ما يؤدي إلى نقض القرار المطعون فيه .

. قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 27/10/1999، ملف رقم 190693، م ق ، ع02، س2001، ص 249: حيث بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أن الطاعنة دفعت بأن العقد المحرر بتاريخ 13/10/1910 لا يكون حبسا ، وإنما هو وصية ، وحيث أن قضاة المجلس وللد على هذا الدفع اكتفوا بالتأكيد أن إرادة المحبس في جعل الذكور يستفيدون من عقد الحبس لا يخالف الشريعة في شيء وهذا التعليل بعبارات

ويترتب على إغفال قاضي الموضوع الرد على الطلبات الهامة والدفوع الجوهرية، عدم تسبب الحكم لمسألة فصل فيها، بينما يكون جزء من هذا الحكم قد سبب لما فصل فيه من مسائل أخرى، فيصبح الحكم بذلك عاريا من التسبب في جزء منه¹⁹⁵⁰، ومن ثم أمكن الطعن فيه إستنادا لهذا العيب، ما لم تكن المحكمة قد أقامت قضاءها على ما يكفي لحمله من أسباب¹⁹⁵¹.

ويستمد القاضي إلتزامه بالرد على الطلبات والدفوع التي يثيرها الخصوم في الدعوى من احترام حقوق الدفاع وسلامة تسبب الأحكام¹⁹⁵²، ذلك أن الإخلال بهذا الإلتزام يشكل إخلالا بحق الدفاع¹⁹⁵³.

لكن، وإذا كان القاضي ملزم بالرد على الطلبات والدفوع، إلا أنه غير ملزم بالرد على مجرد الحجج والدفوع غير الجوهرية¹⁹⁵⁴.

عامة دون الرد ومناقشة مجمل النقاط التي أثارها الطاعنة من أن هذا التصرف المضاف إلى ما بعد الموت يكون وصية مستترة، إذ إن المتصرف احتفظ لنفسه بحقه في الاستغلال والتصرف في المال موضوع العقد، وكذا ما أثارته من أنه يقصد من التصرف إقصاء وإبعاد الإناث من الميراث، يعتبر قصورا في التعليل ينجر عنه نقض وإبطال القرار المطعون فيه.

¹⁹⁵⁰ قرار المحكمة العليا . الغرفة المدنية . المؤرخ في 18/06/2008، ملف رقم 414140، مج م ع ، ع 01، س 2008، ص 130: حيث يتبين من القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس قصروا في تسبب قرارهم باكتفاءهم بالقول أنه وفقا للمادة 624 من القانون المدني فإن دعوى الطاعن سقطت بالتقادم لرفعها بعد مضي ثلاثة سنوات من تاريخ الحادث الذي نشأت عنه، ذلك أن قضاة المجلس بهذا التعليل أهملوا تبيان أسباب اعتبارهم أن القرار الجزائي المذكور إجراء غير قاطع للتقادم، إذ أنه وفقا للمادة 28 فقرة 02 من قانون التأمين 07.95 الذي هو القانون الخاص الخاضعة له دعوى الحال يمكن قطع التقادم لأسباب الإنقطاع العادية كما حددها القانون ويستفاد من أحكام المادة 317 من القانون المدني أن التقادم ينقطع بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة، وعليه فالوجه في فرعه الأول مؤسس الأمر الذي يتعين معه نقض وإبطال القرار المطعون فيه.

¹⁹⁵¹ علي محمود علي حموده، النظرية العامة في تسبب الحكم الجنائي في مراحل المختلفة، م س، ص 656.
¹⁹⁵² مجدي الجندي، أصول النقض الجنائي وتسبب الأحكام، منشأة المعارف، ط01، الإسكندرية 1993، ص 292.

¹⁹⁵³ Nadhir Benammou, op cit, p 457.

. قرار المجلس الأعلى . الغرفة المدنية . المؤرخ في 06/01/1982، ملف رقم 17885، م ق ، ع 02، س 1989، ص 13: حيث لما كانت الأوجه المثارة من الأطراف أمام القضاة، تدخل ضمن وسائل الدفاع، فإن عدم قيامهم بمناقشتها والرد عليها، يعتبر نقضا في التسبب يستوجب النقض.

1 . عدم الرد على الطلبات:

الطلب هو عمل إجرائي بمقتضاه يقوم الخصوم بعرض ادعاءاتهم على المحكمة، بغرض دعوتها للاستجابة لهم فيما يدعونهم¹⁹⁵⁵، ويوجب المشرع على القضاة أن يستعرضوا في أحكامهم ولو بإيجاز وقائع القضية وطلبات وادعاءات الخصوم ووسائل دفاعهم، مع واجب الرد عليها¹⁹⁵⁶.

ويلتزم القاضي بالرد على الطلب المعروض عليه، سواء تعلق هذا الطلب بموضوع النزاع الأصلي، أو تعلق بمسألة إجرائية شكلية¹⁹⁵⁷، وسواء كان هذا الطلب أصليا أو احتياطيا، حيث تراقب المحكمة العليا من خلال أسباب الحكم فيما إذا كان القاضي قد رد على الطلبات المعروضة عليه، إذ تسمح هذه الأسباب للمحكمة العليا من الوقوف على مدى وجود الرد من عدمه، وعلى مدى كفايته لحمل المنطوق الفاصل في الطلب¹⁹⁵⁸.

فإذا ما تقدم المدعي بطلب سماع شهود، وكانت الواقعة المدعى بها مما يجوز إثباتها بالشهادة، ورأت المحكمة أنه لا مبرر لسماع الشهود، فإن ذلك مما يدخل في سلطة تقديرها، لكن بشرط أن تقيم ردها على أسباب كافية لتبريره، ويكون التسبب قاصرا إذا لم يواجه طلب المدعي ولم يحققه مع حاجته للتحقيق، أو إذا صرحت المحكمة أنها لا تقبل سماع الشهود لمجرد أنها تتخوف من إمكانية فساد ذمة هؤلاء الشهود، دون أن تورد أسباب تخوفها، ودون أن يكون لهذه الأسباب ما يثبتها في أوراق الدعوى¹⁹⁵⁹.

¹⁹⁵⁴ Jules LE CLEC'H , Moyens et arguments devant la cour de cassation,jcp , I, 1951,N 939.

¹⁹⁵⁵ يوسف المصاورة ، مرجع سابق ، ص 210.

¹⁹⁵⁶ راجع المادة 277 من ق ا م ا د .

¹⁹⁵⁷ عزمي عبد الفتاح ، تسبب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية ، مرجع سابق ، ص 327.

¹⁹⁵⁸ قرار المحكمة العليا . الغرفة التجارية والبحرية . المؤرخ في 2008/02/06 ، ملف رقم 428318 ، مج مح ع ، ع01 ، س2008 ، ص 152 : حيث فعلا يتبين من أسباب القرار المنتقد وأنها ناقشت الالتزامات التعاقدية حول المحل التجاري ومن أخل بها ، ولم يتعرض القرار المنتقد لمناقشة طلبات الطاعن الناتجة عنها ، وعليه فإن المحكمة العليا ترى أن القرار المنتقد مشوب بالقصور في التسبب ، مما يعرضه للنقض والإبطال .

¹⁹⁵⁹ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج02 ، مرجع سابق ، ص 322 هـ01.

والطلب الذي تلزم المحكمة بذكره والرد عليه هو الطلب الذي يعرض على المحكمة بشكل صحيح وواضح وجازم، والذي يكون له علاقة بالوقائع، ويكون له ما يسنده من أدلة¹⁹⁶⁰، لذلك فإن المحكمة لا تلزم بالرد على طلب قدم بعد إقفال باب المرافعة، أو على طلب قدم على سبيل الإحتمال والشك¹⁹⁶¹، وهذا يعني عدم الالتزام بالرد على الطلبات التي يطرحها الخصوم والتي لا تكون معروضة عرضاً كافياً على قضاة الموضوع¹⁹⁶²، والطلبات التي ليس لها صلة بالنزاع، أو التي لا تؤثر في الحل الوارد في المنطوق الذي جاء مستنداً إلى قاعدة قانونية سليمة¹⁹⁶³، فإذا طلب مثلاً المدعي من المحكمة استجوابه في واقعة معينة، ورأت المحكمة أنها ترد هذا الطلب، فاكتفت بالقول أن هذا الطلب وإن كان جائزاً تقديمه إلا أن الواقعة المطلوب الاستجواب عنها لا تتعلق بالدعوى، فإن هذا التسبب كاف لا يجوز إثارة الجدل بشأنه¹⁹⁶⁴.

ولا يلزم قضاة الإستئناف بالرد على الطلبات التي تسقط بعدم إبداءها أمام محكمة أول درجة، كالدفع ببطلان التكاليف بالحضور أمام هذه المحكمة¹⁹⁶⁵، ولا يلزمون أيضاً بالرد على الدفوع والطلبات التي تمسك بها الخصوم أمام قاضي الدرجة الأولى لكنهم تنازلوا عنها صراحة أمام

¹⁹⁶⁰ قرار المحكمة العليا . الغرفة الإحتماعية . المؤرخ في 2005/03/16، ملف رقم 288364، مج مح ع ، ع01، س 2005، ص 107: حيث يتبين فعلاً من الحكم المطعون فيه ، أن الطاعنة طلبت أصلاً رفض الدعوى لعدم التأسيس ، واحتياطياً طلبت تطبيق المادة 04.73 من قانون 11.90 المتعلق بعلاقات العمل ، والحكم المطعون فيه أشار إلى طلبها الإحتياطي في أسبابه ، إلا أنه لم يعن بفحص هذا الطلب والفصل فيه رغم إفصاحها عن رفض إعادة الإدراج بعبارة لا لبس فيها ولا غموض .

¹⁹⁶¹ يوسف المصاورة ، مرجع سابق ، ص 211.

¹⁹⁶² قرار المحكمة العليا . الغرفة التجارية والبحرية . المؤرخ في 2007/04/04، ملف رقم 409095، مج مح ع ، ع01، س 2007، ص 374: حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أن الطاعنة لم تناقش المبلغ المذكور بالدقة التي تتطلب رداً من قضاة الإستئناف، بل اكتفت بالقول أنه خيالي، وهذا غير كاف لإلزام القرار المطعون فيه بالرد .

¹⁹⁶³ حلمي محمد الحجار ، مرجع سابق ، ج02 ، ص 340.

¹⁹⁶⁴ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج02، مرجع سابق ، ص 475 هـ01.

¹⁹⁶⁵ علي محمود علي حموده ، النظرية العامة في تسبب الحكم الجنائي في مراحلها المختلفة ، مرجع سابق ، ص

جهة الإستئناف¹⁹⁶⁶، أو على الطلبات الجديدة التي تطرح لأول مرة أمام هذه الجهة، كون أن هذه الطلبات لا يجوز سماعها لأول مرة لمساسها بمبدأ التقاضي على درجتين¹⁹⁶⁷.

ويجب على الطاعن الذي يتمسك أمام محكمة النقض بعدم رد قاضي الموضوع على طلباته، أن يثبت أن هذا الطلب مقدم من طرفه، بحيث لا يجوز له، أن يلوم قضاة الموضوع على عدم ردهم على طلبات تقدم بها خصومه¹⁹⁶⁸، كما يتعين عليه أن يثبت أن عدم الرد على طلبه قد أضر بحقوقه، فمثلا لا يلام قضاة الاستئناف على عدم ردهم على طلب الطاعن تأييد الحكم المستأنف في مسألة لم تكن محل إستئناف من طرفه¹⁹⁶⁹.

كذلك، يتعين أن يكون الطلب مكتوبا، فالمادة 09 من ق ا م ا د، صريحة من حيث جعل الكتابة هي الأصل في سير إجراءات الخصومة، وبالتالي فإن كل الطلبات والدفع التي يتم تقديمها في شكل مرافعات شفوية، لا يلزم قضاة الموضوع بالرد عليها¹⁹⁷⁰، حيث أن المحكمة العليا وفي سبيل التحقق من أن الوسيلة المدعى بعدم الرد عليها قد تم طرحها فعلا من طرف الطاعن، تقوم بالرجوع إلى القرار المطعون فيه، أو إلى العرائض والمذكرات المؤشر عليها من طرف المحكمة¹⁹⁷¹.

¹⁹⁶⁶ أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين، مرجع سابق، ص 202.

¹⁹⁶⁷ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص 572 هـ 05.

¹⁹⁶⁸ قرار المحكمة العليا. الغرفة العقارية. المؤرخ في 2004/09/22، ملف رقم 267615، مج مع ع، ع01، س 2007، ص 411: وحيث من جهة أخرى فإنه لا يحق للطاعنين الدفاع عن مصالح أملاك الدولة عملا بقاعدة لا يتقاضى أحد في مكان الآخر.

¹⁹⁶⁹ Jacques Boré, op cit, p 470.

¹⁹⁷⁰ Cass.civ. I.15/11/1966. Bull.civ. I. N 511.

¹⁹⁷¹ قرار المحكمة العليا. غرفة الأحوال الشخصية. المؤرخ في 2006/11/15، ملف رقم 374633، مج مع ع، ع01، س 2007، ص 518: لكن حيث بمراجعة القرار المطعون فيه لا يظهر فيه أية إشارة تفيد وأن الطاعن كان قد دفع بعدم قبول استئناف فريق (س د) (س و)، (س م) لكونه جاء خارج الأجل أو بوفاة (س س)، ولما لم يتبين ذلك من القرار المطعون فيه فإن الوجه المثار يكون على غير أساس.

وإذا كان من بين أسباب الحكم ما يمكن من خلاله الوصول ضمناً إلى أن الطلب مرفوض، فإن هذه الأسباب تكون كافية للقول بأن المحكمة قد ردت على الطلب¹⁹⁷²، لكن هذا النوع من الردود لا يمكن التسليم بكفايته دائماً، حيث يجب أن يتعلق الطلب محل الرد الضمني بمسألة تدخل في السلطة التقديرية لقضاة الموضوع، أو أن يكون السبب الذي يحمل منطوق الحكم قد أجاب على كل المسائل بحيث يجعل من الطلب المثار من الطاعن بدون تأثير على النزاع، والحقيقة أن المحكمة العليا لها سلطة القول أن الرد الصمني كاف أو أن الطلب يحتاج إلى رد صريح، وموقف المحكمة العليا يختلف بحسب الطلب، وحسب وقائع القضية المعروضة عليها.

2. عدم الرد على الدفوع:

الدفوع هي جواب الخصم على ادعاء خصمه بقصد منع الحكم له، إذ يهدف من خلال هذه الوسيلة الإجرائية تجنب الحكم على الخصم بطلبات خصمه، ويتحقق هذا الهدف بوسائل دفاع متعددة، تتمثل في الدفوع الشكلية، والدفوع الموضوعية¹⁹⁷³.

وقد استقر الفقه والقضاء على أن المحكمة ملزمة بالرد على كل دفاع جوهرى يعرضه الخصوم عليها، بشرط أن يكون قد تم تقديمه بشكل واضح وصريح ومقبول قانوناً¹⁹⁷⁴.

ويذهب الأستاذ فتحي والي إلى القول بأنه يجب التفرقة بين الدفع والدفاع، فالمحكمة ملزمة بأن ترد رداً كافياً على كل دفع من الدفوع، أما أوجه الدفاع فإنها ليست ملزمة بالرد إلا على الجوهرى منها، وذلك لما للدفع من أهمية بارزة في الخصومة، في حين أن أوجه الدفاع قد يغني بعضها عن بعض، كما أن الرد على إحداها قد ينطوي على معنى إطراح ما عداها¹⁹⁷⁵.

¹⁹⁷² قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 2006/09/13 ، ملف رقم 358696 ، مج مح ع ، ع02 ، س 2007 ، ص 373 : حيث أن عدم رد قضاة الموضوع على طلب تعيين خبير آخر يعني أنهم رفضوه ضمناً وخاصة أنهم سبق لهم أن عينوا خبيرين إنتهيا إلى نفس النتيجة ، وبالتالي فإن قضاة الموضوع لم يقصروا في تسبيب قرارهم ، فالوجه غير مؤسس .

¹⁹⁷³ أحمد السيد صاوي ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، مرجع سابق ، ص 279 .

¹⁹⁷⁴ يوسف المصاورة ، مرجع سابق ، ص 200 .

¹⁹⁷⁵ فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، مرجع سابق ، ص 572 هـ 02 .

. نجد هذه التفرقة أيضاً في قضاء المحكمة العليا ، حيث صرحت : إن الدفع والدفاع يطرح مسألة قانونية ، سواء يمس بالشكل فيما يخص بالدفع أو بالموضوع فيما يخص الدفاع ، ويستوجب على القاضي الإجابة عليها بموجب

والدفاع الجوهري الذي يتعين على المحكمة الرد عليه هو الدفاع الذي له دليل قائم في أوراق الدعوى، والدفاع الذي يجد له أساس في القانون¹⁹⁷⁶، والدفاع الذي يتغير به وجه الرأي في الدعوى¹⁹⁷⁷.

ويتعين على قضاة الموضوع في ردهم على الدفع المثار أمامهم أن يتقيدوا بمضمونه، بحيث أنه لا يجوز لهم الخروج عنه وذلك بتحريف مقصد صاحبه وتقويله ما لم يقل، لأن من شأن ذلك أن يؤدي إلى خطئهم في الرد، مما يترك الدفع المثار بدون جواب حقيقي، الأمر الذي سيؤدي إلى الوقوع في شائبة القصور في التسبيب¹⁹⁷⁸.

وإن لم تصرح المحكمة في حكمها بما قضت به بالنسبة للدفع، كما لو دفع المدعى عليه بأن الدين المطالب به هو دين قمار، فأجابت بأن طلب المدعي مؤسس كون أن الدين ثابت ومستحق، دون أن ترد على دفع المدعى عليه، فإنها تكون قد قضت ضمناً برفض هذا الدفع، فإذا كان السبب الذي ساقه قاضي الموضوع في هذا المثال يقوم على أدلة سائغة، فإنه يصلح بأن يكون فيه الرد الضمني على رفض دفع المدعى عليه، ولا يلام بعد ذلك قضاة الموضوع كونهم لم يردوا عليه¹⁹⁷⁹.

حكم. انظر : قرار المحكمة العليا . الغرفة الإجتماعية . المؤرخ في 1999/12/07، ملف رقم 181927، م ق ، ع02، س2000، ص 111.

¹⁹⁷⁶ أنور طلبية ، مرجع سابق، ج05 ، ص 279.

¹⁹⁷⁷ مصطفى كيره ، مرجع سابق ، ص 541.

. قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 2011/03/10، ملف رقم 643997، مج مح ع ، ع01، س 2011، ص 143: حيث أن عدم الرد على الدفوع التي لو صحت لأدت إلى تغيير وجه الفصل في الدعوى يجعل القرار المنتقد مشوباً بالقصور في التسبيب وهو ما يعرضه للنقض والإبطال .

¹⁹⁷⁸ قرار المحكمة العليا . غرفة الأحوال الشخصية . المؤرخ في 2005/02/23، ملف رقم 331696، مج مح ع ، ع01، س 2005، ص 312 : حيث أن مجلس قضاء وهران لم يناقش الدفع مثلما طرحه صاحب الطعن ، بل أكثر من ذلك فإنه حرف مضمونه إذ اعتبر خطأ أن المستأنف أثار دفعا بعدم الإختصاص المحلي للقضاء الجزائري ، وحيث أن الطاعن لم يتمسك بأي دفع بعدم الإختصاص المحلي للقضاء الجزائري ، وإن كان قد أشار في عريضة استئنافه أن المطعون ضدها هي مقيمة في فرنسا وليس بالجزائر ، وحيث أنه كان من الواجب على مجلس قضاء وهران أن يتقيد بمضمون الدفع المثار أمامه وأن يناقشه كما ورد في عريضة الإستئناف ، وأن لا يحرف محتواه وقصد صاحبه .

¹⁹⁷⁹ وجدي راغب فهمي ، النظرية العامة للعمل القضائي ، مرجع سابق ، ص 391.

3 . عدم الرد على الوسائل غير المنتجة لا يشكل قصورا في التسبيب:

الوسائل غير المنتجة هي تلك التي ليس لها صلة مباشرة بالمسألة المتنازع عليها، فمحكمة النقض لا تلزم قضاة الموضوع إلا بالرد على الوسائل التي من شأنها أن تؤدي إلى حل النزاع، فالقاضي ملزم بالرد على الوسيلة حتى ولو كانت خاطئة أو غير ملائمة طالما أن لها تأثير على حل النزاع، فالعبرة ليست بقيمة الوسيلة، وإنما بفائدتها في حل النزاع، لأن الوسيلة تعبر عن فكرة وظيفية على القاضي أن يأخذ في الإعتبار غايتها¹⁹⁸⁰.

وعلى ذلك، فإنه يكفي أن يورد القاضي في حكمه الأسباب الكافية لحمل قضائه، فالمحكمة غير ملزمة بالرد على كل ما قدمه الخصوم من حجج وأسانيد، ذلك أن إدعاءات الخصوم التي لا برهان عليها لا يلزم القاضي بالرد عليها، إذ لو تم إلزام القاضي بالرد عليها لفتح الباب أمام مشاكسة الخصوم لتأخير الفصل في الدعوى¹⁹⁸¹، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأنه بحسب قاضي الموضوع أن يبين الحقيقة التي اقتنع بها وأن يقيم قضاءه على أسباب سائغة تكفي لحمله، ولا عليه بعد ذلك أن يتتبع الخصوم في مختلف أقوالهم وحججهم وطلباتهم، بأن يرد عليها استقلالا على كل قول أو حجة أو طلب أثاروه، ما دام قيام الحقيقة التي اقتنع بها واردة دليلها فيه الرد الضمني المسقط لتلك الأقوال والحجج والطلبات¹⁹⁸²، وفي نفس الاتجاه وتقريبا باستعمال نفس المصطلحات سار قضاء المحكمة العليا في أحد قراراته

. قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 2007/01/17، ملف رقم 390680، مج مح ع ، ع 02، س 2007، ص 413 : حيث أنه وبالرجوع إلى القرار المطعون فيه وسائر أوراق الدعوى يتضح أن المجلس ولإجابة المدعى عليهم في الطعن إلى طلبهم بتوسيع الممر الوحيد بنى قضاءه على اعتبار وأنه لم يعد يسمح بمرور السيارات، ومن هنا يكون القرار المطعون فيه مسبب بما فيه الكفاية طالما وأن ما أشار إليه القضاء له أصل ثابت بالخبرة ويتضمن الرفض الضمني لباقي الدفوع، وبهذا يكون هذا الوجه غير سديد .

¹⁹⁸⁰ محمد نور عبد الهادي شحاته ، سلطة محكمة النقض في استبدال الأسباب في المواد المدنية ، مرجع سابق ، ص 171 .

¹⁹⁸¹ عبد القادر سيد عثمان ، مرجع سابق ، ص 195 .

¹⁹⁸² حكم نقض مصري غير منشور، جلسة 1977/01/05، الطعن رقم 68 لسنة 41 قضائية إيجارات، مشار إليه في : عبد القادر سيد عثمان ، مرجع سابق ، ص 196 .

المنشورة¹⁹⁸³، كما أن المحكمة غير ملزمة بالرد على الوسيلة التي تتسم بعدم الجدية، كأن يكون الطلب أو الدفاع المثار، يتعلق بمسألة واضحة، بحيث أن المطلع على الحكم يتبين له مباشرة أن هذه المسألة لا تحتاج إلى توضيح من أجل بيانها¹⁹⁸⁴.

ب . عدم بحث الأدلة المعروضة في الدعوى بحثا كافيا :

إن بحث المستندات المعروضة أمام قاضي الموضوع بحثا كافيا هو الذي يسمح للمحكمة العليا من التعرف على مدى إحاطة قاضي الموضوع بجميع العناصر المكونة للحل القانوني الذي طبقه، حيث أن التقصير في هذا النشاط سيؤدي بالنتيجة إلى جعل الحكم الصادر في الدعوى ناقص من حيث التعليل¹⁹⁸⁵، فالبحث الكافي لعناصر القاعدة القانونية الواجبة التطبيق هو الذي يسمح للمحكمة العليا من الوقوف على مدى توفر هذه العناصر، وبالتالي مدى سلامة تطبيقها¹⁹⁸⁶.

¹⁹⁸³ قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 2004/09/22، ملف رقم 267615، مج مح ع ، ع01، س 2007، ص 412: لكن لما كان البين من القرار المنتقد والحكم المؤيد بموجبه أسبابا ومنطوقا أن قضاة الموضوع ذكروا في حيثياتهم وذلك على ضوء العناصر التي أبرزتها الخبرة المنجزة اعتمادا على المستندات والعقود المقدمة للنقاش أن الأرض موضوع النزاع مشاعة بين المدعى عليهم في الطعن وأملك الدولة ، وأن الطاعنين يشغلون الأرض محل النزاع دون سند، ومن هنا فهذا التبرير كاف لإسناد قضائهم ولا لوم عليهم إن هم لم يتتبعوا الأطراف في جميع مناحي أقوالهم ويجيبون عليها الواحدة تلو الأخرى ، وبالتالي يكون هذا النعي غير وجيه .

¹⁹⁸⁴ قرار المحكمة العليا . الغرفة التجارية والبحرية . المؤرخ في 2007/05/02، ملف رقم 420741، مج مح ع ، ع02، س 2007، ص 346: حيث أنه لئن كان يجب على قضاة الموضوع الرد على طلبات الأطراف ووسائل دفاعهم ودفوعهم، فإنهم يكونون في غنى عن ذلك إذا اتسمت هذه المسائل بعدم الجدوى ، إذ أنه من الواضح أن العمال القائمين بالتفريغ يعملون تحت السلطة الفعلية للطاعة من حيث رقابتهم وتوجيههم.

¹⁹⁸⁵ قرار المحكمة العليا . الغرفة التجارية والبحرية . المؤرخ في 2007/10/03، ملف رقم 417999، مج مح ع ، ع02، س 2007، ص 331: حيث بالفعل ثبت من القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع لئن صرحوا بأن الإحتجاجات لا تقبل من طرف الطاعة إلا داخل مهلة الضمان المحددة بسنة ، فكان عليهم تبيان تاريخ بدايته ، حيث ثبت من العقد المبرم بين الطرفين والمذكور في القرار المطعون فيه أن مهلة الضمان تسري ابتداء من تاريخ التشغيل ، حيث أن الإعتماد على تاريخ الفاتورة غير كاف وحده لتحديد بداية سريان مهلة الضمان إذ لم يبين القضاة تاريخ بداية التشغيل الحسن لهذه الآلات ، حيث أن الوجه المثار شديد الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه .

¹⁹⁸⁶ قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 2007/02/14، ملف رقم 390416، مج مح ع ، ع02، س 2007، ص 409: وحيث أنه يتضح من قراءة القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع وللزام الطاعن بغلق

إذا قدم الخصوم مستندات من شأنها التأثير في الدعوى، وتمسكوا بدلائلها، فإنه يكون من واجب قاضي الموضوع إذا رأى الالتفات عن التحدث عنها كلها أو بعضها أو إطراح دلائلها المؤثرة في حقوق الخصوم مع ما قد يكون لها من الدلالة، أن يبين في مدونات حكمه ما يبرر هذا الإطراح، وإلا فإن حكمه يكون مشوب بعيب القصور في التسبيب، ويكون حكمه كذلك، إذا لم يعرض لأقوال الشهود إيرادا وردا، وأغفل بحث دلالة أقوال بعض الشهود التي لو عني بها لجاز أن يتغير بها وجه الرأي في الدعوى¹⁹⁸⁷، أو اعتمد على مستند، وأغفل مناقشة مستند آخر رغم أن هذا الأخير له تأثيره في حل النزاع¹⁹⁸⁸.

ولا يكفي أن يرد قضاة الموضوع على أدلة الخصوم المعروضة عليهم، بل يجب أن يكون ردهم سليما ويتفق مع قواعد المنطق¹⁹⁸⁹، أي أن يكون ردا سائغا ومقبولا، والعبرة في كون الرد

النوافذ الثلاثة صرحوا أن المطلات التي فتحها الطاعن تسبب ضررا للغير، وهذا دون أن يبرزوا مدى توفر المسافة القانونية من عدمه عملا بالمادتين 709 و710 من القانون المدني، وحيث بالتالي فإن القضاة بقضاءهم كما فعلوا يكونون قد أعبوا قرارهم بالقصور في التسبيب وعرضوه للنقض والإبطال.

. قرار المحكمة العليا . غرفة الأحوال الشخصية . المؤرخ في 2006/05/17، ملف رقم 364850، مج مح ع، ع02، س2007، ص440: حيث أن قضاة الموضوع استندوا في قضاءهم لإسناد حضانة الطفل إلى جدته لأم على أساس أنها أولى من خاله من جهة، وكون الطاعن منع الطاعنة من زيارة هذا الطفل وطردها = = من سكنها، لكن حيث أن العامل الذي يؤخذ بنظر الإعتبار في مثل هذه الدعوى هو مراعاة مصلحة المحضون أولا وأخيرا، وأن قضاة الموضوع لم يبرزوا أين تكمن هذه المصلحة، ودون إبراز ذلك أو الأخذ بعين الاعتبار عامل وجود الطفل محل النزاع عند الطاعن مدة تفوق ثلاثة سنوات، وكان بإمكان قضاة الموضوع الإستعانة بمرشدة اجتماعية في هذا الموضوع، ولما قضى قضاة الموضوع دون العمل بما أشير إليه أعلاه، فإن قضاءهم جاء مشوبا بالقصور مما يجعله عرضة للنقض والإبطال.

¹⁹⁸⁷ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص574.

¹⁹⁸⁸ قرار المحكمة العليا . الغرفة التجارية والبحرية . المؤرخ في 2008/04/09، ملف رقم 431239، مج مح ع، ع01، س2008، ص157: حيث كان على قضاة المجلس مناقشة عقد الإيجار ومدى تطبيقه ولا يعتمدون على مقرر إداري صادر عن جهة واحدة لعقد أبرم بين طرفين وإرادتين مستقلتين، وذلك أن عملية فسخ العقود لا تكون إلا من طرف القضاء فقط، مما أدى فعلا إلى عدم تسبيب القرار تسببا قانونيا، وعليه فإن الوجه مؤسس ويؤدي إلى نقض القرار.

¹⁹⁸⁹ قرار المحكمة العليا . غرفة الأحوال الشخصية . المؤرخ في 1998/06/16، ملف رقم 197335، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، س2001، ص282: حيث أن عدم اعتبار الشهادات الطبية

سائغا أن يكون صالحا عقلا ومنطقا لتبرير رأي المحكمة، لذلك جرى العمل على أن الرد على المستندات الفنية لا بد أن يكون فنيا، فإذا رأت المحكمة عدم التعويل على مستند فني، فإنه يتعين عليها أن تستند في ذلك إلى تبريرات فنية كتقرير الخبير مثلا¹⁹⁹⁰.

وإذا كان لقضاة الموضوع سلطة تقدير وبحث الأدلة المعروضة عليهم، والمفاضلة بين الوثائق المقدمة من طرف الخصوم، فإن سلطتهم هذه لا بد أن تكون مستندة إلى أسباب معقولة وغير مخالفة للقانون، و أن تتضمن هذه الأسباب بحثا كافيا لهذه الوثائق¹⁹⁹¹، فإذا تطابق الرد مع المبدأ القانوني الواجب إعماله في القضية، فإنه يكون كافيا، ولا مطعن على الحكم في أنه قاصر من حيث تسببه، ذلك أن معقولية الرد وانسجامه مع قواعد المنطق، وعدم مخالفته للقانون، هو الحد الفاصل بين ما يدخل في سلطة رقابة النقض، وبين ما يخرج عن نطاق

على أساس أنها حررت بعد وفاة الواهب قول غير سليم ، لأن الشهادات تشهد على حالة الواهب وقت علاجه من مرضه ، ولا يعقل أن يطلب تقديم شهادات بتاريخ وقت العلاج .
¹⁹⁹⁰ محمد علي الكيك ، مرجع سابق ، ص 250.

. قرار المحكمة العليا . الغرفة المدنية . المؤرخ في 2006/07/19، ملف رقم 334050، مج مح ع ، ع01، س 2007، ص 220: حيث أن موضوع التحاليل الطبية هي مسألة فنية عالجه الخبير بالكيفية المكلف بها من طرف قضاة الموضوع والتي انتهوا نتيجة لها إلى قضاءهم ، وبذلك فقد ردوا على ما أثاره الطاعن في هذا الخصوص ، بحيث ورد في القرار المطعون فيه أن ما يدفع به المستأنف بكونه قدم شهادة طبية تفيد أن ابن المرجع اكتسب المرض وراثيا هو دفع غير جدي لأن أبواه لا يعانيان من هذا المرض والمستأنف لم يقدم ما يبرر ذلك ، وبالتالي فإن هذا التسبب كاف وواف خلافا لما أثاره الطاعن في هذا الوجه .

¹⁹⁹¹ قرار المحكمة العليا . الغرفة المدنية . المؤرخ في 2007/01/24، ملف رقم 353853، مج مح ع ، ع01، س 2007، ص 246.245 : حيث يتبين بالرجوع إلى القرار المطعون فيه أن الطاعن قدم بطاقة مؤرخة في 30 جانفي 2001 صادرة عن مهندس المناجم ، بينما قدم المطعون ضده بطاقة مؤرخة في 21 ماي 2001 صادرة عن خبير ، وحيث أن البطاقة الأولى تنفي وجود عيب ، بينما تدل الثانية عن وجود عيب في الرقم التسلسلي ، وبما أن البطاقة المؤرخة في 30 جانفي 2001 هي وثيقة رسمية فهي تنتج كل آثارها إلى حين إثبات تزويرها ، وإلى جانب ذلك لم يوضح القضاة مصدر البطاقة المؤرخة في 21 ماي 2001 المعتمد عليها من طرفهم هل هي صادرة عن مهندس المناجم الولائي أم عن خبير خاص منتدب من طرف القضاء أم طلبا من المطعون ضده ، وحيث أن إبعاد بطاقة مراقبة واعتماد أخرى على أساس حداثة التاريخ يجعل من القرار منعدم التسبب ويعرضه للنقض .

رقابتها¹⁹⁹²، وهنا يمكن أن نستنتج أن رقابة التسبب لم تعد مجرد رقابة شكلية خارجية تقف فيها المحكمة العليا على مجرد وجود الأسباب، وإنما أصبحت رقابة داخلية و شبه موضوعية تبحث المحكمة العليا من خلالها في قيمة تلك الأسباب ومصمونها¹⁹⁹³.

فقاضي الموضوع هو صاحب السلطة في تقدير الدليل الجائز له الأخذ به، ما دام أن هذا الدليل مقبول قانونا، وما لم يكن له حجية محددة قانونا، لكن بشرط أن يبين في حكمه الإعتبارات المقبولة التي بنى عليها قضاءه، فلا يعتمد واقعة بدون سند لها، ولا يستخلص من الوقائع نتيجة غير مقبولة عقلا، فإذا بنى حكمه على واقعة استخلصها من مصدر لا وجود له، أو موجود ولكنه مناقض لما أثبتته، أو غير مناقض ولكن من المستحيل عقلا استخلاص تلك الواقعة منه، كان هذا الحكم معيبا يتعين نقضه¹⁹⁹⁴.

ثانيا . تناقض الأسباب :

في تحديده لأوجه الطعن بالنقض، فإن المشرع لم ينص إلا على التناقض بين الأسباب والمنطوق، دون أن يبين لنا مركز التناقض بين الأسباب في هذه الأوجه، لكن بالرجوع إلى المستشار عبد السلام ديب، وبصفته أحد المشاركين في وضع قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإنه يدرج عيب تناقض الأسباب في ما بينها تحت وجه القصور في التسبب¹⁹⁹⁵.

¹⁹⁹² قرار تعقيبي مدني ، رقم 46192 ، مؤرخ في 16/10/1997، نشرية محكمة التعقيب ، www.e-justice.tn ، ص ص 141.140 :وحيث أن هذا التعليل الذي ذهبت إليه محكمة القرار يتطابق مع المبدأ القانوني الواجب إعماله في القضية ضرورة أن الطرفين وإن حددا أجل للخلاص إلا أنهما لم يرتبوا الفسخ عن عدم الوفاء فيصبح الأمر من اختصاص محكمة الموضوع من حقها أن تنتظر في وجود المماثلة من عدم ذلك ، وفي استخلاص النتائج القانونية من وقائع القضية المعروضة عليها وأدلتها، ومن المقرر قانونا أنه لا حرج على المحكمة في كل أمر يجعل القانون فيه لها حق الإجتهد إن مالت لجانب دون جانب آخر، لأنه لا رقابة لمحكمة التعقيب إذا تصرفت المحكمة بما لها من سلطة تقديرية معترف لها بها قانونا وفي حدود هذه السلطة = وترتيباً على ذلك أصبح المأخذ يرمي إلى منازعة محكمة الأصل فيما هو داخل في سلطتها التقديرية في وجود داع لسبب الفسخ من عدم ذلك وهو أمر موضوعي لا يخضع لرقابة محكمة التعقيب الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن .

¹⁹⁹³ Nadhir Benammou, op cit ,P279.

. وجددي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي ، مرجع سابق ، ص 380.

¹⁹⁹⁴ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، ج02، مرجع سابق ، ص 97 هـ 02.

¹⁹⁹⁵ عبد السلام ديب ، مرجع سابق ، ص 252.

ومن جهة أخرى، فإن الفقه يضع كل من تناقض الأسباب مع المنطوق وتناقض الأسباب مع بعضها تحت عيب تناقض الأسباب¹⁹⁹⁶.

وتأسيساً على ما سبق، فإنه يحسن بنا أن ندرج وجه النقض المأخوذ من تناقض الأسباب مع المنطوق في دراسة عيب القصور في التسبيب، رغم أن المشرع فرق بينهما عند تحديد الأوجه، لكن هذه التفرقة لا تستند على أساس فقهي، وإنما فقط الهدف منها تسهيل عملية استخراج العيوب بالنسبة للطاعن، وبالنسبة للمحكمة العليا .

لدراسة هذا النوع من العيوب التي تلحق بالحكم القضائي، فإنه يتعين علينا البحث في تعريفه وشروطه، من جهة، و البحث في صورته من جهة أخرى.

أ . تعريف التناقض بين الأسباب وشروطه :

سنحاول في البداية إيجاد تعريف لمصطلح تناقض الأسباب باعتباره مصطلحاً قانونياً ، وذلك من خلال استعراض بعض التعريفات التي عرضها الفقه والقضاء لهذا المصطلح ، ثم نقوم في مرحلة ثانية استعراض لمجمل الشروط التي بتوافرها يمكن أن نقول أن أسباب الحكم متناقضة .

1 . تعريف التناقض بين الأسباب :

تناقض الأسباب هو مصطلح قانوني يقصد به تعارض الأسباب وتماحيها بحيث يسقط بعضها بعضاً، أو ينفي بعضها ما أثبتته البعض الآخر¹⁹⁹⁷ .

ويعتبر التناقض من العيوب التي تشوب الجانب الواقعي في الحكم¹⁹⁹⁸، بشكل يؤدي معه إلى عدم إمكانية فهم على أي أساس قام قضاء المنطوق، أو تتماحي به الأسباب بحيث لا يبقى بعدها ما يمكن حمل الحكم عليه¹⁹⁹⁹، ما يؤدي إلى تعجيز محكمة النقض عن مباشرة سلطتها في التحقق من مدى صحة تطبيق القانون²⁰⁰⁰، الأمر الذي يجعله مصدراً قوياً لنقض العديد من الأحكام²⁰⁰¹، ذلك أن محكمة النقض وهي تمارس رقابتها التأديبية على قضاة

¹⁹⁹⁶ رمضان ابراهيم عبد الكريم موسى ، مرجع سابق ، ص 154 وص 170.

¹⁹⁹⁷ رمضان ابراهيم عبد الكريم موسى ، مرجع سابق ، ص 154.

¹⁹⁹⁸ مصطفى كيره، مرجع سابق ، ص 500.

¹⁹⁹⁹ أنور طلبة ، مرجع سابق ، ج 05، ص 337.

²⁰⁰⁰ أحمد هندي، مرجع سابق، ص 144.

²⁰⁰¹ أحمد هندي، مرجع سابق، ص 39.

الموضوع من خلال أحكامهم، لا يمكنها أن تبقى صامته في مواجهة هذا الخطأ الواضح، المعبر عن تجاوزهم لسلطتهم، لذلك يتعين عليها الوقوف بصرامة ضد هذا النوع من العيوب، حتى لا يفسر صمتها على أنه تقهقر لوظيفتها القضائية²⁰⁰².

ويرى البعض أن التناقض هو تعبير عن سوء وفساد العمليات الإستدلالية التي قام بها القاضي²⁰⁰³، بشكل يؤدي إلى سقوط الأساس الذي يقوم عليه حكمه، بسبب أن هذا التناقض يجعل من أسباب الحكم غير كافية لحمله²⁰⁰⁴، بينما يرى البعض الآخر أن تناقض الأسباب يشكل صورة من صور انعدام الأساس القانوني للحكم، وليس إنعدام للحكم في حد ذاته²⁰⁰⁵. لكن الرأي الراجح هو اعتبار التناقض عيب يؤدي إلى إنعدام الأسباب، لا إلى إنعدام الأساس القانوني للحكم، ذلك أن انعدام الأساس القانوني هو عيب يتعلق بأسباب موجودة فعلا، بينما التناقض يجرد الحكم من كل أسبابه²⁰⁰⁶.

2. شروط التناقض بين الأسباب :

بالرجوع إلى الفقه وقضاء النقض نفسه، فإن مسألة قبول وجه النعي المأخوذ من التناقض، تقع تحت مجموعة من الشروط يتعين توفرها في السبب المدعى بتناقضه.

²⁰⁰² Gabriel Marty , op cit , p352.

. قرار المجلس الأعلى . الغرفة الإجتماعية . المؤرخ في 1984/11/12، ملف رقم 32150، م ق ، ع04، س 1989 ، ص 202: عن الوجه المثار تلقائيا من طرف المجلس الأعلى ، حيث بالإطلاع على القرار المطعون فيه يلاحظ من جهة أن الوثائق المقدمة لا تثبت صفة مستأجر قانوني، وإنما تدل على شغل = الأماكن من الأطراف بحسن نية محيلا الأطراف إلى تصحيح وضعيتهم ، ويذكر من جهة أخرى أنه لا يمكن إعتبار (ح ف) المستأجرة الوحيدة للأماكن ، ويضيف من جهة ثالثة أن (ق أ) وزوجته لهما الحق في البقاء بالأماكن على أنهما شاغلان للمحل بحسن نية ، وحيث أن قضاة الإستئناف وبتسبيهم هذا قد عرضوا قرارهم للنقض للقصور في التعليل والتناقض في الأسباب .

²⁰⁰³ Jacques FOYER, op cit , p 08.

. ذلك أن التناقض يعبر عن خلل منطقي في تفكير القاضي ، فمثلا لا يصح منطقا أن يقرر في الحثية الثانية أن التزام الطاعن بتسليم السيارة ثابت من خلال عقد البيع المبرم بينه وبين المطعون ضده، بعد أن كان قد قرر في الحثية الأولى أن عقد البيع المبرم بينهما باطل بطلانا مطلقا .

²⁰⁰⁴ أحمد فتحي سرور ، مرجع سابق ، ص 296.

²⁰⁰⁵ Jean Vincent et serge Guinchard, op cit, p 1025.

²⁰⁰⁶ عزمي عبد الفتاح ، تسبب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية ، مرجع سابق ، ص 309.

. يشترط في التناقض بين أسباب الحكم، أن يكون تناقضا حقيقيا²⁰⁰⁷، ومؤكدا، فلا يكفي أن يكون مجرد تناقض ظاهري، يمكن للمحكمة العليا بعد الإطلاع عليه أن تلاحظ بسهولة أنه لا يؤدي إلى التجهيل بالسبب الذي يحمل المنطوق، أو يمكن لها أن تلاحظ أنه يمكن حذف أحد الأسباب المدعى بتناقضها دون أن يتأثر الحكم، أو أنه مجرد خطأ أو إغفال مادي²⁰⁰⁸، والهدف من هذا الشرط هو عدم فتح المجال للخصوم من أجل استعمال التناقض كحجة من أجل إعادة فتح الجدل في واقع الدعوى التي يمنع على جهة النقض إعادة مناقشتها²⁰⁰⁹.

ويذهب البعض إلى القول أن التناقض الحقيقي هو التناقض الظاهر للعيان بمجرد قراءة الحكم المطعون فيه²⁰¹⁰، ويستند هذا الرأي إلى أنه يجد تأييدا من طرف القضاء، حيث ذهبت الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية إلى القول بأنه يتعين على الطاعن الذي يثير التناقض أن يبين في مذكرة طعنه وبدقة العبارات المتناقضة في الحكم المطعون فيه²⁰¹¹.

²⁰⁰⁷ قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية المؤرخ في 2004/04/21، ملف رقم 259635، مج مح ع ، عدد خاص بالغرفة العقارية ، س 2010، ص259: حيث تبين من القرار المطعون فيه أن القضاة ناقشوا الدعوى على أساس الملكية ومن ثم لم يقعوا في التناقض كما يذكره الطاعن.

²⁰⁰⁸ رمضان ابراهيم عبد الكريم موسى ، مرجع سابق ، ص 154.

²⁰⁰⁹ قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 2008/12/17، ملف رقم 477874، مج مح ع ، ع02، س2008، ص 270: عن الوجه الرابع والذي يعني فيه الطاعنون على القرار المنتقد بأنه ناقص ومتناقض التسبب : لكن حيث أن ما يثيره الطاعنون في هذا الوجه يخص الوقائع ، لأن مسألة تحديد المساحة للقطع المتنازع عليها وكذا إدخال بعض الأطراف في النزاع هو من المسائل الموضوعية التي يختص بها قضاة الموضوع والتي لا يخضعون بشأنها لرقابة المحكمة العليا.

. قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 2004/09/22، ملف رقم 267615، مج مح ع ، ع01، س 2007، ص 411: حيث لام الطاعن في هذا القرار قضاة الموضوع بأنهم قضوا بتمليك العقار للمطعون ضدهم رغم أن الخبرة أثبتت أن الأرض هي ملك للدولة ،وهذا ما يعد تناقضا في الأسباب ، فأجابته المحكمة العليا بالحشية التالية : حيث أنه بالرجوع إلى مضمون هذا الوجه يتضح وأنه مجرد تكرار للوقائع والأدلة التي سبق لقضاة الموضوع ولما لهم من سلطة تقديرية أن ناقشوها وأجابوا عنها بأسباب مستفيضة ، مما يجعل هذا الوجه غير مؤسس .

- Cass.civ. II.06/12/2001. Bull civ. II. N 183 : attendu que l'arrêt retient à bon droit que le grief tiré d'une contradiction de motifs de la sentence arbitrale constitue nécessairement une critique de la sentence au fond qui échappe au pouvoir du juge de l'annulation.

²⁰¹⁰ Jacques Boré , op cit ,p 464.

²⁰¹¹ Cass.civ. I.02/03/1976,Bull.civ. I.N87.

بينما يذهب البعض الآخر إلى أنه لا يجب التشدد في هذه المسألة، حيث أنه في بعض الأحيان يكون التناقض حقيقي ولكنه غير ظاهر للعيان، بل يحتاج إلى بعض الفحص والتدقيق في الحكم من أجل استخراج التناقض والكشف عنه، فالتناقض الضمني، وإن لم يكن ظاهراً فإنه حقيقي، ذلك أنه مثلاً عند تخادل الأسباب وتهاتها، فإن الكشف عن ذلك لا يتم بنفس السهولة التي يتم بها الكشف عن التناقض الظاهر، إلا أنه يؤدي إلى نفس النتائج التي يؤدي إليها هذا الأخير²⁰¹².

وفي رأينا، فإنه وانطلاقاً من أن التناقض هو من العيوب الشكلية التي تصيب الحكم المطعون فيه، فإنه يجب أن يكون التناقض ظاهراً ظهوراً مادياً واضحاً، لا تبذل المحكمة العليا جهداً في البحث عنه، وإنما ينصب جهدها فقط في البحث عن مدى تأثيره على المنطوق، ويجد رأينا هذا سنداً له في موقف المحكمة العليا التي تشترط أن يبين الطاعن في مذكرته وجه التناقض الذي يدعيه²⁰¹³.

كما يشترط أيضاً أن يقع التناقض بين أسباب الحكم نفسه، أما إذا وقع التناقض بينه وبين أسباب حكم آخر، فإنه لا يمكن أن يوجه له النقض على أساس التناقض في الأسباب، حتى ولو كان الحكمان يتعلقان بنفس الموضوع وبنفس الأشخاص، حيث يطرح الإشكال في هذا الصدد عند التناقض بين أسباب الحكم غير القطعي الذي أمر بإجراء تحقيق، والحكم الفاصل في الموضوع، هنا الحل يكون باعتبار أن التناقض بين أسبابهما لا يعيب الحكم الفاصل في الموضوع، على أساس أن الحكم غير القطعي ليست له حجية في مواجهة الحكم القطعي رغم أنهما صادران في نفس الدعوى، ما دام أن الحكم غير القطعي قد اقتصر على الأمر بإجراء من إجراءات التحقيق، ولم يفصل فصلاً قاطعاً في أي مسألة من مسائل النزاع²⁰¹⁴.

²⁰¹² رمضان ابراهيم عبد الكريم موسى ، مرجع سابق ، ص 159.

²⁰¹³ قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 23/06/2004، ملف رقم 258255، م ق ، ع01، س2004، ص 223: حيث أن الطاعن يدفع بتناقض أسباب القرار المنتقد ، إلا أنه لم يبين الأسباب التي يؤخذ المجلس على تناقضها .

²⁰¹⁴ مصطفى كيره ، مرجع سابق، ص 500.

ويجب أن يقع التناقض بين الأسباب الضرورية للحكم وليس بينها وبين الأسباب الزائدة أو الثانوية²⁰¹⁵، إذ أن المحكمة العليا يجوز لها أن تنزع تلك الأسباب الزائدة من الحكم، وتبقي فقط على الأسباب الضرورية، وبالتالي فلا يبقى أي أثر لما قد يوصف به الحكم من تناقض²⁰¹⁶.

ب . صور التناقض بين الأسباب :

يظهر التناقض في صورتين، فهو من جهة قد يقع بين أسباب الحكم نفسه، ومن جهة أخرى قد يقع بين أسباب الحكم ومنطوقه، وفي كلا الحالتين، فإن السائد في قضاء النقض أن هذا التناقض يؤدي إلى إنعدام الأسباب²⁰¹⁷.

1 . تناقض الأسباب مع بعضها :

تشكل هذه الصورة من التناقض، الحالة الأكثر شيوعاً، وتتحقق عندما تكون أسباب الحكم متعارضة فيما بينها بشكل لا يسمح لمن يطالع على الحكم بأن يقرر على أيهما يمكن حمل المنطوق، بحيث يبدو الحكم كأنه مجرد من أسبابه، وقائم على غير أساس²⁰¹⁸. ويورد القضاء عدة تطبيقات لما يمكن أن نعتبره تناقض بين أسباب الحكم نفسه، من ذلك مثلاً أن يستخلص القاضي من وثيقة معينة واقعة تناقض مع تلك الوثيقة نفسها²⁰¹⁹، أو أن يقرر الحكم في أحد أسبابه أن الطريق الفاصل بين العقارين هو ملك للمدعي، ثم يقرر في سبب آخر أن هذا الطريق هو طريق عام²⁰²⁰، ومن الأمثلة على التناقض بين الأسباب أن تقرر جهة الإستئناف أن الدفع المثار من طرف الطاعن بشأن سقوط الخصومة غير مبرر كونه لم

²⁰¹⁵ أحمد هندي ، أسباب الحكم المرتبطة بالمنطوق، مرجع سابق ، ص 144.

²⁰¹⁶ نبيل اسماعيل عمر ، تسبيب الأحكام القضائية في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق ، ص 63.

²⁰¹⁷ محمد نور عبد الهادي شحاته، سلطة محكمة النقض في استبدال الأسباب في المواد المدنية ، ص 174.

²⁰¹⁸ رمضان ابراهيم عبد الكريم موسى ، مرجع سابق ، ص 155.

²⁰¹⁹ نقض مدني مصري ، 1934/03/01، مشار إليه في نبيل اسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض، م س ،

ص 208 هـ 01.

. ولعل هذا المثال يؤدي إلى القول بوجود تشابه بين عيب تناقض الأسباب وعيب تشويه الوثائق .

²⁰²⁰ نبيل اسماعيل عمر ، تسبيب الأحكام القضائية في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق ، ص 61.

يتمسك به أمام المحكمة، ثم تعود لتقرر في حثية أخرى أن الإستئناف مبرر كون أن قاضي الدرجة الأولى لم يحترم الأجل المسقطه للدعوى²⁰²¹.

ويقع التناقض بين أسباب الحكم في ثلاث أشكال : التناقض بين الأسباب الواقعية . التناقض بين الأسباب القانونية . التناقض بين الأسباب القانونية والواقعية، ويختلف أثر التناقض حسب كل حالة²⁰²²، ذلك أنه إذا وقع التناقض بين الأسباب القانونية، فإنه لا يشكل أي وجه للنقض، حيث يمكن للمحكمة العليا أن تصحح هذا التناقض، عن طريق إزالة الأسباب الخاطئة أو استبدالها، وهذا ما يدخل في سلطتها²⁰²³، أما إذا كان التناقض بين الأسباب الواقعية والقانونية فإن هذا التناقض لا يفتح الباب من أجل الطعن عن طريق عيب التناقض، وإنما يشكل هذا التناقض مخالفة للقانون الناجم عن خطأ في تكييف الوقائع، أو عن خطأ في تطبيق القانون²⁰²⁴، ولو أن جهة النقض أحيانا لا تقف على هذا التمييز بصفة دقيقة، حيث أحيانا تقوم بنقض الحكم بدعوى التناقض في حين أن الأمر كان يتعلق بخطأ في تكييف الواقع²⁰²⁵، لكن إذا وقع التناقض بين أسباب الحكم الواقعية، فإنه هو الذي يؤدي إلى انعدام أسباب الحكم ووصفه بشائبة التناقض بين الأسباب المؤدية إلى نقضه²⁰²⁶.

وتسمح رقابة التناقض بين أسباب الحكم للمحكمة العليا، من أن تقيم رقابة حقيقية على التدليل الموضوعي بتحصيل فهم الواقع في الدعوى من الأدلة المقدمة²⁰²⁷.

2 . تناقض الأسباب مع المنطوق :

يعرف البعض هذا العيب بأنه الأثر المترتب عن عدم منطوق المنطوق بالنظر إلى الأسباب التي يقوم عليها، ويقع هذا العيب في مرحلة الإستدلال، حيث يؤدي الاستدلال الفاسد

²⁰²¹ قرار المجلس الأعلى . غرفة الأحوال الشخصية . المؤرخ في 09/01/1984، ملف رقم 32128، م ق، ع02، ص1990، ص73.

²⁰²² Jacques Boré , op cit ,p 465.

²⁰²³ نبيل اسماعيل عمر، تسبيب الأحكام القضائية في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 64.

²⁰²⁴ Gabriel Marty, op cit, p288.

²⁰²⁵ Jacques Boré , op cit ,p 466.

²⁰²⁶ عزمي عبد الفتاح ، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية ، مرجع سابق ، ص 322.

²⁰²⁷ محمد نور عبد الهادي شحاته ، سلطة محكمة النقض في استبدال الأسباب في المواد المدنية ، مرجع سابق ،

أو الاستنتاج غير السليم إلى تولد تناقض بين الأسباب والمنطوق²⁰²⁸، إذ يعبر هذا العيب عن خطأ في التفكير القانوني يجعل القاضي يستنتج حلا مخالفا لذلك الذي كان من الواضح أنه ينبغي اتخاذه بناء على الأسباب الواردة في الحكم²⁰²⁹، كأن تنصرف الأسباب إلى أن البيع باطل ويجب رد المبيع وإرجاع الثمن، ثم يقضي المنطوق برد المبيع دون إرجاع الثمن²⁰³⁰، أو أن تشير الأسباب أن المدعى عليه ملزم بدفع مبلغ معين، ثم يلزم في المنطوق بمبلغ مخالف لذلك المبلغ المشار إليه في الأسباب، فلا يعرف الطاعن أي المبلغين يلزم بدفعه²⁰³¹، مما يؤدي إلى خلو الحكم من الأسباب ووقوعه تحت طائلة النقض والإبطال²⁰³².

وحتى يقوم هذا العيب، يجب أن يكون التناقض كاملا ولا يمكن علاجه، أي أن التناقض يجب أن يقطع العلاقة بين أسباب الحكم ومنطوقه، بحيث يستعصى معه إمكان الملاءمة أو التوفيق بينهما²⁰³³.

ورغم التسليم بأن التناقض بين الأسباب والمنطوق سواء كانت الأسباب واقعية أو قانونية يشكل عيبا معادلا لانعدام الأسباب²⁰³⁴، إلا أن هناك اتجاه في بعض غرف محكمة النقض الفرنسية يذهب إلى ضرورة الكف عن تشبيه عيب التناقض بعيب انعدام الأسباب، بل أصبح يذهب إلى أكثر من ذلك، عندما اصبح لا يعترف بهذا العيب أصلا، حيث رفض بعد الطعون المستندة إلى هذا العيب، الأمر الذي أدى ببعض المحللين لهذه القرارات إلى القول أنه كان يتعين على

²⁰²⁸ نبيل اسماعيل عمر،، تسبب الأحكام القضائية في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 60.

²⁰²⁹ عبد السلام ديب ، مرجع سابق ، ص 253.

²⁰³⁰ نبيل اسماعيل عمر،، تسبب الأحكام القضائية في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 62.

²⁰³¹ قرار المحكمة العليا . الغرفة التجارية والبحرية . المؤرخ في 1996/03/26، ملف رقم 142806، الاجتهاد

القضائي للغرفة التجارية والبحرية، عدد خاص ، س 2001، ص 143.

²⁰³² محمد نور عبد الهادي شحاته ، سلطة محكمة النقض في استبدال الأسباب في المواد المدنية ، مرجع سابق ،

ص 188.

²⁰³³ رمضان ابراهيم عبد الكريم موسى ، مرجع سابق ، ص 171.

²⁰³⁴ Jacques Boré , op cit , p 465.

الطاعن أن يستند إلى عيب مخالفة القانون، استنادا إلى أن تناقض المنطوق مع الأسباب في شقيه الواقعي والقانوني، ما هو في الحقيقة إلا مخالفة للقانون²⁰³⁵.

المبحث الثاني : عيب انعدام الأساس القانوني

إن عيب انعدام الأساس القانوني يعرف من حيث التطبيق توسعا مشهودا، فاستخدامه من طرف الخصوم يسمح لهم وبطريقة شبه منهجية بدعوة محكمة النقض إلى إعادة الفحص الصرف والبسيط لمسائل الواقع، ومن جهة أخرى فإن محكمة النقض ومن خلال هذا الوجه يمكنها إيجاد وسيلة فعالة من أجل مد نطاق رقابتها على التقديرات الواقعية لقاضي الموضوع²⁰³⁶.

ونحن إذ نحاول البحث في هذا الوجه من أوجه النقض، فإننا نسعى إلى دراسته من خلال تحديد إطاره النظري، ثم من خلال الاستخدام التطبيقي له، أي من خلال أعمال المحكمة العليا لرقابة النقض المستندة لهذا الوجه.

المطلب الأول: الإطار النظري لعيب انعدام الأساس القانوني

إن تحديد الإطار النظري لعيب انعدام الأساس القانوني يقتضي منا البحث في مفهوم هذا العيب، ومن جهة ثانية تمييزه عن العيوب الأخرى المشابهة له .

الفرع الأول : مفهوم انعدام الأساس القانوني

إن تحديد مفهوم لانعدام الأساس القانوني لا يتم إلا من خلال تحديد كيفية نشأة هذا العيب، ومن جهة أخرى إبراز مجمل التعاريف التي يمكن أن تحدده، ثم أخيرا الوصول إلى محاولة إيجاد مفهوم واسع له.

أولا . ظروف ظهور عيب انعدام الأساس القانوني :

لا شك أن كل أوجه الطعن بالنقض بما فيها عيب إنعدام الأسباب تعود في أصلها إلى عيب مخالفة القانون، الأمر الذي انعكس على موقف النصوص الفرنسية القديمة التي كانت تحصر أوجه النقض في مخالفة قاعدة قانونية صريحة، لكن ونظرا لأن هذا الحصر لأوجه النقض لم يساعد محكمة النقض الفرنسية من ممارسة رقابة جدية على الأحكام التي لا تحمل

²⁰³⁵ انظر في تحليل هذا الرأي، وفي عرض قرارات محكمة النقض الفرنسية المؤيدة له: محمد نور عبد الهادي شحاته، مرجع سابق ، ص ص 201.192.

²⁰³⁶ Nadhir Benammou, op cit , p183.

أسباب كافية، وبسبب أن هذا النوع من العيوب التي تلحق بهذه الأحكام إذا تركت بدون رقابة سوف تعجز محكمة النقض من ممارسة رقابتها على مخالفة القانون، مما يفقدها الدور الأساسي المنوط بها، لذلك توصلت هذه المحكمة وفي بداية القرن 19 إلى ابتكار وجه جديد يسمح لها من مراقبة قضاة الموضوع في ما يخص كفاية الأسباب المبررة لأحكامهم، وأطلقوا عليه في بداية القرن 20 اسم عيب انعدام الأساس القانوني²⁰³⁷.

من الناحية التاريخية، فقد ظهر عيب انعدام الأساس القانوني من خلال القرار الجنائي الصادر بتاريخ 1812/05/22، والذي من خلاله نقضت محكمة النقض الفرنسية الحكم المطعون فيه، مسببة ذلك بالقول أن قاضي الموضوع استعمل ألفاظا غير واضحة، لم تسمح لها بالوقوف على الكيفية التي تم بها استخلاص عناصر جريمة النصب²⁰³⁸، لتتوالى بعد ذلك التطبيقات، حيث استعملت مثلا محكمة النقض الفرنسية عبارات جد صريحة في قرارها المؤرخ في 1922/12/22 والذي نقضت به الحكم الجنحي، بالقول أن قاضي الموضوع لم يعرض الوقائع بشكل محدد وكامل²⁰³⁹.

لقد توصلت محكمة النقض الفرنسية إلى نتيجة مفادها أنها متى بقيت رقابتها على التسبب محصورة في الصورة الشكلية لهذا النوع من الرقابة، أي مجرد التأكد من وجود الأسباب، فإن رقابتها على صحة تطبيق القانون سوف تنتهي إلى لا شيء، لذلك ألزمت قضاة الموضوع ليس فقط بتضمين أحكامهم للأسباب من الناحية الشكلية فحسب، بل يجب عليهم أن يعطوا تسجيلا جديا ودقيقا وبدرجة كافية لهذه الأسباب، لكي تصبح رقابتها على صحة تطبيق القانون ممكنة وفعالة، ورتبت على مخالفتهم لهذا الواجب نقض الحكم لعدم كفاية أسبابه الواقعية، وقد أيد الفقه هذا التوسع في الرقابة، رغم عدم وجود نص آنذاك يعطي لمحكمة النقض الحق في هذا التوسع، وبرر الفقه ذلك على أساس أنه نتيجة طبيعية للدور المنوط بمحكمة النقض، فالأسباب

²⁰³⁷ Jean-pierre Ancel , le manque de base légale , Bulletin d'information 1er avril 2010. N719 ,www.courdecassation. fr p02.

²⁰³⁸ Gabriel Marty,op cit, p283.

²⁰³⁹ Gabriel Marty,Ibid, p284.

المرتبكة أو الناقصة أو الغامضة تولد شكا كفيلا بمصادرة حق محكمة النقض في الرقابة
2040.

وعليه، يمكن القول أن عيب انعدام الأساس القانوني هو من وضع اجتهاد محكمة النقض
الفرنسية قبل أن يكرس بأي نص تشريعي²⁰⁴¹.

ولم تتردد محكمة النقض المصرية منذ بداية إنشائها في أن تسير على نهج محكمة النقض
الفرنسية بالأخذ بعيب إنعدام الأساس القانوني، حيث قضت أنه لا يكفي لوفاء قضاة الموضوع
بالتزامهم بالتسبيب، القيام بهذا الواجب من الناحية الشكلية فقط، بل يتعين عليهم أن تكون تلك
الأسباب واضحة وكافية، ذلك أن ما يفسد الحكم قصوره عن إيراد الأسباب الموضوعية قصورا
يعجز محكمة النقض عن قيامها بمراقبته لتتبين ما إذا كان قد وقعت فيه مخالفة للقانون أو
خطأ في تطبيقه أو في تأويله²⁰⁴².

و في بلجيكا، ذهبت محكمة النقض إلى تطبيق الرقابة على كفاية الأسباب تحت ما يسمى
بعيب غموض الأسباب، والذي هو في الحقيقة تطبيق لعيب انعدام الأساس القانوني، مع
اختلاف في استعمال المصطلحات فقط بينها وبين محكمة النقض الفرنسية²⁰⁴³، إلا أن هذا
الاختلاف في استعمال المصطلحات نتج عنه فرق في تحديد طبيعة هذا العيب، فمن جهة
محكمة النقض الفرنسية تعتبر عيب انعدام الأساس القانوني من العيوب الموضوعية، في حين
تعتبر محكمة النقض البلجيكية أن عيب غموض الأسباب هو من العيوب الشكلية²⁰⁴⁴.

بالنسبة للمشرع الجزائري، فإنه لم يتردد في جعل هذا العيب وجها مستقلا بذاته من أوجه الطعن
بالنقض، سواء في قانون الإجراءات المدنية القديم²⁰⁴⁵، أو في قانون الإجراءات المدنية الإدارية
الجديد²⁰⁴⁶، وهو يساير في ذلك عدة تشريعات مقارنة، كالمشرع المغربي²⁰⁴⁷ و اللبناني²⁰⁴⁸

²⁰⁴⁰ محمد زكي أبو عامر ، مرجع سابق ، ص 279.

²⁰⁴¹ حلمي محمد الحجار ، مرجع سابق ، ج 02 ، ص 374.

²⁰⁴² أحمد السيد صاوي ، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية ، مرجع
سابق، ص 160.

²⁰⁴³ François Rigaux, op cit , n210.

²⁰⁴⁴ Francis KERNALÉGUEN , L'extension du rôle des juges de cassation , op cit, p375 .

²⁰⁴⁵ المادة 233 من ق ا م .

²⁰⁴⁶ المادة 358 من ق ا م ا د .

و الإيطالي²⁰⁴⁹، وفي نفس الوقت يخالف بعض التشريعات التي اختارت أن لا تجعل من هذا العيب وجهاً مستقلاً من أوجه النقص، من ذلك المشرع التونسي والمصري والفرنسي، رغم الإقرار به من طرف قضاء النقص في هذه البلدان .

وما يلاحظ على المشرع أنه ورغم النص على هذا العيب بكيفية صريحة، إلا أنه لم يحدد تعريفاً لهذا العيب ونطاقه²⁰⁵⁰، وهذا هو موقف المشرع من كل أوجه النقص، حيث اكتفى بتعدادها فقط، تاركاً مسألة تحديد مفهومها ونطاقها إلى المحكمة العليا نفسها، التي في كل مرة وعن طريق تسببها لأحكام النقص تقوم بتوضيح وتحديد المقصود من هذا الوجه أو ذلك، وكيفية استخراجها من الأحكام أو القرارات المعروضة عليها .

ثانياً . تعريف عيب انعدام الأساس القانوني :

إن البحث في إيجاد تعريف لعيب انعدام الأساس القانوني ليس بالأمر الهين، ذلك لأن غموض المصطلح في حد ذاته صعب من المسألة بعض الشيء، كون أن البعض لم يتقبل بسهولة استعمال مصطلح إنعدام الأساس القانوني للتعبير عن عدم كفاية الأسباب الواقعية.

أ . جهود الفقه في تعريف عيب انعدام الأساس القانوني :

يتفق أغلبية الفقهاء المتخصصين على القول بأن عيب انعدام الأساس القانوني يتميز بأنه نقص في عرض الوقائع من طرف قضاة الموضوع، حيث أن استعمال هذا المصطلح ما هو إلا تعبير عن عيب عدم كفاية الأسباب الواقعية²⁰⁵¹ ، وفي هذا الصدد يقول الفقيه FAYE "أن هذا العيب لا يمكن أن ينشأ إلا من خلال العرض غير الكافي للوقائع، فرقابة محكمة النقص لم تعد تتأثر بعدم كفاية الأسباب القانونية التي تملك عند الحاجة سلطة إكمالها أو استبدالها أو تصحيحها"²⁰⁵² ، ويضيف هذا الفقيه أن أساس الحكم يجب أن يستدل عليه من

²⁰⁴⁷ المادة 359 من مسطرة الإجراءات المدنية المغربي .

²⁰⁴⁸ المادة 06.708 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني.

²⁰⁴⁹ المادة 360 من قانون الإجراءات المدنية الإيطالي .

²⁰⁵⁰ وهذا عكس المشرع اللبناني مثلاً الذي حدد بدقة المقصود من هذا العيب إذ صرح بنص المادة 06.708 من قانون أصول المحاكمات المدنية أن انعدام الأساس القانوني للحكم يكون في حالة ما إذا جاءت أسبابه الواقعية غير كافية أو غير واضحة لإسناد الحل القانوني المقرر فيه .

²⁰⁵¹ Gabriel Marty, op cit, p282.

²⁰⁵² Enriste Faye, op cit ,p131.

خلال المقارنة بين الوقائع المثبتة فيه وبين القاعدة القانونية التي طبقها، فإذا لم تتمكن محكمة النقض من الوقوف على القيام بهذه المقارنة من خلال أسباب الحكم، نتيجة عدم عرض هذه الأسباب للوقائع عرضاً كافياً يسمح من خلاله تبرير القاعدة القانونية المطبقة، فإن هذا الحكم يندم أساسه القانوني²⁰⁵³.

وانطلق الفقيه Marty في بحثه لتحديد تعريف لعيب انعدام الأساس القانوني من فكرة أن مصطلح إنعدام الأساس القانوني يعتبر مصطلح غامض، حيث يرى أن محكمة النقض عندما تصرح بأن القرار المعروض عليها منعدم الأساس القانوني أو أن قضاة الموضوع لم يعطوا تبريراً قانونياً لقرارهم، فهي لم تحدد لنا بدقة ما هو نطاق هذا العيب، وهل يتعلق بعدم كفاية الأسباب الواقعية أم عدم كفاية الدليل أو التبرير القانوني²⁰⁵⁴، فالواقع أن عيب انعدام الأساس القانوني يكون عندما يعطي قاضي الموضوع في حكمه أسباباً قانونية غير صحيحة أو غير كاملة، تاركاً بعض الشروط الضرورية لتطبيق القاعدة القانونية، وفي نفس الوقت الوقائع التي أثبتتها في حكمه لا تسمح لمحكمة النقض بأن تستبدل تلك الأسباب القانونية بأسباب صحيحة²⁰⁵⁵، ليصل إلى القول أنه بعد استعراضه لنشاط محكمة النقض في استعمال هذا الوجه من أوجه النقض في عدة طعون معروضة عليها²⁰⁵⁶، استنتج أن عيب انعدام الأساس القانوني يتعلق بعيب عدم كفاية الأسباب الواقعية، وهو عيب موضوعي وليس شكلي²⁰⁵⁷.

أما في الجزائر، فقد عرف المستشار جيلالي بغدادي انعدام الأساس القانوني بأنه عيب يشوب المنهجية التي اتبعتها قضاة الموضوع لتكوين عقيدتهم، بحيث يكون استدلالهم فاسداً لا يؤدي قانوناً إلى النتيجة التي انتهوا إليها في قرارهم²⁰⁵⁸.

ويلاحظ على هذا التعريف أنه يوسع من نطاق هذا العيب، حيث أن الخطأ الذي يشوب المنهجية المتبعة من طرف قضاة الموضوع، قد يشمل أيضاً عيب التناقض بين الأسباب

²⁰⁵³ Enriste Faye, Ibid .

²⁰⁵⁴ Gabriel Marty, op cit, p280.

²⁰⁵⁵ Francis KERNALÉGUEN , L'extension du rôle des juges de cassation , op cit, p367 .

²⁰⁵⁶ Gabriel Marty, Ibid, p281.

²⁰⁵⁷ Gabriel Marty, Ibid , p282.

²⁰⁵⁸ جيلالي بغدادي ، مرجع سابق ، ص 356.

والمنطوق، كما أن الإستدلال الفاسد قد يشمل أيضا عيب القصور في التسبيب، وربما يكون المستشار جيلالي بغدادي في تعريفه هذا قد أخذ بالمفهوم الواسع لعيب انعدام الأساس القانوني.

وما يلاحظ أن الفقه توقفت جهوده عند حد القول بأن عيب انعدام الأساس القانوني هو عبارة عن نقص في إيراد الأسباب الواقعية للحكم، دون البحث في إيجاد نظرية خاصة بعدم كفاية الأسباب تقوم بشرح الأساس الذي يتركز عليه هذا العيب، حيث أن معظم الفقهاء اكتفوا بالقيام بمجرد تقديم تحليل وصفي له انطلاقا من قرارات محكمة النقض²⁰⁵⁹.

ب . غموض مصطلح الأساس القانوني

وجه النائب العام لمحكمة النقض البلجيكية الرئيس LECLERQ نقدا لعيب انعدام الأساس القانوني من حيث المصطلح المستعمل، حيث يرى أن هذا المصطلح لا يرصد جوهر الرقابة، كما أنه خال من أي معنى محدد، ويشكل خطورة بسبب غموضه، حيث من المفارقة أن نشير إلى أنه في حالة مخالفة الحكم للقانون فإنه يتمتع بأساس قانوني، في حين أننا عندما نعاين نقص في العناصر الواقعية للحكم، نعبر عنه بمصطلح يقصد منه الدلالة على العناصر القانونية للحكم²⁰⁶⁰.

إلا أن هذا النقد قابل للرد عليه، كون أنه يمكننا ملاحظة أن معاينة الوقائع تكون كافية، متى كانت تسمح بالرقابة على صحة تطبيق القانون، فمصطلح انعدام الأساس القانوني يعكس نقصا في أساس القرار نفسه، يتمثل في غياب عنصر واقعي جوهري، يعتبر ضروري من أجل مراقبة أن شروط تطبيق القاعدة القانونية قد احترمت²⁰⁶¹.

إن غموض هذا المصطلح هو حقيقة لا يمكن تجاهلها، خاصة في المجال العملي، إذ كثيرا ما يلتبس على ممارسي الطعن بالنقض هذا المصطلح، فيعتقدون أنه يتعلق بعدم وجود قاعدة قانونية تصلح لتطبيقها على النزاع، أو أن قاضي الموضوع لم يطبق القانون، وهذا الخطأ يتسرب إلى الأذهان نتيجة التأثير بالألفاظ المعبرة عن هذا العيب، إذ لا يتصور في ذهن البعض أن مصطلح الأساس القانوني ينصرف إلى عدم كفاية الأسباب الواقعية.

²⁰⁵⁹ Thierry Le Bars , le défaut de Base Légale en droit judiciaire privé, LGDJ, paris 19, p 153.

²⁰⁶⁰ Jacques Boré , op cit ,p 485.

²⁰⁶¹ Nadhir Benammou, op cit, p 185.

وما يزيد في هذا الغموض، أن المحكمة العليا في حد ذاتها تقع في هذا الالتباس، إذ أنها في بعض الأحيان تصرف استعمال مصطلح الأساس القانوني، للتعبير عن عدم توفر شروط القاعدة القانونية التي طبقها قضاة الموضوع على النزاع، فهنا قضاة المحكمة العليا عاينوا وجود جميع العناصر الواقعية، لكن وقفوا على التطبيق الخاطئ للقانون، وعبروا عنه باستعمال مصطلح انعدام الأساس القانوني، بحيث أعطوا تطبيقاً لهذا العيب يختلف عن التطبيق الذي وضعه له الفقه وقضاء محكمة النقض الفرنسية مبتكرة هذا العيب²⁰⁶².

لذلك مثلاً نجد محكمة النقض المصرية، لا تميل إلى استخدام هذا المصطلح، إذ تستعمل للدلالة عليه مصطلح عدم كفاية الأسباب الواقعية أو مصطلح القصور في التسبب²⁰⁶³. وعلى العكس من ذلك، فإن استعمال مصطلح انعدام الأساس القانوني لا يثير أي إشكال في مجال دعوى الإلغاء، حيث يستعمل مجلس الدولة الفرنسي هذا المصطلح للدلالة على مجرد مخالفة للقانون، ويعبر عن وجه الإلغاء المستند على عيب تجاوز السلطة، حيث يتفق معظم فقهاء القانون الإداري على أنه يوجد إنعدام الأساس القانوني للقرار الإداري، عندما لا يستند

²⁰⁶² قرار المحكمة العليا . الغرفة التجارية والبحرية المؤرخ في 16/02/2005، ملف رقم 342962، مج مع ع، ع 01، س 2005، ص 187: حيث أن مضمون المادة المذكورة سابقاً تشترط أن يكون محل الإلتزام المحكوم به في القرار القضائي المراد تنفيذه هو عمل أو الامتناع عن عمل ، وحيث أن هذا الشرط غير متوفر في موضوع الدعوى الجارية ، لأن القرار القضائي المراد تنفيذه يتعلق بدين نقدي ، الأمر الذي يخرج من أحكام المادة المذكورة أعلاه (المادة 340 من ق ا م) مما يجعل قضاء مجلس بسكرة منعدم الأساس القانوني .

. قرار المحكمة العليا . الغرفة التجارية والبحرية المؤرخ في 16/02/2005، ملف رقم 345197، مج مع ع، ع 01، س 2005، ص 196: وحيث أن قضاة المجلس الذين أجازوا مراجعة الإيجار بعد إنقطاعه وعدم تجديده بين الطرفين قد خرقوا القانون ، ولم يعطوا لقضائهم أساساً قانونياً مما يجعل الوجه مؤسسا ومقبولاً ويؤدي إلى نقض القرار المطعون فيه وبدون إحالة .

²⁰⁶³ ورغم ذلك فإن محكمة النقض المصرية استعملت ولو بصفة نادرة مصطلح الأساس القانوني للحكم ، من ذلك مثلاً : حكمها المؤرخ في 23/03/1933 المنشور في ملحق مجلة القانون والإقتصاد . السنة 03. رقم 112 حيث جاء فيه : إذا كان لقاضي الموضوع السلطة التامة في تحصيل فهم الواقع.... فإن خضوعه لرقابة محكمة النقض يحتم عليه أن يسبب حكمه التسبب الكافي لتمكين محكمة النقض من إجراء هذه الرقابة ، فإن قصر حكمه عن ذلك فعجزت محكمة النقض عن التقرير بنفي المدعى به من مخالفة القانون ، نقضت الحكم لخلوه من الأسباب الموضوعية أو لعدم قيامه على أساس قانوني .

هذا الأخير إلى قاعدة قانونية موجودة، أو عندما يكون تسبب هذا القرار مستندا إلى نص قانوني غير قادر على تبريره²⁰⁶⁴.

ثالثا . محاولة إيجاد مفهوم واسع لعيب انعدام الأساس القانوني :

رغم أن الفقه متفق على أن إنعدام الأساس القانوني يكفي عموما على أنه عدم كفاية الأسباب الواقعية للحكم، إلا أن الآراء مختلفة حول طبيعة هذا النقص في الأسباب، في حين أن المعيار الذي يسمح بالكشف عن هذا النقص في الأسباب يبقى محددًا²⁰⁶⁵.

ويرى البعض أن عيب انعدام الأساس القانوني هو من طبيعة مختلطة، فهو لا يكمن فقط في العرض غير الكامل للوقائع، بل يكمن أيضا في التحليل غير الكامل للقاعدة القانونية، أو في استبعاد القاعدة القانونية التي كان من المحتمل تطبيقها على النزاع²⁰⁶⁶.

إن هذه الطبيعة المختلطة لعيب انعدام الأساس القانوني تجعله يأخذ مفهوما واسعا، حيث أنه يقع في الفرضيتين التاليتين :

. في حالة القرار السلبي . القرار الذي يقضي برفض الطلب .، عندما يقوم القاضي باستبعاد على الأقل واحدة من العناصر المنتجة، التي تكشف تحليل كل قاعدة قانونية محتملة التطبيق .
 . في حالة القرار الإيجابي . القرار الذي يقضي بقبول الطلب .، عندما يغفل القاضي معاينة وبطريقة واضحة، وجود كل الظروف الواقعية المتعلقة بعناصر الحق الشخصي المدعى به و المنتجة في الدعوى²⁰⁶⁷.

إن هذا المفهوم الواسع لعيب إنعدام الأساس القانوني ينطلق من فكرة أنه لا يجب أن نحصره في مجرد عدم كفاية الأسباب الواقعية، فالنقص قد ينشأ أيضا عن التحليل غير الكافي للقاعدة القانونية المطبقة أو المستبعدة²⁰⁶⁸.

²⁰⁶⁴ Roland Drago, le défaut de base légale dans le recours pour excès de pouvoir, EDCE 1960, p 27.

²⁰⁶⁵ Nadhir Benammou, op cit , p183.

²⁰⁶⁶ Nadhir Benammou, Ibid , p189.

²⁰⁶⁷ Henri Motulsky, Principes d'une réalisation méthodique du droit prive, op cit , p 119.

²⁰⁶⁸ Henri Motulsky, Ibid , p 169.

بالرجوع إلى قضاء المحكمة العليا، فإننا نجد أنه قد أخذ بهذا المفهوم الواسع لعيب انعدام الأساس القانوني، ولتوضيح ذلك لا بأس أن نعرض الحالتين التطبيقيتين التاليتين :

. الحالة الأولى . مثال عن القرار الإيجابي . : . قرار الغرفة العقارية للمحكمة العليا المؤرخ في 2002/03/20، حيث أن الطعن بالنقض انصب على قرار مجلس قضاء تيزي وزو والذي قضى بتكريس حق الارتفاق للمطعون ضده بحجة أن الممر محل النزاع موجود منذ القدم، وقد استند الطاعن على الوجه المأخوذ من انعدام الأساس القانوني، كون أن الخبير عاين عدم وجود حالة الحصر وبالتالي فإن القرار المطعون فيه لا يستند إلى أي قاعدة شرعية، استجابت المحكمة العليا لهذا الوجه، وقامت بنقض القرار المطعون فيه، وسببت قرارها بالقول أن قضاة الموضوع وما دام أنهم قد عاينوا واقعة عدم وجود حالة حصر لعقار المطعون ضده، فإنهم ما كان عليهم أن يكرسوا لهذا الأخير حق ارتفاق المرور، على أساس أن من شروط تطبيق المادة 699 من القانون المدني هو وجود حالة الحصر، وما دام أنهم فعلوا ذلك فإنهم لم يعطوا قرارهم أي أساس قانوني²⁰⁶⁹.

إذن، يلاحظ من أسباب هذا القرار أن المحكمة العليا اعتبرت التحليل الخاطئ لعناصر القاعدة القانونية الواجبة التطبيق هو بمثابة انعدام الأساس القانوني للقرار المطعون فيه .

. الحالة الثانية . مثال عن القرار السلبي . : . قرار الغرفة العقارية للمحكمة العليا المؤرخ في 2006/01/18، حيث أن الطعن بالنقض انصب على قرار مجلس قضاء بجاية والذي قضى برفض دعوى الطاعن المتعلقة بطلب الاعتراض على استعادة المطعون ضده من شهادة الحياة المنظمة بنص المادة 39 من قانون التوجيه العقاري، وقد استند الطاعن على الوجه المأخوذ من انعدام الأساس القانوني، كون أن قضاة الموضوع رفضوا طلبه رغم أنه يملك القطعة الأرضية بموجب عقد رسمي، استجابت المحكمة العليا لهذا الوجه وقامت بنقض القرار المطعون فيه، وسببت قرارها بالقول أن المادة 39 من قانون التوجيه العقاري تجيز الاستعادة من شهادة الحياة بالنسبة لأراضي الملكية الخاصة التي لم تحرر عقودها، وأن دعوى الموضوع

²⁰⁶⁹ قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 2002/03/20، ملف رقم 226568، الاجتهاد القضائي، عدد

خاص ، س 2004، ص74.

كانت منصبة على التعرض للمطعون ضده من الاستفادة بشهادة الحيابة كون أن الطاعن يملك القطعة الأرضية محل النزاع بموجب عقد رسمي، وبالتالي فإن قضاة الموضوع ورغم معابنتهم لهذه الواقعة، المؤدية إلى عدم توفر شروط تطبيق المادة 39 من قانون التوجيه العقاري، قاموا برفض الإعتراض وتمكين المطعون ضده من الاستفادة بشهادة الحيابة، وبالتالي فقد أشابوا قرارهم بعبب انعدام الأساس القانوني²⁰⁷⁰.

إذن، يلاحظ من أسباب هذا القرار أن المحكمة العليا اعتبرت أن قيام قضاة الموضوع باستبعاد عنصر من العناصر المنتجة والمكونة للقاعدة القانونية الواجبة التطبيق بشكل أدى إلى عدم تطبيقها، هو عمل يجرحهم إلى الوقوع تحت شائبة انعدام الأساس القانوني للقرار الذي أصدره . وانطلاقاً مما سبق، فإن عيب انعدام الأساس القانوني يمكن تعريفه بأنه نقص أو انعدام في التسبب ينتج عنه تطبيق سيئ للقانون، ولتوضيح هذا التعريف أكثر يمكن أن نسوق المثال التالي : إذا قام قاضي الموضوع بتطبيق القاعدة القانونية الشهيرة : كل من سبب ضرراً للغير نتيجة خطأ منه يلزم بالتعويض، من دون أن يبرز في حكمه وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر يكون حكمه مشوب بانعدام الأساس القانوني²⁰⁷¹.

الفرع الثاني : تمييز عيب انعدام الأساس القانوني عن بعض العيوب المشابهة له

إن وضع حدود فاصلة بين مختلف أوجه النقض لم تكن دائماً مسألة واضحة سواء من طرف قضاء النقض، أو من طرف الفقه، إلى الحد الذي يجعلنا نقول أين يبدأ عيب انعدام الأساس القانوني، وأين ينتهي عيب إنعدام الأسباب²⁰⁷²، كما أنه من جهة أخرى فإن عيب انعدام الأساس القانوني يعرض بصفة لا يمكن إنكارها تقارب وثيق مع وجهين آخرين للنقض وهما انعدام الأسباب ومخالفة القانون²⁰⁷³.

²⁰⁷⁰ قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 18/01/2006، ملف رقم 333926، مج مح ع ، عدد خاص ، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، س 2010، ص 128.

²⁰⁷¹ Jean-pierre Ancel , le manque de base légale , Bulletin d'information 1er avril 2010.N719 , www.courdecassation.fr ، p 06 .

²⁰⁷² Thierry Le Bars,op cit ,p81.

²⁰⁷³ Jean-pierre Ancel , Ibid ، p13.

ويجب على الطاعن بالنقض إذا أسس طعنه على عيب انعدام الأساس القانوني، أن يبين في الطعن المقدم منه الوقائع التي قصر قضاة الموضوع في إيرادها، وهذا شرط شكلي لصحة طعنه²⁰⁷⁴، ويترتب على ذلك أنه يتعين على الطاعن أن يميز بين عيب انعدام الأساس القانوني وبين ما قد يختلط به من عيوب أخرى قد تشوب الحكم²⁰⁷⁵، نظراً لأنه في بعض الأحيان الفرق بين هذه العيوب يكون صعب الإدراك لوجود بعض نقاط الالتقاء بينها .

لذلك، فإننا من خلال هذا الفرع نحاول فك الارتباط وإيجاد فوارق حقيقية بين عيب انعدام الأساس القانوني وبعض العيوب المشابهة له، حيث نقوم أولاً بالتمييز بينه وبين عيب مخالفة القانون، ثم بعد ذلك نميز بينه وبين عيب انعدام الأسباب، وأخيراً نحاول التمييز بينه وبين عيب زوال الأساس القانوني للحكم .

أولاً - التمييز بين عيب انعدام الأساس القانوني وعيب مخالفة القانون :

يرى البعض أنه لا حاجة للنص على عيب انعدام الأساس القانوني كوجه مستقل من أوجه النقض، على اعتبار أنه ليس إلا صورة من صور عيب مخالفة القانون، ذلك أن إنعدام الأساس القانوني يشكل خطأ في التقنية القانونية، ينشأ عن عدم اكتمال أركان المقدمة الصغرى في عملية القياس المنطقي القضائي، وهذا الخطأ في التقنية ينطوي حقيقة على مخالفة للقاعدة القانونية التي طبقها قضاة الموضوع، وبالتالي فإن هذا الخطأ يخضع لرقابة المحكمة العليا من جهة أنه خطأ في تطبيق القانون أو تفسيره²⁰⁷⁶.

لذلك، فإنه في بعض الحالات، يتجه قضاء النقض إلى الجمع بين عيب مخالفة القانون وعيب انعدام الأساس القانوني، وذلك باستعمال عبارة أن قضاة الموضوع خالفوا القانون وأفقوا قرارهم

²⁰⁷⁴ قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 1998/03/25، ملف رقم 179132، م ق ، ع 01، س 1998، ص 88: وحيث أن الوجه نفسه لا يبين كيف لم يعط المجلس أساساً قانونياً بخصوص الحكم على الطاعن بدفع تعويضات ، ومن ثم فإن الوجه غير مؤسس .

²⁰⁷⁵ أحمد مليجي، أوجه الطعن بالنقض المتصلة بواقع الدعوى، مرجع سابق ، ص 134.

²⁰⁷⁶ حلمي محمد الحجار ، مرجع سابق ، ج 02، ص 431.

أساسه القانوني²⁰⁷⁷، ويرجع السبب في ذلك عند البعض إلى المفهوم الواسع لعيب انعدام الأساس القانوني²⁰⁷⁸.

لقد سمح لنا استعراض بعض قرارات المحكمة العليا إلى الوقوف على وجود ارتباط وثيق بين هذين العيبيين، فانعدام الأساس القانوني كثيرا ما يعبر عن تطبيق سيئ للقانون، حيث يتمثل الخطأ المرتكب من طرف قضاة الموضوع في أنهم ورغم أن الوقائع المعروضة عليهم تكون كافية لتبرير طلب المدعي إذا تم إسنادها للقاعدة القانونية الصحيحة، فإنهم يقومون برفض الطلب نتيجة إسنادهم تلك الوقائع إلى قاعدة قانونية لا تنطبق معها²⁰⁷⁹، أي أنه في واقع الحال يكون قضاة الموضوع قد أخطأوا في وضع القاعدة القانونية . المقدمة الكبرى . أو أحد

²⁰⁷⁷ قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 2001/01/31، ملف رقم 204958، الاجتهاد القضائي ، عدد خاص ، ج01، س2003، ص 132: وحيث خلاف ما صرح به قضاة الموضوع أنه لا يمكن لفريق (ب) أن يتراجع عن الحبس الذي يعتبر تصرف نهائي خاصة وأنه وبقراءة عقد الحبس لا يتبين وأنهم أدمجوا شروط تسمح لهم بالتراجع عن الحبس ، وحيث أن القرار المطعون فيه جاء منعدم الأساس القانوني ومخالف للقانون مما يتعين نقضه .

²⁰⁷⁸ Nadhir Benammou, op cit , p209.

²⁰⁷⁹ قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 2011/06/09، ملف رقم 713016، مج مح ع ، ع02، س 2011، ص 180: حيث أنه بقراءة القرار المطعون فيه يتضح أن قضاة الموضوع ولعدم قبولهم دعوى الطاعنين لانعدام الصفة برروا قضاءهم على أن الطاعنين لم يقدموا الشهادة التوثيقية التي تثبت انتقال ملكية مورثهم إليهم، وحيث يستخلص من معطيات الدعوى أن النزاع يتعلق باسترجاع المسكن الذي تشغله المطعون ضدها والذي آل إلى الطاعنين عن طريق الإرث من مورثهم ، حيث أنه لما كانت المادة 15 من الأمر 74.75 التي تنص على أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية ، وبالتالي فإن المادة 91 من المرسوم 63.76 تخص شهر الحقوق الميراثية لا غير ، ومن هنا فإن صفة الطاعنين ثابتة وكان على قضاة الموضوع التقييد بموضوع النزاع بخصوص استرجاع المسكن محل النزاع والفصل في النزاع على ضوء النتائج المستخلصة من الملف ومرفقاته ، وحيث أن قضاة الموضوع وبقضائهم كما فعلوا يكونون قد أساءوا تطبيق القانون ولم يعطوا قضائهم أساس قانوني مما يعرض قضائهم للنقض والإبطال .

. قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 2011/04/14، ملف رقم 649966، مج مح ع ، ع01، س2011، ص 155: حيث أن المطعون ضده مستأجر للمحل الذي يشغله من بلدية زيغود يوسف وما دام أنه مستأجر فهو شاغل عرضي للمحل لا يجوز له إنشاء حق ارتفاق في ملك الغير لأن حق طلب إنشاء الارتفاق مخول لمالك العقار وليس للشاغل العرضي ، وأن القضاة بقضاءهم هذا يكونون قد أشابوا قرارهم بإنعدام الأساس القانوني ومخالفة المادة 868 من القانون المدني ، الأمر الذي يعرض قرارهم للنقض والإبطال.

عناصرها، وهذا الخطأ أدى بها إلى خطأ في الحل القانوني الذي أعطوه للنزاع، حيث أن انعدام الأساس القانوني في هذه الحالة يؤدي مباشرة إلى مخالفة أو خطأ في تطبيق القانون²⁰⁸⁰. لكن المقارنة بين عيب انعدام الأساس القانوني وعيب مخالفة القانون بمفهومه الضيق يكشف عن فرق بين العيبين، فالنقض المؤسس على عيب مخالفة القانون يجب أن ينطلق من أن المحكمة العليا يجب أن تجد نفسها أمام حكم قضائي يشتمل على استخلاص دقيق وشامل للوقائع يسمح لها باستعمال حقها في الرقابة والقول هل أن قاضي الموضوع طبق القانون وفسره كما يجب، أم أنه أخفق في ذلك سواء بالتطبيق السيء أو بالتفسير الخاطئ، أما النقض المؤسس على عيب انعدام الأساس القانوني فإنه يقوم على وجود المحكمة العليا في حالة واقعية لا تسمح لها بإجراء رقابتها على تطبيق القانون، نتيجة استخلاص ناقص أو غامض للوقائع من طرف قاضي الموضوع، الأمر الذي يؤدي إلى القول بأن استدلال القاضي في حالة مخالفة القانون هو استدلال غير قانوني، بينما استدلاله في حالة انعدام الأساس القانوني هو استدلال أعرج²⁰⁸¹.

إن الفرق بين الوجهين يمكن الكشف عنه أيضا في النتائج المترتبة عن النقض المؤسس على كل واحد منهما وتأثيره على جهة الإحالة، فإذا كان النقض بسبب مخالفة القانون يفرض على جهة الإحالة أن تتخذ حلا مخالفا للحكم أو القرار المنقوض بالنسبة للقاعدة القانونية التي طبقها بطريقة خاطئة، حيث أن الرقابة هنا تكون معيارية، فإن النقض بسبب انعدام الأساس القانوني لا يفترض بالضرورة أن تتبنى جهة الإحالة حلا مخالفا للحكم أو القرار المنقوض، إذ أن الرقابة في هذه الحالة هي رقابة تأديبية²⁰⁸².

إن نقض الحكم أو القرار المطعون فيه استنادا إلى عيب انعدام الأساس القانوني يعبر عن رسالة صريحة يوجهها قضاة النقض إلى قضاة الموضوع المحال إليهم القضية بإعادة البحث في الوقائع وعرضها عرضا جيدا، فهذا النقض يمكن تفسيره بأنه يتضمن طلب تحقيق تكميلي في الوقائع، موجه من قضاة النقض إلى قضاة الإحالة²⁰⁸³.

²⁰⁸⁰ حلمي محمد الحجار ، مرجع سابق ، ج02، ص 394.

²⁰⁸¹ محمد الكشور ، مرجع سابق ، ص 509.

²⁰⁸² Nadhir Benammou, op cit , p209.

²⁰⁸³ سهام بشير، مرجع سابق ، ص 78.

ومن خلال وجهة النظر هذه، يكون النقض المؤسس على عيب انعدام الأساس القانوني ذو طبيعة تأديبية، بحيث لا يتضمن أي حكم مسبق أو توجيه من جهة النقض إلى قضاة الإحالة فيما يخص الحكم أو القرار الذي سيصدرونه بعد النقض²⁰⁸⁴.

لتوضيح المسألة أكثر يمكن أن نطرح الحالة التطبيقية التالية : نقضت الغرفة العقارية للمحكمة العليا وفي قرارها المؤرخ 2004/06/23، القرار الصادر عن مجلس قضاء تيزي وزو المؤرخ في 1999/10/30، وكان سبب النقض أن المحكمة العليا لامت قضاة الموضوع كونهم قضاة بتكريس حق ارتفاق المرور للمطعون ضده استنادا إلى نص المادة 868 من القانون المدني، ولكن دون أن يبرزوا في حكمهم العناصر الواقعية التي تسمح لها بمراقبة توفر شروط تطبيق المادة التي حكموا بمقتضاها، فإذا كانت هذه المادة تكرر حق ارتفاق المرور استنادا إلى الحصر أو العقد الشرعي أو الميراث، فإنه كان على قضاة الموضوع لما قضاوا بهذه المادة أن يبينوا من خلال الوقائع فيما إذا كان المطعون ضده قد اكتسب حق الارتفاق استنادا إلى أحد الأسباب الثلاثة السابق ذكرها، وبما أنهم لم يفعلوا ذلك، فقد أفقدوا قرارهم أساسه القانوني²⁰⁸⁵.

إن نقض هذا القرار من طرف المحكمة العليا لا يعني بالضرورة أن قضاة الإحالة يجب أن يتبنوا حلا قانونيا مخالفا للحل الذي تبناه القرار المنقوض، إذ يمكن من الناحية العملية أن تقوم جهة الإحالة في هذا المثال بتبيان أن المطعون ضده قد اكتسب حق الارتفاق استنادا إلى حالة الحصر، ثم تفصل بتكريس حق إرتفاق المرور للمطعون ضده وهو نفس الحل الذي توصل له القرار المنقوض، لكن في هذه الحالة يكون قضاة الإحالة أعطوا أساسا قانونيا لقرارهم .

ورغم ذلك، فإن البعض يرى أن عيب انعدام الأساس القانوني وعلى غرار عيب مخالفة القانون يساهم في أعمال الرقابة المعيارية لمحكمة النقض، هذه المساهمة يمكن أن تظهر من خلال : . إعطاء محكمة النقض التفسير الصحيح للقاعدة القانونية . إنشاء محكمة النقض لقاعدة قانونية جديدة²⁰⁸⁶.

²⁰⁸⁴ Marie Noëlle et Xavier Bachellier, op cit, P 128.

²⁰⁸⁵ قرار المحكمة العيا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 2004/06/23، ملف رقم 249614، مج مع ع ، ع02، س2004، ص 317.

²⁰⁸⁶ Jean-pierre Ancel ,op cit, p08.

لتوضيح المسألة، نطرح المثال التالي، نقضت محكمة النقض الفرنسية حكم قضاة الموضوع الذي رفض دعوى بطلان عقد البيع المؤسس على الغلط الجوهري، بعد أن صرحت بأن هذا الحكم منعدم الأساس القانوني كونه لم يتضمن عناصر الغلط الجوهري، ثم قامت بعد ذلك بتعريف الغلط الجوهري وتحديد عناصره، هنا يصبح قضاة الإحالة ملزمين بهذا التعريف الذي أعطاه قضاة النقض للغلط الجوهري، أي للقاعدة القانونية التي سوف يطبقونها، فهنا نقول أن الإجابة على عيب انعدام الأساس القانوني ساهمت في تحديد مفهوم القاعدة القانونية الواجبة التطبيق 2087.

ثانيا . التمييز بين عيب انعدام الأساس القانوني وعيب انعدام الأسباب

إن رسم حدود فاصلة بين عيب انعدام الأساس القانوني وعيب انعدام الأسباب من طرف المحكمة العليا لم يكن دائما على درجة من الوضوح، حيث أنه في بعض الأحيان تقوم المحكمة العليا بلوم قضاة الموضوع على عدم الإجابة على المسائل التي أثارها الخصوم، وتدرج هذا اللوم تحت عنوان انعدام الأساس القانوني 2088.

²⁰⁸⁷ Jean-pierre Ancel ,Ibid , p09.

²⁰⁸⁸ قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 2003/04/23 ، ملف رقم 241917، مج ق ، ع01، س2004، ص 205: حيث بالرجوع إلى القرار المطعون فيه فإن قضاة الموضوع استندوا إلى عناصر تقرير الخبير الذي وجد المطعون ضده في القطعة الأرضية محل النزاع وانتهوا إلى أنه الحائز الحقيقي لها ، لكن دون بيان شروط حيازته، وبدون البت في مسألة التعدي التي أثارها الطاعنون الذين قدموا وثائق لم يناقشها القضاة ، إضافة إلى ذلك فإن المادة 415 من ق ا م تشير إلى إجراءات التحقيق التي يقوم بها القضاة في إنكار الحيازة أو إنكار التعرض من حيث أن مجرد معاينة مادية أي وجود المطعون ضده فوق القطعة الأرضية لا تكفي وحدها لتكريس هذا الأخير الحيازة على العقار دون تبرير وجمع عناصرها ، ومن هنا إن القرار المطعون فه جاء منعدم الأساس القانوني ويكون معرضا للنقض .

. يمكننا الإشارة ومناقشة لهذا القرار ، أن قضاة المحكمة العليا ، ولنقض القرار المطعون فيه استنادا إلى عيب إنعدام الأساس القانوني، عاينوا أن قضاة الموضوع أغفلوا الوقوف على بعض العناصر الواقعية الأساسية في تبرير الحل الذي توصلوا إليه، ومن بين هذه العناصر عدم البت في دفع الخصوم ومناقشة الوثائق التي قدموها، علما أن هذه المخالفة التي وقع فيها قضاة الموضوع تشكل قصورا في التسبب المؤدي إلى إنعدام الأسباب، لكن ولما كان قضاة المحكمة العليا لم يعتمدوا فقط على هذه المخالفة من أجل تبرير النقض بل أضافوا إليها مخالفات أخرى كعدم إجراء تحقيق في الحيازة وكعدم بيان الشروط الواقعية المؤدية لكسب الحيازة ، فإنهم أسندوا الخطأ ليس إلا

و حسب الرئيس **TOURNON** فإن نقص التسبب بالنسبة لأحد أسباب الحكم يشكل عيب إنعدام الأسباب، بينما نكون بصدد إنعدام الأساس القانوني للحكم في حالة ما إذا كانت أسباب الحكم تعبر عن تسبب غير كامل أو غامض، يتضمن شرحا ناقصا، لا يسمح للمحكمة العليا من ممارسة الرقابة المخولة لها قانونا²⁰⁸⁹، وتكون أسباب الحكم غير كافية إذا لم يتضح منها ذلك لقصورها عن إيراد العناصر الواقعية الكافية لتبرير القاعدة القانونية التي طبقها القاضي²⁰⁹⁰. ويتميز عيب انعدام الأساس القانوني عن عيب انعدام الأسباب، في أن القرار المطعون فيه يتضمن أسبابا مقبولة من الناحية الشكائية، لكنها لا تصلح قانونا لأن تكون أساسا له²⁰⁹¹، في حين أن انعدام الأسباب يعبر عن تضمين القرار المطعون فيه لأسباب غير مقبولة من الناحية الشكائية، أو معدومة أصلا .

لذلك، يحاول البعض بذل الجهد من أجل الوصول إلى تحديد التفرقة بين العيبين من خلال التمييز بين عيوب الشكل وعيوب الموضوع، حيث أن فقهاء القانون الخاص يعتبرون بصفة عامة أن إنعدام الأساس القانوني للحكم يشكل خلا في الموضوع، بينما انعدام الأسباب يشكل عيبا شكليا²⁰⁹².

ويترتب على اعتماد هذا المعيار في التمييز بين العيبين، أنه لا يمكن البدء في فحص عيب انعدام الأساس القانوني إلا إذا كان الحكم صحيحا من حيث الشكل، فإذا غابت الأسباب أو انعدمت كلياً أو جزئياً فإنه لا يمكن بحث عيب انعدام الأساس القانوني، لأنه بخلو الأسباب من الحكم فإنه لا تكون هناك أي حاجة لبحث وجهة النظر التي اتبعها القاضي في حكمه²⁰⁹³، الأمر الذي يؤدي إلى القول بأن إنعدام الأساس القانوني يمثل طعنا احتياطيا بالنسبة للطعن المتعلق بانعدام الأسباب²⁰⁹⁴.

لمجرد عيب شكلي، وإنما لعيب موضوعي يتمثل في إنعدام الأساس القانوني ، لكن هذا لا يمنعنا من القول أن هذا القرار يشكل مثال على تداخل العيبين .

²⁰⁸⁹ Edm.TOURNON , le défaut de motifs ,vice de forme des jugements , jcp.1946.1.553.

²⁰⁹⁰ أحمد مليجي، أوجه الطعن بالنقض المتصلة بواقع الدعوى، مرجع سابق ، ص 126.

²⁰⁹¹ جيلالي بغدادي ، مرجع سابق ، ص 357.

²⁰⁹² Thierry Le Bars,op cit ,p96.

²⁰⁹³ عزمي عبد الفتاح ، تسبب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية ، مرجع سابق، ص 381.

²⁰⁹⁴ محمد الكشور ، مرجع سابق ، ص 508.

إن التمييز بين عيب انعدام الأساس القانوني وعيب إنعدام الأسباب له أهمية بارزة من حيث تحديد سلطة محكمة النقض تجاه كل منهما، فبالنسبة لعيب إنعدام الأسباب وبسبب أنه عبارة عن عيب شكلي، فإن سلطة محكمة النقض تتوقف عند حد الوقوف على أن الحكم غير مسبب كلياً أو جزئياً، وذلك بالقول أن الحكم المطعون فيه قد جاء خالياً من الأسباب أو أنه لم يرد على دفع وطلبات الطاعن أو أنه لم يبحث الأدلة والمستندات المقدمة في الدعوى، دون أن تعطي رأياً في القيمة القانونية لهذا الحكم، بينما بالنسبة لعيب انعدام الأساس القانوني وبسبب أنه عبارة عن عيب موضوعي، فإن محكمة النقض يكون من سلطتها البحث في القيمة القانونية للحكم المطعون فيه، حيث يتعين عليها التعرض للمسألة القانونية التي قام عليها هذا الحكم، فتشير إلى ما نقص من عناصر واقعية ضرورية متعلقة بالشروط والأركان اللازمة قانوناً لتبرير موقف الحكم في تطبيق القانون، وأن تشير في حكمها إلى القاعدة القانونية التي عجز الحكم المطعون فيه أن يبرر تطبيقها في الدعوى التي فصل فيها²⁰⁹⁵، كما أنه واستناداً إلى هذا المعيار في التفارقة، فإن عيب انعدام الأساس القانوني لا يؤدي إلى النقض دائماً، حيث يمكن للمحكمة العليا، أن تصلح هذا العيب عن طريق سلطة استبدال الأسباب، أو ما يسمى سلطة تغيير الأساس القانوني للحكم المطعون فيه²⁰⁹⁶.

ورغم ذلك، فإن البعض يرى أنه من الصعب الاعتماد على هذا المعيار للتمييز بين العيبين، حيث أنه إذا رجعنا إلى تحديد مفهوم عيب الشكل فإنه يتعلق بعدم مراعاة القواعد اللازمة لإعداد الأحكام القضائية . المناقشات . المداولة . تحرير الحكم .، فإن هذا المفهوم لم يعد يسمح بالتمييز بين العيبين، كون أن كل منهما يشكل خرقاً للقاعدة القانونية التي تلزم القاضي بتسبب قراره، وبالتالي فإن كلاهما يتضمن خرقاً لقاعدة شكلية²⁰⁹⁷، لذلك فإن الفقه البلجيكي يذهب إلى اعتبار كل من العيبين من عيوب الشكل²⁰⁹⁸.

²⁰⁹⁵ أحمد مليجي، أوجه الطعن بالنقض المتصلة بواقع الدعوى، مرجع سابق، ص 137.

²⁰⁹⁶ محمد نور عبد الهادي شحاتة، سلطة محكمة النقض في استبدال الأسباب في المواد المدنية، مرجع سابق،

ص 106.

²⁰⁹⁷ Thierry Le Bars, op cit, p97.

²⁰⁹⁸ François Rigaux, op cit, p310.

كما أنه من جهة أخرى ليس صحيح في جميع الحالات أن استناد محكمة النقض على عيب انعدام الأسباب لا يتطلب منها البحث في العناصر الواقعية التي استعملها قضاة الموضوع في أسبابهم²⁰⁹⁹، فالرد على دفع الطاعن بأسباب غامضة أو مبهمّة أو واهية، يشكل عيب انعدام الأسباب ورغم ذلك فإن المحكمة العليا تقوم بالبحث في هذه الأسباب للوصول إلى إهدار قيمتها، واعتبارها معدومة .

إن غموض الحدود الفاصلة بين عيب انعدام الأسباب وعيب انعدام الأساس القانوني امتد أثره ليصل إلى نشاط قضاء النقض نفسه، حيث أنه في بعض الأحيان يخلط بين الوجهين، خاصة فيما يتعلق بحالة الأسباب الظنية والأسباب الافتراضية، والأسباب العامة، فيعتبرها أحيانا أنعدام للأسباب، وأحيانا أخرى يلحقها بعيب انعدام الأساس القانوني²¹⁰⁰، فقد لاحظ الفقه الفرنسي أن محكمة النقض الفرنسية نقضت في بعض الأحوال ما عرض عليها من أحكام على أساس خلوها من الأسباب، في حين كان يجب أن تؤسس نقضها لهذه الأحكام على أساس انعدام الأساس القانوني، كما استقر قضاءها من ناحية أخرى على أن الأسباب الافتراضية والأسباب الظنية تؤدي إلى انعدام الأساس القانوني للحكم، في حين أن مثل هذه الأسباب تعتبر صورة من صور إنعدام الأسباب²¹⁰¹.

وبالرجوع إلى قضاء المحكمة العليا فإنها لم تنتج أيضا من هذا الخلط، إذ في بعض الأحيان تعتبر عدم بحث الوقائع من طرف قضاة الموضوع قصورا في التسبب²¹⁰²، وأحيانا أخرى تعتبره انعدام الأساس القانوني للحكم²¹⁰³.

²⁰⁹⁹ Thierry Le Bars, Ibid.

²¹⁰⁰ Thierry Le Bars, op cit , p101.

²¹⁰¹ أحمد السيد صاوي ، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية ، مرجع سابق ، ص 163.

²¹⁰² قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية المؤرخ في 2007/09/12، ملف رقم 401319، مج م ع، عدد خاص ، الغرفة العقارية ، س 2010، ص 126: حيث ومتى كان مقررا أنه في حال إنكار الحيازة فإنه يتعين على قضاة الموضوع أن يلجأوا إلى التحقيق ، وأن التحقيق المعتمد به هو الذي يتم وفق مقتضيات المادة 61 من ق ا م ، لأن الشهادة أمام الخبير لا يؤخذ بها إلا على سبيل الإستدلال ، وأن القضاء بخلاف ذلك ، كما فعل قضاة الموضوع يعرض القرار للنقض للقصور في الأسباب .

ورغم ذلك، فإنه لا يمكننا أن ننكر أن انعدام الأساس القانوني هو عيب من ابتكار القضاء الفرنسي، أي أنه ذو طبيعة قضائية من حيث المنشأ، وذلك بخلاف انعدام الأسباب الذي يعتبر عيب قانوني بمعنى أنه تعبير عن مخالفة لنص قانوني صريح يلزم القضاة بالتسبب²¹⁰⁴.

ثالثا . التمييز بين عيب انعدام الأساس القانوني وعيب زوال الأساس القانوني :

يعتبر التمييز بين عيب انعدام الأساس القانوني وزوال الأساس القانوني للحكم مسألة مهمة، نتيجة التشابه بينهما على الأقل من الناحية اللفظية .

يفترض في الحكم الذي زال أساسه القانوني أنه كان صحيحا لحظة صدوره من حيث ما تضمنه من إثباتات واقعية، ومن حيث ما ارتكز عليه من أسباب قانونية، ثم زال أساسه القانوني بعد ذلك نتيجة لحدوث واقعة لاحقة لصدوره، أما في الحكم الذي انعدم أساسه القانوني فإنه منذ البداية كان معيبا، حيث جاءت أسبابه الواقعية غير كافية، ولذلك فإن كل منهما يعتبر وجها مستقلا عن الآخر²¹⁰⁵.

إن زوال الأساس القانوني للحكم لا يطرحه المشرع الجزائري كوجه من أوجه النقض، بل وضع لمعالجته حولا أخرى، فإذا كان سبب زوال الأساس القانوني هو ثبوت التزوير في وثيقة معتمدة في الحكم، فإن هذا الأخير من الناحية النظرية يزول أساسه القانوني، لكن لا يتم إعادة النظر فيه إلا من خلال الطعن عن طريق التماس إعادة النظر، أما إذا كان زوال الأساس القانوني سببه إلغاء النص القانوني الذي بني عليه الحكم بأثر رجعي، فإن هذا الحكم يزول أساسه القانوني ويفقد آثاره وحجتيه في مواجهة المحكوم عليه وفي مواجهة الغير، وبدون أن يتم إلغاءه من طرف محكمة النقض، أو من المحكمة التي أصدرته، ونفس الشيء بالنسبة للحالة التي يزول فيها الأساس القانوني للحكم بسبب نقض وإبطال الحكم الذي بني عليه.

المطلب الثاني: إعمال رقابة النقض المستندة لعيب انعدام الأساس القانوني

²¹⁰³ قرار المحكمة العليا . الغرفة التجارية والبحرية . المؤرخ في 22/10/1996، ملف رقم 142585، الاجتهاد القضائي للغرفة التجارية والبحرية ، عدد خاص ، س 2001، ص 229 : حيث أن الوثيقة الحضرية تشكل الدليل العكسي، وعليه فإن القرار المنتقد الذي رفض الدعوى دون التطرق إلى الوثائق المقدمة منعدم الأساس القانوني ، ويستحق النقض .

²¹⁰⁴ Nadhir Benammou, op cit , p216.

²¹⁰⁵ أحمد مليجي، أوجه الطعن بالنقض المتصلة بواقع الدعوى، مرجع سابق ، ص 143.

إن إعمال قضاء النقض لرقابته المستندة لعيب انعدام الأساس القانوني يثير مسألة إيجاد معيار لتحديد نطاق هذا العيب، أي ما هو المعيار الذي من خلاله يمكن للمحكمة العليا أن تحدد الخطأ الذي وقع فيه قضاة الموضوع؟، من جهة، ومن جهة أخرى فإن حصر الحالات المشكلة لعيب انعدام الأساس القانوني يمكن أن يتم من خلال مجموعة من الصور التي تسمح للمطبق أن يتوصل بسهولة إلى استخراج هذا العيب.

الفرع الأول : تحديد نطاق عيب انعدام الأساس القانوني

يعرض الفقه عدة معايير لتحديد نطاق عيب انعدام الأساس القانوني، كما أن استخدام هذه المعايير تترتب عنها نتائج عملية مهمة:

أولاً . معايير تحديد نطاق عيب انعدام الأساس القانوني :

يعرض الفقه معيارين أساسيين لتحديد نطاق عيب انعدام الأساس القانوني، الأول هو معيار المنازعة، والثاني هو معيار الواقعة الحاسمة في النزاع.

أ . معيار المنازعة :

في محاولة منه لإيجاد معيار لتحديد نطاق عيب انعدام الأساس القانوني قام الفقيه **Moulsky** بالاستعانة بنظرية الإعفاءات في مجال الإثبات وذلك عن طريق تحويلها إلى مجال تسبب الحكم القضائي²¹⁰⁶، حيث يعتبر أن معيار وجود انعدام الأساس القانوني في الحكم القضائي يتحدد من خلال العناصر الواقعية المتنازع حولها، والتي يمكن تحديدها بالوقائع التي يتعين على الخصوم إثباتها .

وانطلاقاً من أن الإعفاءات في مجال الإثبات قد تكون عقلية كما قد تكون قانونية، فقد يتدخل المشرع ليعفي الخصم من إثبات واقعة معينة، كما أن إعمال المنطق يقتضي القول في بعض الحالات أن واقعة معينة لا تحتاج إلى إثبات كقول مثلثاً بثبوت الضرر للمؤجر من جراء تغيير استعمال العين المؤجرة من مكتبة إلى ورشة²¹⁰⁷.

عند نقله لهذه النظرية إلى ميدان القرار القضائي، توصل هذا الفقيه إلى القول:

²¹⁰⁶ Nadhir Benammou, op cit , p194.

²¹⁰⁷ فكري عبد الحميد أبو صيام ، مرجع سابق ، ص 185.

. أنه بالنسبة للوقائع التي يعفى الخصوم من إثباتها، يكون القاضي أيضا غير ملزما بإبرازها في أسباب قراره²¹⁰⁸.

فعلى سبيل المثال، نفرض أن النزاع موضوعه مطالبة البائع المشتري بدفع الثمن، رد المشتري بأن أجل الدفع لم يحل بعد كون أن العقد يتضمن بندا يحدد أجل الدفع بشهرين بعد تسليم البضاعة، نلاحظ أن البائع في هذه الدعوى معفى من إثبات صحة العقد، ومعفى أيضا من إثبات مصلحته في الدعوى، هنا كذلك القاضي معفى من بحث هذين المسألتين، حيث أن حكمه يكون متمتعا بأساسه القانوني متى وقف في أسباب حكمه على مسألة تحديد وجود بند في العقد يحدد أجل دفع الثمن بشهرين بعد تسليم البضاعة، ومسألة تحديد تاريخ التسليم، ومسألة تحديد تاريخ رفع الدعوى، لأن عدم تحديد هذه المسائل سوف يمنع المحكمة العليا من ممارسة رقابتها على الحل القانوني الذي سوف يتخذه القاضي بناء على هذه المسائل²¹⁰⁹، ويمكن أن نعطي مثلا آخر يتعين بمسألة إثبات حسن النية، حيث أن حسن النية مفترض وبالتالي يكون القاضي معفى من إبرازه في حكمه²¹¹⁰ ما لم تتم المنازعة في هذا العنصر من أحد الخصوم²¹¹¹، وفي المقابل فإن سوء النية مسألة واجبة الإثبات يتعين على القاضي إبراز عناصرها وتقديم توضيحات حولها في أسباب حكمه تحت طائلة انعدام الأساس القانوني .

. أن نقل النظرية إلى ميدان الحكم القضائي يطبق أيضا على استخدام المفاهيم القانونية، حيث أن استخدام المفاهيم القانونية يتطلب تفكيك هذه المفاهيم، فالمفهوم القانوني يجب أن يرد إلى المفهوم الإجتماعي الذي يتضمنه، هذا الإرجاع يقوم من الناحية العملية عن طريق تحليل يتم على درجتين للقاعدة القانونية، فعلى مستوى الدرجة الأولى يتم اكتشاف المفاهيم المركبة . مثلا

²¹⁰⁸ Henri Motulsky , Principes d'une réalisation méthodique du droit prive , op cit , p 171.

²¹⁰⁹ حلمي محمد الحجار، مرجع سابق ، ج02، ص 410.

²¹¹⁰ أحمد السيد الصاوي ، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية ، مرجع سابق ، ص 174.

²¹¹¹ قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 2011/03/10، ملف رقم 643997، مج مح ع ، ع01، ص2011، ص 143: حيث أن هذا التسبب ليس فيه أي رد على دفع الطاعن المتعلقة بوجود حكم سابق على المطعون ضده على وقف الأشغال، ومن ثم فمواصلة أشغال البناء رغم وجود حكم بوقفها لا يستقيم مع التسبب المؤسس على أحكام المادة 785 من القانون المدني التي تشترط في من يقيم المنشآت أن يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها ، وهو ما لم يبينه قضاة المجلس في قرارهم .

رابطة التبعية في علاقة عمل ، وعلى مستوى الدرجة الثانية تفكيك هذه المفاهيم إلى مفاهيم أولية . مثلا تحديد المقصود برابطة التبعية، فهنا يمكن الرجوع إلى النظريات الفقهية والقضائية التي عنت بإعطاء تعريف لهذه الرابطة .²¹¹²، فرابطة التبعية باعتبارها مفهوم قانوني نتمكن من خلال التعريف الفقهي أو القضائي لها أن نحدد العناصر الواقعية الاجتماعية الأولية المكونة لها، ومن ثم إذا وجد في قضية ما عنصر من هذه العناصر أمكن القول بأنها تدخل ضمن المفهوم القانوني لرابطة التبعية، ويمكن بالتالي أن ينطبق عليها الحكم المقرر في القاعدة القانونية المتعلقة بإثبات علاقة العمل²¹¹³.

إن آثار الإعفاء على مستوى استخدام المفاهيم القانونية يقوم على إبقاء متطلباته في حدود معقولة، فالإعفاء يسمح إما بغض الطرف عن المفهوم القانوني الداخل في تركيب القاعدة القانونية، وإما بعدم تفكيك المفهوم المركب، فمثلا عندما يكون موضوع الحكم الفصل في النزاع حول توفر شروط إنعقاد العقد، فمن المنطقي، وتحت طائلة النقض لانعدام الأساس القانوني، أن يبرز الحكم في أسبابه أن إرادة المتعاقدين كانت حرة، غير أنه إذا كان القانون قد ميز بين عيوب التراضي، بشكل يجعلنا نستنتج أن الخصوم معفيين من إثبات خلو الإرادة من عيوب الصحة، فإنه في هذه الحالة ينعكس هذا الإعفاء على الحكم الذي لا يوجه له اللوم تحت عيب انعدام الأساس القانوني بحجة أن قاضي الموضوع لم يبرز عنصر خلو الإرادة من العيوب وانعقاد العقد بإرادة أطرافه الحرة²¹¹⁴.

لإبراز هذه النظرية من الناحية العملية، يمكن طرح المثال التالي : في النزاع حول المسؤولية عن الأفعال الشخصية، يعتبر الحكم منعدم الأساس القانوني إذا لم يبرز خطأ المسؤول، كون أن القانون لا يعفي المضرور من إثبات هذا الخطأ، فلا يكفي أن يرد في أسباب الحكم أن المدعى عليه قد ارتكب الخطأ، بل يجب أن يبرز أيضا الواقعة التي استخلص منها أن الخطأ ثابت في حق المدعى عليه²¹¹⁵، بينما لا يعتبر الحكم منعدم الأساس القانوني إذا لم يبرز في

²¹¹² Nadhir Benammou, op cit , p195.

²¹¹³ حلمي محمد الحجار ، مرجع سابق، ج02 ، ص 387.

²¹¹⁴ Henri Motulsky , Principes d'une réalisation méthodique du droit prive, op cit , p 35.

²¹¹⁵ Nadhir Benammou, op cit , p195.

أسبابه العناصر التي من خلالها تم تحديد قيمة التعويض عن الضرر المعنوي، كون أنه من الناحية العقلية يعفى المضرور من إثبات هذه العناصر²¹¹⁶.

. إن هذا المعيار ورغم صحته في بعض الحالات، إلا أنه منتقد من حيث أن إعفاء الخصوم من إثبات واقعة معينة، لا يتضمن في كل الحالات إعفاء للقاضي من واجب التسبيب، وتقديم توضيحات حول الواقعة المعفاة من الإثبات²¹¹⁷، ذلك أنه توجد إثباتات واقعية ضرورية تفرض نفسها على القاضي، ولو لم تكن محل منازعة بين الخصوم، ويتعلق الأمر بالإثباتات اللازمة للتحقق من تطبيق القاعدة القانونية، فمثلا عندما يصدر القاضي حكمه في الدعوى حضوريا اعتباريا، يتعين عليه أن يبرز في أسباب حكمه عنصرا واقعيا مهما يتمثل في أن المدعى عليه قد استلم شخصا التكليف بالحضور، فإذا لم يقم بذلك، ونازع المدعي عليه في هذه المسألة أمام المحكمة العليا، فإن الحكم ينقض لخلوه من الأساس القانوني، ما دام أن العناصر الواقعية المذكورة في الحكم لا تسمح لها بالتأكد من واقعة مهمة لتطبيق القاعدة القانونية²¹¹⁸، و في دعوى بطلان العقد بسبب الغبن، ويفرض أن المدعى عليه لم ينازع في مسألة الغبن، هنا يكون المدعي معفى من إثبات هذه المسألة، لكن القاضي ملزم عند الحكم بإبطال العقد أن يبين عناصر الغبن في أسباب حكمه، ومن هنا لا يصح ربط التزام القاضي بتسبيب الحكم بالتزام الخصوم بالإثبات .

²¹¹⁶ قرار المجلس الأعلى . غرفة الجناح والمخالفات . المؤرخ في 10/12/1981، ملف رقم 24500، الاجتهاد القضائي، س 1986، م س ، ص 88: حيث أنه إذا كان يتعين على قضاة الموضوع أن يعللوا قرارهم من حيث منح التعويض وهذا بذكر مختلف العناصر التي اعتمدوا عليها في ذلك، فإن الوضع يختلف إذا كان الأمر يتعلق بالتعويض عن الضرر المعنوي، وحيث بالفعل أن التعويض عن مثل هذا الضرر يركز على العنصر العاطفي الذي لا يحتاج بحكم طبيعته إلى تعليل خاص مما يجعل القرار لا يحتاج من هذه الناحية إلى تعليل خاص ، وبالرجوع إلى القضية الراهنة يتبين من قراءة القرار المطعون فيه أن مجلس قضاء الجزائر قد منح لأبوي الضحية تعويضا عن الضرر الذي لحقهما والذي يكتسي طابعا معنويا بحتا ، لذا فإن مجلس الجزائر ليس في حاجة إلى تعليل قراره تعليلا خاصا من هذه الناحية .

²¹¹⁷ Nadhir Benammou, op cit , p196.

²¹¹⁸ أحمد السيد الصاوي ، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية ، مرجع سابق ، ص 174.

ومن جهة أخرى فإن هذا المعيار ليس حكر على عيب انعدام الأساس القانوني، ذلك أن عدم قيام القاضي بإيراد الوقائع المتنازع حولها، وتقديم توضيحات بشأنها وتحليلها، لا يشكل فقط إنعداماً للأساس القانوني للحكم، بل يشكل أيضاً انعداماً للأسباب، وعدم رد على الطلبات المؤدي إلى القصور في التسبب²¹¹⁹، فكل واقعة مطروحة للنزاع يجب أن تتضمن بحثاً من طرف قاضي الموضوع، إذ أن إهماله لهذا الواجب يجعل من حكمه منعدم الأسباب قبل أن يكون منعدم الأساس القانوني²¹²⁰.

ب . معيار الواقعة الحاسمة في النزاع :

يعرض الفقه معياراً آخرًا لتحديد نطاق عيب انعدام الأساس القانوني، يتمثل في فكرة الواقعة أو النقطة الحاسمة في النزاع، أي الواقعة أو النقطة التي يؤدي وجودها أو انعدامها إلى التأثير إيجابياً أو سلبياً في حل النزاع²¹²¹.

إن نقص التسبب المتعلق بالنقطة الحاسمة في النزاع يتحقق في الحالة التي يغفل فيها القاضي فحص العناصر الواقعية التي أدلى بها الخصوم من أجل استخلاص وجود أو عدم وجود واقعة منشئة أو مسقطة لرابطة قانونية، حيث أن عدم فحص واحدة من هذه العناصر المتوسل بها من طرف الخصوم، يمكن أن يدفع المحكمة العليا إلى التساؤل فيما إذا كان قيام قضاة الموضوع بفحصها كان سيؤدي بهم إلى الوصول إلى حل مختلف عن الحل الذي توصلوا إليه²¹²².

²¹¹⁹ Nadhir Benammou, op cit , p197.

²¹²⁰ قرار المحكمة العليا . الغرفة الإجتماعية . المؤرخ في 2006/06/07، ملف رقم 335859، مج مح ع ، ع01، س2006، ص 288: وحيث من الثابت أن مرتب العامل يتحدد وفقاً للتصنيف المهني المعمول به في الهيئة المستخدمة والمتناسب مع الأجر حسب نتائج العمل والمردود، وعليه يكون المطعون ضده في هذه الحالة محقاً في طلب الأجر الذي يقابل العمل المؤدى ، ولكن مقابل الأجر المستحق قانوناً لهذا المنصب وليس بامتيازات خارجة عن هذا الإطار القانوني المذكور ، وعليه فإن القرار المطعون فيه لما لم يناقش هذه الدفوع ولم يرد عليها يكون ليس فقط قصر في قضائه بل جعله منعدم الأساس القانوني .

²¹²¹ Nadhir Benammou, op cit , p200.

²¹²² Nadhir Benammou, Ibid.

فوجود العنصر الأجنبي في العلاقة القانونية هو الذي يسمح للقاضي بالقول أن قواعد القانون الدولي الخاص هي الواجبة التطبيق، لذلك فإن العنصر الأجنبي هو نقطة حاسمة في النزاع يتعين إبرازها من طرف قاضي الموضوع تحت طائلة فقدان حكمه لأساسه القانوني²¹²³.

طبقت المحكمة العليا معيار عدم فحص الواقعة الحاسمة في النزاع من طرف قضاة الموضوع كسبب للقول بأن قرارهم منعدم الأساس القانوني، حيث وبموجب قرار الغرفة العقارية للمحكمة العليا المؤرخ في 2001/03/28، تم نقض قرار مجلس قضاء تيزي وزو، وجاء في أسباب قرار النقض، ان قضاة الموضوع استجابوا لطلب المطعون ضده المتضمن إلزام الطاعن باحترام المسافة المقررة قانونا لفتح المطلات، رغم دفع الطاعن بعدم ملكية المطعون ضده للعقار الذي تم فتح المطلات عليه، ونظرا لأن بحث هذه المسألة من طرف قضاة الموضوع يتوقف عليها الفصل الصحيح في الطلب المرفوع من طرف المطعون ضده، فإن إغفال قضاة الموضوع القيام بذلك يؤدي بقرارهم إلى إنعدام أساسه القانوني، كون أنه على فرض أن محكمة الموضوع بحثت هذه المسألة وتوصلت إلى أن المطعون ضده ليس مالكا للعقار فإن حكمها كان سيتغير²¹²⁴.

إن التمييز بين المسألة الحاسمة في النزاع والمسألة غير الحاسمة يتحلل في الغالب إلى تقدير للملاءمة، فرقابة الأساس القانوني تسمح للمحكمة العليا بممارسة رقابة غير مباشرة على التكيف، بدون استخدام هذه الرقابة بطريقة نهائية، فمثل هذا التكيف يسحب مؤقتا مادام أن إكمال المعلومات حول الوقائع لم يتم استكمالها، غير أن هذا الإكمال لا يتعلق بجميع الوقائع، وإنما فقط بالوقائع التي ترى المحكمة العليا أنها ضرورية، أي الوقائع التي يؤدي عدم بحثها إلى منع المحكمة العليا من ممارسة رقابتها على تطبيق القانون، مثلا واقعة المرض في الفترة التي تسبق الوفاة، هي واقعة حاسمة بالنسبة لدعوى بطلان العقد المبرم أثناء مرض الموت²¹²⁵.

²¹²³ Nadhir Benammou, Ibid.

²¹²⁴ قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 2001/03/28، ملف رقم 206483، الاجتهاد القضائي ، عدد خاص، ج02، س 2004، ص 398.

²¹²⁵ Nadhir Benammou, op cit , p206.

إن عرض وبحث المسألة الحاسمة في النزاع، يسبب في بعض الأحيان ثقلا في مهمة قاضي الموضوع، ذلك أن هذا الأخير ونتيجة تخوفه من رقابة النقض، يقوم في بعض الأحيان بالإنصراف إلى بحث مسائل غير مفيدة في النزاع، بينما في نفس الوقت ينسى كل الوقائع التي لم يتم تحديدها رغم أنها ضرورية من أجل تطبيق القاعدة القانونية، فعرض القاضي للوقائع من المقروض أنه لا يتعلق إلا بتلك التي لها علاقة وثيقة بالقاعدة المناسبة، أي الوقائع المتعلقة بأساس الدعوى²¹²⁶.

إن الخطر الحقيقي يكمن على الأقل في إزدياد الرقابة المستتدة على عيب انعدام الأساس القانوني بشكل جعل الرغبة خاصة لدى الطاعنين تذهب إلى استعمال هذا العيب كوسيلة لعرض ومراجعة دعواهم من جديد بشكل يؤدي إلى اعتبار المحكمة العليا كدرجة ثالثة للتقاضي، لذلك فإن كامل المسؤولية تقع على عاتق هذه المحكمة التي عليها أن تتصدى بالرفض لكل الطعون المستتدة على عيب انعدام الأساس القانوني والتي لم تحترم مفهوم وأسباب هذا الوجه من أوجه الطعن، كما عليها أن تقوم بإفشال كل تعسف في استعمال هذا الوجه، وذلك عن طريق تبني آلية تصفية للقضايا تسمح بضمان فعالية لهذا الحل²¹²⁷.

ثانيا . النتائج المترتبة على معايير تحديد نطاق عيب انعدام الأساس القانوني :

يترتب على الأخذ بأحد المعيارين السابق ذكرهما النتائج التالية :

أ . ارتباط انعدام الأساس القانوني بنطاق النزاع :

إن الرقابة على كفاية الأسباب ترتبط أيضا بنطاق النزاع، فقاضي الموضوع ليس دائما ملزما بعرض جميع العناصر الخاصة بمفهوم قانوني معين تحت طائلة انعدام الأساس القانوني للتكييف الذي أعطاه لهذا المفهوم، فمثلا عند النزاع بين الطرفين حول إخلال البائع بالتزامه بتسليم الشيء المبيع، فلا يعتبر منعدم الأساس القانوني الحكم في هذا النزاع الذي لم يتطرق إلى تحديد قيمة الشيء المبيع، لأن هذه المسألة لا تمنع قضاة النقض من الوقوف على مدى صحة تطبيق القاعدة القانونية المختارة كحل للنزاع، كما أن قضاة الموضوع ليسوا ملزمين بعرض العناصر التي لم يقم الخصوم بعرضها، لأن الخصومة هي ملك لأطرافها، ما لم تكن هذه

²¹²⁶ Nadhir Benammou, Ibid.

²¹²⁷ Nadhir Benammou, op cit , p207.

العناصر تتعلق بمسألة قانونية من النظام العام، فمثلا عندما يقوم قاضي الموضوع بالحكم ببطلان العقد لمخالفته ركن الشكلية، دون أن يعرض العناصر الواقعية التي تسمح لقضاة النقض التعرف على طبيعة هذا العقد، فإن حكمه يكون منعدم الأساس القانوني²¹²⁸.

لكن، من جهة أخرى، فإن انعدام الأساس القانوني هو السبب الذي يعطي الحق للمحكمة العليا في أن تنتقض القرار المعروض عليها، وذلك بحجة أن قضاة الموضوع لم يسمحوا لها من أعمال رقابتها على الإدعاء المطروح، والأمثلة على ذلك كثيرة، من ذلك قرار محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 1992/05/26، والذي من خلاله نقضت القرار المطعون فيه الذي قضى برفض طلب التعويض بسبب سقوطه بالتقادم، حيث لامت محكمة النقض قضاة الموضوع كونهم عندما حكموا بالتقادم كان عليهم أن يحددوا التاريخ الذي يبدأ منه حساب التقادم كي يتسنى لها مراقبة مدى توفر المدة القانونية لسقوط الحق المطالب به²¹²⁹.

وفي قرار مشابه لهذا القرار، نقضت المحكمة العليا القرار الصادر عن مجلس قضاء معسكر الذي قبل دعوى المطالبة باكتساب الملكية عن طريق الشفعة، رغم أن الطاعن كان قد دفع بأن الدعوى قد سقطت بفوات الأجل، وبررت المحكمة العليا قرارها أن قضاة الموضوع اعتبروا أن الدعوى مرفوعة في أجل الثلاثين يوما المطلوبة قانونا، لكن دون أن يذكروا في حيثيات قرارهم تاريخ إنطلاق هذا الأجل، أي تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة في الدعوى، ولا تاريخ رفع الدعوى، علما بأن المادة 802 من القانون المدني تنص على أن انطلاق هذا الأجل هو تاريخ الإعلان المنصوص عليه بالمادة 801 من نفس القانون، أي تاريخ العقد التوثيقي المتضمن التصريح بالشفعة، وهو التاريخ الذي لم يذكر في القرار المنتقد ولا في الحكم المستأنف²¹³⁰، مع الملاحظة أنه ورغم أن الخطأ الذي وقع فيه قضاة الموضوع هو من الناحية النظرية يعبر عن عيب إنعدام الأساس القانوني، إلا أن قضاة المحكمة العليا كيفوا هذا الخطأ على أنه مخالفة للقانون وقصور في التسبيب، وفي رأينا أن عدم انسجام هذا التكييف الذي أعطته

²¹²⁸ Francis Kernaleguen , L'extension du rôle des juges de cassation ,op cit, p380 .

²¹²⁹ Thierry Le Bars, op cit,p 152.

²¹³⁰ قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 2007/09/12 ، ملف رقم 406629، مج مح ع، عدد خاص ، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، س 2010، ص 330: يعد خرقا للقانون ، عدم تحديد تاريخ انطلاق المهلة القانونية المقررة لإيداع الشفيع ثمن البيع والمصاريف لدى الموثق في حيثيات القرار المطعون فيه .

المحكمة العليا للخطأ الذي وقع فيه قضاة الموضوع مع التكييف النظري الصحيح له، يرجع إلى التداخل بين أوجه النقض والذي يؤدي في بعض الأحيان إلى عدم تحكم المحكمة العليا في مسألة إسناد الخطأ إلى وجه النقض الذي يتلاءم معه .

يسمح المثالين السابقين أيضا أن نقول بوجود علاقة وثيقة بين وجود عيب إنعدام الأساس القانوني، وبين إغفال قضاة الموضوع لتحديد التواريخ المنتجة في الدعوى، فكلما تعلق الأمر بمسألة تتعلق بسقوط الحق أو اكتسابه بمرور المدة، أو بكل مسألة لا يمكن حلها إلا بالرجوع إلى عامل الزمن، فإن تحديد قضاة الموضوع للتواريخ المتعلقة بالحق المدعى بها أو تاريخ المطالبة بهذا الحق هو نشاط إلزامي بدونه لا يمكن للمحكمة العليا ان تمارس رقابتها على المسائل المدعى بها من طرف الخصوم ²¹³¹.

ب . ارتباط انعدام الأساس القانوني برقابة التكييف :

يجب التسليم بأن النقض بسبب انعدام الأساس القانوني للحكم يقوم بحماية الرقابة على التكييف، إذ هو بالنسبة لهذه الرقابة بمثابة ساتر وفرع، لذا فإن عرض الوقائع ليس ضروريا إلا بسبب أن غيابه أو عدم كفايته وتحديده، سوف يمنع المحكمة العليا من أعمال رقابتها على التكييف الذي قام به قاضي الموضوع ²¹³².

وفي هذا الصدد يمكننا أن نعرض لبعض الحالات التطبيقية، فمثلا نقضت الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية في قرارها المؤرخ في 1993/04/27، قرار الجهة الاستئنافية، والذي من أجل المصادقة على وضع المدين في حالة تسوية قضائية، أكد أن ديون هذا الأخير تجعله في حكم المتوقف عن الدفع، لكن أسباب هذا القرار لم يتبين منها أي واقعة قابلة لتبرير حالة عدم الدفع، لذلك فقد رأَت محكمة النقض أن هذا يعجزها عن الرقابة على صحة التكييف الذي أعطاه قضاة الموضوع لحالة المدين القانونية ²¹³³.

وفي قرار مشابه، نقضت المحكمة العليا بموجب قرارها المؤرخ في 2000/05/31 قرار مجلس قضاء سكيكدة، ولتبرير قرارها أكدت المحكمة العليا أن قضاة الموضوع أخطئوا في تكييف الوقائع المعروضة عليهم، ذلك أن اعتبارهم القسمة المجراة بين الخصوم هي قسمة رضائية لا

²¹³¹ Dominique FOUSSARD, le manque de base legale, www.courdecassation.fr, P04.

²¹³² Francis Kernaleguen , L'extension du rôle des juges de cassation , op cit, p377 .

²¹³³ Thierry Le Bars, op cit , p153.

يقبل الطعن فيها بالغبن إلا خلال سنة من تاريخ إجرائها هو تكييف خاطئ لهذه القسمة، ذلك أنه بالرجوع إلى الوقائع كما أثبتتها قضاة الموضوع فإن القسمة التي تمت بين الخصوم لم تخضع إلى القواعد القانونية المتعلقة بالشكل والإشهار، وبالتالي فإن التكييف الصحيح لها هو اعتبارها مجرد قسمة مهاية تخص الانتفاع فقط مع بقاء الملكية على الشيوع، ويترتب على ذلك أن قضاة الموضوع لما رفضوا دعوى الطاعن الرامية إلى إجراء قسمة ودية، لم يعطوا أساسا قانونيا لقرارهم²¹³⁴.

إن ارتباط هذا العيب بمسألة التكييف²¹³⁵، جعل البعض ينتهي إلى القول بأن رقابة انعدام الأساس القانوني تنشط في المواد التي توجد فيها رقابة على التكييف، وتتعدم في المواد التي يمنح فيها قاضي الموضوع سلطة تقديرية، فالرقابة تتعلق بالرابطة القائمة بين الواقعة المقدره وبين القاعدة القانونية المطبقة أو المستبعدة²¹³⁶، رغم أن هذا الرأي قابله رأي آخر ينتهي إلى أن نشاط القاضي الذي يتمتع فيه بسلطة تقديرية هو أيضا يخضع لرقابة كفاية الأسباب، في كل الحالات التي يكون فيها قاضي الموضوع ملزم بتسبب ممارسته لهذه السلطة²¹³⁷.

إن ممارسة قاضي الموضوع لسلطته التقديرية، يجب أن لا يجعل منها سببا للتعسف، لأن المطلوب دائما من القاضي أن يكون عادلا في أحكامه، حتى ولو تعلق الأمر بتطبيق قاعدة قانونية تعطيه حق التقدير، لذلك فإن ممارسة هذه السلطة يخضع فيها أيضا لرقابة المحكمة العليا، ولو كانت هذه الرقابة هامشية، تكتفي فقط بإجبار قاضي الموضوع، أن يورد في حكمه

²¹³⁴ قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 31/05/2000، ملف رقم 198689، الاجتهاد القضائي، عدد خاص، ج01، س2004، ص283 .

²¹³⁵ قرار المحكمة العليا . الغرفة المدنية . المؤرخ في 25/05/2005، ملف رقم 358706، مج مح ع، ع01، س2005، ص101: حيث أن قضاة الاستعجال بوصفهم مثل هذا الطلب باعتباره إشكالا في التنفيذ يكونون قد أفقدوا قضاءهم الأساس القانوني الأمر الذي يجعل القرار المطعون فيه عرضة للنقض .

. قرار المجلس الأعلى . الغرفة المدنية . المؤرخ في 29/06/1986، ملف رقم 43476، م ق ، ع01، س1993، ص16: حيث أن قضاة الإستئناف لما قضاوا برفض طلب الطاعن بإبطال بيع القطعة الأرضية بناء على عدم توفر ثبوت الإكراه قد أخطأوا في إعطاء الوصف القانوني الحقيقي لوقائع القضية وتكييفها قانونيا سليما، وبالتالي أخفقوا في تطبيق القانون وانحرفوا عن الصواب مما جعل قرارهم منعما للأساس القانوني الصحيح .

²¹³⁶ Francis Kernaleguen, L'extension du rôle des juges de cassation , op cit, p377 .

²¹³⁷ Thierry Le Bars, op cit, p 164.

جميع العناصر الواقعية التي سمحت له بإعمال سلطته التقديرية²¹³⁸، فالمحكمة العليا تعتبر أن عدم قيام قاضي الموضوع بذلك سوف يعجزها عن ممارسة هذه الرقابة²¹³⁹، فمثلا في مسألة التعويض، تعترف المحكمة العليا لقضاة الموضوع بسلطتهم في تقدير قيمة التعويض، لكن تشترط عليهم أن يضمنوا أحكامهم جميع العناصر الواقعية التي سمحت لهم بالوصول إلى هذا التقدير، كما تشترط عليهم أن لا تتناقض هذه العناصر مع القيمة التي حددها، حيث أن إخلال قضاة الموضوع بهذه الواجبات تعتبره المحكمة العليا أحيانا قصورا في التسبب، وأحيانا أخرى إنعداماً للأساس القانوني²¹⁴⁰.

²¹³⁸ قرار المجلس الأعلى . الغرفة الإجتماعية . المؤرخ في 1989/06/26، ملف رقم 50548، م ق ، ع 03، س 1990، ص 154: حيث من المستقر عليه قضاء أن السلطة التقديرية المقررة لقضاة الموضوع لا تخضع إلى رقابة المجلس الأعلى إلا بتوفر شرطين أساسيين : . أن يبرزوا بما فيه الكفاية العناصر التي استمدوا منها تقديرهم واقتناعهم . أن تكون تلك العناصر مستنبطة من وقائع الدعوى والوثائق والمستندات المقدمة ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد منعدم الأساس القانوني ، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الإستئناف بإلغائهم الحكم المستأنف القاضي طرد المطعون ضده من شقة ملك للطاعن = مستبعدين تطبيق المادة 529 من القانون المدني على أساس وجود ما يجعل المطعون ضده يستفيد من أحكام المادة 536 من القانون المدني دون ذكر العناصر التي استنبطوا منها تقديرهم واقتناعهم فإنهم بقضاءهم كما فعلوا لم يؤسوا قرارهم تأسيساً قانونياً .

²¹³⁹ قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 2007/09/12، ملف رقم 406647، مج مح ع، عدد خاص، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، س 2010، ص 343: حيث يتضح بالفعل من القرار المنتقد أنه مبني فيما قضى به على اعتبار البناء الذي شيده الطاعن مخالف لرخصة البناء ومضر بمسكن المطعون ضده لكن لم يتبين من حيثياته ما هو الضرر المذكور ، خاصة ما دام من معطيات الخبرة أن البناء لم يتجاوز حدود الملكية ، كما لم يتبين موطن المخالفة لرخصة البناء بالإضافة إلى عدم توضيح صفة المطعون ضده في المطالبة باحترام الطاعن لمواصفات رخصة البناء ، وحيث تعد هذه النقائص قصورا في التسبب وانعداماً للأساس القانوني ، ويعرضان القرار للنقض .

²¹⁴⁰ قرار المجلس الأعلى . غرفة الجناح والمخالفات . المؤرخ في 1983/06/07 ، ملف رقم 25878، الاجتهاد القضائي، س 1986، ص 72: حيث أنه بالرجوع إلى القرار المنتقد والحكم الذي أيده يتبين أن قضاة الموضوع لم يبنوا فيهما عناصر التقدير التي ارتكزوا عليها لتبرير مبلغ التعويض الممنوح للضحية ، حيث أنهم أغفلوا الإشارة إلى العجز الحقيقي الذي أصاب الضحية مكتفين بذكرهم أن الضحية قد أحضرت عدة شهادات طبية بدون أي إيضاح للأضرار التي أصابت تلك الضحية بالذات ووصف تلك الأضرار وذكر هل هي دائمة أو مؤقتة، وحيث أن قضاة الموضوع قد أغفلوا أيضا ذكر سن الضحية الذي هو عنصر من عناصر التقدير ومدة إنقضاءها عن العمل ومبلغ ارباحها اليومية أو الشهرية وغير ذلك من عناصر التقدير ليتأتى للمجلس الأعلى أن

إن ممارسة قضاة الموضوع لسلطتهم التقديرية في تقرير مدى وجود الضرر يجب أن يكون له أساس في الوقائع التي عاينوها وأثبتوها في أسباب قرارهم، حيث أن المحكمة العليا لها السلطة في إجراء مقارنة بين هذه الوقائع وبين النتيجة المتوصل إليها، فإذا توصلت إلى عدم وجود توافق بينهما، فإنها تقرر نقض القرار المعروض عليها بسبب إنعدام أساسه القانوني، لتوضيح هذه الفكرة يمكن عرض الحالة التطبيقية التالية : . قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2007/09/12، والذي بموجبه تم نقض القرار الصادر عن مجلس قضاء بجاية، وبررت المحكمة العليا قرارها بأن قضاة الموضوع ورغم أنهم عاينوا من خلال الخبرة المنجزة أن الجدار المنجز من طرف المطعون ضده قد حجب واجهة المحل التجاري الخاص بالطاعن، قاموا برفض طلب الطاعن إزالة الجدار كونه يشكل ضرراً، وبرروا رفضهم لهذا الطلب بأن الجدار قد تم بناءه بطريقة شرعية واستناداً إلى رخص بناء إدارية قانونية، والحال أنه كان يتعين عليهم التمسك بما عاينوه من وقائع تثبت قيام مضار الجوار، لأن البناء بموجب رخصة بناء قانونية لا يعفي من قيام المسؤولية عن مضار الجوار، وما دام أن قضاة الموضوع فصلوا في النزاع بهذه الكيفية يكونون قد أفقدوا قرارهم أساسه القانوني²¹⁴¹.

الفرع الثاني: الحالات التطبيقية لعيب انعدام الأساس القانوني

تنوعت تطبيقات قضاء النقض لعيب انعدام الأساس القانوني تنوعاً شديداً بلغ إلى حد الخط بين هذا العيب والعيوب المشابهة له خاصة عيب إنعدام الأسباب، وقد حاول الفقه أمام تباين هذه التطبيقات وتنوعها أن يستخرج في صور متجانسة ما يمكن تسميته حالات انعدام

يجري مراقبته على القضاء الذي أتى به القرار المنتقد ، وبما أن هذا القرار قد أغفل عن إبراز كل هذه العناصر فإنه لم يبرر قضاءه بتسبب سليم ولم يرتكز في تحديد مبلغ التعويض على أي تعليل قانوني .
 . قرار المحكمة العليا . الغرفة المدنية المؤرخ في 2010/09/23، ملف رقم 582521، مج مح ع ، ع01، س 2011، ص 103، حيث وهكذا نستخلص أن القضاة شابوا قرارهم بالقصور لما اعتبروا أن البنك سبب ضرراً للمطعون ضده دون أن يعرفوا ما هو نوع الضرر المتسبب وما هي عناصره وامتداده ، ودون تبيان = =النصوص القانونية الخاصة التي تشترط اجراءات خاصة لتبليغ الزبون عن واقعة محتملة بهذه الكيفية، فقد أفقد القضاء القرار أساسه القانوني .

²¹⁴¹ قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 2007/09/12، ملف رقم 410719، مج مح ع، عدد خاص، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، س 2010، ص 353.

الأساس القانوني وفق تطبيقات محكمة النقض²¹⁴² ، حيث اجتهد كل من الفقيهين FAYE و Boré في وضع حالات عملية تشكل أخطاء إذا تم ارتكابها من طرف قضاة الموضوع فإنها تؤسس لعيب انعدام الأساس القانوني .

أولا . حالات الفقيه FAYE:

عرض هذا الفقيه خمس صور من أجل تحديد حالات انعدام الأساس القانوني، والتي يمكن إبرازها كما يلي:

أ . : عرض الأسباب بشكل معقد ومتداخل لا يسمح بمعرفة ما إذا كان القاضي قد حكم في الواقع أو في القانون²¹⁴³:

يعرض الفقيه Boré مثلا تطبيقيا لهذه الصورة أخذه من قضاء الغرفة المدنية الثانية لمحكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 1958/05/02، حيث أن القرار المطعون فيه رفض الأخذ بشهادة شهود مكتوبة تم إدراجها في الملف، وسبب رفضه ذلك بالقول : "أن هذه الشهادة لا تأخذ بعين الاعتبار كون أنها جاءت مخالفة للإجراءات المتعلقة بسماع الشهود والمنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية ،وكون أن مضمون هذه الشهادة لا يقدم أي ضمان من حيث النزاهة والمصادقية "، اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن هذا الحكم منعدم الأساس القانوني، كون أن محكمة النقض لم تتمكن من التعرف على أي سبب بني هذا الحكم، انطلاقا من أنه تضمن خلط بين أسباب القانون المتعلقة بشرعية إجراءات سماع الشهادة ،وبين أسباب الواقع المتعلقة بتقييم مضمون الشهادة، فمحكمة النقض لم تتمكن من معرفة هل أن قضاة الموضوع قبلوا بفحص الشهادة من حيث الموضوع أم لا²¹⁴⁴، ومثال ذلك أيضا أن يقوم قاضي الموضوع بالقول أن المدعى عليه وبصفته تاجر فإنه كان عليه أن يمسك دفاتر منتظمة، لكن دون أن يبين في أسباب حكمه العناصر التي تسمح للمحكمة العليا أن تراقب مدى توفر صفة التاجر في المدعى عليه، ومثال ذلك أيضا أن تقول المحكمة أن العلاقة بين

²¹⁴² أحمد السيد صاوي ، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية ، مرجع سابق ، ص 177.

²¹⁴³ عزمي عبد الفتاح ، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية ، مرجع سابق ، ص 400.

²¹⁴⁴ Jacques Boré , op cit , p 501.

الطرفين هي بيع وليست إيجار دون بيان العناصر الواقعية التي تسمح للمحكمة العليا من إجراء الرقابة على صحة هذا التكيف²¹⁴⁵.

ب . عرض الأسباب بشكل بالغ العمومية والغموض :

إن عرض الأسباب في شكل عبارات عامة أو غامضة لا تسمح للمحكمة العليا من ممارسة مهمتها في الرقابة على الحكم، ومثال ذلك أن يلزم قاضي الموضوع المستأنف بالتعويض عن الاستئناف الكيدي، دون أن يبين أسباب هذا الإلزام، ويكتفي فقط بالقول أن المستأنف كان متهورا في استئنافه، أو أن الإستهناف جاء كيديا، فهذا الغموض والإجمال في التسبب يجعل من الحكم منعدم الأساس القانوني²¹⁴⁶، ومثال ذلك أيضا أن يستخلص قاضي الموضوع الطابع الظاهر للعيب في الشيء المبيع، دون أن يبحث بشكل واقعي في ما إذا كان هذا العيب يمكن إكتشافه²¹⁴⁷.

ج . أخذ الحكم في اعتباره بعض الوقائع دون بيان الشرط الضروري اللازم الذي يتطلبه القانون عند تكيف الوقائع لتطبيق حكم القانون عليها²¹⁴⁸ :

وتتحقق هذه الحالة عندما لا تفسر الأسباب شرطا أساسيا لتبرير السمة القانونية التي أضفاها القاضي على الوقائع والنتائج التي استخلصها منها، أي أن أسباب الحكم تكون قد عنيت بذكر بعض العناصر الواقعية، وسكتت عن ذكر ما نزل منها منزلة الشرط اللازم لتبرير التكيف القانوني الذي أعطي لوقائع النزاع²¹⁴⁹، ومثال ذلك أن يحكم قاضي الموضوع بثبوت مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه عن الضرر الذي سببه هذا الأخير للغير، دون أن يورد في أسباب حكمه أن الفعل الضار الذي ارتكبه التابع قد تم أثناء تأدية مهامه أو بمناسبةها، أو أن يحكم القاضي بتعسف المدعي في رفع دعواه، دون أن يبين في أسباب حكمه أن المدعي استعمل حقه في رفع الدعوى بنية الإضرار بالمدعى عليه أو تضييع الوقت عليه²¹⁵⁰، ومثال

²¹⁴⁵ يوسف المصاورة، مرجع سابق ، ص 240.

²¹⁴⁶ أحمد مليجي، أوجه الطعن بالنقض المتصلة بواقع الدعوى، مرجع سابق ، ص 150.

²¹⁴⁷ Cass.civ III.07/02/1973.jcp 1975. II.17918 .

²¹⁴⁸ عزمي عبد الفتاح ، تسبب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية ، مرجع سابق، ص 401.

²¹⁴⁹ أحمد مليجي، أوجه الطعن بالنقض المتصلة بواقع الدعوى، مرجع سابق ، ص 151.

²¹⁵⁰ Jacques Boré , op cit , p 497.

ذلك أيضا أن يصدر الحكم بمسؤولية شخص عن حادث وتعويض خصمه نتيجة لثبوت الخطأ وحصول الضرر، ولكن دون أن يعني بالبحث في مدى وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر²¹⁵¹.

د . إغفال الحكم عرض الواقعة الأساسية التي يعتمد عليها عرضا كافيا يسمح بالرقابة على تطبيق القانون على الواقع²¹⁵²:

يقصد بهذه الحالة عدم قيام محكمة الموضوع بالرد على طلبات أو دفع موضوعية هامة، إذا صحت لتغيير وجه الرأي في الدعوى، مع الملاحظة أن الفقه والقضاء متردد في تصنيف هذه الحالة بين عيب انعدام الأسباب وانعدام الأساس القانوني²¹⁵³، لذلك فإن محكمة النقض في مثل هذه الحالة عندما تنتقض الحكم المطعون فيه استنادا لعيب انعدام الأساس القانوني لا تعبر عن ذلك بالقول أن قضاة الموضوع لم يردوا على دفع وطلبات الطاعن، وإنما تعبر عن ذلك بالقول أن قضاة الموضوع أغفلوا بحث وشرح واقعة استند عليها الطاعن في طلباته²¹⁵⁴.

هـ . إقامة الحكم قضاءه على سبب غير ملائم أو غير منتج يؤدي إلى بقاء المسألة الأصلية محل النزاع دون حل²¹⁵⁵:

إن هذه الصورة تشكل تعبيراً عن سوء فهم قاضي الموضوع لجوهر النزاع المطروح عليه، وإما نتيجة تقديره الخاطئ أن بحث إحدى نقاط النزاع ليس مهما كونها غير منتجة، مكتفياً بالحل الذي انتهى إليه في نقطة أخرى، رغم أن النقطة التي أهملها بالبحث منتجة في الدعوى²¹⁵⁶، ومثال ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في أنه منعدم الأساس القانوني للحكم الذي قضى بثبوت نية المشاركة الشرط الضروري لقيام الشركة الواقعية، بمجرد أن الطاعن هو مالك

²¹⁵¹ أحمد مليجي، أوجه الطعن بالنقض المتصلة بواقع الدعوى، مرجع سابق، ص 151.

²¹⁵² عزمي عبد الفتاح، تسبب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 402.

²¹⁵³ عزمي عبد الفتاح، تسبب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 402.

²¹⁵⁴ Thierry Le Bars, op cit, p 106.

²¹⁵⁵ عزمي عبد الفتاح، تسبب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 402.

²¹⁵⁶ أحمد السيد صاوي، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية، مرجع

سابق، ص 183.

على الشيوخ²¹⁵⁷، وما قضت به محكمة النقض المصرية في أنه معيب بعدم كفاية الأسباب الحكم الذي يقرر رفض الدعوى التي رفعها الراسي عليه المزداد من أجل إبطال عقد الإيجار الذي عقده المدين بعد الحجز عليه، بحجة أن المدعي كان يعلم بهذا الإيجار، في حين أن دعوى البطلان هذه كانت مبنية على أساس أن الإيجار صوري، وبالتالي فإن علم المدعي بالإيجار ليس له أي تأثير على قبول أو رفض الدعوى²¹⁵⁸.

ثانيا . حالات الفقيه Boré :

إن الصور التي استجمعها الفقيه FAYE وإن حاولت جمع الصور التطبيقية وفق تقسيم منطقي، إلا أنها لم تستغرق جميع الحالات، كون أن أعمال السلطة التقديرية للمحكمة العليا في تقدير مسالة عدم كفاية الأسباب سوف يؤدي بالضرورة إلى وجود حالات أخرى خارج الصور الخمس لهذا الفقيه²¹⁵⁹.

لذلك، فإن الفقيه Boré حاول أن يوسع في هذه الصور بإضافة حالات أخرى، رغم أن هذا الفقيه وانطلاقاً من أن عيب انعدام الأساس القانوني هو تعبير لعدم كفاية الأسباب أو عدم وضوحها، فإنه قسم هذه الحالات إلى مجموعتين، وضمن كل مجموعة وضع مجموعة من الحالات، مع الملاحظة أن الصور الخمس للفقيه FAYE محتواة في هذين المجموعتين وبالتالي فإننا لا نعيد ذكرها .

أ . المجموعة الأولى : حالات معاينة الوقائع بشكل غير كامل :

وتشمل هذه المجموعة الحالات التالية :

1. إغفال القاضي ذكر المصدر الذي استقى منه الواقعة المأخوذة خارج الوقائع المدلى بها من طرف الخصوم :

يتمتع قاضي الموضوع بسلطة الإعتداد بالعناصر الواقعية التي لم يستند إليها الخصوم في تأييد إدعاءاتهم لعدم تقطنهم لأهميتها، بشرط أن تكون قد قدمت في الدعوى بطريقة

²¹⁵⁷ Cass.com.12/02/1973.Bull civ. V. n70 .

²¹⁵⁸ أحمد مليجي، أوجه الطعن بالنقض المتصلة بواقع الدعوى، مرجع سابق ، ص 153.

²¹⁵⁹ عزمي عبد الفتاح ، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية ، مرجع سابق ، ص 403.

صحيحة²¹⁶⁰، وبالتالي فإن قاضي الموضوع ملزم بأن يبين في أسباب حكمه مصدر وطبيعة المعلومات والوقائع التي استخدمها من أجل تبرير هذا الحكم، وتحديد العناصر التي سمحت له بإثبات ومعاينة الواقعة محل الإعتبار، تحت طائلة انعدام الأساس القانوني للحكم الذي أصدره²¹⁶¹، فلا يجوز لقاضي الموضوع أن يعتمد واقعة بغير أن يشير إلى المصدر الذي استقاه منها²¹⁶²، كما لا يجوز له أن يستخلص من الوقائع نتيجة غير مقبولة عقلا، أو مناقضة لما أثبتته، فإن خرق هذا المقتضى فإن حكمه يكون منعدم الأساس القانوني²¹⁶³، ومثال ذلك الحكم الذي يكتفي في بيان خطأ المضرور بالقول بأنه لم يكن حريصا في سيره، دون أن يبين المصدر الذي استقى منه هذه الواقعة أو يقيم الدليل عليها²¹⁶⁴.

2. إغفال قاضي الموضوع إجراء تقدير لمجموع عناصر الإثبات أو الوقائع المعروضة:

إن السلطة السيادية لقاضي الموضوع في تقدير وسائل الإثبات والوقائع المعروضة عليه لا يعفيه من إجراء تلك التقديرات، تحت طائلة انعدام الأساس القانوني للحكم الذي سيصدره²¹⁶⁵، فقاضي الموضوع ملزم ببحث جميع الأدلة المعروضة من الخصوم، ثم له بعد ذلك أن يأخذ منها ما اطمأن إليه ويستبعد ما عداه، أما إذا اكتفى فقط ببحث مجموعة من الأدلة وأغفل بحث الباقي، فإن حكمه يكون منعدم الأساس القانوني²¹⁶⁶، ومثال ذلك ما قضت به الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية من نقض لحكم قضاة الموضوع الذي قام بفحص كل واقعة على حدة من الوقائع التي ادلى بها الخصوم، وذلك عندما قام بإثبات المنافسة غير المشروعة، وذلك

²¹⁶⁰ فكري عبد الحميد أبو صيام ، مرجع سابق، ص 240.

²¹⁶¹ Jacques Boré , op cit ,p 497.

²¹⁶² قرار المحكمة العليا . الغرفة الإجتماعية . المؤرخ في 2007/12/05، ملف رقم 411143، مج مح ع ، ع02، ص 2007، ص 276: حيث يتبين فعلا من الحكم المطعون فيه أن قاضي أول درجة اعتبر أن الإستقالة تمت تحت الضغط دون تبيان مصدره، وما إذا كان صادرا من رب العمل ، ودون مناقشة محتواها والتأكد من إرادة العامل في استعمال هذا الحق المخول له قانونا .

²¹⁶³ محمد الكشور ، مرجع سابق ، ص 501.

²¹⁶⁴ أحمد السيد صاوي ، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق ، ص 181.

²¹⁶⁵ Jacques Boré , op cit ,p 498.

²¹⁶⁶ محمد الكشور ، مرجع سابق، ص 502.

بحجة أن قضاة الموضوع لم يبحثوا فيما إذا كان ضمن هذه الوقائع لا توجد مجموعة من القرائن تثبت الخطأ المدعى به ²¹⁶⁷.

3. إغفال قاضي الموضوع لإعمال سلطته في تفسير بند غامض في العقد

يتمتع قاضي الموضوع بسلطة تفسير البند الغامض في العقد، بل أن هذه السلطة ترتقي إلى حد الواجب الذي يتعين عليه القيام به، فإذا ما قام بهذا الواجب وأعطى لهذا البند التفسير الذي يراه مناسباً له فإنه يكون قد أدى واجبه، ولا تراقبه محكمة النقض بعد ذلك فيما أعطاه من تفسير ²¹⁶⁸، أما إذا تنكر لهذه السلطة و استتكتف عن التفسير، ثم قام برفض الدعوى بحجة أن بنود العقد غامضة، أو فصل في الدعوى على أساس أن البند المتنازع عليه واضح لا يحتاج إلى تفسير في حين أنه غامض، فإن حكمه يكون مشوب بعيب إنعدام الأساس القانوني ²¹⁶⁹.

4. إغفال قاضي الموضوع لإعمال سلطته في إتخاذ إجراءات التحقيق التي تسمح له بحل المسألة المتنازع عليها:

في بعض الأحيان يأخذ عيب انعدام الأساس القانوني صورة نكران العدالة، وذلك عندما يتخلى القاضي عن سلطته في إتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق التي تسمح له بحل النزاع المعروف عليه ²¹⁷⁰، وتأخذ هذه الحالة صورتين، فإما أن قاضي الموضوع يفصل في النزاع

²¹⁶⁷ Cass.com.23/10/1967.Bull civ. III. n336 .

²¹⁶⁸ عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد، مرجع سابق ، ص 937.

²¹⁶⁹ Jacques Boré , op cit ,p 498.

. قرار المحكمة العليا . الغرفة الإجتماعية . المؤرخ في 2007/12/05، ملف رقم 411734، مج مح ع ، ع02، س 2007، ص 282: وحيث أن لقاضي أول درجة رقابة متى تكون علاقة العمل المبرمة ضمن الحالات المنصوص عليها في المادة 12 من القانون 1190 وأن الوقوف على شكل العقد لا يكفي لإثبات مخالفة العقد لأحكام المادة 12 المذكورة ، إذ أن قاضي أول درجة يستوجب عليه أن يتأكد من الحقيقة الموضوعية للسبب الذي شغل من أجله المطعون ضده ...، وعليه ما تنعي به الطاعنة الحكم المطعون ضده يتجلى في أن الحكم مشوب بانعدام الأساس القانوني مما يتعين نقض الحكم .

²¹⁷⁰ قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 2001/10/24، ملف رقم 218221 : "حيث أن عدم التحقيق من طرف قضاة الموضوع قصد ممارسة سلطتهم القضائية يشكل إنكاراً للعدالة ، ذلك أن قضاة الموضوع لم يفصلوا في النزاع ، وأن طبيعة العرش للقطعة الأرضية لا تمنع من ممارسة حق الانتفاع وعندما يتم التعرض

ويجيب المدعي لطلباته دون إجراء تحقيق في الدعوى رغم أنها تستأهل ذلك، وإما أنه يرفض الدعوى لعدم التأسيس، من دون أن يجري تحقيق في إدعاءات الأطراف²¹⁷¹، ومثال ذلك أن يقرر القاضي أن هناك تقاطع بين الملكيتين، من دون أن يلجأ إلى خبرة فنية، رغم وجود نزاع بين الخصوم حول هذه المسألة، ومثال ذلك أيضا فصل قاضي الموضوع في مسألة الحيازة دون أن يجري تحقيقا فيها²¹⁷².

ب . المجموعة الثانية : حالات معاينة الوقائع بشكل غير واضح:

وتشمل هذه المجموعة الحالات التالية :

1. ترك قاضي الموضوع الأساس القانوني للحكم بدون توضيح:

تثار هذه الحالة عادة في دعاوى التعويض عن المسؤولية، وبسبب تعدد أنواع المسؤولية . مسؤولية عقدية . مسؤولية تقصيرية . مسؤولية قائمة على الخطأ الشخصي الواجب الإثبات . مسؤولية قائمة على الخطأ المفترض...، فإن قاضي الموضوع عندما يحكم بالتعويض، فإنه يتعين عليه أن يحدد نوع المسؤولية التي أقامها على المحكوم عليه، حتى تتمكن المحكمة العليا من بسط رقابتها على مدى توفر شروط هذه المسؤولية، أما إذا لم يقيم القاضي بتحديد ذلك،

لهذا الحق يسمح للحائز أن يمارس دعوى الحيازة ، لأن الحيازة يمكن أن تكون قائمة على سند أو بدون سند، وأنه بهذا فإن القرار يستحق النقض لانعدام الأساس القانوني " ، هذا القرار مشار إليه في : عبد العزيز محمودي، إجراءات تفعيل الحيازة العقارية كآلية لتسليم عقود الملكية في القانون العقاري الجزائري ، منشورات بغدادي ، ط01، الجزائر 2012، ص 273.

²¹⁷¹ قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 10/12/2009، ملف رقم 565212، مج مح ع، عدد خاص، الغرفة العقارية ، س2010، ص 299: حيث أنه ومتى كان عقد الشهرة مجرد عقد تصريحي، فإنه كان على قضاة الموضوع وبما لهم من سلطة تقديرية البحث عن الحائز الحقيقي ومدى توفر شروط حيازته، ومن ثم وعلى ضوء النتائج المتوصل إليها الفصل في الطلب الأصلي بالسلب أو الإيجاب ، وبما أنهم لم يهتدوا إلى ذلك وأقاموا قضاءهم بإبطال العقد على أساس الأسبقية في الشهر فإنهم يكونون قد أعبأوا قرارهم بانعدام الأساس القانوني وعرضوه للنقض والإبطال .

²¹⁷² قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 12/09/2007 ، ملف رقم 401319، مج مح ع ، عدد خاص، الغرفة العقارية ، س2010، ص 126: حيث متى كان من المقرر قانونا أنه في حال إنكار الحيازة يتعين على قضاة الموضوع أن يلجأوا إلى التحقيق وفقا لمقتضيات المادة 415 من ق ا م ، وأن التحقيق المعتد به هنا هو الذي يتم وفقا لمقتضيات المادة 61 من ق ا م وما بعدها ، لأن الشهادة أمام الخبير لا يؤخذ بها إلا على سبيل الاستدلال .

فإنه يفقد حكمه أساسه القانوني، ويعجز بذلك المحكمة العليا عن إعمال رقابتها، لكن رغم ذلك فإنه يجوز للمحكمة العليا أن تتخذ الحكم عن طريق استكمال الأسباب متى رأت أن الحكم بالتعويض مؤسس على أحكام مسؤولية أخرى محددة بنص صريح غير التي حكم بها قاضي الموضوع، ورأت أنه يوجد في الملف الوقائع التي يمكن من خلالها إسناد تلك المسؤولية للطاعن²¹⁷³.

2. إقامة الحكم على سبب مستخلص بطريقة غير واضحة:

في هذه الحالة، يؤدي غموض الحكم إلى عدم السماح للمحكمة العليا من تحديد الأساس القانوني للحكم، ذلك أنه لا يستبين أمامها وجه الرأي الذي أخذت به المحكمة وجعلته أساساً لقضائها²¹⁷⁴، فالغموض في هذه الحالة يمس جانب مؤثر في الحكم، على سبيل المثال إذا أقر الحكم بوجود خطأ الضحية من أجل تقرير عدم مسؤولية مرتكب الفعل الضار، فهنا يتعين على القاضي أن يبين بدقة كيف استخلص هذه الواقعة المؤثرة في الدعوى، وإذا تعلق الأمر بدعوى الحياة وأقر القاضي بثبوت وضع اليد من طرف المدعي فإنه يتعين عليه أن يبين بوضوح كيف استخلص هذه الواقعة المؤثرة، ومثال ذلك أيضاً أن يقرر القاضي أن الأشغال انتهت ليرفض دعوى الفسخ التي رفعها رب العمل على المقاول بسبب عدم انتهاء الأشغال، ويستعمل في تقرير ذلك عبارة أن الأشغال تقريبا انتهت، فهذه العبارة من الغموض تجعل الحكم قد بني على أساس قانوني غير واضح، ومن جهة أخرى فإن عدم دقة الحكم قد يذهب إلى جعل أفكار القاضي غير واضحة بشكل كامل، ومثال ذلك أن يعلل القاضي حكمه بعبارة وبناء على ما سبق، دون أن يحدد لنا في حكمه على من تعود عبارة على ما سبق، أو يحكم بإلغاء مداولة الجمعية العامة لشركة مساهمة، بسبب أن هذه الشركة تكونت على عدم مساواة بين المساهمين، بدون أن يبين من أين استخلص عدم المساواة هذه، أو من أين تشكلت²¹⁷⁵.

²¹⁷³ Jacques Boré , op cit , p 501.

²¹⁷⁴ أحمد السيد صاوي ، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية ، مرجع سابق، ص 186.

²¹⁷⁵ Jacques Boré , Ibid.

3 . أسباب الحكم ناشئة عن مجرد تأكيدات بسيطة:

هنا رغم أن السبب يكون مفهوما وواضحا، والوقائع التي استخلص منها قاضي الموضوع النتيجة التي انتهى إليها ثابتة بوضوح، لكن قاضي الموضوع توقف عند مجرد تأكيدات بسيطة، ولم يعط للمعاينات الواقعية التي أجراها تحديدا كافيا، يسمح به للمحكمة العليا من أعمال رقابتها على مدى تطبيق القانون، ومثال ذلك الحكم الذي يفصل في مسألة اكتساب الملكية بالتقادم من دون أن يبحث في حقيقة وطبيعة ومدّة الواقعة المكونة للحيازة، والحكم الذي يقبل الاستئناف المرفوع من طرف المدير السابق، ويبرر ذلك بالقول أن الاستئناف في حقيقة الأمر مرفوع من طرف المدير الحقيقي، وأن ورود اسم المدير السابق لم يكن سوى خطأ مادي، وذلك دون أن يبين في أسباب حكمه ما يبرر به هذا التسبيب، كإثبات وجود إمضاء المدير الحقيقي مثلا على عريضة الاستئناف²¹⁷⁶.

المبحث الثالث : التحريف الواضح لوثيقة معتمدة في الحكم أو القرار المطعون فيه

يعتبر عيب التحريف . التشويه . واحد من بين العيوب الأكثر إثارة من طرف الطاعنين أمام المحكمة العليا لا سيما في المواد المدنية، إلا أنه مع ذلك هو من العيوب الأقل قبولا من طرف قضاة النقض، والسبب في ذلك أن هذا العيب يصطدم بالتمييز الأساسي بين الواقع والقانون، حيث يقع هذا العيب على التماس بين هذين الدائرتين، ذلك أن المحكمة العليا من حيث الأصل ليست درجة ثالثة للتقاضي، حيث أن وقائع القضية ووثائقها تقدر بسيادة من طرف قاضي الموضوع، ولا تملك المحكمة العليا أن تراقبه في ذلك²¹⁷⁷، لذلك لم يكن من السهل تقبل المحكمة العليا لهذا العيب واعتباره وجها من أوجه النقض، إلا بعد تطور تاريخي شهدته هذه المحكمة في ما يخص سلطتها في الرقابة على مسائل الواقع.

وسنحاول من خلال هذا المبحث دراسة عيب التحريف، وذلك بالتطرق لمفهومه في المطلب الأول، ثم محاولة تاصيله في المطلب الثاني .

المطلب الأول : مفهوم التحريف

²¹⁷⁶ Jacques Boré , op cit ,p 502.

²¹⁷⁷ Jacques Voulet, le grief de denaturation devant la cour de cassation , jcp,1971. I.2410.

ترتبط فكرة المفهوم بإيجاد مجموعة من العناصر تميز التحريف وتضع له إطارا خاصا به، ولا يتأتى ذلك إلا من خلال تعريفه وتمييزه عن غيره من المفاهيم المشابهة من جهة، ومن جهة أخرى تحديد أشكاله وشروط قبوله .

الفرع الأول : تعريف التحريف وتمييزه عن غيره من المفاهيم المشابهة

إن إيجاد تعريف دقيق سواء من الناحية اللغوية أو من الناحية القانونية هو مسألة مهمة في تحديد مفهوم التحريف كعيب من عيوب النقض ، كما أن وضع هذا المفهوم في إطاره الصحيح وذلك من خلال تمييزه عن المفاهيم المشابهة يساعد في عملية استخراج هذا العيب بالنسبة للطاعن وبالنسبة للمحكمة العليا بشكل لا يؤدي إلى إساءة استعماله .

أولا . تعريف التحريف :

من الناحية اللغوية فإن التحريف يقصد به تغيير طبيعة الشيء²¹⁷⁸، أما من الناحية القانونية فالتحريف يقصد به تغيير طبيعة أو معنى عقد أو وثيقة مكتوبة تحت ذريعة التفسير²¹⁷⁹. وفي تعريف آخر فإن التحريف يقصد به عدول القاضي وميله عن المعنى الواضح والمحدد للمحرر إلى معنى لا يفيد، لينتج بذلك آثارا قانونية مختلفة نتيجة تعمد القاضي تفسيره رغم أن عباراته واضحة ومحددة المعنى ولا تحتاج إلى تفسير²¹⁸⁰. فالتحريف يفترض وضوح معنى التعبير عن إرادة منتج، ولكن قاضي الموضوع رغم ذلك يتحول عن هذا المعنى إلى معنى آخر لا يعبر عن هذه الإرادة، أي أنه يترك ما هو حقيقي ليأخذ بما هو بعيد عن الحقيقة، وبالتالي فهو تعبير عن التعسف الذي يسند للوثيقة مادة وهدفا مغايرا لمادتها وهدفها الحقيقيين²¹⁸¹.

²¹⁷⁸ عبد الحكم فودة ، مرجع سابق ، ص 525.

²¹⁷⁹ Catherine MARRAUD, la notion de denaturation en droit privé français, these doctorat en droit, université de NANCY2, 1972, p03.

²¹⁸⁰ أحمد السيد صاوي ، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 191.

²¹⁸¹ عبد الحكم فودة ، مرجع سابق ، ص 526.

ويمثل التحريف الحد الذي تتوقف عنده سلطة قاضي الموضوع في تقدير وتفسير العناصر الواقعية للدعوى، فهو بذلك يمثل الحد الفاصل بين الواقع والقانون²¹⁸².

ثانيا . تمييز عيب التحريف عن غيره من العيوب المشابهة له:

يعتبر مصطلح التحريف من المصطلحات المبهمة، فهو عبارة عن لفظ مطاط ذو أبعاد غير محددة، وبالتالي فهو معرض للاختلاط بمفاهيم أخرى، بحيث إذا لم نتمكن من فصله عنها قد نقع في فخ تمديد سلطة محكمة النقض وجعلها بصفة أكيدة محكمة موضوع أي درجة ثالثة للتقاضي²¹⁸³.

أ . التمييز بين عيب التحريف وبين الخطأ المادي:

قد يختلط التحريف بمجرد الخطأ المادي أو ما يعرف بغلطات القلم، حيث أن التمييز بينهما يكمن في أن الخطأ المادي هو دائما عمل غير إرادي ولا يغير في الحل الصحيح للدعوى، ومثال ذلك أن يقرر الحكم في أسبابه خطأ أن العقار المتنازع عليه وحسب الخبرة المنجزة يحده من الشمال الطريق العام في حين أن الخبرة تنص على أن العقار يحده الطريق العام من الجنوب، ثم انتهى الحكم إلى أن المطعون ضده استحق العقار بموجب ترجيح سند ملكيته على سند ملكية الطاعن، فهنا خطأ الحكم في تعيين الحدود لا يعدو أن يكون مجرد خطأ مادي، أما التحريف فهو إما عمل إرادي إذا ما عمد القاضي إلى تغيير إرادة صاحب المحرر الواضحة إلى معنى آخر، وإما عمل غير إرادي إذا كان القاضي ورغم وضوح المحرر قد أساء فهمه واستوعبه على نحو خاطئ²¹⁸⁴.

ب . التمييز بين عيب التحريف والتفسير الخاطئ:

يتعين التمييز بين التحريف والتفسير الخاطئ، إذ في التحريف يفترض عدم قيام المبرر للتفسير لوضوح التعبير، بينما في التفسير الخاطئ نكون بصدد شروط غامضة، أي أن القاضي يكون ملزما بالتفسير، وهنا يكون بصدد ممارسة سلطة سيادية بحيث إذا أساء التفسير

²¹⁸² حلمي محمد الحجار ، مرجع سابق ، ج02، ص 475.

²¹⁸³ عبد الحكم فودة ، مرجع سابق ، ص 529.

²¹⁸⁴ سعيد عبد السلام، سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان، الولاء للطبع والتوزيع، شبين

الكوم . مصر . 1992، ص 133.

فإن ذلك لا يعني أنه حرف الوثيقة، وإنما يعد ذلك خطأ في الواقع لا يبرر نقض الحكم، على أساس أن تفسير الواقع هو من إطلاقات قاضي الموضوع²¹⁸⁵.

ج . التمييز بين عيب التحريف والخطأ في التكييف :

يتعين أيضا التمييز بين التحريف والخطأ في التكييف، لا سيما في مجال العقود، ذلك أن الخطأ في التكييف هو الخطأ في إعطاء العقد الوصف القانوني الصحيح، وهذا يختلف تماما عن تحريف مضمون العقد، ورغم أن التكييف يعتمد على النقل الصحيح لمضمون العقد، لكن هذا لا يعني أن عدم تحريف العقد يعني بالضرورة عدم الخطأ في التكييف، ورغم ذلك فإن محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها تذهب إلى اعتبار أن الخطأ في التكييف هو تحريف للعقد فتقوم بالمزج بينهما²¹⁸⁶.

د . التمييز بين عيب التحريف وعيب انعدام الأسباب:

يختلف التحريف عن انعدام الأسباب والذي هو مجرد عيب شكلي، فقد يكون القرار يحتوي على أسباب ولكن موضوعه انحاز على المعنى الواضح للمحرر، حيث أن هناك قرارات لمحكمة النقض رفضت التكامل بين هذين العيبين، وفي هذا الصدد قضت الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية أن كلا من عيب تحريف الطلبات وعيب عدم الرد على الطلبات هما عيبان متعارضان، فالتحريف يستلزم ردا خاطئا، والذي يؤدي إلى استبعاد العيب الشكلي للحكم والمتمثل في عدم الرد، بينما هناك قرارات تذهب إلى عكس ذلك، حيث ترى إمكانية التكامل بين العيبين، فعندما يحرف القاضي الطلبات، فهو بالضرورة يتجاهل وجود أو مضمون وسيلة تم الإدلاء بها في النزاع، فهو في الحقيقة لم يقدم أي رد للوسيلة المثارة فعلا، وبالتالي يمكن تشبيه تحريف الطلبات بعدم الرد عليها²¹⁸⁷.

إضافة إلى ذلك، التكامل بين العيبين يمكن أن يلتقي أحيانا عندما يفصل القاضي في الطلبات التي التمس منه تطبيقها استنادا على بند واضح للعقد، لكنه يهمل أن يفصل استنادا لمضمون هذا العقد، بحيث أنه يحكم كما لو كان هذا العقد غير موجود أصلا في ملف الدعوى، حيث يستند إلى عقد آخر أو إلى بند آخر غير مدعى به في العقد المطروح أمامه، هنا يمكن أن

²¹⁸⁵ عبد الحكم فودة ، مرجع سابق ، ص 530.

²¹⁸⁶ عبد الحكم فودة ، مرجع سابق ، ص 531.

²¹⁸⁷ Jacques Boré , op cit ,p 508.

يستند الطاعن إلى عيب عدم الرد على الطلبات، كما يمكن أن يستند إلى عيب تحريف الطلبات. التحريف بالترك، ولو أن اللجوء إلى عيب التحريف يجلب للطاعن نتائج أحسن أمام محكمة الإحالة من لو أنه لجأ إلى عيب عدم الرد على الطلبات، لأن جهة الإحالة ستكون في حالة النقض بسبب التحريف مجبرة على أن تدرس بعناية الوثيقة المحرفة²¹⁸⁸.

هـ. التمييز بين عيب التحريف وعيب تناقض الأسباب :

بالمقارنة بين عيب التحريف وعيب تناقض الأسباب، فإننا نجد أن هناك بينهما صلة جد وثيقة، لأن عيب التحريف يتأسس في الحقيقة على التناقض الموجود بين التفسير الذي يقدمه قاضي الموضوع وبين البند الواضح والدقيق للمحرر والذي يقوم قضاة النقض بتذكير قاضي الموضوع بضرورة الالتزام به²¹⁸⁹، لكن مع ذلك فإن عيب تناقض الأسباب وبسبب طبيعته الشكلية فإنه يختلف عن عيب التحريف من حيث أنه يفترض وجود تناقض داخلي بين أسباب القرار يظهر في شكل معاينات وتقديرات للوقائع متناقضة فيما بينها، في حين أن عيب التحريف لا يتجلى إلا من خلال التناقض الفعلي بين القرار نفسه والمحرر المكتوب الذي يكون مستقل عن القرار، ومن جهة أخرى فإن عيب التحريف هو الذي يسمح لمحكمة النقض والتي هي من المفروض تحاكم القرار وليس الملف، أن تطلع على أوراق الملف من أجل بسط رقابتها المباشرة على المحرر فيما إذا كان واضحاً لا يحتاج إلى تفسير وأن قضاة الموضوع قد أعطوه معنى آخر، ومن جهة ثانية، فإن آثار النقض المستند إلى رقابة التحريف يكون أكثر فعالية من النقض المستند إلى تناقض الأسباب أمام جهة الإحالة، على اعتبار أن هذه الأخيرة في حالة تناقض الأسباب تعمل فقط على إزالة التناقض، بينما في حالة التحريف تكون ملزمة بإعادة النظر في الوثيقة التي رأت محكمة النقض أنها محرفة²¹⁹⁰.

الفرع الثاني : اشكال التحريف و شروط قبول إثارته

²¹⁸⁸ Jacques Boré , Ibid.

²¹⁸⁹ Gabriel Marty, op cit, p321.

²¹⁹⁰ Jacques Boré , op cit ,p 509.

لا يقبل إثارة عيب التحريف أمام المحكمة العليا إلا بتوفر مجموعة من الشروط الإجرائية والموضوعية . ثانيا . كما أن التحريف يظهر في عدة أشكال يتعين الوقوف عليها . أولا . .
أولا . أشكال التحريف :

يمكن أن يأخذ التحريف مظهرا مزدوجا، الأول إيجابي والثاني سلبي، والمظهر الإيجابي بدوره ينقسم إلى نوعين تحريف مادي وتحريف معنوي .
 فالمظهر الإيجابي للتحريف يفترض أن قاضي الموضوع استند إلى وثيقة معينة، ثم قوله بعد ذلك بعكس ما انطوت عليه هذه الوثيقة، فالتحريف يتمثل هنا في إيراد عكس مضمون الوثيقة أو النقل الخاطئ لمضمونه ²¹⁹¹.

والتحريف المادي باعتباره مظهر إيجابي للتحريف، قد يكون بإضافة لفظ إلى الشرط الواضح، وذلك عندما يكون الشرط قد حصر الحالات التي يسري عليها حكمه، فيضيف قاضي الموضوع إلى حالاته لفظا يحمل حالة جديدة لا يشملها الشرط، وقد يكون الشرط متضمنا للفظ عام تدخل تحته حالات معينة ومحددة، فيقوم قاضي الموضوع بإدخال حالة أخرى لم تتجه إليها نية الطرفين، فيعد ذلك تحريفا ماديا بالإضافة، وقد يكون التحريف المادي أيضا بإضافة شرطا غير مذكور في شروط العقد، رغم أن القضاء يعترف لقاضي الموضوع بسلطة تكملة العقد بإضافة شروط غير مذكورة فيه ولكن يفهم من بقية شروط العقد أن أطرافه قصدوا الإشارة إليها، لكن هذه السلطة يجب أن تمارس بحذر، حيث لا يجوز لقاضي الموضوع تحت هذه السلطة أن يحرف العقد بالخروج عن شروطه الواضحة ²¹⁹².

وعندما يجتزئ قاضي الموضوع بعض البنود في الوثيقة والتي تكون مؤثرة في حل النزاع ²¹⁹³، فإنه يكون قد وقع تحت عيب التحريف المادي بالحذف، والذي يمكن أن يجري في صورتين الأولى تخصيص الشرط العام بلا مخصص، والثانية قصر شرط الإعفاء دون مقتضى ²¹⁹⁴.
 أما التحريف المادي بالمسح فيكون عندما يجري القاضي استخلاصات من العقد لا تتفق وحقيقة التصرف، كأن ينفي واقعة أثبتها التصرف، أو يثبت واقعة نفاها، بحيث يكون ملموسا

²¹⁹¹ حلمي محمد الحجار ، مرجع سابق ، ج02، ص 504.

²¹⁹² سعيد عبد السلام ، مرجع سابق ، ص ص 140.141.

²¹⁹³ حلمي محمد الحجار ، مرجع سابق ، ج02، ص 506.

²¹⁹⁴ عبد الحكم فودة ، مرجع سابق ، ص 558.

عدم التناسب بين ألفاظ التصرف والتقدير التي انتهى إليها قضاة الموضوع، وهو ما يسمى في قضاء النقض مخالفة الثابت بالأوراق²¹⁹⁵.

أما المقصود بالتحريف المعنوي فهو ذلك التحريف الذي يقع في غرض التعاقد، حيث أن القاضي في هذه الحالة يعطي تحليلاً صحيحاً لمضمون العقد ولكنه رغم ذلك يعدل الغرض منه، وذلك بأن يسند للعقد هدفاً غير قابل للتوافق مع ألفاظه، فيأتي عدم التطابق في الجانب المعنوي للعقد رغم سلامة الجانب المادي له، وتحريف الغرض من التصرف يأخذ عدة أشكال كالأخذ بمدلول عبارة معينة في العقد دون أن يدخل قاضي الموضوع في اعتباره ما يكملها من عبارات أخرى، أو يقوم بتفسير بنداً واحداً من بنود العقد ويبني حكمه على هذا البند فقط، دون أن يدخل في اعتباره بقية البنود الأخرى²¹⁹⁶.

وقد يأخذ التحريف مظهراً سلبياً، ويتحقق ذلك عندما يغفل قاضي الموضوع جزءاً من الوثيقة، ذلك أنه يتعين على قاضي الموضوع أن يأخذ بعين الاعتبار كافة محتويات الوثيقة التي لها علاقة بالمسألة المتنازع عليها، ومن ثم يكون قد ارتكب التحريف بوجهه السلبي القرار الذي يهمل بنداً من بنود عقد الإيجار الذي احتفظ بموجبه المؤجر لنفسه بحق مقاضاة المستأجر شخصياً عند عدم وجود تأمين كاف لضمان بعض المخاطر، مع الإشارة أنه يجب عدم الخلط بين التحريف السلبي وبين سلطة قاضي الموضوع في تقدير وسائل الإثبات، فمثلاً إذا قام قاضي الموضوع بعد أن دون شهادة الشهود كما هي في أسباب حكمه ثم قرر بعد ذلك أن يأخذ بجزء منها وترك جزء آخر بعد أن قرر أن الجزء المتروك غير منتج في الدعوى، وكان تقريره هذا مبني على أسباب سائغة، فإن هذا لا يعد تحريفاً للشهادة²¹⁹⁷.

ثانياً . شروط قبول إثارة عيب التحريف :

تتمثل هذه الشروط فيما يلي :

أ . أن يتعلق التحريف بوثيقة مكتوبة :

تلتزم محكمة النقض بحزم بفكرة التمييز بين الواقع والقانون، ونتيجة لذلك فإنها ترفض الرقابة على عرض الوقائع من طرف قضاة الموضوع، فلا يجوز إثارة تحريف الوقائع

²¹⁹⁵ سعيد عبد السلام ، مرجع سابق ، ص 143.

²¹⁹⁶ عبد الحكم فودة ، مرجع سابق ، ص ص 562.561.

²¹⁹⁷ حلمي محمد الحجار ، مرجع سابق ، ج02، ص 508.

المعروضة من طرف قضاة الموضوع، لذلك فالعقود الشفوية، لا يمكن النعي عليها بالتحريف، كون أن قاضي الموضوع يتمتع بسيادة في عرض الاتفاقات الشفاهية، لكن إذا تعلق الأمر بوثيقة مكتوبة فإن المحكمة العليا تملك الرقابة على كيفية عرضها من طرف قضاة الموضوع تحت وجه عيب التحريف، وتختلف هذه الوثائق بحسب طبيعتها، حيث نجد نوعين من الوثائق : . وثائق أدلي بها في الملف تكون صادرة عن الخصوم أو الغير . أوراق المرافعات²¹⁹⁸.

ففي أغلب الأحيان يتم توجيه عيب التحريف ضد عقد موثق أو عقد عرفي، بوليصة تأمين، حيث أن هذه العقود قد تكون تبرعية أو بعوض، كما قد تكون ملزمة لجانب واحد أو ملزمة لجانبين، مبرمة بين الخصوم²¹⁹⁹، كما يمكن أن يشمل التحريف الكتابات الموجهة من طرف أحد الخصوم إلى الآخر، من ذلك مثلا الخطاب الموجه من طرف شركة تأمين إلى المؤمن له عقب حدوث الكارثة²²⁰⁰، والرسائل الصادرة عن صندوق التأمين الاجتماعي²²⁰¹، وتمتد رقابة التحريف إلى الوثائق المكتوبة الصادرة عن الغير، ومثال ذلك محاضر الضبطية القضائية المتعلقة بحوادث المرور والتي من خلالها يتم توضيح المعائنات المادية التي رفعها رجال الضبطية القضائية حول حادث مرور، ومثال ذلك أيضا الشهادات والتقارير الطبية الصادرة من الأطباء والأخصائيين النفسية والمتضمنة إثبات حالات مرضية أو عقلية²²⁰². ومن جهة أخرى، فإن التحريف قد يتعلق بأوراق المرافعات²²⁰³، فتقرير الخبرة المأمور بها قضائيا قد يكون أساس الحكم المطعون فيه، وباعتباره وثيقة مكتوبة فإنه يجوز توجيه الطعن

²¹⁹⁸ Jacques Voulet, le grief de denaturation devant la cour de cassation , jcp,1971. I.2410.

²¹⁹⁹ Cass .civ III. 13/06/1969.Bull.civ. III.p364.

²²⁰⁰ Cass .civ I. 04/11/1968.Bull.civ. I.p201.

²²⁰¹ Cass .civ II. 19/10/1967.Bull.civ. II.p206.

²²⁰² Jacques Voulet, le grief de denaturation devant la cour de cassation , jcp,1971. I.2410.

²²⁰³ يرى الأستاذ Benammou أن أوراق المرافعات تخضع لرقابة مستقلة عن رقابة التحريف ، ويذهب إلى القول بأن هناك اختلاف في الطبيعة وفرق في الدرجة بين رقابة التحريف والرقابة على أوراق المرافعات ، فرقابة التحريف تعبر عن استثناء جزئي عن سلطة قاضي الموضوع في تقدير مضمون المحرر بينما الرقابة على أوراق المرافعات تعبر عن استثناء كلي عن هذه السلطة ، ففي الحالة الأولى تقوم محكمة النقض بمراقبة المحرر فإذا عاينت أنه واضح فإنها ترفض تفسير قضاة الموضوع له، أما في الحالة الثانية فإنه على العكس = محكمة

تحت عيب تحريف تقرير الخبرة من طرف قاضي الموضوع، ذلك أنه وإن كان لهذا الأخير سلطة سيادية فيما يخص تقدير معنى ومضمون تقرير الخبرة فإنه لا يجوز له أن ينحرف عن المعنى الواضح والمحدد لها، وقضاء النقض مستقر على قبول توجيه اللوم لقضاة الموضوع إذا ثبت انحرافهم هذا في ما يخص تقدير معنى ومضمون الخبرة القضائية²²⁰⁴، وكذلك الأمر بالنسبة لمحضر سماع الشهود، فقاضي الموضوع يتمتع بسلطة سيادية في تقدير معنى ومضمون ودرجة صدقية ونزاهة الشاهد، لكن إذا انحرف في تقديره هذا عن المضمون والمعنى الواضح والمحدد لهذه الشهادة، يكون من حق الخصوم الطعن في هذا التقدير بحجة تحريف وثيقة معتمدة في الحكم²²⁰⁵، ويمتد نطاق التحريف إلى محاضر التبليغ، فإذا قرر قاضي الموضوع أن الاستئناف غير مقبول شكلا لوروده خارج الآجال القانونية استنادا إلى محضر تبليغ الحكم، لكن بمعاينة هذا المحضر يتضح أن التاريخ الوارد في أسباب الحكم والمعتمد لحساب الآجال يختلف عن التاريخ الوارد في هذا المحضر، فهنا يجوز للمحكمة العليا أن تراقب هذا المحضر وتقرر نقض القرار المطعون فيه استنادا إلى أن قضاة الإستئناف حرفوا محضر التبليغ²²⁰⁶، كما يمكن أن يشمل التحريف مذكرات الخصوم خاصة العرائض الافتتاحية إذا تبين أن هذا التحريف قد انصب على الطلبات بشكل أدى إلى الخروج على النطاق الواقعي للدعوى الذي رسمه الخصوم .

ويعتبر القانون الأجنبي باستثناء القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة، بمثابة الواقع بالنسبة لقاضي الموضوع، وبالتالي فإن الخصم الذي يدفع به يتعين عليه أن يقدمه في الدعوى، حيث تعامله المحكمة معاملة الواقع، فلا يعتبر الخطأ في تطبيقه وتفسيره مخالفة للقانون، بل يتمتع قاضي الموضوع بسلطة سيادية في ما يخص تفسير مضمونه وكيفية تطبيقه، بشرط عدم تحريفه، فلا يجوز لقاضي الموضوع الخروج عن المعنى الواضح والمحدد للقاعدة القانونية

النقض تقوم بفحص المحرر ، وتفسيره، وتكييفه ، وتقوم باستخلاص النتائج القانونية المترتبة عنه، فرقابة أوراق المرافعات تحول محكمة النقض إلى درجة ثالثة للتقاضي :

- Nadhir Benammou, op cit , p 267.

²²⁰⁴ Jacques Voulet, le grief de denaturation devant la cour de cassation , jcp,1971. I.2410.

²²⁰⁵ Cass .civ I. 06/01/1969.Bull.civ. I.p02.

²²⁰⁶ Jacques Voulet, le grief de denaturation devant la cour de cassation , jcp,1971. I.2410.

الأجنبية، حيث ان المحكمة العليا تعتبر القانون الأجنبي في هذه الحالة وثيقة مثل بقية الوثائق وتقتصر رقابتها عليه في نطاق رقابة التحريف²²⁰⁷.

ب . أن يتعلق التحريف بوثيقة سبق الإدلاء بها أمام قاضي الموضوع :

إن بحث مسألة التحريف يعني الوقوف على واقع ليس من شأن محكمة النقض الخوض فيه، ويعتبر بذلك من الأسباب الجديدة التي يخالفها واقع والتي لا يجوز إثارتها لأول مرة أمام المحكمة العليا²²⁰⁸، وبالتالي فإن الوثيقة المدعى بتحريفها يجب أن يكون قد سبق الإدلاء بها أمام قاضي الموضوع، إذ لا يصح أن ينسب لهذا الأخير تحريف وثيقة لم يسبق أن خضعت لتقديره، وهذه المسألة يمكن التأكد منها بالرجوع إلى طلبات الخصوم أو الحكم المطعون فيه²²⁰⁹، حيث أن قضاء النقض مستقر على أن قاضي الموضوع لا يمكن اعتباره عالماً بالوثائق المتنازع فيها، إذا لم يتم الإشارة إليها في القرار المطعون فيه أو في الحكم المستأنف إذا كان الطاعن قد طلب تأييده في الاستئناف، أو في طلبات الخصوم²²¹⁰.

ج . أن يتعلق التحريف بوثيقة مؤثرة في القرار المطعون فيه:

لا يمكن قبول الطعن المؤسس على التحريف إذا تبين أن هذا الأخير متضمن في سبب زائد، فالتحريف لا يفسد القرار في حد ذاته، وإنما يؤثر في السبب الذي بني عليه هذا القرار، وبالتالي إذا وجد سبب آخر يمكنه حمل القرار المطعون فيه، فإن عيب التحريف سوف يستبعد، وعليه فإن تحريف مذكرات الخصوم سوف لن تقبل كسبب للطعن إذا ثبت أن التحريف انصب على مسائل واقعية غير مؤثرة في القرار المطعون فيه²²¹¹.

د . أن يتم تقديم الوثيقة محل التحريف أمام المحكمة العليا:

لا يكفي أن يتذرع الطاعن أمام المحكمة العليا بأن القرار المطعون فيه قد حرف وثيقة مكتوبة معتمدة فيه، وإنما يتعين عليه لقبول النظر في وجه الطعن المقدم منه أن يطرح أمام

²²⁰⁷ Jacques Voulet, le grief de denaturation devant la cour de cassation , jcp,1971. I.2410.

²²⁰⁸ عبد الحكم فودة ، مرجع سابق ، ص 546.

²²⁰⁹ أحمد السيد صاوي ، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق ، ص 205.

²²¹⁰ Cass .civ II. 12/11/1965.Bull.civ. II.p621.

²²¹¹ Jacques Voulet, le grief de denaturation devant la cour de cassation , jcp,1971. I.2410.

المحكمة العليا تلك الوثيقة، حيث أنه ملزم بتقديم الدليل على إدعائه، وأن يبين بدقة العبارات التي ينعي عليها بالتحريف²²¹²، ولا يكفي الطاعن أن يشير في مذكرة طعنه أنه قدم تلك الوثيقة أمام قضاة الموضوع، أو أنها موجودة في الملف الأصلي، بل يتعين عليه أن يودع نسخة منها في ملف الطعن بالنقض تحت طائلة عدم النظر في وجه الطعن الذي يدعيه²²¹³.

المطلب الثاني : تأصيل عيب التحريف

إن البحث في تأصيل عيب التحريف يقتضي منا الرجوع إلى تقصي مراحل نشأته، ومن جهة ثانية البحث في المعيار الذي من خلاله يتحدد نطاق هذا العيب والأساس القانوني الذي يقوم عليه .

الفرع الأول : ظهور رقابة التحريف

يعتبر عيب التحريف قضائي النشأة مثله مثل عيب انعدام الأساس القانوني²²¹⁴، لكن هذه النشأة لم تظهر إلا بعد تطور تاريخي لقضاء محكمة النقض الفرنسية، الذي مر بعدة مراحل قبل أن يصل إلى الإقرار بعيب التحريف كوجه من أوجه الطعن بالنقض .

ففي المرحلة الأولى المصاحبة لنشأة محكمة النقض الفرنسية واستنادا لنص المادة 1134 والتي تنص على أن العقد شريعة المتعاقدين اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن العقد هو بمثابة القانون بالنسبة للمتعاقدين، وبالتالي فإنه يخضع لرقابتها سواء فيما يخص تطبيقه أو تفسيره، ذلك أن الخطأ في تطبيق أو تفسير العقد يساوي تماما الخطأ في تطبيق أو تفسير القانون²²¹⁵، وبالتالي فإنه في هذه المرحلة لا يوجد أي تطبيق لنظرية التحريف، كون أن الاعتراف بهذه النظرية يرتبط باعتبار العقد بمثابة الواقعة .

²²¹² سعيد عبد السلام ، مرجع سابق ، ص 156.

²²¹³ Gabriel Marty, op cit, p320.

²²¹⁴ Jacques Boré , op cit ,p 506.

²²¹⁵ Thierry Le Bars, op cit,p 156.

. وحسب الأستاذ Talamon فإن محكمة النقض الفرنسية طبقت هذه القاعدة حتى قبل وجود المادة 1134 من

القانون المدني ، واستندت في ذلك إلى القاعدة الرومانية : « contractus legem dicit »

- Christian TALAMON, le pouvoir de contrôle de la cour de cassation sur l'interprétation et l'application des contrats, these doctrat, paris 1926,p 19.

وفي مرحلة ثانية، عرفت محكمة النقض الفرنسية تراجعاً عن اجتهادها السابق، حيث وبموجب قرار الغرف المجتمعة المؤرخ في 1808/02/02 تخلت عن اعتبار العقد بمثابة القانون، ورأت أنه يعتبر مسألة واقعية يخضع في تقديره للسلطة السيادية لقاضي الموضوع والتي لا تملك أن تراقبه في ذلك²²¹⁶، حيث وحسب تقرير المحامي العام السيد Merlin والذي قدمه بمناسبة إصدار محكمة النقض لهذا القرار فإن العقد ليس بقانون²²¹⁷.

واصلت محكمة النقض الفرنسي في السير على هذا الرأي، حيث أكدت ذلك بموجب قرارها الصادر بتاريخ 1808/05/08، والذي بموجبه ردت طلب الطاعن بالقول أنه لم يؤسس إلا على مخالفة مبادئ قانون العقود، وهو بالتالي لا يتضمن أي سبب حقيقي للنقض²²¹⁸.

استغل قضاة الموضوع هذا الاجتهاد استغلالاً ملفتاً، حيث وتحت حجة استعمال سلطتهم التقديرية في تفسير العقود كثيراً ما انتهوا إلى تشويهها، مما جعل محكمة النقض الفرنسية تتراجع عن موقفها من هذه السلطة، حيث بموجب قرارها المؤرخ سنة 1868 انتهت إلى القول بأنه إذا كان تأويل الوصية يدخل ضمن سلطة قاضي الموضوع التقديرية فإن استعمال هذه السلطة لا يمكن أن يؤدي إلى حذف شرط واضح من بين شروطها والأخذ مكانه بشرط آخر من شأنه أن يرتب آثار قانونية مختلفة²²¹⁹.

اعتبر القرار السابق الذكر بداية تراجع محكمة النقض الفرنسية عن موقفها الراض لإعمال الرقابة على تفسير العقود، لكن في نفس الوقت لم يكن يتضمن في طياته رجوعاً إلى مرحلة اعتبار مخالفة العقد كمخالفة القانون، حيث يمكننا القول بأن قرار 1868 يعبر عن نهاية مرحلة وبداية التفكير في مرحلة أخرى مبنية على أساس جديد .

في المرحلة الثالثة ومنذ سنة 1872 بدأت محكمة النقض الفرنسية تأخذ بفكرة التحريف، حيث وبموجب قرار مبدئي قطعت فيه هذه المحكمة مع عاداتها في الامتناع عن مراقبة قضاة الموضوع فيما يذهبون إليه من تفسير العقد حتى تؤكد الإختلاف بينه وبين تفسير القانون²²²⁰،

²²¹⁶ Jacques Voulet, le grief de denaturation devant la cour de cassation, jcp, 1971. I.2410.

²²¹⁷ حلمي محمد الحجار ، مرجع سابق ، ج02، ص 439.

²²¹⁸ حلمي محمد الحجار ، مرجع سابق ، ص 440.

²²¹⁹ محمد الكشيور ، مرجع سابق ، ص 528.

²²²⁰ سامي الجريبي ، تفسير العقد ، رد ، جامعة الحقوق تونس ا، تونس 1997، ص 313.

حيث بموجب القرار المؤرخ في 15/04/1872 انتهت الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية في أسباب هذا القرار إلى أنه ونظرا لنص المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي، وحيث أنه وحسب هذه المادة فإن الاتفاقات المبرمة بين الأطراف تأخذ حكم القانون، وبالتالي فإنه لا يجوز للقاضي في حالة وضوح بنود الاتفاق أن يقوم بتحريفها أو التعديل في مضمونها²²²¹. ورغم ذلك، فإن البعض يرى أن هذا القرار لم يكن يتعلق بتفسير الاتفاق المبرم بين الخصوم، وإنما كان يتعلق برفض تطبيق هذا الاتفاق، وبالتالي فإننا لا يمكن أن نقول أنه قرار مكرس لرقابة التشويه، وعلى ذلك فإن البعض يرى أن التطبيق الحقيقي لنظرية التشويه من طرف محكمة النقض الفرنسية كان بمناسبة قرار غرفة العرائض المؤرخ في 11/07/1876 الذي أقر بشكل صريح الحدود الفاصلة بين السلطة التقديرية لقاضي الموضوع وبين سلطة محكمة النقض في الرقابة، إذ أن سلطة قاضي الموضوع تبقى مطلقة طالما أنه لم يشوه المعنى الواضح والصريح للعقود²²²².

انطلقت بعد ذلك محكمة النقض الفرنسية لتبسط رقابتها على جميع المحررات، حيث بدأ هذا الامتداد بحكم أصدرته في 19/12/1893 نقضت بموجبه حكما لكونه حرف تقرير الخبير الذي بني عليه، ثم توالى الأحكام بعد ذلك مؤكدة بسط رقابة محكمة النقض على مختلف المحررات²²²³.

لم يتقبل بعض الفقه بسهولة غزو محكمة النقض الفرنسية لمنطقة الواقع وذلك من خلال ممارستها للرقابة على تقدير قضاة الموضوع لمضمون المحررات المعروضة أمامهم، حيث انتقد الفقيه Faye بشدة هذا النوع من الرقابة وصرح مستكرا كيف أن القانون وهو الوحيد الذي يجب أن تحرص المحكمة العليا على احترامه من طرف قضاة الموضوع أصبح يهتم فيما إذا كان أطراف العقد لم يظهروا نية تختلف عن نيتهم الحقيقية، ورغم أن قاضي الموضوع يمكن أن يخرق في مجال تقدير العقد: العدالة، والمنطق، وقواعد اللغة، والمعنى الصحيح، فيكون من المناسب هنا التأسف على خطأ القاضي هذا، لكن لا يكون من اختصاص المحكمة العليا

²²²¹ Gabriel Marty, op cit, p309.

²²²² حلمي محمد الحجار ، مرجع سابق ، ج02، ص 442.

²²²³ أحمد السيد صاوي ، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية ، مرجع

سابق ، ص 192.

مراقبة القرار السيادي لقاضي الموضوع في هذه الحالة و التي تكون فيها فقط إرادة الأطراف قد تم تجاهلها، ذلك أن نية الأطراف هي مسألة واقع وليس قانون ²²²⁴.

ويضيف هذا الفقيه أنه على الرغم من الاعتراف بأن قاضي الموضوع يمكن أن يحرف الوثائق وذلك عن طريق النقل الخاطئ لمضمونها، إلا أن ذلك لا يسمح لمحكمة النقض أن تراقبه بحجة التحريف، كون أن ما أثبتته القرار الصادر عنه أصبح حجة فيما قضى به ولا يطعن في المعايينات المادية التي أثبتتها إلا بالتزوير، وبالتالي فإنه لا يجوز الإدعاء بأن قاضي الموضوع قد نقل الوثيقة المتنازع فيها بشكل خاطئ إلا بإدعاء التزوير، كما أنه من جهة أخرى، فإن رقابة التشويه تستتبع بالضرورة من محكمة النقض أن تنظر في موضوع النزاع أو أن تقوم بالتحقيق في المستند المدعى بتحريفه، وهذا أمر محظور عليها بالنص القانوني المؤسس لها ²²²⁵، وهكذا فإن محصلة رأي هذا الفقيه تنتهي إلى معارضة رقابة التحريف، هذه المعارضة تستند إلى عدم تلاءم هذا النوع من الرقابة مع المهمة الرئيسية لمحكمة النقض الفرنسية والتي من أجلها أنشأت هذه المحكمة ²²²⁶، من جهة، ومن جهة أخرى تستند إلى أن المحكمة العليا ليست لها الوسائل اللازمة لممارسة هذا النوع من الرقابة ²²²⁷.

رغم أن رأي هذا الفقيه لم يلقى صدى كبير من طرف الفقه والاجتهاد القضائي في فرنسا الذي يكاد يجمع على حق محكمة النقض في الرقابة على تحريف الوثائق الواضحة، إلا أن بعض القرارات القضائية الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية سارت على رأي هذا الفقيه وإلى زمن ليس بالبعيد، حيث يمكن أن نلاحظ في هذا الصدد تردد الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية في بسط رقابتها على جميع المحررات، فهذه الغرفة وإلى غاية سنة 1971 كانت تحصر رقابة التحريف في العقود فقط، حيث رأت أنها وحدها العقود هي التي تخضع لرقابة التحريف، في حين أن بقية الأوراق الأخرى المطروحة في النزاع التي لاتأخذ شكل العقد لا يمكن اعتبارها إلا مجرد عناصر واقعية تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع دون رقابة

²²²⁴ Francis Kernaleguen , L'extension du rôle des juges de cassation ,op cit, p414 .

²²²⁵ حلمي محمد الحجار ، مرجع سابق ، ج02، ص 445.

²²²⁶ Jacques Boré , op cit ,p 512.

²²²⁷ Jacques Boré , Ibid ,p 517.

عليه من طرف محكمة النقض²²²⁸، لكن ينبغي التأكيد على أن هذا الموقف بقي معزولا في الغرفة التجارية فقط، ذلك أن باقي الغرف كما سبق وأن أشرنا مددت نطاق رقابتها على التحريف ليشمل جميع المحررات .

الفرع الثاني : معيار التحريف وأساسه القانوني

استقرت تطبيقات قضاء النقض خاصة في فرنسا على الاعتماد على فكرة الوضوح والغموض كمعيار أساسي لتحديد نطاق رقابتها على التحريف، لكن هذا لم يمنع الفقه في البحث عن إيجاد أساس قانوني لهذه الرقابة خارج إطار فكرة الوضوح والغموض .

أولا . الوضوح والغموض هو المعيار المعول عليه من طرف قضاء النقض :

إعتمدت محكمة النقض الفرنسية على معيار الوضوح لتحديد نطاق رقابة التحريف، حيث أن هذه الرقابة تتركز في مجملها على مفهوم الوضوح، فالمحرر الواضح يستبعد أي سلطة سيادية لقاضي الموضوع في التفسير تحت طائلة التحريف، مثلما المحرر الغامض يستدعي تفسيراً حصرياً للتحريف، ومن هنا سيتضح الدور الرئيسي لمحكمة النقض التي يعود إليها في النهاية تحديد معيار الواضح والغامض في المحررات المطروحة في الدعوى²²²⁹، حيث أن هناك ميل لبسط رقابة محكمة النقض على محكمة الموضوع في تحديد ما إذا كانت عبارة العقد واضحة لا تحتاج إلى تفسير أو غير واضحة تحتاج إلى ذلك²²³⁰، رغم أن هناك اختلاف حول طبيعة تقدير مسألة الوضوح والغموض، فهناك رأي يذهب إلى اعتبارها من مسائل القانون التي تقوم محكمة النقض بالرقابة عليها حتى لا يتحكم القاضي في هذه المسألة ويقوم بتفسير العبارات الواضحة ويكتفي فقط بالقول أنها غامضة، وهناك رأي آخر يرى أن هذه المسألة هي مسألة واقع، حيث يستقل قاضي الموضوع بتقدير طبيعة العبارة فيما إذا كانت واضحة أو غامضة بشرط أن يبرر موقفه هذا من خلال أسباب كافية ومعقولة²²³¹، ويبدو أن كلا الرأيين ينتهي إلى تقرير حق محكمة النقض في بسط رقابتها على تقدير قاضي الموضوع لهذه المسألة.

²²²⁸ Francis Kernalegouen , L'extension du rôle des juges de cassation ,op cit, p417 .

²²²⁹ Francis Kernalegouen , L'extension du rôle des juges de cassation,op cit, p425 .

²²³⁰ عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، مرجع سابق ، ص 935.

²²³¹ عبد الحكم فودة ، مرجع سابق ، ص 512.

وترتبط فكرة الوضوح بإرادة صاحب المحرر، فإذا أخذنا بنظرية الإرادة الباطنة فإن الوضوح هو التطابق الكلي بين ألفاظ المحرر وإرادة صاحبه الباطنة، أما إذا أخذنا بنظرية الإرادة الظاهرة فإن الوضوح يقصد به وضوح العبارة المستعملة في حد ذاتها²²³².

ويذهب الأستاذ علي فيلاي إلى القول بأن المقصود من الوضوح هو وضوح مدلول المحرر ككل في جميع بنوده، فالمحرر هو وحدة متصلة بعضها ببعض ومتكاملة الأحكام، يفسر بعضها بعضا مما يتطلب أن يكون المحرر واضحا في دلالاته الكلية، وهذا هو المقصود بالعبارة الواضحة²²³³.

إن صعوبة رقابة التحريف تكمن من جانب في التناقض الظاهر بين مفهوم شخصي و احتمالي وبين ضرورة وجود معيار موضوعي من أجل تأسيس تدخل محكمة النقض، من أجل ذلك، فإن تقدير الوضوح لا يمكن أن يكون صحيحا إلا إذا تم عن طريق ذهن صاف ومتجرد من طرف القاضي²²³⁴، ومن جانب آخر فإن تقدير الوضوح يجب أن يتم آخذا بعين الاعتبار الوضعية الملموسة، فهو في حد ذاته ليس وضوحا مفترضا، بل هو وضوح حقيقي بالنظر إلى معطيات النزاع²²³⁵.

وللتأكد من وضوح المحرر يتعين إجراء نوعين من المراقبة، الأولى التحقق من وضوح النص والثانية التحقق من وضوح المضمون، فللقول أن بندا ما في المحرر واضح، يجب أن يستند إلى فكرة واضحة، قابلة لمعنى واحد بالنظر إلى إرادة صاحبه، وإلى معطيات النزاع²²³⁶.

والحقيقة أن المقصود بالوضوح هنا ليس وضوح التعبير وإنما وضوح الإرادة، أي إرادة صاحب المحرر، فقد يكون التعبير في حد ذاته واضحا، ولكن الظروف تدل على أن صاحب المحرر

²²³² علي فيلاي، الالتزامات. النظرية العامة للعقد. مرجع سابق، ص 308.

²²³³ علي فيلاي، الالتزامات. النظرية العامة للعقد. مرجع سابق، ص 308.

²²³⁴ Francis Kernaleguen, L'extension du rôle des juges de cassation, op cit, p426.

²²³⁵ Francis Kernaleguen, Ibid.

²²³⁶ Jacques Boré, op cit, p 526.

أساء استعمال هذا التعبير الواضح، فقصده معنى وعبر عنه بلفظ لا يفهم منه هذا المعنى وإن كان اللفظ واضحاً في معنى آخر، ففي مثل هذه الحالة فإن قاضي الموضوع لا يتقيد بالألفاظ المستعملة في المحرر، وعليه أن يرجع إلى المعنى الحقيقي الذي قصده صاحب المحرر، لكن يتعين على القاضي أن يكون حذراً في هذه المرحلة، حيث يتوجب عليه أن يفترض أن المعنى الواضح هو المعنى الحقيقي، إلا إذا قام الدليل على عكس ذلك، وأن يقوم بتسبيب هذا التحول عن المعنى الواضح تسبيبا كافيا ومقنعا، وذلك بأن يورد في أسباب حكمه لم عدل عن الظاهر إلى خلافه، وما هي الأدلة والقرائن التي ساعدته في الوصول إلى المعنى الحقيقي²²³⁷.

لذلك، فإن البعض ينتهي إلى القول أن معيار وضوح التعبير هو معيار غير سليم وغير كاف ودقيق، يقتضي الأمر عدم التعويل عليه، والتحول عنه إلى معيار وضوح الإرادة الحقيقية لصاحب المحرر والتي يتعين على قاضي الموضوع الالتزام بها، فإذا خرج عنها فإنه يكون قد حرف مضمون ذلك المحرر²²³⁸.

و في فترة زمنية معينة، ارتطبت محكمة النقض الفرنسية بفكرة وضوح التعبير وذلك تحت تأثير المستشار Paul Lerebous Pigeonnière، حيث رأت هذه المحكمة أن تكتفي بالمعنى المادي للصيغة التعاقدية قاطعة رحمها مع الإرادة، فالواضح هو ما وضح لغة وتركيبا وليس ما وضح بفضل ترجمة كاملة للإرادة، ويتضح ذلك من قرار محكمة النقض المؤرخ في 14/12/1942، الذي نقض قرار الجهة الاستئنافية بسبب تحريفه لبند واضح وذلك بتفسيره وفق مراسلة لاحقة عن العقد²²³⁹، ولم تتراجع محكمة النقض الفرنسية عن موقفها هذا إلا بصفة نسبية، حيث لم تبق مكتفية بالمعنى البديهي للفظ لتستلهم المعنى الظاهر له مستعينة بعناصر النزاع والملابسات دون أن تعتمد نية الأطراف²²⁴⁰.

ورغم ذلك، فإن المنتبغ لقضاء المحكمة العليا عندنا يجد أنها مصرّة في عديد الأحكام على أن العبرة عند وضوح العبارة بالإرادة الظاهرة، حيث يمنع القاضي البحث عن الإرادة الباطنة، كما يمنع عليه البحث عن تفسير آخر للمعنى الظاهر، وإلا وقع تحت طائلة تحريف أو تشويه

²²³⁷ عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، مرجع سابق ، ص 937.

²²³⁸ عبد الحكم فودة ، مرجع سابق ، ص 570.

²²³⁹ سامي الجربي ، مرجع سابق، ص 317.

²²⁴⁰ سامي الجربي ، مرجع سابق، ص 318.

العقد، من ذلك مثلا قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 13/07/1985 الذي لام قضاة الموضوع كونهم انصرفوا عن عبارات العقد الواضحة التي تفيد أن الأمر يتعلق بإيجار تسيير حر إلى معنى آخر اختاره قضاة الموضوع يفيد أن الاتفاق يشكل إيجار من الباطن²²⁴¹.

وفي قرار آخر صادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا، تم نقض القرار الصادر عن مجلس قضاء البلدية، وقد تم توجيه اللوم لقضاة الموضوع كونهم أساؤا فهم المضمون الصريح للعقد، ذلك أن العقد المبرم بين الطاعنة والمطعون ضده قد تضمن الاتفاق على عدم التصرف في العقار من أحد الطرفين دون الرجوع إلى الآخر ولم يتضمن أبدا ما يمنع قسمته بينهم، وبالتالي فإن قضاة الموضوع أخطأوا لما رفضوا طلب الطاعنة قسمة العقار بينها وبين المطعون ضده²²⁴².

ويذهب البعض إلى توجيه النقد إلى رقابة التحريف من خلال أن اعتمادها على معيار الوضوح لتأسيس قيامها ينطوي على تفرقة تحكيمية بين العبارات الواضحة بالمحرر والعبارات الغامضة، فهناك صعوبة في التفرقة بين حالة كون عبارات المحرر واضحة ومحددة بحيث يخضع القاضي فيما يستنتج منها إلى رقابة محكمة النقض، وبين حالة كون هذه العبارات غامضة غير محددة، بحيث يكون تفسيرها من سلطة القاضي السيادية، فهذه التفرقة نسبية ويصعب ردها إلى معيار محدد، فقد يكون نفس المحرر واضح عند قاضي وغامض في نفس الوقت عند قاضي آخر، فإذا مارست محكمة النقض رقابة التحريف فإنها تكون من جهة دخلت في باب من التحكم المكروه والذي يجب أن تنتزه عن دخوله، ومن جهة أخرى فإنها تقيد سلطة قاضي الموضوع بقيد لا أساس لتقييده به²²⁴³.

لكن هذا النقد مردود عليه من حيث أن تحديد وضوح عبارات المحرر أو عدم وضوحها غير متروك للتحكم، وإنما يتم هذا التحديد من خلال ضوابط معينة يجب على القاضي التقيد بها، فمن ناحية لا يشترط الوضوح المطلق، بل يكفي أن يكون الوضوح متعلق بالنقاط المتنازع

²²⁴¹ علي فيلالي ، الالتزامات . النظرية العامة للعقد . مرجع سابق ، ص 310.

²²⁴² قرار المحكمة العليا . الغرفة العقارية . المؤرخ في 15/10/2009، ملف رقم 547042، مج مح ع ، عدد خاص ، الغرفة العقارية ، س 2010، ص 307 ، وانظرا أيضا التعليق على هذا القرار : غنيمة لحلو ، القوة الإلزامية للعقد . استبعاد القسمة بالاتفاق . تحريف قضاة الموضوع للعقد، مرجع سابق ، ص 309 . 311.

²²⁴³ أحمد مليجي، أوجه الطعن بالنقض المتصلة بواقع الدعوى، مرجع سابق ، ص 118.

عليها فقط، ومن ناحية أخرى فإن تقدير وضوح الشرط أو عدم وضوحه يجب أن يتم على ضوء تقريبه ومقارنته بباقي الشروط والعبارات الواردة في المحرر، فإذا كان الشرط يتطابق وينسجم في معناه مع باقي الشروط فإن هذا يدل على وضوح الشرط ووضوح المحرر كله، وهو وضوح لا يحتاج معه المحرر إلى تفسير وإلا عد تحريفاً له يخضع لرقابة محكمة النقض²²⁴⁴، ومن ناحية ثالثة فإن رقابة التحريف لا تقيد سلطة قاضي الموضوع، حيث أنها وحتى في حالة نقض القرار المطعون فيه بسبب التحريف فإنها لا تأتي بالتفسير الصحيح للوثيقة المحرفة، وكلما في الأمر أنها تورد في حكمها أن الأسباب التي ساقها قضاة الموضوع لا تستقيم والشروط الواضحة في الوثيقة²²⁴⁵.

لقد تبنى المشرع الجزائري معيار الوضوح كأساس لتحديد نطاق رقابة المحكمة العليا على التحريف، فبموجب المادة 358 من ق ا م ا د نص بصراحة على اعتبار عيب التحريف وجهاً مستقلاً من أوجه النقض، كما نص بصراحة أيضاً أن التحريف يتعلق بفكرة الوضوح، وذلك عندما نص على أن وجه النقض يجب أن يوجه ضد التحريف الواضح لمضمون وثيقة معتمدة في الحكم، فاستعمال مصطلح الواضح يدل ولو من الناحية الشكلية أن العبرة بالتحريف تتعلق بمدى وضوح الوثيقة المدعى عليها بالتحريف .

إن هذا النص يشكل تجسيدا لتحول قضاء المحكمة العليا عن اعتبار عيب التحريف هو بمثابة قصور في التسبب أو إنعدام الأساس القانوني للحكم أو القرار المطعون فيه، والتي كانت مستخدمة من طرف قضاة المحكمة العليا قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، حيث وفي ظل غياب نص يؤسس لرقابة التحريف آنذاك كان قضاة النقض يستندون إلى نظرية الفقيه Marty التي تجعل التحريف من عيوب التسبب، وهي مسألة سنتطرق إليها لاحقاً .

ثانياً . الأساس القانوني لرقابة التحريف :

اختلف الفقه في إيجاد أساس قانوني لرقابة التحريف، وتعددت في ذلك الآراء، حيث يمكننا أن نشير إلى ثلاثة آراء شائعة :

²²⁴⁴ أحمد مليجي، أوجه الطعن بالنقض المتصلة بواقع الدعوى، مرجع سابق ، ص 119.

²²⁴⁵ محمد الكشور ، مرجع سابق ، ص 533.

أ. نظرية الفقيه Marty : أساس التحريف يكمن في عدم كفاية الأسباب :

يذهب الفقيه Marty مذهباً آخر، حيث لا يعول فقط على معيار الوضوح للقول بوجود التحريف، بل يحصر المسألة كلها في فكرة التسبب، فحسب هذا الفقيه فإنه يحق لقضاة الموضوع أن يفسروا النص الواضح متى أقاموا حكمهم على أسباب كافية، فقاضي الموضوع له سلطة البحث عن النية الحقيقية للمتعاقدين، وسلطة البحث عن إرادة الموصي الحقيقية²²⁴⁶، حيث يمكنه الخروج عن المعنى الظاهر في العقد، لكن بشرط أن يبرر تفسيره هذا بأسباب كافية، واستخلص هذا الفقيه أن اللفظ الواضح يمكن أن يفسر من طرف قضاة الموضوع لأنه لاوجود لوضوح مطلق في حد ذاته، لذلك فإن محكمة النقض تخولهم سلطة الابتعاد عن المعنى الواضح والمباشر لصيغة العقد بشرط تقديم حجج مقبولة²²⁴⁷، فعيوب التسبب الأخرى عند هذه الفقيه تغنيها عن اللجوء إلى فكرة التحريف، فمثلاً عند النزاع على التسريح من العمل بسبب انتهاء المدة، وكان العامل قد دفع بأن المدة لم تنته كون العقد المبرم بينه وبين رب العمل مدته ثلاث سنوات، وانتهى قاضي الموضوع إلى أن المدة هي سنتان وأن التسريح كان قانونياً، عند النقض دفع العامل بأن قاضي الموضوع قد حرف مضمون العقد فيما يخص المدة والواضح من العقد أنها ثلاث سنوات، هنا يمكن لمحكمة النقض أن تنتقض الحكم المطعون فيه ليس على أساس التحريف وإنما على أساس التناقض بين الأسباب، أي التناقض بين المضمون الحقيقي لعقد العمل وبين تقارير قاضي الموضوع²²⁴⁸.

إذن وحسب هذا الفقيه فإن التسبب الكافي يبعد موقف قضاة الموضوع عن رقابة التحريف، والتسبب الكافي هو التسبب الذي يبرر انصراف قضاة الموضوع عن المعنى الواضح والظاهر في العقد، وهو الذي يمكن من الناحية العملية من عدم الإكتفاء بالوسائل الداخلية في التفسير والرجوع أيضاً إلى الوسائل الخارجية وأخذها بعين الاعتبار حتى عند وضوح عبارات العقد، وبالتالي فإن معيار الوضوح كمعيار فاصل في قيام التحريف يسقط في مواجهة التسبب الكافي²²⁴⁹، وهكذا ينتهي هذا الفقيه إلى أن معيار الوضوح هو معيار فارغ من كل معنى²²⁵⁰.

²²⁴⁶ Gabriel Marty, op cit, p321.p351.

²²⁴⁷ سامي الجربي ، مرجع سابق، ص 321.

²²⁴⁸ Catherine MARRAUD, op cit, p 529.

²²⁴⁹ سامي الجربي ، مرجع سابق ، ص 321.

يمكن توجيه النقد لرأي الفقيه Marty من زاوية أنه لم يضبط معيارا لضعف التسبب أو عدم كفايته، وبالتالي فإن رأيه يفتقر إلى الثبات والتأصيل، إضافة إلى أن رقابة التسبب تتسم بنوع من التحكم في القرارات، فالتى تقدم تسببا كافيا وجديا تنجو من النقض حتى ولو انطوت على تحريف، بينما التي يختل فيها التسبب فتعرض للنقض، وبالتالي فإن النقض بسبب التحريف يرجع إلى طريقة تحرير الحكم، ولا يرجع إلى وضوح الصيغة وغموضها، إلا أنه ورغم ذلك لم يستطع هذا الرأي أن يفك الرباط نهائيا بين التحريف والوضوح، لوجود علاقة جدلية بين الوضوح وبين التسبب، ففي المثال السابق إذا حكم قضاة الموضوع بانتهاء عقد العمل وكانت المدة قد انتهت فعلا حسب صريح العقد، فإن تسببهم سيكون كافيا وجديا لأنه مستمد من بند واضح، والبند الواضح يعفي من التسبب المستفيض، أما إذا ذهبوا إلى أن المدة تنقضي في سنتين فقط فإن تسببهم يناقض بندا واضحا، ويتسم منذ البداية بضعف التسبب، لذلك فإن الوضوح يغني عن أي تسبب²²⁵¹.

ومن جهة أخرى فإن القول بأن رقابة عدم كفاية الأسباب . انعدام الأساس القانوني . يغني عن رقابة التحريف هو قول مردود عليه من حيث أن عدم كفاية الأسباب الواقعية يضع محكمة النقض أمام استحالة إجراء رقابتها بسبب عدم كفاية العناصر الواقعية المبررة للحل، أما في حالة التحريف فلا توجد أي استحالة أمام محكمة النقض لممارسة رقابتها القانونية، إذ أن القرار المطعون فيه يكون قد بين العناصر الواقعية التي بني عليها، وبالتالي فإن التحريف يطرح في الواقع رقابة أبعد من رقابة كفاية الأسباب، حيث أنها تطال مدى صحة العناصر الواقعية التي بني عليها الحكم والمصدر الذي استقت منه محكمة الموضوع هذه العناصر²²⁵².

ورغم هذا النقد الموجه لهذا الرأي إلا أنه لقي بعض النجاح أمام القضاء، فالمحكمة العليا في الجزائر وإلى غاية صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية كانت تدرج أخطاء قاضي الموضوع المتعلقة بتفسير العقد والمتضمنة لتحريف بنوده تحت وجه النقض المأخوذ من القصور في التسبب، ذلك أن قانون الإجراءات المدنية القديم وفي مجال تحديد أوجه النقض لم يطرح التحريف كوجه من هذه الأوجه، وبالتالي فإن التحريف كان يعالج ضمن أوجه النقض

²²⁵⁰ عبد الحكم فودة ، مرجع سابق ، ص 569.

²²⁵¹ سامي الجري ، مرجع سابق ، ص 322.

²²⁵² حلمي محمد الحجار ، مرجع سابق ، ج02، ص 447.

المتعلقة بالتسبيب، وعند بحثنا في هذه المسألة وجدنا مثلاً قرار الغرفة الاجتماعية للمجلس الأعلى المؤرخ في 1981/04/27 والذي بموجبه تم نقض قرار مجلس قضاء تيارت استناداً إلى أن قضاة الموضوع ارتكبوا خطأ مادياً عند تصريحهم بأن وصل الإيجار تضمن مبلغ الإيجار لمدة ثلاثة أشهر لكن بالرجوع إلى هذا الوصل فإنه يتضمن مدة سنة وثلاثة أشهر وأن هذا الخطأ قد أدى إلى وقوع قضاة الموضوع في سوء تقدير للوقائع، وبالتالي كان قرارهم مسبباً تسبباً غير سليم، ويلاحظ على هذا القرار أن قضاة المحكمة العليا اعتبروا تحريف قضاة الموضوع لوصول الإيجار عبارة عن خطأ مادي²²⁵³، والحقيقة أن هذا التعبير غير صائب كون أن الأخطاء المادية لا تؤدي إلى النقض وإنما تصحح أمام نفس الجهة القضائية، ومن جهة ثانية فإن الخطأ المادي لا يؤثر في الحل القانوني الذي توصل إليه قضاة الموضوع .

ب . أساس التحريف يكمن في مخالفة القاعدة القانونية: العقد شريعة المتعاقدين:

ذهب جانب من الفقه مؤيد من طرف محكمة النقض الفرنسية أن رقابة التشويه تستند في أساسها القانوني إلى مخالفة القانون، أي مخالفة قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، خاصة بالنسبة للعقود ذات القوة الملزمة، فقاضي الموضوع الذي يحرف أحد شروط العقد هو في الحقيقة يخالف المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أن العقد هو شريعة المتعاقدين²²⁵⁴، حيث يذهب المستشار Paul Lerebous Pigeonnière إلى أن أي تعديل يمس الشرط الواضح في الاتفاق من قبل قاضي الموضوع بحجة التفسير من شأنه أن ينال من الخاصية القانونية للاتفاق، وهذه الخاصية هي التي تبرر رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع والتي تمنعها من المساس بالإرادة المعلنة²²⁵⁵.

يمكن توجيه النقد لهذا الرأي، من ناحيتين، فمن جهة أن رقابة التحريف لا تقتصر فقط على العقود بل هي تمتد لتشمل جميع الوثائق المكتوبة، وبالتالي فإنه لا يمكن أن نؤسس رقابة التحريف على مخالفة القوة الملزمة للعقود، كون أن جزء كبير من هذه الرقابة لا يتعلق بمسألة إهدار قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ومن ناحية أخرى، فإن قاضي الموضوع عندما يحرف

²²⁵³ قرار المجلس الأعلى . الغرفة الاجتماعية . المؤرخ في 1981/04/27، ملف رقم 22097، م ق، ع 04، س

1989، ص 167.

²²⁵⁴ حلمي محمد الحجار ، مرجع سابق ، ج 02، ص 449.

²²⁵⁵ حلمي محمد الحجار ، مرجع سابق ، ص 451.

العقد فإنه في الحقيقة لا يتكرر صراحة للقوة الملزمة للعقد، بل كل ما يقوم به هو الانحراف على مقصد صاحب الوثيقة بإعطائه لها معنى يختلف عن المعنى الحقيقي الذي كان يريده محرر الوثيقة²²⁵⁶.

ج . أساس التحريف يكمن في مخالفة قواعد الإثبات :

ذهب القضاء البلجيكي إلى تأسيس رقابة التحريف على مخالفة قواعد الإثبات، لا سيما قاعدة عدم مخالفة الثابت بالكتابة، فقاضي الموضوع ليس له الحق أن يهدر حجية التصرف المكتوب باللجوء للشهادة أو القرائن، حيث ذهب النائب العام Leclereq إلى القول بأن احترام حجية التصرفات من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض، وإذا ترتب على السلطة المطلقة لقضاء الموضوع في تفسير العقد أن حرفوا المعنى الذي تضمنه وعدلوا الآثار القانونية المترتبة عليه، فإن في هذا مساس بالقوة الملزمة للمحرر، وبالتالي مساس بالنظام القانوني للإثبات مما يعرض الحكم للنقض²²⁵⁷.

يلاحظ أن هذا الرأي وفي حالة تطبيقه فإنه يستبعد الوثائق التي ليست لها قوة إثبات المحررات، من ذلك مثلا محاضر الضبطية القضائية، والخبرات، والتي هي في الحقيقة عبارة عن محررات مكتوبة، ولكن تعتبر من قبيل وسائل الإثبات ذات الطبيعة الاستثنائية، فهي بمثابة القرائن، وهذا ما لم تتقبله محكمة النقض الفرنسية لا سيما غرقتها المدنية التي رأت بضرورة أن تبسط رقابة التشويه على جميع الوثائق والمحررات مهما كانت قوتها الإثباتية²²⁵⁸.

²²⁵⁶ حلمي محمد الحجار ، مرجع سابق ، ج 02، ص 454.

²²⁵⁷ عبد الحكم فودة ، مرجع سابق ، ص 540.

²²⁵⁸ حلمي محمد الحجار ، مرجع سابق، ص 460.

الخطاتمة

لقد سمح لنا البحث في تحديد رقابة المحكمة العليا على القاضي المدني بالوصول إلى عدة نتائج نراها مساعدة للباحث والمطبق على حد سواء في فهم الدور التي تلعبه هذه المحكمة في تعليم قضاة الموضوع الأصول الصحيحة لتطبيق القاعدة القانونية، وتأديبهم في حالة تعسفهم في استعمال سلطتهم السيادية في مجال تحصيلهم وفهمهم للواقع .

ورغم أننا سوف لن نعيد التذكير بكل المسائل التي تناولناها في هذا البحث، مع غزارة هذه المسائل وتنوعها، إذ نترك للقارئ الرجوع إليها في ثنايا البحث، حتى لا يصير عملنا في الخاتمة إعادة سرد لكل ما قمنا به، في شكل قد يغني القارئ عن الرجوع إلى هذه المسائل، فيحرم بذلك من ما نراه تفصيلات جد مهمة يحسن به الرجوع إليها، إلا أنه مع ذلك سنقوم بالإشارة فقط إلى أهم النتائج التي توصلنا إليها والمدعمة ببعض الاقتراحات والتوصيات، والتي نلخصها في النقاط التالية :

01. إن الجدل الفقهي الحاد والقائم حول مدى استحقاق مسألة التمييز بين الواقع والقانون لأن تكون أساس تحديد نطاق رقابة المحكمة العليا على قضاة الموضوع، لم يمنعا من الوصول إلى القول بأن الواقع والقانون يشكلان مادتي النشاط القضائي، وبالتالي يمكن اعتبار أن الرقابة الممارسة من طرف قضاة النقض تشمل هذين المادتين، ولو أن مدى الرقابة في كل مادة يختلف عن الأخرى، حيث يضيق في الأولى، ويتوسع في الثانية، مع الاعتراف بصعوبة إيجاد معيار دقيق للتمييز بينهما، أي إيجاد معيار يسمح لنا بالقول أن هذه المسألة هي مسألة قانون تخضع لرقابة واسعة، وأن المسألة الأخرى هي مسألة واقع تخضع لرقابة ضيقة .

02. إن صعوبة إيجاد معيار دقيق للتمييز بين مسائل الواقع والقانون جعلنا ننتهي إلى القول بأنه يجب عدم إدخال المحكمة العليا في متاهات الصراعات الفقهية القائمة بشأن هذه المسألة وإعطائها كامل الحرية في اختيار المعيار الذي تأخذ به لتحديد نطاق رقابتها، بحيث أن تحديدها لهذا النطاق يرجع لإرادتها هي فهي لا تخضع لرقابة سلطة أعلى ومن ثم فهي سيدة الموقف في شأن كل ما يتعلق باختصاصها .

03. لقد توصلنا إلى القول بأن المحكمة العليا يجب أن تمارس رقابتها على قضاة الموضوع في الحدود التي تسمح لهذه المحكمة بتحقيق الأهداف والغايات التي من أجلها تم إنشائها، والتي من أجلها سنظام الطعن بالنقض والمتمثلة أساسا في فرض الرقابة على تطبيق القانون

وتوحيد الاجتهاد القضائي، وبالتالي فإن إطلالة المحكمة العليا على منطقة الواقع لا يكون إلا في الحالات الأضطرارية، وهي الحالات التي لا تتمكن فيها هذه المحكمة من التأكد من سلامة وصحة تطبيق القانون إلا من خلال مراقبة بعض المسائل الواقعية، أي أنه وكخلاصة فإن المحكمة العليا هي في الأصل محكمة قانون تختص بالرقابة على مسائل القانون، وأنها لا تراقب مسائل الواقع إلا إذا كان ذلك ضروريا للوصول إلى الرقابة على مسائل القانون، أو كان الخطأ في مسائل الواقع لا يسمح للمحكمة العليا من القيام بمهمتها الأساسية المتمثلة في الرقابة على مسائل القانون .

04 . إن تحديد نطاق رقابة المحكمة العليا سمح لنا بالبحث في الأساس القانوني الذي يبرر منع هذه المحكمة من قبول الأوجه الجديدة سواء كانت أوجه واقعية أو أوجه تشكل خليط بين الواقع والقانون مع استثناء الأوجه القانونية المحضة أو الأوجه المتعلقة بالنظام العام أو الأوجه الناشئة عن الحكم أو القرار المطعون فيه، فعدم قبول إثارة الوسائل الجديدة لأول مرة أمام المحكمة العليا يعزى سببه إلى أن هذه الأوجه من شأنها أن تؤدي إلى تعديل موضوع الدعوى وسببها، كما أن من شأن القبول بهذه الأوجه أن يغير من طبيعة محكمة النقض ويحولها إلى درجة ثالثة للتقاضي .

. وقد انتهينا أيضا إلى اقتراح تعريف للوسيلة القانونية الجديدة، حيث عرفناها بأنها كل وجه يتقدم به الخصوم أمام المحكمة العليا سواء كان في شكل دفع أو دفاع أو طلب وذلك من أجل تبرير إدعاءاتهم الرامية إلى قبول الطعن المرفوع أمامها أو رفضه، من خلاله يطرح الخصوم مسألة واقعية لم يسبق لهم طرحها أمام الجهة التي أصدرت الحكم المطعون فيه، أو سبق لهم طرحها ولكن ليس بشكل جازم و بمفهوم يختلف عن المفهوم الذي طرحت به أمام المحكمة العليا.

05. وفي إطار بحثنا في سلطة المحكمة العليا في الإثارة التلقائية لأوجه النقض، وبعد أن استعرضنا لكيفية تطبيقها وشروط استخدامها في التشريعات المقارنة، انتهينا إلى أن المشرع قد توسع في منح هذه السلطة للمحكمة العليا، بحيث لم يضع لها حدودا سواء من جهة طبيعة الوجه المثار وسواء من جهة عدد الأوجه التي يمكن إثارتها، إذ قمنا بالتعليق على هذا التوسع من طرف المشرع، فرأينا أنه اتجاه منتقد ومخالف لبعض المبادئ القانونية التي يقوم عليها قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كمبدأ الاقتصاد في الخصومة، و مبدأ الوجاهية والحياد،

ومن جهة ثانية سوف يسمح هذا التوسع بإعطاء المحكمة العليا سلطة يمكن أن توصف بالتحكيمية في ظل غياب معيار محدد تمارس من خلاله هذه المحكمة سلطتها هذه . كما أن التوسع في منح سلطة إثارة الأوجه التلقائية قد يمس مبدأ الحياد، فالمشرع نفسه لا يقبل عريضة الطعن بالنقض إلا إذا كانت مرفوعة من طرف محامي معتمد أمام المحكمة العليا، هذا المحامي الذي لا يمكن أن يتمتع بصفة الاعتماد أمام المحكمة العليا إلا بعد أن يكون قد اكتسب خبرة معتبرة في ممارسة مهنته، وبالتالي فإنه يفترض فيه الأهلية الكافية لإثارة وسائل النقض الموجودة في القرار المطعون فيه وهو ليس بحاجة إلى مساعدة المحكمة العليا، خاصة الوسائل القانونية المختلطة بالواقع.

وزيادة على ما سبق فإن هذا التوسع لا يتناسب مع طبيعة الطعن بالنقض باعتباره طعن غير عادي يكون من اللائق ترك المبادرة فيه لإثارة الأوجه للطاعن، مع بقاء المحكمة العليا على الحياد، بحيث لا يكون تدخلها إلا في الإطار الذي يسمح لها بممارسة مهامها الدستورية كحراسة على تطبيق القانون ومقومة لأعمال المحاكم والمجالس القضائية.

. وعلى ما سبق فإننا نقترح تعديل المادة 360 من ق ا م ا د، وذلك بصياغتها على شكل يستخلص منه أن سلطة المحكمة العليا في إثارة أوجه الطعن بصفة تلقائية يجب أن يكون محصورا في الأوجه القانونية المحضة لتصبح بالشكل التالي مع شرط احترام مبدأ الوجاهية.

06. وعند تحديدنا لمعنى القاعدة القانونية التي يخضع في تطبيقها قضاة الموضوع للرقابة الواسعة من طرف المحكمة العليا فقد انتهينا إلى أن هذه القاعدة تشمل بهذا المعنى القواعد القانونية الوطنية المكتوبة والتمثلة في التشريع، كما تشمل أيضا القواعد القانونية غير المكتوبة والتمثلة في مبادئ الشريعة الإسلامية والعرف والقانون الطبيعي وقواعد العدالة، كما تشمل أيضا القواعد القانونية الصادرة من غير المشرع الوطني والتمثلة في المعاهدات الدولية والقانون الأجنبي المتعلق بشؤون الأسرة .

. وفي هذا الإطار فقد لاحظنا تقوقع قضاة الموضوع في دائرة القانون المكتوب وعدم تفتحهم على القانون غير المكتوب، إذ ما لاحظناه و من خلال اطلاعنا على عديد الأحكام أن القاضي الجزائري لم تتوفر لديه الجرأة بعد كي يستخدم هذا المصادر الاحتياطية، فمثلا وفي مجال تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية فإنه وباستثناء مسائل شؤون الأسرة فإنه كثيرا ما يتصدى للنزاع برفضه لعدم التأسيس عندما لا تسعفه النصوص التشريعية، كما أنه نادرا ما

يعتمد في تفسيره للنصوص التشريعية على مصدرها التاريخي والمتمثل في مبادئ الشريعة الإسلامية، وزاد في حدة هذا الإشكال أن عدم الجراءة لم يلق انتقاد صريح من طرف المحكمة العليا نفسها .

. أما بالنسبة للقاعدة العرفية فقد لا حظنا أن المحكمة العليا تذهب إلى إعمال الرقابة على تطبيق العرف عندما تأمر بذلك قاعدة تشريعية صريحة، فقد مارست رقابتها على تطبيق العرف باعتباره قاعدة قانونية أين رأت أنه لا يمكن تطبيقه في حالة وجود قاعدة تشريعية، ومن جهة ثانية تترك مسألة التثبت من قيام العرف للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، حيث أنها مثلا لم تعترض على إثبات وجود القاعدة العرفية عن طريق الخبرة ما يفيد أنها تترك هذه المسألة لقضاة الموضوع، كما استقر رأي هذه المحكمة على اعتبار مسألة تقدير ثبوت العادة الاتفاقية والتحقق من قيامها وتفسيرها مسألة واقع تخرج عن رقابتها، أما مسألة تطبيق هذه العادة عند ثبوت وجودها هي مسألة قانون تخضع لرقابتها، إلا أن هذا لا يعني إفلات التثب من وجود العرف من أي رقابة بل أنه يخضع لرقابة التسبيب، والأمر كذلك بالنسبة لإثبات العادة الاتفاقية حيث تخضع لرقابة محكمة النقض في ما يخص احترام قواعد الإثبات، وعلى ذلك فقد انتهينا إلى أن المحكمة العليا تجعل من مسألة إثبات وجود القاعدة العرفية مسألة واقع تخضع لسلطة قضاة الموضوع، أما مسألة تطبيق العرف فهي من مسائل القانون التي تخضع لرقابتها، كما أن مخالفة عدم تطبيق القاعدة العرفية من طرف قضاة الموضوع يمكن إثارتها تلقائيا من طرف المحكمة العليا، لأن هذه القاعدة يجب إعطاؤها نفس القوة والقيمة للقاعدة القانونية المكتوبة، مع احترام قاعدة تدرج القواعد القانونية باعتبار أن التشريع هو أعلى درجة من العرف، حيث لا يطبق هذا الأخير إلا في غيبة النصوص التشريعية أو مبادئ الشريعة الإسلامية.

. وفيما يخص رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الأجنبي فقد رأينا أن المشرع يقصر الرقابة على تطبيق القانون الأجنبي المتعلق بشؤون الأسرة، وقد اعتبرنا أن المشرع وبهذا المنحى قد أعطى وضع امتيازيا لهذا القانون على حساب القوانين الأجنبية الأخرى ليس له ما يبرره، فمن جهة لا نستطيع القول أن السبب في عدم تكليف المحكمة العليا ببسط رقابتها يتعلق بصعوبة البحث عن مضمون القانون الأجنبي وكيفية تطبيقه لأنه لو كان الأمر كذلك لانسحب الأمر على القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة أيضا، فالقاضي الذي يفترض أنه يصعب عليه الوصول إلى القانون الأجنبي يفترض فيه أيضا أنه يصعب عليه الوصول إلى القانون

الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة، ومن جهة أخرى فإن اعتبار مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة وجها من أوجه النقص يؤسس لقرينة علم القاضي الوطني بالقاعدة القانونية الأجنبية المتعلقة بقانون الأسرة وهذا ما لا يمكن تقبله.

لذلك فإنه من المنطقي التخلي عن التمييز بين القانون الأجنبي والقانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة وذلك بحذف وجه النقص المتعلق بمخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة، وتوحيد أساليب الرقابة على القانون الأجنبي مهما كان نوعه، وجعلها مقتصرة على رقابة التسبيب وانعدام الأساس القانوني ورقابة التشويه، وفرض الرقابة على مخالفة قاعدة التنازع والرقابة على الخطأ في التكيف.

إن هذا الحل الذي ننادي به سوف يمكننا من مجابهة الصعوبات العملية التي قد تكتنف مهمة البحث عن القانون الأجنبي، وذلك بإعطاء المحكمة العليا هامش تحرك كبير لفرض رقابتها على تطبيق القانون الأجنبي ولكن بطريقة غير مباشرة.

أما بالنسبة لمسألة تفسير القانون الأجنبي فإن النصوص لا تضع من مهام المحكمة العليا الرقابة على تفسير قضاة الموضوع للقانون الأجنبي مهما كان نوعه، لكن هذا لا يمنع من أنها تشترط على قضاة الموضوع أن لا يحرفوا مضمون القانون الأجنبي وأن يسببوا كيفية وصولهم لهذا التفسير وأن يضعوا بين أيديها جميع العناصر الواقعية التي سمحت لهم بالوصول إلى التفسير الذي أعطوه للقانون الأجنبي.

. وعند دراستنا لسلطة قضاة الموضوع في تفسير المعاهدة الدولية فإننا لم نعثر على موقف صريح للمحكمة العليا تبين من خلاله كيفية ممارسة هذه السلطة، الأمر الذي قد يجعل قضاة المحاكم الأقل جرأة يعمدون إما إلى اللجوء إلى التفسير الحكومي استنادا إلى المادة 17 من المرسوم الرئاسي 02/403، وإما بعدم الاعتراف بالغموض والقول أن النص دائما واضح ولا يحتاج إلى تفسير، لذلك فإننا نميل إلى أن تتجه المحكمة العليا إلى الاعتماد على التفسير الصادر عن وزير الشؤون الخارجية في حالة وجوده مسبقا أو في حالة إلزام القانون صراحة باللجوء إليه، وفي الحالات الأخرى وخاصة عندما يتعلق النزاع بمصالح خاصة فإنها تعتمد على التفسير الذي تقوم به هي بناء على سلطتها في التفسير .

07 . لقد بحثنا في رقابة المحكمة العليا على التكيف الذي يجريه قضاة الموضوع، وانهينا إلى أن التكيف هو من مسائل القانون الذي يخضع في إعماله قضاة الموضوع لرقابة المحكمة

العليا، حيث وصلنا إلى نتيجة مهمة وهي أن المحكمة العليا في نشاطها المتعلق برقابة التكيف تتبع سياسة قضائية مرنة بسبب أن التكيف هو مسألة قانونية تتعلق بالوقائع، والوقائع تتميز بالتغير زمانا ومكانا، حيث تتمتع المحكمة العليا بسلطة تغيير رأيها حول تكيف مسألة قانونية ما بتغير الظروف، كما خلصنا في النهاية إلى أن المحكمة العليا وفي سبيل أداء دورها الرقابي على قضاة الموضوع تتجه إلى فرض رقابتها على التكييفات التي تتم من طرفهم والتي من شأن الخطأ فيها أن يؤدي إما إلى خطأ في تطبيق القانون والرقابة هنا تكون مباشرة، وإما إلى عدم السماح للمحكمة العليا في ممارسة رقابتها على تطبيق القانون والرقابة على التكيف في هذه الحالة تكون غير مباشرة وذلك باستعمال الرقابة على التسبب أو الرقابة بسبب انعدام الأساس القانوني أو رقابة التشويه، وبالتالي فإنه و في كل الأحوال فإن الرقابة على التكيف هي رقابة شاملة.

08 . إن رقابة المحكمة العليا على تفسير قضاة الموضوع للقاعدة القانونية المطبقة تتم إما بالموافقة على التفسير الذي يأخذ به قضاة الموضوع وإما باستبعاده وذلك بعد أن تبين مواطن القصور فيه واستبداله بالتفسير الذي تراه مناسبا وصحيحا، وفي هذا الإطار فإن نطاق رقابة التفسير يكون محصورا في تفسير القانون فقط، إذ يستبعد من هذا النطاق التفسير الذي يعطيه قضاة الموضوع للوقائع والتصرفات، كما أن الرقابة تشمل فقط تفسير قضاة الموضوع للقاعدة القانونية المطبقة دون التفسير الذي يعطيه الخصوم لنفس القاعدة، هذه القاعدة القانونية محل التفسير يجب أن تكون قاعدة قانونية غير واضحة لأنه مع الوضوح ينتفي التفسير .

09 . إن استخلاص قاضي الموضوع للحل الوارد في القاعدة القانونية هو نشاط قضائي يخضع فيه لرقابة المحكمة العليا، ذلك أن نشاط قاضي الموضوع في هذه المرحلة هو نشاط معلق على شرط واقف هو عدم مخالفة القانون سواء كانت هذه المخالفة تحققت من خلال انحرافه في نشاطه انحرافا يؤدي إلى الخطأ في تطبيق القانون أو انحرافا يؤدي إلى تفسيره تفسيراً خاطئاً ، وحتى في الحالة التي يعطي فيها المشرع لقاضي الموضوع سلطة اختيار الحل الواجب تطبيقه على النزاع فإن المحكمة العليا تخضعه لرقابتها من خلال رقابة التسبب، ذلك أنه يتعين عليه أولا أن لا يمتنع عن إعمال هذه السلطة متى أعطاهها له القانون ثم ثانيا أن يستعملها في الحدود التي رسمها له القانون .

10. رغم التأكيد على أن سلطات قاضي الموضوع المتعلقة بمسائل معاينة الوقائع وتقديرها هي سلطات سيادية، إلا أنه يجب أن لا تكون هذه السلطات تحكيمية أو مزاجية، إذ لا حظنا أنها تخضع لمجموعة من القواعد تشكل حدودا لممارسة هذه السلطة، هذه القواعد تتمثل في : احترام مبدأ الوجاهية . احترام مبدأ الحياد . احترام مبدأ امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي . احترام مبدأ العلانية . احترام مبدأ النزاهة الإجرائية . احترام قواعد الإثبات، احترام مبدأ الالتزام بالتسبيب، وهنا يظهر الدور الرقابي للمحكمة العليا، حيث تحرص على مراقبة أن قضاة الموضوع قد مارسوا سلطتهم ضمن هذه الحدود، كما تحرص من جهة ثانية أن قضاة الموضوع قد سببوا اختياراتهم وعرضوا الوقائع عرضا كافيا، ولم يقوموا بتحريفها.

11. إن سلطة المحكمة العليا في الفصل في موضوع الدعوى من حيث الواقع والقانون هي سلطة ملزمة لهذه المحكمة إذا كان الطعن بالنقض للمرة الثالثة، حيث رأينا أن المشرع الجزائري وبخلاف المشرع الفرنسي والتونسي والمصري قد حسم مسألة الوجوبية بحيث لم يقيد بها بضوابط ذاتية تتحكم فيها المحكمة العليا نفسها، بل قيدها بضابط مادي والمتمثل في طبيعة الطعن بالنقض المرفوع أمامه من حيث العدد، وبالتالي فإن المحكمة العليا ليس لها أي سلطة تقديرية عند النظر في الطعن الثالث، إذ يتوجب عليها وفي حالة نقضها للقرار المطعون فيه أن تفصل في موضوع الدعوى.

12. لقد لا حظنا أن المادة 374 من ق ا م اد وفي صياغتها توجي إلى أن المحكمة العليا تتحول مباشرة إلى محكمة موضوع أي درجة ثالثة للنقاضي، هذه الصياغة تمسكت المحكمة العليا بتطبيقها حرفيا في أول تطبيق لها لهذا النص، والذي مارست من خلاله سلطة الفصل في الموضوع، حيث أنها وبمناسبة الطعن بالنقض للمرة الثالثة قامت بالفصل مباشرة في الموضوع، أي أنها تحولت مباشرة إلى محكمة موضوع، فلم تقم بفرض رقابتها كجهة نقض، بل ذهبت مباشرة إلى الفصل في موضوع الدعوى، الأمر الذي جعلنا نوجه بعض الانتقادات لهذه من حيث صياغتها ومن حيث تطبيقها، حيث رأينا أن تحليل هذا التطبيق الذي أخذت به المحكمة العليا لا يتوافق إطلاقا مع طبيعة جهة النقض بصفتها جهة قانون من حيث الأصل، كما لا يتوافق أيضا مع الأصل التاريخي للنص القانوني الذي أعطى لجهة النقض سلطة الفصل في الموضوع في التشريعات المقارنة، والذي رأينا أنه يوجب على محكمة النقض الفصل في الموضوع إذا رأت أنها ستتقضى الحكم أو القرار المطعون فيه أي أن جهة النقض تراقبه من

جهة القانون أولاً فإذا رأت أنها ستتقضه تقوم بالفصل فيه من حيث الواقع والقانون وذلك بالتصدي لموضوعه، لذلك فقد رأينا أن المحكمة العليا كان يتعين عليها ولممارسة هذه السلطة أن تمارس سلطتها كجهة نقض أولاً، ثم تتحول بعد ذلك وبصفة استثنائية كجهة موضوع في حالة ما إذا رأت أنها ستتقض الحكم أو القرار المعروض عليها.

. إن هذا التصور الذي نضعه لبيان كيفية ممارسة المحكمة العليا لسلطتها في الفصل في الموضوع بصفة إلزامية بمناسبة النظر في الطعن بالنقض للمرة الثالثة، يزداد وضوحاً، في حالة ما إذا قام المشرع بتعديل صياغة نص المادة 374 من ق ا م ا د على الشكل التالي: " يجب على المحكمة العليا أن تفصل من حيث الواقع والقانون إذا رأت نقض الحكم أو القرار المطعون فيه وكان الطعن بالنقض للمرة الثالثة"، حيث أن هذه الصياغة تسمح بإظهار الطبيعة الحقيقية للمحكمة العليا بوصفها محكمة قانون من حيث الأساس، وأنها لا تكون محكمة موضوع إلا استثناءً.

. إن ممارسة المحكمة العليا لسلطتها الوجوبية في الفصل في موضوع الدعوى بمناسبة الطعن الثالث وفق التصور الذي وضعناه يجعلنا وفي مجال البحث عن كيفية تقديم الطاعن لطلباته في هذه الحالة نقترح أن يكون من الناحية العملية على محامي الطاعن أن يقدم من خلال مذكرة الطعن بالنقض أولاً أوجه النقض التي من خلالها يؤسس لنقض القرار أو الحكم المطعون فيه، ثم وفي نفس المذكرة يقدم طلباته المتعلقة بالموضوع، كما يمكنه ومن خلال نفس المذكرة أن يطلب إجراء تحقيقات جديدة، كأن يلتزم بتعيين خبير أو سماع شاهد، وفي حالة عدم تقديمه لطلبات في الموضوع واكتفائه بطلب النقض، فإنه في حالة الاستجابة لطلبه، فإن المحكمة العليا ستعتبر أن الطاعن متمسك بطلباته التي سبق وأن قدمها أمام قضاة الموضوع، كما يتعين عليه إرفاق عريضته بجميع المستندات والوثائق التي تم تقديمها أمام قضاة الموضوع.

13 . إذا كان الطعن بالنقض للمرة الثالثة فإن الإدخال في الخصام أمام المحكمة العليا، لا يقبل إلا إذا كان بناء على أمر المحكمة العليا نفسها، وهذه النتيجة توصلنا إليها من تحليل نص المادة 194 ف4 من ق ا م، فهذا النص يوضح بدقة أن جهة الإحالة بعد النقض لا يمكنها أن تقبل إدخال الغير في الخصام إلا بإذن صريح من جهة النقض، ما يفيد أن الإدخال في الخصومة بعد النقض هو من سلطات المحكمة العليا، فما دام أن هذه الأخيرة تملك منح هذه

السلطة لجهة الإحالة، فهي من باب أولى يمكنها أن تختص بها لنفسها، كما يمكننا أن نقرر . استنتاجا . أن التدخل في الخصام الذي يتم بناء على رغبة الغير الشخصية والذي من خلاله يطلب الحكم له بحق من الحقوق لا يمكن أن يقبل لأول مرة أمام المحكمة العليا بصفتها محكمة موضوع، لأن مثل هذا التدخل سيؤدي حتما إلى اتساع نطاق الخصومة على الشكل الذي لا يسمح للمحكمة العليا بتطبيق المبدأ القانوني الذي قرره عند نقضها للحكم، كما أنه من جهة أخرى فإن قبول هذا التدخل من شأنه أن يشكل تساهلا إجرائيا مع الغير المتقاعس، كما قد يضر بمصلحة هذا الأخير والذي قد يحرمه من حق التقاضي على درجتين.

14 . عند البحث في مسألة استتلاف جهة النقض عن الفصل في الموضوع بمناسبة الطعن الثالث، فقد رأينا أنه يجب التسليم بأن نظر المحكمة العليا للقضية بمناسبة الطعن بالنقض للمرة الثالثة يلزمها كما سبق وأن رأينا بأن تفصل في الدعوى من حيث الواقع والقانون، فتكون هي صاحبة الاختصاص في ذلك، وبالتالي فإن قضاة الموضوع يصبحون غير مختصين بالفصل في الدعوى، بحيث لا يجوز لجهة الإحالة أن تفصل في النزاع، لأن ذلك يتناقض مع أهداف المشرع بمنح المحكمة العليا سلطة الفصل في الموضوع بصيغة الوجوب، ما يفيد أن المشرع لا يقبل الطعن بالنقض للمرة الرابعة، ولو سمحنا لجهة الإحالة بالفصل في النزاع فإن قرارها سيكون قابلا للطعن بالنقض للمرة الرابعة وهذا ما يتنافى وأهداف المشرع وغاياته، لذلك فإنه في رأينا يتعين على جهة الإحالة أن تحكم بعدم اختصاصها وتصرف الطرف الذي يهيمه التعجيل بإعادة السير في الدعوى أمام المحكمة العليا، وذلك من أجل أن تستنفذ ولايتها في النزاع المطروح أمامها، ذلك أن مجرد نقضها للقرار لا يؤدي إلى استنفاد ولايتها وإفراغ النزاع بالفصل في موضوعه بقرار نهائي قاطع وبات.

15 . بالنسبة لمسألة مدى قبول الطعن في قرار المحكمة العليا الفاصل في الموضوع من طرف الغير عن طريق الطعن باعتراض الغير الخارج عن الخصومة، فقد انتهينا إلى عدم قبول هذا النوع من الطعون أمام المحكمة العليا، لما يتضمنه من مساس بطبيعة واختصاص المحكمة العليا، حيث يجعل منها محكمة موضوع ابتداء، ولما فيه أيضا من مساس لحقوق الأطراف المتعلقة بحق الطعن على الأحكام الفاصلة في الموضوع، وأنه لا يمكننا القبول بالمساس بهذه الحقوق المتعلقة بالمحاكمة العادلة تحت ذريعة السرعة في العدالة وتقليل النفقات.

16. عندما تناولنا بالدراسة أوجه الطعن بالنقض فقد لاحظنا أن هذه الأوجه ورغم تعدد صورها إلا أنها ترجع في أصلها إلى وجه واحد وهو مخالفة القانون، حيث بفحص هذه الأوجه وجهاً وجهاً، فهي إما ترجعك إلى مخالفة أحكام قانونية محددة، وإما إلى مخالفة مبدأ قانوني مقرر، كما أن وحدة هذه الأوجه تظهر أيضاً بوضوح إذا تم النظر إليها من خلال التمييز بين الواقع والقانون.

17. وبالنسبة لاتجاه المشرع فيما يخص تعداد أوجه النقض وحصرها بالمادة 358 من ق ا م اد، فقد رأينا أن هذا التعداد يجب أن لا نأخذه من جانبه السلبي، بل يجب أن ننظر إليه من جوانبه الإيجابية، حيث أن التعداد الحصري ليس من شأنه تعقيد الأمور على المتقاضين، بل بالعكس فإننا نجد فيه نوع من التبسيط وذلك بإعطاء جميع الصور التي يمكن أن يأخذها عيب مخالفة القانون، كما أنه يجب الانتباه أننا أمام محكمة النقض لا نكون أمام متقاضيين، بل نكون أمام وكلائهم وهم المحامون المحترفون والذين تحصلوا على الاعتماد الذي يخول لهم تمثيل الخصوم أمام المحكمة العليا، وهؤلاء المحامين هم من التجربة بما يسمح لهم من فهم هذه الصور والتحكم في كيفية استخراجها، هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن الإشارة إلى بعض الأوجه كان مسألة لا بد منها بالنسبة للمشرع، وهذه الأوجه تتمثل في الأوجه التي كانت في ظل القانون القديم تشكل صور من صور التماس إعادة النظر وتم حذفها من هذا الطعن في القانون الجديد، وبالتالي كان من الأحسن أن يبين المشرع أنها اصبح يعتبرها من أوجه الطعن بالنقض، ومن جهة أخرى فإن الحصر هنا لا يستفاد منه غلق الباب على المحكمة العليا في استخراج أوجه أخرى تعبر عن مخالفة القانون غير واردة في نص المادة 358 من ق ا م اد، حيث أننا نرى أنه يجب أن لا ننكر على المحكمة العليا دورها الخلاق في هذه المسألة، وإن كان عليها في هذه الحالة أن ترد الوجه المبتكر من طرفها إلى أحد الأوجه المنصوص عليها قانوناً، ودليلنا في ذلك أن نص المادة 233 من قانون الإجراءات المدنية القديم ورغم أنها هي أيضاً كانت تحصر أوجه النقض، إلا ان هذا لم يمنع المحكمة العليا من إدخال أوجه أخرى غير منصوص عليها قانوناً من ذلك مثلاً الوجه المأخوذ من تشويه المستندات .

18. إن ما يمكن استنتاجه أيضاً هو توسع رقابة قاضي النقض على حساب رقابة قاضي الالتماس، حيث أن المشرع وبموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية قام بنقل مجموعة من حالات التماس إعادة النظر إلى أوجه النقض، معتبراً أن هذه الحالات هي في الحقيقة تعبر

عن أخطاء منسوبة إلى القاضي بطريقة مباشرة وبالتالي فهي أخطاء قانونية لا تخضع لإلتماس إعادة النظر وإنما تخضع لرقابة النقض، وأن حالات إلتماس إعادة النظر يجب أن تبقى محصورة في الحالات التي يكون فيها خطأ القاضي ناتج عن مناورات من أحد الخصوم كالدفع بوثيقة مزورة في النزاع أو احتجاز الخصم لوثيقة حاسمة في النزاع .

19 . لقد لاحظنا أن المشرع وفي بيانه لأوجه النقض المتعلقة بعيوب الشكل الإجرائية قام وفي النص العربي للمادة 358 من ق ا م د قام بالتمييز بين القواعد الجوهرية للإجراءات والأشكال الجوهرية للإجراءات، إذ رتب النقض على مخالفة الأولى وعلى إغفال الثانية، وفي نفس الوقت وعند الرجوع إلى نفس النص باللغة الفرنسية فإن المشرع استعمل مصطلح الأشكال الجوهرية عند الإشارة إلى العيبين، كما لاحظنا أن قضاء المحكمة العليا كان لا يعير أي اهتمام للفرقة بين مصطلح القواعد الإجرائية ومصطلح الأشكال الجوهرية، إذ أن بعض مذكرات الطعن بالنقض كانت تستعمل مصطلح الأشكال الجوهرية للتعبير عن خرق القواعد الجوهرية، دون أن تلقى رفضاً من طرف قضاة المحكمة العليا، الذين كانوا يقومون بفحص الوجه رغم ذلك في إطار مخالفة أو إغفال قاعدة جوهرية في الإجراءات.

لذلك وأمام هذا الوضع فقد حاولنا وضع المصطلح الملائم والذي يستغرق جميع العيوب التي تلحق بالعمل الإجرائي، حيث توصلنا إلى أن المصطلح الملائم للتعبير عن الأوجه المتعلقة بمخالفة الأشكال الجوهرية في الإجراءات هو مصطلح مقتضيات جوهرية للعمل الإجرائي، فنكون بصدد الوجه الأول المأخوذ من مخالفة مقتضيات جوهرية في العمل الإجرائي، والوجه الثاني المأخوذ من إغفال مقتضيات جوهرية في العمل الإجرائي.

20 . لقد انتهينا أيضاً إلى أن المحكمة العليا وهي تراقب في مدى صلاحية العيب الذي لحق بالعنصر الشكلي للعمل الإجرائي لأن يكون سبباً للنقض فإنها تنظر إلى المسائل التالية : . العيب يرتب البطلان بنص القانون أو أن العيب لحق بشكل جوهري أو بشكل من النظام العام . العيب سبب ضرراً للطاعن .

21 . بالنسبة لوجه النقض المأخوذ من عدم الدفاع عن ناقصي الأهلية، فقد انتهينا إلى أنه يجب أن تحسب آجال الطعن بالنقض المؤسس على هذه المخالفة من تاريخ زوال سبب نقص الأهلية، خاصة إذا كان سبب عدم حصول ناقص الأهلية على حقه في الدفاع هو تقاعس ممثله القانوني.

22. وفي مجال رقابة المحكمة العليا على مدى تطبيق قواعد الاختصاص الإقليمي فقد نادينا إلى ضرورة إعادة النظر في الطبيعة القانونية لبعض قواعد الاختصاص الإقليمي وذلك بالدعوة إلى اعتبارها قواعد نظامية يحق للمحكمة العليا إثارة مخالفتها من تلقاء نفسها، ورغم أن هذا الرأي المثار من جانبنا ليس له أي تأييد من طرف المحكمة العليا التي سبق وأن رأينا أنها ثابتة في موقفها الذي لا يسمح لقضاة الموضوع إثارة الاختصاص الإقليمي من تلقاء أنفسهم، إلا أن هذا الرأي الذي نقول به يستند إلى دعامين، الأولى تتعلق بإعمال قواعد التفسير التي تؤدي إلى القول بأن استعمال المشرع لعبارة دون سواها في المادة 40 من ق ا م اد وعبرة وجب في المادة 43 من نفس القانون لا يمكن حملهما إلا على وجه الالتزام الذي يتعين على القاضي إثارته تلقائياً، والثانية أن جل قواعد توزيع الاختصاص الإقليمي في هذين المادتين تقوم على حماية مصالح نظامية تتعلق بضمان حسن سير العدالة والتي يتعين على القاضي السهر على تطبيقها، والثالثة أن المادة 40 السابق ذكرها أشارت إلى إسناد الاختصاص الإقليمي في دعاوى الملكية الفكرية لمحكمة مقر المجلس التي يقع فيها موطن المدعى عليها حيث نلاحظ هنا أن الأمر هنا يتعلق بقاعدة اختصاص نوعي مرتبطة بقاعدة اختصاص إقليمي يصعب أن نقبل عدم إثارتها تلقائياً من طرف قاضي الموضوع.

23. إن مباشرة المحكمة العليا لرقابتها على عيب تجاوز السلطة إنما يعبر في حقيقة الأمر عن ممارستها لسلطة خاصة تختلف تماماً عن سلطتها في الرقابة على مخالفة القانون، والسبب هو أن هذه المحكمة وبمناسبة لومها قضاة الموضوع على تجاوزهم لسلطتهم القضائية إنما تقوم بعمل يتصل بقضاء دستوري، كون أن الرقابة في أساسها تستند إلى مبدأ دستوري يتمثل في مبدأ الفصل بين السلطات، لذلك فإن هذا العيب يمكن أن يلحق أسباب الحكم أو القرار المطعون فيه كما يمكن أن يلحق المنطوق ' بخلاف عيب مخالفة القانون الذي يلحق منطوق الحكم أو القرار المطعون فيه دون أسبابه .

24. ورغم خطورة عيب تجاوز السلطة نظراً لإمكانية مساسه بمبدأ الفصل بين السلطات إلا أننا لم نجد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصاً يمنح النائب العام بالمحكمة العليا صلاحية الطعن بالنقض في الأحكام والقرارات إذا ما تبين له وجود تجاوز للسلطة في صدورهما، لذلك نقترح أن يكون هناك نص خاص يتيح للنائب العام بالمحكمة العليا أن يؤسس طعنه التلقائي على عيب تجاوز السلطة، أو أن يجري تفسير مخالفة القانون المشار إليه في المادة 353 ف2

من ق ا م اد التي تسمح للنائب العام الطعن لصالح القانون تفسيراً واسعاً من خلاله يمكن إدخال عيب تجاوز السلطة في مضمونها .

25 . إن اشتراط المشرع على الطاعن أن يكون قد تمسك امام قضاة الموضوع بقاعدة سبق الفصل لقبول وجه النقض المأخوذ من تناقض الأحكام أو الأحكام الصادرة في آخر درجة، قد أدى إلى وضع عقبة أمام حل المشكل المتمثل في إزالة التناقض، وهو المشكل الذي من أجله تم إقرار هذا الوجه من أوجه النقض، و بالتالي فإن الإشكال سيبقى بدون حل، على أساس أن المشرع اشترط من جهة إثبات التمسك بحجية الشيء المقضي فيه أمام قضاة الموضوع، ومن جهة ثانية فإن الطعن بالالتماس لا يتيح للطاعن التمسك بالتناقض، كما أن تمسك الطاعن أمام قضاة الموضوع بحجية الشيء يجعله مستغنياً عن الوجه المأخوذ من التناقض بين الأحكام إذ أنه يكون متمتعاً حينها بوجه الطعن المأخوذ من مخالفة قاعدة قانونية والمتمثلة في قاعدة سبق الفصل، لذلك فإننا نقترح في الحالة التي يكون فيها التناقض مستحكما بحيث يحول دون تنفيذ أحد الحكمين، إزالة هذا الشرط ، أو على الأقل إعطاء فرصة للطاعن الذي أغفل إثارة قاعدة سبق الفصل أمام قضاة الموضوع، بأن يزيل التناقض عن طريق وجه الطعن بالنقض المأخوذ من التناقض إستناداً لنص المادة 14. 358 من ق ا م اد، والحقيقة أن هذا الاقتراح من جانبنا ينسجم مع التشريعات العربية المقارنة، إذ نص المشرع الأردني مثلاً بالمادة 198 من قانون أصول المحاكمات المدنية على "أنه يقبل الطعن في الأحكام بالتمييز إذا صدر الحكم نهائياً خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم، وتعلق النزاع بذات الحق محلاً وسبباً وحاز قوة القضية المقضية، سواء أذفع بهذا أم لم يدفع"، وهذا النص مطابق للفقرة ج من المادة 250 من قانون أصول المحاكمات السوري، والفقرة الخامسة من المادة 175 من مجلة الإجراءات المدنية والتجارية التونسي، والفقرة الثانية من المادة 152 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي.

26 . عندما يتعلق الطعن بالنقض بحالة التناقض بين أحكام أو قرارات صادرة في آخر درجة، وكان الطاعن قد اصطدم بفوات الأجل في الطعن بالنقض في الحكم أو القرار الأخير، فإنه ورغم أن النص القانوني لم يضع استثناء لقبول هذا الطعن رغم فوات الأجل إسوة بحالة التناقض بين الأحكام غير القابلة للطعن العادي، إلا أنه قد رأينا القول بعدم سقوط الحق في الطعن رغم فوات الآجال القانونية، لأن ذلك ينسجم مع الأساس المنطقي والواقعي الذي من

أجله تم سن هذا النوع من الطعن وهو ضرورة إزالة التناقض، لذلك فإننا نقترح أن يأخذ هذا الوجه من أوجه الطعن بالنقض فيما يخص آجال الطعن نفس شروط وجه الطعن المأخوذ من تناقض أحكام غير قابلة للطعن العادي المنصوص عليها بالمادة 358. 14 أي جعل الطعن بالنقض مقبول حتى بعد فوات آجال الطعن بالنقض في القرار أو الحكم الأخير .

27 . لقد توصلنا إلى أن رقابة التسبيب لم تعد قاصرة فقط على وجود التسبيب بل تدخلت في مضمونه، وتجاوزت مبنى الحكم إلى معناه، وهي بذلك تتعقب عيوب داخلية في تفكير القاضي عند تكوين الرأي القضائي، وليست عيوباً خارجية في إبراز هذا الرأي، الأمر الذي أدى إلى قبول تعدد صور الرقابة في مجال التسبيب، هذا التعدد الذي سوف يسمح بعدم حصر الرقابة في النطاق الشكلي، فالإزام القضاة بأن يسببوا أحكامهم، هو إلزام لا يهدف منه المشرع مجرد استتمام هذه الأحكام من حيث الشكل كورقة من أوراق المرافعات، بل يتعداه إلى ضرورة أن تكون هذه الأسباب واضحة وكافية، لأن قصر رقابة التسبيب في معناها الضيق يؤدي إلى إمكانية قيام القاضي بتجهيل طريق هذه الرقابة على قضاة النقض بما يكتفي به من أسباب مجملة أو غامضة أو ناقصة، مما يؤدي إلى إفلات الأحكام غير المسببة بدقة من هذه الرقابة، لذلك فإن رقابة التسبيب لم تعد مجرد رقابة شكلية خارجية تقف فيها المحكمة العليا على مجرد وجود الأسباب، وإنما أصبحت رقابة داخلية و شبه موضوعية تبحث المحكمة العليا من خلالها في قيمة تلك الأسباب ومضمونها.

28 . إن تتبع مسلك المشرع في التعبير عن عيوب التسبيب، قد طرح لنا إشكالا يتمثل في أنه عندما أطلق مصطلح انعدام الأسباب على ما يقصد به الفقه الانعدام الكلي للأسباب، قد فاته أن مصطلح انعدام الأسباب بمفهومه الواسع يستغرق أيضا عيب القصور في التسبيب، وعيب التناقض بين الأسباب والمنطوق، كما أن قضاء المحكمة العليا في حد ذاته لا يقيم تفرقة حقيقية بين انعدام الأسباب وبين القصور في التسبيب والتناقض، حيث كثيرا ما يصرح بأن القصور في التسبيب أو التناقض يؤديان إلى انعدام الأسباب، لذلك، فإننا نرى أنه كان على المشرع إما أن يجمل هذه العيوب الثلاثة في عيب واحد ويسميه عيب انعدام الأسباب، وإما أنه يقوم بإدراج عيب انعدام الأسباب تحت وجه جديد يسميه الانعدام الكلي للأسباب.

29 . لقد توصلنا إلى أن رقابة التناقض بين أسباب الحكم تسمح للمحكمة العليا بأن تقيم رقابة حقيقية على التدليل الموضوعي بتحصيل فهم الواقع في الدعوى من الأدلة المقدمة .

30 . لقد توصلنا إلى وجود علاقة بين رقابة التكييف وبين عيب انعدام الأساس القانوني، ذلك أن المحكمة العليا عندما تقوم بنقض الحكم أو القرار المطعون فيه بسبب انعدام أساسه القانوني فهي في الحقيقة تقوم بحماية الرقابة على التكييف، لذا فإن عرض الوقائع ليس ضرورياً إلا بسبب أن غيابه أو عدم كفايته وتحديده، سوف يمنع المحكمة العليا من إعمال رقابتها على التكييف الذي قام به قاضي الموضوع.

31 . إنه ونظراً لازدياد الرقابة المستندة على عيب انعدام الأساس القانوني، وبسبب أيضاً أن هذه الرقابة تشكل آلية إطلاقة المحكمة العليا على منطقة الواقع في النشاط القضائي، قد أدى إلى نمو رغبة جامحة لدى الطاعنين في استعمال هذا العيب كوسيلة لعرض ومراجعة دعواهم من جديد بشكل يؤدي إلى اعتبار المحكمة العليا كدرجة ثالثة للتقاضي، لذلك فإننا نرى أن كامل المسؤولية تقع على عاتق هذه المحكمة التي عليها أن تتصدى بالرفض لكل الطعون المستندة على عيب انعدام الأساس القانوني والتي لم تحترم مفهوم وأسباب هذا الوجه من أوجه الطعن، كما عليها أن تقوم بإفشال كل تعسف في استعمال هذا الوجه، وذلك عن طريق تبني آلية تصفية للقضايا تسمح بضمان فعالية لهذا الحل.

32 . وفي المجلد، يمكننا القول أن رقابة المحكمة العليا على القاضي المدني هي رقابة في توسع مستمر بحيث لم يعد مقبول الوقوف عند الدور التقليدي للمحكمة العليا والمتمثل في الرقابة على حسن تطبيق القانون، بل يجب القبول بالدور الجديد لهذه المحكمة والذي من خلاله أصبح من سلطاتها مراقبة العديد من المسائل التي كانت توصف بأنها من المسائل الواقعية التي يحظر عليها البحث فيها، بل الأكثر من ذلك أن هذه المحكمة وصلت في رقابتها إلى الحد الذي مكنها من أن تكون لها سلطة الفصل في الموضوع الأمر الذي أدى إلى التشكيك في طبيعتها كمحكمة قانون، فهذه المحكمة لم تترك أي نشاط لقاضي الموضوع دون أن تبسط رقابتها عليه سواء عن طريق الرقابة الواسعة المتمثلة في الرقابة على مسائل القانون أو عن طريق الرقابة الدنيا المتمثلة في الرقابة على مسائل الواقع.

. إن توسع الرقابة الممارسة من طرف المحكمة العليا هو توسع ناجم عن إرادتها هي في بسط نفوذها القانوني والأدبي على القضاء الأدنى منها، حيث لا حظنا أن المشرع لم يعترف بالعديد من أوجه النقص المعبرة عن توسع سلطة المحكمة العليا في الرقابة إلا بعد أن فرضتها هذه الأخيرة من خلال اجتهادها الثابت والمستقر، لذلك فإنه يمكننا القول أن المحكمة العليا هي

وحدها التي تملك سلطة إنشاء المعايير التي من خلالها تقوم بتحديد حجم ونطاق الرقابة التي تمارسها على قضاة الموضوع .

. وبناء على ذلك فإن محكمة بهذه السلطات يجب أن تتكون تشكيلتها من طاقات بشرية ذات مواصفات متميزة، إذ يتعين أن تتشكل من قضاة أفاضل، تمارسوا في مهنة القضاء ولهم من الخبرة والحنكة ما يؤهلهم للخلق والابتكار، كما يتعين أيضا على هذه المحكمة أن تتفتح على البحث العلمي، فلقد رأينا كيف أسهم الفقه في فرنسا في ترقية اجتهاد محكمة النقض وتطورها، لذلك فإننا نقترح إنشاء مركز دراسات قضائية مشترك بين إدارة المحكمة العليا والجامعة يكون مهمته تتبع قرارات المحكمة العليا بالدراسة والتحليل والنقد، والمساهمة في تطوير نوعية انتاج المحكمة العليا، كما نقترح أن تكون إسهامات هذا المركز في شكل منشورات شهرية يتم إتاحتها لكافة الباحثين في الحقل القضائي من أجل الدفع بحركة الاجتهاد القضائي في بلادنا، ومن جهة أخرى فإننا ندعو إدارة المحكمة العليا إلى النشر الغزير لقراراتها وعدم الاكتفاء بالنشر في المجالات القضائية بل يجب عليها أن تعزز ذلك بالنشر الإلكتروني، وأن يكون الوصول إلى هذا الانتاج متاح للكافة.

. وإضافة لما سبق فإننا نقترح أيضا إلغاء تسمية المحكمة العليا واستبدالها بتسمية محكمة النقض أو محكمة التعقيب، ذلك أنه ورغم السلطات الواسعة التي تملكها هذه المحكمة إلا أن تسميتها بالعليا هي مسألة محل نظر، كون أنه ومع نظام ازدواجية القضاء الذي أصبح يأخذ به المشرع استنادا إلى دستور 1996 فإن المحكمة العليا لم تعد هي الوحيدة التي تتربع على هرم طبقات القضاء إذ يشاركها في ذلك مجلس الدولة، بل الأكثر من ذلك فإن محكمة التنازع أصبحت جهة أعلى من المحكمة العليا، وبالتالي فإن مصطلح العليا أضحي مصطلحا غير مناسب ولا يتوافق مع التغييرات التي حدثت في النظام القضائي الجزائري.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

1. المراجع باللغة العربية

01. الكتب العامة

- . ابن القيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الجبل، بيروت 1973 .
- . أبي عمر أحمد ابن محمد ابن عبد ربه الأندلسي، العقد الفريد، ج 01 ،دار الكتاب العربي، ط 03، بيروت 1965 .
- . ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ج 01 ،ط01، دار الكتب العلمية، بيروت 1995 .
- . إبراهيم سعد، القانون القضائي الخاص، ج02، منشأة المعارف، الإسكندرية 1980 .
- . إدوارد عيد، موسوعة أصول المحاكمات والإثبات والتنفيذ، ج18، بيروت 1992 .
- . أحمد أبو الوفا :
- . نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ط06، منشأة المعارف، الإسكندرية 1989 .
- . التعليق على نصوص قانون المرافعات، ط06، منشأة المعارف، الاسكندرية .
- . أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة 1998 .
- . أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة فائز أنجق و بيوض خالد، د م ج، الجزائر 1994 .
- . أحمد فتحي سرور، النقض في المواد الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة 1997 .
- . الغوثي بن ملح، القانون القضائي الجزائري، ط2، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر 2000 .
- . أمينة النمر، قوانين المرافعات، الكتاب الأول، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية 1989 .
- . أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة لطلبة كلية التجارة، ط04، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت 1983 .
- . بوبشير محند أمقران، النظام القضائي الجزائري، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2005 .
- . بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ج01، الزواج والطلاق، د م ج، الجزائر 1994 .
- . هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2004 .
- . وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، ط01، دار الفكر العربي، القاهرة 1986 .
- . حبيب ابراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية-النظرية العامة للقانون-ط08، د م ج، الجزائر 2008 .
- . حسن كبيرة، المدخل إلى القانون . القانون بوجه عام . النظرية العامة للقاعدة القانونية والنظرية العامة للحق، منشأة المعارف، الإسكندرية .

- . يوسف نجم جبران، النظرية العامة للموجبات . مصادر الموجبات القانون والجرم وشبه الجرم . ط 02، د م ج، الجزائر 1981.
- . يحيى بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، ط02، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1988.
- . مأمون الكزبري و إدريس العلوي العبدلاوي، شرح المسطرة المدنية في ضوء القانون المغربي الجديد، مطابع دار القلم، بيروت 1975.
- . محمد الصغير بعلي، المحاكم الإدارية، دار العلوم، عنابة 2005.
- . محمد العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، ب د ن، القاهرة 2006 .
- . محمد الشرفي، مدخل لدراسة القانون، دار سيراس للنشر، تونس 1991.
- . محمد حسين منصور، نظرية القانون، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2009.
- . محمد كمال عبد العزيز، تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقهاء، ط، ب د ن، 1978.
- . محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، القاهرة 1981.
- . محمد محمود إبراهيم :
- . نظام الطعن بالتمييز في المملكة العربية السعودية، مركز البحوث والدراسات الإدارية، الرياض 1998.
- . أصول صحف دعاوى، دار الفكر العربي، القاهرة 1986.
- . محمد سلام مذكور، القضاء في الإسلام، دار النهضة العربية، القاهرة 1964 .
- . محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية . الوجيز في نظرية القانون . ط 17، دار هومة، الجزائر 2009.
- . محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن، مطول القانون المدني في عقد البيع، ط01، دار النهضة العربية، القاهرة 2003.
- . محمدي فريدة، المدخل للعلوم القانونية . نظرية القانون . ب د ن، الجزائر 1997 .
- . محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني . التقاضي أمام القضاء المدني . ج02، دار الفكر العربي، القاهرة 1946 .
- . منصور مصطفى منصور، المدخل للعلوم القانونية، ج01،
- . نبيل إسماعيل عمر، قانون أصول المحاكمات المدنية، ط01، الدار الجامعية، بيروت 1996 .
- . سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ط01، دار العلوم، بيروت 1994.
- . سليمان مرقص، أصول الإثبات وإجراءاته، ب دن، القاهرة 1991.
- . سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف الإسكندرية 1984.
- . سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، ط01، منشورات الحلبي، بيروت، ب س ن.
- . عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون . النظرية العامة للقانون، ب د ن، الجزائر 2004.

- . عبد المنعم فرج الصده، مبادئ القانون - دراسة خاصة بطلبة كلية التجارة- دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت 1982 .
- . عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ط02، دار موفم للنشر، الجزائر 2011.
- . عبد الفتاح كبارة، الفقه المقارن، ط01، دار النفائس، بيروت 1997.
- عبد الرزاق السنهوري:
- . الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1964 .
- . نظرية العقد، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1964 .
- . عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، ط01، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت 2008.
- . عجة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية، ج01، دار برتي للنشر، الجزائر 2009 .
- . عوض أحمد الزعبي :
- . المدخل إلى علم القانون، ط02، دار وائل للنشر، عمان 2003 .
- . أصول المحاكمات المدنية، ج1، ط2، دار وائل للنشر، عمان 2006 .
- . عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.
- . عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج01، دار هومة، الجزائر .
- . علي فيلاي :
- . مقدمة في القانون، دار موفم للنشر، الجزائر 2005 .
- . الالتزامات . النظرية العامة للعقد . دار موفم للنشر، الجزائر 2005.
- . عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية . النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري . دار جسر للنشر والتوزيع، الجزائر 2007 .
- . فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة 2008.
- . رشيد شمشيم، مناهج العلوم القانونية، دار الخلدونية، الجزائر 2006.
- . رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح القانون المدني . المدخل إلى القانون . دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية .
- . توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، دار الجامعة، ب د ن، 1993 .
- . خالد الزعبي ومنذر الفضل، المدخل إلى علم القانون، ط02، دار الثقافة، عمان 1998.
- . غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، ط01، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان.

02. الكتب المتخصصة

. أحمد أبو الوفا:

. التعليق على قانون المرافعات، ط3، منشأة المعارف، الإسكندرية 1987 .

. الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الاسكندرية 1983.

. أحمد السيد صاوي:

. نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة 1984.

. في الأسباب الجديدة أمام محكمة النقض بالنسبة للطعن المدني، دار النهضة العربية، القاهرة ، ب س ن.

. أحمد السيد خليل، دراسات في أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ب س ن.

. أحمد الشافعي، البطلان في قانون الإجراءات الجزائية، ط 05، دار هومة، الجزائر 2010.

. أحمد هندي:

. أسباب الحكم المرتبطة بالمنطوق، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2005 .

. مبدأ التقاضي على درجتين، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2009.

. أصول قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2006 .

. التمسك بالبطلان في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية 2005 .

. أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، ط01، دار النهضة العربية، القاهرة 1988.

. أحمد مليجي، أوجه النقض المتصلة بموضوع الدعوى، دار النهضة العربية ، ط02، القاهرة 1991 .

. أحمد خليل، التعارض بين الأحكام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1998 .

. الأنصاري حسن النيداني :

. القاضي والجزاء الإجرائي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2009 .

. العيوب المبطله للحكم و طرق التمسك بها، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية 2009.

. الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج01، تتنازع القوانين، ط02، مطبعة الفسييلة، الجزائر

. 2008

. إلياس أبو عيد :

. المراجعة التمييزية في الأصول المدنية، ب د ن، بيروت 1997 .

. نظرية الاختصاص في أصول المحاكمات المدنية والجزائية ، منشورات زين الحقوقية، بيروت 2004.

. الغوثي بن ملح، القضاء المستعجل وتطبيقاته في النظام القضائي الجزائري، ط01، د و أ ت، الجزائر

. 2000

. الشيخة هوام، الطعن بالنقض أمام مجلس الدولة، دار الهدى، عين مليلة الجزائر 2009.

- أمين مصطفى محمد، التمييز بين الواقع والقانون في الطعن بطريق النقض، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، المعمورة . مصر . 2002.
- أنور طلبة، موسوعة المرافعات المدنية والتجارية، دار الكتب القانونية، القاهرة 2003.
- بشير بلعيد، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، مطبعة عمار قرفي باتنة، الجزائر 1993.
- جيلالي بغدادي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، ج02، ط01، الديون الوطني للأشغال التربوية، الجزائر 2001 .
- هشام الطويل، شروط قبول الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية 1987 .
- هشام علي صادق، مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، منشأة المعارف، الإسكندرية 1968 .
- حامد فهمي و محمد حامد فهمي، النقض في المواد المدنية والتجارية، القاهرة 1938 .
- حلمي محمد الحجار، أسباب الطعن بطريق النقض، ج01 و ج02، المؤسسة الحديثة للكتاب، ط01، طرابلس لبنان 2004.
- حمدي باشا عمر:
- القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة من مجلس الدولة والمحكمة العليا، دار هومة، الجزائر 2008 .
- مبادئ الإجتهد القضائي في مادة الإجراءات المدنية، ط07، دار هومة، الجزائر 2007.
- نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري، دار العلوم، عنابة 2000.
- حسين بن سليمة، حسن النية في تنفيذ العقود، تعريب محمد بن سالم، ب د ن، تونس 1993.
- طلعت محمد دويدار، تأجيل الدعوى، منشأة المعارف، الإسكندرية 2003 .
- يوسف المصاورة، تسبب الأحكام وفقا لقانون أصول المحاكمات المدنية، الدار العلمية الدولية للنشر، عمان 2002.
- يوسف دلاندة، نظام التعويض عن الأضرار الجسمانية والمادية الناتجة عن حوادث المرور، دار هومة، الجزائر 2004 .
- لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج01، ط02، دار هومة، الجزائر 2006 .
- مجدي الجندي، أصول النقض الجنائي وتسبب الأحكام، ط01، منشأة المعارف الإسكندرية 1993.
- مولاي ملياني بغدادي، الخبرة القضائية في المواد المدنية، مطبعة دحلب، الجزائر 1992.
- محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية 2006.
- محمد محمود ابراهيم، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة 1982.

- . محمد علي الكيك، أصول تسبب الأحكام الجنائية في ظل الفقه والقضاء، ب د ن، الإسكندرية 1988 .
- . محمد ناصر بوغزالة، خرق المعاهدات الثنائية القانون الداخلي، دار الفجر للنشر والتوزيع، ط 1، القاهرة 1999.
- . محمد نور عبد الهادي شحاته :
- . سلطة التكيف في القانون الإجرائي، دار النهضة العربية، القاهرة 1993 .
- . سلطة محكمة النقض في استبدال الأسباب في المواد المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة 1992 .
- . محمد سعيد عبد الرحمن، الحكم القضائي، ط1، منشورات الحلبي، بيروت 2011 .
- . محمد صبري السعدي، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى ،عين مليلة الجزائر 2009.
- . محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، ديوان المطبوعات الجامعية، وهران 1984.
- . محمد سامي عبد الحميد، أصول القانون الدولي العام، ج 2، دار المطبوعات الجامعية، ط7، الإسكندرية 1995.
- . محمد فؤاد عبد الباسط، مدى اختصاص القاضي الإداري بتفسير المعاهدات الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 1998 .
- . محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر 2007.
- . محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين . المبادئ النظرية والتطبيقات الجوهرية . دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2008 .
- . محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع باعتباره مصدرا للالتزام، د م ج، الجزائر 1985.
- . محمود عبد ربه محمد القبلاوي، التكيف في المواد الجنائية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2003 .
- . مصطفى كيره، النقض المدني، ب د ن، القاهرة 1992 .
- . مراد محمود الشنيكات، الإثبات بالمعاينة والخبرة في القانون المدني، ط 01، دار الثقافة للتوزيع والنشر، عمان 2008.
- . مرسل جورج سيوفي، محكمة التمييز، ط 03، ب د ن، بيروت 1994 .
- . مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1992 .
- نبيل إسماعيل عمر :
- . النظرية العامة للطعن بالنقض ،منشأة المعارف، الاسكندرية 1980.
- . الوسيط في الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2004 .
- . عدم فعالية الجزاءات الإجرائية في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية 2002 .
- . تسبب الأحكام القضائية في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2001.

- . سبب الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2003 .
- . امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2004 .
- . نبيل صقر، حوادث المرور نسا وفقها وتطبيقا، دار الهدى عين مليلة، الجزائر 2009.
- . سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف الإسكندرية.
- . سيد أحمد محمود، النظام الإجرائي للخبرة القضائية في المواد المدنية والتجارية، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر 2007.
- . سعيد أحمد شعله، قضاء النقض المدني في الطعن بالنقض، منشأة المعارف، الإسكندرية 1995.
- . سعيد عبد السلام، سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان، الولاء للطبع والتوزيع، شبين الكوم . مصر 1992.
- . عبد الواحد محمد الفار، قواعد تفسير المعاهدات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة 1980.
- . عبد الوهاب بوضرسة، الشروط العامة والخاصة لقبول الدعوى بين النظري والتطبيق، ط02، دار هومة، الجزائر 2006.
- . عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية 1993.
- . عبد المنعم درويش، طرق الطعن في الأحكام في القانون الروماني، دار الكتب المصرية، ط01، القاهرة 1999.
- . عبد المعين لطفي جمعة، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، الكتاب الثاني، عالم الكتب، القاهرة 1979.
- . عبد العزيز محمودي، إجراءات تفعيل الحياة العقارية كآلية لتسليم عقود الملكية في القانون العقاري الجزائري، ط01، منشورات بغدادي، الجزائر 2012 .
- . عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية 2009.
- . عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية 1997 .
- . عزمي عبد الفتاح، تسبب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، ط01، دار الفكر العربي، القاهرة 1983.
- . عيد محمد القصاص، التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة، ط02، دار النهضة العربية، القاهرة 2010 .
- . علي أبو عطية هيكل، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2007 .
- . علي محمود علي حموده:
- . الأصول المنطقية لفهم الواقع والقانون في الدعوى الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة 2003.
- . النظرية العامة في تسبب الحكم الجنائي في مراحله المختلفة، ط02، دار النهضة العربية، القاهرة 2003 .
- . علي عوض حسن، رد ومخاصمة أعضاء الهيئات القضائية، دار الثقافة للطباعة والنشر، القاهرة 1987 .

. علي خليل الطعاني، سلطة القاضي في توجيه سير إجراءات الخصومة، ط01، دار المسيرة، عمان 2009.

. علي مراح، الاتجاهات الفقهية في تفسير الظاهرة القانونية، دار هومة، الجزائر 2011.

. فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، ط 02، ب د ن، القاهرة 1997.

. رضا المزغني و عبد المجيد عبود، التفسير القضائي في القانون المدني، معهد الإدارة العامة، الرياض 1983.

. ثروت بدوي، القانون الدستوري وتطور الأنظمة الدستورية في مصر، ب د ن، القاهرة 1969.

. خالد أحمد شبكه، التوكيل في الخصومة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية 2006.

. خالد وزاني، مناهج تفسير النصوص بين علماء الشريعة وفقهاء القانون، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية 2008.

03. الرسائل

. إبراهيم بن حديد، السلطة التقديرية للقاضي المدني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1995. آدم وهيب النداوي،

. دور الحاكم المدني في الإثبات، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، الدار العربية للطباعة والنشر، ط01، بغداد 1976.

. مدى سلطة المحكمة المدنية في تعديل نطاق الدعوى، رسالة دكتوراه، جامعة بغداد 1979، منشورة من طرف الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، ط01، عمان 2001 .

. أحمد السيد صاوي، الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة 1971.

. آمال أحمد الفزاري، مواعيد المرافعات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية 1977.

. أسامة أنور إسماعيل جامع، النطاق الموضوعي لخصومة الاستئناف، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة 2000.

. أسماء الشباب، التفاوض في تكوين العقد، رسالة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون، جامعة تونس III، 1998.

. بوبشير محند أمقران، عن انتقاء السلطة القضائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة تيزي وزو 2007.

. بوجادي عمر، اختصاص القضاء الإداري في الجزائر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة تيزي وزو 2011.

. بلعابد عبد الغني، الدعوى الاستعجالية الإدارية وتطبيقاتها في الجزائر، رسالة ماجستير كلية الحقوق جامعة قسنطينة 2008.

- .وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة،
. مبارك صائغي، مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي للقانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة
الجزائر
- . محمد الكشور، رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية، رسالة دكتوراه، الدار
البيضاء 1986.
- . محمد زكي أبو عامر، شائبة الخطأ في الحكم الجنائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية
. 1974 .
- . محمد محبوب، دور القاضي في مراقبة مدى صحة العقد، مذكرة للحصول على شهادة الدراسات المعمقة
في القانون والاقتصاد، كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية، جامعة تونس III، تونس 1994 .
- . محمد علي الكيك، رقابة محكمة النقض على تسبب الأحكام الجنائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة
الإسكندرية، 1987.
- . محمد عبد الخالق الزعبي، إعادة المحاكمة، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، س 2009.
. سامي الجربي، تفسير العقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة تونس I، تونس 1997.
- . سهام بشير، الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005.
. سحر عبد الستار، دور القاضي في الإثبات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، القاهرة
2001، منشورة من طرف دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2007 .
- . سعيد علي حسن الجدار، دور القضاء الوطني في تطبيق وتفسير قواعد القانون الدولي العام، رسالة دكتوراه،
الإسكندرية 1992.
- . سعيد خالد علي الشرعبي، حق الدفاع أمام القضاء المدني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس،
القاهرة 1997 .
- . عبد الله الأحمد، دور القاضي في تحقيق الدعوى المدنية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بتونس، 1988.
. عبد الله خليل حسين الفراء، سلطة القاضي التقديرية في ظل قانون أصول المحاكمات المدنية الفلسطيني،
رسالة دكتوراه، جامعة الدول العربية، القاهرة 2008.
- . عبد العزيز خليل إبراهيم بديوي، الطعن بالنقض والطعن أمام المحكمة الإدارية العليا، رسالة دكتوراه، كلية
الحقوق عين شمس، القاهرة
- . عبد القادر سيد عثمان، إصدار الحكم القضائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق عين شمس، القاهرة 1981.
. عوض عبد الجليل الترساوي، الرقابة القضائية على مشروعية المعاهدات الدولية، رسالة دكتوراه، كلية
الحقوق، جامعة القاهرة 2007 .
- . علاء الدين علي إبراهيم، حجية الأمر المقضي به في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه،
جامعة الأزهر، القاهرة 1996 .

. علي مسعود محمد، القاضي والعناصر الواقعية للنزاع المدني، رسالة دكتوراه، جامعة الفاتح، طرابلس ليبيا 2005 .

. علي مصطفى الشيخ، الحكم الضمني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة 1996.

. علي الشحات الحديدي، دور الخبير الفني في الخصومة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة 1987.

. علي عبد الحميد تركي، نطاق القضية في الاستئناف، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، القاهرة 1998.

. فكري عبد الحميد أبو صيام، الأسباب الجديدة في النقض المدني، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة 2003، منشورة من طرف دار النهضة العربية، القاهرة 2005 .

. فكيه محمد جمعة محمد، شهادة الشهود ودورها في إثبات الحقوق والعقود، رسالة دكتوراه جامعة الزقازيق، س 2000.

. صلاح أحمد عبد الصادق أحمد، نظرية الخصم العارض في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة 1986.

. رمضان ابراهيم عبد الكريم موسى، التناقض الإجرائي، رسالة دكتوراه، س 2004، جامعة عين شمس القاهرة.

04 . المقالات :

. أحمد أبو الوفا، دعوى التزوير الفرعية، مجلة قضايا الحكومة، ع01، يناير 1963 .

. أحمد بلحاج الشهيدي، حول الاختصاص النوعي بين الفقرتين 02 و05 من الفصل 16 من قانون

المسطرة المدنية وعلاقته بالنظام العام، مجلة المحامي ، ع02، مجلة تصدر عن هيئة المحامين

بمراكش ، س 1981.

. أحمد مجحودة، رسالة الاجتهاد القضائي في دولة القانون، المجلة القضائية للمحكمة العليا، ع01، ب س ن، الجزائر .

. أحمد محمد مليجي، تصدي محكمة النقض للفصل في موضوع الدعوى المدنية، بحث منشور في مجلة

الشريعة والقانون كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، ع01، ماي 1987 .

. أحمد ضاعن السمدان، نظرة حول موقف القضاء الكويتي من القانون الأجنبي، مجلة الحقوق الكويتية، ع

01، س 10، الكويت مارس 1986 .

. الطيب الفصايلي، حقيقة الدفع بعدم الاختصاص في ظل قانون المسطرة المدنية الجديد، المجلة

المغربية للقانون المقارن، ع10، مراكش 1989.

. الطيب بن هاشم، الدعوى المستعجلة شروط قبولها ومميزاتها، الندوة الوطنية للقضاء الاستعجالي، وزارة

العدل، الجزائر 1995.

- . الطيب زروتي، قراءة في إصلاح أحكام تنازع القانون الدولي في الجزائر في القانون 05-10، مجلة المحكمة العليا، ع01، س 2006، قسم الوثائق بالمحكمة العليا، الجزائر 2006.
- . الغوثي بن ملحة، أفكار حول الاجتهاد القضائي، مقال منشور بالمجلة القضائية للمحكمة العليا، ع01، س2000، الجزائر 2006.
- . البشير الفرشيشي، النقص بدون إحالة، مجموعة لقاءات الحقوقيين، العدد الثاني، التعقيب أعمال ملتقى من 04 إلى 07 أفريل 1989 تونس.
- . أحسن بوسقيعة، توزيع الاختصاص بين النظامين القضائيين العادي والإداري في مجال المنازعات الجمركية، مجلة مجلس الدولة، ع2، س 2002، دار هومة، الجزائر 2002.
- . باسم قاططة، اليمين كوسيلة إثبات، بحوث ودراسات قانونية مجلة تصدرها جمعية الحقوقيين بصفاقص، ع1.
- . بوزيدي محمد، المصالحة في مجال تعويض ضحايا حوادث المرور، مجلة المحكمة العليا، ع2، س1992، الجزائر 1992.
- . بلحاج العربي، دور النيابة العامة في الخصومة القضائية المدنية في القانون القضائي الخاص الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ع01، س1993، جامعة الجزائر 1993 .
- . بلعربية فاطمة الزهراء، انتقال الملكية العقارية، تعليق على القرارين رقم 491615 و 549408، مج ع ع، ع خاص، الغرفة العقارية، س 2010.
- . بسعيد مراد، تقادم دعوى مسؤولية الناقل البحري للبضائع في التشريع الجزائري، مجلة الحجة، ع01، جويلية 2007، نقابة المحامين ناحية تلمسان، ابن خلدون للنشر، تلمسان 2007 .
- . بشير بن مالك، علاقة القوانين العضوية بالقوانين العادية في الدستور الجزائري، مجلة الحجة، مجلة تصدر عن نقابة المحامين ناحية تلمسان، ع01، جويلية 2007، ابن خلدون للنشر، تلمسان 2007.
- . بركات أحمد، وسيلة مباشرة رئيس الجمهورية لاختصاص السلطة التشريعية في مجال صنع القانون، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة قاصدي مرباح ورقلة، ع 01، س 2009 .
- . جبار جميلة، نظام الشفعة في التشريع الجزائري، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، ج03، س2010، الجزائر 2010.
- . هشام علي صادق، المقصود بسبب الدعوى الممتنع على القاضي تغييره، مجلة المحاماة، ع04، س50 أفريل 1970 .
- . حامد فهمي بك و محمد حامد فهمي، ما يقبل وما لا يقبل من الأسباب أمام محكمة النقض (الأسباب الجديدة)، مجلة القانون والاقتصاد، القاهرة 1935 .
- . حاج صدوق الجيلالي، دعاوى الملكية ودعاوى الحيازة، تعليق على القرار رقم 206296، مجلة المحكمة العليا، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، عدد خاص، ج03، س2010، الجزائر 2010.

- . حمادي مقراني، القضاء الاستعجالي في المواد المدنية، الندوة الوطنية للقضاء الاستعجالي، وزارة العدل، الجزائر 1995.
- . حمادي مقراني، العيوب العالقة بأحكامنا وقراراتنا، المجلة القضائية، ع04، س1992.
- . حمادي زبير، مسألة الاختصاص القضائي في دعوى البطلان المتعلقة بالملكية الصناعية على ضوء أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية وقوانين الملكية الصناعية، مج مح ع، ع01، س2011 .
- . حمزة حمزة، رقابة القضاء على العرف-دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون . مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 24، العدد01، س2008.
- . حسان بوعروج، مسؤولية الناقل البحري، الاجتهاد القضائي للغرفة التجارية والبحرية، عدد خاص، س2001، الجزائر 2001.
- . حسين السالمي :
- . التعقيب ووحدة القضاء، مجموعة لقاءات الحقوقيين، العدد الثاني، التعقيب أعمال ملتقى من 04 إلى 07 أفريل 1989 تونس.
- . الأثر الناقل للاستئناف، مجلة القضاء والتشريع، مركز الدراسات القانونية والقضائية تونس، ع08، س49، أكتوبر 2007 .
- . طالب أحمد، الأخطاء الشكلية والموضوعية في الأحكام القضائية، مجلة المحكمة العليا، ع01، س2003.
- . يسمينة لعجال، مدى إعمال قواعد القانون الدولي العام في مجال الجنسية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة قاصدي مرباح ورقلة، ع03 جوان 2010.
- . محمد أحمد ربيع، الأسباب المقبولة أمام محكمة النقض، مجلة إدارة قضايا الحكومة، ع01، س07 .
- . محمد الصالح الزيدي، مبدأ المواجهة ضمان لحقوق الدفاع، مجلة القضاء والتشريع، مركز الدراسات القانونية والقضائية تونس، س49، أكتوبر 2007.
- . محمد العربي هاشم، العرف لدى التعقيب، مجموعة لقاءات الحقوقيين، العدد الثاني، التعقيب أعمال ملتقى من 04 إلى 07 أفريل 1989 تونس.
- . محمد كحلولة، المراقبة الدستورية في الجزائر في إطار عمل المجلس الدستوري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ع3، 1990، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر 1990 .
- . محمد نعيم ياسين، حجية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، القسم الأول، مجلة الحقوق الكويتية، س06، ع03، الكويت 1982.
- . محمد عمران بوليفة، الخاصية المثبتة لدور الغرف البرلمانية الثانية في الممارسة المؤسساتية : رهان أساسي للاستقرار السياسي والمؤسساتي، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة قاصدي مرباح ورقلة، ع02، س2009 .

- . محمد رضا بن حماد، تعريف القانون في تونس وأصنافه، مجلة حوليات العلوم القانونية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والتصرف بجنوبية، ع01، س 2007، تونس .
- . محمود داوود يعقوب، اختلاف الدين في الميراث (دلو في بئر الجد)، مجلة حوليات العلوم القانونية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والتصرف بجنوبية، ع01، س 2007، تونس .
- . محمود شمام، العرف بين الفقه والتطبيق، مجلة القضاء والتشريع، مجلة تصدر عن وزارة العدل التونسية، ع04، س32، أبريل 1990 .
- . منصور القديدي جراي، قرينة العلم بالقانون، مجلة القضاء والتشريع، مركز الدراسات القانونية والقضائية تونس، س 50، عدد أكتوبر 2008 .
- . منصور مجاجي، الضبط الإداري وحماية البيئة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة قاصدي مرباح ورقلة، ع 02، س 2009 .
- . مسعود كمين، دراسة تطبيقية لأهم مبادئ القضاء الاستعجالي، نشرة القضاة، ع58 .
- . نويري عبد العزيز، المنازعة الإدارية في الجزائر : تطويرها وخصائصها، ج01، دراسة تطبيقية منشورة بمجلة مجلس الدولة، ع08، س2006، منشورات الساحل، الجزائر 2006.
- . نورالدين الغزواني، مجموعة لقاءات الحقوقيين، العدد الثاني، التعقيب أعمال ملتقى من 04 إلى 07 أبريل 1989 تونس.
- . نور الشريف، نزاهة الشهادة، مقال منشور بمجلة حوليات العلوم القانونية والاقتصادية والتصرف بجنوبية، ع1، س2007، جنوبية تونس 2007 .
- . نوري مزرة جعفر، المجلس الدستوري الجزائري بين النظرية والتطبيق، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ع04، ديسمبر 1990، معهد الحقوق والعلوم الإدارية جامعة الجزائر 1990.
- . نصر الدين بن طيفور، حدود رقابة القاضي الإداري وأثرها على حماية الحقوق والحريات العامة، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الدولي حول دور القضاء الإداري في حماية الحريات الأساسية، المركز الجامعي بالوادي يومي 28-29-أفريل 2010.
- . ساسي بن حليلة، التباين في فقه قضاء محكمة التعقيب، مجموعة لقاءات الحقوقيين، العدد الثاني، التعقيب أعمال ملتقى من 04 إلى 07 أبريل 1989 تونس.
- . سليمان السعيد، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات الفردية، مجلة الحقوق والعلوم الاجتماعية، كلية الحقوق والعلوم الاجتماعية جامعة عمار ثلجي الأغواط، ع 01، ماي 2006.
- . عبد اللطيف مامغلي، التعقيب والتخصص فيه، مجلة القضاء والتشريع، مجلة تصدر عن وزارة العدل التونسية، ع 08، س 49، أكتوبر 2007 .
- . عبد العزيز سعد، حول تطبيقات المادة 141 من قانون الإجراءات المدنية، المجلة القضائية، ع01، س1999.

. عبد الرفيع الجوهري، إشكالية الفقرتين الثانية والخامسة من الفصل 16 من قانون المسطرة المدنية وعلاقته بالنظام العام، مجلة المحامي، ع01، مجلة تصدر عن هيئة المحامين بمراكش، س 1980.

. عزمي عبد الفتاح، التمييز بين الواقع والقانون وتوزيع المهام الإجرائية في الخصومة المدنية على هذا الأساس كحل تأسيلي لمشكلة منع تغيير أساس الإدعاء، مجلة المحامي، أعداد أكتوبر . نوفمبر . ديسمبر 1986، الكويت 1986 .

. علال قاشي، دور القاضي الوطني في تطبيق القانون الأجنبي، مقال في إطار الملتقى الوطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر، واقع متطور، قسم الحقوق بجامعة قاصدي مرباح ورقلة، أبريل 2010.

. علي البارودي، العرف التجاري مكانته ودور القضاء والفقه في احترامه وتطويره، مجلة القضاء والتشريع، ع05، السنة 29، ماي 1987.

. علي علي سليمان:

. الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون طبقا للقانون المدني الجزائري، مقال منشور بمجلة الفكر القانوني الصادرة عن اتحاد الحقوقيين الجزائريين، ع01، نوفمبر 1984.

. الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون في البلاد العربية، نظرات قانونية مختلفة، د م ج، الجزائر 1994.

. القانون والأخلاق، نظرات قانونية مختلفة، د م ج، الجزائر 1994 .

. عليان بوزيان، الحرية ومشكلات الضمانات في ظل العولمة بين النص والتطبيق دراسة تطبيقية على الدستور الجزائري 1996، مجلة الحقوق والعلوم الاجتماعية، جامعة عمار ثلجي الأغواط، ع 01، ماي 2006 .

. عماد القاتي، اجتهاد القاضي، مجلة القضاء والتشريع، مركز الدراسات القانونية والقضائية تونس، ع 08، س 49، أكتوبر 2007 .

. عمار بوضياف :

. دور القاضي في المجتمعات الحديثة، مجلة نشرة القضاة، عدد 48، مجلة قانونية تصدرها مديرية البحث بوزارة العدل، الجزائر، ب س ن.

. دور محكمة التنازع في المحافظة على قواعد الاختصاص النوعي، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص بمحكمة التنازع، س 2009 .

. عمر زودة :

. اختصاص القضاء الجزائري في نظر الدعوى المدنية، المجلة القضائية، ع01، س 1992، الجزائر 1992.

. طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 03 مكرر من قانون الأسرة، مج مح ع، ع02، س 2005.

. قاعدة عدم الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية، المجلة القضائية، ع04، س 1992.

. اختصاص القاضي الجزائري في نظر الدعوى المدنية ، تعليق على قرار المجلس الأعلى الصادر
عن الغرفة الجنائية الثانية ، القسم الثالث ، المؤرخ في 14 أبريل 1987، ملف رقم 44522،
المجلة القضائية ، ع01، س 1992.

. فيصل عجينة، التعليل الكافي يسموا بالعدالة، مجلة القضاء والتشريع ، ع 02، س 49، فيفري
2007، مركز الدراسات القانونية والقضائية تونس.

. ثروت أنيس الأسيوطي، المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية، مجلة مصر المعاصرة، س 59، ع
333 ، جويلية 1968.

. غنيمة لحو:

. مفهوم وفحوى المادة 30 من القانون 25.90 تعليق على القرار رقم 386808، مجلة المحكمة العليا، عدد
خاص الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، ج03، س 2010، الجزائر 2010.

. القوة الإلزامية للعقد .استبعاد القسمة بالاتفاق .تحريف قضاة الموضوع للعقد، مجلة المحكمة العليا، عدد
خاص الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، ج03، س 2010، الجزائر 2010.

05 . النصوص القانونية

أ . النصوص التشريعية

. الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08/06/1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم، ج
ر عدد47، س 1966 .

. الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08/06/1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر عدد47، س
1966 .

. الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08/08/1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، ج ر عدد
47، س 1966 .

. الأمر 75.74 المؤرخ في 30/01/1974 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن
الأضرار ، ج ر عدد 15 ، س 1974 .

. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، س 1975،
المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/06/2005، ج ر عدد 44، س 2005.

. الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون التجاري، ج ر عدد 101، س 1975.
الأمر 74.75 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري ، ج
ر عدد 92 ، س 1975 .

. الأمر رقم 76-57 المؤرخ في 05/07/1976 المتضمن نشر الميثاق الوطني، ج ر عدد 61، س 1976 .

- . القانون رقم 79-07 المؤرخ في 21/07/1979 المعدل والمتمم بالقانون 98. 10، المؤرخ في 22/08/1998 المتضمن قانون الجمارك ، ج ر عدد 61، س 1998.
- . القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984 المتضمن قانون الأسرة ، ج ر عدد 24 ، س 1984، المعدل والمتمم بالأمر 0205 المؤرخ في 15/02/2005 ، ج ر عدد 15 ، س 2005.
- . القانون رقم 89-08 المؤرخ في 25 أبريل 1989 الذي يتضمن الموافقة على العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والثقافية والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الموافق عليها من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 16 ديسمبر 1966، ج ر عدد 17 ، س 1989.
- . القانون رقم 89-22 المؤرخ في 12/12/1989 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها، ج ر عدد 53 ، س 1989، المعدل بالقانون العضوي رقم 11-12 المؤرخ في 26/07/2011، المحدد لتنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها، ج ر عدد 42 ، س 2011.
- . القانون 0490 المؤرخ في 06/02/1990 المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل، ج ر عدد 06 ، س 1990 .
- . القانون 3090 المؤرخ في 01/12/1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج ر ع 52، س 1990.
- . القانون 90-25 المؤرخ في 18/11/1990 المتعلق بالتوجيه العقاري، ج ر عدد 49، س 1990 .
- . القانون رقم 91-04 المؤرخ في 08/01/1991 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة، ج ر عدد 02، س 91.
- . القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27/04/1991 المتعلق بالأوقاف، ج ر ع 21، س 91 .
- . القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30/05/1998 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج ر عدد 37 ، س 98، المعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم 11-13 المؤرخ في 26/07/2011، ج ر عدد 43 ، س 2011.
- . القانون العضوي رقم 98/02 المؤرخ في 30/05/1998 المتعلق بالمحاكم الإدارية، ج ر عدد 37 ، س 1998 .
- . القانون العضوي رقم 98/03 المؤرخ في 03 جوان 1998 المتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها، ج ر عدد 39، س 1998.
- . القانون العضوي رقم 99-02 المؤرخ في 08/03/1999 الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة، ج ر عدد 15، س 1999.
- . الأمر 0303 المؤرخ في 19/07/2003 المتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43، س 2003 .
- . القانون العضوي رقم 04-11 المؤرخ في 06/09/2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء، ج ر عدد 57 ، س 2004 .
- . القانون العضوي رقم 05-11 المؤرخ في 17/07/2005 المتعلق بالتنظيم القضائي، ج ر عدد 51، س 2005 .

. القانون 03.06 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، ج ر عدد 14، س 2006.

. قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25/02/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، س 2008 .

ب . النصوص التنظيمية

. المرسوم الرئاسي رقم 89-143 المؤرخ في 07/08/1989 المتعلق بالقواعد الخاصة بتنظيم المجلس الدستوري والقانون الأساسي لبعض موظفيه، ج ر عدد 32، س 1989، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 01-102 مكرر المؤرخ في 21/04/2001، ج ر عدد 58، س 2001، والمرسوم الرئاسي رقم 02-157 المؤرخ في 16/05/2002 ج ر عدد 36، س 2002، والمرسوم الرئاسي 04-105 المؤرخ في 05/04/2004، ج ر عدد 21، س 2004.

. النظام المؤرخ في 2806/2000 المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، ج ر عدد 48، س 2000، المعدل والمتمم بالمداولة المؤرخة في 14/01/2009، ج ر عدد 04، س 2009.

. النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني، ج ر عدد 46، س 2000.

. المرسوم التنفيذي رقم 95.310 المؤرخ في 10/10/1995 المحدد لشروط التسجيل في قوائم الخبراء القضائيين وكيفياته والمحدد لحقوقهم وواجباتهم ، ج ر عدد 60 ، س 1995 .

. المرسوم التنفيذي رقم 98.63 المؤرخ في 16/02/1998 المحدد لاختصاص المجالس القضائية وكيفية تطبيق الأمر رقم 97.111 المؤرخ في 19 مارس 1997 المتضمن التقسيم القضائي ، ج ر عدد 10، س 1998.

. المرسوم 76.63 المؤرخ في 13/04/1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج ر عدد 30 ، س 1976.

. المرسوم 76-147 المؤرخ في 23/10/1976 يتضمن تنظيم العلاقات بين المؤجر والمستأجر لمحل معد للسكن والتابع لمكاتب الترقية والتسيير العقاري ، ج ر عدد 12 ، س 1977 .

. رأي المجلس الدستوري رقم 10 المؤرخ في 13/05/2000، ج ر، عدد 46، س 2000.

06 . مواقع الأنترنت:

. جلال محمد أمهلول، الدفع بعدم الاختصاص وفكرة النظام العام،

www.articledroit.blogspot.com، 02.10.2012

. منصور حاتم محسن و هادي حسين الكعبي، الأثر الإجرائي للواقع والقانون في تحديد وصف محكمة

التمييز، www.uobabylon.edu.iq، 10.10.2011

07 . المجلات القضائية

- . الاجتهاد القضائي، د م ج، س1986، الجزائر 1986.
- . نشرة القضاة، نشري قانونية تصدرها مديرية الدراسات القانونية والوثائق ، وزارة العدل ، ع01، س1987.
- . المجلة القضائية، العدد01، س 1989، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجزائر 1989.
- . المجلة القضائية، العدد02، س 1989، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجزائر 1989.
- . المجلة القضائية، العدد03، س 1989، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجزائر 1989.
- . المجلة القضائية، العدد04، س 1989، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجزائر 1989.
- . المجلة القضائية، العدد 01، س 1990، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجزائر 1990.
- . المجلة القضائية ،العدد 02،س1990، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجزائر 1990.
- . المجلة القضائية، العدد 03،س 1990، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجزائر 1990.
- . المجلة القضائية، العدد01، س1991، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجزائر 1991.
- . المجلة القضائية، العدد 02، س1991، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجزائر 1991.
- . المجلة القضائية، العدد03، س1991، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجزائر 1991.
- . المجلة القضائية ،العدد4،س1991، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجزائر 1991 .
- . المجلة القضائية، العدد01، س 1992، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجزائر 1992.
- . مجلة المحكمة العليا، العدد02، س1992، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجزائر 1992 .
- . المجلة القضائية ،العدد04، س 1992، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجزائر 1992.
- . المجلة القضائية، العدد01، س 1993، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجزائر 1993.
- . المجلة القضائية، العدد02، س 1993، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجزائر 1993 .
- . المجلة القضائية، العدد03، س 1993، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجزائر 1993.
- . المجلة القضائية، العدد04، س 1993، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجزائر 1993.
- . المجلة القضائية، العدد03، س1994، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجزائر 1994.
- . المجلة القضائية، العدد2، س1997، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجزائر 1997.
- . المجلة القضائية، العدد01، س 1998، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجزائر 1998.
- . المجلة القضائية، العدد02،س 1998، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجزائر 1998.
- . المجلة القضائية ،العدد01،س1999، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجزائر 1999.
- . المجلة القضائية، العدد02، س 2000، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر 2000.
- . المجلة القضائية، العدد01، س 2000، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر 2000.
- . المجلة القضائية،العدد02، س 2001، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر 2001.

. مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، س2001، قسم الوثائق للمحكمة العليا
الجزائر 2001.

. الاجتهاد القضائي للغرفة التجارية والبحرية، عدد خاص، س 2001، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر
2001.

. المجلة القضائية، العدد02، س2002، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر .2002.

. المجلة القضائية، العدد01، س 2003، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر 2003.

. مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، عدد خاص01، قسم الوثائق المحكمة العليا، الجزائر 2003.

. المجلة القضائية، العدد01، س 2004، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر 2004.

. الاجتهاد القضائي، عدد خاص، ج01، س2004، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر 2004.

. الاجتهاد القضائي، عدد خاص، ج02، س2004، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر 2004.

. مجلة المحكمة العليا . العدد01، س2005، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر 2005.

. مجلة المحكمة العليا، العدد 02، س 2005، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر 2005.

. مجلة المحكمة العليا، العدد 01، س2006، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر 2006.

. مجلة المحكمة العليا، العدد 02، س2006، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر 2006.

. مجلة المحكمة العليا، العدد 01، س2007، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر 2007.

. مجلة المحكمة العليا، العدد 02، س 2007، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر 2007.

. مجلة المحكمة العليا، العدد 01، س2008، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر 2008.

. مجلة المحكمة العليا، العدد 02، س2008، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر 2008.

. نشرة القضاة، نشرة قانونية تصدرها مديرية الدراسات القانونية والوثائق وزارة العدل، ع48.

. نشرة القضاة، نشرة قانونية تصدرها مديرية الدراسات القانونية والوثائق وزارة العدل، ع51، س1997.

. نشرة القضاة، نشرة قانونية تصدرها مديرية الدراسات القانونية والوثائق وزارة العدل، ع57.

. نشرة القضاة، نشرة قانونية تصدرها مديرية الدراسات القانونية والوثائق وزارة العدل، ع58.

. نشرة القضاة، نشرة قانونية تصدرها مديرية الدراسات القانونية والوثائق وزارة العدل، ع59، س2006.

. نشرة القضاة، نشرة قانونية تصدرها مديرية الدراسات القانونية والوثائق وزارة العدل، عدد63، س2008.

. مجلة المحكمة العليا، عدد خاص بمحكمة التنازع، س2009، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر
2009.

. مجلة المحكمة العليا، العدد 01، س2010، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر 2010.

. مجلة المحكمة العليا، عدد خاص بالاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، ج03، قسم الوثائق، الجزائر 2010.

. مجلة المحكمة العليا، العدد 02، س 2010، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر 2010.

. مجلة المحكمة العليا، العدد 01، س 2011، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر 2011.

- . مجلة المحكمة العليا ، العدد 02، س 2011، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر 2011.
- . مجلة مجلس الدولة، العدد 07، س 2005، منشورات الساحل، الجزائر 2005.
- . مجلة مجلس الدولة، العدد 02، س 2002، دار هومة، الجزائر 2002.
- . مجلة مجلس الدولة، ع08، س2006، منشورات الساحل، الجزائر 2006.

II. المراجع باللغة الفرنسية

01- Ouvrages :

- Alex Weill et François Terré, droit civil (les obligations), Dalloz, 04ed, Dalloz , paris 1986.
- Charles AUBRY et Charles RAU, cours de droit civil français, 5ém.ed.1897.
- Christian ATIAS et Didier LINOTTE, le mythe de l'adaptation du droit au fait, D.1977, chr .
- David Dokhan, les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs, LGDJ, paris2000.
- Dominique d'Ambra, l'objet de la fonction juridictionnelle :dire le droit et trancher les litiges, librairie générale de droit et de jurisprudence ,paris .
- EDOUARD BONNIER, éléments de procédure civile, librairie de Plon frères, paris 1853 .
- Emile Chénon, origine, condition et effet de la cassation, paris 1882.
- Ernest Désiré GLASSON et René Lucien MOREL et Albert TISSIER, traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile, recueil Sirey T03,03ed,1929
- Ernest FAYE, la cour de cassation, librairie DOUCHMAN, 1970.
- Frédérique Ferrand, cassation française et révision allemande, p.u.f, 1993.
- François GENY, méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, L.G.D.J, 02éd, T02, 1954.
- François Michel SCHROEDER, le nouveau style judiciaire, édition Dalloz, paris 1978, P100.
- François RIGAUX, la nature de contrôle de la cour de cassation, établissement Emile Bruylant, Bruxelles 1966 .
- François Terré, Introduction générale au droit,06éd, DALLOZ, paris2003 .
- Gérard Couchez, procédure civile,11éd, DALLOZ, paris 2000 .
- Henri Batiffol, problèmes de base de philosophie du droit, LJDJ, paris 1979.
- Henri MOTULSKY, la cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge ,D .1964, chron
- Henri Motulsky , Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits. Etude de droit contemporain, Sirey, 1959.
- Hervé CROZE et Christian MOREL , traité élémentaire de procédure civile, 2ed,recueil Sirey 1949 .

- Jacques Boré ,la cassation en matière civile, édition Dalloz, paris 1997 .
- Jacques HERON, droit judiciaire privé, collection Domat droit privé, éd Montchrestien, paris 1991 .
- Jean CARBONNIER, droit civil (les obligations) , puf 1985, N 49,P193 .
- Jean CARBONNIER, droit civil, I, introduction,puf,18éd, paris1988 .
- JEAN RAY, essai sur la structure logique de code civil français, bibliothèque de philosophie contemporaine, Librairie Félix Alcan, paris 1926.
- Jean VINCENT et Serge Guinchard, procédure civile, 25éd,dalloz,paris 1999.
- Jean VINCENT, procedure civile , 23ed, dalloz1994.
- Laurence Montazel ‘entre fait et droit :histoire d’un pouvoir judiciaire, vittorio Klostermann Frankfurt am Main ,1998 .
- Loïc Cadet ,Théorie générale du procès,PUF,paris 2010 .
- Marcel PLANIOL et Georges RIPERT, obligation, t04, LGDJ, Paris 1952.
- Marie Noëlle et Xavier Bachellier, la technique de cassation, 04éd, Dalloz, paris 1998.
- Mohammed ISSAD, droit international privé ,2ém éd, o.p.u.Alger 1983 .
- Patrick GAIA, le conseil constitutionnel et insertion des engagements internationaux dans l’ordre juridique interne , paris Economica,1992 .
- Roland Drago , le défaut de base légale dans le recours pour excès de pouvoir, EDCE 1960 .
- Thierry Le Bars, le défaut de Base Légale en droit judiciaire privé, LGDJ, paris 1997 .
- Thomas PIAZZON, la sécurité juridique, doctorat et notariat, t35, DEFRENOIS, paris, par édition ALPHA, Beyrouth 2010.

02- Thèses et memoires :

- Ali filali, l’urgence et la compétence de la juridiction des référés, thèse de magistère, université d’Alger 1987.
- Catherine MARRAUD, la notion de dénaturation en droit privé français, thèse doctorat en droit, université de NANCY2, 1972 .
- Christian TALAMON, le pouvoir de contrôle de la cour de cassation sur l’interprétation et l’application des contrats, thèse doctorat, paris 1926.
- Francis Kernaleguen , L’extension du rôle des juges de cassation ,thèse Rennes 1979.
- François GONZALVEZ, l’explications de fait ou de droit demandées par le juge aux parties en procédure civile, RRJ 2002/02 .
- François Terré, l’influence de la volonté individuelle sur la qualification, thèse paris 1956.
- Frédérique MARTIN EUDIER, ordre public substantiel et l’office du juge. thèse Rouen 1994 .
- Gabriel MARTY. La distinction du fait et du droit, thèse Toulouse 1926.

- Gustave PEISER, le recours en cassation en droit administratif français, évolution et régime actuel, thèse, NANCY, 1954.
- Henri Motulsky, Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, thèse Lyon 1947.
- Jacques Moury, le moyen de droit à travers les articles 12 et 06 du nouveau code de procédure civile, thèse Paris II, 1986.
- Jacques NORMAND, le juge et le litige, thèse Paris, LGDJ, 1965. préf. Roger Perrot, spéc.
- Jean Paul GILLI, la cause juridique de la demande en justice, essai de définition, thèse Paris 1962.
- Nadhir BENAMMOU, le pouvoir de contrôle de la cour de cassation, thèse doctorat, université Tunis III, 1996.
- Peter NEU, les pouvoirs de contrôle de la cour suprême, thèse, SARRE, 1956.
- Pierre de Chauveron, du pouvoir de contrôle de la cour de cassation sur la qualification criminelle, thèse Paris 1908.

03- Articles :

- André PERDRIAU, Aspects actuels de la cassation sans renvoi, jcp . I. 1985 - 3180.
- André PERDRIAU, la rectification des jugements civils, jcp . I. 1995. 3886 .
- André PERDRIAU, les recours contre les dispositions contradictoires d'un jugement, jcp, II, 1997, N 3990 .
- André PERDRIAU, Note sous cass. Civ II .2 mars 2000, jcp - II -2000 - 10358.
- André PERDRIAU, réflexion désabusée sur le contrôle de la cour de cassation en matière civile, jcp. I. 1991 .3538.
- Arlound BAYART, la distinction du fait et du droit, le point de vue de l'avocat, le fait et le droit, rec. de travaux du centre national de recherches logiques, EEB, BRUXELLES, 1961.
- Annick DORSNER-DOLIVET et Thierry BONNEAU, L'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure, D, 1986, Chr.
- Catherine Popineau-Dehaillon, les communications de pièces aux parties devant la cour de cassation, Jcp, I, 139, 2008, N18-19 .
- Catherine TIVAURDEY-BOURDIN, l'intervention d'office du juge, les pouvoirs d'action d'office du juge à l'épreuve des principes directeurs du procès civil, RRJ 2007-02 .
- Edm. TOURNON, le défaut de motifs, vice de forme des jugements, jcp. 1946. I. 553.
- Fanny Luxembourg, la cour de cassation, juge du fond, rec. Dalloz. 2006, n34, chron.
- Francis Kernaleguen, l'excès de pouvoir du juge, justices 1996 .
- Georges Wiederkehr, la notion de grief et les nullités de forme dans la procédure civile, Recueil Dalloz, Sirey, 1984, chro .

- Jean CHEVALLIER, le contrôle de la cour de cassation sur la pertinence de l'offre de preuve, chronique, Rec. Dalloz et Sirey 1956/1.
- Jean Jonquères, le contrôle des constatation de fait par le juge de cassation (aspects de droit civil), 3em journées franco-allemandes de la société de législation* comparée, RIDC 1980, numéro spécial .
- Jacques Benoist, L'interprétation des traités diplomatiques par les tribunaux judiciaires, JCP, 1953, 1133.
- Jacques NORMAND, le juge et le fondement du litige , mélanges offerts à pierre HEBRAUD, Toulouse, Dalloz 1981 .
- Jacques VOULET, l'irrecevabilité des moyens nouveaux devant la cour de cassation en matière civile, jcp 1973- I -2544.
- Jacques VOULET, l'interprétation des arrêt de la cour de cassation ,JCP 1970, I ,2305,n6.
- Jacques VOULET, L'étendue de la cassation en matière civile, jcp. 1977 . I.2877.
- Jacques VOULET, le grief de dénaturation devant la cour de cassation , jcp,1971. I.2410.
- John KIRKPATRICK et Dominique LEONARD, le contrôle de l'interprétation des conventions par la cour de cassation et les cas dans lesquels une convention doit être considérée comme une loi au sens de l'article 608 du code judiciaire, mélanges Philippe Gérard, établissements Emile Bruylant, Bruxelles .
- Jules LE CLEC'H, manque de base légale et violation de la loi en matière civile, jcp 1948,- I - 720.
- Jules LE CLEC'H, moyen de forme et Moyen de fond devant la cour de cassation, jcp, 1947, I , 634.
- Jules LE CLEC'H , moyens et arguments devant la cour de cassation,jcp , I, 1951,N 939.
- Leila HAMDAN, le modèle de référence du code civil algérien, RASJEP , N02/1993,Alger1993 .
- Léopold MORGENTHAL, la notion de subordination, le fait et le droit, rec.de travaux du centre national de recherches logiques, EEB, BRUXELLES, 1961.
- Méлина DOUCHY-OUDOT, la loyauté procédurale en matière civile, Gazett .déc 2009 .
- Mitchell LESSER, les récentes modifications du processus de décision à la cour de cassation, RTDciv .4.oct/déc.2006 .
- Michel MAHIEU, la cour de cassation et le droit international, évolution récente, mélanges Philippe GERARD, BRUYLANT, BRUXELLES 2002 .
- Nathalie Fricero, L'excès de pouvoir en procédure civile, Revue Générale des Procédures, 1998, n° 1.
- Pascal PUIG, hiérarchie des normes :du système au principe, RTDciv .4. oct. déc. 2001 .
- Paul FORIERS, la distinction du fait et du droit devant la cour de cassation de Belgique ,le fait et le droit,rec.de travaux du centre national de recherches logiques, EEB, BRUXELLES,1961 .

- Pierre BELLET, grandeurs et servitude de la cour de cassation, revue internationale de droit comparé ,1980 .
- Pierre HEBRAUD, aggiornamento de la cour de cassation, rec.Dalloz 1979 ,n32, chro .
- Pierre HEBRAUD, rapport introductif, in la logique judiciaire ;5^e colloque des institues d'études judiciaires ,P.U.F .paris 1969 .
- Phocion FRANCESCAKIS, la loi étrangère à la cour de cassation, Recueil Dalloz.1963, Chro .
- Raymond Lindon, de deux innovations en matière de procédure civile, Jcp 1973. I.2527.n 9 et s.
- Raymond MARTAIN, le fait et le droit ou les parties et le juge, jcp, 1974, I, n 2625.
- Raymond MARTIN, sur la notion de moyen , jcp, I , 1976,2768.
- René DEKKERS, le fait et le droit, problèmes qu'ils posent , rec.de travaux du centre national de recherches logiques,EEB,BRUXELLES,1961.
- Thierry LE BARS, la théorie du fait constant, jcp, 1999,I,178, P1971.
- Thierry TAURAN, les distinctions en droit privé, RRJ2000. II .
- Yvette LOBIN, les réformes de la cour de cassation , Mélanges : Audinet, André , Paris : Publication de l'Université d'Aix-en-Provence. Faculté de droit et des sciences économiques, 1968 .

04-internet :

- Anaïs Simon ; la preuve de la loi étrangère dans la procès civile, du fait ou du droit ,www.m2bde.u-paris10.fr,24/04/2009 .
- Chimen chrystelle AKEUBANG YEFFOU, le traitement de la loi étrangère en matière de statut personnel , mémoire DEA en droit privé , université de Yaoundi,2006, www.memoireonline.com .
- Dominique FOUSSARD,le manque de base légale, www.courdecassation.fr.
- Habib Hadati, LE POUVOIR UNIFICATEUR DE LA COUR DE CASSATION LIBANAISE : MYTHE OU REALITE ?, www.cedroma.usj.edu.lb/pdf .
- HOUNBARA KAOSIRI Léon, le recours en révision ,mémoire DEA,Université de NGAOUDERE ,CAMEROUN, 2008,www.memoireonline.com.
- Jacques ENGLEBERT , LE RÉFÉRÉ JUDICIAIRE : PRINCIPES ET QUESTIONS DE PROCÉDURE, www.procedurecivile.be/pdf.
- Jacques Foyer, LA Fonction Juridictionnelle de la cour de cassation, www.cedroma.usj.edu.lb/pdf
- Jean-Pierre Ancel , le juge français et la mise en œuvre du droit étranger ,www.courdecassation.fr
- Jean-Pierre Ancel , le manque de base légale , Bulletin d'information 1er avril 2010. N719 ,www.courdecassation.fr
- Jean-Pierre DINTILHAC ,le traitement des pourvoi en cassation, www.coursupreme.dz/chine/b.pdf

- Natalie Fricéro, la détermination de la voie de recours ouverte en cas d'excès de pouvoir à propos des ordonnances du conseiller de la mise en état , www.courdecassation.fr
- Nestor DAKO, contrôle de légalité et régulation du droit , www.ahjucaf.org : consulte le 20/12/2010 .
- Vincent DELAPORTE, le contrôle de l'irrecevabilité des moyens nouveaux devant la cour de cassation, l'affaire DULAURANS, 21/03/2000, www.credho.org , 21/10/2010,20h00.

الفهرس

01	المقدمة
14	الباب الأول : حدود الرقابة من خلال إشكالية التمييز بين الواقع والقانون
17	الفصل الأول: التمييز بين الواقع والقانون ودوره في تحديد نطاق الرقابة
19	المبحث الأول : مدى ضرورة التمييز بين الواقع والقانون لتحديد نطاق الرقابة
20	المطلب الأول : محاولة الفقه إيجاد معيار دقيق للفصل بين مسائل الواقع والقانون
21	الفرع الأول : التمييز بين الواقع والقانون من خلال تتبع نشاط القاضي عبر مراحل الدعوى
21	أولاً: عرض النظرية
23	ثانياً : نقد النظرية
23	الفرع الثاني : التمييز بين الواقع والقانون من خلال بنية القاعدة القانونية
24	أولاً : عرض النظرية
28	ثانياً : نقد النظرية
31	الفرع الثالث : التمييز بين الواقع والقانون من خلال حجم الرقابة الممارسة من جهة النقض
31	أولاً : عرض النظرية
32	ثانياً : نقد النظرية
33	الفرع الرابع : التمييز بين الواقع والقانون من خلال درجة العمومية للمسألة المعروضة على القاضي
35	المطلب الثاني : فشل الوصول إلى إيجاد معيار دقيق أدى إلى انقسام الفقه حول جدوى التمييز وإمكانيته
35	الفرع الأول : فكرة التمييز بين الواقع والقانون لا تصلح معياراً لتحديد نطاق رقابة المحكمة العليا
41	الفرع الثاني : التمييز بين الواقع والقانون فكرة ممكنة ومجدية
48	الفرع الثالث : موقف المحكمة العليا من مسألة مدى صلاحية التمييز بين الواقع والقانون كأساس لتحديد نطاق رقابة المحكمة العليا على قاضي الموضوع
52	المبحث الثاني : النتائج المترتبة على التمييز بين الواقع والقانون
57	المطلب الأول : عدم جواز طرح أوجه . وسائل . قانونية جديدة
57	الفرع الأول : تحديد المقصود بالأوجه القانونية الجديدة
57	أولاً: تحديد معنى الوجه . الوسيلة . من خلال تمييزه عن بعض المصطلحات المشابهة
65	ثانياً : تعريف الوسيلة القانونية الجديدة التي يحظر قبولها من طرف المحكمة العليا
77	الفرع الثاني : أشكال جدة الوسيلة وإثباتها
77	أولاً: أشكال جدة الوسيلة
85	ثانياً : كيفية إثبات أن الوسيلة المثارة جديدة
89	المطلب الثاني : الاستثناء: الوسائل الجديدة المقبولة
89	الفرع الأول : الوسائل . الأوجه . القانونية المحضة

90	أولاً: تعريف الوسائل القانونية المحضنة وتبرير قبولها أمام المحكمة العليا
95	ثانياً : شروط قبول الوسيلة القانونية المحضنة
100	ثالثاً : الوسيلة المتعلقة بالنظام العام صورة من صور الوسيلة القانونية المحضنة
106	رابعاً : سلطة المحكمة العليا في إثارة الوسيلة القانونية المحضنة
110	الفرع الثاني : الوسائل . الأوجه . الناتجة عن الحكم أو القرار المطعون فيه
110	أولاً: مفهوم الوسيلة الناتجة عن الحكم أو القرار المطعون فيه
113	ثانياً: الحالات التي يجوز فيها الدفع بالوسيلة الناشئة عن الحكم أو القرار المطعون فيه
117	الفصل الثاني : الحد الأقصى من الرقابة: مسائل القانون
118	المبحث الأول : تحديد المقصود بالقاعدة القانونية الخاضعة للرقابة
120	المطلب الأول : القاعدة القانونية الداخلية
122	الفرع الأول : القاعدة القانونية الداخلية المكتوبة . التشريع .
123	أولاً : التشريع الأساسي . الدستور .
129	ثانياً : التشريع العادي
136	ثالثاً : التشريع الفرعي
140	الفرع الثاني : القاعدة القانونية الداخلية غير المكتوبة
140	أولاً: مبادئ الشريعة الإسلامية
147	ثانياً : قواعد العرف
155	ثالثاً : مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة
158	المطلب الثاني : القاعدة القانونية ذات العنصر الأجنبي
158	الفرع الأول : القانون الأجنبي
159	أولاً : دور القاضي الوطني إزاء قاعدة التنازع
165	ثانياً: دور القاضي الوطني في إثبات القانون الأجنبي
169	ثالثاً : نطاق الرقابة على تطبيق وتفسير القانون الأجنبي
174	الفرع الثاني : المعاهدات الدولية
175	أولاً: إجراءات سريان المعاهدة الدولية و مكانتها في النظام القانوني
178	ثانياً : الرقابة القضائية على المعاهدات الدولية
185	المبحث الثاني : تطبيقات الرقابة على نشاط القاضي المدني المتصل بمسائل القانون
186	المطلب الأول : رقابة التكييف القانوني للوقائع
187	الفرع الأول : تعريف التكييف
190	الفرع الثاني : رقابة التكييف من خلال رأي الفقه
191	أولاً : نظريات الرقابة الحصرية للتكييف
199	ثانياً : نظرية الرقابة العامة للتكييف
204	الفرع الثالث : موقف قضاء النقض من مسألة الرقابة على التكييف
205	أولاً : موقف محكمة النقض الفرنسية من الرقابة على التكييف

213	ثانيا :موقف محكمة النقض المصرية من الرقابة على التكيف
217	ثالثا : موقف المحكمة العليا من الرقابة على التكيف
226	المطلب الثاني : الرقابة على استخراج القاضي المدني للآثار القانونية
226	الفرع الأول : الحلول القانونية الملزمة للقاضي بقوة القانون
226	أولا : الحل القانوني المفروض على القاضي يتمثل في قاعدة قانونية واضحة
229	ثانيا : الحل القانوني المفروض على القاضي يتمثل في قاعدة قانونية تحتاج إلى تفسير
238	الفرع الثاني : الحلول القانونية المتروكة لسلطة القاضي التقديرية
238	أولا : تحديد مضمون الحلول القانونية المتروكة لسلطة قاضي الموضوع التقديرية
240	ثانيا : سلطة قضاء النقض في الرقابة على تقدير قاضي الموضوع للحل المتروك لسلطته
243	الفصل الثالث : المحكمة العليا ومسائل الواقع . الحد الأدنى من الرقابة .
243	المبحث الأول : مدى رقابة المحكمة العليا على عمل القاضي المدني المتصل بمسائل الواقع
243	المطلب الأول : عمل القاضي المدني المتصل بمسائل الواقع
244	الفرع الأول : عمل القاضي المدني في مرحلة تحصيل الواقع
244	أولا : المقصود بتحصيل الواقع
247	ثانيا : كيفية ممارسة القاضي لعمله المتعلق بتحصيل الواقع
258	الفرع الثاني : عمل القاضي المدني في مرحلة فهم الواقع
259	أولا : سلطة القاضي المدني في فهم أساس الإدعاء
265	ثانيا : سلطة القاضي المدني في فهم أدلة الإثبات
279	المطلب الثاني : تدخل المحكمة العليا للحد من نفوذ القاضي المدني في ميدان الواقع
280	الفرع الأول : الرقابة على احترام مبدأ الوجاهية
284	الفرع الثاني : الرقابة على احترام مبدأ الحياد
287	الفرع الثالث : الرقابة على احترام مبدأ امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي
291	الفرع الرابع : الرقابة على احترام مبدأ العلانية
293	الفرع الخامس : الرقابة على احترام مبدأ النزاهة الإجرائية
298	الفرع السادس : الرقابة على احترام قواعد الإثبات
299	المبحث الثاني : سلطة المحكمة العليا في الفصل في موضوع الدعوى
301	المطلب الأول : مبررات منح المحكمة العليا سلطة الفصل في الموضوع
301	الفرع الأول : تطويع المحكمة العليا من أجل تحقيق الاقتصاد في الخصومة
307	الفرع الثاني : تأثير المشرع في إعطاءه المحكمة العليا سلطة الفصل في موضوع الدعوى بالتشريعات المقارنة
311	المطلب الثاني : مفهوم الفصل في الموضوع من طرف المحكمة العليا وحالات تطبيقه
311	الفرع الأول : مفهوم الفصل في الموضوع من طرف المحكمة العليا
315	الفرع الثاني : حالات الفصل في الموضوع من طرف المحكمة العليا
315	أولا : السلطة الجوازية للمحكمة العليا في الفصل في الموضوع

317	ثانيا : السلطة الإلزامية للمحكمة العليا في الفصل في الموضوع
318	المطلب الثالث : كيفية ممارسة المحكمة العليا لسلطتها في الفصل في الموضوع
318	الفرع الأول : تحديد كيفية تطبيق المحكمة العليا لنص المادة 374 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية
319	أولا : الحل المقترح من طرف المحكمة العليا بمناسبة أول تطبيق لها لنص المادة 374 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية
320	ثانيا : الحل الذي نادى بالأخذ به عند تطبيق المادة 374 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية
327	الفرع الثاني : الإشكالات العملية التي يمكن أن تثار بمناسبة ممارسة المحكمة العليا لسلطتها في الفصل في الموضوع
327	أولا : مدى قبول الإخخال في الخصومة أمام المحكمة العليا بوصفها محكمة موضوع
330	ثانيا : مدى سلطة المحكمة العليا في الفصل في الموضوع في حالة النقض الثالث المؤسس على مخالفة قواعد الاختصاص
331	ثالثا : الجزاء على عدم قيام المحكمة العليا بالفصل في الموضوع في حالة النقض بمناسبة الطعن الثالث
333	رابعا : آثار قرار المحكمة العليا الفاصل في الموضوع على الغير
337	الباب الثاني : حدود الرقابة من خلال أوجه الطعن بالنقض
352	الفصل الأول : أوجه النقض المتصلة بمسائل القانون
352	المبحث الأول : أوجه النقض المتعلقة بمخالفة مسائل قانونية إجرائية . المراقبة التنظيمية .
353	المطلب الأول : العيوب المتعلقة بمخالفة أو إغفال مقتضيات الجوهرية في العمل الإجرائي
355	الفرع الأول : العمل الإجرائي ومقتضياته
355	أولا : تعريف العمل الإجرائي
356	ثانيا : مقتضيات العمل الإجرائي
369	الفرع الثاني : العيوب الجوهرية التي تلحق العمل الإجرائي . العيوب الإجرائية المستدعية للنقض -
369	أولا : العيب المستدعي للنقض هو العيب الذي يلحق بالعمل الإجرائي الجوهري
376	ثانيا : بعض الصور العملية للعيوب الإجرائية المسببة للنقض
398	المطلب الثاني : قواعد الاختصاص النوعي
399	الفرع الأول : قواعد الاختصاص النوعي
400	أولا : توزيع الاختصاص النوعي على أساس طبيعة موضوع الدعوى
413	ثانيا : طبيعة الاختصاص النوعي
416	الفرع الثاني : قواعد الاختصاص الإقليمي
417	أولا : معايير توزيع الاختصاص إقليميا بين المحاكم
419	ثانيا : طبيعة قواعد الاختصاص الإقليمي
421	المبحث الثاني : أوجه النقض المتعلقة بمخالفة مسائل قانونية غير إجرائية

422	المطلب الأول : مخالفة القاعدة القانونية الموضوعية . مخالفة القانون .
425	الفرع الأول : خرق القانون
425	أولا : تعريف عيب خرق القانون
427	ثانيا : أسباب وقوع قضاة الموضوع في عيب خرق القانون
431	الفرع الثاني : الخطأ في تطبيق القانون
435	الفرع الثالث : الخطأ في تفسير القانون
440	المطلب الثاني : تجاوز قاضي الموضوع لحد سلطته
441	الفرع الأول : تحديد مفهوم تجاوز السلطة
441	أولا : تعريف عيب تجاوز السلطة
446	ثانيا : ذاتية واستقلال عيب تجاوز السلطة عن عيوب النقض الأخرى
450	الفرع الثاني : صور تجاوز السلطة من خلال تطبيقات قضاء النقض
450	أولا : تجاوز نطاق الدعوى من حيث موضوعها
451	ثانيا : خرق مبدأ المواجهة
452	ثالثا : الحلول محل المشرع أو محل الإدارة أو التخلي عن سلطته لصالح الإدارة
453	رابعا : توقيف تنفيذ الأحكام النهائية بدون مقتضى قانوني
453	خامسا : القضاء بما لم يطلب أو بأكثر مما طلب
455	سادسا : السهو عن الفصل في أحد الطلبات الأصلية
457	المطلب الثالث : التناقض بين الأحكام القضائية
460	الفرع الأول : شروط قيام المخالفة
460	أولا : التناقض
462	ثانيا : وحدة عناصر الدعوى في الأحكام المتناقضة
464	ثالثا : الأحكام المتناقضة أحكام فاصلة في الموضوع
465	رابعا : وجوب التمسك بالحجية من طرف الطاعن أمام الجهة التي أصدرت الحكم الأخير
466	الفرع الثاني : إزالة التناقض من طرف المحكمة العليا
466	أولا : نطاق عرض وجه الطعن أمام المحكمة العليا
470	ثانيا : كيفية التصدي للتناقض من طرف المحكمة العليا
473	الفصل الثاني : أوجه النقض المتصلة بمسائل الواقع - الأوجه المأخوذة من أخطاء في التسبيب -
478	المبحث الأول : أوجه النقض المأخوذة من انعدام الأسباب
479	المطلب الأول : مفهوم عيب انعدام الأسباب
479	الفرع الأول : تعريف عيب انعدام الأسباب و إبراز خصائصه
480	أولا : تعريف عيب انعدام الأسباب
482	ثانيا : خصائص عيب انعدام الأسباب
486	الفرع الثاني : ذاتية عيب انعدام الأسباب
486	أولا : التمييز بين عيب انعدام الأسباب وبين عيب مخالفة القانون

489	ثانيا : التمييز بين عيب انعدام الأسباب وبين عيب مخالفة القواعد الجوهرية في الإجراءات
490	ثالثا : التمييز بين عيب انعدام الأسباب وبين عيب إغفال الفصل في الطلبات
491	المطلب الثاني : صور عيب انعدام الأسباب
493	الفرع الأول : الانعدام الكلي للأسباب
497	الفرع الثاني : القصور في التسبيب
498	أولا : عدم تضمن الأسباب ردودا كافية لما تم عرضه من طرف الخصوم
510	ثانيا : تناقض الأسباب
517	المبحث الثاني : عيب انعدام الأساس القانوني
518	المطلب الأول : الإطار النظري لعيب انعدام الأساس القانوني
518	الفرع الأول : مفهوم انعدام الأساس القانوني
518	أولا : ظروف ظهور عيب انعدام الأساس القانوني
521	ثانيا : تعريف عيب انعدام الأساس القانوني
525	ثالثا : محاولة إيجاد مفهوم واسع لعيب انعدام الأساس القانوني
527	الفرع الثاني : تمييز عيب انعدام الأساس القانوني عن بعض العيوب المشابهة له
528	أولا : التمييز بين عيب انعدام الأساس القانوني وعيب مخالفة القانون
532	ثانيا : التمييز بين عيب انعدام الأساس القانوني وعيب انعدام الأسباب
536	ثالثا : التمييز بين عيب انعدام الأساس القانوني وعيب زوال الأساس القانوني
537	المطلب الثاني : أعمال رقابة النقص المستندة لعيب انعدام الأساس القانوني
537	الفرع الأول : تحديد نطاق عيب انعدام الأساس القانوني
537	أولا : معايير تحديد نطاق عيب انعدام الأساس القانوني
544	ثانيا : النتائج المترتبة على معايير تحديد نطاق عيب انعدام الأساس القانوني
549	الفرع الثاني : الحالات التطبيقية لعيب انعدام الأساس القانوني
550	أولا: حالات الفقيه Faye
553	ثانيا: حالات الفقيه Boré
558	المبحث الثالث : التحريف الواضح لوثيقة معتمدة في الحكم أو القرار المطعون فيه
558	المطلب الأول : مفهوم التحريف
559	الفرع الأول : تعريف التحريف وتمييزه عن غيره من المفاهيم المشابهة
559	أولا : تعريف التحريف
559	ثانيا : تمييز عيب التحريف عن غيره من العيوب المشابهة له
562	الفرع الثاني : أشكال التحريف و شروط قبول إثارته
562	أولا : أشكال التحريف
564	ثانيا : شروط قبول إثارة عيب التحريف
568	المطلب الثاني : تأصيل عيب التحريف
568	الفرع الأول : ظهور رقابة التحريف

572	الفرع الثاني : معيار التحريف وأساسه القانوني
572	أولاً : الوضوح والغموض المعيار المعول عليه من طرف قضاء النقض
577	ثانياً : الأساس القانوني لرقابة التحريف
582	الخاتمة
600	قائمة المراجع
627	الفهرس