

الاتحاد الوطني لمنظمات المحامين

مِنظَمَةُ الْمُحَامِلِينَ لِلسَّاحِلِ اَلشَّرْقِيِّ



مَجَلَّةُ الْمُحَامِلِينَ

عدد: 29 / ديسمبر 2017

مجلة دورية تصدر عن منظمة المحامين سطييف

في هذا العدد:

- توصيات الجمعية العامة للاتحاد الوطني لمنظمات المحامين.
- بحوث و دراسات :
 - < إصلاح نظام محكمة الجنايات.
 - < أي دور لمحكمة الجنايات الاستئنافية في ظل القانون 07-17.
 - < Parasitisme Economique.
- اجتهادات قضائية للمحكمة العليا.

مجلة المحامي

تصدر كل ستة أشهر
عن منظمة المحامين لناحية سطيف

هاتف/فاكس: 036.82.13.86

الموقع على الويب: www.avocat-setif.org

البريد الإلكتروني: ordre.setif@gmail.com

رقم الايداع: 2909/2005

مدير المجلة

النقيب أحمد ساعي

batonnier_setif@yahoo.fr

رئيس التحرير

أ. قرمادي لامية

L.karmedi_avocate@yahoo.com

الاعخراج الفني و حجز

الصيد لخضر

محتويات العنصر

- 05 كلمة رئيس التحرير
- 06 محامون متوفون
- 08 قرار استدعاء الجمعية العامة السنوية العادية
- 09 يوم دراسي حول الصفقات العمومية
- 10 مسابقة لأحسن مرافعة
- 11 توصيات الجمعية العامة للإتحاد الوطني لمنظمات المحامين
- 13 كلمة ممثل وزير العدل حافظ الاختتام بمناسبة اشغال الجمعية العامة للإتحاد
- 19 اصلاح نظام محكمة الجنايات
- 50 الاجراءات التحضيرية لمحكمة الجنايات
- 56 الطعن بالمعارضة و الاستئناف في احكام محكمة الجنايات
- 71 أي دور لمحكمة الجنايات الاستئنافية في ظل القانون 07.17
- 100 تعليق على قرار المحكمة العليا
- 113 الحلول البديلة لفض المنازعات بغير الطريق القانوني
- 171 التسوية القضائية للمنازعات العامة في مجال الضمان الاجتماعي
- 186 من اجتهادات المحكمة العليا
- 222 أهم النشرات في الجريدة الرسمية
- 10 Le Cheque sans provision
- 01 Parasitisme Economique

زملاء فقدانهم، ينبغي تذكرهم "عام 2017"

مهدي هجرسي

تاريخ و مكان الإزدياد: 1939 / 10 / 20 حمام الضلعة



العنوان: برج بوعريريج

تاريخ التسجيل: 1989 / 10 / 26

تاريخ أداء اليمين: 1989 / 11 / 08

تاريخ الوفاة: 2017 / 02 / 20

شاوي الطاهر

تاريخ و مكان الإزدياد: 1985 / 08 / 01 سيدي عيسى



العنوان: سيدي عيسى

تاريخ التسجيل: 2011 / 10 / 06

تاريخ أداء اليمين: 2013 / 11 / 30

تاريخ الوفاة: 2017 / 06 / 26

لبري سفيان

تاريخ و مكان الإزدياد: 1983 / 11 / 07 وهران



العنوان: سطيف

تاريخ التسجيل: 2014 / 11 / 15

تاريخ أداء اليمين: 2014 / 12 / 08

تاريخ الوفاة: 2017 / 06 / 26

برحال ابراهيم

تاريخ و مكان الإزدياد: 1945 / 11 / 10 جميلة



العنوان: العلمة

تاريخ التسجيل: 1993 / 12 / 02

تاريخ أداء اليمين: 1993 / 12 / 07

تاريخ الوفاة: 2018 / 01 / 01

رحمهم الله برحمته الواسعة

قرار باستدعاء الجمعية العامة السنوية العادية

- ان نقيب منظمة المحامين لناحية سطيف.

- بناء على المادة 87 من قانون تنظيم المهنة.

يقرر

استدعاء الجمعية العامة السنوية العادية يوم السبت 17 / 02 / 2018 على الساعة

08 صباحا بنادي المحامين بسطيف.

جدول الأعمال

- التقرير الأدبي.

- التقرير المالي.

- نقاط مختلفة.

- كل زميل أو زميلة يرغب في طرح مشروع مداولة عليه أن يقدمها لأمانة المنظمة

15 يوما قبل تاريخ انعقاد الجمعية العامة.

ملاحظات

1- ان الحضور الجسدي بالأغلبية المطلقة ضروري لانعقاد الجمعية العامة (المادة

88 من قانون تنظيم المهنة) و لا تقبل الوكالات لاكتمال النصاب.

2- ان الجمعية العامة تعتبر حدث هام بالنسبة للمحامي و ان حضورها واجب

مهني أكيد و أن أي غياب غير مبرر يعرض صاحبه للمساءلة و يتم توقيع الحضور على ورقة

الحضور المعدة لذلك.

نقيب المحامين
أ. أحمد ساعي



الاتحاد الوطني لمنظمات المحامين
منظمة المحامين سطيف قصر العدالة

هاتف / فاكس: 036.82.13.86

www.avocat-setif.org

ordre.setif@gmail.com



سطيف يوم: 2018/01/22

يوم دراسي حول الصفقات العمومية

- ليكن في علم جميع الزميلات و الزملاء المحامين أن منظمة المحامين لناحية سطيف و ولاية سطيف و مجلس قضاء سطيف والمحكمة الادارية بسطيف، ينظمون يوما دراسيا يوم السبت 2018/02/10 بنادي المحامين بسطيف، حول موضوع: الصفقات العمومية، يحضره محامون وقضاة واداريون ومقاولون.

- على الزميلات و الزملاء الراغبين في المشاركة في هذا اليوم الدراسي تسجيل أسمائهم في أمانة المنظمة أو المندوبيات مع تسديد مبلغ 1000.00 دج حقوق المشاركة.

آخر أجل للتسجيل هو: 04 فيفري 2018.

نقيب المحامين
أحمد ساعي



منظمة المحامين لتأدية المهام بسطيف

تنظم

مسابقة سنوية لأحسن مرافعة و ذلك في اطار الاحتفال

باليوم الوطني للمحامي المصادف لـ 23 مارس من كل سنة، و تكون على مرحلتين:

المرحلة الثانية

شروط المحاكمة العادلة

- تقام بنادي المحامين بسطيف.
- يودع المترشحون للمرحلة الثانية نص المرافعة بأمانة المنظمة في قرص مضغوط (CD) و في أجل أقصاه 2018/03/15.
- تجرى المسابقة النهائية لاختيار أحسن مرافعة في تاريخ لاحق سوف يتم تحديده.

المرحلة الأولى

حقوق المحامي في ظل قانون الاجراءات الجزائية (الأمر 02-15) و الدستور الجديد

- تتم المسابقة على مستوى مندوبيات سطيف - برج بوعرييج - المسيلة.
- يقدم طلب الترشيح على مستوى أمانة المندوبيات السالفة الذكر زائد نص المرافعة في قرص مضغوط (CD).
- يحدد تاريخ 2018/02/08 كأخر أجل لايداع طلب الترشيح و نص المرافعة.
- تجرى مسابقة المرحلة الأولى بتاريخ: 2018/02/24.
- يتم اختيار الفائزون الأوائل للمشاركة في المرحلة الثانية.

شروط المشاركة:

- المسابقة خاصة بالمحامين التابعين لمجلس قضاء سطيف و برج بوعرييج و المسيلة فقط.
- ألا يتجاوز سن المحامي المشترك 35 سنة.
- ألا يكون معتمدا لدى المحكمة العليا.



توصيات الجمعية العامة للاتحاد

المنعقدة بسيدي بلعباس يوم 2017/12/23

- ان الجمعية العامة للاتحاد المنعقدة يوم 2017/12/23 بدار المحامي سيدي بلعباس.
- بناء على المواد 108-109-110-111-112-113 من القانون 07/13 المؤرخ في 29/10/2013 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة.
- بناء على المواد 123-124-125 من النظام الداخلي لمهنة المحاماة.
- بعد اكتمال النصاب القانوني وفقا للمادة 112 من القانون 07/13.
- بعد الاستماع إلى التقرير الأدبي الذي تم عرضه من طرف السيد رئيس الاتحاد و المصادقة عليه بأغلبية الأصوات للأعضاء الحاضرين.
- و بعد الاستماع إلى التقرير المالي الذي تم عرضه من طرف السيد أمين المال للاتحاد الاستاذ براهيم صالحي نقيب منظمة تيزي وزو، و المصادقة عليه بأغلبية الأصوات للأعضاء الحاضرين.
- بعد الاستماع إلى تدخلات أعضاء الجمعية العامة للاتحاد، تم تشكيل لجنة توصيات يرأسها نقيب منظمة محامين سيدي بلعباس الاستاذ عثمان محمد و المقرر مندوب نقيب منظمة سعيدة الاستاذ ملياني عبد القادر، و تم تمثيل كل منظمة حاضرة بعضو واحد من أعضائها.

- بعد التشاور في سرية بين أعضاء اللجنة، فقد تم الاتفاق على التوصيات التالية و التي تم عرضها على الجمعية العامة و صادقت عليها بالأغلبية:

أولاً: إيجاد معايير و آليات لضبط تطبيق النص الوارد في قانون المالية لسنة 2018.

ثانياً: المطالبة باجبارية حضور المحامي في جميع القضايا أمام كافة الهيئات القضائية و أمام الضبطية القضائية قبل البدء في أي اجراء تحت طائلة بطلان الاجراءات.

ثالثاً: المطالبة باعادة النظر في المثل الفوري و ذلك بتخصيص قاضي ينظر في الحريات فقط.

رابعاً: تجميد الانتساب الى مهنة المحاماة الى حين انشاء المدارس الجهوية المنصوص عليها في القانون 07 / 13.

خامساً: مراجعة جميع الاقتراحات الخاصة بتعديل القانون المنظم للمهنة و ذلك بعرضه على القاعدة.

سادساً: ضرورة انشاء هيئة عليا لأخلاقيات المهنة.

سابعاً: السعي لانشاء مقر للاتحاد بالعاصمة.

ثامناً: المطالبة بالرجوع الى نظام اقتطاع الضريبة من المنبع.

مستخرج من الأصل

مقرر اللجنة
الاستاذ ملياني عبد القادر

رئيس اللجنة
النقيب عثمان محمد

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة العدل

كلمة ممثل معالي وزير العدل حافظ الأختام

بمناسبة أشغال الجمعية العامة للاتحاد

سيدي بلعباس 2017/12 /23



المفتش العام بوزارة العدل

الطيب بن هاشم

بسم الله الرحمن الرحيم

والصلاة والسلام على رسوله الكريم

السيدات والسادة، ايها الحضور الكريم:

يسعدني في البداية ان احيي المشاركين في هذه الجمعية العامة والحاضرين

معهم، وأن أوجه شكري وتقديري إلى كل من هيا لها أسباب الانعقاد،

ويطيب لي في هذا المقام أن أنقل لكم التحية الصادقة من معالي وزير العدل

حافظ الأختام و رجاءه لكم بالنجاح و التوفيق فيما تناشدونه من مقاصد وما

ترمون له من أهداف كما يشكركم على الدعوة الكريمة التي وجهتموها له وقد

أنابني للحديث معكم في هذه المناسبة الطيبة و إنني بدوري أغتمها لأوجه تحياتي

الخالصة إلى جميع أعضاء أسرة الدفاع في الوطن الذين هم جزء لا يتجزأ من منظومة العدالة الجزائرية، وأعرب عن تقديرنا لما تبذله في نطاق اختصاصها من الجهد و المثابرة للارتقاء بهذه المهنة النبيلة، وخدمة العدالة وفي مواكبة ومؤازرة الاصلاحات العميقة التي تعرفها،

أيها السيدات،

أيها السادة،

لا مرأى في أن الاعتراف بحق الدفاع في الدستور و النص في هذه الوثيقة السامية على استفادة المحامي من الضمانات القانونية التي تكفل له الحماية من كل أشكال الضغوط و توفر له إمكانية ممارسة مهنته بكل حرية في إطار القانون هي ضمانات إضافية تعزز الثقة في المستقبل وتدعو إلى المزيد من التفاؤل لا سيما وأنها جاءت ضمن الأحكام الدستورية المعززة لاستقلالية السلطة القضائية و الضمانات الدستورية الأخرى المتعلقة بالحقوق و الحريات الأساسية و حقوق الإنسان كمنظومة متكاملة ترمي إلى تحقيق الغايات الإنسانية السامية و في مقدمتها الحرية و العدالة و الكرامة الإنسانية،

ومن الأهمية بمكان الإشارة في هذا السياق إلى ما ترتبه هذه المبادئ الدستورية المتطورة من تأصيل لحالة التلازم بين الحكومة الرشيدة و ما يتعين أن يواكبها من توسع في حقوق الناس و خياراتهم و سواستهم أمام القانون و وجوب نفاذه بإنصاف و كفاءة،

إن من عناصر الشرعية التي تتجسد من خلال القبول الحقيقي من المواطنين واحترامهم بما يتخذ من الإجراءات و القرارات لا تقوم فقط على

المؤسسات العادلة و القوانين المجردة رغم أهميتها، وإنما تقوم كذلك من خلال ملاصقة الواقع و الاستماع إلى أحاسيس الناس و شعورهم بحقيقة وجود العدالة من عدمها،

وهنا و في هذا المقام بالذات تبرز أهمية المحامي الذي يعيش في كنف المجتمع و في ثنايا العمل العام، و تملي عليه روح المسؤولية و طبيعة مهنته أن يكون على خط الدفاع المتقدم مع كل مواطن ضد كل ما يمتثل أن يصيبه من حيف أو جور فيأخذ بيده و يتأسس للدفاع عنه بسلاح النزاهة و الضمير الحي قبل أي وازع آخر.

وبذلك يصبح المحامي مساهما أساسيا في خدمة العدالة و في إرساء دولة القانون، و قد نوه فخامة رئيس الجمهورية بهذه المهمة السامية حين قال إن المحاماة و إن كانت مهنة حرة و مستقلة إلا أنها تظل جزءا لا يتجزأ من الأسرة القضائية لأن المحامي هو أجدر الناس بالدفاع عن الحقوق الأساسية للمواطن و نصرته في استرجاع حقوقه المهضومة من أي كان و مهما كان، فلا أحد مهما كان عنوانه و سماته يعلو على الحق أو يستهين به، و بهذا فقط يساهم المحامون في إرساء دولة الحق و رضوخ الجميع لسلطان القانون،

أيتها السيدات

أيها السادة،

قبل سنتين بالضبط صدر القرار المتضمن الموافقة على النظام الداخلي لمهنة المحاماة الذي جاء ليوضح قواعد تطبيق قانون تنظيم مهنة المحاماة و يضمن ملائمتها مع اخلاقيات المهنة و تقاليدھا و اعرافھا و اهدافھا.

وقبل هذا كان قانون تنظيم هذه المهنة قد صدر في 29 أكتوبر 2013 أي بعد مضي ثلاثة عشر سنة على الشروع في تطبيق الإصلاح الشامل لقطاع العدالة، وقد صدر كما هو معلوم بناء على ما أوصت به اللجنة الوطنية لإصلاح العدالة و استجابة كذلك لرغبة المحامين الذين سبق وأن فسح المجال أمامهم لإثراء مشروعه ومناقشة محتوياته بناء على التجربة السابقة ومعايشتهم للمهنة، وما كانوا يلاحظونه على القانون 04 /91 من المآخذ والسلبيات.

ولأن مضامين هذا القانون الحديث قد شكلت نقلة نوعية و استجابت لاقترحات و تطلعات هيئة الدفاع وهي متطابقة في مجملها مع المبادئ الدستورية السابقة الذكر، فإنه في تقديري مازال يصلح لتأطير هذه المهنة و الاستجابة لمقتضياتها، ويوفر للمحامين ما يوجب لهم من الاستقلالية و الحماية و الضمانات و التسهيلات المختلفة.

غير ان وزارة العدل ستظل مستعدة للاستمرار في التشاور و الحوار حول مختلف القضايا المتعلقة بهذه المهنة الشريفة و تزايد قدراتها و القيام بمهامها و بكفاءة و حرية و كرامة .

أيتها السيدات،

أيها السادة،

ومن الواجب اغتنام فرص التواجد هنا ب: سيدي بلعباس للتتويه بالدور المتنامي الذي تقوم به هذه الهيئة و مواكبتها لوتيرة الاصلاحات المختلفة التي عرفتها المنظومة القضائية.

ولقد سبق لمعالي وزير العدل حافظ الأختام في إطار اللقاءات التنسيقية مع النقباء أو في غيرها من المناسبات أن وقف على ما تحوز عليه من رصيد ومقدرة مهنية واستعداد للتقدم وتحقيق المزيد من النجاحات، ولم يدخر خلالها ما في الوضع من أجل إيجاد الحلول لانشغالات هذه الهيئة في نطاق ما هو منوط باختصاص وزارة العدل حيث تم التوصل من خلال هذه الاجتماعات إلى التكفل بأغلب الانشغالات التي من بينها الموافقة على النظام الداخلي للمهنة، هذه الوثيقة المهمة في رسم الإطار العام لأخلاقيات المهنة و تقاليدها وأهدافها والتي تساهم بالشكل المباشر في تعميم وترسيخ هذه المبادئ لدى المحامين الجدد وخاصة ما تعلق منها بالاستقلالية والاستقامة والوفاء والتجرد واللباقة، واعتماد جميع المحامين الذين تتوفر فيهم الشروط القانونية أمام المحكمة العليا ومجلس الدولة وإنشاء ثلاث نقابات جديدة وذلك نزولا عند رغبة الاتحاد الوطني لمنظمات المحامين وهي نقابات بسكرة وخنشلة وسعيدة الأمر الذي سينتقص من عناء تنقل المحامين لمسافات بعيدة ويضمن تقوية هيئة الدفاع بنقابات جديدة بالإضافة إلى تهيئة تطبيق المحامين لتمكينهم من سحب الأحكام والقرارات القضائية عن طريق الانترنت والترخيص للمحامين بعقد اجتماعاتهم الدورية وإلقاء محاضراتهم على مستوى المجالس القضائية.

كما تم تعديل قانون الإجراءات الجزائية وقانون العقوبات و صدور القانون المتعلق بعصرنة العدالة والقانون المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين من أجل تقوية الحقوق والحريات الأساسية وحقوق الدفاع.

وقد كلفني باغتنام هذه الفرصة لتهنئتكم بما تم تحقيقه من مكاسب من طرف نقاباتكم المهنية و نذكر بالخصوص دمغة المحاماة التي جاء بها قانون المالية لسنة 2018 و التي ستساهم مستقبلا بالتكفل الأمثل للخدمات الاجتماعية للمحامي.

و عموما فإن سنة الحوار و التواصل الدائم قد أفصحت عن إمكانيات هائلة لتوضيح الرؤى و تحديد المسؤوليات و التعاون في تذليل العقبات التي قد تتجلى من حين إلى حين.

ولقد ساهمت مثل هذه اللقاءات في تحديد مناطق المساهمة الموكول لهذه الفئة في الكثير من مستجدات الإصلاح التي تم اعتمادها في المجال القضائي وغيره و أزالت بعض وجوه اللبس في بعض القضايا كتلك المتعلقة بالعقوبات البديلة و المثول الفوري، حيث تم التحسيس أكثر فأكثر بدور المحامي في مرحلة التوقيف للنظر أمام الضبطية القضائية و ما يليها، و تبليغات مذكرات الطعن بالنقض و ميكانيزمات زيارة المحبوسين في المؤسسات العقابية و نطاق مساهمة المحامين في المراحل اللاحقة لإصلاح العدالة و غيرها،

ويؤكد لكم السيد معالي وزير العدل حافظ الأختام في الختام استعداده الدائم للحوار و الاستماع بثقة كاملة و بإيمان منه فيكم و في استعدادكم لخدمة العدالة و المصالح العليا للأمة.

أسأل الله لكم التوفيق و السلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته.

إصلاح نظام محكمة الجنايات

محاضرة ملقاة عن بعد من المحكمة العليا بتاريخ 20 سبتمبر 2017

للسيد مختار سيدهم رئيس الغرفة الجنائية

مقدمة

في اطار اصلاح العدالة وتماشيا مع المواثيق الدولية التي صادقت عليها الجزائر ومنها العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والذي تنص المادة 14 منه على حق الانسان في التقاضي على درجتين امام القضاء الجزائري كرس الدستور الجزائري الصادر عام 2016 هذا المبدأ في مادته 160 وهو ما جعل المشرع يقوم بتعديلات في قانون الاجراءات الجزائية لاصلاح نظام محكمة الجنايات والذي كان يجعل المحاكمة الجنائية على درجة واحدة فقط وتتميز بالاعتقال قبل ثبوت التهمة باصدار ما يسمى بالامر بالقبض الجسدي قبل المحاكمة في الجرائم الموصوفة جنائيات.

ان النظام الجديد رغم الزامه تسبيب الاحكام الجنائية على مستوى الدرجتين لكن الادانة او البراءة تبقى خاضعة لقناعة اعضاء المحكمة مع ابراز عناصر هذه القناعة في ورقة التسبيب الملحقة بورقة الاسئلة ولا يمكن لهذا التسبيب ان يعوض الاسئلة والاجوبة عنها علما بان الاغلبية في التشكيلة الجديدة هي للمحلفين 4 مقابل ثلاثة قضاة محترفين عكس ما كان الوضع عليه

في السابق وسنحاول في هذه الدراسة ابراز الفوارق بين النظامين القديم والجديد لمحكمة الجنايات.

إعداد قائمة المحلفين

لقد حافظ المشرع الجزائري على العنصر- الشعبي في محكمة الجنايات وذلك لأسباب تاريخية وسياسية فالقضاء يصدر احكامه باسم الشعب الجزائري وغياب العنصر الشعبي في ذلك يخالف هذا المبدأ فاذا كان التشريع مصادقا عليه من طرف ممثلي الشعب فان تطبيقه في المجال الجزائري يحتاج الى معارف قانونية يتولاها القضاة المحترفون من جهة والى تعبير عن راي الشعب في ذلك من جهة اخرى خاصة في المسائل الجنائية التي تعتبر من اخطر القضايا التي يفصل فيها القضاء بل ان هناك انظمة قضائية تخول المحلفين وحدهم اتخاذ القرار بالادانة او البراءة ويبقى للقضاة فقط تحديد العقوبة او النطق بالبراءة ومنها انجلترا وبلاد الغال-اسبانيا والولايات المتحدة الامريكية اما في بلجيكا فيتداول المحلفون وحدهم حول الادانة فاذا ثبتت يشاركون في تحديد العقوبة مع القضاة بينما توجد انظمة تجعل من المحلفين والقضاة تشكيلة لا تقبل التجزئة يشاركون كلهم في المداولة حول الادانة والعقوبة معا ومنها فرنسا- المانيا وايطاليا واذا كانت لكل نظام سلبيات وايجابيات فان المشرع الجزائري اختار النظام المزدوج مع جعل اغلبية الاعضاء من المحلفين 4 مقابل 3 قضاة.

اما كيفية اعداد قائمة المحلفين فهي كما يلي:

عدلت المادة 264 ق.ا.ج فنصت على تهيئة قائمتين من المحلفين، الاولى تخص محكمة الجنايات الابتدائية والثانية تتعلق بالمحكمة الجنائية الاستئنافية. تتكفل بتحضير هاتين القائمتين لجنة يرأسها رئيس المجلس القضائي وتحدد تشكيلتها بقرار من وزير العدل بعد ان كانت بمرسوم. كل قائمة تتضمن 24 محلفا منهم 12 أصليا و12 احتياطيا وتراعى في تسجيلهم الشروط القانونية أهمها عدم تعارض مهمتهم مع وظائفهم الاصلية كما تنص عليه المادة 263 ق.ا.ج. قبل انعقاد الجلسة بعشرة ايام على الاقل يقوم رئيس المجلس بسحب اسماء 12 محلفا اصليا وأربعة محلفين احتياطيين من كل قائمة في جلسة علنية وتبلغ القائمة للمتهم سواء في الدرجة الاولى او الثانية يومين على الاقل قبل انعقاد الجلسة.

تبليغ قرار الاحالة واستجواب المتهم

يبلغ قرار الاحالة للمتهم وفقا للمادة 200 ق.ا.ج فاذا لم يقع ذلك تعين القيام به في وقت لاحق قبل جدولة القضية في الدورة الجنائية حتى يحوز قوة الشيء المقضي. وقد نص المشرع في المادة 270 ق.ا.ج المعدلة والتي حلت محل المادة 271 الملغاة من نفس القانون على ان يقوم رئيس محكمة الجنايات الابتدائية او القاضي الذي يفوضه باستجواب المتهم المتابع بجناية عن هويته وهل بلغ بقرار الاحالة فان لم يكن قد بلغ به يسلم له نسخة منه ويكون لهذا التسليم اثر التبليغ ويطلب منه اختيار محام فان لم يختار محاميه عين له الرئيس محاميا بصورة

تلقائية. كما للمتهم بصفة استثنائية ان يعهد بالدفاع عنه لاحد اقاربه او اصدقائه وهو ما كان معمولا به سابقا.

اذا لم يكن المتهم المتابع بجناية قد بلغ بقرار الاحالة وقرر الطعن بالنقض فيه تعين سحب القضية من الدورة حتى الفصل في الطعن.

هذا بالنسبة للمتهم المحبوس اما بالنسبة للذي كان في حالة افرج فان رئيس المحكمة الجنائية يوجه اليه استدعاء لأجل استجوابه في عنوانه المعتاد فاذا لم يحضر يصدر ضده أمرا بالاحضار فان لم يجد ذلك نفعا يصدر ضده امرا بالقبض يكون ساري المفعول حتى الفصل في القضية وهذا وفقا للمادة 137 ق.1.ج المعدلة.

أما في مرحلة الاستئناف فيقتصر الاستجواب على وجود مدافع عن المتهم فان لم يكن هذا الاخير قد اختار محاميا يعين له رئيس المحكمة او من ينوب عنه محاميا بصورة تلقائية دون استجوابه عن تبليغ قرار الاحالة ونفس الشيء بعد النقض وفيما يخص الذي كان في حالة فرار فان تبليغه للاستجواب يكون وفقا للاجراءات المعمول بها للذي كان مفرجا عنه ما لم يكن هناك امر بالقبض ضده من قاضي التحقيق فلا يتم الاستجواب الا بعد القاء القبض عليه. علما بان اجراءات الاستجواب وتعيين المحامي تلقايا تكون بالنسبة للمتابع بجناية فقط وهو ما نصت عليه صراحة المادة 270 ق اج المعدلة. اما المتابع بجنحة فتتبع بشانه الاجراءات المعمول بها امام محكمة الجنح.

خصائص محكمة الجنايات

1- هي محكمة توجد بكل مقر مجلس قضائي وتحاكم البالغين سن الرشد الجزائري فقط بعد الغاء الفقرة 2 من المادة 249 لقانون الاجراءات الجزائية بموجب المادة 149-4 من قانون حماية الطفل. ففي السابق كانت تجوز متابعة الاحداث البالغين سن 16 الذين يرتكبون اعمالا ارهابية او تخريبية امام هذه المحكمة وهو ما لايجوز اليوم.

2- تقضي في الدرجة الاولى بحكم ابتدائي قابل للاستئناف.

3- ليس لها ان تقضي بعدم الاختصاص فهي تنظر جميع الجرائم المحالة عليها من غرفة الاتهام مهما كانت طبيعتها -جناية- جنحة او مخالفة لكن اذا احيل عليها خطأ حدث جاز لها ان تقضي بعدم الاختصاص.

4- تشكيلتها مختلفة عن تشكيل الجهات القضائية الجزائية الاخرى.

5- القضايا المطروحة امامها محقق فيها على درجتين قاضي التحقيق وغرفة الاتهام.

6- يمتد اختصاصها الاقليمي الى دائرة اختصاص المجلس سواء في الدرجة الاولى او الثانية.

تشكيل المحكمة الجنائية بصورة عامة

بعد ان جاء المشرع بنظام جديد لمحكمة الجنايات عدل تشكيلتها. ففي الدرجة الاولى يرأسها قاض برتبة مستشار بالمجلس على الاقل يساعده قاضيان دون تحديد الرتبة وأربعة محلفين اما على مستوى الاستئناف فان الرئيس يجب ان تكون رتبته رئيس غرفة على الاقل يساعده قاضيان دون تحديد الرتبة وأربعة

مخلفين ايضا. يمثل النيابة العامة النائب العام او ممثله ويتولى تدوين بيانات الجلسة امين ضبط وقد اوجد المشرع وظيفة جديدة هي عون الجلسة يكون تحت تصرف الرئيس في سير المحاكمة.

تعارض مهمة القاضي المشكل للمحكمة مع مهمته السابقة كعضو بغرفة الاتهام للنظر في نفس القضية او كقاض للتحقيق او ممثل للنيابة وقد اضاف المشرع المخلف الذي سبق له نظر القضية قبل النقض.

بالنسبة للمحكمة الجنائية العادية أو الخاصة يعين القضاة بامر من رئيس المجلس للفصل في القضايا المجدولة في الدورة فان كان عددهم غير كاف يمكن انتداب قاض او اكثر من مجلس قضائي اخر بقرار مشترك لرئيسي- المجلسين قصد استكمال التشكيلة اما بالنسبة للقضاة الاحتياطيين فان رئيس المجلس يعين عند الضرورة في نفس الامر قاضيا او اكثر سواء للمحكمة الجنائية الابتدائية او الاستئنافية لاستكمال التشكيلة حال وقوع مانع لدى القضاة الاصليين ويتعين على الاحتياطيين متابعة اجراءات المحاكمة حتى غلق باب المرافعات. فاذا وقع طارئ لأحد القضاة الاصليين يعوضه في الحين احد الاحتياطيين دون اعادة الاجراءات من بدايتها اما اذا طرأ مانع لرئيس المحكمة فيعوضه الاقدم من الاصليين كما يجوز من جهة اخرى لرئيس المحكمة الجنائية الابتدائية او الاستئنافية ان يستخرج عن طريق القرعة اسم مخلف او اكثر يتابعون مجريات الجلسة وعند حدوث طارئ لأحد المخلفين الاصليين يعوض بنظيره الاحتياطي وكلهم يؤدون اليمين في نفس الوقت.

تم رفع مبلغ الغرامة التي يقضى بها على المحلف الذي يتغيب بدون عذر فصارت من 5000 الى 10000 دج .

بعد تشكيل المحكمة يحرر محضر خاص بتشكيلها كما يجوز تدوين ذلك في محضر المرافعات.

التشكيلة الخاصة

لقد استثنى النظام الجديد ثلاثة انواع من الجرائم هي الارهاب والمخدرات والتهريب من نظام المحلفين بحيث يفصل فيها القضاة المحترفون وحدهم وهذا وفقا للمادة 258 ق.ا.ج المعدلة غير انه لم يحدد الاجراءات المتبعة بهذه التشكيلة وهل تطرح الاسئلة وتجب عليها ام تعلق حكمها كما هو الشأن في الاحكام الغيابية.

ففي فرنسا انشئت هذه التشكيلة سنة 1982 بقانون 7-21-1982 وهو الذي الغى المحاكم العسكرية في وقت السلم كجهات قضائية استثنائية لتتولى ذلك هذه المحكمة ثم توالى الاحداث فأضيفت اليها جرائم الارهاب سنة 1986 اثر تهديد المحلفين بالقتل وفي سنة 1992 صار من اختصاصها ايضا جرائم الاتجار بالمخدرات ضمن جماعات اجرامية وفي سنة 2011 اضيفت اليها جرائم حيازة سلاح الدمار الشامل.

تشكل هذه المحكمة من رئيس وستة قضاة في الدرجة الاولى كلهم محترفون ورئيس وثمانية قضاة في الدرجة الثانية بينما عدد القضاة المشكلين لهذه المحكمة لم يحدد في التشريع الجزائري مما يعني انها تتشكل من ثلاثة قضاة الرئيس

ومساعدية لكن ما هي الاجراءات التي تتبعها.؟ رأينا في هذا ان المشرع لم يضع اجراءات خاصة لهذه التشكيلة ولم يحدد النظام الذي تتبعه عند فصلها في القضايا التي هي مختصة بها وهو ما يوجب اتباع نفس الاجراءات المعمول بها في حالة وجود محلفين باستثناء اجراءات تشكيل المحكمة منهم علما بان تلاوة تعليقات المادة 307 ق.ا.ج لا يترتب عن عدم احترامها البطلان حتى في حالة وجود المحلفين وهو اجتهاد المحكمة العليا المستقر فان تمت تلاوتها في التشكيلة الخاصة كان ذلك صحيحا. كما ان طرح الاسئلة والاجابة عليها يبقى من الاجراءات الجوهرية وهو ما يعمل به القضاء الفرنسي عند تشكيل المحكمة الجنائية من القضاة المحترفين وخدمهم للفصل في القضايا التي جعلها المشرع من اختصاص هذه التشكيلة. وبما ان النظامين لا يختلفان في هذه النقطة فانه من الضروري اتباع نفس الاجراءات ما دام لا يوجد نص يخالف ذلك بغض النظر عن عدد القضاة.

هناك صعوبات عملية عند إحالة متهم بجرائم بعضها من اختصاص التشكيلة الخاصة وبعضها الآخر من اختصاص التشكيلة العادية في نفس قرار الاحالة ففي هذه الحالة لا تفصل المحكمة بتشكيلتها الخاصة او العادية إلا في الجرائم التي حددها لها المشرع و تبقى باقي التهم من اختصاص محكمة الجنايات الاخرى ويستحسن أن تفصل غرفة الإتهام هذه الجرائم بقرارات مستقلة لأنه إختصاص نوعي كل تجاوز فيه يؤدي إلى النقص فإن كان قرار الإحالة يشمل النوعين تعين إصدار أمر بالفصل بينها حتى تتمسك كل تشكيلة بإختصاصها.

ادارة الجلسة الجنائية

ادارة الجلسة ليست فيها تعديلات ذات اهمية تذكر ما عدا توجيه الاسئلة مباشرة من طرف ممثل النيابة ودفاع المتهم والطرف المدني لكل شخص يتم سماعه لكن بعد اذن الرئيس بذلك وتحت رقابته وله ان يامر بسحب السؤال او عدم الاجابة عليه بينما اعضاء المحكمة لا يستطيعون طرح الاسئلة الا عن طريق الرئيس .

هناك تعديل جوهري على نص المادة 305 ق.1.ج هو ان السؤال الرئيسي يطرح بالصيغة العادية الموجودة بالنص سابقا لكن اذا تم الدفع بانعدام المسؤولية الجزائية او تبين للرئيس ذلك يستبدل السؤال الرئيسي- بالسؤالين التاليين:

1- هل قام المتهم بارتكاب هذه الواقعة؟

2- هل كان المتهم مسؤولا جزائيا اثناء ارتكابه للفعل المنسوب اليه؟

من بين الصعوبات التي كانت في النص القديم هو الاجابة على السؤال بالايجاب بينما هناك ما يدل على ان المتهم غير مسؤول جزائيا عن فعله اما لجنون او اكراه وحتى تجيب المحكمة على الفعل المادي مجردا من المسؤولية الجزائية تطرح السؤال دون ذكر عبارة مذب الدالة على المسؤولية فاذا كانت الاجابة بالايجاب يطرح سؤال اخر عن المسؤولية وهو الذي يحدد مصير المتهم الادانة او البراءة اما اذا كانت الاجابة بالنفي فان السؤال الثاني يصير بدون موضوع.

المدافلة

بعد الانتهاء من المناقشة وطرح الاسئلة تنسحب المحكمة للمداولة وقبل ذلك يامر الرئيس رئيس الخدمة المكلف بالمحافظة على النظام واخراج المتهم المحبوس من القاعة. فاذا كان مفرجا عنه ومتابعا بجناية يبقى في القاعة تحت المراقبة ولا يغادرها حتى صدور الحكم.

بعد المداولة تعود المحكمة الى قاعة الجلسات ويتلو الرئيس الاجوبة عن الاسئلة ثم ينطق بالحكم وفي هذه المسالة مستجدات فاذا كان المتهم مفرجا عنه وقضي عليه بعقوبة سالبة للحرية من اجل جناية فان الحكم يكون سندا لحبسه فورا سواء في الدرجة الاولى او الثانية ومهما كانت مدة العقوبة المقضى بها ما لم يكن قد استنفذها . اما المتابع بجنحة والذي صدرت ضده عقوبة لا تقل عن سنة حبسا فانه يجوز اصدار امر بالايدياع ضده في الجلسة او بالقبض عليه.

تعلييل الحكم

كانت محكمة الجنايات في فرنسا منذ إنشائها سنة 1791 تقضي بموجب الإقتناع الشخصي لمخلفيها الذين يتداولون وحدهم دون القضاة المحترفين ثم في حالة الإدانة يحدد القضاة المحترفون العقوبة المناسبة حتى سنة 1941 التاريخ الذي صارت فيه المداولة مشتركة بين القضاة و المخلفين سواء حول الإدانة أو العقوبة.

من مميزات هذه المحكمة أنها تقضي بموجب إقتناع أعضائها الشخصي دون تقديم حساب عن الوسائل التي بها قد توصلوا إلى تكوين إقتناعهم بل أن القانون لم يضع لهم سوى هذا السؤال هل لديكم إقتناع شخصي ؟

بعض الأنظمة القضائية التي لا زالت تترك قرار الإدانة أو البراءة بيد المحلفين وحدهم لا تفرض تعليل الحكم ومنها الولايات المتحدة الأمريكية - إنجلترا وبلجيكا بينما فرنسا - ألمانيا - إسبانيا وإيطاليا صارت تفرض ذلك كما ان بعضها اجازت الاستئناف مثل اسبانيا وإيطاليا وفرنسا بينما لايجوز ذلك في ألمانيا وبلجيكا.

رغم أن عدم تعليل الأحكام الجنائية لم ينص عليه لا في المادة 14 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية عام 1966 و لا المادة 6 من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان عام 1950 فإن النقاش حول هذا الموضوع إزداد حدة في العشرية الأولى من القرن الواحد و العشرين ، فبعد أن كانت محكمة النقض الفرنسية قد رسخت مبادئ حول تعليل الحكم الجنائي مفادها ان المحاكمة العادلة تستكمل شروطها بإخبار المتهم مسبقا بالتهم الموجهة إليه عن طريق تبليغه بقرار الإحالة على المحكمة و ممارسة حقه في الدفاع أمام هذه الأخيرة في جلسة علنية و مناقشة حضورية و شفوية فإن الحكم الجنائي يعلل بالأسئلة و الأجوبة عنها و المطروحة وفقا لما ورد في قرار الإحالة و هو ما أيده المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قرارين شهيرين الاول يتعلق بـ Maurice Papon بتاريخ 25 / 7 / 2002 تحت رقم 54210 / 00 بابون ضد الدولة الفرنسية و الثاني يخص السيدة Genevieve Lhermitte ضد بلجيكا بتاريخ 29-11-2016 تحت رقم 34238 / 09 رغم انها ادانت فرنسا في نفس القرار الخاص بموريس بابون والذي يحتوي على 32 صفحة عن عدم التقاضي

على درجتين وعدم قبول الطعن بالنقض شكلا لعدم سجنه ليلة الفصل في طعنه وفقا للمادة 583 ق ا ج الفرنسي التي الغيت فيما بعد لكنها رفضت باقي الالوجه ومنها ادعائه عدم تسبب الحكم الجنائي والاكتفاء بالاسئلة والاجوبة عنها غير انها اخذت إتجاهها مغايرا في قضية الرعية البلجيكي ريشار تاكسكي بقرار صادر عن الغرفة الكبرى بتاريخ 16 - 11 - 2010 تحت رقم 926 / 05 معللة موقفها بأن المادة 6 من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وإن كانت لا تشترط إلزام المحلفين بإظهار أسباب إقتناعهم لكن تعليل الأحكام القضائية له إرتباط وثيق بالمحاكمة العادلة وتجنب التعسف وأن الأسئلة المطروحة و عددها 32 لثانية متهمين كانت تعوزها الدقة كونها كلها متشابهة بالنسبة لجميع المتهمين وأن المحكمة رفضت طرح أسئلة فردية تحدد مسؤولية كل واحد منهم الأمر الذي خلق إنطبعا لدى العارض بأن هناك تعسفا ضده. ويبدو ان هذا القرار لم ينتقد الحكم لتعليله بالاسئلة ولكن لرداءة طرح هذه الاسئلة.

أما في فرنسا فبعد أن رفضت محكمة النقض الفرنسية دفوعا عديدة لأجل إحالة القضايا على المجلس الدستوري للفصل فيما يسمى بالمسألة الأولية حول دستورية أو عدم دستورية النص فيما يخص غياب التعليل في الأحكام الجنائية فقد وافقت في النهاية على ذلك في إحدى القضايا مما جعل المجلس الدستوري يصدر قراره بتاريخ 1 - 4 - 2011 تحت رقم 113-2011 مصرحا بأن تعليل الأحكام في المادة الجزائية يشكل ضمانة قانونية شرط أن ينص المشرع على ذلك لمنع كل تعسف من طرف الجهات القضائية لكن هذا لا يكون

بصورة عامة و مطلقة فالمحاكمة أمام محكمة الجنايات تتميز بالشفوية في المناقشة و المرافعة و أن المحكمة لا تأخذ إلا بما قدم أمامها من أدلة بصورة حضورية شفوية و مستمرة دون إنقطاع بما في ذلك المداولة و هذا بعد أن كان المتهم قد أخبر بالوقائع المنسوبة إليه مسبقا كما أنه من إلتزامات رئيس المحكمة أن يطرح الأسئلة واضحة و محددة و فردية.

خلاصة هذا القرار أن تعليل الأحكام الجنائية بالأسئلة و الأجوبة عنها صحيح ما لم ينص المشرع على شروط أخرى و هو ما جعل هذا الأخير يؤسس المادة 365-1 من قانون الإجراءات الجزائية عام 2011 التي أصبحت تفرض تعليل الأحكام الجنائية بذكر أهم العناصر التي إقنعت بها القضاة و المحلفون عند إدانتهم للمتهم و الزم رئيس المحكمة أو من يفوضه عنه بتحرير ورقة التعليل تلحق بورقة الأسئلة و يوقع عليها من طرف الرئيس و المحلف الأول.

إن تعليل الأحكام الجنائية ليس ممكنا فقط و لكنه ضروري لإزالة التناقض الوارد بين أحكام محاكم الجناح و المخالفات من جهة و تلك الصادرة عن المحاكم الجنائية من جهة اخرى إذ القانون يفرض تعليلها في الحالة الأولى رغم قلة أهمية الجرائم المفصول فيها مقارنة بالجرائم الجنائية التي هي أخطر و رغم ذلك لا تعلل الأحكام الفاصلة فيها.

أما الجزائر فرغم أنها غير معنية بالإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان فإن دستورها لعام 2016 نص في مادته 162 على أن تعلل الأحكام القضائية و ينطق بها في جلسات علنية ، و هو ما يشكل قاعدة عامة لم يتم إستثناء أية جهة

قضائية منها الأمر الذي جعل المشرع يضيف فقرات بالمادة 309 لقانون الإجراءات الجزائية المعدل عام 2017 مفادها أن رئيس المحكمة أو من يفوضه من القضاة المساعدين يقوم بتحرير و توقيع ورقة التسبيب الملحقة بورقة الأسئلة فإذا لم يكن ذلك ممكنا في الحين نظرا لتعقيدات القضية يجب وضع هذه الورقة لدى أمانة الضبط في ظرف ثلاثة أيام من تاريخ النطق بالحكم و يجب أن توضح ورقة التسبيب في حالة الإدانة أهم العناصر التي جعلت المحكمة تقتنع بالإدانة في كل واقعة حسب ما يستخلص من المداولة و في حالة البراءة يجب أن يحدد التسبيب الأسباب الرئيسية التي على أساسها إستبعدت محكمة الجنايات إدانة المتهم و عندما يتم الحكم على المتهم المتابع بعدة أفعال بالإدانة في بعضها و البراءة في البعض الآخر يجب أن يبين التسبيب أهم عناصر البراءة أو الإدانة.

إن هذا التعليل لا يشبه المنصوص عليه بالمادة 379 ق.أ.ج الخاص بالجناح و المخالفات والذي يفرض سرد الوقائع والتعليق عليها قانونيا و موضوعيا ثم استخلاص النتائج منها.

من بين ما جاء في منشور لوزارة العدل و الحريات الفرنسية الموجه إلى النواب العامين و وكلاء الجمهورية لصلاحياتهم و إلى رؤساء المجالس القضائية و رؤساء محاكم المنازعات للإعلام و المنشور بالنشرة الرسمية لهذه الوزارة بعد صدور القانون 939-2011 بتاريخ 10 - 8 - 2011 حول مشاركة المواطنين في سير العدالة الجزائية ما يلي :

إن المادة 365-1 من قانون الإجراءات الجزائية تفرض تعليل الأحكام الصادرة عن المحاكم الجنائية ، ذلك أن المشرع إعتبر حتى ولو أن هذا التعليل ليس مطلباً دستورياً كما أشار إليه المجلس الدستوري بقراره 113-2011 بناء على دفع بعدم دستورية النص و ليس بنداً إتفاقياً أي ليس من بين الضمانات المشار إليها بالمادة 6 من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان كما أشارت إليه محكمة النقض في قرارها المؤرخين في 15-06-2011 رقم 87135-9 و 80508-10 فإن النص جاء لتعزيز حقوق الدفاع و حقوق الضحية واضعاً حداً للتناقض بين قرارات محاكم الجرح و المخالفات التي يفرض القانون تعليلها من جهة و قرارات المحاكم الجنائية التي تنظر أخطر القضايا دون تعليل من جهة أخرى و يضيف المنشور أن المادة 353 من قانون الإجراءات الجزائية التي تنص على أن القانون لا يطلب من القضاة تقديم حساب أو دليل ما لإقتناعهم الشخصي أصبحت تنص اليوم: مع مراعاة متطلبات تسبيب القرار فإن القانون لا يطلب من القضاة تقديم حساب أو وسائل جعلتهم يقتنعون.

إن التعليل لا ينصب على سرد الوقائع كما هو الحال في قرار الإحالة بل على أهم العناصر التي جعلت المحكمة تقتنع او لا تقتنع و أن هذا التعليل لا يمكنه أن يعوض الأسئلة و أنه في إنتظار موقف محكمة النقض فإن ورقة التعليل للمحكمة الجنائية الإستئنافية تخضع لرقابة ضيقة من طرف محكمة النقض إنتهى.

يلاحظ أن المادة 307 من قانون الإجراءات الجزائية في بلادنا المقابلة للمادة 353 من ق.إ.ج الفرنسي لم يطرأ عليها تعديل حول الإشارة الى مراعاة تعليل الحكم حول الاقتناع.

التعليل في حالة الإدانة

في حالة الإدانة يشار إلى العناصر التي جعلت المحكمة تقتنع بأن المتهم مذنب بما نسب إليه و المستخلصة من المداولة و في حالة التصويت سريا عكس ما تمت عليه المداولة يشار فقط أن الأغلبية إقتنعت بإرتكاب الفعل من طرف المتهم وهو موقف مخرج لرئيس المحكمة وان كان ذلك نادرا وفضل اعادة التصويت حتى تتطابق النتيجة مع ما تم الاتفاق عليه في المناقشة واتلاف اوراق التصويت السابقة. أما إذا ظهر عنصر إقتنعت به أقلية فيجب أن لا يظهر في ورقة التسبب لأنه ليس من العناصر التي إقتنعت بها و ليس هناك ما يمنع من تعداد هذه العناصر في جمل على سبيل المثال ما يلي:

1- أن المحكمة بعد المداولة إقتنعت بإدانة المتهم لإرتكابه الفعل

المنسوب إليه من خلال ما يلي:

أ- أنه إعترف طيلة مراحل التحقيق بالجرم المنسوب إليه.

ب- أن الشهود الذين حضروا الجلسة أكدوا قيامه بذلك.

ج- أن تشريح الجثة خلص إلى أن الضحية توفيت نتيجة طعنات بألة

حاددة على مستوى القلب (أو أي عضو آخر).

2- في حالة الإنكار.

أن المتهم رغم إنكاره لكن المحكمة إقتنعت بإرتكابه للفعل من خلال ما

يلي:

أ- لقد ثبت تواجده على مسرح الجريمة وقت إرتكابها.

ب- أن التحريات أظهرت وجود خلافات سابقة بينه وبين الضحية.

ج- أن بصماته تمت معاينتها على مقبض السلاح المستعمل في الجريمة و

الذي عثر عليه مرميا بعيدا عن مكان إرتكابها.

د- أن الفعل أرتكب مع سبق الإصرار.

3- في حالة إنعدام المسؤولية الجزائية.

لقد ثبت من المناقشة أن المتهم إرتكب الفعل المنسوب إليه ماديا لكن

الخبرة الطبية أثبتت عدم مسؤوليته في إرتكاب الجريمة لكونه كان يعاني من

مرض عقلي أفقده مراقبة أفعاله عند وقوع الجريمة وقد أجابت المحكمة عن

السؤال الخاص بالمسؤولية الجزائية بالنفي مما يتعين معه القضاء بالبراءة و إيداعه

مؤسسة إستشفائية نفسية نظرا لخطورة بقاءه بعيدا عن المراقبة.

و هكذا يمكن تلخيص أسباب الإقتناع دون الدخول في التفاصيل التي

جاء بها قرار الإحالة أو سرد ما دار بالجلسة وهو ما يسمى لغويا بالمختصر المفيد

فالنص اشار الى ذكر اهم عناصر الادانة او البراءة وهو ما يعني دون توسع.

و في حالة تعدد الأفعال المتابع بها يجب أن تذكر عناصر الإدانة حسب

كل فعل على حدى أما إذا كانت الإدانة في بعضها و البراءة في البعض الآخر

فالتعليل يكون حسب كل حالة. كما أن الظروف المشددة يجب عند وجودها

الإشارة إلى إقتناع المحكمة بها أو العكس ودليل ذلك فهي جزء من التعليل الشامل.

أما في حالة البراءة فإن التعليل ينصب بصورة مختصرة على عدم وجود دلائل الاتهام او عدم كفايتها بأن المحكمة برأت المتهم من جريمة (يشار إلى وصفها و عند الإحتمال إلى ظروفها المشددة مع تاريخ وقوعها و مكانها و هوية الضحية) و أنه بناء على ما توصلت إليه المحكمة من المناقشة و المداولة المشتركة بحضور المحلفين و الإقتراع السري حول الأسئلة بأن المتهم لم يرتكب الفعل أو الأفعال المنسوبة إليه حسبما ورد في قرار الاحالة و مرافعة النيابة و تصريحات الضحية.

هذا و نشير إلى أن التعليل ينصب على الإدانة أو البراءة أما العقوبة فيخضع تقديرها للقضاة حسب النصوص التي تنظمها دون تعليل و أن المادة 309 ق.أ.ج لم تنص على تعليلها وكذلك الظروف المخففة لكن في حالة وجود مانع للمسؤولية الجزائية مثل الجنون أو الإكراه يتعين الإشارة إلى ذلك بإختصار علما بأن المحكمة تكون قد أجابت عن السؤال المطروح حول هذا الموضوع نفيا أو إيجابا و في نفس السياق فقد صدر قرار عن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان - الغرفة الكبرى - بتاريخ 29-11-2016 رفضت فيه عريضة السيدة جونييفيف لارميت التي ذبحت أبناءها الخمسة بعد طلاقها من زوجها و حاولت الإنتحار و بعد عرضها على مجموعة من الأطباء النفسانيين خلصوا في تقريرهم أنها لم تكن تتحكم في مراقبة أفعالها عند إرتكابها للجرم المنسوب إليها

لكن المحلفين الذين تداولوا وحدهم دون مشاركة القضاة المحترفين حول الإدانة أجابوا بالإيجاب عن جميع الأسئلة ومنها سؤال عن المسؤولية الجزائية علما ان النظام القضائي البلجيكي يمنح المحلفين وحدهم صلاحية الادانة او البراءة بالمداولة حول ذلك دون مشاركة القضاة المحترفين ثم يشاركون مع هؤلاء في تحديد العقوبة وما داموا قد اجابوا على سؤال المسؤولية الجزائية بالايجاب فان القضاة المحترفين ليس بوسعهم فعل اي شئ لصالح المتهمه ففضوا عليها بالسجن المؤبد وحين طعنت بالنقض في هذا الجانب رفضت محكمة النقض طعنها على اساس أن الحالة العقلية هي عنصر يخضع لتقدير المحكمة كجميع العناصر الأخرى بإعتبار أن المسؤولية الجزائية قضية موضوع لا تخضع لرقابتها.

في الأخير نشير إلى أن ورقة التسبيب توقع من الرئيس نفسه أو من القاضي المفوض لذلك و هذا خلافا للتشريع الفرنسي الذي يفرض توقيعها من الرئيس و المحلف الأول لأن المادة 365-1 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي تحيل على المادة 364 في توقيع ورقة التسبيب بنفس الشروط الخاصة بورقة الأسئلة و لا يشترط تحريرها حال انعقاد الجلسة كما يتعين ذكر محتواها بالحكم رفقة الأسئلة و الأجوبة عنها و إن كان القانون لم يعدل المادة 314 ق.أ.ج بإدراجها ضمن الحكم ثم أن تلاوتها مع الأسئلة غير مطلوب أيضا.

بعد النطق بالحكم ينبه الرئيس المتهم المحكوم عليه بان له مهلة عشرة أيام للاستئناف في الدرجة الاولى وثمانية ايام للطعن بالنقض في الدرجة الثانية.

تعلل الاحكام الفاصلة في الدعوى المدنية في الدرجتين وفي حالة استئناف الحكم المدني وحده تفصل في الاستئناف الغرفة الجزائية بالمجلس بالتعديل او الالغاء او التاييد دون اساءة حالة المستأنف وحده.

ملاحظة عامة

كان بودنا لو ان المشرع اضاف فقرة تسمح للمحكمة في حالة اغفال الفصل في العقوبات التكميلية ان تفصل فيها لاحقا بتشكيكة من القضاة المحترفين وحدهم تخفيفا من حالات النقض لاسباب لا تتعلق بالموضوع خاصة الحجر القانوني والمصادرة كتدبير آمن والاكره البدني والحرمان من الحقوق الوطنية والمدنية وهي مسائل قانونية بحتة قلما يبدي فيها المحلفون راي اضافة الى ان نقض حكم جنائي بسبب اغفال الفصل في احدي هذه العقوبات ودامت جلسة اصداره أياما وأسابيع سلبياته اكثر من ايجابياته وهو ما جعل المحكمة العليا تنقض الحكم جزئيا دون احالة بإضافة العقوبة المغفلة حين لا يكون هناك خيار لمحكمة الموضوع بعد النقض للقضاء بها او عدم القضاء بها مثل المصادرة كتدبير امن او الحجر القانوني لكن العقوبة التي يبقى تحديد مدتها سلطة تقديرية لقضاة الموضوع فان اغفال القضاء بها يؤدي الى النقض وهو ما يحز في النفوس وكان بالامكان تجنب هذا اما تشريعا واما بأخذ الحيطة عند تحرير الحكم.

الاحكام الغياية لمحكمة الجنايات

انتهى عهد اجراءات التخلف التي كان معمولا بها منذ عهد قانون التحقيق الجنائي والغي الامر بالقبض الجسدي تطبيقا لقرينة البراءة فلا يجوز تنفيذه ابتداءا من يوم بداية تطبيق القانون الجديد حتى ولو نصت عليه غرفة الاتهام ويبقى الذي نفذ ساري المفعول. فاذا كان المتهم في حالة افراج يمثل امام المحكمة وهو طليق رغم متابعتة بجناية شرط ان يستجيب لاستدعاء رئيس المحكمة من اجل استجوابه قبل الجلسة فاذا تغيب عن الجلسة فان المحكمة بدون مشاركة المحلفين اما ان تؤجل القضية اذا قدم عذرا مقبولا بواسطة محاميه او شخص اخر واما ان تفصل في قضيته غاييا بعد تلاوة قرار الاحالة وسماع الشهود والطرف المدني وطلبات النيابة وبعد الانتهاء من ذلك تقضي بالادانة او البراءة حسب عناصر الملف مع تعليل الحكم دون افادة المتهم بالظروف المخففة عند الادانة ويبقى الامر بالقبض الصادر عن قاضي التحقيق ساري المفعول حتى الفصل في المعارضة ان وقعت فاذا لم يوجد جاز للمحكمة اصداره. اما المتابع بجنحة الذي تغيب امام الدرجة الاولى فانه يجوز للمحكمة ان تحيله على محكمة الجناح المختصة اقليميا واذا كان في الدرجة الثانية تقضي- عليه غاييا بتشكيلة من القضاة المحترفين ويجوز ان تصدر امرا بالقبض ضده في حالة ادانته فاذا عارض في الحكم المذكور تفصل المحكمة بنفس التشكيلة في معارضته دون التطرق للحكم الابتدائي.

يعتبر الحكم حضوريا نحو المتابع بجناية او جنحة الذي يحضر افتتاح الجلسة ثم يغادر القاعة بارادته. ويلاحظ ان المشرع منع المتابع بجناية من مغادرة

القاعة وفقا للمادة 308 المعدلة عند غلق باب المرافعات وانسحاب المحكمة للمداولة حتى النطق بالحكم وقبل ذلك لا يوجد ما يمنع مغادرته الامر الذي يفتح له الباب للهروب من تنفيذ الحكم فورا عليه في حالة ادانته وكان الافضل منعه من ذلك منذ بداية الجلسة وهو ما اجازه المشرع الفرنسي بالمادة 271-1 من قانون الاجراءات الجزائية الفرنسي اذ يمكن للمحكمة ان تصدر امرا بالايدياع خلال الجلسة ضد المتهم بناء على طلب النيابة اذا لم يحترم واجبات الرقابة القضائية او اذا تبين ان الاعتقال هو السبيل الوحيد لضمان حضوره او لعدم الضغط على الضحية او الشهود كما يمكنها ان تامر بالرقابة القضائية عوض ذلك.

اذا ثبت حضور المتهم في الجلسة ثم غادر القاعة قبل تشكيل المحكمة او بعد ذلك تشكل في غيابه وتفصل في القضية حضوريا اما اذا لم يحضر فانها تفصل نحوه غاييا بتشكيلة القضاة المحترفين فقط بحكم معلل سواء بلغ شخصا او لم يبلغ وهذا عكس ما هو معمول به في مادة الجرح التي تعتبر الحكم حضوريا في حالة تبليغ المتهم شخصا ولم يحضر ذلك ان الاحكام الجنائية اما ان تكون حضورية او غيائية وليس هناك ما يسمى بالمعتبرة حضورية فاذا حضر بعض المتهمين وغاب بعضهم تؤجل القضية او يصدر امر بالفصل بينهم خاصة اذا كان من الغائبين من هو في حالة فرار. وتطبق المواد 409 ال 413 فيما يخص التبليغ والمعارضة كما تنص على ذلك المادة 320 المعدلة؛ وعكس ما هو معمول

به في فرنسا لا يجوز للمحامي ان يرافع في غياب المتهم لانه مساعد له في المادة الجزائية وليس وكيلًا عنه.

تبقى الدعوى العمومية قائمة في الاحكام الغيابية طيلة مهلة تقادم العقوبة والتي يبدأ سريانها من يوم تبليغ الحكم بالطرق القانونية وفقا للمادتين 320 و412 ق ا ج.

فلا يجوز للمحكوم عليه الدفع بانقضاء الدعوى العمومية بعد مرور عشر سنوات ابتداء من تاريخ صدور الحكم الغيابي ما دام هذا الانقضاء مرتبطا بسقوط العقوبة والذي مدته في الجنايات عشرون سنة ابتداء من اليوم الذي يصير فيه الحكم نهائيا وفقا للمادة 613 ق ا ج.

كما ان الطعن في الحكم الغيابي لا يجوز بأي طريق الا من المعني نفسه دون محاميه في حالة صدور امر بالقبض ضده.

استئناف الاحكام الجنائية الابتدائية

لم تكن الاحكام الجنائية في فرنسا قابلة للاستئناف قبل عام 2000 رغم مصادقة هذه الدولة على البروتوكول رقم 7 الملحق بالاتفاقية الاروبية لحقوق الانسان المؤرخ في 22-11-1984 والذي تنص المادة 2 منه على حق التقاضي على درجتين في المجال الجزائي باستثناء الجرائم البسيطة وفي حالة مخالفة هذا المبدأ يجوز للمعني المطالبة بالتعويض من الدولة المخالفة بعد مصادقتها على هذا البروتوكول. لكن تفسير النص وقع فيه اشكال في التطبيق هل ان الدرجة الثانية جهة قانون فقط ام تنظر الموضوع ايضا وقد فسرت فرنسا في البداية بالحالة الاولى

معتبرة محكمة النقض كافية لذلك ما دام يجوز الطعن بالنقض أمامها غير ان قضية كرومباخ الذي صدر حكم غيابي ضده قدم عريضة للمحكمة الاوروبية لحقوق الانسان التي أصدرت قرارها بتاريخ 13-2-2001 تحت رقم 29731-96 ادانت بموجبه فرنسا على اساس ان العارض لم يكن حاضرا ولم يسمح له بتوكيل محام للدفاع عنه كما ان التشريع لا يجيز له ان يطعن امام محكمة النقض في الحكم الجنائي الغيابي حتى على اعتبار ان هذه المحكمة درجة ثانية للتقاضي الامر الذي يخالف المادة 2 من البروتوكول رقم 7 والمصادق عليه من طرف فرنسا مما ادى بها الى تعديل التشريع لاستئناف الاحكام الجنائية سنة 2000 والغاء اجراءات التخلف سنة 2004. وهو المبدأ الذي اخذ به المشرع في بلادنا أي ان المحكمة العليا ليست درجة من درجات التقاضي ولذلك انشئت المحاكم الجنائية الاستئنافية تنظر في الموضوع وفي القانون ويطعن في احكامها امام محكمة القانون و اجراءات ذلك كما يلي:

تكون الاحكام الجنائية الابتدائية الحضورية الفاصلة في الموضوع قابلة للاستئناف امام المحكمة الجنائية الاستئنافية خلال 10 ايام من اليوم الموالي للنطق بها كما تنص على ذلك المادة 322 مكرر من قانون الاجراءات الجزائية وهو ما يعني ان الغيابية منها غير قابلة للاستئناف من طرف المتهم مهما كان منطوق الحكم الامر الذي نصت عليه صراحة المادة 379-5 من قانون الاجراءات الجزائية الفرنسي فاذا كانت بالادانة لايجوز للنياحة ان تستأنفها الا بعد انتهاء اجل المعارضة وفقا للمادة 321-2 ق ا ج أما الغيابية القاضية بالبراءة

فيجوز للنيابة استئنافها حيناً. للاستئناف اثر ناقل للدعوى في حدود التصريح بالاستئناف وصفة المستأنف ولا يجوز للمحكمة الاستئنافية ان تسيء الى حالة المستأنف وحده.

لا يجوز استئناف الاحكام الفرعية ولو مع الفاصلة في الموضوع خلافا لما هو منصوص عليه في مادة الجرح ويجوز الطعن فيها بالنقض مع هذه الاخيرة حين تصدر عن الجهة الاستئنافية.

لقد سكت المشرع عن تشكيل المحكمة الاستئنافية في حالة استئناف حكم قضى في جنحة فقط فهل يفصل فيها بتشكيمة المحلفين ام من طرف القضاة المحترفين وحدهم. بالرجوع الى النصوص نجد ان المادة 318 ق ا ج تنص على جواز الفصل ضد المستأنف غيابيا المتابع بجنحة بتشكيمة القضاة المحترفين وحدهم وفي حالة معارضته يتم الفصل في المعارضة بنفس التشكيمة مما يعني انه اذا لم يتغيب يجوز الفصل في استئنافه وحده بتشكيمة القضاة دون المحلفين بخلاف ما لو كان معه مستأنفون متابعون بجناية.

لقد حدد المشرع الاجراءات المتبعة امام كل جهة قضائية جزائية وهي تختلف من جهة الى اخرى وان كان قد وضع اجراءات مشتركة بينها بالمواد 212 الى 247 حول طرق الاثبات والادعاء المدني فلا يجوز تطبيق اجراء خاص بمحكمة الجرح غير منصوص عليه في اجراءات المحكمة الجنائية التي خصها المشرع بالمواد 248 الى 322 مكرر 9 من قانون الاجراءات الجزائية المعدلة بينما

وضع المواد 328 الى 440 لبيان الاجراءات المتبعة في الجرح والخالفات مع الفصل استئنافها ويترتب عن هذا ما يلي:

نظرا لسكوته عن بعض الاجراءات في المادة الجنائية لا يجوز القياس لتطبيق المنصوص عليها في مادة الجرح ومنها الاستئناف الفرعي واستئناف النائب العام خلال شهرين وفقا للمادتين 418 و419 كما ان عقد جلسة الاستئناف وجوبا خلال شهرين وفقا للمادة 429 غير اجباري خاصة ان الفصل في القضايا الجنائية يتم في دورات الامر الذي يجعل ذلك غير ممكن وقد نص المشرع بالمادة 322 مكرر على جدول القضية خلال الدورة الجارية او التي تليها دون تحديد مدة زمنية بينما نجد المشرع الفرنسي قد وضع اجراءات تخص المحكمة الجنائية واستئناف احكامها بالمواد 231 الى 380 مكرر 15 من قانون الاجراءات الجزائية الفرنسي ونص فيها على الاستئناف الفرعي واستئناف النائب العام ضد احكام البراءة فقط كما اجاز للنيابة العامة التنازل عن استئنافها الفرعي حين يتنازل المحكوم عليه عن استئنافه الرئيسي اما مهلة الفصل فهي غير محددة لان محكمة النقض تفصل قبل ذلك في شكل الاستئناف. اما استئناف الاحكام الفاصلة في الجرح والمخالفات فقد وضع لها قواعد بالمواد 496 الى 509 من نفس القانون وكثير منها يتشابه بالاجراءات الجنائية وخالصة القول في هذا ان المحكمة الجنائية لا تطبق الا القواعد التي وضعها لها المشرع او احوال عليها كما فعل في التبليغ والمعارضة.

يوقف تنفيذ الحكم المستأنف قبل الفصل في الاستئناف الا بالنسبة للمتابع بجناية او المتابع بجنحة الذي صدر امر بالايدياع ضده في الجلسة كما يبقى رهن الحبس الذي كان محبوسا بموجب امر قاضي التحقيق ولم يسبق الافراج عنه ما لم يكن قد استنفذ العقوبة المقررة بها.

الاحكام التي صدرت حضورية بعد انسحاب المتهم من الجلسة بمحض ارادته قبل النطق بها تبدأ مهلة استئنافها حيناً لا من يوم تبليغها. يجوز للمتهم المستأنف ان يتنازل عن استئنافه قبل بداية تشكيل المحكمة كما يجوز للطرف المدني ان يتنازل عن استئنافه في اية مرحلة ويكون اثبات ذلك بأمر من رئيس المحكمة الاستئنافية. فان كان الاستئناف في الدعوى المدنية فقط تنظر فيه الغرفة الجزائية بالمجلس تؤيد او تلغي او تعدل الحكم المستأنف بقرار معلل.

الاجراءات المتبعة امام المحكمة الاستئنافية هي نفسها المتبعة امام الدرجة الاولى ما لم يكن هناك نص خاص.

قبل سحب القرعة للمحلفين تفصل في شكل الاستئناف بتشكيلة القضاة المحترفين بحكم فاذا لم يكن الاستئناف مقبولا شكلا تقضي بذلك وترفع الجلسة دون اي اجراء اخر وفي الحالة العكسية تنظر القضية وكانها تطرح لأول مرة دون مراعاة ما قضى به الحكم المستأنف فلا تعدله ولا تؤيده ولا تلغيه لكن الحكم المدني يبقى خاضعا لرقابتها بالموافقة او الالغاء او التعديل. علما بان المشرع الجزائري بسط الاجراءات للفصل في شكل الاستئناف بجعله من

اختصاص الجهة الاستئنافية المختصة اقليميا عكس ما هو معمول به في فرنسا اذ ان محكمة النقض هي التي تفصل في ذلك وفي حالة قبوله تحيل القضية على جهة استئنافية تختارها هي.

تكون احكام المحكمة الجنائية الاستئنافية قابلة للطعن بالنقض وفقا للاجراءات السارية المفعول.

المسائل الانتقالية

1- تطبيقات المادة 15 من القانون الجديد

تنص المادة 15 من القانون الجديد المعدل لقانون الاجراءات الجزائية على جواز استئناف الاحكام الصادرة قبل بداية تطبيق هذا القانون شرط الا يكون قد تم الطعن فيها بالنقض وان تكون مهلة الاستئناف عند بداية التطبيق لازالت لم تنقض بعد وهما شرطان اساسيان لذلك غير ان صياغة المادة جاءت غامضة واكتفت بالقول ما لم تنقض اجل الاستئناف دون تحديد متى تنتهي وهو قبل بداية التطبيق.

يترتب عن هذا ان هذه الاحكام يجوز استئنافها كما يجوز الطعن فيها بالنقض فاذا اختار احد الاطراف الاستئناف صار طعنه بالنقض بعد ذلك غير جائز والعكس.

أيضا صحيح اذا طعن بالنقض اصبح استئنافه غير جائز علما بان هذا يتعلق بالاحكام الصادرة خلال الاسبوع الاخير قبل بداية التطبيق فقط والتي يمتد اجل استئنافها الى ما بعد ذلك. هناك احتمال وقوع اشكال اذ يمكن ان

يطعن احد الاطراف بالنقض بينما يطعن طرف اخر بالاستئناف في نفس القضية وهو امر قليل الاحتمال اذ لا يمكن لطرف ان يضيع فرصة الاستئناف لاعادة المحاكمة ويطعن بالنقض لكن ذلك غير مستبعد. ففي هذه الحالة يوقف الفصل في الطعن بالنقض حتى الفصل في الاستئناف فاذا وقع طعن بالنقض ضد حكم الدرجة الثانية فصل في الطعنين معا وفي حالة نقض حكم الدرجة الاولى تحال القضية على الدرجة الثانية سواء نقض حكم الدرجة الثانية ام لا وهي القاعدة التي تعمل بها المحكمة العليا مستقبلا ذلك ان المحاكم الجنائية تصدر احكامها بصورة نهائية حتى بداية تطبيق القانون الجديد وان كان الصادر منها خلال الاسبوع الاخير قابلا للاستئناف او الطعن بالنقض وبعد مرور هذه المرحلة تصبح الاحكام الصادرة في الدرجة الاولى غير جائز الطعن فيها بالنقض.

2- القضايا التي لم يتم الفصل فيها حضوريا عند بداية التطبيق

تنص المادة 14 من القانون المذكور على احالة جميع القضايا التي اصدرت فيها غرفة الاتهام قرارات بالاحالة على محكمة الجنايات ولم تجرد وتلك المؤجلة من طرف نفس المحكمة او التي فصل فيها غيابيا على محكمة الجنايات الابتدائية عند بداية تطبيق هذا القانون بينما القضايا التي صدرت فيها احكام قبل بداية التطبيق وتم نقضها فانها تحال على المحكمة الجنائية الاستئنافية وفقا للمادة 13 من نفس القانون. كما ان اوامر القبض الجسدي التي لم تنفذ عند بداية التطبيق فانها تصبح غير قابلة للتنفيذ وتبقى المنفذة قبل ذلك سارية المفعول

الخاتمة

تعتبر التعديلات التي طرأت على اجراءات المحكمة الجنائية نقلة نوعية غير مسبوقه نظرا للقواعد الجديدة في هذه الاجراءات خاصة ما يتعلق منها بالتقاضي على درجتين والغاء الامر بالقبض الجسدي اضافة الى تعزيز العنصر الشعبي في التشكييلة وجعل اغلبية الاعضاء من المحلفين الذين يعبرون عن ضمير الشعب ويصدرون الحكم باسمه وان كانت لازالت هناك نقائص يتعين استدراكها تشريعيًا على الاخص تعديل التشكييلة الخاصة برفع عدد القضاة فيها الى خمسة على الاقل وتوضيح كيفية تعليلها للحكم الحضورى بالاسئلة والاجوبة وهو ما نفضله لكونها محكمة جنائية ام بالطريقة العادية كما يتعين وضع قواعد لاستئناف النائب العام خلال شهرين من تاريخ النطق بالحكم وشروط ذلك وكذا الاستئناف الفرعي والنص صراحة على عدم جواز استئناف الحكم الجنائي الغيابي من طرف المتهم سواء المتابع بجناية او جنحة حتى يتبع طريق المعارضة فان لم يفعل يكون قد رضي بهذا الحكم اضافة الى جواز منع المحكمة للمتهم الطليق من مغادرة قاعة الجلسات في بداية الجلسة حتى النطق بالحكم خلافا للنص الحالي الذي يمنعه من المغادرة اثناء المداولة فقط.

والله ولي التوفيق.

نموذج ورقة التسييب - المادة 309 ق.أ.ج -

مجلس قضاء

محكمة الجنايات الإبتدائية (أو الإستئنافية)

التاريخ :

المتهم رقم 1 : الإسم و اللقب

الجريمة رقم 1 (ذكر الوصف الكامل لها و عند الإحتمال الظروف

المشددة - تاريخ الوقائع و مكانها و هوية الضحية)

التعليل

الجريمة رقم 2 :

التعليل

الجريمة رقم 3 :

التعليل

المتهم رقم 2 : الإسم و اللقب

الجريمة رقم 1 (نفس البيانات المطلوبة بالنسبة للمتهم رقم 1)

التعليل

الجريمة رقم 2 :

التعليل

الجريمة رقم 3 :

التعليل

(فيما يخص كيفية التعليل سبقت الإشارة إليها)

رئيس المحكمة الجنائية الابتدائية (أو الإستئنافية) أو القاضي المفوض

بتحرير ورقة التسييب .

الإجراءات التحضيرية لمحكمة الجنايات

الأستاذ قمرأوي عبد السلام
محام معتمد لدى المحكمة العليا
أستاذ مساعد كلية الحقوق جيجل

تمهيد

تتميز محكمة الجنايات عن بقية جهات الحكم بخصائص :

- الولاية الكاملة :

مع مراعاة ما جاءت به المادة 318 من قانون الإجراءات الجزائية إذا كان المتهم الغائب المتابع بجنحة أمام محكمة الجنايات الابتدائية، جاز لها دون مشاركة المحلفين أن تفصل قضيته وتحيله على محكمة الجنح.

- نظام الدورات .

- إلزامية التحقيق على درجتين .

- محكمة شعبية: التكريس في القانون رقم 07/17 المادة 385 فيما

يتعلق عدد المحلفين المادة 258 فقرة 01 تشكل محكمة الجنايات الابتدائية من قاض برتبة مستشار بالمجلس على الأقل رئيسا ومن قاضيين مساعدين وأربعة محلفين.

الإستثناءات :

الإستثناء الأول: في قضايا الإرهاب و المخدرات و التهريب تشكل من القضاة فقط فقرة 03 المادة 258 من قانون الإجراءات الجزائية.

الإستثناء الثاني: المادة 317 فقرة إذا تغيب المتهم المتابع بجناية عن حضور الجلسة رغم تبليغه قانونا يحاكم غيابيا من طرف المحكمة دون مشاركة المحلفين.

الإستثناء الثالث: عند فصل في الدعوى المدنية بالتبعية.

الإستثناء الرابع: المادة 295 و 299 من قانون الإجراءات الجزائية.

- محكمة اقتناع: مع مراعاة ما قرره المادة 309 المعدلة بالقانون رقم 17/07 فيما يتعلق بورقة التسبيب الملحقة بورقة الأسئلة التي تحرر فوراً من رئيس المحكمة أو من يفوضه من القضاة المساعدين بتحرير وتوقيع ورقة التسبيب، فإذا لم يكن ذلك ممكناً في الحين نظراً لتعقيدات القضية، يجب وضع هذه الورقة في أمانة الضبط في ظرف ثلاثة أيام...

- محكمة إجراءات:

خص المشرع محكمة الجنائيات بحوالي 100 مادة تتناول إجراءات أولية سابقة لانعقاد محكمة الجنائيات، وإجراءات تتعلق بالمحاكمة أمام محكمة الجنائيات.

نخص المداخلة بإجراءات الأولية والتي تسمى الإجراءات التحضيرية منظمة في المواد 268 إلى 279 من قانون الإجراءات الجزائية:

أولاً - الضوابط:

هذه الضوابط تستدعي فرضا طبقا للمادة 284 فقرة 10 أن تنصب محكمة الجنايات بصفة نظامية وفقا مايلي:

- أمر من رئيس المجلس بتعيين القضاة طبقا للمادة 285 فقرة 05 من قانون الإجراءات الجزائية.

- سحب رئيس المجلس في جلسة علنية قائمة المحلفين طبقا للمادة 266 فقرة 01 من قانون الإجراءات الجزائية.

1- القواعد التحضيرية الإلزامية.

أ- الإجراءات السابقة لاستجواب المتهم.

لا يجوز إرسال الملف طبقا للمادة 269 من قانون الإجراءات الجزائية إلا بعد انتهاء مهلة الطعن بالنقض، معناه أن قرار الإحالة يبلغ بسعي من النيابة العامة من أجل الطعن فيه، وبعد التأكد من انقضاء أجل طعن يرسل الملف من النائب العام إلى أمانة ضبط محكمة الجنايات الابتدائية مع أدلة الإقناع.

تبليغ قرار الإحالة.

لا يسرى إجراء تبليغ قرار الإحالة أمام محكمة الجنايات الاستئنافية.

- إرسال ملف الدعوى.

المادة 268 من قانون الإجراءات الجزائية تميز بين تبليغ المتهم المحبوس ، بالنسبة للمتهم المحبوس عن طريق أمانة ضبط المؤسسة العقابية ، وبالنسبة للمتهم غير محبوس وفقا للمواد 439 إلى 441 من نفس القانون.

- تعديل عنوان الفصل الثامن من التخلف عن الحضور أمام محكمة الجنايات إلى الغياب أمام محكمة الجنايات.

المادة 317 إذا تغيب المتهم المتابع بجناية عن الحضور رغم تبليغه قانونا بتاريخ انعقادها فإنه يحاكم غيابيا من طرف المحكمة دون مشاركة المحلفين.
الفقرة 02 تجيز تأجيل القضية بعد تبرير العذر من المحامي أو شخص آخر مع وجوب تبليغ الأطراف غير الحاضرة بتاريخ جلسة التأجيل.
بالنسبة لنقل المتهم: ينتقل المتهم حر إلا إذا كان محبوس بأمر إيداع أو لسبب آخر.

ب- الإجراءات اللاحقة لاستجواب المتهم.

- استجواب المتهم و اتصاله بمحاميه.

المادة 270 يقوم رئيس محكمة الجنايات الابتدائية أو القاضي الذي يفوضه استجواب المتهم المتابع بجناية في أقرب وقت.
يتم الاستجواب بعد اختيار محام للدفاع تلقائيا، ولكن يرخص للمتهم أن يعهد بالدفاع عنه لأحد أقاربه أو أصدقائه.

يتم الاستجواب خلال 08 أيام قبل انعقاد الجلسة طبقا للفقرة 05 من المادة 270 من قانون الإجراءات الجزائية.

- تبليغ قائمة الشهود والمحلفين.

المادة 273 تبلغ النيابة العامة و المدعي المدني إلى المتهم قبل افتتاح الجلسة بثلاثة أيام على الأقل قائمة بالأشخاص الذي يرغبون في سماعهم شهود.

المادة 275 تبلغ للمتهم قائمة المحلفين المعين للدورة في موعد لا يتجاوز اليومين السابقين على افتتاح المرافعات سواء في المرحلة الابتدائية أو الإستئنافية.

2- القواعد التحضيرية غير الإلزامية لانعقاد محكمة الجنايات.

أ- التحقق التكميلي المادة 276 من قانون الإجراءات الجزائية.

يجوز لرئيس محكمة الجنايات إذا رأى أن التحقيق غير واف أو اكتشف عناصر جديدة بعد صدور أمر الإحالة أن يأمر باتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق، وله أن يفوض في ذلك قاض من أعضاء المحكمة.

ب- ضم القضايا وتأجيل الفصل فيها المادة 277 و 278.

إذا صدرت عدة قرارات إحالة عن جناية واحدة ضد متهمين مختلفين جاز لرئيس محكمة الجنايات الابتدائية أن يأمر من تلقاء نفسه أو بناء على أي طلب النيابة العامة بضمها جميعا.

المادة 280 فقرة 02 في حالة تأجيل القضية لأي سبب تراه المحكمة فإنها تفصل عند الاقتضاء في طلب الإفراج.

ثانيا - قواعد الطعن.

المادة 289 من قانون الإجراءات الجزائية للنيابة العامة أن تطلب باسم القانون ما تراه مناسبا، بمعنى الحق في طلب البطلان.

1- بطلان الإجراءات التحضيرية.

أ- الإجراءات الجوهرية.

ب- الإجراءات غير جوهرية.

المادة 291 تبث محكمة الجنايات دون اشتراك المحلفين في جميع المسائل العارضة بعد سماع أقوال النيابة العامة وأطراف الدعوى أو محاميهم.

2- آثار البطلان

أ- بالنسبة للإجراء المعيب.

ب- أثر البطلان بالنسبة لأطراف الدعوى الجزائية.

لا يجوز أن تمس الأحكام الصادر في هذا الشأن بالموضوع فقرة 01 المادة

291 من قانون الإجراءات الجزائية

3- الطعن في الحكم الفاصل في مسائل العارضة.

المادة 291 فقرة 02 تكون الأحكام الفرعية غير قابلة للاستئناف و

يجوز الطعن فيها بالنقض مع الحكم الصادر في الموضوع إذا كانت صادرة عن محكمة الجنايات الاستئنافية.

الطعن بالمعارضة و الاستئناف في أحكام محكمة الجنايات

الدكتور بلعزام مبروك - أستاذ محاضر "ب"

كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة محمد لين دباغين سطيف 2

belazemmabrouk@yahoo.com

مقدمة:

تتميز محكمة الجنايات بانها محكمة ذات خصوصيات تنفرد بها عن الجهات الجزائية الاخرى لاسيما الفاصلة في الجرح و المخالفات، و ينظر إليها بنظرة مختلفة، فمنهم من يرى في قواعدها انها ذات طابع قاس يتوافق مع نوعية الجرائم المطروحة أمامها، في حين ينظر إليها البعض الآخر بأنها اكثر ملاءمة لانصاف مرتكبي هذا النوع الخطير من الجرائم ، لخلوها من اهم قيد لتحقيق العدالة الحقيقية الا و هو "تسبب الاحكام" و إعتناقها لمبدأ "الاقتناع".

و بغض النظر عما سبق ، فإن اهم ميزة ظلت تتميز بها محكمة الجنايات هي عدم قابلية أحكامها للطعن بالمعارضة و الاستئناف ، و ظل الامر لذلك منذ إنشائها في الجزائر منذ صدور قانون الاجراءات إلى غاية صدور آخر تعديل له بموجب القانون 07 / 17 ، الذي جاء مجسدا لمبدأ دستوري جاء به التعديل الدستوري 2016 الا و هو مبدأ التقاضي على درجتين، و مقتديا لما وصلت إليه

التشريعات المقارنة لا سيما القانون الفرنسي، و الذي تدخل بموجب تعديل 15 جوان 2000 لقرار الطعن بالاستئناف في احكام محكمة الجنايات، ثم قانون 04 مارس 2002 و قانون 09 مارس 2004، عندما أضاف في الاول إمكانية الطعن بالاستئناف من طرف النيابة العامة في احكام البراءة و نظم الثاني الغياب في مواد الجنايات.

لذا فإن السؤال الجدير بالطرح في هذا الاطار هو إلى اي مدى وفق المشع الجزائري في تنظيمه للطعن بالمعارضة و الاستئناف في احكام محكمة الجنايات، مراعيًا خصوصية هذه الاخيرة بإعتبارها محكم إقتناع و ليس محكمة دليل.

سنحاول الاجابة على هذه الاسئلة من خلال مبحثين نتناول في المبحث الاول الطعن بالمعارضة في احكام محكمة الجنايات و في المبحث الثاني الطعن بالإستئناف في احكام محكمة الجنايات.

المبحث الأول: المعارضة في احكام محكمة الجنايات

نتناول في هذا المبحث نطاق المعارضة و إجراءاتها في المطلب الأول و آثارها في المطلب الثاني

المطلب الأول : نطاق المعارضة و إجراءاتها

تناول نطاق المعارضة في المطلب الأول ثم إجراءاتها في المطلب الثاني

الفرع الأول : نطاق المعارضة:

أولاً : تعريف الحكم الغيابي

أ- تعريف الحكم الغيابي عموماً: يعرف الدكتور احمد فتحي سرور "الحكم الذي يصدر في الدعوى دون ان يحضر المتهم جميع جلسات المرافعة و لو حضر جلسة النطق بالحكم طالما انه لم تجري المرافعة في الجلسة في حضوره" (1).

ب- تعريف الحكم الغيابي امام محكمة الجنايات:

"هو الحكم الذي يصدر عن محكمة الجنايات دون مشاركة المحلفين ، عند تغيب المتهم المتابع بجناية عن حضور الجلسة رغم تبليغه قانوناً بتاريخ إنعقادها".

ثانياً: من يجوز له الطعن بالمعارضة:

طبقاً للمادة 321 ق إ.ج، فإن من يجوز له الطعن بالمعارضة هو المتهم وحده، دون تمكين باقي الأطراف من هذا الحق.

ثالثاً: ميعاد المعارضة و إجراءات تقيدها:

نصت المادة 322 ق.إ.ج.فقرة 02 على ان المعارضة جائزة خلال عشرة (10) أيام، إبتداءً من تاريخ التبليغ في الموطن او في مقر البلدية او التعليق على لوحة الإعلانات بالنيابة العامة و تكون جائزة أيضاً خلال المدة نفسها إبتداءً من تاريخ التبليغ الشخصي طيلة مدة انقضاء العقوبة بالتقادم.

بمقارنة نص المادة 321 مع نصوص المادتين 411 و 412 نلاحظ

مايلي:

- لم تنص على تمديد الآجال بالنسبة للمتهم المقيم خارج الوطن، و هنا يطرح التساؤل حول مدى تطبيق هذا النص.

- نصت على ان التبليغ الشخصي، يجوز طيلة مدة إنقضاء العقوبة بالتقادم، و المعروف ان تقادم العقوبة يبدأ حسابه من تاريخ صيرورة الحكم نهائي و هو ما يفتح المجال لتبايد الاحكام الجزائية و لا شك ان هذا يتعارض مع المبادئ القانونية.

- كما يطرح التساؤل حول مدى إعمال طرق التبليغ المنصوص عليها في قانون الاجراءات المدنية و الادارية طبقا للمادة 439، و لاسيما ان قانون 06/17 نص على إستعمال طرق التبليغ المدنية عند تبليغ تاريخ جلسة النظر في المعارضة،

يطرح التساؤل كذلك حول تبليغ المحبوس و التي خصها المشرع بالذكر في حالة تبليغ تاريخ الجلسة و لم يتناولها في تبليغ الحكم الغيابي.

الفرع الثاني: إجراءات المعارضة (تقييدها)

يمكن حصر إجراءات المعارضة فيما يلي :

1- تقييد المعارضة من المتهم المحكوم عليه غيابيا: و قد اشترطت المادة 321 ق إ ج أن يتم تسجيل الطعن من طرف المتهم شخصيا و هذا في حالة صدور أمر بالقبض ضده، بمعنى انه إذا لم يكن هناك امر بالقبض فيجوز تسجيل المعارضة من محامي المتهم أو وكيله، و المشرع بذلك يكون قد رفع الجدل الفقهي و القضاء الذي كان مطروحا سابقا حول أحقية المتهم في تسجيل معارضة نيابة عن المتهم(2).

و مع ذلك و بالعودة لنص المادة 317 ق إ ج بعد التعديل، نجدها تنص على أن أوامر القبض الصادرة عن قاضي التحقيق او عن رئيس المحكمة خلال الإجراءات التحضيرية تبقى سارية المفعول إلى حين الفصل في المعارضة إن وقعت و في حالة عدم وجوده، فإن المحكمة تصدر أمرا بالقبض ضد المتهم.

أي أنه في كل الحالات يكون امر القبض موجود، و لذلك فإن الحديث عن معارضة حكم غيابي ليس فيه أمر بالقبض يعد نادرا، ما عدا حالة صدور حكم غيابي أمام المحكمة الاستئنافية و كان المتهم متابع بجنحة، ما دام ان المادة 02 /318 جعلت إصدار امر القبض في هذه الحالة جوازي.

2- يتم التبليغ بالجلسة و وفقا للإجراءات المحددة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية: و هو ما نصت عليه المادة 322 ق إ ج، التي أحالت إلى المادة 439، اما بالنسبة للمتهم المحبوس، لأي سبب كان فيتم تبليغه عن طريق أمانة ضبط المؤسسة العقابية.

و تطرح نص المادة 322 ق إ ج بعد التعديل بعض التساؤلات منها:
- هل يجوز تسليم التبليغ عن طريق الضبطية القضائية كما هو مطبق في الجرح و المخالفات

- هل يجب تبليغ باقي الأطراف، مادام أن المشرع لم يشر إلا للمتهم.

3/ الاختيار بين المعارضة و الاستئناف:

يطرح التساؤل حول مدى أحقية المتهم المحكوم عليه غيابيا في التنازل عن حقه في المعارضة و مباشرة الاستئناف؟

إذا كان المستقر عليه في مواد الجرح انه يجوز للمتهم المحكوم عليه غيبا
أن يقوم باستئناف الحكم الغيابي الصادر ضده و يعتبر ذلك تنازلا منه عن حقه
في المعارضة(3). فإن المشرع الجزائي من خلال تعديل قانون الإجراءات
الجزائية بالأمر 06 / 17، لم يفصل في هذه الإشكالية و هو ما يطرح التساؤل
حول إمكانية ذلك؟.

بالعودة لنص المادة 322 مكرر ق إ ج ، يستشف بأنه لا يجوز الطعن في
الأحكام الغيبية إلا بالمعارضة و لا يجوز الاستئناف ، إلا بعد سلك طريق
المعارضة ، إلا ان صياغة نص المادة 321 طرحت بعض الشك بقولها انه " لا
يجوز الطعن في الحكم الغيابي باي طريق من طرق الطعن إلا من طرف المحكوم
عليه شخصيا ..."

مع الإشارة أن المشرع الفرنسي فصل نهائيا في هذه المسألة و نصت المادة
379-5 ق إ ج ف على انه لا يجوز للمتهم المحكوم عليه في حالة الغياب الطعن
بالاستئناف .

المطلب الثاني: آثار المعارضة

للطعن بالمعارضة أثران : وقف التنفيذ و إعادة المحاكمة

الفرع الأول: وقف تنفيذ الحكم الغيابي

للمعارضة اثر موقف كمبدأ عام، فالحكم الغيابي لا يكون قابل للتنفيذ
قبل تبليغه للمعني بالأمر، و خلال اجل المعارضة و أثناء نظرها، باستثناء أمر

القبض الصادر عن قاضي التحقيق أو عن رئيس المحكمة ، خلال الإجراءات التحضيرية أو عن محكمة الجنايات الاستئنافية عند إصدار الحكم الغيابي (4).
و إذا سجلت المعارضة، فإن الحكم الغيابي يصبح لاغيا ، في كل ما قضى به ضد المتهم، و يعاد النظر في الدعوى من جديد (5)، أما ما قضى به الحكم الغيابي في صالح المتهم الطاعن، كالبراءة بالنسبة لبعض المتهم أو رفض لطلبات مدنية فإن المعارضة لا تطاله، لان المتهم لا مصلحة له في معارضة قضاء كان في صالحه (6)، و هذا ما يفسر حق النيابة في استئناف الحكم بالبراءة.

الفرع الثاني: إعادة الفصل في الدعوى من طرف الجهة القضائية نفسها

التي أصدرت الحكم الغيابي

طبقا للمادة 413 ق إ ج، يحكم في المعارضة الجهة التي أصدرت الحكم الغيابي، أي انه نميز بين الحكم الغيابي الصادر عن محكمة الجنايات الابتدائية و الحكم الغيابي الصادر عن محكمة الجنايات الاستئنافية، فإذا كان الحكم الغيابي صادر عن المحكمة الابتدائية، تعاد المحاكمة أمام هذه الأخيرة، أما إذا كان الحكم الغيابي صادر عن المحكمة الاستئنافية فيعاد أمامها، و ذلك بتشكيلة كاملة (قضاة و محلفين)، ما عدا في حالة المعارضة في حكم غيابي صادر عن المحكمة الاستئنافية ضد متهم متابع بجنحة، فإنه طبقا للمادة 318 ق إ ج، يتم الفصل في معارضته بتشكيلة القضاة فقط وفق الإجراءات المطبقة في مادة الجرح دون التطرق للحكم الابتدائي المستأنف.

و الطعن بالمعارضة قد يشمل الدعويين العمومية و المدنية و قد يقتصر على أحدهما(7).

المبحث الثاني: الطعن بالاستئناف في احكام محكمة الجنايات

يعد الطعن بالاستئناف الطريق الثاني من طرق الطعن العادية في الأحكام الصادرة عن محكمة الجنايات، و الذي يعد تحقيقا لمبدأ التقاضي على درجتين المكرس دستوريا، و الذي عن طريق يتم رفع النزاع برمته أمام المحكمة الجنائية الاستئنافية كدرجة ثانية للتقاضي.

و نص المشرع على الطعن بالاستئناف في الاحكام الجنائية في القانون 07 /17 بعدد من المواد يفوق الذي تضمن الطعن بالمعارضة اي 10 مواد، و هو ما يفرض علينا تناول الاستئناف كطريق للطعن في الاحكام الجنائية من خلال التعرض لنطاقه و إجراءاته في المطلب الاول و آثاره في المطلب الثاني.

المطلب الاول: نطاق الطعن بالاستئناف و إجراءاته

نتناول في الفرع الاول نطاق الاستئناف و في الفرع الثاني إجراءاته

الفرع الأول: نطاق الاستئناف

نتطرق للأحكام التي يجوز استئنافها و كذا الأشخاص الذين يجوز لهم الطعن بالاستئناف.

أولا: الأحكام التي يجوز استئنافها:

تنص المادة 322 مكرر "تكون الأحكام الصادرة حضورياً عن محكمة الجنايات الابتدائية الفاصلة في الموضوع قابلة للاستئناف أمام محكمة الجنايات الاستئنافية".

من خلال هذا النص نستخرج شروط الأحكام القابلة للطعن بالاستئناف:

أ/ الأحكام الحضورية: على خلاف الاستئناف في مواد الجرح و المخالفات، أين المشرع لم يشترط صراحة أن تكون الأحكام حضورية، فإنه في مواد الجنايات نص صراحة على أن الاستئناف لا يرد إلا على الأحكام الحضورية، بمعنى أن الأحكام الغيابية لا يتم استئنافها مباشرة بل يجب ممارسة الطعن بالمعارضة أولاً و عند صدور حكم حضوري يتم الطعن فيه بالاستئناف. و يطرح التساؤل حول عدم الإشارة إلى الأحكام الصادرة حضورياً اعتبارياً في حالة المادة 319 ق إ ج ، أين يحضر المتهم الطليق افتتاح الجلسة ثم يغادر قاعة الجلسات.

كما ان صياغة المادة 312 ق إ ج طرحت بعض اللبس ، بقولها لا يجوز الطعن في الحكم الغيابي بأي طريق من طرق الطعن " فقد يفهم لن هناك طرق أخرى و قد تعد المعارضة منها.

ب/ الأحكام الفاصلة في الموضوع: حيث أن المشرع استبعد صراحة الأحكام غير الفاصلة في الموضوع كالأحكام التحضيرية و التمهيديّة و الفاصلة في دفع شكلي... الخ

ج/ لم يفرق المشرع بين الحكم الفاصل في جنائية أو في جنحة: فيجوز للمتهم المدان بجنائية أمام المحكمة الابتدائية، كما يجوز للمدان بجنحة أن يستأنف الحكم.

د/ لم يفرق المشرع بين الحكم الفاصل في الدعوى العمومية و الفاصل في الدعوى المدنية: فكلاهما يقبل الطعن بالاستئناف أمام المحكمة الاستئنافية . و الفرق فقط يكون في منطوق الحكم، حيث أن محكمة الاستئناف لما تفصل في الشق الجزائي فإنها تعيد الفصل في القضية دون التطرق للحكم الابتدائي، لا بالتأييد و لا بالتعديل و لا بالإلغاء، على خلاف عند فصلها في الدعوى المدنية فإنها تقضي بالتأييد أو التعديل أو الإلغاء (م 322 مكرر 07)، مع ملاحظة انه إذا اقتصر الاستئناف على الدعوى المدنية وحدها تفصل فيه الغرفة الجزائي بالمجلس (م 06 / 316).

ثانيا : الأطراف الذين لهم الحق في الاستئناف

طبقا للمادة 322 مكرر 01 فإن كل الأطراف لهم الحق في الاستئناف كما يلي:

أ/ المتهم: و يجوز له استئناف الشق الجزائي، كما يجوز له استئناف الشق المدني، كما يكون له هذا الحق في حالة الإدانة بجنائية أو جنحة.

و على خلاف المشرع الفرنسي الذي نص صراحة على حق المتهم في الاستئناف الفرعي ، فإن المشرع الجزائري لم يوضح هذه المسألة ، و الراجح انه يجوز يجوز له ذلك طبقا للقواعد العامة(8).

كما يطرح التساؤل حول استئناف الحكم الغيابي من طرف المتهم ، مع ملاحظة ان المشرع الفرنسي أجاب صراحة على ذلك و نص في المادة 379-1 ق إ ج ف بأنه لا يجوز له ذلك (9).

ب / النيابة العامة: لا يجوز للنيابة العامة إلا استئناف الشق الجزائي، سواء تعلق الأمر بإحكام الإدانة أو أحكام البراءة.

ج / الطرف المدني: وذلك فيما يخص حقوقه المدنية و يجوز له رفع استئناف أصلي أو فرعي. و لا يقبل الاستئناف الفرعي للطرف المدني إذا كان استئناف المتهم منصب فقط على الشق الجزائي (10).

د / المسؤول المدني: و لا يجوز له الاستئناف إلا فيما يتعلق بالحقوق المدنية

ه / الإدارات العمومية: و يمكنها رفع الاستئناف في الحالات التي يجوز لها ممارسة الدعوى العمومية.

الفرع الثاني : إجراءات الاستئناف

اولا: مباشرة الاستئناف: طبقا للمادة 322 مكرر 2 يرفع الاستئناف بتصريح شفوي أو كتابي أمام أمانة ضبط المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه. أو أمام كاتب المؤسسة العقابية إذا كان المتهم محبوسا.

ثانيا: أجل الاستئناف: بالنسبة للاستئناف الأصلي اجله هو عشرة أيام من تاريخ التبليغ و بالنسبة للاستئناف الفرعي فاجله 05 أيام طبقا للقواعد العامة.

ثالثا: التنازل عن الاستئناف: طبقا للمادة 322 مكرر 05: "يجوز للمتهم إذا كان مستأنف لوحده دون النيابة التنازل عن استئنافه فيما يتعلق بالدعوى العمومية و يكون ذلك قبل بداية تشكيل المحكمة. كما يجوز للمتهم كذلك التنازل عن استئناف الدعوى المدنية و كذلك للطرف المدني.

و يتم إثبات التنازل بأمر من السيد رئيس محكمة الجنايات الاستئنافية.

المطلب الثاني: آثار الاستئناف

للاستئناف في الأحكام الصادرة عن محكمة الجنايات طبقا للقانون 17/07 اثر موقف و أثر ناقل.

الفرع الأول: الأثر الموقوف:

استئناف الحكم الفاصل في الدعوى العمومية و كذلك في الدعوى المدنية يؤدي لوقف التنفيذ خلال آجال الاستئناف و خلال خصومة الاستئناف، باستثناء تنفيذ العقوبة السالبة للحرية المقضي بها في جناية أو جنحة مع الأمر بالإيداع طبقا للمادة 309 ق إ.ج.

الفرع الثاني: الأثر الناقل للاستئناف

لاستئناف الأحكام الجنائية اثر ناقل أمام المحكمة الاستئنافية المختصة بنظر القضية.

و يختلف الأثر الناقل لاستئناف الأحكام الجنائية عن استئناف في الجرح و المخالفات في كونه لا يمكن حصر الاستئناف في أجزاء من الحكم فالمحكم

الاستئنافية تتصرف كما في حالة إحالة القضية من طرف المحكمة العليا بعد النقض، أي للفصل في القضية يجب فحصها بالكامل.

و مع ذلك فإن الأثر الناقل محدد بمحددتين هما:

- عدم جواز تقديم طلبات جديدة في الاستئناف: ونصت على ذلك

المادة 322 مكرر 09 فقرة 02 و مع ذلك يجوز للطرف المدني طلب زيادة التعويضات المدنية بالنسبة للضرر الذي لحق به منذ صدور حكم محكمة الجنايات الابتدائية. ومنه لا يجوز للضحية الذي لم يتأسس كطرف مدني أمام المحكمة الابتدائية أن يطلب ذلك أمام المحكمة الاستئنافية(11).

- عدم جواز الإضرار بالمستأنف: الأثر الناقل للاستئناف محدد بعدم

جواز الإضرار بالمستأنف إذا كان الاستئناف مرفوع من طرف واحد و هو ما نصت عليه المادة 322 مكرر 09 فقرة 01 و هذا سواء كان المستأنف هو المتهم أو الطرف المدني او المسؤول المدني.

و نلاحظ أن المشرع اقتصر على المتهم و المسؤول المدني و نسي- ذكر

الطرف المدني.

خاتمة:

في الأخير نخلص إلى أن المشرع الجزائري خطى خطوة كبيرة في تنظيمه لمحكمة الجنايات و الإجراءات أمامها، لاسيما فيما يتعلق بطرق الطعن و خاصة الطعن بالمعارضة و الاستئناف و هو بذلك يكون قد جسد مبدأ التقاضي على درجتين، المكرس دستوريا و استجاب للنداءات التي ما فتئ يوجهها الفقه من

اجل تعديل نظام محكمة الجنايات كما واكب التطورات التي عرفتتها التشريعات الحديثة في هذا المجال، لاسيما المشرع الفرنسي، و نسجل في هذا الإطار بعض الايجابيات التي امتاز بها هذا القانون لاسيما إذا قارناه بالمشرع الفرنسي منها:

إنشائه محكمة جنائيات إستئنافية و التي تفصل في شكل الاستئناف و موضوعه ، على خلاف المشرع الفرنسي الذي عهد بالفصل في شكل الاستئناف للغرفة الجزائية بحكمة النقض .

إسناد الفصل في الاستئناف المقتصر على الدعوى العمومية للغرفة الجزائية بالمجلس .

منحه لكامل الأطراف حق الاستئناف بما فيه النيابة العامة و حتى في أحكام البراءة .

كما لا تفوتنا الفرصة لتقديم بعض التوصيات للأخذ بها في أي تعديل محتمل:

- منح إمكانية المرافعة للمحامي حتى في غياب المتهم
- جعل إصدار الأمر بالقبض جوازي للمحكمة في حالة إصدارها لحكم غيابي .
- إعادة صياغة المادة 320 ق إ ج كما يلي: "تطبق إجراءات التبليغ و المعارضة المتعلقة بالمتهم المنصوص عليها في المواد 409 إلى 413 من هذا القانون".

- إعادة صياغة المادة 321 ق إ ج "لا يجوز الطعن في الحكم الغيابي بالاستئناف من المتهم، ولا تصح المعارضة إلا بالحضور الشخصي للمحكوم عليه في حالة صدور أمر بالقبض عليه".

- إعادة صياغة المادة 322 مكرر فقرة 2 كما يلي: "تكون المعارضة جائزة خلال عشرة أيام، إبتداء من تاريخ التبليغ الشخصي- بالحكم الغيابي، او بالتبليغ في الموطن او بالتعليق في مقر البلدية او لوحة الاعلانات بالنيابة العامة، و مع ذلك يجوز للمتهم غير المبلغ شخصيا، إذا ثبت بانه لم يحط علما بالحكم الغيابي ان يسجل طعنا بالمعارضة طيلة مدة إنقضاء العقوبة بالتقادم".

- إضافة فقرة ثالثة للمادة 322 مكرر 05 كما يلي: "يصح إستئناف النيابة لاغيا في حالة تنازل المتهم عن إستئنافه".

- إضافة عبارة "..... او من الطرف المدني وحده....." للمادة

322 مكرر 9.

الهوامش

- 1- أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون الاجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، ص 820
- 2- انظر في ذلك : عادل بوضياف ، المعارضة و الاستئناف في المسائل الجزائية ، منشورات كليك ، الجزائر ، 2013 ، ص 54.
- 4- نجيمي جمال ، دليل القضاة للحكم في الجرح و المخالفات في التشريع الجزائري على هدى المبادئ الدولية للمحاكمة العادلة ، الجزء الثاني ، دار هومة ، الجزائر ، 2014 ، ص 509 .1
- 5- المادة 317 فقرة 05 ق إ ج 1
- 6- المادة 409 ق إ ج 1
- 7- جمال نجيمي ، المرجع السابق ، ص 501
- 8- المادة 409 ق إ ج . 1
- 9- Frédéric Desports, LAURENCE Lazegers-Cousquer, Traité de procédure pénale, 3ème édition ; ECONOMICA, Paris, p 2166
- 10- Ibid. ; p 2167
- 11- Frédéric Desports, LAURENCE Lazegers-Cousquer, Op.Cit, p 2170

أي دور لمحكمة الجنايات الاستئنافية

في ظل القانون 07-17

من إعداد الأستاذ عبد الرحمان خلفي

أستاذ محاضر بجامعة بجاية

مدير مخبر بحث حول فعالية القاعدة القانونية

تقديم:

من أهم ضمانات المحاكمة العادلة إقرار مبدأ التقاضي على درجتين بحيث يتم عرض موضوع الدعوى على جهة أعلى درجة بتشكيلة أكثر عددا وأجل خبرة وأقدس كفاءة بغرض مراجعة الحكم الابتدائي مما قد يشوبه من أخطاء موضوعية أو قانونية، ذلك أن القاضي الجزائي مهما بلغ من العلم والثقافة إلا أنه يبقى من البشر ليس معصوما من الخطأ أو النسيان.

وتتسابق التشريعات الجنائية حاليا في تطبيق مبدأ التقاضي على درجتين على الجنايات على غرار الجرح والمخالفات امتثالا لالتزاماتها الدولية عبر المواثيق الدولية من خلال الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 (1) والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الصادر عن الأمم المتحدة سنة 1966 (2).

وسعت الجزائر بدورها إلى تطبيق هذا المبدأ على مستوى كل الجرائم، بما فيها الجنايات التي أقر بشأنها التعديل الدستوري لسنة 2016 (3)، والقانون رقم 07-17 في 27 مارس 2017 (4) المعدل لقانون الإجراءات الجزائية، وكان لهذا الأخير الدور في نشأة محكمة الجنايات الاستثنائية.

لكن يبقى الإشكال الذي يُطرح بشأن هذا النص يكمن حول مدى حاجة المشرع الجزائري إلى محكمة جنایات استثنائية؟ وهل إنشاء هذه المحكمة ضرورة في الوقت الراهن وبالكيفية إلى صيغت في القانون 07-17 المؤرخ في 27/03/2017، ثم هل فعلا تم تكريس مبدأ التقاضي على درجتين عبر إنشاء هذه المحكمة، وذلك بالنظر إلى دورها في التصدي لأحكام محكمة الجنايات الابتدائية؟

نحاول أن نجيب عن هذه الأسئلة من خلال التطرق أولا لأحكام التقاضي على درجتين في ظل القانون 07-17 ثم نعرض بالتحليل لدور محكمة الجنايات الاستثنائية ومدى تفعيلها لمبدأ التقاضي على درجتين.

أولا: أحكام التقاضي على درجتين في الجنايات في ظل القانون 07-17
يعرف المشرع الجزائري نظام التقاضي على درجتين في القضايا الجزائية منذ صدور قانون الإجراءات الجزائية بموجب الأمر 66-155 (5) ولكن كان محمدا في المخالفات والجنح (6) فقط، أما القانون 07-17 المؤرخ في 27 مارس 2017 فيعد الأول من نوعه الذي يسمح بتطبيق هذا النظام على الجنايات بل وينظم إجراءاتها وأجالها والجهة المختصة وآثارها كاملة على النحو المبين أدناه:

1/ كيفية إجراء الاستئناف:

لم يحدد المشرع الجزائري عن إجراءات تقرير الاستئناف الواردة بشأن المخالفات والجناح، بل بذات الكيفية يقرر بحسب نص المادة 322 مكرر 2 من ق.إ.ج بأن الاستئناف يتقرر بموجب تصريح كتابي أو شفوي يتم أمام كتابة ضبط المحكمة التي أصدرت الحكم، وإذا كان المتهم محبوسا فيتم أمام المؤسسة العقابية (7) وهو ما أشارت إليه كذلك المادة 421، 422 من ق.إ.ج.

وهي الكيفية المنقولة تماما من أحكام قانون الإجراءات الجزائية الفرنسية طبقا لنص المادة 380-12 منه، بحيث يكون الاستئناف أمام قلم كتاب محكمة الجنايات التي أصدرت الحكم محل الطعن، ويتم التوقيع على التقرير بالاستئناف من الكاتب ومن المتهم أو من يمثله، أو من الضحية أو من يمثله، أو من المسؤول المدني أو من يمثله أو من النيابة العامة.

مع الإشارة وأن تقرير الاستئناف يجب أن يشتمل على بيانات الحكم محل الطعن، والشق محل الطعن (الجزائي أو المدني أو كلاهما) مع إمضاء الطاعن أو من يمثله. وفي المقابل يُعد لأجل ذلك سجلا للطعون تحدد فيه نفس البيانات، لكن العبرة بالورقة وليس بالسجل عند المنازعة في تاريخ الطعن (8).

2/ تحديد ميعاد الاستئناف في الحكم الجنائي:

ورد في نص المادة 322 مكرر 2 ق إجان الاستئناف يُرفع خلال عشرة أيام (9) وهو ذات الأجل المعتمد في المادة 380-9 ق.إ.ج. فعلى خلاف التشريع الأردني بالمادة 261 ق.إ.ج.أ والتشريعي الإماراتي بالمادة 234

ق.إ.ج.إ والتشريع القطري بالمادة 272 ق.إ.ج.ق التي تحدد المدة بـ 15 يوماً، وكذلك على خلاف التشريع الكويتي بالمادة 201 ق.إ.م.ج.ك، الذي يحدد الأجل بـ 20 يوماً (10).

كما تشير المادة 322 مكرر/ 2 ق.إ.ج.ق وأن حساب الأجل يبدأ من اليوم الموالي للنطق بالحكم، بمعنى آخر لا يُعتد باليوم الذي صدر فيه حكم محكمة الجنايات الابتدائية، وإذا حدث أن صادف آخر يوم في المدة عطلة نهاية الأسبوع أو يوم عطلة رسمية يمتد الأجل إلى أول يوم عمل بعد العطلة (11).

لم يتطرق القانون 07-17 إلى الاستئناف الفرعي في حكم محكمة الجنايات الابتدائية كما هو الحال في الجرح والمخالفات الوارد بشأنها بموجب المادة 418/3 ق، إ، ج (12)، بحيث يُمدد أجل الاستئناف 5 أيام أخرى في حالة استئناف أحد الخصوم في الميعاد المقرر، لكن قد يتدارك المشرع ذلك في التعديلات المقبلة، لأن ما أمكن تطبيقه في المخالفات والجرح بشأن آجال الطعن لا يمكن استبعاده في الجنايات وهي الأكثر خطورة، خاصة وأن المشرع الفرنسي بالمادة 380-10 ق إ ج فيعطي فرصة للطرف الآخر للقيام باستئناف فرعي خلال أجل 5 أيام إضافية تسري مباشرة بعد انتهاء آجال الاستئناف الأصلي (13).

وتمتد الآجال في حالة غياب المتهم عن جلسة النطق بالحكم، بحيث يُحتسب من تاريخ التبليغ، لأن الحكم كان غير وَجَاهِيًا، أما إذا تعلق الأمر بحكم غيابي فلا يمكن تسجيل استئناف إلا بعد انتهاء آجال المعارضة.

3/ من يملك حق الاستئناف؟

بعض التشريعات قلصت الحق في الاستئناف على المتهم لوحده كما فعل المشرع الفرنسي أول الأمر في القانون الصادر في 15 جوان 2000 الذي اقتصر فيه الاستئناف على الأحكام الصادرة بالإدانة، وبالتالي لا يحق الاستئناف إلا من المتهم، أما أحكام البراءة فلا يجوز للنيابة العامة استئنافها، لكن فيم بعد تم تعديل القانون بموجب القانون المؤرخ في 4 مارس 2002 تحت رقم 2002-307 الذي يسمح فيه للنيابة العامة بالطعن في أحكام البراءة، بالإضافة إلى المسؤول عن الحقوق المدنية والمدعي المدني وكذلك الإدارة إذا كانت قد باشرت الدعوى العمومية، وهذا ما هو منصوص عليه في المادة 380-2 من ق.إ.ج.ف(14).

أما المشرع الجزائري فقد حدد الأشخاص الذين يمكنهم الطعن بالاستئناف طبقاً لأحكام المادة 322 مكرر 1 ق.إ.ج. وهي تماماً المذكورة في القانون الفرنسي (15).

4/ المحكمة المختصة بالفصل في الجنايات كدرجة ثانية:

تكون محكمة الجنايات الاستثنائية المنعقدة بمقر المجلس القضائي (16) هي المختصة بالفصل في الأحكام المستأنفة الصادرة عن محكمة الجنايات الابتدائية (17).

والاستئناف في الحكم الجنائي الابتدائي يشمل الدعويين؛ سواء تعلق الأمر بالدعوى العمومية أو الدعوى المدنية التبعية، ففيما يتعلق بالدعوى

العمومية لا تتطرق محكمة الجنايات الاستثنائية إلى ما قضى به الحكم المستأنف لا بالتأييد ولا بالتعديل ولا بالإلغاء(18)، وهو ما جعل الفقه لا يعتبرها بحق جهة استثنائية، بل تمنح فقط فرصة ثانية للتقاضي(19).

أما ما تعلق بالدعوى المدنية التبعية فالأمر مختلف فمحكمة الجنايات الاستثنائية تتصدى من جديد وتفصل فيها بالتأييد أو بالتعديل أو بالإلغاء(20).

وتتشكل محكمة الجنايات الاستثنائية على الأقل من قاض برتبة رئيس غرفة بالمجلس القضائي رئيسا ويساعده قاضيان دون تحديد الرتبة وأربعة محلفين(21)، بالإضافة إلى النائب العام أو من يمثله، وأمين ضبط لتدوين مجريات الجلسة، مع إضافة مهام عون الجلسة والتي أسندها إلى موظف يكون تحت تصرف رئيس جلسة محكمة الجنايات.

لكن هذه التشكيلة تكون فقط في الحالات العادية، أما في الحالات الاستثنائية أين يتعلق الأمر بجرائم الإرهاب، والمخدرات والتهريب فإن تشكيلة محكمة الجنايات الخاصة تكون دون محلفين(22)، وهذا الأمر لم يتميز به المشرع الجزائري، فحتى المشرع الفرنسي أسند بعض القضايا الخطيرة لمحكمة الجنايات الخاصة، المنشأة سنة 1982 خلفا لمحكمة أمن الدولة وهي تتشكل من 7 قضاة محترفين في الدرجة الأولى ومن 9 قضاة في الدرجة الثانية وتفصل في قضايا محددة بما فيها جرائم القانون العام التي يرتكبها الجنود عندما يكون هناك خطر الكشف عن سر الدفاع الوطني وفقا لأحكام المادة 698-7 ق.إ.ج.ف،

وجرائم الخيانة والتجسس والتدخل في الدفاع الوطني وفقا لأحكام المادة 702 ق.إ.ج.ف، والجرائم الإرهابية وفقا لأحكام المادة 706-16 ق.إ.ج.ف، والمتاجرة بالمخدرات طبقا لأحكام المواد 706-27 ق.إ.ج.ف، وما يليها، وانتشار أسلحة الدمار الشامل أو وسائل إيصالها وفقا لأحكام المواد 706-167 ق.إ.ج.ف وما يليها(23).

وطرح إشكال فيما يتعلق بمحكمة الجنايات الخاصة، هل يُتبع بشأنها الإجراءات العادية المطروحة بشأن محكمة الجنايات العادية أم لها إجراءات خاصة، خاصة عندما سكت النص عن ذلك، وهل تتبع طريقة طرح الأسئلة والأجوبة أن تعتمد طريقة التسبيب(24)، ثم هل تشكيلتها تبقى ثلاثية أم يُضاف لها أربعة قضاة محترفين آخرين بدل المحلفين؟ لأنه من غير المعقول أن تُسند القضايا البسيطة لتشكيلة سباعية والقضايا الخطيرة التي تمر على محكمة الجنايات الخاصة تكون تشكيلتها ثلاثية فقط(25). لكن وفي غياب أي نصوص أخرى تبقى الإجراءات المطبقة على محكمة الجنايات العادية هي نفسها المطبقة على محكمة الجنايات الخاصة، مع وجوبية إتباع طريقة الأسئلة والأجوبة وكذا التسبيب، كما أن التشكيلة هي كما ذكرها النص دون حاجة للزيادة.

والتشكيلة العادية في التشريع الفرنسي تختلف؛ فهي على مستوى محكمة الجنايات ثاني درجة تتشكل من 3 قضاة و 9 محلفين (26)، فهو لا يرغب في التخلي عن فكرة السيادة الشعبية، مع العلم أن محكمة الجنايات أول درجة تتشكل من 3 قضاة و 6 محلفين.

وبالتبعية لذلك يمكن القول وأن محكمة الجنايات الاستئنافية تكون ودون تجاوز درجة ثانية فقط في الدعوى المدنية التبعية، مع الإشارة وأن الاستئناف في الدعوى المدنية لوحدها يجعل اختصاص النظر فيه من شأن الغرفة الجزائية بالمجلس القضائي (27)، وهو الأمر ذاته في قانون الإجراءات الجزائية الفرنسية بالمادة 380-5 ق.إ.ج.ف (28).

الجهة التي تنظر في الاستئناف متواجدة بنفس مقر المجلس القضائي وتسمى محكمة الجنايات الاستئنافية، ينتقل إليها الملف مباشرة دون شروط محددة، على عكس المشرع الفرنسي- الذي كان يمنح صلاحية تحديد محكمة الجنايات الاستئنافية إلى غرفة الجنايات بمحكمة النقض، ولكن فيما بعد تم التراجع عن ذلك وأصبح الرئيس الأول للمجلس القضائي هو المكلف بتحديد محكمة الجنايات الاستئنافية من خارج اختصاص المجلس القضائي، وفي حال اعتراض النيابة العامة أو أحد الأطراف يرفع الأمر إلى غرفة الجنايات بمحكمة النقض للنظر في تحديد الجهة القضائية المختصة، وهو الحكم المنصوص عليه بالمادة 380-14 ق.إ.ج.ف (29).

تجدر الإشارة وأن الاستئناف في أحكام محكمة الجنايات الابتدائية لا يخضع إلى أي رقابة قبلية من أي جهة قضائية ماعدا ما جاء النص عليه بالمادة 322 مكرر 8 من ق.إ.ج. التي مكّنت تشكيلة المحكمة دون حضور المحلفين من مراقبة صحة الاستئناف من الناحية الشكلية (30) وهذا على خلاف المشرع الفرنسي في المادة 380-15 ق.إ.ج.ف التي أوكلت النظر في صحة الاستئناف

من الناحية الشكلية إلى الرئيس الأول للمجلس القضائي أو إلى رئيس غرفة الجنايات بمحكمة النقض بحسب الحالة وتبعاً لذلك لو ثبت أن الاستئناف كان خارج الآجال أو أن القرار غير قابل للاستئناف فلا داعي لتعيين الجهة الاستئنافية للنظر في القضية (31)، وإن هذا الأمر لاق معارضة شديدة من طرف بعض الفقه الذين رأوا في ذلك تقييد لحق المستأنف في نظر دعواه من جديد، لأنه يُفترض أن يكون هذا الحق غير مُعلق على أي شرط، بالإضافة إلى أنه يعمل على إطالة أمد النزاع (32).

أما عن الإجراءات التحضيرية وإجراءات المحاكمة المتبعة أمام محكمة الجنايات الاستئنافية فهي نفسها المتبعة أمام محكمة الجنايات الابتدائية (33) من حيث طريقة تحضير الشهود وطريقة اختيار المحلفين وكيفية ردهم وطرح الأسئلة وغير ذلك.

ثم إن للاستئناف أمام محكمة الجنايات الاستئنافية أثر ناقل للدعوى في حدود التصريح بالاستئناف، فقد يقتصر على الدعوى العمومية وحدها أو الدعوى المدنية وحدها أو الدعويين معاً، ولا يجوز لمحكمة الجنايات الاستئنافية أن تُسبب حالة المستأنف إذا كان الاستئناف مرفوعاً من المتهم وحده أو المسؤول عن الحقوق المدنية وحده (34)، وهو موقف المشرع الفرنسي الذي يمنع جهة الاستئناف أن تسبب حالة المتهم المستأنف وحده للدعوى العمومية (35).

لكن الاستئناف يُوقف تنفيذ الحكم إلى حين الفصل فيه، ويبقى المتهم المحبوس المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية من أجل جنحة رهن الحبس إلى غاية الفصل في الاستئناف (36) وهو نفس موقف المشرع الفرنسي (37).

ثانيا: محكمة الجنايات الاستئنافية في شكلها الحالي لا تُكرس نظام

التقاضي على درجتين:

ربما أول ما يتبادر إلى الذهن هو التساؤل حول مدى حاجة المشرع الجزائري إلى محكمة جنايات استئنافية؟ وهل هناك ضرورة إلى ذلك في الوقت الراهن وبالكيفية إلى صيغت بها أم أنها مجرد التزامات دولية تُحتم على الدولة أن تفي بها بالنظر إلى الاتفاقيات التي انضمت إليها ونقصد بذلك على الخصوص العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية؟

1/ مدى حاجة التشريع الجزائري إلى محكمة جنايات استئنافية:

يحيط الدستور الجزائري وقانون الإجراءات الجزائية المتهم بهالة من الضمانات خاصة إذا تعلق الأمر بمتابعته من أجل جنائية، هذه الأخيرة التي ألزم فيها المشرع بوجود التحقيق وعلى درجتين؛ الأولى أمام قاضي التحقيق والثانية أمام غرفة الاتهام، كما قيد المحكمة بالكثير من الإجراءات وأوجب فيها تمثيل المتهم بمحامٍ.

أ/ وُجُوبية التحقيق في الجنايات على درجتين:

تبنى المشرع الجزائري موقف القانون الفرنسي في أخذه بنظام التحقيق، وأسند هذه المهمة إلى سلطة مستقلة بعيدة عن تدخل النيابة العامة، بحيث أوكلها أمام المحكمة لقاضي التحقيق وأمام المجلس القضائي إلى غرفة الاتهام. والتحقيق الابتدائي مجرد إجراء تحضيري قبل المحاكمة يسعى إلى البحث في مدى قابلية الملف الجزائي للنظر أمام القضاء سواء من حيث الوقائع أو من حيث الأشخاص، فإن كانت هناك أدلة كافية يُحال المتهم إلى المحكمة وإن كانت غير ذلك يصدر أمر بانتفاء وجه الدعوى.

ويهدف المشرع الجزائري من خلال التحقيق إلى كشف الحقيقة التي قد تكون في صالح المتهم أو في صالح المجتمع (38) وفي سبيل ذلك تم تمكين قاضي التحقيق من جملة من الوسائل القصورية تعد الأقوى والأكبر قبل المحاكمة. وفي سبيل ذلك يجوز لقاضي التحقيق أن يأمر بإحضار المتهم بغرض استجوابه، كما يمكن أن يصدر أمرا بالقبض ضده أو الحبس المؤقت إذا كانت الجريمة خطيرة ويخشى إفلاته من العقاب، كما يملك كل السلطات التي تملكها الشرطة القضائية في حالات التلبس أو عند استعمال أساليب التحري الخاصة (39).

أما الأوامر التي يصدرها قاضي التحقيق بشأن الملف المعروض أمامه فهي تخضع لرقابة غرفة الاتهام سواء تلقائيا أو بناء على طلب أو استئناف أحد أطراف الخصومة طبقا لأحكام المواد 157 و 159 و 160، 191 ق.إ.ج.

والمشرع الجزائري تَحَيَّز بين الجرائم في مدى لزوم التحقيق بشأنها، بحيث جاء في المادة 66 من ق.إ.ج أن التحقيق وجوبي في الجنايات واختياري في الجناح ما لم يرد نص، واختياري في كل المخالفات، وهو نفس الحكم في القانون الفرنسي ما عدا الجنايات التي لها أحكام خاصة، وهذا ما نصت عليه المادة 79 ق.إ.ج.ف (40).

فالجنايات تخضع وجوبا للتحقيق، فلا يجوز مطلقا للنيابة العامة إحالة الدعوى بشأن جريمة لها وصف الجنائية على المحكمة مباشرة وهو حال الكثير من التشريعات التي تعمل بنظام قاضي التحقيق (41)، كما لا يجوز أن يكون موضوع تكليف مباشر بالحضور من طرف الضحية طبقا لأحكام المادة 337 مكرر ق.إ.ج، وبالتبعية لذلك عندما ينتهي قاضي التحقيق من دراسة الملف وعند اقتناعه بكفاية الأعباء ضد المتهم يصدر أمر بإرسال المستندات إلى النيابة العامة، كي تسعى لجدولته أمام غرفة الاتهام، وهو في حقيقة الأمر إحالة صادرة من قاضي التحقيق نحو غرفة الاتهام، ولكن فقط لما كانت هذا الأخيرة متواجدة بالمجلس القضائي باعتباره درجة ثانية فيحتاج أن يمر إداريا على النيابة العامة بغرض الجدولة لا غير.

والنظر من جديد في الجنائية من طرف غرفة الاتهام يصب في خانة الوجوب لا الخيار، لأن الأمر يتعلق بجريمة خطيرة ناهيك على أن هذه الغرفة تعتبر جهة الإحالة الوحيدة في الجنايات طبقا لأحكام المادة 197 ق.إ.ج (42).

إذن فأخذ المشرع الجزائري بمبدأ وجوبية التحقيق أمام قاضي التحقيق ثم غرفة الاتهام في الجنايات، يُفترض أن ذلك يُغني عن اللجوء إلى محكمة جنابات استثنائية، كما أن التحقيق على درجتين ثم المحاكمة على درجتين فيه مبالغة أو ترف في مجال الضمانات التي قد يكون لها مفعول عكسي، ثم إن التحقيق يُمثل ضمانة كافية تمنع في الكثير من الحالات من التسرع في الاتهام، ناهيك على أنه يُخفف العبء على المحاكم من كثرة الملفات، كما أنه يساعد على حسن سير العدالة الجزائية (43) لأن النتائج التي يتوصل إليها ترفع الضبابية حول الوقائع والأدلة المعروضة أمام القضاء.

ب/ وجود ضمانات كبيرة أمام محكمة الجنايات:

لعل أبرز ما يتحدث عنه الفقه هو الضمانات الموجودة أمام محكمة الجنايات والتي يستفيد منها المتهم، على الخصوص ما تعلق بتشكيلة المحكمة التي تضم قضاة محترفين وقضاة شعبيين، ثم إن القضاة المحترفين هم من أقدم القضاة في المجلس القضائي ويرأس التشكيلة المتكونة من ثلاثة مستشارين، رئيسا برتبة رئيس غرفة على الأقل، يعمل على ضمان الإجراءات المقررة أمام محكمة الجنايات سواء ما تعلق بإجراء القرعة لاختيار المحلفين، وحق المتهم في رد ثلاثة منهم، وكذا تلاوة قرار الإحالة الذي يجب على المحكمة أن تتقيد به حرفيا سواء ما تعلق بالأشخاص أو الوقائع، وعليها التأكد من وجود محامي للدفاع عن المتهم مع إجراء الاستجواب النهائي في الملف خلال المناقشة، واستحضار الشهود وسماعهم وسماع الطرف المدني، وتلاوة الأسئلة بعد قفل

باب المرافعة، ثم وثيقة الأسئلة التي يجب أن تتناول كل جريمة على حدا وكذا الظروف المشددة وغير ذلك حتى النطق بالحكم في الدعوى العمومية ثم الحكم في الدعوى المدنية التبعية.

فالمحاكمة أمام محكمة الجنايات لها خصوصية كبيرة وإجراءاتها معقدة تجعلها تتميز عن مثلتها بالنسبة للجنح أو المخالفات سواء أمام المحكمة أو المجلس القضائي، فالضمانات فيها أقوى، فلا داعي لمحكمة جنائيات أخرى استثنائية طالما كان الخطأ فيها يكاد يكون منعدما، وفي أسوأ الأحوال نادرا ما يقع.

ج/ التمثيل بمحامي وجوبي في الجنايات:

نظرا لخطورة الجنايات على وضع المتهم فإن المشرع ألزم الدولة بضمان الحق في الدفاع فيها سواء باختيارها أو تلقائيا عند عدم الاستطاعة المادية، ويُعد وجود محام ضمان هام لكفالة الحق في محاكمة عادلة، وهذا الحق مشار إليه في أغلب المواثيق الدولية الحقوقية أهمها: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة 11 / 1 منه (44) وكذا الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب في المادة 07 الفقرة (1/د) (45).

وأشارت إلى ذلك المادة 292 في ق.إ. ج (46) التي حرصت على تأمين الحق في الدفاع في الجنايات، ويُعد التمثيل بمحامي مسألة جوهرية تتعلق بالنظام العام يجوز الدفع بها في أي مرحلة، بل يجوز إثارتها من المحكمة العليا نفسها. فإغفالها في كل الحالات يمس بالحق في الدفاع الذي يجعل حكم محكمة الجنايات

باطلا(47)، مع الإشارة وأن المشرع الجزائري في المادة 270 / 3 ق.إ.ج(48) قد أجاز للمتهم أن يعهد بالدفاع عنه -وبصفة استثنائية- لأحد أقاربه أو أصدقائه بدلا من المحامي، ويرى الكثير من الدفاع أن هذا النص يُعد مناورة للالتفاف على الحق في الدفاع لا غير، خاصة عند محاولته المطالبة ببعض الحقوق عن طريق مقاطعة محكمة الجنايات.

أمام هذه الضمانة التي لا نجد لها في الجرح والمخالفات، بل فقط في الجنايات التي يحرص المشرع على وجود المحامي في كل تحريات المحاكمة، مع ضمان وقت كاف للمراقبة وإبداء الدفع، وهي لا محالة تُغني عن اللجوء إلى محكمة جنايات استئنافية.

2/ الخلل في القانون 17 - 07 المنشئ لمحكمة الجنايات الاستئنافية:

لاشك أن القانون 17 - 07 كانت له إيجابيات خاصة ما تعلق بحماية الحريات عند قيامه بإلغاء الأمر بالقبض الجسدي الذي كان منصوصا عليه في المادة 198 من ق.إ.ج(49) واستبعاد إجراءات التخلف عن الحضور الذي كان منصوصا عليه بالمادة 317 ق.إ.ج ما بعدها(50)، كما أدرج وجوبية تسبب الحكم الجنائي المنصوص عليها بالمادة 309 من القانون 07-17 (51) وإعطاء فرصة ثانية للمحاكمة أمام محكمة الجنايات الاستئنافية المستحدثة بموجب المادة 322 مكرر من القانون 07-17(52)، واعتماد نظام المعارضة في الأحكام الغيابية(53) سواء أمام محكمة الجنايات الابتدائية أو الاستئنافية،

كذلك إعطاء الحق للمحامي في طرح السؤال مباشرة على المتهم والضحية والشهود تساويا بينه وبين النيابة (54).

لكن في المقابل يوجد بعض الخلل على مستوى النصوص من بينها التناقض أو التعارض بين ما ورد في المادة الأولى المستحدثة بموجب هذا القانون، والتي تتناول مبادئ المحاكمة العادلة وكذا أمام محكمة الجنايات، ناهيك على إشكال نظام المحلفين الذي تخلت عنه الكثير من التشريعات، ونحاول أن نبين ذلك على التوضيح المبين أدناه:

أ/ تعارض وجود محكمة جنابات استئنافية مع مبدأ التقاضي على

درجتين:

جاء في المادة الأولى/ 8 المستحدثة بموجب القانون 17 - 07 "أن لكل شخص حُكم عليه، الحق في أن تنظر في قضيته جهة قضائية عليا" (55)، ومحتوى هذه المادة يقتضي أنه ومن أجل تطبيق مبدأ التقاضي على درجتين أن يتم فحص الدعوى من حيث الوقائع والقانون أمام محكمتين مختلفتين في الدرجة على أن تكون المحكمة الثانية درجة أعلى وتتوافر على قضاة أكثر خبرة وأكثر كفاءة وأكثر عدد على ما هو موجود أمام الدرجة الأولى.

لكن بالرجوع إلى أحكام المادتين 248 و 252 من القانون 17 - 07 (56) نجدها تحدد مقر انعقاد كل من محكمة الجنايات الابتدائية و الاستئنافية بمقر المجلس القضائي، أي أنها على نفس الدرجة وبنفس التشكيلة تقريبا، وهي 3 قضاة محترفين و 4 قضاة شعبيين (المادة 258 من القانون 17 -

07(57) ماعدا اختلاف طفيف في رتبة رئيس الجلسة محكمة الجنايات الاستئنافية الذي يجب أن يكون برتبة رئيس غرفة على الأقل، أما المساعدين فهم في نفس الرتبة، وهذا ما يجعل الحق المقرر للأطراف في الطعن ليس هو الحق في الاستئناف بالمعنى القانوني الدقيق، بل هو مجرد فرصة ثانية للمقاضاة أمام جهة أخرى وليس أمام جهة أعلى، وما يؤكد هذا الطرح هو الدور الذي أُعطي لمحكمة الجنايات الاستئنافية في النظر في الدعوى من جديد طبقاً لأحكام المادة 322 مكرر 7 من القانون 17-07 (58) والذي يقتصر على إعادة الفصل في القضية دون التطرف إلى ما قضى به الحكم المستأنف في الدعوى العمومية لا بالتأييد ولا بالتعديل ولا بالإلغاء، أي حرم محكمة الجنايات الاستئنافية من أداء دورها الرقابي، وهذا ما يجعل اختصاص هذه المحكمة عند الاستئناف لا يختلف عن اختصاصها في المعارضة، فقط أن الحالة الأولى تكون في أحكام حضورية، في حين أن الحالة الثانية تكون في أحكام غيابية.

ب/ تعارض إنشاء محكمة جنائيات استئنافية مع الحق في سرعة

الإجراءات:

جاء في المادة الأولى/ 4 المستحدثة بموجب القانون 17 - 07: "أن تجرى المتابعة والإجراءات التي تليها في آجال معقولة ودون تأخير غير مبرر وتعطى الأولوية للقضية التي يكون فيها المتهم موقوفاً".

ومحتوى هذه المادة يقتضي أن يتم مقاضاة المتهم في آجال يجب أن تكون معقولة جداً وفي أسرع وقت (59) بعيدة عن الإطالة في الإجراءات وعن إبقاء

المتهم محبوساً قيد التحقيق أو قيد المحاكمة لمدة طويلة وغير مبررة تطبيقاً لقرينة البراءة(60).

وإن من شأن تقرير الحق في استئناف أحكام محكمة الجنايات أن يؤدي إلى إطالة أمد التقاضي إلى أكثر مما يلزم خاصة وأن الجنايات في التشريع الجزائري لها إجراءات خاصة ومعقدة وطويلة أهمها؛ وجوبية التحقيق والمدة التي يقتضيها فيها، ثم إن هذا التحقيق يجب أن يمر على درجة ثانية وهي عرفة الاتهام ثم يصدر أمر الإحالة، هذا الأخير يمكن الطعن فيه بالنقص، مما يجعل المدة تطول أكثر إلى غاية الفصل فيه، ثم الإحالة على محكمة الجنايات الابتدائية ثم الاستئناف أمام محكمة الجنايات الاستثنائية، وهذا في الحقيقة مبالغة في الإجراءات، وبالتالي التأخير في صدور الأحكام القضائية، وبالتبعية الإضرار بحسن سير العدالة بحيث سيفقد المجتمع من خلالها الاستقرار والأمن مع إهدار غاية العقوبة في الردع الذي يقتضي سرعة محاسبة الجناة على أفعالهم وليس تأخيرها(61).

ج/ الإبقاء على غرفة الاتهام لا يخدم دور محكمة الجنايات الاستثنائية:

تعتبر غرفة الاتهام درجة تحقيق ثانية تعمل وجوباً على التحقيق في الجنايات، كما تتولى بنفسها توجيه الاتهام والإحالة أمام محكمة الجنايات الابتدائية، فالإبقاء على هذا الدور لغرفة الاتهام يعني ذلك أن الجنايات يكون فيها التحقيق على درجتين ثم المحاكمة على درجتين، وهذه مبالغة في طرح الضمانات، التي قد تنعكس سلباً على سير الإجراءات، وقد يتضرر الضحية أكثر

من طول الإجراءات، وهذا ما تنبه إليه المشرع الفرنسي الذي نزع هذا الاختصاص من غرفة الاتهام وأصبح بإمكان قاضي التحقيق أن يُحيل بنفسه على محكمة الجنايات درجة أولى طبقا لما هو وارد ضمن أحكام المادة 181 ق.إ.ج.ف(62)، كما أصبحت تسميتها غرفة التحقيق وليس غرفة الاتهام لأنها لم تعد آخر من يوجه الاتهام في الجنايات، وذلك طبقا لأحكام المادة 191 وما يليها من ق.إ.ج.ف(63).

د/ الدور السلبي للمحلفين في محكمة الجنايات:

ما جاءت به المادة 258 المعدلة بموجب القانون 07-17 (64) هو زيادة عدد المحلفين على حساب القضاة المحترفين فجعلته 4 بعدما كانت 2 فقط، ويعيب الفقه الدور السلبي للمحلفين في الجلسة على أساس نقص التكوين، وهذا كان سببا في عدم مشاركتهم في الأسئلة لأنهم في الغالب لا يفهمون جيدا القضايا التي تُعرض عليهم، ناهيك على السيطرة المعنوية للقضاة المحترفين عليهم، زيادة على النفقات الإضافية التي لا داعي لها.

ولا نفهم توجه المشرع الجزائري نحو زيادة عدد المحلفين حول ماذا ارتكز؟ هل سنده في ذلك مطلب فقهي، وهو الأمر الذي لم يحدث لأن غالبية المهتمين أبدوا تذرهم من ذلك، أم استند إلى تطور تاريخي معين (65)، وهو الأمر المفقود كذلك لأن هذا النظام له تاريخ ثابت في فرنسا الذي استحدثه بعد الثورة الفرنسية نقلا عن النظام الانجليزي (66)، أما بالجزائر فلا توجد أسباب

تدعوا إلى إبقاء نظام المحلفين إطلاقاً، فكيف الحال مع تكريسه عن طريق زيادة العدد.

مع الإشارة وأن الدول العربية لا تعترف بالقضاة الشعبيين، بل حتى الدول المغربية التي عملت بهذا النظام تخلت عنه بعد إجراءات تعديلات على قوانينها.

ه/ الإخلال بمبدأ المساواة المعترف به دستورياً:

تقوم فلسفة المشرع الجزائري أنه كلما كانت الجرائم خطيرة مثلما هو الحال مع الجنايات، فمن الضروري إدخال العنصر الشعبي للمشاركة في الأحكام القضائية، وتبعاً لذلك منذ إقرار قانون الإجراءات الجزائية الجزائري بموجب الأمر 66-155 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 والمشرع يعمل بنظام المحلفين في الجنايات نقلاً عن المشرع الفرنسي، لكنه يتعارض مع نفسه فيما بعد عندما يحصر ثلاث فئات من الجرائم بالمادة 258/3 من القانون 07-17 على القضاة المحترفين فقط (67)، في إطار المحكمة الجنائية الخاصة، وتتمثل هذه الجرائم في الجنايات المتعلقة بالإرهاب والمخدرات والتهريب، أي أنه تخلى على القضاة الشعبيين في هذه الجرائم، وهو ما يعارض موقفه عند البدء، ناهيك على أن هذا الاستثناء لا يتوافق مع ما أقر به الدستور الجزائري من ضرورة احترام مبدأ المساواة أمام القانون بين كل المتقاضين (68).

تجدر الإشارة وأن فرنسا وبشأن محكمة الجنايات الخاصة كانت قد تخلت في تشكيلتها عن القضاة الشعبيين بسبب تعرضهم لتهديدات من طرف

المتهمين في قضية إرهابية تم عرضها خلال سنة 1986، وتبعاً لذلك رفض هؤلاء المحلفين العمل من جديد في هذه المحكمة (69)، لكن في الجزائر لا نفهم أي سبب لموقف تشريعي معين وحول ماذا يستند.

و/ لا يستقيم الجمع بين التسبب والاقتناع الشخصي:

الجديد الذي جاء من القانون 17 - 07 هو ضرورة تسبب أحكام محكمة الجنايات مع إعداد ورقة لذلك تسمى ورقة التسبب (70)، وهي ورقة ملحقة بورقة الأسئلة (المادة 309 / 8 ق.إ.ج) (71) لكن الملفت للنظر أنه أبقى على طريقة الأسئلة والأجوبة (المادة 309 / 1 ق.إ.ج) (72) وتبعاً لذلك أبقى على نظام الاقتناع الشخصي في إصدار أحكام محكمة الجنايات بعيداً عن الأدلة القانونية، والحال أن النظامين مختلفين، لا ينتهيان إلى نفس المجرى، لأن تسبب الأحكام يفيد أن القاضي يجب أن يستند إلى دليل إدانة وليس إلى قناعة دون دليل. وبالتبعية يخضع هذا الدليل لرقابة المحكمة العليا في مدى كفايته في الإدانة من عدمه، فهذا التعديل في الحقيقة يعيق أداء محكمة الجنايات ويحتاج إلى توضيح أكثر لرفع اللبس أو يحتاج إلى إزالة الاقتناع الشخصي أمام هذه المحكمة.

مع الإشارة وأن المشرع الفرنسي تبني طريقة وجوبية تعليل أحكام محكمة الجنايات بعد قرار المجلس الدستوري المؤرخ في 1 أفريل 2011 تحت رقم 113-2011 الذي صرح بأن تعليل الأحكام في المادة الجزائية يُشكل ضمانة قانونية بشرط أن يُدرج المشرع ذلك صراحة (73)، وهو ما فعله بموجب أحكام المادة 365-1 ق.إ.ج.ف (74).

خاتمة:

تنبه المشرع الجزائري إلى أنه من غير اللائق أن يتم استئناف أحكام المخالفات والجنح -وهي الأقل درجة- والاكتفاء بجعل أحكام محكمة الجنايات بعيدة عن ذلك، فسارع إلى إصدار القانون 07-17 الذي أعاد فيه ترتيب بيت محكمة الجنايات؛ بحيث أنشأ محكمة الجنايات الاستئنافية تحقيقاً لمبدأ التقاضي على درجتين، وألغى إجراء القبض الجسدي الذي كانت تأمر به غرفة الاتهام عند الإحالة، كما عزز مكانة الدفاع أثناء إجراءات المحاكمة؛ بحيث مكّنه من طرح الأسئلة مباشرة مثله مثل النيابة العامة وتساويا معها، كما جعل أحكام محكمة الجنايات مسببة سواء عند الحكم بالإدانة أو بالبراءة.

لكن القانون 07-17 حين أنشأ محكمة الجنايات الاستئنافية لم يُمكن هذه الأخيرة من بسط رقابتها على أحكام محكمة الجنايات الابتدائية رغم أنه ألزم هذه الأخيرة بتسيب أحكامها، وهذا ما يجعلنا نطرح التساؤل عن الغاية من ذلك رغم أن تشكيلة محكمة الجنايات الابتدائية هي نفسها تشكيلة محكمة الجنايات الاستئنافية ما عدا الاختلاف الواقع حول رتبة رئيسها، وكتاهما تتعقدان على مستوى مقر المجلس القضائي.

الحقيقة أن المشرع الجزائري قد حاد عن تطبيق مبدأ التقاضي على درجتين الذي يقتضي أن تنظر جهة أعلى حكم المحكمة الابتدائية، أما ما طرأ من تعديلات فما هي إلا فرصة ثانية للتقاضي تعمل على إطالة أمد النزاع مما يجعلها تتعارض مع الحق في سرعة الإجراءات. ناهيك على أن نظام المحلفين أثبت

فشله وأصبح غير مرغوب فيه عند غالبية التشريعات العربية، ورغم ذلك نجد أن المشرع الجزائري قد عزز محكمة الجنايات بأربعة محلفين مدعما بذلك القضاة الشعبيين على حساب القضاة المحترفين.

والقول الفصل؛ لم يكن قانون الإجراءات الجزائية الحالي يحتاج إلى تعديل أحكام محكمة الجنايات لأن الضمانات الموجودة بها كفيلة بتدعيم حقوق الخصوم في الدعوى وهذا ما يجعلنا نقترح ما يلي:

أولاً: على عكس ما توجه إليه القانون 07-17 أصبح من الضروري إلغاء محكمة الجنايات كلية وإن كان لابد من إخضاعها لمبدأ التقاضي على درجتين، فليكن ذلك عن طريق إنشاء قسم للجنايات على مستوى المحكمة الابتدائية وليس على مستوى المجلس القضائي أسوة بباقي الأقسام الموجودة بها، مثل قسم المخالفات والجنح، على أن تكون التشكيلة من 03 قضاة وجعل أحكامها قابلة للاستئناف أمام غرفة مختصة تسمى غرفة الجنايات على مستوى المجلس تشكل هي كذلك من 3 مستشارين على أنتبسط هذه الأخيرة رقابتها على أحكام قسم الجنايات سواء بالتعديل أو الإلغاء أو التأييد في الدعوى العمومية وفي الدعوى المدنية التبعية.

ثانياً: من الضروري كذلك تبسيط إجراءات المحاكمة بشأن الجنايات مع جعل قرار الإحالة الصادر عن غرفة الاتهام بشأنها غير قابل للطعن بالنقض، على أن يتم الإسراع في الفصل فيها احتراماً لحق المتهم في سرعة الإجراءات وحق المتهم في استقرار الأوضاع والأمن الاجتماعي وضمان الشعور بالعدالة

لدى الضحية، وتبعاً لذلك كل الإجراءات المعتمدة بشأن الجرح والمخالفات تطبق على الجنايات ماعداً وجوبية التحقيق فيها ووجوبية التمثيل بمحام.

ثالثاً: إلغاء نظام الاقتناع الشخصي في الجنايات والأخذ بالدليل الكافي للإدانة مثلها مثل ما يجب أن يتوافر في الجرح والمخالفات.

رابعاً: إلغاء نظام المحلفين لأنه ما عاد يخدم العدالة الجنائية بالجزائر، وفي ذلك التقليل من النفقات الزائدة التي لا فائدة من ورائها بل تزيد فقط في تعقيد الإجراءات، ويجبالاتكفاء بالقضاة المحترفين للفصل في جميع الجنايات دون استثناء على قدم المساواة.

الهوامش

- (1) أعتد بموجب قرار الجمعية العامة 217 ألف(د - 3) المؤرخ في 10 ديسمبر 1948، انضمت إليه الجزائر بتاريخ 10 سبتمبر 1963 (ج.ر.ج.ج. 64)
- (2) تنص المادة 5/14 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية "الكل شخص أدين بجريمة اللجوء وفقاً للقانون إلى محكمة أعلى كي تعيد النظر في قرار إدانته وفي العقاب الذي حُكم به". أعتد العهد الدولي وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 (د - 21) المؤرخ في 16 ديسمبر 1966 انضمت إليه الجزائر بتاريخ 16 ماي 1989 (ج.ر.ج.ج. 20)
- (3) المادة 2/160 من قانون رقم 16 - 01 المؤرخ في 26 جمادي الأول عام 1437 الموافق لـ 06 مارس سنة 2016 المتضمن التعديل الدستوري (ج.ر.ج.ج. 14) "يضمن القانون التقاضي على درجتين في المسائل الجزائية ويحدد كفاءات تطبيقها".
- (4) القانون 17 - 07 المؤرخ في 28 جمادي الثانية عام 1438 الموافق لـ 27 مارس سنة 2017 المعدل والمتمم للأمر 66 - 155 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية (ج.ر.ج.ج. 20)
- (5) الأمر رقم 66 - 155 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 8 يونيو سنة 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم (ج.ر.ج.ج. 48)
- (6) حتى المخالفات والجرح طراً عليها عدة تعديلات بشأن استئناف أحكامها وكان آخرها الأمر 15-02 المؤرخ في 7 شوال عام 1436 الموافق لـ 23 يوليو سنة 2015 (ج.ر.ج.ج. 40).
- (7) المادة 322 مكرر من القانون 17 - 07 المؤرخ في 27 مارس 2017، مرجع سابق.
- (8) عمرو محمد فوزي أبو الوفاء، التقاضي على درجتين في الجنايات (دراسة مقارنة) دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006 ص 338-339.
- (9) تنص المادة 322 مكرر 2 من ق.إ.ج "يرفع الاستئناف خلال فترة عشرة (10) أيام كاملة ابتداء من اليوم الموالي للنطق بالحكم"
- (10) معلومات واردة عند عمرو محمد فوزي أبو الوفاء، مرجع سابق، ص 340
- (11) تنص المادة 322 مكرر 2/ق إ.ج "ويرفع الاستئناف خلال عشرة (10) أيام كاملة ابتداء من اليوم الموالي للنطق بالحكم".
- (12) تنص المادة 3/418 ق إ.ج "وفي حالة استئناف أحد الخصوم في المواعيد المقررة يكون للخصوم الآخرين مهلة إضافية خمسة أيام لرفع الاستئناف".

(13) Art380-1 du CPPF (En cas d'appel d'une partie, pendant les délais ci-dessus, les autres parties ont un délai supplémentaire de cinq jours pour interjeter appel).

(14) Art 380-2 du CPPF (La faculté d'appeler appartient : 1° A l'accusé ; 2° Au ministère public ; 3° A la personne civilement responsable, quant à ses intérêts civils ; 4° A la partie civile, quant à ses intérêts civils ; 5° En cas d'appel du ministère public, aux administrations publiques, dans les cas où celles-ci exercent l'action publique. Le procureur général peut également faire appel des arrêts d'acquiescement).

(15) تنص المادة 322 مكرر 1ق.إ ج "يتعلق حق الاستئناف بما يأتي" 1/بالمتهم، 2/والنيابة العامة، 3/والطرف المدني فيما يخص حقوقه المدنية، 4/والمسؤول عن الحقوق المدنية، 5/والإدارات العامة في الأحوال التي تباشر فيها الدعوى العمومية".

(16) تنص المادة 1/248 ق،إ،ج "يوجد بمقر كل مجلس قضائي محكمة جنايات ابتدائية ومحكمة جنايات استئنافية، تختصان بالفصل في الأفعال الموصوفة بجنايات وكذا الجناح والمخالفات المرتبطة بها"

(17) تنص المادة 322 مكرر من ق.إ.ج "تكون الأحكام الصادرة حثوريا عن محكمة الجنايات الابتدائية الفاصلة في الموضوع قابلة للاستئناف أمام محكمة الجنايات الاستئنافية".

(18) تنص المادة 322 مكرر 1/7 "1...وعلى محكمة الجنايات الاستئنافية أن تعيد الفصل في القضية دون أن تتطرق إلى ما قضى به الحكم المستأنف في الدعوى العمومية لا بالتأييد ولا بالتعديل ولا بالإلغاء".

(19) عمرو محمد فوزي أبو الوفاء، مرجع سابق، ص 348.

(20) تنص المادة 322 مكرر 2/7من ق.إ.ج "وعلى محكمة الجنايات الاستئنافية أن تفصل في الدعوى المدنية بالتأييد أو التعديل أو الإلغاء".

(21) تنص المادة 2/258 من ق.إ.ج "تتشكل محكمة الجنايات الاستئنافية من قاض برتبة رئيس غرفة بالمجلس القضائي على الأقل، رئيسا، ومن قاضيين مساعدين وأربعة محلفين".

(22) تنص المادة 322 مكرر 3/7 من ق.إ.ج "وتتشكل محكمة الجنايات الابتدائية و محكمة الجنايات الاستئنافية، عند الفصل في الجنايات المتعلقة الإرهاب، والمخدرات والتهرب، من القضاة فقط".

(23) معلومات مستقاة من الموقع التالي بتاريخ 4 نوفمبر 2017 على الساعة 10H30 تحت عنوان محكمة الجنايات

[https://fr.wikipedia.org/wiki/Cour_d%27assises_\(France\)#Composition](https://fr.wikipedia.org/wiki/Cour_d%27assises_(France)#Composition)

(24) مختار سيدهم (رئيس غرفة جنائية بالمحكمة العليا) إصلاح نظام محكمة الجنايات، محاضرة ملقاة على القضاة عن بعد بتاريخ 20 سبتمبر 2017.

(25) أحسن بوسفيعة، أهم تعديلات القانون 17 — 07 المؤرخ في 27 مارس 2017، محاضرة ملقاة على محامي نقابة بجاية بمقر المجلس القضائي بتاريخ 05 أكتوبر 2017.

(26) Art296 du CPPF (Le jury de jugement est composé de six jurés lorsque la cour statue en premier ressort et de neuf jurés lorsqu'elle statue en appel).

(27) تنص المادة 6/316 ق.إ ج "إذا اقتصر الاستئناف على الدعوى المدنية وحدها، يفصل فيه من طرف الغرفة الجزائية بالمجلس القضائي التي يمكنها أن تؤيد أو تعدل أو تلغي الحكم المستأنف دون الإساءة للمستأنف وحده".

(28) Art380-5 du CPPF (Lorsque la cour d'assises n'est pas saisie de l'appel formé contre le jugement rendu sur l'action publique, l'appel formé par une partie contre le seul jugement rendu sur l'action civile est porté devant la chambre des appels correctionnels. Les articles 380-14 et 380-15 ne sont pas applicables)

(29) Art380-14 du CPPF (Après avoir recueilli les observations écrites du ministère public et des parties ou de leurs avocats, le premier président de la cour d'appel désigne la cour d'assises chargée de statuer en appel parmi les autres cours d'assises du ressort de la cour d'appel. Toutefois, si le ministère public ou l'une des parties le demande ou si le premier président estime nécessaire la désignation d'une cour d'assises située hors de ce ressort, le ministère public adresse sans délai au greffe de la chambre criminelle de la Cour de cassation, avec ses observations éventuelles et celles des parties, l'arrêt attaqué et, le cas échéant, le dossier de la procédure).

(30) تنص المادة 322 مكرر 8 "يتعين الفصل في شكل الاستئناف من طرف القضاة المشكلين لمحكمة الجنايات الاستئنافية قبل إجراء عملية القرعة لاستخراج أسماء المحلفين".

(31) Art380-15 du CPPF (Si l'appel n'a pas été formé dans les délais prévus par la loi ou porte sur un arrêt qui n'est pas susceptible d'appel, le premier président de la cour d'appel ou le président de la chambre criminelle de la Cour de cassation dit n'y avoir pas lieu à désignation d'une cour d'assises chargée de statuer en appel).

(32) أسامة حسنين عبيد، محكمة الجنايات المستأنفة، دراسة تحليلية تطبيقية، طبعة أولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 128.

(33) تنص المادة 322 مكرر 6 ق.إ.ج "تطبق أمام محكمة الجنايات الاستئنافية الإجراءات التحضيرية وإجراءات المحاكمة المتبعة أمام محكمة الجنايات الابتدائية المنصوص عليها في هذا القانون إلا ما استثنى بنص خاص"

(34) تنص المادة 322 مكرر 9 ق.إ.ج "لا يجوز لمحكمة الجنايات الاستئنافية إذا كان الاستئناف مرفوعا من المتهم وحده أو من المسؤول عن الحقوق المدنية وحده أن تسيء حالة المستأنف".

(35) Art380-3 du CPPF (La cour d'assises statuant en appel sur l'action publique ne peut, sur le seul appel de l'accusé, aggraver le sort de ce dernier).

(36) تنص المادة 322 مكرر 4 ق.إ.ج "يبقى المتهم المحبوس عليه بعقوبة سالبة للحرية نافذة من أجل جنحة رهن الحبس إلى غاية الفصل في الاستئناف، مالم يكن قد استنفذ العقوبة المحكوم بها عليه".

(37) Art380-4 du CPPF (Pendant les délais d'appel et durant l'instance d'appel, il est sursis à l'exécution de l'arrêt sur l'action publique. Toutefois, l'arrêt de la cour d'assises continue de produire ses effets à l'encontre de la personne condamnée à une peine privative de liberté ...)

(38) عمرو محمد فوزي ابن الوفاء، مرجع سابق ص 109.

(39) عبد الرحمان خلفي، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري والمقارن، طبعة ثالثة، دار بلقيس للنشر والتوزيع الجزائر، 2017، ص 368.

(40) Art 79 du CPPF (L'instruction préparatoire est obligatoire en matière de crime ; sauf dispositions spéciales, elle est facultative.

En matière de délit ; elle peut également avoir lieu en matière de contravention si le procureur de la République le requiert en application de l'article 44).

(41) صدقي عبد الرحيم، قانون الإجراءات الجزائية، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة، 170.

(42) المشرع الفرنسي عدل عن هذا الموقف وأضحى القاضي التحقيق هو الذي يصدر أمر إحالة أمام محكمة الجنايات ذات الدرجة الأولى طبقا لنص المادة 181 ق.إ.ج فالتى جاء على النحو التالي:

(Si le juge d'instruction estime que les faits retenus à la charge des personnes mises en examen constituent une infraction qualifiée crime par la loi, il ordonne leur mise en accusation devant la cour d'assises. Il peut également saisir cette juridiction des infractions connexes).

(43) عمرو محمد فوزي أبو الوفاء، مرجع سابق، ص 114.

(44) تنص المادة 1/11 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أنه: "كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئا إلى أن تثبت إدانته قانونا بمحاكمة علنية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عليه".

(45) تنص المادة 7 من الفقرة 1/1 من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب على كفاية "حق الدفاع بما في ذلك الحق في اختيار مدافع عنه".

(46) تنص المادة 292 ق 1 أ ج "إن حضور محام في الجلسة لمعاونة المتهم وجوبي وعند الاقتضاء يندب الرئيس من تلقاء نفسه محاميا للمتهم".

(47) عمرو محمد فوزي أبو الوفاء، مرجع سابق ص 125.

(48) تنص المادة 3/270 "ويجوز له (أي رئيس الجلسة) بصفة استثنائية الترخيص للمتهم أن يعهد بالدفاع عنه لأحد أقاربه أو أصدقائه".

(49) المادة 1/198 ق 1 أ ج (معدلة) "... وفضلا عن ذلك فإن غرفة الاتهام تصدر أمرا بالقبض الجسدي على المتهم المتابع بجناية مع بيان هويته بدقة. ينفذ هذا الأمر في الحال مع مراعاة أحكام المادة 137 من هذا القانون ويحتفظ بقوته التنفيذية ضد المتهم المحبوس لحين صدور حكم محكمة الجنايات".

(50) المادة 1/317 ق 1 ج (معدلة) "إذا تعذر القبض على المتهم بعد صدور قرار الاتهام ضده أو لم يتقدم في خلال عشرة (10) أيام من تبليغه... أصدر القاضي المدعو لرئاسة محكمة الجنايات أو القاضي المعين من قبله أمراً باتخاذ إجراءات التخلف عن الحضور..."

(51) تنص المادة 8/309 من القانون 17 - 07 "يقوم رئيس المحكمة أو من يفوضه من القضاة المساعدين بتحرير وتوقيع ورقة التسييب الملحقة بورقة الأسئلة..."

(52) تنص المادة 322 مكرر/1 من القانون 17 - 07 "تكون الأحكام الصادرة حضورياً عن محكمة الجنايات الابتدائية الفاصلة في الموضوع قابلة للاستئناف أمام محكمة الجنايات الاستئنافية".

(53) تنص المادة 1/317 من القانون 17 - 07 "إذا تغيب المتهم المتابع بجناية عن حضور الجلسة رغم تبليغه قانوناً بتاريخ انعقادها، فإنه يحاكم غيابياً من طرف المحكمة دون مشاركة المحلفين".

(54) تنص المادة 288 من القانون 17 - 07 "يجوز لممثل النيابة العامة وكذلك دفاع المتهم أو الطرف المدني توجيه أسئلة لكل شخص يتم سماعه في الجلسة بعد إذن الرئيس وتحت رقابته، الذي له أن يأمر بسحب السؤال أو عدم الإجابة عنه".

(55) القانون 17 - 07 المؤرخ في 27 مارس 2017، مرجع سابق.

(56) تنص المادة 248 من القانون 17 - 07 "يوجد بمقر كل مجلس قضائي، محكمة جنايات ابتدائية ومحكمة جنايات استئنافية تختصان بالفصل في الأفعال الموصوفة بجنايات وكذا الجنح والمخالفات المرتبطة بها".

تنص المادة 252 من القانون 17 - 07 "تتعد محكمة الجنايات الابتدائية ومحكمة الجنايات الاستئنافية جلساتها بمقر المجلس القضائي، غير أنه يجوز لها أن تتعد في أي مكان آخر من دائرة الاختصاص وذلك بقرار من وزير العدل".

(57) تنص المادة 258 من القانون 17 - 07 "تشكل محكمة الجنايات الابتدائية من قاض برتبة مستشار بالمجلس القضائي على الأقل، رئيساً، ومن قاضيين مساعدين وأربعة محلفين".

تشكل محكمة الجنايات الاستئنافية من قاض برتبة رئيس غرفة بالمجلس القضائي على الأقل، رئيساً، ومن قاضيين مساعدين وأربعة محلفين".

(58) تنص المادة 322 مكرر/7 من القانون 17 - 07 "... وعلى محكمة الجنايات الاستئنافية أن تعيد الفصل في القضية دون أن تتطرق إلى ما قضى به الحكم المستأنف في الدعوى العمومية لا بالتأييد ولا بالتعديل ولا بالإلغاء".

(59) عبد الرحمان خلفي، المحاكمة خلال آجال معقولة (دراسة في التشريع والقضاء الجنائي) مجلة كلية القانون، الجامعة المستنصرية، بغداد، السنة السابعة، المجلد الخامس، العددان 25 - 26، سنة 2015، ص332.

(60) المحاكمة السريعة لا تعني المحاكمة المتسارعة، لأن هذه الأخيرة تأتي بالمخالفة لضمان حقوق الدفاع، وهذا ما جعل الاتفاقيات الدولية تسرر المحاكمة السريعة بالمحاكمة خلال مدة معقولة، والمعقولة تعيد استبعاد التسرع عن اتخاذ الإجراءات، وفي نفس الوقت عدم جواز إطالة المحاكمة على نحو مبالغ فيه. (شريف سيد كامل، الحق في سرعة الإجراءات الجنائية (دراسة مقارنة) دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 2).

(61) عمرو محمد فوزي أبو الوفاء، مرجع سابق ص 138

(62) Art181 du CPPF (Si le juge d'instruction estime que les faits retenus à la charge des personnes mises en examen constituent une infraction qualifiée crime par la loi, il ordonne leur mise en accusation devant la cour d'assises. Il peut également saisir cette juridiction des infractions connexes).

(63) Art 191 du CPPF (Chaque cour d'appel comprend au moins une chambre de l'instruction ...).

(64) عند التحضير لأول مرة لقانون إجراءات جزائية بالجزائر واجهت اللجنة المعنية بالتحضير للمشروع سنة 1966 إشكالية الاستمرار بالمشاركة الشعبية في تشكيل محكمة الجنايات تطبيقاً لنص المادة 240 آنذاك من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي الذي كان معمولاً به في الجزائر أم كان من الضروري الالتفاف عليها وتكريس العدالة بموجب قضاة محترفين فقط، لكن في النهاية كان الجو السياسي السائد آنذاك يحث على المشاركة الشعبية في كل هيئات الدولة، وتبعاً لذلك تم تقليص عدد المحلفين إلى أربعة بدلاً من ستة. وتزامناً مع العشرية السوداء تم تقليص العدد إلى اثنان فقط بموجب الأمر رقم 95-10 المؤرخ في 25 فيفري 1995 المعدل والمتمم للأمر المؤرخ في 8 يونيو 1966 (ج.ر.ج.ج 11). (هنية عميروش، خصوصية الإجراءات المتبعة أمام محكمة الجنايات، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد

الرحمان ميرة – بجاية، السنة الخامسة، المجلد 09، عدد 2014/1، ص 264) وحاليا تم العودة إلى أربعة محلفين.

(65) هناك من يشير إلى أن "نظام المحلفين في الجزائر يستند إلى أسباب تاريخية وسياسية لأن القضاء الجزائري يصدر أحكامه باسم الشعب الجزائري وغياب العنصر الشعبي يخالف هذا المبدأ، وإذا كان التشريع صادقا عليه من طرف ممثلي الشعب فإن تطبيقه في المجال الجزائري يحتاج إلى معارف قانونية يتولاها القضاة المحترفون من جهة وإلى تعبير عن رأي الشعب في ذلك من جهة أخرى..." (مختار سيدهم، مرجع سابق).

(66) مباشرة بعد الثورة الفرنسية كانت محكمة الجنايات مشكلة من قضاة محترفين وقضاة شعبيين، ولكن كانت المداولة بشأن الإدانة والمسؤولية الجزائية تتم فقط بين المحلفين، أما العقوبة فتقدر من القضاة المحترفين، وفي سنة 1941 تم تعديل قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي في مواده 356 إلى 362 وتم إشراك القضاة المحترفين مع الشعبين في المداولة حول الوقائع وإسنادها والعقوبة المقررة لها، يراجع في ذلك:

Corine RENAULT – BRAHINSKY, Procédure pénale, 7ème édit, Gualino éditeur, EJA Paris, 2006, P238.

(67) تنص المادة 3/258 من القانون 17 — 07 على ما يلي: "وتتشكل محكمة الجنايات الابتدائية ومحكمة الجنايات الاستئنافية، عند الفصل في الجنايات المتعلقة بالإرهاب والمخدرات والتهرب، من القضاة فقط".

(68) المادة 158: من الدستور الجزائري: "أساس القضاء مبادئ الشريعة والمساواة. الكل سواسية أمام القضاء، وهو في متناول الجميع ويجسده احترام القانون".

(69) (La compétence de la cour d'assises spécialement composée a été étendue par une loi du 9 septembre 1986, au jugement des crimes et délits connexes commis en matière de terrorisme. Avant cette loi du 9 septembre 1986, les crimes de terrorisme étaient jugés par une cour d'assises « normale » composée de magistrats professionnels et d'un jury, tiré au sort.

Au cours de l'année 1986, la cour d'assises de Paris siégeait pour juger des faits de terrorisme et au cours de cette audience, des jurés ont été menacés par les accusés. Le lendemain de ces menaces, certains jurés ont refusé de siéger et le procès a du être renvoyé. C'est la raison qui a conduit le législateur à faire juger les crimes de terrorisme par des magistrats professionnels)

<http://www.justice.gouv.fr/organisation-de-la-justice-10031/lordre-judiciaire-10033/cour-dassises-speciale--23412.html> site web visité le 1 nov 2017 a 11h

(70) يختلف التعليل عن الأسئلة، ولا يمكن أن يحل أحدهما مكان الآخر، فالتعليل لا ينصب على سرد الوقائع كما هو الحال مع قرار الإحالة بل يتضمن أهم العناصر التي جعلت المحكمة تقتنع أو لا تقتنع (مختار سيدهم، مرجع سابق).

(71) تنص المادة 8/309 من القانون 17 — 07 "يقوم رئيس المحكمة أو من يفوضه من القضاة المساعدين بتحرير وتوقيع ورقة التسييب الملحقة بورقة الأسئلة ...

يجب أن توضح ورقة التسييب في حالة الإدانة أهم العناصر التي جعلت المحكمة تقتنع بالإدانة في كل واقعة حسبما يستخلص من المداولة.

وفي حالة الحكم بالبراءة، يجب أن يحدد التسييب، الأسباب الرئيسية التي على أساسها استبعدت محكمة الجنايات إدانة المتهم".

(72) تنص المادة 1/309 من القانون 17 — 07 "يتداول أعضاء محكمة الجنايات، وبعد ذلك يأخذون الأصوات في أوراق تصويت سرية وبواسطة اقتراع على حدة عن كل سؤال من الأسئلة الموضوعة ..."

(73) Décision n° 2011-113/115 QPC du 1 avril 2011

M. Xavier P. et autre [Motivation des arrêts d'assises]

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 21 janvier 2011 par la Cour de cassation (chambre criminelle, arrêt n° 516 du 19 janvier 2011), dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution, d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par M. Xavier P., relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des articles 353 et 357 du code de procédure pénale.

11. Considérant, d'autre part, qu'il ressort des articles 7, 8 et 9 de la Déclaration de 1789 qu'il appartient au législateur, dans l'exercice de sa compétence, de fixer des règles de droit pénal et de procédure pénale de nature à exclure l'arbitraire dans la

recherche des auteurs d'infractions, le jugement des personnes poursuivies ainsi que dans le prononcé et l'exécution des peines ; que l'obligation de motiver les jugements et arrêts de condamnation constitue une garantie légale de cette exigence constitutionnelle ; que, si la Constitution ne confère pas à cette obligation un caractère général et absolu, l'absence de motivation en la forme ne peut trouver de justification qu'à la condition que soient instituées par la loi des garanties propres à exclure l'arbitraire

Journal officiel du 2 avril 2011, page 5893, texte n° 72Recueil, p. 173

(74) Art 365-1 du CPPF (Le président ou l'un des magistrats assesseurs par lui désigné rédige la motivation de l'arrêt. En cas de condamnation, la motivation consiste dans l'énoncé des principaux éléments à charge qui, pour chacun des faits reprochés à l'accusé, ont convaincu la cour d'assises. Ces éléments sont ceux qui ont été exposés au cours des délibérations menées par la cour et le jury en application de l'article 356, préalablement aux votes sur les questions.

La motivation figure sur un document annexé à la feuille des questions appelé feuille de motivation, qui est signée conformément à l'article 364.

Lorsqu'en raison de la particulière complexité de l'affaire, liée au nombre des accusés ou des crimes qui leur sont reprochés, il n'est pas possible de rédiger immédiatement la feuille de motivation, celle-ci doit alors être rédigée, versée au dossier et déposée au greffe de la cour d'assises au plus tard dans un délai de trois jours à compter du prononcé de la décision).

تعليق على قرار المحكمة العليا

من تقديم الأستاذ: عبد القادر بن لخضر بوهنتالة

محام بمجلس قضاء باتنة

القرار

ملف رقم 749672 قرار بتاريخ 2011/07/14

قضية وزير المالية ضد ورثة (ج.م) بحضور (ش.ع) و (ل.م)

الموضوع: اختصاص نوعي-نظام عام-قضاء اداري-قضاء عاد-

اعتراض الغير الخارج عن الخصومة.

قانون الاجراءات المدنية و الادارية: المادتان: 36 و 800.

المبدأ: الاختصاص النوعي، من النظام العام.

القضاء العادي، غير مختص نوعيا، للفصل في طعن باعتراض الغير،

الخارج عن الخصومة، مرفوع من وزير المالية (المدير العام للأملاك الوطنية).

ان المحكمة العليا

بناء على المواد 349 الى 230 و 377 الى 378 و 557 الى 581 من

ق.ا.م.ا.

بعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى، و على عريضة الطعن بالنقض المودعة بتاريخ 2010/12/12 و على مذكرة الرد التي تقدم بها محامي المطعون ضده.

بعد الاستماع الى السيد بودي سليمان المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب و الى السيد بن سالم محمد المحامي العام في تقديم طلباته المكتوبة الرامية الى عدم قبول الطعن شكلا.

حيث أن وزير المالية طعن بالنقض في القرار الصادر عن مجلس قضاء الجزائر بتاريخ 2009/08/05 القاضي بعدم قبول عريضة اعتراض الغير الخارج عن الخصومة شكلا.

و تدعيها لطعنه آثار وجهين للنقض.

حيث ان المطعون ضدهم لم يردوا و ذلك لعدم تبليغهم بعريضة الطعن باستثناء (ش.ع).

حيث أن الطعن بالنقض استوفى أوضاعه القانونية فهو مقبول شكلا.

و عليه فان المحكمة العليا

عن الوجه المثار تلقائيا: و المأخوذ من مخالفة المادة 800 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية.

حيث ان يتضح من قراءة القرار المطعون فيه أنه صدر بعد الطعن عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة الموجه ضد القرار الادر عن الغرفة

الاستعجالية بتاريخ 29 / 9 / 2003 القاضي بتأييد الأمر المستأنف الذي صرح بعدم وجود اشكال في التنفيذ.

و حيث ان المادة 800 من القانون المذكور تنص على أن الدعاوى التي تكون فيها الدولة أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الادارية هي من اختصاص القضاء الاداري.

و حيث ان عدم الاختصاص النوعي هو من النظام العام و يجوز اثارته في أية مرحلة تكون عليها الدعوى عملا بالمادة 36 من ق.ا.م.ا.

حيث و الحالة هذه فانه كان على قضاة الموضوع القضاء بعدم اختصاصهم نوعيا و بما انهم لم يفعلوا فهم بذلك قد خالفوا الأحكام التشريعية المذكورة و عرضوا قرارهم للنقض و الابطال.

و حيث أن الدولة معفية من المصاريف القضائية.

فلهذه الاسباب

تقضي المحكمة العليا - الغرفة العقارية:

بقبول الطعن شكلا و موضوعا بنقض و ابطال القرار الصادر عن مجلس قضاء الدزائر بتاريخ 05 / 08 / 2009 و باحالة القضية و الأطراف على نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد وفقا للقانون و بابقاء المصاريف القضائية على الخزينة العمومية.

بذا صدر القرار و وقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ
2011 / 07 / 14 من قبل المحكمة العليا الغرفة العقارية القسم الاول و
المتربة من السادة:

بودي سلمان ----- رئيس الغرفة

الواحد علي ----- مستشارا

فريمش اسماعيل ----- مستشارا

بومجان علي ----- مستشارا

معزوزي الصديق ----- مستشارا

لغواطي عبد القادر ----- مستشارا

بحضور السيد: بن سالم محمد-المحامي العام.

و بمساعدة السيد: قندوز-أمين الضبط.

مقدمة:

حرص المشرع الجزائري على حماية حقوق الغير. في حالة الحكم بها
لصالح أحد أطراف الخصومة أو لكليهما بموجب الأحكام الصادرة عن
القضاء. والذين لم يكونوا أطرافا في هذه الخصومات ، فسن قواعد قانونية
بموجب أحكام المادة 380 و ما بعدها من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية،
تجيز لكل شخص لم يكن طرفا في خصومة إنتهت بحكم قضائي تناول حقوقه
أن يقدم اعتراض الغير الخارج عن الخصومة في ذات الحكم أمام نفس الجهة
القضائية الصادر عنها، و التي تتولى بناء على هذا الإعتراض تفحص قيام صفة

و مصلحة المعارض في النزاع، وما إذا كانت حقوقه قد تناولها الحكم المعارض فيه في جزء منها أو كلها، فتقضي حسب الأسانيد المقدمة إما برفض الإعتراض أو قبوله، و في الحالة الأخيرة تقضي بترتيب النتائج القانونية من حيث الوقائع و القانون.

و اعتباراً و أن المحكمة العليا في قرار لها صدر بتاريخ:
14 / 07 / 2011 تحت رقم: 749672 المنشور في مجلة المحكمة العليا عدد 02 لسنة 2011، أنكرت حق الدولة و الولاية و البلدية و المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية في تقديم الإعتراض على الأحكام الصادرة عن القضاء العادي بحجة عدم الإختصاص النوعي، والذي أصبح بعد نشره في مجلة المحكمة العليا مرجعاً يستأنس به من طرف المحاكم و غرف المجالس القضائية التي تقضي بعدم الإختصاص النوعي في اعتراض الغير الخارج عن الخصومة المقدم من طرف الهيئات الإدارية في الأحكام محل الإعتراض الصادرة عنها وهذا ما أثار إشكالات قانونية تحول دون حماية حقوق الغير الخارج عن الخصومة من الهيئات الإدارية. لذلك ارتأيت أن أعلق على هذا القرار من الناحية القانونية، لما فيه من لبس حول التطبيق الصحيح للقانون، وذلك بعد عرض الوقائع بإيجاز.

وقائع القرار موضوع التعليق :

بموجب وجه أثارته المحكمة العليا تلقائياً . في قضية تتعلق باعتراض وزير المالية "المدير العام للأموال الوطنية" الخارج عن الخصومة في قرار صادر عن القضاء العادي تم الطعن فيه أمامها. استندت المحكمة العليا في قرارها

موضوع التعليق على مبدأ قانوني منصوص عليه في المادة 36 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أن: "عدم الإختصاص النوعي من النظام العام"، و على نص المادة 800 من نفس القانون التي تنص: "على أن الدعاوى التي تكون فيها الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية هي من اختصاص القضاء الإداري"، وتأسيسا على ذلك أنكر القرار موضوع التعليق على القضاء العادي الفصل في اعتراض الغير الخارج عن الخصومة المسجل من طرف الهيئات الإدارية، واستخلص نتيجة لذلك قاعدة عامة مؤداها "أن القضاء العادي غير مختص نوعيا للفصل في طعن باعتراض الغير الخارج عن الخصومة مرفوع من وزير المالية" المدير العام للأموال الوطنية" وذلك بالقرار الصادر عنها بتاريخ: 2011 / 07 / 14 ملف رقم: 749672 و هو القرار موضوع التعليق.

وعليه

التعليق:

تمهيد:

لا خلاف و لا نقاش في أن عدم الإختصاص النوعي من النظام العام طبقا لنص المادة 36 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، وأن المادة 800 من نفس القانون حددت قواعد الإختصاص النوعي بشكل واضح و صريح. لكن الخلاف أو الإشكال هو أن القرار موضوع التعليق كان نتيجة تحميل المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أكثر مما تطبق مما أدى

إلى الغموض واللبس في تحديد نطاق الفصل في اعتراض الغير الخارج عن الخصومة المقدم من طرف الهيئات الإدارية أمام القضاء العادي طبقاً لنص المادة 380 و ما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، باعتبار أن نطاق تطبيق المادة 800 منه يتناول فقط عدم جواز الفصل في موضوع النزاع من طرف القضاء العادي ولا يتعداه إلى الفصل من حيث القانون كما هو محدد في المادة 380 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية - كما سيأتي بيانه - مما أدى إلى استخلاص القاعدة المنتهية إليها في القرار موضوع التعليق، والتي يبدو أنها قاعدة عامة لا تميز الفصل في الإعتراض المقدم أمام القضاء العادي من طرف الهيئات الإدارية إلا بالقضاء: بعدم الإختصاص النوعي دون أن يسبقه قبل ذلك القضاء: بإلغاء الحكم المعترض فيه وهذا ما يخالف أحكام القانون حسب التحليل والمناقشة الآتية:

أولاً: تحليل النصوص القانونية ذات الصلة:

01- إن المادة 381 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص على أنه "يجوز لكل شخص له مصلحة ولم يكن طرفاً ولا ممثلاً في الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه، تقديم اعتراض الغير الخارج عن الخصومة"، والشخص هنا بمفهوم القانون كما هو محدد في المادة 25 من القانون المدني قد يكون شخصاً طبيعياً، وقد يكون شخصاً معنوياً. طبقاً للمادة 49 من نفس القانون. والذي قد يكون شخصاً اعتبارياً خاصاً وقد يكون شخصاً اعتبارياً عاماً، ومنه فهذا

الأخير من الأشخاص الذين يجوز لهم تسجيل إعتراض الغير الخارج عن الخصومة أمام القضاء العادي.

02- أن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في المادة 260 منه لا ينكر تواجد الهيئات الإدارية كأطراف في منازعات أمام القضاء العادي، بدليل أن هذه المادة تلزم جهة القضاء العادي بوجوب إحالة القضايا. التي تكون الدولة أو إحدى الجماعات الإقليمية أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً فيها. على النيابة العامة لإبداء طلبات مكتوبة بشأنها حول تطبيق القانون طبقاً لنص المادة 259 من نفس القانون.

وتأسيساً على ذلك فالأشخاص الإدارية من الأشخاص الذين يجوز لهم قانوناً تسجيل إعتراض الغير الخارج عن الخصومة و التواجد كأطراف في قضايا مطروحة أمام القضاء العادي.

ثانياً: نطاق الفصل في قضايا إعتراض الهيئات الإدارية أمام القضاء

العادي:

إن المادة 380 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في فقرتها الأخيرة تنص على أنه يفصل في القضية من جديد "قضية الإعتراض" من حيث الوقائع والقانون. وإعتراض الهيئة الإدارية يهدف إلى الفصل في الإعتراض من حيث القانون و ليس من حيث الوقائع التي تتناول موضوع النزاع، و الذي يختص به القضاء الإداري، فتتضي الهيئة القضائية المعروضة عليها دعوى الإعتراض: بقبول الإعتراض شكلاً، ثم تقضي "في موضوع الإعتراض" و ليس في موضوع

النزاع: ذلك أن الإعتراض يفصل فيه من حيث الوقائع و القانون طبقا لنص المادة أعلاه في فقرتها الأخيرة، يفصل القضاء أولا من حيث القانون: لذلك و تأسيسا على أن النزاع أصبح من ضمن أطرافه هيئة إدارية بعد تقديم اعتراضها على الحكم الفاصل في موضوع النزاع، فإنه لا يجوز للقضاء قانونا الإبقاء على الحكم المعترض فيه الفاصل في موضوع النزاع، و إن فعل ذلك يكون قد خالف القانون لمخالفته قواعد الإختصاص النوعي فيقضي من حيث القانون، وجوبا بإلغاء الحكم المعترض فيه.

و هنا يكون القضاء المعروض عليه الطعن بالإعتراض قد فصل في الإعتراض من حيث القانون "و هو المطلوب". ثم يقضي بعد ذلك في موضوع النزاع: بعدم الإختصاص النوعي.

وبذلك يكون القضاء قد فصل في الإعتراض من حيث القانون، دون الفصل في الوقائع المتعلقة بموضوع النزاع الذي فصل فيه بعدم الإختصاص النوعي.

وبحسب ذلك فإن القرار موضوع التعليق بإقصاره وجوب الحكم في دعوى إعتراض الهيئات الإدارية أمام القضاء العادي بالتصريح بعدم الإختصاص النوعي "المتعلق بموضوع النزاع" دون الفصل قبل ذلك من حيث القانون بالقضاء: بإلغاء الحكم المعترض فيه، يكون قد صادر على المطلوب، وخالف قواعد قانونية و حقوق ثابتة للهيئات الإدارية في حق الفصل في الإعتراض على الأحكام الصادرة عن القضاء العادي، و الفصل فيها من حيث

القانون كما هو منصوص عليه في المادة 380 الفقرة الأخيرة من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية حسب التوضيح أعلاه.

ثالثا: الفصل من حيث القانون في اعتراض الغير الخارج عن الخصومة في الأحكام الصادرة عن القضاء العادي لا ينتهك قواعد الإختصاص النوعي.

إن الطعن بالإعتراض المقدم من طرف الهيئة الإدارية أمام القضاء العادي يهدف إلى المنازعة في حق قد يكون ثابتا لها و حكم به لأحد طرفي الخصومة المنتهية بالحكم المعترض فيه فتطالب هذه الهيئة أمام نفس الجهة مصدره الحكم بإعادة موضوع النزاع إلى ما كان عليه قبل صدور الحكم المعترض فيه، لأنها أصبحت طرفا في النزاع وذلك بالقضاء أولا : بإلغاء الحكم المعترض فيه، ثم تطالب ثانيا بالقضاء: بعدم الإختصاص النوعي للفصل في النزاع.

إن الفصل في الإعتراض بهذه الكيفية من طرف القضاء العادي لا يجعله منتهكا لقواعد الإختصاص النوعي المنصوص عليه في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لأنه لم يفصل في موضوع النزاع.

رابعا: القرار موضوع التعليق أنشأ قاعدة قضائية يمكن بموجبها إنتهاك

قواعد الإختصاص النوعي من طرف القضاء العادي

ذلك أن الفصل بعدم الإختصاص النوعي في قضية الطعن باعتراض الغير الخارج عن الخصومة المقدم من طرف الهيئة الإدارية، دون التصدي قبل ذلك بإلغاء الحكم المعترض فيه يكرس بقضائه هذا الإبقاء على ما قضى به

الحكم المعترض فيه الفاصل في موضوع النزاع رغم وجود الهيئة الإدارية كطرف فيه بموجب الإعتراض المسجل في الحكم محل الإعتراض، ويكون بذلك القضاء العادي قد فصل في موضوع النزاع دون أن يدري وفي ذلك انتهاك صريح لمبدأ الإختصاص النوعي المنصوص عليه في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و بالنتيجة فإن القرار موضوع التعليق يكون قد أنشأ قاعدة قضائية يمكن بموجبها انتهاك مبدأ الإختصاص النوعي من طرف القضاء العادي.

خامساً: القرار موضوع التعليق نتائج تطبيقه قد تؤدي إلى إنكار العدالة ذلك أن القرار موضوع التعليق بانتهائه إلى القول بأن القضاء العادي غير مختص نوعياً للفصل في طعن باعتراض الغير الخارج عن الخصومة المرفوع من وزير المالية "المدير العام للأموال الوطنية" يكون قد أبعد أي حق للهيئات الإدارية في تقديم اعتراض الغير الخارج عن الخصومة في أحكام صادرة عن القضاء العادي وحرمتها بذلك من التواجد كأطراف في منازعات أمامه للدفاع عن حقوقها التي تناولتها هذه الأحكام بتقديم الإعتراض فيها بهدف الفصل فيها من حيث القانون، وحتى وإن فعلت و قدمت هذا الإعتراض فإن مآله سوف يكون القضاء: بعدم الإختصاص النوعي لنظر هذا الإعتراض وهو ما قد يؤدي إلى إنكار العدالة، باعتبار أن الأحكام الصادرة عن القضاء العادي لا يجوز تقديم الإعتراض فيها أمام القضاء الإداري، و حتى لو تم ذلك فإن مآله سوف ينتهي برفض الإعتراض لعدم جوازه قانوناً.

خاتمة:

يتضح من المناقشة و التحليل السابق أن الهيئات الإدارية يجوز لها تقديم إعتراض الغير الخارج عن الخصومة ضد الأحكام الصادرة عن القضاء العادي كمبدأ عام طبقا لنص المادة 380 و ما بعدها من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية. و القضاء العادي المعروض عليه الطعن بالإعتراض مختص في الفصل في هذا الإعتراض من حيث القانون دون الفصل في موضوع النزاع فيقضي:

أولا: بإلغاء الحكم المعترض فيه. لأن الهيئة الإدارية أصبحت طرفا في النزاع بموجب الإعتراض المسجل في الحكم المعترض فيه.

ثانيا: ثم يقضي بعدم الإختصاص النوعي للفصل في موضوع النزاع. لوجود هيئة إدارية طرفا فيه.

و هو القضاء السليم المطابق لصحيح القانون.

و في الأخير فإن المبدأ المستخلص المنتهى إليه بموجب القرار محل التعليق يكون - حسب رأيي - سليما من الناحية القانونية لو صيغ بالشكل الآتي:

[[القضاء العادي مختص للفصل من حيث القانون في طعن

باعتراض الغير الخارج عن الخصومة مقدم من طرف الهيئات الإدارية ... دون

الفصل في موضوع النزاع فيقضى أولا بإلغاء الحكم المعترض فيه ثم يقضي-

ثانيا بعدم الإختصاص النوعي]].

و في النهاية آمل أن تتدخل المحكمة العليا بغرفها مجتمعة، بطلب من رئيسها الأول من أجل استصدار قرار مبدئي لإعطاء التفسير الصحيح لقواعد القانون المتعلقة بالطعن باعتراض الغير الخارج عن الخصومة المقدم . من طرف الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية . أمام القضاء العادي ضد الأحكام الصادرة عن هذا الأخير إذا أضرت بمصالحها، لأن المحكمة العليا بغرفها مجتمعة هي المرجع الوحيد للإجتهاد القضائي في حالة النقص في التشريع أو وجود غموض في نصوصه.

الحلول البديلة لفض المنازعات بغير الطريق القضائي ”دراسة في إطار قانون التحكيم الجزائري و بعض القوانين العربية“

المستشار: شعبان رأفت عبد اللطيف

مدير ادارة الشؤون القانونية بغرفة التجارة و الصناعة

الشارقة - الامارات العربية المتحدة

مقدمة:

أصبح اللجوء للوسائل لبديلة لحل وتسوية النزاعات في الوقت الحالي إمرأ ملحاً، وذلك لتلبية الأعمال الحديثة، التي لم تعد المحاكم قادرة على التصدي لها بشكل مباشر، نظراً للتطوير المستمر والمطرد في التجارة والخدمات، وما ينتج عن ذلك من تعقيد في المعاملات، والحاجة إلى السرعة والفعالية في تسوية الخلافات من قبل من ينظر بتلك الخلافات أو يساهم في حلها، وقد نشأت الحاجة لوجود الآلية القانونية التي يمكن للأطراف من خلالها حل وتسوية خلافاتهم بشكل سريع وعادل وفعال مع توفير الحرية و المرونة بهذه الآلية والتي لم تتوافر في المحاكم(1).

ونظراً لما تحتله الوسائل البديلة لحل وتسوية النزاعات من أهمية في الفكر القانوني و الاقتصادي و تماشياً مع التطورات السريعة التي تشهدها مجتمعات العالم ومنها المجتمع الجزائري(2)، فقد كانت الحاجة ملحة لاستحداث آليات بديلة لحل وتسوية النزاعات لما في ذلك من أهمية في تفعل النصوص القانونية و

التشريعية لمواكبة التحول داخل المجتمع، باعتبار أن نمط سير الدعوى يجب أن يقوم على أصول فقهية وقانونية وفق ما توصلت إليه النظريات الحديثة في كافة مجالات فض النزاعات.

وكان هدف هذه الآليات المستحدثة هو إضافة أنظمة إجرائية تخضع لنظام سير الخصومة القضائية بصفة عامة لما في ذلك من ضمانات لاستقرار المعاملات والتصرفات داخل المجتمع وبما يكفله من رعاية للحقوق المدنية للأفراد والجماعات داخل المجتمع وكذلك بهدف إحداث توافق تام بين الأنظمة القانونية داخل الدولة بما يتفق ويتناسق مع الاتفاقيات والمعاهدات الدولية ذات الصلة.

وبالتالي؛ فإن اعتماد القانون للطرق البديلة لحل وتسوية النزاعات قد جاء ترجمة لمبدأ المساواة أمام القضاء والقانون وتيسير اللجوء إلى مرفق العدالة وتوفير شروط ضمان الحاكمة العادلة(3).

وقد تضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري قسماً كاملاً بين نصوصه لحل وتسوية النزاعات (الصلح- الوساطة- التحكيم)، كوسائل بديلة عن القضاء لتسوية النزاعات من المادة 990 حتى المادة 1005. لإضافة لإلى المرسوم التنفيذي رقم 09-100 بتاريخ 10/03/2009 الذي يحدد طريقة تعيين الوطاء القضائيين(4).

وقد أخذت بالطرق البديلة لتسوية المنازعات كافة القوانين العربية، ومنها جمهورية مصر العربية، ودولة الإمارات العربية المتحدة، وغيرها من الدول.

ونظراً لأهمية الموضوع، فقد تم تقسيمه لمبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: الصلح والوساطة كوسيلة لتسوية المنازعات.

المطلب الأول: الصلح كوسيلة لتسوية المنازعات.

المطلب الثاني: الوساطة كوسيلة لتسوية المنازعات.

المبحث الثاني: التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات.

المطلب الأول: تعرف التحكيم... مزاياه، وعيوبه و الفرق بين

غيره من النظم.

المطلب الثاني: اتفاق التحكيم وصوره وآثاره.

المطلب الثالث: أنواع التحكيم وطبيعته القانونية.

المبحث الأول

الصلح والوساطة كوسيلة لتسوية المنازعات

المطلب الأول

الصلح كوسيلة لتسوية المنازعات

رغبة في المشرع الجزائري في تفعيل الإجراءات القانونية التي تضبط

مسار الدعوى تماشياً والتطورات السريعة التي يشهدها المجتمع الجزائري في

شتى ميادين الحياة السياسية و الاجتماعية والاقتصادية، وضمن مخطط التنمية الجزائري الشامل لإصلاح العدالة، كان لزاماً على المشرع أن يلجأ إلى استحداث آلات بديلة لحل النزاعات لما في ذلك من أهمية في تفعيل النصوص القانونية و التشريعية بغية مواكبة التحول داخل المجتمع (5).

ومن هذا المنطق فإن مقومات هذا القانون في مجال الطرق البديلة لحل النزاعات القضائية؛ قد جاءت تجسيدا لمبدأ المساواة أمام القضاء والقانون، وتيسير اللجوء إلى مرفق العدالة، وتوفير شروط ضمان المحاكمة العادلة من خلال مبدأ العلنية في المرافعات، والوجاهية في العمل القضائي وتكريس حق الدفاع للجميع و الاستفادة من المساعدة القضائية مع كافة شركاء ومساعدتي العدالة، وكذلك من خلال استعمال حق طرق الطعن وعلانية الجلسات والفصل في القضايا في أجل معقول لتفادي البطء في الفصل في القضايا.

وقد نص المشرع الجزائري على اعتماد بدائل الخصومة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تسهم في ترقية ثقافة التصالح بين المتخاصمين من خلال تسهيل الإجراءات وتجاوز التعقيدات الإجرائية.

ونظراً لأهمية الوسائل البديلة في تسوية المنازعات فقد أفرد المشرع الجزائري في الباب الخامس من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد المواد من (990-1005) والتي تتبنى الإجراءات البديلة لتسوية المنازعات عن طريق الصلح، والوساطة، والتحكيم (6).

كما أصدر المرسوم التنفيذي رقم (09-100) المؤرخ 10 / 3 / 2009م، والذي يحدد كيفية تعيين الوسطاء القضائيين(7).
وقد نصت المواد (990،991،992) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على الصلح كوسيلة لتسوية المنازعات من حيث كونه جوازيًا يلجأ إليه الخصوم تلقائيًا(8).

ماهية الصلح:

لقد أجاز المشرع الجزائري للخصوم وأطراف الدعوى اللجوء لتسوية منازعاتهم بالتصالح بصورة تلقائية وبالإدارة المنفردة دون تدخل من القضاء في حسم وتسوية هذه المنازعة وبالتالي فإن تمت التسوية بين الأطراف صلحاً خارج المحكمة فإن ذلك يعد صلحاً غير قضائياً.

وقد يتم حسم المنازعة بالصلح عن طريق اليمين الحاسمة غير القضائية إذا ما تم إجراؤها خارج مجلس القضاء، أم إذا تم تأديتها بمجلس القضاء فتكون قضائية، وذلك كأن يتفق الطرفان على أن يحلف أحدهما يميناً حاسماً وبالتالي فإن تم حلف اليمين فإنه يتم حسم النزاع.

لكن يشترط لهذه اليمين أن تتوافر لمن يؤديها أهلية الترف وفي من توجه إليه هذه اليمين، بمعنى أن تكون إرادة الطرفين خالية من العيوب التي تطلبها ومتى توافرت هذه الشروط وتم حلف اليمين فيتم بذلك حسم النزاع.

وقد يتفق الأطراف على التصالح ومصادقة ذلك التصالح بموجب محضر صلح أو عقد صلح من قبل القضاء فيعد صلحاً قضائياً.

تعريف الصلح ومشروعيته:

الصلح لغة: هو المصالحة والتصالح، وهو منهي للخصومة ويتميز بإزالة الشقاق والنفار بين الناس (9).

وقد عرفه البعض بأنه إنهاء للخصومة، فتقول صالحه وصالحاً إذن صالحه وصافاه، ونقول صالحه على الشيء- أي سلك معه مسك المسألة في الاتفاق، وصلح الشيء إذا زال عنه الفساد (10).

الصلح اصطلاحاً: عقد ينتهي به النزاع بين الخصوم ويتم بالتراضي بين طرفيه.

والمصالح: هو شخص المباشر لعقد الصلح.

والمصالح عنه: هو الشيء المتنازع عليه.

المصالح به: هو بدل الصلح (11).

وقد تثبت مشروعية الصلح بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

الصلح قانوناً: عرفت المادة 459 من القانون المدني الجزائري الصلح بقولها: "الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً وذلك بأن يتنازل كل طرف منهما على وجه التبادل" (12).

1/ شروط الصلح:

نظراً لأن الصلح وسيلة من وسائل تسوية النزاعات ونظراً لأهميته، فقد اعتبره الفقهاء عقداً من العقود المسماة، ومن ثم فإنه يخضع للقواعد العامة للعقود والتي تتطلب توافر أركان عامة للعقد وهي (الرضا- المحل- السبب)،

فضلاً وجود مقومات أخرى، وهي وجود نزاع قائم أو محتمل، توافر نية حسم وتسوية النزاع - نزول كل من المتصالحين بالمقابل عن جزء من حقه.

وعقد الصلح من العقود الملزمة للجانبين، فقيه يلتزم كل طرف تجاه الطرف الآخر بالتنازل عن جزء مما يدعيه ولا يتصور قيام عقد الصلح بدون تنازل ويعد الصلح من الإجراءات المبسطة التي تسمح بانقضاء الدعوى المدنية ووضع حد لمسارها ويتم بإرادة طرفيه.

وقد اشترط المشرع الجزائري، وجوب توافر نزاع قائم ومحتمل بمعنى أن يكون النزاع جدياً بين المتخاصمين.

وإذا كان هناك نزاع قائم بين الطرفين أمام الجهات القضائية وأنها الطرفان بالصلح كان الصلح صلحاً قضائياً... لكن الأمر يستلزم التمييز فيما إذا كان جوازياً أم إجبارياً، ويشترط ألا يكون قد صدر حكم نهائي في النزاع، بل يكفي إفراغه في محضر اتفاق فقط (محضر - صلح)، وإلا كنا أمام نزاع منتهي بحكم وليس بصلح (13).

2 / نية حسم النزاع:

ويعني ذلك أن يقصد الطرفان حسم النزاع بينهما، إما بإنهائه إذا كان قائماً، وإما بتوقيه إذا كان محتملاً، أما إذا لم تكن لدى الطرفين نية حسم النزاع فلا يعتبر العقد صلحاً م (459) قانون مدني.

مثال ذلك: أن يتفق الطرفان على استغلال عين معينة بأسلوب وطريقة معينة قبل حسم النزاع معه من قبل المحكمة، فإن هذا الاتفاق لا يعتبر صلحاً لأنه لم يحسم النزاع.

3/ تنازل كل طرف عن جزء من حقه:

اشترط المشرع الجزائري أن يتنازل كل من المتصالحين بإرادته على وجه التبادل عن جزء من حقه في مواجهة الطرف الآخر فإن تنازل أحد الطرفين عن جزء من حقه أو عن كل ما يدعيه ولم يتنازل الآخر عن شيء مما يدعيه لم يكن هذا صلحاً بل تسليم بحق الطرف الآخر وإقرار به.

لكن في الصلح أيضاً لا يشترط أن يكون التنازل متعادلاً من الجانبين، فقد ينزل أحد الطرفين عن جزء كبير من إدعائه ويتنازل الآخر عن بعض من إدعائه فيعد ذلك صلحاً.

فإذا أقر المدعي عليه بمبلغ الدين كله اتفق مع المدعي حين السداد على أن يدفع له جزءاً بعد أجل معين، وأمهله المدعي فإن إمهال المدعي له يعتبر تركاً منه لجزء من حقه ويعد ذلك صلحاً ويستلزم أن تصادق عليه المحكمة وذلك لتوافق إرادة الطرفين على إنهاء النزاع تماماً (14).

مميزات الصلح عن غيره من النظم

أولاً: الصلح والوساطة:

• يتشابه الصلح والوساطة في أن كل منهما يهدف إلى إنهاء الخصومة بين الطرفين بالطريقة الودية.

- الصلح يمكن أن يتم بين الطرفين فقط لكن الوساطة تتم من قبل شخص ثالث يسمى "الوسيط" لا علاقة له بالنزاع.
- ينتج الصلح حكماً رضائياً بينا الوساطة تنتهي بتقديم حلول في شكل مقترحات وتوصيات للأطراف الذين قد يأخذون بها أو يرفضونها.
- يتم الصلح أمام القاضي في الجلسة، أما الوساطة فتتم في إجراءات سرية ولا يجوز للوسيط إفشاء سرية الوساطة.
- إجراء الصلح أمام القاضي جوازي له أن يعرض الصلح على الطرفان، أما الوساطة فإنها وجوبية على القاضي أن يعرضها على الطرفان وتسمى بالوساطة القضائية.

ثانياً: الصلح والتحكيم:

يتفق الصلح أو التوفيق مع التحكيم في أن كل منهما يستند إلى الإدارة الخاصة ويتفقا أيضاً في أن كل منهما يؤدي إلى حسم النزاع، بمعنى أن الصلح والتحكيم يستندان إلى عقد يبرمه أطراف النزاع بمعنى أن أساس كل منهما هو عمل قانوني فعقد الصلح هو أساس العمل التصالحي وعقد التحكيم هو أساس حكم التحكيم، وبالتالي فإن النظامين (الصلح - والتحكيم) يتأثران بما يصيب العقد من عيوب مبطله، فبطلان عقد الصلح يؤدي إلى بطلان العمل التصالحي، وبطلان اتفاق التحكيم يؤدي إلى بطلان حكم المحكم.

أركان عقد الصلح:

1/ الرضا أو التراضي:

وهذا لا يتم إلا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر فتطابق الإيجاب والقبول كاف لتوافر الرضا (15).

أما إذا كان هناك عرض للصلح من جانب أحد الطرفين ولم يقبله قبول من الطرف الآخر فلا يوجد صلح في هذه الحالة، وكذلك أيضاً إذا كان القبول غير مطابق للإيجاب.

2/ المحل والسبب:

محل عقد الصلح هو الحق المتنازع عليه ونزول كل من الطرفين عن جزء من حقه، فإذا اختص أحد الطرفين بالحق كله في مقابل مال أو أداء معين يقدمه الطرف الآخر فإن هذا البديل يدخل في محل الصلح.

• يجب أن يكون محل عقد الصلح موجوداً وممكناً ومعيناً أو قابل للتعيين.

• يجب أن يكون محل عقد الصلح مروعاً وغير مخالف للنظام العام.

• يجب أن يكون سبب الصلح مشروعاً وإلا كان العقد باطلاً.

كما لو كان سبب الصلح هو الإبقاء على صلة الرحم بين الطرفين أو الخشية من أن يخسر هذا الطرف لدعواه أمام المحاكم مثلاً.

المطلب الثاني

الوساطة كوسيلة لحسم المنازعات

أصبحت الوسائل البديلة لحل المنازعات من الوسائل الملائمة للفصل في العديد من المنازعات كما هو الشأن في منازعات التجارة الدولية وحماية

المستهلك، والمنازعات الناشئة عن استخدام الإنترنت، والتجارة الإلكترونية، والملكية الفكرية وغيرها من المنازعات، حتى أصبح يطلق على هذه الوسائل اسم: "الطرق المناسبة لفض المنازعات"

حتى لدرجة أنه قد أصبح اللجوء إلى التحكيم مشروطاً في أغلب الأحيان باللجوء المسبق للوساطة أو التوفيق (16).

وتكمن أهمية الوساطة كوسيلة بديلة لحل المنازعات الدولية بالطرق السلمية لكونها الفكرة البديلة عن الإكراه والعنف الذي ينشأ بين الأطراف المتنازعة، وهي أيضاً تعد الوسيلة البديلة حتى عن القضاء بعيداً عن إجراءاته المطولة وتعقيده، فالوساطة تعد طريقاً سهلاً وسلساً، وأقل مشقة وتكلفة عن الطرق العادية.

وللأطراف اللجوء إليها لتسوية نزاعاتهم لاسيما التجارية، ونقطة ضعفها هي ذاتها مكمّن قوتها، ألا وهي مرونة هذه الوسيلة وإمكانية اللجوء إليها قبل أو أثناء أو بعد التقاضي، وبما أن الوساطة تجعل لكل الأطراف الحق في التوقف عن الاستمرار فيها في أي وقت، إلا أن هذه النقطة ه مكمّن قوتها لترويج هذه الوسيلة بين أطراف النزاع (ماذا تخسر؟ يمكنك التوقف في أي وقت) (17).

تعريف الوساطة وماهيتها

الوساطة هي: أسلوب من الأساليب البديلة لفض النزاعات التي تقوم على توفير لقاء يجمع الأطراف المتنازعة وإجراء حوار بينهم للتقريب بين

وجهاً النظر وتم هذا التقريب بواسطة شخص محايد، وهذا الشخص المحايد يسمى (الوسيط) وذلك بغية التوصل إلى حل ودي بين أطراف النزاع (18).

وتعرف أيضاً بأنها العملية التي تحاول الأطراف المتنازعة من خلالها أن تحل خلافاتها بمساعدة طرف ثالث، يكون مقبولاً منهم، ويسمى (الوسيط)، ومن صفاته أن يكون غير منحاز وحيادي، وذلك لمساعدة الأطراف بطريقة تطوعية للتوصل إلى تسوية للنزاع بينهما.

وقد عرف فقهاء القانون الدولي الوساطة بأنها: (محاولة دولة أو أكثر في فض نزاع قائم بين دولتين أو أكثر عن طريق التفاوض الذي تشترك فيه هي أيضاً مهما كان وساطة حسنة أم سيئة).

فالوساطة هنا يقصد منها النشاط الودي الذي تبذله دولة أو أكثر عن طريق الاتصال بين طرفي النزاع لتقريب وجهات النظر حول الموضوع المتنازع عليه، والدولة التي تقوم بالوساطة إما أن تتدخل من تلقاء نفسها، أو بناء على طلب أطراف النزاع.

كما يمكن تعريف الوساطة بأنها: أسلوب من أساليب الحلول البديلة لفض النزاعات الدولية التي تقوم على توفير ملتقى للأطراف المتنازعة للاجتماع والحوار وتقريب وجهات النظر بمساعدة شخص محايد، وذلك لمحاولة التوصل إلى حل ودي تقبله أطراف النزاع.

وقد عرفها آخرون بأنها: (إحدى الطرق الفعالة لفض المنازعات بعيداً عن التقاضي، وذلك من خلال إجراءات سرية تكفل الخصوصية لأطراف

النزاع، من خلال استخدام وسائل وفنون مستحدثة في المفاوضات بغية الوصول إلى تسوية ودية للنزاع مرضية لأطرافه).

وقد وضعت اتفاقية لاهاي (1907)، الخاصة بتسوية المنازعات بالطرق السلمية القواعد المتعلقة بالوساطة، وألزمت الدول المتعاقدة للجوء إلى وساطة الدول الصديقة، وأيضاً نصت العديد من المواثيق الدولية العديدة مثل (ميثاق الأمم المتحدة)، والإقليمية مثل (ميثاق جامعة الدول العربية)، و(ميثاق الاتحاد الإفريقي)، بشكل صريح على حل المنازعات الدولية بالطرق السلمية، ونصت على أن الوساطة من بين هذه الطرق، ومن ناحية الواقع العلمي تعد هذه الوسيلة متميزة بتسهيل إجراءات الحوار خاصة في حالة تأزم الأوضاع بين الأطراف بين دولة وأخرى (19). أو بين دولة ومجموعة من الدول، كما كان الحال في قضية لوكيربي الخاصة بالجماهيرية الليبية الشقيقة. خاصة فقد كانت تلوح في الأفق أمارات وعلامات الحرب، وتكون مهمة الوسيط في هذه الحالة بذل جهد أكبر لوقف الحرب، إطلاق النار إذا حدث (20).

ويقوم الوسيط في هذه الفترة بالاتصالات المباشرة بين الأطراف وتقديم المقترحات والبحث عن مجالات لطرق الأبواب بين الدول من أجل التقارب و الوقاف والعمل على إيجاد الحل العادل بين الأطراف المتنازعة.

ويلاحظ أن الدول في الوقت الراهن أصبحت تميل إلى توسيع نطاق الوساطة و الاعتماد على شخصيات مشهورة وذات مقدرة وكفاءة بدلاً من الدول للقيام بالوساطة.

ونخلص من ذلك إلى أن الوساطة تعد إحدى الطرق الفعالة لفض المنازعات وخاصة التجارية بين الأفراد أو الشركات بعيداً عن التقاضي، وذلك من خلال إجراءات سرية وسريعة تقوم على محاولة تقريب وجهات النظر بين أطراف النزاع من خلال استخدام فنون مستحدثة في المفاوضات بغية الوصول إلى تسوية لفض النزاع تكون مرضية لكافة الأطراف حيث يساهم كل أطراف النزاع بالوصول إلى هذه التسوية (21).

الأمر الذي أصبح معه الوساطة عبارة عن عملية مفاوضات غير ملزمة، يقوم بها طرف ثالث محايد يهدف إلى مساعدة طرفي النزاع للتوصل إلى حل لنزاعهم تحت غطاء من السرية.

وقد أخذت غالبية التشريعات الدولية، ومنها التشريعات الأنجلوسكسونية عامة و الأمريكية على وجه الخصوص بالطرق البديلة لحل النزاعات سواء التجارية بين الشركات والمؤسسات التجارية والاستثمارية أو النزاعات الدولية فيما بين الدول بعضها البعض منذ أمد بعيد.

والمرشع الجزائري شأنه شأن المرشع العربي قد أخذ بهذه الوسائل لحل النزاعات، فنجد أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد قد

ضمن بين نصوصه الواردة على وجه الخصوص بالكتب الخامس منه في المواد من 994 حتى 1005 من القانون على الوساطة كوسيلة لتسوية المنازعات.

والوساطة عكس الصلح، فهي بموجب القانون الجزائي وجوبية على القاضي والزمته القيام بها بالجلسة الأولى، والوساطة جائزة في جمع المواد باستثناء قضايا شؤون الأسرة والقضايا العمالية باعتبار أن لهما إجراءات خاصة بهما. والوساطة لا تجوز في كل ما من شأنه أن يمس بالنظام العام ويمكن أن تمتد إلى كامل النزاع أو جزء منه (22).

وقد حددت الوساطة بمدة ثلاثة أشهر قابلة للتجديد لنفس المدة لمرة واحدة، وذلك يتم بطلب من الوسيط إذا ما اقتضى عمله، وذلك شرط موافقة الخصوم مع إعطاء سلطة تقديرية للقاضي في التمديد.

ويمكن أن تتم الوساطة بواسطة شخص طبيعي أو بواسطة جمعية، وفي حالة إسناد الوساطة إلى جمعية، يقوم رئيسها بتعيين أحد أعضائها بتنفيذ الإجراء باسمها ويخطر القاضي بذلك.

أنواع الوساطة

1 / الوساطة الاتفاقية:

وهذا النوع من الوساطة يقوم طرفا النزاع بالاتفاق على إحالته إلى وسيط يقومون بتسميته بالاتفاق فيما بينهما، وقد أعطى هذا النوع من الوساطة لقاضي الصلح جواز إحالة النزاع للوسيط المتفق عليه من قبل أطراف النزاع (23).

2 / الوساطة الاستشارية:

وهي التي يطلب فيها أطراف النزاع من محام أو قاضي سابق استشارته أولاً في موضوع النزاع، ثم بعد أن يوضح للخصوم مراكزهم القانونية، يطلبون منه أن يتوسط بينهم لحل النزاع ودياً.

3 / الوساطة القضائية:

وهي التي يطلب فيها القضاة من الخصوم اللجوء إلى وسيط ليقوم بتقريب وجهات النظر بينهم، ويحسم النزاع ودياً، هذا النظام معمول به في النظم الأنجلوسكسونية، وغير معروف في النظم التي تأخذ بالنظام اللاتيني، وقد أخذ المشرع الجزائري بالوساطة القضائية ونص على وجوب قيام القاضي بالوساطة وخلال الجلسة الأولى على النحو المقرر بالمواد من 1994 حتى 1005 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري (24).

كما أخذ المشرع المصري أيضاً (25) بنظام التسوية القضائية، ففي الدستور المصري الجديد منح هيئة قضايا الدولة إمكانية تسوية المنازعات الواقعة بين الدولة والأفراد (26). كما أعد المشرع المصري مشروع قانون الوساطة القضائية في المنازعات المدنية والتجارية، والذي يعطي لقاضي سماه المشروع (القاضي الوسيط)، إمكانية تسوية النزاع ودياً، قبل عرضه على قاضي الموضوع إذا فشلت محاولات القاضي الوسيط (27)، وجعل المشرع الوساطة القضائية إلزامية في الدعاوى المقدرة القيمة، التي تجاوز قيمتها مائة ألف جنيه

مصري، وكذلك في الدعاوى غير مقدرة القيمة... أما في الدعاوى أقل من مائة ألف جنيه فهي وساطة جوازية وليست وجوبية.

مميزات الوساطة

1/ السرعة واختصار الوقت:

نظراً لتطور حركة التجارة والاستثمار فقد بات اللجوء للوسائل البديلة لحل وتسوية المنازعات أمراً طبيعياً وضرورياً، وذلك تفادياً من بطء إجراءات التقاضي، فالعدالة البطيئة هي إنكار للعدالة بصفة عامة لذلك فالوساطة تخدم العدالة إي في سرعة الفصل في المنازعات ولذلك حددها المشرع بمدة ثلاثة أشهر قابلة للتجديد لمدة واحدة بطلب من الوسيط وموافقة الخصوم، وفق نص المادة 996 من القانون الجزائري (28).

2/ المرونة:

تعد المرونة من الأسباب التي أدت إلى لجوء الأطراف إلى الطرق البديلة لحل وتسوية منازعاتهم بعيداً عن تعقيد الإجراءات القانونية بالقوانين وذلك أن الدعاوى التي ترفع أمام القضاء العادي لا بد من التقيد بالإجراءات المتبعة والمفروضة بموجب القوانين أثناء رفع تلك الدعاوى وإلا شابهها البطلان. بينما في الوساطة لا يوجد أي إجراء يترتب على عدم مراعاته البطلان فالوسيط غير ملزم بإتباع إجراءات معينة (29).

3/ السرية:

تضمن الوساطة سرية القضايا والنزاعات غير مقتضيات نظامها الذي يقبل الأطراف الالتزام بها.

وتعد السرية أهم الركائز الأساسية للوسائل البديلة كما في الوساطة، فالوسيط المكلف بالنظر في النزاع، يحظر عليه إفشاء المعلومات التي حصل عليها في جلسات الوساطة لأشخاص آخرين إلا بموافقة المتنازعين، وإلا يتم شطبه من سجل الوسطاء المعتمدين.

4 / تخفيف العبء عن كاهل القضاء:

تساهم الوساطة بشكل كبير في تخفيف العبء عن كاهل القضاء عن طريق حل نزاعات كان يمكن حلها بواسطة القضاء، فالوساطة تعطي حلاً نهائياً للنزاع بما يؤدي إلى عدم عرض هذا النزاع مرة أخرى على القضاء، وبالتالي فإن تطبيقها كوسيلة يؤدي إلى مساعدة القضاء وتخفيف العبء عن كاهله.

5 / قلة التكلفة:

تحدد أتعاب الوسيط أو الوسطاء، ورسوم الوساطة وفقاً للجدول المحدد المعتمد من الوزارة أو الذي يحدده القاضي بدولة الجزائر، وأيضاً وفق الجدول المعتمد عن غرف التجارة والصناعة، كما في دولة الإمارات أو بمراكز التوفيق والتحكيم أيضاً والذي تكون أنظمتها عادة مرفق بها هذا الجدول للرسوم و الأتعاب(30).

6 / تؤدي على استمرار العلاقة الودية بين الطرفين:

توفر الوساطة للطرفين المتخاصمين فرصة للالتقاء ثانية وإزالة الخلاف بينهما عن طريق التوصل لحل يرضي الأطراف بتقريب وجهات النظر من قبل الوسيط والتوصل إلى مصالحة تزيل كل الخلافات وهذا عكس القضاء الذي يفصل في نهاية الدعوى في أغلب الأحيان لصالح طرف ضد الطرف الآخر، مما يولد التشاحن بين الأطراف.

وقد اشترط المشرع الجزائري بالمادة (994) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية شرطاً لإحالة النزاع للوسيط هو قيد وتسجيل الدعوى أمام القضاء، ثم يتولى القاضي بماله من سلطة فرضها القانون عرض وساطته على الأطراف (الوساطة القضائية).

كما حدد المشرع الجزائري أيضاً في المادة (998) من ذات القانون: وكذا المرسوم التنفيذي رقم 09 - 100 كيفية تعيين الوسيط. وتمتد الوساطة لكل النزاع أو جزء منع، وأنه لم يشترط استعراق الوساطة لكل النزاع فمتى كان الموضوع قابلاً للتجزئة يجوز للقاضي الأمر بتعيين وسيط في الشق الذي اتفق عليه الخصوم والجزء المتبقي يتم الاستمرار في التقاضي فيه وفق الإجراءات العادية للخصومة وفق نص المادة (995) من قانون (31).

الشروط الواجب توافرها

في شخص الوسيط

يعتبر شخص الوسيط من أهم وأنجح عناصر الوساطة ورغم أن المشرع لم يحدد تعريفاً للوسيط في قانون إجراءات المدنية وكذلك في المرسوم التنفيذي رقم 09-100 لكنه اكتفى بتحديد شروط له.

فالوسيط هو الشخص من الغير ليس له علاقة بالنزاع ولا بأطراف النزاع لكن تتوافر فيه القدرة على المناقشة مع الأطراف، وهذا يعني أن الوسيط يجب أن يكون شخصاً طبيعياً وقد نصت المادة (997) من قانون الإجراءات المدنية و لإدارية الجزائري على أن تسند الوساطة إلى شخص طبيعي أو إلى جمعية.

وعندما يكون الوسيط المعين جمعية، يقوم رئيسها بتعيين أحد أعضائها لتنفيذ الإجراء باسمها ويخطر القاضي بذلك.

وقد اشترطت المادة (998) من ذات القانون ضرورة أن تتوافر في شخص الوسيط الشروط التالية:

1. ألا يكون قد تعرض إلى عقوبة عن جريمة مخلة بالشرف، وألا يكون ممنوعاً من حقوقه المدنية.

2. أن يكون مؤهلاً للنظر في المنازعة المعروضة عليه.

3. أن يكون محايداً ومستقلاً في ممارسة الوساطة.

بعد عرض القاضي للوساطة وقبول أطراف المنازعة بها يتم صدور أمر يقضي بتعيين وسيط وفق نص المادة (999) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تضمنت وجوب توافر بيانات في أمر التعيين وهي:

1. موافقة أطراف النزاع (الخصوم)

2. تحديد مدة لإتمام الوساطة وهي مدة الثلاثة أشهر على النحو المبين بالمادة (996).

3. أن يكون الأمر بتعيين الوسيط كتابياً وأن يتضمن البيانات السابقة وألا يمس بحقوق الأطراف كونه لا ينفذ إلا بموافقة الخصوم وهو غير قابل للطعن عليه بأي طريق (32).

انتهاء أعمال الوساطة:

يمكن أن تنتهي أعمال الوساطة من طرف القاضي وفق المادة (1002)(33)، ويمكن أن تنتهي من طرف الوسيط وفق المادة (1003) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد(34).

آثار الوساطة:

عندما يتمكن الوسيط من التوصل لاتفاق وتحريره محضراً بذلك ترجع القضية أمام القاضي الذي يتولى بدوره المصادقة على محضر الاتفاق بموجب أمر يكون غير قابل للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن وهو ما نصت عليه المادة (1004) من القانون (35).

المبحث الثاني

التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات

المطلب الأول

تعريف التحكيم ومزاياه وعيوبه والفرق بينه وبين غيره من النظم.

تعريف التحكيم: التحكيم هو أحد الوسائل الهامة لفض المنازعات فهو النظام الذي بمقتضاه يمكن الفصل في المنازعة بواسطة أفراد عاديين بعيداً عن القضاء.

فالأصل أنه لا يجوز للشخص أن يقتضي حقه بنفسه وإنما يجب التوجه إلى شخص محايد للفصل في النزاع وهذا الشخص المحايد هو القاضي التابع للدولة واستثناءً من هذا الأصل يعترف المشرع بالتحكيم حيث يسمح بأن يكون هذا الشخص المحايد من آحاد الناس يختاره الخصوم عادة (36).

وقد عرفه البعض بأنه "هو الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به" (37).

ويرى أستاذنا الدكتور فتحي والي أن التعريفات الفقهية للتحكيم قد تعددت لكن أفضل تعريف للتحكيم كما يرى هو "أن التحكيم نظام قانوني يتم بواسطته الفصل بحكم ملزم في نزاع قانوني بين طرفين أو أكثر بواسطة شخص أو أشخاص من الغير يستمدون مهمتهم من اتفاق أطراف النزاع" (38).

وقد عرفته المحكمة الدستورية العليا بمصر بأنه "عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحدونها ليفصل في هذا النزاع بقرار قاطع لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية" (39).

أما الدكتور محسن شفيق فقد عرف التحكيم بأنه "ضرب من القضاء الخاص يقوم على مبدأ سلطان الإدارة، وقد تطور حتى أصبح من مظاهر العصر الحديث لأهمية الكبرى في المعاملات التجارية(40).

فبمقتضى التحكيم ينزل الخصوم عن الالتجاء إلى القضاء مع التزامهم بطرح النزاع على محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بحكم ملزم للخصوم. وقد يكون هذا الاتفاق تبعاً لعقد معين يذكر فيه صلبه. ويسمى "شرط التحكيم"، وقد يكون بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل بين الخصوم، ويسمى في هذه الحالة "مشاركة التحكيم أو اتفاق التحكيم".

والتحكيم كنظام خاص للتقاضي في المسائل المدنية والتجارية والإدارية يلجأ بمقتضاه أطراف اتفاق التحكيم إلى محكم أو أكثر دون قضاء الدولة أو المحكمة المختصة للفصل فيما يثور بينهم من منازعات تتعلق بمعاملاتهم العقدية أو غير العقدية بحكم ملزم. وهذا المعنى للتحكيم يكاد يجمع عليه الفقه والقضاء والتشريعات العربية والمقارنة. غير أنها قد اختلفت فيما بينها في التعبير عن هذا المعنى، فاستخدم البعض تعبير اتفاق التحكيم لوصف عملية التحكيم. وعبر البعض الآخر عن التحكيم كنظام يتضمن ضمن مراحل المختلفة اتفاق الأطراف على التحكيم. فعرفوا التحكيم بأنه "اتفاق الأطراف على طرح منازعاتهم على محكم أو أكثر دون قضاء الدولة للفصل فيها بحكم ملزم".

ومن هذا المفهوم يتضح أن اتفاق التحكيم هو عقد يتفق بمقتضاه الأطراف على عرض نزاع قد ينشأ بينهما في المستقبل أو نزاع قد ينشأ بالفعل على شخص أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة (41).
فالتحكيم هو طريق اتفاقي من حيث النشأة من حيث تحديد ولاية المحكم وتحديد المنازعات التي تدخل في هذه الولاية وليس للمحكم الفصل في غيرها مما قد ينشأ بين الأطراف من منازعات حتى ولو نشأت عن ذات الرابطة القانونية طالما لم يشملها الاتفاق على التحكيم. أو لم يتفق الأطراف على إحالة المنازعة الجديدة إليه.

مزاي التحكيم وعيوبه

أولاً: مزاي الحكم:

أصبح التحكيم من أهم وسائل تسوية المنازعات التي تنشأ بين الدول بعضها وبعض أو بينها وبين الأفراد أو بين الأفراد بعضهم البعض سواء كانوا من جنسيات متعددة أو من جنسية واحدة وخاصة في مجال التجارة الدولية، وذلك لما يحققه من مزايا لأطراف العلاقة القانونية ونذكر من هذه المزايا مايلي:

1/ السرعة في الإجراءات وتخفيف العبء عن القضاء:

هناك الرغبة من الأطراف في الحصول على حكم سريع يفصل في النزاع ويقبل التنفيذ، فالتحكيم يضمن عادة للخصوم تحقيق هذه الرغبة أكثر من القضاء، فالمحكم يمكن أن يكون متفرغاً تماماً للفصل في النزاع المحكم فيه بينما القاضي مدعو للفصل في منازعات عديدة، وأيضاً الممكن مدعو للقيام بمهتمه

في خلال مهلة محددة يتفق عليها الخصوم وعادة ما تكون قصيرة بينما القاضي لا يتقيد بأي مهلة (42).

ويمكن المحكم أيضاً من إنجاز مهمته التحكيمية خلال هذه المهلة عن طريق اللجوء إلى إجراءات سريعة وبسيطة كونه يكون غالباً من أهل الخبرة في موضوع النزاع، الأمر الذي يمكنه من اختصار الوقت بينما القاضي قد لا يستطيع الفصل في مثل هذا النوع من المنازعات إلا بالاستعانة بخبير متخصص والانتظار حتى انتهاء الخبر من مهمته.

أيضاً يكون قرار التحكيم على درجة تقاضي واحدة بينما التقاضي يكون على درجتين (تعدد درجات التقاضي) (43). وبالتالي فالتحكيم يؤدي إلى تخفيف العبء عن القضاء.

2/ المحافظة على سرية العلاقة بين الطرفين:

الغالب أن يكون أطراف العلاقة حريصين على سريتها حرصاً منها على مصالحتها الماثلة مع الغير أو في مواجهة الغير المنافس، فإذا ما تعلق الأمر مثلاً بتنفيذ متأخر أو معيب، فإن المدعي عليه يعلق أهمية كبيرة على بقاء أمر التأخر أو العيب محجوباً عن منافسيه من ناحية، وعن عملائه من ناحية أخرى، وكذلك الحال إذا تعلق الأمر بدعوى عدم مطابقة محل العقد للمواصفات المتفق عليها (44).

و لاشك فإن اللجوء إلى التحكيم يضمن للخصوم تحقيق هذه الرغبة لأن جلساته تتم عادة في سرية عكس الحال بالنسبة للقضاء الذي تتم جلساته في علانية فضلاً عن أن إصدار الحكم يجب أن يكون دائماً في علانية (45).

3 / المرونة في الإجراءات:

يلتزم القاضي بتطبيق القانون الإجرائي الساري في دولته، أما في التحكيم فإن للأطراف حق الاتفاق على الإجراءات التي يرونها مناسبة لحل ما بينهم من نزاع، وقد يكون نزاعاً بسيطاً لا يتطلب غلا إجراءات بسيطة، كما أنه للأطراف حق الاتفاق على إخضاع التحكيم للإجراءات التي ينص عليها أي قانون إجرائي أو نظام إجرائي لي مركز من مراكز التحكيم وفق ما يرونها مناسباً لهم (46).

4 / الاقتصاد في النفقات:

في الغالب تكون نفقات التحكيم زهيدة، خاصة في حالة التحكيم الحر إذا ما قورنت بتلك التي تستدعيها الخصومة القضائية أمام محاكم الدولة - رسوم قضائية وأتعاب محاماة وخبراء مع الأخذ في الاعتبار طول الوقت في التقاضي أمام المحاكم، وأثر ذلك على التجارة والاستثمار (47).

5 / التحكيم أداة تشجيع للتجارة الدولية:

يعتبر التحكيم أداة تشجيع للتجارة على المستويين الوطني والدولي فهو يمثل أداة للثقة والطمأنينة في مجال المعاملات الدولية، ويشجع التجارة بين الدول فهو يطمئن الأجنبي من مخاوف اللجوء إلى القضاء الوطني وتطبيق

القانون الوطني وطول الإجراءات واعتقاد الأجنبي في انحياز القاضي الوطني إلى مواطنيه أطراف النزاع كما يتلافى عدم معرفة المستثمر الأجنبي والمصدر الأجنبي بالقوانين الوطنية (48).

ثانياً: عيوب التحكيم:

في التحكيم يتحمل الأطراف إبتداءً مصاريف التحكيم معاً وأتعاب المحكمين في حين أنه في التقاضي لا يدفع الأطراف إتعاباً للقاضي، فلا يتحمل المدعي ابتداءً إلا رسوم بسيطة، ولا يحكم بالمصاريف غلا على من يخسر الدعوى بعد انتهاء الخصومة بحكم نهائي.

1. قد تطول الإجراءات في التحكيم عنها في القضاء بسبب عدم قيام أحد الأطراف بتعيين المحكم الذي يتوجب عليه اختياره، أو بسبب عدم اتفاق الطرفين على المحكم الفرد، أو بسبب عدم الاتفاق على المحكم الفرد، أو بسبب عدم الاتفاق على رئيس الهيئة، أو بسبب التمسك ببطلان التحكيم (49).

2. لا يجوز توسيع نطاق التحكيم (امتداد شرط التحكيم)، دون رضا ذوي الشأن، في الخصومة أمام القضاء يمكن أن يتسع نطاقها من الناحية الموضوعية من حيث الطلبات فيها ومن الناحية الشخصية من حيث تدخل الغير واختصاصه حتى ولو دون رضاه.

3. حكم التحكيم يعتمد على درجة واحدة، أي انه غير قابل للطعن عليه، عكس القضاء.

التمييز بين التحكيم وغيره من النظم

أولاً: التمييز بين التحكيم والقضاء:

يعرف القضاء بأنه سلطة الفصل بين المتخاصمين وحماية للحقوق العامة بإنزال حكم القانون على الواقعة محل التداعي (50).
أي أن القاضي يستمد سلطانه من الدولة، والقاضي موظف عام له ولاية قضائية دائمة يصدر أحكاماً قضائية ولا يتقاضى أجراً على عمله من الخصوم، وإنما من الدولة، كما أنه ليس للمتقاضين الحق في اختيار القاضي الذي يفصل في النزاع.

بينما التحكيم هو اتفاق ينشأ بمقتضاه نظام إجرائي قضائي مؤقت قاصر على نزاع معين بنطاق محدد يقوم عليه شخص عادي له ولاية قضائية مؤقتة تنتهي بإصدار الحكم المنوط به إصداره.

بمعنى أن المحكم هو الشخص الذي يتولى حسم النزاع الناشئ بين الأطراف بناءً على إرادة هذه الأطراف، ويعني ذلك أن لكل من المحكم والقاضي ولاية الحكم (51).

لكن النظامين يختلفان من حيث:

1. أن التحكيم لا يصح إلا برضاء الطرفين، أما القضاء فلا محل لرضا الأطراف فيه متى ثبتت ولاية القاضي مكانياً وموضوعياً.
2. ولاية المحكم قاصرة على الدعوى المحكم فيها فقط، أما القاضي فله النظر في كل القضايا التي تدخل في اختصاصه وهي أوسع عنها في التحكيم.

3. حكم المحكم قاصر على المحكوم عليه فقط، ولو ثبت بينة، أما حكم القاضي فقد يتعدى المحكوم عليه (52).

4. التحكيم أضيّق مجالاً من القضاء فلا يصح إلا فيما يملكه الخصم، أما القضاء فللتقاضي النظر في كل خصومه (53).

5. لا يجوز للمحكم أن يستخلف غيره ليتولى التحكيم نيابة عنه إلا بموافقة الطرفين، لأن الرضا بالتحكيم مرتبط بشخص المحكم، أما القاضي فيجوز له أن يستخلف غيره في نظر القضايا المعروضة.

ثانياً: التمييز بين التحكيم والصلح:

التحكيم مثل الصلح ينشأ عن عقد وبها يتم حسم النزاع والصلح عقد يتأتى بتنازل إرادي من كل طرف عن بعض مطالبه (54).

لكن يختلف النظامان من عدة نواحي وهي:

• أن محل عقد الصلح هو تسوية النزاع القائم بين الطرفين مباشرة بواسطة الطرفين أنفسهم دون تدخل من طرف ثالث، أما محل التحكيم فهو اختيار محكم أو محكمين للفصل في النزاع وعدم عرضه على القضاء التابع للدولة.

• ينتهي التحكيم بحكم ينهي النزاع ملزم للطرفين، وقابل للتنفيذ وفقاً لإجراءات محددة، أما الصلح فينهي النزاع بمجرد التنازل المتبادل ويكون هذا الاتفاق قابلاً للتنفيذ كما تنفذ العقود بصفة عامة (55).

• الصلح يقتضي التنازل المتبادل من الخصوم عن جزء من الحق الموضوعي لحل النزاع، أما في التحكيم فالاتفاق لا يتضمن أي تنازل عن الحق وقد يقضي المحكم بالحق كله لأحد الأطراف فتمتع المحكم بسلطة قضائية تمكنه من الفصل في النزاع بحكم ملزم لأطرافه هو المعيار الحاسم في التمييز بين المحكم والمصالح(56).

ثالثاً: التمييز بين التحكيم والوساطة أو التوفيق:

الوساطة والتوفيق مثل التحكيم كلاهما طريق من طرق تسوية المنازعات والغرض من الوساطة أو التوفيق هو التوصل إلى تسوية ودية للنزاع بين الأطراف عن طريق اختيار موفق محايد يقدم اقتراحاته في النزاع(57)، فالتوفيق والوساطة تنتهي باقتراح من الوسيط لتقريب وجهات النظر بين الطرفين وتحرير محضر يوقعه الطرفين والوسيط ويعد هذا المحضر- عقداً عادياً ليس له آثار الأحكام القضائية ويكون قابلاً للتنفيذ الجبري.

رابعاً: التمييز بين التحكيم والوكالة:

الوكالة هي عقد يلتزم بمقتضاه الموكل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل، والوكالة تخول الوكيل سلطة النيابة في التصرف عن الموكل دون أن يصدر أحكاماً أو يحل نزاعاً(58).

أما التحكيم فهو اختيار المحكم بواسطة الخصوم ليفصل في نزاع قائم أو محتمل ينتهي بقرار ملزم فالمحكم مكلف بإصدار قرار قانوني (الحكم) وبالتالي، فإن المحكم يختلف عن الوكيل في استقلاله في أداء عمله عن أطراف النزاع، فهو

ليس وكيلاً يدافع عن مصالح من اختاره حيث لا يعمل لحسابه ولا يلتزم بتعليماته لكنه يباشر سلطة العدالة المرنة والخصوصية، كما أن الوكيل إذا تجاوز سلطته فإنه يسأل لو حده عن ذلك ولا يمثل مصالح متعارضة، لذلك فإن المحكم وفق رأي غالبية الفقه المعاصر (59). يعتبر قاضياً وليس وكيلاً، وبالتالي يجب أن يتمتع بالاستقلال اللازم لمباشرة مهمته فهو يحكم بتجرد وطبقاً لما يميله عليه ضميره والقانون ويتنحى إذا استشعر الحرج أو أن شيئاً ما يفقده حيده واستقلاله.

خامساً: التمييز بين التحكيم والخبرة:

يقصد بالخبرة ذلك الإجراء الذي يعهد بمقتضاه القاضي أو المحكم إلى شخص ما مهمة إبداء رأيه في بعض المسائل ذات الطابع الفني الذي يكون على دراية بها دون إلزام القاضي أو المحكم أو الخصوم بهذا الرأي (60). فالخبرة هي المعرفة ببواطن الأمور والخبير هو العالم في علم أو فن معين، ويقدم الخبير رأيه بصدد موضوع معين متى طلب منه ذلك، دون أن يكون لرأيه أي قوة إلزامية لا للقاضي ولا للخصوم، ولا يعدو أن يكون رأيه استشارياً للقاضي أو للمحكم.

ويتميز التحكيم بصفة خاصة عندما يتطلب حل النزاع إلى "خبرات" فنية خاصة أو دراية بالأعراف والعادات الجارية في مجال تجارة، أو صناعة معينة إذ يستجيب حكمه لمقتضيات هذه التجارة أو الصناعة (61).

فالتحكيم يستوجب اختيار محكمين من الخبراء في مجال النزاع المعروض
للتحكيم.

ورغم تشابه المحكم مع الخبير... إلا أنهما يختلفان من النواحي
الآتية (62):

• أن رأي الخبير استشاري للمحكمة في حين أن رأي المحكم ملزم
لأطراف النزاع.

• لا يشترط أن يعين الخبير بالاسم، أما المحكم فيشترط أن يعين بالاسم
في وثيقة التحكيم.

• الخبرة لا تقتضي وجود شرط أو مشاركة عكس التحكيم الذي يكون
اختيارياً.

• قرار الخبير لا يجوز الطعن فيه مباشرة بعكس قرار المحكم الذي قد
يجوز الطعن فيه في بعض التشريعات.

• الخبير ملزم بتطبيق قواعد الإثبات، أما المحكم فقد لا يلتزم بتطبيق
قواعد القانون كالتحكيم بالصلح.

المطلب الثاني

اتفاق التحكيم

أولاً: تعريف اتفاق التحكيم:

لم يرد تعريف محدد لاتفاق التحكيم في القانون، إلا أنه وفقاً لتعريف
المادة السابعة في فقرتها الأولى من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي

الذي اعتمده لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية بتاريخ 21 يونيو 1985 م، يقصد باتفاق التحكيم: "اتفاق الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم، جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية" (63).

و على ذلك يمكن تعريف اتفاق التحكيم بأنه: "الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم بشأن نزاع لم يحصر المشرع ولاية نظره فقط للقضاء".

ولما كان المشرع في كل من دولة الإمارات العربية المتحدة، ودولة الجزائر قد نص على حق اللجوء للتحكيم وفق ما قضيت به المادة رقم (1/203) من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي لدولة الإمارات، وكذلك المواد أرقام (1006.1007.1008.2011.1012.1013) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لدولة الجزائر (64).

ويعني ذلك أن هذين النصين قد منحا المشروعية لأي اتفاق تحكيمي طالما أن هناك اتفاق بين الأطراف على اللجوء للتحكيم.

ولما كان المقرر طبقاً للقواعد العامة أن ولاية الفصل في المنازعات هي من ولاية القضاء بحسب الأصل فقط، وأن اللجوء للتحكيم لا بد وأن يتم باتفاق الأطراف وباراداتهم المنفردة.

وقد عرف قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 م، اتفاق التحكيم في الباب الثاني منه (65)، وبذلك فإن الاتفاق على التحكيم يأخذ الصور التالية:

1/ صورة شرط التحكيم:

وهي بند يوضع في العقد بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين.

2/ صورة مشاركة التحكيم:

وهي عبارة عن عقد مستقل عن العقد الأصلي وهي تحرر بعد حدوث النزاع ويجب أن يحدد موضوع في هذه المشاركة حتى ولو أقيمت بشأنه دعوى قضائية، وفي هذه الحالة يجب أن تحدد المشكلات التي يشملها اتفاق التحكيم وإلا كان باطلاً.

واتفاق التحكيم سواء كان شرطاً أم مشاركة، فإنه يقوم على أساس مبدأ سلطان الإدارة، الذي يشكل أساس مشروعية التجاء الأطراف إلى التحكيم، ومنه يستمد المحكم سلطته في الفصل في النزاع، ويترتب على عدم وجود الاتفاق المذكور انعدام حكم التحكيم، واعتباره كأن لم يكن، وذلك لانعدام ولاية المحكم في إصداره، كما يقع باطلاً أيضاً الحكم الذي يستند على اتفاق تحكيم اختلت فيه الشروط (باطل) (66).

وعليه، فمناط اختصاص التحكيم هو صحة أو عدم صحة اتفاق التحكيم، فإن كان اتفاق التحكيم صحيحاً فإن القضاء يرفع يده عن البت في المنازعة وينعقد الاختصاص في هذه الحالة لهيئة التحكيم.

أما إذا أختل اتفاق التحكيم، فيسترد القضاء ولايته واختصاصه الأصيل بنظر النزاعات المثارة بين الأفراد بدلاً عن هيئة التحكيم.

وكي يكون اتفاق التحكيم صحيحاً لا بد من توافر شروط موضوعية وشكلية على النحو التالي:

أولاً: الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم:

1/ التراضي في اتفاق التحكيم:

التراضي باعتباره ركن من أركان اتفاق التحكيم مفاده أن تتجه إرادة الأطراف في اللجوء إلى التحكيم كبديل عن القضاء، وبعبارة أخرى أن اتفاق الشخص الذي يصدر الرضا عنه - سواء كان من أبرم العقد باسمه ولحسابه أو كل من اتجهت إرادته إلى الالتقاء بإدارة أخرى - لاتخاذ التحكيم سبيلاً لتسوية منازعاتها. بعيداً عن قضاء الدولة، ويتحقق بهذا التوافق بين الإرادتين على إحداث هذا الأثر القانوني وهو اللجوء إلى التحكيم (67).

كما يلزم لصحة اتفاق التحكيم تراضي الطرفين بإيجاب وقبول وفقاً للقواعد العامة في هذا الشأن، وأن تكون إدارة الطرفين خالية من عيوب الرضا المنصوص عليها في قانون المعاملات المدنية (68).

فتوافق إدارة الطرفين على اللجوء إلى التحكيم بدلاً من القضاء، في التحكيم الاختياري، هو الأساس الذي يستمد منه التحكيم شرعيته وإلزامه (69).

وتوافق إرادة الطرفين على اللجوء إلى التحكيم قد يكون سابقاً على قيام النزاع وقد يكون لاحقاً عليه، وهو ما نصت عليه المادة السادسة من مشروع القانون الاتحادي الإماراتي في شأن التحكيم في المنازعات التجارية بقولها:

"1- يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء قام مستقلاً بذاته أم ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين وفي هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع في بيان الدعوى المشار إليه في الفقرة الأولى من المادة (31) من هذا القانون، وكذلك المادة (10) فقرة (2) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 م.

2- يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية وفي هذه الحالة يجب أن يُحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم، وإلا كان الاتفاق باطلاً".

فإذا ورد هذا الاتفاق بمناسبة علاقة قانونية وقبل نشوب النزاع سمي "شرط تحكيم"، سواء ورد كبند من بنود العقد أو في اتفاق مستقل يلحق بالعقد الأصلي، فالشرط يواجه نزاعاً لم يقع بعد، وإذا ورد الاتفاق بعد نشوب النزاع سمي "مشاركة تحكيم"، فالمشاركة تفترض عدم سبق الاتفاق على التحكيم بشأن النزاع المطروح، وشرط التحكيم الوارد بالعقد يغني عن توقيع المشاركة عند نشوب النزاع (70).

ويجب أن يكون التعبير عن الإدارة واضح الدلالة في اللجوء إلى التحكيم بديلاً عن القضاء، لأن عدم وضوح العبارة كما لو كانت تمنح الأطراف حق اللجوء إلى القضاء إلى جانب اللجوء إلى التحكيم، ولا يحول دون لجوء الأطراف إلى القضاء، ويضحى ذلك اتفاق التحكيم عديم الجدوى وغير ذي فائدة (71).

2 / الأهلية اللازمة لإبرام اتفاق التحكيم:

أولاً: أهلية الشخص الطبيعي:

حتى يتم إبرام اتفاق التحكيم لابد من توافر أهلية التصرف في ذلك الشخص، حيث لا يصح الاتفاق على التحكيم غلاماً ممن له أهلية التصرف في الحق محل النزاع وقد أكد ذلك المواد (4 / 203) من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي لدولة الإمارات والمادة رقم (11) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994م (72).

وتطبيقاً لذلك فلا يجوز الاتفاق على التحكيم من قبل القاصر، وإن تم فإنه يكون قاصراً على إجازة الولي وفي الحدود التي يجوز للقاصر التصرف فيها، أو إجازة القاصر لهذا التصرف بعد بلوغه سن الرشد، باعتبار أن اتفاق التحكيم وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض المصرية باعتبار أن اتفاق التحكيم يرتب التزامات متبادلة في ذمة طرفيه (73).

أما القاصر المأذون له بالتجارة أو الإدارة فإن له أهلية التصرف والتقاضي بشأن التصرفات المأذون له في إبرامها، ومن ثم يكون له سلطة الاتفاق على التحكيم بشأن المنازعات الناشئة عنها (74).

ويعني ذلك أن الأهلية اللازمة لإبرام اتفاق التحكيم هي بحسب الأصل الأهلية الكاملة، أي بلوغ سن الرشد، إحدى وعشرين سنة قمرية، أما تصرف القاصر سواء كان مأذوناً له أم لا فإنها تخضع للقواعد العامة.

إما ما يتعلق بأهلية الأجنبي فتستند إلى قانون جنسيته، ويرجع بشأن مدى توافر أهلية الأجنبي من عدمها وقت إبرام اتفاق التحكيم إلى قانون جنسيته (75).

ثانياً: أهلية الشخص الاعتباري:

الأشخاص الاعتبارية الخاصة: ويقصد بها الشركة... فهل تكفي صفة الممثل القانوني للشركة لإبرام اتفاق التحكيم أم أن ذلك يستلزم نص خاص في عقد الشراكة أو في نظامها الأساسي أو على الأقل أن يفوض في ذلك صراحة من مجلس إدارة الشركة.

وقد ذهبت محكمة استئناف القاهرة ومركز القاهرة الإقليمي لإلى القول بأنه (من المسلم به أن الشريك المتضامن المدير في شركة الأشخاص له سلطة واسعة في التصرف في أموال الشركة، ولهذا فإن له أن يبرم اتفاق تحكيم نيابة عن الشركة، ولو لم يفوض في ذلك صراحة، وليس للشريك الموصى أو للمدير غير الشريك المتضامن هذه السلطة، وبالنسبة للشركات المساهمة أو ذات المسؤولية المحدودة، يكون لرئيس مجلس إدارة الشركة المساهمة أو العضو المنتدب للشركة المساهمة أو المدير العام للشركة ذات المسؤولية المحدودة الذي يدير الشركة سلطة كاملة في الإدارة وفي التصرف في أموال الشركة في حدود تحقيق أغراض الشركة، وقد جرى قضاء محكمة استئناف باريس على أن له بموجب هذه السلطة أن يبرم اتفاق تحكيم دون حاجة إلى تفويض خاص بذلك، وذلك على أساس أن التحكيم يعتبر عملاً من الأعمال الجارية للشركة، إذا هو تكملة

ضرورة للعقود التي تبرمها الشركة لمباشرة نشاطها... وكذلك كله ما لم يرد نص في نظام الشركة أو في عقدها يسلبه هذه السلطة أو يقيدھا، ونفس الأمر بالنسبة للمثل القانوني لأي شخص اعتباري إذا كانت له سلطة إبرام العقود نيابة عنه).

أما المؤسسة الفردية، فقد ذهبت محكمة التمييز بدبي في حكم حديث لها أن تفويض مدير المؤسسة في إدارتها من قبل مالك المؤسسة الطاعنة لا يعني أن يدخل في هذه الإدارة الاتفاق على التحكيم، بل يلزم لذلك تفويض خاص من صاحب المؤسسة أو إجازة لهذا التصرف، فإن أهمل الحكم ذلك، واعتبر أن تفويض في الإدارة يشمل التفويض في إبرام اتفاق التحكيم فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وشابه القصور في التسبب مما يتعين نقضه (76).

أما بالنسبة للأشخاص الاعتبارية الأجنبية:

فإن المستقر عليه قانوناً أنه يسري عليها قانون الدولة الأجنبية التي اتخذت منها مركز رئيس لإدارتها.

3 / محل اتفاق التحكيم:

الأصل أن القضاء هو المختص بالبت في كافة النزاعات بالنظر لكونه صاحب الولاية العامة في تحقيق الحماية للحقوق والمراكز القانونية، لذا؛ يبقى اللجوء إلى التحكيم كوسيلة بديلة عنه، بمثابة استثناء من الأصل، يتعين للجوء إليه أن يكون الحق محل النزاع مما يقبل الصلح...

ويقصد بمحل اتفاق التحكيم، تلك المنازعة التي يراد حسمها عن طريق التحكم، والتي يجب أن تقبل التسوية بواسطته، والذي يرتبط وجوده بوجودها، غير أن المنازعة التي تكون محلاً لاتفاق التحكيم، قد توجد مستقلاً في شرط التحكيم، وقد تكون موجودة حالياً في عقد التحكيم، الذي تم إبرامه بسبب نزاع قائم بالفعل (77).

وطالما أن اتفاق التحكيم، هو عقد كسائر العقود، فإن محله يجب أن تتوافر فيه الشروط العامة المطلوبة في محل الالتزامات التعاقدية بوجه عام، حيث أن يكون محل اتفاق التحكيم، موجوداً وممكنأً ومعيناً أو قابلاً للتعين، وأن يكون مشروعاً.

وإضافة إلى الشروط السابقة لا بد وأن ينصب محل اتفاق التحكيم على نزاع مالي في إطار القانون الخاص بين طرفي العلاقة القانونية، وأن يكون الحق المتنازع بشأنه مما يقبل الصلح، وقد اتفقت كافة التشريعات على عدم جواز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح لأنها لا تصلح لأن تكون محلاً للتحكيم كونها تمس النظام العام (78)، كالمسائل الجنائية فلا تصلح أن تكون محلاً للتحكيم لتحديد المسؤولية الجنائية بشأنها أو نفيها، وتلك المتعلقة بالأحوال الشخصية أيضاً (79).

وتستخلص مما سبق أنه لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي، أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح (80).

فالحق لا يكون محلاً للتحكيم إذا كان مما لا تجوز المصالحة عليه، وعله إخراج المنازعات التي لا يجوز الصلح فيها من نطاق التحكيم هي رغبة المشرع في بسط ولاية القضاء العام في الدولة على هذه المنازعات، وهو ما يقتضي منع اللجوء إلى نظام التحكيم للفصل فيها (81)، ومنها أيضاً مسائل الأحوال الشخصية والمسائل الجنائية والمنازعات التي تتصل بأموال تمنع الأنظمة القانونية التعامل فيها كالتمامل في المواد المخدرة أو الأسلحة، وغيرها، وكذلك تلك المتعلقة والناشئة بالرهانات والقمار وممارسة الدعارة، وكذلك الأمور المستعجلة في المنازعة الموضوعية المتفق على الفصل فيها عن طريق التحكيم سواء كان النزاع موضوع الاتفاق معروضاً بالفعل على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم للفصل فيه، أم لم يكن قد عرض عليها بعد (82).

وبالتالي؛ فإن محل التحكيم يجب أن يكون نزاعاً بين الطرفين سواء كان هذا النزاع قائماً، ويسمى بمشارطة التحكيم، أو محتملاً ويسمى بشرط التحكيم، ويجب أن يحدد النزاع في وثيقة التحكيم وفق نص المادة 3/203 من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي لدولة الإمارات (83).

السبب في اتفاق التحكيم

حتى تكتمل أركان اتفاق التحكيم يجب أن يتوافر ركن السبب أي سبب لجوء الأطراف إلى التحكيم، وأن يكون هذا السبب مشروعاً فإذا كان السبب غير مشروع فلا وجود لاتفاق التحكيم، كما لو قصد من اتفاق التحكيم

التهرب من أحكام القانون الذي كان سيتعين تطبيقه لو طرح النزاع على القضاء(84).

ثانياً: الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم:

1/ الكتابة:

يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً حيث لا يعتد بالاتفاق الشفوي وهذا هو ما استقرت عليه كافة التشريعات الوطنية والدولية، ونظراً لتعظيم الدور الذي يلعبه التحكيم في تسوية المنازعات وخاصة المنازعات التجارية والاستثمارية الدولية، فإنه لا بد أن يكون هذا الاتفاق وليد إرادة حرة وصادقة من الأطراف، إذا لا يمكن التمسك به إلا باتفاق صريح سواء أدرج كشرط من شروط العقد أو تم الاتفاق عليه بصورة مستقلة.

والاتفاق على التحكيم يتخذ شكلاً معيناً، فلا يكفي كما تذهب بعض التشريعات الغربية التراضي للقول بوجوده وصحته، وإنما تلزم الكتابة لصحة هذا الاتفاق(85).

وقد تضمنت التشريعات العربية والدولية النص على الكتابة فنجد أن القانون المصري رقم 27 لسنة 1994(86)، وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري(87)، وقانون الإجراءات المدنية الاتحادي لدولة الإمارات(88)، وقانون الاونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي بصيغته التي اعتمدها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي سنة 1985

وما أدخل عليها من تعديلات عام 2006 وذلك على النحو المبين بالمادة السابعة الفقرة الثانية من القانون (89)، وكذلك اتفاقية نيويورك 1958 (90).

آثار اتفاق التحكيم

يترتب على اتفاق التحكيم أثرين هامين هما:

1/ الأثر الإيجابي: هو أن يكون لكل من الطرفين وخلفهما العام حق اللجوء إلى التحكيم فقط لنظر المنازعات التي تنشأ عن ذلك الاتفاق، ويظل الأمر كذلك حتى لو انقضى الحق الموضوعي محل التحكيم بوفاة السلف وذلك تطبيقاً لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم (91).

2/ الأثر السلبي: هو أنه يمتنع على الطرفين أو خلفهما العام حق اللجوء إلى قضاء الدولة لنظر النزاع محل التحكيم وهو ما يسمى بالأثر السلبي، وهذا الأثر يترتب بمجرد إبرام اتفاق التحكيم (92).

ومع ذلك إذا كان اتفاق التحكيم موجود ورغم أنه يسلب الاختصاص بنظر النزاع من قضاء الدولة إلا أنه في الوقت نفسه لا يسلب الحق الشخصي للأطراف من اللجوء إلى القضاء الدولة (93).

المطلب الثالث

أنواع التحكيم

أولاً: التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي:

التحكيم الداخلي: هو الذي يتعلق بعلاقات وطنية داخلية في جميع عناصرها الذاتية موضوعات وأطرافاً وسبباً ويكون التحكيم دولياً إذا كان

موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية أي أن المعيار المتخذ لهذا التقسيم هو موضوع النزاع فإن كان التحكيم يتعلق بعلاقة وطنية يكون داخلياً (94).

أما إذا كان موضوعه يتعلق بمصالح التجارة الدولية فيكون دولياً (95)، ولا يشترط المشرع شروطاً أخرى لدولة التحكيم (96).

ويعني ذلك أن مكان التحكيم ليس له أهمية فالتحكيم يكون دولياً لمجرد تعلق الرابطة القانونية محل النزاع بالتجارة الدولية سواء تم داخل الدولة أو خارجها (97).

ويكون التحكيم دولياً إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية في الأحوال الآتية:

أولاً: إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرف التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم، فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم، إذا لم يكن لأحد طرفي التحكيم مركز أعمال فالعبرة بمحل إقامته المعتاد.

ثانياً: إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى المنظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها.

ثالثاً: إذا كان موضوع النزاع الذي يشمل اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة.

رابعاً: إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في نفس الدولة وقت إبرام اتفاق التحكيم وكل أحد الأماكن التالية واقعاً خارج هذه الدولة.

(أ) مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه.

(ب) مكان تنفيذ جانب جوهرى من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين.

(ت) المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع (98).

ثانياً: التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري:

الأصل في التحكيم أنه اختياري يقوم على إرادة الأطراف وهذا الأصل المعمول به في معظم القوانين.

ففي دولة الإمارات كان التحكيم إجبارياً في النزاعات الناشئة عن تداول الأوراق المالية والسلع بشأن هيئة وسوق الإمارات للأوراق المالية والسلع، إلا أنه قد صدر القرار رقم (35/ر) لسنة 2008 وقد جعل الفصل في المنازعات الناشئة عن تداول الأوراق المالية والسلع عن طريق التحكيم باختيار الأطراف وليس جبراً، كما كان الحال عليه في قرار الهيئة رقم (1) لسنة 2001 بشأن نظام التحكيم والتي كانت تجعل الفصل في المنازعات الناشئة عن أحكام القانون سالف الإشارة فيما بين المتعاملين في مجال الأوراق المالية والسلع عن طريق التحكيم دون غيره، وكانت تعتبر التعامل في السوق إقراراً بقبول

التحكيم والتزاماً بتنفيذ حكم المحكم وتنازلاً عن طريق الطعن فيه عدا الحالات المنصوص عليها في القانون السالف (99).

وفي مصر قد استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا على عدم دستورية النص التشريعي الذي يفرض التحكيم إجباراً على الخصوم (100).

ورغم ذلك فقد استقر قضاء الرأي على دستورية التحكيم الإجباري في بعض الحالات الأخرى كما هو الشأن في التحكيم الإجباري المنظم بالقانون رقم 97 لسنة 1983 الخاص بهيئات القطاع العام وشركاته بجمهورية مصر العربية، قد حكم بدستوريته لعدم تعارضه حيث قضى بأن "الأصل العام في التحكيم أن يكون وليد اتفاق الخصوم على اللجوء إليه إلا أنه ليس هناك ما يحول والخروج على الأصل العام إذا قامت أوضاع خاصة بخصوم محددتين وفي شأن منازعات معينة لها طبيعتها المغايرة لطبيعة المنازعات العادية مادام أن الالتزام بالمباديء الأساسية للتقاضي كان نهج المشرع عندما وضع تنظيمياً تشريعياً بالتحكيم (101).

ثالثاً: التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي:

التحكيم الحر:

هو التحكيم الذي تنعقد فيه هيئة التحكيم لحسم نزاع محدد أي حالات فردية فيه يقوم أطراف النزاع بتنظيم عملية التحكيم منذ بدايتها حتى نهايتها بصدور حكم التحكيم بمعنى أن الطرفين يتولان إبرام اتفاق التحكيم قبل نشوء النزاع أو بعده ويختاران أعضاء هيئة التحكيم ويحددان زمانه ومكانه ولغته

والقواعد الإجرائية التي تحكم خصومه التحكيم والقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع وذلك كله دون الخضوع لإشراف مركز دائم أو مؤسسة دائمة للتحكيم، وفيه تتم العملية التحكيمية بالاستناد لما اتفق عليه الطرفان من قواعد إجرائية إن وجدت، وإلا فإن القانون المطبق على إجراءات التحكيم هو غالباً ما يكون قانون مكان التحكيم (102).

أما التحكيم المؤسسي:

ففيه يتفق الطرفان على أن يتم التحكيم في إطار مركز دائم للتحكيم أو مؤسسة تحكيمية دائمة سواء كانت وطنية أو دولية فيتم التحكيم وفقاً لنظام هذا المركز وإجراءاته (103).

وللتحكيم المؤسسي مزايا عديدة فمن ناحية، يوجد بهذه المراكز أو المؤسسات قائم بأسماء المحكمين المتخصصين في مختلف المنازعات ومن ناحية أخرى يوجد لديها لوائح إجرائية للتحكيم، وتقديم خدمات إدارية لعملية التحكيم كالسكرتارية وأعمال الترجمة وغير ذلك، وبالنتيجة تتولى القيام بالإدارة اللوجستية لعملية التحكيم (104).

ومن أهم مراكز التحكيم الدولية:

1. المركز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بواشنطن

(ICSID).

2. محكمة التحكيم لغرفة التجارة الدولية في باريس (ICC).

3. مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

4. محكمة لندن للتحكيم الدولي (LCIA).
 5. مركز دبي للتحكيم الدولي (DIAC).
 6. المجلس الهندي للتحكيم (ICA).
 7. جمعية التحكيم الأمريكية (A.A.A).
 8. التحكيم التجاري الدولي لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية.
 9. جمعية اليابان للتحكيم التجاري (JCAA).
 10. التحكيم والوساطة التابع للمنظمة الدولية للملكية الفكرية
بجنيف (WIPO).
 11. مركز الوساطة والتحكيم بالجزائر التابع للغرفة التجارية العربية
الفرنسية.
- ولكل مركز من هذه المراكز لائحة تحكيم تتضمن القواعد الإجرائية
التي يجب اتباعها في التحكيم الذي يتم بالمركز (105).
- رابعاً: التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح (أو التحكيم العادي
والتحكيم المطلق):
- يقصد بالتحكيم بالقانون أو التحكيم العادي: التحكيم الذي تلتزم فيه
هيئة التحكيم بالفصل في النزاع وفقاً لقواعد القانون الموضوعي أو الإجرائي
الذي يتم تحديده من قبل الأطراف أو من قبل هيئة التحكيم ذاتها عند سكوت
الأطراف.

أما التحكيم بالصلح أو المطلق: فيقصد به التحكيم الذي لا يتقيد فيه المحكمون بقواعد القانون الموضوعي عند الفصل في النزاع حيث يمكن الفصل فيه وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف ولو أدى ذلك إلى استبعاد قواعد القانون واجبة التطبيق (106).

والأصل أن التحكيم يتم تطبيقاً لقواعد القانون بيتما التحكيم بالصلح هو الاستثناء ويترتب على ذلك وجوب النص عليه في الاتفاق صراحة ويفسر الاتفاق عليه تفسيراً ضيقاً.

الطبيعة القانونية للتحكيم

أولاً: موقف الفقه:

ثار جدل في الفقه حول الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري وقراراته فمنهم من قال أن التحكيم طبيعة تعاقدية إرادية، ومن قال إنه طبيعة قضائية والبعض الآخر أخذ موقفاً وسطاً بتبني حل توفيقى مقتضاه اعتبار نظام التحكيم مزيجاً بن العنصرين معاً، وبالتالي فإنه يتسم بطبيعة مختلطة أو مزدوجة. ويرى أنصار النظرة التعاقدية للتحكيم أن أساسه هو اتفاق أطراف الخصومة سواء بإدراج شرط بذلك في العقد، أو باتفاق خاص مستقل، ويستمد قرار التحكيم قوته التنفيذية من هذا الاتفاق الخاص ويكون أساس عدم قابلية قرارات التحكيم للطعن هو توافقها مع إرادة الأطراف باللجوء للتحكيم (107).

ويرى أنصار نظرية الطبيعة القضائية للتحكيم إلى أن خطأ النظرة التعاقدية أساسه اعتبار إقامة العدل احتكاراً للدولة، بينما الأفراد من حقهم اختيار القاضي الذي يفصل بينهم. بينما يرى جانب ثالث من الفقه أن كلاً من النظريتين ترتكب نفس الخطأ، وهو محاولة إخفاء تكييف قانوني واحد للتحكيم، بينما هو في الحقيقة نظام مختلط يبدأ باتفاق ثم يمر بمرحلة إجراءات وينتهي بعمل له طبيعة قضائية، فالتجارة الدولية التي تقتضي اختيارية التحكيم الذي يؤدي في النهاية إلى حكم مستقل بذاته دون حاجة إلى دعوى أمام قضاء الدولة (108).

ثانياً: أهمية تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم:

تظهر أهمية تحديد طبيعة نظم التحكيم بالنظر إلى النتائج التي تترتب على هذه الطبيعة وأهم هذه النتائج هو بحث القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وكذلك وبصفة خاصة ما يتعلق بقرار التحكيم وعند اللجوء لتنفيذه.

فالذين يرون في التحكيم أنه نظام من طبيعة تعاقدية، ينتصرون لقانون الإرادة ليحكم موضوع النزاع ويعتبرون قرار التحكيم مجرد اتفاق، ومن ثم لا يخضع للتدرج القضائي الذي يعرفه الحكم.

وأما الذين يصبغون على التحكيم الطبيعة القضائية فيفصل عندهم قانون محل التحكيم لحكم النزاع ويرون في قرار التحكيم "حكماً" يقترب تماماً من الحكم القضائي، أي إذا اعتبر قرار التحكيم حكماً كان قابلاً للتنفيذ بذاته ولا

يحتاج الأمر فيه إلا إجراء يتمثل في مجرد طلب يقدم إلى رئيس المحكمة أو إلى قاضي التنفيذ أو لأي جهة أخرى قد تكون إدارية وذلك للأمر بوضع الصيغة التنفيذية على الحكم.

وأما من وقفوا موقفاً وسطاً أو توفيقياً فإنهم يرون في التحكيم نظاماً مختلطاً مزدوجاً ويرون في قرار التحكيم حكماً ذا شكل تعاقدي.

فالتحكيم تتعاقب عليه صفتان (تعاقدية وقضائية):

الصفة التعاقدية: حيث تبدو واضحة في اختيار الخصوم لقضاء التحكيم كوسيلة لفض نزاعاتهم بعيداً عن القضاء، وكذلك اختيارهم للقانون الواجب التطبيق على الإجراءات وعلى موضوع النزاع غير أنه يمكن أن تتغير الطبيعة التعاقدية هذه بالطبيعة القضائية عن طريق تدخل قضاء الدولة عندما يلجأ الأطراف لإصباح حكم التحكيم بالصيغة التنفيذية عن طريق الأحكام الأجنبية التي لا تحوز على أمر التنفيذ في الدولة التي صدر فيها أمر التنفيذ إذا بهذا الأمر يتحول التحكيم إلى عمل قضائي.

وطبقاً للنظرية الوسيطة أو التوفيقية فإن هذه القرارات وإن اعتبرت "عقد" قبل أمر التنفيذ إلا أنها تصبح بهذا الأمر بمثابة الحكم القضائي، ومن ثم تخضع بالضرورة عند تنفيذها لقواعد تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية.

والله من وراء القصد

الهوامش

1. ندوة "الحلول البديلة لتسوية المنازعات". شعبان رأفت عبد الطيف، البرنامج الثالث لإعداد المحكمين، مركز الشارقة للتحكيم، مايو 2011 م.
2. أ. عروى محمد، رسالة نيل درجة الماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، يونيو 2012 م.
3. أ. عروى محمد - المرجع السابق.

الحلول البديلة لفض المنازعات بغير الطريق القضائي

4. قانون رقم 09-100 بتاريخ 2009/3/10، المتضمن طريقة تعيين الوسطاء القضائيين، الجريدة الرسمية، عدد 16 لسنة 2009، الجزائر.
5. أ. عروى عبد الكريم- الطرق البديلة في حل النزاعات القضائية،" الصلح و الوساطة القضائية"، طبقاً لقانون الإجراءات المدنية الإدارية – دراسة لنيل درجة الماجستير فرع العقود والمسؤولية- جامعة الجزائر – كلية الحقوق – بن عكنون-2012/6/30م.
6. قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد، المواد من (990-1005)، والتي تتبنى الوسائل البديلة (الصلح –الوساطة- التحكيم)، كوسيلة لتسوية المنازعات.
7. المرسوم التنفيذي بقانون رقم 09-100 مؤرخ في 2009/3/10 م، والذي يتضمن كيفية تعيين الوسيط القضائي، منشور بالجريدة الرسمية- عدد 16 لسنة 2009.
8. المواد من (990-992) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري التي تعتمد الصلح كوسيلة لتسوية المنازعات.
9. أ. عروى عبد الكريم- مرجع سابق،ص10، وما بعدها.
10. أ.د. عبد الرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني- الجزء الخامس- المجلد الثاني- دار إحياء التراث العربي- بيروت- ص509.
11. تعريف الصلح ومشروعيته والأدلة على ذلك - الموسوعة الفقهية الكويتية لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت.
12. قرار المحكمة العليا الجزائرية "غرفة الأحوال الشخصية"، ملف رقم 103637 مؤرخ 1994/4/19 – الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية – عدد خاص لسنة 2001، ص94، والذي ينص على مبدأ"طلاق بالتراضي – صلح عدم جواز استئنافه).
13. فضل العيش – الصلح في المنازعات أدارية وفي القوانين الأخرى – منشورات بغدادى – الجزائر ، د. نا، ص 38.
14. د. الأنصاري حسن النيداني – الصلح القضائي – دور المحكمة في الصلح والتوفيق بين الخصوم – دراسة تأصيلية وتحليلية – دار الجامعة الجديدة – الإسكندرية 2009، ص65 وما بعدها.
15. د. الأنصاري حسن النيداني – المرجع السابق، ص 73.
16. هكذا أقرت منظمة التجارة العالمية آلية لفض المنازعات التي قد تحدث بين الدول أن تعتمد على مبدأ المصالحة الدولية كآلية أساسية ينبغي اللجوء إليها أولاً، ولا يتم اللجوء إلى التحكيم غلا بعد إخفاق المشاورات، كذلك أقرت المادة (67) من الشروط العامة للاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين المعروف باسم (FIDC)، حيث تنص على اللجوء إلى الوساطة قبل اتخاذ طرق التحكيم.
17. د. طارق حمود آل إبراهيم – دور الوساطة في حل المنازعات التجارية – ورقة عمل بندوة "دور الوسائل البديلة لتسوية المنازعات"، مركز الشارقة للتحكيم التجاري الدولي- فبراير 2014م.
18. شعبان رأفت عبد الطيف – دور الوسائل البديلة في تسوية المنازعات، ورقة عمل مقدمة بندوة "تسوية المنازعات التجارية عبر الوساطة"، غرفة تجارة وصناعة الشارقة، 2013م.
19. قواعد الوساطة باتفاقية لاهاي 1907، الخاصة بتسوية المنازعات بالطرق السلمية، ومدى إلزام الدول الموقعة على الاتفاقية باللجوء إلى وساطة الدول الصديقة حال حدوث نزاع بينهما.
20. أ. سمر أبوركة – الوساطة لحل المنازعات الدولية- دنيا الراعي – دراسة حالة "لوكيربي" 2011/6/1م.
21. القاضي محمد عدلي الناصر والقاضي عبد الله، برجس أبو الغنم – محكمة بداية عمان- الأردن – ملخص حول نظام الوساطة كأحد الحلول البديلة لفض المنازعات" على ضوء المشاركة في الدورة التدريبية بولاية كاليفورنيا الأمريكية"، الفترة من 13-25 أكتوبر 2003 م.
22. المواد من 1994 حتى 1005 من ذات القانون، والتي تتحدث عن الوساطة كوسيلة وجوبية لتسوية النزاعات بالقانون الجزائري.
23. د . مجدي كمال الصراف – دور الوساطة والتوفيق والتحكيم في تسوية المنازعات – ورقة عمل مقدمة بالدبلوم الدولي في التحكيم – النظم من مركز الشارقة للتحكيم التجاري الدولي والمركز الدولي للوساطة والتحكيم، والأكاديمية الدولية للعلوم القانونية بكندا – الشارقة 20-21 أبريل 2014م.
24. قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري – المواد (1005-1994).
25. د.معتز عفيف – دور الوساطة في تسوية المنازعات – ورقة عمل مقدمة لمؤتمر الشارقة الدول الأول حول " دور التحكيم التجاري في تحقيق التنمية المستدامة " الشارقة، 25 مارس، 2013م.
26. تنص المادة 179 من دستور مصر الجديد 2013، على أن "هيئة قضايا الدولة هيئة مستقلة، تتولى الادعاء العام المدني والنيابة القانونية عن الدولة في المنازعات، والرقابة الفنية على إدارات الشؤون القانونية في الجهاز الإداري للدولة، وتختص بإعداد العقود، وتسوية المنازعات، التي تكون الدولة طرفاً فيها".
27. تنص المادة الأولى من مشروع القانون على أن : "أ. الوساطة : هي الوسيلة التي يلجأ فيها الأطراف إلى طرف محايد من الغير (الوسيط)، لمساعدتهم في سعيهم إلى التوصل لتسوية ودية للنزاع الناشئ بينهم عن علاقة قانونية

الحلول البديلة لفض المنازعات بغير الطريق القضائي

- تعاقدية أو غير تعاقدية، من خلال تشجيعهم على التواصل بهدف تمكينهم من حله، دون أن يكون للوسيط صلاحية فرض أو اقتراح حل معين للنزاع.
- ب. الوساطة الاتفاقية: هي الوساطة التي تتم باتفاق الأطراف قبل رفع الدعوى القضائية أو التحكيمية، أو أثناء نظرها سواء أشير إليها بتعبير الوساطة أو بتعبير آخر ذي مدلول مماثل، والتي يتفق الأطراف فيها على تسوية النزاع القائم بينهم من خلال الإجراءات التي يقوم بها الوسيط المقيد بجدول الوطاء سواء أكان شخصاً معنوياً أم اعتبارياً، أو قاضي إدارة الوساطة بعد رفع الدعوى القضائية، وذلك بحسب الأحوال.
- ج. الوساطة القضائية: هي الوساطة التي يجريها القاضي المنتدب بإدارة الوساطة بعد رفع الدعوى القضائية وقبل نظرها وفقاً لأحكام هذا القانون.
- د. الوسيط الخاص: هو الشخص الطبيعي أو الاعتباري المقيد بجدول الوطاء، القائم بإجراءات الوساطة الاتفاقية.
- هـ. الوسيط القضائي: هو القاضي المنتدب بإدارة الوساطة القضائية القائم بأعمال الوساطة القضائية، أو الاتفاقية أثناء نظر الدعوى القضائية، وفقاً لأحكام هذا القانون.
- و. إدارة الوساطة القضائية: هي الإدارة المنشأة بمقر كل محكمة ابتدائية أو اقتصادية، والتي تشكل برئاسة قاض من قضاة محكمة الاستئناف على الأقل وعدد من القضاة يسمون (قضاة الوساطة) يختارهم رئيس المحكمة الابتدائية أو رئيس المحكمة الاقتصادية بحسب الأحوال، بعد موافقة الجمعية العمومية لمدة عام قابلة للتجديد، ويختار رئيس المحكمة من بين موظفيها العدد اللازم لهذه الإدارة.
- ز. اتفاق الوساطة: هو المحرر المكتوب الذي يتفق فيه أطراف أو إذا تضمنه ما تبادلوه من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال التي لها حجية في الإثبات.
- ح. اتفاق التسوية: هو المحور الذي يسفر عن إجراءات الوساطة القائم بها الوسيط وفق أحكام هذا القانون، والذي تنتهي به المنازعة الناشئة عن أطراف العلاقة القانونية عقدية كانت أو غير عقدية.
28. المادة (996) – قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد، والتي تنص على أنه لا يمكن أن تتجاوز مدة الوساطة ثلاثة (3) أشهر.
- ويمكن تجديدها لنفس المدة مرة واحدة بطلب من الوسيط عند الاقتضاء، بعد موافقة الخصوم.
29. د. مجدي كمال الصراف – المرجع السابق.
30. شعبان رأفت عبد اللطيف- المرجع السابق.
31. المادة (995) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري وتنص على " تمتد الوساطة إلى كل النزاع أو جزء منه "لا يترتب على الوساطة تخلي القاضي عن القضية، ويمكنه اتخاذ أي تدبير يراه ضرورياً في أي وقت.
32. د. ديب عبد السلام – الوساطة في قانون الإجراءات المدنية الجديد- مجلة المحكمة العليا- عدد خاص حول الطرق البديلة لحل النزاعات (الوساطة والصلح والتحكيم)، الجزء الثاني، قسم الوثائق – الجزائر 2009، ص 547 وما بعدها.
33. المادة (1002) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص على أن "يمكن للقاضي إنهاء الوساطة تلقائياً عندما يتبين له استحله السير الحسن لها وفي جميع الحالات ترجع القضية إلى جلسة، ويستدعي الوسيط والخصوم إليها عن طريق أمين الضبط.
34. المادة (1003) من ذات القانون وتنص على أن " عند إنهاء الوسيط لمهمته، يخطر القاضي كتابياً بما توصل إليه الخصوم من اتفاق أو عدمه.
- وفي حالة الاتفاق أمام القاضي في التاريخ المحدد لها مسبقاً.
- ترجع القضية أمام القاضي في التاريخ المحدد لها مسبقاً.
35. المادة (1004) من ذات القانون وتنص على أن " يقوم القاضي بالمصادقة على محضر الاتفاق بموجب أمر غير قابل لي طعن، ويعد محضر الاتفاق سنداً تنفيذياً.
36. د. أحمد خليل – قواعد التحكيم – دراسة متعمقة في طرق الطعن في القرار التحكيمي الصادر ف تحكيم داخلي – منشورات الحلبي الحقوقية – 2003، ص (9).
37. د. أحمد أبو الوفا – عقد التحكيم وإجراءاته – مصر – الإسكندرية، منشأة المعارف 1974، ص 15.
38. د. فتحي والي – قانون التحكيم في النظرية والتطبيق – الطبعة الأولى 2007، منشأة المعارف – الإسكندرية، ص 13.
39. حكم المحكمة الدستورية العليا بجمهورية مصر العربية، في القضية رقم 380 لسنة 3 ق- دستورية – جلسة 2003/05/11م.
40. د. عبد المنعم دسوقي – التحكيم التجاري الدولي والداخلي – مصر – مكتبة مدبولي – القاهرة، سنة 1995، ص 5.
41. د. أحمد أبو الوفا – المرجع السابق.
42. د. أحمد خليل – المرجع السابق، ص (10).
43. د. مصطفى الجمال، ود. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولة والداخلية، الطبعة الأولى 1988، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، بند 14.

الحلول البديلة لفض المنازعات بغير الطريق القضائي

44. د. مصطفى الجمال، ود. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، بند 46، أثناء الإشارة إلى هيرت ستامب، ود. محسن شفيق.
45. د. أحمد خليل – المرجع السابق.
46. د. فتحي والي – المرجع السابق، ص 15.
47. شعبان رافت عبد اللطيف – دور التحكيم في تسوية المنازعات – ورقة عمل – البرنامج الثالث لإعداد المحكمين – مركز الشارقة للتحكيم التجاري الدولي – مايو 2012م.
48. د. أبو زيد رضوان – قانون التجارة الدولية – مقالة مجلة التحكيم العربي – العدد الأول ص 24، وينظر في أهمية التحكيم التجاري الدولي في ظل تطور التكنولوجيا والتعاون الدولي، مما أدى إلى صعوبات في حل المنازعات في العلاقات التجارية ذات العنصر الأجنبي.
- أيضاً د. محمد أحمد المخلافي – مجلة التحكيم العربي – العدد الثاني، ص 106-107.
- وفي أهميته بالنسبة للاستثمارات الأجنبية – نفس المقال، ص 108 – 110.
- وفي تأثير العولمة على التحكيم في المنازعات الدولية في نطاق التحكيم البحري الدولي – د. نادر محمد إبراهيم – مجلة التحكيم العربي – العدد الرابع ص 61، وما بعدها.
49. د. فتحي والي – المرجع السابق، ص 16.
50. د. محمد الذخيلي – القضاء في الإسلام – بحث منشور بمجلة البحوث الفقهية المعاصرة – المملكة العربية السعودية – العدد 31، السنة الثالثة، جمادى الآخر 1417 هـ – ديسمبر 1996م، ص 101.
- ود. أحمد السيد صاوي – الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية – دار النهضة العربية – القاهرة 2005م، ص 38.
51. زين الدين ابن نجيم – البحر الرائق – شرح كنز الرقائق – نسخة مكتبة الفقه وأصوله – برنامج الكتروني قرص مرن – دار التراث، الإصدار 1، 5/24-7.
52. د. ماهر محمد حامد – النظام القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي – دار الكتب القانونية، ص 26 وما بعدها.
53. انظر قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، رقم 9/ 918.
54. د. ماهر محمد حامد – المرجع السابق.
55. د. محمود مختار بريري – التحكيم التجاري الدولي 1999 – الطبعة الثانية، ص 21.
56. د. أحمد حسان مطاوع – التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات – رسالة دكتوراه – كلية الحقوق – جامعة القاهرة، 1998، ص 26.
57. د. محمد إبراهيم موسى – التوفيق التجاري الدولي، وتغيير النظرة السائدة حول سبل تسوية المنازعات الدولية- دار الجامعة الجديدة للنشر – الإسكندرية 2005، ص 22، وما بعدها.
58. المادة رقم (699) من القانون المدني المصري تقابلها المادة رقم (698) من القانون المدني الكويتي والتي تنص على أن "الوكالة عقد يقيم به الموكل شخصاً آخر مقام نفسه في مباشرة تصرف قانوني".
59. د. مصطفى الجمال، د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 31.
- ود. أحمد عبد الكريم سلامة – التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية – دار النهضة العربية – القاهرة 2006م، ص 399.
60. د. سيد أحمد محمود – مفهوم التحكيم طبقاً لقانون التحكيم المصري، وقانون المرافعات الكويتي، بدون ناشر، 2006م، ص 24-23.
- ود. محمود مختار بريري – المرجع السابق، ص 21، وما بعدها.
- ود. محمود السيد عمر التحيوي – التحكيم والخبرة في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2002م، ص 22، وما بعدها.
61. د. وجدي راغب – هل التحكيم نوع من القضاء – مجلة الحقوق – جامعة الكويت، السنة 17، العددان الأول والثاني، مارس / يونيو 1993م.
62. د. عزمي عبد الفتاح عطية – قانون التحكيم الكويتي – مطبوعات جامعة الكويت، 1990 ص 15 وما بعدها.
63. أ.د. الشهابي إبراهيم الشرفاوي – اتفاق التحكيم في ضوء أحكام القضاء الإماراتي ومشروع القانون الاتحادي الإماراتي في شأن التحكيم في المنازعات التجارية – سلسلة الدراسات القانونية و القضائية – معهد دبي القضائي – ص 11، وما بعدها.
- ومشار إليه في د. أحمد بركات مصطفى – أهمية ودر التحكيم في حل المنازعات – بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي السابع للجمعية العلمية لكليات الحقوق العربية – المغرب 2007م، ص 276، مشيراً إلى تعريف د. أحمد أبو الوفا في مؤلفه: "إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية"، وأيضاً د. أشرف عبد العليم الرفاعي – التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية – دار الكتب القانونية 2006، ص 199.

الحلول البديلة لفض المنازعات بغير الطريق القضائي

64. المادة رقم (1/203) من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي لدولة الإمارات والتي تنص على أن "يجوز للمتعاقدین بصفة عامة أن يشترطوا في العقد الأساسي أو باتفاق لاحق عرض ما قد ينشأ بينهم من النزاع في تنفيذ عقد معين على محكمة أو أكثر، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بشروط خاصة".
- والمادة (1007) من ذات القانون تنص على أن "شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم".
- والمادة (1008) من ذات القانون "يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها".
- والمادة (10011) من ذات القانون " اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم".
- والمادة (10012) من ذات القانون " يحصل الاتفاق على التحكيم كتابياً" يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع وأسماء المحكمين، أو كيفية تعيينهم".
- والمادة (10013) من ذات القانون "يجوز لأطراف الاتفاق على التحكيم، حتى أثناء سريان الخصومة أمام الجهة القضائية".
65. المادة رقم (10) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، والتي تنص على أن:
1. " اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على اللجوء لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية.
2. يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء كان مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع في بيان الدعوى المشار إليها في الفقرة الأولى من المادة (30) من هذا القانون، كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق في المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان اتفاقاً باطلاً.
3. يعتبر اتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من هذا العقد.
66. شعبان رأفت عبد اللطيف – دور التحكيم في تسوية المنازعات – ورقة مقدمة بورشة عمل – مركز الشارقة للتحكيم التجاري الدولي – أبريل 2014م.
67. د. نبيل إسماعيل عمر – التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية – دار الجامعة الجديدة – الإسكندرية 2005م، ص 37، الطبعة الثانية.
68. للمزيد حول ركن التراضي في العقود وفقاً للقواعد العامة، انظر: د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، منشأة المعارف 2004م، ج1، نظرية الالتزام بوجه عام، ص 142، وما بعدها – د. عبد الناصر العطار، مصادر الالتزام، مؤسسة البستاني للطباعة (دون تاريخ أو رقم الطبعة)، ص 19 وما بعدها، د. عبد الودود يحيى الموجز في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، (دون تاريخ أو رقم الطبعة)، ص 30 وما بعدها، د. أحمد شوقي عبد الرحمان، النظرية العامة للالتزام 2007، ص 32 وما بعدها – د. علي نجيدة، النظرية العامة للالتزام وفقاً لقانون المعاملات المدنية وأحكام الشريعة الإسلامية، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى 1994/1993، ص 66 وما بعدها، د. محمد إبراهيم دسوقي، القانون المدني: الالتزامات 2001/2000، ص 20 وما بعدها. د. الشهابي إبراهيم الشرقاوي، مصادر الالتزام الإدارية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، الطبعة الأولى 2008، إثراء للنشر والتوزيع، ص 65 وما بعدها.
69. راجع: د. فتحي والي "قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى 2008، منشأة المعارف، ص 83، وما بعدها. د. أحمد بركات مصطفى، أهمية ودور التحكيم في حل المنازعات بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي السابع للجمعية العلمية لكليات الحقوق العربية، المغرب 2007، ص 271، د. سامي عبد الباقي أبو الصالح، التحكيم التجاري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 119، ومشار إليه في أ.د. الشهابي إبراهيم الشرقاوي – مرجع سابق، ص 17.
70. د. أحمد محمد عبد الصادق – المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي، الطبعة الأولى، 2008، ص 32 وما بعدها.
71. أ.د. الشهابي إبراهيم الشرقاوي – المرجع السابق – ص 20.
72. المادة (4/203) من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي لدولة الإمارات، وتنص على أن " ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح ولا يصح الاتفاق على التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف في الحق محل النزاع".
- والمادة (11) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 م، والتي تنص على أن " لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه، ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح".
73. المادة (2/159) معاملات مدنية – وقضت محكمة تمييز دبي في هذا الصدد بأن " النص في المادة 216 من قانون الإجراءات المدنية يدل على الرقابة القضائية على حكم المحكمين عند النظر في طلب المصادقة على حكمهم،

الحلول البديلة لفض المنازعات بغير الطريق القضائي

وذلك باستيفانه كافة مقوماته الشكلية وأن من صدر منها الاتفاق على التحكيم له أهلية كاملة غير منقوصة بأي عارض من عوارضها التي قد تعيب الشخص في تقديره وتدبيره كالسفه أو الغفلة باعتبار أن الاتفاق على التحكيم يدور بين النفع والضرر ويعني التنازل عن اللجوء إلى القضاء". الطعان رقما 460 و 461 لسنة 1998، "حقوق" جلسة 1999/3/13.

74. د. فتحي والي - قانون التحكيم - النظرية والتطبيق ص 109، ود. مصطفى محمد الجمال، ود. عكاشة عبد العال ، بند 280، ص 413.

75. د. أحمد محمد عبد الصادق - المرجع السابق ص 195، ود. محمود بريري - المرجع السابق، ص 45، ومشار إليه في حكم محكمة النقض المصرية، جلسة 1996/3/27، مجموعة الأحكام س 47 ج 1، قاعدة رقم 107 ص 55. ومشار إليه في أ. د. الشهابي الشرفاوي - المرجع السابق، ص 25.

76. القضية رقم 681 لسنة 2003 تجاري كلي دبي المستأنفة برقم 584 لسنة 2004 استئناف تجاري، ويأتي موضوع هذه القضية في أن المحكم ضده، قد امتنع عن تنفيذ الحكم فتم إقامة الدعوى ضده، وبجلسه 2004/5/16 حكمت المحكمة بالتصديق على حكم المحكمة موضوع القضية. وبجلسه 2004/11/30 قضت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم، وقد تم الطعن على هذا الحكم بالنقض وقد قبلت محكمة النقض الطعن قائلة: " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن مدير المؤسسة يعد وكيلاً عن صاحب المؤسسة في القيام بجميع الأعمال اللازمة للإدارة وبالتصرفات التي تدخل في نشاط المؤسسة، إلا أنه ليس له أن يتصرف في حقوق المؤسسة بغير تفويض من مالكاها بذلك أو إجازته لهذا التصرف باتخاذ موقفاً لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود، لما كان ذلك، وكان ثابت من الأوراق أن الاتفاقية مثار النزاع والتي اتفق فيها على إحالة النزاع بشأنها إلى التحكيم موقع عليها من قبل ... مدير المؤسسة الطاعنة، وكذلك وثيقة الاتفاق على التحكم المؤرخة 2002، وكان الثابت في رخصة المؤسسة الطاعنة أنها مؤسسة فردية وأن المذكور مديرها كما أن الثابت بالتفويض الصادر إليه من ... مالك المؤسسة أنه مخول بالتوقيع على الأوراق والمستندات الرسمية وشبه الرسمية الخاصة ببلديات دولة الإمارات العربية المتحدة، وكافة العقود المبرمة مع الشركات والأشخاص، لما كان ماتقدم وكان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى أن ... مفوض من قبل مالك المؤسسة الطاعنة في إدارتها وأن له بهذه المثابة السلطة الكاملة في إدارتها ويدخل في هذه الإدارة الاتفاق على التحكيم حال أن الاضطلاع بإدارة المؤسسة الفردية بمجرد لا يعطي القائم بها أهلية الاتفاق على التحكيم بغير تفويض خاص بذلك من صاحب المؤسسة أو إجازة لهذا التصرف فإن الحكم يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وشابه القصور في التسبب، مما يتعين معه نقضه دون حاجة لبحث باقي أوجه الطعن."

وقد ذهب أستاذنا الدكتور الشهابي الشرفاوي في تعليقه على ذلك الحكم بقوله أنه " لا نؤيد المحكمة فيما ذهبت إليه من أن الاضطلاع بإدارة المؤسسة الفردية بمجرد لا يعطي القائم بها أهلية الاتفاق على التحكيم بغير تفويض خاص بذلك من صاحب المؤسسة أنه مخول بالتوقيع على الأوراق والمستندات الرسمية وشبه الرسمية الخاصة ببلديات دولة الإمارات العربية المتحدة، وكافة العقود المبرمة مع الشركات والأشخاص."

ولا شك أن تفويضه بإبرام العقود يتضمن تفويضه بإبرام اتفاقات التحكيم بشأنها باعتبارها أمراً ضرورياً بالنسبة لتلك العقود، بل لا نبالغ إذا قلنا: إن إبرام شرط التحكيم في العقود يرتقي إلى مرتبة العرف التجاري الذي تقضيه طبيعة المعاملات التجارية، إن لم يكن قد بلغها بالفعل.

لذلك لا نؤيد محكمة التمييز فيما ذهبت إليه في تلك الواقعة لأنه يناقض المبدأ العام في هذا الشأن وهو ما أقره كما سبق القول مركز القاهرة الإقليمي ومحكمة استئناف القاهرة.

نخلص مما سبق أن تثبت له - بموجب نظام أو عقد الشركة - سلطة إبرام العقود نيابة عن الشركة تثبت له بالتبعية سلطة إبرام اتفاقات التحكيم المتعلقة بتلك العقود التي يملك سلطة إبرامها.

على ذلك فالمصفي القائم على تصفية الشركة له سلطة إبرام اتفاق تحكيم فيما يبرمه من تصرفات تقتضيها أعمال التصفية.

أما مدير الفرع فليس له سلطة لإبرام اتفاق تحكيم ما لم يكن مفوضاً من السلطة المختصة في الشركة بإبرام العقود استقلاً عن الشركة الأم.

77. ناريمان عبد القدر، " اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994"، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1، 1996، ص 240.

ومشار إليه د. حمزة حداد - التحكيم في القوانين العربية، ج 1، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2007، ص 147.

78. وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض المصرية بأن " تنص المادة 501 من قانون المرافعات في فقرتها الرابعة المقابلة للمادة 11 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994، على أنه " لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح ... وفي المادة 551 من القانون المدني على أنه لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام.. فإن مفاد ذلك .. وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه لا يجوز التحكيم والصلح المورخ بالنتظام العام- محل التداعي- أنه فصل في مسألة جنائية هي ما اسند إلى شقيق الطاعن الثاني من اتهام بقتل المطعون عليه الأول - منتهاياً - إلى ثبوت هذا الاتهام في حقه على ما قاله أنه تبين للمحكمين أن المتهم... (شقيق

الحلول البديلة لفض المنازعات بغير الطريق القضائي

الطاعن الثاني هو القاتل الحقيقي للمجني عليه... (شقيق المطعون عليه الأول)، وأن باقي المتهمين وهم ... فلم يثبت لديهم اشتراكهم في الجريمة، إذا نفى شقيق المجني عليه اشتراكهم فقتله أو اتهمه لهم، وأنه تأسيساً على ذلك حكما على الطاعنين بدفع عشرين ألف جنيه للمطعون عليه بشرط ألا يرد الاعتداء، بما مؤده أن التحكيم انصب على جريمة القتل العمد ذاتها واستهدف تحديد المتهم بالقتل وثبوت الاتهام في حقه، وأنها كانت هذه المسألة تتعلق بالنظام العام لا يجوز أن يرد الصلح عليها وبالتالي لا يصح أن تكون موضوعاً لتحكيم مما لازمه بطلان الالتزام الذي تضمنه حكم المحكمين ... " نقض مندي - الطعن رقم 795 لسنة 600 ق - جلسة 1996/5/26، مجموعة الأحكام س 47، وانظر كذلك نقض مندي مصري، الطعن رقم 2475 لسنة 58 ق جلسة 2002/11/10، والطعن رقم 562 لسنة 47 ق جلسة 1980/12/2 مجموعة الأحكام س 31 ص 1989، أشار إليهما: أحمد محمد عبد الصادق، المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي، مرجع سابق، ص 203، و380، 172، على ترتيب. وأيضاً د. أشرف عبد العلم الرفاعي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص 315 وما بعدها.

79. للمزيد، أحمد محمد عبد الصادق، المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي، مرجع سابق، ص 37. ومشار إليه في أ. د. الشهابي الشرفاوي - المرجع السابق، ص 42 وما بعدها.

80. د. محمود السيد عمر التحيوي - المرجع السابق، ص 431.

81. د. فتحي والي - مبادي قانون القضاء المدني - بند 41 ص 717، ود. أحمد أبو الوفا - التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري - الطبعة الخامسة سنة 1988 - بند 29 ص 72، ود. محمود محمد هاشم - اتفاق التحكيم وأثره على سلطة القضاء - بند 46 ص 91، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية - بند 51 ص 145.

82. في بيان أحكام الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية، انظر د. يس محمد يحيى - عقد الصلح بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني - دراسة مقارنة 1978 - دار الفكر العربي بالقاهرة - بند 175 ص 369 وما بعدها، ود. يوفيق حسن فرج - الوجيز في أحكام الأحوال الشخصية - ص 183 وما بعدها. ود. أحمد نصر الجندي - الولاية على المال - ص 216 وما بعدها.

83. المادة (3/203) والتي تنص على أن "يجب أن يحدد موضوع النزاع في وثيقة التحكيم أو أثناء نظر الدعوى، ولو كان المحكوم مفوضون بالصلح وإلا كان التحكيم باطلاً".

وفي هذا المعنى د. محمود السيد عمر التحيوي - اتفاق التحكيم - وقواعده وفقاً لقانون التحكيم المصري - دار المطبوعات الجامعية، القاهرة 2001، ص 414.

وانظر أيضاً د. أشرف عبد العليم الرفاعي - المرجع السابق، ص 156 وما بعده، ود. مختار أحمد بريري - المرجع السابق، ص 25، 26، 38 وما بعدها.

84. د. محمود بريري - مرجع سابق، ص 58.

85. أ.د. محمد إبراهيم موسى - التحكيم الإلكتروني - ورقة عمل مقدمة للمؤتمر العلمي السنوي السادس عشر "التحكيم التجاري الدولي - أهم الطول البديلة لحل النزاعات التجارية" المجلد 3 - ص 1077 - دبي الإمارات العربية المتحدة - 2008.

86. المادة رقم (12) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، والتي تنص على أنه "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً".

87. المادة رقم (1008) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري وتنص على " يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها ".

88. المادة رقم (3/203) من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي لدولة الإمارات، تنص على " ولا يثبت الاتفاق على التحكيم إلا بالكتابة".

89. المادة رقم (2/7) من قانون الويسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، وتنص على أن " يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً ".

90. المادة رقم (2/2) من اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين الأجنبية وتنفيذها لعام 1958 وتنص على أن "يشمل مصطلح اتفاق مكتوب، أي شرط تحكيم يرد في عقد أو في أي اتفاق تحكيم موقع عليه من الطرفين، أو وارد في رسائل أو بقرقيات متبادلة ".

ومشار إليها تفصيلاً في د. الشهابي الشرفاوي - مصادر الالتزام الإدارية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي - ص 40.

91. د. الشهابي الشرفاوي - المرجع السابق، ص 68 وما بعدها، ود. فتحي والي - المرجع السابق - ص 177.

92. د. الشهابي الشرفاوي - المرجع السابق.

93. " المتحكم باتفاقية على التحكيم لا ينزل عن حماية القانون أو حقه في الالتجاء إلى القضاء وإلا فإن المشرع لا يعتد بهذا النزول ولا يفرضه، إذا أن الحق في الالتجاء إلى القضاء هو من الحقوق المقدسة المتعلقة بالنظام العام، وبالتالي فإرادة المتحكم في عقد التحكيم تقتصر على مجرد إحلال المحكم محل المحكمة في نظر النزاع، فالعدالة تفرض على الخصوم سواء بمقتضى المحكمة أو بمقتضى المحكم، ويحسم النزاع بمقتضى حكمها أو حكمه، ويكون في الحالتين قابلاً للتنفيذ الجبري، والمحكم يعمل على استقلال دون تبعية لأحد من أطراف التحكيم مثله في ذلك مثل

الحلول البديلة لفض المنازعات بغير الطريق القضائي

- القاضي". الدعوى التحكيمية رقم 173 لسنة 2000، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، جلسة 14 ديسمبر 2000 مجلة التحكيم العربي، العدد الرابع، أغسطس 2001، ص 211.
94. قانون المرافعات الكويتي - المادة (186) والتي تنص على أنه " لا يجوز استئناف حكم التحكيم إلا إذا اتفق الخصوم قبل صدوره على خلاف ذلك".
95. د. أحمد خليل - المرجع السابق ص 17.
96. د. فتحي والي - الوسيط في قانون القضاء المدني - دار النهضة العربية - القاهرة، 2001م، ص 930 وما بعدها، ود. مصطفى الجمال، ود. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، بند 57 وما بعدها.
97. المادة رقم (819) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني.
98. المادة رقم (3) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994م.
99. قرار مجلس إدارة هيئة الأوراق المالية والسلع بدولة الإمارات رقم (1) لسنة 2001م، والذي كان يجعل التحكيم إجبارياً في الأمور المتعلقة بالأوراق المالية، وقد عدل هذا القرار بموجب القرار رقم (35/ر) لسنة 2008م، ليصبح التحكيم في هذه المنازعات اختيارياً.
100. القضية رقم 380 لسنة ق دستورية - جلسة 2003/5/11، و 104 لسنة 20 ق دستورية - جلسة 1999/7/3م مصر.
101. القضية رقم 95 لسنة 20 ق دستورية، جلسة 2003/5/11م - مصر.
102. د. حمده أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية - دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - الأردن، ص 139.
103. د. فتحي والي، المرجع السابق، ص 38.
104. شعبان رأفت عبد اللطيف، دور التحكيم في تسوية المنازعات - ورقة عمل مقدمة للبرنامج الرابع لإعداد المحكمين - مركز الشارقة للتحكيم التجاري الدولي - يونيو 2013م.
105. المادة (1) من لائحة مركز القاهرة الإقليمي وتنص على أنه " إذا اتفق الطرفان كتابة على إحالة المنازعة المتعلقة بعقد إلى التحكيم وفقاً لقواعد التحكيم بالمركز وجب تسوية المنازعات وفقاً لهذه القواعد مع مراعاة التعديلات التي قد يتفق عليها الطرفان كتابة، وتحكم هذه القواعد التحكيم إلا إذا تعارض بين قاعدة فيها ونص من نصوص القانون الواجب لتطبيق لا تجوز مخالفته فيطبق هذا النص.
- وتنص المادة رقم (15) من لائحة ICC على أن " تخضع الإجراءات لهذه القواعد وعند عدم معالجتها لأمر معين إلى القواعد التي يحددها الأطراف وعند عدم تحقق ذلك فتلك التي تحددها هيئة التحكيم.
106. د. فتحي والي - المرجع السابق، ص 37.
107. د. وجدي راغب - النظرية العامة للعمل القضائي - رسالة دكتوراة - طبعة 1974م، ص 385 وما بعدها.
108. يقول أساندا د. محسن شفيق " أن العيب المشترك في النظريتين هو أن كلاً منهما أرادت أن تجرى على التحكيم في مجموعة صفاً واحداً، بينما هو في الحقيقة نظام مختلط باتفاق ثم يسير بإجراء ثم ينتهي بقضاء هو قرار التحكيم، وهذا التحليل هو الذي يقول بع أغلب الفقه الحديث.

التسوية القضائية للمنازعات العامة في مجال الضمان الاجتماعي

من تقديم الأستاذ: سماتي الطيب
رئيس محكمة فرع عين أزال سطيف

إذا كان الأصل في مجال الضمان الاجتماعي هو التسوية الودية "التسوية الداخلية" وذلك لما تتطلبه هذه المنازعات من سرعة الفصل فيها تفاديا لطول إجراءات التقاضي بمختلف درجاته، ولكن في حالة عدم التوصل إلى حل يرضي أطراف النزاع من خلال اللجنة المحلية أو الوطنية المؤهلتين للطعن المسبق فإن الطريق الوحيد لحل النزاع هو اللجوء إلى القضاء من الطرف الذي يعتبر نفسه متضرر، وإذا كانت القاعدة العامة في الاختصاص القضائي أن المحاكم المدنية هي المختصة بالفصل في جميع القضايا ذات الطابع المدني إلا أن المشرع استثنى عن هذه القاعدة وأخضع منازعات الضمان الاجتماعي إلى اختصاص المحاكم الفاصلة في القضايا الاجتماعية، وهذا نظرا لما تتميز به منازعات الضمان الاجتماعي من خصوصية تجعلها تنفرد بقسم اجتماعي متخصص (1).

لكن ومع ذلك فإن هناك بعض منازعات الضمان الاجتماعي بالرغم من أنها ذات طابع نزاع عام إلا أن الاختصاص فيها يؤول إلى القضاء المدني أو

الإداري أو الجزائي، وعلى ضوء ما سبق بيانه فإننا سنتناول في هذا المطلب الاختصاص القضائي للفصل في المنازعات العامة في مجال الضمان الاجتماعي في الفرع الأول ثم نتناول دور القاضي الاجتماعي في المنازعات العامة في الفرع الثاني.

الفرع الأول

الاختصاص القضائي للفصل في المنازعات العامة في مجال الضمان
تنص المادة 15 من القانون 08-08 المؤرخ في 23/02/2008 المتعلق
بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي على أنه ((تكون القرارات الصادرة عن
اللجنة الوطنية المؤهلة للطعن المسبق قابلة للطعن فيها أمام المحكمة المختصة
طبقاً لأحكام قانون الإجراءات المدنية في أجل ثلاثين (30) يوماً ابتداء من
تاريخ تسليم تبليغ القرار المعارض عليه، أو في أجل ستين (60) يوماً ابتداء من
تاريخ استلام العريضة من طرف اللجنة الوطنية المؤهلة للطعن المسبق إذا لم يتلق
المعني أي رد على عريضته)).

فمن خلال هذا النص فإن الطعن في القرارات الصادرة عن اللجنة
الوطنية المؤهلة للطعن المسبق تكون أمام المحكمة المختصة وفق ما نصت عليه
أحكام قانون الإجراءات المدنية، وبالتالي فالمشرع لم يحدد نوع المحكمة المختصة
بالنزاع فهل هي المحكمة الاجتماعية أو المدنية أو الإدارية.

كما تم تحديدها في القانون القديم في مادته 08/2 رقم 99/10 المعدل
والمتمم للقانون 83/15 والتي جاء فيها على أنه ((ترفع الاعتراضات على

القرارات الصادرة من لجنة الطعن المسبق في مرحلة ابتدائية إلى المحكمة الفاصلة في القضايا الاجتماعية في ظرف شهر))؟ فعدم ذكر اسم المحكمة المختصة راجع إلى كون أن تسوية النزاعات العامة ليس له طريق وأحد إذ أن الاختصاص فيه موزع بين أقسام المحاكم بحسب موضوع المنازعة ، وعليه فإننا نتناول في هذا الفصل الاختصاص القضائي للفصل في المنازعات العامة في مجال الضمان الاجتماعي بفروعه المختلفة والمتمثلة في القسم الاجتماعي والمدني والإداري و نضيف قسما آخر ويتمثل في القسم الجزائي بغية توضيح بعض الأفعال المجرمة التي يرتكبها سواء أرباب العمل أو المؤمنين الاجتماعيين أو الغير و ذلك كما يلي:

أولا: اختصاص القضاء الاجتماعي للفصل في المنازعات العامة.

نتناول في هذا البند اختصاص محكمة موطن المدعى عليه للفصل في المنازعات العامة ، ثم شروط قبول الدعوى أمام المحكمة المختصة في المسائل الاجتماعية ، وبعدها نتطرق إلى موضوع الدعوى القضائية في نطاق المنازعات العامة، وأخيرا نتطرق إلى آجال رفع الدعوى القضائية أمام المحكمة الاجتماعية.

1- اختصاص محكمة موطن المدعى عليه للفصل في المنازعات العامة.

لقد نصت المادة 15 من القانون 08-08 السالف الذكر على أن تكون القرارات الصادرة عن اللجنة الوطنية المؤهلة للطعن المسبق قابلة للطعن فيها أمام المحكمة المختصة طبقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية، وبالرجوع إلى أحكام هذا الأخير نجد أن المادة 500 / 6 من قانون الإجراءات المدنية

والإدارية الجديد تنص على أنه ((يختص القسم الاجتماعي اختصاصا مانعا في المواد الآتية: 6. - منازعات الضمان الاجتماعي والتقاعد)) (2).

فمن خلال هذه المادة يتضح لأول وهلة أن كل قسم اجتماعي على مستوى كل محكمة مختص بالمنازعات العامة في مجال الضمان الاجتماعي، وهذا ما هو مستشف من عبارة "يختص القسم الاجتماعي اختصاصا مانعا"، لكن بالرجوع إلى المادة 37 من القانون رقم 09 / 08 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية الجديد والتي جاء فيها على أنه ((يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه)) (3)، وطالما أن المنازعات العامة في مجال الضمان الاجتماعي دائما يكون صندوق الضمان الاجتماعي مدعى عليه، سواء كان رافع الدعوى مؤمن اجتماعي أو رب العمل . وبالتالي نخلص أن الدعاوى المتعلقة بالمنازعات العامة في مجال الضمان الاجتماعي ترفع أمام محكمة موطن المدعى عليه "صندوق الضمان الاجتماعي أو صندوق التقاعد الكائن مقره في كل ولاية"، مع الأخذ بعين الاعتبار أن الدعاوى المرفوعة ضد الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي للعمال غير الأجراء ترفع أمام محكمة موطن المقر الجهوي إذا كان المدعى عليه يقيم في الولاية التي يتواجد بها هذا المقر، وأمام محكمة موطن المقر الفرعي للصندوق في الولايات التي لا توجد بها مديريات جهوية، وذلك لكون أن لكل مقر فرعي تفويض خاص للتقاضي أمام الجهات القضائية باسم المقر الجهوي للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي للعمال الأجراء .

لكن يلاحظ أن المشرع في قانون الإجراءات المدنية والادارية الجديد لم ينص صراحة على اختصاص المحكمة الاجتماعية بالفصل في المنازعات العامة في مجال الضمان الاجتماعي بل ذكر فقط عبارة "منازعات الضمان الاجتماعي" مما يوحي أن المشرع أدرج جميع أنواع المنازعات المتعلقة بالضمان الاجتماعي ضمن العبارة السالفة الذكر.

2- شروط قبول الدعوى القضائية أمام المحكمة المختصة في المسائل الاجتماعية.

يشترط لقبول الدعوى القضائية أن تكون مستوفاة لجميع الأوضاع القانونية المقررة لقبول جميع أنواع الدعاوى شكلا، وذلك من خلال توفر شرطي الصفة والمصلحة وفقا لما نصت عليه المادة 13 من القانون رقم 08-09 المتعلق بالإجراءات المدنية والادارية الجديد والتي جاء فيها على أنه ((لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون)) (4).

كما اشترطت المادة 14 من القانون رقم 08-09 السالف الذكر على أن ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة وموقعة ومؤرخة تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه، بعدد النسخ يساوي عدد الأطراف (5).

كما تضمنت المادة 15 من القانون السالف الذكر الشروط الواجب توافرها في عريضة افتتاح الدعوى تحت طائلة عدم قبولها شكلا وهي كالآتي :

- 1- الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى
 - 2- اسم ولقب المدعي وموطنه
 - 3- اسم ولقب وموطن المدعى عليه فإن لم يكن له موطن معلوم فآخر موطن له.
 - 4- الإشارة إلى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الإتفاقي
 - 5- عرضا موجزا للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى
 - 6- الإشارة عند القتضاء إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى(6).
- إضافة إلى ضرورة توفر شرط إحترام عشرين (20) يوما على الأقل بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور والتاريخ المحدد لأول جلسة مالم ينص القانون على خلاف ذلك وهذا ما نصت عليه المادة 16 / 3 من القانون رقم 08-09 السالف الذكر .
- وتجدر الإشارة إلى وجوب إرفاق العريضة الإفتتاحية بنسخة من قرار هيئة الضمان الاجتماعي المطعون فيه(7).

3- موضوع الدعوى القضائية في نطاق المنازعات العامة.

إن موضوع الدعاوى(8)، في نطاق المنازعات العامة في مجال الضمان الاجتماعي، تلك التي تتعلق بتقدير ومنح الأدعاءات العينية والأداءات النقدية الممنوحة للمؤمن له أو ذوي حقوقه بسبب تعرضه لخطر من الأخطار

الاجتماعية التي تغطيها التأمينات بمناسبة المرض، الوفاة العجز، الولادة، تعويض لباس الحروق، المنح العائلية، الإحالة على البطالة، القرارات المتعلقة بحوادث العمل والأمراض المهنية أو المنازعات في صفة المؤمن له الأجير أو غير الأجير، المنازعة في انتساب العامل لهيئة الضمان الاجتماعي، المنازعات المتعلقة بالتقاعد.

فكل هذه المنازعات متعلقة بالمؤمن لهم، أما المنازعات المتعلقة بأصحاب العمل وهيئات الضمان الاجتماعي فإن موضوع الدعاوى المتعلقة بها يتعلق أساسا بالملاحقات القضائية لتسديد مستحقات الضمان الاجتماعي والغرامات وزيادات التأخير بغرض تحصيل المبالغ المستحقة، والمنازعات الناجمة عن عدم التصريح بالنشاط في الأجل المحدد وعدم التصريح بالعمال في الأجل المحدد، والمنازعات المتعلقة بعدم دفع الاشتراكات الرئيسية في وقتها، وكذا منازعات عدم التصريح بالأجور والتأخير في التصريح بحادث العمل أو المرض المهني.

كما يجوز لهيئات الضمان الاجتماعي اللجوء أمام المحاكم الفاصلة في المواد الاجتماعية عن طريق رفع دعاوى قضائية للمطالبة بأي حق من الحقوق المكرسة قانونا بموجب نصوص الضمان الاجتماعي وهذا في حالة عدم حل النزاع وديا أمام لجان الطعن المسبق السالف ذكرها، وذلك وفقا لما نصت عليه المادة 15 من القانون رقم 08/08 المؤرخ في 23 فيفري 2008 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي.

4- آجال رفع الدعوى القضائية أمام المحكمة الاجتماعية.

إن تشريع الضمان الاجتماعي يحدد آجال قانونية لرفع الدعوى القضائية أمام القسم الاجتماعي بالمحكمة، وقد حددت بمدة 30 يوماً بعد استلام تبليغ قرار اللجنة الوطنية المعارض عليه، أو في غضون 60 يوماً ابتداء من تاريخ استلام العريضة إذا لم تصدر اللجنة الوطنية المؤهلة للطعن المسبق قرارها(9)، كما وضع المشرع قيد على الدعاوى والملاحقات التي ترفعها هيئة الضمان الاجتماعي ضد الهيئة المستخدمة ويتمثل ذلك في وجوب إعدار صاحب العمل المدين بتسوية وضعيته في ظرف 30 يوماً التالية لاستلام الإعدار للوفاء بالتزاماته وبعد ذلك يبدأ حساب الميعاد السالف الذكر الذي يجب أن ترفع فيه الدعوى وهذا ما نصت عليه المادة 46 من القانون رقم 08/08 المؤرخ في 23 فيفري 2008 والذي جاء فيها على أنه «يتعين على هيئة الضمان الاجتماعي قبل اللجوء إلى تطبيق الإجراءات المذكورة أعلاه أو أية دعوى أخرى أو متابعة إعدار المدين ودعوته إلى تسوية وضعيته في أجل 30 يوماً».

وقد أكد القضاء في العديد من المرات على ضرورة احترام ميعاد اللجوء إلى المحكمة ونذكر على سبيل المثال الحكم الصادر بتاريخ 13/05/2006 عن محكمة برج بوعرييج والذي جاء فيه على أنه «حيث أن المدعي قدم أمام اللجنة الولائية للطعن المسبق بتاريخ 20/04/2004 حسب ختم الصندوق ولعدم تلقيه أي رد قدم طعنا أمام اللجنة الوطنية أكثر من سنة والحال أنه ملزم بتقديم دعواه أمام المحكمة في أجل 03 أشهر من تاريخ إيداعه العريضة أمام اللجنة

الولاية للطعن المسبق، حيث أن المدعي لم يحترم بذلك الآجال المحددة بالمادة 10 و14 من القانون 83 / 15 المعدل والمتمم مما يتعين معه عدم قبول دعواه شكلا» (10) وكذا قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 07 / 06 / 2006 والذي جاء فيه على أنه «حيث يتعين الملاحظة أن المحكمة الفاصلة في المادة الاجتماعية لا يمكن أن يطرح النزاع أمامها إلا في الشهر الموالي لتبليغ قرار اللجنة أو إذا لم تصدر هذه الأخيرة قرارها في أجل ثلاثة أشهر ابتداء من استلام العريضة، وأنه يستخلص مما سبق ذكره أن المطعون ضده برفعه النزاع مباشرة أمام المحاكم تكون دعواه سابقة لأوانها وأن قضاة الموضوع خالفوا مقتضيات السالفة الذكر ونتيجة لذلك يتعين نقض القرار المطعون فيه دون إحالة (11)».

كما أن القانون في المادة 78 من القانون 08 / 08 المؤرخ في 23 فيفري 2008 وضع آجال يجب أن ترفع فيها الدعاوى المتعلقة بالمبالغ المستحقة وهذه الآجال هي مدة تقادم أداءات الضمان الاجتماعي وهي مدة 4 سنوات إذا لم يطالب بها ومدة خمس سنوات بالنسبة لمعاشات التقاعد والعجز وريع حادث العمل والأمراض المهنية (12)، فمجموع هذه الشروط يجب مراعاتها وأن أي خرق لهذه الإجراءات ينتج عنه دفع بعدم قبول الدعوى لعدم احترام الإجراءات أو الآجال المقررة لها.

ثانيا: اختصاص القضاء المدني للفصل في المنازعات العامة.

إن القضاء المدني يختص في بعض الخلافات المتعلقة بالضمان الاجتماعي كتلك الدعاوى التي يرفعها المؤمن اجتماعيا أو ذوي حقوقه ضد مرتكب الخطأ

سواء كان رب العمل أو الغير قصد الحصول على تعويض تكميلي طبقاً للمادة 69/3 من قانون رقم 08-08 السالف الذكر، فالمؤمن له يمكن أن يطالب بتعويض تكميلي في حالة عدم كفاية التعويض الذي تم منحه له من طرف هيئة الضمان الاجتماعي التي قامت بتسديد التعويضات له الناتجة عن الحادث الذي أصابه من جراء الخطأ المرتكب سواء من الغير أو من رب العمل، فنص المادة 69 من القانون 08-08 أعطى إمكانية للمؤمن له المطالبة بالتعويض التكميلي أمام القسم المدني متى تبين له أن الأضرار التي أصابته لم تعوض له بشكل كامل. كما يحق للمصاب «المؤمن له اجتماعياً» أو ذوي حقوقه مطالبة الغير أو المستخدم بتعويضات إضافية في الحالات المذكورة في المادتين 70 و71 وهذا وفقاً لما نصت عليه المادة 72 من القانون 08-08 السالف الذكر (12)، فالتعويضات الإضافية المطالب بها من طرف المصاب أو ذوي حقوقه ناتجة أيضاً عن الأضرار المتعلقة بحادث العمل الذي أصابه جراء خطأ الغير أو رب العمل، وفي هذا الصدد اشترطت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 23/01/1989 ثبوت خطأ صاحب العمل قبل رفع الدعوى المدنية من طرف المصاب أو ذوي حقوقه للمطالبة بالتعويضات الإضافية (13).

كما يؤول الاختصاص للقضاء المدني للفصل في الدعاوى التي يرفعها المؤمن له اجتماعياً أو ذوي حقوقه للحصول على التعويض عن الأضرار الناجمة عن عدم توفير صاحب العمل وسائل الحماية والوقاية في الأمن والصحة في أماكن العمل،

وهذا وفقاً لما جاءت به المواد من 01 إلى 27 من القانون رقم 08-07 المتعلق بالوقاية والأمن والصحة في أماكن العمل، كما يجوز لهيئات الضمان الاجتماعي أن تلجأ إلى المحاكم الفاصلة في المواد المدنية لرفع دعاوى قضائية ضد المكلفين بالتزامات الضمان الاجتماعي والرامية إلى تحصيل المبالغ المستحقة لها وهذا ما نصت عليه المادة 66 من القانون رقم 08-08 السالف الذكر والتي جاء فيها على أنه ((لا تمنع إجراءات التحصيل المنصوص عليها في هذا القانون هيئات الضمان الاجتماعي بعد استنفاد طرق التحصيل الجبري اللجوء إلى رفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المختصة والتدابير الاحتياطية وطرق التنفيذ الواردة في القانون العام)) (14).

ثالثاً: اختصاص القضاء الإداري للفصل في المنازعات العامة.

تخضع الخلافات بين الإدارات العمومية والجماعات المحلية بصفتها هيئات مستخدمة وبين هيئات الضمان الاجتماعي لاختصاص القضاء الإداري طبقاً لما نصت عليه المادة 16 من القانون رقم 08/08 والمؤرخ في 23 فيفري 2008 المتعلق بالمنازعات، والتي جاء فيها على أنه «تختص الجهات القضائية الإدارية في البت في الخلافات التي تنشأ بين المؤسسات والإدارات العمومية بصفتها هيئات مستخدمة وبين هيئات الضمان الاجتماعي».

فالمشرع في هذه المادة اعتمد على المعيار العضوي لتحديد اختصاص القضاء الإداري للفصل في بعض المنازعات التي تنشأ بين المؤسسات والإدارات العمومية وبين هيئات الضمان الاجتماعي بمختلف أنواعها، إذ أن هذه المادة تمنح

الاختصاص للقضاء الإداري كلما كان أحد أطراف المنازعة شخص من الأشخاص المعنوية العامة وذلك تماشياً مع ما جاء في نص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد (15)، ومن ثم يسند الاختصاص إلى الغرف الإدارية للمجالس القضائية للفصل ابتدائياً بقرار قابل للاستئناف أمام مجلس الدولة في جميع القضايا أياً كانت طبيعتها والتي تكون الدولة أو الولايات أو البلديات أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً فيها باعتبارها هيئات مستخدمة ومكلفة قانوناً بتنفيذ التزاماتها المقررة بموجب قانون الضمان الاجتماعي، كالتصريح بالنشاط أو بالموظفين أو بالأجور ومرتبات المؤمن لهم اجتماعياً أو دفع المبالغ الخاصة بالاشتراكات.

الخاتمة

بالرغم من أن تشريع الضمان الاجتماعي يعتبر منظومة قانونية قائمة بذاتها فقد تدعمت بصدور قوانين معدلة ومتممة للقوانين الصادرة سنة 1983، والتي كان الغرض منها تفعيل دور لجان الطعن المسبق في الفصل في المنازعات التي قد تنجم عن تطبيقه وحلها ودياً دون اللجوء إلى القضاء، وهذا يعتبر حماية للمستفيدين من الضمان الاجتماعي وبالخصوص المؤمن لهم وذلك تيسيراً لهم في الحصول على مستحقاتهم من أداءات الضمان الاجتماعي، إلا أن واقع هذا النظام الذي جاء به المشرع في سنة 1983 لم يحقق الأهداف المرجوة والتي سطرت له من قبل واضعي القانون.

لذا يجب على المشرع بذل مجهودات جبارة وعملاقة في تطوير منظومة الضمان الاجتماعي لأنها تهم غالبية المجتمع الجزائري، وبالنظر إلى المشاكل القانونية التي يثيرها قانون الضمان الاجتماعي. في مجال المنازعات العامة لذلك بالرغم من أن المشرع بادر إلى تغيير القانون رقم 83 / 15 المتعلق بالمنازعات واستبدله بالقانون رقم 08 / 08 المؤرخ في 23 / 02 / 2008 والذي أتى من خلاله بتعديلات جوهرية ومميزة تتعلق أساسا بتحديد اختصاص لجان الطعن المسبق في القضايا المتعلقة بالزيادات والغرامات على التأخير، وكذا تقليص آجال الطعن للمطالبين به فضلا عن تقليص آجال الفصل في الطعون المقدم أمام لجان الطعن المسبق .

لذلك فإن المشرع تنتظره مهمة كبيرة في إزالة كل الإشكاليات العالقة بتشريع الضمان الاجتماعي وعلى ضوء ما سبق ذكره فإنه يجب أن يراعي في أي تعديل أو مراجعة للقانون أو في إصداره لنصوص تنظيمية.

الهوامش

(1) وذلك بالنظر إلى تشكيل المحكمة الفاصلة في المسائل الاجتماعية فحضور ممثلي العمال وأرباب العمل بجانب القاضي يجعل الحكم الصادر أقرب ما يكون من الحقيقة الاجتماعية خاصة للأفراد العاملين في القطاع الخاص، وبالتالي يأتي مراعيًا إلى حد بعيد لمصالح الأطراف المتنازعة وبصفة خاصة العامل الذي يحتل مركز ضعيف مقارنة بالمستخدم وهيئة الضمان الاجتماعي. بن غانم محمد وآخرون، منازعات الضمان الاجتماعي، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الرابعة عشر، الجزائر، 2006، ص 80.

(2) المادة 500 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 / 02 / 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والادارية الجديد.

(3) المادة 37 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 / 02 / 2008 المتضمن الإجراءات المدنية والادارية الجديد.

- (4) المادة 15 من القانون رقم 08-09 السالف الذكر.
- (5) ينحصر موضوع الدعوى عادة في طلب إبطال القرارات الصادرة عن اللجنة الوطنية للطعن المسبق فيما يتعلق بحقوق المستفيدين مع إلزام هيئات الضمان الاجتماعي بأن تمنح لهم الحقوق المطالب بها، وقد يتعلق موضوع الدعوى أيضا في طلب إلزام صاحب العمل أو الغير باسترجاع المبالغ التي سددها هيئات الضمان الاجتماعي للمصاب أو ذوي حقوقه مقابل ما يسببه صاحب العمل أو الغير من أضرار للمؤمن لهم نتيجة الخطأ غير المعذور أو المتعمد. بلجودي عبلة، المرجع السابق ص 32.
- (6) ينحصر موضوع الدعوى عادة في طلب إبطال القرارات الصادرة عن اللجنة الوطنية للطعن المسبق فيما يتعلق بحقوق المستفيدين مع إلزام هيئات الضمان الاجتماعي بأن تمنح لهم الحقوق المطالب بها، وقد يتعلق موضوع الدعوى أيضا في طلب إلزام صاحب العمل أو الغير باسترجاع المبالغ التي سددها هيئات الضمان الاجتماعي للمصاب أو ذوي حقوقه مقابل ما يسببه صاحب العمل أو الغير من أضرار للمؤمن لهم نتيجة الخطأ غير المعذور أو المتعمد. بلجودي عبلة، المرجع السابق ص 32.
- (7) المادة 15 من القانون رقم 08-09 السالف الذكر.
- (8) ينحصر موضوع الدعوى عادة في طلب إبطال القرارات الصادرة عن اللجنة الوطنية للطعن المسبق فيما يتعلق بحقوق المستفيدين مع إلزام هيئات الضمان الاجتماعي بأن تمنح لهم الحقوق المطالب بها، وقد يتعلق موضوع الدعوى أيضا في طلب إلزام صاحب العمل أو الغير باسترجاع المبالغ التي سددها هيئات الضمان الاجتماعي للمصاب أو ذوي حقوقه مقابل ما يسببه صاحب العمل أو الغير من أضرار للمؤمن لهم نتيجة الخطأ غير المعذور أو المتعمد. بلجودي عبلة، المرجع السابق ص 32.
- (9) - المادة 15 من القانون رقم 08/08 المؤرخ 2008/02/23 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي.
- (10) - الحكم الصادر عن محكمة برج بوعرييج القسم الاجتماعي، الصادر بتاريخ 2006/05/13، تحت رقم 2006/90 بين (ج،ص) أنظر كذلك في هذا الصدد القرار الصادر عن مجلس قضاء برج بوعرييج، الغرفة الاجتماعية، بتاريخ 2006/03/28 تحت رقم 2006/191 بين (ج،ص) وصندوق التأمينات الاجتماعية للعمال الأجراء وكالة برج بوعرييج، وأنظر كذلك الحكم الصادر عن محكمة برج بوعرييج، القسم الاجتماعي، الصادر بتاريخ 2005/09/17، تحت رقم 2005/156، بين (ش،س)، وصندوق التأمينات الاجتماعية للعمال الأجراء وكالة برج بوعرييج

(11) - قرار المحكمة العليا الصادر عن الغرفة الاجتماعية، القسم الأول، تحت رقم 345734، الصادر بتاريخ 07/06/2006، بين مدير الصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية للعمال الأجراء و(س، س)، غير منشور.

(12) - تنص المادة 78 من قانون 08/08 المؤرخ في 23/02/2008 على أنه «تتقدم الأدعاءات المستحقة في مدة 4 سنوات إذا لم يطالب بها مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في المادة 316 من القانون المدني، تتقدم المتأخرات المستحقة لمعاشات التقاعد والعجز وريع حوادث العمل والأمراض المهنية في مدة 5 سنوات إذا لم يطالب بها».

(13) تنص المادة 70 من القانون 08/08 المؤرخ في 23/02/2008 على أنه ((يجب على هيئة الضمان الاجتماعي طبقاً لأحكام القانون العام الرجوع على الغير المتسبب بخطئه في الضرر الذي لحق بالمؤمن له اجتماعياً لتعويض المبالغ التي دفعتها أو التي عليها أن تدفعها لهذا الأخير))، كما نصت المادة 71 من نفس القانون على أنه ((يمكن هيئة الضمان الاجتماعي طبقاً لأحكام القانون العام الرجوع على المستخدم الذي تسبب بخطئه غير المعذور أو العمدي أو خطأ تابعه في الضرر الذي لحق بالمؤمن له اجتماعياً تعويض المبالغ التي دفعتها أو التي عليها أن تدفعها لهذا الأخير)).

(14) المجلة القضائية، العدد الثاني، الصادرة عن قسم المستندات والنشر - للمحكمة العليا، الجزائر، 1991، ص 119.

(15) المادة 66 من القانون المؤرخ في 23/02/2008 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي والتي جاء فيها على أنه ((لا تمنع إجراءات التحصيل المنصوص عليها في هذا القانون هيئات الضمان الاجتماعي بعد استنفاد طرق التحصيل الجبري، اللجوء إلى رفع دعاوى أمام الجهات القضائية المختصة والتدابير الاحتياطية وطرق التنفيذ الواردة في القانون العام))

(16) المادة 66 من القانون المؤرخ في 23/02/2008 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي والتي جاء فيها على أنه ((لا تمنع إجراءات التحصيل المنصوص عليها في هذا القانون هيئات الضمان الاجتماعي بعد استنفاد طرق التحصيل الجبري، اللجوء إلى رفع دعاوى أمام الجهات القضائية المختصة والتدابير الاحتياطية وطرق التنفيذ الواردة في القانون العام))

من اجتهادات المحكمة العليا

الطعن بالنقض في المواد المدنية قانونا و قضاء¹

الشروط العامة للقبول

قرار 782025

حيث طعنت بالنقض الشركة ات المسؤولة المحدودة دي في القرار الصادر عن المجلس القضائي في 2 فيفري 2011 باعتماد الخبرة المنجزة من طرف الخير و بالزامها بأن تدفع للمطعون ضدها بدل الايجار بمبلغ 145.000 دج شهريا من تاريخ تقديم الطلب في 19 اوت 2006.

حيث ان المطعون ضده يثير عدم قبول الطعن شكلا لأن لقب المطعون ضده و هو بومعزة مخالف للقبه الوارد في القرار المطعون فيه أي بومعزة.

حيث انه يتبين فعلا من القرار المطعون فيه أن لقب المطعون ضده هو بومعزة بينما عريضة الطعن بالنقض ذكرت لقب بومعزة.

و حيث ان الخطأ المذكور من شأنه المساس بصحة عريضة الطعن بالنقض، عدم قبول الطعن شكلا.

¹منقولة من كتاب عبد السلام ذيب، الطعن بالنقض في المواد المدنية قانونا و قضاء، ط2، موفم للنشر الجزائر 2016

قرار 967979

حيث طعن بالنقض كل من : مش ك و م ش ك الجزائر في الحكم الصادر عن محكمة - المؤرخ في 26 فيفري 2013 الذي قضى عليهما بأن تدفعا بالتضامن للمطعون ضده مبلغ 111.784.40 دج.

حيث انه يتبين من الحكم المطعون فيه ان المطعون ضده طالب بالحكم على الطاعتين بمبلغ 111784.40 دج مقابل الخسائر و 500.000 دج على كافة الأضرار.

و حيث أن المادة 33 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية تنص على أن يكون الحكم فاصلا في أول و آخر درجة إذا كانت قيمة الطلبات لا تتجاوز 200.000 دج.

و حيث أن التعويض المطالب به يشكل طلبا بمعنى المادة 25 من ذات القانون، و عليه، فالطلبات المقدمة تتجاوز مبلغ 200.000 دج و يكون بذلك الحكم قابلا للطعن فيه بالاستئناف، عدم قبول الطعن بالنقض.

قرار 989739

حيث طعن بالنقض - في الحكم الصادر عن محكمة - في 20 نوفمبر 2013 الذي ألزمه بمبلغ 100.000 دج كتعويض لصالح المطعون ضده.

حيث أنه يتبين من الحكم المطعون فيه أن المطعون ضده أقام الدعوى الحالية للمطالبة بالقضاء على الطاعة بأن تدفع له 811.450 دج و تعويض قدره 200.000 دج.

و حيث ان المادة 33 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية تنص على أن تفصل المحكمة بحكم في أول و آخر درجة في الدعاوى التي لا تتجاوز قيمتها 200.000 دج.

و حيث ان قيمة الدعوى بمعنى هذه المادة تحددها قيمة الطلبات المقدمة من المدعي.

و عليه، فالطعن بالنقض الحالي غير جائز قانونا.

لهذه الاسباب

عدم قبول الطعن و المصاريف على الطاعن.

قرار 939405

حيث طعنت بالنقض م ش ك في القرار الصادر عن المجلس القسائي - في 30 اكتوبر 2011 الذي قضى بعدم قبول الاستئناف في حكم محكمة - المؤرخ في 30 جوان 2010 الذي قضى عليها بأدائها مبلغ 38.622.65 دج للمطعون ضدها.

حيث أن الطعن استوفى الاشكال و الآجال القانونية.

و حيث ان الطاعنة تثير وجهها و حيدا للطعن.

عن الوجه الوحيد المأخوذ من تناقض الأسباب مع النطوق:

حيث تعيب الطاعنة على القرار المطعون فيه تناقض أسبابه مع منطوقه ذلك أنه ذكر من جهة أن القاضي الأول أخطأ لما وصف الحكم المستأنف بالابتدائي مخالفة للمادة 33 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية لعدم تجاوز قيمة النزاع

200.000 دج، و من جهة اخرى قضى بعدم قبول الاستئناف، في حين انه كان يتعين عليه الغاء هذا الحكم مع صرف الأطراف أمام نفس المحكمة للفصل من جديد.

و لكن حيث أن الوصف الخاطيء للحكم لا يؤدي الى بطلانه عملا بالمادة 315 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية بل على الخصوم الالتزام بالقواعد الضابطة لطرق الطعن العادية و الغير عادية.

و عليه فالقرار المطعون فيه طبق صحيح القانون لما قضى بعدم قبول الطعن بالنظر لقيمة النزاع.

و الوجه المثار غير مؤسس، - رفضه.

قرار غرفة الاحوال الشخصية رقم 243943 بتاريخ 2000/05/23

(العدد الخاص باجتهااد الغرفة الصادر سنة 2001) ص 112

حيث ان الحكم القاضي بالطلاق بالتراضي لا يتبر حكما لأنه صدر حسب رغبة الطرفين، فهو مجرد إشهاد من المحكمة ولا يوصف بالابتدائية أو النهائية، لذلك فإنه لا يحق لأي من الزوجين مراجعته أو الطعن فيه الا عن طريق دعوى التزوير، الأمر الذي يتعين معه عدم قبول الطعن شكلا.

قرار 896358

لكن حيث أنه لئن كان من المقرر قانونا بنص المادة 322 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية أن كل الآجال المقررة في هذا القانون من أجل ممارسة حق أو من جل ممارسة حق الطعن يترتب على عدم مراعاتها سقوط الحق أو سقوط

ممارسة حق الطعن باستثناء حالة القوة القاهرة أو وقوع أحداث من شأنها التأثير في السير العادي لمرفق العدالة، فانه كان على من يثير السقوط أولا اثبات ما يزعمه من وقوع هذه الأحداث أو القوة القاهرة ثم ما يثبت اتباع الاجراءات المنصوص عليها بالمادة 322 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية في فقرتها الأخيرة من تقديم طلب رفع السقوط الى رئيس الجهة القضائية المعروض عليها النزاع الذي يفصل فيه بموجب أمر على عريضة غير قابل لأي طعن و ذلك بحضور الخصوم أو بعد تكليفهم بالحضور.

و حيث ولما أن الطاعنتين لم تقدا أمام الجهة القضائية ما يثبت انتهاجهما لهذه الاجراءات، فان القضاة طبقوا صحيح القانون ...

موانع الطعن بالنقض

قرار 954174

حيث ان المطعون ضده أودع مذكرة جواب بواسطة محاميه التمس من خلالها عدم قبول الطعن على أساس المادة 352 قانون الاجراءات المدنية و الادارية. حيث ان المحامية العامة في طلباتها المكتوبة التمسست عدم قبول الطعن طبقا للمادة 352 من ق.ا.م.ا بدعوى انه سبق للطاعن أن أقام دعوى التماس اعادة النظر في ذات القرار.

عن قبول الطعن شكلا:

لكن حيث بالرجوع الى المادة 352 ق.ا.م.ا، فانها تنص: لا يقبل الطعن في ذات الوقت بالتماس اعادة النظر و في الأحكام و القرارات المطعون فيها بالنقض و

من ثم ان اقامة الطعن الحالي بالنقض بعد استعمال طريق التماس اعادة النظر يكون مقبولاً، و أن الدفع المثار يكون غير سديد.

الشروط المتعلقة بالمدعي في الطعن

قرار 858170

حيث طعن كل من ورثة ب ط و هم - و ورثة ب م و هم - في القرار الصادر عن المجلس القضائي - في 8 جانفي 2012 المؤيد لحكم محكمة - المؤرخ في 12 جوان 2011 الذي أمر باخلائهم المحل المتنازع عليه مقابل تعويض استحقاقه بمبلغ 331.359.97 دج.

حيث ان المطعون ضده يثير عدم قبول الطعن شكلا بدعوى أن ورثة ب م تدخلوا في الخصام دون ان يثبتوا علاقتهم بالطرف المتوفى، و ما يلفت الانتباه أنهم في دعوى أخرى مقامة أمام محكمة - تم ذكر ورثة آخرين لم يتدخلوا في الدعوى الحالية.

و لكن فضلا على أنه يمكن لمن له صفة أن يتدخل في الخصام في حالة وفاة أحد لخصوم فان هذه الصفة ثابتة من خلال ذكر علاقة المتدخلين بالشخص المتوفى و هم زوج الهالكة و أب أبناؤها و هذا التنويه كاف لوحده لاثبات الصفة. و عليه، فلادفع المثار غير مؤسس، و يكون الطعن مستوفي الأشكال و الآجال القانونية،

قرار 849953

حيث طعن بالنقض كل من السيد ع م و السيدة ر خ في القرار الصادر عن المجلس القضائي - في 3 أبريل 2013 المؤيد لحكم محكمة - المؤرخ في 28 أكتوبر 2012 القاضي باجلاء المحل المتنازع حوله.

حيث ان الطعن استوفى الأشكال و الآجال القانونية.

حيث ان الطاعنين يثيران وجهين للطعن.

عن الوجه الاول المأخوذ من مخالفة القانون:

حيث ان الطاعنين يعيبان على القرار المطعون فيه مخالفة المادة 510 من القانون المدني بل تعديلها لأن الايجار يعود الى سنة 1946، ذلك أن الايجار يخص المرحوم - وليس إلا واحدا من ورثته.

و ان الايجار لا ينتهي بموت المؤجر ولا بموت المستأجر بل ينعقد ايجار جديد باسم الورثة مع الآثار المترتبة عنه، بما فيها التنبيه بالاخلاء و الأحقية في التعويض الاستحقاقى.

و ان - اثار عدم صحة الانذار الموجه له وحده الا أن المجلس اعتبر رده على الانذار إقرار على استغلاله لوحده.

حيث انه يتبين فعلا من وقائع الدعوى و المستندات المقدمة بمناسبةها أن المحل المتنازع عليه كان مستغلا من قبل مورث الطاعنين.

و أنه و الحالة هذه كان يتعين على المؤجرين توجيه الانذار بالكف عن المخالفة لجميع ورثته.

و ان المجلس القضائي و بالرغم من قبول تدخل السيدة رخ في الخصام لم يأخذ بهذا الدفع بدعوى ان السيد ع م رد لوحده على الانذار معتبرا ان هذا الرد اقرارا على انه يستغل محل لوحده، و هو تسبب يفتقر للأساس القانوني.
و حيث انه لم يبق ما يتطلب الفصل في الدعوى عملا بالمادة 365 من ق.ا.م.ا. ودون حاجة للتطرق للوجه الثاني، نقض بدون احالة.

قرار 829961

حيث طعن بالنقض السيد ل هـ في القرار الصادر عن المجلس القضائي - في 22 مارس 2011 المؤيد لحكم محكمة - المؤرخ في 25 أكتوبر 2010 الذي حدد مبلغ الايجار الجديد بما قدره 19045 دج.

حيث ان الطعن استوفى الأشكال و الآجال القانونية.

و حيث ان الطاعن يثير خمسة أوجه للطعن.

عن الوجه الأول المأخوذ من مخالفة قاعدة جوهرية في الاجراءات:

حيث يعيب الطاعن على القرار المطعون فيه عدم أخذه بدفعة المتعلق بمخالفة المادة 13 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية ذلك ان الطاعنة ليست المالكة للمحل المتنازع عليه الذي يقع برقم 15 من شارع - في حين أن المحل الذي تملكته عن طريق الهبة من زوجها يقع بشارع -.

عن الوجه الثاني المأخوذ من تجاوز السلطة:

حيث يعيب الطاعن على القرار المطعون فيه عدم أخذه بدفعة المتعلق بعدم توافر صفة التقاضي لدى المطعون ضدها للأسباب المذكورة في الوجه الأول.

عن الوجهين معا:

و لكن حيث أن قضاة الموضوع توصلوا الى أن المحل الذي يستغله الطاعن عن طريق عقد ايجار أبرمه مع زوجها كان موضوع هبة استفادت منها المطعون ضدها، و بالتالي فان لها صفة التقاضي للمطالبة برفع قيمة بدل الايجار، فضلا عن ذلك فانه لا يمكن المستأجر مناقشة صفة المؤجر كمالك للأماكن المؤجرة. و عليه فالوجهان المثاران غير مؤسسين.

قرار 980310

حيث طعن بالنقض ورثة - و هم - في القرار الصادر عن المجلس القضائي - في 11 نوفمبر 2013 الذي قضى بعدم قبول اعتراض الغير الخارج عن الخصومة الذي وجهوه ضد قرار ذات المجلس القضائي المؤرخ في 3 جوان 2013.

حيث ان الطعن استوفى الأشكال و الآجال القانونية.

و حيث ان الطاعنين يثرون وجهها وحيدا للطعن.

عن الوجه الوحيد المأخوذ من مخالفة القانون:

عن الفرع الأول المأخوذ من مخالفة المادة 13 من ق.ا.م.ا بدعوى ان صفة التقاضي يجوز اثباتها بكل الوسائل القانونية إلا أن قضاة الموضوع استوجبوا للدليل عليها شهادة نقل الملكية.

حيث انه يتبين فعلا من القرار المطعون فيه انه اساء تطبيق النص المذكور ذلك ان صفة التقاضي في دعوى الحال ناتجة عن المركز القانوني للطاعنين كورثة ولا

تستوجب اثبات انتقال التركة اليهم، و صفة الوارث أثر قانوني ناتج عن وفاة المورث قائم في حد ذاته ولا يحتاج الى اجراء قانوني ليثبتته. و عليه فالوجه المثار مؤسس.

قرار 381661

عن الوجه الاول: المأخوذ من مخالفة و اغفال قاعدة جوهرية في الاجراءات، حيث ان الطاعنين يعيبون على القرار المطعون فيه عدم أخذه بوسيلة دفاعهم المتمثلة في عدم ادخالهم في الخصام بعد وفاة مورثهم المرجع ضده في القرار المعارض فيه، رغم ان محضر التكاليف بالحضور يثبت الوفاة. و ان وفاة مورثهم وقع بعد ارجاع القضية التي تم الفصل على اثرها قرار انهى المسألة التي كان المجلس القضائي أرجى الفصل في الدعوى بسببها. و أنه و طالما أن القضية لم تكن مهينة للفصل فانه كان يتعين على قضاة الاستئناف اتباع الاجراءات المنصوص عليها في المواد 85، 86، 87، 88 و 89 من قانون الاجراءات المدنية.

و انه و خلافا لما توصل اليه القرار المطعون فيه، فان تصحيح الاجراءات و ادخال الطاعنين في الخصام يقع على عاتق المطعون ضدهم و ليس العكس كما ذهب اليه بالقول أن الطاعنين كانوا على علم بالقضية و لم يتدخلوا. و لكن حيث أن التدخل في الخصومة يكون حسب كل حالة إرادي أو جبري، و طالما لم يثبت من القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع انوا على علم بوفاة مورث

الطاعين لانعدام شهادة وفاة لديهم، فانه لا يمكن مؤاخذتهم على عدم الأمر بادخالهم.

و ان ما ذهب اليه قضاة الاستئناف من أنه كان على الطاعين أن يتدخلوا بعد وفاة مورثهم ليس بالخطأ، ذلك أنه كما ذكر سابقا يمكن أن يكون التدخل إراديا.

و عليه، فالوجه المثار غير مؤسس.

تقرير 490938

حيث طعن بالنقض السيد ع في القرار الصادر عن المجلس القضائي - في 24 جانفي 2007 الذي أيد حكم محكمة - المؤرخ في 12 ديسمبر 2000 القاضي بالمصادقة على التنييه بالاخلاء و تعيين خبير لتحديد التعويض الاستحقاقي.

حيث ان الطعن استوفي الأشكال و الآجال القانونية.

و حيث ان المطعون ضدهم لم يذكروا طوال جميع مراحل الدعوى التي بادروا بها لا مهنتهم و لا صفاتهم و بالتالي لا يمكنهم مؤاخذة الطاعن على السهو المزعوم، و عليه يكون الطعن مستوفي الأشكال و الآجال القانونية.

و حيث ان الطاعن يثير وجهها وحيدا للطعن.

عن الوجه الوحيد المأخوذ من قصور الاسباب:

حيث ان الطاعن يعيب على القرار المطعون فيه عدم رده على الدفعين اللذين أثارهما بالنسبة لأهلية المرجع ضدهما، باعتبارهم كانا في المرحلة الأولى من التقاضي ين و مثلهم أبوهما - و بعد الترجيع أدرجا بالغين و هو ما يعد فسادا

للاجراءات، هذا من جهة، من جهة اخرى فان المدعى عليها لا يتمتعان بصفة التقاضي لأن الحكم الخاص بالقسمة لم يشهر بالمحافظة العقارية و بالتالي فصفتها في التقاضي منعدمة باعتبار أن الملكية ثبتت بعد شهرهما.

و لكن حيث أن فيما يخص الشرط الأول من الوجه انه يتعين القول أن أهلية التقاضي قابلة للتغيير، و في دعوى الحال إذا كان المعينون في بداية دعوى قاصرين و تم تمثيلهم من طرف وليهم الشرعي فإنه عند بلوغهم سن الرشد يصبحون يتقاضون باسمهم الشخصي، أما فيما يخص الشرط ثاني من الوجه، فيتعين القول أن الدعوى الحالية تتعلق باخلاء محل تجاري و لا تتعلق بالمنازعة في ملكية الجدران التي لا تعني المستأجر ولا يمكنه في أي حال من الأحوال مناقشتها دون الخلط بين دعويي الحيازة و الملكية.

و عليه فالدفعان المثاران من طرف الطاعن غير مجديين في الدعوى و يعفى قضاة الاستئناف من الرد عليها متى كان ذلك و بالخصوص أن القرار صدر بعد فصل المحكمة العليا في طعن أول.

و عليه فالوجه المثار غير مؤسس، رفض.

مدة الآجال

قرار 0714781

عن قبول الطعن شكلا:

حيث ثبت للمحكمة العليا أن القرار المطعون فيه و هو القرار الصادر في 14 مارس 2012 عن مجلس قضاء - تم التبليغ رسميا للمطعون ضده بتاريخ 26

جويلية 2012 عن طرق التعليق طبقا للمادة 412 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية.

حيث ان هذا التبليغ يعتبر تبليغا شخصيا طبقا لما جاء بنص المادة 412 من ق.ا.م.ا.

حيث ان الطاعن تم تبليغه شخصيا في 26 جويلية 2012 و أن الطعن سجل في 07 فيفري 2013 و عليه فانه يكون خارج الأجل القانوني طبقا للمادة 354 من ق.ا.م.ا، و فضلا على ذلك فان عريضة الطعن جاءت معيبة ذلك أنها لم تتضمن موجزا للوقائع و اكتفى الطاعن بذكر الاجراءات فقط و هذا يعد مخالفا لنص المادة 365 من ق.ا.م.ا.

و حيث و ضمن هذه الظروف تعين القضاء بعدم قبول الطعن شكلا.

شكل عريضة الطعن بالنقض

قرار 963402

حيث طعنت بالنقض ش ج ت في القرار الصادر عم المجلس القضائي - في 27 ماي 2013 الذي أيد مبدئيا حكم محكمة - المؤرخ في 5 فيفري 2013 الذي أفرغ الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع بتاريخ 8 ماي 2012 و الزامها أن تدفع للمطعون ضدها 12.462.500 دج و تعديل له قضي بالزامها بمبلغ 20.000 دج كتعويض.

حيث ان الطاعنة لم تضمن عريضة الطعن موجزا عن الوقائع و اكتفت بسرد الاجراءات كما انها لم ترفقها بنسخة من الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع، مخالفة للمادة 565 / 1 و 3 من ق.ا.م.ا.

و حيث أن هذا السهو يترتب عند عدم قبول الطعن شكلا.

قرار 914823

حيث من المقرر قانونا أن يجب أن تحمل عريضة الطعن بالنقض و تحت طائلة عدم قبولها شكلا تلقائيا التوقيع الخطي و ختم محام معتمد لدى المحكمة العليا، و عنوانه المهني.

و حيث ان العريضة - جاءت غير موقعة خطيا من طرف دفاع الطاعنة و غير مختومة - عدم قبول الطعن شكلا.

قرار 1011077

حيث تقدمت - بعريضة من اجل تصحيح الخطأ المادي الوارد في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 9 جانفي 2014 تحت رقم 925236 الذي صرح بعدم قبول طعنها بالنقض شكلا.

حيث أن العارضة تؤسس طلبها على الخطأ المادي الذي وقع فيه القرار بحيث أسس على عدم تقديمها لما يثبت تبليغ عريضة الطعن بالنقض و نسخة من الحكم المستأنف في حين أنها قدمت هاتين الوثيقتين.

و لكن حيث لئن يتبين فعلا من اعادة الاطلاع على ملف القضية أن العارضة تقدمت بحافظة مرفقات من ضمنها تبليغ عريضة الطعن بالنقض و الحكم

المستأنف فانه يتبين أيضا أن الوثائق المذكورة أودعت بتاريخ 2 نوفمبر 2013 في حين أن الطعن بالنقض سجل بتاريخ 24 مارس 2013.

و حيث ان النيابة العامة تقدمت بطلبات بتاريخ 10 اكتوبر 2013 ترمي الى التصريح بعدم قبول الطعن بالنقض شكلا لعدم ارفاق نسخة من الحكم و عدم تبليغ الطعن بالنقض.

و حيث ان المادة 566 من ق.ا.م.ا تنص على انه "يجب ارفاق عريضة الطعن بالنقض تحت طائلة عدم قبول الطعن بالنقض شكلا تلقائيا" بمجموعة من الوثائق من ضمنها محاضر التبليغ الرسمي و نسخة من الحكم المستأنف.

و حيث ان النص المذكور يفرض ارفاق عريضة الطعن بالنقض بهذه الوثائق و هو ما يعني في الوقت الذي يتم فيه الايداع.

و حيث ان المحكمة العليا تعتبر ان مجال ايداع الوثائق لا يمكن ان يتعدى تاريخ تبليغ الملف للنيابة العامة لتقديم التماساتها.

و حيث ان العارضة قدمت هذه الوثائق بعد ايداع طلبات النيابة العامة لالتماساتها.

اجراءات التبليغ الخاصة بالطعن

قرار 862210

حيث طعن بالنقض السيد - في القرار الصادر عن المجلس القضائي - في 28 فيفري 2012 الذي أيد حكم محكمة - المؤرخ في 20 ديسمبر 2011 فيما قضى

بمستحقات الايجار غير المدفوعة و التعويض و الغاءه فيما قضى برفض الطرد و القضاء من جديد بطرده من العقار المتنازع عليه.

حيث ان المطعون ضدهم يثرون عدم قبول الطعن شكلا لمخالفتها المادة 564 من ق.ا.م.ا و ذلك لعدم تبليغهم بعريضة الطعن بالنقض في أجل شهر من تاريخ ايداعها.

و لكن حيث ان الغرض من هذا الاجراء هو تحقيق الوجاهية و طالما أنها تحققت من خلال ايداع المطعون ضدهم لمذكرة رد فانه لا يؤخذ بمخالفة الأجل المذكور.

مجال المراقبة

قرار 721358

حيث طعن السيد ش ع في القرار الصادر عن المجلس القضائي - في 15 مارس 2010 المؤيد لحكم محكمة - المؤرخ في 14 أبريل 2009 القاضي بعدم الاختصاص النوعي.

عن الوجه التلقائي المأخوذ من مخالفة قواعد الاختصاص.

حيث انه، من جهة، يتبين من القرار المطعون فيه أنه لم يؤسس ما ذهب اليه من تصريح بعدم الاختصاص النوعي لى ما يثبت أن الصفقة موضوع النزاع كانت بمساهمة هائية للدولة و الاكتفاء بالقول أن المشروع يتمثل في سكنات تساهمية غير كاف لوحده لتأسيس قضاءه.

و حيث أن من جهة أخرى، كون المادة 2 من المرسوم الرئاسي 250 /02 المؤرخ في 24 جويلية 2002 أخضعت مثل هذه الصفقات لقانون الصفقات العمومية لا يعني أنها منحت الاختصاص للقاضي الاداري، فما يعنيه هذا النص يتعلق بالاجراءات الواجبة الاتباع بهذا الشأن، ولا يتصور أن يون هذا النص مانحا الاختصاص للقاضي الاداري، لك أن الاختصاص النوعي للجهات القضائية يحدده القانون لوحده، نقض.

قرار 902216

حيث طعنت بالنقض ولاية - في القرار الصادر عن المجلس القضائي في 8 مارس 2012 الذي صادق حكم محكمة - المؤرخ في 12 اكتوبر 2008 القاضي برفع الدعوى.

و حيث ان الطاعنة تثير وجها وحيدا للطعن.

عن الوجه الوحيد المأخوذ من مخالفة القانون الداخلي:

حيث يعيب الطاعن على القرار المطعون فيه مخالفة المادتين 800 و 801 من ق.ا.م.ا التي تنص على اختصاص القضاء الاداري كلما كان طرف اداريا في الدعوى اضافة الى أنه قضى بالغاء قرار إداري صادر عن الوالي المنتدب في 21 سبتمبر 2002.

و لكن يحث يجب التذكير أن الدعوى الحالية أقيمت في 13 ماي 2008 من قبل ديوان الترقية و التسيير العقاري أي قبل صيرورة قانون الاجراءات المدنية نافذا، و بالتالي فلا مجال للتمسك بالنصوص الواردة به، و أن قضاة الموضوع، و على

عكس ما تزعمه الطاعنة، لم يلغوا مقرر الوالي المنتدب و لكنهم فصلوا في العلاقة
الايجارية التي تربط المطعون ضده بديوان الترقية و التسيير العقاري.
و عليه فالوجه المثار يتسم بعدم الجدوية و يتعين رفضه.

قرار 901975

عن الفرع الثاني المأخوذ من مخالفة المادة 660 من القانون المدني بدعوى انه لا
يمكن الدائن متابعة الضامن إلا بعد متابعة المدين.
و لكن حيث ان القرار المطعون فيه أسس قضاءه على الضمان لأول طلب الذي
أبرم بين الطاعنة و البنك، و عليه فالفرع المثار يفتقر الى التأسيس.

عدم قبول الأوجه الجديدة مبدئيا

قرار 852950

و لكن حيث ان القرار المطعون فيه رد بما فيه الكفاية لما ذكر أن الدعويين لا
تخصان نفس الطلب إذ أن الأولى تتعلق بالشراكة و الثانية بالدين.
و حيث ان الطاعن يتمسك بأن الطابع التجاري للدعوى يستوجب اثبات
الشراكة بعقد توثيقي عملا بالمادة 545 من القانون التجاري.
و لكن حيث ان الطاعن لم يثير هذه المناقشة أمام قضاة الموضوع ولا يمكن
اثارها لأول مرة أمام المحكمة العليا.
و حيث ان الطاعن يثير أن وثيقة التصريح الشرفي المحتج به من طرف المطعون
ضدها التي تتضمن أنه مولود في 8 اوت 1951 غير مطابق لبطاقة التعريف اذ
انه مولود في 8 سبتمبر 1952.

و لكن حيث أن الطاعن لم يثير هذه المناقشة أمام قضاة الموضوع ولا يمكن اثارها لأول مرة أمام المحكمة العليا. و عليه فالوجه المثار غير مؤسس.

قبول الأوجه الجديدة استثناء

قرار 859563

عن الوجه الوحيد الماخوذ من مخالفة القانون الداخلي.

حيث تعيب الطاعنة على القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس اعتبروا عدم استئناف الحكم من طرف شركة - خرق للأشكال الجوهرية للإجراءات المنصوص عليها في المادتين 332 و 333 من ق.ا.م.ا، بينما الفقرة الأولى من المادة 335 من نفس القانون تنص " ان حق الاستئناف مقرر لجميع الاشخاص الذين كانوا خصوما على مستوى الدرجة الأولى أو لذوي الحقوق حقوقهم" ضف الى ذلك ان الفقرة الأخيرة من نفس المادة تنص "يجب ان تتوفر المصلحة في المستأنف لممارسة الاستئناف" و بما أن المرسل اليه تم تعويضه من طرف المؤمن فانه لم تصبح له أي مصلحة في رفع الاستئناف غير أن هذا لا يترتب عنه عدم قبول استئناف المؤمن.

حيث يتبين فعلا من القرار المطعون فيه أنه قضى بعدم قبول الاستئناف شكلا لعدم احتواء عريضة الاستئناف على أحد أطراف الخصومة الذي رافع أمام المحكمة بصفة مدعي.

و حيث أن المادة 335 من ق.ا.م.ا تمنح الحق لكل من كان خصما على مستوى الدرجة الأولى أن يمارس الطعن بالاستئناف على شرط أن تكون له مصلحة فيه،

و ذلك أن ممارسة هذا الطعن خاضعة لتقدير الخصوم الذين تبقى لهم الحرية المطلقة في عدم استعمال هذا الحق.
و عليه، فالقرار المطعون فيه خالف القانون لما قضى بخلاف ذلك و الوجه المثار مؤسس، نقض.

وجه من الاوجه الواردة قانونا

قرار 966890

حيث طعن بالنقض - في القرار الصادر عن المجلس القضائي - في 7 جويلية 2013 المؤيد لحكم محكمة - المؤرخ في 18 ديسمبر 2012 القاضي برفض الددعوى لبطلان الاجراءات.

حيث أن المطعون ضده يثير مخالفة الطعن بالنقض للمادة 565 من ق.ا.م.ا. لتضمن الوجهين المثارين أكثر من حالة من حالات الطعن بالنقض.
حيث انه يتبين فعلا أن الطعن بالنقض أسس على وجهين و هما مخالفة و إغفال قواعد جوهرية في الاجراءات و مخالفة و قصور التسبيب معا.
و حيث أن المادة 565 / 5 من ق.ا.م.ا. تمنع أن يتضمن الوجه المثار أكثر من حالة من حالات الطعن بالنقض، عدم قبول الطعن.

وجه يعني الحكم المطعون فيه

قرار 943325

حيث ان المطعون ضدها تثير مخالفة عريضة الطعن بالنقض للمادة 567 من ق.ا.م.ا. لعدم تضمينها العنوان المهني للمحامي و اشارته لصندوق بريدي و هو

ما يحول دون معرفة المنظمة الجهوية التي ينتمي إليها و صعوبة تبليغه حسب المواعيد القانونية.

و لكن لئن كان فعلا قصد المشرع من وراء فرض ذكر المعلومات المتعلقة بالمحامي هو التعرف عليه، فان المعلومات التي ذكرت في عريضة الطعن بالنقض و المتمثلة في ذكر عنوان الفوقاني بتمنراست، و كذا صندوق بريده، كافية و تفي بالحاجة المنتظرة فضلا على أن ذات المعلومات ذكرت أمام المحكمة. و عليه، فالطعن مستوفى الأشكال و الآجال القانونية.

و حيث ان الطاعنة تثير وجهين للطعن ...

عن الوجه الثاني المأخوذ من انعدام التسبب:

حيث ان الطاعنة تعيب على القرار المطعون فيه عدم رده على طلبها الرامي الى تعيين خبير للتأكد من مستندات طرفي النزاع من حيث صحتها قانونا بالرغم من قبول اخراج القضية من الجدول ثم ارجاعها فيه.

و لكن حيث أن القضاة مجبرون على الرد على طلبات الأطراف عندما تكون منتجة في الدعوى غير انه ثبت لديهم في دعوى الحال، بما يتمتعون به من سلطة تقديرية، أنه لا حاجة لاجراء خبرة طالما أن الوثائق التي قدمت لهم تثبت بما فيه الكفاية الدين المطالب به.

و عليه كانوا في غنى عن الرد على هذا المطلب مما يجعل الوجه المثار غير مؤسس، رفض.

قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجديد ترجمة للمحاكمة العادلة²

وسائل الدفاع

قرار رقم 386354 المؤرخ في 2007 / 2 / 7

عن الوجه الاول المأخوذ من مخالفة قواعد جوهرية في الاجراءات.
الفرع الاول: المأخوذ من مخالفة المادة 13 من ق.ا.م، بدعوى أن العريضة الافتتاحية لا تشير الى الطبيعة القانونية للأطراف.
و لكن حيث أن الطاهنة لم تبين الضرر الذي لحقها من جراء هذه المخالفة، و بالتالي فالفرع غير مؤسس...

قرار رقم 454044 المؤرخ في 2007 / 12 / 5

عن الوجه الثاني المأخوذ من مخالفة و اغفال قاعدة جوهرية في الاجراءات:
حيث ان الطاعنة تعيب على القرار المطعون في مخالفة المادتين 12 و 26 من ق.ا.م بدعوى أنه لم يذكر نوع الشركات و ممثلهم و المقر الاجتماعي.
و لكن حيث أن عدم ذكر البيانات المذكورة لا يمكن أن يؤثر على سلامة الحكم ما لم يثبت من أثار الدفع بالبطلان الضرر الذي لحق الطاعنة من جراء هذا السهو.

² منقولة من كتاب عبد السلام ذيب، قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجديد، ط4، موفم للنشر الجزائر

و عليه فالوجه المثار غير مؤسس .

القرار رقم 398903 المؤرخ في 7 / 3 / 2007

عن الوجه الاول المأخوذ من مخالفة قاعدة جوهرية في الاجراءات:

حيث ان الطاعن يعيب على القرار المطعون فيه مخالفة قاعدة جوهرية في الاجراءات، المتعلق بانعدام صفة التقاضي عملا بالمادة 459 من ق.ا.م، ذلك أن احدى المدعين الأصليين و هي ل.ي كانت متوفاة يوم اقامة الدعوى في 9 سبتمبر 2003 اذ يرجع تاريخ وفاتها لتاريخ 13 سبتمبر 2000 .

حيث يتبين فعلا من القرار المطعون فيه أن الطاعن أثار الدفع بانعدام الصفة لدى احدى المدعين لوفاتها قبل رفع الدعوى عملا بالمادة 459 من ق.ا.م .

و حيث انه يمكن اثارة هذا الدفع في جميع مراحل الدعوى،

و حيث ان القرار المطعون فيه لم يرد هذا الدفع بالرغم من اجابة المطعون ضدهم بشأنه، و رغم أن الأمر يتعلق بصحة اجراءات الدعوى،

و عليه، يتعين القول أن الوجه المثار مؤسس، و بدون حاجة للنظر في الأوجه الأخرى.

الأشخاص المعنيون بالخصومة

قرار 979743 المؤرخ في 12 / 3 / 2015

و لكن حيث انه من المقرر قانونا بنص المادة 201 يمكن القاضي، و لو تلقائيا أن يأمر أحد الخصوم، عند الاقتضاء تحت غرامة تهديدية بادخال من يرى أن

ادخاله مفيد لحسن سير العدالة أو لاطهار الحقيقة، و بذلك فللقاضي في قبول الادخال أو رفضه متى تبين أن ذلك لا جدوى منه...

شكل العقود

القرار رقم 408506 المؤرخ في 5 / 12 / 2007

حيث أن المطعون ضدها تثير عدم قابلية الطعن شكلا لخروجه عن الآجال القانونية، ذلك أنها بلغت القرار المطعون فيه عن طريق الالزام بالدفع في 23 جوان 2003 و تحصلت على المبلغ المحكوم به في 31 جويلية 2003 و الطعن بالنقض لم يسجل الا في 17 سبتمبر 2005 مما يجعله خارج الآجال المنصوص عليها في المادة 235 من ق.ا.م.

عن قبول الطعن شكلا

حيث يتبين فعلا أن المطعون ضدها بلغت القرار المطعون فيه عن طريق الالزام بالدفع في 23 جوان 2003 و تحصلت على المبلغ المحكوم به في 31 جويلية 2003.

و حيث أنه بالرجوع الى سند التبليغ المتضمن الالزام بالدفع يتبين أنه يحمل البيانات المطلوبة في المادة 330 اضافة الى تلك المطلوبة في التبليغ عملا بالمادة 235 من ق.ا.م، إذ أن نسخة من القرار المطعون فيه سلمت للمبلغ له ممثل الطاعنتين.

و حيث ان الطعن بالنقض لم يسجل الا في 17 سبتمبر 2005 مما يجعله خالرج آجال شهرين المنصوص عليها في المادة 235 من ق.ا.م.

و عليه فما تثيره المطعون ضدها مؤسس.

قرار رقم 789715 المؤرخ في 4 / 7 / 2012

عن الوجه الاول المأخوذ من مخالفة القانون:

حيث ان الطاعنة تعيب على القرار المطعون فيه مخالفة المادة 117 من القانون التجاري ذلك ان التغييرات التي أحدثتها داخل المحل التجاري تتماشى مع طبيعة النشاط الممارس فيه و لم تضر به كما هو مبين في الصور الفوتوغرافية التي توضح الحالة التي كان عليها، و هو ما أكده الخبير.

و لكن ما يثيره الطاعن من مناقشة لا صلة له بمخالفة القانون ذلك أن توفر الشروط المنصوص عليها في المادة 177 من القانون التجاري فيما تعلق بالتغييرات في حد ذاتها يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع و لا رقابة للمحكمة العليا عليهم في هذا الشأن.

و عليه فالوجه المثار غير مؤسس.

عن الوجه الثاني المأخوذ من انعدام التسبيب:

حيث ان الطاعنة تعيب على القرار المطعون فيه تجاهله للوثائق و المستندات المقدمة من طرفها التي تثبت حقيقة النشاط التي تمارسه و ذكر نزع السدة ان كان يضر بها فهو يضر بالمطعون ضده لأنها تعتبر بمثابة ركن للتخزين و هو تسبيب لا يمكن أن يؤدي لفسخ العقد و الطرد من المحل، كما ان قضاة الاستئناف لم يطلعوا على قرار البلدية الذي أمرها بدهن و تزيين واجهات المحلات و نزع الأغطية الواقية و هو ما التزمت به.

و ان قضاة الاستئناف اعتمدوا على معاينة المحضر القضائي للقول أنها احدثت تغييرات بينما هذا الأخير ليس من اختصاصه القول ان كانت هذه التغييرات مضرة أم لا بالمحل بل يدخل ذلك في اختصاص خبير يعين لهذا الغرض.

و ان قضاة الاستئناف انحازوا الى طلبات المطعون ضده لما ذكروا ان كون الطاعنة لم تحرك دعوى لابطال محضري المعاينة و عدم الاحتجاج على الاعذار بالتوقف عن المخالفة يؤكد سوء نيتها، و هو تسبب غير مقبول.

و لكن حيث أن فيما تعلق بمسألة الإعذار المتعلق بواجهة المحل و الموجه من قبل البلدية للطاعنة فقد رد القرار المطعون فيه بأن الدعوى لم تقام على أساس هذه التغييرات الخارجية بل أسست على ما تم من أشغال داخل المحل.

و أنه لا يوجد في القانون ما يمنع القاضي من الاعتماد على معاينة المحضر القضائي لتقدير التغييرات المدخلة على المحل و مدى تأثيرها عليه، و تعيين الخبير من عدمه يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع.

و حيث أن فيما تعلق بالتسبب المتعلق بعدم رد الطاعنة على المعاينات و الاعذار فالمحكمة العليا تعتبره زائدا و لا يؤثر على ما قضى به القرار المطعون فيه.

و عليه فالوجه المثار غير مؤسس.

قرار رقم 704927 المؤرخ في 2 / 6 / 2011

حيث و بعريضة مودعة بامانة ضبط مجلس قضاء سكيكدة في 29 أفريل 2010، طعنت - بطريق النقض بواسطة وكيلها الاستاذ - المحامي المقيم بسكيكدة و المعتمد لدى المحكمة العليا ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء سكيكدة في 17

جانفي 2010 فهرس رقم 10/00193 القاضي بعدم قبول اعادة السير في

الدعوى بعد النقض شكلا.

حيث اثار وكيلها وجهين اثنين للطعن.

حيث اجاب وكيل المطعون ضده الاستاذ - المحامي المقيم بسكيكدة و المعتمد

لدى المحكمة العليا معتبرا الوجهين غيؤ مؤسسين و ملتمسا رفض الطعن

بالنقض لذلك.

حيث تم تبليغ المذكرة الجوابية لوكيل الطاعنة شخصا في 21 جوان 2010.

حيث استوفى الطعن بالنقض اوضاعه و أشكاله القانونية، فهو مقبول.

الوجه الثاني: مأخوذ من مخالفة القانون الداخلي.

حيث تعيب الطاعنة على قضاة المجلس عدم تطبيقهم للقانون بصفة سليمة

باعتمادهم في تسبيبهم للقرار المنتقد على المادة 367 من ق.ت.م.ا، و ذلك

للقضاء بعدم قبول الترجيع شكلا لوروده خارج الآجال المحددة بذات المادة

كون قرار المحكمة العليا تم تبليغه للمحامي الذي كان موكلا بموجب وكالة

عادية للدفاع عن قضيتها، فمفهوم الوكيل المعين من أحد الخصوم ليصبح

التبليغ له رسميا طبقا للمادة 409 من ذات القانون، لا يقصد به المحامي الموكل

بصفة عادية و انما الشخص المعين بموجب وكالة خاصة لأن المحامي يصبح

أجنبيا عن الدعوى بمجرد الفصل فيها ولا يجوز تبليغه نيابة عن صاحب

الشأن، و يتعين لذلك نقض و إبطال القرار المطعون فيه.

حيث يتبين فعلا من القرار المطعون فيه أنه قضى بعدم قبول إعادة السير في الدعوى بعد النقض شكلا على أساس تبليغ محامي المرجعة الطاعنة الاستاذ غربي محمد بظرف موصى عليه في 15 مارس 2009 بصفته القائم في حقها و الذي أعاد السير في الدعوى بتاريخ 24 جوان 2009، و يتجلى بوضوح أنها لم تحترم أحكام المادة 367 من ق.ا.م.ا.

حيث ان مثل هذا التسبب مخالف للقانون، ذلك أن المحامي الموكل بصفة عادية للدفاع عن موكله في نزاع معين بالذات تنتهي مهامه بمجرد الفصل فيه، الا إذا اختار الموكل موطنه بمكتب وكيله.

حيث و دون التأكد من هذا العنصر الهام إعتبره القضاة أن تبليغ محامي الطاعنة صحيحا بصفته القائم في حقها و الذي أعاد السير في ميعاد خارج عن المقرر قانونا.

حيث و ما لم يكن هذا الشرط متوفرا تنتهي مهام المحامي بمجرد الفصل في النزاع الذي تم توكيله من أجله، و متى كان ذلك يتعين نقض و ابطال القرار المطعون فيه و دون التطرق للوجه الأول.

قرار رقم 1054816

حيث طعن بالنقض - في القرار الصادر عن المجلس القضائي - في 11 ماي 2014 الذي أيد حكم محكمة مستغانم - المؤرخ في 8 جانفي 214 الذي قضى برفض دعواه لعدم التأسيس و بالمقابل ألزمه بتعويض عن الدعوى التعسفية قدره 100.000 دج.

حيث ان الطاعن لم يتمكن من التبليغ الرسمي لعريضة الطعن بالنقض لتغيير عنوان المطعون ضده فاكتمل بارسالها عن طريق البريد مخالفة للمادة 1/412 التي تفرض عليه في هذه الحالة تعليق التبليغ في لوحتي الاعلانات للمحكمة و البلدية المتواجد بها آخر موطن للمطعون ضده. و عليه فالتبليغ الذي قام به يكون غير صحيح.

ابلاغ الأدلة الكتابية

قرار رقم 967156 المؤرخ في 2/12/20155

انه من الثابت أن القضاة قد صادقوا على الخبرة الأصلية و التكميلية رغم تضمنها اختلاف سيما بعدما اعتمد الخبير في خبرته الأصلية على نسبة 100/30 من حصة الطاعن ليتراجع بعدها في الخبرة لتكميلية على هذه النسبة و يقدرها ب 100/9، و هذا لا يتعتبر تكميلا للخبرة بل انه تغييرا لها و تناقضا مليا...

القيمة القانونية للحكم

قرار رقم 463917 المؤرخ في 5/9/2007

عن الوجه الأول المأخوذ من مخالفة قاعدة جوهرية في الاجراءات: حيث تعيب الطاعنة على القرار المطعون فيه عدم ذكره لعنوان و نوعية و مقر الشركة.

و لكن حيث انه لئن كانت المادة 144 من ق.ا.م.ا تنص على ذكر القرار للمعلومات المذكورة فإن السهو عليها لا يترتب عليه البطلان بخاصة أن

الطاعنة لم تبين ما هو الضرر الذي لحقها من هذا السهو طالما أنها تمكنت بالدفاع عن حقوقها.

وعليه فالوجه المثار غير مؤسس.

آجال الطعن

قرار رقم 660933 المؤرخ في 2010 / 12 / 2

حيث طعنت - بطريق النقض في 2009 / 9 / 2 ضد القرار الصار عن مجلس قضاء الجزائر في 2006 / 2 / 28 القاضي علانيا حضوريا و نهائيا. بقبول المعارضة شكلا.

و في الموضوع: الغاء القرار المعارض فيه و القضاء من جديد بعدم قبول الاستئناف شكلا المصاريف القضائية على عاتق المعارض من أجلها. حيث أنه تدعيما لضعفه أودع الطاعن بواسطة محاميه - عريضة للطعن تتضمن أربعة أوجه للطعن.

حيث أجابت الاستاذة - في حق المطعون ضده و أودع مذكرة جواب مؤرخة في 2009 / 11 / 12 مفادها أن الطعن بالنقض غير مؤسس.

عن قبول الطعن بالنقض شكلا:

حيث انه عملا بأحكام المادة 314 من ق.ا.م.ا فانه لا يكون الحكم الحضوري الفاصل في موضوع النزاع و الحكم الفاصل في أحد بالدفع الشكلية أو الدفع بعدم القبول أو أي دفع من الدفع الأخرى التي تنهي الخصومة قابلا لأي طعن بعد انقضاء سنتين 02 من تاريخ النطق به و لو لم يتم تبليغه رسميا.

حيث الثابت من القرار المطعون فيه و انه قضى حضوريا علانيا و نهائيا بقبول المعارضة شكلا.

و في الموضوع: الغاء القرار المعارض فيه و القضاء من جديد بعدم قبول الاستئناف شكلا المصاريف على عاتق المعارض.

و حيث ان القرار المطعون بقضائه في الدفع بعدم قبول الاستئناف شكلا قد انهى الخصومة.

و حيث ان القرار المتقدم صدر حضوريا بتاريخ 2006/2/28 و الطعن بالنقض أودع في 2009/02، و بالتالي تجاوز المهلة المقرر في المادة 314 ق.ا.م.ا.

و عليه فالقرار المتقدم غير قابل لأي طعن و منه الطعن بالنقض مما يتعين القضاء بعدم قبول الطعن.

ذا تعدد الخصوم، و في حالة صدور حكم ضد مدعى عليهم متضامين، بمناسبة نزاع غير قابل للتجزئة، تبدأ آجال الطعن بالنسبة لم تم تبليغه رسميا فقط دون غيره. و يجب تبليغ كل محكوم عليه على حدة ليسري الأجل عليه.

و في حين عندما يكون الحكم لصالح المدعين المتضامين يكفي التبليغ الرسمي الذي قام به أحدهم لتمسك الباقيين به.

أما فيما يخص القصر أو ناقصي الأهلية، و حفاظا على حقوقهم فقد حدد أجل سريان الطعن في حق هؤلاء الاشخاص ابتداء من تاريخ تبليغ من قام مقامهم، كالولي أو الوصي أو المقدم، و اذا كان هناك تضارب بين مصلحة الولي أو الوصي

و مصلحة الشخص الموضوع تحت الولاية يتم تبليغ الحكم الى المتصرف الخاص.

و في حالة تبليغ الحكم لمن تغيرت أهليته كمن أصيب بعارض من عوارض الأهلية، يبدأ سريان الميعاد من يوم التبليغ الى الشخص المعين مقام ناقص الأهلية.

كما يحدد بدأ سريان ميعاد الطعن بالنسبة لشخص المحكوم عليه المتوفى، من تاريخ التبليغ الرسمي لورثته أو من تاريخ التبليغ في موطنه.

و يكون التبليغ صحيحا إذا تم للورثة جملة و دون تحديد أسمائهم و صفاتهم.

و في حالة وفاة الخصم الذي قام بتبليغ الحكم، و في حالة الطعن فيه يبلغ الطعن الى ورثته، و يكون التبليغ صحيحا إذا تم في موطن المتوفى، ولا يجوز الزام الورثة بما كان في ذمة مورثهم إلا إذا تم ادخالهم في الخصام.

و يكون التبليغ الذي يتم في العنوان المذكور في الحكم صحيحا إذا لم يختر الخصوم عنوانا آخر.

المعارضة

قرار رقم 592701 المؤرخ في 2010 / 1 / 7

عن قبول الطعن:

حيث يتبين من مراجعة ملف الاجراء أن القرار المطعون فيه حاليا و المؤرخ في 2007 / 11 / 25 صدر غيابيا في حق الطاعنة التي أقامت ضده معارضة بتاريخ 2008 / 2 / 9 انتهت بصدور قرار عن مجلس قضاء وهران مؤرخ في

2008 / 4 / 27 تحت رقم 2008 / 769 قضي في الشكل بعدم قبول المعارضة لعدم السعي بالتكليف بالحضور.

حيث ان الطاعنة و بعد اخفاقتها في المعارضة أقامت طعنا بالنقض في نفس القرار بموجب عريضة مودعة بتاريخ 2008 / 10 / 18 متجاهلة القرار الصادر بعد المعارضة المشار اليه انفا المؤرخ في 2008 / 4 / 27.

حيث انه من المقرر قانونا ان المعارضة توجب على القضاة مناقشة موضوع الدعوى من جديد بما في ذلك من طلبات و دفع و أنه بصدور القرار بعد المعارضة يصبح القرار المعارض فيه و كأنه لم يكن.

حيث أنه من المقرر قانونا كذلك أن الطعن بالنقض يوجه وجوبا ضد القرار الصادر بعد المعارضة و ليس القرار المعارض فيه.

حيث و لما أن الطاعنة و جهة طعنها الحالي ضد القرار المعارض فيه فانه يكون جاء مخالفا للمبادئ القانونية و من ثم تعين عدم قبوله.

شكل العقود

قرار رقم 408506 المؤرخ في 2007 / 12 / 5

حيث ان المطعون ضدها تثير عدم قابلية الطعن شكلا لخروجه عن الآجال القانونية، ذلك انها بلغت القرار المطعون فيه عن طريق الالزام بالدفع في 23 جوان 2003 و تحصلت على المبلغ المحكوم به في 31 جويلية 2003 و الطعن بالنقض لم يسجل الا في 17 سبتمبر 2005 مما يجعله خارج الآجال المنصوص عليها في المادة 235 من ق.ا.م.ا.

عن قبول الطعن شكلا:

حيث يتبين فعلا أن المطعون ضدها بلغت القرار المطعون فيه عن طريق الالزام بالدفع في 23 جوان 2003 و تحصلت على المبلغ المحكوم به في 31 جويلية 2003.

و حيث انه بالرجوع الى سند التبليغ المتضمن الالزام بالدفع يتبين أنه يحمل البيانات المطلوبة في المادة 330 اضافة الى تلك المطلوبة في التبليغ عملا بالمادة 235 من ق.ا.م.ا، اذ ان نسخة من القرار المطعون فيه سلمت للمبلغ له ممثل الطاعنتين.

و حيث ان الطعن بالنقض لم يسجل الا في 17 سبتمبر 2005 مما يجعله خارج آجال شهرين المنصوص عليها في المادة 235 من ق.ا.م.ا. و عليه، فما تثيره المطعون ضدها مؤسس.

قرار رقم 789715 المؤرخ في 4 / 7 / 2012

عن الوجه الأول المأخوذ من مخالفة القانون:

حيث ان الطاعنة تعيب على القرار المطعون فيه مخالفة المادة 177 من القانون التجاري ذلك أن التغييرات التي أحدثتها داخل المحل التجاري تتماشى مع طبيعة النشاط التجاري الممارس فيه و لم تضر به كما هو مبين في الصور الفوتوغرافية التي توضح الحالة التي كان عليها، و هو ما أكده الخبير. و لكن ما يثيره الطاعن من مناقشة لا صلة له بمخالفة القانون التجاري فيما تعلق

بالتغييرات في حد ذاتها يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع ولا رقابة للمحكمة العليا عليهم في هذا الشأن.

و عليه فالوجه المثار غير مؤسس.

عن الوجه الثاني المأخوذ من انعدام التسبيب:

حيث ان الطاعنة تعيب على القرار المطعون فيه تجاهله للوثائق و المستندات المقدمة من طرفها التي تثبت حقيقة النشاط التي تمارسه و ذكر أن نزع السدة ان كان لا يضر بها فهو يضر بالمطعون ضده لأنها تعتبر بمثابة ركن للتخزين و هو تسبيب لا يمكن أن يؤدي لفسخ العقد و الطرد من المحل، كما أن قضاة الاستئناف لم يطلعوا على قرار البلدية الذي امرها بدهن و تزيين واجهات المحلات و نزع لأغطية الواقية و هو ما التزمت به.

و ان قضاة الاستئناف اعتمدوا على معاينة المحضر القضائي للقول انها احدثت تغييرات بينما هذا الأخير ليس من اختصاصه القول ان كانت هذه التغييرات مضرة ام لا بالمحل بل يدخل ذلك في اختصاص خبير يعين لهذا الغرض.

و ان قضاة الاستئناف انحازوا الى طلبات المطعون ضده لما ذكروا بأن كون الطاعنة لم تحرك دعوى لابطال محضري المعاينة و عدم الاحتجاج على الاعذار المتعلق بواجهة المحل و الموجه من قبل البلدية للطاعنة فقد رد القرار المطعون فيه بأن الدعوى لم تقام على أساس هذه التغييرات الخارجية بل أسست على ما تم من أشغال داخل المحل.

و أنه لا يوجد في القانون ما يمنع القاضي من الاعتماد على معاينة المحضر القضائي لتقدير التغييرات المدخلة على المحل و مدى تأثيرها عليه، و تعيين الخبير من عدمه يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع.

و حيث أن فيما تعلق بالتسبب المتعلق بعدم رد الطاعنة على المعاينات و الاعذار فالمحكمة العليا تعتبره زائدا و لا يؤثر على ما قضى به القرار المطعون فيه.

و عليه، فالوجه المثار غير مؤسس.

أهم النشرات في الجريدة الرسمية

الفترة	العدد	النص و الموضوع
2016		
ديسمبر	77	قوانين قانون رقم 16-14 مؤرخ في 28/12/2016 يتضمن قانون المالية لسنة 2017.
	78	قوانين قانون رقم 16/15 مؤرخ في 31/12/2016 يعدل و يتمم القانون رقم 83-12 المؤرخ في 02 جويلية 1983 و المتعلق بالتقاعد.
2017		
جانفي	01	قوانين قانون رقم 17-01 مؤرخ في 10 جانفي 2017، يحدد قائمة المسؤوليات العليا في الدولة و الوظائف السياسية التي يشترط لتوليها التمتع بالجنسية الجزائرية دون سواها. قانون رقم 17-02 مؤرخ في 10 جانفي 2017، يتضمن القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة و المتوسطة. قانون رقم 17-03 مؤرخ في 10 جانفي 2017، يعدل و يتمم الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فيفري 1970 و المتعلق بالحالة المدنية.

<p>قانون رقم 16-14 مؤرخ في 28 ديسمبر 2016، يتضمن قانون المالية لسنة 2017 (استدراك).</p>		
<p>قوانين قانون رقم 17-04 مؤرخ في 16 فيفري 2017، يعدل و يتمم القانون رقم 79-07 المؤرخ في 21 جويلية 1979 و المتضمن قانون الجمارك. قانون رقم 16-14 مؤرخ في 28 ديسمبر 2016، يتضمن قانون المالية لسنة 2017 (استدراك).</p>	11	
<p>قوانين قانون رقم 17-05 مؤرخ في 16 فيفري 2017، يعدل و يتمم القانون رقم 01-14 المؤرخ في 19 أوت 2001 و المتعلق بتنظيم حركة المرور عبر الطرق و سلامتها و أمنها.</p>	12	فيفري
<p>الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات النظام الداخلي. المجلس الدستوري النظام المؤرخ في 06 أفريل 2016 المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري (استدراك).</p>	13	
<p>آراء المجلس الدستوري رأي رقم 01/ر.ق.ع/م.د/17 مؤرخ في 16 مارس 2017، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المعدل للقانون</p>	20	مارس

<p>العضوي رقم 05-11 المؤرخ في 17 جويلية سنة 2005 و المتعلق بالتنظيم القضائي للدستور. قوانين قانون عضوي رقم 17-06 مؤرخ في 27 مارس 2017، يعدل القانون العضوي رقم 05-11 المؤرخ في 17 جويلية سنة 2005 و المتعلق بالتنظيم القضائي. قانون رقم 17-07 مؤرخ في 27 مارس سنة 2017، يعدل و يتمم الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 جوان سنة 1966 و المتضمن قانون الاجراءات الجزائية.</p>		
<p>قوانين قانون رقم 17-04 مؤرخ في 16 فيفري 2017، يعدل و يتمم القانون رقم 79-07 المؤرخ في 21 جويلية 1979 و المتضمن قانون الجهارك (استدراك).</p>	27	أفريل
<p>قوانين قانون رقم 17-10 مؤرخ في 11 أكتوبر 2017، يتمم الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت سنة 2003 و المتعلق بالنقد و القرض.</p>	57	أكتوبر
<p>قانون رقم 17-11 مؤرخ في 27 ديسمبر 2017، يتضمن قانون المالية لسنة 2018.</p>	76	ديسمبر

la peine .Faudrait-il, par ailleurs, appliquer l'article 374 du code pénal ou l'article 538 du code de commerce ?

Documents consultés :

- L'ordonnance n° 66-156 du 08/06/1966, relatif au code pénal, modifié et complété.
- L'ordonnance n°75-59 du 26/09/1975 relatif au code de commerce, modifié et complété .
- Le règlement n°92-02 la 22/03/1992 portant organisation et fonctionnement de la centrale des impayés
- Le règlement n°08-021la 20/01/2008 relatif au dispositif de prévention et de lutte contre l'émission de chèque sans provision.

Les services financiers de la poste n'appliquent pas souvent l'article qui fait obligation à l'institution financière compétente d'informer leurs clients émettant des chèques sans provision que leurs comptes étaient vides ou insuffisants afin de permettre aux personnes effectuées d'engager des poursuites pour recouvrer leurs droits. Les postes ne déclarent pas à la centrale des impayés les incidents de paiement. Preuve en est, à la centrale, on n'a enregistré, selon un des responsables de la banque d'Algérie, qu'une seule déclaration....

La mise en œuvre des dispositions de l'article 526 du code du commerce qui oblige l'établissement financière à adressé à l'émetteur du chèque sans provision une injonction pour la constitution d'une provision suffisante dans un délai de 10 jours ne se fait pas systématiquement sur le terrain par les services des chèques postaux. Pourtant, les établissements bancaires et financiers ainsi que les services postaux, sont tenus d'adhérer à la centrale des impayés. Il s'agit de déclarer tout incident de paiement relatif au remboursement des crédits ou de chèque sans provision.

L'organisation et le fonctionnement de la centrale des impayés sont régis par deux règlements promulgués par le conseil de la monnaie et du crédit. Le premier texte réglementaire concerné est le règlement n°92-02 du 22/03/1992 qui porte sur l'organisation et le fonctionnement de la centrale des impayés, le second, le règlement n°08-01 du 20/01/2008, est quant à lui, relatif au dispositif de prévention et de lutte contre l'émission de chèque sans provision.

Conclusion

Aujourd'hui, l'enjeu du nouveau dispositif est bien sur d'assainir la situation de crédibiliser le chèque et surtout de donner toutes les chances au nouveau système de paiement électronique qui se met en place, de réussir sa mutation .

El est apparu aussi, la difficulté pour les magistrats du choix de l'instrument pour l'application de la loi et la détermination de

constituée à cet effet par le tireur auprès du tiré. Le fait d'émettre un chèque sans provision constitue en lui-même un délit puni par le code pénal compte tenu des conséquences désastreuses qu'engendre ce type de comportement sur le plan de la confiance et le crédit accordé au chèque comme étant un moyen de paiement sûr. Ainsi, il sera question de le frapper de l'interdiction d'émettre des chèques pendant une durée de 5 ans auprès de tous les établissements déclarants.

Il sera tenu, aussi, de restituer les formules de chèque non encore émis en sa possession et en celle de ses mandataires. Dans les 20 jours qui suivent l'expiration du premier délai d'injonction de 10 jours, l'émetteur du chèque non payé peut procéder à la régularisation de l'incident de paiement par la constitution d'une provision suffisante et disponible avec acquittement de la pénalité libératoire prévue par le code de commerce au profit du trésor, et ce, pour le recouvrement de la possibilité d'émettre des chèques.

L'interdiction s'applique en outre, conformément à l'article 526 bis du code de commerce, aux mandataires en ce qui concerne les comptes du titulaire. Faute de régularisation de l'incident de paiement dans les délais émulés (30 jours) prévus par le code de commerce, des poursuites pénales sont engagées

La série de mesures préconisées pour dissuader les contrevenants est renforcée par d'autres dispositions prises au niveau de la banque d'Algérie. Cette dernière est tenue de mettre à jour un fichier des personnes physiques et des entreprises interdites de chéquier, qu'elle doit transmettre aux établissements bancaires. Les banques doivent de ce fait s'abstenir de délivrer un chéquier à tout client fiché sur cette liste noire et doivent lui demander de restituer les chèques non encore remis.

2/ les postes, le maillon faible devant le délit du chèque sans provision:

Même si la victime a eu gain de cause apurés de la justice, elle n'a pu, en revanche, recouvrer son argent car le mis en cause a disparu dans la nature.

Les dispositions introduites dans l'instruction n°01 -II du 09/03/2011 de la banque d'Algérie, fixant les modalités d'application du règlement n°08-01 du 20/01/2008 relatif au dispositif de prévention et lutte contre l'émission de chèque sans provision, sont claires. Dès la survenance du premier incident de paiement de chèque pour absence ou insuffisance de provision dument constatée. L'établissement financière tiré, doit adresser à l'émetteur de chèque, par lettre recommandée avec accusé de réception, ou plus tard le quatrième(4) jours ouvrable suivant la date de présentation du chèque, une lettre d'injonction l'invitant à régulariser sa situation (l'incident de paiement).

La lettre d'injonction doit préciser le montant et le délai de paiement de la pénalité libératoire. Adressée au titulaire du compte, cette dernière doit indiquer que la déclaration de l'incident de paiement est faite à la centrale des impayés et que faute de régularisation dans le délai de 10 jours imparti par la loi subira plusieurs sanctions. Par cette missive, l'établissement tiré informe également le titulaire du compte de la remise au bénéficiaire ou à l'établissement présentateur du chèque d'un certificat de non paiement.

En effet, dans le cas d'absence de provision, le bénéficiaire ayant présenté le chèque pour encaissement se verra remettre un certificat de non paiement. Le tiré (la banque) est tenu, conformément aux dispositions du code de commerce, d'en faire la déclaration à la centrale des impayés de la banque d'Algérie dans un délai de 04 jours. La régularisation, faut-il l'explique, est cette faculté donné au tireur (émetteur) d'un chèque sans provision de régler le montant en question (du chèque impayé).

Elle est réputée acquise au moment du règlement effectif du chèque moyennant une provision suffisante et disponible

d'appliquer les mesures requises prévues par la loi, ces institutions financières " couvrent » » leurs clients indécents au grand dans de ces entreprises.

Or, avec la mise en application des nouveaux systèmes de paiement électronique dans le secteur bancaire, la pratique frauduleuse d'émission des chèques sans provision devrait être verrouillée, indiquent des banques algériennes et étrangères.

L'on parle d'un premier constat de l'efficacité des deux dispositifs de paiement dématérialisé, à savoir le paiement de masse par télé compensation interbancaire (ATCT) et le système de règlement en temps réel de gros montants (ARTS), dans la lutte contre les actions frauduleuses. Ces deux dispositifs sont considérés comme incontournables pour permettre aux banques de se tenir fin prêtes après l'entrée en vigueur du décret instaurant l'obligation de l'usage du chèque ou d'un autre moyen de paiement scriptural pour tout règlement d'un montant égal ou supérieur à 50.000 DA, avec ce que cela implique comme garantie à assurer au bénéficiaire du chèque .

L'article 537 du code de commerce stipule que le fraudeur est passible d'une amende de 10% de la somme pour laquelle le chèque est tiré, sans que cette amende puisse être inférieure à 100DA. L'article suivant mentionne un emprisonnement de 1 à 5 ans et d'une amende qui ne saurait être inférieure au montant du chèque ou de l'insuffisance. La même sanction est également réservée à quiconque, en connaissance de cause, accepte de recevoir ou endosse un chèque émis dans de pareilles conditions.

Le législateur, faut-il le précise, a donné la possibilité à la partie civile d'ester directement l'auteur du délit devant le Tribunal correctionnel ce qui permet le traitement diligent de ce genre de crimes et le recouvrement par la partie civile de ses créances, ainsi que l'obtention de réparation éventuelles. Certains procureurs leur demandent la filiation de l'accusé présumé et exigent de fournir toutes les pièces nécessaires.

Les observateurs très au fait du secteur bancaire estiment que ces structures financières n'offrent pas suffisamment de garanties dans l'utilisation du cheque. Elles ne constituent plus cette sentinelle garante de bon fonctionnement de cette opération bancaire. Dans d'autres pays, en cas d'émission de chèque en bois, la banque assure d'abord le paiement au détenteur et se retourne par la suite contre son client émetteur indélicat. Ainsi, le chèque devient un instrument efficace. Ce genre de décision, en revanche, ne se prend jamais en Algérie ou l'informel est tellement prégnant qu'il rend l'utilisation des chèques difficile, puisqu'abandon par les gens. Pic, certaines banques ne signalent même pas cette anomalie, tel que le stipule la réglementation, à la centrale des impayés, créée à cet effet. A cause de cette attitude inappropriée des agences bancaires, le chèque devient aux yeux des usagers un procédé de paiement non sécurisé.

Rare sont les structures financières qui utilisent le dispositif de sécurisation mis en place depuis plusieurs années par la banque d'Algérie. » » Les banques doivent assumer leur responsabilité quand elles enregistrent un cas de chèque sans provision » », sinon comment explique que des particuliers et des personnes morales, propriétaires de comptes bancaires, émettent des chèques sans provision à des fournisseurs, puis disparaissent dans la nature. Les exemples sont légion à travers les quatre régions du pays.

Un opérateur n'a trouvé de solution que de publier sur les journaux la liste de ses clients qui ont émis des chèques sans provision après avoir réceptionné la marchandise commandée. Pour cet opérateur, le paiement par chèque n'est plus une garantie au sein de la banque.

Or, celle-ci devrait être garante de la solvabilité des ses clients.

Ce qui est déplorable pour ces opérateurs c'est ce laxisme, voire cette apatrié manifestée par certaines agences bancaires qui ferment sciemment les yeux sur ce délit. Au lieu

Le chèque sans provision

La pratique prend des proportions inquiétantes, quelles responsabilités pour la banque ?

Mr REDJAL MELAH Mourad
Conseiller Juridique et Formateur
Naftal SPA (Filiale Sonatrach)

Introduction

Le chèque sans provision est un chèque tiré sur un compte dépourvu des sommes qui seraient nécessaires pour qu'il puisse être honoré. « La jurisprudence de la cour suprême en 1990 dit que la connaissance de l'insuffisance ou de l'absence de provision est un délit ».

L'émission d'un chèque suppose le transfert de numéraires du tireur du document bancaire vers le bénéficiaire. Violer cette disposition est une escroquerie, qui expose son auteur à une peine de 2 à 5 ans de prison et ce, s'ajoute l'équivalent du montant du chèque comme amende .

I/ Cheque sans provision et le rôle de banque :

Ce délit économique décrédibilise le paiement par chèque que les pouvoirs publics veulent introduire et généraliser dans les opérations commerciales.

Le chèque sans provision continue d'entacher les transactions commerciales et discrédite le monde des affaires en Algérie. Cette pratique illicite freine la généralisation de ce mode de paiement tant souhaitée par les pouvoirs publics et encourage le recours inexorable à l'usage du cash. Ce qui par conséquent, injecte encore des sommes colossales dans le secteur informel, autant de liquidités qui n'empruntent plus le circuit bancaire officiel et échappent de ce fait au contrôle des institutions concernées. Cette « incongruité financière » qui porte atteinte à la crédibilité des banques a engendré une crise de confiance avec la clientèle.

Quand bien même la question n'est pas encore tranchée de manière claire, parions que les juristes n'hésiteront pas à contribuer à l'évolution de la jurisprudence.

Marges:

- 1- Jean de La Fontaine, le geai paré des plumes du paon. Livre IV,9.
 - 2- M. Germain et L. Vogel, Traité de droit commercial, Tome I, page 533.
 - 3- Saint-Gal, Concurrence parasitaire ou agissements parasitaires, R. I. P. I. A., 1956, 37.
 - 4- D'après l'enquête que nous avons menée auprès de certaines sociétés de communication, il est rare que la publicité soit précédée d'une enquête d'opinion.
 - 5- En ce sens A. Bonnefont, Parasitisme économique et concurrence déloyale : il faut garder le cap, in Jurisclasseur, n° 03, Mars 2001, page 04 et suivants.
 - 6- A. Bonnefont, article précité, page 04.
 - 7- M. Germain et L. Vogel, traité de droit commercial, tome I, Page 533.
 - 8- Cour Suprême, Chambre commerciale et maritime, affaire n° 588439 du 07/01/2010, revue judiciaire, 2012, n° spécial, page 42.
 - 9- Cour Suprême, Chambre commerciale et maritime, affaire n° 282207 du 23/07/2002, revue judiciaire, 2012, n° spécial, page 44.
 - 10- Cour Suprême, Chambre commerciale et maritime, affaire n° 399796 du 04/04/2007, revue judiciaire, 2012, n° spécial, page 49.
 - 11- Cour Suprême, Chambre des délits et contraventions, affaire n° 368024, du 28/11/2007, revue judiciaire 2008, n° 01 page 349.
 - 12- Y. Picod, Plaidoyer pour une consécration législative de la concurrence déloyale, in Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, mélanges en l'honneur de Y. Serra, Dalloz, 2006, page 359 ..
 - 13- y. Serra, note sous Corn, 26/01/1999, Dalloz affaire 2000, Chronique 297.
 - 14- A. Bonnefont, opécit, page 05.
 - 15- idem
 - 16- J. B. Blaise, Droit des affaires, LGDJ, 1999, page 314 et suivants.
 - 17- Les droits patrimoniaux sont protégés au profit de l'auteur sa vie durant, et pendant 50 ans à compter du début de l'année civile qui suit son décès, au profit de ses ayants droits.
- Alors que l'enregistrement d'une marque a une durée de 10 ans avec effet rétroactif à la date du dépôt de la demande. Il peut être renouvelé pour des périodes consécutives de 10 ans. Il faut, par ailleurs, souligner que l'action en nullité de la marque se prescrit par 05 ans à compter de la date d'enregistrement de la marque à moins que ce dernier n'ait été demandé de mauvaise foi.

l'investissement s'appliquant à l'objet imité à la publicité faite pour lui et non pour l'ensemble des réalisations d'une entreprise. D'où la justification des efforts financiers.

C –Raisons financières:

Les droits de propriété intellectuelle confèrent un monopole pour tenir compte d'un apport créatif (brevet, modèle, propriété littéraire) ou de la nécessité d'identifier l'origine d'une production (marque). Si cette dernière, signe distinctif, a vocation à la perpétuité, le monopole de l'inventeur ou de l'artiste a certes une durée limitée, mais si longue qu'il ne saurait être raisonnablement question de la transposer en matière de parasitisme (17).

Il ne s'agit pas seulement de caractériser une imitation moralement répréhensible. Une déclaration de responsabilité requiert la démonstration d'un préjudice et celui-ci n'est pas facile à prouver. Il existe quand le parasite ne tarde pas à placer la production imitant dans le sillage de la notoriété obtenue par celle d'autrui et compromet ainsi le retour sur investissement.

Dès lors qu'après quelques années d'une exploitation n'ayant pas souffert d'une concurrence parasitaire, ce retour s'est produit, le copieur ne sera répréhensible qu'en cas de risque de confusion et il en ira de même si l'échec de l'investissement était consommé quand le produit imitant a été mis sur le marché, cette lenteur du parasite à se manifester étant d'ailleurs bien rare, car n'étant pas un adepte du délit gratuit, il n'est attiré que par le succès.

CONCLUSION

Il n'est pas permis de s'appuyer sur les efforts des autres pour en tirer profits. Cette conclusion se décèle de la jurisprudence de la chambre des délits et contraventions de la cour suprême.

de faire reculer ceux qui la bafouent. Beaucoup d'industriels se proclament éthiques, sans doute par souci de leur image, mais non sans quelque sincérité quand ils marquent de l'intérêt pour la santé publique ou l'écologie.

Pour cette autre raison, il est indécent de qualifier le parasite de droiture crédule. Il s'impose, au surplus, de souligner que la cour suprême en rejetant l'argument selon lequel l'œuvre artistique ou littéraire, pour être protégée, doit faire l'objet de déclaration à l'ONDA est allée dans le sens d'une éthique plus exigeante. Cette jurisprudence peut être étendue, en application de l'ordonnance 03-05 relative aux droits d'auteur et aux droits voisins contre tous les usages parasitaires couvrant des produits ou services ne figurant pas dans la déclaration, en tenant compte d'une évolution tendant à une protection accrue et qui ne semble pas arrivée à son terme.

Bien entendu, il ne suffit pas, pour justifier une jurisprudence, d'établir qu'elle est en harmonie avec la morale et les impératifs économiques du moment. Encore faut-il qu'elle reste compatible avec le droit positif que le juge a charge de respecter. Les adversaires du concept allèguent qu'avec le parasitisme tenu pour comportement déloyal, on peut obtenir la prolongation ad vitam aeternam d'un droit privatif dont le législateur a pourtant entendu limiter la durée (16). Le grief est de taille, mais seulement dans la mesure où il vise des décisions procédant d'une mauvaise compréhension du concept, car le parasitisme sanctionne les manquements à la morale commerciale.

De ce qui précède, il s'en suit qu'on ne saurait approuver la mise en jeu du concept de parasitisme économique au bénéfice d'un demandeur dont le droit privatif serait expiré et qui chercherait à le faire revivre, qui plus est sans limitation dans le temps.

Il convient de préserver cette jurisprudence, étant par ailleurs souligné que dans la démonstration de son préjudice, la victime du parasite est tenue de fournir des preuves de

des autres pour profiter de leurs investissements, il y a concurrence déloyale.

En niant la déloyauté du plagiaire, on va au-delà de cette absoluton jusqu'à faire l'apologie de la copie, fût-elle servile. D'où la pertinence de la théorie du parasitisme.

II - PERTINENCE DE LA THÉORIE DU PARASITISME.

Le parasitisme économique se justifie pour au moins trois raisons. La première est d'ordre économique (A) la deuxième d'ordre éthique (B), la troisième d'ordre financier (C).

A –Raisons économiques:

Remette en cause le parasitisme, c'est remettre en cause les efforts financiers consentis par les entreprises notamment au regard d'une réalisation nouvelle qui ne justifie d'aucune protection (brevet ou modèle) mais qui n'en exige pas moins, pour sa mise sur le marché, un effort financier exposant à des risques considérables le bilan voire l'avenir d'une société.

La libre concurrence doit être garantie, mais il n'est pas choquant de tenir pour déloyal, le fait de combattre les initiatives du parasite lorsqu'il prend appui sur un concurrent. Quand deux joueurs se disputent un ballon aérien sur un terrain de football, celui qui s'appuie sur l'autre est sanctionné. Le sport montre au commerce la voie à suivre. Si un individualisme non mesuré méconnaît les règles de bonne conduite, il doit être contrecarré.

Les tenants d'une libre concurrence dénoncent un moralisme trop pointilleux sans se soucier du droit. Mais s'il est vrai que le droit n'est pas la morale, il a tout de même une fonction éthique.

B –Raisons d'éthique:

L'éthique est un ensemble de principes moraux qui sont à la base des principes de quelqu'un. Dans une profession, les règles d'éthique sont des idées partagées d'honnêteté professionnelle: rigueur, clarté, transparence. L'éthique est donc un terrain d'engagement où la morale combat et s'efforce

concurrence mais le tribunal d'abord, la cour ensuite, ont condamné le plagiaire. Le pourvoi en cassation fut rejetée et la condamnation approuvée par la Cour Suprême.

Si cette jurisprudence consacrant implicitement la théorie du parasitisme, se justifie au regard des faits, son extension se heurte néanmoins au principe de la liberté du commerce et de la liberté d'entreprendre. Ainsi s'expliquent les controverses sur l'application de la théorie du parasitisme.

C – Controverses sur l'application de la théorie du parasitisme .

Les détracteurs de la théorie du parasitisme reprochent à ses initiateurs d'avoir sacrifié des principes juridiques aux exigences d'une morale qu'ils rejettent comme tenant pour fautifs des comportements qu'au nom de la liberté de l'industrie, du commerce et de la concurrence on ne devrait pas sanctionner (14). Mais devrions nous, au nom du principe de la liberté du commerce, sacrifier les efforts consentis par une entreprise pour « booster » les ventes d'un nouveau produit ? Devrions-nous nier la déloyauté du plagiaire au point de faire l'apologie du plagiat, fût-il servile, dès lors qu'il ne se heurte pas à un droit privatif et n'entraîne aucun risque de confusion ?

Nous pensons que la réponse doit être négative. Le plagiaire s'appuie sur les efforts d'un autre. Il pousse l'imitation jusqu'à créer la confusion dans l'esprit du consommateur sur l'origine d'un produit ou d'un service. Si la victime n'est pas titulaire d'un droit de propriété intellectuelle, on doit lui permettre de disposer de moyens légaux pour obtenir condamnation du concurrent déloyal. Mais souvent l'imitateur est plus prudent, sa copie quasi servile des éléments essentiels et attractifs de l'œuvre d'autrui, s'accompagne de différences mineures qui serviront d'arguments susceptibles de faire échec à une action dirigée contre lui (15).

Si des personnages ayant une fonction dans la profession se servent d'elle pour attirer égoïstement à eux les clients des autres membres de la profession, s'ils s'appuient sur les efforts

en situation de concurrence. Ils résultent de l'exploitation sans droit des investissements ou plus souvent de la notoriété d'un professionnel menant une activité non concurrente (7).

A notre connaissance aucune décision judiciaire n'a abordé la question de front. La chambre commerciale et maritime de la cour suprême a mis l'accent sur la contrefaçon en exigeant que pour être protégée, la marque doit être déposée (8). D'autres arrêts ont utilisé l'expression de concurrence déloyale (9) ou de tromperie du consommateur (10), le parasitisme n'a jamais été mis en lumière de manière claire. Toutefois, la chambre des délits et contraventions avait implicitement retenu l'interdiction de s'appuyer sur les efforts d'autrui (11).

Toutefois, tout plagiaire étant un parasite lato sensu, catégorie incluant le contrefacteur, le concept de parasitisme économique vient au secours de victimes non protégées par un droit de propriété intellectuelle et qui éprouvent des difficultés à prouver le risque de confusion.

La sanction du parasitisme révèle un nouveau fondement conféré à la concurrence déloyale. Celle-ci n'a plus seulement pour but la protection des concurrents. L'action en concurrence déloyale permet également le maintien d'une concurrence saine et efficace (12). La déloyauté peut dès lors être caractérisée par des comportements qui mettent en péril la concurrence en tant que telle et qui ne débouchent pas nécessairement sur un déplacement de clientèle entre des opérateurs économiques (13).

Dans l'espèce précitée, la chambre des délits et contraventions estimant qu'une œuvre artistique ou littéraire est protégée de toute utilisation frauduleuse sans qu'il soit besoin d'être déclarée à l'ONDA. Dans cette affaire, il s'agissait d'un enseignant universitaire qui avait produit un photocopié pour ses étudiants. L'œuvre était utilisée par un commerçant qui avait reproduit le photocopié et procédé à sa vente. Dans cette espèce, il n'y avait aucune situation de

que la personnalité du messenger et celle du destinataire (4). La présentation des produits, les emballages comptent beaucoup pour la clientèle et les « boîtes » de communication et d'études de marchés se font payer très cher (5). Enfin, et c'est là un poste capital dans le budget établi pour un lancement réussi de produit, la télévision est devenue le véhicule indispensable à la publicité de masse et son usage appelle deux observations essentielles :

- le spot est d'un prix tel qu'il est réservé à des sociétés de très grande envergure. Nous ne disposons pas de statistiques sur son prix réel, mais il varie, semble-t-il, entre trois millions (3.000.000.00 DA) et vingt millions de dinars (20.000.000.00 DA), sans compter l'achat de l'espace publicitaire ;

- en revanche, il crée la réputation en quelques mois, voire quelques semaines, quand jadis il fallait des années avec le journal et l'affichage (6).

Mais toute chose véhicule son mauvais côté : un investissement lourd peut, en cas d'échec, nuire à la santé d'une entreprise et il suffit de quelques pour cent en deçà des prévisions pour que l'opération capote, alors que normalement toute initiative doit procurer un bénéfice. Or, la déception peut venir du succès lui-même quand le parasite, se plaçant dans son sillage, grignote des parts de marché, cédant à la tentation aussi rapidement que se révèle le pouvoir attractif du lancement du produit opéré par autrui. Et c'est parce que le plagiat avait accru sa capacité de nuisance que le besoin d'une protection des investissements s'est fait sentir .

B –Protection des investissements du parasitisme : Un fondement de la concurrence déloyale.

Deux formes de parasitisme sont sanctionnées. La concurrence parasitaire vise la situation d'une entreprise qui se comporte en parasite à l'égard d'une autre avec laquelle elle est en situation de concurrence. Elle consiste à détourner les efforts ou la réputation d'un concurrent. Au contraire, les agissements parasitaires concernent des parties qui ne sont pas

déloyauté équivalant à un usage abusif de la liberté du commerce, il suffit que l'agissement en cause porte atteinte à ce principe pour que la concurrence soit illicite : celui qui vit en « parasite dans le sillage d'un autre en profitant des efforts qu'il a réalisés et de la réputation de son nom et de sa notoriété (3) » a un comportement illégal.

Ceci dit, et au regard de la fragilité du droit de la propriété intellectuelle, le juriste doit apporter les réponses appropriées pour protéger les entreprises victimes d'un concurrent déloyal, plagiaire de surcroît. Le changement du contexte économique aidant, la théorie du parasitisme s'impose (I), elle se justifie par plusieurs raisons (II).

I - CHANGEMENT DE CONTEXTE ÉCONOMIQUE ET ÉMERGENCE DE LA THÉORIE DU PARASITISME

La poussée des nouvelles technologies entraînant de nouvelles techniques de ventes a engendré de nouvelles dépenses d'investissement (A). Ces dernières doivent être protégées de toutes concurrences déloyales (B), mais cette protection a suscité une grande controverse (C).

A – Naissance récente des dépenses d'investissement :

Depuis l'indépendance, l'Algérie a accompli un formidable saut quantitatif et qualitatif touchant la nourriture, l'habitat, l'équipement de foyer, les transports, les loisirs... Les avancées techniques et technologiques ont entraîné, d'abord, un accroissement des coûts de mise au point de nouveaux produits proposées au consommateur. Ensuite, l'introduction du produit sur le marché a vu ses méthodes révolutionner l'influence de divers facteurs : apparition de l'audiovisuel, transformation des mœurs et des rapports familiaux...

À la publicité sur l'huile de vidange « elle est née chez nous, on peut lui faire confiance » des années 1970 a succédé, très finement élaborée, une publicité savamment conçue après des enquêtes d'opinion, tant en ce qui concerne les messages

PARASITISME ECONOMIQUE : UN FREIN A LA COMPETETIVITE DE L'ENTREPRISE.

N. BENCHEIKH.

Avocat au barreau de Sétif

INTRODUCTION:

«Un paon muait : un geai prit son plumage ; Puis après se l'accommoda ; Puis parmi d'autres paons tout fier se panada, Croyant être un beau personnage».

C'est en ces termes que s'adressait, apparemment, aux plagiaires littéraires Jean de La Fontaine (1). Belle histoire pour sanctionner l'imposture ...

A notre époque, les plagiaires sont plus nombreux et notamment dans le commerce. Ils agissent en parasite pour profiter des efforts d'autrui. Mais qu'est-ce le parasitisme ?

Il se définit comme l'ensemble des comportements par lesquels un agent économique s'immisce dans le sillage d'autrui afin de tirer profit sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir-faire. Le parasite cherche en se plaçant dans le sillage d'autrui à détourner l'investissement ou la recherche de ce dernier. Il peut tenter également de détourner à son bénéfice une initiative commerciale et la prise d'un risque. En fait, il cherche à s'appuyer sur les efforts et les initiatives d'un opérateur économique, concurrent ou non, pour conquérir une clientèle. Le parasite a un comportement suiveur qui se traduit généralement par la reprise de manière identique ou quasi-identique des éléments ayant contribué au succès d'une entreprise, afin d'en profiter sans consentir d'efforts financiers, intellectuels ou promotionnels (2).

La théorie du parasitisme consacre une extension de la conception traditionnelle de la concurrence déloyale. La

يوم دراسي حول التعديلات الجديدة
في قانون الاجراءات الجزائية المتعلقة بمحكمة الجنايات
"نادي المحامين بسطيف 2017-09-23"

