نشرة المحامي

دورية تصدر عن منظمة المحامين سطيف عدد 09 - ماي 2009 -

- الافتتاحية
- الكلمة الافتتاحية للنقيب بملتقى بوسعادة
- توصيات ملتقى بوسعادة
- محاور ملتقى بجاية جوان 2009
- مداولات مجلس الاتحاد الوطني لمنظمات المحامين الجزائريين
- التحكيم في المنازعات الإدارية
- الرقابة القضائية على إجراءات التحكيم ...
- الوساطة القضائية
- الصلح و الوساطة كبدائل جديدة لفض المنازعات ...
- قواعد الاختصاص في مجال الملكية الفكرية ...
- الحماية الجنائية لأحكام الحضانة
- تطبيق تشريع العمل في الجزائر
- حالة الضرورة في قانون العقوبات الجزائري
- عن انتهاء الوقف لضآلة نصيب الموقوف عليهم
- صرخة الحق (شعر)
- من اجتهادات المحكمة العليا
- قانون التحكيم الجديد (بالفرنسية)
- تعليق حول المادة 8 من ق.إ.م.إ

Condor

Une nouvelle génération de réfrigérateurs est née

nano Silver
anti-Bactérie

Turbo Cooler

écologique

NO FROST

- Afficheur LCD
- Distributeur Automatique d'eau & glaçons
- Systeme de refroidissement NO-FROST avec Double Ventilation
- une contenance de 656 litres
- Economie d'énergie
- Totalement Silencieux

pour plus d'informations appelez le:
Téléphone: +213 (0)35 689 689
www.condor.dz

مجموعة بن حمادي
Groupe Benhamadi
Aster Trade
Certifiée ISO 9001: 2000

- Alger (Oued smar): +213 (0)21 50 64 64
- Alger (El hamiz): +213 (0)21 86 91 36
- Alger (Kouba): +213 (0)21 29 16 14
- Setif (El Eulma): +213 (0)36 87 54 34
- Ain Defla: +213 (0)27 60 18 57
- Constantine: +213 (0)31 81 81 83
- Annaba: +213 (0)38 84 10 35
- Oran: +213 (0)41 35 97 51
- Ghardaïa: +213 (0)29 89 27 51
- Tlemcen: +213 (0)43 26 29 30

AFAQ ISO 9001

الإفتتاحيـــــة

النقيب أحمد ساعي

كلمة السيد النقيب
بمناسبة افتتاح الملتقى الدولي لضمان حقوق الضحية أثناء المحاكمة الجزائية
بوسعادة يومي: 04 و 05 مارس 2009.

- زميلاتي و زملائي المحامين.
- ضيوفنا الأفاضل.. السادة الحضور.
- أرحب بجميع الحاضرين وأخص بالذكر ضيـــــوف الجزائر من الدول الشقيقة والصديقة الذين لبوا دعوتنا و أتمنى لهم مقاما طيبا في مدينة بوسعادة هذه البلدة الجميلة الطيبة.

سيداتي - ساداتي - السادة الحضور.

- إنه لمن دواعي الفخر والاعتزاز أن تقوم نقابتنا بالاشتراك مع مجلس قضاء المسيلة بتنظيم هذا الملتقى الدولي الهام الذي يتمحور موضوعه حول ضمان حقوق الضحية أثناء المحاكمة الجزائية.
- إن اختيار هذا الموضوع له دلالة هامة بالنظر إلى النظام القضائي الجزائري القائم على أساس النظام الاتهامي الأمر الذي تولد عنه ثقافة قانونية تدعو باستمرار الى ضمان و تعزيز حقوق المتهم في مواجهة الادعاء العام أو الحق العام.
- إن المشرع الجزائري في قانون الاجراءات الجزائية خطى خطوات هامة في ضمان وترقية حقوق المتهم ابتداء من توجيه الاتهام إلى اجراءات التحقيق إلى جلسات المحاكمة وانتهاء بطرق الطعن المكفول له قانونا. وهو الأمر الذي نثمنه وندعو إلى تعزيزه.
- لكن في المقابل نجد أن الضحية رغم كونها هي التي تتألم من الجرم وهي التي تعاني من الأضرار المادية والمعنوية لم يكفل لها المشرع كامل حقوقها في مواجهة المتهم مما يترتب عنه خللا في التوازن بين أطراف الدعوى الجزائية.
- ومن هذا المنظور تولدت فكرة تنظيم هذا الملتقى لضمان حقوق الضحية حتى لا يكون حق الدفاع لصيقا بالدفاع عن المتهم وحتى يعاد الاعتبار لحقوق الضحية. وهو الأمر الذي سوف يتناوله بالبحث والتدقيق الأساتذة الأفاضل خلال فعاليات هذا الملتقى.
- أني أدعو المشرع الجزائري الى تبني نظرية تكفل الدولة بتعويض الضحايا في حالة ثبوت عسر المحكوم عليه أو بقائه مجهولا كما هو الشأن في بعض الدول الأوربية.
- في الختام أتمنى النجاح الكامل لأشغال هذا الملتقى المميز الذي سوف تتوجه أعماله بتوصيات هامة.
- شكرا على حسن الإصغاء والسلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته.

النقيـــــب
ساعـــي احمـــد

نشرة المحامي
دورية تصدر كل أربعة أشهر
عن منظمة المحامين سطيف
قصر العدالة
هاتف: 036.93.96.31
فاكس: 036.84.56.67
الموقع على الويب: www.avocat-setif.org
البريد الالكتروني: ordre.setif@gmail.com
رقم الايداع: 2909/2005

مدير النشرة
النقيب: أحمد ساعي
batonnier_setif@yahoo.fr

مسؤول التحرير
توفيق رياض بورماني
محامي بمنظمة سطيف
عضو مجلس المنظمة
avocatbourmani@yahoo.fr

الاخراج الفني و حجز: الصيد لخضر
مساعدة حجز: بن غذفة لبنى

ملاحظة: تقوم المجلة بنشر المقالات و التعليقات على القرارات و الأحكام باللغتين العربية و الفرنسية.
- توجه المقالات في شكل مطبوعة و معبئة على قرص محمول (Flash Disk) أو مضغوط (CD) الى العنوان التالي: مجلة المحامي، منظمة المحامين قصر العدالة سطيف.
أو عن طريق البريد الالكتروني: ordre.setif@gmail.com
- جميع المواضيع المنشورة في المجلة تعبر عن وجهة نظر كاتبها.

توصيات الملتقى الدولي حول ضمان حقوق الضحية أثناء المحاكمة الجزائية المنعقد ببوسعادة يومي 4 و 5 مارس 2009

إن المشاركين في الملتقى الدولي حول ضمان حقوق الضحية أثناء المحاكمة الجزائية المنظم من قبل نقابة المحامين بسطيف بالاشتراك مع مجلس قضاء المسيلة المنعقد بمدينة بوسعادة في 4 و 5 مارس 2009.

بعد الاستماع الى المحاضرات المقدمة و المناقشات التي تلتها، يصدرون التوصيات التالية:

أولا: توصيات اللجنة المتعلقة بتعديل بعض المواد في قانون الإجراءات الجزائية:

1- تكريس حق الضحية في القيام بجميع الطعون ضد الأحكام الجزائية بغض النظر عن موقف النيابة وذلك على مستوى مختلف درجات التقاضي (معارضة- استئناف- طعن بالنقض).

2- حق الضحية في المحامي التلقائي بالمساواة مع المتهم.

3- جعل سلطة تقدير التعويضات المتعلقة بحوادث المرور للضحايا وذوي الحقوق تخضع للسلطة التقديرية للقاضي.

4- إيجاد آليات جديدة لتحديد الكفالة المقررة من طرف قاضي التحقيق من خلال جواز التظلم فيها أمام رئيس غرفة الاتهام.

5- تمكين الضحية من التظلم و الطعن في مقرر الحفظ من خلال جعل هذا الأخير (المقرر) مسببا تسبيبا كافيا.

6- تقرير حق الضحية في التعويض في حالة عدم قيام الدعوى العمومية (كالحفظ بشرط التعويض).

7- وجوب التبليغ الشخصي للضحية عند إخطاره بمقرر الحفظ بأن له الحق في إمكانية الطعن أو الإدعاء مدنيا أمام قاضي التحقيق.

8- تمكين الضحية من إعادة تحريك الدعوى العمومية في حالة ظهور أدلة جديدة.

9- المساواة بين الضحية و النيابة العامة و المتهم في حق اختيار المحلفين أمام محكمة الجنايات.

10- منح الاختيار للضحية بين أن يسمع كشاهد أو كمدع مدني.

ثانيا: توصيات اللجنة المتعلقة باستحداث بدائل جديدة لضمان حقوق الضحية في الخصومة الجزائية.

1- تكريس مبدأ الصلح و الوساطة في المادة الجزائية لأجل تخفيف العبء على المحاكم و ربح الوقت و توفير المصاريف و خلق توازن بين حقوق الفرد من جهة و حقوق المجتمع من جهة أخرى.

2- جعل التعويض حقا للضحية و ليس منحة تتكفل به الدولة عن طريق إنشاء صندوق خاص لهذا الغرض و ذلك في حالة إعسار الجاني أو بقائه مجهولا.

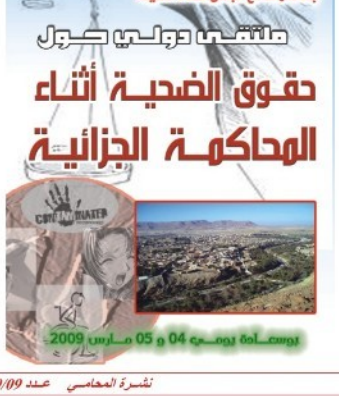
3- حماية الضحية من كل أشكال العنف أو التهديد الذي قد تعرض له من طرف المتهم أو عائلته أو الغير.

4- إنشاء هيئات مدنية لمساعدة الضحية و حمايتها و الدفاع عن حقوقها عبر جميع مراحل الدعوى الجزائية.

و في الأخير نتمنى أن يتبنى المشرع الجزائري هذه التوصيات و أن يصوغها في قواعد قانونية لأجل تقرير المركز القانوني للضحية في الخصومة الجزائية وصولا الى استقاء حقه في تعويض منصف و عادل.

النقيب

أحمد ساعي



الملتقى الدولي حول
ضمان حقوق الضحية أثناء المحاكمة الجزائية
المنعقد ببوسعادة يومي 4 و 5 مارس 2009

الملتقى الدولي حول ضمان حقوق الضحية أثناء المحاكمة الجزائية
المنعقد ببوسعادة يومي 4 و 5 مارس 2009

اتحاد منظمات المحامين الجزائريين
منظمة المحامين سطيف
قصر العدالـــة
هاتف/ فاكس : 84.56.67 (036)
www.avocat-setif.org
ordre.setif@gmail.com

ملتقى دولي يومي 24 و 25 جوان ببجاية حول الجرائم الدولية والمحكمة الجنائية الدولية والقانون الإنساني الدولي

أهداف الملتقى

- إثبات الحقيقة (بالبحث عن الجرائم الدولية المرتكبة خلال الاحتلال الأجنبي للدولة الوطنية).
- متابعة الاجراءات المناسبة لتحقيق العدالة الدولية (بإحالة مرتكبي الجرائم من الأفراد و الدول على المحكمة الجنائية الدولية).
- ضمان التعويض المادي و المعنوي (للضحايا من الأفراد و مؤسسات الدولة الوطنية).
- مناقشة امكانية المصالحة (مع الذات و التاريخ و الدول المعتدية بعد إثبات الحقيقة و العدالة و التعويض).

محاور الملتقى

المحور الأول: الجرائم الدولية و المحاكم الجنائية الدولية.

أولا: المداخلة الأولى: تعريف الجرائم الدولية و معيار تكييفها و عدم تقادمها و مدى مسؤولية الدولة عنها (الجرائم ضد السلام و جرائم الحرب و الجرائم ضد الإنسانية).

ثانيا: المداخلة الثانية: التطبيقات العملية للمحاكم الجنائية الدولية المؤقتة (محاكم نورمبرج و طوكيو و يوغسلافيا و رواندا).

ثالثا: المداخلة الثالثة: تنظيم المحكمة الجنائية الدولية و إجراءات المتابعة و المحاكم و التنفيذ (إتفاقية روما).

المحور الثاني: الجرائم الدولية المرتكبة أثناء الاحتلال الفرنسي للجزائر.

أولا: المداخلة الأولى: جرائم الغزو الفرنسي للجزائر (بما في ذلك مجازر 08 ماي 45).

ثانيا: المداخلة الثانية: الجرائم الدولية أثناء الثورة التحريرية الكبرى (بما في ذلك التجارب النووية الفرنسية في الصحراء الجزائرية).

ثالثا: الداخلة الثالثة: تكييف الجرائم الدولية المرتكبة أثناء الاحتلال الفرنسي و الإقتراحات المناسبة لمعالجة آثارها.

المحور الثالث: الجرائم الدولية المرتكبة في الأراضي الفلسطينية.

أولا: المداخلة الأولى: الجرائم المرتكبة في الأراضي الفلسطينية المحتلة (1948-1967).

ثانيا: المداخلة الثانية: الجرائم المرتكبة في الأراضي الفلسطينية أثناء الحرب الأخيرة على غزة.

ثالثا: المداخلة الثالثة: تكييف الجرائم الدولية المرتكبة في الأراضي الفلسطينية أثناء الحرب الأخيرة على غزة و اقتراح إجراءات المتابعة أمام المحكمة الجنائية الدولية.

النقيب
أحمد ساعي

الاتحـــاد الوطنـــي لمنظمـــات المحاميـــن الجزائريـــن
المحكمـــة العليـــا
حي 11 ديسمبر 1960 بن عكنون الأبيار الجزائر العاصمة

مداولـــة مجلـــس الاتحـــاد بخصـــوص الوسطـــاء القضائييـــن

إن مجلس الاتحاد المنعقد بمقره بالمحكمة العليا يوم الخميس 07/05/2009 برئاسة السيد رئيس الاتحاد.

بعد الاطلاع على المرسوم التنفيذي رقم 09-100 المؤرخ في 10 مارس 2009 المنشور بالجريدة الرسمية العدد 16 لسنة 2009 الذي يحدد كيفيات تعيين الوسطاء القضائيين.

و اعتبارا بأن مهنة المحاماة مهنة حرة و مستقلة و تتنافى مع أية علاقة تبعية (المادة الأولى و المادة 87 من قانون تنظيم مهنة المحاماة).

و نظرا لكون المرسوم التنفيذي السالف الذكر المتعلق بكيفيات تعيين الوسطاء القضائيين يجعل الوسيط القضائي في وضعية تبعية لا لبس فيها للجهة القضائية: بخصوص الانتقاء و التأديب.

فإن مجلس الاتحاد يعتبر بأن المحامي الممارس لا يستطيع أن يكون في آن واحد وسيطا قضائيا.

ان مجلس الاتحاد نظرا للإعتبارات السالفة الذكر يطلب من السادة النقباء أن يخيروا المحامين الممارسين الذين أدوا اليمين كوسطاء قضائيين إما أن يستقيلوا من هذا السلك (سلك الوسيط القضائي) و إلا يتم اغفالهم تلقائيا حفاظا على استقلالية مهنة المحاماة.

ان مجلس الاتحاد قرر تبليغ هذه المذكرة لمعالي وزير العدل حافظ الأختام.

رئيس مجلس الإتحاد
النقيب الأستاذ مناد بشير

الاتحـــاد الوطنـــي لمنظمـــات المحاميـــن الجزائريـــن
المحكمـــة العليـــا
حي 11 ديسمبر 1960 بن عكنون الأبيار الجزائر العاصمة

مداولة مجلس الاتحاد بتاريخ 7 ماي 2009 حول انشغالات المحامين بخصوص قانون الاجراءات المدنية

- إن مجلس الاتحـــاد المنعقـــد في دورته الاســـتثنائية يوم الخميس 07 ماي 2009 بمقـــره الكائن بالمحـــكمة العليا برئاسة السيد رئيس مجلس الاتحاد.

- بعد الاطلاع على انشغالات أسرة الدفاع حـول الاشـكالات المطروحـة عند بـداية تطبيق قـانون الاجراءات المدنية و الادارية.

- وبعد المناقشة العامة.

أصـدر بالاجمـاع المداولـة التاليـة:

أولا:

يسـجل مجلس الاتحـاد بأسـف أن الجهات القـضائية ترفض السـماح للمحـامي باسـترجاع الوثائق التي أودعها بـالملفات القـضائية و ترفض تسـليم النسـخ التنفيذية للأحـكام و القـرارات القـضائية للمحـامين تطبيقـا للمادة 31 و 602 من ق.إ.م إلا بوكالة خاصة.

ثانيا:

يسـجل مجلس الاتحـاد بـأن هذا التأويل الخاطئ للمادتين المذكورتين أعلاه يقـلص من دور الدفاع و يشـكل تراجعا خطيرا بالنسبة لحقوق الدفاع المكرسة دستوريا وكذا بموجب قانون تنظيم مهنة المحاماة.

ثالثا:

يذكر مجلس الاتحـاد بـأن المادة 4 من قـانون تنظيم مهنة المحاماة (الذي هو قانون خاص يقيد العام) تسمح للمحـامي بالقيام بجميع الاجراءات بما في ذلك إجراءات التنفيذ و هو معفي من تقديم سند التوكيل.

رابعا:

يذكر مجلس الاتحـاد بـأن هذه التصرفات الخاطئة تعرقـل مصالح المتقـاضي بـالدرجة الأولى الذي إختار الدفاع للتخفيف من معاناته و تقديم يد المساعدة له.

خامسا:

يتساءل مجلس الاتحـاد كيف أن الترافع أمام المجلس يكون وجوبا بواسطة محامي ثم لا يسمح لهذا المحامي باسترجاع الوثائق التي أودعها بـالملفات القـضائية أو لا يسـمح له باستخراج النسخ التنفيذية بالرغم من أن المادة 4 من قـانون تنظيم مهنة المحـاماة تؤكد حـق المحـامي في السـعي في تنفيذ قرارات العدالة.

سادسا:

يعتبر مجلس الاتحاد بأن هذه التصرفات الخاطئة تتناقض مع الخطاب الرسـمي لمعالي وزير العدل حـافظ الأختام الذي ما فتئ يدعو الى توسـيع مهام المحـامي و تعزيز حـق الدفاع و ترقيته.

سابعا: بخصوص الترجمة:

إن المادة 8 من ق.إ.م.إ تنص بـأن المسـتندات يجب أن تكون بالعربية أو مصحوبة بـترجمة رسمية لها تحت طائلة عدم القبول.

و قـد جاء في ديباجة القانون أنه صدر بمقتضى القانون 91-05 المؤرخ في 16 يناير 1991 المتعلق بتعميم استعمال اللغة العربية.

و على هذا الأساس: في جميع دول العالم فإن الوثائق المطلوبة ترجمتها هي الوثائق و المستندات الصادرة من الدول الأجنبية و أنه لا يعقـل أن نطالب المواطن أو المحـامي بـترجمة الوثائق الصادرة من الإدارات و السلطات الرسمية لبلده و أنه بالأحـرى أن تصدر هذه الإدارات الوثائق الرسـمية بـاللغة العربـية

باعتبارها لغة السيادة و لغة الشخصية الوطنية طبقا لقانون تعميم اللغة الوطنية.

لذا فإن مجلس الاتحاد يطالب بأن تكون الترجمة تخص فقط الوثائق الصادرة من الدول الأجنبية و مقتصرة عليها، لأنه من غير المعقول أن يقوم المواطن بترجمة وثائق صادرة في بلده من إدارات رسمية تعمل باللغة الأجنبية و يقدمها لمرفق القضاء الذي يشغل باللغة العربية.

و من جهة أخرى فإن اشتراط الترجمة أضاف للمواطن أعباء مالية جديدة أصبحت ترهق كاهله زيادة على المتاعب الأخرى من عدم وجود مترجم في بعض المناطق و من الأجال الطويلة التي تستغرقها الترجمة مما يؤدي في نهاية المطاف الى التصريح بعدم قبول الدعوى، هذا فضلا عن الترجمة الرديئة التي في كثير من الأحيان لا تفيد معنى الوثيقة الأصلية المترجمة.

ثامنا:

إن المادة 21 من ق.إ.م.إ تنص على وجوب تقديم أصول الوثائق أو نسخ رسمية منها أو نسخ مطابقة للأصل.

إن بعض أمناء الضبط يشترطون أن تكون النسخ مصادق عليها من البلدية الأمر الذي يشكل عناءا كبيرا سواءا للمحامي أو المواطن.

إن أمين الضبط باعتباره ضابطا عموميا له صلاحية التصديق على النسخ عند تقديمها اليه كما أن للمحامي الذي يضع خاتمه على النسخ له هذه الصلاحية باعتباره يتحمل مسؤولية وضع خاتمه عليها.

تاسعا:

إن المادة 17 ف 3 من ق.إ.م.إ تنص على وجوب اشهار عريضة افتتاح الدعوى لدى المحافظة العقارية إذا تعلق الأمر بعقار أو حق عيني عقاري مشهر و يجب تقديمها لأول جلسة.

إن الواقع العملي الحالي يفيد بأن إدارات الشهر العقاري لا تقوم بعملية الاشهار إلا بعد مدة طويلة و ترفض اشهار أية عريضة إذا كان للعقار محل الخصام ليس له أصل الملكية، الأمر الذي يعيق عمل المحامي المربوط بسرعة تقديم المستندات.

و عليه فإن مجلس الاتحاد:

في اطار سنة الحوار مع وزارة العدل يدعو الى اجتماع عاجل مع معالي وزير العدل حافظ الأختام لحل هذه الاشكالات العاجلة التي أثارت استياء عام في أوساط المحامين وتعرقل بصفة فعلية مهامهم.

يطلب مجلس الاتحاد من السيد رئيس المجلس بتبليغ هذه المداولة الى معالي وزير العدل حافظ الأختام للعرض المحدد آنفا.

يطلب مجلس الاتحاد من السيد رئيس الاتحاد الدعوة مجددا الى اجتماع عاجل لمجلس الاتحاد إذا ما دعت الضرورة لذلك.

عن مجلس الاتحاد

الرئيس النقيب الأستاذ مناد بشير

التحكيم في المنازعات الإدارية

د. تراري تاني مصطفى

مقدمة:

يستمد التحكيم شرعيته من اتفاق التحكيم و هذا الأخير ككل عقد أو إتفاق يجب أن ينشأ صحيحا , أي مستوفيا لشروطه الموضوعية و الشكلية من تراض و محل و سبب و كتابة تحت طائلة البطلان .كل هذه الشروط أثارت إشكاليات سواء أمام المحكمين الذين يتعين عليهم أن يبنوا اختصاصهم على إتفاق صحيح أو أمام القضاء الوطني الذي يتأكد من توافر هذه الشروط لكي يحل إشكالا من الإشكالات التي يطرحها التحكيم قبل مباشرته أو تنفيذ القرار التحكيمي بعد صدوره.

و لعل محل اتفاق التحكيم هو الركن الذي أثار أكثر المشاكل و التي عرفت بما يسمى " القابلية للتحكيم (l'arbitarbilité)". القابلية للتحكم طرحت من زاويتين:

- زاوية موضوع النزاع الذي يجب أن يكون مما يجوز التحكم فيه (l'arbitarbilité objective)و إتفاق التحكيم هنا يمس القضايا الإدارية و هي ممنوعة من التحكيم كأصل عام.
- زاوية الأشخاص الموقعين على و الذين يجب أن يكونوا من المؤهلين قانونا لإبرام اتفاقات للتحكم (subjective l'arbitarbilité) .و هنا يتعلق الأمر بالأشخاص العامة و الممنوعين من التحكيم كأصل عام.

بعد اعتراف القضاء بصلاحية الأشخاص المعنوية العامة لإبرام اتفاقات للتحكم في التجارة الدولية منذ أمد ليس بقريب و الذي تم اليوم تكريسه في العديد من النصوص التشريعية بما فيها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري (المادة 1006) , القوانين الوطنية تتجه اليوم نحو الاعتراف للأشخاص المعنوية العامة بأهلية إبرام اتفاقات للتحكم في النزاعات الإدارية حتى على المستوى الداخلي (المبحث الأول), هذا التكريس لم يخل من مشاكل عملية طرحت و سوف تطرح على القضاء بفرعيه العادي و الإداري , خاصة من أجل الفصل في المنازعات المرتبطة بالتحكيم (المبحث الثاني).

المبحث الأول

أهلية الأشخاص المعنوية العامة لإبرام اتفاقات للتحكيم

قوانين الإجراءات المدنية التقليدية و التي حدت و المشرع الفرنسي نصت كلها على عدم جواز التحكيم في القضايا التي تهم الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام. و هذا الأمر لم يكن ليثير إشكالات لو أن الدول اكتفت بدورها التقليدي كدول حارسة لا تستغل نشاطات اقتصادية بطريقة مباشرة أو غير مباشرة عن طريق أشخاص تنشئها لهذا الغرض ,لكن الكل يعلم بأنه في النصف الثاني من القرن الأخير تدعم دور الدولة , بعض النظر عن مذهبها و درجة نموها , في المجال الاقتصادي عموما و في مجال التجارة الدولية على وجه الخصوص , مما حتم على القضاء الاعتراف و لو استثنائيا للأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام بصلاحيته إبرام اتفاقات تحكيم دولية استجابة لمتطلبات التجارة الدولية في مرحلة أولى (قضية كاليكس Affaire 1966 Galakis).

تلت هذه المرحلة نصوص تعترف للمؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي و التجاري (Etablissement public à caractère industriel et commercial) في مرحلة لاحقة (قانون 1972 المعدل للمادة 2060 من القانون المدني الفرنسي) دون أن تعين أي مؤسسة من هذا النوع إلا في السنوات الأخيرة.

في مقابل ذلك بقي القضاء الإداري متمسكا بهذا المنع سنين طويلة , حينما تعلق الأمر بالعقود الإدارية سواء الداخلية أو الدولية .

في الجزائر , قانون الإجراءات المدنية الملغى و الذي ساير قانون الإجراءات المدنية الفرنسية القديم , نص على منع التحكيم في المادة 442 ف/1 بالنسبة للدولة و الجماعات المحلية و المؤسسات و الدواوين العامة . أول فجوة أحدثت في هذا المنع كانت بفعل إتفاق أتى في الشكل المبسط (تبادل رسائل) بين فرنسا و الجزائر في 27 مارس 1983 و الذي طبق فعلا على قضيتين بين شركتين فرنسيتين و لايتين جزائريتين هما وهران و قسنطينة . الغرفتان الإداريتان المعنيتان اعتبرتا بأنهما غير متخصصتين حينما رفع إليهما النزاع بناء على مبادرة من الولايتين الجزائريتين و ذلك بحجة وجود إتفاق للتحكيم في الصفقة العمومية المبرمة .و هذا ما دفع بالوزير الأول بأن يبعث بتعليمة تأكد على ضرورة الرجوع إلى أحكام قانون الإجراءات المدنية في هذا الصدد.

الخطاب السياسي المناهض للتحكم في مجال المحروقات و الذي اعتبرته الكثير من الدول نشاطا متصلا بالسيادة امتد لمجموع النشاطات الاقتصادية التي أصبحت عمومية كأصل عام , بفعل الاختيار الاشتراكي .و هو ما دفع بعض القضاة إلى توسيع دائرة المنع ليشمل المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي إلى غاية سنة 1988 و هو تاريخ الإصلاحات التي سميت باستقلالية المؤسسات .هذه النصوص عادت للأخذ بالتفرقة التقليدية في القانون الفرنسي بين المؤسسات العمومية التي تخضع بصورة شبه كلية للقانون التجاري و هي المؤسسات العمومية الاقتصادية((Entreprise publique) économique : EPE, هذه الأخيرة أصبح بإمكانها اللجوء للتحكيم .انضمام الجزائر إلى اتفاقية نيويورك حول الاعتراف و تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية أتى في نفس السياق لدعم القدرة التنافسية للمؤسسات العمومية .و في نفس السياق كذلك انضمت الجزائر سنة 1995 لاتفاقية واشنطن لسنة 1965 و المتعلقة بالتحكيم في منازعات الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى و الذي يعمل بواشنطن تحت راية البنك العالمي.

في 25 أبريل 1993 صدر المرسوم التشريعي الذي عدل قانون الإجراءات المدنية عن طريق إدراج أحكام متعلقة بالتحكيم الدولي في المواد 458 مكرر و ما بعدها , هذا من جهة و من جهة أخرى عدل المادة 442 ف/1 السالفة الذكر بأن أجاز للأشخاص المعنوية العامة اللجوء للتحكم بصورة استثنائية في علاقاتها التجارية .

في الثمانينيات من القرن الماضي عاد الجدل إلى فرنسا فيما يخص قابلية العقود التي تبرمها الإدارة للتحكيم على إثر قضية بيك و إخوانه ضد الدولة التونسية (Affaire Bec Frères C.Etat tunisien) و التي اعتبرها القضاء الفرنسي قابلة للتحكيم و أمر بتنفيذ قرارات التحكيم التي صدرت بشأنها رغم أن القضاء الداري التونسي ذهب إلى عكس ذلك .تجدد النقاش حول هذا الموضوع في فرنسا بمناسبة قضية ديزني لاند ((Disney Land بين الدولة الفرنسية و محافظة مارن لاقالي حينما أرادت شركة ديزني فرض شرط التحكيم .مجلس الدولة الفرنسي أبدى رأيا مخالفا مما حدا بالبرلمان الفرنسي إلى سن نص جديد يسمح بالتحكيم في العقود الإدارية بالنسبة " للمشاريع ذات الفائدة الوطنية "

في 2004 صدر قانون يجيز الأشخاص المعنية للقانون العام أن تلجأ للتحكيم طبقا للقانون الفرنسي في ما بات يعرف اليوم بالشراكة بين القطاع العام و الخاص (partenariat public/privé :PPP) و في 2006 عدل قانون الصفقات العمومية الفرنسي ليعترف بالتحكيم في الصفقات العمومية .

في 13 من مارس 2007 نشر فوج العمل الذي كلفه وزير العدل الفرنسي للتفكير في مستقبل التحكيم في المواد الإدارية و دعم هذا التقرير بمشروع قانون

حول التحكيم في المنازعات الإدارية.

قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الصادر سنة 23 أبريل 2008 و الذي يدخل حيز التنفيذ سنة بعد نشره في الجريدة الرسمية و لكونه عالج كذلك الإجراءات الإدارية , نظم هذه المسألة بنوع من التفصيل في المادة 1006 المتعلقة بالقابلية للتحكيم عموما , بحيث أبقى على المنع كأصل عام بالنسبة للقضايا التي تكون فيها الدولة أو البلدية أو الولاية أو المؤسسات العامة ذات الطابع الإداري طرفا فيها في المادة 975 , مما يعني أن اختصاص المحاكم الإدارية هنا من النظام العام , في الوقت الذي نصت فيه المادة 1006 على إنجاز التحكيم لأشخاص القانون العام في علاقتهم الاقتصادية الدولية (عوض التجارية في المرسوم التشريعي لسنة 1993). و فيما يخص الصفقات العمومية دون تمييز بين الصفقات الوطنية الصرفة و الصفقات التي تبرم مع متعاملين أجانب .

بعد ذلك توقف عند الممثل القانوني الذي له صلاحية إبرام اتفاق للتحكيم و هم :

- الوزير المشرف على القطاع في الصفقات التي تبرمها الدولة .
- الوالي و رئيس المجلس الشعبي البلدي بالنسبة للجمعيات المحلية.
- الممثل القانوني بالنسبة للمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري و هذا ما يسري كذلك على المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري من باب أولى.

و أخير يبقى السؤال مطروحا بخصوص ضرورة العرض المسبق من عدمه للموضوع على الجهاز التداولي و هو مجلس الوزراء بالنسبة لعقود الدولة و المجلس الشعبي البلدي أو ألولاني بالنسبة للجماعات المحلية و مجلس الإدارة بالنسبة للمؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري و حتى ذات الطابع الصناعي و التجاري.

المبحث الثاني
منازعات التحكيم المتعلق بالأشخاص المعنوية العامة

قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري لم يغفل التحكيم حينما نظم الإجراءات أمام المحكم الإدارية في نصين هما المادة 976 التي نصت على حكم عام يقضي بأن تطبق الإحكام المتعلقة بالتحكيم المنصوص عليها في القانون الجديد أمام الجهات القضائية الإدارية و المادة 977 التي نصت على أنه تطبق المقتضيات الواردة في القانون الجديد و المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم و طرق الطعن فيها على إحكام التحكيم الصادرة في المادة الإدارية.

المنازعات التي تثور أمام المحاكم مهما كانت عادية أو إدارية هي :

- منازعات تشكيل الهيئة التحكيمية ,
- الأوامر الوقتية و التحفظية
- التنفيذ و طرق الطعن .

فيما يخص المنازعات المتعلقة بتشكيل الهيئة التحكيمية و الأوامر الوقتية و التحفظية , يمكن التعرض لها مجتمعة و تجدر الإشارة هنا إلى أن الاختصاص يعود للمحاكم الإدارية في حالة التحكم الخاص ad hoc, لأنه في حالة التحكيم المؤسسي فهذه الأمور من اختصاص الهيئة التي تشرف على التحكيم و لا تتدخل المحاكم الوطنية إدارية كانت أم عادية إلا حينما يطلب منها دعم المحكم حينما يتخذون تدابير وقتية أو تحفظية لتنفيذ الحكم التحكيمي .

المشرع الجزائري جعل كل المنازعات من اختصاص القضاء الإداري , الشيء الذي يدفعنا إلى التساؤل عن المحكمة الإدارية المختصة بتعيين المحكم أو المحكمين في حالة تقاعس أحد الأطراف و في حالة التدابير الوقتية و التحفظية و أوامر تنفيذ الحكم التحكيمي و طرق الطعن فيها.

قانون الإجراءات صمت على هذه المسألة و يتعين الرجوع للقواعد العامة في الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية في المادة 800 و المادة 1009 الواردة في ضمن القواعد العامة المتعلقة بالتحكيم.

- المادة 800 تجعل المحكمة الإدارية هي المختصة نوعيا على الأقل بالنسبة للصفقات العمومية التي تبرمها الأشخاص المعنوية العامة .
- المادة 1009 تنص على أنه إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين يعين المحكم أو المحكمين من قبل رئيس المحكمة التي يقع في دائرتها المحكم محل إبرام العقد أو تنفيذه و هذا في حالة شرط التحكيم أما إذا تعلق الأمر باتفاق للتحكيم بعد نشوء النزاع في حالة رفض المحكم أو المحكمون الذين اختارهم الأطراف فإنه يتم تعيينه بأمر من قبل المحكمة المختصة و هي هنا المحكمة الإدارية .في غياب النص السؤال يبقى مطروحا فيما يخص التشكيلة المختصة هل رئيس المحكمة الإدارية أم أنه يتعين معالجة المسألة في إطار الاستعجال في المواد الإدارية (المواد 919 الى 948).

نفس الإشكال يثور حينما يتعلق الأمر بالتدابير التحفظية و الوقتية التي لم يبين فيها المشرع المحكمة المختصة سواء تعلق المر بالمحاكم العادية أم الإدارية .

أما فيما يخص أوامر تنفيذ الحكم التحكيمي تنص المادة 1035 على اختصاص رئيس المحكمة التي صدر الحكم التحكيمي في دائرة اختصاصها و يرفع الطعن بالاستئناف أمام المجلس القضائي الذي تتبعه المحكمة .من باب القياس تكون المحكمة الإدارية التي صدر الحكم التحكيمي في دائرة اختصاصها هي المختصة و لكن يبقى الإشكال مطروحا بالتشكيلة , هل رئيس المحكمة الإدارية أم التشكيلة العادية كقاضي استعجالي.أما الطعن بالاستئناف فيكون أمام مجلس الدولة .

يرجى جانب من الفقه الفرنسي بأنه من الأجدر أن ترجع هذه المسألة للقضاء العادي , لأن القاضي هنا يتصرف كقاضي دعم للتحكيم و ليس كمنافس له , لكن يبقى الإشكال مطروحا بالنسبة بالمسائل المتعلقة بالمشروعية و التي تعود للقاضي الإداري حتى في حالة اللجوء إلى التحكيم مما يخلق صعوبات كثيرة تركها المشرع للاجتهاد القضائي .

* أستاذ التعليم العالي
كلية الحقوق جامعة وهران

الرقابة القضائية على إجراءات التحكيم في القانون الجزائري الجديد

أحمد الورفلي *

مقدمة:

يقوم التحكيم على سند تعاقدي يتمثل في اتفاقية تبرم قبل نشوب كل نزاع أو حتى بعد نشوبه، ومتى ينشأ النزاع، تنطلق الخصومة التحكيمية بتشكيل هيئة تحكيم تتولى تسيير الإجراءات وفق جملة من المبادئ الأساسية والقواعد التفصيلية، متمتعة في ذلك بهامش هام من الحرية. وتنتهي هذه الإجراءات- إن سلمت من البطلان- بإصدار حكم تحكيمي يفصل في أصل النزاع وفق قواعد، يفترض أن تكون قانونا محضا، وقد تكون غير وطنية، عرفية أو غير قانونية أصلا، حين يكلف المحكم بفض النزاع طبق قواعد العدل والإنصاف، ويصاغ قرار المحكمين في شكل كتابي ويتضمن جملة من البيانات، فيسمى حكما تحكيميا، وحتى يندمج هذا الحكم في النظام القانوني الوطني، ينبغي أن يسلم من الطعن بالإبطال، لكن غالبا ما يتطلب الأمر عرضه على قاضي الإكساء بالصيغة التنفيذية لينظر في مدى تناغمه مع الخيارات الأساسية للنظام القانوني الوطني، وذلك إن لم ينصع له المحكوم ضده طوعا، و تنتهي رحلة الحكم التحكيمي الذي ينجو من الإبطال و من حاجز الإكساء، بمرحلة التنفيذ التي تتمثل في تجسيم ما قضى به المحكم، ما لم تعترضه عوائق لا تتعلق بصحته وإنما تتمثل في تمتع المحكوم عليه بوضع قانوني يحصنه من التنفيذ الجبري ضده أو وجوده في وضع صعب يتعثر معه التنفيذ.

التحكيم بين التبسيط والشكلانية:

ويتأكد من كل هذه العناصر أن التحكيم، رغم أنه يراد له أن يكون عدالة مبسطة وميسرة، لم ينج مما أصاب الواقع القانوني من التعقيد و هيمنة الإجراءات processualisation وهو واقع لم يستطع واجب التعاون عن حسن نية بين أطراف المعاملات التجارية الدولية أن يمنع وجوده، لأن الخصومات أصبح بدورها مكونا طبيعيا من مكونات الواقع الاقتصادي والاجتماعي للمؤسسة، ويتحدث الفقه عن ظاهرة مزدوجة تتمثل في غزو القوانين للتحكيم وغرقه في الإجراءات juridiciarisation 1.

خضوع التحكيم إلى قانون مقره:

لم يتعرض المشرع الجزائري بوجه صريح إلى مجال تطبيق القانون الجزائري المتعلق في المكان، غير أن ذلك لا ينفي أنه يكون منطبقا على كل تحكيم يجري على إقليم الدولة الجزائرية، ويمكن الاستئناس في ذلك بأحكام المادة الأولى من القانون النموذجي لليونسترال كما تم تعديلها سنة 2006 والتي تنص على مايلي: The provisions of-2 this law,except articles 8,9,17 H,17I,17J,35 and 36, apply only if the place of arbitration is in the territory of this State

أساس تطبيق قانون المقر على التحكيم:

إلا أن رسوخ الحل في ذاته لا يخفي تطور أساسه في نظر الفقه والقضاء، ففي مرحلة أولى، اعتبر الفقيه "نيبوا ييه" NIBOYET أن التحكيم ليس سوى امتدادا للعدالة الرسمية، ومن ثمة فهو يخضع إلى نفس المبادئ الأساسية التي تسود عمل القضاء العدلي، ومنها المبدأ القائل إن القضاء الوطني لا يمكن بحال أن يطبق قانونا غير قانونه الوطني LEX FORI ، على الأقل فيما يتعلق بالإجراءات والشكليات، ويستند هذا الرأي إلى فكرة مفتضاها أن المحكم إنما هو "مفوض" من السلطة العامة لإقامة العدل في بعض النزاعات التي تسند إليه، وذلك باعتبار التحكيم استثناء من الولاية العامة للقضاء الرسمي، وأن الدولة الديمقراطية تقوم على تقاسم المهام بين سلط ثلاث هي السلطة التشريعية والسلطة القضائية والسلطة التنفيذية، فلا مكان فيها للتحكيم إلا بقدر ما تبيحه القوانين، غير أن هذا التحليل لم يتمكن من الصمود، بالنظر إلى هشاشة فكرة اعتبار أن المحكم منوب من السلطة العمومية لإقامة العدل نيابة عنها، وأنه لا يكون له أن يقضي بين الناس لولا وجود قوانين تخول له ذلك، فقد برهن الفقه على أن التحكيم ربما كان أقدم من القضاء الرسمي ومن مؤسسة الدولة نفسها، وبالتالي فإنه لا يدين لهما بوجوده2، بل ربما كان العكس هو الصحيح، و هذه الأسبقية التاريخية يدعمها التطبيق الواقعي حتى في العصور الحديثة، فالتحكيم هو الأصل ولا تتدخل السلطة العامة لتنظيمه أو حتى للحد من مجاله، ففي نزاع الدولة التونسية ضد الجنرال محمود بن عياد3 لم يكن الباي وبن عياد بحاجة إلى نص تشريعي يجيز لهما التحكيم، بل وقع التحكيم دون الرجوع إلى أي مرجعية تشريعية كما أن التحكيم في عديد الحالات الأخرى وخاصة منها في النزاعات بين الدول في شأن المسائل السيادية لا يخضع إلى إطار تشريعي معين، بل هو تكريس لأعراف جرى العمل بها منذ غابر الأزمان ولم ينقطع العمل بها في أي عصر، فالتحكيم لا يحتاج إلى أن يصدع به تشريعيا حتى يوجد أو يقوم، بل أوجدته الحاجة الإنسانية خارج كل إرادة تشريعية- سياسية.

ومن هذا المنطلق بحث الفقيه السويسري M.G. SAUSER HALL عن سند آخر لهذه القاعدة، فانتهى إلى أن خضوع التحكيم إلى قانون مقره إنما يتأسس على فكرة التوطين الموضوعي LOCALISATION OBJECTIVE وذلك باعتبار أن التحكيم يكون له أوثق الصلات والروابط بمقره أي بالمكان الذي يجرى عليه، ولا يتصور أن تكون له صلة أكثر متانة بمكان أو قانون اخر.

وقد استقر العمل على اعتبار التحكيم خاضعا لقوانين المكان الذي يوجد به مقره، وجرت على ذلك التشاريع في مختلف أصقاع الدنيا، فاعتمد القانون التونسي هو المحتص بالنظر في تعيين المحكمين وعزلهم والتجريح فيهم وإعطاء المساعدة على تنفيذ الإجراءات الوقتية والتحفظية التي يتخذها المحكمون وما لهؤلاء من سلطة في اتخاذها، كما ينطبق على اختصاصا القضاء التونسي في ما يتعلق بالطعن في قرارات التحكيم، بحيث يكون القضاء التونسي هو المختص بالنظر في إبطال أحكام التحكيم الصادرة بالبلاد التونسية أيا كان موضوعها أو أطرافها مع مراعاة الاستثناء الوارد بالفقرة 6 من الفصل 78 من مجلة التحكيم والمتعلق بالتحكيم الذي لا يربطه بالبلاد التونسية رابط عدا المقر arbitrage off shore والذي لا نجد له نظيرا في القانون الجزائري الجديد4، كما ينطبق الباب الثالث المذكور أيضا على الإجراءات التي يتخذها المحكمون، فهو الذي ينظم كيفية السير بإجراءات التحكيم في صورة عدم اختيار قانون إجرائي من قبل الأطراف، كما ينظم صلاحيات المحكمين في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في ما يتعلق بالمسائل المستعجلة، وكيفية إصدار حكم التحكيم وشكله وأجل النطق به وكيفية إصلاحه أو شرحه أو إتمامه وما يتضمنه من البيانات الوجوبية أو الاختيارية وكيفية تحديد القانون المنطبق....

أبعاد قاعدة خضوع التحكيم إلى قانون مقره:

يترتب عن إقرار خضوع التحكيم إلى قانون سريانه بصفة آلية على جميع جوانب المسار التحكيمي، فلمقر التحكيم أهمية كبيرة، خصوصا في النظم التقليدية التي تجعل للقضاء المحلي رقابة واسعة على التحكيم، حيث أن القضاء المختص بذلك هو قضاء البلاد التي يوجد بها مقر التحكيم، و هو ما يجعل لتحديد مقر التحكيم تأثيرا مباشرا على تحديد القاضي المختص لمنح المساعدة للتحكيم والمحكمين عند وجود عراقيل وتحديد القاضي المختص أيضا بإبطال القرار التحكيمي أو النظر في الطعون الأخرى الممكن توجيهها ضده.

كما أن بعض التشريعات القديمة نسبيا(الصادرة قبل

الربع الأخير من القرن العشرين) كان يشترط إكساء حكم التحكيم بالصيغة التنفيذية في البلد الذي صدر فيه وذلك حتى يجوز إكساؤه بالصيغة التنفيذية في بلاد أخرى بشرط الإكساء المضاعف Double exequatur.

وفي صورة تحديد مقر التحكيم بإرادة الأطراف، فإنهم يتحملون نتائج ذلك أما إذا تم تحديده بقرار من المحكمين، فإنه لا تترتب عليه آثار هامة وتبرز أهمية مقر التحكيم في كل المراحل بما فيها المرحلة الختامية، أي مرحلة التنفيذ، ذلك أن بعض التشريعات الصادرة من قبل الربع الأخير من القرن العشرين كان يشترط إكساء حكم التحكيم بالصيغة التنفيذية في البلد الذي صدر فيه، وذلك حتى يجوز إكساؤه بالصيغة التنفيذية في بلاد أخرى، كما أن مقر التحكيم هو الذي يحدد كيفية تطبيق قواعد المعاملة بالمثل5، فيمكن أن يؤدي إلى رفض تنفيذ حكم التحكيم في بلاد معينة عقابا للبلاد التي صدر الحكم على إقليمها على "سوء" معاملتها للأحكام التحكيمية الصادرة على إقليم الدولة الأولى في الذكر.

وقد أوضحت محكمة الاستئناف بتونس في قرارها عدد 82 بتاريخ 24 أفريل 2001 6 انه لا يجوز أن يقع تقديم الأعراف الدولية على القوانين الوطنية المنطبقة بوصفها قانون مقر التحكيم، وذلك في ما يتعلق بتحديد دور مقر التحكيم في سير الإجراءات التحكيمية، إذ جاء به أن "ادعاء طالب التجريح بوجود قاعدة عرفية في التحكيم الدولي تقتضي تعيين مكتب رئيس هيئة التحكيم مقرا للهيئة المذكورة يبقى ادعاء مجردا لا شيء بالملف يؤكده ويعززه فضلا على أن مثل هذه القاعدة العرفية على فرض صحتها فإنها مخالفة لأحكام الفصلين 65و 66 من مجلة التحكيم وعليه فإنه لا عمل بالقاعدة العرفية المخالفة للنص القانوني".

وقد جاء القرار المذكور على درجة كبيرة من التشدد، إذ أقصى إمكانية تقديم العرف الدولي على القانون الوطني (الفصلين 65 و 66 من مجلة التحكيم)، حل أن الفصلين المذكورين نفسهما قد وردا إثر الفصل 64 الذي ينص على أن أحكام مجلة التحكيم تكون منطبقة في غياب اتفاق مخالف بين الأطراف كما أن الفصلين 65 و 66 نفسهما جاءا بصيغة الجواز مع ترك الحرية للأطراف، وإن جاء بالفصل 543 من مجلة الالتزامات والعقود من أن "العادة والعرف لا يخالفان النص الصريح" وقع تأويله من الفقه على أن المقصود به أن العرف لا يخالف النص الآمر، فيمكن أن يقدم على النصوص غير الآمرة أي التكميلية Règles supplétives وهو ما يتماشى مع منطق التحكيم الدولي، أما مسألة أولوية العرف الدولي على النص التشريعي غير الآمر فقد كان يمكن التعامل معها بمرونة أكبر، كالرجوع إلى المبدأ الفقهي القائل إن المعروف عرفا كالمشروط شرطا7.

التحكيم عدالة مختلفة:

يختلف التحكيم عن قضاء الدولة من حيث أن قضاء الدولة تتولاه جهة عمومية، أي أن إقامة العدل بين المتخاصمين ينهض به "أعوان" تابعون للسلطة العامة من حيث تعيينهم وترقيتهم وتدرجهم المهني وتقسيم المهام بينهم، ويصدر القضاء العمومي أحكامه باسم الدولة أي باسم السلطة العامة، بينما يقوم بمهمة التحكيم أشخاص مستقلون عن السلطة العامة ويصدرون أحكامهم باسم العدالة المحضة لا باسم الدولة، ولو كانت لهم في الأصل- وخارج إطار ذلك التحكيم- صفة الأعوان العموميين أو القضاة، وذلك باعتبار أنه يجوز قانونا أن يكون المحكم عونا عموميا(موظفا عموميا أو غيره)أو قاضيا عملا بالمادتين 1014 و 1016 من القانون الجزائري الجديد8، وهو مغزى وصف التحكيم في الفصل الأول من مجلة التحكيم بأنه"طريقة خاصة" لفض بعض النزاعات، وقد اعتبر فقه القضاء الأردني أن الاختلاف بين القضاء والتحكيم لا يتعدى هذا الجانب، إذ جاء بقرار صادر عن محكمة التمييز الأردنية سنة 1968 أنه" إذا لم يكن المحكمون محكمين بالصلح فإن قراراتهم لا تختلف عن قرارات المحاكم الا من حيث المرجع الذي أصدرها وضرورة تصديقها قبل تنفيذها ولم تمنح المحكمين حصانة أكثر من الحصانة الممنوحة لقرارات المحاكم9 ". غير أن هذا الرأي منازع فيه ولا يمكن التسليم به في ظل القانون التونسي على الأقل، لأن الفقه يكاد يجمع على أن العدالة التي يقدمها المحكمة هي "عدالة مختلفة " (une justice diffèrente) عن العدالة التي يقدمها القضاء الرسمي، ويبرز هذا الاختلاف في أن المحكم ليس ملزما بأن يطبق القانون بنفس الكيفية التي يطبقه بها القاضي، بل إن له مجالا أرحب للاجتهاد، خاصة أن القضاء تقتصر رقابته على مدى احترام المحكم لقواعد النظام العام، بحيث لا تمتد الرقابة إلى كيفية تطبيق القواعد التي لا تهم النظام العام ووجه تأويلها، كما أن المحكم غير مقيد بالقواعد الإجرائية التفصيلية، بل هو ملزم باحترام المبادئ الأساسية للإجراءات المدنية والتجارية فحسب (المادتان 1056 و 1058 من القانون الجزائري الجديد)، فالفرق بين التحكيم والقضاء يتجاوز الجانب الهيكلي الصرف، ويهم بالأساس كيفية السير بالإجراءات وكيفية استنباط القاعدة القانونية وتطبيقها، خاصة أنه من المنتظر من المحكم حسب رأي الشراح أن يحرص على استمرارية العلاقة التجارية وروابط الأعمال القائمة بين أطراف الخلاف أكثر من بحثه عن النطق بكلمة القانون بشكل جامد، بخلاف القاضي الذي يحرص بالدرجة الأولى على مطابقة حكمه للقاعدة القانونية الموضوعية، العامة والمجردة والفاقدة عامة للبعد الفردي الخصوصي.

التشريع الجزائري على درب التوجهات الكونية:

بعد أن صدر المرسوم التشريعي المؤرخ في 25 افريل 1993 الذي استلهم جل أحكامه من القانون الفرنسي10، والذي لم يسهم بشكل واضح في تطوير التحكيم في التطبيق الجزائري 11، التفتت السلط العمومية مجددا إلى هذا المجال بعد أن لاحظت أن جميع الدول المجاورة مرت إلى مرحلة جديدة تميزت بإصدار تشريعات مستمدة من القانون النموذجي لليونسترال، فتونس أصدرت قانون التحكيم في 26 افريل 1993 وتلتها مصر عام 1994 وموريتانيا والمغرب ديسمبر 2007...فكان صدور القانون 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموفق ليوم 25 فيراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والذي نص بمادته 1062 على أن يسري مفعوله بعد سنة (1) من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية12.

ولم يرد بهذا النص توضيح لكيفية تحديد مجال تطبيقه في المكان، وإنما يمكن أن يستنتج من بعض أحكامه أنه اقتدى بالتوجهات العالمية وخاصة منها تلك المعبر عنها بالقانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي(Commission des Nations Unies pour le Droit International Commerciale- CNUDCI/United Nations' commission for International Trade Law- UNCITRAL) الصادر في 21 جوان 1985، ففي إطار نفس التوجه القائل بخضوع إجراءات التحكيم إلى قانون مقر التحكيم، اقتضت المادة 1019 من القانون الجزائري الجديد أن "تطبق على الخصومة التحكيمية الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك".

وقد اختار هذا النص- الذي ورد في الفصل الثاني (في الخصومة التحكيمية) من الباب الثاني(التحكيم)- تيسير الإجراءات بأن أوجب تطبيق القواعد الإجرائية المطبقة من قبل المحاكم العدلية والادارية طالما لم يتفق الأطراف على خلافها.

وما تجدر ملاحظته بوجه خاص هو أن المادة 1043 وما يليها هي التي ميزت التحكيم الدولي بأحكام إجرائية تختلف عما هو مقرر بالنسبة للتحكيم الداخلي، ولم تميز المادة 1019 بين التحكيم الحر (تحكيم الحالات الخاصة ad hoc arbitrage) والتحكيم المؤسسي أو المؤسساتي (arbitrage institutionnel)، بما يستنتج منه أن المشرع الجزائري يعتبر أن أحكام الإجراءات الجزائرية تنطبق على التحكيم الداخلي وحده، خلافا للتحكيم الدولي الذي يتميز بقواعد أكثر مرونة، واتبع المشرع الجزائري بالنسبة للتحكيم الدولي نهج القانون النموذجي لليونسترال وبعض القوانين المجاورة كالقانون التونسي والقانون الموريتاني،

الذين وضعا قواعد خاصة بسير الإجراءات في التحكيم الدولي، تقوم بالأساس على أمرين:

- وجوب احترام المحكم للقواعد الإجرائية الأساسية التي لا نزول عنها مهما كان نوع التحكيم،

- تخيير المحكم في تطبيق القواعد الإجرائية التفصيلية المنصوص عليها بقانون دولة مقر التحكيم المتعلق بالإجراءات المدنية، مع تخويله أيضا تسيير الإجراءات وفق نظام تحكيم règlement d'arbitrage تضعه هيأة التحكيم حتى ولو تعلق الأمر بتحكيم حر أو يكون سابق الوضع مثل نظام تحكيم اليونسترال لسنة 1976، أو حتى تسيير الإجراءات دون تطبيق قانون محدد، بحيث يوجد حلولا عملية وبراغماتية للإشكالات الإجرائية التي تطرح عليها زمن ظهورها، لا تستند بالضرورة إلى قواعد إجرائية سابقة الوضع أو مكرسة بقانون دولة ما، بل تستند إلى المنطق13.

- وفيما يتعلق بالتحكيم المؤسساتي، فمن المعلوم أن جل مؤسسات التحكيم في العالم تضع قواعد إجرائية خاصة بها تسمى "نظام التحكيم" (règlement d'arbitrage/Arbitration rules) أو نحو ذلك، وهو ما يعني أن الأصل هو أن اختيار التحكيم المؤسساتي يعني أيضا اختيار قواعد تحكيم المؤسسة المعنية، ويمكن القول إن عدم تطرق القانون الجزائري صراحة إلى هذه الفرضية بالمادة 1019 لا ينفي تطبيق هذا الحل، إذ أن اللجوء اختياريا إلى مؤسسة تحكيم ما ليستدل منه على اختيار نظامها الإجرائي، فيعتبر نظام التحكيم مندمجا في اتفاق الأطراف incorporé وجزءا منه، وهو ما أدى بجانب كبير من الفقه ومن فقه القضاء الفرنسي إلى الجزم بأن نظام التحكيم المنطبق هو النظام الجاري به العمل ما لم ينص اتفاق الأطراف على تطبيق تعديلاته اللاحقة14.

ويتم الطعن في كافة الأحكام التحكيمية الصادرة في المادة الإدارية بنفس الكيفية التي يطعن بها في أحكام القضاء الرسمي، فقد نصت المادة 977 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد على أن "تطبق المقتضيات الواردة في هذا القانون المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم وطرق الطعن فيها على أحكام التحكيم الصادرة في المادة الإدارية".

وبالنسبة للأحكام التحكيمية الصادرة في المادة التجارية، يتضح بالرجوع إلى أحكام المواد 1032و 1033و 1034 أن أحكام التحكيم الداخلي لا تقبل المعارضة من الغير15 وأنها تقبل الاستئناف ما لم يتنازل الأطراف عن حق الطعن بهذه الطريقة16، وتكون الأحكام الصادرة في إطار الاستئناف وحدها قابلة للطعن بالنقض17، أما أحكام التحكيم الدولي فلقد تضت المادة 1058 أنه يجوز الطعن فيها بالبطلان في الصور المنصوص عليها بالمادة 1056 المتعلقة بصور رفض طلب منح الصيغة التنفيذية، وهذه الصور هي:

1- إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون.

2- إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها.

3- إذا لم يراع مبدأ الوجاهية.

4- إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها أو إذا وجد تناقض في الأسباب.

5- إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي.

ويستنتج من ذلك أن لقاضي الاستئناف رقابة شاملة على حكم التحكيم، تشمل الأصل والإجراءات، وتغطي مسائل الإجراءات جميعا دون استثناء، وتبيح لمحكمة الدرجة الثانية تصحيح جميع الإخلالات الإجرائية في إطار المفعول الناقل للاستئناف effet dévolutif (الجزء الأول)، وفي حين أن قاضي الإبطال شأنه شأن قاضي التنفيذ في إطار التحكيم الدولي المجرى بالجزائر لا يمارس سوى رقابة محدودة تستهدف التحقق من توفير الضمانات الأساسية للمتقاضين وتوفر المقومات الجوهرية التي لا نزول عنها لعدالة المحاكمة التحكيمية (الجزء الثاني).

الجزء الأول: رقابة التصحيح (الاستئناف):

يقتضي المفعول الناقل أو النقلي أو الانتقالي الذي يترتب عن الطعن بالاستئناف أن تؤول إلى محكمة الدرجة الثانية جميع صلاحيات محكمة الدرجة الأولى وخصائصها، فهي تعيد النظر في النزاع بجميع مناحيه وأوجهه، ولا تهدف رقابتها إلى التصريح بإلغاء حكم البداية أو إقراره على حاله، بل يجوز لها أن تصححه مهما كان وجه الخلل الذي يشوبه، وبالنسبة للإجراءات يقتضي ذلك أن محكمة الدرجة الثانية لا تقتصر على مراقبة توفر المقومات الأساسية للمحاكمة العادلة بل يمكنها أن ترتب البطلان على كل خلل إجرائي، وتميز في ذلك بين الإخلالات الصادرة عن أحد الخصوم وخاصة المدعي، إذ لا تقضي بالبطلان إلا إذا تم خرق قاعدة أساسية أو تسبب الخلل في ضرر للطرف الآخر (المبحث الأول). ولكن إذا كان الخلل صادرا عن المحكمة فدور محكمة الدرجة الثانية هو تصحيحه ولا يمكن أن يترتب عنه بطلان الحكم ومحو الإجراءات فقط (المبحث الثاني).

المبحث الأول: شمولية رقابة قاضي الدرجة الثانية على الإجراءات:

اختار المشرع الجزائري نظاما يجعل الاستئناف هو الأصل مع جواز الاتفاق على استبعاده بإرادة الأطراف وهو عكس خيار القانون التونسي الذي جعل التحكيم يجري مبدئيا على درجة واحدة وأجاز للأطراف في التحكيم الداخلي أن يتفقوا على أن يجري على درجتين كما هو شأن المحاكمات المدنية العادية، وذلك في ما يخص التحكيم الداخلي فحسب، وبشرط أن لا يكون تحكيما طبق قواعد العدل والإنصاف (تحكيما مطلقا حسب المصطلح اللبناني).

أما في مجال التحكيم الدولي فلم يجعل المشرع الجزائري الطعن بالبطلان طعنا وحيدا وإقصائيا على غرار ما قرره المشرع الدولي والقوانين المتأثرة به، بل جعل منه إمكانية، إذ وردت المادة 1058 (التي نصت على أنه" يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان...") في الفصل السادس المتعلق بـ "الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي". وليس في خصوصية هذه الأحكام ما يدا على استبعاد الطعن بالاستئناف من ميدان التحكيم الدولي بل يستنتج من هيكلة النص أن الطعن بالإبطال طعن إضافي يضاف إلى طعن الشريعة العامة le recours de droit commun أي الاستئناف، وفي رأينا فإن هيكلة القانون تحدث البلبلة في الأذهان إذ لا يفهم منها ما إذا كان بالإمكان ممارسة الطعنين معا، مع ما في ذلك من تضارب واختلاف في الإجراءات وصور "النقض". وبعيدا عن هذا النقاش حول الإطار العام للطعن في حكم التحكيم بحسب نوعه(داخلي/دولي)، الم يكن المشرع الجزائري في حاجة إلى بيان نطاق رقابة محكمة الاستئناف على حكم التحكيم، إذ أن المسألة تخضع إلى القواعد العامة للاستئناف، والتي تجعل لمحكمة الدرجة الثانية رقابة كلية على كافة عناصر النزاع الذي ينتقل إليها برمته فتعيد النظر فيه كما لو لم يفصل فيه ابدا، وهي لا تتقيد إلا بنطاق الطعن، حيث يمكن للطاعن أن يقصر طعنه على بعض فروع الحكم دون البعض الأخر، فيقتصر المفعول الناقل على ما تسلط عليه الطعن فحسب.

وتشمل رقابة القاضي الاستئنافي الإجراءات بجميع أحكامها وفروعها،فلا يقتصر على التحقق من احترام القواعد الإجرائية فحسب، بل يمكنه أن يدقق في مدى احترام القواعد الإجرائية التفصيلية وغير الأساسية، وقد يقع أن يقتصر الطعن على جانب إجرائي معين فلا تجد المحكمة بدا من مراجعة الإجراءات بكاملها لما فيها من ترابط وتكامل. وفي الواقع يصعب حصر الرقابة على الإجراءات في جانب معين، إذ أن الأمر لا يتعلق بموضوع نزاع مستقل بل بأرضية للبت في كامل النزاع، لأن الإجراء الواحد يهدف إلى البت في كل فروع النزاع مجتمعة.

المبحث الثاني: صلاحية قاضي الاستئناف لتصحيح الإجراءات:

يكمن موطن الاختلاف الثاني بين رقابة قاضي الإبطال ورقابة قاضي الاستئناف في أن قاضي الدرجة الثانية لا يستهدف من وراء الرقابة التي يجريها تسليط جزاء على الإخلالات الإجرائية، بل غايته تصحيح ما اختل منها، فبقدر ما تكون رقابة قاضي الدرجة الثانية على الإجراءات واسعة فإنها أقل خطورة من رقابة قاضي الإبطال رغم تضييقها،

إذ أن قاضي الإبطال يمكنه تلافي الخلل الذي يعتري أي إجراء اتخذه المحكم، فالمفعول الانتقالي يجيز له أن يقوم بالإجراء من جديد طبق الأصول القانونية دون أن يرتب عن ذلك البطلان.

لكن يتجه هذا التمييز بين نوعين من الإجراءات:فالإجراءات التي يقوم بها الأطراف وخاصة المدعي لا يمكن تصحيحها من قبل المحكمة إلا إذا كان القانون يجيز تصحيحها، وهو أمر مستبعد إذ أن الأصل أن تدارك البطلان وتسويته régularisation ينبغي أن يقع أمام محكمة الدرجة الأولى (هيأة التحكيم)، أما الإجراءات التي تقوم بها هيأة التحكيم أو مساعدوها بموجب إذن منها (كالخبراء والمترجمين) فهي التي يمكن تدارك إخلالاتها، لأن محكمة الدرجة الثانية تحل محل محكمة الدرجة الأولى وتقوم بنفس وظائفها في حدود نفس الصلاحيات.

الجزء الثاني: الرقابة الدنيا (رقابة قضاء الإبطال والتنفيذ):

على الرغم من أن المادة 1060 من القانون الجزائري الجديد تنص على أن" يوقف تقديم وأجل ممارستها المنصوص عليها في المواد 1055 و1056 و1058 تنفيذ أحكام التحكيم"، مما يجعل للطعن بالإبطال أثرا مشتركا مع الاستئناف وهو الأثر التعليقي أو الوقفي effet suspensif فإن ذلك لا ينفي اختلاف جوهر كل واحد منهما وكنهه، فرقابة قاضي الإبطال محددة بما ورد بالمادة 1056 التي بينت الصور التي يمكن فيها الطعن بالإبطال، وهي صور محددة لا يمكن الخروج عنها ولا الزيادة فيها، تشترك الرقابة المجراة عند الطعن بالإبطال اقتصرت إلى الإحالة إلى الحالات التي يجوز فيها الطعن في الأمر بالتنفيذ أو قرار رفض منح صيغة التنفيذ، فالرقابة المجراة على حكم التحكيم هي رقابة بعدية الأساس، احتراما لاستقلالية إجراءات التحكيم (المبحث الأول)، وهي رقابة ينبغي أن لا تتجاوز التحقق من احترام مبادئ الإجراءات الأساسية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: رقابة بعدية بالأساس:

من المبادئ التي أصبحت راسخة في التشريعات الحديثة وخاصة منها المتأثرة بالقانون النموذجي لليونسترال قاعدة استقلالية الإجراءات التحكيمية، التي عبر عنها القانون النموذجي لليونسترال لسنة 1985 في أحكام المادة 5 التي مقتضاها أنه لا يجوز للمحاكم أن تتدخل في أي مسألة من المسائل المشمولة بالقانون النموذجي إلا في الأحوال والصور المنصوص عليها بأحكامه:

Article 5.Extent of court intervention
In matters governed by this Law, no court shall intervene except where so provided in this Law.

ويستمد من هذا النص أن الأصل هو عدم تدخل القضاء في سير إجراءات التحكيم إطلاقا وأن التدخل بأي صيغة كانت يحتاج نصا صريحا يخوله وفي حدود ما يقتضيه النص، ويتضح من مراجعة أحكام القانون الجزائري الجديد أنه يقر قاعدة مقتضاها أن القاضي لا يتدخل في إجراءات التحكيم طالما كانت جارية بل يقتصر على رقابة بعدية ex post في إطار إجرائي محدد، وهو طلب الإبطال أو طلب الإكساء بالصيغة التنفيذية.

القسم الأول: مبدأ عدم جواز تدخل القضاء خلال الإجراءات التحكيمية:

لا يحق للقضاء الرسمي أن يتدخل لتوجيه إجراءات التحكيم في اتجاه أو آخر، لأن مراد الأطراف إنما هو اللجوء إلى "عدالة مختلفة أو مغايرة"، فلا يجوز للقاضي أن يخضع المحكم ليسطرته ليصدر الأحكام بطريقة غير مباشرة، ولذلك فالقاعدة أن تدخل القاضي لإجراء الرقابة لا يقع إلا بعد صدور حكم التحكيم، غير أن الظروف قد تقتضي منه التدخل خلال سير التحكيم، فينبغي أن يكون تدخله استثنائيا ومحدودا ومقتصرا على رقابة دنيا.

1- مبدأ عدم جواز التدخل لتوجيه إجراءات التحكيم:

أصبح عالم التحكيم الحديث يشهد تطبيقات وظواهر قانونية معقدة، ويرجع ذلك إلى أسباب متشعبة ومتعددة منها على وجه الخصوص مجابهة الأنظمة القانونية بعضها لبعض حيث ظهرت الاختلافات والتباينات، إذ أن أطراف المنازعات التحكيمية أصبحوا ينتمون إلى آفاق حضارية وقانونية مختلفة، شأنهم في ذلك شأن المحكمين المحامين والمستشارين، ومن الظواهر الحديثة، ظاهرة وافدة من انجلترا تتمثل في اللجوء إلى المحاكم للحصول على أمر بمنع مواصلة إجراءات قضائية لدى محكمة أو هيأة أخرى أو لمنع تواصلها.

ففي قضية تتعلق بالأضرار البحرية الناجمة عن اصطدام سفينة بجسم بحري آخر، بين شركة West Tankers Inc ضد شركة Allianz SpA أصدرت محكمة انجليزية أمرا بمنع أحد الأطراف من رفع النزاع إلى المحاكم الإيطالية بناء على أنه توجد اتفاقية تحكيم وأن رفع الأمر إلى القضاء الإيطالي يعد خرقا لمبدأ اختصاص هيأة التحكيم في وجود اتفاقية تحكيم لم يتبين بطلانها.

وقد رفعت شركة Allianz SpA الأمر إلى محكمة العدل الأوروبية Cour de Justice des Communautés Européennes التي بينت في قرارها الصادر بتاريخ 10 فيفري 2009 أن" الأمر الهادف إلى منع شخص من القيام بإجراءات أو بمواصلتها أمام محاكم دولة أخرى عضو في الاتحاد الأوروبي، بدعوى أن تلك الإجراءات مناقضة لاتفاقية تحكيم، يعد مخالفا لترتيب بروكسل Règlement de Bruxelles عدد 2001/41 ذلك أن الترتيب المشار إليه والذي عوض اتفاقية بروكسل المتعلقة بإكساء الأحكام الصادرة على إقليم دولة عضو بالصيغة التنفيذية، يقوم على مبدأ الثقة المتبادلة بين محاكم البلدان الأعضاء وهو ما أدى إلى التخلي عن المنطق التقليدي للإكساء بالصيغة التنفيذية exequatur وحذف الرقابة التي تجريها محاكم بلد ما على ما تقره محاكم البلد الاخر، ومن هذا المنطلق فإن إصدار أمر بمنع شخص من القيام لدى محاكم دولة أخرى يعد مخالفا لمبدأ الثقة المتبادلة إذ أنه يقوم ضمنيا على أمر موجه لمحاكم الدولة الأخرى لرفض التعهد بتلك الدعوى، بدعوى وجود اتفاقية تحكم صحيحة قانونا، حال أن الثقة تقتضي ترك الكلمة للمحكمة المعنية عندما ترفع إليها الدعوى، حيث يفترض فيها أن ترفض الدعوى كلما تبين لها أن اتفاقية التحكيم المزعومة موجودة وصحيحة قانونا ووقع التمسك بها طبق القانون.

2- مدى جواز التدخل لتوجيه أوامر لتعطيل الإجراءات التحكيمية:

يقصد باستقلالية الإجراءات التحكيمية autonomie de la procédure arbitrable عدم امتزاجها بالإجراءات القضائية مع ما يقتضيه ذلك من نأي بالإجراءات التحكيمية عن رقابة المحاكم أو إمكانية تدخلها لتوجيه تعليمات أو أوامر إلى المحكمين19. فالأمر يقتصر على مراقبة لاحقة يمكن أن تمارسها المحكمة المختصة على حكم التحكيم لا غير20. وفيما عدا ذلك لا تكون للمحكمة من علاقة مع هيئة التحكيم عدا ما يستوجبه الأمر من نظر على وجه الاستثناء في النزاعات المتعلقة بتشكيل هيئة التحكيم (تعيين- عزل- تجريح)، ولا يمكن اعتبار أن هذا التدخل في تشكيل هيئة التحكيم يمكن أن يكون مدخلا في ما بعد للتعامل مع المحكم على انه مساعد للقضاء، فالتحكيم" عدالة أخرى" أو "عدالة مختلفة" أو "عدالة موازية" justice parallèle لها كيانها الخاص شأنها شأن القضاء الرسمي، فلا سلطة لأحدهما على الآخر خارج ما قرره القانون من أوجه التعاون بينهما (في مادة الإجراءات الوقتية والتحفظية وفي ما يتعلق بقرارات المساعدة التي تمنحها المحاكم للتحكيم للحصول على الأدلة وتحقيق الدعوى). فلا يحق للمحكمة أن تخذ أي نوع من الإجراءات التي من شأنها أن توحي بنوع من التبعية التي تريد فرضها على المحكم، من ذلك أنه لا يجوز للمحكمة أن تحرر على المحكمين أو أن تستجوبهم21.

على أنه يلاحظ أن تشبع القضاء التونسي بمجمل هذه المبادئ لم يمنع وجود توجه نخشى أن يكون قارا نحو الحد من استقلالية إجراءات التحكيم وتخويل المحاكم التدخل في سير الإجراءات قبل ختمها حال أن بإمكان المحكمين ماديا وقانونيا أن يواصلوا السير في الإجراءات على النحو الذي يقدرون أنه الأنسب والأكثر ملائمة لمقتضيات القانون الإجرائي

المنطبق من ذلك أن محكمة الاستئناف بتونس قد قضت في مناسبتين على الأقل بإلزام هيئة التحكيم بتعليق اجراءات النظر في القضية إلى حين البت قضائيا في مطلب تجريح/قدح قدمه أحد الخصوم ضد أحد المحكمين أو جميعهم، مع أن الفصل 51 من مجلة التحكيم يعلن بوضوح مبدأ استقلالية اجراءات التحكيم (autonomie de la procédure arbitrale) إذ ينص على أنه " لا يجوز لأي محكمة أن تتدخل في المسائل التي هي موضوع اتفاقية تحكيم دولي إلا عملا بأحكام هذه المجلة"، وهو ما يعني بجلاء أنه في غياب نص صريح يخول للمحكمة أن تتدخل في سير التحكيم في مرحلة معينة، لا يجوز لتلك المحكمة أن تتدخل في مسألة تحكيم أصلا، أما إذا وجد النص الخاص فإن التدخل يكون محدودا وخاصا بذلك الإطار، وهو الأمر المفقود في ما يتعلق بتعليق الإجراءات لوجود دعوى في التجريح، حيث يفترض أن توقف الهيئة التحكيمية الإجراءات من تلقاء نفسها، ولا يمكن غضبها على ذلك، فإن امتنعت عن ذلك جاز طلب إبطال حكمها إثر صدوره إن ثبت أن خرق القاعدة الإجرائية القاضية بوجوب تعليق النظر أدى في نفس الوقت إلى خرق قاعدة إجرائية أساسية، كوجوب احترام حق الدفاع وذلك إذا عمد طالب التجريح إلى التخلف عن الجلسات التي تعقدها هيئة التحكيم في الفترة الفاصلة بين رفع طلب التجريح والبت فيه،

حيث يعتبر القيام بأعمال إجرائية في تلك الفترة في مغيبه هضما لحقه في الدفاع عن نفسه وخرقا لمبدأ المساواة بينه وبين خصمه، طالما أن تخلفه عن الحضور مبرر قانونا ولا يمكن أن يؤاخذ عليه22.

3- الرقابة الاستثنائية بمناسبة منح المساعدة للتحكيم:

يمكن أن يتقدم الأطراف أو المحكمون بطلب إلى القضاء الرسمي خلال سير إجراءات التحكيم للمساعدة على حسن سير الإجراءات، فالأطراف يمكنهم أن يطلبوا من المحكمة مساعدتهم على إتمام تشكيل هيأة التحكيم أو تصحيحه أو على تنفيذ أحد القرارات الوقتية أو التحفظية التي اتخذتها هيئة التحكيم، كما يمكن للمحكمين طلب المساعدة على إنقاذ قرار تمهيدي اتخذوه يتعلق خصوصا بالإثبات وجمع الأدلة23، وفي هذين الصورتين يمكن للمحكمة أن تجري رقابتها على صحة تشكيل هيأة التحكيم وعلى اختصاص المحكم.

3-1 الرقابة على صحة إجراءات تشكيل هيئة التحكيم:

يخول القانون الجديد للأطراف الرجوع إلى القضاء لطلب المساعدة على فض الإشكالات تذليل الصعوبات المتعلقة بتعيين المحكمين وعزلهم واستبدالهم24.

وتنص المادة 1048 على أنه"إذا اقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة أو تمديد مهمة المحكمين أو تثبيت الإجراءات أو في حالات أخرى، جاز لمحكمة التحكيم أو للأطراف بالاتفاق مع هذه الأخيرة أو للطرف الذي يهمه التعجيل بسعد الترخيص له من طرف محكمة التحكيم أن يطلبوا بموجب عريضة تدخل القاضي المختص ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي".

ومن الواضح أن القاضي الذي يتقدم إليه أحد الخصوم أو هيأة التحكيم بطلب من أحد الأنواع المبينة بالأحكام المذكورة أعلاه (والتي سبت عن صورة طلب التجريح/ القدح في محكم récusation/challenge) يجري نوعا من الرقابة على الإجراءات التحكيمية، لكن أين تقف حدود هذه الرقابة؟

لا شك أن غياب نص واضح في هذا الشأن في القانون الجزائري وغيره من القوانين كالقانون التونسي يجعل مهمة القاضي محفوفة بالمخاطر، فالإفراط في الرقابة يهدد تواصل التحكيم نفسه، إذ قد يطلق القاضي يده لمراقبة جميع جوانب العملية التحكيمية فيستند إلى أي خلل يبدو له(وقد لا يصيب في تقدير وجود الخلل) للقضاء برفض منح المساعدة للمحكمين أو للأطراف فيتوقف التحكيم فعليا ولا يجد الأطراف طريقة لتجاوز ذلك العائق، إذ أن لجوئهم إلى القاضي إنما كان لطلب المساعدة على تجاوزه.

3-2 الرقابة على اختصاص المحكم:

تشمل الرقابة على اختصاص المحكم خصوصا التحقق من صحة اتفاقية التحكيم، وقد ذهب القضاء التونسي في ذلك مذهبا بعيدا وخطيرا ينبغي التنبه إلى خطورته والابتعاد عن مساره، إذ رفض الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بتونس في عدد من القضايا طلب تعيين محكم بسبب وجود منازعة في صحة اتفاقية التحكيم أو حتى في صحة العقد الذي يتضمن اتفاقية التحكيم، فقد اعتبر الرئيس الأول في بعض الأحكام أنه يتدخل كقاض استعجالي، وبالتالي ينبغي عليه أن يتقيد بضوابط الفصل 201 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية الذي يوجب أن لا يتدخل القاضي الاستعجالي إلا إذا توفر عنصرا: التأكد (الخطر الملم أو الداهم) وعدم المساس بأصل الحقوق، واستند إلى المعيار الثاني ليقضي برفض مطالب التعيين كلما وقعت منازعة في صحة اتفاقية التحكيم على أساس أن مسائل البطلان إنما تعد من المسائل الأصلية بطبيعتها.

وتتمثل خطورة هذا الحل في أنه يضع حدا لإجراءات التحكيم قبل انطلاقها مع أنه لا يفرع البت في مسألة صحة اتفاقية التحكيم، وبالتالي لا يحق للأطراف الرجوع إلى القضاء الرسمي لعرض النزاع عليه، فينتهي الأمر عمليا إلى نوع من إنكار العدالة déni de justice.

القسم الثاني: رقابة بعدية مركزة على القواعد الإجرائية الأساسية:

من القواعد البديهية في مجال التحكيم أن الرقابة التي يجريها قاضي الإبطال هي ذاتها التي يمارسها القاضي بمناسبة النظر في مطالب منح الصيغة التنفيذية، فما يبطل به حكم التحكيم يرفض به طلب الإكساء بالصيغة التنفيذية، والقول بخلاف ذلك يؤدي إلى تناقض الأحكام، حيث يقع إبطال حكم بمنح صيغة تنفيذية، أو يرفض منح الصيغة التنفيذية لحكم رفض طلب في التصريح ببطلانه، وقد أدى ذلك بالمشروع التونسي إلى إقرار قاعدة مقتضاها أن الحكم برفض الإبطال يعادل الحكم بالإكساء بالصيغة التنفيذية ويغني عنه25.

ويمارس القاضي رقابة محدودة جدا على منهجية تحديد القانون المنطبق على الإجراءات كما هو الشأن بالنسبة للقانون المنطبق على أصل النزاع، وفي ما يتعلق بكيفية تطبيق هذا القانون الإجرائي يكرس القانون الجزائري على غرار القانون التونسي التفرقة بين القواعد الإجرائية الأساسية والقواعد الإجرائية غير الأساسية، بحيث لا تطال رقابة قاضي الإبطال وقاضي الإكساء كيفية تطبيق القواعد الإجرائية غير الأساسية.

الفرع الأول: حدود الرقابة على منهج تحديد القانون المنطبق على الإجراءات:

من المبادئ البديهية في مجال التحكيم أن القضاء ببطلان حكم المحكمين لا يقع إلا في الصور المنصوص عليها حصرا بالقانون، وطالما لم ينص القانون بوجه صريح على إبطال حكم المحكم بسبب الخطأ في تطبيق منهج تحديد القانون المنطبق على الإجراءات التحكيمية في التحكيم الدولي فلا يمكن أن يتقرر البطلان إلا في صورة مخالفة إرادة الأطراف مخالفة صريحة وواضحة وذلك إذا اتفق الأطراف على تطبيق قانون إجرائي معين بينما طبق المحكمون قانون آخر، ذلك أن احترام إرادة المتحكمين تعد من قواعد النظام العام الدولي.

وجدير بالملاحظة أن المادة 1043 من القانون الجزائري الجديد المتعلقة بالتحكيم الدولي تجيز للأطراف الاتفاق على تطبيق قانون إجرائي أجنبي أو نظام تحكيم، لكنها لم تنص على حرية المحكمين أيضا في اختيار تطبيق قانون إجرائي أو السير بالإجراءات دون الرجوع إلى قانون أو نظام محدد، غير أن ذلك لا يمكن أن يفهم منه أن قواعد الإجراءات الواردة بالمادة 1019 وما يليها آمرة أو تهم النظام العام، بدليل جواز اتفاق الأطراف على خلافها.

الفرع الثاني: عدم تسليط رقابة على كيفية تطبيق القواعد الإجرائية غير الأساسية:

اقتضت المادة 1056 من القانون الجزائري الجديد أن منح الصيغة التنفيذية يمكن رفضه في صورتي عدم احترام حق الدفاع وفي صورة تناقض تعليل حكم التحكيم، ويستدل من ذلك على أن خرق القواعد الإجرائية الأخرى لا يترتب عنه البطلان ولا يحق للمحكمة أن تستنبط صورا أخرى بدعوى الاجتهاد

لأن الاجتهاد ينبغي أن يكون إيجابيا أي لفائدة المرونة لا بمزيد التشدد لأنه لا يجوز أن يكون التأويل مدعاة لمزيد التضييق أبدا.

المبحث الثاني: رقابة لا تطال سوى المبادئ الإجرائية الأساسية:

تتميز القواعد الإجرائية الأساسية بأنها أحكام ذات تطبيق كوني فالمشرع الوطني (مستلهما أحكامه من القانون النموذجي للبونسترال) يجيز للقاضي الوطني إجراء رقابة على احترام هذه المبادئ ولا ينزل عن تلك الرقابة حتى إذا أجري التحكيم وفق قانون إجرائي أجنبي، فتتحول هذه الرقابة بطريقة غير مباشرة إلى مسيلة لمراقبة القانون الأجنبي أو نظام الإجراءات التحكيمية المطبق للتحقق من مدى احترامه للضمانات الأساسية لعدالة المحاكمة التحكيمية (القسم الأول)، ويهدف استبعاد الرقابة على قواعد الإجراءات غير الأساسية إلى تحقيق مرونة إجراءات التحكيم (القسم الثاني).

القسم الأول: القواعد الإجرائية الأساسية، أحكام ذات تطبيق كوني:

تنص المادة 2 من القانون النموذجي للبونسترال على أنه "باستثناء أحكام المواد 8 و 9 و 17 (هـ) و 17 (...) و 17 (....) و 35 و 36 من ذات القانون، لا تنطبق أحكام القانون النموذجي إلا إذا كان مكان التحكيم واقعا في تراب الدولة المعنية، أو إذا وقع اختيار هذه الأحكام من قبل الأطراف أو من قبل هيئة التحكيم".

ومدلول ذلك أن المواد المشار إليها تنطبق بقطع النظر عن توفر معياري مقر التحكيم وإرادة الأطراف من عدم ذلك، ونضيف إلى ذلك أن المادة 1019 من القانون الجزائري الجديد لم يربط تطبيق أحكامها بأي شرط جغرافي بدليل أن المواد الموالية جاءت جميعها بالتنصيص على جواز اتفاق الأطراف على خلافها، بخلاف المادة 1056 التي تنص على أنه يقع رفض منح الصيغة التنفيذية إذا خرق الحكم التحكيمي مبدأ الوجاهية. ويتبين من ذلك أن الأحكام ذات التطبيق الكوني، أي التي لا تتقيد بمجال تطبيق محدود في المكان، تتعلق بتوزيع الاختصاص بين القضاء الوطني و التحكيم وبالمبادئ الأساسية للإجراءات المدنية والتجارية وبالإكساء بالصيغة التنفيذية26.

وتخص المادة 1056 من القانون الجزائري الجديد بعض القواعد الإجرائية بنظام خصا يسمو بها عن درجة القواعد الإجرائية العادية ويربو بها عن كل إمكانية لخرقها دون تدخل القضاء لمجازاة ذلك الخرق ذلك الخرق بواد حكم التحكيم وإنهاء وجوده أو مفعوله قانونا، وقد سميت هذه القواعد بالقواعد الأساسية للإجراءات المدنية والتجارية وبوأها القضاء التونسي المكانة التي هي بها جديرة فأكد أنه لا يجوز خرقها في أي ظرف بأي علة كانت، لأنها تمثل القواعد التي لا يمكن دون احترامها تحقيق العدالة أو تصورها27، أما فقه القضاء الأوروبي فاعتبر أنها النظام العام الإجرائي الدولي بينما اعتبرها الفقه مبادئ كونية أو عبر دولية principes transnationaux لا تحتاج إلى أن يقع تكريسها بنص تشريعي28.

ولما كانت هذه القواعد ضرورية لإقامة العدل ولا يمكن تصور قيامه دون احترامها فإن ميدان تطبيقها غير محدد بمكان، بل هي تنطبق أينما وجد مقر التحكيم ومهما كان القانون المنطبق على الإجراءات، وينتج عن ذلك أن القاضي الوطني "يعاقب" (مدنيا) على مخالفتها في حضور معياري الفقرة 2 من المادة 2(أ) من القانون النموذجي للبونسترال أو في غيابهما، وخصوصا في إطار إجراءات الإكساء بالصيغة التنفيذية، فلا يمكن للمحكوم له أن يدافع عن حكم تحكيمي لا يحترم هذه المبادئ أو بعضها بدعوى أنه صدر وفق قانون بلاد أخرى أو نظام تحكيم مؤسسة ما، بل إن القاضي يقضي برفض الإكساء بالصيغة التنفيذية كلما تبين له خرق أحد تلك المبادئ أيا كان مكان التحكيم أو القانون المختار، وهو ما يتأكد من الاطلاع على أسباب رفض الإكساء المنصوص عليها بالمادة 1056 من القانون الجزائري، والتي تتجاهل في هذا الباب محتوى القانون المنطبق على الإجراءات حتى ولو كان قانونا أجنبيا كما يأتي بيانه.

وقد تبنى فقه القضاء في تونس موقفا مرنا وواضحا إزاء ما يسميه المشرع " المبادئ الأساسية للإجراءات" في التحكيم (الفصلان 13 و 42 من مجلة التحكيم)، فقد اعتبرت محكمة الاستئناف بتونس في أكثر من قرار أن المبادئ الأساسية للإجراءات هي تلك التي لا يمكن تصور محاكمة عادلة إن لم يقع احترامها، وهي مبادئ احترام حقوق الدفاع والمساواة بين الخصوم والمواجهة بينهم ومبدأ حياد هيئة الحكم بالمعنى الأخلاقي للحياد(impartialité)، أما القواعد الإجرائية الأخرى فلا تعد من قبيل القواعد الأساسية للإجراءات ولا يترتب عن خرقها البطلان، وقررت المحكمة مثلا أنه لا موجب للنظر في ما إذا كانت هيئة التحكيم قد سوغت لنفسها فعلا الحكم لصالح دعوى معارضة قام بها المطلوب وتجاوزت من حيث مرماها نطاق الدعوى الأصلية، باعتبار أن قاعدة ارتباط نطاق الدعوى المعارضة بنطاق الطلبات الأصلية ليست من القواعد الأساسية للإجراءات المدنية والتجارية29.

ومن ناحية أخرى، فقد كرس فقه القضاء الصبغة الأخلاقية للإجراءات التحكيمية، وذلك من خلال توسيع نطاق العمل بمبدأ عدم جواز التناقض للإضرار بالغير (principe de l'estoppel) الذي أدرجه المشرع في الباب المخصص للتحكيم الدولي، ومع ذلك فقد اعتبرت محكمة التعقيب أنه يجب العمل أيضا في مادة التحكيم الداخلي كما طبقته محكمة الاستئناف بتونس ضمنيا في قرار قضية "هادية" ضد شركة "جات"30.

I- مرونة الإجراءات التحكيمية:

تتجلى المرونة من خلال أحكام المواد من 1019 إلى 1024 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فالمادة 1019 تقر مبدأ حرية اختصار طريقة السير بالإجراءات وتجيز للأطراف الاتفاق على تسييرها بطريقة مغايرة لما هو وارد بالمواد الموالية لها، بينما تبين المواد من 1020 إلى 1024 القواعد الإجرائية التي يقع إتباعها إذا لم يختر الأطراف أو المحكمون قواعد إجرائية أخرى، كما تجيز المادة 1043 ضبط الإجراءات بالاستناد إلى قانون يتم اختياره من الأطراف أو نظام تحكيم، دون ربط ذلك بطبيعة التحكيم من كونه حرا أو مؤسساتيا، بما يفيد أنه يمكن تطبيق نظام تحكيم مؤسسة قائمة حتى في صورة التحكيم الحر.

وفي صورة التحكيم الحر تتولى هيئة التحكيم تنظيمه بتحديد الإجراءات الواجب إتباعها ما لم يتفق أطراف النزاع على خلاف ذلك أو يفضلوا إتباع نظام تحكيم معين.

وفي صورة التحكيم لدى مؤسسة تحكيم فإن هذه المؤسسة تتولى تنظيمه طبق نظامها.

وفي جميع الصور تراعي المبادئ الأساسية للمرافعات المدنية والتجارية، خاصة منها المتعلقة بحق الدفاع.

ومن جهته ينص الفصل 64 من نفس المجلة على أن المبدأ في التحكيم الدولي هو أن ينظم المحكمون الإجراءات على النحو الذي يرونه ملائما مع احترام اتفاق الأطراف، هو عين ما نصت عليه المادة 1036 من قانون الإجراءات المدنية الهولندي: Sous réserve des dispositions du présent Titre, la procédure arbitrale est conduite de la manière convenue par les parties Ou, dans la mesure où les parties n'en sont pas convenues, telle que le tribunal l'a déterminer"، غير أن هذه الحرية تبقى رهينة احترام المبادئ الأساسية للإجراءات، وخاصة منها مبدأي المساواة بين الخصوم والموجهة بينهم ومبدأ الحياد الأخلاقي (impartialité) لهيئة التحكيم وحسن النية31.

ويتجلى من ذلك أن المحكم ملزم فقط باحترام "القواعد الأساسية للإجراءات المدنية والتجارية". أما سائر القواعد ومنها ما يتعلق مثلا بمكان اجتماع المحكمين، فهي اختيارية وجوازية، فيتصرف المحكم في شأنها على النحو الذي يراه ملائما ولا تثريب عليه إن خرقها أو حرفها32.

I-1 وجوب احترام القواعد الأساسية

وقد أوجب الفصلان 13 و 63 من مجلة التحكيم على المحكم احترام قواعد الإجراءات الأساسية "في كل الحالات" أي سواء كان التحكيم حرا أم مؤسساتيا.

وهذه القاعدة تسري على التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، سواء بينهما، ولقد كان للقضاء التونسي اجتهادا متباينة في تحديد هذه القواعد وتطبيقها، إذ تراوحت مواقف محكمة الاستئناف بتونس بين الوضوح المبني على معايير دقيقة، والغموض المبني على تعامل "حالة بحالة" مع المسألة والبحث في "خطورة خرق القاعدة" من قبل المحكم أكثر من البحث في طبيعة القاعدة ذاتها.

1- مفهوم قواعد الإجراءات الأساسية: البحث عن وليد مسعود:

كتب الأديب جبرا إبراهيم قصة سماها " البحث عن وليد مسعود"، وتدور أحداث القصة حول اختفاء شخص اسمه وليد مسعود، وسعي الراوي إلى البحث عنه خلال الاستماع إلى روايات عديد الأشخاص الذين عايشوه ردحا من الزمن نساء ورجالا، ويتلقى الراوي من كل واحد من هؤلاء الأشخاص رواية مختلفة عن نفس الشخص دون أن يعني ذلك بالضرورة أن بعضهم لم يقل الحقيقة أو حرفها على حواه، وإنما تلك طبيعة الدنيا: أن الحقائق نسبية وكل يراها من موقعه وبعينه هو.

لكن القانون لا يمكن أن يأنس إلى هذا المنطق "النسبوي" الذي يتنافى مع طبيعة القانون كعلم ومع طبيعة القاعدة القانونية كقاعدة عامة ومجردة وموضوعية فالمفاهيم القانونية ينبغي أن لا تبقى "سرية" أو هلامية، بل ينبغي أن تكون واضحة وموحدة، وهو ما لا يتحقق إلا إذا تم اعتماد معايير دقيقة لتعريف كل مفهوم، وهذا هو شأن المبادئ الإجرائية الأساسية التي ظلت كالروح الهائمة تحسها أحيانا قريبة منك حتى إنك تتوهم أنه يمكنك أن تمسكها بقبضة اليد لكنها ما تفتأ أن تهرب منك مع تفاصيل الدنيا وخصوصيات كل قضية، حتى تنسى وحدة المفهوم وتنساب في مسيرة البحث عن الحلول البراغماتية حالة بحالة.

2.1 المرونة المحافظة بالضمانات:

جاء بقرار محكمة الاستئناف بتونس الصادر تحت عدد 51 بتاريخ 15 فيفري 2000 33 أن "القواعد الأساسية للإجراءات هي صفوة القواعد الإجرائية وهي القواعد التي يمكن احترامها إصدار قرار عادل أو ضامن لحد أدنى من العدالة، وأهمها احترام حق الدفاع، وغنه يربط النص المذكور بأحكام الفصل 63 من مجلة التحكيم، يتضح أن من القواعد الأساسية للإجراءات احترام مبدأ المساواة بين الخصوم". وبذلك اعتبرت أن القواعد المتعلقة بكيفية سماع الشهود ليست في ذاتها من القواعد الأساسية لكنها محاطة بالمبادئ الأساسية المبينة أعلاه.

وقد ساهم هذا القرار في تعريف مفهوم القواعد الأساسية للإجراءات، وذلك عبر وضع معيار عام لها يمكن من خلاله إيجاد الحلول للمسائل الخصوصية ويقوم هذا التعريف على العنصر الغائي، أي أنه ينطلق من الغاية من الاعتراف بوجود مؤسسة التحكيم، وهي غاية إقامة العدل على أن تكون هذه العدالة متحررة من بعض التعقيدات الخاصة بالمحاكم العدلية والقضائية ولو أن الفقه الحديث يلاحظ نزوعا متواصلا في مجال التحكيم إلى التماهي بمحاكم القضاء وخصوصا من حيث كيفية السير بالإجراءات، حيث طغى منطق الإجراءات القضائية على منطق التحكيم(judiciarisation de l'arbitrage) وبالتالي تأثر التحكيم بمنطق القانون العادي وابتعاده عن منطقه الخاص به، والذي كان طابعا مميزا له(judiciarisation de l'arbitrage).

وبالنظر إلى هذه الغايات فإنه يفترض في الإجراءات التحكيمية أن تكون:

- ضامنة لعدالة المحاكمة، أي ما يسميه الأمريكيون:due process،
- مرونة وبعيدة عن التعقيد.

وبالنظر إلى هذه المعطيات، فإن المنطق يقتضي أن تحدد المبادئ الأساسية للإجراءات، وهو ما فعلته محكمة الاستئناف بتونس في قرارها عدد 51 المذكور، وكذلك في قرارات أخرى تتعلق بالتحكيم الداخلي من أهمها على الإطلاق القرار عدد 61133- 61134 الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس بتاريخ 19 أكتوبر 1999 34 الذي بينت فيه المحكمة أن المشرع أعطى كمثال من القواعد الأساسية للإجراءات قاعدة وجوب احترام حق الدفاع وعليه فإن سائر القواعد الأساسية للإجراءات تنتمي بالضرورة إلى نفس الصنف ويمس جميعها بالمبادئ الأساسية للإجراءات كمبدأ الحياد(بمعناه الأخلاقي impartialité) ومبدأ المساواة بين الخصوم(الذي يشير إليه الفصل 63 من مجلة التحكيم ويضعه بمعية مبدأ احترام حق الدفاع كمبدأين إجرائيين أساسيين في ميدان التحكيم الدولي ومن الحتمي أن يكونا كذلك في ميدان التحكيم الداخلي)35.

وإن قاعدة وجوب تقديم عريضة الدعوى وبيان الطلبات منذ الجلسة الأولى لهيئة القضاء هي قاعدة إجرائية لا محالة، إلا أنه لا يصح وصفها بالأساسية طالما أن لا علاقة لها بمبدأ احترام حق الدفاع والمواجهة بين الخصوم والمساواة بينهم وحياد هيئة التحكيم وإنه وطالما أن القاعدة المذكورة ليست أساسية فإن خرقها لا يترتب عنه بطلان القرار التحكيمي"

وكذلك القرار عدد 42 الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس بتاريخ 06 جويلية 1999 36 الذي بينت فيه المحكمة أن "الحياد"بمعناه الفني "la neutralité" ليس من المبادئ الأساسية للإجراءات، خلافا للحياد بالمعنى الأخلاقي "l'impartialité" وأنه لا يوجد بالتالي ما يمنع المحكم من السعي في إتمام عناصر الإثبات المقدمة إليه من أحد الخصوم ما لم يؤد ذلك إلى الحكم بعلمه الشخصي.

ونتيجة لهذا المنطق، فقد اعتبرت محكمة الاستئناف بتونس في قرار آخر (يتعلق أيضا بالتحكيم الداخلي)37 أن الأحكام القانونية المتعلقة بضبط نطاق دعوى المعارضة كما نظمتها مجلة المرافعات المدنية والتجارية ليست من القواعد الأساسية للإجراءات، وبالتالي يكون المحكم في حل من تطبيقها أو بالأحرى لا رقابة عليه في كيفية تطبيقها ولا تثريب عليه إن أساء العمل بها.

ويلتقي هذا التوجه القضائي مع اتجاه عام في قانون التحكيم في العالم38، ففي انجلترا، كتب أحد الفقهاء معلقا على أحد الأحكام ليس بالضرورة من أهل القانون فقال:

we must not insist upon a too minute" observance of the regularity of forms persens who naturally by their education or by their opportunities cannot be supposed to be familiar with legal procedure, and may accordingly make slips in what is a mere matter of form without any interference with the substance of their decision. I should be anxious myself, as i have no doubt all your Lordships would, to give every effect to their decisions; on the other hand, there is some principles of justice which it is Impossible to disregard, and giving every credit to the desire on the part of the court to do justice, I think it is manifest that they proceeded far too hastily in this case, and apart from imputing to them any prejudice or any desire to do wrong, I think that the mode in which the whole thing arose and was disposed of was so slipshod and irregular that it might lead to injustice39".

2- ضرورة تجب التشدد:

يلاحظ الدارس أنه ظهر في زمن ما تحول إلى التشدد في فقه قضاء محكمة الاستئناف بتونس، تجلى من خلال تبني مفهوم موسع وهلامي المعالم (nébuleux) للقواعد الأساسية للإجراءات، حيث اعتبرت في قرار حيث صدر عنها في مادة التحكيم الداخلي- أيضا- بتاريخ: 27 مارس 2001 تحت رقم 65 40 أن " هيئة التحكيم لم تحدد موعد جلسة المفاوضة، بل أكثر من ذلك فإنها صرفت القضية للمفاوضة وفتحت الباب أمام طرفي النزاع لتبادل التقارير والملحوظات إلى حدود ثلاث مرات لكل طرف، ومثل هذا الإجراء يشكل خرقا صارخا لمبادئ القواعد الإجرائية ولما جاءت به أحكام

الفصل 119 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية، إذ تقتضي أحكام هذا الفصل تعيين موعد جلسة المفاوضة وتمنع على الهيئة القضائية قبول ملاحظات أو حجج من الخصوم إلا في بعض الحالات الاستثنائية، و إن ما قامت به هيئة التحكيم لا يدخل في إطار الحالات الاستثنائية بل يعد تجاوزا للمبادئ الأساسية الإجرائية، إذ ثبت من خلال محضر الجلسة المذكور أن طرفي النزاع لم يستوفيا ملاحظاتهما وتقارير هما وكان من المفروض أن تمدد على الأقل في جلسة المرافعة حتى يستكملا ما لديهما من ملحوظات ثم يقع تأخير القضية للمفاوضة بجلسة معينة و محددة و بناء عليه فإنه يتجه قبول هذا الطعن و الاعتماد عليه".

وبذلك فقد اتسع مفهوم القواعد الأساسية للإجراءات المدنية و التجارية حسب هذا القرار ليشمل حتى قاعدة عدم قبول المؤيدات والتقارير أثناء فترة المفاوضة، والتي وضعت لها مجلة المرافعات المدنية والتجارية نفسها استثناءات أتت إلى تليينها، علما بأنه لا يوجد في قوانين التحكيم ما يوجب على هيئة التحكيم أن تتبع نفس المسار الذي تتبعه المحاكم العدلية، وذلك بمرور القضية بطور تحضيري ثم بطور مفاوضة (مداولة)، بل إن بعض القوانين المقارنة قد استغنت عن بعض هذه الأطوار وأدمجتها ببعضا منها في بعض اخر ، كما أنه من المستقر أن هيئة التحكيم بإمكانها أن لا تجري أي جلسة مطلقا و أن تسمح للأطراف بتبادل التقارير والملحوظات والمؤيدات وتقديم الملف إليها كاملا عن الانتهاء من ذلك لتقضي فيه دون سماع أي مرافعة41.

وفي القانون الجزائري الجديد تقتضي المادة 1019 أن هيئة التحكيم تطبق قواعد القانون ما لم يتفق الأطراف على خلافها، أما القانون النموذجي فينص على أنه حتى في غياب اتفاق الأطراف، يجوز للأطراف- ما لم يتفقوا على خلاف ذلك- أن يحوروا أو يتمموا طلبهم أو دفاعهم خلال سير الإجراءات إلا إذا رأت هيئة التحكيم أنه لا شيء يحملها على السماح بمثل هذا التحوير لتأخر وقت تقديمه، وأنه ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، فإن هيئة التحكيم تقرر ما إذا كانت ستعقد جلسة أو جلسات تستمع فيها إلى الأطراف أو ستقتصر على النظر في الموضوع استنادا إلى ما يقدم لها من وثائق وأوراق، كما أن القاعدة العامة تقتضي أنه يجوز لهيئة التحكيم أن "تسير في التحكيم حسب الطريقة التي تراها مناسبة"42.

وتواصل نفس المنهاج المتشدد عبر إصدار قرار جديد في مجال التحكيم الدولي، وهو القرار عدد 101 الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس بتاريخ 23 أكتوبر 2001 43. الذي اعتبرت فيه المحكمة أن مخالفة هيئة التحكيم لقاعدة وجوب تعليق نظرها في صورة التجريح في بعض أعضائها أو في الأعضاء جميعا إلى حين البت نهائيا في طلب التجريح وعدم انصياعها لقرار قضائي ألزمها بتعليق النظر يعد خرقا لقاعدة إجرائية أساسية.

وفي اعتقادنا لا يمكن القول إن مجرد خرق قاعدة وجوب تعليق النظر لوقوع طلب التجريح هو خرق لقاعدة إجرائية أساسية، وذلك باعتبار أن هذه القاعدة في ذاتها لا مساس لها بالضمانات الأساسية للمتقاضي التي تكفل له محاكمة عادلة خصوصا أن عددا من القوانين المقارنة لا يعتمدها أصلا، ويبيح لهيئة التحكيم التمادي في نظرها في النزاع بينما تنظر المحاكم العدلية في دعاوى التجريح44.

فمقصد المشرع هو إلزام المحكم باحترامه هي مجموعة من المبادئ أي القواعد التوجيهية العامة principes directeurs لا القواعد الإجرائية التفصيلية. فالقواعد الأساسية للإجراءات مبادئ عامة وليست قواعد فنية محددة، فرغم أن المشرع يستعمل مصطلح "قواعد" الإجراءات فإن الأصح هو أنها مبادئ عامة فهي أطر توجيهية لسلوك القاضي وتعامله مع الأطراف ومعطيات القضية وأطوارها، ولكيفية السير بالإجراءات التحكيمية فالمساواة مثلا ليست قاعدة إجرائية، بل هي منهج في تطبيق الإجراءات وهي قاعدة عامة تسري على جميع مراحل الإجراءات (تبليغ عريضة الدعوى إلى الخصم والرد عليها وجواب المدعي الأصلي وتلقي حجج الأطراف وسماع الشهود والتداخل والإدخال والترافع وتقديم الطلبات وتحويرها وتأخير الجلسات...) ففي مجال التحكيم لا يوجد إجراء وجوبي بذاته، بل يمكن السير بالإجراءات على النحو الذي يقرره الأطراف والمحكمون مع وجوب احترام المبادئ الأساسية في جميع الحالات ومهما كانت الصيغة الإجرائية المختارة أو المقررة45.

فالمقصود في نهاية الأمر هو ضمان محاكمة تحكيمية عادلة ومنصفة وعدم إرهاق الأطراف بإجراءات أو تكاليف لا طائل من ورائها، فيكون ذلك عنوانا حرية المحكم لكنها حرية مسؤولة، إذ أنه مطالب بتحقيق نتيجة واحدة، وهي المحاكمة العادلة مع احترام إرادة الأطراف، و على محكمة الإبطال أن تتجنب خصوصا إبطال أحكام التحكيم بسبب إخلالات لا يترتب عنها نقض الأحكام القضائية المطعون فيها46، لأن منطق قانون التحكيم يقتضي أن تكون الرقابة على أحكام التحكيم أقل شدة من الرقابة على أحكام المحاكم الرسمية، لا العكس.

ومن جهة أخرى إذا تعارضت إرادة الأطراف مع ضمانات عدالة المحاكمة التحكيمية فإن المحكم ملزم بتقديم المبادئ الإجرائية الأساسية على إرادة الأطراف، لا العكس فله أن يستبعد كل بند بالشرط التحكيمي يؤدي إلى المساس بحق الدفاع أو المواجهة أو المساواة بين الخصوم، بخلاف التنازل اللاحق عن حق الدفاع أو حق الاطلاع، أما القواعد الجزئية والتفصيلية فالمحكم حر في تطبيقها أو استبعادها، مع التقيد بإرادة الأطراف في شأنها.

القسم الثاني: استبعاد الرقابة على قواعد الإجراءات غير الأساسية:

يتميز النظام العام الإجرائي بأنه يهدف بالأساس إلى ضمن احترام الحقوق الفردية للخصوم ولا يهم مصلحة المجتمع إلا بصفة ثانوية، بعكس النظام العام الموضوعي و بموجب ذلك يمارس القاضي رقابة دنيا على شكليات حكم التحكيم.

1- خصوصية النظام العام الإجرائي

على خلاف قواعد النظام العام الأصلي أو الموضوعي ordre public de fond تتميز قواعد النظام العام الإجرائي ordre public procédural بأنه لا يمكن أن يثيرها القاضي من تلقاء نفسه ولا يجوز أن تثار أمام محكمة القانون لأول مرة ذلك أنه لا يجوز للأطراف التنازل عن التمسك بخرقها صراحة أو ضمنا ويعتبر مبدأ حسن النية في سير الإجراءات المبدأ الأساسي الذي بإمكانه أن يبرر "محو" fortmatage كل الإخلالات الإجرائية بمجرد السكوت عن إثارتها في الإبان مهما كان نوع القاعدة المتعرضة للخرق، و هذا ما يعبر عنه بالـ estoppel principle

1-1 تجليات الخصوصية: عدم جواز إثارة خرق النظام العام الإجرائي دون طلب من الأطراف:

لا يهم النظام العام الإجرائي سوى مصالح الخصوم الفردية، خلافا للنظام العام الموضوعي الذي يهم مصالح تتجاوز مصالح الخصوم، فالخصم الذي يسكت عن هضم حقه في الدفاع أو عن طريقة غير معقولة في معاملته بما يشكل انتهاكا لمبدأ المساواة، كأن يقع تمكينه من آجال قصية الدفاع عن نفسه مقابل تمكين خصمه من آجال متسعة أو الخصم الذي يتنازل عن حقه في الاطلاع على وثائق يقدمها الخصم لا يمكنه أن يأمل في أن تتصدى المحكمة من تلقاء نفسها لتقرر بطلان حكم التحكيم أو عدم منحه صيغة التنفيذ بسبب خرق قاعدة إجرائية أساسية.

ويستوي في ذلك أن يكون التنازل عن حق التمسك بمبادئ الإجرائية الأساسية سابقا للإجراء المختل أو لاحقا له، ذلك أنه يمكن مثلا أن يوافق أحد الأطراف مسبقا قبل بدء الإجراءات أصلا أو خلال سير الخصومة التحكيمية ولكن قبل وقوع الإجراء محل الاعتلال، على التنازل عن حقه في الاطلاع على ما سيقدمه خصمه من وثائق وربما كان مراده من ذلك هو الإسراع بالبت في النزاع ولتقنه في أن حججه دامغة لا يمكن للخصم أن يدحضها بأي حجة، فهذا التنازل المسبق جائز ، ويختلف حكمه بحسب الحالة:

- فإذا كان التنازل سابقا لبدء التحكيم أصلا فالأصل أنه باطل لأن فيه جهالة كلية مما يجعل منه شرطا من شروط الغرر التي لا عمل عليها، فالتنازل عن حق قبل نشوئه يعتبر باطلا و لا عمل عليه، لأنه لا يجوز التنازل عن حق غير معلوم المضمون والملامح، فإن وقع التحكيم وسكت الطرف المعني عن التمسك

ببطلان الشرط ولم يطلب من هيأة التحكيم تمكينه من الاطلاع على الوثائق أو التقارير وارد عليها فهو يعتبر متنازلا عن حقه، وبعد التنازل لاحقا للإجراءات لأنه لا يجوز للشخص التمسك بأنه كان يجهل القاعدة القانونية القائلة ببطلان الالتزام المبني على الجهالة الفاحشة، لأن جهل القانون لا يعتد به وهو حجة على صاحبه، لا حجة له.

- وإذا حصل التنازل خلال إجراءات التحكيم، فإنه ينبغي النظر حالة بحالة، فالخصم الذي يحضر جلسة معينة (شخصيا أو بواسطة محاميه) له أن يعاين تقديم حجج أو مؤيدات أو تقرير من قبل خصمه ويتنازل عن حقه في الاطلاع والتعليق عليها بعد مستغنيا عن الحق في ذلك و مكتفيا بما سبق له تقديمه، ومعلوم أن الجهالة في هذه الصورة تكون نسبية ومحدودة، غير أن ذلك لا يمنع المحكمين من تقدير الأمور حالة بحالة، إذ يجب عليهم أن يتفطنوا إلى ألاعيب بعض الخصوم وخصوصا المدعى عليهم، الذين يخفون بعض الوثائق الحاسمة إلى أطوار متقدمة جدا من النزاع، وبعد أن يعيل صبر الطالب الذي يداهمه الوقت فيسعى إلى وضع حد لطول النزاع بالتخلي عن حق الدفاع أو يصبح المحكمون مهددين بانتهاء آجال التحكيم، فإذا بدا للمحكم أن الوثائق المقدمة جديدة تماما ولم يسبق للمدعى عليه أن أشار إليها سابقا، تصريحا أو تلميحا فعليه أن يتخذ الوسائل اللازمة لمنع تمرير هذه الألاعيب، بأن يمكن الطالب من حق الدفاع رغم تنازله عنه، وقد تبلغ الأمور حدا من الخطورة بجعل المحكم يشك في أن الوثائق التي تقدمت في تلك الظروف مفتعلة أو مدلسة فعليه أن يعيد فتح المرافعات les débats لتمكين الطرف الآخر من اكتشاف حقيقة تلك الوثائق فلا يكفي أن يكون طرف ما قد تنازل عن حقه في التعليق على حجج سيقدمها خصمه حتى يعتمدها المحكم دون تمحيص، ويجوز لقاضي الإبطال أو الإكساء أن يعتبر الإجراءات مختلة إذا كان من الواضح أن الخصم الذي قدم تلك الوثيقة تعمد الخديعة والمكر وذلك بناء على أن الخديعة تعد مناقضة لمبدأ حسن النية.

2.1 هل يعد خرق تعليق النظر من أسباب إبطال حكم التحكيم:

نص القانون الجزائري صراحة على تعليق إجراءات التحكيم في صورة وجود عارض جزائي، أما أحكام المادة 1016 من القانون الجزائري الجديد فنصت على صور القدح في المحكم، ونظامه الإجرائي دون التنصيص بوجه واضح على تعليق إجراءات التحكيم في الأثناء ولا على ما يترتب عان مواصلة النظر.

1.2.1 تعليق النظر في صورة رد المحكم:

نصت المادة 1016 من القانون الجزائري على صور القدح في المحكم ونظامه الإجرائي دون التنصيص بوجه واضح على تعليق إجراءات التحكيم في الأثناء ولا على ما يترتب عن مواصلة النظر حال تعهد القاضي المختص بطلب الرد.

أما في تونس: "الا جدال وأنه إذا كان التحكيم دوليا فإن التجريح يتم مبدئيا وفقا للإجراءات المتفق عليها بين الأطراف وإذا لم يوجد مثل ذلك الاتفاق فإن الطرف الذي يعتزم التجريح في محكمة ما ينبغي عليه أن يعرض أسباب التجريح كتابة على هيئة التحكيم خلال خمسة عشر يوما من تاريخ علمه بتأليفها أو من تاريخ علمه بالقوادح وإذا لم يتخل المحكم المجرح فيه أو لم يوافق الطرف الآخر على طلب التجريح فللقائم بالتجريح عندئذ أن يلتجئ للقضاء في أجل خمسة وأربعين يوما من العرض المذكور سلفا ويطلب من محكمة الاستئناف النظر في التجريح، وقد اقتضى الفصل 58 من مجلة التحكيم أن حكمها الصادر في الموضوع يكون غير قابل لأي وجه من أوجه الطعن وفي انتظار الحكم المذكور تتوقف إجراءات التحكيم.

وإن هذا الفصل قد أقر أمرين، أولهما القيام بطلب التجريح لدى المحكمة المختصة، وثانيهما وقف إجراءات التحكيم من قبل الهيئة المتعهدة من تاريخ الإدلاء بما يفيد القيام بدعوى التجريح في أحد أعضاء الهيئة وعليه فإن هيئة التحكيم ملزمة بموجب القانون بوقف إجراءات التحكيم من تاريخ إعلامها بنشر الدعوى في التجريح ولا يمكنها متابعة الإجراءات إلا من تاريخ صدور الحكم. ويتضح حينئذ أن إلزام المحكمين بإيقاف إجراءات التحكيم عند نشر قضية في التجريح هو التزام قانوني يهم الإجراءات الأساسية التي لا يمكن مخالفتها، وعلاوة على ذلك فقد صدر القرار الاستعجالي عدد 8648 في 21 ديسمبر 2000 والقاضي بإيقاف إجراءات التحكيم إلى حين البت في دعوى التجريح.. وطالما كان الأمر يمثل ما تقدم فإن مواصلة الهيئة لإجراءات التحكيم رغما عن نشر قضية في التجريح ورغما عن صدور قرار في إيقاف إجراءات التحكيم إلى أن يتم النظر في دعوى التجريح وسببا موجبا لإبطال قرارها عملا بالفصل 78 من مجلة التحكيم، خاصة وقد صدرت الأحكام اللاحقة لقرار هيئة التحكيم والتي قضت بصحة التجريح وإلزام المحكمين بالتخلي عن مهمة التحكيم وهو ما يوجب قبول هذا الطعن".

وبقدر ما كان هذا القرار صائبا في النتيجة التي انتهى إليها فإن التحليل الذي اعتمده لتأسيسها كان غير واضح ومثيرا للجدال، ذلك أن المحكمة تعتمد مفهوم "الإجراءات الأساسية التي لا يمكن خرقها" دون تعريفها ودون أن يوجد في قرارها ما من شأنه أن يدل على التعريف الضمني الذي انطلقت منه المحكمة للقول بانتماء قاعدة الفصل 58 من مجلة التحكيم إلى هذا الصنف من القواعد الإجرائية، هذا علاوة على أن رقابة المحكمة على إجراءات التحكيم ليست مقيدة في مجال الدولي بالصبغة الأساسية لهذه القواعد خلافا لما يقتضيه الفصل 42 من مجلة التحكيم المتعلق بالتحكيم الداخلي - كما سيأتي بيانه-، بل تشمل هذه الرقابة جميع القواعد الإجرائية المنطبقة عملا بأحكام الفصل 78 من مجلة التحكيم الذي يجيز إبطال القرار التحكيمي". إذا قدم طالب الإبطال دليلا يثبت...

د- أن تشكيل هيئة التحكيم أو ما وقع إتباعه في إجراءات التحكيم كان مخالفا لمقتضيات اتفاقية تحكيم بصفة عامة أو لنظام تحكيم مختار أو لقانون دولة وقع اعتماده أو لقواعد أحكام هذا الباب والمتعلقة بتشكيل هيئة التحكيم".

وفي مطلق الأحوال فإن القرار عدد 101 المذكور لا يعتمد المعيار المنصوص عليه بالقرار عدد 51 سالف الذكر وإنما يكرس مفهوما مضابيا للقواعد الإجرائية الأساسية، يبدو أن المحكمة قصدت أن الا تعتمد فيه أي تعريف وأن تقتصر على الجزم بأن قاعدة ما هي قاعدة أساسية، وذلك بحسب الحالات أو بمناسبة طرح كل إشكالية على حدة، مما يترك المجال فسيحا للاجتهاد حول هذا المفهوم، توسيعا أو تصنيفا، وبما لا يسمح باستقرار فقه القضاء في هذا المجال ويشكل مساسا بحق المتقاضي في الأمن القانوني الذي يستمده من وجود مبادئ واضحة وراسخة لا من وجود حلول " براغماتية" (solutions pragmatiques) لكل حالة على حدة، لا يمكن للمتقاضي أن يتنبأ بها بقدر كاف من الدقة مما قد يجعله يقدم على المغامرة برفع الطعون أملا منه في أن تقتنع الجهة القضائية بوجاهة موقفه من خلال عناصر الملف ومعطيات القضية على غرار ما وقع في القضية الحالية حيث يرجح أن ما جعل المحكمة تحس بفداحة خرق قاعدة وجوب تعليق النظر عند وجود طلب في التجريح هو تجرأ هيئة التحكيم - عنادا وتعنتا منها- على تجاهل قرار قضائي قضى بإلزامها بتعليق النظر.

هل تهم قاعدة تعليق الإجراءات لوجود نزاع جزائي النظام العام الإجرائي؟

لا توجد تشريعات كثيرة تطرقت بوجه خاص إلى مسالة تأثير النزاعات الجزائية على سير الخصومة التحكيمية وقد تركت أغلبية التشريعات هذه المسالة للقوانين الإجرائية العامة (التي كثيرا ما تستبعد بعض المحاكم جانبا من أحكامها بدعوى عدم تلاؤمها مع خصومية التحكيم) وإما لمحكمة هيئة التحكيم47. أما القانون الجزائري الجديد فاختار حل الإشكال بنص تشريعي صريح. فقط اقتضت المادة 1021 في فقرتها الثانية انه إذا "طعن بالتزوير مدنيا في ورقة، أو إذا حصل عرض جنائي يحيل المحكمون الأطراف إلى الجهة القضائية المختصة، ويستأنف سريان أجل التحكيم من تاريخ الحكم في المسالة العارضة".

وتجدر الإشارة إلا أن فقه القضاء في بعض البلدان كفرنسا وسويسرا اعتبر بوجه عام أن وجود عارض

جزائي لا يؤدي بصفة آلية إلى وجوب تعليق إجراءات التحكيم، واختلف الرأي بين قائل بعدم تعليق الإجراءات أصلا48، وقائل بتخيير هيئة التحكيم بين التعليق وعدمه بحسب ظروف الحال وبحسب ما يبدو للمحكمين من تأثير العارض على الخصومة التحكيمية وعلى وجه الفصل فيها49، ونتيجة لذلك يمكن الجزم بوجود تيار عالمي يعتبر أن حكم التحكيم لا يمكن إبطاله بسبب عدم تعليق الإجراءات في وجود دفع جزائي50.

2- الرقابة على شكليات حكم التحكيم:

تراقب المحكمة ظروف إصدار حكم تحكيم وكيفية تحرير حكم التحكيم، غير أن هذه الرقابة تظل في حدودها الدنيا وينبغي أن لا تمس باستقلال المحكم.

1.2 الرقابة على ظروف إصدار حكم التحكيم:

تجري مداولات المحكمين سرا وبصفة غير علنية، ويصدر حكم التحكيم بأغلبية آراء المحكمين، وينبغي أن يورد حكم التحكيم ملخص مقالات الخصوم وأسباب الحكم.

سرية التحكيم:

تقتضي المادة 1025 من القانون الإجرائي الجزائري الجديد أن "تكون مداولات المحكمين سرية".

وتطرح هذه العبارة المقتضبة التساؤل حول القيمة القانونية لهذه القاعدة وما إذا كانت تعتبر من القواعد الأساسية التي لا يجوز خرقها وتعتبر من النظام العام الإجرائي أم هي قاعدة توجيهية لا يترتب عن خرقها أثر، ولنن كان من الثابت في كل تشريعات العالم أن المداولة/ المفاوضة délibérée ينبغي أن تكون سرية ومغلقة ولا يحضرها من غير المحكمين أحد فإن الإشكال يتعلق بما بعد المداولة وخصوصا بمدى جواز تحرير الرأي المخالف opinion dissidente/ dissenting opinion من قبل المحكم الذي يوافق الأغلبية الرأي، فمن المعلوم أن المحكمين اعتادوا حتى في ظل التشريعات القديمة التي لم تكن صريحة في هذا الشأن أن يحرروا آرائهم المخالفة لاجتهاد الأغلبية في شكل مماثل لشكل حكم التحكيم لبيان ما يعتقدون كان ينبغي أن يكون عليه حكم التحكيم51، كما أن أنظمة التحكيم Arbitrations Rules لدى عدة مؤسسات تحكيمية تنص على ذلك صراحة، فإن اعتبار قاعدة المادة 1025 تهم النظام العام فإن المحكم الذي يصرح برأيه المخالف يكون قد خرق قاعدة تهم النظام العام ولن يكون بإمكانه أن يختفي وراء قاعدة مدرجة في اتفاقية التحكيم أو حتى في نظام تحكيم مؤسساتي لخرق هذه القاعدة، وسيعد مسؤولا مدنيا أمام الأطراف عن ذلك الخرق بل ربما أمكن أيضا أن يقع تتبعه جزائيا من أجل خرق سرية المفاوضة أو بوجه عام من أجل إفشاء السر المهني.

والرأي لدينا أن قاعدة الفصل 1025 إنما هي قاعدة ملزمة وتنطبق على كل تحكيم يجري على إقليم الدولة الجزائرية أو طبق قانونها، لكنها لا يمكن أن تكون من قواعد النظام العام، وبالتالي فلا مانع من الاتفاق على مخالفتها كما لا يوجد ما يحول دون إصدار حكم مخالف إذا كان التحكيم مؤسساتيا ونص نظام التحكيم على إصدار رأي مخالف.

صدور حكم التحكيم بأغلبية الأصوات:

نصت المادة 1026 من القانون الجزائري على أن "تصدر أحكام التحكيم بأغلبية الأصوات". وواضح أن هذه القاعدة تم نقلها عن المبادئ العامة المتعلقة بإصدار الأحكام القضائية، ويخضع تطبيق هذه القاعدة إلى رقابة قاضي الإبطال والإكساء فلا يكون لحكم صادر برأي أقلية المحكمين أي أثر قانوني، لكن الإشكال الذي لم يتطرق إليه هذا النص هو المتعلق بصورة عدم تحقق أي أغلبية فيمكن أن يكون المحكمون في وضعية شقاق كلي بأن يكون لكل واحد منهم رأي مخالف لآراء الباقين حول وجه القضاء، ويؤدي هذا الوضع إلى استحالة فض النزاع، وإذا لم يكن التحكيم مقيدا بأجل فإن ذلك يؤدي إلى بقاء النزاع مفتوحا إلى أجل غير مسمى، وقد اختارت عدة تشريعات مقارنة السكوت عن هذه المسألة لحمل المحكمين على التخلي عن تصلبهم في الرأي والسعي إلى التوصل إلى صيغة وسطى، بخلاف المشرع التونسي وبعض القوانين الأخرى التي اختارت وضع حل خاص بالتحكيم يتمثل في تخويل رئيس هيأة التحكيم إصدار حكم التحكيم طبق رأيه، ومعلوم أن في ما يتعلق بالقاضي الرسمي، توجد قواعد توجب على القاضي الأقل سنا أو أقدميه أن ينظم إلى رأي أحد القاضيين الأكبر سنا أو الأكثر أقدمية، وهو ما يؤدي في كل الأحوال إلى توفر أغلبية وهي قاعدة لا يمكن بحال من الأحوال تطبيقها على المحكمين إذ لا يمكن حمل محكم على الانضمام إلى رأي محكم آخر لمجرد أنه أكبر سنا، كما لا يمكن أصلا تطبيق قاعدة الأقدمية على المحكمين، إذ لا وجود لعلاقة رئاسية من أي نوع بين المحكمين، وحتى رئيس هيأة التحكيم فإن رئاسته للهيئة غايتها تيسير الإجراءات لا غير.

ومهما يكن من أمر فإن الحكم التحكيمي الصادر في ظل القانون الجزائري دون توفر الأغلبية يعد باطلا ويقضي ببطلانه، لكن إذا رفض المحكم الذي لا ينتمي إلى الأغلبية التوقيع عليه فلا يعد من المبطلات بل يمكن لرئيس هيأة التحكيم أن يقتصر على الإشارة بأخر الحكم إلى سبب عدم توقيعه أو رفضه التوقيع على الحكم.

2.2 التحقق من توفر البيانات الأساسية بحث التحكيم:

تطرق القانون الجزائري الجديد بوجه خاص إلى البيانات التي يجب أن يتضمنها حكم التحكيم ومدى الرقابة القضائية عليها بالفصل الثالث من الباب الثاني من الكتاب الخامس من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهو الفصل الذي عنوانه "في أحكام التحكيم"، وتنص المادة 1027 على أنه "يجب أن تتضمن أحكام التحكيم عرضا موجزا لادعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم ويجب أن تكون أحكام التحكيم مسببة".

1.2.2 ذكر مقالات الخصوم:

أوجب المشرع الجزائري على المحكمين أن يضمنوا بأحكامهم "عرضا موجزا لادعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم". وهذا البيان هو المدخل إلى التعليل (أدناه) باعتبار أن دور المحكم يمكن تلخيصه في استعراض مقالات الخصوم وما قدموه من وسائل لإثباتها وبيان رأيه بشأنها، ويطرح في هذا الإطار إشكالان:

- هل يجب على المحكم أن يورد مقالات الخصوم بحذافيرها أم يمكنه أن يكتفي بتلخيصها؟

بين المشرع الجزائري بوضوح أن المحكم مطالب بأن يورد ملخصا موجزا لمقالات الخصوم، ويفهم من ذلك أنه يقتضي أن على المحكم أن يجتهد ليستخرج من مجمل أقوال الخصوم أهم الأسانيد والدفوع التي يتمسك بها كل واحد منهم على أنه لا يمكن أن يفهم من ذلك أن التلخص وجوبي وحتمي، فالمحكم يمكنه لتجنب التشدد القضائي في التحقق من احترام حق الدفاع أن يذكر مقالات الخصوم على حالتها دون أي اجتهاد، وقد أصبحت تكنولوجيات الحديثة تشجع المحكمين على انتهاج هذه الطريقة إذ أصبح المحكمون يطالبون الخصوم بمدهم بمذكراتهم على حامل إلكتروني (قرص ممغنط أو بواسطة البريد الإلكتروني أو نحوه) ويقتصرون على مجرد نفرتين على فأرة الكمبيوتر لنقلها كاملة دون تغيير وعلاوة على ما تسببت فيه هذه الطريقة من طول في أحكام التحكيم التي أصبحت تمتد على عشرات الصفحات (خاصة أن المحامين أصبحوا بدورهم يعتمدون الطرق الإلكترونية في عملهم فيقوم بعضهم بنقل حيثيا طويلة جدا من أحكام قضائية أو تحكيمية أو مقالات فقهية للاستشهاد بها)، فإنها (أي الطريقة) ربما أدت بالمحكمين إلى التعامل مع مقالات الأطراف بسطحية، إذ أن عملية التلخيص عملية ذهنية تتطلب في مرحلة أولى قراءة مقالات صوم بكثير من التركيز والتدقيق حتى يتمكن المحكم من فهمها واستيعاب ما تتضمنه وتميز الأساسي منها من الثانوي أو ما هو مكرر بصيغ مختلفة دون إضافة حقيقية.

غير أن كل ذلك لا يمكن أن يستنتج منه أن اقتصار المحكم على نقل مقالات الخصوم بحذافيرها يعد دليلا على تهاونه في دراسة مقالات الخصوم أو خطأ مهنيا أو فنيا يتجه مجازاته من أجله.

- هل يمكن إبطال حكم تحكيم أو رفض منحه صيغة التنفيذ بسبب السهو عن ذكر بعض مقالات الخصوم؟

نتيجة لما سبق بيانه من أن المحكم ملزم بذكر ملخص مقالات الخصوم، يتجه التعرض على أمرين: فمن

جهة أولى لا يصح القول إن الاقتصار على ذكر مقالات الخصوم على حالتها يمكن أن يكون من أسباب بطلان حكم التحكيم، فلا شيء يمكن أن يحمل المحكم على أن يعتبر أنه يوجد في مقالات الخصوم شيء من الثرثرة يمكن التخلص منه دون مساس بشفافية الإجراءات transparence de la procédure أو بقاعدة الجدية في التعامل مع مقالات الخصوم.

ومن جهة ثانية يعد التلخيص الذي يلغي بعض الحجج والدفوع الهامة أو الجوهرية التي يتمسك بها الخصوم إخلالا هاما يستوجب الإبطال، غير أنه يتجه التنبيه إلى أن المحكم ليس مطالبا بذكر مقالات الخصوم بطريقة محددة أو في موضع معين، فالمرونة التي يتسم بها قانون التحكيم تبيح للمحكم أن يورد مقالات الخصوم في باب معين من حكمه، أو أن يوزعها على مواضع متفرقة، كما أن المحكم غير مطالب بأن يحافظ على تبويب الأطراف لدفوعهم، إذ يمكنه تغييرها على النحو الذي يرتئيه، فيجوز للمحكم أن يجمع دفوعات فصلها الأطراف تحت أبواب أو عناوين مفصلة، كما له أن يفصل دفوعات وردت مجملة أو متكتلة، ويلاحظ أن المحكمين في القضايا الكبرى كثيرا ما يعتمدون طرقة تعتمد على تفصيل المسائل المطروحة والتعرض إلى رأي كل طرف في شأن كل نقطة ثم بيان موقف هيأة التحكيم من تلك النقطة قبل المرور إلى النقطة الموالية.

كما لا يمكن لمحكمة أن تتحول إلى "مرشد بيداغوجي" للمحكمين وذلك بأن تبطل حكمهم إذا كان تبويب مقالات الأطراف أو المسائل يوجه عام سيئا أو غير سليم، فالمعتبر هو إدراج أساتيذ الخصوم ودفوعهم الجوهرية وعدم إهمالها، ولا يمكن إبطال حكم التحكيم غلا إذا وقع إغفال أحد الدفوع الجوهرية إغفالا كليا ويمكن حتى أن يتدارك المحكمون السهو عن ذكر حجج جوهرية في باب ذكر مقالات الخصوم وذلك بأن يعود إليها في باب الأساتيذ القانونية، أما سوء التبويب فلا جزاء عليه، كما لا جزاء على سوء التعليل، فالمحكمة ليس لها تقييمévaluation مستوى المحكمين العلمي أو المنهجي.

2.2.2 معضلة الرقابة على تسبيب/تعليل motivation حكم التحكيم:

"عندما تدخل ميدان تعليل حكم التحكيم فاعلم أنك تطأ أرضا ينبغي أن تكون للمحكم عليها السيادة المطلقة" يمكن أن تكون هذه العبارة المدخل الأساسي والحكمة الأولى التي يجب أن يتسلح بها القاضي لدى ولوجه باب الرقابة على تعليل حكم التحكيم (تسبيبه motivation).

سواء سكت المشرع عن مسألة التعليل أو تناولها بوجه صريح فهي تظل من المعضلات التي يعسر التعامل معها في مجال التحكيم، فمن جهة أولى لا شك أن استقلالية المحكم (التي تتجلى من خلال عدم خضوع حكمه إلى رقابة تتسلط على اجتهاده في استنباط الحل الذي يعتقد أنه مطابق للقانون أو للإنصاف بحسب الحالة) تقتضي أن لا يخضع هذا الاجتهاد إلى رقابة القضاء الرسمي حتى لا تتمتع المحاكم بسلطة إعادة النظر في حكم التحكيم وبالتالي إلى مسح اجتهاد المحكم formatage ومن ناحية أخرى فإن مراقبة التعليل يمكن أن تقع ممارستها في حدود مفهوم الرقابة الشكلية متى تعامل القاضي مع هذه الرقابة بحذر شديد وبأبد مرتعشة.

فالرقابة التي تمس باستقلالية التحكيم هي التي تقتصر على التحقق من وجود تعليل، أي التثبت من أن المحكم فحص حجج الخصوم ومقالاتهم وناقشها وأبرز ذلك في حكمه، فالغاية من رقابة التعليل لا تتمثل بوجه من الأوجه في تقييم مدى فلاح المحكم في التوصل إلى الحل الصحيح أي المطابق للقانون أو للإنصاف بحسب الحالة، بل تهدف إلى ضمان جدية المحكم في عمله وهو ما يبرز من خلال تعمقه في دراسة المسائل المطروحة في النزاع واحدة بواحدة وتمحيص مقال كل خصم وحججه بشأنها وإبداء رأي بشأنها بشكل يدل على أنه وقعت دراستها بجدية وبما تستحق من العناية والتركيز.

فالرقابة على التعليل تهدف على توسيع العمل بمبدأ المواجهة extension du principe du contradictoire بحيث لا يقتصر على المواجهة بين الخصوم بل يشمل أيضا المواجهة بين الخصوم والمحكم، وهو عنوان احترام حقوق الدفاع، ذلك انه من البين أن تمكين الخصوم من ممارسة حق الدفاع بعضهم في مواجهة البعض الأخر دون إلزام المحكم بدراسة جميع ما عرضه الأطراف بكل جدية وتعمق يجعل المحاكمة ولو احترم فيها حق الدفاع مجرد مسرحية جوفاء باهتة يؤدي فيها الأطراف دور الشخص الأبله الذي يلقي الكلام إلى من لا يصغي ولا يستكنه.

لكن الإشكال يبقى متعلقا بنطاق واجب التعليل وكيفية مراقبته.

اقتصر جواب المشرع الجزائري على التنصيص بالمادة 1056 من القانون الجديد على أن الأمر بالتنفيذ يقع نقضه إذا تبين أن حكم التحكيم يعتريه تناقض في التعليل contradiction des motifs، وتنطبق نفس القاعدة على قاضي الإبطال بموجب الإحالة الواردة بالمادة 1058 ويختلف التشريع الجزائري في ذلك عن القوانين التونسية والموريتانية والمغربية وغيرها من التشريعات الأوروبية التي لا تذكر تناقض التعليل كصورة من صور الإبطال، لكن الإشكال يتعلق بتحديد مجال التعليل وميدان الرقابة.

ففي خصوص ميدان واجب التعليل، يطرح إشكالان:

- هل ينبغي على المحكم أن يعلل قضاءه في خصوص جميع المسائل والحجج والدفوع المعروضة عليه حتى ولو كان من الواضح أنها تفتقر إلى الجدية والحد الأدنى من الوجاهة، أم يجوز له أن يتغاضى عن الدفوع التي من الجلي évident أنها غير جدية وغير جديرة بالالتفات أصلا؟

- هل يجب تعليل حكم التحكيم طبق قواعد العدل والإنصاف؟ وهل يمكن إبطال حكم تحكيم من هذا النوع من اجل تناقض التعليل؟

وفي خصوص ميدان الرقابة على التعليل، من الواضح أن المشرع الجزائري يتبنى المبدأ القائل "تناقض تهادم"، أي أن الأساتيذ المتناقضة المتعارضة يهدم بعضها بعضا فيزيل الواحد وجود الأخر وبالتالي يعد حكم التحكيم فاقد التعليل ويتجه لذلك إبطاله لعدم احترام حق الدفاع، وفي هذا الإطار تطرح التساؤلات التالية:

- هل يأخذ قاضي الإبطال بالاساتيذ الضمنية التي يفترض أن حكم التحكيم قائم عليها للقضاء بالبطلان؟

- هل ينبغي على القاضي أن يدقق في تحليل أساتيذ حكم التحكيم للبحث في مسألة تناقض التعليل أم يقتصر على صورة التناقض الصارخ الذي يصدم القارئ qui saute aux yeux؟

جميع هذه المسائل لم يتعرض إليها المشرع الجزائري، وربما كان ذلك اختيارا منه، لكن غموض النص وتركه فراغات في مسألة التعليل والرقابة عليه ينبغي تأويله في إطار الرؤية العامة للمسألة انطلاقا من الرجوع إلى المصادر المادية للقانون الجديد وخصوصا أحكامه المتعلقة بالتحكيم الدولي والتذكير بما جاء بالمادة 2(أ) من القانون النموذجي لليونسترال التي تنص على أنه عند التأويل ينبغي أن يراعى المصدر الدولي للقانون52، كما لا بأس من الرجوع إلى أنجح التجارب العالمية في الميدان.

ونشير على وجه الخصوص إلى قرار حديث صدر عن المحكمة الفيدرالية السويسرية في 09 فيفري 2009 جاء به أنه ينبغي إبطال حكم التحكيم إذا تبين أن المحكمين أثاروا من تلقاء أنفسهم حجة قانونية لم يتناولها أو يثرها أي طرف وكانت تلك الحجة "مباغتة" وغير قابلة للتوقع imprévisible وخصوصا إذا تبين في ما بعد أن الأمر يتعلق بتطبيق نص لا علاقة له بالوقائع المتنازع فيها53.

كما نشير إلى أن التعليل المقبول هو التعليل الجدي أي الذي يتناول المسألة المتنازع فيها بتعمق كاف. فالتعليل الأجوف أو "التعليل- الواجهة" motivation de façade أي الفاقد لكل جدية(من نوع "حيث كانت الدعوى وجيهة واتجه الحكم لصالحها" أو "حيث كانت الدعوى غير مؤسسة قانونا واتجه الحكم برفضها") لا عبرة به، ويعد بمثابة العدم تماما54.

الخاتمة:

تهدف رقابة القاضي على إجراءات التحكيم إلى التحقق من مدى احترام المقومات والضمانات الأساسية للمحاكمة العادلة، فالغاية لا تتمثل في

إعطاء المحكم إحساسا بأنه مجرد مساعد للقضاء،بل منح الأطراف إحساسا بالأمان والاطمئنان ضد خطر العشوائية والحيف مع احترام استقلالية إجراءات التحكيم وحرية المحكم في الاجتهاد وفي تسيير الخصومة التحكيمية.

* قاضي - رئيس فريق عمل بمركز الدراسات القانونية و القضائية - مدرس قانون التحكيم بالجامعة الفرنسية

الهوامش:

(1) يراجع مثلا:
Thomas CLAY " L'arbitre " éd Dalloz Paris Nouvelle bibliothèque des thèses 2001 p169 et surtout les références qui y sont citées, notamment les écrits de Bruno .OPPETIT et de PHILPPE FOUCHARD Un auteur canadien a inventé la terminologie " juridiciarisation de " l'arbitrage "pour y fusionner " juridiciarisation " et " juridicisation R.BLUOIN : " La juridiciaisation de) l'arbitrage de grief au Québec ", thèse de l'université d'Ottawa,1995,citée par CLAY, op,cit,p170(.Pierre LALIVE, quant à lui, préfère parler de " processualisation ". de l'arbitrage

(2)يراجع بالخصوص الحسين السالمي بعنوان: "التحكيم وقضاء الدولة"، نشر مجد ومركز الدراسات القانونية والقضائية،تونس 2008 ص 25 وما يليها.
Tribunal de Tunis 17 (3) Décembre1884,Revue de l'arbitrage 1885 II.84 ;jurisprudence administrative tunisienne II Tribunaux judiciaire 1er fascicule)1884-1905(éd Centre de recherches et d'Etude Administrative CERP(Tunis 1983,p16)n°2(;Cour) d'appel d'Alger,20/07/1887,Revue de l'arbitrage 1887.II.409 jurisprudence administrative tunisienne II Tribunaux judiciaire 1er fascicule)1884-1905(éd CERP Tunis1983 p 44)n°15(, Cass Req Fr Hamida Ben Ayed ,27/03/1891 c/Gouvernement Tunisien Revue de l'arbitrage 1891 II 474 jurisprudence administrative tunisienne II Tribunaux judiciaire 1er fascicule)1884-1905(éd CERP Tunis1983 p 96)n°38(, Tribunal de la seine)Fr(30/06/1891, Héritiers Ben Ayed c/Bey de Tunis, journal des Tribunaux 1891,p226 jurisprudence administrative tunisienne II Tribunaux judiciaire 1er fascicule)1884-1905(éd CERP Tunis1983 p 106)n°43(: Cour d'appel de Paris 14/12/1893 journal des Tribunaux1894 p 38 jurisprudence administrative tunisienne II Tribunaux judiciaire 1er fascicule)1884-1905(éd CERP Tunis1983 p 149)n°62(Tribunal de Tunis 29/01/1913, revue de l'arbitrage ; II 296, note Marcel MOROND 1913 jurisprudence administrative tunisienne II -Tribunaux judiciaire 2eme fascicule)1906 éd CERP Tunis1985 p 289 et ss (1928 ,n°320(cour d'appel d'Alger,22/01/1914) Journal des Tribunaux 1914,326 et Revue de l'arbitrage 1914 II, 204 jurisprudence administrative tunisienne II Tribunaux judiciaire 2eme fascicule)1906-1928(éd (CERP 1985.p317 et ss)n°334

(4) أوضحت محكمة الاستئناف بتونس في قرارها عدد 57 بتاريخ 11/04/2000 (غير منشور)أنه"... من الجلي أن التحكيم المراد إقامته في قضية الحال بين طالبة التجريح و المطلوبة الأولى ينتمي إلى صنف التحكيم الدولي، ومن ثمة فهو خاضع إلى أحكام الفصل 58 من مجلة التحكيم التونسية، و هو النص الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وبوجه خاص على إجراءات المساعدة القضائية على تشكيل هيئة التحكيم وسهر محاكم الدولة على سلامة تركيبتها عملا بأحكام الفصل 2-47 من مجلة التحكيم الذي يقتضي أن أحكام هذه المجلة هي المنطبقة طالما كان مقر التحكيم موجودا بتونس علاوة على أن المبدأ العام يقتضي أن المحاكم الوطنية التابعة للدولة لا تطبق على الإجراءات المتخذة أمامها سوى قانونها الوطني احتراما للسيادة الدولة، حيث لا يعقل أن تخضع محاكم الدولة من حيث كيفية إقامتها للعدل إلى أحكام قانون أجنبي، و عليه فإن إشكاليات القيام بطلب التجريح في المحكم الدولي وآجال ذلك يضبطها القانون التونسي... ".

(5) Lotfi CHEDLY : " L'incidence du siège : sur le contentieux post-arbitral l4incohérence du Code Tunisien ", Revue de la jurisprudence et de la législation ,Avril 2002, spécial arbitrage,p.71.

(6) قرار غير منشور.

(7) المادة 43 من مجلة الأحكام العدلية: " العادة محكمة، يعني أن العادة عامة أو كانت أو خاصة تجعل حكما لإثبات حكم شرعي"، و أيضا المادة 37 من ذات المجلة: " استعمال الناس حجة يجب العمل بها". و يلاحظ الشارح سليم رستم باز اللبناني أن مصدر هذه القاعدة هو تكريس الاستحسان كمصدر من مصادر القانون الإسلامي لقوله صلى الله عليه وسلم: "ما استحسنه المسلمون فهو عند الله حسن"، و القاعدة حسب الشارح أن تجعل العادة حكما في الأمور التي لا نص لها (شرح المجلة،مطدار إحياء التراث العربي، بيروت 1986، طبعة ثالثة ص 34) لكن أبا يوسف يرى أنه إذا كان النص مبنيا على العادة والعرف فالعبرة للعرف والعادة، لأن النص المبني على العادة والعرف يتبدل بتبدلهما، فقال في ذلك إن "المعتبر العرف الطارئ لأنه لا يخالف النص بل يوافقه"، و يصح ذلك بالنسبة للتحكيم، لأن أحكامه، وخصوصا أحكام الثياب الثالث المتعلق بالتحكيم الدولي، مبنية بالأساس على الأعراف والتطبيق الدوليين.

(8) يلاحظ أن بعض القوانين الأجنبية لا تجيز للقضاة تولي التحكيم، أما القانون الجزائري فسكت عن هذه المسألة.

(9) تمييز حقوق رقم 64/68 لسنة 1968 (ص 705)، ذكره أيمن محمد أحمد المومني في كتابه "التحكيم بين القضاء والقانون"،ط دار الثقافة، عمان 2003، ص 40-41.

(10) يراجع خصوصا، كمال إعلوش قربوع: "التحكيم التجاري الدولي في الجزائر"، ط ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، الجزائر 2005.

(11) Ahmed MAHIOU note que l'Algérie pris une position méfiante à l'égard de l'arbitrage puis a connu une évolution ambiguë entre le rejet et la pratique de l'arbitrage. Voir, A.MAHIOU : " Quelque remarques sur les positions de l'Algérie en matière d'arbitrage international ", in ,mélanges offerts au doyen Sadok Belaid .éd

(12) نشر هذا القانون بالجريدة الرسمية ليوم23/04/2008 (17 ربيع الثاني 1429 هجرية) وبذلك يدخل حيز التنفيذ في 24/04/2009.

(13) حصل في بعض القضايا أن نص اتفاق الطرفين على وجوب المرور بمرحلة صلحية قبل الشروع في إجراءات التحكيم، ولدى نشر القضية التحكيمية تمسك المدعى عليه باختلال الإجراءات لعدم المرور بالطور الصلحي، و عرض الرجوع إلى قواعد قانونية سابقة الوضع، استنبط المحكمون وكان منهم المحكم الأردني الشهير حمزة حداد (وزير العدل السابق)حلا عمليا يتمثل في اقتراح عقد جلسات صلحية فورا لتدارك الخلل، و عندما تخلى ذلك الطرف نفسه فورا عن التمسك بالصلح وطلب من هيأة التحكيم المرور إلى البت في أصل النزاع.

(14) أثارت هذه المسألة جدالا واسعا في صفوف الفقه والقضاء في فرنسا في السنتين الأخيرتين، حيث إن نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية CCI لسنة 1998 نص مادته 34 على حصانة مؤسسة التحكيم و المحكمين و عدم إمكان مؤاخذتهم أو تتبعهم مدنيا من أجل الأعمال المتصلة بمهمة التحكيم، ووقع أن شركة SNF كانت أبرمت اتفاقية تحكيم مع شركة cytec سنة 1993، ثم نشب نزاع عرض على الغرفة التحكيمية بعد سنة 1998، وتطلب البث في النزاع التحكيمي زمنا طويلا مما أدى إلى تضخم تكاليفه، و على إثر إبطال حكم التحكيم من قبل القضاء البلجيكي، قامت شركة SNF بدعوى في المسئولية المدنية لغرفة التجارة الدولية متجاهلة الفصل 34 من نظام تحكيم الغرفة، فاعتبرت محكمة التعقيب الفرنسية أن الأصل هو تطبيق نظام التحكيم الجاري به العمل زمن إبرام اتفاقية التحكيم، غير أنه بالنسبة لتلك القضية تضمنت اتفاقية التحكيم اتفاقا على العمل بنظام التحكيم الذي سيكون ساريا زمن بدء التحكيم، أنظر:
Appel Paris,22/01/2009, SNF SAS ,c/Chambre de commerce international rep.Gen.n°07/19492 infirmant TGI Paris ,Revue de l'arbitrage 2007 ,10/10/2007

مع أن الأمر يتعلق بوقائع لا يعلمها سوى المحكمون ولا يمكن إثباتها دون سماعهم، وهذا الحل استثنائي ولا يمكن التوسع في أو القياس عليه في حالات أخرى.

(22) مقالنا بعنوان "استقلالية الإجراءات التحكيمية"، مجلة القضاء والتشريع، افريل 2002 (عدد خاص بالتحكيم)، ص 63.

(23) المادة 1048 من القانون الجزائري الجديد.

(24) تنص المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري الجديد على أنه "يمكن للأطراف، مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم".

في غياب التعيين وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يأتي:

1- رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر.

2- رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر.

وتضيف المادة 1042 انه "إذا لم تحدد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم، يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ".

(25) الفصل 78 من مجلة التحكيم التونسية، لكن يلاحظ أن لم يقع تكريس القاعدة العكسية، أي اعتبار رفض الإكساء بمثابة حكم بالإبطال.

(26) أحمد الورفلي:"التحكيم الدولي في القانون التونسي والقانون المقارن"ط مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2006 ص 290، وكذلك لنافس المؤلف "مجلة التحكيم معلق عليها"، ط مركز الدراسات القانونية والقضائية،تونس 2006، ص 397.

(27) Jean-François POUDRET et Sébastien BESSON : " Droit comparé de l'arbitrage international-" .éd Bruylant -LGDJ schulthess,2002 p 498 et ss n°545 et ss,Philippe FOUCHARD, Emmanuel " : GAILLARD et Berthold GOLDMAN Traité de l'arbitrage commercial international "éd Litec, Paris 1996, p 651 et ss ; lotfi chedly " Arbitrage commercial international et ordre public transnational," préface Kaltoum Meziou, éd CPU, Tunis : p 210 et ss ; catherine KESSEDJAN ,2002 ," Principe de contradiction et arbitrage " Révue de l'arbitrage 1995 ; n°3, p 380 où elle s'interroge si le principe de la contradiction se confond avec celui du respect des droits de la défense.

(28) وفي الفقه العربي يراجع مثلا: عبد الحميد الأحدب:"موسوعة التحكيم"، الكتاب الثاني: "التحكيم الدولي"، طمنشورات الحلبي الحقوقية بيروت 2008، ص 379 وما يليها.

(29) Voir notre chronique de jurisprudence tunisienne en matière d'arbitrage in Bulletin de l'association Suisse de p847, note Charles JARROSSON, petites Affiche 2008, n°60-61,p 32, note Eric LOQUIN, Dalloz 2007,p2916, note Thomas CLAY, Dalloz 2008, Panorama de jurisprudence 190, obs, Thomas CLAY.

(15) المادة 1032 بفقرتيها الأولى والثانية،

(16) المادة 1033 ومنطقيا يكون حكم التحكيم في هذه الصورة قابلا للطعن بالإبطال،

(17) المادة 1034

(18) Cour de Justice des communauté Européennes, Grande chambre, Alliaz SpA c./West Tankers Inc -http://curia.europa.eu/jurisp/cgi in/gettext.pl?where=&lang=fr&num=799 09789C190701858=T&ouvert=T&seance ARRET=.

(19) لطفي الشاذلي:"التصدي للمماطلة والتعطيل في التحكيم الدولي (دراسة مقارنة مع التحكيم الداخلي)"، المجلة القانونية التونسية 2004، ص 101، أحمد الورفلي:"استقلالية الإجراءات التحكيمية"، مجلة القضاء والتشريع، افريل 2002، عدد خاص "تحكيم" ص63.

(20) Appel Paris 18/11/1987, Revue de l'arbitrage 1988p371 3è espèce infirmant le jugement du Tribunal de Grande instance de Paris du 30/05/1986, Revue de l'arbitrage 1988.p 371 ; 1ere espèce, dans lequel le tribunal a affirmé qu'il était autorisé à suspendre la procédure d'arbitrage organisée par la chambre Arbitrale de Paris au motif qu' " il existe sérieux que ne puissent être données à chacune des parties les garanties essentielles, destinés à assurer un procès équitable ". La cour d'Appel de Paris a " affirmé qu'il appartient aux arbitre d'assurer eux-mêmes " les conditions d'un procès équitable " Cf, Philipe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN : " Traité de l'arbitrage commercial international ".2d Litec Paris 1996 p 482-483 n°790.

(21) اعتبرت محكمة الاستئناف بتونس في إحدى القضايا أنه يجوز لها التحرير على المحكمين أو على الأقل على رئيس هيئة التحكيم لاستيضاحه حول كيفية إجراءات التحكيم بعد أن اتضح لها من مراجعة حكم التحكيم والوثائق المقدمة أن أحد المحكمين لم يتوقع على حكم التحكيم وتمسك بأنه لم يقبل مهمة التحكيم أبدا ولم يشارك في أي عمل من أعمال التحكيم، وهو لم يتسن إثباته ولا نفيه لعدم تحرير أي محضر جلسة لتدوين موقع في جلسات التحكيم، ولم يتسن للمحكمين أو على الأقل على رئيس هيئة التحكيم لاستيضاحه حول كيفية إجراءات التحكيم بعد أن اتضح لها من مراجعة حكم التحكيم والوثائق المقدمة أن أحد المحكمين لم يتوقع على حكم التحكيم وتمسك بأنه لم يقبل مهمة التحكيم أبدا ولم يشارك في أي عمل من أعمال التحكيم، وهو لم يتسن إثباته ولا نفيه لعدم تحرير أي محضر جلسة لتدوين موقع في جلسات التحكيم، ولم يتسن للمحكمة التوصل إلى تكوين قناعة حول حقيقة هذا الأمر من خلال ما توفر لديها باعتبار أن حكم التحكيم اقتصر على عبارة "وبعد المفاوضة القانونية" ثم ذكر بآخره بأن المحكم المعني "رفض الإمضاء"، ولم تلجأ المحكمة إلى الحل المبين أعلاه إلى لتعذر اثبت في النزاع بما توفر لديها من حجج

(30) محكمة الاستئناف بتونس، قرار عدد 39 بتاريخ 15/06/1999، مجلة القضاء والتشريع أفريل 2001، عدد خاص بالتحكيم ص 129.

(31) Great Britain, arbitration ACT 1996 : " The arbitral proceedings.

33 General duty of the tribunal

-1 The tribunal shall

a- act fairly and imparcially as between the parties, giving each party a reasonable opportunity of putting his case and dealing with that of his opponent, and

b- adopt procedures suitable to the circumstances of the particular case, avoiding unnecessary delay or expense, so as to provide a fair means for the resolution of the matters falling to be determined.

-2 the tribunal shall comply with that general duty in conducting the arbitral proceedings, in its decisions on matters of procedure and evidence and in the exercise of all other powers conferred on it".

(32) أحمد الورفلي:"التحكيم الدولي..."، مرجع سابق ص 454.

(33) قرار غير منشور

(34) قرار منشور بمجلة القضاء والتشريع أفريل 2001، عدد خاص بالتحكيم ص 171.

(35) في نفس المعنى، عبد الحميد الأحدب:"المبادئ التي ترعى سير المحاكمة التحكيمية وقواعد الاثبات"، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد 9 ص 26، وخصوصا ص 29 حيث اعتر أن القواعد الآمرة في إجراءات المحاكمة التحكيمية ثلاثة وهي: الوجاهية (المواجهة) واحترام حقوق الدفاع والمساواة بين أطراف النزاع.

(36) قرار غير منشور،

(37) محكمة الاستئناف بتونس، قرار عدد 39 بتاريخ 15/06/1999، مجلة القضاء والتشريع افريل 2001 عدد خاص بالتحكيم ص 129.

(38) Jan PAULSSON : " The contribution of English and American legislation " .p104

(39) Lord Halsbury L C, Andrews v Mitchell)1905(AC78 at p 80 See Anthony WALTON and Mary VICTORIA, PH D LLB:"Russel on the Law of arbitration"20th edition, Stevent&Sans ,Lonvdon 1982, p214.

(40) قرار غير منشور.

(41) يتأكد من الفقه المقارن ومن كتابات أهل التطبيق التحكيمي أن الأصل في التحكيم هو عدم إجراء جلسات إلا إذا وجد طلب في ذلك من الأطراف أو من أحدهم على الأقل. يراجع مثلا:

Alan REDFERN et Martin HUNTER, avec le concours de Murray SMITH : " Droit de l'arbitrage commercial international ,"

traduit de l'anglais par Eric ROBINE, éd .LGDJ,Paris 1994 2ème édition,p280

(42) وهو عين رأي الفقه الجزائري قبل قانون سنة 2008، أنظر مثلا: كمال إغليوش قربوع، مرجع سابق ص 49 وفي القانون المقارن، يراجع الفصل 64 من مجلة التحكيم التونسية.

(43) قرار غير منشور

(44) يراجع، حول مجمل هذه المسألة، مقالنا بعنوان "استقلالية الإجراءات التحكيمية"، مجلة القضاء والتشريع أفريل 2002، عدد خاص بالتحكيم، ص 63.

(45) محكمة الاستئناف بتونس، قرار عدد 51 بتاريخ 15/02/2000، غير منشور.

(46) حول معضلة الموقف "السلبي" الذي تتبناه المحاكم العربية أحيانا من التحكيم، يراجع مثلا:

Jalal El AHDAB : " Arab Arbitration v.international Arbitration? The Case for a Reconciliation ".Journal of international .arbitration, volume 25/11/2008. 275

(47) اعتبرت محكمة التعقيب التونسية أن قاعدة إحالة الملف إلى النيابة العمومية عند إثارة دفع جزائي لا تتطبق على المحكمين، محكمة التعقيب، قرار عد 2001/10965 بتاريخ 22/01/2001، غير منشور: "خلافا لما دفعن به الطاعنة فإنه ليس من المفروض على محكمة الحكم المعقب عرض الملف على النيابة العمومية لمجرد الدفع بزور الكشف المؤرخ في 15/08/1999 دون أن تقوم بإثارة تتبعات جزائية ضد المعقب ضدها تستلزم توقيف النظر في النزاع، وطالما لم يتعد التمسك بالزور نطاق الدفع المجرد فإن تعليل الحكم المعقب في رده وعدم الأخذ به طريقه واقعا وقانونا بما يبرر رد هذا المطعن لعدم وجاهته".

(48) في محاولة لتدوين مبادئ القانون التجاري الدولي lex mercatoria أكد المشرفون على موقع وأب جامعة كولونيا.....أنه يوجد مبدأ..... No suspension of arbitration..

(49) مصطفى صخري: "عوارض الخصومة التحكيمية"، مجلة القضاء والتشريع، أفريل 2002، عدد خاص "التحكيم" ص 107.

(50) ..... Le : Ahmed OUERFELLI, cf pénal, tient-il l'arbitral en l'état ? ".Revue de la jurisprudence et de la .....Législation,.....2005,p

(51) يمكن أن تعد الأمثلة بالآلاف، لكن يمكن مراجعة الرأي المخالف الذي صدر سنة 1958 عن المحكم حسن الحبشي في قضية شركة أرامكو ARAMCO الأمريكية ضد المملكة العربية السعودية.

(52) Article 2 A . international origin and general principles)As adopted by the commission at its thirty-ninth session, in (2006:

(1) " in the interpretation of this Law, regard is to be had to its international origin and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good .faith

(2) Questions concerning matters governed by this Law which are not expressly settled in it to be settled in conformity with the general principles on which this Law is .based

(53) Tribunal fédéral Suisse 9/02/2009, arrêt dont les considérants viennent d'être publiés sur Internet -http://jumcgi.bger.ch/cgi-ch/cgi) bin/jumpCGI?d=09.02.2009 4A .400/2008 rédigé en français, non destiné à la publication : " En Suisse, le droit d'être entendu se rapporte surtout à la constatation des faits. Le droit des parties d'être interpellées sur des questions juridiques n'est reconnu que de manière restreinte. En règle générale, selon l'adage jura novit curia, les tribunaux étatiques ou arbitraux apprécient librement la portée juridique des faits et ils peuvent statuer aussi sur la base de règles de droit autres que celles invoquées par les parties. En conséquence, pour autant que la convention d'arbitrage ne restreigne pas la mission du tribunal arbitral aux seuls moyens juridiques soulevés par les parties, celles-ci n'ont pas être entendues du tribunal arbitral aux seuls moyens juridiques soulevé par les parties, celles-ci n'ont pas être entendues de façon spécifique sur la portée à reconnaître aux règles de droit. A titre exceptionnel, il convient de les interpeller lorsque le juge ou le tribunal arbitral envisage de fonder sa décision sur une norme ou une considération juridique qui n'a pas été évoquée au cours de la procédure et dont les parties ne pouvaient pas supputer la pertinence)...(Au demeurant, savoir ce qui est imprévisible est une question d'appréciation. Aussi le tribunal fédéral se montre-t-il restrictif dans l'application de ladite règle pour ce motif et parce qu'il convient d'avoir égard aux particularités de ce type de procédure en évitant que l'argument de la surprise ne soit utilisé en vue d'obtenir un examen matériel de la sentence par l'autorité de recours (consid.3.1(.)54)."

Ahmed OUERFELLI, note sous cass. Tun n° 73..... du 23/02/2000, Revue de .l'arbitrage 2000.n°3,p 597

الوساطة القضائية

لوشان علي *

بسم الله الرحمان الرحيم
(و كذلك جعلناكم أمة وسطا لتكونو شهداء على الناس و يكون الرسول عليكم شهيدا) (صدق الله العظيم) سورة البقرة الأية 143.

مقدمة : إن الوسطية والاعتدال أسلوب تهواه النفس وتحبذه، فقد اهتدى الإنسان منذ الأزل في فض نزاعاته الى الطرف الودية، وإذا كان التقاضي سلوكا حضاريا في حل الخصومة بين الأفراد والجماعات ، فإن الطريق البديل كالصلح او التحكيم او الوساطة القضائية، أعمق من ذلك، فهو سلوك إنساني يهدئ البال ويبعث الطمأنينة في النفس البشرية فيقضي على الضغائن التي تولدت عن الخصومة، لأن الخصم يساهم بشكل رئيس في صنع الحكم او القرار الناتج عن هذه البدائل وبالتالي ينفذه عن قناعة ورضا، فلا يتم صلحا دون رضا الخصوم ولا تحكيم الا باختيار هم أو وساطة الا بموافقتهم واتفاقهم على نتائجها.

و على هذا الأساس أدرك فقهاء وسوسيولوجيو القانون مدى نجاعة الطرق البديلة في حل الخصومات التي أثقلت كاهل السلطة القضائية في كل بلاد العالم، فقدموا في شأنها رسائل وبحوث أخذت بها كل التشريعات وأدرجتها في منظومتها القانونية. ومن بينهم المشرع الجزائري الذي قنن الصلح والتحكيم من قبل ثم الوساطة القضائية أخيرا وهي موضوع بحثنا الحالي :

مفهوم الوساطة: لم يعط المشرع الجزائري مفهوما خاصا للوساطة القضائية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08/09 الصادر بتاريخ 25/02/09 غير أنه يمكن أن يستشف من مواده : 994 الى 1005، و أنها طريقة لحل النزاعات القضائية وديا خارج دوائر القضاء باقتراح من القاضي و موافقة الخصوم.

خصائصها: تتميز الوساطة القضائية بخصائص أهمها:

01- سهولة إجراءاتها فهي غير مقيدة بشروط مسبقة.

02- تقريب وجهات نظر طرفي الخصومة حول النزاع كله او بعضه.

03- تكتسي طابع السرية في الحوار بين الطرفين بعيدا عن علانية الجلسات القضائية.

04- تحقيق الطمأنينة و هدوء نفس المتخاصمين.

05- تفادي المقاضاة على درجات مما يوفر الجهد والمال على المتقاضين .

06- إنهاء الخصام بأسرع الأوقات وبأقل التكاليف.

07- تتسم بالرضا على الاتفاق دون سلطة أو إملاء ، مما يسهل تنفيذ الاتفاق دون إشكال.

08- إنهاء النزاع بمحضر اتفاق يصادق عليه القاضي بأمر غير قابل للطعن.

09- تحد من كثرت الملفات القضائية وتراكمها في مستوى درجات التقاضي .

مجال الوساطة: تتناول الوساطة وجوبا جميع القضايا المطروحة أمام القضاء باستثناء قضايا شؤون الأسرة والقضايا العمالية وكل ما يمس بالنظام العام .

الاستثناءات: استثنى المشرع من الوساطة القضائية:

أولا: قضايا شؤون الأسرة التي خصها بنصوص وإجراءات كما هو مبين في المواد 423 الى 498 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، أن هذا الاستثناء مرده إلى البعض من هذه القضايا تخضع الى الصلح الذي يتم تحت إشراف القاضي و هو طريق بديل، والبعض الأخر يتعلق بالنسب والأهلية والولاية على القاصر وأموالهم أيضا وغيرها من القضايا التي تتعلق بالأشخاص فأخرجها المشرع من دائرة الوساطة وخص بها القاضي بحكم درايته بالإجراءات وأحكام القانون العامة والخاصة .

ثانيا: القضايا العمالية: لقد أحاط المشرع هذا النوع من القضايا بمجموعة من الشكليات القانونية،تحت طائلة البطلان ، محكمة جماعية يشارك فيها ممثلي العمال وارباب العمل، مصالحة مسبقة، وساطة طبقا للمادة 10 من القانون 90/02 المتعلق بالنزاعات الفردية، وكلها طرق بديلة لا يمكن تكرارها عن طريق الوساطة بمفهوم المادة 994 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ومن ناحية أخرى أن الإجراءات الشكلية التي استوجبها المشرع، لايمكن إسنادها الا للقاضي بحكم اختصاصه والسلطات التي يتمتع بها حماية لحق العامل .

ثالثا: القضايا التي تمس بالنظام العام : فلا يجوز التوسط في حق النفقة ولا يمكن تقريب وجهات النظر في مسألة الأهلية أو نسب الولد او الجنسية ،إذا لايمكن الاتفاق على مخالفة القانون والنظام ، كما لا يجوز الاتفاق على الأملاك العامة للدولة لانها خارجة عن دائرة التعامل .

وجوبية عرض الوساطة: أوجب المشروع عرض الوساطة القضائية على الخصوم في كل القضايا المطروحة عدا الاستثناءات المذكورة أنفا، وفي هذا السياق أصبح القاضي ملزما بعرضها على الخصوم وإلا كان حكمه مشوبا من الناحية الشكلية، وشرط الأخذ بها معلق على موافقة الخصوم ، وخلاف ذلك تستمر إجراءات الدعوى بصورة عادية وفقا للقواعد العامة ، وفي حالة قبولها يعين القاضي وسيطا، والملاحظ أن موافقة الخصوم تقتصر على الوساطة دون الوسيط، فالقاضي له كامل الصلاحيات الواسعة في اختيار الوسيط الذي يراه مناسبا.

هل عرض الوساطة يتوقف عند المحكمة أم أنها تمتد إلى المجلس كدرجة ثانية : ان النصوص القانونية المتعلقة بالوساطة القضائية جاءت عامة فما يمكن تطبيقه في مستوى المحكمة يصح على المجلس القضائي فقد لا يتفق الخصوم على الوساطة امام المحكمة ، ويرضون بها أمام المجلس بعدما يكل الطرفين ويدركان طول الاجراءات وتعقيداتها وكثرة التكاليف.

واذا كان الصلح كبديل يصح في كل مستويات التقاضي فلا ضرر ان تكون الوساطة طالما ان الغاية واحدة وهي فض النزاعات بأقصر الطرق وبأقل التكاليف سواء بالنسبة للمتقاضين او لأجهزة القضاء.

متى تعرض الوساطة؟: ان عرض الوساطة على الخصوم لا يحول القاضي دون مراقبة الدعوى ليس فحسب من حيث الاستثناءات الواردة بنص المادة 994 من ق ا م، فله ان يراقبها من الناحية الشكلية ومدي احترام المدعين للشروط الواجب قانونا، قبل عرض الوساطة على المتخاصمين ، فإذا ظهر له عيب كمخالفة المادة 15 ق ا م والإدارية مثلا وليس حصرا ، يقضي برفضها شكلا ، وإذا لم يتوفر شرط الأهلية او الصفة او المصلحة حكم برفض الدعوى ولا يعرض الوساطة على المتخاصمين .

موضوع الوساطة: قد تتناول الوساطة موضوع الخصومة بصورة كلية أو جزء من النزاع فقط ، وهذا ما جاءت به المادة 995 من ق ا م والإدارية ، ويمكن أن يستشف من هذا النص حالتين : الأولى إمكانية قبول الخصوم بمبدأ الوساطة في الموضوع كله كما يجوز اتفاقهم على التوسط في البعض منه اذا كان قابلا للتجزئة ، أما الحالة الثانية تأتي بعد تقريب وجهات النظر بين المتخاصمين واتفاقهم على جزء من الخصومة دون البعض الآخر ويترتب على هذا صدور أمر من القاضي غير قابل لأي طعن في الجزء المتفق عليه، أما الجزء الباقي من موضوع

الخصومة فتتبع في شأنه القواعد العامة في الإجراءات ويصدر بخصوصه حكم قضائي قابل للطعن بالطرق العادية وغير العادية.

هل يتخلى القاضي على الخصومة بمجرد تعيين الوسيط؟: إن الوساطة وان كانت تتم خارج دوائر القضاء إلا ان هذا لا يعني تخلي القاضي عن الخصومة، بل له كل الصلاحية في اتخاذ التدابير التي يراها مناسبة لإنجاح الوساطة (م 995) وعلى الوسيط إخطار القاضي بكل الصعوبات التي تعترض مهامه بغرض تذليلها من طرف القاضي لما له من سلطات (م 1001).

الوسيط: لا يمكن الحديث عن الوساطة دون الوسيط، وهو الشخص المشهود له بكل الصفات الحميدة، يختاره القاضي ليسهر على تقريب رأي الطرفين ويعمل على تلطيف أجواء النزاع التي كانت مشحونة بالخلافات والضغائن، مستعملا كفاءته وكل قدراته للوصول إلى حل يرضي طرفي الخصومة.

الشروط التي ينبغي توافرها في الوسيط: ان مهمة الوساطة تسند إما لشخص طبيعي او إلى جمعية التي يقوم رئيسها بتعيين احد أعضائها بتنفيذ أعمال الوساطة باسمها ويخطر القاضي بهذا التعيين (المادة 997 من قانون الإجراءات المدنية والإداري).

وقد استوجب المشرع الشروط التالية:

1- أن يكون معترفا له بحسن السلوك والاستقامة.

2- ألا يكون مسبوقا قضائيا في جناية أو جنحة باستثناء الجرائم غير العمدية.

3- الا يكون مسيرا محكوم عليه بالإفلاس ولم يرد اعتباره.

4- الا يكون ضابطا عموميا تم عزله.

5- الا يكون محاميا تم شطبه.

6- الا يكون موظفا عموميا تم عزله بمقتضى إجراء تأديبي نهائي.

7- ان يكون متمسا بالحياد والاستقلالية والنزاهة وله من الكفاءة والقدرة على حل النزاعات التي يضطلع بها.

***الملاحظ أن المادة 998 ق ا م تعرضت إلى الشروط التي ينبغي توافرها في الشخص الطبيعي دون عضو الجمعية الذي يعينه رئيسها، فقد لا تتفق شروط هذا النص مع شروط الجمعية لقبول أعضائها وبالتالي يصبح هذا العضو غير مؤهل للقيام بمهام الوساطة.

كيفية التحقق من هذه الشروط في الشخص الطبيعي: يتم ذلك عن طريق لجنة الانتقاء التي يرأسها رئيس المجلس القضائي وعضوية النائب العام لدى المجلس ورؤساء المحاكم التابعة للمجلس، فتحال ملفات الترشح، على اللجنة عن طريق النائب العام بعد إجراء تحقيق إداري من طرفه حول الشخص المترشح لدراستها وانتقاء من تتوفر فيهم الشروط المذكورة آنفا، ثم تعد قائمة بأسماء الأشخاص المنتقين وترسل إلى وزير العدل حافظ الأختام، لتعيين الوسيط بموجب قرار وزاري، وقبل ممارسة الوسطاء مهامهم يؤدون اليمين القانونية امام الجهات القضائية بالمجلس، ويصبح هؤلاء وسطاء محلفون.

مراجعة قوائم الوسطاء: تعد قائمة الوسطاء المعنيين في مستوى كل مجلس قضائي، وتراجع سنويا من طرف لجنة الانتقاء خلال شهرين من افتتاح كل سنة قضائية، ويسجل الوسيط في قائمة واحدة تحت طائلة شطبه.

تعيينه للوساطة: يعينه القاضي من بين الوسطاء المسجلين بالقائمة لكل مجلس قضائي، بموجب أمر يذكر فيه على وجه التحديد:

01- موافقة الخصوم على الوساطة كحل بديل للنزاع.

02- تحديد الأجل الأول للوسيط للقيام بمهامه شريطة ألا يتعدى ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ تبليغه بأمر التعيين، ويمكن تجديد نفس المدة لمرة واحدة بطلب من الوسيط وموافقة الخصوم، ويمكن تعيين الوسيط استثناء لممارسة مهامه خارج اختصاص المجلس المسجل به، كما يجوز للجهة القضائية ان تعين في حالة الضرورة وسيطا غير مسجل في القوائم المنتقاة ويؤدي اليمين أمام القاضي الذي عينه.

هل الوسيط ملزم بتنفيذ أمر التعيين أم معلق على شرط موافقته: لقد جاء في المادة 1000 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن التعيين خاضع لقبول الوسيط وفي كل الحالات يقوم هذا الأخير بإخطار القاضي بقبول المهمة أو عدمها دون تأخر، وإذا كان النص القانوني لم يطلب تسبيبا لرفضه المهمة، إلا أن قواعد العدالة تتطلب من الوسيط سبب اعتذاره، طالما انه قبل أن يكون وسيطا قضائيا.

هل يمكن رد الوسيط القضائي: طالما ان الخصوم ليس لهم رأي في اختيار الوسيط، الا انه بإمكانهم رده اذ بدى لهم مانع قانوني او أدبي يحول دون تحقيق مبدأ النزاهة والحياد، فيخبرون القاضي على الفور بهذه الأسباب والموانع التي لا تحقق الغاية المرجوة من الوساطة، فيقوم بإنهاء وساطة ذلك الشخص، ويمكن ان يعين وسيط آخر مادام للأجل بقية ومبدأ الموافقة على الوساطة ما يزال قائما، وذلك تحقيقا للغاية التي توخاها المشرع من هذا الطريق البديل.

مهام الوسيط: لم يقيد الوسيط بإجراء معين أثناء وساطته بين طرفي الخصومة عدا احترام الأجل الذي لا يتجاوز ثلاثة أشهر، فيدعو المتخاصمين لتلقي وجهات نظر كل واحد منهم ولا يهم وسيلة التلقي سواء كانت مكتوبة او شفاهية، وله ان يسمع أي شخص يرى في سماعه فائدة للقضية، وهذا بعد موافقة الشخص المراد سماعه وقبول الخصوم بذلك، ويندرج في هذا الإجراء سماع المترجمين لذوي الاحتياجات الخاصة من الأطراف المتخاصمين بعد إخطار القاضي الذي يتخذ كل التدابير المناسبة لتذليل العقبات المعترضة.

هل للوسيط أتعاب مقابل وساطته: لم يبين المرسوم التنفيذي رقم 09/100 في مادته 12 أتعاب الوسيط على وجه التحديد بل تركها لتقدير القاضي الذي عينه، وللوسيط أن يطلب تسبيقا على أن يخصم من أتعابه النهائية.

من يتحمل أتعاب الوساطة: أشارت المادة 12 من المرسوم المذكور أعلاه إلى تحملها من قبل طرفي الخصومة مناصفة ما لم يتفق الخصوم على خلاف ذلك، او يقرر القاضي نسبة اقل من النصف لأحد الطرفين بالنظر لوضعيته الاجتماعية، ويمنع على الوسيط تلقي أتعاب غير التي يحددها القاضي له، وخلاف ذلك يتعرض للشطب.

مسؤولية الوسيط: إذا كان للوسيط حقا في الأتعاب يتحملها الخصوم، فبالمقابل عليه واجبات وهي احترام أجل الوساطة وبذل عناية الرجل القدير المتحلي بالنزاهة والحياد تماشيا واليمين القانونية التي أداها، وإلا تعرض للشطب من قائمة الوسطاء القضائيين، واذا كان المرسوم التنفيذي 09/100 قد أشار الى شطب الوسيط من قائمة الوسطاء فقط عند افتقاده لأحد شروط تعيينه او التقاعس في أداء مهامه او تسجيله في أكثر من قائمة أو إفشاء السر تجاه الغير، فإن هذا لا يعفيه من تحمل المسؤولية طبقا للقواعد العامة حالة الإضرار بالخصوم أو بالمجتمع.

تحقيق الوساطة من عدمها: إن للوساطة مجال زمني لا يتعد ثلاثة أشهر ويمتد لنفس الفترة مرة واحدة، فإما أن تتحقق الغاية المتوخاة منها وعندها يحرر الوسيط محضرا بما اتفق عليه يوقعه بمعية الخصوم وترجع القضية إلى الجلسة المحددة لها مسبقا من طرف القاضي الذي يصادق على محضر الاتفاق بموجب أمر غير قابل للطعن ويصبح قابلا للتنفيذ.

وإما فشل الوساطة لعدم اتفاق الخصوم واستحالة مواصلتها، وفي هذه الحالة يمكن لكل الأطراف إنهاءها سواء من القاضي تلقائيا أو بطلب من الوسيط او من الخصوم، وحينها تعاد القضية للجلسة بحضرها الوسيط والخصوم باستدعاء عن طريق أمين الضبط، لمواصلة إجراءات الدعوى طبقا للقواعد العامة وتنتهي بحكم قضائي يكون قابلا للطعن بالطرق العادية وغيرها.

* محام بمنظمة سطيف

هرادة عبد الكريم *

الصلح و الوساطة كبدائل جديدة لفض المنازعات القضائية في القانون الجزائري

يقول الله تعالى: " لا خير في كثير من نجواهم إلا من أمر بصدقةٍ أو معروف أو إصلاح بين الناس ، ومن يفعل ذلك ابتغاء مرضات الله فسوف نؤتيه أجراً عظيماً"النساء 114

يقول الله تعالى: "إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ" الحجرات10

و في الحديث الذي رواه الإمام الترمذي عن أبي الدرداء رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (ألا أخبركم بأفضل من درجة الصيام والصلاة والصدقة ؟ قالوا : بلى ، قال : إصلاح ذات البين فإن فساد ذات البين هي الحالقة، لا أقول تحلق الشعر ولكن تحلق الدين).

هكذا حضت الشريعة الإسلامية في مصادرها المختلفة على الإصلاح وحثت على فض المنازعات بين المؤمنين خاصة و الناس عامة مبينة الدرجة الرفيعة والأجر العظيم الذي ينالـه المصلح،لأن الصلح قبل كل شيء من مكارم الأخلاق التي لا تضاهيها إلا العبادة وتعظيم أمر الله فقد قال الشاعر :

إن المكارم كلها لو حصلت **** رجعت جملتها إلى شيئين

تعظيم أمر الله جل جلاله **** والسعي في إصلاح ذات البين

والتشريعات الأنجلوسكسونية عامة والأمريكية بالخصوص أخذت بالطرق البديلة لحل المنازعات منذ أمد ، والمشرع الجزائري الذي تأثر بقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد بهذه القوانين بحد بعيد استحدث مكانات قانونية بديلة لحل المنازعات القضائية وضمنها على وجه الخصوص الكتاب الخامس منه .

والمشرع الجزائري إنما استحدث هذه البدائل سعيا منه للحد من حجم المنازعات التي باتت تثقل كواهل القضاة وتؤثر على مردود الأحكام النوعي بالتقليص منها وحلها بهذه بالبدائل ما أمكن . كما كان يهدف إلى سرعة الفصل في المنازعات واجتناب إطالة أمدها بالأخذ والرد وبالطعون التي يمكن ان تلحق الاحكام الصادرة فيها متى كانت قابلة للحل بالطرق البديلة المتمثلة في الصلح والوساطة باعتبارهما من أساس عقيدة ودين المجتمع الجزائري المسلم ومن عاداتها وتقاليده العريقة ، فالعقلية الجزائرية كثيرا ما تفضل الاحتكام إلى هذه الطرق لفض المنازعات سواء بالمجالس العائلية او بالجماعة او ما يصطلح عليه في بعض مناطق الوطن "تاربعت" او "تاجمعت" .

كما يمكن أن يستخلص من نية المشرع أنه قد لجأ إلى استحداث هذه البدائل للمحافظة على كيان المجتمع بتجنيبه الأحقاد والضغائن التي قد تنشأ عن المنازعة القضائية بدليل أنه كان قد نص في التعديل الأخير لقانون العقوبات على طرق مشابهة لإنهاء الدعوى العمومية في الجرائم المتعلقة بالأسرة وبشرف واعتبار الأشخاص وحرمة الحياة الشخصية ، وبعض المخالفات التي لا تشكل إخلالا خطيرا للنظام العام.

والمشرع الجزائري إنما لجأ إلى تقنين هذه البدائل مواكبة لحركة المجتمع وتطوره وتماشيا مع ما تفرضه الإتجاهات الجديدة للتشريع الإجرائي الجزائري غير اننا سنتناول في هذا المقال الصلح والوساطة دون التحكيم كطرق مستحدثة في التشريع الإجرائي الجزائري كون التحكيم بالحقيقة ليس جديدا كما أن له أحكاما خاصة لا تدخل تحت عنوان مقالنا هذا.

أولا: الصلح :

1- الصلح عامة :

نصت عليه المواد 990 إلى 993 من القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الإدارية ، وهو على العموم إجراء جوازي يمكن ان يعرض من الخصوم الذين يجوز لهم التصالح تلقائيا ، كما يمكن أن يتم بسعي من القاضي .

والصلح غير مقيد بمدة معينة إذ يمكن اللجوء إليه في أي مرحلة كانت عليها الخصومة.

والقاضي بما له من سلطة تقديرية هو الذي يحدد الزمان والمكان اللذين يراهما مناسبين لإجراء الصلح مالم توجد نصوص خاصة تقرر خلاف ذلك.

والصلح غير مقيد بمادة معينة إذ يمكن اللجوء إليه في أي مادة كانت بصريح المادة 04 من القانون 09/08 اللهم الاستثناءات المتعلقة بالقواعد الخاصة بالمادة الإدارية .

2- تثبيته:

نصت المادة 992 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد على أنه يقبت الصلح في محضر يوقع عليه الخصوم والقاضي وأمين الضبط ويودع بأمانة ضبط الجهة القضائية.

3- آثاره :

- للصلح أثر منه للخصومة طبقا للمادة 220 من قانون 08/09 .
- يأخذ محضر الصلح نفس قيمة وحجية الحكم القضائي .
- يصبح محضر الصلح سندا تنفيذيا بمجرد التأشير عليه من طرف القاضي وإيداعه بأمانة الضبط طبقا للمواد 600 فقرة 08 و 993 .

ثانيا: الوساطة :

1- الوساطة عامة:

نصت عليه المواد من 994 إلى 1005 من القانون الجديد .

و الوساطة عكس الصلح فهي إجراء وجوبي على القاضي القيام بها في الجلسة الأولى، وهي جائزة في جميع المواد باستثناء قضايا شؤون الأسرة والقضايا العمالية على اعتبار أن لها إجراءات خاصة بها. كما أنها لا تجوز في كل ما من شأنه أن يمس بالنظام العام.

و الوساطة يمكن ان تمتد إلى النزاع كله كما يمكن أن تنصب على جزء منه فقط.

2- مدتها :

حدد المشرع في المادة 996 مدة الوساطة بثلاثة أشهر قابلة للتجديد لنفس المادة مرة واحدة بطلب من الوسيط إذا ما اقتضى عمله ذلك شرط موافقة الخصوم ; و السلطة التقديرية للقاضي في التمديد.

3- الشروط الواجبة في الوسيط :

أ- الشروط الموضوعية :

يمكن ان تسند الوساطة إلى شخص طبيعي كما يمكن ان تسند إلى جمعية ، وعندما تسند إلى هذا الأخيرة يقوم رئيسها بتعين أحد اعضائها بتنفيذ الإجراء باسمها ويخطر القاضي بذلك .

و يجب أن تتوفر في الشخص الطبيعي المكلف بالوساطة فضلا عن حسن السلوك الإستقامة الشروط التالية :

- أن لا يكون قد تعرض إلى عقوبة عن جريمة مخلة بالشرف
- أن لا يكون ممنوعا من ممارسة حقوقه المدنية
- أن يكون مؤهلا بالنظر غ في المنازعة المعروضة عليه
- أن يكون محايدا ومستقلا في ممارسة الوساطة

و نصت المادة 998 المتضمنة كيفية تعين الوسيط وشروطه على ان كيفيات تطبيقها ستحدد لاحقا عن طريق التنظيم.

ب- الشروط القانونية :

- أن تصدر في شكل أمر يقضي بتعيين الوسيط.
- أن يتضمن الأمر موافقة الخصوم.
- أن يتضمن الأمر تحديد الآجال الأولى الممنوحة للوسيط للقيام بمهمته.
- و أن يتضمن تاريخ رجوع القضية إلى الجلسة.

3- صلاحيات الوسيط و التزاماته:

عندما ينطق بالأمر القاضي بتعيين الوسيط يقوم أمين الضبط بتبليغ نسخة منه للخصوم وللوسيط و على هذه الأخير أن يخطر القاضي دون تأخير بقبوله مهمة الوساطة ويستدعي الخصوم إلى أول لقاء للوساطة.

يجوز للوسيط بعد موافقة الخصوم سماع كل شخص يقبل سماعه ويرى في سماعه فائدة لتسوية النزاع.

في حالة الاتفاق يحرر الوسيط محضرا يضمنه محتوى الاتفاق ويوقعه مع الخصوم.

يلتزم الوسيط بحفظ السر إزاء الغير وأن يخبر القاضي بما توصل إليه الخصوم من اتفاق أو عدمه.

4- رقابة القاضي للوساطة وأعمال الوسيط:

يمكن للقاضي في أي وقت إنهاء الوساطة بطلب من الوسيط أو الخصوم كما يمكن له إنهائها تلقائيا عندما يتبين له استحالة السير الحسن لها.

يجب في جميع الحالات ان ترجع القضية إلى الجلسة ويستدعى الوسيط والخصوم عن طريق أمانة الضبط.

يجب أن ترجع القضية للجدول بالتاريخ المحدد لها مسبقا من قبل القاضي.

5- تثبيت الاتفاق:

عندما يتوصل الوسيط إلى اتفاق يحرر محضرا بمحتوى ذلك الاتفاق يوقعه مع الخصوم، وبعد رجوع القضية للدول يقوم القاضي بالمصادقة على محضر الاتفاق بموجب أمر غير قابل لأي طريق من طرق الطعن.

6- آثار الوساطة :

لا يترتب عن الوساطة تخلي القاضي عن القضية وبالتالي يمكنه اتخاذ أي تدبير يراه ضروريا في أي وقت.

في حالة نجاح الوساطة يعد محضر الاتفاق بعد المصادقة عليه من القاضي سندا تنفيذيا ويسود نفس حجية الحكم القضائي طبقا لنص المادة600 فقرة 08 و المدة 1004 من القانون 09/08.

مقاربة

و في ختام المقال نعرض لهذه المقاربة بين الصلح و الوساطة من حيث أوجه الشبه والاختلاف.

1- أوجه الشبه

- كلاهما له أثر منهي للخصومة إذا ما تم نجاحهما.
- كلاهما لهما نفس حجية الحكم القضائي.
- كلاهما سند تنفيذي.

2- أوجه الاختلاف :

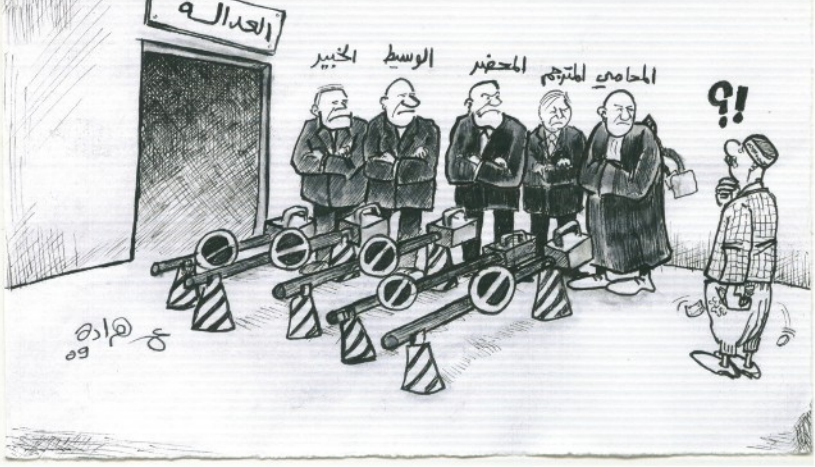
الوساطة

- إجراء وجوبي.
- تسند إلى شخص طبيعي أو جمعية يسمى الوسيط.
- مدتها 03 أشهر قابلة للتجديد مرة واحدة.
- على القاضي القيام بها في الجلسة الأولى.
- تتناول الموضوع كليا أو جزء منه.
- مفيدة (تستثنى منها مادة الأحوال الشخصية والمادة الاجتماعية وكل ما من شأنه المس بالنظام العام).
- تثبت في محضر يوقعه الوسيط والخصوم يصادق عليه بأمر قضائي غير قابل للطعن.
- الوساطة سند تنفيذي بعد المصادقة عليه بالأمر القضائي.

الصلح

- إجراء جوازي.
- يمكن أن يعرضه الخصوم او يتم بسعي من القاضي.
- غير مفيد بمدة معينة.
- يمكن اللجوء إليه في أي مرحلة كانت فيها الدعوى.
- يتناول الموضوع ككل.
- الصلح غير مفيد بمادة معينة.
- يثبت في محضر يوقع عليه الخصوم و القاضي و أمين الضبط.
- محضر الصلح سند تنفيذي بمرد التأشير عليه وإيداعه.

* محام بمنظمة سطيف



طبيعة قواعد الاختصاص القضائي المتعلقة بالملكية الفكرية

(في ظل القانون رقم 08/09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية)

حمادي زوبير *

مقدمة

الأصل أنّ ولاية الفصل في المنازعات معقودة للسلطة القضائية التي هي إحدى السلطات الرئيسية في الدولة الحديثة تضطلع بها وتسهر على أدائها عبر المحاكم المختصة وفقا لآليات التقاضي المختلفة التي يستخدمها المتقاضون نفاذا إلى رحابها بغية الحصول على الحماية المطلوبة لحقوقهم (1). إذ أنّ اللجوء إلى القضاء حقا دستوريا معترف به لكل شخص بلا تمييز بسبب الجنس أو الدين(2)، فلا يسأل رافع الدعوى حين يستعمله إلا إذا أخطأ أو تعسف في ذلك(3)، و إلا فلا يجوز تكبيله بقيود تعسر الحصول عليها وإلا كان ذلك إخلالا بالحماية التي كفلها الدستور لهذا الحق و إنكارا لوجه العدل في جوهر ملامحه(4). لهذا نجد المادة 3 من القانون رقم 08/09، المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية (5) في فقرتها الأولى تنص على أنه:" يجوز لكل شخص يدعي حقا، رفع دعوى أمام القضاء للحصول على ذلك الحق أو حمايته".

ولعل من أهم الحقوق المعروفة في عصرنا، حقوق الملكية الفكرية التي تعد إحدى العوامل الأساسية لازدهار ونمو اقتصاد أية دولة، و يأخذ مفهوم الملكية الفكرية مجالا واسعا حيث يشمل أنواعا مختلفة من المنجزات العقلية، أي الفكرية. وتنقسم إلى نوعين من الملكية: الأولى هي الملكية الصناعية والتجارية إذا وردت هذه الحقوق على الاختراعات والرسوم والنماذج الصناعية والعلامات التجارية والبيانات التجارية وتسميات المنشأ، والثانية هي الملكية الأدبية والفنية إذا تعلق الأمر بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة (6).

ولقد تضمن هذا القانون أحكاما خاصة تتعلق بالاختصاص القضائي. ونركز في دراستنا هذه على قواعد الاختصاص في مجال الملكية الفكرية ومدى ارتباطها بفكرة النظام العام.

والاختصاص نوعان: نوعي وإقليمي، لذا سنخصص لكل منهما مبحثا مستقلا.

المبحث الأول

القطب المتخصص نوعيا بالفصل في منازعات الملكية الفكرية ومدى ارتباطه بالنظام العام

تناول المشرع الجزائري في الفصل الأول من الباب الثاني من الكتاب الأول من القانون رقم 08/09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية أحكاما تتعلق بالاختصاص النوعي للمحاكم، فنص على أنّ المحكمة ذات اختصاص عام وتتشكل من أقسام، غير أن القانون استحدث ما يسمى بالأقطاب، ومن بين هذه الأقطاب نجد قطبا مخصصا بالفصل في منازعات الملكية الفكرية.

و عليه سنتعرض أولا إلى ارتباط اختصاص هذا القطب بالنظام العام(المطلب الأول)، ثم ثانيا التطرق إلى النتائج المترتبة على اعتبار هذا الاختصاص من النظام العام(المطلب الثاني).

المطلب الأول

ارتباط اختصاص القطب المتخصص بالملكية الفكرية بالنظام العام

تعتبر المحكمة الجهة القضائية ذات الاختصاص العام و تتشكل من أقسام (7)، و هي تفصل في جميع القضايا، لاسيما المدنية والتجارية والبحرية والاجتماعية والعقارية وقضايا شؤون الأسرة والتي تختص بها إقليميا (8).

غير أنه قد لا تنشأ في محكمة معينة الأقسام، ففي هذه الحالة يبقى القسم المدني هو المختص بالنظر في جميع النزاعات باستثناء القضايا الاجتماعية(9).

وتتم توجيه القضايا أمام الأقسام حسب طبيعة النزاع(10)، فإن كان النزاع مدنيا مثلا آل الاختصاص إلى القسم المدني، غير أنه قد يحدث و أن تتم جدولة قضية أمام قسم غير مختص بالنظر فيها، فعندئذ يحال الملف إلى القسم المعني عن طريق أمانة الضبط بعد إخطار رئيس المحكمة مسبقا(11).

إلا أن المشرع في الفقرة الثانية من المادة 32 من الأمر رقم 08/09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نص على إمكانية تشكيل المحكمة من أقطاب متخصصة.

وبالفعل فقد استحدث المشرع أقطابا متخصصة للنظر في بعض الدعاوى والنزاعات لدى المحاكم، ومن بين هذه الأقطاب نجد قطبا متخصصا بالنظر في المنازعات المتعلقة بالملكية الفكرية. إذ نص المشرع الجزائري في المادة 32/7 على أنه" تختص الأقطاب المتخصصة المنعقدة في بعض المحاكم بالنظر دون سواها في المنازعات المتعلقة...بالملكية الفكرية".

يتضح من خلال هذا النص أنّ اختصاص الأقطاب المتخصصة بالفصل في منازعات الملكية الفكرية، اختصاص جامع ومانع. إذ وردت في الفقرة عبارة"دون سواها"، فهذه العبارة تفيد أنه خلافا لما هو معمول به بالنسبة للأقسام، التي يجوز إحالة ملف القضية في حالة جدولتها في قسم غير القسم المعني بالمنازعة، فإنّ الأمر يختلف بالنسبة للأقطاب المتخصصة، إذ أنه لا يمكن جدولة قضية متعلقة بالملكية الفكرية في قسم أو قطب آخر غير القطب المختص بالنظر فيها، وهذا ما نستخلصه من عبارة (دون سواها)، ولهذا يمكن القول أنّ اختصاص القطب المتخصص بالنظر في المنازعات المتعلقة بالملكية الفكرية يعد اختصاصا نوعيا مرتبطا بالنظام العام (12).

وتجدر الملاحظة إلى أنّ المشرع الجزائري قد أحسن صنعا عندما استحدث مثل هذا القطب (13)، إذ من شأنه أن يجعل القضاة متخصصين في هذا المجال و يوسع من دائرة معارفهم خاصة وأن حقوق الملكية الفكرية تعتبر احد ركائز التقدم والازدهار في أي مجتمع.

كما أنّ، من شأن هذه الأقطاب، أن تؤدي حتما إلى تطوير الحماية القانونية المطلوبة ،مما يؤدي إلى بروز دور القاضي بشكل أكبر مما كان عليه. وهذا كله سوف يشجع المستثمرين من صناع ومقدمي خدمات في تقديم مشاريعهم ،كما أنه سيبعث الطمأنينة في نفوس المخترعين والمبتكرين والمبدعين مما سيؤدي حتما إلى تشجيع روح المبادرة.

غير أنه وكما يبدو في النص المذكور أعلاه ،فإنّ استحداث هذه الأقطاب لا يتواجد في كل المحاكم بل يقتصر على بعضها دون سواها، التي يبقى تجسيدها الفعلي وتحديد مقراتها رهن التنظيم. لذا على المشرع أن يتدخل و يعجل بهذا التنظيم وأن يراعي فيه المعيار الجغرافي لتقريبها من المواطن مادامت هذه الأقطاب لا يتم استحداثها لدى كل المحاكم.

المطلب الثاني

النتائج المترتبة على اعتبار الاختصاص النوعي في مجال الملكية الفكرية من النظام العام

تتقسم القواعد القانونية من حيث قوتها الملزمة إلى قواعد آمرة وقواعد مكملة (14)، و يتفق الفقهاء على أنّ القواعد الآمرة هي تلك القواعد التي لا يجوز للأشخاص مخالفتها، فما عليهم في مواجهتها سوى الانصياع لأوامرها، واجتناب نواهيها (15). فحين يقصد بالقواعد المكملة تلك القواعد التي يستطيع أصحاب الشأن استبعاد حكمها على علاقاتهم وذلك بالاتفاق على ما يخالفها.

و يرى الفقه أنّ القواعد القانونية الآمرة لا يجوز مخالفتها لأنها تمثل إرادة المجتمع العليا، بينما لا تمثل القواعد المكملة سوى إرادة الأشخاص المعنيين

(16). و للتمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة، يعتمد الفقه على معيارين احدهما لفضي والأخر معنوي.اللفظي هو أن تتضمن القاعدة القانونية نصا صريحا على جواز الاتفاق على ما يخالفها أو عدم جوازه.

بينما المعيار المعنوي يظهر في طبيعة العلاقة التي تنظمها القاعدة، وكون هذه العلاقة متعلقة بمصلحة المجتمع أو النظام العام أو غير متعلقة به.

في حقيقة الأمر لم يعرف المشرع فكرة النظام العام، أما الفقه و القضاء يرى أنّ القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام، هي تلك القواعد التي تنظم المصالح الأساسية في المجتمع، سواء أكانت مصالح سياسية، أم اقتصادية، أم اجتماعية.لكن رغم هذا التعريف تبقى فكرة النظام العام نسبية من حيث المكان و الزمان، إذ يصعب الوصول إلى تحديد مضمونها تحديدا دقيقا.نظر لارتباط هذه الفكرة بعامل زماني وآخر مكاني.

لذا أقل ما يمكن البحث فيه هو استخلاص النتائج المترتبة عن اعتبار قاعدة قانونية من النظام العام. و عليه تترتب على وصف أو عدم وصف قواعد الاختصاص الإقليمي من النظام العام في مجال الملكية الفكرية نتائج مختلفة تظهر من ثلاث جوانب: ما يتعلق بالأشخاص(الفرع الأول)، وما يتعلق بالمواعيد (الفرع الثاني)، وما يتعلق برقابة المحكمة العليا(الفرع الثالث).

الفرع الأول
الأشخاص الذين يجوز لهم التمسك بقواعد الاختصاص النوعي في منازعات الملكية الفكرية

تعتبر قواعد الاختصاص النوعي قواعد آمرة مرتبطة بالنظام العام، لذا لا يمكن للأشخاص الاتفاق على مخالفتها أو التنازل عنها، و يترتب عن جراء مخالفة القواعد الآمرة البطلان المطلق.

و عليه فإن رفع دعوى قضائية متعلقة بالملكية الفكرية أمام قسم أو قطب غير مختص، جزائها هو عدم الاختصاص، و نتيجة لذلك يجوز لأي خصم مهما كان أن يدفع بعدم الاختصاص النوعي في مجال الملكية الفكرية إذا لم ترفع الدعوى القضائية أمام القطب المتخصص بالفصل فيها، حتى ولو كان المتمسك به متدخلا في الخصومة.

و يتعين على النيابة العامة إذا كانت ممثلة في الدعوى بصفتها منضما أن تلفت نظر المحكمة إليه، ولو لم يدفع به الخصوم، كما تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها حتى ولو لم يثيره أحد الخصوم ،ولو عرضت القضية لأول مرة أمام المحكمة العليا.

الفرع الثاني
المواعيد التي يثار فيها الدفع بعدم الاختصاص النوعي في منازعات الملكية الفكرية

ما دام جزاء مخالفة القواعد الآمرة هو البطلان المطلق ،فيمكن لأي طرف أن يثير الدفع المتعلق بالنظام العام في أية حالة تكون عليها الدعوى ، وهذا ما ذهبت إليه المادة 36 من القانون رقم 08/09 السالف الذكر حين نصت على أنه :" عدم الاختصاص النوعي من النظام العام ،تقضي به الجهة القضائية في أية مرحلة كانت عيها الدعوى" ،و حتى ولو تم ذلك لأول مرة أمام المحكمة العليا .

و بالرجوع إلى أحكام نص المادة 32/7، فإنّ اختصاص القطب المتخصص بالملكية الفكرية هو اختصاص جامع و مانع مرتبط بالنظام العام ،و عليه يمكن إثارته في أية مرحلة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا.

الفرع الثالث
رقابة المحكمة العليا لقواعد الاختصاص الإقليمي في منازعات الملكية الفكرية

عادة ما تفصل المحكمة بحكم ابتدائي قابل للاستئناف أمام المجلس القضائي(17)، أما المحكمة العليا فتعتبر محكمة قانون ،فبهذه الصفة ترمي إلى النظر فيما إذا كانت الجهات القضائية المختلفة قد طبقت النصوص والمبادئ القانونية بصفة سليمة في الأحكام الصادرة منها،سواء تعلقت المخالفة بالموضوع أو الإجراءات،مع تسليمها بالوقائع كما أثبتها الحكم المطعون فيه.

ولهذا عادة ما ينص القانون على حالات طعن بالنقض يمكن فيها للمحكمة أن تراقب مدى تطبيق القانون تطبيقاً سليما وصحيحا.ولقد نصت المادة 358/3 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه :" لا ينبني الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية: ....عدم الاختصاص".

وبهذا النص يتضح أنّ المشرع الجزائري قد جعل خرق قاعدة قانونية متعلقة بالاختصاص النوعي وجها من أوجه الطعن الذي تنظر فيه المحكمة العليا.

وأكثر من ذلك، فقد أجاز القانون للمحكمة العليا أن تثير ذلك أيضا من تلقاء نفسها،وهذا ما يفهم من نص المادة 360 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،إذ قضت بأنه: " يجوز للمحكمة العليا أن تثير من تلقاء نفسها وجها أو عدة أوجه للنقض".

وباعتبار قاعدة اختصاص القطب المتخصص بالنظر في مسائل الملكية الفكرية متعلقة بالنظام العام على نحو ما تقدم،يتعين على المحكمة مراعاة سلامة تطبيق هذه القاعدة وإلا أعتبر ذلك وجها من أوجه الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا.

المبحث الثاني
طبيعة قواعد الاختصاص الإقليمي في دعاوى الملكية الفكرية

بعد أنّ تبين أنه يجوز اللجوء إلى المحكمة المتواجد فيها القطب المتخصص بالفصل في المنازعات المتعلقة بالملكية الفكرية للفصل في النزاع، يأتي دور قواعد الاختصاص الإقليمي لتحدد محكمة معينة يمكن أن ترفع إليها الدعوى.

وترجع أهمية قواعد الاختصاص الإقليمي إلى انتشار محاكم الدرجة الواحدة في كل إنحاء الدولة والذي قصد منه تقريب القضاء من المواطنين.غير أن المشرع قد نص على قاعدة عامة في الاختصاص الإقليمي ،ثم وضع لها استثناءات ومن بينها منازعات المتعلقة بالملكية الفكرية (المطلب الأول)،ثم أن هذا الاستثناء خلافا للقاعدة العامة،تعد قاعدة آمرة لارتباطها بالنظام العام(المطلب الثاني).

المطلب الأول
منازعات الملكية الفكرية كاستثناء للمبدأ في الاختصاص الإقليمي

إنّ القاعدة العامة في تحديد الاختصاص الإقليمي تستند إلى موطن المدعى عليه(18)،،غير أنّ المشرع في المادة 40 من القانون رقم 08/09 السالف الذكر قد استثنى بصريح العبارة المواد المتعلقة بالملكية الفكرية من القاعدة المذكورة أعلاه إذ تقضي المادة بما يلي:" فضلا عما ورد في المواد 37 و 38 و 46 من هذا القانون،ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها:....في مواد الملكية الفكرية، أمام المحكمة المنعقدة في مقر المجلس القضائي الموجود في دائرة اختصاصه موطن المدعى عليه...".

ويلاحظ من خلال هذا النص أنّ المشرع الجزائري قد وضع قاعدة خاصة لتحديد الاختصاص الإقليمي بشأن مسائل الملكية الفكرية، إذ يكون اختصاص الفصل في المنازعات الناشئة عن الملكية الفكرية من اختصاص المحكمة المنعقدة في مقر المجلس القضائي الموجود في دائرة اختصاصه موطن المدعى عليه.

فنلاحظ أنّ المشرع الجزائري، لتحديد الاختصاص الإقليمي في مجال الملكية الفكرية اعتمد على معيارين احدهما شخصي يرتبط بموطن المدعى عليه وثانيهما مادي يتعلق بمقر المجلس القضائي.

إلا أنّ هذا النص يجعلنا نتساءل عن سبب رجوع المشرع إلى استعمال مصطلح "المحاكم المنعقدة في مقرات المجالس" في 40 المشار إليها آنفا بعدما استعمل مصطلح "الأقطاب المتخصصة في المادة32 من ذات القانون،خاصة وأنّ المشرع قد ترك مسألة تحديد مقرات هذه الأقطاب المتخصصة، والجهات القضائية التابعة لها إلى التنظيم (19)، فهل المراد بعبارة "الجهات القضائية هنا المجالس القضائية أم المحاكم القضائية؟

الإجابة طبعا، ستكون بلا، فالمقصود بالجهات القضائية هي المحاكم القضائية دون المجالس القضائية،بدليل أنّ المشرع قد أشار في الفقرة السابعة من المادة 32 قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى أنه:"تختص الأقطاب المتخصصة المنعقدة في بعض المحاكم بالنظر في ...منازعات الملكية الفكرية".

فمن خلال هذا النص يتضح أنّ المشرع لا يستحدث لدى كل محكمة قطبا متخصصا ،بل تنشأ هذه الأقطاب في بعض المحاكم دون بعضها الأخر .

لذا فالسؤال المطروح هنا:ما هي هذه المحاكم التي تستحدث فيها هذه الأقطاب؟ فالنص التنظيمي وحده فقط يستطيع الإجابة على هذا التساؤل.

لكن لو نجري مقارنة بسيطة بين نص المادة 32 و نص المادة 40 سنجد أنّ المقصود بالمحاكم التي ستنشأ فيها الأقطاب المتخصصة هي المحاكم المنعقدة في مقر المجالس القضائية،فلو كان الأمر على هذا النحو فلماذا الإحالة إلى التنظيم؟،فكان من الممكن أن يضع المشرع الجزائري نص الفقرة السابعة من المادة 32 السابقة الذكر على النحو الآتي:"تختص الأقطاب المتخصصة المنعقدة في المحاكم المنعقدة في مقر المجالس القضائية بالنظر دون سواها في المنازعات...الخ". إذ لو كان النص على هذا الشكل لا استغنى عن تحديد هذه المحاكم عن طريق التنظيم من جهة، و من جهة أخرى فإنّ صياغة النص على النحو المقترح أعلاه قد يجعل نص المادة 32 أكثر تناسقا مع نص المادة 40.

و تجدر ملاحظة أنّ المشرع الجزائري قد استعمل مصطلح " الاختصاص الإقليمي" في القانون الجديد ونعتقد أنّ هذه التسمية أكثر دقة من تسمية "الاختصاص المحلي" الوارد في قانون الإجراءات المدنية الملغى(20).

وفي كل الأحوال نخلص في الأخير إلى أنّه يتعين على كل من يريد أن يرفع دعوى قضائية متعلقة ببطلان عنصر من عناصر الملكية الصناعية أن يلجأ إلى المحكمة المنعقدة في مقر المجلس القضائي الواقعة في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، فتكون المحكمة المختصة هي محكمة مقر الشركة إذا كان الشخص شخصا معنويا و محكمة مسكن المدعى عليه إذا كان شخصا طبيعيا.

المطلب الثاني
ارتباط قواعد الاختصاص الإقليمي في منازعات الملكية الفكرية بفكرة النظام العام

يترتب على اعتبار قواعد الاختصاص الإقليمي في مجال الملكية الفكرية قواعد من النظام العام،النتائج نفسها المترتبة على قواعد الاختصاص النوعي،وتتمثل هذه النتائج من حيث عدم جواز مخالفتها(الفرع الأول)،ومن حيث الأشخاص الذين يجوز لهم التمسك بعدم الاختصاص ومواعيد إثارته(الفرع الثاني).

الفرع الأول
من حيث جواز الاتفاق على مخالفة قواعد الاختصاص الإقليمي

سبق القول أنّ القواعد الآمرة متعلقة بالنظام العام، فلا يجوز للأشخاص الاتفاق على مخالفتها،بينما يجوز لهم ذلك في القواعد المكملة.فلو نسقط ذلك على قواعد الاختصاص الإقليمي نقول أنّه لا يمكن المختصة بالأطراف حرية اختيار الجهة القضائية المختصة إقليميا إذا كانت قواعد الاختصاص الإقليمي من النظام العام،في حين يمكن للأطراف اختيار أية جهة قضائية للفصل في نزاعهم مع مراعاة قواعد الاختصاص النوعي إذا كانت هذه القواعد مكملة لا تتعلق بالنظام العام.

وبالرجوع إلى أحكام المادة 45 من القانون رقم 08/09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجدها تنص على ما يلي:" يعتبر لاغيا وعديم الأثر كل شرط يمنح الاختصاص الإقليمي لجهة قضائية غير مختصة،إلا إذا كان بين التجار".

كما تضيف المادة 46/1 على أنّه:" يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي، حتى ولو لم يكن مختصا إقليميا".

يبدو من خلال هاتين المادتين أنّ المشرع الجزائري قد قرر مبدأ عاما يتمثل في عدم الاتفاق على وضع شرط مخالف لقواعد الاختصاص الإقليمي، مما يجعل هذه القواعد متعلقة بالنظام العام.لكن في الوقت ذاته المشرع يضع لنا استثناء في حالة ما إذا كان النزاع بين التجار ،مما يوحي بأنّه يمكن للتجار اختيار أية جهة قضائية لتفصل في نزاعهم بشرط مراعاة قواعد الاختصاص النوعي،وهذا ما يؤكد عدم ارتباط قواعد الاختصاص الإقليمي بفكرة النظام العام.

أما المادة 46 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ،فهي تجيز بصريح العبارة للخصوم اختيار القاضي الذي سيفصل في نزاعهم حتى لو لم يكن مختصا إقليميا،و أكثر من ذلك فقد أكدت هذه المادة على أنّ هذا القاضي سيكون مختصا طيلة فترة الخصومة ،و المادة هذا كله يتأكد من أنّ قواعد الاختصاص الإقليمي ليست من النظام العام.

غير أنّ هذه القاعدة العامة مقيدة بمدى نص القانون من عدمه على قاعدة أخرى يتحدد على أساسها الاختصاص الإقليمي،وهذا ما يفهم من العبارة الأخيرة من نص المادة 37 (ما لم ينص القانون على خلاف ذلك) .

وفعلا بالرجوع إلى أحكام نص المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإنّ المشرع قد خرج بصريح العبارة عن القاعدة العامة في تحديد الجهة القضائية المختصة إقليميا، إذ قضت بأنّه:" فضلا عما ورد في المواد 37 و38 و46 من هذا القانون،ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها:...في مواد الملكية الفكرية، أمام المحكمة المنعقدة في مقر المجلس القضائي الموجود في دائرة اختصاصه موطن المدعى عليه...".

نستخلص مما سبق أنّ قواعد الاختصاص الإقليمي في مجال الملكية الفكرية تتعلق بالنظام العام وذلك على الأقل للأسباب التالية: أولا لأن قاعدة الاختصاص الإقليمي في مجال الملكية الفكرية تمثل استثناء واضحا للقاعدة العامة في تحديد الاختصاص الإقليمي.والمنطق يقتضي أنّ الخاص يقيد العام.

وثانيا يتمثل في أنّ المشرع الجزائري قد استعمل عبارة (ترفع الدعاوى أما الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها)، فهذه العبارة تفيد أنّ المحكمة المختصة بالفصل في منازعات الملكية الفكرية ذات اختصاص مانع. أما السبب الثالث، فإنّه يظهر حين أشارت المادة40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى نص المادة 46 من نفس القانون،فالمادة 46 أجازت للخصوم اختيار القاضي للفصل في نزاعهم حتى و إن لم يكن مختصا إقليميا،فحين المادة 40 المذكورة أعلاه يفهم منها أنّها لا تعطي الحرية للخصوم للاتفاق على مخالفتها.

الفرع الثاني
التمسك بالدفع بعدم الاختصاص الإقليمي ومواعيد إثارته

يترتب على مخالفة قواعد الاختصاص الإقليمي في منازعات الملكية الفكرية النتائج ذاتها المترتبة على قواعد الاختصاص النوعي، فإذا كان لا يجوز كقاعدة عامة التمسك بتطبيق قواعد الاختصاص الإقليمي إلا لمن قررت لمصلحته، كما لا يجوز لرافع الدعوى التمسك بها، وليس للقاضي أن يقضي بها من تلقاء نفسه، وهذا ما يفهم من نص المادة 51 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حين نصت على أنّه :" يجب على الخصم الذي يدفع بعدم الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية،أن يسبب طلبه،ويعين الجهة القضائية التي يستوجب رفع الدعوى أمامها.لا يجوز للمدعي إثارة هذا الدفع".

كما أنه إذا كانت القاعدة تقول أنه لا يمكن إثارة الدفع المتعلق بالاختصاص الإقليمي في أية حالة تكون عليها الدعوى، و هذا ما قضت به المادة47 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ،فإنها تنص على أنّه:" يجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي،قبل أي دفاع في الموضوع أو دفع بعدم القبول".فحين يمكن إثارة الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي في منازعات الملكية الفكرية في أية مرحلة تكون عليها الدعوى.

خاتمة

ما يمكن قوله في الأخير أنّ قانون الإجراءات المدنية و الإدارية خلافا لما كان عليه قانون الإجراءات المدنية الملغى،قد استحدث أحكاما جديدة بشأن قواعد الاختصاص وسواء تعلق ذلك بالاختصاص النوعي أو الاختصاص الإقليمي،فلأول مرة يضع المنازعات المتعلقة بالملكية الفكرية بما موضع الجد من حيث الجهة القضائية المختصة،إذ تعتبر هذه الحقوق من ركائز التقدم والازدهار في الدولة فهي ذات صلة وثيقة بالتطور العلمي والتكنولوجي،لهذا يكون المشرع قد أحسن صنعا باستحداث أقطاب متخصصة للفصل في المنازعات الناشئة عن هذه الحقوق.ولقد رأينا أنّ قواعد الاختصاص في منازعات الملكية الفكرية بنوعيها (النوعي و الإقليمي) تعد قواعد آمرة مرتبطة بالنظام العام،فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها،ويجوز أثارتها من أي شخص كان،وذلك في أية مرحلة تكون عليها الدعوى،كما تعد وجها من أوجه الطعن بالنقض أمام

المحكمة العليا.

إذ من شأن هذه الأحكام أن تحفز المستثمرين المبدعين و المخترعين في استغلال اختراعاتهم و مؤلفاتهم و إبداعاتهم على أحسن وجه.كما سيبعث الطمأنينة في نفوسهم،أضف إلى ذلك فإنّ وجود هذا القطب سيجعل القضاة متخصصين في هذا المجال مما سيؤدي إلى تفعيل الحماية القضائية لهذه الحقوق.

الهوامش المرجعية

1 - حسن البدراوي :" التحكيم و الملكية الفكرية" ،ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية لأعضاء هيئة التدريس وطلاب الحقوق في الجامعة الأردنية،عمان من 6 إلى 8 أبريل 2004،ص1 ،موقع الانترنيت: www.wipo.int.

2 - المادة 29 من دستور 1996 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96/438، المؤرخ في 07/12/1996، المتعلق بإصدار نص دستور 1996، ج ر عدد76 لتاريخ 08/12/1996.

3- بو بشير محند أمقران، النظام القضائي الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر، 1994، ص30.

4- حسن البدراوي ،المرجع السابق ، ص 1.

5- القانون رقم 08/09،المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ج ر عدد 21.

6 - زراوي صالح فرحة،الكامل في القانون التجاري الجزائري(المحل التجاري والحقوق الفكرية)،القسم الثاني،ابن خلدون،الجزائر،2001،ص1.

7 - الفقرة الأولى من المادة 32 من القانون رقم 08/09 السالف الذكر.

8- الفقرة الثالثة من المادة 32 من القانون رقم 08/09 السالف الذكر.

9 - الفقرة الخامسة من المادة 32 من القانون رقم 08/09 السالف الذكر.

10 - الفقرة الرابعة من المادة 32 من القانون رقم 08/09 السالف الذكر.

11-الفقرة السادسة من المادة 32 من القانون رقم 08/09 السالف الذكر.

12- أنظر: المادة 36 من القانون رقم 08/09 السالف الذكر.

13- تنص الفقرة التاسعة من المادة32 من الأمر رقم08/09 السالف الذكر على أنّ هذه الأقطاب تتشكل من ثلاثة قضاة.

14- إلى جانب تقسيم القواعد القانونية إلى آمرة ومكملة هناك تقسيمات أخرى، كتقسيمها مثلا إلى قواعد موضوعية وقواعد شكلية، وقواعد مكتوبة وأخرى غير مكتوبة..الخ،راجع في هذا المجال:عبد الودود يحيى و نعمان جمعة،دروس في مبادئ القانون،،مركز جامعة القاهرة،1993 ،ص49.

15- حمدي عبد الرحمان و أنور عبد الله، مبادئ القانون، مكتبة عين الشمس، (دون سنة)، ص155.

16 - راجع في هذا المعنى:محمد حسنين، الوجيز في نظرية القانون(في القانون الوضعي الجزائري)، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص 36، وانظر كذلك:مصطفى محمد الجمال وعبد الحميد محمد الجمال، النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية، بيروت، 1987، ص50.

17-أنظر :المادة 34 من القانون رقم 08/09 السالف الذكر.

18 - أنظر: المادة 34 من القانون رقم 08/09 السالف الذكر.

19 - أنظر الفقرة الثامنة من المادة 37 من القانون رقم 08/09 السالف الذكر.

20- الأمر رقم66/154، المؤرخ في 08/06/1966،المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر عدد 47.

* أستاذ بكلية الحقوق جامعة بجاية

الحمايـــــة الجنائيـــــة لأحكـــام الحضانـــة

(دراســـة مقارنـــة)

خلفي عبد الرحمان *

الملخص:

لقد خص التشريع العقابي الجزائري أحكام الحضانة بحماية جزائية خاصة إلى جانب الحماية المقررة لها في إطار قانون الأسرة و القانون المدني، و نظم ذلك من خلال نص المادة 328 من قانون العقوبات، التي جمع فيها النماذج الإجرامية لمجمل الوقائـــع التي يرغب في حمايتها، و التي تشمل جريمة عدم تسليم محضون إلى من له الحق فـي المطالبـة به بموجب حكـم شخصـــي نـــافذ و جريمتي خطف و إبعاد محضـــون و التي تقتضي أخذ القاصر من مكان إقـــامته أو المكان الذي وضعه فيه من يمارس الحضانـة و نقله إلى أي مكان آخر.

و لقد ضم المشرع هذه النماذج الإجرامية الثلاثة في نص واحد رغم تميزها و اختلاف مراكز الأطراف فيها، كما قيدها بشكوى.

و قد قرر المشرع الجزائري وضع هذا النص حماية لتطبيق أحكام الحضانة و صونا لقوة الأحكام القضائية، و هو ما سوف نحاول توضيحه بالمقارنة مع التشريعات الأخرى.

Résumé:

En plus des dispositions de la prévention de la garde des mineures édictées par le code de la famille, la législation pénale algérienne a instauré une prévention plus spécifique à ce sujet, cette dite prévention se concrétise par l'article 328 du code pénal qui ; stipule trois formes de faits incriminés l'infraction de non représentation du mineur à ceux qui ont le droit de le réclamer par décision de justice exécutoire, et les deux infractions relatives à l'enlèvement ou le détournement du mineur des mains de ceux auxquels sa garde à été confiée, ou des lieux ou ces derniers l'ont placé.

Le législateur a versé ces trois formes d'infraction dans un seul texte nonobstant les dissemblances entre elles Ce texte a été légiféré en vu de préserver l'application des dispositions de la garde des mineurs proclamée par la justice, et c'est ce qu'ont va essayer de débattre à travers les diffèrente législations comparées.

تقديـــم:

سوف نتناول بالتحليل النماذج الإجرامية الواردة في نص المادة 328 من قانون العقوبات و التي تتضمن مساسا بأحكام الحضانة، تلك المتعلقة بعدم تسليم محضون أو خطفه أو إبعاده.

و المشرع الفرنسي قد عدل عن هذه الفكرة و قرر ضمها إلى الجرائم الماسة بالسلطة الأبوية، و من الفقه من يراها مساسا بقوة الأحكام القضائية من خلال الاعتراض على تنفيذها، و لكننا نراها مساسا بكل هذه الأمور، إلا أن المشرع الجزائري قد قرر جعلها تحت باب الجرائم الواقعة على الأسرة.

و ســوف نتناول في هذا الموضوع تحـــديد أركان الجريمة بصورها الثلاثة في نقطة أولى و في نقطة ثانية إبراز خصوصية إجراءات المتابعة فيما يتعلق بهذه الوقـــائع، مع إعطاء رأينا في جميع المســائل الخلافية. تنص المادة 328 من قانون العقوبـات " يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة و بغرامة من 20.000 د ج إلى 100.000 د ج الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به.

و كذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حـــضانته أو الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده، حتى و لو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف.

و تزاد عقوبة الحبس إلى ثلاث سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني" .

و يتضمن نص المادة المذكورة أعلاه ثلاث فئات من الجرائم؛ الأولى تتعلق بعدم تسليم محضون، و الثانية إبعاد المحضون عن المكان الموجود فيه، و الثالثة اختطاف المحضون من حاضنـــه، و لكن كما نرى فإن النص جعلها ضمن مادة واحدة أي ضمن جريمة واحدة إقتداء بالنص الفرنسي القديم الذي نظم هذه الوقـائع في نص المادة 357 من قـانون العقوبـات، التي أضيفت بمناسبة التشريع الصادر بتاريخ 05 ديسمبر 1901، و عدلها فيما بعد بالتشريع الصادر في 23 مـــارس 1928 و آخرها التعديل الوارد على الشكل الحـــالي في 19 سبتمبر 2000، و فرق بين جريمة عدم تسليم محضون و نظمها في نص المادة 227-5 و الجرائم الأخرى في المادتين 227-7 و 227-8 من قانون العقوبات الفرنسي.

و لا بأس أن نشير أن المشرع الجزائري عند قيامه بضم جميع هذه الأفعال ضمن جريمة واحدة يكون قد قسر في ذلك لأنها في الحقيقة تتضمن ثلاثـــة نماذج، سوف يجري شرحها فيمـــا بعد، و كان الأجدر به أن ينظمها في نصوص متفرقـــة خاصة و أن مراكز الأطراف من متهم إلى ضحية تختلف من واقعة إلى أخرى.

و قبل الحديث عن أركان هذه الجريمة نود أن نقول أن المشرع الجزائري كغيره من التشريعات الأخرى أقر هذه الجريمة بغرض تأمين مصلحة المحضون و الحـفاظ على استقـراره، كما أنه و في نفس الوقـــت حـاول إعطاء ضمانة فعالة للحـفاظ على مصداقـية أحكام القضاء و على تنفيذها[1].

إلا أن المشرع قيد هذه الجريمة بشكوى حفاظا على الروابط الأسرية خاصة ما تعلق منها بعلاقة الطفل المحـضون مع والديه، و حـــتى لا يتم التشـــويش عليهم.

أولا أركـان الجريمـة

بالرجوع إلى نص المادة 328 من قـانون العقوبـات يمكن اســـــتخلاص الأركان المادية و المعنوية الخاصة بهذه الجريمة و وضعها على النحو التالي:

1/ـ فعل عدم تسليم محضون أو خطفه أو إبعاده[2].

2/ـ أن يكون المحضون قاصرا.

3/ـ ضرورة توافر حكم قضائي نافذ.

4/ـ القصد الجنائي.

الركـن الأول

فعل عدم تسليم محضون أو خطفه أو إبعاده

يتضمن الركن المادي لهذه الجريمة ثلاثة صور أولها عدم التسليـم و ثانيها خطف القاصـــر و ثالثها إبعاد قاصر.

الصورة الأولى: عدم تسليم محضون. و نقصد به أن يمتنع المتهم الذي كان المحضون القاصر موضوعا تحت رعاية عن تسليمه إلى من وكلت إليه حضانته بحكم قضائي[3] و عدم التسليم بهذا الوصف عبارة عن امتناع، أي هو موقف سلبي، و الجرائم بصفة عامة إن كانت تقوم على الفعل الإيجابي فإنها تقوم كذلك على الفعل السلبي[4].

و تجدر الإشارة أنه بإمكان المتضرر من عدم التسليم أن يباشر إجراءات الحصول على الولد المحضون بالطريق المدني، أي يلجأ إلى العقوبات المدنية الواردة في

القانون المدني، و ذلك إما عن طريق استعمال القوة العمومية أو عن طريق استعمال الغرامة التهديدية عن كل يوم تأخير إلى غاية التسليم الفعلي للطفل.

و لكن تبقى هذه الإجراءات مدنية بحتة، غير كافية، و ليست رادعة بالقدر الكافي، خاصة إذا كان الطفل المحضون مقيما بالخارج أو إقامته غير معروفة، و لهذا تبقى العقوبة الجزائية هي الحل الأمثل لأنها رادعة[9].

و يعد فعل عدم التسليم أهم عناصر هذه الجريمة، بل يجب أن يحصل في شكل متعمد بعد أن يكون الممتنع قد علم فعلا بوجود الحكم الذي يمنح الطالب حق المطالبة بالمحضون[9]، و على القاضي قبل الحكم على المتهم التأكد من أن فعل عدم التسليم قد تم إثباته بواسطة محضر إثبات حالة بعده المحضر القضائي بعد إتباع إجراءات التنفيذ[7]، و يجب أن يتضمن هذا المحضر اسم الشخص الذي رفض التسليم سواء كان الأب أو الأم أو أي شخص آخر، حتى تتم المتابعة الجزائية في مواجهته.

و نفهم من نص المادة أنه ليس بالضرورة أن يكون الممتنع هو الشخص الذي أسندت له الحضانة، أي أنه قد تسند الحضانة إلى الأم و لكنها تكون غير موجودة بالبيت فيرفض الجد تسليم الولد، فإنها تقوم في حقه جريمة عدم تسليم المحضون و ليس في حق الأم، لأن الجريمة شخصية يسأل عنها من قام بها.

كما أن نص المادة 228 من قانون العقوبات تتضمن - و لو على سبيل الاستنتاج - على حق الزيارة، هذا الحق الذي يكون بيد طالب التنفيذ، و هو من كان ضحية عدم تسليم محضون.

و بالتبعية لذلك يجب على الضحية أن يثبت صفته في الدعوى عن طريق إثبات ملكيته لحق الزيارة بناء على حكم قضائي نهائي أو مؤقت و لكنه نافذ، و إذا افتقد لهذه الحكم فلا يمكن للمحضر القضائي أن ينتقل معه لإثبات واقعة عدم التسليم، و لا يمكن للنيابة العامة أن تحرك الدعوى العمومية قبل التأكد من الحكم القضائي الذي أعطاه حق الزيارة.

و يتم عادة إعطاء حق الزيارة في حكم الطلاق أو التطليق أو الخلع الذي يسند الحضانة لطرف و يعطي حق الزيارة للطرف الآخر، كما يمكن أن يعطى حق الزيارة بناء على حكم أو أمر مؤقت طبقا لنص المادة 57 مكرر من قانون الأسرة، و ذلك عندما تكون الدعوى منشورة أمام قسم شؤون الأسرة و لم يفصل فيها بعد بحكم نهائي، كما يمكن أن يتقرر حق الزيارة بعد الحكم بالطلاق عندما يتم انتقال الحضانة من طرف إلى طرف بعد سقوطها بانتهاء المدة أو قبل ذلك إذا أمكن إثبات عارضها.

و هناك إشكالية يطرحها الفقه تتمثل في لو كان الوالدين غير مفترقين، مما يفيد و أن الحضانة مسندة إليهما الاثنين معا بقوة القانون ما دامت العلاقة الزوجية قائمة، و لكن شخص آخر و لتكن الجدة مثلا رفضت تسليم الولد إلى والديه، فهل هذه الحالة تدخل ضمن الصورة الواردة في نص المادة 328 قانون عقوبات؟

و بطرح هذا الإشكال بسبب نص المادة الذي جاء عاما عندما نص على الأب أو الأم أو أي شخص آخر، و الأصل أن هذه المادة مخصصة للأب و الأم[9]، في حالة وجود نزاع قضائي و حكم بشأن الحضانة و حق الزيارة، أما الغير فتحكمه المادة التي قبلها و هي المادة 327 من قانون عقوبات التي تنص "كل من لم يسلم طفلا موضوعا تحت رعايته إلى الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة به يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات" و كذلك المادة 329 المتعلقة بالإخفاء و الإبعاد. و كان الأجدر بالمشرع الجزائري عدم التكرار بإضافة الغير إلى نص المادة 328 لأن الغير في هذه الحالة يدخل في نطاق المادتين معا، و كان يجب الاكتفاء بذكر الأب أو الأم حتى لا توسع مجال المسؤولية، و حتى لا نخرج عن قصد المشرع و هو حماية حق الحضانة و حق الزيارة المقررتين بموجب حكم قضائي لفائدة الولد القاصر المحضون[9].

كما أن الآثار المترتبة عن تطبيق المادة 327 و 328 مختلفة فالثانية لا تتحرك الدعوى العمومية بشأنها إلا بموجب شكوى، و سحب الشكوى بشأنها يضع حد للمتابعة، عكس المادة الأولى التي يمكن للنيابة العامة أن تتحرك بشأنها دون حاجة لوجود شكوى.

هذا يعني أن الجدة أو الجد أو الخال أو الخالة أو أي شخص آخر يدخل ضمن أحكام نص المادة 328 من قانون العقوبات.

بقي إشكال آخر يطرح من الناحية العملية؛ و ذلك إذا كان فعل عدم التسليم مرجعه إلى أن صاحب الحق في الحضانة قد غير مكان إقامته رفقة المحضون، و رغم المحاولات العديدة من طرف صاحب الحق في الزيارة من زيارة المحضون في مكان ممارسة الحضانة إلا أنه لا يجد المحضون بسبب تغيير مكان الإقامة.

و المشرع الجزائري لم يتصدى لهذا الإشكال، كما أننا لم نعثر على اجتهاد قضائي ينظم هذه المسألة، أما المشرع الفرنسي فقد وضع حلا في غاية الأهمية بحيث ألزم صاحب الحق في الحضانة بضرورة تبليغ صاحب الحق في الزيارة عن كل تغيير لمكان الإقامة خلال مدة شهر من تاريخ التغيير و إلا كان مرتكبا لجنحة تعاقب على عدم التبليغ وفقا لنص المادة 227/6 من قانون العقوبات الفرنسي.

و هو النص الذي نطمح أن يضيفه المشرع الجزائري إلى قانون العقوبات حتى يمنع السبيل لاستعمال الحيل، كما نحث قضاة الحكم الشخصي عند إقرار حق الحضانة الإشارة إلى الحاضن بأنه ملزم بإبلاغ صاحب حق الزيارة عن كل تغيير لمكان الإقامة حتى لا يحرمه من ممارسة حقه المقرر بموجب حكم قضائي.

أما فيما يتعلق بالاختصاص الإقليمي للمحكمة فيتحدد بمكان التسليم، و هذا المكان يتم تحديده في الحكم الفاصل في حق الحضانة و حق الزيارة، فإن لم يتم تحديده فيكون بحسب الأصل في المقر الذي يقطن فيه الشخص الممارس للحضانة[10].

الصورة الثانية: خطف القاصر المحضون.

و هذه الحالة تتمثل في قيام الأب أو الأم أي شخص آخر بأخذ القاصر و لو بدون تحايل من الشخص الذي أوكلت إليه حضانته، أو في أي مكان كان يكون الحاضن قد وضعه فيها مثل المدرسة أو دار الحضانة[11].

و يظهر من هذه الصورة أنها تتضمن فعل إيجابي عكس الصورة الأولى، فهي تتضمن ذهاب المتهم إلى مكان ممارسة الحضانة أو المكان الذي وضع فيه المحضون و أخذه من هناك دون علم و موافقة الحاضن إلى مكان آخر سواء كان هذا المكان معلوم أو مجهول.

و الضحية في هذه الصورة عكس الضحية في الصورة الأولى، و كأنها عملية تبادل أدوار، فمثلما يحمي المشرع صاحب حق الزيارة يحمي بالمقابل صاحب حق الحضانة، و كلاهما يتقرران بحكم قضائي سواء كان مؤقتا أو نهائيا المهم أن يكون نافذا.

إذن يقع على عاتق الضحية إثبات حقه في الحضانة سواء كانت الأم أو الأب أو أي شخص آخر على الترتيب الوارد في نص المادة 64 من قانون الأسرة، و لا يمكن إثباتها إلا بموجب حكم قضائي.

و لا تكتمل هذه الصورة بالخطف فحسب، بل تدخل فيها تكليف الغير بحمل المحضون و خطفه من المكان الموجود فيه حتى و لو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف، و يكون في هذه الحالة كل من المحرض بالكسر و المحرض بالفتح فاعل أصلي، باعتبار أن المحرض بالكسر يخضع لنص المادة 41 من قانون العقوبات التي تجعل من المحرض بالفتحة فاعل مباشر لكونه ساهم مساهمة مباشرة في الفعل، إلا أن بعض الفقه في الجزائر[12] يرى عكس ذلك، و يجعل من المحرض بالفتح شريكا في الجريمة لأن الشخص الذي وقع حمله على الاختطاف جعل من نفسه أداة و وسيلة لتنفيذ الجريمة لصالح شخص آخر بمقابل أو دون مقابل.

الصورة الثالثة: إبعاد القاصر المحضون.

يقتضي الإبعاد نقل القاصر من مكان إقامته العادية أو من المكان الذي وضعه فيه من يمارس السلطة الأبوية سواء كان مدرسة أو حضانة أو مكان تسلية ...، كما ينطبق حتى في شأن من استفاد من حق الزيارة أو من حضانة مؤقتة فينتهز فرصة وجود القاصر معه لاحتجازه[13].

و يصلح الإبعاد سواء قام به الشخص صاحب حق الزيارة أو الشخص المستفيد من الحضانة المؤقتة، و ينطبق كذلك عندما يتعلق الأمر بتحريض شخص ليقوم بإبعاد القاصر عن مكان إقامته.

و بطرح إشكال يتعلق بصاحب حق الزيارة الذي أخذ

الطفل المحضون من صاحب حق الحضانة و لم يقم بإرجاعه إليه فهل يعد مرتكبا لفعل عدم التسليم أو فعل الإبعاد؟ و بالرجوع إلى النص الوارد في قانون العقوبات الفرنسي بالمادة 227-5 [14]، الذي يتحدث فقط على واقعة عدم التسليم فنجدها تشمل حتى هذه الحالة التي تتمثل في رفض صاحب الحق في الزيارة في إرجاع المحضون[15] في حين أن المشرع الجزائري كان غير واضح في هذا الأمر مما جعل الفقه في الجزائر [16] يفسر هذه الحالة بالإبعاد، رغم أننا لا نشاطره الرأي لأن الإبعاد يتم دون رضاء و علم صاحب الحق في الحضانة في حين أن عدم التسليم تم بعلمه و رضاه مما يجعل هذه الحالة أقرب إلى فعل عدم التسليم منها إلى فعل الإبعاد.

حيث أنه و الأكثر من ذلك أن فعل الإبعاد الأصل فيه أنه لا ينسب إلى الوالدين لأنه بإمكانهما نقل ولدهما من الوسط الذي يعيش فيه إلى أي وسط يمرح فيه و لا حرج في ذلك، بل نجد أن هذا النص فيه مبالغة بعض الشيء، ذلك أن النصوص المقارنة أغلبها لا تجرم هذا الفعل في مواجهة الوالدين، بل تتحدث فحسب عن فعل عدم التسليم و الخطف و هو ما تنص عليه المواد 292 من قانون العقوبات المصري و المادة 328 من قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي و المادة 179 من قانون العقوبات الكويتي.

الركن الثاني

أن يكون المحضون قاصرا

بالرجوع إلى نص المادة 328 قانون عقوبات نجدها تشمل بالحماية القاصر الذي قضى في شأن حضانته، بمعنى أن هذا الطفل يجب أن يشمل على صفة القصر و صفة الحضانة معا حتى تكتمل أركان الجريمة في مواجهة المتهم، و هو ما يدعونا إلى تعريف القاصر و إشكالية تحديد سنه، ثم تعريف المحضون و لمن تسند الحضانة؟ و هل كل محضون قاصر؟ ثم الجواب على سؤال من هو الشخص المحضون القاصر الذي يقصده المشرع الجزائري؟

أ/-تعريف القاصر:

القاصر هو الطفل الذي لم يبلغ سن الرشد وفقا للقانون المخاطب به[17]، و لا يختلف مصطلح القاصر عن مصطلح الطفل أو عن مصطلح الحدث، فتقريبا لهم نفس المعنى، و لكن يختلفون فقط في مجال التطبيق، بحيث نجد أن لفظ الطفل مقبولا في الدراسات الاجتماعية و النفسية بينما لفظ القاصر نجده دارجا في مجال الدراسات القانونية[18]، و لفظ الحدث هو أقرب إلى القانون الجنائي من أي قانون آخر. أما الطفل في اللغة: فهو المولود حتى البلوغ، و الطفولة هي المرحلة من الميلاد إلى البلوغ[19] و لفظ الطفل يطلق على الحدث أو الصبي أو النشء أو صغير السن، و الحدث مفرد أحداث و الأحداث في اللغة حديثو السن، و يقال رجل حدث أي شاب فإذا ذكرت السن قلت حديث السن، و حداثة السن كناية على الشباب و أول العمر[20].

و لقد عرفت المادة الأولى من اتفاقية حقوق الطفل المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة لسنة 1989 و التي صدقت عليها الجزائر في 19 ديسمبر 1992 "... يعني الطفل كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشر ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه"

و الحدث في التشريع الأردني وفقا لنص المادة الثانية من قانون الأحداث " هو كل شخص أتم السابعة من عمره و لم يتم الثامنة عشر ذكرا أو أنثى "[21].

أما في التشريع السوري فالحدث هو " الصغير في الفترة منذ ولادته و حتى بلوغه السن التي حددها القانون للرشد "[22].

و الحدث في التشريع المصري حسب نص المادة الثانية من قانون الطفل " يقصد بالطفل في مجال الرعاية المنصوص عليها في هذا القانون كل من لم يبلغ ثماني عشر سنة ميلادية "[23].

أما التشريع الجزائري و بعد المصادقة على اتفاقية حقوق الطفل يكون بلاشك قد أقر بأن القاصر هو من لم يبلغ سن 18 سنة، إلا أنه لم يعتمد سياسة توحيد سن الرشد في القوانين المختلفة، فقد جعل سن الرشد المدني بـ 19 سنة و سن الرشد الجزائي بـ 18 سنة و سن الرشد في قانون الأسرة بـ 19 سنة بعد تعديل 2005.

ب/-تعريف المحضون:

الحضانة في اللغة: هي الضم إلى الجنب، و يقال حضنته و احتضنته، إذا ضممته إلى جنبك و الحضن الجنب، فحضانة الأم ولدها هي ضمها إياه إلى جنبها ليكون عندها فتقوم بحفظه و إمساكه و غسل ثيابه.

و شرعا الحضانة: هي حفظ الصغير أو المعتوه أو المعاق عما يضره، و تربيته و رعاية مصالحه إلى أن يكبر أو يصح[24].

و تنص المادة 62 قانون الأسرة على أن " الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا ". و يظهر أن الحضانة شرعا أوسع مجالا من القانون، ذلك أنها في الشريعة الإسلامية تشمل بالإضافة إلى الولد القاصر الشخص المعتوه و المعاق، في حين أن الحضانة قانونا لا تشمل إلا الولد القاصر، إذن العبرة من الحضانة في القانون بحسب السن دون العقل، فإذا وصل الولد في السن إلى 18 سنة فذلك قرينة على نضج عقله.

و تسند الحضانة للأم وفقا لنص المادة 64 من قانون الأسرة ثم للأب، ثم جدة الأم، ثم جدة الأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة[25] مع مراعاة مصلحة المحضون.

و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة للطرف الآخر.

و نص المادة 328 من قانون عقوبات ينطبق في حالة الإخلال بحكم الحضانة و كذلك الإخلال بحق الزيارة، فكلا الحقين يدخل ضمن الحماية الجزائية التي أقرها المشرع من أجل رعاية الطفل[26].

ج/-تحديد سن القاصر المحضون:

لم يحدد المشرع الجزائري سن القاصر المحضون الذي يريد حمايته وفقا لنص المادة 328 قانون العقوبات، و هذا الإشكال تقريبا وجدناه في جل التشريعات المقارنة التي تناولت نفس الموضوع.

إلا أنه يزيد حده في التشريع الجزائري طالما أنه لم يعتمد سن رشد موحد على مستوى جميع القوانين، فالشريعة العامة تحدد سن الرشد بـ 19 سنة وفقا لنص المادة 40/2 من القانون المدني، إلا أن الأمر يتعلق بمسألة الحضانة فهل نرجع في ذلك إلى قانون الأسرة أم إلى قانون العقوبات باعتبار أن المسألة كذلك يتضمنها هذا الأخير؟ و رجوعا إلى الفقه في الجزائر نجد أن يرى بأن الأمر يتعلق بالحضانة، و المرجع في ذلك إذن يكون لقانون الأسرة لتحديد مفهوم القاصر استنادا إلى انقضاء مدة الحضانة.

و لما نرجع إلى قانون الأسرة بالمادة 65 منه، فنجد أن مدة الحضانة بالنسبة للرجل قد تصل إلى 16 سنة و بالنسبة للمرأة يبلوغها سن الزواج، و هو المحدد في نص المادة 07 من قانون الأسرة بـ 19 سنة - بعد تعديل 2005 -

و منه يرى الفقه بأن السن الذي يقصده المشرع في نص المادة 328 قانون العقوبات و الذي يتناول جريمة عدم تسليم محضون هو 16 سنة بالنسبة للذكور و 19 سنة بالنسبة للأنثى[27].

و الإشكال الذي وضعه المشرع في نص المادة 328 قانون عقوبات؛ هو اشتراطه في الطفل القاصر أن يكون محضونا، بمعنى يجب أن نثبت و أنه لم يبلغ سن الرشد و أن حضانته مسندة لأحد الوالدين أو الأقربين بموجب حكم.

و قد يبدو من أول وهلة أن الحضانة لا تكون إلا لقاصر، إلا أن الجواب ليس دائما كذلك، لأن سن الرشد يحدد بـ 19 سنة و سن حضانة الذكر بـ 16 سنة و بالتالي قد يكون القاصر غير محضون هذا لا شك فيه.

و هو ما يدعونا للرد على الرأي السابق الذي حدد سن القاصر المحضون في التشريع الجزائري - رغم كونه منطقيا و وجيه - و لكن يضعنا أمام الإخلال بمبدأ المساواة بين الجنسين المكرس بموجب الدستور؛ إذ لا يعقل أن نص المادة 328 من قانون العقوبات يحمي الذكر في حدود 16 سنة أما الأنثى فتصل حمايتها إلى غاية 19 سنة.

و الملاحظة المسجلة من نفس الإشكالية تتمثل في ماذا لو تزوجت الأنثى في أقل من سن 19 سنة فهل تسقط حضانتها أم لا؟ و الأكيد أنها تسقط لأنه من غير المعقول كذلك أن تكون مرتبطة بعقد زواج مع زوجها و حضانتها غير منتهية مع أبيها أو أمها أو أي شخص آخر، و هو ما يدعونا إلى القول أنه كان على المشرع في نص المادة 64 من قانون الأسرة

المذكورة أعلاه و بشأن حضانة الأنثى أن ينص بلوغها سن الزواج أو بزواجها، و هي الحالة التي لم يجب عنها الرأي السابق للفقه الجزائري عند تحديده السن المطلوب في نص المادة 328 من قانون العقوبات.

ثم لماذا إهمال سن الرشد الوارد في قانون العقوبات و المحدد بـ 18 سنة، طالما أن المسألة واردة ضمن مواده، و ما يعزز هذا الطرح أننا نجد المشرع الجزائري في التشريع العقابي عادة عند استعماله لفظ القاصر يضيف إليه الأقل من 18 سنة و كأنه يؤكد على أن هذا السن هو المرجع المأخوذ به في جميع نصوص قانون العقوبات.

و لهذا نرى بأخذ سن الرشد الوارد في قانون العقوبات و هو 18 سنة حتى تتم المساواة بين الجنسين في مجال الحماية الجنائية الواردة بنص المادة 328 قانون عقوبات، أما النفقة الواردة في قانون الأسرة فلها ما يبررها باعتبار أن الأنثى تبقى محضونة إلى غاية بلوغها سن الزواج عكس الذكر ببلوغه سن 16 سنة، و ذلك بالنظر إلى طبيعة المجتمعات الإسلامية.

الركن الثالث

توافر حكم قضائي نافذ

أما الركن الثالث لهذه الجريمة هو ضرورة توافر حكم صادر عن جهة قضائية يتضمن إسناد الحضانة إلى أحد الأشخاص المذكورين في نص المادة 64 من قانون الأسرة، و يشترط في هذا الحكم أن يكون حائز لقوة الشيء المقضي فيه، أي نهائي أو مشمولا بالنفاذ المعجل[28].

و يكون الحكم نهائيا إذا استنفذ طرق الطعن العادية و هي المعارضة و الاستئناف، و يكون بعدها الحكم جاهزا للتنفيذ، كما قد يكون نافذا إذا نطقت به المحكمة مع الأمر بالنفاذ المعجل حتى و لو كان أمام المحكمة الابتدائية فقط طبقا لنص المادة 40 من القانون المدني، كما قد يكون نافذا مباشرة بموجب أمر على ذيل العريضة أمام القاضي الفاصل في الأمور المستعجلة وفقا للتعديل الأخير في قانون الأسرة بموجب نص المادة 57 مكرر، رغم الاختلاف الواقع حول طبيعة هذا الأمر إلا أن بعض الفقه يعتبره من الأحكام التي تلتئم بهم الجريمة.

و يشترط في الحكم أن يكون صادر عن القضاء الوطني، أما إذا كان صادرا عن القضاء الأجنبي فلا يجوز الأخذ به إلا إذا قد كسيء بالصيغة التنفيذية وفقا لنص المادة 325 من قانون الإجراءات المدنية[29].

كما قد يكون الحكم صادرا عقب دعوى طلاق أو إثر دعوى مستقلة خاصة بمسألة الحضانة وحدها سواء تعلق الأمر بإسناد الحضانة بصفة نهائية أو مؤقتة[30].

و بالرجوع إلى النص 328 من قانون العقوبات فإنه يشمل جنحة عدم التسليم و الإبعاد و الخطف، و الحكم الذي بموجبه تقوم الجريمة لا يمكن في هذه الحالة أن يكون فقط حكم بإسناد الحضانة فقد يكون حكم بإسناد حق الزيارة للطرف الآخر، و مثلما يصح أن يصدر الحقين معا بموجب حكم واحد، فقد يكون حق الزيارة صادر بموجب حكم أو أمر مستقل، كما قد يكون هذا الأخير حائزا لقوة الشيء المقضي فيه بعد صيرورته نهائيا أو بإشماله النفاذ المعجل، المهم أن يكون نافذا.

الركن الرابع

القصد الجنائي

الجريمة المشار إليها في نص المادة 328 من قانون العقوبات، و المتعلقة بعدم تسليم محضون أو بإبعاده أو خطفه هي جريمة عمدية، فيجب أن يعلم المتهم بوجود حكم قضائي نافذ يسند الحضانة للمجني عليه، و تتجه نيته رغم ذلك إلى عدم الاستجابة لهذا الحكم[31]، بمعنى آخر أن يعلم أن هناك حكم أسند حق الحضانة لطرف كما أسند حق الزيارة للطرف الآخر، و قام المحضر القضائي بتبليغه بالحكم و إمهاله مدة 20 يوم من أجل الالتزام بما جاء في منطوقه، و رغم ذلك يعلن صراحة أو ضمنيا أنه لا يرغب في تنفيذ الحكم.

كما قد يقوم المتهم بإبعاد القاصر عن المكان المتواجد فيه أو خطفه سواء بنفسه أو بواسطة غيره و هو يعلم بأن هذا الفعل محظور و معاقب عليه، و رغم ذلك أتاه بكل حرية و في كامل قواه العقلية.

و تبقى سوء النية في هذه الجريمة مفترضة في المتهم، و عليه إثبات عكس ذلك طالما ثبت لدى المحكمة أنه لم يقم بتسليم الطفل أو قام بإبعاده أو خطفه، باعتبار أن الولد المحضون وجد بحوزته من عدا ما تعلق الأمر بالإبعاد أو الخطف بواسطة الغير، فلا تصح في هذه الحالة أن تكون سوء النية مفترضة بل على النيابة أن تثبت أن المتهم قام بتحريض الغير على الإبعاد أو الخطف، و أن هذين الفعلين قد تما لحسابه.

و بطرح الفقه إشكالية أخرى في جريمة عدم تسليم الطفل؛ عندما يكون فعل عدم التسليم ليس راجع إلى رغبة المتهم نفسه، و لكن نظرا لعناد الطفل و رفضه الرجوع إلى والده أو والدته.

و لقد استقر القضاء الفرنسي في هذه المسألة إلى عدم قبول هذا النوع، و قد قضى بقيام الجريمة في حق الأم الحاضنة التي لم تستعمل نفوذها على أطفالها لحملهم على قبول زيارة والدهم تنفيذا لحكم قضائي يقضي بحق الزيارة[32].

إذن على الأم أن تثبت أنها قامت بكل ما في وسعها من سلطة على إلزام الأطفال بالذهاب مع والدهم حتى تفلت من العقوبة، أو على الأقل تثبت وجود قوة قاهرة حالت دون تنفيذ هذا الحكم مثل وجود الطفل في حالة مرض، و أن من شأن تنقله أو خروجه من المنزل أن يعقد حالته الصحية[33].

ثانيا إجراءات المتابعة

لقد استحدث التعديل الجديد لقانون العقوبات لسنة 2006 نص مادة جديد تحت رقم 329 مكرر و تضمن أحكام جديدة تتعلق بإجراءات المتابعة بجريمة عدم تسليم أو إبعاد أو خطف محضون طبقا لنص المادة 328 قانون عقوبات.

و تنص المادة 329 مكرر الجديدة على ما يلي " لا يمكن مباشرة الدعوى العمومية الرامية إلى تطبيق المادة 328 إلا بناء على شكوى الضحية.

إن صفح الضحية يضع حدا للمتابعة الجزائية ".

و يبدوا من النص أن المشرع الجزائري قد قيد هذه الجريمة بشكوى مثلما فعل المشرع المصري في نص المادة 292 قانون عقوبات مصري و ذلك على خلاف المشرع الكويتي و الإماراتي و المغربي... و غير هم، أما المشرع الفرنسي فقد حذف هذا التقييد بعد مراجعته لقانون العقوبات سنة 1992.

و باعتبار أن جريمة عدم تسليم محضون أو إبعاده أو خطفه أضحت جريمة مقيدة بشكوى، فإن النيابة العامة لا تملك أن تتصرف من تلقاء نفسها إذا وصل إلى علمها و أن المتهم اقترف الجريمة المذكورة أعلاه، بل عليها أن تنتظر أن يتقدم الضحية بشكوى أمامها أو أمام الضبطية القضائية أو أمام قاضي التحقيق طبقا لإجراءات الادعاء المدني أو أمام قاضي الحكم طبقا لإجراءات التكليف المباشر بالحضور.

و الضحية الوارد في نص المادة نقصد به من تتوافر فيه صفة المجني عليه، و ليس شخصا آخر، و لو كان قد تضرر من الجريمة، بمعنى آخر لا يمكن للجد إذا لم يكن مالكا لحق الزيارة أن يتقدم نيابة عن ابنه بشكوى أمام النيابة العامة لأن شكواه سوف تكون غير مقبولة.

كما أن الإجراءات السابقة و التي قامت بها النيابة العامة قبل الحصول على رفع القيد تعد إجراءات باطلة، و لا تقبل الإجازة حتى من طرف المجني عليه نفسه، بل يتعين إعادة الإجراءات من جديد بعد التقدم بشكوى. أما العمل الاستدلالي الذي تقوم به الضبطية القضائية مثل استرجاع الطفل إذا كان محل إبعاد أو خطف، و سماع المشتبه فيه على محضر رسمي كلها إجراءات تبقى صحيحة طالما لم يتم بشأنها ممارسة الأوامر القصرية مثل التوقيف للنظر و القبض و غير ذلك مادام أن النيابة العامة لم تقم بتحريك الدعوى العمومية بصددها.

و إذا حدث و أن حركت النيابة العامة الدعوى العمومية قبل رفع القيد فعلى قاضي التحقيق أو غرفة الاتهام إذا كان الملف على مستواها أن تأمر بانتفاء وجه الدعوى لانعدام الشكوى، و إذا كان الملف على مستوى قاضي الحكم فعليه أن يفصل شكلا بفساد إجراءات المتابعة.

كما أن الدفع بفساد إجراءات المتابعة من النظام العام يجوز رفعه من طرف المتهم كما يجوز للقاضي أن يقضي به من تلقاء نفسه دون أن يطلبه الخصوم، كما يجوز إثارته أمام المجلس القضائي أو أمام المحكمة العليا و لو لأول مرة. و بمجرد أن يتقدم المجني عليه

بشكواه فإن النيابة العامة تسترد حريتها في المتابعة و تكون بعدها حرة بشأن تحريك الدعوى من عدمه، بل تملك حفظ الدعوى إذا رأت أن أركان الجريمة غير متوفرة، بمعنى آخر هي غير ملزمة بالتحريك.

و يمكن للمجني عليه أن يسحب شكواه من تراءى له ذلك حفاظا على الروابط الأسرية، و مصلحة المحضون بالذات، و إذا ما تم صفح الضحية قبل تحريك الدعوى العمومية من طرف النيابة العامة فعلى هذه الأخيرة أن تأمر بحفظ الملف، و إذا كان الملف مطروح على مستوى قاضي التحقيق أو غرفة الاتهام فيصدر أمر أو قرار بانتفاء وجه الدعوى، و إذا كان الملف أمام قاضي الحكم فيقضي بانقضاء الدعوى العمومية.

إلا أن الصفح الصادر من المجني عليه يمنعه من إعادة رفع الدعوى على نفس الموضوع حتى لا يتم التلاعب بأحكام القضاء.

غير أنه و إذا قام المتهم من جديد برفضه تسليم المحضون أو أبعده أو خطفه فيكون مرتكبا الجريمة المنصوص عليها بنص المادة 328 من قانون العقوبات، و يحق للمجني عليه من جديد تقديم شكوى أخرى على الوقائع الجديدة، و هو ما أخذ به القضاء الفرنسي بالقول و أن صدور حكم سابق بالإدانة لا يحول دون النطق بعقوبة عن كل امتناع للانصياع[34].

إلا انه و بعد صيرورة الحكم نهائيا و جاهزا للتنفيذ فلا يملك المجني عليه التنازل عن الشكوى و منه توقيف تنفيذ العقوبة حتى و لو لم يشرع بعد في تنفيذها.

و قد قيد المشرع الجزائري لهذه الجريمة عقوبة الحبس و الغرامة معا، أما الحبس فيكون من شهر إلى سنة، أما الغرامة فتكون من 20.000 دج إلى غاية 100.000 دج هذا بالإضافة إلى العقوبات التكميلية الاختيارية المقررة للمجنح.

و قد تصل عقوبة الحبس إلى ثلاث سنوات إذا كان المتهم قد أسقطت عنه السلطة الأبوية طبقا لنص المادة 9 مكرر 1/ فقرة 6 من قانون العقوبات.

لا يعاقب المشرع الجزائري و الفرنسي و المصري على الشروع في ارتكاب جريمة عدم تسليم محضون أو ابعاده أو خطفه طبقا للمواد على التوالي 328 من قانون العقوبات الجزائري 227-5 من قانون العقوبات الفرنسي و 292 من قانون العقوبات المصري.

أما بالنسبة للاشتراك؛ فإذا توافرت أركانه فيعاقب عليه القانون طبقا لنص المادة 42 من قانون العقوبات إذا ثبت أنه ساعد أو عاون الفاعل على ارتكاب الفعل، و قد قضى في فرنسا بأن الأب الذي شجع ابنه المتزوج على عدم تسليم ولده لأمه و اعترض معه المحضر القضائي، و دفع ثمن سفر الولد إلى الخارج يعد شريكا في الجريمة[35].

* محام بمنظمة سطيف

الهوامش:

1 - د. عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، الدار التونسية للنشر، تونس، و المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، دون ذكر السنة و الطبعة ص 153.

2 - R.GARRAUD, Traité Théorique et Pratique du Droit Pénal, T5, Librairie du recueil sirey, paris, France, année 1953, p720, N° 2269.

3 - د. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجرائم ضد الأشخاص و الجرائم ضد الأموال، دار هومة للنشر، الجزائر، الجزء الأول، الطبعة السابعة، سنة 2007، ص 177.

4 - يطلق على السلوك السلبي المتمثل في الترك أو الامتناع اسم الفعل السلبي و ذلك من باب المقابلة و المغايرة للسلوك الايجابي، فالامتناع ليس عدما و إنما هو سلوك أو نشاط ينم عن شخصية صاحبه، لأنه يعبر عن إرادة تتخذ موقفا محددا إزاء أمر معين (أ.د عوض محمد، قانون العقوبات، القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، دون ذكر الطبعة و السنة، ص 57)

5 - E.GARCON,Code Pénal Annoté , T2, Librairie du recueil sirey, paris, France, année 1956 ,N° 119, p386.

6 - د. عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 154.

7 - د. أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 177.

8 - R.GARRAUD, op.cit, N° 2271,p . 722.

9 - E.GARCON, op.cit, N° 119, p386

10 - د. دردوس المكي، القانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائري ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الجزء الثاني، دون طبعة، سنة 2007، ص 151

و نجد هذا الرأي كذلك E.GARCON, op.cit, n .124, p387

11 - د. عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 156.

12 - المرجع نفسه و الصفحة نفسها.

13 - د. أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 177.

14 - L'article 227 -5 du code pénal français " Le fait de refuser indûment de représenter un enfant mineur à la personne qui a le droit de le réclamer est puni... " - www.avocats.fr . 15 يتضمن هذا الموقع استشارات قانونية يقدما مجموعة من المحامين الفرنسيين

16 - د. أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 177.

17 - المنجد في اللغة و الإعلام، دار الشرق بيروت، لبنان، الطبعة الحادية و الثلاثون سنة 1991، ص 467.

18 - د، بهاء رزيقي علي، الحماية الجنائية للأسرة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، مقدمة بجامعة عين شمس، القاهرة، مصر، الهامش 02، ص 145.

19 - القاموس الجديد للطلاب، تأليف علي بن هادية و بلحسين البليش و الجيلالي بن الحاج يحي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، الطبعة السابعة، سنة 1991، ص 611.

20 - لسان العرب لابن منظور، مطبعة دار المعارف، الإسكندرية، مصر، ص 796.

21 - قانون الأحداث الأردني، يحمل رقم 24 لسنة 1968.

22 - قانون الأحداث السوري، يحمل رقم 18 سنة 1974.

23 - قانون الطفل المصري، يحمل رقم 12 لسنة 1996.

24 - الموقع الإلكتروني يحمل اسم الإسلام سؤال و جواب www.islamqa.com

25 - وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري قبل تعديل قانون الأسرة بالأمر رقم 05-04 كانت الحضانة تبدأ بالأم ثم أمها ثم الخالة، ثم الأب ثم أم الأب، ثم الأقربون .

26 - د. دردوس المكي، المرجع السابق، ص 150.

27 - هذا رأي كل من د. أحسن بوسقيعة و دردوس المكي بنفس التحليل و التعليل (د.أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 176، د. دردوس المكي، المرجع السابق، ص 149)

28 - د. أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 177.

29 - د. عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 154.

30 - د. أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، 177.

31 - E.GARCON, op.cit, N° 173, p392

32 - قرار جنائي فرنسي صادر بتاريخ 17 جانفي 1929 مشار إليه عند، د. أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 178.

33 - E.GARCON, op.cit, N° 175, p392

34 - قرار جنائي فرنسي صادر بتاريخ 30 جوان 1937 مشار إليه عند د. أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 180.

35 - قرار جنائي فرنسي صادر بتاريخ 19 فيفري 1963 مشار إليه في نفس المرجع و الصفحة.

تطبيق تشريع العمل في الجزائر

وزارة العدل
برنامج التعاون مشروع إصلاح العدالة
مداخلة السيد الطيب بلولة*

الفصل الأول:

تذكير تاريخي:

قبل أن تنال الجزائر استقلالها يمكننا القول ببساطة أن تطور قانون العمل المسجل بفرنسا لم يمتد في مجموعه على العمال الجزائريين الموجودين تحت رحمة المعمرين.

كل تشريع العمل المدرج في قانون العمل الفرنسي والذي يطبق سوى جزء منه في الجزائر، غير أنه ظل بعيدا عن الجزائريين باستثناء بعض المخضوضين.

العنوان الأول:

لقد قرر قانون 31/12/1962، الذي صوتت عليه الجمعية التأسيسية في آخر لحظة بمواصلة العمل بالتشريع الفرنسي المعمول به إلى غاية 31/12/1962 باستثناء بعض أحكامه المخالفة لسيادة البلد، وعندئذ طبق جميع التشريع الفرنسي خلال مدة طويلة في الجزائر قبل وضع الإصلاحات.

وبشكل إجمالي يطبق قانون العمل على جميع العمال أو مستخدمي التجارة والصناعة والمهن الحرة والفلاحة والبحرية التجارية وحديثا مستخدمي البيت، وهذا الامتداد للنشاطات الخاضعة لقانون العمل يمنحه طابع القانون المعاصر بصفة معتبرة من حيث الكم بسبب التنمية غير المألوفة للعمل التابع، وبالإضافة إلى هذا الطابع يمتد قانون العمل إلى المجالات التي كانت تخضع آنذاك للتشريع الاشتراكي حصرا، كما أن الشأن في الجزائر حيث كان يتعايش نظامان قانونيان، قانون عمال القطاع الاشتراكي وذلك الذي يحكم عمال القطاع الخاص.

وفي الختام حول هذه النقطة، يخص قانون العمل في زمننا كل السكان النشطون سواء تعلق الأمر بالإجراء في النظام الحر أو عمال مؤسسات قطاع الدولة (الاشتراكي سابقا).

أ- سمات قانون العمل:

تاريخيا قانون العمل منذ مدة طويلة كفرع من القانون الخاص، غير أننا نتأكد بأن قانون العمل يبتعد أكثر فأكثر من البصمة المدنية لا سيما بسبب كيفيات إعداده، يتضمن قانون العمل إذن خصوصيات تجعله مستقلا بالإضافة إلى طابعه المؤكد للقانون المعاصر.

ب- خصوصيات قانون العمل:

- أنه قانون شاب،
- يهدف إلى التخلص من وصاية القانون المدني،
- ينوي أن يضمن لنفسه استقلالية.

ج- دور قانون العمل في الحياة السياسية والاجتماعية:

من الصعب فصل قانون العمل عن صراع الطبقات أكيدا أن كل نظام قانوني يعكس إيديولوجية ما، وتأكدت هذه الوضعية في الجزائر عند دراسة نصوص مأخوذة تطبيقا للأيديولوجية الاشتراكية، وبالمقابل فإن الأيديولوجية الرأسمالية تجسدت بفردية وتحررية اقتصادية تستثني كل تدخل للدولة، أدت إلى ظهور تشريع أو تنظيم يضع الأجراء في وضعية سفلى عندما يتعلق الأمر على الخصوص بالفسخ عقد العمل من جانب واحد، وهو مبدأ في صالح الهيئة المستخدمة على الخصوص، ولقد وقفت نتائج هذه الأيديولوجية الانفرادية المؤسسة على فكرة الحرية تنمية قانون العمل يضمن التوازن بين الأجراء والهيئات المستخدمة.

ولقد انتظرنا بداية زوال الانفرادية الليبرالية لكي نرى ظهور القوانين الاجتماعية التي تلغي جنحة الإتلاف، حيث تسمح للأجراء اللجوء للإضراب للحصول على تحسين ظروف عملهم وأجرهم.

وسيمنح ظهور النقابية بالاشتراك مع مساهمة تدخل الدولة دفع جديد لقانون العمل الذي سيمثل كذلك انشغال منظمة متخصصة للأمم المتحدة: منظمة العمل الدولية، وللتذكير منذ 1962 إلى يومنا هذا، صادقت الجزائر على 51 اتفاقية أو توصية.

العنوان الثاني: التطور التاريخي لقانون العمل في الجزائر:

يجب التمييز بين ثلاث فترات عند وصف تطور قانون العمل في الجزائر:

- الفترة الانتقالية التي تنقسم بدورها إلى مرحلتين، مرحلة الجهاز التنفيذي المؤقت و مرحلة المواصلة بالعمل بالتشريع الفرنسي المعمول به آنذاك.
- فترة الأيديولوجية الاشتراكية ما بين 1971 و 1989.
- فترة الانفتاح الليبرالي موضوع دستور سنة 1989.

وخلال هذه الفترات الثلاث سيعرف قانون العمل تطورات في غاية السرعة، وفي بعض الأحيان مع قطيعة عنيفة مع الماضي دون انتقال فعلي.

أ- الفترة الانتقالية:

قبل نيل استقلالها لم تتوفر الجزائر على أي نص قانوني خارج المؤسسات التي وضعتها جبهة التحرير الوطني، أي المجلس الوطني للثورة الجزائرية والحكومة المؤقتة للجمهورية الجزائرية وجيش التحرير الوطني.

وخارج النصوص الفرنسية لم يكن للبلد وضع قانوني، وبالأحرى نصوص تتبع قانون العمل.

إبان بداية الفترة الانتقالية التي تتضمن مرحلتين تلك الناتجة عن اتفاقات إيفيان وتلك النابعة من الإعلان عن الاستقلال، مرحلة تنتهي بصدور دستور سنة 1963، متبوع بانتخاب الجمعية الوطنية بتاريخ 20/12/1964.

ب- ظهور النصوص الأولى المبشرة بقانون اجتماعي يضمن مصالح الأجراء:

وهناك نصان يستحقان الذكر:

- المرسوم رقم 63-95 المؤرخ في 22/03/1963 والمتضمن تنظيم وتسيير المؤسسات الصناعية والمنجمية والحرفية بالإضافة إلى المستثمرات الفلاحية الشاغرة،
- المرسوم رقم 63-153 المؤرخ في 25/04/1963، والمتعلق بمراقبة الشغل وتوظيف اليد العاملة.

النص الأول يحدث التسيير الذاتي نظام يسمح للعمال المعنيين بأن يسيروا بأنفسهم المؤسسة وأن يكونوا المستفيدون الرئيسيين مع أمل الوصول للملكية الاجتماعية، ويظهر بأن الأهداف الموكلة أصلا للتسيير الذاتي لم يتم بلوغها لأسباب لا تعود كلية للعمال.

ويدخل النص الثاني رقابة الدولة على التشغيل الذي كان متروكا لتقدير الهيئة المستخدمة التي أصبحت من الآن فصاعدا ملزمة باحترام القواعد المتعلقة بتوظيف اليد العاملة على الخصوص، و هكذا فمنذ الأشهر الأولى للاستقلال تم التأكيد على الخيار المؤيد للعمال، وتؤكد نصوص أخرى صدرت فيما بعد هذه الرؤية للدولة الجزائرية، كل هذا يجعلنا نعتقد بأن حكومة بن بلة كانت تنوي تجسيد الخيار الاشتراكي على الفور جاعلة منه لا رجعة فيه.

وفيما بعد فإن السلطة المنبثقة من انقلاب 19 جوان 1965 قد جعلت الخيار الاشتراكي أكثر جذريا بإصدار نصوص مؤيدة تماما للعمال.

وسيترجم إضفاء الطابع الجذري على الخيار الاشتراكي بإلغاء النصوص الفرنسية التي كانت تدخل توازنا في العلاقات ما بين الهيئات المستخدمة والمستخدمين، ومن ثم لم تمنح الكلمة لأرباب العمل الخواص إلى غاية سنة 1989، ولا قانون التصويت ضمن بعض مؤسسات العمل مثل المجالس المنتخبة التي كانت متساوية الأعضاء فيما مضى، ومن ثم أصبح المساعدون بموجب التشريع الاشتراكي كلهم عمال منخرطين وجوبا في الاتحاد العام للعمال

الجزائريين الذي كان دوره حاسما لا سيما ضمن المؤسسة الخاصة، فقط بعد دستور سنة 1989 نجد النظام المتساوي الأعضاء ضمن المؤسسات المكلفة بالبت في المنازعات ما بين الهيئات المستخدمة والمستخدمين.

ج- صدور النصوص المستلهمة من الأيديولوجية الاشتراكية:

تبعا للتأكيد على الخيار الاشتراكي، أصبحت النصوص التي أخذ بها المجلس التأسيسي تشكل عائقا.

وكانت السلطة الحاكمة مرغمة بأن تدرج في هذه النصوص ذي الطابع الأيديولوجي خيارات البلاد والتشريع حمن ذلك، وأصبح صدور هذه النصوص استعجالي ويشكل أولوية.

و تلك فترة تتسم بعقد الملتقيات والمؤتمرات الجهوية والوطنية قصد إعداد نصوص مستوحاة من الاشتراكية.

وأول نص ذات صبغة أيديولوجية هو ميثاق المؤسسة الاشتراكية، المعلن عن جملة من الإصلاحات التي ستتم في آجال في غاية السرعة كما أن السلطة كان ينتظر مواقف معادية.

وعلينا أن نتذكر المقطع المتضمن في تدخل بومدين خلال خطابه بتاريخ 05/07/1965.

"من الآن فصاعدا فإن الاشتراكية الشفوية قد ماتت، وسنبدأ في تشييد اقتصاد اشتراكي".

من دون شك أن كلمات بومدين لن تبقى حبرا على ورق، ومباشرة كرس نفسه لتشييد دولة مستقرة، كما أعلن عن ذلك وللتوصل إلى ذلك قرر في البداية استرجاع الثروات الوطنية.

وبتاريخ 24/02/1971 تاريخ ذكرى تأسيس الاتحاد العام للعمال الجزائريين، أعلن تأميم المحروقات.

وفي سنة 1971 تم في نهاية الأمر توضيح المضمون الإيديولوجي لقانون العمل في الميثاق المتضمن تنظيم المؤسسات الاشتراكية، وستكون العلاقات ما بين الهيئات المستخدمة والعمال محل نصوص للعمال ليس فقط حقوق اجتماعية مرتبطة بنشاطاتهم ولكن حقوق في تسيير المؤسسة، وحتى عمال المؤسسة الخاصة لم ينسوا، بل خلاف ذلك سيتوفرون على المزيد من الحقوق التي تسمح لهم على الخصوص باللجوء للإضراب قصد تلبية مطالبهم.

العنوان الثالث: تدخل الدولة في تكوين قانون العمل على نطاق واسع:

سيتذكر علم الشغل بالجزائر سنوات 1971-1989 التي تم أعدت وصدرت خلالها نصوص هامة، ولا يمكن لأي بلد نام التأكيد على أنه يتوفر على تشريع غني كهذا لصالح العمال، كل شيء كان يتم كما لو أن حزب العمال وصل إلى السلطة، لقد شرعت الجزائر بعزم في سياسة إصدار نصوص مع الإسراع في الوتيرة مع ضمان حقوق للعمال دون البحث عن توازن ضروري بين الحقوق والواجبات لتفادي "رد فعل معاكس".

الشروط المسبقة للتدخل التشريعي:

قصد ضمان نجاح تام ستتعاقب التدخلات التشريعية بوتيرة سريعة، ولكن قبل كل شيء كانت السلطة تنوي في البداية "التخلص من قانون 31/12/1962 التي استمرت العمل بالتشريع الفرنسي إلى إشعار آخر".

- إلغاء قانون 31/12/1962:

قررت السلطة في سنة 1973 إلغاء هذا القانون وتظهر الأسباب المتذرع بها نوعا ما مفرطة، بحيث لم يكن من الضروري على الدولة الجزائرية تبرير قرارها استبعاد تشريع دولة أخرى ذي سيادة.

التدخلات الأولى لقانون العمل:

أ- بخصوص الشروط العامة للعمل في القطاع الخاص:

و سيكون أو نص مستوحى من الاشتراكية "أول قانون جزائري للعمل"، يتضمن عدة نصوص، منها المؤرخ في 29/04/1975 المتعلق بالشروط العامة للعمل في القطاع الخاص،

ب- بخصوص عدالة العمل:

يعطي النص المتعلق بعدالة العمل للمحاكم مهمة إعادة إدماج العمال المسرحين بصفة تعسفية أو بصفة غير قانونية، ويساعد القاضي المكلف بترأس المحكمة التي تفصل في المجال الاجتماعي مساعدان يمثلان العمال حصريا.

ج- صلاحيات مفتشيات العمل:

بالنسبة لأصحاب هذه الفكرة، ينبغي حماية العمال في المصحب وفي المنبع وعلى مستوى المؤسسة فبالإضافة إلى الحماية النقابية، يمكن الدولة التدخل عن طريق مفتشية العمل التي زيادة على مهامها التقليدية يمكنها تقديم عمومية ضد أي مخالفة لتشريع العمل لا سيما بفرض ضريبة حسب عدد العمال.

د- بخصوص حماية الأجور:

ووصلت حماية العمال إلى غاية المحافظة على جزء من أجرتهم في حالة العجز، حتى في إطار التخلي عن العائلة، وذلك هو الهدف المذكور في النص المتعلق بحجز الأجور وبالتنازل عن المرتبات.

هـ- بخصوص حماية الحق النقابي في القطاع الخاص:

وقصد استكمال هذا العمل التشريعي، فإن الحق النقابي الذي يمثل حرية أساسية، حدد بالمرسوم المؤرخ في 29/04/1975، والمتعلق بحماية الحق النقابي في القطاع الخاص ويضاف هذا النص لأمر سنة 1971 المتعلق بالعلاقات الجماعية للعمل في القطاع الخاص

و- بخصوص سير لجان الانضباط المتساوية الأعضاء:

قبل إخطار العدالة في حالة نزاع فردي داخل المؤسسة، يتعين على الأطراف أن يتوجهوا للجان الانضباط المتساوية الأعضاء بحيث حدد الجهاز التنفيذي(مرسوم 29/04/1975) قواعد تشكيلها وسيرها.

ز- بخصوص الخدمات الاجتماعية:

من الآن فصاعدا تلزم الهيئة المستخدمة بالمساهمة في تمويل الخدمات الاجتماعية ويحدد مرسومان صادران في 29/04/1975 كيفيات تسيير الخدمات الاجتماعية وتمويلها.

القانون الأساسي العام للعامل:

لقد أعاد القانون الأساسي العام للعامل صياغة تشريع العمل برمته، تلك هي فكرة جديدة لقانون العمل الذي يعتمد كأساس أيديولوجي على الميثاق الوطني ودستور سنة 1976، وعرف العامل كشخص يعيش من منتوج عمله سواء كان فكري أو يدوي، وسيزول القانون الأساسي العام للعامل دون إجراء أي تقييم.

العنوان الرابع: الفترة النيبرالية الناتجة عن دستور 1989، قانون 21/04/1990:

السمة المميزة لهذه الفترة تتمثل في الإلغاء الصريح أو الضمني لجميع نصوص الخيار الاشتراكي.

- الأمر رقم 71-74 المؤرخ في 8/11/1971 والمتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات،
- الأمر رقم 75-31 المؤرخ في 29/04/1975 والمتعلق بالشروط العامة للعمل،
- المواد من 01 إلى 179 ومن 199 إلى 216 من القانون رقم 78-12 المؤرخ في 05/08/1978 والمتعلق بالقانون الأساسي العام للعامل،
- القانون رقم 83-01 المؤرخ في 21/02/1981 الذي يحدد المدة القانونية للعمل.
- القانون رقم 81-08 المؤرخ في 27/06/1981 والمتعلق بالعطل السنوية،
- القانون رقم 82-06 المؤرخ في 27/06/1982 والمتعلق بالعلاقات الفردية للعمل ومجموع النصوص التنظيمية المتخذة لتطبيقه.

وبعبارات أخرى فإنها 19 سنة من المجهودات التشريعية الدءوبة التي صرفت دون أي تفسير مقبول.

التحولات التي أدخلها تشريع العمل الجديد:

- التخلي عن قواعد التوحيد التي تحكم العمل الخاضع:

تم إعادة إدخال فصل واضح ما بين العمال بالمفهوم التقليدي وأعوان الدولة التابعين لقانون أساسي خاص، قانون الوظيف العمومي السابق.

- الرجوع للمبدأ التقليدي لفسخ عقد العمل من جانب واحد:

تم التأكيد على الحقوق الأساسية للعمال مع الرجوع لنوع من إعادة التوازن في العلاقات بين الهيئات المستخدمة والمستخدمين بتحديد التزامات العمال، ومن ثم أصبح باستطاعة الهيئة المستخدمة اللجوء للتسريح بشرط وحيد يتمثل في دفع تعويض

التسريح.

- النظام الداخلي، الأداة الوحيدة للانضباط:

وهو الذي يحدد تصنيف الأخطاء المهنية ودرجات العقوبات الموافقة وإجراءات تنفيذها.

- العودة للتفاوض الجماعي كأسلوب لتحسين ظروف العمل والأجر:

لقد جعل المشرع تقريبا إلزاميا اللجوء للتفاوض الجماعي قصد التوصل للاتفاقات أو الاتفاقيات الجماعية من أجل تحسين ظروف العمل.

- الرجوع لمبدأ التقليدي لتمثيل المستخدمين:

تم إعادة إدخال مندوبي المستخدمين بموجب قانون 21/04/1990 ويتوفرون على عددا من الصلاحيات التي تختلف تماما من تلك المخولة للفروع النقابية بموجب التشريع الاشتراكي الملغى.

وتقريبا رجع مشرع سنة 1990 لقانون العمل كما كان يصدر من التشريع الفرنسي لسنة 1962 دون الإصلاحات اللاحقة والاجتهاد القضائي الذي لا يستهان به، ويكفي مثال لتوضيح هذه الوضعية وهو التسريح الذي يحاط في فرنسا على سبيل المثال بعدد من الشروط التي تصعب من اللجوء لمبدأ الفسخ، ولنتفحص كيف تتشكل علاقة العمل أو عقد العمل.

العنوان الخامس: نشأة عقد أو علاقة العمل ذي المدة غير المحددة:

حسب تعابير القانون فإن علاقة العمل تنشأ بموجب عقد مكتوب أو غير مكتوب، ويمكن أن يكون دليل وجودها فقط بالعمل لحساب هيئة مستخدمة، غير أن علاقة العمل هذه تخضع لبيئة تشريعية إلزامية.

البيئة التشريعية الإلزامية:

يجب أن نعرف إذا بأن بعض نصوص قانون العمل أو الضمان الاجتماعي تنطبق بفعل الواقع منذ اللحظة التي يشرع فيها العامل الموظف في العمل، غير أنه ينبغي أن نأخذ بعين الاعتبار الشروط الشروط التقنينية للقانون المدني.

- القدرة على التعاقد:

القدرة هي أهلية شخص أن يكون صاحب حق ويمارسه، على الهيئة المستخدمة، كما هو الشأن بالنسبة للأجير، أن تكون قادرة على التعاقد، وعلى العموم فإن التزام شخص غير مؤهل يكون باطلا لأن العقد يمكن أن يبطل.

- الرضى:

الرضى ضروري ويمستلزم وجود إرادة واعية ومؤكدة للتعاقد، ويتشكل حالما يتبادل الأطراف إرادتهم المطابقة.

- الموضوع:

يتمثل هدف عقد العمل في تنفيذ عمل من قبل أجير مقابل مرتب تتكفل به الهيئة المستخدمة وينبغي تحديد العمل الواجب تنفيذه بوضوح ولا يجب أن يؤدي إلى أي التباس وكون عقد العمل باطلا إذا كان الموضوع غير مشروع أو مخالف للنظام العام والأخلاق.

الدليل:

في قانون العمل كما في المجال التجاري، يمكن أن يكون الدليل بكل وسيلة والأفضل من ذلك يمكن إعداد دليل عقد عمل كما سبق ذكره سابقا فقط بالعمل لفائدة هيئة مستخدمة.

بطلان العقد:

في القانون العام فإن البطلان عندما يكون مطلقا يمكن أن يؤدي لإلغاء عقد بأثر رجعي، و يعترف القانون إذن لأحد المتعاقدين المشتركين بالحق في إلغاء عقد.

غير أنه في قانون العمل، سوى في حالات استثنائية، لا يمكن إلغاء العقد بأثر رجعي لأنه يكون أنتج آثاره التي لا يمكن إلغاؤها مثل العمل الذي سبق للعامل إنجازه، ومع ذلك فأن تشريع العمل ينص على هذا الاحتمال في ثلاث حالات يمكن فيها للقاضي أن يطلب بطلان عقد متنازع فيه، كما يمكن هذا الأخير الاعلان عنه تلقائيا.

في المقام الأول يمكن أن ينتج هذا البطلان عن عدم مطابقة العقد تشريع العمل، فإن علاقة العمل بأكملها مستهدفة، إنها على سبيل المثال فريضة عقد عمل يكون موضوعه غير شرعي.

وفي المقام الثاني فإن القانون لا يعلن ببطلان سوى كل بند عقد عمل مخالف للأحكام التشريعية أو التنظيمية وذلك على سبيل المثال عندما يقبل الأجير بند تعاقدي يسمح للهيئة المستخدمة بأن تجعله يعمل ما بعد مدة السعة اليومية المرخص لها.

وفي المقام الثالث فإن القانون يصرح بأنه باطلا وعديم الأثر كل بند من عقد عمل يخرق في مفهوم مضاد للحقوق الممنوحة للعمال من قبل القانون أو التنظيم أو الاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية، وفي هذا الظرف يكون الأجير قد قبل على سبيل المثال أجرا أقل من الأجر الأدنى المضمون.

آثار العقد:

ينتج عقد العمل المبرم حسب الشروط المذكورة كل آثاره بما في ذلك تلك غير المنصوص عليها في العقد ولكن المنصوص عليها في تشريع العمل المعمول به، و هذه سمة قانون العمل الذي يكون تطبيقه من النظام العام.

نهاية العقد:

يمكن وضع حد لعقد العمل حسب عدة كيفيات المنصوص عليها تعاقديا أو قانونيا ويكفي التذكير هنا بالجوانب الشائعة.

النهاية العادية:

وتكون بوفاة العامل، التقاعد، العجز التام عن العمل كما هو محدد في التشريع، التقاعد، انقضاء عقد العمل ذي المدة المحددة، الاستقالة.

2- حالات الأخرى لنهاية عقد العمل التي يمكن أن تثير اعتراضات:

التسريح، التسريح من أجل تقليص التعداد، البطلان أو الإلغاء القانوني لعقد العمل، النهاية القانونية لنشطا الهيئة المستخدمة.

و بجانب عقد العمل ذي المدة غير المحددة الذي يمنح مزايا معتبرة عند قطعه، يرخص القانون إبرام عقد ذي مدة محددة.

العنوان السادس: عقد العمل في المدة المحددة:

من خصوصية عقل العمل ذي المدة المحددة أنه ينص حتما على فترة ينتهي على إثرها من إنتاج آثاره، ويمنح غياب تعيين المدة للعقد طابعا غير محدد.

العناصر الأساسية لعقد العمل ذي المدة المحددة:

قصد تفادي قدر الإمكان نزاع محتمل يجب على عقد العمل أن يكون مكتوبا لا سيما لبيان مدته، ومع ذلك لا يستثني أن يبرم مثل هذا العقد شفهيا، وفي هذه الحالة فإن الدليل الذي يقدم بأية وسيلة يكون من الصعب بيانه.

ميدان نشاط عقد العمل ذي المدة المحددة:

يحدد القانون الذي يعاقب جنائيا كل تجاوز، ميادين النشاط التي يمكن أن تكون موضوع توظيف لمدة محددة، وهذا التحديد خاص بالجزائر، وأغلب التشريعات المعاصرة تترك حرية كاملة للنشاطات التي يمكن أن تكون موضوع عقد ذي مدة محددة.

ويتعلق على الخصوص بالميادين الآتية:

- عندما يوظف العامل لتنفيذ عمل مرتبط بعقود أشغال أو خدمات غير قابلة للتجديد،
- عندما يتعلق الأمر باستخلاف أصلي في منصب يتغيب مؤقتا والذي يتعين على الهيئة المستخدمة أن تحتفظ له بمنصب العمل.
- عندما يتعلق الأمر بالنسبة للهيئة المستخدمة بالقيام بأشغال دورية ذات طابع منقطع،
- عندما يبرر ذلك زيادة حجم العمل أو عندما تبرر ذلك أسباب فصلية،
- عندما يتعلق الأمر بنشاطات أو مناصب شغل ذي مدة محدودة أو هي مؤقتة.

من المهم الإشارة إلى أن مفتش العمل المختص إقليميا مؤهل للتأكد من أن عقد العمل ذي المدة المحددة يبرم في أحد الحالات التي ذكرها القانون صراحة.

وبهدف هذا التحديد من المشرع لضمان استقرار منصب الشغل مع تحديد سلطات رؤساء المؤسسات في مجال التوظيف ذي المدة القصيرة، وفي فترة الأزمة الاقتصادية يمكن أن نتساءل إن لم تكن هذه الرؤية من شأنها كبح مرونة منصب الشغل و على عكس ذلك ينبغي تشجيع عقد العمل ذي المدة المحددة.

المسألة المتنازع فيها لإعادة تجديد أو التجديد الضمني لعقد العمل ذي المدة المحددة:

في الوضع الراهن للتشريع، هل يمكن لعقد العمل ذي المدة المحددة أن يكون موضوع تجديد؟

هل التجديدات المتتالية مفرط فيها؟ في هذه الحالة هل يجد عقد العمل طابعه للمدة غير المحددة؟ و من جهة

أخرى هل يضع التجديد الضمني العقد ذي المدة المحددة في صنف العقود ذي المدة غير المحددة مع النظام القانوني المرتبط به؟ أسئلة تستدعي إجابات.

وبخصوص التجديد فإن القانون بقي أبكم بينما تعتبر المحكمة العليا بأن العقد يمكن أن يجدد.

عقد العمل ذي المدة المحددة لمسيري المؤسسات:

يمكن تجديد هذا العقد بمبادرة من الأطراف، ويفلت من الأحكام المحددة في المادة 12 من قانون 21/04/1980.

الحالات التي يمكن أن تؤثر في تنفيذ العقد ذي المدة المحددة:

أ- التغيير بالتراضي:

الحالة المعتادة هي الحالة التي يتفق فيها العامل والهيئة المستخدمة في تعديل العقد في أي نقطة منه ولكن مع احترام تشريع العمل، كما يمكن الأطراف بموجب ملحق تعديل فقط بعض بنود العقد بحيث يبقى العقد السابق صالحا مع ملحقه.

ب- التغييرات الأحادية الطرف:

يمكن الهيئة المستخدمة أن تقرر فسخ العقد قبل حلول الأجل المتفق عليه بالتضرع بعدة أسباب، ومع ذلك يبقى ملزما بالتزامه منها دفع الأجور المستحقة وإلى غاية النهاية المرتقبة للعقد.

ويصبح التعديل متنازع فيه عندما يرفضه الأجير حتى وإن لم يؤثر على العقد في أحكامه الأساسية.

ج- التعديلات في حالة الأخطاء التأديبية:

يمكن فسخ العقد ذي المدة المحددة قبل حلول الأجل بسبب خطأ تأديبي، يجب على الهيئة المستخدمة تبرير الخطأ المنسوب للأجير.

إن تحديد الخطأ أساسي لحل النزاع الذي يعترض الهيئة المستخدمة والأجراء.

نعترف أن المشرع ترك في أول الأمر ذلك للهيئة المستخدمة لكي ينص في نظام داخلي عن الأخطاء والعقوبات وعندها أدرك المشرع بأنه لا يستطيع أن يترك النظام الداخلي لوحده، ومن ثم الهيئة المستخدمة تحديد الأخطاء والعقوبات، وبالتالي حدد في المادة 73 من قانون 21/04/1990، المعدل والمتمم، الأخطاء المصنفة خطيرة التي من شأنها أن تؤدي إلى التسريح دون أجل على عطلة ولا التعويضات، وهناك قرار للمحكمة العليا يرخص للهيئة المستخدمة أن تنص على أخطاء تؤدي إلى تسريح دون أجل العطلة ولا تعويضات.

د- التمييز بين الخطأ البسيط والخطأ الجسيم:

لاحظنا بأن تحديد الخطأ الجسيم من اختصاص القانون ومنذ اجتهاد قضائي للمحكمة العليا من اختصاص الهيئة المستخدمة مع إدراجه في النظام الداخلي.

يمكن للخطأ البسيط أن يؤدي إلى عقوبات أقل قساوة ولكن ليس التسريح أو أكثر من ذلك التسريح متطابق من أجل عطلة واحتماليا تعويضات، ومثل هذا التسريح يكون قريبا من التسريح دون خطأ جسيم.

وبديهيا تكمن الفائدة في مثل هذا التمييز في العقوبة، إذا ارتكب الأجير خطأ جسيم كما هو محدد في القانون أو النظام الداخلي، يمكن أن يكون محل التسريح دون إشعار مسبق ولا تعويضات، وهذه من دون وضعية العامل الذي يشارك في إضراب غير شرعي، الشيء الذي يعتبره القانون خطأ مهني جسيم، أينبغي إذن التحقق من الطابع اللاشرعي للإضراب؟

ذلكم هو السؤال الذي سنخصص له تطورات أكثر عند التطرق لقطع علاقة العمل.

ولنتفحص هذه الأسباب لتوقيف عقد العمل والنتائج المترتبة عنه.

هـ- أسباب توقيف علاقة العمل:

لقد ميز المشرع بوضوح بين حالات التوقيف المنصوص عليها في القانون وتلك التي يمكن أن تكون محل اتفاق بين الأطراف، كما حدد أسباب التوقيف الراجعة للأجراء وتلك الراجعة للهيئات المستخدمة.

الأسباب الراجعة للأجراء:

في حالة التوقف المؤقت لتنفيذ العمل، تتوقف بعض الآثار المرتبطة العقد من إنتاج آثارها، ويجد العقد نفسه موقفا موقتا.

المرض:

كان الفضل للتشريع السابق في تنظيم الغيابات بسبب المرض مع فرضه للأجير تقديم شهادة طبية تسلمها المؤسسات الاستشفائية أو الأطباء المحلفون أو طبيب العمل للهيئة المستخدمة، ولقد سبق للمحكمة العليا في زمن التشريع السابق أن ذكرت بضرورة احترام إجراءات تسليم الشهادة الطبية المنصوص عليها في التنظيم.

لم يكلف التشريع الحالي عن هذه المسألة، وهو فراغ بإمكان النظام الداخلي أو الاتفاقيات الجماعية تسويته لتفادي قدر الإمكان النزاعات حول صلاحية الشهادة الطبية.

حالة الإضراب:

وتعتبر المادة 73 من القانون المتعلق بعلاقات العمل كخطأ جسيم من شأنه أن يؤدي إلى التسريح دون أجل عطلة ولا تعويض، المشاركة في التوقف الجماعي والمدبر عن العمل خرقا للأحكام التشريعية المعمول بها في هذا المجال.

كما نضيف بأن العقوبة الجنائية ممكنة عندما يعيق المضربون حرية العمل.

كما يعاقب جنائيا على المساس بممارسة حق الإضراب.

العطل لأسباب شخصية:

لقد نصت عليها على الخصوص مختلف القوانين الأساسية أو الأنظمة الداخلية أو الاتفاقيات الجماعية في حالة الحوادث العائلية: الزواج والازدياد والوفاة، عندما تنص على ذلك مثل تلك النصوص فإنهم يمثلون أيضا سببا لتوقيف العقد.

عطل الأمومة:

لقد اتخذ المشرع تدابير خاصة من أجل حماية بعض فئات العمال منها العاملات عند تاريخ ولادتهن وعندما تصبحن أمهات.

ويحيل قانون 21/04/1990 هذه المسألة لعطل المرض أو العطل المشابهة كما هو منصوص عليه في التنظيم المتعلق بالضمان الاجتماعي، وفي النهاية فإن القانون المتعلق بالتأمينات الاجتماعية هو الذي حدد المدة بأربعة عشر أسبوعا.

أداء الخدمة الوطنية:

لا تترك المادة 64 الفقرة 3 من قانون 21/04/1990 أي مجال للغموض:

يطرأ توقيف علاقة العمل قانونا.. عند أداء التزامات الخدمة الوطنية وكذا فترات الإبقاء أو الحفظ في إطار الاحتياط.

وتستنتج المادة 65 بالتقرير بأن إعادة الإدماج يجب أن تتم قانونا بعد انتهاء الفترة التي تسببت في التوقيف.

الحالات الخاصة للعهد الانتخابية:

ويهدف النص المعمول به ممارسة مهمة عمومية انتخابية ولا يتعلق الأمر سوى بالمنتخبين المدعوين للممارسة مثل هذه المهمة.

العطلة بدون أجر:

وتفرض العطلة من دون أجر المنصوص عليها في المادة 64 اتفاق جميع الأطراف.

التوقيف:

ويطرأ تحت تأثير الاتفاق المتبادل للأطراف.

التوقيف التأديبي:

يمكن للعامل الذي يرتكب خطأ تأديبي أن يكون محل توقيف في انتظار فصل الهيئة المستخدمة، واحتماليا مجلس التأديب حول الوقائع المنسوبة له، وخلال التوقيف التأديبي لا يفسخ عقد العمل، ويمكن للقاضي أن يصرح بتعسف التوقيف الذي يتجاوز الآجال المنصوص عليها.

الحرمان من الحرية:

ويمثل حرمان العامل من الحرية ما لم تعلن إدانته وتصبح نهائية سببا في توقيف علاقة العمل، غير أنه يمكن لهذه الحالة المبتكرة لتوقيف علاقة العمل أن تجد أساسها في قرينة البراءة.

ويمكن للمدة الممدة للحجز الوقائي، وهو ما يحدث كثيرا، أن يثير مشاكل عندما لا تستطيع الهيئة المستخدمة المحافظة على منصب عمل العامل المعني بسبب ضرورات المؤسسة.

وذلك ليس رأي محكمة حسين داي التي أمرت بإعادة إدماج أجير بعد أربع سنوات غياب.

الأسباب الراجعة للهيئة المستخدمة:

يمكن للأسباب الاقتصادية أن تدفع بالهيئة المستخدمة إلى غلق موقت لمؤسسته وإلى تدابير تسريح أو توقيف علاقة العمل لجزء من المستخدمين.

وتنظم النصوص المعمول بها اللجوء للتسريح الفردي أو الجماعي لأسباب اقتصادية، ويمكن الهيئة المستخدمة القيام بتقليص التعداد الذي يتمثل في إجراء التسريح الجماعي الذي يتجسد بالتسريحات الفردية المتزامنة.

ولا يقرر مثل هذا الإجراء إلا بعد التفاوض الجماعي أو حسب الكيفيات المنصوص عليها في الاتفاقات أو الاتفاقيات الجماعية.

الفصل الثاني: قطع علاقة العمل:

يثير قطع علاقة العمل أسئلة هامة تتعلق بالمذهب والاجتهاد القضائي، ويطرأ إثر خطأ جسيم من الأجير، ويثير المزيد من الاعتراضات، ويمثل تقدير الخطأ مسألة واقع يتبع لقضاة الموضوع، ولقد ذكرت المحكمة حديثا بهذا المبدأ.

ونصت المادة 73 من قانون 21/04/1990 قبل تعديلها بأن التسريح التأديبي يطرأ حسب الشروط المحددة في النظام الداخلي.

وبالتالي لا يمكن القضاة دون خرق القانون الأخذ بالخطأ الجسيم إلا إذا كان منصوص عليه في النظام الداخلي.

ولم يحدد قانون 21/04/1990 قائمة الأخطاء الجسيمة التي يمكن أن تؤدي إلى التسريح دون إشعار مسبق ولا تعويضات مثل على سبيل المثال رفض تنفيذ تعليمات الهيئة المستخدمة إلا بعد تعديله، وسبق للمحكمة العليا في زمن القانون السابق أن ألغت قرارا اعتبر تسريحا تعسفيا بينما رفض الأجير تنفيذ تعليمات الهيئة المستخدمة.

ونظرا لهذا النص، على الأقل في جانبه الأصلي يجب أن نتساءل إن لم يعيد مشرع سنة 1990 إدخال حرية الفسخ التي أبعدها التشريع الاشتراكي لسنة 1975.

القانون التعديلي لسنة 21/12/1991 سد الثغرة لأنه من ثم يكون من صلاحية المشرع تحديد الأخطاء الجسيمة وخارج هذه الأخطاء الجسيمة وخارج هذه الأخطاء وشرط تنفيذها، يعتبر التسريح تعسفيا.

وبعد ذلك من جديد، عاد مبدأ فسخ عقد العمل بحيث أنه يمكن الهيئة المستخدمة معارضة إعادة إدماج الأجير بدفع جزء من الأجور، واحتماليا، التعويضات والفوائد.

العنوان السابع: القانون المطبق على قطع علاقة العمل، قانون 21/04/ المعدل والمتمم:

أسباب قطع علاقة العمل:

- البطلان أو الإلغاء القانوني لعقد العمل،
- انقضاء أجل عقد العمل ذي المدة المحددة،
- الاستقالة،
- التسريح،
- العجز التام عن العمل، كما هو محدد في التشريع،
- انتهاء النشاط القانوني للهيئة المستخدمة،
- التقاعد،
- الوفاة،

حالات انتهاء علاقة العمل التي يمكن أن تؤدي إلى نزاعات:

والحالات التي يكثر عددها هي تلك التي غالبا ما تثير نزاعات بسبب عدم احترام الكيفيات المنصوص عليها في النصوص أو النظام الداخلي أو الاتفاقيات الجماعية،

فلنتفحص هذه الحالات:

- تسريح أجير لم يرتكب خطأ،
- تسريح تأديبي،
- تسريح من أجل تقليص التعداد،
- تسريح الأشخاص المحميين.

قطع علاقة عمل أجير لم يرتكب خطأ:

ويشير قانون 21/04/1990 المتعلق بعلاقات العمل فقط لعبارة تسريح دون توضيحات إضافية، وترى المادة 66 الفقرة 4 قطع علاقة العمل على إثر تسريح، وفي صلب النص، يتعلق الأمر بالتسريح باستثناء كل نعت آخر.

وتنص المادة 66 المعمول بها صراحة كشكل قطع علاقة العمل التسريح دون توضيح، ولا تدع المادة 73-5 الجديدة أي مجال للشك بخصوص تسريح عامل لم يرتكب خطأ جسيم:

"يعطي التسريح للعامل الذي لم يرتكب خطأ جسيم الحق في أجل عطلة تحدد مدته الدنيا في الاتفاقات أو الاتفاقيات الجماعية".

وعند عرض قانون 21/04/1990 خلال مداخلة نشرتها مجلة المحكمة العليا لم يذكر السيد ديب عبد السلام الذي كان آنذاك رئيس الغرفة الاجتماعية تسريح الإجراء الذين لم يرتكبوا خطأ جسيما بينما القانون ينص على ذلك صراحة.

الأسباب التي يمكن للهيئة المستخدمة إثارتها:

إنها أسباب لم يذكرها القانون صراحة والتي يمكن أن يشير إليها العقد والنظام الداخلي والاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية، وبالفعل ينبغي التذكير بأن كل تسريح فردي يطرأ خرقا للقانون يعتبر تعسفي، ويتعين على الهيئة المستخدمة تقديم الدليل المخالف.

الفترة التجريبية غير المقنعة:

يمكن الهيئة المستخدمة أن تضع حدا في أي وقت لعلاقة العمل خلال الفترة التجريبية.

العطلة المرضية الممددة:

خلال العطلة المرضية التي يتم التأكد منها حسب الشروط المنصوص عليها في التأمين على المرض، توقف علاقة العمل وعند انقضاء فترة المرض يعاد إدماج الأجير في منصب عمله أو في منصب ذو مرتب موافق يضمن القانون المرتب وليس المنصب.

أيمكن لأجير تمددت عطلته المرضية بلا نهاية أن يحص بسهولة على إعادة إدماجه؟

أيمكن للهيئة المستخدمة التذرع بالقوة القاهرة لاستخلاف الأجير، أي فسخ عقد العمل؟ حسب القانون المدني، يمكن القاضي تبعا للظروف وبعد أخذ بعين الاعتبار مصالح الأطراف تقليص إلى حد معقول، التزاما أصبح مفرطا (المادة 107 من القانون المدني).

الغيابات المتكررة:

الغيابات مقننة ويمكن لتلك التي لبست مبررة أن تكون محل عقوبات، وتكمن الصعوبة في الغيابات المتكررة والتي ليست مبررة بصفة جدية، وفي مثل هذه الحالة يمكن الهيئة المستخدمة اتخاذ عقوبات ضد الأجير صاحب الغيابات المتكررة، وعند الخصوص عندما تضر مثل تلك الغيابات بالمؤسسة.

العجز البدني المترتب عن حادث عمل او مرض مهني:

ينص القانون كسبب لقطع علاقة العمل العجز التام عن العمل كما هو محدد في التشريع، كيف يكون الحال عندما يكون هذا العجز فقط جزئي ويكون الأجير مدعو لاستئناف عمله، بناء على رأي طبيبه ولكن مع تقليص نشاطاته المعتادة؟ أيمكن للهيئة المستخدمة معارضة إعادة الإدماج؟ إنها نفس الوضعية عندما يتغيب المستخدم مرارا مع التذرع بالمرض، وفي كلتا الحالتين يتوقف الأمر على المنصب المشغول من الأجير الذي يتغيب مرارا بسبب المرض، ومن المضايقة المسببة للهيئة المستخدمة ولتعداد مؤسساتها.

سلوك الأجير:

يمكن للسلوك الانطوائي بل العدواني لعامل أن يضر بالسير الحسن لعلاقات العمل. ومثل هذا السلوك يمكن أن يكون محل عقوبات منها التسريح، لا سيما عندما يرفض المعني أن يصلح نفسه، والأمر عندما يحرض أجير زملاؤه للتخفيف من وتيرة العمل بهدف الإضرار بالهيئة المستخدمة.

نقص الكفاءة المهنية:

غالبا ما يتم التذرع بنقص الكفاءة المهنية كسبب للتسريح، ما بعد الفترة التجريبية وما بعد هذه الفترة يخضع قطع علاقة العمل لشروط أخرى التي يؤدي عدم احترامها إلى مسؤولية الهيئة المستخدمة بسبب التسريح التعسفي غير أن الهيئة المستخدمة يمكن أن تتذرع بالتدليس.

نقص النتائج:

يمكن أن ينص عقد التوظيف، بالاتفاق مع الأجير، على إنجاز نتيجة، ولا يتعلق الأمر هنا بخطأ مهني، ولكن بشرط مسجل في عقد العمل والذي لا يتحقق.

توقيف رخصة السيارة:

يمكن الهيئة المستخدمة تسريح السائق الموظف بهذه الصفة والذي يتم توقيف رخصة سياقته على إثر عدة مخالفات لقانون المرور بالتذرع فقط بهذا السبب وعلى الخصوص إذا كانت رخصة السياقة هي السبب الوحيد للتوظيف.

اللباس:

هناك مؤسسات حيث تنظم اللباس، ويمكن للأجير الذين يستهين بلباسه أن يكون محل عقوبات، وهكذا

على سبيل المثال، فإن نادل مطعم أو فندق الذي يفضل ارتداء لباس غريب بدلا من ارتداء البذلة التنظيمية أو الذي يهمل نفسه تماما إلى حد إثارة رد فعل الزبائن.

الحياة الخاصة:

القاعدة في هذا المجال هي لكل واحد الحق في احترام حياته الخاصة، ولكن الذي يفرط في حق يمكن أن يصرح بأنه مسئولا عندما يتسبب في اضطرابات أو في ضرر للغير.

الكل متوقف على طبيعة نشاطات الهيئة المستخدمة والأضرار التي يمكن للأجير أن يتسبب فيها بسلوكه أو حياته الخاصة، في كل حالة، ينبغي البحث إذا أضر سلوك الأجير بسير المؤسسة في أماكن العمل.

الإجراءات المنصوص عليها على عاتق الهيئة المستخدمة:

من أجل تطبيق الإجراءات المسبقة للتسريح، تفرض على الهيئة المستخدمة ويتعين على هذه الأخيرة تبليغ التسريح كتابيا للعامل والقيام بالاستماع له.

الهيئات المستخدمة التي لها أكثر من عشرين أجيرا والتي ليس لها نظام داخلي ملزمة بنفس الإجراءات المنصوص عليها.

الهيئة المستخدمة التي تشغل أقل من عشرين عامل غير ملزمة بنظام داخلي، وهي ملزمة كذلك بهذه الإجراءات.

آثار التسريح دون خطأ جسيم للأجير:

يستفيدون من إشعار مسبق ومن ساعتين قابلة للجمع يوميا لتمكينهم من البحث عن شغل.

ليس هناك أي تعويض بعنوان الأقدمية وهنا يظهر تشوه للقانون: المستخدم الذي لا يرتكب أي خطأ جسيم والذي عمل خلال عدة سنوات يمكن أن يسرح دون الاستفادة من تعويض الأقدمية بينما العامل الذي يرتكب خطأ جسيم يستفيد من حماية أفضل يستفيد من حماية أيفضل لأنه يمكنه أن يطلب ويتحصل على تعويضات جد معتبرة إذا لم تأخذ العدالة بالخطأ المنسوب له، وهي الحالة التي غالبا ما نجدها، وهي ثغرة أخرى من المشرع.

العنوان الثامن: قطع علاقة العمل التي تعتمد على خطأ الأجير:

يحدد التشريع الحالي الأخطاء الجسيمة التي من شأنها أن تؤدي إلى التسريح دون إشعار ولا تعويض، يوضح القانون بأنه يتعين على الهيئة المستخدمة أن تأخذ بعين الاعتبار على الخصوص الظروف التي تم فيها الخطأ، مداه ودرجة خطورته، والضرر الملحق بالإضافة إلى السيرة التي كان يسلكها العامل إلى غاية تاريخ خطأه تجاه الذمة المالية للهيئة المستخدمة (المادة 73-1 المدخلة بالقانون 91-29 المؤرخ في 21/12/1991). تلكم هي بعض معايير غير المستهان بها لتقدير الخطأ التي ينبغي على الهيئة المستخدمة أن تأخذها بعين الاعتبار عند تحديد النظام الداخلي، القواعد المتعلقة بالتنظيم التقني للعمل، بالصحة، والأمن والانضباط.

الخطأ المهني:

قانون 21/12/1991 هو الذي يحدد الأخطاء المهنية.

رفض تنفيذ تعليمات الهيئة المستخدمة:

غير أن الرفض يمكن أن لا يمثل خطأ إذا كان للعامل مبرر مقبول لرفض تعليمات هيئته المستخدمة، الفرضية الأكثر حدوثا هي الطابع اللاشرعي للتعليمة، وقد يكون عدم التنفيذ قد أضر بالمؤسسة وهو ما يطرح مشكلة تقييم الضرر، طبيعته وعلى الخصوص تقديره.

بإدخال الشرط الخاص بالضرر، منح المشرع سلطات تقديرية واسعة للقاضي، وحده المخول لتقدير الضرر، إلا إذا كان هذا الأخير قابل للتحديد بطبيعته، كما من الممكن ان لا يؤخذ بعين الاعتبار إذا كان الخطأ ليس منسوبا للأجير.

ولقد سبق للمحكمة العليا البت في هذه المسالة وتعتبر رفض تنفيذ التعليمات كخطأ جسيم من الدرجة الثالثة يؤدي إلى التسريح دون إشعار مسبق ولا تعويض.

وترفض الطعن الذي يدعم بين الأوجه، غياب نظام داخلي ينص على العقوبة.

وفي قرار آخر صدر في مدة شهر فاصل، استبعدت المحكمة عقوبة تعتمد هذه المرة على غياب النظام الداخلي بينما العقوبة منصوص عليها في القانون.

وفي الختام: فان رفض الأجير تنفيذ التعليمات المرتبطة بالتزاماته المهنية دون مبرر مقبول أو تلك التي يمكن أن يضر عدم تنفيذها بالمؤسسة، يمثل خطأ جسيم يؤدي إلى التسريح دون إشعار مسبق ولا تعويض شريطة ان يكون الرفض مؤسس وان لا يكون المبرر مقبول. إذا تعلق الأمر بعدم تنفيذ تعليمة، يكفي أن يضر بالمؤسسة.

إفشاء المعلومات:

يرتكب خطأ مهني جسيم العامل الذي يفشي معلومات مهنية تتعلق بالتقنيات أو تكنولوجيا عملية التصنيع أو أسلوب التنظيم أو وثائق داخلية كما يحدد ذلك قانون 21/12/1991.

يجب ان يوضح النظام الداخلي أو العقد المعلومات السرية، ونعرف أن في القطاع العام يمكن أن يؤدي إفشاء معلومات داخلية للمؤسسة إلى عقوبات جنائية ولقد جرت العديد من المحاكمات حول مسائل كهذه سيما عندما يتعلق الأمر بوثائق صادرة من شركات وطنية تتعلق بإبرام صفقات.

المشاركة في توقف عمل جماعي ومدبر يشن خرقا للأحكام القانونية أو التعاقدية:

حق الإضراب معترف به بموجب المادة 57 من الدستور، وتكون ممارسته محل شروط توضح بموجب نص تشريعي خاص.

وحسب رئيس الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، يجب إثبات الطابع اللاشرعي للإضراب بموجب حكم، ولقد أصدرت المحكمة العليا قرارا حسب هذا المفهوم بينما نجد في الواقع القضائي الراهن بأن رئيس المحكمة الذي يفصل في مجال الاستعجال هو الذي يمكن أن يعتبر أن الإضراب المعلن لم يحترم الإجراءات المسبقة وبالتالي الأمر بتوقيف الإضراب واستئناف العمل وإجلاء الأماكن عند الاقتضاء.

وفي قضية واجهت الخطوط الجوية الجزائرية لنقابة الملاحين، نقابة ملاحي الخطوط الجزائرية، بخصوص إضراب شن في شهر ماي1996، فإن رئيس محكمة سيدي أمحمد، فصلا في المجال الاستعجالي لاحظ الطابع اللاشرعي لإضراب توقفت على الفور.

ارتكاب أعمال عنف:

تمثل أعمال العنف خطأ جسيما يؤدي إلى التسريح دون تعويضات ولا إشعار مسبق، إذا كان بالإمكان تقديم الإثبات بسهولة عن هذا العنف، فتصنيفها يمكن أن يكون غير أكيد، وتمثل أعمال العنف في نفس الوقت خطأ جنائي، وينبغي على العدالة تصنيف هذا الأخير والتحقق منه، من جهتها ترى المحكمة العليا أن الخطأ يجب أن يتم التحقق منه من قبل الجهة القضائية المختصة على المستوى التأديبي، باستثناء الأخطاء المنصوص عليها في القانون.

التسبب طوعا في أضرار مادية للمباني والأعمال الفنية والآلات والمواد الأولية وأشياء أخرى تتصل بالعمل:

كما اهتم المشرع على الخصوص بهذه المسألة مع اعتبار كخطأ مهني جسيم أن يرتكب الأجير أعمال عنف وأن يتسبب في أضرار ا مادية للمباني والأعمال الفنية والآلات والمواد الأولية وأشياء أخرى تتصل بالعمل، ويمكن أن تؤدي أعمال عف كهذه إلى متابعات جنائية، والمسألة التي تبقى صعبة للحل هي الطابع الطوعي لصاحبها، وبالفعل فإن إتلاف العتاد لا يترك في غالب الأحيان أثار عمل إرادي، كيف أن نحمل المسؤولية للأجير في هذه الحالة حتى وإن كان معين في نشاط الآلة أو العتاد المتلف؟ ويمكن لشخص اخر فعل ذلك في مكانه فقط للإطاحة به أو ببساطة للإضرار بالهيئة المستخدمة والتسبب في ضرر جسيم لمؤسستها.

و يمكن أن نستشهد بحالة حدثت لملاح شركة الخطوط الجوية الجزائرية الذي وقف إقلاعه بسبب شيء غير سوي لاحظه، وسبب الهبوط في شروط كهذه أضرار ا مادية خطيرة للطائرة، وبالمقابل لم تسجل أية ضحية بين الركاب، وحسب النظام الداخلي للشركة الجوية فإن هبوط كهذا، إن لم يكن مبررا، يمثل مخالفة للتنظيم بحيث أدى إلى حادث، يصنف كخطأ جسيم يؤدي إلى التسريح دون إشعار مسبق ولا تعويض، ذلكم هو القرار الذي اتخذته الخطوط الجوية الجزائرية، دون الاستماع مسبقا للملاح على الخصوص.

واعتبر القاضي سلوك الملاح غير مخطئ بحيث أنه

وقف إقلاعه لسبب مقبول.

رفض تنفيذ أمر تسخير:

لقد أعادت الحوادث التي عاشتها الجزائر عند الإضرابات ذات الطابع السياسي حيث لم يتم العمل بالتسخيرات كما ينبغي التي أعادت إلى الواجهة هذه الجنحة التي يضاف إليها الخطأ المهني، ويعتبر القانون كخطأ جسيم رفض تنفيذ أمر بتسخير مبلغ طبقا لأحكام التشريع المعمول به، ومن جهة أخرى يمكن أن يؤدي رفض تنفيذ أمر بتسخير إلى عقوبات جنائية.

ولقد تعرض بعض ملاحي الخطوط الجوية الجزائرية لهاتين العقوبتين خلال إضراب سنة 1996 أين لجأت السلطات لتسخيرات.

استهلاك المشروبات الكحولية أو المخدرات داخل أماكن العمل:

يعتبر استهلاك المشروبات الكحولية أو المخدرات ممنوعا داخل أماكن العمل، كيف يكون الحال عندما يتوجه العامل للعمل في حالة سكر؟ يمكن للأنظمة الداخلية اعتبار حالة كهذه خطأ ليس من الدرجة الثالثة لأن القانون يهدف استهلاك المشروبات أو المخدرات داخل أماكن العمل، والحال نفسه بالنسبة للمخدرات.

الأخطاء الجنائية المرتكبة بمناسبة العمل:

الأخطاء التي يصفها القانون كخطأ جنائي من شأنها أن تؤدي إلى عقوبات منها التسريح دون إشعار مسبق ولا تعويضات، ويفرض القانون كشرط إنجاز المخالفة بمناسبة العمل، الخطأ الجنائي المرتكب في الخارج لا يدخل في مجال تطبيق القانون ولكنه يمكن أن يؤدي إلى عقوبات عندما يضر الخطأ الجنائي بالهيئة المستخدمة.

وفي القانون، العدالة لوحدها يمكنها التحقق من الخطأ الجنائي المنسوب لمتهم والتصريح بالتالي بأنه مسئول، ولا يمكن تسريح أجير اتهمته هيئته المستخدمة بالسرقة إلا إذا صرحت العدالة أنه مذنب. وعمليا الأجير الذي يرتكب سرقة يستقيل لتفادي محاكمته.

الأخطاء الناتجة عن النظام الداخلي وعقوبتها:

يحدد القانون الداخلي الأخطاء المهنية وعقوبتها.

وحسب المادة 75 والمواد الموالية من قانون 21/04/1990، فإن النظام الداخلي هو الذي يحدد تصنيف الأخطاء المهنية، وبذلك يزود الهيئة المستخدمة بسلطة يمكن أن تصبح باهضة.

عدم احترام التعليمات المتعلقة بالصحة والأمن:

ينبغي على الأجراء احترام تدابير الصحة والأمن التي أعدتها الهيئة المستخدمة طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما، عندما لا يتم احترام القواعد المنصوص عليها، يتعرض الأجراء للعقوبات المنصوص عليها في النظام الداخلي.

الغيابات المتكررة:

لم يدع القانون أي مجال للشك حول الغيابات غير المرخص بها:

باستثناء الحالات المنصوص عليها في القانون أو التنظيم، لا يمكن للعامل مهما كان وضعه في السلم أن يأخذ أجرا عن فترة لم يعمل فيها دون المساس بالإجراءات التأديبية المنصوص عليها في النظام الداخلي.

رفض الخضوع لمراقبة:

يمكن أن تلجأ الهيئة المستخدمة لإحداث رقابة على مختلف المستويات منها تلك المتعلقة بأمن الأشخاص وممتلكات المؤسسة، كما يمكنها إحداث رقابة طبية لا سيما في إطار طب العمل أو أيضا مراقبة المواضبة، وفي جميع هذه الحالات يتعرض العامل الذي يرفض الخضوع لها للعقوبات المنصوص عليها في النظام الداخلي.

المنافسة غير النزيهة:

يمنع القانون أن تكون للعمال مصالح مباشرة أو غير مباشرة في مؤسسة أو شركة منافسة، أو مناولة من الباطن، باستثناء اتفاق مع الهيئة المستخدمة كما يمنع عليهم القانون منافسة الهيئة المستخدمة في مجال نشاطها. ويمتد هذا المنع للعمال في المنزل.

العنوان التاسع: الإجراءات المنصوص عليها على عاتق الهيئة المستخدمة:

يتعين على الهيئة المستخدمة إخضاع التسريح التأديبي للإجراءات المنصوص عليها في القانون أو النظام الداخلي أو العقد أو الاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية، عند الاقتضاء. يؤدي عدم احترام هذه الإجراءات إلى إلغاء التسريح.

كما يتعين عليها تبليغ التسريح كتابيا والقيام بسماع العامل، عندما ينص النظام الداخلي أو الاتفاقيات الجماعية على إجراءات أخرى، مثل سماع الأجير مسبقا من قبل مجلس التأديب، يجب على الهيئة المستخدمة الخضوع لذلك.

غير أنه حسب المحكمة العليا فإن غياب النظام الداخلي يماثل عدم احترام الإجراءات المسبقة؟ وهذا الموقف المتناقض مع القانون للمحكمة العليا يثير بعض التشويشات المترتبة عن أحكام نفس القانون، وبالفعل فإن المادة 73/2 تنص بأن التسريح يعلن مع احترام الإجراءات المسبقة المحددة في النظام الداخلي، وبالتالي فإن الهيئات المستخدمة التي لا تتوفر على نظام داخلي ملزمة به، إلا إذا كانت المحكمة العليا والمادة المذكورة أعلاه يهدفان سوى الهيئات المستخدمة التي يتعين عليها أن تتوفر على نظام داخلي وفي هذه الحالة التوضيح يكون مفيدا.

ولتغطية هذا النص التشريعي والقضائي يكفي الهيئة المستخدمة غير الخاضعة للنظام الداخلي الامتثال لأحكام المادة 73-2.

آثار التسريح بسبب خطأ مهني:

1- إذا كان التسريح قانوني، ترفض المحكمة دعوى الأجير ابتدائيا ونهائيا.

2- إذا كان التسريح غير قانوني، يلغيه القاضي مع إلزام الهيئة المستخدمة بالقيام بالإجراء المنصوص عليه، يعاد إدماج الأجير ويستفيد من تعويض مالي.

3- إذا تم التصريح بأن التسريح تعسفي، يأمر القاضي بإعادة إدماج العامل في المؤسسة مع الإبقاء على المزايا المكتسبة، وفي حالة رفض أحد الطرفين، يستفيد العامل من تعويض مالي و احتماليا التعويضات والفوائد.

وتأمر المحكمة في مرحلة أولى بإعادة الإدماج مع دفع الأجور، ومن ثم لا يمنحوا سوى تعويضات وغالبا ما تتناسب الأجور التي يطالب بها العمال.

ومن الآن فصاعدا فإن المحكمة العليا تطعن الأحكام التي تمنح الأجور مع مخالفة القانون، لا سيما المادتان 53 و 80 من قانون 21/04/1990.

غير أنه، وعلى الرغم من المادة 73-4 الفقرة 2 التي تم ذكرها سابقا ومعارضة الهيئة المستخدمة، فإن بعض المحاكم ما زالت تأمر بإعادة الإدماج.

وعلى الرغم من رفض الهيئة المستخدمة لإعادة إدماج الأجير فإن المحكمة العليا طعنت هذا الحكم الذي أمر بإعادة الإدماج.

القطع التعسفي لعلاقة العمل:

التسريح التعسفي هو ذلك الذي يعتمد على خطأ غير مبرر أو الذي لا يعتمد على أي سبب أو عدة أسباب غير مبررة أو غير مؤسسة.

التسريح الذي يطرأ خلال توقيف علاقة العمل:

يطرأ توقيف علاقة العمل في الحالات الآتية:

1- عندما يكون اتفاق متبادل للطرفان،

2- خلال العطل المرضية،

3- خلال أداء الخدمة الوطنية،

4- خلال ممارسة مهمة عمومية انتخابية،

5- في حالة الحرمان من الحرية طالما لم تصدر إدانة نهائية،

6- عندما يعلن قرار تأديبي توقيف ممارسة الوظيفة،

7- خلال ممارسة حق الإضراب، ولكن حسب الشروط المحددة في النصوص،

8- خلال العطل دون أجر.

وحسب القانون يعاد إدماج الأجراء قانونا في منصب عملهم أو منصب عمل يمرتب مماثل عند انقضاء الفترة التي بررت توقيف علاقة العمل.

عندما تقرر الهيئة المستخدمة تسريح أجير خلال التوقيف أيجب على هذا الأجير انتظار نهاية التوقيف للمطالبة بإعادة إدماجه؟ وفي هذه الحالة أيمكن للهيئة المستخدمة معارضة تطبيق المادة 73-4 من القانون؟ أيمكن للقاضي التصريح ببطلان التسريح الذي طرأ خلال فترة توقيف علاقة العمل؟ وبالفعل فإن القانون لا يرتقب إعادة الإدماج إلا بعد فترة توقيف علاقة العمل، للتذكير فإن التسريح خلال التوقيف ممنوع.

التسريح بمناسبة تعديل الوضع القانوني للمؤسسة:

لا يكون أي أثر للتعديل الذي يطرأ على الوضع

القانوني للمؤسسة على عقود العمل الجارية، وتلزم الهيئة المستخدمة الجديدة بتعهدات من سبقها.

تحديد تعويض القطع التعسفي لعلاقة العمل:

إذا تم التأكد من خطأ الهيئة المستخدمة، يجب على تعويض القطع التعسفي إصلاح مجمل الضرر.

ومن أجل تقييم الضرر يجب الأخذ بعين الاعتبار كل المصاريف التي صرفها الأجير خلال توظيفه من قبل الهيئة المستخدمة وتلك المترتبة عن الانقطاع غير المبرر.

كما يمكن الأجير عندما تبرر الظروف ذلك المطالبة بإصلاح الضرر المعنوي.

يكون تحديد تعويض القطع التعسفي مستقل عن التعويضات الأخرة المستحقة و هي:

- تعويض الإشعار المسبق،
- تعويض الأقدمية عندما ينص عليه العقد أو الاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية،
- تعويض العطل،
- وكل التعويضات الأخرى المنصوص عليها احتماليا في العقد أو الاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية.

التسريح الجماعي:

لطالما شغل التسريح الاقتصادي بال السلطات العمومية لأنه ينتج عن وضعية اقتصادية مغلقة، وقصد تفادي اللجوء بانتظام للتسريح بسبب تقليص عدد العمال، ادخلت النصوص آليات مراقبة مفرطة أحيانا، وهذا تذكير تاريخي، قبل التطرق للتشريع الحالي، سيساعدنا على إدراك مهمة المسألة أكثر.

والقانون المعاصر يرخص بالتسريح الجماعي عندما تبرر ذلك الأسباب الاقتصادية.

يحدث التسريح الجماعي أو تقليص عدد العمال بعد تفاوض جماعي.

و لا يمكن للهيئة المستخدمة التي سبق لها القيام بتقليص عدد العمال اللجوء في نفس أماكن العمل لتوظيفات جديدة في نفس الفئات المهنية للعمال المعنيين، لا يقبل بالتسريحات الجماعية إلا إذا كانت مسبوقة باللجوء للوسائل التي من شأنها تقليص عدد التسريحات، لا سيما:

- تقليص ساعات العمل،
- العمل الجزئي،
- الإحالة على التقاعد طبقا للتشريع المعمول به،
- دراسة إمكانيات نقل المستخدمين نحو نشاطات أخرى يمكن للهيئة المستخدمة تنميتها أو نحو وحدات أو مؤسسات أخرى.

يمكن للعامل رفض التحويل المقترح ويمكن أن يستفيد حينئذ من تعويض عن التسريح بسبب تقليص عدد العمال كما توضح ذلك المادة 70 من قانون 21/04/1990.

ويظهر أن هذا الحكم مخالف لأحكام المرسوم التنفيذي لسنة 1994 المتضمن المحافظة على مناصب الشغل وحماية الأجراء الذين من شأنهم فقدان شغلهم بصفة لا إرادية.

وينص النص على تعويض قدره ثلاثة أشهر أجور ولكن فقط للأجير الذي يستفيد من القبول في نظام التأمين على التقاعد، و هكذا فإن المشرع يمر من طرف إلى طرف آخر.

إن التسريح بسبب تقليص عدد العمال الذي كان يخضع سابقا لشروط مفرطة، يخضع اليوم لشروط مرنة تتبع عمليا لتقدير الهيئة المستخدمة لوحدها، حقا يتعين على هذه الأخيرة قبل القيام بتقليص عدد العمال، اللجوء لكافة الوسائل التي من شأنها تقليص عدد التسريحات مع البحث عند الحاجة تقليص ساعات العمل أو القيام بالإحالة على التقاعد عندما تسمح النصوص بذلك، كما يتعين عليها تحت طائلة العقوبات التأديبية، استشارة ممثلي العمال، وفي جميع الحالات وبعد استنفاذ كل هذه الوسائل فإن القرار يعود له، ويمنح له التشريع الجديد نوع من حرية العمل، بحيث يحيل على التفاوض الجماعي، و هذا التصور معقول ولكن غير واقعي في فترة بلغت فيها الأزمة الاقتصادية حدود يصعب فيها انجاز التفاوض حول مسائل معقدة، نتمنى أن المستقبل سيكذب هذه الرؤية و أن الهيئات المستخدمة والعمال يمكنهم إبرام اتفاقات تأخذ بعين الاعتبار في آن واحد خصوصيات المؤسسة الجزائرية، التي أصبحت مضطرة للمردودية والنوعية ومصلحة العمال الذين يساهمون من دون شك في تنمية هذه المؤسسة، والنص حول المحافظة على الشغل يأخذ بعين الاعتبار هذه المعطيات.

العنوان العاشر: المحافظة على الشغل وحماية الأجراء:

من الآن فصاعدا يمكن للعمال الذين يفقدون شغلهم لا إراديا إما بسبب اقتصادي إما على إثر الانتهاء القانوني لنشاط الهيئة المستخدمة الاستفادة من التقاعد المسبق أو في غياب ذلك من التأمين على البطالة.

يكون تمويل هذين النظامين على عاتق الهيئات المستخدمة والأجراء.

يخضع تقليص التعداد لشروط مسبقة موجهة قدر الإمكان للإبقاء على النشاط ولو مقلصا للعمال.

ويتعين التأكيد بأن المستخدمين الذين يقومون بإجراءات تهدف إلى تقليص أو تفادي اللجوء لتقليص عدد العمال، يمكنهم الاستفادة من المساعدات العمومية.

وقبل اللجوء لهذه المرحلة الأخيرة، فإنه يتعين على الهيئة المستخدمة التي تشغل أكثر من 09 أجراء اعتماد جانب اجتماعي يتضمن لزوما مرحليتين:

وتتضمن المرحلة الأولى تهيئات داخلية موجهة للإبقاء على نشاط أقصى عدد من العمال المهددين بفقدان شغلهم، ويتعلق الأمر أساسا:

- بالبحث على ملائمة النظام التعويضي، لا سيما العلاوات والتعويضات المرتبطة بنتائج العمل،
- إعادة فحص أشكال ومستويات مرتبات العمل بما فيها مرتبات الإطارات المسيرة و/أو تجميد الترقية في الدرجات،
- تنظيم و القيام بأعمال تكوين أو إعادة تحويل الأجراء الضرورية لإعادة انتشار التعداد،
- السهر على الإلغاء التدريجي للجوء للعمل بالساعات الإضافية،
- الإحالة على التقاعد للأجراء الذين بلغوا السن القانونية وأولئك الذين يمكنهم الاستفادة من التقاعد المسبق،
- إدخال تقاسم العمل والعمل بالعمل الجزئي،
- عدم تجديد العقود ذي المدة المحددة ومع ذلك نلاحظ بأن العقد ذي المدة المحددة يمكن تجديده دون قيد وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار حديث

وتتمثل المرحلة الثانية التي يهل الشروع فيها في القطاع العام، البحث وتنظيم مع الهيئات المستخدمة في الفرع أو القطاع المعني، إعادة انتشار العمال، واللجوء لهذه المرحلة يضع على عبء الهيئة المستخدمة إلزام التعريف بكل العناصر التي وضحها القانون:

التعريف بالعمال الذين سيستفيدون من إجراءات الحماية، إعداد قوائم بالأجراء المعنيين وأولئك الذين يمكنهم الاستفادة من التقاعد القانوني، والمسبق وخدمات التأمين على البطالة ومناصب الشغل البديلة بإعادة الانتشار

ويفرض الاعتماد على الجانب اتفاق جميع الأطراف المعنية: النقابات، لجنة المساهمة والهيئة المستخدمة المعنية.

وينفذ الجانب الاجتماعي الذي يكون محل اتفاق حسب الآجال و الكيفيات المتفق عليها.

عند غياب اتفاق الأطراف، يمكن الأطراف اللجوء للوساطة و/أو التحكيم.

يجب أن يرفق اللجوء لتقليص عدد العمال بما يأتي:

- إعداد قرارات فردية تضمن نهاية علاقة العمل.
- دفع تعويضات التسريح (ثلاثة أشهر أجور إذا كان العمل يستفيد من التأمين على البطالة)،
- إعداد وتبليغ لمفتشية العمل المختصة إقليميا ولصناديق التأمين على البطالة و على التقاعد المسبق القوائم الاسمية بالأجراء المعنيين بتقليص عدد العمال.

تعويض العمال بعنوان تقليص عدد العمال:

و هو محدد بالمرسوم التشريعي رقم 91-09 المؤرخ في 26/05/1994 والمتضمن المحافظة على مناصب الشغل وحماية الأجراء الذين يمكنهم فقدان شغلهم بصفة لا إرادية، الجريدة الرسمية عدد 34/1994.

وينص قانون 21/04/1990 في صيغته الأولى بأنه يحق للعمال في تعويض الأقدمية مع الإضافة بأنه يمكن للنظام الداخلي أو الاتفاقيات الجماعية النص على تعويضات أخرى.

ويضيف قانون 21/12/1991 في مادته 73-5 بأن " التسريح يعطى الحق بالنسبة للعامل الذي لم يرتكب خطأ جسيما في أجل غلطة.. "، ولكن الحكم لم يشر إذا كان يغطي التسريح الجماعي، العامل الذي لم يرتكب خطأ جسيم إذن امتدادا للمادتين 73-5 و 73-6 من قانون 21/12/1991، يمكنه الاستفادة من تعويض أجل العطلة ومن تلك المنصوص عليها، احتماليا في الاتفاقيات الجماعية.

لقد غير المرسوم التشريعي المتضمن المحافظة على مناصب الشغل وحماية الأجراء الذين يمكنهم فقدان شغلهم بصفة لا إرادية تماما نظام التعويض مع البحث قبل كل شيء على الإبقاء على النشاط حتى ولو مقلصا للأجراء المهددين بفقدان شغلهم.

ولا يحق للأجراء التي انتهت علاقة عملهم بمناسبة تقليص عدد العمال والذين يستفيدون من شغل كتعويض أو القبول للتقاعد العادي أو التقاعد المسبق، من أي تعويض، باستثناء بعنوان للحقوق المدفوعة الأجر، إن أمكن.

وبالمقابل فإن العمال الذين يفقدون لا إراديا شغلهم بسبب اقتصادي أي على إثر الانتهاء القانوني لنشاط الهيئة المستخدمة يمكنهم الاستفادة من التقاعد المسبق أو في غياب ذلك من التأمين على البطالة.

عند وصول الأجراء للتأمين على البطالة يحق لهم في تعويض مدته ثلاثة أشهر تحسب اعتمادا على الأجر الشهري الخام المتوسط المتقاضى خلال الاثني عشر شهرا التي تلت انتهاء علاقة العمل.

يكون تمويل أنظمة التأمين على البطالة والتقاعد المسبق على عاتق الهيئات المستخدمة والأجراء،

ومن جهة أخرى يجب أن تكون الهيئة المستخدمة مجبرة في دفع التعويضات بما في ذلك تلك المحدثة من قبل أنظمة التأمين على البطالة والتقاعد المسبق.

العنوان الحادي عشر: الأحكام المطبقة على بعض التسريحات:

يحمي القانون أكثر فأكثر بعض الأجراء ضد التسريح، وتهدف هذه الحماية بعض الأجراء المعرضين أكثر من الآخرين لعقوبات الهيئة المستخدمة بسبب نشاطاتهم النقابية أو كممثلين للعمال.

ولقد وسع القانون هذه الحماية لفئات أخرى من الأجراء بسبب وضعهم القانوني، والمخالفة للقانون العام.

تسريح ممثلي العمال والمندوبين النقابيين:

مندوبي المستخدمين:

نظرا لصفتهم كممثلين للعمال، وظيفة غالبا ما تعرضهم لوضعيات نزاع مع الهيئة المستخدمة، أحدث القانون نظام حماية لتفادي تسريحهم فقط من جراء نشاطهم المترتب عن عهدتهم.

وعلى مستوى المبادئ فإن فكرة حماية القانون لا تعاني من أي تفسير:

لا يمكن أن يكون أي مندوب مستخدمين محل تسريح، تحويل أو أية عقوبة تأديبية مهما كان نوعها من قبل الهيئة المستخدمة من جراء نشاطات تعود لعهدته.

والملاحظة التي يستدعيها هذا النص تتعلق بإجراء التسريح الذي تجنبه القانون مع الاكتفاء فقط بطرح مبدأ الحماية عندما لا تحترم الإجراءات المنصوص عليها قبل التسريح،

وفضلا عن ذلك فإن اختصاص مفتش العمل للتحقق من قانونية التسريح قد زال من قانون 21/12/1990، ونجد بوضوح مرة أخرى ثغرة من المشرع.

المندوبين النقابيين:

القاعدة هي أن الهيئة المستخدمة يجب أن لا تمارس أي ضغط ولا اتخاذ أية تدابير تأديبية ضد العمال بسبب نشاطهم النقابي.

إذا كانوا محل تدابير تأديبية بسبب نشاطهم النقابي، يستفيد المندوبون النقابيين من الحماية، ويؤدي عدم احترام هذه القاعدة تدخل مفتش العمل المختص إليهما الذي يطلب إعادة إدماج المندوب النقابي المعاقب خرقا للإجراءات المنصوص عليها في القانون المتعلق بممارسة الحق النقابي، ومع ذلك يتضمن القانون بعض الغموض حول دور مفتش العمل، فلنتحقق من ذلك:

يعاد إدماج المعني بالأمر في مصب عمله وتعاد له حقوقه بناء على طلب مفتش العمل حالما يتأكد هذا الأخير من المخالفة.

ولا يذكر النص كيف سيعيد مفتش العمل المندوب النقابي لمنصب عمله لأنه لا يمكنه سوى إرسال طلب للهيئة المستخدمة.

ماذا سيحدث إذا رفضت الهيئة المستخدمة؟ القرار يعود للجهة القضائية المختصة التي تقدر وتصدر قرارها في أجل لا يتعدى 60 يوما مع التنفيذ المعجل دون الإخلال بالمعارضة أو الاستئناف.

القانون يقرر بأن المفتش يحرر محضر ويرفعه أمام الجهة القضائية المختصة في حالة الرفض، حيث أن الأمر يتعلق بمخالفة، فلا يمكن لهذه الجهة القضائية سوى أن تكون جنائية، غير أنه على أي أساس يمكن للقاضي المقامة أن يأمر بإعادة إدماج مندوب نقابي؟ لماذا لا يمنح الاختصاص للقاضي الاجتماعي الذي يمكنه إلغاء التسريح، إن أمكن والأمر بإعادة الإدماج تحت الغرامة التهديدية على سبيل المثال؟ ومع ذلك يخضع المندوبون النقابيين للأحكام التشريعية أو التنظيمية للعمل، عند ارتكابهم أخطاء مهنية بحتة، يمكن مباشرة إجراء ضدهم بعد إعلام النقابة.

وفي الختام:

فإن مندوبي المستخدمين لا يستفيدون من الحماية التامة على غرار المندوبين النقابيين، إن إجراء التسريح منه الخرق الذي يودي من تلقاء نفسه إعادة إدماجه غير محدد من قبل المشرع كما هو الشأن بالنسبة للمندوبين النقابيين.

ومع ذلك ينبغي التأكيد على الغموض بخصوص دور مفتش العمل للحصول على إعادة إدماج المندوبين النقابيين موضوع التدابير التأديبية بالاتصال مع نشاطهم النقابي.

تسريح مسيري المؤسسات:

القاعدة القائمة هي حرية فسخ عقد العمل من كلا الطرفين، والتفسير يكمن في طبيعة منصب العمل المشغول واستحالة الإبقاء على مسير مؤسسة عندما تقرر الهيئة المخولة الانفصال عنه، وينتج عن ذلك أن المحكمة التي ترفع لها القضية احتماليا لا يمكن لها الأمر بإعادة إدماج مسير المؤسسة في منصب عمله كما لو تعلق الأمر بعامل بسيط، غير أن القرار الصادر عن محكمة خنشلة كان كذلك مع الاعتماد على قانون 21/04/1990 بينما يتعلق الأمر بإطار مسير، موضوع نص خاص ينبغي فحصه.

تسريح المرأة الحاملة:

خلال الفترات قبل وبعد الولادة، تستفيد العاملات من عطلة الأمومة المنصوص عليها في النصوص (14 أسبوعا) أو الاتفاقات والاتفاقيات الجماعية.

وخلال هذه العطلة توقف علاقة العمل، وعلى إثر فترة التوقيف يكون إعادة الإدماج قانونا، كل تسريح يطرأ خلال هذه الفترة يعتبر تعسفيا.

تسريح الممتهنين:

يمكن أن يطرأ فسخ عقد الممتهنين بمبادرة من كلا الطرفين، بالتراضي أو بقرار قضائي صادر عن المحاكم الفاصلة في المجال الاجتماعي.

عندما يتم الأخذ بالطابع التعسفي للفسخ، يتعين على الهيئة المستخدمة ما يأتي:

- إصلاح الضرر الذي لحق الممتهن،
- دفع غرامة يمكن أن تصل إلى خمس مرات المبلغ الذي دفعته الدولة للتكفل بالأجر المسبق والتغطية الاجتماعية للمتهن،
- دفع الإعفاءات الجبائية التي استفادت منها،
- دفع رسوم التمهين.

قطع عقد العمل بتسبب فيه الأجير:

يتم فسخ علاقة العمل من الأجير عندما يستقيل أو يحال على التقاعد، كما تنتهي علاقة العمل عند وفاة العامل.

التزامات الهيئة المستخدمة والأجير بعد انتهاء علاقة العمل:

سواء طرأ انتهاء علاقة العمل بصفة عادية أو بتنازع من كلا الطرفين، يجب تسليم عددا من الوثائق من قبل الهيئة المستخدمة تطبيقا للقانون أو العقد أو الاتفاقيات الجماعية، ويعرض رفض تسليم هذه الوثائق الهيئة المستخدمة للعقوبات.

وفي أول الأمر فإن شهادة العمل التي تثير تسليمه بعض المشاكل؟

في حالة الرفض، بإمكان الأجير أن يتوجه دائما للمحكمة الفاصلة في المواد الاجتماعية التي تصدر قرارها ابتدائيا ونهائيا، ويمكن أن ترفقه بغرامة

تهديدية يومية منح تعويضات وفوائد.

مخالصة رصيد الحساب:

بغرامة لم يذكر قانون 21/04/1990 هذه الوثيقة المسلمة عند انتهاء علاقة العمل، حيث أن هذه الوثيقة مهمة مثل شهادة العمل.

إعادة المسكن الوظيفي:

ومبدأ الإعادة مطروح في المادة 517 من القانون المدني:

لا يحق للمستفيدين من مسكن يكون شغله تابعا لقعد عمل البقاء في الأماكن.

القاعدة المعتمدة على العموم هي أنه يتوقف على قاضي الاستعجالات الأمر بالطرد الذي تطالب به الهيئة المستخدمة، وعلى الخصوص عندما يستقيل الأجير، هذا ما قررته المحكمة العليا.

تقادم الأجور:

لا يذكر ذلك قانون 21/04/1990، هل هي ثغرة من المشرع أم أن هذا الأخير أراد إحالة هذه المسألة للتقادم المنصوص عليه في القانون المدني الذي ينص تقادم مدته سنة بالنسبة للمبالغ المستحقة للعمال والأجراء الآخرين بالنسبة لمرتباتهم وبخمس سنوات عندما يكون الدين دوري وقابل للتجديد.

ونشير إلى أن استثناء التقادم يمكن إثارته ولو لأول مرة في الاستئناف.

ونشير بأنه في فرنسا فإن قانون العمل يحيل هذه المسألة للمادة 2277 من القانون المدني، وحسب هذا الحكم فإن دعوى دفع الأجور تتقادم كل خمس سنوات.

* نقيب سابق لمحامي الجزائر.

خضري محمد *

حالة الضرورة في قانون العقوبات الجزائري

1- تمهيد :

صدر قانون العقوبات الجزائري بموجب الأمر رقم 66-156 مؤرخ في : 08 يونيو 1966 ومنذ هذا التاريخ تم تعديله 17 مرة بقيت فيها حالة الضرورة مجهولة ذلك أن هذا الأخير لم يعالج حالة الضرورة إلى حد اليوم و لم يتطرق إليها ضمن القسم العام للقانون , و استنادا على مبدأ الشرعية المنصوص عليه في المادة الأولى من نفس القانون فإنه يُمنع اللجوء إلى أي مصدر احتياطي أو تفسيري اخر للبحث حول مسألة معيّنة و الاكثر من ذلك فإن هذه القاعدة جدّ جوهرية إلى درجة أن الدستور الجزائري لسنة 1996 أوكّل البرلمان وحده مهمة التشريع في مجال الجرائم و العقوبات (المادة 122-07 من الدستور)؛ كما أن مقتضى المادة الأولى من قانون العقوبات تمنع اللجوء إلى القياس أو العرف, فكيف يمكن تفسير عدم لجوء المشرّع الجزائري إلى تقنين حالة الضرورة منذ الأمر 66-156 و لماذا لم يتدارك ذلك إلى غاية اليوم ؟ و أين يمكن تصنيف حالة الضرورة ؟ و هل يمكن المرافعة أمام المحاكم الجزائية و إثبات حالة الضرورة استنادا على المصادر التفسيرية وحدها ؟ .

2- التمييز بين موانع المسؤولية وأسباب الإباحة :

نص قانون العقوبات الجزائري في المواد 47 و ما يليها على موانع المسؤولية, تحت عنوان : المسؤولية الجزائية وتتضمن : حالة الجنون (المادة 47), حالة الإكراه (المادة 48) حالة القاصر (المواد 49-50-51) , و هذه الأسباب هي أسباب عامة أي تطبق على كل الجرائم حتى بالنسبة للجرائم غير العمدية , كما أنها لا تعرف أي استثناء و هي تطبق على المخالفات والجنح والجنايات وهذا بشكل مطلق وبمقتضاها يصبح الإنسان غير مسؤول عن الفعل المرتكب من طرفه, غير أنه لا تمتد إلى شخص المعنى - أي أنها أسباب شخصية - (in personam) الذي يعتبر في نظر القانون غير مسؤول و لا تمتد أو تمس الوقائع (In rem) التي تبقى في حد ذاتها وقائع مجرّمة قانونا والتي يمكن أن تؤدي إلى تحميل المسؤولية الجزائية تجاه باقي المساهمين , كما أن ثبوت توفر مانع من موانع المسؤولية لا يعفي القائم بالفعل من إمكانية أن تطبق عليه إحدى تدابير الأمن .

أما بخصوص أسباب الإباحة فقد أوردها المشرع تحت عنوان : الأفعال المبررة وتناول فيها : حالة ما يأمر به القانون (39/1) حالة ما يأذن به القانون (39/01) وحالة الدفاع الشرعي العادية (39/2) وحالة الدفاع الشرعي الممتازة (المادة 40), وتزيل أسباب الإباحة عن الفعل صفته الإجرامية بحيث تخرجه من دائرة التجريم إلى دائرة الإباحة, و هذه الأسباب هي أسباب موضوعية لا تتعلق بالشخص القائم بالفعل و إنما تتعلق بالحالة التي يتواجد فيها الشخص , ولقد نص المشرع في الموانع بأنه : " لا عقوبة ... " (المادة 47) وفي أسباب الإباحة بأنه : " لا جريمة ... " (المادة 39)؛ وتصنف حالة الضرورة في الفقه و القضاء كقاعدة عامة على أنها مانع من موانع المسؤولية فما هو تعريفها ؟ وما هي مبرراتها ؟.

3- تعريفها ومبرراتها :

و تعرف على أنها : " حالة خطر آني يهدد في نفس الوقت مصلحتين أو أكثر كلاهما محمية بموجب القانون والتي بمقتضاها لا يمكن الإبقاء على إحدى المصلحتين إلا بالتضحية بالأخرى ".

أو بعبارة أخرى يوجد تنازع بين عدة مصالح كلها محمية قانونا, أو كما عبر عنها الأستاذ S.Glaser بأن الأمر يتعلق بواقعة قانونية في مواجهة القانون (recht gegen recht)[1] أو كما عبر عنها الأستاذ vidal بأنه يوجد تنازع بين عدة حقوق[2] أو هي تنازع قيم[3]؛ و يرى الأستاذ de vabre بأن الفرق بين حالة الضرورة و القوة القاهرة هو أن القائم بالفعل في حالة الضرورة لديه إمكانية الاختيار[4] و إمكانية الاختيار المقصود بها هنا ليست بين القيام بالفعل أو عدم القيام به و إلا فلا نكون أمام حالة الضرورة أصلا و إنما الاختيار يكون من طرف القائم بالفعل بين عدة مصالح متاحة بينما في حالة القوة القاهرة لا يجد القائم بالفعل سوى حلا واحدا متاحا .

و ما يبرر اللجوء إلى الاعتراف بحالة الضرورة في القانون هي فكرة المصلحة الغالبة أي أنه توجد عدة مصالح مرتبة بشكل عمودي يتم فيها تغليب المصلحة الأهم[5], كما أنه يرتبط بها مبدأ جوهري مفاده أن : الضرورة توجد القانون fait loi Nécessité[6] و ينبغي ألا يفوتنا هنا أنه يوجد مبدأ اخر له مدلول اخر و لكنه لا يتعارض معه و هو أن الضرورة " لا يحكمها أي قانون أو مبدأ " Nécessité n'a pas de loi ".

4- التطور التاريخي لحالة الضرورة :

لم يكن القانون الروماني يعاقب على حالة الضرورة لانعدام فكرة القصد الجنائي (absence de dol) لدى الفاعل أو لأن الفعل لم يكن غير مشروع, أما بخصوص القانون الجرماني فقد كان يبيح للمسافر المعدم التزود بالقوت لحصانه المنهك وكذا الفقير فقرا مدقعا سرقة الأكل في حدود عدم تعرضه للهلاك[7], وفي القرون الوسطى في حالة المجاعة لم يكن القانون يعاقب في سرقات الضرورة.[8]

ولقد تعجب الفقيه D.de vabres في كون تقنين العقوبات الفرنسي لسنة 1810 لم يتضمن أية إشارة لحالة الضرورة؛ رغم أنه تضمن نصوصا خاصة عن باقي أسباب الإباحة[9] و لعل السبب في ذلك يرجع إلى ندرة الحالات التي طرحت فيها مسألة الضرورة من جهة و من جهة ثانية فإن النظريات التي حاولت تفسير حالة الضرورة في القرنين السابع و الثامن عشرة تم إهمالها أما الأفكار الحديثة حول حالة الضرورة فهي لم ترق بعد لأن تشكل تيارا فلسفيا قويا و مستقرا ومقنعا لدرجة تلزم المشرع الأخذ بها[10].

فلا التقنينات الثورية و لا الأوامر القديمة السابقة لتقنين نابليون المتضمن قانون العقوبات الفرنسي لسنة 1810 قد تضمنت إشارة إلى حالة الضرورة و كل ما في الأمر هو أن الفقه يعمد إدراجها ضمن حالة الإكراه المعنوي و يضمها لأحكام المادة 64 من التقنين الفرنسي -و هي المادة 48 في قانون العقوبات الجزائري.

و على خلاف ذلك فقد تعامل القضاء بشكل مغاير ففي سنة 1898 عُرضت على محكمة Amiens-châteaux Thierry قضية السيدة Ménard و هي امرأة لها أولاد اضطرت إلى سرقة الخبز من إحدى المخابز لكي تغذي أبناءها وقد سببت المحكمة حكمها بحالة الضرورة و بمعطيات اجتماعية تفرضها حالة العيش داخل الدولة الحديثة فصدر في حقها حكم بالبراءة أيّده مجلس " Amiens; وقد صدر بعدها عدة اجتهادات قضائية تتعلق بحالة المتشردين les vagabonds فقيل : "ما لا يمكن تجنبه لا يمكن المعاقبة عليه" وحالات سرقة الغذاء؛ كما عالج القضاء فكرة القيام بعمليات إجهاض من طرف أطباء لحماية الأم ؛ وحالة هدم مسكن الجار لمنع وصول الحريق إلى مسكن القائم بالفعل ؛ ورمي بضائع المسافرين في البحر لوضع حد لغرق السفينة[11] و غيرها .

5- موقف قانون العقوبات الجزائري : تعتبر حالة الضرورة أساسا من إنشاء و تطوير فقهي و قضائي:

فبالرجوع إلى أحكام المادة 48 من قانون العقوبات الجزائري نجدها تنص على ما يلي : " لا عقوبة على من اضطرته إلى ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها " . و الملاحظ هو أن المادة لا تنطبق أصلا على حالة الضرورة و إنما على حالة الإكراه و المصطلح "من اضطرته " ترجمته بالفرنسية "qui a été contraint" و لذلك فالمادة 48 تعالج حالة الإكراه بنوعيه المادي والمعنوي ، فنقول بأن الأمر يتعلق بالقوة القاهرة عندما يكون الإكراه مرتبط بوسائل مادية ، أما إذا ارتبطت بأساليب نفسية فنقول بأن الإكراه معنوي و هنا يميز الفقه بين الإكراه المعنوي الداخلي الناجم عن أفكار خاصة بالقائم بالفعل و إعتقادات داخلية و هذه لا تطبق عليها حالة مطلقا و لا يتدخل فيها القانون فهي كالنوايا لا يمكن مراقبتها أو التحكم فيها و هي ذاتية، أما الحالة التي يعتد بها القانون هي تتعلق بالإكراه المعنوي الخارج عن إطار القائم بالفعل و الناجم عن تهديد جسيم من طرف الغير يمس إرادته و يلزمه القيام بالجريمة و هي مانع من موانع المسؤولية تماما كحالة الجنون .

و لا ينبغي بناءا على ذلك الخلط بين الإكراه بحسب ما تم بيانه و حالة الضرورة " أين يتمتع القائم بالفعل بكافه إرادته غير أنه لكي يحمي حقه يجد نفسه ملزما للتضحية بحقوق الغير" و هنا تباين بليغ بينهما , غير أن القانون لم يمنح الضرورة بنص خاص مما جعل الفقه يضمها لحالة الإكراه المعنوي - أي : إكراه معنوي = ضرورة - .

و لقد استغرب من هذا الموقف الكثير من الفقهاء قبل أكثر من قرن من الزمن لأن المخاوف التي أبداها صانغوا نص التقنين النابليوني كانت مرتبطة بفكرة كيف يمكنني أن أعترف للسارق الذي يدخل مخبزة بحق سرقة الخبز بناءا على حالة الضرورة و أعطيه مبررا على حساب صاحب الحق - الخباز -[13] و أقوم بتضمين هذه الفكرة ضمن موانع المسؤولية و كحل أخير لهذه الفكرة لاحظ صانغوا القانون وجود حالات خاصة للضرورة تتكرر كثيرا أوردوها ضمن القسم الخاص بالتجريم دون وضع أية إشارة للنظرية في القسم العام : كحالة الإجهاض لحماية الأم من الهلاك توجد المادة 308 من قانون العقوبات الجزائري و التي تنص :

" لا عقوبة على الإجهاض إذا استوجبته ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر متى أجراه طبيب أو جراح في غير خفاء و بعد إبلاغه السلطة الإدارية " .

و كذا حالة المادة 444 مكرر التي تعاقب كل من يعيق الطريق العام بأن يضع أو يترك فيه دون ضرورة مواد من شأنها أن تمنع أو تنقص من حرية المرور أو تجعل المرور غير مأمون , و هنا لا يمكن معاقبة القائم بالفعل إذا لم يجد أين يضع أية مواد من شأنها أن تمنع أو تنقص حرية المرور و بذلك يكون أمام حالة الضرورة.

و كذا حالة المادة : 443 التي تعاقب على قتل الحيوان الأليف من دون ضرورة , و الملاحظ أن المادة تنص : "كل من قتل دون مقتضى... " و ترجمة المادة بالفرنسية "sans nécessité" و بالتالي فالأمر يتعلق بحالة الضرورة .

و الملاحظ أن المشرع الفرنسي قد تجاوز حاليا هذه المرحلة بحيث قام بتعديل المادة 64 القديمة و أورد في تعديل قانون العقوبات لسنة 1994 نص المادة 122-7 و التي تنص :

" لا يعتبر مسؤول من الناحية الجزائية الشخص الذي يكون في مواجهة خطر حالي وحقيقي والذي يهدده في نفسه أو غيره أو ماله ويرتكب فعلا ضروريا للمحافظة على الشخص أو المال؛ إلا إذا كان هناك عدم تناسب بين الوسائل المستعملة وجسامة التهديد".

و الملاحظ أن المشرع الفرنسي تجاوز المخاوف التي أظهرها سابقه لينظر ليس فقط لحالة الضرورة التي تمس القائم بالفعل و إنما حتى تلك التي تمس الغير وكذا المال و تجاوز مسألة عدم التنظير ضمن القسم العام ووضع حالات منفردة للضرورة الأكثر حدوثا ضمن القسم الخاص .

6- شروطها :

يتطلب توفر حالة الضرورة توفر: أولا- شروط في الخطر و ثانيا -شروط مرتبطة بالجريمة :

أولا - شروط الخطر :

أ- أن يكون حاليا: لا يبرر حالة الضرورة مجرد الخشية من وقوع الخطر ؛ بل لابد أن يكون القائم بالفعل أمام خطر حالي و فوري وليس خطرا مستقبليا يهدده في حياته أو في سلامته الجسدية .

ب - أن يكون حقيقيا: كما لابد أن يكون الخطر حقيقيا و ليس فرضيا أو وهميا .

ثانيا - شروط مرتبطة بالجريمة :

أ- أن تكون الجريمة الوسيلة الوحيدة لتجنب الخطر : بحيث لا توجد لدى القائم بالفعل أية وسيلة بديلة .

ب- ألا تكون الجريمة غير متناسبة مع جسامة الخطر: ففي قضية السيدة Mènard لم تكن حالة الضرورة تتوفر بسبب عدم تناسب الجريمة مع جسامة الخطر إذا هي قتلت الخباز للحصول على الرغيف.

7- الخاتمة :

تعتبر حالة الضرورة قديمة بأكثر من 3000 سنة[14] و من الغريب أن تبقى حتى يومنا من دون تنظير ؛ فالمشرع الجزائري بموجب الدستور - المادة 122/7 -يقع تحت التزام قانوني بالتشريع للمسألة و لا يمكن الاكتفاء بوضع الحالات الأكثر شيوعا و تضمينها ضمن القسم الخاص؛ و الواجب تجاوز المخاوف التقليدية مثل ما حدث في التشريعات المقارنة لاسيما و أن قواعد قانون العقوبات كلها من النظام العام و هي تعمل بموجب مبدأ الشرعية الذي يمنع اللجوء للقياس و المصادر الاحتياطية و التوجه الحالي للمشرع الجزائري يعتبر حالة الضرورة "مانع من موانع المسؤولية استنادا على حالة الإكراه المعنوي".

الهوامش

[1]Voir : Stefan Glaser, infraction international ses éléments constitutifs et ses aspects : juridiques, librairie générale de droit et de jurisprudence,1957, Pp : 82-83 .

[2]Voir : Georges Vidal : "état de Nécessite ", recueil de l'académie de législation de Toulouse, 1900-1901, Pp: 117-146, At :117.

[3]Voir: Christiane Hennau et Jacques VERHAEGEN, Droit pénal général, troisième édition, Bruylant Bruxelles,2003, p.190

[4]Voir : DONNEDIEU de vabres, traite de droit criminel et de législation pénale comparée, 3em ed, paris, librairie du recueil Sirey, 1947, p :218 [5]Voir : Stefan Glaser, op.cit, p:84

[6]Voir :Claude Lombois, droit pénal international, Dalloz, deuxième édition p : 59 ,1979

[7]Voir : G. Vidal, op.cit, p:123

[8]Voir : D.de vabres, op.cit, p : 219

[9]Voir : D.de vabres, op.cit, p : 220

[10]Voir :Paul Moriaud ,De la justification par L'Etat De Necessité,thèse de Doctorat, université de Genève, 1889, p: 224-226.

و في موقف منافض يرى الفقيه Emile GARCON بأن المسبب لا يرجع إلى ندرة حدوث حالات الضرورة و إنما تكون هذه الحالات تقع و لكن طابع الإباحة الظاهر فيها يؤدي دائما إلى عدم المتابعة مما لا يسمح بعدم مراقبة عددها الزيادة بالمائل من عندي- .

Voir : Emile GARCON ,Code pénal Annoté Recueil Sirey ,Nouvelle Edition 1952, Tome, premier ,p:218.

[11]Voir : Philippe-jean hesse : "un droit fondamental vieux de 3000 ans : l'état de nécessite -jolons pour une histoire de la -nation", droit fondamentaux , n°2, janvier décembre 2002, Pp :125-149, at : 144.

[12]Voir :jacques joseph HAUS, Principe généraux du droit pénal belge, 3em Ed , grand librairie générale de Ad Hoste éditeur,1879 , Pp :467-468.

[13] عندما كتب فيكتور هيجو مؤلفه البؤساء قامت محكمة الجنايات بمحاكمة جون فال جون بخمسة سنوات سجنا مع الأشغال الشاقة لكونه قام بسرقة رغيف خبز من إحدى المخابز ؛ و قد أسالت هذه الرواية الكثير من الحبر في كون المؤسسة القضائية لم تكن تخفي عليها حالة الضرورة التي وقع فيها المتهم و بحسب الكثيرين فقضية مثل هذه كانت تؤدي إلى الحفظ منذ البداية أو إلى البراءة في حالة تحريك الدعوى العمومية.

[14]Voir : Ph-j hesse , op.cit, p.125

بلعربي الهام *

عن انتهاء الوقف لضآلة نصيب الموقوف عليهم

لقد لفت انتباهي أن المشرع الجزائري لما سن قانون الأوقاف، لم يتطرق إلى مصير الوقف عند انتهاء المنفعة منه، عكس نضيره المصري الذي تناول انتهاء الوقف لزوال السبب الموجب له بقانون 46/48 بناءا على طلب من له مصلحة في انتهاءه، فإما أن يصبح ملكا للواقف لو كان حيا، و لورثته لو مات، أو للموقوف عليهم، و يكون لكل مستحق في هذه الحالة المطالبة بفرز منابه من المال الموقوف متى كان قابلا للقسمة.

و تنتهي المنفعة من المال الموقوف حين لا ينفع مستحقي الوقف بأنصبتهم نفعا ذا قيمة، إما لضآلة الغلة، و إما لوفرتها و كثرة مستحقيها فيكون النصيب الواحد بعد اقتسامها ضئيلا، دون أن يتمكنوا من استبدال العين الموقوفة بشكل يكفل للمستحقين نصيبا وافرا، فيضل في صورة لا نفع للمستحقين فيها.

و ما يمكن ذكره في هذا الصدد أن المشرع المصري أشار في المادة 18 من قانون 48/46 إلى إمكانية المطالبة بانتهاء الوقف إمام القضاء، متى أثبت مستحقيه عدم الانتفاع بالمال الموقوف انتفاعا ذا قيمة مع استحالة استبداله على وجه يكفل لمستحقيه أنصبة غير ضئيلة، دون أن يحرم البعض الأخر نصيبه من الغلة، و بانتهاء الوقف عادت ملكية العين للواقف إن كان حيا، و لورثته لو مات، و إلى دائرة الأوقاف إن لم يكن له ورثة، هذا بالنسبة للذين يجيزون الرجوع في الوقف، و يقتسم الملك الوقفي المنتهي بين مستحقيه بالنسبة للذين لا يجيزون الرجوع فيه. فيكون لكل مستحق في هذه الحالة المطالبة بفرز منابه من المال الموقوف، متى كان قابلا للقسمة على وجه لا يترتب عنه ضررا ظاهرا بالعين أو بمستحقيها. فإن كان أحد المستحقين قاصرا أو محجوزا عليه، لزم أن يكون الطلب من وليه أو الوصي عليه، شريطة أن يكون الواقف راضيا عن القسمة، فلا تجوز إجازة الغير عليها.

أما المشرع الجزائري فقد اكتفى باستبدال العين الموقوفة المنتهية منفعتها متى توفرت إحدى الحالات التالية:

- حالة تعرضه للضياع و الاندثار.
- حالة فقدان منفعة الملك الوقفي مع عدم إمكان إصلاحه.
- حالة ضرورة عامة، كتوسيع مسجد، أو مقبرة، أو طريق عام، في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية.
- حالة انعدام المنفعة في العقار الموقوف و انتفاء إتيانه بنفع قط شريطة تعويضه بعقار يكون مماثل أو أفضل منه.

و ما جاء في المادة 24 من قانون 91/10 المتعلق بالأوقاف، أن المشرع الجزائري لما تناول استبدال المال الموقوف، قد سوى بين اندثار المال الوقفي و فقدان المنفعة منه، عقارا كان أم منقولا، و اشترط لاستبداله استحالة إصلاحه دون أن يشير إلى ضرورة توفر أنصبة غير ضئيلة لكافة المستحقين بشكل لا يضارون به عند الاستبدال.

و ضل موقف المشرع الجزائري على حاله بعد التعديل الوارد سنة 2001 الذي لم تمس مواده هته المسألة رغم الصورة التي آلت إليها الأملاك الوقفية في الجزائر نتيجة بقاءها على حالة لا نفع لمستحقيها فيها.

و ما تجدر الاشارة إليه أن الإمام مالك قد أجاز بيع العين الموقوفة المنتهية منفعتها لضآلة النصيب و قسمة ثمنها على مستحقيها في المنقول، و قد أخذ العبدوس من المالكية بانتهاء الوقف لتوفر مصلحة تقتضي ذلك، بحيث لو كانت متواجدة عند الوقف لامتنع الواقف عنه، و أن أيلولة الوقف إلى منزلة العدم لا نفع للموقوف عليهم فيه تعد من قبيل المصلحة المنهية للوقف، و قد أجاز الحنابلة قسمة المال الموقوف على الموقوف عليهم كما يقسم المال المملوك.

و الغاية من الإفتاء بانتهاء الوقف لانتهاء المنفعة منه، تولي الموقوف عليهم إدارة هته الأموال بالشكل الذي يخدم مصلحة مستحقيه، يتصرفون فيه كما في المال المملوك، و ما في ذلك من تفاد لما قد يترتب عن هذا الوقف من لاختلاف بين الموقوف عليهم بسبب ضآلة الأنصبة، و إجحاف النظار.

و لعل في الأخذ بما توصل إليه الفقهاء من انتهاء الوقف لانتهاء المنفعة من لضآلة الأنصبة بسن قانون جديد يتماشى مع ما يتطلبه الصالح العام و مصلحة الوقف و مستحقيه، تتفيح لما آلت إليه الأموال الوقفية في الجزائر و الأثر السيئ الذي تضيفه هذه الأوقاف على الحالة الاقتصادية و العمرانية و البيئية لرفض الموقوف عليهم تحمل نفقات لن تغطيها الغلة.

* محامية بمنظمة سطيف

شكيرين محمد الهادي*

صرخة الحق

قصدت عبد المعين عل يعين لكن وجدت عبد المعين يعان
أأهل الدفاع من ذوي الحزم أم أنهم بشأنهم شان
مخادعنا طوقتها الذئاب فيعجز عن وصفها اللسان
جحافل أسلافنا عاشت كراما وأضحى أحفاد فرحات يعانوا
أمهتنا محنة فهل من ناصر غمرتها الأنهار و الوديان
أمدافع يحتاج لمن يذود عنه لمعضلة يفزع لها الزمان
صدمتنا النوائب من كل درب وليس فينا خذول أو جبان
لترفع الرأس زميلي وكن كما رفعت رؤوسها الشجعان
جاهد عن حقك أنت سيده في الحق و الشرع لك البيان
فكل مظلوم يرنو إلينا وينشد نصرنا الولهان
سننصر الحق و العدل مقصدنا وما كان سوى القسط لنا ميزان
سنهزم النفس الأمارة دوما تدعمنا القوانين المتان
ونكشف الرشوة و الباطل جهرا ويحصد قمح جهدنا الجان
سبقى الدفاع حرا من كل قيد ولا يبقى فينا منكر مهان
وتحلق أقلامنا كل عيب ولو أكلت أجسادنا الديدان
ونزأر كالأسود في كل درب تزول تحت أقدامنا الأحزان
ضربنا في الحق أمثال صدق فلن يقدعنا الإنس و الجان
شموخ الجبال نحن نبلغها فلا يصدنا عن الحق بركان
فمن ضاع حقه نحن له فلن يلهينا عنه الخوف و النسيان
تجمعنا كالجدار رست حجارة ألا بالوحدة يكمل البنيان
نقباؤنا الغر الشداد لمركبنا في الدهر هم قبان
فسيروا بخطى ثابتات وخوضوا معارك الحق أيا فرسان
ومعشرنا حماة الحقوق وقد آن للدفاع الأوان
فلن يهدأ للدفاع بال ولن يسع للمحامي مكان
وإن نحن الحريات نحميها لان طال أو قصر الزمان

فلن تغرننا الوعود الحبال ولن يرهبنا الزيف و الخذلان
فأفواهنا بصوت الواجب صارخة ذراعنا عال وصوتنا رنان
فلن يضيع لذي الحق حقه ولن تختل عندنا الأوزان
وما نورنا إلا بالشرع المجيد ساطعا وما نصرنا إلا بفضلك يا منان
ونحن لعفوك شاكرين لجأنا لغفرانك يا حنان
نظام جديد كان مرتقبا تفانت في صنعه اللجان
أبشرة خير يسطع في الدجى أم لكلمة فم تنكر الأسنان
مصير مهنتنا مصير شعب كنا له دروعا متان
مذلتنا مذلة كل فرد مذلة لا يقبلها إنسان
وإن نقص قيد شبر من ريحنا ستفقد موازينها الأكوان
ويعبث الشر بالخير بكل درب ويصرخ بأعلى صوته الشيطان
إذا عمدت أسياف الدفاع غدرا ستهدم للعدل أركان
وينقد البر براءته وينهزم الصدق و البرهان
ويهزأ اللئيم بالخير شرا ويزول ما شيده الإحسان
فلن نرض بقيد معاصمنا ولن يقبل بالسكوت لسان

ألقيت بمناسبة الملتقى الدولي بوسعادة 04 - 05 مارس 2009

* محام بمنظمة سطيف

من إجتهادات المحكمة العليا

ملف رقم 328584 قرار بتاريخ 19/07/2006.

قضية: (الوكيل القضائي للخزينة) ضد (ع-س)

الموضوع: مسؤولية مدنية - اختصاص قضائي

قانون الإجراءات المدنية: المادة 07

المبدأ:

يكون من اختصاص القضاء الإداري، وبعد خطأ مصلحيا مقيما مسؤولية الدولة، تسبب عون الأمن أثناء عمله وبمناسبة وظيفته، في الضرر المعين

إن المحكمة العليا

في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها بشارع 11 ديسمبر 1960 الأبيار الجزائر.

بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصه:

بناء على المواد: 231، 233، 234، 239، 244، 257، من قانون الإجراءات المدنية،

وبعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بتاريخ: 23/04/2003، وكذا المذكرة الجوابية التي قدمها محامي المطعون ضده.

وبعد الاستماع إلى السيد: بوزياني نذير الرئيس المقرر في تلاوة تقريره المكتوب وإلى السيد لعروسي محمد الصادق المحامي العام في تقديم طلباته المكتوبة،

حيث طلب الوكيل القضائي للخزينة، بواسطة محاميه الأستاذ: بوكاري م.أ المحامي المقبول لدى المحكمة العليا، نقض قرار صادر بتاريخ 17/02/2002 من مجلس قضاء بسكرة صادق على حكم مستأنف لديه صادر بتاريخ: 28/06/1998 عن محكمة نفس المدينة قضى بالمصادقة على خبرة طبية والحكم بعدة تعويضات للمطعون ضده(ع-س).

وحيث أن المطعون ضده (ع-س) قدم مذكرة جوابية بواسطة محاميه الأستاذ: سلطان عبد الناصر وطلب رفض الطعن لعدم التأسيس،

وحيث أن المطعون ضده (ب-ج) غير ممثل،

وحيث أن النيابة العامة قدمت طلباتها المكتوبة الرامية إلى رفض الطعن،

وحيث أن الطعن قد استوفى أوضاعه القانونية فيتعين قبوله شكلا.

وحيث يستند الطاعن في طلبه إلى وجه وحيد للنقض.

الوجه الوحيد: المأخوذ من مخالفة أحكام المادة 07 من ق إ م

مفاده أن المنازعات المتعلقة بالمسئولية المدنية للدولة في القضايا الخاصة بتعويض الأضرار غير تلك الناجمة عن السيارات التابعة للدولة، تكون من اختصاص الغرف الإدارية لدى المجالس دون غيرها"، وأن مجلس قضاء بسكرة ارتأى أنه ليس من حقه التصريح بعدم اختصاصه حسبما التمس منه ذلك وبهذا يكون قد خالف المادة 07 المشار إليه أعلاه.

عن الوجه الوحيد:

حيث أن النعي بهذا الوجه الصحيح، ذلك أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه وإلى بقية عناصر الملف يتبين أن الضرر المطلوب التعويض عنه سببه أحد أعوان الأمن والخطأ الذي قام به هذا الأخير هو خطأ مصلحي تسأل عنه الدولة وأن النزاع لا يدخل ضمن الاستثناءات التي نصت عليها المادة 07 مكرر من ق إ م، إذا أنه من اختصاص الجهة القضائية الإدارية لأنه يتعلق بمسؤولية الدولة عن أعمال موظفيها.

وحيث أن الاختصاص النوعي هو النظام العام يجوز التمسك به في أي مرحلة من مراحل التقاضي ومن ثم فإن الدفع بعد اختصاص القضاء العادي جاء في محله ويتعين معه نقض القرار المطعون فيه.

لهذه الأسباب:

قررت المحكمة العليا: قبول الطعن شكلا وفي الموضوع نقض وإبطال القرار المطعون فيه الصادر بتاريخ: 17/02/2002، من مجلس قضاء بسكرة وإحالة القضية والأطراف على نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد طبقا للقانون وتحميل المطعون ضده المصاريف القضائية.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة به بتاريخ 19/07/2006، من قبل المحكمة العليا الغرفة المدنية القسم الأول.

ملف رقم 350137 قرار بتاريخ 20/12/2006.

قضية (القرض الشعبي الجزائري وكالة سطيف) ضد ورثة (ك-ح)

الموضوع: مسؤولية مدنية - مسؤولية عن فعل الغير- مسؤولية بنكية

القانون المدني: المادة 136.

المبدأ:

يبقى البنك في كل الظروف، مدينا لزبونه بالأموال المودعة لديه؟ بموجب التعاقد المثبت بالدفتر المسلم للزبون.

إن المحكمة العليا

في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها الكائن بشارع 11 ديسمبر 1960 الأبيار - الجزائر العاصمة

بعد المداولة القانونية أصدر القرار الآتي بيانه:

بناء على المواد: 231، 233، 234، 239، 244، 257، من قانون الإجراءات المدنية،

بعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بتاريخ: 10/03/2004.

بعد الاستماع إلى السيدة كراطار مختارية المستشارة المقررة في تلاوة تقريرها المكتوب وإلى السيد صحراوي عبد القادر المحامي العام في تقديم طلباته المكتوبة.

حيث طعن القرض الشعبي الجزائري وكالة سطيف بالنقض في القرار الصادر عن مجلس قضاء سطيف في 03/12/2003 الذي قضى مايلي: في الشكل: قبول الاستئناف.

في الموضوع:

تتلخص الوقائع كون رفع السيد (ك-ح) دعوى ضد القرض الشعبي الجزائري وكالة سطيف ملتمسا إلزامه بدفع له مبلغ 280.000دج المدون في دفتر الادخار واستنادا لطلبه قدم شهادة محررة في 21/10/2001 موقعة وبها خاتم القرض الشعبي الجزائري.

حيث رد المدعى عليه أن الدفتر مزورا لكون المبلغ المدون فيه لم يدخل في حسابات البنك وأتلف من قبل وأنه رفع شكوى ضد العامل السابق للبنك وتأسس كطرف مدني وأن القضية أحيلت إلى محكمة الجنايات وبما سلك المدعي الطريق الجزائي فلا يمكنه سلك الطريق المدني.

وحيث طلب البنك إرجاء الفصل في الدعوى على حين الفصل في الدعوى الجزائية.

حيث أصدرت محكمة سطيف حكم في 31/12/2002 يلزم البنك من تمكين المدعي من أمواله المقدرة ب: 280.000 دج ورفض ما زاد من ذلك من الطلبات.

حيث استأنف البنك وكرر دفوعه وطلباته والتمس إلغاء الحكم.

حيث طلب المستأنف عليه تأييد الحكم.

حيث أثار الطاعن ثلاثة أوجه للنقض:

الوجه الأول: مأخوذ من انعدام التسبيب:

الفرع الأول:

المادة 5 من قانون الإجراءات الجزائية لا تسمح لأحد أن يسلك الطريق المدني والجزائي في نفس الوقت.

القضاة لم يردوا على هذا الدفع لا بالرفض ولا بالقبول عدم الرد الرد بمثابة عدم التسبيب.

الفرع الثاني:

أن الدفتر المحتج به مزورا وأن العامل السابق للبنك متابع بجرم التزوير في محررات مصرفية.

لا يمكن أن يسأل البنك على جرم التزوير وكل الآثار المترتبة عليه لكون الجرم المذكور جرم شخصي.

قضاة الموضوع كذلك لم يردوا على هذا الدفع.

الوجه الثاني: انعدام الأساس القانوني:

قضاة الموضوع تأسسوا على المادة 103 من القانون المدني التي من شأنها إرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد إذ أبطل وأن البطلان يكون بأثر رجعي.

قضاة الموضوع استندوا على نص قانوني لا علاقة له بالموضوع.

الوجه الثالث: الخطأ في تطبيق القانون:

وقائع الدعوى تتعلق بعقد وديعة بعوض وهو قرض استهلاكي طبقا للمادة 598-450 من القانون المدني.

طبقا للعقد المذكور سلم المطعون ضده مبلغا للعامل السابق في البنك واستلم في المقابل دفترا مزورا دون أن يدون المبلغ المذكور في حساب العارض ولم يدخل في حساب البنك.

المبلغ المتنازع عليه تلف قبل تسلمه للعارض الشيء الذي يقع على عاتق المطعون ضده طبقا للمادة 451 فقرة 2 من القانون المدني.

القضاة أخفقوا في تطبيق المادة 451 من القانون المدني لما ألزموا العارض بتسديد المبلغ.

حيث تم استدعاء المطعون ضده قانونا ولم يوكل محامي للرد.

حيث التمس المحامي العام نقض القرار لعدم تعليله.

وعليه

من حيث الشكل:

حيث بلغ القرار في 20/01/2004 وسجل الطعن في 10/03/2004 مما يجعله مقبولا شكلا لوقوعه داخل الأجل القانوني المنصوص عليه في المادة 235 من قانون الإجراءات المدنية والإستئنافية إلى الشروط الشكلية المنصوص عليها في المواد: 241-242 من قانون الإجراءات المدنية.

عن الوجه الأول في فرعيه:

حيث ينعي الطاعن على القرار مخالفته للمادة 5 من قانون الإجراءات الجزائية وعدم الرد على الدفع وكذا عن الدفع بإيقاف الفصل إلى حين الفصل في الدعوى الجزائية المرفوعة ضد عون البنك.

حيث تم تنصيب الضحية (المطعون ضده) كطرف مدني أمام الجهة الجزائية بعد المتابعة العمومية لوكيل الجمهورية.

وحيث تركز التنصيب على المخالفة الجزائية التي ارتكبها الموظف أثناء قيامه بعمله.

وحيث أن الغرض من التنصيب كطرف مدني أمام الجهة الجزائية هو فقط جبر الضرر المتسبب والحصول على ثبوت علني للتهمة المنسوبة للموظف.

وحيث تختص الجهة الجزائية في منح تعويض لجبر الضرر المتسبب دون الفصل في استرجاع الأموال المودعة لدى البنك.

وحيث كذلك ولو أن الخطأ المرتكب من الموظف هو خطأ شخصي فإنه كذلك خطأ مرفقي لوقوعه بمناسبة وأثناء تأدية الخدمة لفائدة البنك.

وحيث يقرر القضاة إيقاف الفصل في حالة احتمال أن الفصل في الدعوى العمومية سيؤثر على الفصل في الدعوى المدنية.

وحيث يستبعد هذا الاحتمال لعدم وجود ارتباط الموضوع بين الدعوى الجزائية والدعوى المدنية.

وحيث أن عدم الرد على الدفعين لا يمكن أن يغير من نتيجة.

ومن ثم فالوجه بانعدام التسبيب غير مؤسس.

عن الوجه الثاني:

وحيث يتبين من الاطلاع على القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع حملوا البنك مسؤولية ما أحدثه تابعها بعمله الغير مشروع الذي وقع أثناء تأدية وظيفته وبسببها طبقا للمادة 136 من القانون المدني.

وحيث أنه بإيداع أموال في شباك البنك واستلام بالمقابل دفتر رسمي به خاتم البنك

وإمضاء العون يكون البنك قد تعاقد رسميا مع المطعون ضده.

وحيث أصبح البنك بموجب هذا التعاقد مالكا للأموال المودعة لديه يوظفها لتموين مشاريعه على أن يرد قيمتها عند مطالبة الزبون.

وحيث لا يمكن للبنك التخلص من مسؤوليته إلا بعد تسديد قيمة الأموال المودعة لديه مهما كانت الظروف.

وحيث يعني ذلك أنه لا يمكن للبنك التذرع بأخطاء موظفه للتهرب من مسؤوليته وهذا ما أكدته المادة 136 من القانون المدني التي اعتمدها قضاة المجلس.

وطالما عالج قضاة المجلس القضية بالرجوع إلى المادة 136 من القانون المدني فإن ذكر المادة 103 القانون المدني يعتبر خطأ مادي لا تأثير له على سلامة القرار.

حيث نستخلص أن القرار مؤسس قانونا والوجه غير مبرر.

عن الوجه الثالث:

وحيث ينعي الطاعن على القرار عدم تطبيق المواد 598 و 451 من القانون المدني.

وحيث كما وقع التحليل أعلاه فإن البنك مرتبط بعقد مع المطعون ضده.

وبيان ذلك هو الدفتر الرسمي المسلم للمطعون ضده والخطأ الشخصي المنسوب للموظف هو خطأ مرفقي على البنك المسؤولية المدنية المنصوص عليها في المادة 136 من القانون المدني.

وحيث أن العقد البنكي هو عقد خاص يخضع لعدة قوانين: مدني- تجاري- إداري والقواعد الدولية العامة لذا يستبعد تطبيق المواد 598و 451 من القانون المدني على دعوى الحال.

مما يجعل هذا الوجه كذلك غير مؤسس.

حيث أن من يخسر الطعن يتحمل المصاريف القضائية طبقا للمادة 270 من قانون الإجراءات المدنية.

لهـــذه الأســـباب:

تقرر المحكمة العليا:

بقبول الطعن بالنقض شكلا ورفضه موضوعا.

وتحميل الطاعن بالمصاريف القضائية.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 20/12/2006، من قبل المحكمة العليا- الغرفة المدنية- القسم الأول.

ملف رقم 354461 قرار بتاريخ 06/12/2006.

قضية (مؤسسة الجزائرية للمياه) ضد (غ-ص)

الموضوع: خطأ مهني- تسريح- سلطة القاضي.

المبـــدأ:

القاضي ملزم بمناقشة الخطأ الوارد في قرار التسريح ولا يجوز له تغييره

إن المحكمـــة العليـــا

في جلستها العلنية المنعقدة بتاريخ 06/12/2006بمقرها الكائن بشارع 11 ديسمبر 1960 ببن عكنون الأبيار ،

بناء على المواد: 231، 233، 234، 239، 244، 257، من قانون الإجراءات المدنية،

بعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بتاريخ: 08/05/2004وعلى مذكر جواب المطعون ضده.

بعد الاستماع إلى السيدة: لعرج منيرة المستشارة المقررة في تلاوة تقريرها المكتوب وإلى السيدة دراقي بنينة المحامية العامة في تقديم طلباتها المكتوبة.

وبعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصه.

حيث طعنت مؤسسة توفير المياه وتسييرها "الجزائرية للمياه" بالنقض ضد الحكم الصادر عن محكمة عنابة بتاريخ 28/07/2003، ألزمها بإعادة إدراج المطعون ضده في منصب عمله الأصلي مع احتفاظه بالامتيازات المكتسبة.

حيث أن المطعون ضده رد على عريضة الطعن وتمسك برفضه.

وعليـــه:

في الشكل:

حيث أن الطعن بالنقض استوفى أوضاعه الشكلية والقانونية فهو مقبول.

في الموضوع:

حيث تدعيما لطعنها، أودعت الطاعنة مذكرة ضمنتها وجهين للنقض.

الوجه الأول: مأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون.

الوجه الثاني: مأخوذ من القصور في التسبيب.

عن الوجهين المنارين مع لارتباطهما:

حيث حاصل ما تنعي فيهما الطاعنة على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبيب بدعوى أنه تم تسريح المطعون ضده بسبب الغياب عن منصب عمله دام عشرين يوما دون انقطاع بالرغم من الإعذارات الموجهة له لاستئناف علاقة العمل، فالمطعون ضده لم يحاول إنكار هذه الواقعة بل حاول أن يبررها بالقول أنه كان يعاني من مشاكل عائلية جعله يتغيب عن العمل وأن النظام الداخلي للمؤسسة ينص صراحة في مادتيه 161 و 162 أن الغياب بدون عذر يعد خطأ من الدرجة الثالثة يستوجب فسخ علاقة العمل بل فإن المحكمة اعتمدت على محضر عدم المصالحة الذي جاء فيه أن طرد المطعون جاء نتيجة ارتكابه خطأ جزائي وتمت إدانته ثم أن قاضي أول درجة اعتبر الاعذارين بالغياب رقم 1 و 2 لا يحملان أي تأشير للمطعون بفيد استلامه الفعلي بينما أقر هذا الأخير بغيابه مما يعرض الحكم المطعون فيه للنقض.

حيث يبين فعلا من الحكم المطعون فيه أنه أسس قضاءه إعادة إدراج المطعون ضده في منصب عمله على "أن تسريح العامل كان بسبب اتهامه لارتكاب خطأ ذي طابع جزائي وهو الأمر الذي أقرت به المؤسسة المستخدمة في مذكرة جوابها وأمام مكتب المصالحة وقبل إدانته بالخطأ المنسوب إليه من طرف الجهة القضائية المختصة" في حين أن الخطأ الوارد في قرار تسريح المطعون ضده هو الغياب عن العمل رغم إعذاره من الهيئة المستخدمة والذي تضمنه قانونها الداخلي في مادتيه أو استبداله بخطأ آخر، بل كان عليه مناقشة الخطأ المنسوب إلى العامل والوارد في قرار تسريحه ذلك مناقشة قانونية وحسب ما نصت عليه المادتان 161و 162 من القانون الداخلي

للطاعنة وباستبعاد قاضي أول درجة الإعذارين الموجهين للمطعون ضده أثناء غيابه بدون مناقشة فإنه أخطأ في تطبيق القانون وقصر في تسبيب ما قضى به مما يعرض حكمه للنقض والإبطال.

حيث أن خاسر الدعوى يلزم بالمصاريف القضائية طبقا للمادة 270 ق إ م.

لهـــذه الأســـبـــاب:

تقرير المحكمة العليا:

قبول الطعن بالنقض شكلا وفي الموضوع نقض وإبطال الحكم المطعون فيه الصادر عن محكمة عنابة بتاريخ 28/07/2003، وإحالة الدعوى والأطراف أمام نفس الجهة القضائية للفصل فيها من جديد بهيئة مختلفة وطبقا للقانون.

تحميل المطعون ضده المصاريف القضائية.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ السادس ديسمبر من سنة ألفين وستة من قبل المحكمة العليا الغرفة الاجتماعية.

ملـــف رقـــم 391134 قـــرار بتاريـــخ 21/12/2005.

قضية(النائب العام) ضد (ب.س-ع.ق ومن معه)

الموضوع: شهادة شاهد- يمين قانونية- بطلان الإجراءات.

قانون الإجراءات الجزائية: المادة:93

المبـــدأ:

يعتبر أداء الشاهد اليمين، في حالة عدم وجود مانع قانوني من أدائها، من النظام العام، ويؤدي إغفال ذلك إلى بطلان الإجراءات وبالتالي الحكم.

إن المحكمـــة العليـــا:

بعد الاستماع إلى السيد مختار سيدهم المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب، وإلى السيد عيبودي رابح المحامي العام في تقديم طلباته الكتابية.

وبعد الاطلاع على الطعن بالنقض المرفوع من طرف النائب العام لدى مجلس قضاء المدية ضد حكم محكمة الجنايات بنفس الجهة القضائية الصادرة بتاريخ 08/12/2004، بالبـــراءة لفائدة كل من (ب-ع)، (ب-ر)، (و-أ-أ)،(س-ل)، (ب-أ)،(س-ع)،(ب-ط)،(ت-ح)،(ط-ع)، و(ط-ع) المتابعين باختلاس أموال عمومية وتبديدها والتزوير في محررات رسمية إضرارا ببلدية البواعيش ومديرية النشاط الاجتماعي لولاية المدية بالنسبة للأول والثاني والمشاركة في اختلاس المال العام بالنسبة للمطعون ضدهم الثالث إلى التاسع والسرقة بالنسبة للعاشر والحادي العشر.

حيث أن الطعن استوفى أوضاعه القانونية فهو مقبول شكلا.

حيث أن المحامي العام لدى المحكمة العليا قدم طلباته الكتابية الرامية إلى نقض الحكم المطعون فيه.

حيث أن الطاعن أودع مذكرة تدعيما لطعنه أثار فيها وجها وحيدا للنقض مأخوذ من مخالفة قاعدة جوهرية أو في الإجراءات. بدعوى أن الشهود كلهم أدلوا بشهادتهم دون أداء اليمين القانونية كما أن الأسئلة جاءت متشعبة.

حيث يتبين بالرجوع إلى محضر المرافعات الوثيقة المكملة للحكم الجنائي أن المحكمة استمعت على 42 شاهدا دون أداء اليمين ودون إبراز سبب إعفائهم منها.

وحيث أن أداء اليمين للشاهد في حالة عدم وجود مانع قانوني من أدائها يعتبر من النظام العام ويتعين على المحكمة مراعاتها فإن هي أغفلت ذلك ترتب عنه بطلان الإجراء ومعه بطلان الحكم وإذا كان هناك ما يبرر إعفاء الشاهد منها تعين إبراز سبب الإعفاء حتى تتمكن المحكمة العليا من بسط رقابتها لكن الحكم المطعون في أعفى جميع الشهود من أدائها دون توضيح سبب هذا الإعفاء الأمر الذي يشكل مخالفة لقاعدة جوهرية في الإجراءات ينجر عنها النقض دون مناقشة النقطة الثانية المثارة من الطاعن حول تشعب الأسئلة لعدم تأسيسها.

فلهـــذه الأســـبـــاب:

تقضي المحكمة العليا- الغرفة الجنائية- القسم الأول-

بقبول الطعن شكلا وموضوعا وبنقض وإبطال الحكم المطعون فيه وإحالة القضية والأطراف على نفس الجهة القضائية مشكلة تشكيلا أخر للفصل فيها مجددا.

المصاريف القضائية على الخزينة العمومية.

بذا صدر القرار بالتاريخ المذكور أعاله من طرف المحكمة العليا الغرفة الجنائية.

ملـــف رقـــم 299825 قـــرار بتاريـــخ 04/05/2005.

قضية(الصندوق الخاص بالتعويضات) ضد (ب- ق- ع والنيابة العامة)

الموضوع: حادث مرور - تعويض- الصندوق الخاص بالتعويض عن حوادث المرور.

أمر رقم:74-15: المادتان:24و 30 الفقرة 03ذ

مرسوم رقم:80-37: المادة 11.

المبـــدأ:

لا يستفيد ضحايا حوادث المرور الجسمانية أو ذوو حقوقهم من تدخل الصندوق الخاص بالتعويضات، إلا إذا أثبتوا إعسار مسبب حادث المرور غير المؤمن له.

إن المحكمة العليا

بعد الاستماع إلى السيد لدرع العربي المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب وإلى السيد بن حمو عبد المالك المحامي العام في تقديم طلباته المكتوبة.

فصلا في الطعن بالنقض المرفوع بتاريخ 10/11/2001 من طرف الصندوق الخاص بالتعويضات بالجزائر ضد القرار الصادر بتاريخ 31/10/2001 عن مجلس قضاء باتنة القاضي بقبول المعارضة شكلا وفي الموضوع تأييد القرار الغيابي المعارض فيه الصادر في 20/01/1999، يقضي بتأييد الحكم المستأنف مبدئيا وتعديلا له جعل التعويضات المحكوم بها للطرف المدني تكون بالتساوي وتحت ضمان كل من الصندوق الخاص بالتعويضات والشركة الجزائرية للتأمين وكالة رأس الوادي رمز 2811.

حيث أن الرسم القضائي قد تم دفعه.

حيث أن الطعن بالنقض قد استوفى أوضاعه القانونية فهو مقبول شكلا.

حيث أن الأستاذ ترخاش أحمد المحامي المقبول لدى المحكمة العليا قد أودع مذكرة مؤرخة في 29/04/2003 في حق الطاعن أثار فيها وجها وحيدا.

عن الوجه الوحيد: المأخوذ من مخالفة القانون:

بدعوى أن الحكم على الصندوق الخاص بالتعويضات بكونه ضامنا مخالفا لأحكام المادة 11 من المرسوم رقم 80/37 لأن الصندوق لا يتحمل التعويضات المستحقة للضحايا وذوي الحقوق إلا إذا توافرت شروط المادة 30 من الأمر رقم 74/15 لا سيما الفقرة 3 منها وكان على القضاة إلزام المتسبب في الحادث بدفع نصيبه من التعويضات لفائدة الضحية وفي حالة إثبات إعساره بدفع جزء من التعويضات لفائدة الضحية يتولى الصندوق بدفع التعويضات المحكوم بها.

حيث أنه بالرجوع للقرار المنتقد يتضح حقيقة بأن قضاة الاستئناف ألزموا الصندوق الخاص بالتعويضات بالجزائر وبالتساوي مع الشركة الجزائرية للتأمين وكالة رأس الوادي رمز 2811 بدفع التعويضات المحكوم بها لفائدة الضحية القاصرة (ق-أ).

حيث يعتبر إعسار المحكوم عليه ضروريا لاستفادة الضحايا من تعويضات الصندوق الخاص بالتعويضات ويكون ذلك بعد صدور حكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه بالتعويضات لفائدة الضحايا أو ذوي الحقوق،

حيث أن المحكوم عليه المدان جزائيا بجنحة انعدام شهادة التأمين يعتبر قد سقط حقه في الضمان ويتحمل وحده التعويضات المحكوم بها لفائدة الضحية دون غيره.

حيث أن قضاة الاستئناف باعتبارهم الصندوق الخاص بالتعويضات طرفا في النزاع على مستوى المجلس فقط وضامنا للمتهم يكونون بقضائهم هذا قد خالفوا أحكام القانون خاصة المادة 24 و 30 من الأمر رقم 74/15 وأحكام المرسوم رقم 80/37 خاصة المادة 11 منه ويكونون بذلك قد عرضوا قراراهم للإبطال،

والوجه سديد ويفتح المجال للنقض،

لهذه الأسباب:

بقبول الطعن شكلا وبتأسيسه موضوعا، وبنقض وإبطال القرار المطعون فيه وإحالة القضية و الأطراف على نفس المجلس مشكلا تشكيلا بخر للفصل فيه طبقا للقانون.

بتحميل الخزينة العامة المصاريف القضائية.

بذا صدر القرار بالتاريخ المذكور أعلاه من طرف المحكمة العليا غرفة الجنح والمخالفات القسم الرابع

ملف رقم 339058 قرار بتاريخ 12/04/2006.

قضية (س-ص ومن معه) ضد (د-ط ومن معه)

الموضوع: حيازة - أرض عرش.

قانون الإجراءات المدنية: المادة 413،

قانون التوجيه العقاري: القانون 90-25 المعدل والمتمم.

المبدأ:

تجوز حماية الحيازة في أراضي العرش طبقا لقانوني الإجراءات المدنية والتوجيه العقاري

إن المحكمة العليا

في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها، بشارع 11 ديسمبر 1960 الأبيار الجزائر.

وبعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصه:

بناء على المواد: 231، 233، 234، 239، 244، 257، من قانون الإجراءات المدنية،

وبعد الاطلاع علة مجموع أوراق ملف الدعوى وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة يوم 01 أكتوبر 2003، وعلى مذكرة الرد التي قدمها محامي المطعون ضده.

وبعد الاستماع إلى السيد روابنية عمار المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب، وإلى السيد بن سالم محمد المحامي العام في تقديم طلباته المكتوبة.

حيث أن فريق(س-ص) المذكورين أعلاه طعنوا بطريق النقض بتاريخ 01/10/2003 في القرار الصادر عن مجلس قضاء بسكرة بتاريخ 27/01/2003

القاضي باعتماد الخبرة جزئيا وبحبسها تأييد الحكم المستأنف المؤرخ في 25/12/1994، الذي قضى برفض الدعوى على الحال والتي ترمي إلى الخروج من قطعة أرض.

حيث أن تدعيما لطعنهم أودع الطاعنون بواسطة وكيلهم الأستاذ: عبد الحميد حمداوي عريضة تتضمن وجهين كأساس للنقض.

حيث أن الأستاذ الشريف قرقب أودع مذكرة جواب في حق (د) المطعون ضدهم مفادها أن الطعن غير مؤسس ويستحق الرفض.

حيث للوصول إلى النقض أستند الطاعنون على الوجوه التالية:

الوجه الأول: مأخوذ من انعدام وقصور وتناقض الأسباب:

ومفاده أن القرار قد جاء خالي من الأسباب بحيث لم يتم الإجابة على كامل الدفوع واكتفى بالإشارة إلى أن الأرض محل النزاع هي أرض العرش وأن أرض العرش تعود للدولة طبقا لقانون الثورة الزراعية، غير أن قانون الثورة الزراعية قد تم إلغاؤه وأن أرض النزاع هي من أراضي الخواص ولا تتبع أملاك الدولة وفقا لمخطط مجلس الشيوخ.

الوجه الثاني: مأخوذ من مخالفة والخطأ في تطبيق القانون:

وفي بيان ذلك أن القرار بني على أساس أن الأرض محل النزاع تابعة لأملاك الدولة ولا يجوز حيازتها طبقا للمادة 689 من القانون المدني، غير أنه بالعكس فإن أرض النزاع غير تابعة للدولة وهي تتبع أراضي الخواص ولا تنطبق عليها المادة السالفة الذكر، وبغض النظر عن كل ذلك فإن أراضي الدولة تجوز حيازتها واستغلالها.

وعليه فإن المحكمة العليا:

حول الوجهين مع للتكامل:

حيث أنه بالفعل يتبين أن قضاة المجلس صرحوا لتبرير قضائهم بتأييد الحكم المستأنف ورفض الدعوى على الحال أن هذه الأرض الشاسعة موضوع الدعوى هي تنتمي إلى أرض العرش وبالتالي فإن ملكيتها تعود للدولة بموجب قانون الثورة الزراعية وكذلك بموجب المادة 689 من القانون المدني.

لكن حيث أن القضاة أسسوا قرارهم على قانون الثورة الزراعية الذي قد تم إلغاؤه صراحة بموجب الأمر المعدل المتمم لقانون التوجيه العقاري رقم 25-90 المادة 75 منه.

وحيث أن الدعوى تهدف إلى حماية الحيازة في أرض العرش عملا بالمادة 413 من قانون الإجراءات المدنية فكان على القضاة أن يبحثوا في مدى وجود التعرض لهم من عدمه طبقا لما هو منصوص عنه بأحكام المادة 415 من قانون الإجراءات المدنية مع الإشارة إلى انه يجوز حماية الحيازة في أرض العرش ومن ثمة فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا يكونون قد أساؤوا تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للنقض والإبطال حيث أنه متى كان ذلك يتعين إحالة الدعوى وأطرافها على نفس المجلس مشكل من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد طبقا للقانون.

حيث من خسر الطعن يلزم بالمصاريف القضائية.

فلهذه الأسباب:

قررت المحكمة العليا:

في الشكل:

قبول الطعن بالنقض شكلا.

في الموضوع:

نقض وإبطال القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء بسكرة المؤرخ في 27/01/2003 مع إحالة القضية والأطراف على نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد طبقا للقانون.

مع إبقاء المصاريف القضائية على عاتق المطعون ضدهم.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 12/04/2006، من قبل المحكمة العليا الغرفة العقارية القسم الثالث.

ملف رقم 349406 قرار بتاريخ 12/04/2006.

قضية(ت-م) ضد (ت- أ ومن معه)

الموضوع: حيازة - قرابة- تقادم مكسب.

القانون المدني: المادتان: 808/1 و 827

المبدأ:

علاقة القرابة تثير اللبس في الحيازة وترجح التسامح وتحول دون التملك بالتقادم المكسب، مهما طالت المدة.

المحكمة العليا

في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها بشارع 11 ديسمبر 1960 الأبيار الجزائر.

وبعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصه:

بناء على المواد: 231، 233، 234، 239، 244، 257، من قانون الإجراءات المدنية،

وبعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة يوم 29/02/2004، وعلى مذكرة الرد التي قدمها محامي المطعون ضدهما.

وبعد الاستماع إلى السيد مواجي حملاوي المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب، وإلى السيد بن سالم محمد المحامي العام في تقديم طلباته المكتوبة.

حيث أن المسمى (ت-م) طعن بطريق النقض بتاريخ 29/02/2004 في القرار الصادر عن مجلس قضاء البليدة بتاريخ 31/05/2003 القاضي ب:

في الشكل:

بقبول إعادة السير في الدعوى بعد الخبرة شكلا.

في الموضوع:

الأمر بضم القضية رقم 2969 للقضية الحالية وإفراغ القرار التمهيدي المؤرخ في 16/12/2000 وبالنتيجة تأييد الحكم المستأنف.

حيث أن تدعيما لطعنه أودع الطاعن بواسطة وكيلتيه الأستاذة: فتيحة خلال والأستاذة: زبيدة عمراني عريضة تتضمن أربعة أوجه للطعن.

الوجه الأول: مأخوذ من تناقض الأسباب المعادل لمخالفة القانون:

بدعوى أن أسباب القرار المطعون فيه تناقض مع أسباب القرار الصادر بتاريخ 16/12/2000 إذا قبل الدفع بالحيازة، وأجاز إثباتها بكافة الطرق باعتبارها واقعة مادية، وتراجع في القرار المطعون فيه وصرح بعدم جواز اكتساب الحيازة في العقود المشهرة المحرر لها بطاقة عقارية طبقا لنص المادة 32 من قانون التوجيه العقاري.

الوجه الثاني: مأخوذ من مخالفة المعادل لانعدام الأساس القانوني للحكم:

بدعوى أن على الرغم من ثبوت الحيازة استنادا إلى تحقيق الذي أجراه المجلس طبقا لنص المادة 827 من القانون المدني إلا انه قرر الأخير عدم أحقية الطاعن في اكتساب الملكية عن طريق الحيازة.

الوجه الثالث: مأخوذ من مخالفة القانون:

بدعوى أن المادة 39 من قانون التوجيه العقاري لا يمكن تطبيقها في قضية الحال لأن عقد الملكية محرر بتاريخ 03/11/1962، ومسجل بتاريخ 27/11/1962، ولا يوجد ما يفيد شهره بالمحافظة العقارية فضلا عن عدم جواز تطبيق هذه المادة بأثر رجعي.

الوجه الرابع: مأخوذ من مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات:

بدعوى أن المجلس لم يفصح عن مصير التحقيق الذي أمر به بموجب القرار الصادر بتاريخ 16/12/2000 والذي أجراه ومن ثم يكون القرار مشوبا بمخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات.

وحيث أنه وبموجب مذكرة جواب مودعة بتاريخ 28/07/2004، رد المدعى عليهما في الطعن بواسطة محاميهما الأستاذ: وطاس محمد السعيد ملتمسين رفض الطعن لعدم تأسيسه.

وعليه فإن المحكمة العليا:

في الشكل: حيث أن الطعن جاء مستوفيا لأوضاعه القانونية لذلك فهو مقبول شكلا.

في الموضوع:

عن الأوجه الأول والثاني والثالث لتكامل:

لكن وبصرف النظر عما ورد في أسباب القرار بشأن تطبيق المادة 30 من قانون التوجيه العقاري التي لا موجب لإقحامها في النزاع الحالي فإنه بشرط لقبول الدفع بالتقادم المكسب طبقا لنص المادة 827 من القانون المدني ألا تقوم الحيازة على التسامح للمادة 808/1 من القانون المدني وأن وجود علاقة القرابة (الإخوة) بين

طرفي النزاع تثير اللبس في الحيازة وترجح التسامح وتحول دون التملك بالتقادم المكسب مهما طالت المدة لذلك فالأوجه ليست سديدة

عن الوجه الرابع:

لكن وحيث أن استبعاد التحقيق مسألة تقديرية تخضع لسلطة قضاة الموضوع، ويجوز فيه أن يكون ضمنيا، ولا يوجد ما يلزم القاضي بالإفصاح عنه ولا يشكل ذلك أي خرق للقواعد الجوهرية في الإجراءات لذلك فالوجه غير سديد.

وحيث أنه تبعا لما تقدم يتعين التصريح بعدم تأسيس الطعن والقضاء برفضه.

فلهـــذه الأســـباب:

قررت المحكمة العليا:

في الشكل:

قبول الطعن بالنقض شكلا.

في الموضوع:

رفض الطعن بالنقض موضوعا

مع إبقاء المصاريف القضائية على عاتق الطاعن

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخا 12/04/2006 من قبل المحكمة.

ملـــف رقـــم 367715 قـــرار بتاريـــخ 15/11/2006.

قضية(ي-ش-ح) ضد (س-م)

الموضوع: ملكية- شهادة ترقيم مؤقت- مالك ظاهر- دفتر عقاري- صفة النقاضي

قانون الإجراءات المدنية: المادة:459.

الأمر رقم: 75-74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

المرسوم رقم:76-62 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام.

المبـــدأ:

تعطي شهادة الترقيم المؤقت لصاحبها صفة المالك الظاهر، وبالتالي صفة النقاضي، وتؤدي إلى حصوله على الدفتر العقاري ذي القوة الإثباتية، طالما لم يطعن فيه قضائيا

إن المحكمة العليا

في جلستها العلنية المنعقدة بها بشارع 11 ديسمبر 1960 الأبيار الجزائر.

وبعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصه:

بناء على المواد 231، 233، 239، 244، 257 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية.

وبعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة يوم: 01/08/2004، وعلى مذكرة الرد التي قدمها محامي المطعون ضده.

وبعد الاستماع إلى السيد روابنية عمار المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب وإلى السيد محمد بن سالم المحامي العام في تقديم طلباته المكتوبة.

حيث أن (ي-ش-ح) طعن بطريق النقض بتاريخ 11/08/2004 في القرار الصادر عن مجلس قضاء تيزي وزو بتاريخ 10/02/2004 القاضي بتأييد الحكم المستأنف المؤرخ في 23/09/2000 الصادر عن محكمة الروبة الذي يقضي بعدم قبول الدعوى شكلا لانعدام الصفة والتي تهدف إلى الخروج من الجزء لقطعة الأرضية المستولى عليه.

حيث أن تدعيما لطعنه أودع الطاعن بواسطة وكيله الأستاذ بلقمبور نور الدين عريضة تتضمن وجها واحدا كأساس للنقض.

حيث أن الأستاذ طاهري عكاشة أودع مذكرة جواب في حق (س-م)المطعون ضده مفادها أن الطعن غير مؤسس ويستحق الرفض.

حيث للوصول إلى النقض استند الطاعن على الوجه وحيد مأخوذ من انعدام وقصور وتناقض الأسباب ومخالفة القانون والخطأ في تطبيقه.

بدعوى أنه يعاب على القرار محل الطعن، عدم اعتبار الدفتر العقاري كونه سند لإثبات الملكية العقارية وبذلك قد خالفوا نص المادة 19 من الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري وكذلك المادتين 32 و33 من المرسوم 73-32 المؤرخ في 05/01/1973 المتعلق بإثبات الملكية الخاصة وعلى ذلك فإن الطاعن يتمتع بصفة النقاضي التي تؤهله لرفع دعوى الطرد.

حيث أن الطعن المرفوع استوفى أوضاعه الشكلية فهو مقبول.

وعليه فإن المحكمة العليا:

عن الوجه المثار:

بالفعل حيث يتضح أن الطاعن قدم أمام القضاة شهادة الترقيم المؤقت ومحضر التحديد المستخرج من إدارة المسح العقاري مؤكدا أنه لم يتم الاعتراض عليهما في الميعاد المقرر قانونا أمام المحافظة العقارية والتي سلمت له فيما بعد الدفتر العقاري، غير أن القضاة فصلوا في الدعوى بتأييد الحكم المستأنف الذي رفضها لانعدام الصفة.

حيث أن شهادة الترقيم المؤقت التي هي بحوزة الطاعن التي قدمها أثناء النزاع تعطي له صفة المالك الظاهر عملا بالمادتين 13 و 16 من المرسوم المؤرخ في 25/03/1976 المتعلق بالشهر والدفتر العقاري لكونها ستؤدي إلى الحصول على الدفتر العقاري، الذي هو على رأس المستندات الرسمية في إثبات الملكية العقارية إذا لم يقع الطعن فيه.

وحيث أن القضاة لم يراعوا إلى هذه النصوص المطبقة في قواعد الشهر، وأغفلوا الاطلاع عليها مما يجعل القرار قد جاء فاقدا للأساس القانوني ومخالف للقانون الساري المفعول وهو الأمر الذي يجعله عرضة للنقض والإبطال.

حيث أنه متى كان ذلك يتعين إحالة الدعوى وأطرافها على نفس المجلس مشكل من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد طبقا للقانون.

حيث أنه من خسر الطعن يلزم بالمصاريف القضائية.

فلهـــذه الأســـباب

قررت المحكمة العليا

في الشكل:

قبول الطعن بالنقض شكلا

في الموضوع:

نقض وإبطال القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء تيزي وزو بتاريخ 10/02/2004 وإحالة القضية والأطراف على نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد طبقا للقانون مع إبقاء المصاريف القضائية على عاتق المدعى عليه في الطعن.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة في 15/11/2006، من قبل المحكمة العليا الغرفة العقارية القسم الثالث.

ملف رقم 362531 قرار بتاريخ 17/05/2006.

قضية(ج-ز) ضد (و-ع)

الموضوع: طلاق- توابع الطلاق- تقادم مقسط

القانون المدني: المادة:308.

المبدأ:

يخضع طلب توابع الطلاق للتقادم المسقط (15 سنة)، طبقا للمادة 308 من القانون المدني.

إن المحكمة العليا

في جلستها المنعقدة بمقرها الكائن بشارع 11 ديسمبر 1960 الأبيار الجزائر العاصمة.

بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصه:

وبناء على المواد: 231، 233، 234، 235، 239، 240، 241، 242، 243، 244. ما يليها 257 وما بعدها، 264 إلى 271 من قانون الإجراءات المدنية.

بعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى وعلى عريضة الطعن المودعة بتاريخ 14/07/2004.

بعد الاستماع إلى السيد نعمان السعيد المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب و إلى السيدة خيرات مليكة المحامية العامة في تقديم طلبتاها المكتوبة.

حيث أقامت السيدة: (ج-ز) طعنا بواسطة الأستاذ درفوف مصطفى ترمي فيه إلى نقض القرار الشخصي الصادر عن مجلس قضاء تلمسان بتاريخ 22/06/2003 الذي قضى غلانيا حضوريا نهائيا في الشكل قبول الاستئناف وفي الموضوع: تأييد الحكم المستأنف المصاريف القضائية على عاتق المستأنف.

حيث أثارت الطاعنة في مذكرة طعنها وجهين للنقض:

الوجه الأول: المأخوذ من القصور في التسبيب والتعليل:

بدعوى أن قضاة الاستئناف قد أيدوا الحكم المستأنف فيه دون أن يعللوا ويسببوا قرارهم كيف توصلوا إلى تأييد الحكم المستأنف فيه حتى يتسنى للمحكمة العليا مراقبة مدى تطبيقهم للقانون من عدمه، مما يعرض القرار للنقض والإبطال.

الوجه الثاني: المأخوذ من انعدام الأساس القانوني للحكم:

بدعوى أن حكم الطلاق قد اكتسى صفته الرسمية يوم تسجيله بموجب حكم 23/11/2002 وليس بتاريخ 1963 ولأن مدة التقادم يبدأ سريانها اعتبارا من هذا التاريخ وليس من تاريخ 1963 وأن قضاة الموضوع لما أيدوا الحكم المستأنف فيه تطبيقا في ذلك المادة 308 من القانون المدني فإنهم قد أخطئوا في تطبيق القانون حارمين المدعية في الطعن من توابع عصمة الطلاق، وأن التقادم المسقط في دعوى الحال يبدأ سريانه من يوم تسجيل الحكم الصادر في 23/11/2002 وأن حال مدة 15 سنة لم يتقادم بعد أن هذا الوجه كافي لنقض وإبطال القرار المطعون فيه.

حيث أن المطعون ضده التمس رفض الطعن

حيث أن النيابة العامة التمست رفض الطعن.

حيث أن الطعن استوفى أوضاعه القانونية الشكلية فهو مقبول شكلا.

وعليه فإن المحكمة العليا:

عن الوجه الأول:

حيث أنه من خلال الاطلاع على القرار المطعون فيه يتضح انه لا وجود لأي قصور في التسبيب ذلك أن قضاة ذلك أن قضاة المجلس ناقشوا موضوع الدعوى مناقشة قانونية وموضوعية بحيث بينوا للطاعنة بأن طلب توابع الطلاق قد سقطت بالتقادم عملا بمقتضيات المادة 308 من القانون المدني وبذلك يكونون قد أبرزوا العناصر التي اعتمدوها في الوصول إلى تأييد الحكم المستأنف وأن القرار المطعون فيه لما قضى بالصورة المذكورة يكونون بذلك قد عللوا قرارهم تعليلا قانونيا مقبولا الأمر الذي يتعين معه رفض هذا الوجه لعد قيامه على أساس قانوني.

عن الوجه الثاني:

حيث اتضح من مطالعة القرار المطعون فيه والأوراق التي تأسس عليها أن قضاة الموضوع قد أقاموا قضاءهم على أساس قانوني وأنهم بتأييدهم للحكم المستأنف وبتطبيقهم للمادة 308 من القانون المدني لم يخالفوا القانون ولم يخطأوا في تطبيقه ذلك أنهم بينوا المنهج القانوني الذي انتهجوه في قضائهم بالتقادم لتوابع العصمة، عملا بأحكام المادة 308 السالفة الذكر وعليه فإن المجلس لما قضى بالصورة المبينة أعلاه يكون بذلك قد أعطى الأساس القانوني لقراره، وجعله غير مستهدف للنقض الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن.

حيث أن من خسر طعنه يتحمل المصاريف القضائية طبقا للمادة 270 من قانون الإجراءات المدنية.

فلهذه الأسباب:

تقرر المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث:

قبول الطعن بالنقض شكلا، ورفضه موضوعا، وتحمل الطاعنة المصاريف القضائية.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ: 17/05/2006، من قبل المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية.

ملف رقم 311902 قرار بتاريخ 22/03/2006.

قضية(إدارة الجمارك) ضد(ح-غ)

الموضوع: منازعة جمركية - قيمة جمركية- إثبات قانون الجمارك: المادة 258

المبدأ:

إدارة الجمارك، ملزمة بتبيان عناصر التقييم الحقيقي الذي توصلت إليه، في مراجعة قيمة البضاعة وإثباتها.

إن المحكمة العليا

في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها بشارع 11 ديسمبر 1960 الأبيار الجزائر.

بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصه:

بناء على المواد: 231، 233، 234، 239، 244، 257، من قانون الإجراءات المدنية،

وبعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بتاريخ: 14/09/2002، وكذا المذكرة الجوابية التي قدمها محامي المطعون ضده.

وبعد الاستماع إلى السيد: بوزياني نذير الرئيس المقرر في تلاوة تقريره المكتوب وإلى السيد لعروسي محمد الصادق المحامي العام في تقديم طلباته المكتوبة،

حيث طلبت إدارة الجمارك ممثلة بمديرها العام وبواسطة محاميها الأستاذ: رشيد بومعزة نقض قرار صادر بتاريخ 25/04/1999 من مجلس قضاء عنابة صادق على حكم مستأنف لديه بتاريخ 09/08/1998، عن محكمة نفس المدينة يقضي برفض الدعوى لعدم التأسيس.

وحيث أن المطعون ضده قدم مذكرة جوابية بواسطة محاميه الأستاذ قواسمية الشافعي وطلب رفض الطعن لعدم التأسيس.

وحيث أن النيابة العامة قدمت طلباتها المكتوبة الرامية إلى رفض الطعن.

وحيث أن الطعن قد استوفى أوضاعه الشكلية فهو مقبول.

و حيث تستند الطاعنة في طلبها إلى وجه وحيد للنقض.

الوجه الوحيد: المأخوذ من القصور في التسبيب:

بدعوى أن القرار المطعون فيه قضى بأن إدارة الجمارك لم تقدم ما يثبت أنها أخطأت في تقدير الرسوم وأنها لم تثبت بطريقة قانونية كما تنص عليه المادة 258 من قانون الجمارك قانونية مراجعة القيمة وفرض رسوم جديدة مع أنه ثابت من القرار المطعون فيه لا سيما الصفحة الثالثة منه أن إدارة الجمارك دفعت أمام المجلس بعريضة يوم 07/03/1999، بأن القيمة المصرح بها وقت الاستيراد هي 78.00 ف ف للوحدة في حين أن قيمتها الحقيقية هي 370.00 ف ف للحقيبة الواحدة وأن الرسوم المفروضة حسب الرمز D3 هي 60%.

عن الوجه الوحيد:

حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أن قضاة الموضوع قد سببوا قضاءهم برفض دعوى الطاعنة تسبيبا كافيا أبرزوا من خلاله أن هذه الأخيرة لم تثبت بطريقة قانونية أنها توصلت بعد المراجعة إلى نتائج الخطأ المطالب من أجله برسوم جديدة وإضافية لأن المادة 258 من قانون الجمارك تنص على إثبات ومتابعة المخالفات الجمركية بطرق قانونية وليس بمجرد الادعاء بالخطأ دون إثباته.

وحيث أن ما ذهب إليه هؤلاء القضاة في قضائهم صحيح، ذلك أنه إذا كانت إدارة الجمارك مخولة تشريعا وتنظيما لإجراء المراجعة اللاحقة على البضائع المستوردة قصد تحديد قيمتها الحقيقية عكس ما تظهره وثائق الطرف الآخر ويصرح به لديها وغير ملزمة كذلك بالأخذ بما تضمنته مستندات ووثائق هذا الأخير، فإنها ملزمة بأن تبين عناصر التقييم الحقيقي الذي وصلت إليه في مراجعتها لقيمة البضاعة ومن أين استمدت واستخلصت القيمة الحقيقية لهذه البضاعة وأن مجرد الادعاء بأن لجنة مراجعة راجعت تصريح المستورد بتاريخ 25/01/1998، حررت بشأنه تصفية إضافية جاء فيها أن القيمة المصرح بها لا تنطبق مع القيمة الحقيقية للبضاعة غير كاف، لأن مراجعة قيمة البضائع هي عملية حسابية تخضع للأسعار الحقيقية لهذه البضائع وعلى إدارة الجمارك أن تشير وتحدد المصدر الذي استمدت منه القيمة الجديدة للبضاعة واستبعاد القيمة التي قدمها المعني واعتبرتها غير حقيقية حتى تتمكن المحكمة العليا من بسط رقابتها على صحة وقانونية هذه العملية وفي غياب عناصر التقدير على أساسها أعادت إدارة الجمارك تقييمها للبضاعة تكون عمليتها غير مؤسسة قانونا والوجه الذي رفضه ومعه رفض الطعن.

لهذه الأسباب:

قررت المحكمة العليا:

قبول الطعن شكلا ورفضه موضوعا وتحميل الطاعنة المصاريف القضائية.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 22/03/2006 من قبل المحكمة العليا الغرفة المدنية القسم الأول.

ملف رقم 323953 قرار بتاريخ 18/01/2006.

قضية(ع-م ومن معه) ضد (ت-ز)

الموضوع: عقد شهرة- حيازة.

القانون المدني: المادة 827 مرسوم 83-352

المبدأ:

الطعن في عقد الشهرة، يلزم قضاة الموضوع بالتطرق لركني الحيازة، المادي والمعنوي.

إن المحكمة العليا

في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها الكائن بشارع 11 ديسمبر 1960 الأبيار - الجزائر العاصمة

بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصه:

بناء على المواد: 231، 233، 235، 239، 244، 257، وما يليها من قانون الإجراءات المدنية،

بعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف القضية وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة: 18/02/2003 وعلى مذكرة الرد التي تقدم بها محامي المطعون ضدهم.

بعد الاستماع إلى السيد زودة عمر الرئيس المقرر في تلاوة تقريره المكتوب وإلى السيد لعروسي محمد المحامي العام في تقديم طلباته المكتوبة، حيث طلب الطاعنون نقض القرار الصادر بتاريخ 05/10/2002، رقم 2435 عن مجلس قضاء البليدة القاضي بإلغاء الحكم المعاد والقضاء من جديد بإبطال عقدة الشهرة المعد من قبل الأستاذة بوخروبة كلثوم بتاريخ 12/07/1998.

في الشكل:

حيث أن الطعن بالنقض قد استوفى أوضاعه الشكلية فهو صحيح.

في الموضوع:

حيث يستخلص من ملف القضية أن المطعون عليهم رفعوا دعوى جاء فيها أنهم ورثوا عن والدتهم المتوفية (د-ز) قطعة أرض تبلغ مساحتها 14آرات و60 سنتيار تقع بإقليم بلدية الشرطة التي آلت إلى مورثتهم عن طريق الشراء، وقد سعى الطاعنون إلى الحصول على عقد الشهرة مما اضطرهم إلى نشر الاعتراض بجريدة المجاهد بتاريخ 18/12/1992 غير أنهم ورغم ذلك قد تحصل الطاعنون على عقد الشهرة ينصب على القطعة الأرضية التي تعود إلى والدتهم وبذلك فإنهم يطعنون في هذا العقد استنادا إلى عدم توفره على الشروط التي تنص عليها المادة 827 من القانون المدني وهي أن تكون الحيازة علنية وبدون انقطاع لمدة 15 سنة، في حين أن الطاعنين لم يسبق لهم أن حازوا هذه القطعة، وانتهوا إلى طلب الحكم بإبطال عقد الشهرة المحرر بتاريخ 12/07/1998 والمشهر بالمحافظة العقارية بتاريخ 18/08/1998 وبالتعويض عن الضرر اللاحق بهم جراء ذلك.

وحيث أجاب الطاعنون أنهم يملكون القطعة الأرضية التي تبلغ مساحتها ألف متر مربع تقع في زاوية بلدية الشراقة التي امتلكوها عن طريق الإرث أبا عن جد وأن ملكيتهم مجاورة لملكية المطعون عليهم من الجهة الشرقية ولا علاقة لهم بملكيتهم، وأن شهادة الشهود تثبت ذلك، وانتهوا إلى طلب رفض الدعوى مع التعويض.

انتهت الدعوى إلى صدور الحكم القاضي بعدم قبول الدعوى.

وفي الاستئناف أصدر المجلس القرار محل الطعن بالنقض.

وحيث أن الطعن بالنقض يستند إلى أربعة أوجه:

"لكنه واعتمادا على الوجه المثار تلقائيا والمأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون والقصور في الأسباب"

حيث أنه بالرجوع إلى ملف القضية، يتبين منه أن المطعون عليهم رفعوا الدعوة أمام قضاة الموضوع يطعنون فيها ببطلان عقد الشهرة الذي تحصل عليه الطاعنون حسب المرسوم رقم 83/352 المؤرخ في 21/05/1983 الذي يتضمن إجراء إثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية.

ومن ثم طرح عليهم موضوع ملكية العقار الذي يزعم الطاعنون أنهم يملكونه عن طريق الحيازة باعتبارها سببا لم يدعونه.

وحيث كان على قضاة الموضوع أن يتطرقوا- وقبل الوصول إلى تقرير أو بطلان عقد الشهرة- إلى مناقشة أركان الحيازة بأن يبينوا وبأسباب كافية مدى توافر ركني الحيازة، ويتمثل الركن الثاني فيها في السيطرة المادية على العقار المتنازع عليه عن طريق الاستحواذ عليه من قبل الطاعنين وذلك بممارسة عليه الأعمال المادية.

في حين يتمثل الركن الثاني في نية الطاعنين في تملك هذا العقار، بأن كانوا يظهرون أمام الملأ بمظهر صاحب الحق عليه، وأن يبينوا متى وضعوا أيديهم على هذا العقار، فإذا وضعوها قبل سريان القانون المدني الذي بدأ العمل ابتداء من 05/07/1975، يجب أن تنقضي على حيازتهم مدة 30 سنة حسب ما يحدده القانون القديم وذلك طبقا لما تنص عليه المادة 1002 من القانون المدني، أما إذا تم وضع أيديهم بعد سريان هذا القانون فيجب أن تنقضي على حيازتهم مدة 15 سنة طبقا لما تنص عليه المادة 827 من القانون المدني فإذا تحققوا من توافر تلك الشروط صرحوا بصحة عقد الشهرة، أما إذا وجدوا أن حيازة الطاعنين تخلف فيها أحد ركنيها أو أنها لم تنقض عليها المدة القانونية، صرحوا حينئذ بإبطال عقد الشهرة.

وحيث أن عدم تبيان ذلك قصورا في الأسباب وخطأ في تطبيق القانون مما يعرض القرار المطعون فيه للنقض.

فلهذه الأسباب:

قضت المحكمة العليا:

بصحة الطعن شكلا،

وفي الموضوع بنقض وإبطال القرار الصادر بتاريخ 05/10/2002، عن مجلس قضاء البليدة وإحالة القضية و الأطراف إلى نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها مجددا وطبقا للقانون.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة به بتاريخ الثامن عشر من شهر جانفي سنة ألفين وستة ميلادية من قبل المحكمة العليا الغرفة المدنية القسم الثالث.

ملف رقم 347914 قرار بتاريخ 04/01/2006.

قضية (ج-ع) ضد (ب-م)

الموضوع: حضانة. قانون الأسرة: المادة: 65.

المبدأ:

تنقضي حضانة البنت بقوة القانون، ببلوغها سن الزواج، دون اللجوء إلى القضاء لإسقاطها

إن المحكمة العليا

في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها الكائن بشارع 11 ديسمبر 1960 الأبيار - الجزائر العاصمة.

بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصه:

وبناء على المواد: 235، 239، 240، 241، 242، 243، 244، 231، 233، 234، وما يليها 257 وما بعدها 264 إلى 271 من قانون الإجراءات المدنية.

بعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى وعلى عريضة الطعن المودعة بتاريخ 07/02/2004.

بعد الاستماع إلى السيد: بوزيد لخضر المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب وإلى السيدة صحراوي طاهر مليكة المحامية العامة في تقديم طلباتها الرامية إلى رفض الطعن.

حيث أن الطاعن (ج-ع) سجل طعنا بالنقض ضد القرار المطعون فيه والصادر عن مجلس قضاء أدرار في 20/09/2003 بواسطة محاميه الأستاذ محمد قلوم وذلك بموجب عريضة مسجلة في 07/02/2004 مؤسسا طعنه على وجه واحد وهو:

الوجه الوحيد: مأخوذ من القصور وانعدام الأسباب طبقا للمادة 233/4 من قانون الإجراءات المدنية.

حيث أن المطعون ضدها لم تجب على عريضة الطاعن لعدم توصلها بالعريضة التي أرسلت إليها ذلك ما يثبته الإشعار بالوصول الذي يتضمنه الملف.

حيث لا يوجد بالملف ما يفيد تبليغ الطاعن بالقرار محل الطعن.

حيث أن الطعن استوفى أوضاعه القانونية لذلك يتعين قبوله شكلا.

من حيث الموضوع:

حيث أن الطاعن (ج-ع) استند في طعنه على وجه واحد هو:

الوجه الوحيد: المأخوذ في قصور وانعدام الأسباب طبقا للمادة 233/4 من قانون الإجراءات المدنية:

حيث أن المجلس سبب قراره بحيثية واحدة: وحيث أن الطلب المقدم من المستأنف لا يطالب بالحضانة لنفسه أو جهة معينة، وإنما يريد إسقاطها عن الأم فقط وهذا الطلب مبتور مما جعل المجلس يؤيد الحكم المستأنف.

حيث أن هذا النعي مخالف تماما للقانون ولأحكام المادة 65 من قانون الأسرة التي تنص على أن مدة الحضانة تنقضي ببلوغ الأنثى سن الزواج وهذا يعني بأن هذه المادة وبمجرد بلوغ الأنثى سن الزواج تسقط عنها الحضانة بقوة القانون لأنها لم تعد في سن يتطلب حضانتها.

حيث أن العارض أثبت للمجلس بأن البنت المحضونة باغت سن الزواج (18 عاما) بل تعدتها، وبذلك فإن حضانتها انقضت قانونا، ولا يمكن تمديدها لا للحاضنة ولا لأبيها ولا لشيء آخر كما ذهب في ذلك القرار المطعون فيه.

حيث أن القرار المطعون فيه يكون بذلك مشوب بعيب انعدام الأسباب وينجر عنه الإبطال والإلغاء لهذا السبب.

عن الوجه الوحيد المثار:

حيث متى قضى قضاة الاستئناف في قرارهم محل الطعن والصادر بتاريخ 20/09/2003 عن مجلس قضاء أدرار والذي قضى بتأييد الحكم المستأنف، فإنهم بقضائهم يكونون قد طبقوا صحيح القانون باعتبار أن الطفلة المطالب بإسقاط حضانتها من طرف الطاعن والمزدادة بتاريخ 02/10/1984 قد تجاوزت سن الزواج أي عمرها أكثر من 18 عاما، وبالتالي فإن حضانتها تسقط بقوة القانون دون اللجوء إلى القضاء لإسقاطها، مما يجعل الوجه المثار غير جدي وغير قانوني يتعين رفضه، وتبعا لذلك رفض الطعن.

فلهذه الأسباب:

تقرر المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية والمواريث:

قبول الطعن شكلا ورفضه موضوعا، وتحميل الطاعن بالمصاريف القضائية.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 04/01/2006، من قبل المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية.

ملف رقم 355180 قرار بتاريخ 05/03/2006.

قضية (ب-س) ضد (بم-ع)

الموضوع: نسب - خبرة طبية

قانون الأسرة: المادتان: 40 و 41

المبدأ:

يمكن طبقا للمادة 40 من الأسرة، إثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية (الحمض النووي ADN)، ولا ينبغي الخلط بين إثبات النسب في الزواج الشرعي (المادة 41 من نفس القانون)، وبين إلحاق النسب، في حالة العلاقة غير الشرعية

إن المحكمة العليا

في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها الكائن بشارع 11 ديسمبر 1960 الأبيار - الجزائر العاصمة.

بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصه:

وبناء على المواد: 231، 233، 239، 240، 241، 242، 243، 244، وما بعدها 275 والمادة 264 إلى 271 من قانون الإجراءات المدنية.

بعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بتاريخ 15/05/2004.

بعد الاستماع إلى السيد ملاك الهاشمي المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب وإلى السيدة صحراوي طاهر مليكة المحامية العامة في تقديم طلباتها المكتوبة.

حيث أن المدعوة (ب-س) طعنت بطريق النقض بواسطة محاميها الأستاذ تباني احمد المحامي المعتمد لدى المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 26/01/2004 تحت رقم 120/03 عن مجلس قضاء المسيلة الغرفة المدنية قسم الأحوال الشخصية القاضي في الشكل: قبول الاستئنافين الأصلي والفرعي، وفي الموضوع: المصادقة على الحكم المستأنف هذا الأخير كان قد صادق على الحكم المستأنف الصادر بتاريخ 26/11/2002 تحت رقم 170 القاضي برفض الدعوى لعدم التأسيس.

حيث أن الطاعنة استندت في طعنها الرامي إلى نقض القرار المطعون فيه على ثلاثة أوجه.

الوجه الأول: مأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون طبقا للمادة 233/5 من قانون الإجراءات المدنية وينقسم إلى فرعين:

الفرع الأول:

بدعوى وطبقا للمادة 339 من القانون المدني فإن القاضي المدني لا يرتبط بالحكم الجزائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم،

وبالرجوع إلى الحكم الجزائي الصادر بتاريخ 11/04/2001 أن ذات المحكمة أصدرت حكما تمهيديا بتعيين خبير لإجراء تحاليل الأديان على المتهم للتأكد من الأبوة وأن الخبرة أكدت أبوة المدعى عليه في الطعن وأن نفس الحكم صادق على الخبرة بحكم حضوري صادر نهائي والقاضي المدني يرتبط بذلك الحكم لما فصل فيه من وقائع، والحكم وكذا القرار المؤيد له محل الطعن أخطأ عندما لم يأخذ بمضمون تلك المادة.

الفرع الثاني: مأخوذ من مخالفة أحكام المادة 40 من قانون الأسرة:

بدعوى أن المادة 40 من قانون الأسرة ذكرت أن النسب يثبت بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة...إلخ، والخبرة أثبتت أن الطفل (ص-م) هو ابن المدعى عليه في الطعن وذلك يعتبر بينة غير قابلة لإثبات العكس إلا بالتزوير.

الوجه الثاني: مأخوذ من تناقض أحكام نهائية طبقا للمادة 233/6 من قانون الإجراءات المدنية:

بدعوى أن الحكم الجزائي التمهيدي الصادر بتاريخ 01/02/2000 الذي أمر بإجراء خبرة فإن الخبير وبمقتضى هذا الحكم أثبت أن الطفل (ص-م) أبيه هو المدعى عليه في الطعن والحكم الجزائي الصادر بتاريخ 09/08/2000 صادق على تلك الخبرة أي أنه أثبت نسب الإبن للمدعى عليه في الطعن، وأن ذلك الحكم لم يتم استئنافه وأنه صار نهائيا وأنه بذلك يكون متناقض مع القرار المطعون فيه كون الحكم الأول يثبت النسب بينما القرار المطعون فيه يرفض ذلك.

الوجه الثالث: مأخوذ من القصور في التسبيب طبقا للمادة 233/4 من قانون الإجراءات المدنية:

بدعوى أن الطاعنة قدمت للمجلس الحكم التمهيدي الجزائي القاضي بتعيين خبير لإثبات النسب وقدمت الخبرة القضائية والحكم الجزائي المصادق عليها إلا أن القرار المطعون فيه لم يرد على تلك الأدلة ولم يناقشها رغم أنها أحكام صادرة من جهة قضائية تثبت نسب الابن للمدعى عليه في الطعن وأن عدم مناقشة القرار المطعون فيه لتلك الدفوعات والرد عليها سواء بالإيجاب أو السلب يعد قصورا في التسبيب.

حيث أن المدعى عليه في الطعن رد على الأوجه المثارة وخلص إلى رفض الطعن.

حيث أن النيابة العامة بلغت بملف القضية مصحوبا بتقرير المستشار المقرر وأودعت مذكرة طلبت بمقتضاها نقض القرار المطعون فيه.

حيث أن الرسم القضائي سدد.

وعليه المحكمة العليا

في الشكل:

حيث أن الطعن بالنقض جاء وفق الشروط الشكلية المنصوص عليها قانونا فهو مقبول.

في الموضوع:

عن الوجهين الأول والثاني معا لترابطهما:

حيث بالاطلاع على القرار المطعون فيه الذي تبنى الحكم المستأنف يتبين منه أن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة الرامي إلى إلحاق نسب المولود(ص-م) للمطعون ضده باعتباره أب له كما أثبتته الخبرة العلمية ADN معتمدين في ذلك على المادة 40 من قانون الأسرة رغم أن هذه الأخيرة نفيد وأنه يثبت النسب بعدة طرق ومنها البينة ولما كانت الخبرة العلمية ADN أثبتت أن هذا الطفل هو ابن المطعون ضده ومن صلبه بناء على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة فكان عليهم إلحاق هذا الولد بأبيه وهو الطاعن ولا أن تختلط عليهم الأمور بين الزواج الشرعي الذي تناولته المادة 41 وبين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية وخاصة وأن كلاهما يختلف عن الأخر ولكل واحد منهما آثار شرعية كذلك، ولما تبين في قضية الحال أن الولد هو من صلب المطعون ضده نتيجة هذه العلاقة مع الطاعنة فإنه يلحق به،الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه.

لهذه الأسباب:

قررت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث:

قبول الطعن بالنقض شكلا، وموضوعا وبنقض القرار المطعون فيه الصادر بتاريخ 26/01/2004 تحت رقم 120/03 عن مجلس قضاء المسيلة، وبإحالة القضية والأطراف إلى نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد طبقا للقانون وتحميل المطعون ضده بالمصاريف القضائية.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 15/03/2006 من قبل المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث.

ملف رقم 331608 قرار بتاريخ 29/12/2004.

قضية (ع-م-ع) ضد (ن-ع)

الموضوع: إحالة بدون نقض- دعوى عمومية- دعوى مدنية.

قانون الإجراءات الجزائية: المادة 316.

المبدأ:

إغفال محكمة الجنايات الفصل في الدعوى المدنية بعد إدانة المتهم ومعاقبته، يعد خرقا لمقتضيات المادة 316 من قانون الإجراءات الجزائية، ويجعل المحكمة العليا، بالنتيجة، تحليل القضية بدون نقض إلى نفس الجهة القضائية بنفس التشكيلة أو بتشكيلة أخرى للفصل فيها طبقا للقانون.

إن المحكمة العليا

بعد الاستماع إلى السيد قارة مصطفى المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب، وإلى السيد بلهوشات أحمد المحامي العام في تقديم طلباته المكتوبة.

فصلا في طعن الطرف المدني (ع-م-ع) في الحكم الصادر من طرف المحكمة الجنائية لمجلس قضاء تيارت بتاريخ 01/03/2003 الذي عاقب (ب-ب) بعقوبة 08 سنوات سجنا من أجل القتل العمدي.

في الشكل:

حيث أن الطعن قانوني ومقبول.

في الموضوع:

حيث أن (ع-م-ع) الطرف المدني قدم مذكرة موقعة من طرف محاميه الأستاذ قمماير مختار محامي معتمد لدى المحكمة العليا الذي أثار فيها وجهين مأخوذين من خرق القانون وتجاوز السلطة من حيث أن المحكمة الجنائية بعد الفصل في الدعوى العمومية والتمسك بإدانة المتهم أغفلت الفصل في الدعوى المدنية خرقا لمقتضيات المادة 316 من قانون الإجراءات الجزائية.

حيث أن النائب العام لدى المحكمة العليا أودع طلبات مكتوبة ترمي إلى رفض الطعن.

عن الوجهين معا:

حيث أنه يستخلص من بيانات محضر المناقشات أن المحكمة أغفلت الفصل في

الدعوى المدنية بعد التمسك بإدانة المتهم (ب-ي) من أجل القتل العمدي وبعد معاقبته بعقوبة 08 سنوات سجنا.

حيث أنه وبفصلها كما فعلت فإن المحكمة الجنائية خرقت مقتضيات المادة 316 من قانون الإجراءات الجزائية وبدون الحاجة إلى النقض المحكمة العليا الغرفة الجنائية تحيل القضية والطرفين إلى نفس الجهة القضائية "للفصل" في الدعوى المدنية التي لا تزال معروضة عليها.

لهـــذه الأســـباب:

تقضي المحكمة العليا- الغرفة الجنائية:

في الشكل:

قبول طعن الطرف المدني لقانونيته.

في الموضوع:

القول بتأسيسه وبالتالي دون الحاجة إلى النقض إحالة القضية والأطراف إلى نفس الجهة القضائية ونفس التشكيلة أو مشكلة بتشكيلة أخرى للفصل فيها طبقا للقانون في الدعوى المدنية فقط التي لا تزال معروضة عليها.

ترك المصاريف على الخزينة العمومية

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

ملف رقم 328682 قرار بتاريخ 15/02/2006

قضية(ب-ن) ضد (ب-أ)

الموضوع : هبة - رجوع في الهبة.

قانون الأسرة: المادة:211 .

المبـــدأ:

للأبوين، دون غيرهما،حق الرجوع في الهبة لولدهما.

إن المحكمة العليا

في جلستها المنعقدة بها بشارع 11 ديسمبر 1960 الأبيار، الجزائر.

بعد المداولة القانونية، أصدرت القرار الآتي نصه:

بناء على المواد 231،233،234،239،244،257 ، و ما يليها من قانون الإجراءات المدنية .

وبعد الإطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى و على عريضة الطعن بالنقض المودعة بتاريخ 26/04/2003 و كذا المذكرة الجوابية التي قدمها محامي المطعون ضده.

وبعد الإستماع إلى السيد بوزياني نذير الرئيس في تلاوة تقريره المكتوب و إلى السيد لعروسي محمد الصادق المحامي العام في تقديم طلباته المكتوبة.

حيث طلب المدعو (ب ن) بواسطة محاميته شيهوب عبد الإله زهور، نقض قرار صادر بتاريخ 13/07/1998 من مجلس قضاء قسنطينة صادق على حكم مستأنف لديه صادر بتاريخ 15/09/1997 عن محكمة لخروب يقضي بقبول الدعوى شكلا و في الموضوع التصريح بتقرير رجوع المدعى عن عقد الهبة الذي أبرمه لفائدة المدعى عليه و من ثم لإلغاء عقد الهبة المبرم بينهما.

و حيث أن المطعون ضده قدم مذكرة جوابية بواسطة محاميه الأستاذ قاضي الهادي و طلب في الشكل رفض الطعن لسبق الفصل فيه لأن الطاعن سبق له أن قدم طعنا بالنقض في نفس القرار المؤرخ في 13/07/1998 و أصدرت وقتها المحكمة العليا قرارا مؤرخا في 14/03/2001 تحت رقم 246331 يقضي برفض الطعن موضوعا كما أن ميعاد الطعن بالنقض شهران وفقا لنص المادة 235 من ق إ م.

و أن التبليغ بالقرار محل الطعن بالنقض رفع بتاريخ 10/10/1998 تاريخ إيداع قرار إلغاء عقد الهبة. و طلب احتياطيا في الموضوع رفض الطعن لعدم التأسيس وحيث أن النيابة العامة قدمت طلباتها المكتوبة الرامية إلى رفض الطعن.

في الشكل: حيث أن ما ينعيه المطعون ضده غير صحيح، ذلك أنه يتبين من عناصر الملف لا سيما من قرار المحكمة العليا المشار إليه و الصادر بتاريخ 14/03/2001 يتعلق بالطعن بالنقض في القرار الصادر عن مجلس قضاء قسنطينة بتاريخ 21/06/1999 الذي فصل في التماس إعادة النظر أما قرار المجلس الصادر في 13/07/1998 لم يكن محل طعن بالنقض وعليه فالطعن مقبول شكلا مادام قد إستوفى أوضاعه القانونية و لم يثبت أنه قد وقع تبليغ القرار المطعون فيه للطاعن بسند يحرره محضر قضائي و يتضمن البيانات التي تفرضها أحكام المواد 22،13 و مايليها 42 و235 من ق إ م.

في الموضوع: حيث يستند الطاعن في طلبه إلى وجه وحيد للنقض ينقسم إلى ثلاثة فروع:

الفرع الأول: مفاده أن قضاة الموضوع أسسوا قضاءهم على المادة 206 من قانون الأسرة التي تنص على الحيازة كشرط لإتمام الهبة رغم أن الطاعن دفع بالمادة 208 من نفس القانون التي تنص على أنه عندما يكون المال الموهوب مشاعا فإن حالة الشيوع هذه تغني عن شرط الحيازة و عقد الهبة يشير بوضوح إلى أن الواهب قد وهب النصف على الشيوع في الأرض التي يملكها للمدعي. فإن قضاة الإستئناف سهو عن الفصل في هذا الدفع وراحوا يستشهدون بمحضر معاينة للقول بعدم حيازة المدعي للأرض الموهوبة رغم أنه قدم رخصة بناء صادرة عن البلدية كدليل على حصول الحيازة لا يمكن أن يرقى إلى هذا الدليل القطعي.

الفرع الثاني: مفاده أن الطاعن دفع أمام قضاة الموضوع بأحكام المادة 211 من قانون الأسرة التي تجيز التراجع عن الهبة إلا للوالدين و بشروط ثلاثة من بينها ألا يكون الموهوب و في قضية الحال فإن الواهب ليس من الوالدين و بالتالي لا حق له في التراجع. و مع ذلك فإن قضاة الإستئناف أيدوا ما ذهبت إليه المحكمة مناقضتين بذلك النص الصريح للمادة 211 من قانون الأسرة.

الفرع الثالث: مفاده أنه جاء في تسبيب القرار المطعون فيه أن الأحكام المحتج بها حول سبق الفصل و لكن الأمر ليس كذلك بشكل مطلق، فبالنسبة للحكم التمهيدي المتعلق بالقسمة هو حكم مبني على إعتراف القاضي بصحة الهبة و عدم الحق في الرجوع عنها و إلا لما عين خبيرا لحصر ما تمت هبته وفرزه عن المتبقي للواهب، ومن ثم يصعب حصر الحكم التمهيدي في خانة الأحكام الشكلية الصرفة بدليل أنه لم يتم

إلغاء الحكم التمهيدي إلا على مستوى الإستئناف لاحقا عندما صرح قضاة الموضوع بإلغاء عقد الهبة، أما بالنسبة للحكم بإنعدام المصلحة و لو أنه في الشكل إلا أنه ممهور بالصيغة التنفيذية مما يدل على عدم إستئنافه من قبل الخصم ورضاءه به و بالتالي يصير حجة عليه مما يجعل قضاة الموضوع قد خالفوا المادة 338 من القانون المدني.

عن الفرع الثاني من الوجه المثار و الذي هو أولى: حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه و بقية عناصر الملف يتبين أن طلب المطعون ضده(ب-أ) يرمي إلى إلغاء عقد الهبة الذي أبرمه لصالح أخيه الطاعن(ب -ن) بتاريخ 10/07/1993 و المشهور بالمحافظة العقارية بالخروب بتاريخ 14/12/1993 و هذا بعد إعلانه الرجوع في تلك الهبة.

وحيث أن قضاة الموضوع قد إستجابوا لطلب المدعي بحجة أن الرجوع عن الهبة هو الحق إرادي و يخول الواهب الرجوع.

لكن حيث أنه من المعلوم بالضرورة أن أحكام عقد الهبة المستندة من أحكام الشريعة الإسلامية لا يجيز الرجوع في الهبة إلا في حالة واحدة هي هبة الوالد لوالده حسب المذاهب الثلاثة المالكي و الشافعي و الحنبلي، و هو ما كرسته المادة 211 من قانون الأسرة التي جعلت للأبوين فقط حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كان سنه و بإستثناء حالات نصت عليها، و هذا التوجه هو الذي إستقر عليه قضاء المحكمة العليا في قرارتها المختلفة.

وحيث أنه في دعوى الحال فإن علاقة الطاعن بالمطعون ضده ليست علاقة بنوة بل علاقة أخوة لا يجوز معها الرجوع في الهبة كما ذكر أعلاه، و عليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم كما فعلوا يكونون قد شوهوا قرارهم بمخالفة القانون في المادة 211 من قانون الأسرة مما يعرض قرارهم للنقض دون حاجة إلى مناقشة الفرع الأول و الثالث من وجه الطعن المثار.

لهـــذه الأســـباب

قررت المحكمة العليا: قبول الطعن شكلا و في الموضوع نقض و إبطال القرار المطعون فيه الصادر بتاريخ 13/07/1998 من مجلس قضاء قسنطينة و إحالة القضية و الطرفين على نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد طبقا للقانون و تحميل المطعون ضده المصاريف القضائية.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الخامس عشر من شهر فيفري سنة ألفين وستة من قبل المحكمة العليا الغرفة المدنية القسم الأول

ملف رقم 335880 قرار بتاريخ 01/02/2006

قضية (د-م) ضد(د-ف)

الموضوع : حق البقاء - ديوان الترقية و التسيير العقاري المرسوم 76-147 : المادة:12.

المبـــدأ:

حق البقاء (و ليس إنتقال الحق في الإيجار بسبب الميراث)، يخضع في المساكن التابعة لديوان الترقية و التسيير العقاري،

للمادة 12 من المرسوم 76-147

إن المحكمة العليا

في جلستها العلنية المنعقدة بتاريخ 01/02/2006 بمقرها الكائن بنهج 11 ديسمبر 1960 ببن عكنون الأبيار،

بناء على المواد (257,244,239,235,233,231) من قانون الإجراءات المدنية.

بعد الإطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى و على عريضة الطعن بالنقض المودعة بتاريخ 04/08/2003، و على مذكرة جواب المطعون ضده،

بعد الإستماع إلى السيدة/ لعرج منيرة المستشارة المقررة في تلاوة تقريرها المكتوب و إلى السيدة/ دراقي بنينة المحامية العامة في تقديم طلباتها المكتوبة، و بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي:

حيث طعن بالنقض السيد(د-م) ضد القارا الصادر عن مجلس قضاء عنابة بتاريخ 04/05/2003 ألغى الحكم المستأنف و الصادر عن محكمة الحجار بتاريخ 29/06/2002 و تصديا رفض دعوى الطاعن .

حيث أن المطعون ضده رد على عريضة الطعن بالنقض أين تمسك برفضه.

وعلـــيه

في الشكل: حيث ان الطعن بالنقض إستوفى أوضاعه الشكلية و القانونية فهو مقبول.

في الموضوع: حيث تدعيما لطعنه، أودع الطاعن مذكرة ضمنها وجها وحيدا للنقض مأخوذا من الخطأ في تطبيق القانون لا سيما المادة 515 من ق.م. تجاوز السلطة و القصور في التسبيب:

عن الوجه الوحيد المثار من قبل الطاعن:

حيث حاصل ما ينعي فيه الطاعن على القرار المطعون فيه خطأه في تطبيق القانون و تجاوز السلطة و القصور في التسبيب بدعوى أن المادة 515 من ق م تخول حق البقاء في حالة وفاة المستأجر سوى لأفراد عائلته الذين كانوا على نفقته و كانوا يعيشون عادة معه منذ أكثر من ستة أشهر إلا أن القرار المطعون فيه لم يبين توافر هذين الشرطين، و لا يوجد ما يثبت أن المطعون ضده كان يعيش على نفقة جده و هو شاب كامل أو أنه عاش مع جده لمدة ستة أشهر على الأقل، بل فإنه لم يعش إطلاقا في هذا المسكن و لم يشغله سوى بعد وفاة جده بناء على إعارة من الطاعن للجزء من السكن الذي يعود إليه مما يعرض القرار المطعون فيه للنقض.

حيث يبين فعلا من القرار المطعون فيه أنه أسس قضاءه لرفض دعوى الطاعن على حق البقاء المنصوص عليه في المادة 515 من ق.م و الحال أن حق البقاء في دعوى الحال تحكمه المادة 12 من المرسوم 76/147 المؤرخ في 23/10/1976 ذلك أن السكن موضوع النزاع تابع لديوان الترقية و التسيير العقاري.

حيث و لئن أصاب القرار المطعون فيه في تطبيق القاعدة القانونية التي تتمثل في حق البقاء و ليس إنتقال حق الإيجار بسبب الإرث و الذي لا وجود له في المساكن التابعة لدواوين الترقية و التسيير العقاري، التي ينظمها المرسوم السالف الذكر، إلا أنه أخطأ، كما جاء ذكره في القانون المطبق و قصر في تسبيب قضائه لما لم يتأكد من توافر شروط حق البقاء في المطعون ضده كما أنه لا يبين من القرار المطعون فيه أنه

ناقش هذه المسألة ذلك أنه غير واضح من وقائع الدعوى و حيثيات القرار و حتى الحكم المستأنف أن المطعون ضده كان يقيم في الأمكنة قبل وفاة المستأجر بالمناصفة، الذي هو جده و الذي يسكن بإذنه سيما و أن الطاعن ينازع في ذلك،وطالما أن هذه النقطة لا زالت غامضة و لم يحسم فيها القرار المطعون فيه، فلا يمكن للقضاء تكريس حق البقاء، زيادة على الشروط الأخرى التي جاءت بها المادة 12 من المرسوم المذكورة أعلاه و التي تلزم القضاة التأكد منهاوعليه فإن الوجه مؤسس يترتب عنه نقض القرار المطعون فيه.

حيث أن حاسر الدعوى يلزم بالمصاريف القضائية

لهـــــذه الأســـــباب

قررت المحكمـــة العليـــا

بقبول الطعن بالنقض شكلا

في الموضوع: نقض و إبطال القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء عنابة بتاريخ 04/05/2003 و إعادة القضية و الأطراف إلى الحالة التي كانت عليها قبل صدوره و إحالتها على نفس الجهة القضائية للفصل فيها بهيئة أخرى وطبقا للقانون.

تحميل المطعون ضده المصاريف القضائية.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ الأول من شهر فيفري من سنة ألفين و ستة من قبل المحكم العليا الغرفة الإجتماعية

ملـــف رقـــم 350164 قـــرار بتاريـــخ 05/10/2005.

قضية (الشركة ذات المسؤولية المحدودة لإنتاج مواد التجميل كوسميساف) ضد (شركة بارفان قي لاروش).

الموضوع: علامة تجارية- اتفاقية دولية- اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية.

أمر رقم 66-57

المبـــدأ:

يتعين على القضاة، عملا باتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية التي انضمت إليها الجزائر، إبراز العناصر التقنية التي اعتمدوها لتقرير التشابه الكبير بين العلامة المراد إبطالها وبين العلامة المشهورة.

إن المحكمـــة العليـــا:

في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها شارع 11 ديسمبر 1960 الأبيار بن عكنون الجزائر.

بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصه:

بناء على المواد: 231، 233، 239، 244، 257، وما يليها من قانون الإجراءات المدنية.

بعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى،ن وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بتاريخ 10/03/2004.

بعد الاستماع إلى السيد مجبر محمد المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب وإلى السيدة صحراوي مليكة المحامية العامة في تقديم طلباتها المكتوبة الرامية إلى رفض الطعن بالنقض لعدم تأسيسه.

حيث و بعريضة مؤرخة في 10/03/2004، طعنت الشركة ذات المسؤولية المحدودة لإنتاج مواد التجميل "كوسميساف"، بطرق النقض بواسطة وكيلا الأستاذ: الطيب بلولة المحامي المقيم بالجزائر، والمعتمد لدى المحكمة العليا ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء الجزائر في: 02/03/2003 القاضي بإلغاء الحكم المعاد الصادر عن محكمة سبدي أمحمد في 14/11/2000 والقضاء من جديد بإبطال علامة "داكار" المودعة في 30/0/1997 تحت رقم 052615 وإتلاف نماذج وكل شبهات علامة "داكار" ونشر القرار في النشرة الرسمية للملكية الصناعية ومنح المستأنفة مبلغ 200.000 دج(مائتي ألف دينار) كتعويض عن الضرر.

حيث أثار وكيلها أربعة أوجه.

حيث لم تجب المطعون ضدها.

حيث استوفى الطعن بالنقض أوضاعه وأشكاله القانونية، فهو مقبول.

عن الوجه الثالث:المأخوذ من سوء تطبيق القانون، اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية.

بدعوى أن القرار المطعون فيه مؤسس على المادتين 6 مكرر و مكرر3 من هذه الاتفاقية التي يشير لها أمر 19/03/1966 في مراجعه وسكت القضاة مع ذلك عن المادتين 5/2 و5/ج1 واجبتا التطبيق ويكونون قد أساءوا تطبيق القانون وعرضوا قرارهم المنتقد للنقض.

حيث يتبين من القرار المطعون فيه وأنه قضى بإبطال علامة "داكار" وإتلاف كل نماذجها وشبهاتها على أساس المادة 6 مكرر من اتفاقية باريس التي انضمت لها الجزائر والخاصة بحماية الملكية الصناعية تنص بأن البلدان المنضمة تلتزم بإبطال علامة تشكل استنتاجا أو تقلدا من شأنه إنشاء لبس مع علامة مشهورة وطبقا للفقرة الثالثة منها لا يجوز تحديد أية مهلة للمطالبة بشطب أو منع استعمال العلامات التي سجلت أو استعملت بسوء نية والذي يتجلى من خلال التشابه الكبير في العلامتين اللتين تخصان نفس النوع من المستحضرات تجعل المشتري واقعا في لبس أكيد.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 05/10/2005، من قبل المحكمة العليا الغرفة التجارية والبحرية

ملـــف رقـــم 333926 قـــرار بتاريـــخ 18/01/2006.

قضية (م-ج) ضد(ر-ع ومن معه).

الموضوع: شهادة حيازة- حيازة- مسح الأراضي

قانون التوجيه العقاري (90-25): المادة:39

القانون المدني: المادة: 823.

المبـــدأ:

لا تحرر شهادة الحيازة، إلا على أراضي الملكية الخاصة التي لم تحرر عقودها ولم يتم إعداد سجل مسح الأراضي فيها.

إن المحكمة العليا:

في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها شارع 11 ديسمبر 1960 الأبيار بن عكنون الجزائر.

بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصه:

بناء على المواد: 231، 233، 239، 244، 257، وما يليها من قانون الإجراءات المدنية.

بعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف القضية وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة لدى كتابة ضبط المحكمة العليا بتاريخ 07/07/2003 وعلى مذكرة الرد التي تقدم بها محامي المطعون ضده.

بعد الاستماع إلى السيد مزوزي الصديق المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب وإلى السيد بن شور عبد القادر المحامي العام في تقديم طلباته المكتوبة الرامية إلى رفض الطعن.

حيث أن المسمى (م-ج) طعن بطريق النقض بتاريخ 07/07/2003 في القرار الصادر عن مجلس قضاء بجاية بتاريخ 31/03/2003 القاضي بالمصادقة على الحكم المستأنف فيه.

حيث أن تدعيما لطعنه أودع الطاعن بواسطة وكيله الأستاذ دريس حسين عريضة تتضمن وجهين للنقض.

حيث أن الطعن بالنقض استوفى أوضاعه القانونية هو مقبول شكلا.

أوجه الطعن:

الوجه الأول: انعدام الأساس القانوني م 233/3 ق إ م:

حيث أن الطاعن أرفق إلى الملف عقد رسمي يثبت ملكية للقطعة محل النزاع وأن الشهود المسموعين من طرف المحكمة غرباء عن المنطقة وأن القطعة كانت مستغلة من قبل الطاعن وما يعزز أقواله أن هؤلاء لجئوا إلى استصدار شهادة الحيازة وليس عقد الشهرة كون هذه الأخيرة تحرر لمن حاز عقارا لمدة سنة واحدة أو لمدة أقل من 15 سنة.

وحيث أن الحيازة التي يزعمها المطعون ضدهم كانت في حقيقة الأمر على سبيل التسامح وفقا للمادة 808 ق م.

وحيث أن المطعون ضدهما لم يحوزوا ذلك العقار لمدة 40 سنة كما يزعمان ولو كان ذلك لقاموا بإعداد عقد شهرة وليس شهادة حيازة.

وحيث أن هذه الحقوق هي حقوق ميراثيه من المتوفى (م-س) لذا فإن طلبهم يعارض المادة 829 ق.م

وحيث أن المطعون ضدهما لجأ إلى طلب شهادة الحيازة من جهة ويطالبان بأنهما استغلال الأرض لمدة أربعين سنة وبالتالي يكون القرار معيبا بانعدام الأساس القانوني.

الوجه الثاني: مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات م 233/2 ق إ م:

حيث أنه بالرجوع إلى القرار محل الطعن نجده خاليا من اسم ولقب وصفة أو مهنة الأطراف وموطنهم ومن تلاوة التقرير وذكر النصوص القانونية.

الرد عن أوجه الطعن:

عن الوجه الأول بالأفضلية:

حيث أن المادة 39 من قانون التوجيه العقاري تنص على مايلي:

يمكن كل شخص حسب مفهوم المادة 823 من الأمر رقم 75/58 المؤرخ في 26/09/1975 يمارس في أراضي الملكية الخاصة التي لم تحرر عقودها، حيازة مستمرة وغير منقطعة وهادئة.

وعلنية لا تشوبها شبهة أن يحصل على سند حيازي يسمى "شهادة الحيازة" وهي تضع لتشكيلات التسجيل والإشهار العقاري، وذلك في المناطق التي لم يتم فيها إعداد سجل مسح الأراضي ويبقى تسليم شهادة الحيازة في المناطق الرعوية خاضعا للقانون الخاص المعلق عنه في المادة 64 أدناه وحيث أن الدعوى الحالية تتعلق بتعرض الطاعن للمطعون ضده في استخراج شهادة الحيازة على الأرض محل النزاع.

وحيث أن الطاعن يدفع بملكية الأرض بموجب عقد رسمي مؤرخ في: 15/10/1924.

وحيث أنه وفقا للمادة المذكورة أعلاه فإنها تشترط أن يكون طلب شهادة الحيازة على أرض غير ممسوحة ولا سند لها.

وحيث أنه ما دام هذا الشرط المذكور في المادة 39 من قانون التوجيه العقاري غير متوفر في دعوى الحال على الأرض محل طلب شهادة الحيازة وهي ملك للطاعن بموجب العقد الرسمي المؤرخ في 15/10/1924.

وحيث أن قضاة الموضوع لما أيدوا الحكم المستأنف فيه والقاضي بعدم تعرض الطاعن للمطعون ضده في طلب شهادة الحيازة على الأرض محل النزاع يكونوا قد أشابوا قرارهم بعيب انعدام الأساس القانوني وعرضوه للنقض.

لهذه الأسباب:

تقضي المحكمة العليا:

قبول الطعن شكلا ونقض وإبطال القرار المطعون فيه وإحالة الأطراف إلى نفس المجلس مشكلا تشكيلا آخر للفصل فيها من جديد وفقا للقانون.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 18/01/2006، من قبل المحكمة العليا الغرفة العقارية القسم الأول.

ملف رقم 337769 قرار بتاريخ 07/06/2006.

قضية (المؤسسة العمومية لتسيير منشآت ما قبل المدرسي "بريسكو") ضد(ب-ك).

الموضوع: خطأ جسيم- أعمال عنف - إثبات- تسريح- حكم جزائي

قانون 90-11: المادة:73

المبدأ:

تعد خطأ جسيما، أعمال العنف المرتكبة في مكان ووقت العمل، ولا يشترط حكم جزائي لإثباتها.

إن المحكمة العليا:

في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها شارع 11 ديسمبر 1960 الأبيار بن عكنون الجزائر، بتاريخ 07/06/2006..

بناء على المواد: 231، 233، 235، 239، 244، 257، وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية.

بعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى، وعلى عريضة الطعن المودعة لدى كتابة ضبط المحكمة العليا بتاريخ 02/09/2003.

وبعد الاستماع إلى السيد بوعلام بوعلام المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب

وإلى السيدة دراقي بنينة المحامية العامة في تقديم طلباتها المكتوبة.

بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصه:

حيث طعنت المؤسسة العمومية لتسيير منشآت ما قبل المدرسي ممثلة في شخص مديرها العام في الحكم الصادر بتاريخ 10/05/2003 عن محكمة باب الوادي القاضي بإلغاء قرار التسريح المؤرخ في 18/07/2000 مع إلزام المدعى عليها بإعادة إدماج المدعي إلى منصب عمله السابق بصفة دائمة بعقد غير محدد المدة مع رفض باقي الطلبات لعدم التأسيس.

حيث أن المطعون ضده لم يقدم مذكرة الرد على عريضة الطعن المبلغة له بتاريخ 03/05/2004 تحت رقم 098424، بواسطة خطاب موصى عليه.

حيث أن النيابة العامة تلتمس رفض الطعن.

وحيث أن المصاريف القضائية دفعت.

وعليه:

في الشكل:

حيث أن الطعن الحالي جاء مستوفيا أركانه الشكلية، لوقوعه ضمن الآجال ووفق الإجراءات مما يعده من هذا القبيل صحيحا.

في الموضوع:

حيث تدعيما لطعنها، أودعت الطاعنة مذكرة ضمنتها وجهين له:

الوجه الأول: مأخوذ من تجاوز السلطة ومخالفة الأشكال الجوهرية في الإجراءات.

الوجه الثاني: مأخوذ من الخطأ ومخالفة القانون.

عن الوجه الأول:

حيث حاصل ما تنعيه الطاعنة على الحكم المطعون فيه، تجاوزه للسلطة ومخالفة الأشكال الجوهرية في الإجراءات، ذلك أن قاضي الموضوع قد فصل بأكثر مما طلب منه، إذ أن المطعون ضده لم يلتمس إبطال قرار الفصل المتخذ بتاريخ 18/07/2000 ولم ينازع فيه أبدا بل طلب تثبيت علاقة العمل وبالتالي لم يكن قرار الفصل هذا موضوع النزاع ولا يتعلق بالقضية إطلاقا، فالمطعون ضده بعد مضي سنة من تاريخ فصله، أعيد إلى العمل بعقد محدد المدة لظروف إنسانية ولشغور المنصب ولما انقضى الأجل، لم يتم تجديد العقد طبقا لنص المادة 66 من قانون 90/11 وطلب إعادة إدراجه، والمحكمة ما كان لها أن ترجع إلى قرار الفصل الأول المتخذ سنة 2000 واعتبرته المحكمة تعسفيا ومخالفا للقانون والطاعنة لا تنوي مناقشة هذه المسألة بل النزاع القائم يخص عدم تجديد عقد العمل، فموضوع الدعوى ليس مدى شرعية قرار الفصل من عدمه الواقع سنة 2000 وكان عليها (المحكمة التقيد بموضوع الدعوى الخاص بشرعية عقد العمل المحدد المدة لا غير) وبالتالي فإنها فصلت بأكثر ما يطلب منها وهذا تعسف في السلطة.

لكن حيث يبين من الحكم المطعون فيه والصيغة التي جاء عليها الوجه وعكس ما تدعيه الطاعنة، فالتسريح الأول كان هو الآخر موضوع النزاع الحالي وناقشه ضمن نفس الحكم الذي عالجه واعتبره تعسفيا في غياب الحكم الجزائي المثبت لأعمال العنف نظرا لصيغة الفعل وسيأتي في حينه تحليل ذلك من حيث تأسيس التسريح الأول.

عن الوجه الثاني:

حيث حاصل ما تنعيه الطاعنة على الحكم المطعون فيه مخالفته للمادتين 12 و 66 من القانون رقم 90/11 ذلك أنه استبعد تطبيق هذه المادة واعتبر العقد مخالفا للمادة على أساس أنه جاء خال من ذكر سبب تحديد المدة فالعقد المبرم بتاريخ 21/09/2001 جاء مطابقا لأحكام المادة 12 ونصت المادة الأولى منه إلى توظيف المطعون ضده لمدة سنة ابتداء من 25/08/2001، في حين أنه تم فصل المطعون ضده بتاريخ 18/07/2000 من جهة ومن جهة أخرى العقد الأخير جاء فيه أنه تم تشغيله لشغور المنصب مؤقتا، وكان على القاضي الأول التدقيق في هذه المسألة ومراقبتها وتحديد موقفه من كل ذلك الأمر الذي يعرض ما قضى به في هذه الجزئية إلى النقض والإبطال.

عن الوجه التلقائي المأخوذ من مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه المثار من طرف المحكمة العليا:

حيث يبين من الحكم المطعون فيه، اعتباره للتسريح الأول الحاصل بتاريخ 18/07/2000 بموجب قرار تحت رقم 334، أنه تعسفيا ذلك أن الطاعنة لم تثبت أعمال العنف بموجب حكم جزائي، إلا أنه من الثابت قانونا أن الأخطاء الجسيمة المؤدية للطرد دون إشعار مسبق ولا تعويض أوردتها المادة 73 من القانون رقم 91/29 المعدل والمتمم للقانون 90/11 على سبيل الحصر ومنها أعمال العنف والتي لا تتطلب حكم جزائي، إذ بطبيعتها حسب المادة 73/4 خطأ جسيم وبالتالي اشتراط حكم جزائي قضى بالإدانة على أعمال العنف، تأسيس خاطئ وقراءة متأنية للنص تفيد ذلك. يكفي فقط إثبات وجود هذه الأعمال بالطرق القانونية دون اشتراط حكم جزائي قضى بالإدانة، ولما تأسس الحكم فيما يتعلق بالتسريح الأول على عدم وجود حكم الإدانة، فإنه يكون بذلك قد عرض ما قضى به للنقض والإبطال.

حيث أن المصاريف القضائية تبقى على عاتق من خسر دعواه.

لهذه الأسباب:

قبول الطعن بالنقض شكلا وتأسيسه موضوعا ونقض وإبطال الحكم الصادر بتاريخ 10/05/2003 عن محكمة باب الوادي وإحالة القضية والأطراف أمام نفس الجهة التي أصدرته للفصل فيها طبقا للقانون مشكلة من هيئة أخرى.

وتحميل المطعون ضده المصاريف القضائية.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 07/06/2006 من قبل المحكمة العليا الغرفة الاجتماعية المشكلة من السادة:

ملف رقم 395966 قرار بتاريخ 22/03/2006.

قضية (النيابة العامة) ضد(ف-ي).

الموضوع: انقضاء الدعوى العمومية- مسألة عارضة- محكمة الجنايات.

قانون الإجراءات الجزائية: المادة 291.

المبدأ: انقضاء الدعوى العمومية مسألة قانونية، تفصل فيها محكمة الجنايات بدون حضور المحلفين

إن المحكمة العليا:

بعد الاستماع إلى السيد بوبترة محمد الطاهر المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب وإلى السيد عبيدوي رابح المحامي العام في تقديم طلباته الكتابية.

وبعد الاطلاع على الطعن بالنقض الذي رفعه النائب العام لدى مجلس قضاء الجلفة ضد حكم محكمة الجنايات لنفس الجهة القضائية المؤرخ في 14/03/2005 الذي قضى بانقضاء الدعوى العمومية لفائدة المطعون ضده (ف-ي) المتهم بجناية الترك العمدي للضياع، أموالا عمومية وتبديدها الفعل المنصوص والمعاقب عليه بالمادة 422 من قانون العقوبات.

وحيث أن الطعن استوفى أوضاعه القانونية فهو مقبول شكلا.

وحيث أن النائب العام الطاعن أودع مذكرة بأوجه طعنه أثار فيها وجها وحيدا مبني على الخطأ في تطبيق القانون.

وحيث أن المحامي العام لدى المحكمة العليا قدم طلباته الكتابية الرامية إلى نقض الحكم المطعون فيه.

عن الوجه المثار من النائب العام الطاعن:

بدعوى أن محكمة الجنايات فصلت في مسألة قانونية بحضور المحلفين بالرغم من أنه لا يجوز إقحام المحلفين للنظر في المسائل القانونية.

لكون مسألة انقضاء الدعوى العمومية مسألة قانونية من اختصاص القضاة المحترفين وحدهم.

وحيث يتبين من محضر المرافعات ومن الحكم الفاصل في المسألة العارضة المدرج بالملف والمؤرخ في 14/03/2005 أن دفاع المطعون ضده (ف-ي) قدم دفعا مفاده انقضاء الدعوى العمومية المتبعة ضد المطعون ضده بإلغاء النص العقابي المادة 422 من قانون العقوبات،

وأن محكمة الجنايات المشكلة من القضاة المحترفين وحدهم تداولت بشأن الدفع غير أنها لم تفصل فيه من حيث الموضوع وأمرت بضم موضوعه إلى الحكم الأصلي ثم قامت بعد قفل باب المرافعات بالانسحاب إلى قاعة المداولة، وأسست حكمها الصادر بانقضاء الدعوى العمومية على ما قررته المحكمة وانتهى إليه القضاة والمحلفان في أجوبتهم عن الأسئلة.

وحيث أن المسألة الأولية التي طرحها الدفاع والمتمثلة في انقضاء الدعوى العمومية، هي مسألة قانونية تفصل فيها المحكمة بدون حضور المحلفين.

وحيث أن المحكمة لما قامت بضم هذه المسألة لموضوع الدعوى تكون قد أشركت المحلفين في نظرها، مع العلم أن هذا الدفع هو من الدفوع التي لا تضم للموضوع وكان على المحكمة المشكلة من القضاة المحترفين أن تفصل فيه، فإن قبلت الدفع قضت في الموضوع ورفعت الجلسة وإن لم تقبله تقضي برفضه وتستمر في المحاكمة بالتشكيلة القانونية، ولما كانت المحكمة قد خالفت ذلك وأشركت المحلفين في الفصل في هذه المسألة تكون قد عرضت حكمها للنقض.

لهذه الأسباب:

تقضي المحكمة العليا- الغرفة الجنائية- القسم الأول

بقبول الطعن شكلا وموضوعا.

وبنقض الحكم المطعون فيه وإحالة القضية على نفس الجهة مشكلة من هيئة أخرى للفصل فيها طبقا للقانون.

وتحميل الخزينة العامة المصاريف.

بذا صدر القرار بالتاريخ المذكور أعلاه من طرف المحكمة العليا الغرفة الجنائية.

ملف رقم 411831 قرار بتاريخ 19/07/2006.

قضية (النيابة العامة) ضد(أ-أ).

الموضوع: دفاع مشروع - محكمة الجنايات- فعل مبرر.

قانون العقوبات: المادتان 39 و 52.

المبدأ: يجب على محكمة الجنايات، في حالة الدفاع المشروع النطق ببراءة المتهم وليس بالإعفاء من العقوبة

إن المحكمة العليا:

بعد الاستماع إلى السيد محمد قارة مصطفى رئيس القسم المقرر في تلاوة تقريره المكتوب وإلى السيدة دروش فاطمة المحامية العامة في تقديم طلباتها المكتوبة.

فصلا في الطعن بالنقض للنائب العام لدى مجلس قضاء الجزائر في الحكم الصادر عن محكمة الجنايات بتاريخ 06/06/2005 والذي قضى بإعفاء (أ-أ) من العقاب وهذا من أجل القتل العمدي.

في الشكل:

حيث إن الطعن قانوني ومقبول.

حيث إن النائب العام لدى مجلس قضاء الجزائر أودع مذكرة أثار فيها وجهين الأول مأخوذ من خرق القواعد الجوهرية للإجراءات، من حيث أن الحكم المطعون فيه لا يتضمن الأفعال موضوع الاتهام والوجه الثاني مأخوذ من خرق الأشكال الجوهرية للإجراءات من حيث أن محكمة الجنايات طرحت سؤالين مميزان، الأول يتعلق بإدانة المتهم، بأفعال القتل والثاني يتعلق بالدفاع المشروع والإجابة بالإيجاب على السؤالين.

حيث أن النائب العام لدى المحكمة العليا أودع طلبات كتابية ترمي إلى نقض الحكم المطعون فيه.

عن الوجه الثاني: مأخوذ من التناقض في الأجوبة على السؤالين:

الأول يتعلق بإدانة المتهم الذي أجاب عليه القضاة والمحلفين بنعم بغالبية الأصوات والسؤال الثاني يتعلق بالفعل المبرر للدفاع المشروع الذي تمسك به قضاة الموضوع والذين أجابوا عليه أيضا بالإيجاب بغالبية الأصوات خرقا للأشكال الجوهرية للإجراءات.

حيث بالفعل فإن الأفعال المبررة مثل الجنون، الدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير والإكراه، لا يجب أن تكون محل سؤال خاص وإن السؤال المتعلق بها معتبر بالضرورة ضمن السؤال المتعلق بالإدانة.

حيث أن تقدير الفعل المبرر للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير، يخضع للسيادة سلطة القضاة والمحلفين.

حيث أنه بالإجابة بالإيجاب على السؤال المتعلق بالإدانة من جهة وبالإيجاب على الفعل المبرر للدفاع المشروع عن الغير من جهة أخرى، فإن محكمة الجنايات تكزن قد أعطت أجوبة متناقضة، وإن الدفاع المشروع الذي يسمح به القانون وعندما يتمسك به القضاة يستبعد بالفعل كل تصور يتعلق بالخطأ، بالتالي كل تصور يتعلق بالإدانة بالأفعال محل المتابعة، ومن ثم فإن محكمة الجنايات يجب عليها في حالة الدفاع المشروع أن تنطق ببراءة المتهم وليس بالإعفاء كما في قضية الحال، وعليه يتعين القول بأن الوجه الثاني مؤسس والأمر بالنقض دون الفصل في الوجه الأول وبدون إحالة.

فلهذه الأسباب:

تقضي المحكمة العليا - الغرفة الجنائية -

من حيث الشكل:

قبول طعن النائب العام لدى مجلس قضاء الجزائر لقانونيته.

من حيث الموضوع:

القول بتأسيسه وبالتالي نقض وإبطال الحكم المطعون فيه بدون إحالة بما أن الخرق المعاين لا يخالف في شيء مبدأ الاقتناع الشخصي للقضاة والمحلفين فيما يتعلق بتقدير الدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير.

ترك المصاريف على عاتق الخزينة العامة.

بذا صدر القرار بالتاريخ المذكور أعلاه من طرف المحكمة العليا - الغرفة الجنائية القسم الثاني.

ملف رقم 377589 قرار بتاريخ 07/06/2006.

قضية (ج-م) ضد(الشركة المالية لمنتوجات أورنجينا).

الموضوع: ملكية صناعية - اتفاقية دولية - اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية.

المبدأ:

طبق قضاة المجلس القانون التطبيق السليم، لما توصلوا إلى إقرار ملكية العلامة الصناعية أورنجينا لكل من مؤسسة المشروبات الغازية الجزائرية والشركة المالية لمنتجات أورنجينا الفرنسية، اعتمادا على تمتع العلامة المذكورة بالحماية القانونية في الجزائر منذ مصادقة الجزائر سنة 1975 على اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية وعلى الاتفاق المبرم بين الشركتين الجزائرية والفرنسية سنة 1977.

إن المحكمة العليا:

في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها شارع 11 ديسمبر 1960 الأبيار بن عكنون الجزائر.

بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصه:

بناء على المواد: 231، 233، 239، 244، 257، وما يليها من قانون الإجراءات المدنية:

بعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى، وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بتاريخ 14/12/2004، وعلى مذكرة الرد التي تقدم بها المركز الوطني للسجل التجاري.

بعد الاستماع إلى السيدة مستيري فاطمة الرئيسة المقررة في تلاوة تقريرها المكتوب وإلى السيدة صحراوي مليكة المحامية العامة في تقديم طلباتها المكتوبة.

حيث طعن (ج-م) في القرار الصادر عن مجلس قضاء البليدة بتاريخ 09/03/2004 القاضي بقبول الإرجاع بعد الطعن بالنقض شكلا تنفيذا للقرارين الصادرين عن المحكمة العليا بتاريخ 15/05/2001 وبضم القضية رقم 3591/2001 إلى القضية 3590/2001 وبقبول إدخال المعهد الوطني للملكية الصناعية في الخصام وقبول تدخل الشركة المالية لمنتجات أورنجينا الفرنسية في الخصام وفي الموضوع تأييد الحكم المستأنف عن محكمة البليدة بتاريخ 27/06/1998 مبدئيا، وإلغائه فيما يتعلق بالغرامة التهديدية وتعيين الخبير فوفا حميد وإضافة القول أن العلامة أورنجينا ملك لكل واحد من المدعي في الإعادة (ج-م) والمدخلة في الخصام الشركة المالية لمنتجات أورنجينا الفرنسية وقد عريضة مؤرخة في 15/01/2005 بواسطة الأستاذ محمد الشريف زعطوط تعرض فيها لوقائع الدعوى وإجراءاتها وأثار أربعة أوجه للنقض.

حيث أجاب السجل التجاري بمذكرة مؤرخة في 24/05/2005،

حيث أرسلت عريضة الطعن إلى المطعون ضدهما شركة المنتجات أورنجينا الفرنسية - وشركة أورنجينا الجزائر وفقا للقانون.

كما أرسلت عريضة الطعن إلى المعهد الوطني للملكية الصناعية.

حيث قدمت النيابة طلباتها المكتوبة طالبة رفض الطعن.

حيث استوفى الطعن أوضاعه القانونية مما يتعين قبوله شكلا.

حيث استند الطاعن إلى أربعة أوجه لتدعيم طعنه.

من الأوجه الثلاثة الأولى مجتمعة لارتباطها: المأخوذة من تجاوز السلطة - انعدام الأساس القانوني - قصور وانعدام الأسباب.

يذكر في هذه الأوجه بأن موضوع الخصومة الحالية يتعلق بالتسمية التجارية وليس العلامة الصناعية التي هي محل الخصومة المطروحة أمام مجلس قضاء الجزائر وكان على قضاة المجلس أن يتقيدوا بموضوع الدعوى إلا أنهم تجاوزوا سلطتهم وفصلوا في الملكية الصناعية لعلامة أورنجينا بناء على طلب المطعون ضدها التي أرادت تعقيد الخصام - كما لم يذكر قضاة الإحالة النصوص القانونية وبسبوا القرار.

لكن حيث بالرجوع إلى القرار المطعون فيه تبين بأن الطاعن قد نازع الشركة ذات المسؤولية المحدودة "أورنجينا الجزائر" حول استمرارها في استغلال علامته التجارية أورنجينا بعد انتهاء مدة رخصة الاستغلال المتفق عليه بين الطرفين لسنة واحدة وأثناء الخصام تدخلت الشركة المالية لمنتجات أورنجينا الفرنسية مبينة بأن العلامة موضوع الدعوى هي ملك لها طالبة رفض طلبات الطرفين والحكم عليهما بالتعويض والكف عن استعمالها.

حيث بين قضاة الإحالة بكل الوضوح الدقة مدى علاقة ما تدعيه الشركة المتدخلة في

الخصام بموضوع الدعوى وصحة ادعاءاتها من حيث ثبوت ملكيتها للعلامة موضوع النزاع بين الطرفين الأولين وذلك بالإشارة الدقيقة والوافية إلى الوثائق المثبتة لملكيتها الصناعية للعلامة بذكر الإيداع الأول بالجزائر للعلامة أورنجينا سنة 1953 والتجديد الدوري للإيداع ابتداء من سنة 1964 إلى غاية سنة 1998 وذلك من أجل الاستفادة من الحماية القانونية لها.

حيث بينوا على هذا الأساس توفر الصفة والمنفعة للشركة الفرنسية في الخصام طبقا لأحكام المادتين 94 و 459 من قانون الإجراءات المدنية وتمتع علامتها الصناعية بالحماية القانونية ابتداء من تاريخ مصادقة الجزائر في 09/01/1975 بموجب الأمر تحت رقم 2/75 على اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية المبرمة في 20/03/1883 المعدلة بمعاهدة بروكسل في 14/12/1990، ومعاهدة واشنطن في 02/06/1911، ومعاهدة لاهاي في 06/11/1925، ومعاهدة لندن في شهر جويلية 1934، هذه المعاهدة انضمت لها الجزائر في 25/02/1966.

حيث بين قضاة الإحالة من جهة أخرى بأن الشركة المالية لمنتجات أورنجينا الفرنسية قد أبرمت اتفاقا مع الطاعن في 14/04/1977 أقرت فيه وصرحت بوجود علامة أورنجينا في الجزائر ملكا لمؤسسة "ج-م" واحترامها لذلك وأن المشروبات الغازية الجزائرية- (ج-م) المستعملة علامة أورنجينا الجزائر في حين الشركة الفرنسية تستعملها في فرنسا وفي بلدان أخرى- كما تم الاتفاق حول لتغليف- الإشهار والتبعية على أن تستعملها المؤسسة الطاعنة لمدة 05 سنوات قابلة للتجديد الضمني على أن يؤول النزاع بشأن هذا الترخيص إلى محكمة التحكيم بسويسرا.

حيث خلص قضاة الإحالة إلى إقرار ملكية العلامة الصناعية أورنجينا لكل من مؤسسة الطاعن والشركة المالية لمنتجات أورنجينا الفرنسية استنادا إلى الوثائق المثبتة المذكورة أعلاه وأمروا بنشر القرار في النشرة الرسمية للملكية الصناعية عملا بأحكام المادة 5 فقرة 2 من الأمر رقم 66/57 والمادة 2- والمادة 6 والمادة 27 من نفس الأمر والمادة 10 من المرسوم رقم 66/63 المؤرخ في 26/03/1966 وأبطلوا إيداع علامة أورنجينا من طرف الشركة ذات المسؤولية المحدودة أورنجينا الجزائر- وعليه فالقرار جاء مسببا ومطبقا للقانون تطبيقا سليما ومؤسسا تأسيسا قانونيا صحيحا مما يجعل الأوجه الثلاثة غير مؤسسة.

<u>عن الوجه الرابع:</u> المؤسس على أحكام الفقرة السادسة من المادة 233 من قانون الإجراءات المدنية، تناقض الأحكام النهائية الصادرة عن محاكم مختلفة.

تعيب الطاعنة على القرار المطعون فيه تناقضه مع قرار صادر عن مجلس قضاء الجزائر الذي فصل في مسألة الملكية الصناعية لعلامة أورنجينا معترفا للطاعنة بأنها المالك الوحيد للعلامة في الجزائر إذ ناقش مسائل قانونية خاصة بحق العلامة لم تتم مناقشتها من طرف مجلس البليدة الخاصة بعناصر العلامة وبشروط تملكها أو سقوط الحق فيها وهذه العناصر لم تتوفر لدى مجلس البليدة وطلب ترجيع القرار الصادر عن مجلس الجزائر على القرار المنتقد.

لكن حيث أن ما جاء في هذا الوجه بخصوص عدم مناقشة عناصر تملك العلامة التجارية أورنجينا موضوع النزاع وسقوط الحق فيها غير مؤسس لأن القرار المطعون فيه يبين بوضوح جميع المراحل التي مرت بها هذه العلامة ابتداء من تاريخ إيداعها بالجزائر وثبوت تجديد هذا الإيداع خلال الآجال القانوني- كما تبين في القرار مناقشة التوقف عن الاستغلال من طرف مالكة العلاقة الأولى بعد الاستغلال نظرا لصدور قرارات سياسية سابقة على انضمام الجزائر إلى المعاهدة الدولية لحماية ملكية العالمة التجارية والصناعية المبرمة في باريس هذا من جهة.

حيث ومن جهة أخرى أن الدافع بتناقض القرار المطعون فيه الذي قضى بملكية الطاعن والشركة المالية لمنتوجات أورنجينا الفرنسية معا للعلامة التجارية موضوع النزاع مع القرار الصادر عن مجلس قضاء الجزائر في نفس الموضوع وبين نفس الأطراف والذي قرر ملكية الطاعن وحدة للعلامة موضوع النزاع دون الشركة الفرنسية المذكورة- أصبح غير مؤسس لزوال التناقض بنقض قرار مجلس الجزائر الصادر في 09/03/2004 بالقرار رقم 366971 الصادر عن المحكمة العليا في 07/06/2006.

وبناء على عدم تأسيس الأوجه المثارة بتعيين رفض الطعن.

<u>لهذه الأسباب:</u>

<u>تقضي المحكمة العليا:</u>

بقبول الطعن شكلا وبرفضه موضوعا.

وبإبقاء المصاريف على الطاعن.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 07/06/2006 من قبل المحكمة العليا الغرفة التجارية والبحرية.

ملف رقم 379162 قرار بتاريخ 07/06/2006.

قضية (خ-خ) ضد(ض-خ).

الموضوع: إيجار تجاري- تنبيه بالإخلاء- تجديد إيجار

القانون التجاري: المواد: 172- 173- 177

<u>المبدأ:</u>

لا يشترط توجيه تنبيه بالإخلاء، لقبول دعوى إخلاء محل، في حالة ثبوت ارتكاب المستأجر خطأ أو مخالفة التزام،

ولا يشترط إلا احترام الإجراءات المنصوص عليها في المادة 177 من القانون التجاري.

<u>إن المحكمة العليا:</u>

في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها شارع 11 ديسمبر 1960 الأبيار بن عكنون الجزائر.

بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصه:

بناء على المواد: 231، 233، 239، 244، 257، وما يليها من قانون الإجراءات المدنية.

بعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى، وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بتاريخ 26/12/2004 وعلى مذكرة الرد التي تقدم بها محامي المطعون ضده.

بعد الاستماع إلى السيدة مستيري فاطمة الرئيسة المقررة في تلاوة تقريرها المكتوب

وإلى السيدة صحراوي مليكة المحامية العامة في تقديم طلباتها المكتوبة.

حيث طعنت بالنقض (خ-خ) في القرار الصادر عن مجلس قضاء تيارت بتاريخ 12/05/2003 القاضي بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء بعدم قبول الدعوى شكلا لعدم توجيه تنبيه بالإخلاء عملا بالمادة 173 من القانون التجاري وقدمت عريضة مؤرخة في 26/12/2004 بواسطة الأستاذ رحال محمد تعرضت فيها لوقائع الدعوى وإجراءاتها وأثارت وجهين للنقض.

حيث أمجاب المطعون ضده (ض-خ) على عريضة الطعن بمذكرة مؤرخة في 17/07/2005 بواسطة الأستاذ غول رابح ناقش الوجهين المثارين وطلب رفض الطعن.

حيث قدمت النيابة طلباتها المكتوبة طالبة نقض القرار.

حيث استوفى الطعن أوضاعه القانونية مما يتعين قبوله شكلا.

حيث استندت الطاعنة إلى وجهين لتدعيم طعنها بالنقض.

عن الوجه الثاني: بالأسبقية: المأخوذ من الخطأ في تطبيق المادة 177 من القانون التجاري وتناقض الأسباب- تجاوز السلطة- انعدام الأساس القانوني.

تعيب الطاعنة على القرار المطعون فيه القاضي برفض دعوى طرد المستأجر لكون المؤجر لم يوجه تنبيها بالإخلاء مدته 06 أشهر ويذكر الأسباب الخطيرة والمشروعة المستند إليها بعد الإشارة إلى الأعذار وذلك عملا بأحكام المادتين 173-177 من القانون التجاري، في حين الطاعنة وزوجها قد بلغا المستأجر إنذارا بالكف عن مخالفات تسديد الإيجار والعودة إلى النشاط الأول وفتح المحل وممارسة النشاط فيه وإعادة المحل إلى ما كان عليه قبل التغيير، وبذلك فإنهما قد احترما أحكام المادة 177 من القانون التجاري التي تعتبر استثناء من أحكام المادتين 172-173 من القانون التجاري ولا تستوجب توجيه تنبيه بالإخلاء.

حيث بمراجعة القرار المطعون فيه تبين بأن قضاة الاستئناف قد أشاروا في الحيثيات المؤسس عليها القرار إلى أن المؤجر قد احترم الإجراءات الأولية التي تسبق دعوى الطرد من المحل كتحرير محضر معاينة للخطأ المرتكب من المستأجر بواسطة محضر قضائي يتبين تغيير النشاط- إدخال ترميمات مهمة على المحل- كما وجه إعذارا لإرجاع المحل إلى الحالة التي كان عليها سابقا إلا أنهم ذكروا في الحيثية ما قبل الأخيرة عدم قيام المؤجر بتوجيه تنبيه بالإخلاء مدته 06 أشهر تذكر فيه الأسباب الخطيرة والإشارة إلى الأعذار وذلك عملا بأحكام المادتين 173-177 من القانون التجاري.

حيث بهذا التسبيب فإن قضاة الاستئناف قد تناقضوا إذ بينوا من جهة أن المؤجر احترم الإجراءات الواجب اتخاذها طبقا لأحكام المادة 177 من القانون التجاري المتعلقة بإثبات المخالفات المرتكبة من طرف المستأجر من حيث تغييرات هامة به ومن جهة أخرى اعتبروا المؤجر مقصرا بعدم توجيه تنبيه بالإخلاء للمستأجر طبقا لأحكام المادة 173 من القانون التجاري وذكر الأسباب طبقا لأحكام المادة 177 من نفس القانون.

حيث أن توجيه التنبيه بالإخلاء المنصوص عليه بأحكام المادة 173 من القانون التجاري يصبح إلزاميا في حال رفض تجديد الإيجار للمستأجر الذي أنشأ قاعدة تجارية طبقا لأحكام المادة 172 من القانون المذكور وذلك لأجل تمكينه من تعويض استحقاق مقابل رفض تجديد الإيجار.

حيث أن هذا الإجراء في حالة ثبوت ارتكاب المستأجر خطأ أو مخالفة التزام يترتب عليه فسخ العقد دون تعويض يصبح بدون جدوى ولا يشترط لقبول دعوى إخلاء المحل على هذا الأساس سوى احترام الإجراءات المنصوص عليها بأحكام المادة 177 من القانون التجاري لهذا فالوجه مؤسس ويؤدي إلى النقض دون حاجة لمناقشة الوجه الأول.

لهذه الأسباب:

تقضي المحكمة العليا:

وبنقض وإبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء تيارت بتاريخ 12/05/2003 وإحالة القضية والأطراف على نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد وفقا للقانون.

وبإبقاء المصاريف على المطعون ضده.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 07/06/2006 من قبل المحكمة العليا الغرفة التجارية والبحرية.

ملف رقم 348178 قرار بتاريخ 12/04/2006.

قضية (م-ع) ضد(أرملة م-ع ومن معه).

الموضوع: حبس- عقد عرفي- شهر عقاري- تسجيل

المبدأ:

العقود المحررة قبل صدور قانون التوثيق (الأمر رقم70-91) الثابتة التاريخ وغير المشهرة، صحيحة ومنتجة آثارها.

إن المحكمة العليا:

في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها شارع 11 ديسمبر 1960 الأبيار بن عكنون الجزائر.

بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصه:

بناء على المواد: 231، 233، 239، 244، 257، وما يليها من قانون الإجراءات المدنية.

بعد الاطلاع على عريضة الطعن بالنقض المودعة يوم 09/02/2004 وعلى مذكرة الرد التي تقدم بها محامي المطعون ضدهما.

وبعد الاستماع إلى السيد حمري ميلود المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب وإلى السيد بن شور عبد القادر المحامي العام في تقديم طلباته المكتوبة الرامية إلى رفض الطعن.

حيث أن المسمى (م-ع) طعن بطريق النقض بتاريخ 09/02/2004 في القرار الصادر عن مجلس قضاء البليدة بتاريخ 29/06/2002 القاضي بقبول الاستئناف شكلا.

في الموضوع: إلغاء الحكم المعاد والتصدي من جديد برفض الدعوى لعدم التأسيس.

حيث أن تدعيما لطعنه أودع الطاعن بواسطة وكيله الأستاذ/ محمد بوشدوب عريضة

تتضمن على 05 أوجه للطعن بالنقض.

حيث أن الأستاذان بن عثمان عامر ووكيله الطيب أودع مذكرة جواب في حق المطعون ضدهما مفادها رفض الطعن.

من حيث الشكل:

حيث أن الطعن بالنقض استوفى أوضاعه القانونية وأن ما تمسك به المدعى عليهما في الطعن من دفوع شكلية أن تلك الدفوع غير سديدة في الطعن مما يتعين عدم الالتفات إليها مما يتعين معه قبول الطعن شكلا.

أوجه الطعن المتمسك بها من الطاعن:

الوجه الأول: مأخوذ من تجاوز السلطة: حيث يعاب على قضاة الموضوع أنهم تجاوزا سلطتهم لا لم يأخذوا بعين الاعتبار بعقد الحبس لكونه غير مسجل ومشهر وبذلك عرضوا قرارهم للطعن.

الوجه الثاني: مأخوذ من مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات:

حيث يعاب على القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع قد خالفوا وخرقوا قاعدة جوهرية في الإجراءات لما ارتكزوا على عقد الحبس أنه غير مسجل وغير مشهر وأسسوا قرارهم على أحكام المادة 324 مكرر من القانون المدني وأن القانون لا يطبق بأثر رجعي وتمسك الطاعن بقرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 16/11/1999 تحت رقم 234655 بقوله "متى تبين في قضية الحال أن عقد الحبس العرفي أقامه المحبس سنة 1973 طبقا للمذهب الحنفي فإن قضاة المجلس لما قضوا بإلغاء الحبس المذكور على اعتبار أنه لم يفرغ في الشكل الرسمي فإنهم أخطئوا في قضائهم وعرضوا قرارهم لانعدام الأساس القانوني".

وأنه من الثابت أن عقد الحبس المحرر في 08/07/1969 من قبل قاضي الجزائر القبلي صحيح ومطابق للقوانين السارية المفعول مما يجعل أن ها الوجه مبرر قانونا ويؤدي حتما إلى إلغاء ونقض القرار المطعون فيه.

الوجه الثالث: مأخوذ من انعدام الأساس القانوني: حيث يعاب على القرار المطعون فيه أنه خالي من أي نص قانوني مطبق في قضية الحال ولما أن القرار المطعون فيه لم يذكر أي نص قانوني مطبق في قضية الحال يعد ذلك منعدم الأساس القانوني ويتعين نقضه.

الوجه الرابع: مأخوذ من تناقض قرارات نهائية:

حيث سبق لمجلس قضاء البليدة أن استصدر قرار مؤرخ في 20/04/1998 قضى بإلغاء الحكم المعاد ورفض الدعوى في الحال ثم صدر القرار محل الطعن والمؤرخ في 29/06/2002 ومن ثم إلغاء القرارين متناقضين ومن ثم فإن هذا الوجه مؤسس مما يؤدي إلى إبطال القرار المطعون فيه.

الوجه الخامس: مأخوذ من أن قضاة الموضوع طلبوا أصل العقد:

حول الوجهين الثاني والثالث مجتمعين لارتباطهما وتكاملهما والمأخوذين من مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات وانعدام الأساس القانوني للقرار:

حيث من الثابت وما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا أن العقود المحررة قبل صدور قانون التوثيق صحيحة والتي لم يتم شهرها والثابتة التاريخ فإن تعتبر صحيحة ومنتجة آثارها.

وحيث أن قضاة الموضوع لما طبقوا نص المادة 18 من المرسوم رقم 59/11900 والمؤرخ في 22/10/1959 عن الجمهورية الفرنسية فإنهم أساءوا تطبيق القانون لأن ذلك المرسوم المطبق على قضية الحال يخص الرعايا الفرنسيين، وأن الأهالي كانوا يخضعون في المعاملات فيما بينهم لأحكام الشريعة الإسلامية، وأن عقد الحبس الذي تم إبطاله من طرف قضاة الموضوع فهو محرر من طرف جهة رسمية مخولة قانونا لتحرير العقود بعد الاستقلال إلى غاية صدور قانون التوثيق وبذلك فإن قضاة الموضوع قد أشابوا قرارهم بعيب انعدام الأساس القانوني مما يعرض قرارهم للنقض والإبطال.

فلهذه الأسباب:

تقضي المحكمة العليا

في الشكل: التصريح بقبول الطعن شكلا.

في الموضوع: التصريح بنقض وإبطال القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء البليدة بتاريخ 29/06/2002 وإحالة القضية والأطراف أمام نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل من جديد وفقا للقانون مع إلزام المطعون ضدهما بالمصاريف القضائية.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 12/04/2006 من قبل المحكمة العليا الغرفة العقارية القسم الأول.

ملف رقم 309029 قرار بتاريخ 04/01/2006.

قضية (ورثة خ-ج) ضد(ورثة ب-ح).

الموضوع: تنزيل

قانون الأسرة: المادة: 169

المبدأ:

أصبح تنزيل الأحفاد، بعد صدور قانون الأسرة (09 يونيو 21984)، يحكم القانون.

تلقائيا

إن المحكمة العليا:

في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها شارع 11 ديسمبر 1960 الأبيار بن كنون الجزائر.

بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصه:

بناء على المواد: 231، 233، 235، 239، 240، 241،257، وما يليها 275 وما بعدها 264 إلى 271 من قانون الإجراءات المدنية.

بعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بكتابة الضبط بتاريخ 02/07/2002 من قبل محامي الطعن.

بعد الاستماع إلى السيد ملاك الهاشمي المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب وإلى السيدة صحراوي طاهر مليكة المحامية العامة في تقديم طلباتها المكتوبة.

حيث أن الطاعنين طعنوا بطريق النقض بواسطة محاميهم الأستاذ عبد السلام

يحياوي، المحامي المعتمد لدى المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 26/01/2002 تحت رقم 563/01 عن مجلس قضاء باتنة الغرفة المدنية القاضي في الشكل قبول الاستئناف في الموضوع: إلغاء الحكم المستأنف والفصل من جديد برفض الدعوى على الحال وهو القرار الذي ألغى الحكم المستأنف الصادر بتاريخ 26/02/2001 القاضي تمهيديا بتعيين السيد عش خطير الكائن مقره ببريكة خبيرا تسند له مهمة القيام بحصر مخلفات الهالكة (ب-ج) وتحديد نصيب كل وارث بناء على الفريضة الشرعية.

حيث أن الطاعنين استندوا في طعنهم الرامي إلى نقض القرار المطعون فيه على وجهين:

الوجه الأول: مأخوذ من مخالفة المادة 169 من قانون الأسرة: على اعتبار أن قضاة المجلس خالفوا أحكام المادة 169 من قانون الأسرة التي تنص "من توفي وله أحفاد وقد مات مورثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة" وبهذا جاء قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 25/11/1997 ملف رقم 173556 الذي جاء في من المقرر شرعا أن عقد التنزيل قبل صدور قانون الأسرة كان اختياري ولا يحتاج إلى شكل رسمي ويقبل بشهادة الأقارب، مما يجعل حكم 11/03/2000 الذي قضى برفض الدعوى على أساس أن المدعين لم يقدموا ما يثبت مخلفات الهالكة، وبفصله هكذا يكون قد نص بأحقية المدعين في التركة وبالتالي أحقيتهم في التنزيل، مما يتعين أن القرار المطعون فيه جاء مخالفا للقانون.

الوجه الثاني: مأخوذ من انعدام وقصور وتناقض الأسباب:

بدعوى أن المجلس اعتمد في قراره على أحكام المواد 171، 170، 172 من قانون الأسرة ويكون قد جانب نص وروح هذه المواد بحيث أن المدعين طالبوا بحصة مورثهم وهو الطلب الأصلي، كما أنهم لم يرثوا أصلهم ولم يوص لهم، وأن طلباتهم هي أن ينزلوا منزلة مورثهم، وأنهم لم يرثوا من أبيهم وبهذا يكون القرار المطعون فيه جانب الصواب وعرضة للنقض.

حيث أن المدعى عليهم في الطعن ردوا بواسطة محاميهم الأستاذ لوشن على المحامي المعتمد لدى المحكمة العليا، وخلصوا إلى رفض الطعن لعدم التأسيس.

حيث أن النيابة العامة بلغت بملف القضية مصحوبا بتقرير المستشار المقرر وأودعت مذكرة طلبت بمقتضاها وأودعت مذكرة طلبت بمقتضاها نقض القرار المطعون فيه.

حيث أن الرسم القضائي سدد.

وعليه فإن المحكمة العليا:

في الشكل:

حيث أن الطعن بالنقض جاء في الأجل المنصوص عليه واستوفى أوضاعه الشكلية فهو مقبول.

في الموضوع:

عن الوجهين المثارين معا لترابطهما:

حيث بالفعل وبالاطلاع على القرار المطعون فيه يتبين منه أن الطاعنين قد طالبوا بقسمة تركة جدتهم المتوفية (ب-ج) ذاكرين بأنهم أبناء ابنها المتوفى قبلها باعتبارهم منزلين منزلة أصلهم وقضاة الموضوع رفضوا هذا الطلب على اعتبار أنهم لم يثبتوا ما يفيد تنزيلهم منزلة أصلهم في تركة جدتهم، مخالفين بذلك المادة 169 من قانون الأسرة التي تنص "من توفي وله أحفاد وقد مات مورثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة" وما دام الثابت أن الجدة توفيت بتاريخ 16/06/1999 والابن (خ-ج) توفي في 11/07/1995 أي ظل قانون الأسرة فإنهم يستحقون بذلك التركة عن طريق التنزيل، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه.

لهذه الأسباب

تقرر المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث:

قبول الطعن بالنقض شكلا وموضوعا، وبنقض القرار المطعون فيه الصادر بتاريخ: 26/01/2002 تحت رقم 563/01 عن مجلس قضاء باتنة وبإعادة القضية والأطراف إلى نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد طبقا للقانون.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الرابع جانفي من سنة ألفين وسنة ميلادية من قبل المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث.

expressément (Paris, 28 juin 1988, Rev. arb. 1989, p. 328, obs. J. Pellerin).
(116) Art. 1028 du NCPCA ; art. 1472 du CPC.
(117) Art. 1027 al. 1 du NCPCA ; art. 1471 al. 1 du CPC.
(118) Art. 1029 al. 1 du NCPCA ; art. 1473 al. 1 du CPC.
(119) Art. 1026 du NCPCA ; art. 1470 du CPC.
(120) Art. 1029 al. 2 du NCPCA ; art. 1473 du CPC.
(121) Article 458 bis 13 du décret de 1993.
(122) Art. 1030 al. 1 du NCPCA ; art. 1475 al. 1 du CPC.
(123) Art. 1030 al. 2 du NCPCA ; art. 1475 al. 2 du CPC.
(124) Art. 1475 al. 2 du CPC.
(125) Art. 458 bis 16 du décret de 1993.
(126) Art. 1031 du NCPCA ; art. 1476 du CPC.
(127) Art. 458 bis du décret de 1993.
(128) Art. 1032 du NCPCA ; art. 1481 du CPC.
(129) Art. 1033 du NCPCA ; art. 1482 du CPC (pour l'appel) et art.1486 al. 2 du même code (pour le délai).
(130) Art. 1056 du NCPCA qui dispose que : " l'appel…n'est ouvert que dans les cas suivant : 1° si le tribunal arbitral a statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle ou expirée ; 2° si le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé ou l'arbitre unique irrégulièrement désigné ; 3° si le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ; 4° lorsque le principe de la contradiction n'a pas été respecté ; 5° si le tribunal arbitral n'a pas motivé ou s'il y a contrariété de motifs ; si la sentence est contraire à l'ordre public international ") ; les cas d'ouverture sont de l'ordre de 6 en droit français également : art. 1484 du CPC.
(131) Art. 1035 al. 3 du NCPCA ; art. 1489 du CPC (le délai est toutefois d'un mois).
(132) Art. 1058 al. 1 du NCPCA ; en droit français, le recours est ouvert uniquement à l'encontre des sentences rendues en France : art. 1504 du CPC.
(133) Art. 1055, NCPCA ; art. 1501 du CPC.
(134) Art. 1057 du NCPCA ; art. 1503 du CPC.
(135) Art. 1058 al. 2 du NCPCA ; art. 1504 al. 2 du CPC qui réserve le cas où un recours serait dirigé contre la sentence qui emporterait recours contre l'ordonnance.
(136) Art. 1035 al. 1 du NCPCA ; en droit français, c'est le TGI dans le ressort duquel la sentence a été rendue qui est compétent pour accorder l'exequatur : art. 1477 al.1 du CPC.
(137) Ibid ; en droit français, l'exequatur est apposé sur la minute de la sentence arbitrale : art. 1478 du CPC.
(138) Art. 1036 du NCPCA.
(139) Art. 1038 du NCPCA.
(140) En droit français, l'art. 1489 précise que le délai de recours contre l'ordonnance refusant l'exequatur commence à courir à partir de " sa signification ".
(141) Art. 1054 du NCPCA.
(142) Art. 1035 al. 1 du NCPCA.
(143) Cour Suprême d'Algérie, Chambre civile, 29 décembre 2004, aff n°311816 in M. Trani Tani, Majalat Al Tahkim, n°1/2009, p.379 ; idem en droit français où la Cour de cassation a jugé que le juge des référés était dépourvu de tout pouvoir pour assurer l'exécution de la sentence (Com. 18 mai 2005, inédit, Sté Etudes et Réalisations Générales du Bâtiment c/ Sté Cloisol Centre, RTD Com. 2005, note E. Louquin).
(144) Art. 1051 al. 1 du NCPCA ; art. 1498 al. 1 du CPC.
(145) Art. 1035 al. 3 du NCPCA.
(146) Art. 1036 du NCPCA.
(147) Art. 1037 du NCPCA.
(148) Art. 1038 du NCPCA. Face au refus du législateur français de consacrer ce principe, qui irait prétendument de soi, on sait d'abord la difficulté puis le libéralisme récent des tribunaux français face à une notion de " partie " qui n'a eu de cesse d'élargir sa sphère pour inclure un nombre croissant de " non-signataires ".
(149) Dans le fameux arrêt Hilmarton (Paris, 1ère ch., 19 décembre 1991, Hilmarton c/ OTV) la Cour d'appel de Paris a posé un principe novateur dans les termes suivant : " en application de l'article VII de la convention de New York du 10 janvier 1958, la société Rena Holding était recevable à présenter en France la sentence rendue à Londres le 10 avril 2001 conformément à la convention d'arbitrage et au règlement de l'IGPA, et fondée à se prévaloir des dispositions du droit français de l'arbitrage internationale, qui ne prévoit pas l'annulation de la sentence dans son pays d'origine comme cause de refus de reconnaissance et d'exécution de la sentence rendue à l'étranger ". Ce principe a été repris et réaffirmé depuis ; v. notamment Paris, 1ère ch. C., 29 septembre 2005, Bechtel, Rev. arb. 2006, p. 695, note H. Muir-Watt ; et Civ. 1ère, 29 juin 2007, arrêts Putrabali où les juges de la Cour de cassation ont affirmé que la sentence arbitrale internationale " n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique ".
(150) V. à propos de ce débat : E. Gaillard, Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international, Les Livres de Poche de l'Académie de droit international de La Haye, 2008.
(151) Dahir N° 1-07-69, du 30 Novembre 2007, Portant Promulgation de la loi 08-05, abrogeant et remplaçant le Chapitre VIII, du Titre V, du Code de Procédure Civile, publié dans le Bulletin Officiel N° 5584, du 06/12/2007, page N° 1369.

chargé de statuer sur les difficultés liées à la récusation, en statuant comme en matière de référé (v. par ex. : Paris, 3 mars 2005, Rev. arb. 2006, p. 446, note P. Callé).

(88) Art. 1466 du CPC ; toutefois il convient de relever qu'en droit français, l'intensité du contrôle opéré par le juge étatique sur la sentence en la matière est importante. Ainsi, la Cour d'appel de Paris a estimé que " le juge de l'annulation contrôle la décision du tribunal arbitral sur sa compétence en recherchant tous les éléments de droit et de fait tels qu'ils résultent du dossier permettant d'apprécier la portée de la convention d'arbitrage et d'en déduire les conséquences sur le respect de la mission confiée aux arbitres " (Paris, 1ère ch., Sect. C, 22 mai 2008, Joseph Abela Family Foundation, JurisData n°2008-367949 in J. Béguin et al., Chr. Droit de l'Arbitrage, JCP Ed G n°50, 10 décembre 2008, 1222).

(89) Art. 1044 al. 1 du NCPCA ; en droit français, la solution a été consacrée dès 1963 par le célèbre arrêt Gosset (Civ. 1ère, 7 mai 1963. 545, note J. Robert) et réaffirmée depuis régulièrement (v. en dernier lieu : Civ. 1ère, 23 mai 2006, Bull civ. I, n°252 ; JCP 2006, I, 187 n°9, obs. Seraglini ; Rev. arb. 2008.69, obs. E. Loquin).

(90) Art. 1044 al. 2 du NCPCA.

(91) Art. 1019 du NCPCA ; en droit français, l'art. 1494 du CPC prévoit l'hypothèse d'un choix conventionnel fixé par les parties. A défaut, il revient à l'arbitre de régler la procédure.

(92) Art. 1058 al 1 du NCPCA qui renvoie à l'article 1056 NCPCA portant sur les cas d'ouverture de l'appel contre les ordonnances reconnaissant ou accordant l'exequatur aux sentences ; idem en droit français où le respect des principes directeurs du procès dont fait partie le principe du contradictoire est exigé : art. 1460 al. 2 du CPC.

(93) Art. 1043 al. 2 du NCPCA.

(94) Paris, 28 novembre 1996, Rev. arb. 1997, p. 380, note E. Loquin. Toutefois, l'amiable compositeur peut statuer en droit s'il estime que l'application de celui-ci répond à l'équité (Paris, 14 janvier 1977, Rev. arb. 1977, p. 281) ; mais si les amiables compositeurs statuent exclusivement par application de la règle de droit, ils doivent s'expliquer sur la conformité de celle-ci à l'équité (Civ. 2ème, 15 février 2001, Bull civ. II, n°26, JCP 2002, II, 10038, note Chabat ; Paris, 19 mai 2005, D. 2005, pan. 3058, obs. Th. Clay ; même obligation incombant au juge d'appel de la sentence rendue en amiable compositeur : Civ. 1ère, 17 décembre 2008, D. Act. 2009, p. 173, obs. X. Depech).

(95) Art. 1050 du NCPCA.

(96) Art. 1023 du NCPCA ; en droit française, la possibilité est ouverte aux parties d'y recourir : art.1474 du CPC.

(97) Récemment, la Cour de cassation française a jugé que " l'arbitre amiable compositeur, qui ne statue pas conformément au droit, est présumé statuer en équité " (Civ. 1ère, 28 novembre 2007, Bull civ. I, n°369, Rev. arb. 2008, p. 99, obs. Chantebout).

(98) Art. 1050 du NCPCA ; art. 1496 al. 2 du CPC (mentionnant les usages commerciaux).

(99) Art. 1018 al. 1 du NCPCA ; à défaut de délai fixé dans la convention d'arbitrage, le délai est de 6 mois : art. 1456 du CPC.

(100) Art. 1018 al. 1 du NCPCA ; art. 1456 al.1 du CPC.

(101) Art. 1018 al. 2 du NCPCA ; art. 1456 al.2 du CPC.

(102) Art. 1056 1° du NCPCA ; art. 1502 1° du CPC.

(103) Art. 1009 al. 1 du NCPCA ; art. 1444 du CPC. Sur l'étendue du soutien de ce juge, la Cour de cassation française a estimé que le juge qui ne s'est pas contenté de désigner l'arbitre de la partie défaillante et qui a demandé des explications sur l'indépendance de l'arbitre de l'autre partie, n'a pas excédé ses pouvoirs (Civ. 1ère, 20 juin 2006, Bull civ. I, n°311, Rev. arb. 2007, p. 463, note J. Ortscheidt ; JCP 2006.II. 10155, note G. Chabot).

(104) Art. 1048 du NCPCA : cette disposition va au-delà de ce que permet la loi au juge français dont le rôle en droit français est conçu pour favoriser le recours à l'arbitrage.

(105) Tout autre est l'état du droit français qui exclut la compétence du juge des référés s'il est stipulé dans la convention d'arbitrage que l'arbitre est seul compétent (TGI Paris, réf. 10 juin 1982, Rev. arb. 1983.191). Sa compétence est également exclue si les parties avaient prévu de recourir au référé arbitral. Toutefois même en présence d'une convention d'arbitrage le recours au juge des référés est possible mais reste subordonné à la condition d'urgence : " La compétence exceptionnelle reconnue au juge des référés en présence d'une convention d'arbitrage est soumise à la condition de l'urgence " (Civ. 2ème, 13 juin 2002, Bull civ. II, no 130, D. 2002, p. 2439, note Ibrahim Najjar).

(106) Article 1046 al. 1 du NCPCA. Aux termes de l'article 1046 al. 2 du même Code, l'arbitre peut demander le concours du juge étatique lorsque " la partie concernée ne s'y soumet pas volontairement ". Et de préciser que le juge " applique son propre droit ".

(107) Article 1046 al. 3 du NCPCA.

(108) En droit français, l'at. 1467 du CPC autorise l'arbitre à trancher l'incident de vérification d'écriture ou de faux.

(109) Art. 1020 du NCPCA ; art. 1461 du CPC (en matière interne et internationale).

(110) Art. 1024 du NCPCA ; art. 1464 du CPC.

(111) Art. 452 du décret de 1993.

(112) Art. 1035 al. 1 du NCPCA ; en droit français, il est admis que les arbitres peuvent rendre des sentences avant dire droit et des sentences mixtes sans qu'il y ait une consécration officielle par le législateur.

(113) Art. 1054 du NCPCA (faisant renvoi aux articles 1035 à 1038 du NCPCA).

(114) Art. 1027 al. 2 du NCPCA ; art. 1471 al. 2 du CPC (la règle étant d'ordre public en arbitrage interne ; v. par ex. Paris, 20 avril 1972, Rev. arb. 1973, p. 85).

(115) Art. 1056 5° du NCPCA ; en droit français, le législateur fait la distinction selon que la loi française est applicable ou pas à l'arbitrage. Dans la positive, aux termes de l'art. 1495 du CPC, l'art 1471 al. 2 du même Code qui exige la motivation, trouvera application. Dans le cas contraire, il est admis par la jurisprudence que le défaut de motivation n'est pas contraire à l'ordre public international (Paris, 26 mars 1992, D. 1992, IR 161 et 169). Toutefois, l'art 1502 3° du CPC ouvrant la voie de l'appel à un jugement reconnaissant ou accordant l'exequatur à une sentence rendue par un arbitre statuant sans se conformer à sa mission pourrait conduire le juge à prononcer la nullité de la sentence si, après examen de la convention des parties ou la loi de procédure choisie par elles, l'obligation de motiver était exigée

restrictif, qui consacre la validité de principe de la clause compromissoire dans tous << les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle>> : art.2061 du C.civ. tel que modifié par la loi NRE n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

(44) Idem en droit français, le compromis peut être constaté dans un procès-verbal : art 1449 du CPC.

(45) En droit français, une définition autonome en matière internationale n'existe pas. Renvoi est opéré à la définition du compromis de l'art .1447 du CPC dont l'application se limite à <<un litige né>>.

(46) Art. 1040 al. 1 du NCPCA.

(47) En droit français l'article 1492 du CPC dispose que : " Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international ". Il a été jugé que l'article 1492 du CPC vise une définition exclusivement économique de l'arbitrage international et qu'ainsi sera qualifié d'international l'arbitrage ne se dénouant pas économiquement dans un seul Etat (Paris, 14 juin 2001, 2 arrêts, Cargill France c/SA Tradigrain, Rev. Arb. 2001, p. 616, obs. Y. Derains ; v. en dernier lieu : Paris, 13 novembre 2008, Institut National de la Santé et de la Recherche Médical-INSERM c/ Association Fondation Letten F. SAUGSTAD, JurisData n°2008-373446).

(48) Art. 458 bis du décret de 1993 concernait les litiges relatifs à " des intérêts du commerce international et dont l'une des parties au moins a son siège ou son domicile à l'étranger".

(49) M. Issad, La nouvelle loi algérienne relative à l'arbitrage international, Rev. Arb. 2008, p.421.

(50) Art. 1040 al. 4 du NCPCA ; contra. En droit français, qui consacre ce principe même en arbitrage interne par rapport au contrat qui la contient (Civ. 2ème, 4 avril 2002, SA Barbot CM c/ Société Bouygue Bâtiment, Rev. Arb. 2003, p.103, note P. Didier ; JCP 2002, II, n° 10154, note S.Reifegerste - Com, 9 avril 2002, M. Toulousy c/ Société Philam, RTD Com. 2003 p. 62, note E. Loquin). La Cour de cassation réaffirme régulièrement le principe de l'autonomie (Civ. 1ère, 28 nov. 2006, Sté So Good International Ltd, JDI 2007, comm. 24, note O.Diallo ; Civ. 1ère, 15 mai 2008, Sté touristique d'hôtellerie et de casino de la réunion c/Sibylle, JurisData n° 2008-043924), bien que le législateur ne l'ait jamais consacré.

(51) Art. 1008 al. 1 du NCPCA.

(52) Idem en droit français : art. 1433 al. 1 du CPC.

(53) Art. 1040 al. 2 du NCPCA.

(54) Ainsi, le droit algérien autorise les parties de choisir un droit autre que le droit algérien pour régir le fond du litige v. Art. 1050 du NCPCA.

(55) Art. 1008 al. 2 du NCPCA ; art. 1443 du CPC.

(56) Art. 1012 al. 2 du NCPCA ; art. 1448 du CPC.

(57) En droit français, la capacité de compromettre est tributaire de la disponibilité des droits litigieux, le principe étant que toute personne peut compromettre. L'interdiction toutefois peut découler soit de l'incapacité soit de l'absence de pouvoir.

(58) Art. 1006 al. 3 du NCPCA ; le principe est le même en droit français : art. 2060 al.1 du C. civ. Toutefois, le décret n°2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics a ouvert l'arbitrage aux contrats administratifs de marchés publics. Auparavant, l'ordonnance du 17 juin 2004 avait ouvert cette voie pour les contrats de partenariats public-privé.

(59) Loi n° 91-21 du 4 décembre 1991 complétant et modifiant loi n° 86-14 du 19 août 1986.

(60) V.supra n°1.

(61) Loi n° 05-07 du 28 avril 2005 (v.supra n°1).

(62) V. Supra n°1 V.aussi, R. Zouiamia " les autorités administratives indépendantes et la régulation économique en Algérie ", Ed. Houma, 2005.

(63) Ibid.

(64) Cons. Const, 1er mars 2007, n° 2007-552 DC, AJDA 2007, p. 502, note Z. Ait-El-Kadi ; RFDC 2007, p.580, note O. Le Bot. V. aussi le rapport du Conseil d'Etat rendu le 17 mars 2007 sur l'arbitrage en droit public, Rev. Arb. 2007, p. 651 ; Rev. arb. 2007, p. 373, obs. J-L. Delvolvé et p. 407, obs. S. Lemaire.

(65) Art. 1006 al. 2 du NCPCA.

(66) Il est vrai qu'il est discutable que la matière successorale soit exclue du domaine arbitral en droit français.

(67) Art. 2060 du C. Civ.

(68) Art. 1041 al. 1 du NCPCA.

(69) Art. 1008 al. 2 du NCPCA. Idem en droit français, v. art. 1443 al. 2 du CPC (clause compromissoire), art. 1448 al. 2 du CPC (compromis).

(70) Art. 1009 al. 1 DU NCPCA ; en droit français, c'est le président du TGI qui y procède (art. 1444 al. 2 du CPC) ou le président du tribunal de commerce si " la convention l'y a expressément prévu " (art. 1444 al. 3 du CPC).

(71) Art. 458 bis 2 du décret de 1993 ; c'est la même solution qui est consacré à l'art. 1493 al. 1 du CPC.

(72) Art. 458 bis 4 al. 1 du décret de 1993.

(73) Art. 458 bis 4 al. 2 du décret de 1993.

(74) NCPCA, art. 1041 al. 2 ; en droit français, il s'agit du président du TGI de Paris sauf clause contraire : art. 1493 al. 2 du CPC.

(75) Art. 458 bis 2 al. 1 du décret de 1993.

(76) Art. 1017 du NCPCA ; en droit français, l'art. 1453 pose la règle commune de l'imparité du arbitral en matière interne et internationale qui a le caractère d'ordre public (Civ. 2ème, 21 novembre 2002, Bull civ. II, n°265, RTD Com. 2003, p. 62, note E. Loquin).

(77) Art. 1014 al. 2 du NCPCA ; art. 1451 al. 2 du CPC.

(78) Art. 1015 al. 1 du NCPCA ; 1452 al. 1 du CPC.

(79) Art. 1012 al. 3 du NCPCA ; le législateur français n'a pas envisagé une solution imposée dans pareil cas.

(80) Art. 445 décret de 1993.

(81) Art. 448 décret de 1993.

(82) Art. 1018 al. 3 du NCPCA ; même solution consacrée en droit français à l'art. 1462 du CPC.

(83) Art. 1016 du NCPCA ; en droit français, il a été décidé que les causes de récusation admissibles sont celles énumérées à l'art. 341 du CPC qui traitent des causes de récusation du juge (Civ. 2ème, 14 nov. 1990, Société Grain d'Elite Clause, Rev. arb. 1991, p. 74, note Ch. Jarrosson) sans que cette énumération ne soit limitée (Civ. 1ère, 28 avril 1998, n°96-11.637).

(84) Art. 1015 al. 3 du NCPCA ; art. 1452 al. 2 du CPC (solution valable en matière interne comme internationale).

(85) Art. 1016 al. 3 du NCPCA.

(86) Art. 458 bis 5 al. 3 du décret de 1993.

(87) Art. 1016 al. 4 du NCPCA ; en droit français aux termes de l'art. 1463 al 2 du CPC, c'est le président du TGI qui sera

JORA n°50 ,2005 p.3 (entrée en vigueur le 19 juillet 2005), disponible sur : www.memalgeria.org/fr/legis/hydrocarbures-05-07.pdf.

(9) Ordonnance n°06-10, JORA, n°8 de 30 juillet 2006 p.4. V.M. Trari- Tani, Le nouveau cadre juridique de la prospection, de la recherche et de l'exploitation des hydrocarbures en Algérie, RDAI n° 1,2008p.53.

(10) Titulaire exclusive des titres miniers en Algérie et avec laquelle toute personne souhaitant procéder à la prospection, recherche et exploitation des hydrocarbures doit au préalable conclure un contrat.

(11) V.aussi : M .Issad, La nouvelle loi algérienne relative à l'arbitrage international, Rev .arb.2008, p.244.

(12) V.l'Annual Statistical Bulletin OPEP 2007 disponible sur www.opec.org/library/Annual%2bullciv.etien/pdf/ASB2007.pdf

(13) 151 éme conférence extraordinaire de l'OPEP tenue à Oran, Algérie le 17 décembre 2008, Les Echos ,18 décembre 2008 disponible sur : www.lesechos.fr/info/energie/4810533-1-opep- annonce-la-plus-forte-baisse-de-production-de-son-histoire.htm.

(14) Directive 2008/52/Cedu 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, disponible sur : http://eurlex.europa.eu /Lex UriServ .do ? uri=OJ :L :2008 :136 :0003 :0008 :FR :PDF; C. Nourissat, Directive n° 2008/52/CE du parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale , Procédures 2008, Etude 9 ; adde la Résolution législative du Parlement européen du 29 mars 2007.

(15) Dont le sommet de Marseille a, dans sa déclaration finale des 3 et 4 novembre 2008, appelé à la création d'une cour d'arbitrage méditerranéenne.

(16) En se référant aux dispositions du Code de procédure civile (CPC) et du Code civil (C.Civ) français.

(17) Arts 830 et s. du CPC.

(18) Alors qu'en droit français, la conciliation détachée de toute instance judiciaire a été consacrée par le décret n°78-381 du 20 mars 1978 dont l'article premier dispose que les conciliateurs ont pour mission de << faciliter, en dehors de toute instance judiciaire, le règlement des différends portant sur des droits dont les intéressés ont la libre disposition>>. De plus, la clause de conciliation conventionnelle contenue dans un contrat << constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent >> (Ch.Mixte ,14 février 2003 : Bull Ch .mixte, n°1,p.1). Jurisprudence confirmée par Civ. 1ère,6 mai 2003 Bull civ .I, n° 108; JCP2003.I.186, n° 14, obs. G Virassamy et plus récemment v .com. 22 février 2005, JPC E , 2006.1217, note P .Mousseron. Dans le même sens, voir Poitiers, 1ére Ch. Civ ,17 janv.2007, RG n° 06/01.080, inédit : << l'intimée est recevable à soulever pour la première fois en cause d'appel la fin de non-recevoir résultant du défaut de mise en œuvre de la procédure de tentative de conciliation préalable>>.

(19) Art.990 du NCPCA; art .127 du CPC.

(20) Art.990 du NCPCA.

(21) Art.991 du NCPCA ; art .128 du CPC.

(22) Art.992 du NCPCA ; art .130 du CPC (la signature du greffier n'étant pas requise en droit français).

(23) Art.993 du NCPCA; alors qu'en droit français la constatation de l'accord par le juge lui confère automatiquement force exécutoire : art .131 du CPC.

(24) La médiation extrajudiciaire a été développée par la pratique sous forme de mécanisme destiné à règler à l'amiable des différends sociaux .Ce mécanisme a été institutionnalisé de façon successive et par secteur (par exemple, médiateur de la République, loi n° 73-6 du 3 janvier 1973; médiateur du cinéma, loi n°82-652 du 29 juillet 1982 complétée par le décret n°38-86 du 9 février 1983; profession de médiateur familial institutionnalisé par le décret n°2003-1166 du 02 décembre 2003 portant création du diplôme d'Etat de médiateur familial).

(25) M.Douchy-Oudot et J.Joly-Hurard, Médiation et conciliation, Rép.Dalloz Proc Civ ; sept.2006 n°73, p.12 .Pour une étude générale de la médiation v .aussi H.J Nougein et al. , Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale; Litec 2004, spéc.p.139 et s. ; v . aussi :A. Shneebalge et al ., Le rôle du conseil en médiation civile et commerciale , Centre de médiation et d'arbitrage de Paris, Economica, 2003 p. 7 ; v. aussi : S.Bensimon et al ., Art et techniques de la médiation, LexisNexis Litec, 2004.

(26) Loi n°95-125 du 8 février 1995.

(27) Cass.2 e Civ.16 juin 1993, Bull civ .II,n°211.

(28) Art.994 al.1 du NCPCA ; art .131 -1 du CPC (où la formulation est mois contraignante pour le juge qui << peut; (…), désigner une tierce personne (…) pour leur permettre de trouver une solution au conflit(…)>>.

(29) Ibid ; comp. considérant 10 de la dir. n°2008/52/CE où le droit de la famille et le droit du travail sont exclus expressément du champ de la médiation.

(30) Art .997 al .1 du NCPCA ; La même conception restrictive où seule l'hypothèse de l'intervention de l'association est envisagée à l'exclusion de toute autre personne morale est celle qui est retenue en droit français : art .131 -4 al du CPC.

(31) Art .994 al .2 du NCPCA; art .131-1 du CPC.

(32) Art .996 al .1 du NCPCA; art .131-3 du CPC.

(33) Art .996 al .2 du NCPCA ; l'accord des parties n'étant pas requis en droit français : art. 131-3 du CPC.

(34) Art .1000 du NCPCA; art .131-7 al .3.du CPC.

(35) Art .1001 du NCPCA; art .131-10 du CPC.

(36) Art .1005 du NCPCA alors qu'en droit français cette obligation n'est pas consacrée expressément.

(37) Art .1003 al .1 du NCPCA.

(38) Art 1003 al .2 du NCPCA ; à noter l'absence en droit français de dispositions précisant les conditions de forme et de fond de l'accord.

(39) Art .1004 du NCPCA ; le juge français, lui, doit homologuer l'accord que les parties lui soumettent : art 131-12 du CPC.

(40) Comp . L'obligation de confidentialité en droit français, sauf accord des parties : art 131-14 du CPC.

(41) Articles 443-444 de l'ancienne loi.

(42) Art .1007et 1011 du NCPCA ; selon le droit français, les parties, dans une clause compromissoire, s'engagent à soumettre à l'arbitrage << les litiges qui pourraient naître relativement >> au contrat qui la contient (art 1442 du CPC) ; dans un compromis les parties s'engagent à soumettre un litige déjà né à l'arbitrage (art 1447 du CPC).

(43) Comp. avec le droit français, plus

d'arbitrage et n'est pas opposable aux tiers à cette convention (139).

L'ancien Code de procédure civile algérien disposait que la date de la notification de l'ordonnance accordant l'exequatur constituait le point de départ pour calculer les délais. Ainsi, même si elle n'est pas prévue dans le nouveau code, la notification reste une étape importante et nécessaire pour calculer les délais (140).

34. Exequatur en matière d'arbitrage international - Sous l'empire de l'ancien droit algérien de l'arbitrage international, la sentence rendue à l'étranger et/ou la sentence internationale devait obtenir l'exequatur dans l'Etat où elle avait été rendue avant de pouvoir être reconnue et/ou exécutée en Algérie. Toutefois, l'adhésion à la Convention de New York de 1958 a modifié la donne et cette condition n'est plus de mise. Concernant l'exécution des sentences internationales, le législateur algérien opère un renvoi au régime adopté en matière interne (141). Il s'en suit que " la sentence arbitrale finale, partielle ou préparatoire est rendue exécutoire par ordonnance du président du tribunal dans le ressort duquel elle a été rendue. A cet effet, l'original de la sentence est déposé, par la partie la plus diligente, au greffe dudit tribunal " (142). La Cour Suprême algérienne (143), dans un arrêt rendu en 2004, sous l'empire de l'ancien droit, précise que l'exécution des sentences arbitrales internationales relève uniquement de la compétence du président du tribunal statuant sur simple requête, ce qui exclut la compétence du juge des référés auquel l'une des parties avait eu recours en l'espèce.

Les dispositions du droit algérien relatives à la reconnaissance des sentences internationales, contiennent les mêmes conditions exigées par le droit français à savoir, l'établissement par le demandeur de leur existence et l'absence de contrariété à l'ordre public international (144). Par ailleurs, les parties peuvent faire appel de l'ordonnance de refus d'exécution, dans un délai de quinze jours à compter du refus de la cour (145). Le greffier en chef délivre une expédition en forme exécutoire de la sentence aux parties qui la demandent (146). Il est fait application des règles relatives à l'exécution par provision des jugements aux sentences d'arbitrage exécutoire par provision (147). Les sentences arbitrales ne sont pas opposables aux tiers (148). Il convient de souligner le fait que, malgré la référence faite au droit interne de l'arbitrage en la matière, il n'en demeure pas moins que la Convention de New York prime sur les lois nationales.

En outre, et s'alignant encore une fois sur le droit français (149), le juge algérien de l'exequatur n'est pas lié par les décisions du juge de l'annulation, c'est-à-dire du juge de l'Etat où la sentence arbitrale a été rendue. Ainsi, le juge de l'exécution algérien pourrait très bien accorder l'exequatur à une sentence arbitrale annulée par exemple en France, sans qu'il soit lié par les conséquences de cette annulation.

Cette solution audacieuse puisque consacrant une solution prétorienne française qui n'a pas remporté l'unanimité parmi les auteurs (150), marque encore une fois, la prise de conscience par le législateur algérien de la nécessité impérieuse d'adapter le droit algérien de l'arbitrage au contexte économique qui est en constante évolution dans cette région du monde.

Ainsi, on conclura en rappelant, s'il le fallait, toute l'empreinte du droit français de l'arbitrage sur la réforme algérienne de 2008, à l'instar du nouveau droit marocain (151). L'introduction de la médiation et de la conciliation judiciaires marque par ailleurs une évolution certaine du législateur algérien vers davantage de flexibilité dans le processus de règlement privé des litiges, même si cette mesure intervient avec une certaine prudence et de façon limitée. Dans le domaine de l'arbitrage en particulier, la dichotomie entre arbitrage interne et arbitrage international a cependant été maintenue. Cette distinction est surtout marquée, d'un côté, par le libéralisme des solutions adoptées en arbitrage international, comme par exemple la possible reconnaissance et l'exécution de sentences annulées dans l'Etat où elles ont été rendues, tandis qu'en matière interne, de l'autre, les principes de l'autonomie de la clause compromissoire ou même de compétence-compétence ont été rejetés. En somme, le législateur algérien a ici innové pour rapprocher son droit judiciaire ainsi que son droit de l'arbitrage des législations les plus modernes en la matière, sans pour autant aller jusqu'à consacrer une autonomie réelle et totale de l'arbitrage.

LES MARGES

(1) Avocat aux barreaux de Paris et de Beyrouth, Docteur en droit, L L.M, Orrick Rambaud Martel-paris ; l'auteur tient à remercier Mlle Marie- Madeleine Dagher pour son aide et sa contribution à la rédaction de cet article.

(2) Ordonnance n° 66-154 du 8 juin 1966 portant code de procédure civile.

(3) Décret législatif n° 93-09 du 25 avril 1993 modifiant et complétant l'ordonnance n°66- 154 du 8 juin 1966 portant code de procédure civile.

(4) Qui entrera en vigueur le 23 avril 2009.

(5) Loi n°91-21 du 4 décembre 1991 complétant et modifiant loi n° 86-14 du 19 août 1986.

(6) Société Nationale algérienne autrefois détentrice exclusive des titres miniers, devenue opérateur commercial imposé aux opérateurs étrangers qui doivent conclure au préalable un partenariat avec celle-ci avant de conclure un contrat de recherche ou d'exploitation avec ALNAFT.

(7) Puisqu'elle représente à elle seule près de 40% du PIB algérien.

(8) Loi n° 05-07 du 28 avril 2005 concernant le secteur des hydrocarbures,

En matière internationale, il revient aux parties de décider des mentions obligatoires que doit comporter la sentence. Toutefois, dans la pratique, il est difficilement concevable de voir deux parties demander l'exequatur d'une sentence ne comportant pas par exemple le ou les noms du ou des arbitres afin de vérifier leur indépendance et leur neutralité, la date de la sentence pour vérifier si elle a été rendue hors délai, ou encore le lieu où elle est rendue afin d'établir la compétence des tribunaux susceptible de connaître des recours en annulation. En revanche, la sentence doit être signée. Ces mentions facultatives en matière internationale sont fondamentales et le défaut d'une de ces mentions fait perdre à la sentence son efficacité.

29. Majorité ou unanimité - En matière interne, la nouvelle loi a édicté expressément que les sentences arbitrales doivent être rendues à la majorité des voix (119) et qu'elles doivent être signées par les arbitres. En cas de refus de la minorité d'apposer sa signature, les autres en font mention et la sentence a le même effet que si elle avait été signée par tous les arbitres (120).

En matière internationale, la règle de la majorité était consacrée par l'ancien droit sauf convention contraire des parties (121). La nouvelle loi laisse le choix à la liberté des parties qui peuvent opter soit pour la règle de la majorité soit pour celle de l'unanimité.

30. Rectification de la sentence - En matière interne, la nouvelle loi dispose que l'arbitre est dessaisi dés qu'il a rendu sa sentence (122). Toutefois, il a le pouvoir d'interpréter la sentence et de compléter les omissions et les erreurs matérielles qui l'affectent (123). Le droit français, à la différence du droit algérien, prévoit l'hypothèse où il serait impossible au tribunal arbitral de se réunir à nouveau. Dans ce cas, " ce pouvoir appartient à la juridiction qui eût été compétente à défaut d'arbitrage " (124).

Sous l'empire de l'ancien droit, le législateur était resté silencieux sur la question. Ceci laissait présumer la primauté des juridictions étatiques pour connaître de telles demandes. En effet, la doctrine estimait que si la demande d'interprétation ou en rectification était faite dans les délais, le demandeur devait recourir à l'arbitre. En revanche, si la demande était formulée hors délai, la partie demanderesse se retrouvait dans l'obligation de recourir au juge étatique, surtout si elle ne parvenait pas à proroger le délai en accord avec l'autre partie. Or, le législateur algérien n'a pas donné plus de précisions sur la question. Ceci laisse supposer que la solution offerte par la doctrine est toujours d'actualité.

En matière internationale, la sentence rendue en Algérie est régie par les mêmes règles que celles régissant l'arbitrage interne. En revanche, si la sentence a été rendue à l'étranger ou en application d'un règlement ou d'un droit étranger, les dispositions de celui-ci en la matière trouveront application.

31. Force exécutoire de la sentence - Sous l'empire de l'ancien droit de l'arbitrage, la sentence rendue avait pour objet et finalité de résoudre un litige, ce qui avait pour effet de dessaisir le tribunal arbitral et d'attribuer à la sentence la force de la chose jugée (125). La nouvelle loi dispose que la sentence a, dés qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche (126). En matière internationale, alors que l'ancien droit édictait la même règle (127), le législateur est resté silencieux sur cette question, ce qui laisse subsister un doute quant au fait que le litige puisse encore survivre.

E- Exécution de la sentence et voies de recours : libéralisme et innovation.

32. Voies de recours - La sentence arbitrale interne n'est pas susceptible d'opposition (128). Elle est en revanche ouverte à l'appel dans un délai d'un mois devant le juge étatique sauf convention contraire des parties (129). Les cas d'ouverture, réduits par la nouvelle loi de 8 à 6, sont énumérés limitativement (130). L'ordonnance de refus d'exécution est susceptible d'appel dans un délai de quinze jours à compter du refus (131).

En matière internationale, la nouvelle loi a ouvert la voie de l'annulation uniquement pour les sentences rendues en Algérie (132). Ainsi, les sentences rendues à l'étranger sont susceptibles uniquement d'appel. Quant à l'ordonnance qui refuse la reconnaissance ou l'exécution, elle est susceptible d'appel (133) dans un délai d'un mois à compter de la signification de l'ordonnance (134) à l'exception de l'ordonnance qui accorde l'exécution d'une sentence rendue en Algérie. Celle-ci n'étant susceptible d'aucun recours (135).

33. Exécution et reconnaissance de la sentence. En matière interne, dès le dépôt de l'original de la sentence auprès du greffe de la Cour, l'exequatur est accordé soit par le président du tribunal dans le ressort duquel la sentence a été rendue (136) soit par le président de la Cour d'appel, si la sentence rendue est susceptible d'appel. Le président du tribunal compétent accorde l'exequatur dans une ordonnance sur simple requête (137). Cette décision doit être rendue dès dépôt de l'original auprès du greffe et sur demande de l'une des parties. Dans la pratique, c'est la partie au profit de laquelle la sentence a été rendue qui demande l'exequatur. En vertu de la nouvelle loi, le président du tribunal accorde l'exequatur en signant en marge de la dernière page de la sentence. Cette décision autorise le greffe à la notifier aux autres parties sous la forme d'un jugement exécutoire (138). L'effet de l'exequatur est limité aux parties liées par la convention

juge étatique est plus large dans la mesure où il contribue non seulement à la désignation de l'arbitre mais aussi à présenter les preuves et prolonger les délais, et également " pour d'autres cas " (104).

22. Mesures provisoires et conservatoires - L'ancien et le nouveau droit algérien de l'arbitrage interne n'ont pas abordé la question des mesures provisoires et conservatoires. Ceci revient sans doute à dire que ces questions relèvent, de façon évidente pour le législateur algérien, de la compétence exclusive des tribunaux étatiques (105). En matière internationale, l'ancien droit algérien permettait au tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires et conservatoires sauf convention contraire. La nouvelle loi prône la même solution (106). Le nouveau Code précise que " le tribunal arbitral, ou le juge, peut subordonner les mesures provisoires ou conservatoires à la fourniture par la partie demanderesse de sûretés appropriées " (107).

23. Suspension de l'arbitrage - En droit interne de l'arbitrage, aux termes de l'article 1021 al. 2 du NCPCA : " s'il est formé inscription de faux, même purement civile, ou s'il s'élève quelque incident criminel, les arbitres renvoient les parties à mieux se pourvoir ; les délais de l'arbitrage reprennent leur cours à dater du jugement de l'incident " (108). Cette disposition, qui ne présente pas d'équivalent en droit français mais aussi dans d'autres pays, pourrait théoriquement constituer une source inespérée pour la partie mue par des intentions dilatoires et soucieuse de retarder le processus arbitral. En matière internationale en revanche, aucune mention n'est faite quant à la possible suspension du déroulement de l'arbitrage. Les incidents criminels et le faux témoignage relèvent ainsi exclusivement de la compétence des tribunaux étatiques.

24. Procès-verbaux et enquêtes - L'ancien droit de l'arbitrage a imposé à tous les arbitres la mission de mener les actes d'instruction sauf si le compromis ne les autorise pas à commettre l'un d'eux. Le nouveau droit a adopté la même solution (109). En matière internationale, dans le silence de la nouvelle loi, c'est l'autonomie de la volonté qui prime.

25. Fin de l'instance arbitrale - En matière interne, l'arbitrage prend fin soit par une indisposition de ou des arbitre(s) (décès, refus justifié, déport, empêchement) soit par une indisposition de l'une des parties (le décès par exemple) soit encore par l'expiration du délai conventionnel ou légal, ou enfin par la perte de la chose litigieuse ou de l'extinction créance contestée (110). Dans tous les cas, le résultat reste identique : le tribunal est dessaisi et le lien d'instance disparaît.

Le fait pour l'arbitrage de prendre fin avec le décès de l'arbitre par exemple semble contestable puisque ce dernier peut tout simplement être remplacé. D'ailleurs, le même texte prévoit l'hypothèse où les parties auraient convenu de remplacer l'arbitre. Or, dans pareil cas, l'arbitrage ne devrait pas prendre fin. Par ailleurs, la nouvelle loi prévoit l'intervention du juge étatique au cas où il y aurait des difficultés dans la constitution du tribunal arbitral du fait de l'une des parties. Ainsi, l'articulation de ces dispositions semble difficilement envisageable, et l'opportunité de mettre fin à l'arbitrage dans de telles circonstances devrait être reconsidérée. En matière internationale, la nouvelle loi est restée silencieuse sur ce point, ce qui laisse légitimement croire que la volonté des parties est seule à même de décider de la date de fin de l'arbitrage.

D- La sentence arbitrale : un régime plus libéral

26. Types de sentence - Le législateur algérien avait reconnu implicitement que l'arbitre pouvait rendre des sentences partielles ou avant-dire droit en édictant que " les sentences, même celles avant-dire droit, ne peuvent être exécutoires que par ordonnance rendue par le président du tribunal " (111). En matière internationale, le tribunal arbitral pouvait émettre plusieurs types de sentences arbitrales, à savoir des sentences partielles, définitives et mixtes. La nouvelle loi a expressément consacré en matière interne, la distinction entre les sentences définitives, partielles et avant-dire droit qui ne deviennent exécutoires que sur ordonnance du président du tribunal dans le ressort duquel la sentence a été rendue (112). En matière internationale, les sentences partielles, et donc a fortiori préliminaires, et les sentences avant-dire droit, sont autorisées sauf convention contraire des parties (113). Toutefois, la solution du litige doit être rendue exclusivement et uniquement dans une sentence définitive.

27. Motivation de la sentence - La nouvelle loi exige pour l'arbitrage interne expressément la motivation de la sentence (114) contrairement à l'ancien droit qui n'avait pas érigé l'absence de motivation en une cause de nullité de la sentence. C'est la même solution qui prévaut en matière internationale où non seulement l'absence mais également l'insuffisance de motivation ferait en courir la nullité à la sentence (115).

28. Mentions obligatoires - En matière interne, la nouvelle loi a repris les mentions exigées sous l'empire de l'ancien droit et y a ajouté quelques mentions qu'elle a clairement énumérées à l'article 1028. Il s'agit de l'identité des arbitres, des parties et, le cas échéant, des représentants de ces derniers, et enfin, des dates et lieu où la sentence a été rendue (116). La sentence doit également exposer succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens (117). Elle doit en plus être signée par tous les arbitres (118).

pour statuer sur sa propre investiture (88).

Il en résulte donc que, en droit interne algérien, tout litige se rapportant à la validité de la clause compromissoire suspend l'instance arbitrale et les parties sont renvoyées pour mieux se pourvoir devant le juge étatique. Si le jugement rendu par le tribunal étatique se prononce pour la validité de la clause compromissoire, l'instance arbitrale reprend son cours. Dans le cas contraire, l'instance arbitrale est éteinte par le jugement prononçant la nullité de la clause compromissoire.

Il en va autrement en matière internationale dans la mesure où le tribunal arbitral est compétent pour statuer sur les litiges qui relèvent de sa compétence (89). Toutefois, l'exception d'incompétence doit être soulevée par les parties avant toute défense au fond à peine d'irrecevabilité. Le tribunal arbitral statue sur sa compétence par une décision préliminaire sauf si l'exception d'incompétence est liée au fond du litige (90).

C- la procédure arbitrale : une dualité confirmée entre droit interne et droit international

18. Choix de la procédure - En matière interne et sous l'empire de l'ancien droit, l'autonomie de la volonté prévalait quant au choix de la procédure à suivre sous réserve du respect des droits de la défense et de la retranscription dans un procès-verbal par les arbitres de l'instance arbitrale qui doit, en outre, contenir la signature de chacun d'eux. Dans le silence des parties, l'ancien droit algérien prônait l'application de la procédure judiciaire privée suivie devant les tribunaux étatiques. Le NCPCA algérien prône la même solution (91). Quant au principe du contradictoire, il a été expressément consacré en matière internationale puisque son inobservation par le tribunal arbitral conduit à la nullité de la sentence internationale rendue en Algérie (92).

En matière d'arbitrage international, l'autonomie de la volonté prime également sans qu'il y ait de contraintes ni de condition à respecter. La seule différence entre l'arbitrage interne et international réside dans la solution adoptée dans le silence des parties. En arbitrage interne, c'est la procédure civile qui est suivie. En arbitrage international, il revient aux arbitres de faire le choix entre un règlement d'arbitrage et une procédure étatique (93).

19. Amiable compositeur et droit applicable au fond du litige - l'amiable composition consiste en " une renonciation conventionnelle aux effets et au bénéfice de la règle de droit, les parties perdant la prérogative d'en exiger la stricte application et les arbitres recevant corrélativement le pouvoir de modifier ou de modérer les conséquences des stipulations contractuelles dés lors que l'équité ou l'intérêt commun bien compris des parties l'exige " (94). La nouvelle loi algérienne est venue cantonner la matière interne et internationale (95) à l'arbitrage en droit et a affirmé que les arbitres statuent " d'après les règles de droit " (96) se démarquant nettement du droit français (97).

Quant au droit applicable, en matière internationale, le législateur algérien a laissé aux parties la liberté de choisir le droit applicable à la procédure comme le droit applicable au fond. Ainsi, il est loisible aux parties d'opter pour un droit étranger admettant l'amiable composition pour un arbitrage se déroulant en Algérie. Il convient de souligner également le fait que le législateur algérien a intégré, aux côtés de la loi, les usages (98).

20. Délais - L'ancien droit algérien laissait aux parties la possibilité de convenir d'un délai dans lequel la sentence devra être rendue. A défaut d'accord, le délai légal était de trois mois, devenu quatre mois pour le compromis (99). Celui-ci commençait à courir à la date à laquelle les arbitres ont été désignés ou le dernier arbitre a été désigné si les parties s'en chargeaient ou à compter de la date où une décision judiciaire a été rendue désignant un des arbitres. Le point de départ retenu par la nouvelle loi en matière interne et internationale peut être soit celui de la date de désignation du dernier arbitre, soit celui de la saisine du tribunal arbitral (100).

Toujours en arbitrage interne et en arbitrage international, la prorogation est possible et reste tributaire de la volonté des parties. Si les délais légaux ou conventionnels arrivent à expiration et que les parties n'ont pas réussi à parvenir à un accord, recours est fait aux tribunaux étatiques (101). L'inobservation du délai n'est pas sans conséquence dans la mesure où un appel peut être interjeté contre le jugement ayant accordé l'exequatur ou la reconnaissance à une sentence " si le tribunal arbitral a statué sur convention expirée " (102). L'ancien droit de l'arbitrage international n'avait pas fixé de délai pour l'arbitrage, il s'en suivait que la nullité de la sentence n'était donc pas encourue en cas d'inobservation.

21. Juge d'appui - L'expression française " juge d'appui " est, on le sait, révélatrice d'un climat jurisprudentiel favorable à l'arbitrage où les juges étatiques interviennent pour soutenir et, en cas de besoin, sauver l'institution arbitrale. Avec la nouvelle loi algérienne, le juge étatique répond à ce rôle et n'est plus, au moins dans les textes, placé en état en concurrence avec les arbitres : il doit en effet offrir son support pour la constitution du tribunal arbitral si celle-ci se heurte à des difficultés (103). Toutefois, le juge étatique n'intervient plus après la constitution du tribunal arbitral, sauf dans l'hypothèse où les parties ne parviennent pas à un accord pour la prorogation du délai.

En matière internationale, le rôle du

les matières contractuelles à l'exclusion des contrats de louage de services.

11. Matières arbitrales - Le législateur algérien a exclu de l'arbitrage les litiges se rapportant à l'ordre public, aux pensions alimentaires, aux droits de succession et aux questions d'état (65), reprenant ainsi, à peu de chose près (66), les interdictions édictées dans le Code civil français (67).

B- Les arbitres : une liberté certaine.

12. désignation de l'arbitre - La nouvelle loi confirme le principe de l'autonomie de la volonté, en matière interne et internationale, quant à la désignation du ou des arbitres (68) en exigeant toutefois des parties en matière interne, à peine de nullité, de " soit désigner le ou les arbitres, soit prévoir les modalités de leur désignation "(69). En cas de difficultés, le ou les arbitres sont désignés par " le président du tribunal du lieu de conclusion du contrat ou de son exécution "(70).

En matière internationale, le législateur avait consacré le principe de validité du recours à un règlement d'arbitrage institutionnel (71). Toutefois, dans le silence des parties ou en cas de difficultés, le recours était fait au juge étatique à qui incombait de donner suite à la demande de nomination par ordonnance rendue sur requête simple (72). Cependant, le juge était soumis à une contrainte consistant à désigner un arbitre qui devait " être d'une nationalité différente de celles des parties " (73). Or, la nouvelle loi, tout en maintenant le principe de l'autonomie de la volonté, a supprimé cette contrainte, le juge pouvant désormais désigner un troisième arbitre départiteur ayant la nationalité de l'une des parties au litige. Dans le silence des parties, et en cas de difficulté pour la désignation, la révocation ou le remplacement des arbitres, la partie la plus diligente peut recourir au juge étatique indépendamment du lieu du déroulement de l'arbitrage, que ce soit en Algérie donc ou à l'étranger, sous réserve pour ce dernier qu'il soit régi par la loi algérienne (74).

13. Nombre d'arbitres - Sous l'empire de l'ancien droit, la fixation du nombre des arbitres en arbitrage interne et international (75) était laissée à la discrétion des parties. La nouvelle loi est venue apporter des précisions. Ainsi, en arbitrage interne il est expressément prévu que le nombre des arbitres doit être impair (76) tandis qu'en arbitrage international, la question n'a pas été traitée, consacrant implicitement la primauté de l'autonomie de la volonté. Ceci ne sera pas sans poser de problèmes pour les arbitrages dans lesquels le nombre d'arbitres aura été de deux ou quatre par exemple, qui sont régis par la loi algérienne, et dont la sentence devra être reconnue et exécutée en France.

14. L'arbitre personne physique ou morale - La nouvelle loi a adopté la solution prévalant en droit français selon laquelle la désignation dans une convention d'arbitrage d'une personne morale confère à cette dernière la mission de désigner le ou les arbitres, sans aller toutefois jusqu'à lui permettre d'administrer l'arbitrage comme le permet le droit français (77). La solution en arbitrage international est plus libérale dans la mesure où, la loi de l'autonomie a toute latitude pour, non seulement désigner une personne morale dans la convention d'arbitrage, mais aussi lui conférer la mission d'assumer la fonction arbitrale.

15. Acceptation par l'arbitre de sa mission - Le législateur algérien a érigé l'acceptation par l'arbitre de sa mission en une condition essentielle pour la régularité de la constitution du tribunal arbitral (78). L'éventualité du refus par l'arbitre de sa mission a été également prévue dans la nouvelle loi qui dispose que, en pareil cas, " il est remplacé par ordonnance du président du tribunal compétent " (79). Quant à l'arbitrage international, aucune disposition ne traite le sujet, ce qui laisse supposer qu'il revient aux parties de prévoir et d'organiser les conséquences d'un éventuel refus.

16. récusation ou révocation des arbitres - L'ancien droit prévoyait deux hypothèses dans lesquelles les parties pouvaient révoquer le ou les arbitre(s). Dans le premier cas, la révocation était possible si toutes les parties étaient unanimement d'accord (80), dans le second cas, si les raisons justifiant la révocation étaient survenues ultérieurement à la désignation (81). La nouvelle loi a maintenu, en matière interne et internationale, la condition du " consentement unanime des parties " (82) en abandonnant toutefois la seconde. Elle a également édicté clairement les causes et conditions de récusation de l'arbitre (83). En matière interne et internationale, la nouvelle loi envisage l'hypothèse de l'arbitre qui se sait récusable et qui a, par conséquent, l'obligation d'informer les parties et de n'accepter sa mission qu'avec leur accord (84).

Le législateur a pris soin de réaffirmer la nécessité de prévenir le tribunal arbitral et l'autre partie sans délai de la cause de récusation (85). Reprenant une solution ancienne (86), le juge étatique qui " statue par ordonnance à la requête de la partie la plus diligente " (87) examine la demande de récusation. Il convient de noter toutefois que ces causes de récusation ne sont pas d'ordre public et que par conséquent, elles peuvent être résolues entre les parties sans l'intervention du juge.

17. Compétence de l'arbitre pour statuer sur sa propre compétence - Le nouveau droit algérien a, en matière interne, rejeté deux principes phares de l'arbitrage français que sont le principe de l'autonomie de la clause compromissoire et le principe de " compétence". Selon le premier, la validité du contrat ne saurait affecter celle de la clause qui y est contenue et, selon le second, l'arbitre est compétent

des arbitres. La nouvelle loi a maintenu la distinction (42). Concernant la clause compromissoire, elle peut être contenue dans tout type de contrat (43). Dans ce cas, elle doit être rédigée par écrit et signée par les deux parties à peine de nullité. Quant au compromis, il n'est plus nécessaire de le rédiger devant les arbitres ni de le retranscrire dans un procès-verbal. (44)

En matière internationale, le décret de 1993 disposait que <<la convention d'arbitrage régit autant les litiges futurs que ceux qui sont déjà nés>> (45). Ce texte a semé la confusion quant à la question de savoir s'il restreignait l'arbitrage à un seul type de convention d'arbitrage à savoir le compromis, ou s'il y incluait la clause compromissoire. La nouvelle loi a maintenu une définition indistincte de la convention d'arbitrage incluant dans son champ "les litiges déjà nés que ceux futurs" (46). Toutefois, dans la mesure où la validité de principe de la clause compromissoire a bien été consacrée à l'article 1007 du NCPCA et ce dans tous les contrats, commerciaux, civils ou administratifs, sous quelques réserves pour ce dernier type de contrat, il est désormais permis d'affirmer que la définition de la convention d'arbitrage englobe aussi bien la clause compromissoire que le compromis.

Il convient de souligner les critères de l'internationalité de l'arbitrage désormais retenus par le législateur algérien. S'alignant sur le droit français en la matière (47), le NCPCA algérien abandonne le critère juridique relatif au domicile ou au siège à l'étranger d'au moins une des parties (48) et retient le critère économique dépassant ainsi le caractère commercial des opérations (49). Ainsi, aux termes de l'article 1039 du NCPCA : " est international, au sens du présent code, l'arbitrage qui connaît les litiges relatifs à des intérêts économiques d'au moins deux Etats ".

8. Autonomie de la clause compromissoire - La loi algérienne reste inchangée sur ce plan. Elle exclut ainsi le principe de l'autonomie de la clause compromissoire dans l'arbitrage interne et le consacre expressément dans l'arbitrage international (50).

9. Forme de la convention d'arbitrage - La nouvelle loi algérienne édicte que la clause compromissoire " doit, à peine de nullité, être stipulée par écrit dans la convention principale ou dans un document auquel celle-ci se réfère "(51). Il en découle que la forme par écrit n'est pas requise uniquement dans un but probatoire mais aussi et surtout en tant que condition de validité de la clause (52). En revanche, sur le plan international, la forme que doit revêtir la clause compromissoire, à peine de nullité, est un écrit ou " tout autre moyen de communication qui permet la preuve par écrit de son existence "(53).

Afin d'apprécier la validité formelle de la clause compromissoire en matière internationale, les parties se réfèrent à la loi de leur choix, fixée préalablement pour régir la procédure arbitrale. Ainsi, si c'est la loi algérienne qui a été choisie pour déterminer la procédure, l'écrit est obligatoire. A défaut d'un tel choix, ce sera la loi de fond choisie par les parties qui trouvera application (54). Enfin, quant aux mentions obligatoires, la clause compromissoire doit comporter, à peine de nullité, la désignation du ou des arbitres, ou au moins, le mode de désignation desdits arbitres(55). Le compromis doit, sous peine de la même sanction, désigner l'objet exact du litige et les noms des arbitres ou les modalités de leur désignation (56).

10. Personnes pouvant compromettre - La nouvelle loi a maintenu l'exigence, édictée dans le décret de 1993, de la capacité d'exercice pour compromettre, refusant de se contenter de la capacité de jouissance. C'est donc une conception encore relativement conservatrice de l'arbitrage qu'adopte le législateur algérien, entendu comme mode exceptionnel de règlement des litiges (57). Concernant les personnes morales de droit public, le principe est l'interdiction de compromettre " sauf dans leurs relations économiques internationales et en matière de marchés publics " (58). Sous l'empire de l'ancien droit, l'interdiction était absolue englobant la matière internationale. Toutefois, l'évolution des circonstances économiques a été plus forte. Ainsi, l'interdiction de compromettre a été levée graduellement en arbitrage international algérien notamment dans le domaine des hydrocarbures. Tout d'abord, en 1991, (59) en reconnaissant la possibilité de recourir à l'arbitrage dans les relations entre la SONATRACH (60) et son contractant étranger uniquement. Ensuite en 2005 (61) en étendant l'arbitrage international à l'agence nationale ALNAFT dans les litiges entre celle-ci et un contractant étranger. Toutefois, l'ordonnance du 30 juillet 2006 exclut le recours à l'arbitrage international en présence d'un différend entre la SONATRACH et ALNAFT (62). Dans cette hypothèse, le recours à l'arbitrage du Ministre chargé des hydrocarbures s'impose (63).

On rappellera ici qu'une tentative de réforme du droit français en la matière fut avortée par le Conseil constitutionnel qui, dans une décision récente (64), de façon indirecte et involontaire, s'est fait l'écho d'un courant conservateur. En effet, les Sages du Palais Royal ont censuré, pour des raisons d'ordre procédural notamment la contrariété à la constitution, l'article 40 de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, en vertu duquel le gouvernement était autorisé à prendre des ordonnances, dans les deux mois, notamment pour permettre à toutes les personnes morales de droit public de recourir à l'arbitrage, et ce, dans toutes

conciliation introduite devant les autres juridictions. C'est le mode judiciaire qui a été consacré, c'est-à-dire, dont le recours et les modalités de fonctionnement relèvent du pouvoir du juge, à l'exclusion donc de la conciliation extrajudiciaire(18). Aux termes des dispositions du NCPCA, la conciliation peut être initiée par le juge ou par les parties et ce, tout au long de l'instance(19). Il s'agit bien d'une conciliation intégrée à une instance judiciaire dans la mesure où le juge peut en être lui-même et directement à l'origine, à tout moment en cours d'instance (20), s'il la propose aux parties et que celles-ci l'acceptent. Elle peut donc être tentée aux lieu et moment que le juge estime favorables(21). La conciliation est par la suite constatée dans un procès-verbal signé par les parties, le juge et le greffier et déposé au greffe de la juridiction(22). Une fois déposé au greffe, le procès-verbal constatant la conciliation constitue un titre exécutoire. (23)

B- La médiation judiciaire strictement encadrée

4. Définition - Le législateur algérien a opté pour la médiation judiciaire excluant donc ainsi, au moins théoriquement, à la différence du droit français(24), le recours à la médiation contractuelle d'un tiers en dehors de toute instance judiciaire. La médiation judiciaire peut se définir comme étant << un mode conventionnel de règlement des litiges intervenant dans le cadre d'une instance judiciaire, par lequel le juge, saisi d'un litige et après avoir recueilli le consentement des parties, désigne un tiers chargé, sous son contrôle et contre rémunération de confronter leurs points de vue respectifs et de les aider à trouver une solution au litige qui les oppose >>(25). En droit français, elle a été institutionnalisée en 1995(26) après la consécration prétorienne par la cour de cassation qui a estimé en 1993 que la médiation << dont l'objet est de procéder à la confrontation respective des parties en vue de parvenir à un accord proposé par le médiateur, est une modalité d'application de l'article 21 NCPC>> (qui fait entrer dans les missions du juge le rôde de conciliation) (27).

5. Modalités procédurales - En droit algérien, il est fait obligation au juge d'en prendre l'initiative et de la proposer aux parties en toute matière(28). Ainsi, son champ matériel est en principe large puisqu'il englobe toutes les matières à l'exception toutefois << des affaires familiales et prud'homales et des affaires susceptibles de porter atteinte à l'ordre public>> (29). Il convient de noter qu'il s'agit d'une divergence notable avec le droit français où le droit de la famille et le droit du travail constituent les terrains de prédilection de la médiation. Par ailleurs, si les parties acceptent la proposition du juge, le tiers, qui peut être une personne physique ou une association(30), auquel est confiée cette mission, est désigné par le juge(31). Il doit satisfaire à certaines conditions édictées à l'article 998 du NCPCA relatives à sa moralité, sa capacité et sa qualité pour remplir la mission de médiateur et dont les modalités d'application sont fixées par voie réglementaire. Sa durée ne peut excéder trois mois(32), délai qui peut être renouvelé une fois à la demande du médiateur et après accord des parties(33). Le médiateur, après acception de sa mission qu'il notifie sans délai au juge, invite les parties à la première rencontre de la médiation (34). Il accomplit sa mission sous le contrôle du juge dans la mesure où ce dernier est informé de toutes difficultés susceptibles de heurter le bon déroulement de la procédure(35). Il entre dans ses pouvoirs d'entendre des tiers avec l'accord des parties et des témoins eux-mêmes. Il est par ailleurs tenu à une obligation de confidentialité à l'égard des tiers, ce qui pourrait favoriser leur participation à la procédure(36). A l'issue de sa mission, il informe par écrit le juge de ce que les parties sont ou non parvenues à trouver une solution(37). Si les parties y sont parvenues, l'accord est retranscrit par le médiateur dans un procès-verbal qui doit être signé par les parties et par lui-même(38). Enfin, le juge consacre le procès-verbal d'accord par ordonnance non susceptible de recours. Le procès-verbal devient ainsi titre exécutoire (39).

6- Devoir de secret à l'égard des parties - Il convient de souligner le silence du législateur quant à l'obligation de confidentialité qui incombe non seulement au médiateur mais également aux parties relativement aux déclarations qu'il recueille à l'occasion de la procédure ainsi entreprise. Ainsi, les parties pourraient s'abstenir d'y avoir recours si, en cas d'échec de la médiation et de reprise de l'instance ou dans une autre instance, une utilisation de leurs déclarations pourrait en être faite(40). La sauvegarde des intérêts privés des parties n'est ainsi pas garantie, ce qui pourrait être un frein à l'essor de cette institution.

II- L'arbitrage : une réforme à double vitesse

A. La convention d'arbitrage : un régime moins restrictif mais toujours dual.

7. Clause compromissoire et compromis - L'ancien droit algérien de l'arbitrage interne distinguait clairement entre la clause compromissoire (contenue dans un contrat) et le compromis (convention séparée) (41) et les soumettait par conséquent à des conditions de validité différentes. Ainsi, le compromis devait être établi devant les arbitres sous la forme d'un procès-verbal signé par les parties. Il était soumis, à peine de nullité, à l'exigence de l'écrit et devait mentionner l'objet du litige et les noms

LE NOUVEAU DROIT ALGERIEN DE L'ARBITRAGE : APPROCHE COMPAREE FRANCO-ALGERIENNE

Jalal El Ahdab (1)

1. L'arbitrage en droit algérien était régi par les dispositions du code de procédure civile de 1966 (2) qui comprenait un chapitre consacré à la matière et était largement inspiré du droit français. Clairement, ces dispositions, ainsi que le droit positif algérien, n'étaient pas à l'époque favorable à l'arbitrage. Toutefois, le législateur algérien, en réalité plus méfiant à l'égard de l'arbitrage interne, a progressivement réalisé l'importance d'offrir un cadre juridique favorable à l'arbitrage international. Déjà, le décret de 1993 (3) ayant force de loi, avait introduit de nouvelles dispositions relatives à l'arbitrage international largement influencées, d'une part, par le droit français tel qu'il résulte du décret de 1981 et, d'autre part, par la loi suisse de 1987.

La loi numéro 08/09 du 25 février 2008 (4) portant nouveau code de procédure civile et administrative (NCPCA) témoigne encore une fois de la prise en compte par le législateur algérien de la nécessité d'adapter son droit aux évolutions économiques que connait son pays dans un environnement régional et international compétitif et tendu , notamment dans le domaine des hydrocarbures. Ce processus d'adaptation a été ponctué par des interventions législatives successives. Ainsi, il y a eu tout d'abord la loi du 4 décembre 1991 (5) autorisant la SONATRACH (6), la plus importante société nationale dans le secteur de l'énergie (7), à recourir à l'arbitrage dans ses relations avec ses partenaires étrangers ; puis fût instauré le décret, déjà mentionné, du 25 avril 1993 portant réglementation de l'arbitrage international. L'avant- dernière étape se caractérise par l'adoption de la loi du 28 avril 2005 (8) telle qu'amendée par l'ordonnance du 29 juillet 2006 (9) étendant l'arbitrage à l'agence nationale pour la valorisation des ressources en hydrocarbures ALNAFT (10). Le mouvement a donc été achevé (pour l'heure) par la loi du 25 février 2008, ici commentée (11). Cette accélération législative n'est évidemment pas étrangère à la part considérable occupée par le secteur énergétique dans l'économie nationale: la valeur des explorations de produits pétroliers de l'Algérie, qui a plus que quadruplé en l'espace de 4 ans, atteint en effet la somme de 44 milliards dollars américains en 2007 (12) et peut à elle seule illustrer l'importance des enjeux économiques liés aux éventuels litiges résultant de la manne pétrolière. De plus, la conférence extraordinaire des pays de l'OPEP à Oran (13) rappelle avec acuité la place qu'occupe désormais l'Algérie dans ce domaine, et partant, l' importance pour elle de se doter d'un régime juridique emprunt de modernité et de flexibilité dans le règlement des litiges internationaux auxquels l'Etat algérien (ou une entité algérienne) est susceptible d'être partie.

2. Le législateur algérien ne s'est toutefois pas contenté de réformer son système: il innove également en introduisant un nouveau pan au droit judiciaire algérien en y intégrant des modes alternatifs de règlement des conflits (MARC) que sont la médiation et la conciliation, modes jusqu'à présent quasi-inconnus du droit algérien. A l'heur où la médiation émerge sur le plan communautaire comme une alternative au règlement contentieux des conflits (14), cette réforme algérienne est de bon augure pour la future coopération et la cohésion entre les membres du futur espace de l'Union pour la Méditerranée (15), mais aussi, plus proche encore de nous, entre l'Algérie et la France.

Ainsi, les MARCs mériteront ils un développement sommaire afin de mettre en relief leur application en droit algérien tel que l'a voulue le législateur (I). Par ailleurs, sur le plan de l'arbitrage stricto sensu, on soulignera bien évidemment les principaux apports de cette nouvelle loi, en s'attachant à comparer les anciennes et nouvelles dispositions du droit algérien d'un côté, et les dispositions du droit algérien et celles du droit français, de l'autre(16), et ce, afin de placer cette réforme dans une véritable perspective comparatiste (II).

I- Modes alternatifs de règlement des litiges : la consécration législative de la conciliation et la médiation.

A- La conciliation judiciaire timidement reconnu

3. Aperçu global- La conciliation introduite par le législateur algérien est décrite, à l'instar du droit français, de façon très sommaire puisqu'à peine cinq articles lui sont consacrées. Toutefois, le droit français, contrairement au nouveau droit algérien, prévoit des modalités procédurales pour la tentative préalable de conciliation entreprise devant le Tribunal d'instance(17) qui, par analogie, sont transposables à toute

sommes convaincus, à son applicabilité sur le terrain et aussi au climat de tension qui en naîtrait.

L'obligation de faire traduire les pièces et documents devient ainsi une condition préalable à toute action en justice. Il faudra d'abord aller devant le traducteur avant de s'adresser au greffe de l'enrôlement. Or le nombre des traducteurs est insignifiant et leur compétence à traduire le droit sans en altérer le sens l'est tout aussi. Mais les effets pervers de cette disposition sont aussi ailleurs et touchent la matière même du droit. L'article 8 alinéa 2 peut à lui seul mettre en échec le mécanisme sinon la vie de certaines procédures dont l'objectif est justement de parer à l'imminence d'un litige. Nous pensons notamment aux procédures de référé. L'exemple est simple, voilà un justiciable en possession d'un stock de documents en version française et qui doit saisir le juge des référés pour les faire reconnaître et obtenir le règlement de son litige dans les meilleurs délais comme nous dit l'article 299/2. Où en serons-nous par rapport à cette obligation de recourir au traducteur. Plus inextricable encore lorsqu'il s'agira d'extrême urgence et que le juge doive statuer d'heure à heure. Peut-on alors concilier entre le devoir du juge de juger conformément aux textes qui régissent la matière et cette obligation issue de l'article 8. Nous citons l'exemple des procédures d'urgence, c'est le plus illustrant des difficultés à venir. Nous pouvons en citer d'autres mais nous devons surtout nous interroger sur l'opportunité d'une telle obligation. Certains commentateurs autorisés ont décrété la difficulté banale. Nous le saurons bien. En attendant nous constatons qu'en Algérie et dans le domaine de la justice on persiste toujours à faire les choses vite et mal.

* Avocat au Barreau de Sétif

Marges:

(1) voir Ramdane Babagji , Désarroi bilingue : note sur le bilinguisme en Algérie, in Droit et société 15-1990 , p. 207-217.

(2) Jamel Zenati , l'Algérie à l' épreuve de ses langues et de ses identités : histoire d'un échec répété , mars 2004 , p. 137-145.

Note sous l'article 8 du nouveau code de procédure civile

Bendaoud Talal *

Introduction

Comme si le législateur algérien n'a pas encore réglé la question de la langue du droit ou plus singulièrement cette question récurrente de l'arabisation du droit et de la justice , voilà qu'il revient , à la surprise du plus grand nombre et d'entre eux les praticiens du droit notamment, dans un article 8 du nouveau code procédure civile , déclarer dans une forme de solennité absolue et pour la énième fois que l'arabe est bien la langue des prétoires. Mais par delà la volonté du législateur de donner une dimension idéologique sinon même identitaire, ce sont les difficultés qui découlent de l'application de cette disposition qui sont à déplorer. Difficultés insurmontables pour le justiciable, désarroi des professionnels du droit. Dans cette note succincte, car la question mérite d'autres développements, nous essaierons de souligner le caractère redondant du texte, et son inutilité à l'évolution de la justice de notre pays (1).

A. - Ainsi l'article 8 alinéa 1er dispose que les procédures et actes judiciaires tels que les requêtes et mémoires doivent , à peine d'irrecevabilité , être présentés en langue nationale , que les débats et les plaidoiries s'effectuent en langue arabe , et l'alinéa 3 d'ajouter que les décisions sont rendues en langue arabe , sous peine de nullité soulevée d'office par le juge .

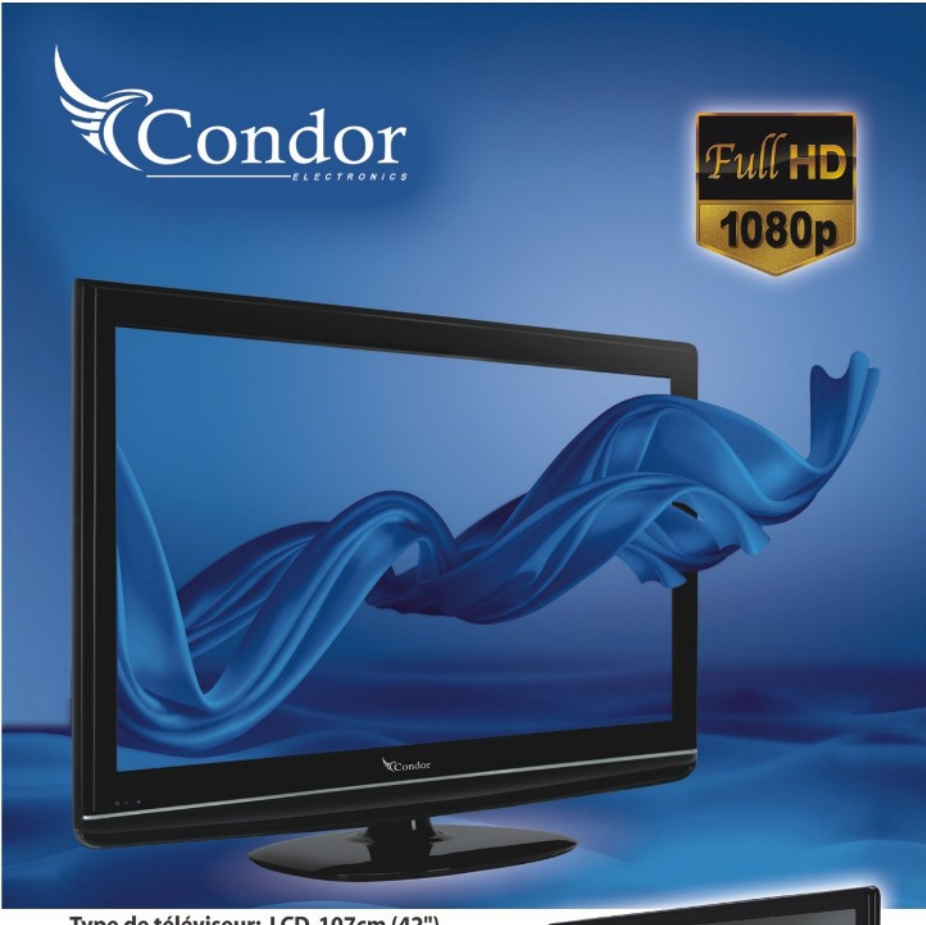
Quel est le juge qui oserait rendre une décision dans une langue autre que l'arabe, et en a-t-il les moyens ! Avons-nous besoin d'une telle recommandation dans un code de procédure civile ! En avons-nous encore besoin aujourd'hui dans nos rapports avec l'institution judiciaire. L'administration de la justice a été l'une des premières à s'engager dans le processus de l'arabisation. Les ordonnances n° 66-154 et 66-155 portant respectivement les codes de procédure civile et pénale avaient commencé par reconnaître une place à la langue arabe, mais c'est surtout le décret du 27 juin 1971 qui a rendu la langue arabe seule autorisée.

La référence à la langue arabe est également soulignée quand il s'agit de régir le fonctionnement des organes juridictionnels : le préambule du premier statut de la magistrature de 1969 déclare dans un de ses considérants que la justice est un attribut de la souveraineté du peuple et qu'elle est rendue en son nom et dans sa langue nationale. La loi n° 80-05 du 1er juillet mars 1980 relative à la cour des comptes précise aussi que les débats de la cour des comptes et la publication de ses arrêts s'effectuent en langue nationale , et la loi 90-32 du 4 décembre 1990 relative à l'organisation et au fonctionnement de la cour des comptes qui a abrogé la première précise bien dans son article 2 que l'ensemble des travaux, décisions et délibérations de la cour des comptes ont lieu en langue nationale . Enfin la loi n° 91-05 du 16/01/1991 sur la généralisation de l'utilisation de la langue arabe est venue pour faire aboutir ce long processus d'arabisation. L'article 7 de cette loi est ainsi rédigé : Les requêtes, les consultations et les plaidoiries au sein des juridictions sont en langue arabe, l'alinéa 2 ajoute que les décisions de justice et les jugements, les avis et les décisions du conseil constitutionnel et de la cour des comptes, sont rendus ou établis dans la seule langue arabe. Tout est dit dans ces deux alinéas et rien ne semble y échapper. Avant cela, le ministère de la justice a diffusé une circulaire au mois de juin 1989 dont l'objet est la généralisation de la langue nationale et la promotion de son utilisation à l'intérieur de l'appareil judiciaire. Mais il faut signaler au passage que cette circulaire est sans doute intervenue après qu'un arrêt de la chambre administrative de la cour suprême jugeât que la rédaction d'une décision en langue étrangère n'altère en rien sa validité. La témérité de cet arrêt de la justice administrative a donc vécu. Un ensemble de lois et de textes réglementaires ont ainsi consacré l'arabe dans son rôle de langue du droit et cela bien avant l'arrivée de cet article 8 du nouveau code de procédure. Alors s'agit-il d'une erreur de méthode ou tout simplement dans une démarche inconsidérée de réappropriation identitaire (2).

B. Les documents et pièces doivent, à peine d'irrecevabilité, être présentés en langue arabe ou accompagnés d'une traduction officielle nous dit par ailleurs l'alinéa 2 de l'article 8 :

C'est l'alinéa monstre de tout le code de procédure civile, celui sur lequel devront butter ceux et celles qui entendent porter leurs différends devant les instances judiciaires, en un mot tous les plaideurs.

Les initiateurs de ce bout de texte n'ont pas pensé un seul instant, nous en



Type de téléviseur: LCD, 107cm (42")

Couleur noir (High glossy),
Format d'image: Widescreen 16:9 (1920*1080),
Balayage progressif (Progressive scan),
Temps de réponse 8ms,
Compatible HDTV,sortie SPDIF,
Puissance des enceintes: 2x7W.

Full HD HDMI™ (HDCP)

Téléphone: +213 (0)35 689 689

www.condor.dz

GARANTIE 24 MOIS

مجموعة بن حمادي
Groupe Benhamadi
Antar Trade
Certifiée ISO 9001: 2000

S.A.R.L Group Benhamadi - Antar Trade "Condor"
Zone d'Activité route de M'Sila ilôt 70 section 161
Bordj Bou Arréridj 34000 - Algérie
Tél. +213 (0)35 67 68 30/ - Fax. +213(0)35 67 68 48

AFAQ ISO 9001

Bulletin de l'AVOCAT

Bulletin périodique édité par l'Ordre des Avocats de Sétif N° 09 - Mai 2009 -

- Editorial.
- Le nouveau droit algérien de l'arbitrage...
- Note sous l'article 8 du CPCA
- Allocution du Bâtonnier au séminaire de Boussaada
- Recommandations du séminaire de Boussaada
- Axes du séminaire Bejaia juin 2009 ...
- Délibérations Conseil de l'Union des Avocats ...
- L'arbitrage et le contentieux administratif.
- Contrôle juridictionnel sur la procédure arbitrale...
- La médiation judiciaire
- Conciliation et médiation...
- Compétence et Propriété intellectuelle...
- Protection pénale du droit de garde.
- L'application le la législation du travail.
- L'état de nécessité en D.P.A.
- De la fin du Wakf...
- Jurisprudence de la cour suprême.