نشرة المحامي

دورية تصدر عن منظمة المحامين سطيف عدد 13 - ديسمبر 2010 -

نشـرة المحامـي

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 أولى: بن غذفة لبنى

مساعدة حجز ثانية: عرقوب لامية

في هذا العدد

التقرير الأدبي الجمعية العامة.....01

مداولة المصادقة على التقرير الادبي و المالي.....08

مبادىء أساسية بشأن دور المحامي.....09

من يصغي الينا بوعي و تدبر.....12

الحماية الجزائية للعلامة من خطر التقليد.....18

أحكام الخلع في التشريع الجزائري و الفقه الاسلامي....27

محافظ الحكومة و محافظ الدولة في نظام القضاء.....34

البيع بأسعار مخفضة تعسفيا.....40

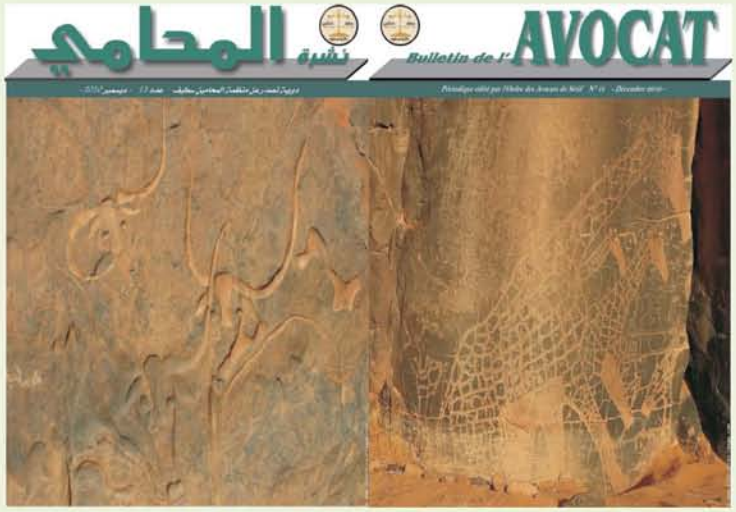
الضوابط القانونية و الاجراءات الجزائية للعقود.....43

ملاحظات على بعض مواد قانون الاجراءات.....47

من اجتهادات المحكمة العليا.....50

أهم النشرات في الجريدة الرسمية.....62

Chronique d'une justice mal rendue.....68



موضوع الصور:

جداريات الطاسيلي

Thème des illustrations:

Fresques du Tassili

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

اتحـاد منظمـات المحاميـن الجزائريـيـن
منظمـة المحاميـن سطيـف قصـر العدالـة
هاتف: 036.84.56.67 فاكس: 036.84.56.67
ordre.setif@gmail.com www.avocat-setif.org

التقريـــــر الأدبـــي

الجمعيـــة العامـة العاديـة 27/11/2010

بسم الله الرحمان الرحيم
و الصلاة و السلام على النبي الكريم

زميلاتي - زملائي

يسعدني باسم مجلس المنظمة و تطبيقا للمادة 33 من قانون تنظيم المهنة أن أقدم لكم التقرير الأدبي عن نشاط مجلس المنظمة للسنة القضائية المنصرمة.

أولا: النشاط العادي لمجلس المنظمة

ان مجلس المنظمة خلال السنة القضائية المنصرمة عقد اجتماعاته الدورية العادية سواءا بمقر المنظمة او بالمندوبيات التابعة لها و تداول في جميع المسائل ذات الصلة باختصاصاته متطرقا لانشغالات الزملاء المحامين لايجاد الحلول المناسبة لها حتى يستطيع المحامي أداء رسالته في ظروف جيدة و مقبولة.

و في هذا الصدد فان مجلس المنظمة حدد العلاقة التي يجب أن تكون قائمة بين هيئة الدفاع من جهة و الجهات القضائية من جهة ثانية التي يجب أن يسودها الاحترام لهيئة الدفاع و ذلك من أجل تكريس حقوق الدفاع وتقويتها احتراما لحق المواطن في الدفاع المكرسة دستوريا.

ان مجلس المنظمة عقد اجتماعات دورية مع مسؤولي المجالس القضائية الأربعة "مجلس قضاء سطيف، و بجاية، برج بوعريريج و المسيلة" من أجل مناقشة انشغالات المحامين في علاقتهم بكتابة الضبط و بالجهات القضائية المختلفة.

ان هذه الاجتماعات التي تم عقدها مع الجهات القضائية المختلفة تهدف الى تذليل مختلف العراقيل و العقبات التي تواجه المحامي في أداء مهامه اليومية لايجاد الحلول المناسبة لها.

لكن لحد الآن فإن مجلس المنظمة مازال يسجل بعض العراقيل التي تواجه المحامي في أداء مهامه مع السلطات القضائية منها على وجه الخصوص:

1- التأجيلات في القضايا المدنية بصفة عامة و التي عادة ما تكون لأسبوع واحد الأمر الذي ترتب عنه مساسا خطيرا بحقوق الدفاع لأن هذه المدة غير كافية للمحامي للتعقيب على المذكرات و الاطلاع على الوثائق والمستندات، مما يجعل من مهنة المحامي شبه مستحيلة حتى يؤدي رسالته على الوجه الكامل.

2- ان ايداع الوثائق و المستندات و سحبها من كتابة الضبط شكل عبئا جديدا على المحامي نظرا للوقت الذي تستغرقه هذه العملية،

لذا فإنه من المتعين التمسك بايداع الوثائق بالجلسة مرفقة بعريضة التعقيب.

3- ان المحامي مازال يلاقي عراقيل جمة في الاطلاع على الملفات الجزائية بالمصالح القضائية مما أدى الى عرقلة أداء مهامه و ضمان الدفاع عن حقوق المتقاضي.

4- في المادة الجزائية: فإن مجلس المنظمة يسجل بأسف شديد انتهاك لحقوق الدفاع في المرافعة الجزائية و ذلك بعدم اعطاء الوقت الكافي للمحامي للدفاع عن موكله مما جعل معظم القضايا الجزائية تمر في عجالة دون التدقيق و التفصيل الكافي من أجل محاكمة عادلة تحفظ حقوق المتقاضي و تحفظ قرينة البراءة.

وخلاصة القول: بخصوص هذه النقطة فإنه يتعين تذكير من يهمه الأمر بأن عرقلة المحامي هو عرقلة للمتقاضي في احترام حقوقه أمام القضاء لأن حق الدفاع الدستوري هو في الاساس مقرر للمتقاضي و ليس امتياز للمحامي.

ثانيا: التربص

ان سير التربص للدفعة الحالية تم على أكمل وجه و على ما يرام، بحيث أن جميع زملائنا المتربصين تلقوا خلال فترة التدريب تكوينا عمليا كافيا سواءا أثناء الندوات الشهرية التي تم عقدها بمقر المنظمة و التي تمركزت حول أخلاقيات المهنة أو المواضيع القضائية أو خلال ورشات التدريب الاسبوعية التي تناولت مواضيع عملية و تطبيقية.

ان تكوين المحامي المتدرب له أهمية قصوى لأنه زميل الغد و بتكوينه الجيد يستطيع أن يقتحم الحياة القضائية العملية دون ارتكاب أخطاء.

ان فترة التدريب لزملائنا المتدربين انتهت و ان مجلس المنظمة تداول في انهاء التربص بالنسبة للزملاء المتربصين التابعين لمجلس

قضاء بجاية أما المتدربين الآخرين التابعين للمجالس الأخرى فإن مجلس المنظمة سوف يعقد اجتماع في القريب العاجل لاتمام دراسة ملفات باقي المتدربين و التداول في شأنهم و انهاء التدريب لباقي المحامين المتدربين.

ثالثا: المجلة

ان مجلتنا التي هي الآن في عددها الثالث عشر "13" عرفت تقدما كبيرا بالنظر الى البحوث و المواضيع التي تناولتها و كثافتها و الاجتهادات القضائية التي تزخر بها و أصبحت بالفعل أداة مهمة للتكوين و التواصل بين المحامين.

ان مجلس المنظمة في هذا الخصوص يسجل بأنه وفّى بعهده في توزيع هذه المجلة بصفة دورية لجميع المحامين مع العلم بان ميزانية المنظمة تتحمل جزء مهم من تكاليف طبعها حتى يتم توزيعها لجميع الزميلات و الزملاء.

ان مجلتنا مدعوة للاستمرار و التنوع و التحسن في الاخراج حتى تكون أكثر جاذبية و تكون في خدمة المحامي لأداء مهامه على أكمل وجه.

رابعا: التضامن

ان التضامن في نقابتنا أصبح حقيقة قائمة و لها طابع مؤسساتي ذلك أن مجلس المنظمة تداول في العديد من حالات بعض الزميلات و الزملاء و قدم لهم اعانات مالية نظرا لوضعيتهم الاجتماعية التي كانت تستوجب تقديم هذه الاعانات للتخفيف من آلام مصابهم.

خامسا: انشاء منظمة بجاية

ان الحدث الهام خلال السنة القضائية المنصرمة هو انشاء منظمة للمحامين مستقلة لزملائنا في مجلس قضاء بجاية.

و بهذه المناسبة فإنني أهنىء جميع الزميلات و الزملاء التابعين لمجلس قضاء بجاية على هذا الانجاز الهام و المكسب الكبير الذي تم تحقيقه بصعوبة كبيرة وبجهود جبارة بذلها مجلس المنظمة و النقيب.

و في نفس الوقت الذي أعرب فيه عن تهاني لزملائنا بمجلس قضاء بجاية بتأسيس نقابتهم المستقلة، فإنني أعرب كذلك عن حزني لفراق هؤلاء الزملاء الذين عرفناهم بسمو خلقهم و استقامتهم و شجاعتهم في الدفاع عن المهنة و قد عشنا معهم لحظات تاريخية سعيدة من خلال الملتقيات التي نظمها مجلس المنظمة في بجاية و التي تمثل صفحة تاريخية من أمجاد منظمتنا العتيدة.

لكن مما يقلل من وطىء هذا الفراق هو بقاؤنا في اطار مهنة واحدة متعاونين و متساندين و متضامنين في اطار روح الزمالة و الأخوة.

سادسا: التحديات المستقبلية التي يواجهها المحامي

ان مهنة المحاماة مهنة الشرفاء و الدفاع عن الحق، هي الآن ليست بخير، فواقعها مؤلم و مستقبلها غامض و تتربص بها تحديات كبيرة مستقبلا. و من أجل رفع هذه التحديات لابد من الوحدة و التضامن و الرؤية السديدة و قراءة جيدة للحاضر و المستقبل.

ان عدد المحامين في تكاثر مستمر، و مستوانا المهني في تراجع وتدهور، و دورنا في المجتمع أصبح مشوها و منحصر. و أهم التحديات التي يواجهها المحامي اليوم تتمثل في أمرين خطيرين:

الامر الأول: مشروع قانون المهنة

ان مشروع قانون المهنة هو القانون الوحيد الذي لم يرى النور بعد 12 سنة من البدء في مناقشته.

ان هذا التأخر يرجع بالأساس الى محاولة وزارة العدل اعداد

مشروع قانون جديد يؤدي ببساطة الى التضحية بالمكتسبات التي حققها المحامي في ظل القانون الحالي و الذي يجعل من المحاماة مهنة حرة و مستقلة و تضمن الحقوق والحريات العامة و تدافع عن استقلالية القضاء.

ان المشروع الحالي الذي تم مناقشته من طرف مجلس الاتحاد مع وزارة العدل و رغم تحفظنا على بعض بنوده فإنه مشروع جيد لو تم اعتماده كما هو، لأنه نص في مضمونه على حرية المهنة و استقلاليتها و حصانة المحامي و حمايته و طرق الانتساب للمهنة التي تخضع للمسابقة و التكوين الجيد.

لكن مع الأسف الشديد فإن هناك جهات مازالت تعمل جاهدة من أجل عرقلة هذا المشروع من أجل إضعاف هيئة الدفاع و المحامي.

ان هذا التصور لحقوق الدفاع هو تصور سلبي و خاطىء لأن اضعاف المحامي هو اضعاف للمتقاضي في حقه الدستوري للدفاع عن حقوقه و حرياته وهو بالنتيجة إضعاف للسلطة القضائية و استقلالها.

الأمر الثاني:

ان التحدي الثاني الذي يواجه المحامي اليوم هو تلك التشريعات التي صدرت و التي سوف تصدر، دون اشراك هيئة الدفاع و التي تضرب حقوق المتقاضي في الصميم و هي على سبيل المثال:

1- قانون الاجراءات المدنية و الادارية:

لقد صدر قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجديد و هو الآن حيز التطبيق. ان هذا القانون و الذي لم يتم اشراك المحامين في اعداده ترتب عن تطبيقه غلق باب التقاضي في وجه المواطن بواسطة شكليات غير مبررة و بتكاليف باهضة أحبط عزيمة المتقاضين و المحامين في اللجوء للقضاء و كأن الغاية من هذا القانون ليست تحقيق العدالة و ضمان حق المواطن في اللجوء للقضاء بل غلق باب العدالة في وجهه، و انكار لكل مبادىء مجانية التقاضي.

ان هذا القانون ضرب مفهوم إصلاح العدالة في الصميم لذا فإنه يتعين وعلى وجه الاستعجال تعديل بعض بنوده لاعادة التوازن و الاستقرار للجهاز القضائي.

2- مشروع تعديل قانون الاجراءات الجزائية

ان وزارة العدل حاليا ليست لها سياسة جزائية متكاملة و قد لجئت في العديد من المرات الى اجراء تعديلات جزئية لقانون الاجراءات الجزائية. لكن المشروع الذي يجري الحديث عنه هذه الأيام ينطوي على تغييرات حظيرة و جوهرية و تمس بالدستور و الحقوق الاساسية للمواطن و حرياته.

أ- حول مشروع اصلاح محكمة الجنايات

ان المشروع الحالي لاصلاح محكمة الجنايات حتى و ان احتوى على جانب ايجابي و هو تأسيس الطعن بالاستئناف في الحكم الجنائي، إلا أنه يتضمن الاستغناء عن المحلفين الشعبيين في تشكيلة محكمة الجنايات الأمر المخالف للمكاسب التي حققها المتقاضي بوجود

محلفين شعبيين حتى بعد انتقاص عددهم لما في ذلك من ضمانة لاستقلالية الحكم الجنائي.

ان مشكل محكمة الجنايات لا يكمن في المحلفين، إذ كان يتعين تحديد شروط الثقافة في اختيار المحلفين، بل يكمن في تدعيم عدد المحلفين لضمان استقلالية أكثر لجهاز القضاء عند صدور الحكم الجنائي.

ب- الحد من حق المتقاضي في الطعن بالنقض

ان نفس الخطأ الذي تم ارتكابه في إعداد قانون الاجراءات الادارية والمدنية يراد تكراره في تعديل قانون الاجراءات الجزائية للحد من حق المتقاضي في الطعن بالنقض بحجة تكاثر عدد القاضيا أمام المحكمة العليا.

ان التعديل المقترح يتعارض مع الدستور في مادته 151/ف2 والمادة 152 التي تجعل من المحكمة العليا أعلى سلطة قضائية لمراقبة شرعية الأحكام و القرارات القضائية.

فإذا كنا نمنع المتقاضي من سلوك طريق الطعن بالنقض فكيف يمكن للمحكمة العليا أن تراقب شرعية الأحكام و القرارات القضائية.

ان هذا المشروع يمس في الصميم بحقوق المواطن في اللجوء للعدالة وسلوك الطعن بالنقض للاحكام و القرارات القضائية لمراقبتها من طرف هيئة عليا من أجل التطبيق السليم للقانون.

ان تكاثر عدد الطعون بالنقض بالنقض أمام المحكمة العليا يرجع بالأساس إلى رداءة الأحكام و القرارات القضائية و يرجع كذلك الى تكاثر عدد السكان و كثرة المظالم و انعدام العدالة الاجتماعية الأمر الذي أدى بالمواطن الى اللجوء الى الملاذ الأخير و هو القضاء، و الذي يجري التفكير حاليا في غلقه في وجه المتقاضي.

ومن أجل رفع هذه التحديات فإن قوتنا تكمن في وحدتنا وفي تضامننا للدفاع عن شرف المهنة و حق الدفاع من المخاطر المحدق به.

و في الختام فإنني أتوجه بالشكر الجزيل لجميع الزميلات و الزملاء الذين قدموا لنا يد المساعدة في أداء مهام هذا المجلس الذي سهر خلال هذه السنة القضائية على الاستقرار داخل المنظمة و على حماية و الدفاع عن المصالح المادية و المعنوية لجميع الزميلات و الزملاء المحامين.

السلام عليكم و رحمة الله تعالى و بركاته

و الله ولي التوفيق

عن مجلس المنظمة

النقيب أحمد ساعي

زيارة المجاملة للسيد والي ولاية سطيف

لمقر منظمة المحامين سطيف

بمناسبة افتتاح السنة القضائية 2010-2011

اتحـاد منظمـات المحاميـن الجزائريـيـن
منظمـة المحاميـن سطيـف قصـر العدالـة
هاتف: 036.84.56.67 فاكس: 036.84.56.67
ordre.setif@gmail.com www.avocat-setif.org

مستخـرج من مداولات الجمعية العامة

المنعقدة بتاريخ: 27/11/2010

- إن الجمعية العامة السنوية العادية المنعقدة بقاعة الحفلات بسطيف يوم السبـت 27/11/2010 على الساعة العاشرة صباحا برئاسة السيد النقيب.

- وبعد اكتمال النصاب القانوني لانعقاد الجمعية العامة طبقا للمادة 34 من قانون تنظيم مهنة المحاماة.

- وبعد الاستماع إلى التقرير الأدبي المقدم من طرف السيد النقيب.

- وبعد الاطلاع على التقرير المالي المقدم من قبل عضو المجلس أمين المال الأستاذ: بورماني توفيق رياض.

- وبعد المناقشة العامة.

- وبعد الاطلاع على المواد 33 - 34 و 35 من قانون تنظيم مهنة المحاماة.

قـررت ما يلـي:

أولا: المصادقة على التقرير الأدبي المقدم من طرف السيد النقيب.

ثانيـا: المصادقة على التقرير المالي المقدم من قبل امين المال.

ثالثا: تبلغ هذه المداولات لوزارة العدل طبقا للمادة 35 من قانون تنظيم مهنة المحاماة وتنشر وتعلق في جميع مقرات المنظمة.

عـن الجمعيـة العامـة

النقيـب

أحمـد سـاعـي

وثيقة

مبادئ أساسية بشأن دور المحامين

اعتمدها مؤتمر الأمم المتحدة الثامن لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المعقود في هافانا من 27 آب/أغسطس إلى 7 أيلول/سبتمبر 1990 *

حيث أن شعوب العالم تؤكد في ميثاق الأمم المتحدة، بين أمور أخرى، عزمها على إيجاد ظروف يمكن في ظلها الحفاظ على العدل، وتعلن أن أحد مقاصدها هو تحقيق التعاون الدولي في تعزيز وتشجيع احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية بلا تمييز بسبب العنصر أو الجنس أو اللغة أو الدين.

وحيث أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان يجسد مبادئ المساواة أمام القانون، وافتراض البراءة، والحق في محاكمة عادلة وعلنية أمام محكمة مستقلة ومحايدة، وفي جميع الضمانات اللازمة للدفاع عن كل شخص توجه إليه تهمة جنائية.

وحيث أن العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية يعلن، بالإضافة إلى ذلك، الحق في المحاكمة بدون تأخير لا موجب له والحق في محاكمة عادلة وعلنية أمام محكمة مختصة ومحايدة تشكل طبقا للقانون.

وحيث أن العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية يشير إلى التزام الدول، بمقتضى ميثاق الأمم المتحدة، بتعزيز الاحترام العالمي لحقوق الإنسان والحريات والعمل بها.

وحيث أن مجموعة المبادئ الخاصة بحماية جميع الأشخاص الذين يتعرضون لأي شكل من أشكال الاحتجاز أو السجن تنص على أن الشخص المحتجز له الحق في الحصول على المساعدة القانونية من المحامين والاتصال بهم والحصول على مشورتهم.

وحيث أن القواعد الدنيا النموذجية لمعاملة السجناء توصي بضمان توفير المساعدة القانونية والاتصال بالمحامين في إطار من السرية للسجناء الذين لم يحاكموا بعد.

وحيث أن الضمانات التي تكفل حماية من يواجهون عقوبة الإعدام تؤكد من جديد حق أي شخص مشتبه في ارتكابه جريمة يمكن أن تكون عقوبتها الإعدام أو متهم بارتكابها في الحصول على مساعدة قانونية كافية في كل مراحل المحاكمة، وفقا للمادة 14 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

وحيث أن إعلان مبادئ العدل الأساسية المتعلقة بضحايا الإجرام وإساءة استعمال السلطة يوصي بتدابير تتخذ على الصعيدين الدولي والوطني بغية تحسين فرص استعانة ضحايا الجريمة بالعدالة وحصولهم على معاملة منصفة، ورد حقوقهم وتعويضهم ومساعدتهم.

وحيث أن الحماية الكاملة لحقوق الإنسان والحريات الأساسية المقررة لجميع الأشخاص، اقتصادية كانت أو اجتماعية أو ثقافية أو مدنية أو سياسية، تقتضي حصول جميع الأشخاص فعلا على خدمات قانونية يقدمها مهنيون قانونيون مستقلون.

وحيث أن للرابطات المهنية للمحامين دورا حيويا في إعلاء معايير المهنة وآدابها وحماية أعضائها من الملاحقة القضائية والقيود والانتهاكات التي لا موجب لها، وفي توفير الخدمات القانونية لكل من يحتاج إليها، والتعاون مع المؤسسات الحكومية وغيرها في تعزيز أهداف العدالة والمصلحة العامة، ينبغي للحكومات، في إطار تشريعاتها وممارساتها الوطنية، أن تراعى وتحترم المبادئ الأساسية بشأن دور المحامين، الواردة أدناه، التي صيغت لمساعدة الدول الأعضاء في مهمتها المتعلقة بتعزيز وتأمين الدور السليم للمحامين، وينبغي أن تطلع عليها المحامين وغيرهم من الأشخاص مثل القضاة ووكلاء النيابة وأعضاء السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية، والجمهور بوجه عام. وتنطبق هذه المبادئ أيضا، حسب الاقتضاء، على الأشخاص الذين يمارسون مهام المحامين دون أن يكون لهم المركز القانوني للمحامين.

إمكان الاستعانة بالمحامين والحصول على الخدمات القانونية

1- لكل شخص الحق في طلب المساعدة من محام يختاره بنفسه لحماية حقوقه وإثباتها، وللدفاع عنه في جميع مراحل الإجراءات الجنائية.

2- تضمن الحكومات توفير إجراءات فعالة وآليات قادرة على الاستجابة تتيح الاستعانة بالمحامين بصورة فعالة وعلى قدم المساواة لجميع الأشخاص الموجودين في أراضيها والخاضعين لولايتها، دون تمييز من أي نوع، كالتمييز بسبب العنصر أو اللون أو الأصل العرقي أو الجنس أو اللغة أو الديانة أو الرأي السياسي أو أي رأى آخر أو الأصل القومي أو الاجتماعي أو الملكية أو المولد أو أي وضع اقتصادي أو غير اقتصادي.

3- تكفل الحكومات توفير التمويل الكافي والموارد الأخرى اللازمة لتقديم الخدمات القانونية للفقراء ولغيرهم من الأشخاص المحرومين، حسب الاقتضاء، وتتعاون الرابطات المهنية للمحامين في تنظيم وتوفير الخدمات والتسهيلات وغيرها من الموارد.

4- تروج الحكومات والرابطات المهنية للمحامين للبرامج التي تستهدف إعلام الجمهور بحقوقه وواجباته بمقتضى القانون، وبدور المحامين الهام في حماية حرياته الأساسية. وينبغي إيلاء عناية لمساعدة الفقراء وسائر المحرومين بغية تمكينهم من تأكيد حقوقهم، وإذا لزم الأمر، طلب مساعدة من المحامين.

ضمانات خاصة في مسائل العدالة الجنائية

5- تضمن الحكومات قيام السلطة المختصة، فورا، بإبلاغ جميع الأشخاص بحقهم في أن يتولى تمثيلهم ومساعدتهم محام يختارونه لدى إلقاء القبض عليهم أو احتجازهم أو سجنهم، أو

لدى اتهامهم بارتكاب مخالفة جنائية.

6- يكون للأشخاص الذين ليس لهم محامون الحق في أن يعين لهم محامون ذو خبرة وكفاءة تتفق مع طبيعة الجريمة المتهمين بها، ليقدموا إليهم مساعدة قانونية فعالة، وذلك في جميع الحالات التي يقتضي فيها صالح العدالة ذلك، ودون أن يدفعوا مقابلا لهذه الخدمة إذا لم يكن لديهم مورد كاف لذلك.

7- تكفل الحكومات أيضا لجميع الأشخاص المقبوض عليهم أو المحتجزين بتهمة جنائية أو بدون تهمة جنائية، إمكانية الاستعانة بمحام فورا، وبأي حال خلال مهلة لا تزيد عن ثمان وأربعين ساعة من وقت القبض عليهم أو احتجازهم.

8- توفر لجميع المقبوض عليهم أو المحتجزين أو المسجونين فرص وأوقات وتسهيلات تكفى لأن يزورهم محام ويتحدثوا معه ويستشيروه، دونما إبطاء ولا تدخل ولا مراقبة، وبسرية كاملة. ويجوز أن تتم هذه الاستشارات تحت نظر الموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين، ولكن ليس تحت سمعهم.

المؤهلات و التدريب

9- تكفل الحكومات والرابطات المهنية للمحامين والمؤسسات التعليمية توفير تعليم وتدريب ملائمين للمحامين، وتوعيتهم إلى المثل والواجبات الأخلاقية للمحامين وإلى حقوق الإنسان والحريات الأساسية التي يعترف بها القانون الوطني والدولي.

10- تكفل الحكومات والرابطات المهنية للمحامين والمؤسسات التعليمية عدم خضوع أي شخص يريد دخول مهنة القانون، أو الاستمرار في ممارستها، للتمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو الأصل العرقي أو الديانة أو الرأي السياسي أو أي رأى آخر أو الأصل الوطني أو الاجتماعي أو الملكية أو المولد أو الوضع الاقتصادي أو غير ذلك من الأوضاع، ويستثنى من ذلك أن شرط كون المحامين من رعايا البلد المعنى لا يعتبر تمييزا.

11- في البلدان التي توجد فيها جماعات أو جاليات أو مناطق لا تلبى احتياجاتها إلى الخدمات القانونية، وبوجه خاص جماعات لها ثقافات أو تقاليد أو لغات متميزة أو جماعات سبق لها أو وقعت صراحة ضحية للتمييز، ينبغي للحكومات والرابطات المهنية للمحامين والمؤسسات التعليمية أن تتخذ تدابير خاصة تتيح للمرشحين من هذه الجماعات فرص الالتحاق بمهنة القانون، وأن تكفل حصولهم على التدريب الملائم لاحتياجات جماعاتهم.

الواجبات والمسؤوليات

12- يحافظ المحامون، في جميع الأحوال، على شرف وكرامة مهنتهم باعتبارهم عاملين أساسيين في مجال إقامة العدل.

13- تتضمن واجبات المحامين نحو موكليهم ما يلي:

أ - إسداء المشورة للموكلين فيما يتعلق بحقوقهم والتزاماتهم القانونية وبشأن أسلوب عمل النظام القانوني وعلاقته بالحقوق والالتزامات القانونية للموكلين.

ب - مساعدة موكليهم بشتى الطرائق الملائمة، واتخاذ الإجراءات القانونية لحماية مصالحهم.

ج - مساعدة موكليهم أمام المحاكم بمختلف أنواعها والسلطات الإدارية، حسب الاقتضاء.

14- يسعى المحامون، لدى حماية حقوق موكليهم وإعلاء شأن العدالة، إلى التمسك بحقوق الإنسان والحريات الأساسية التي يعترف بها القانون الوطني والقانون الدولي، وتكون تصرفاتهم في جميع الأحوال حرة متيقظة مماشية للقانون والمعايير المعترف بها وأخلاقيات مهنة القانون.

15- يحترم المحامون دائما مصالح موكليهم بصدق وولاء.

ضمانات لأداء المحامين لمهامهم

16- تكفل الحكومات ما يلي للمحامين:

أ - القدرة على أداء جميع وظائفهم المهنية بدون تخويف أو إعاقة أو مضايقة أو تدخل غير لائق.

ب - القدرة على الانتقال إلى موكليهم والتشاور معهم بحرية داخل البلد وخارجه على السواء.

ج - عدم تعريضهم ولا التهديد بتعريضهم، للملاحقة القانونية أو العقوبات الإدارية والاقتصادية وغيرها نتيجة قيامهم بعمل يتفق مع واجبات ومعايير وآداب المهنة المعترف بها.

17- توفر السلطات ضمانات حماية كافية للمحامين، إذ تعرض أمنهم للخطر من جراء تأدية وظائفهم.

18- لا يجوز، نتيجة لأداء المحامين لمهام وظائفهم، أخذهم بجريرة موكليهم أو بقضايا هؤلاء الموكلين.

19- لا يجوز لأي محكمة أو سلطة إدارية تعترف بالحق في الحصول على المشاورة أن ترفض الاعتراف بحق أي محام في المثول أمامها نيابة عن موكله، ما لم يكن هذا المحامي قد فقد أهليته طبقا للقوانين والممارسات الوظيفية وطبقا لهذه المبادئ.

20- يتمتع المحامون بالحصانة المدنية والجنائية بالنسبة للتصريحات التي يدلون بها بنية حسنة، سواء كان ذلك في مرافعاتهم المكتوبة أو الشفهية أو لدى مثولهم أمام المحاكم أو غيرها من السلطات التنفيذية أو الإدارية.

21- من واجب السلطات المختصة أن تضمن للمحامين إمكانية الاطلاع على المعلومات والملفات والوثائق المناسبة التي هي في حوزتها أو تحت تصرفها، وذلك لفترة تكفى لتمكينهم من تقديم مساعدة قانونية فعالة لموكليهم، وينبغي تأمين هذا الاطلاع في غضون أقصر مهلة ملائمة.

22- تكفل الحكومات وتحترم سرية جميع الاتصالات والمشاورات التي تجرى بين المحامين وموكليهم في إطار علاقاتهم المهنية.

حرية التعبير وتكوين الرابطات والانضمام إليها

23- للمحامين شأنهم شأن أي مواطن آخر، الحق في حرية التعبير وتكوين الرابطات والانضمام إليها وعقد الاجتماعات. ويحق لهم، بصفة خاصة، المشاركة في المناقشات العامة المتعلقة بالقانون وإقامة العدل وتعزيز حقوق الإنسان وحمايتها، والانضمام إلى المنظمات المحلية أو الوطنية أو الدولية أو تشكيلها وحضور اجتماعاتها بدون أن يتعرضوا لقيود مهنية بسبب عملهم المشروع أو عضويتهم في منظمة مشروعة. وعند ممارسة هذه الحقوق، يتصرف المحامون دائما وفقا للقانون والمعايير المعترف بها وأخلاقيات مهنة القانون.

الرابطات المهنية للمحامين

24- للمحامين الحق في أن يشكلوا وينضموا إلى رابطات مهنية ذاتية الإدارة تمثل مصالحهم وتشجع مواصلة تعليمهم وتدريبهم وحماية نزاهتهم المهنية، وتنتخب الهيئات التنفيذية لهذه الرابطات من جانب أعضائها. وتمارس مهامها دون تدخل خارجي.

25- تتعاون الرابطات المهنية للمحامين مع الحكومات لضمان حصول كل فرد على الخدمات القانونية بطريقة فعالة ومتسمة بالمساواة، ولضمان تمكن المحامين من تقديم المشورة إلى موكليهم ومساعدتهم وتمثيلهم وفقا للقانون وللمعايير والآداب المهنية المعترف بها، دون تدخل لا موجب له.

الإجراءات التأديبية

26- يضع العاملون في المهن القانونية، من خلال أجهزتهم الملائمة أو بواسطة التشريعات، مدونات للسلوك المهني للمحامين توافق القانون والعرف الوطنيين والمعايير والقواعد الدولية المعترف بها.

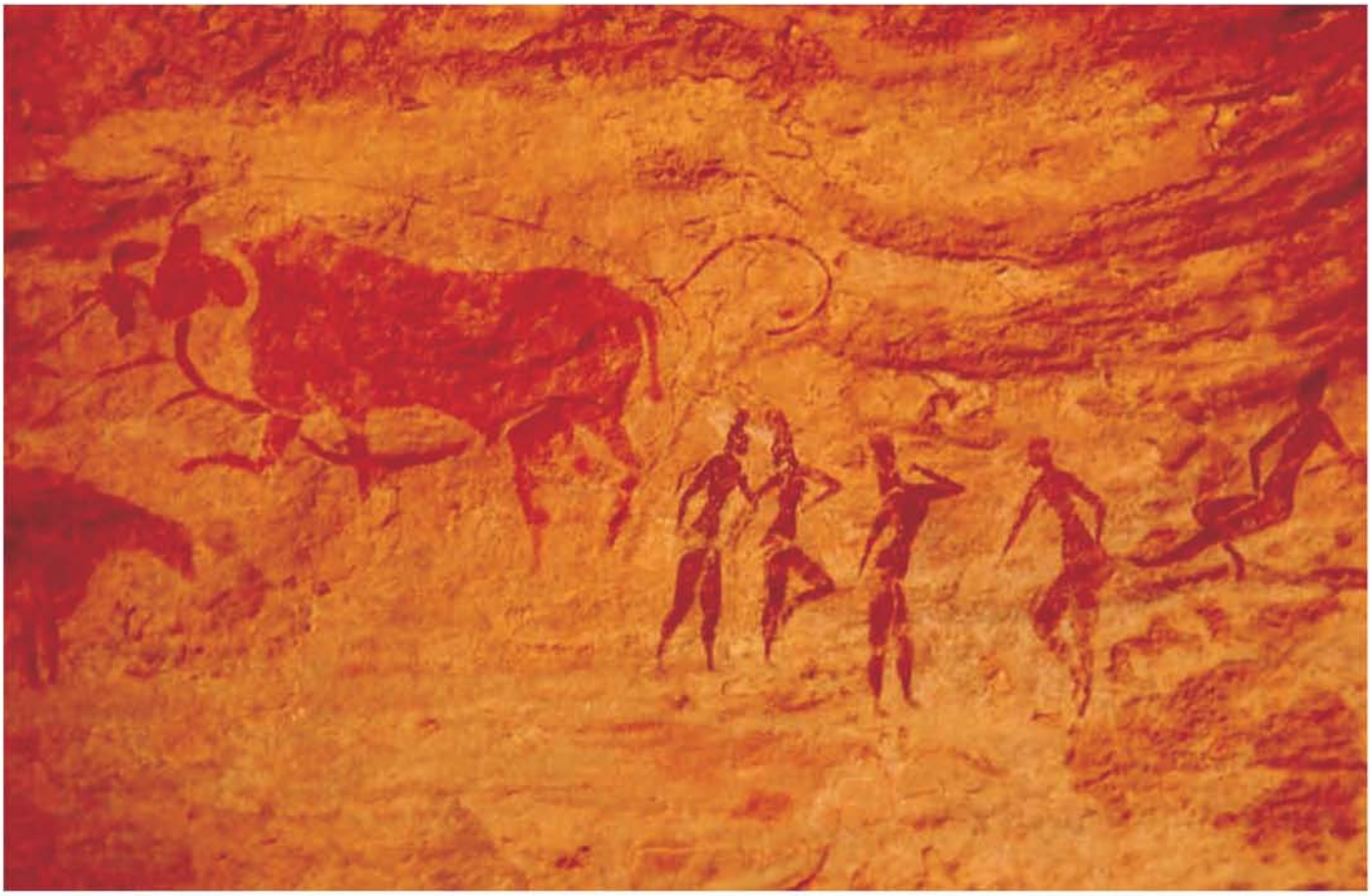
27- ينظر في التهم أو الشكاوى الموجهة ضد المحامين، بصفتهم المهنية، على وجه السرعة وبصورة منصفة ووفقا لإجراءات مناسبة. ويكون لهم الحق في أن تسمع أقوالهم بطريقة عادلة، بما في ذلك حق الحصول على مساعدة محام يختارونه بأنفسهم.

28- تقام الإجراءات التأديبية ضد المحامين أمام لجنة تأديبية محايدة يشكلها العاملون في مهنة القانون، أو أمام سلطة قانونية مستقلة أو أمام محكمة، وتخضع لمراجعة قضائية مستقلة.

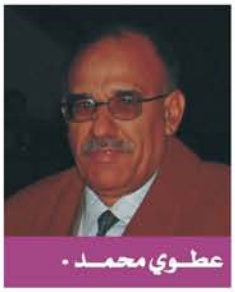
29- تقرر جميع الإجراءات لتأديبية وفقا لمدونة قواعد السلوك المهني وغير ذلك من المعايير المعترف بها وآداب مهنة القانون وفى ضوء هذه المبادئ.

* حقوق الإنسان: مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول، الأمم المتحدة، نيويورك، 1993، رقم المبيع A.94.XIV-Vol.1, Part 1، ص 453.

- الموقع:
Http://www1.umn.edu/humanrts/arab/b044.html



من يصغي إلينا بوعي وتدبر كمساهمين في تحقيق لعدالـــة ... قبل أي تعديل لقانون الإجراءات الجزائية ...؟ !!



عطـوي محمـد .

تمهيد: لقـد شـاع في هذه الأيام ، بالصحـافة الوطنية ، أن وزارة العدل تسـعى إلى تعديل قانون الإجراءات الجزائية تعديلا جذريا وهو ما يؤيده مبدئيا جل رجال القانون خاصة منهم قضاة المحكمة العليا ، يتقدمهم رئيسها الأول وذلك بالتركيز من جهة على اقتراح تعديل تشكيل محكمة الجنايات وإجراءات المحاكمة أمامها واستئناف أحكامها ومن جهة أخرى على تقليص الطعون بالنقض في الأحكام والقرارات الجزائية لخفض عدد القضايا الجزائية الهائل أمام المحكمة العليا. إلا أن الاختلاف قائم حول أسباب التعديل وأهدافه ومضمونه.

لذلك رأيت أن أبدي بعض الملاحظات حول تلك التعديلات الشائعة خاصة حول تقليص الطعون بالنقض لعلها تكون نواة مناقشة بين رجال القانون من قضاة ومحامين وأساتذة جامعيين وغيرهم للوصول لبعض الحقيقة.

لقد سبق لوزارة العدل أن اقترحت قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتم إصداره بدون عرضه للمناقشة العامة المسبقة من أهل الاختصاص على أي مستوى فكانت النتيجة أن صدر ذلك القانون بنقائص وعراقيل هائلة للسير الحسن للعدالة وهو ما اضطر الوزارة لحصرها من أجل اقتراح تعديلات جديدة لتدارك تلك النقائص المعرقلة للنشاط القضائي والمحبطة لآمال المتقاضين ويأسهم من اللجوء لعدالة صعبة المسالك وباهظة التكاليف ومخيبة النتائج بأحكام شكلية بعيدة المنال للحقوق كما هو ظاهر بصورة فاحشة منذ بداية عمليات التطبيق الأول لذلك القانون خلال سنة 2009. وعوض أن تتم المناقشات قبل اصدار ذلك القانون تمت بشكل مكثف بعد ذلك فسجلت خاصة الملاحظات التالية:

أ) الخطأ في توجيه إرادة المشرع إلى غلق باب التقاضي أمام المتخاصمين: بشكليات وشروط إجرائية لا مبرر لها وتكاليف مالية باهظة أحبطت عزيمة المتقاضين والمحامين في اللجوء للقضاء نهائيا أو الاستمرار في الخصومة من بدايتها إلى نهايتها وكأن الغاية من التشريع ليست تحقيق العدالة وضمان حق المواطن الدستوري في اللجوء للقضاء لحماية حرياته وحقوقه الأساسية بل أظهر المشرع إرادة منحرفة لغلق باب العدالة بالشكليات غير المبررة والمصاريف الباهظة بصورة تشجع على إعادة المجتمع إلى بدائيته لأخذ حقه بالقوة بدل اللجوء للقضاء الصعب المنال ، إن لم يكن مستحيلا استحالة مطلقة.

> **بل أظهر المشرع إرادة منحرفة لغلق باب العدالة بالشكليات غير المبررة والمصاريف الباهظة بصورة تشجع على إعادة المجتمع إلى بدائيته لأخذ حقه بالقوة بدل اللجوء للقضاء الصعب المنال ، إن لم يكن مستحيلا استحالة مطلقة.**

ب) عدم ثقة المشرع في القاضي: لقد لجأ المشرع الى محاصرة القاضي محاصرة شكلية تجعله مجرد آلة جامدة في تطبيق القانون تطبيقا حرفيا دون منحه فرصة الاجتهاد لحل النزاعات بدل التخلص منها وإعادتها لأصحابها بدون حل.

ج) عدم خلق بدائل مقبولة من المجتمع لحل الخصومات وديا : لقد استغنى المشرع عن الجماعات الدينية والمدنية والعرفية كبدائل لحل الخصومات واكتفى باللجوء إلى أجهزة وساطة غير فعالة وغير مقبولة اجتماعيا ، فالموظف أو القاضي أو المحامي أو العون القضائي أو غيره ممن فشل في علاقته الوظيفية أو المهنية بالمجتمع، لا يمكن قبوله كوسيط لإجراء أية مصالحة ودية بين أفراد ذلك المجتمع أثناء الخصومات القضائية لذلك كله يكون القانون قد حول الخصومات من يد قضاة رسميين إلى يد وسطاء فاشلين أو غير مرغوب فيهم أصلا .

د) سوء الصياغة القانونية واللغوية خاصة في الميادين التالية :

1) سوء التقسيم والتبويب وتشتيت النصوص وتفريقها : قد تم كل ذلك بصورة يصعب معها استعمال ذلك التقنين وكأن الهدف من التشريع هو تضليل المتقاضين ومحاميهم في متاهات من البداية إلى النهاية خاصة فيما يتعلق بطرق الطعن إذ كان من المفروض تخصيص قسم شامل للاستئناف وآخر للطعن بالنقض دون تفتيت كل واحد منهما بدون أي مبرر تقني أو تطبيقي.

2) عدم ترتيب النصوص القانونية ترتيبا منهجيا مثل تسبيق الاستئناف بالمواد 949 إلى 952 على المعارضة بالمواد 953 إلى 955 ، بدل تسبيق المعارضة على الاستئناف وذلك في المواد الإدارية. 3) سوء صياغة أكثر المواد القانونية : وهو ما أدى إلى تشتيت نفس الموضوع الذي كان من المفروض أن تشمله مادة واحدة تقسم إلى عدة فقرات ومقاطع بدل صياغة عدة مواد ضخم حجمها بدون مبرر مثل الطلبات الجديدة الموزعة بدون ضرورة بين المواد من 341 إلى 345 ومثل الأحكام القابلة للطعن بالنقض الموزعة بين المواد من 349 إلى 351 ... الخ.

4) تكرار عدة مواد قانونية: كان من المفروض دمج أكثر المواد القانونية ضمن قواعد عامة تمهيدية تجنب التكرار الممل وغير المبرر لنفس الموضوع وكذلك الحال بالنسبة للأخطاء في الصياغة. أن كل ذلك لا يمكن تصحيحه إلا بإعادة وضع قانون الإجراءات المدنية والإدارية من جديد من طرف مختصين في الصياغة اللغوية والقانونية بناء على إقتراح

تعديلات بناءة من أصحاب الإختصاص.

مضمون الاقتراحات المتعلقة بالطعون بالنقض في المادة الجزائية :

لا يمكن تجنب تكرار ذلك الخطأ في اقتراحات تعديل قانون الإجراءات الجزائية إلا إذا تم طرح مشروعه للمناقشة المعمقة من أهل الاختصاص سواء من ناحية الصياغة القانونية أو اللغوية أو من ناحية مضمون التعديلات وأسانيدها الدستورية والقانونية ضمن الاجتهادات القضائية والفقهية. ومن الأفضل اللجوء إلى لجان على مستوى كل مجلس قضائي مشكلة من القضاة والمحامين وأعوان القضاء والأساتذة الجامعيين خاصة منهم المختصين في الجزائي أو من لهم إجتهادات نظرية أو عملية في ذلك المجال. كما يمكن عرض الموضوع على المناقشة الاعلامية من أصحاب الاختصاص سواء في الصحافة المكتوبة أو المسموعة أو المرئية وكذلك في رحاب الجامعات والمؤسسات المدنية والدينية. ويتم تجميع كل الاقتراحات تحت يد لجنة وزارية مشتركة بين أهل الخبرة المذكورين أعلاه وأصحاب الاختصاص في الصياغة القانونية واللغوية كل ذلك من أجل وضع مشروع قانون في صياغة متكاملة وصحيحة في الشكل والمضمون. وفي الأخير يتم طرح ذلك المشروع القانوني على المناقشة النهائية من طرف اللجان المحلية المختصة قبل صياغته صياغة نهائية من طرف اللجنة الوزارية واعتماده من طرف وزارة العدل والحكومة ثم البرلمان.

ان أي تعديل في قواعد الطعن بالنقض الجزائي لابد أن يراعي المبادئ والأسباب والحلول التالية:

أولا: ضرورة احترام المبادئ الدستورية والاتفاقيات الدولية فيما يخص حماية حقوق الانسان والحريات العامة خاصة أمام القاضي الجزائي:

ان أهم المبادئ الدستورية التي يجب مراعاتها عند وضع قانون الإجراءات الجزائية تتمثل خاصة فيما يلي:

1) أهم ما يجب ضمانه للمواطنين من حقوق وحريات بضمان حمايتها عن طريق التشريع هو عدم التمييز بين المواطنين ومساواتهم في الحقوق والواجبات خاصة بضمان المساواة بين أطراف الخصومة من بدايتها إلى نهايتها وهو ما لا يمكن تتويجه إلا بضمان الطعن بالنقض للجميع بدون أية تفرقة أو قيد مخالف للدستور خاصة فيما يتعلق بضمان معاقبة القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات بما فيها حرية المعتقد وحرية الرأي والتعبير وحرية الحياة الخاصة وحرمة المسكن وحرمة الإنسان كل ذلك في إطار قرينة البراءة وعدم رجعية القوانين وضمانات التوقيف للنظر و إلزام الدولة بالتعويض عن الخطأ القضائي وغيرها من الحقوق الدستورية التي لا يمكن حمايتها إلا بحماية الحقوق السياسية والاجتماعية والثقافية والاقتصادية المنصوص عليها بالمادة 29 وما بعدها من الدستور. وهي التي لا يمكن تقليص الطعن بالنقض في الأحكام الجزائية الصادرة بمخالفتها مخالفة جوهرية مهما كانت العقوبة بسيطة أو بالبراءة .

ضمان التوازن بين حماية القاضي والمتقاضي باعتبار أن القاضي محمي من كل أشكال الضغوط والتدخلات والمناورات التي قد تضر بأداء مهمته او تمس نزاهة حكمه طبقا للمادة 148 من الدستور من جهة وأن القانون يحمي المتقاضي من أي تعسف أو أي انحراف يصدر من القاضي

2) حماية السلطة القضائية للمجتمع والحريات بأن تضمن لكل واحد المحافظة على حقوقه الأساسية طبقا للمادة 139 من الدستور كما أن أساس القضاء مبادئ الشرعية والمساواة واعتبار الكل سواسية أمام القضاء وهو في متناول الجميع ويجسده احترام القانون كل ذلك طبقا للمادة 140 من الدستور وهو ما تؤكد عليه المادة 142 من الدستور باعتبار العقوبات الجزائية تخضع إلى مبادئ الشرعية والشخصية. فإن كانت غير ذلك فإنها لا بد أن تخضع لرقابة المحكمة العليا مهما كان الحكم المطعون فيه بسيطا. 3) ضرورة ضمان التوازن بين حماية القاضي والمتقاضي باعتبار أن القاضي محمي من كل أشكال الضغوط والتدخلات والمناورات التي قد تضر بأداء مهمته او تمس نزاهة حكمه طبقا للمادة 148 من الدستور من جهة وأن القانون يحمي المتقاضي من أي تعسف أو أي انحراف يصدر من القاضي طبقا للمادة 150 من الدستور من جهة أخرى. كل ذلك في إطار ضمان حق الدفاع للجميع كما نصت عليه المادة 151/02 من الدستور باعتبار أن الحق في الدفاع مضمون في القضايا الجزائية.

4) والأهم من كل ذلك أن المحكمة العليا تمثل الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم وتضمن المحكمة العليا توحيد الاجتهاد في جميع أنحاء البلاد وتسهر على احترام القانون كل ذلك طبقا للمادة 152 من الدستور. وهو ما لا يمكن توفره إلا بضمان وصول كل الأحكام القضائية المخالفة للدستور والقانون امام المحكمة العليا لإبداء رأيها في مدى شرعيتها. لذلك كله فإن كل تشريع يهدف إلى تقليص اختصاصات المحكمة العليا فيما يخص ضمان تطبيق الدستور في المجالات المذكورة أعلاه يعد خرقا لتلك المبادئ الدستورية خاصة فيما يتعلق من جهة بحماية السلطة القضائية للمجتمع والحريات والمحافظة على حقوق أفراده الأساسية ومن جهة ثانية ضمان الشرعية والشخصية والمساواة أمام القضاء وأن يكون في متنازل الجميع بما في ذلك ضمان طرق الطعن بكل أنواعها ومن جهة ثالثة ضمان حماية القاضي من كل أشكال الضغوط والتدخلات والمناورات التي قد تضر بأداء مهمته أو تمس بنزاهة حكمه حتى ولو كانت بنص تشريعي يقيد تلك الحماية خاصة لقضاة المحكمة العليا ومن جهة رابعة ضرورة حماية المتقاضي من أي تعسف أو انحراف يصدر من القاضي وهو ما لا يمكن ضمانه إلا بالطعون بالنقض التي تضمن تلك الحماية بضمان حق المتقاضي في الدفاع وبضمان خضوع القاضي لتقويم أعماله من طرف المحكمة العليا. كل ذلك في صورة توحد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد و تسهر على احترام القانون وهو ما لا يمكن ضمانه بالتقليص من طرق الطعن بالنقض فيحرم المتقاضي من حقه في رقابة المحكمة العليا لأعمال القضاء خاصة عند تعسف القاضي في تطبيق القانون مهما كانت الجريمة بسيطة سواء كانت بالبراءة أو بعقوبة حبس موقوفة النفاذ أو قصيرة المدة أو أية غرامة أو أي تعويض في حدود دنيا معينة. إذ أن المهم في كل تلك الحالات هو ضمان حماية الحقوق والحريات الأساسية المنصوص عليها بالدستور

ولا يكون ضمان كل ذلك إلا عن طريق المراقبة من طرف المحكمة العليا على النحو المفصل أعلاه في الدستور.

ثانيا : ضرورة معرفة أسباب تكاثر قضايا الطعون بالنقض أمام المحكمة العليا إذا كان واقع الحال يثبت بما لا مجال للشك فيه أن قضايا الطعن بالنقض قد تجاوزت الحد المعقول في نسبة إرتفاعها سنويا، خاصة فيما يتعلق بقضايا الجنح البسيطة والمخالفات، فإن ذلك يعد دقا لنقوس الخطر لا بد من معالجة أسبابه، قبل التفكير في تقييد الطعون بالنقض في مثل تلك القضايا البسيطة مهما كانت مبررة، لأنه من غير المعقول البدء بتقليم الغصون قبل القضاء على منبعها الفاسد، أو قطع العضو المتعفن من أطراف الإنسان قبل القضاء على مصدر الميكروب المتسبب في تعفنه ،وذلك بعلاج الدم وكرياته البيضاء أو الغدد اللنفاوية أو الخلايا الكبدية أو غيرها من أسباب ضعف المناعة الجسدية والمصادر الأصلية لأي مرض. لذلك سأحاول تلخيص أهم أسباب تراكم الطعون بالنقض في القضايا البسيطة أمام المحكمة العليا.

أ) التطور السكاني والسياسي والاقتصادي والاجتماعي والثقافي. إن الجزائر عند الاستقلال لم تبق على حالها في العشرية الأولى من القرن الواحد والعشرين ، فعدد السكان ومستواهم المعيشي وحياتهم السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، لم تبق على حالها وإنما تطورت تطورا هائلا، على مستوى الفرد والجماعة والسلطة العمومية، مما تسبب في ارتفاع نسبة الجريمة ونوعيتها بشكل لا يحتاج لأي توضيح، فهذه المخدرات والاختلاسات والرشوة والانحرافات داخل الأسرة والمدرسة والشارع وأية مؤسسة أخرى، تبين مدى إنتشار أسباب الجريمة وضرورة معالجتها قبل البحث عن تقليص عدد قضاياها امام المحاكم. وأبدأ بذكر أهم مثال يتعلق بسوء وضعية الأسرة التي تغيرت في علاقاتها فأصبح الابن يقتل أباه ولا يكتفي بضربه من أجل سرقة أمواله كل ذلك بعد أن فقدت الأسرة دورها التربوي داخل مجتمع فاسد وبعد أن كان الجد يتحكم في العائلة الكبيرة بدون أن يقول له أحد أحفاد أحفاده أو أبناء عمومته (مجرد أف ...) وأصبح الوزير أو الوالي أو رئيس البلدية أو أي مدير، لا يستطيع أن يتحكم في أقرب مساعديه فمن باب أولى أن لا يستطيع أن يتحكم في باقي الموظفين البسطاء أو الجمهور المتعامل معه. كما أن الخضوع المطلق للسلطة العمومية الوطنية أو التاريخية أو الثورية أو الدينية....أصبح ثورة شعبية تملأ الشارع وتقطعه بالعجلات المطاطية المحروقة، وتحولت أطماع الموظف البسيطة في كيلو (لحم) أو (خضار) أو استعمال سيارة المصلحة أو السكن الوظيفي ... تحولت كلها إلى رغبات جامحة لا تشبعها أموال قرون.. وغيرها من الانحرافات الخطيرة على الفرد والمجتمع. لذلك كله فإن المجتمع في أغلبيته قد تحول إلى بركة موبوءة بدون أخلاق فيكون كل إناء بما فيه يرشح ، وبالتالي لا يمكن تقييد الطعون بالنقض ، قبل القضاء على أسباب الجريمة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية ، في إطار برنامج متكامل ومنهجية واضحة ، تتبنى المبادئ العلمية والدينية والأخلاقية ، قبل أي مبدأ مادي آخر سواء داخل الأسرة أو المجتمع أو السلطة العمومية بكل مؤسساتها.

ب) قصور الجهاز القضائي عن الوصول إلى الحقيقة لعدم إقتناعه بالبحث عنها. نتيجة التسرع بالفصل في القضايا واللهث وراء أكثر عدد منها إلى درجة أن كل القضايا التي تجدول في بداية السنة لا بد أن يتم الفصل فيها قبل نهايتها، وذلك في أطول الآجال المسموح بها من السلطة الوصية على جهاز القضاء المستقل نظريا، وهو ما أدى حتما إلى التسرع في إجراءات البحث الأولي من طرف الضبطية القضائية بناء على إلحاح من النيابة العامة وفي إجراءات التحقيق القضائي بدون تمكين أطراف القضية من إحضار أدلة الإثبات أو النفي، وبدون التعمق والمبادرة بالبحث عن الحقيقة فأصبح التحقيق القضائي مجرد إجراء إداري شكلي ينقل ما قام به ضباط الشرطة القضائية وما يصرح به الأطراف أو الشهود دون أي اجتهاد من قاضي التحقيق للوصول إلى الحقيقة لأن هدفه الأول هو التخلص من القضية في أقصر أجل محدد له من الوزارة أو النائب العام أو رئيس غرفة الاتهام، وفي أسوء الأحوال فإن قاضي التحقيق ككل القضاة، أصبح يخضع لرقابة ذاتية هدفها الوحيد تحقيق الفصل في أكثر عدد من القضايا المفصول فيها في أقصر وقت لا يتعدى أسبوعين أو شهرين أو..... لا يمكن أن تتجاوز أية قضية مدة سنة ... إن لم نقل لا يجوز أن تشرف على نصف سنة ... وكل ذلك أصبح يتم تلقائيا ودون أي ضغط مباشر، ما دام القاضي قد أصبح يخاف على منصبه المالي قبل خوفه من أية عقوبة تأديبية أو جزائية. أما في حالة وصول القضية الجزائية إلى قاضي الحكم فإنه يسارع بدوره إلى الفصل فيها في أقصر الآجال ما دام أطول أجل مسموح له به هو أسبوعان ولثلاث مرات فقط وبالتالي لا يسمح ببقاء القضية في الجدول أكثر من شهرين مهما كانت الأسباب وأصبح القاضي الابتدائي لا يقبل سماع شهود الإثبات والنفي أو إجراء تحقيق تكميلي حتى في قضايا التلبس والاستدعاء المباشر التي لا يمكن فيها المتقاضون من تقديم دفاعهم قبل جلسة المحاكمة ....الخ. وعندما تصل القضية أمام الغرفة الجزائية بالمجلس القضائي فإن قضاة المجلس بقوة القانون، من حقهم أن لا يقبلوا حتى إعادة استدعاء الشهود المسموعين من طرف الضبطية القضائية أو قاضي التحقيق أو المحكمة ، وبالتالي من باب أولى أن لا يمكنوا أطراف الخصومة من تقديم شهود آخرين لأول مرة أمام المجلس ، وبالنتيجة أصبحت أغلبية قرارات المجلس مؤيدة للأحكام المستأنفة ، إلا في حالة الأخطاء المادية الفاضحة ، أو من أجل جعل عقوبة الحبس موقوفة النفاذ في حالة مثول المتهم طليقا أمام المجلس. ولا يمكن إعادة النظر في تلك الأحكام المستأنفة لعدم كفاية دليل ما أو لفائدة الشك أو لانعدام الركن المعنوي أو لعدم توفر أي ركن قانوني آخر ماعدا الركن المادي ... فأصبحت قضايا الجنح من جهة مثلها مثل المخالفات يكفي فيها توفر الفعل المادي مهما كان وصفه خاطئا ومن جهة أخرى أصبحت الجنح مثلها مثل الجنايات تخضع للاقتناع الشخصي للقضاة بدون أي تسبيب للأدلة أو لأركان الجنحة القانونية خاصة الركن المعنوي بل أصبح حتى الركن الشرعي غير قابل للتسبيب ما عدا ذكر

فأصبح التحقيق القضائي مجرد إجراء إداري شكلي ينقل ما قام به ضباط الشرطة القضائية وما يصرح به الأطراف أو الشهود دون أي اجتهاد من قاضي التحقيق للوصول إلى الحقيقة لأن هدفه الأول هو التخلص من القضية في أقصر أجل محدد له من الوزارة أو النائب العام أو رئيس غرفة الاتهام

النص القانوني في أحسن الأحوال. لذلك كله يكون من الضروري اللجوء للمحكمة العليا لا من أجل الأخطاء الإجرائية الجوهرية او مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه فحسب بل من أجل التحقق من مدى إنكار القاضي للعدالة وحرمان المتقاضين من حقهم في اللجوء إليها دون بذل العناية للوصول للحقيقة كل ذلك في إطار الدستور على النحو المفصل أعلاه

ج) فقدان ثقة المتقاضين في العدالة. ان السائد في المحاكم والمجالس القضائية هو أن المتقاضين أصبحوا يشكون في كل شيء ولا يثقون لا في القضاة ولا في المحامين ولا في أي عون من أعوان القضاء أو الضبطية القضائية لذلك لا يرتاحون لأي حكم قضائي ويشكون في كل من شارك في إصداره ويطمعون في تحقيق ما هو أكثر من حقهم وبالتالي يرون ضرورة استئناف كل الأحكام القضائية أو الطعن فيها بالنقض مهما حققت لهم من مصلحة مشروعة تتناسب مع وقائع قضيتهم ويعود ذلك كله للأسباب التالية: * انعدام الثقة بين الحاكم والمحكوم بصفة عامة: وقد ساد ذلك لأسباب سياسية و إقتصادية لا مجال لذكرها في هذا العرض والتي لا يمكن أن تزول إلا بضمان العدالة الإجتماعية والديمقراطية الحقيقية من طرف حكم راشد وأكثر ديمقراطية وتفتحا على المواطن وذلك من أجل تربيته إيديولوجيا وأخلاقيا في إطار مبادئ الدين الإسلامي والتفكير العلمي. * كثرة القضايا وضرورة الفصل فيها في أقصر مدة: مما أدى إلى خوف القاضي على مستقبله وخضوعه للأمر الواقع وعجزه عن التوصل إلى أي بديل ، فأدى كل ذلك إلى النقص في البحث عن الحقيقة والسعي إلى الوصول إليها بالطرق القانونية ، من طرف قضاة يؤمنون بذلك ويسعون من أجل الحقيقة ببذل عناية الرجل العادي على الأقل ، ان لم نقل رجل العلم والأخلاق والعمل ، في إطار الإجتهاد النظري والعلمي ، عملا بقاعدة (من اجتهد وأصاب فله أجران ومن أجتهد واخطأ فله أجر واحد) وأن إنتشار تقصير القضاة في مثل ذلك الإجتهاد هو الذي جعل المتقاضين ييأسون من اللجوء للعدالة ولا يثقون في أحكامها إلا النادر منهم. * انتشار فساد المتقاضين في حد ذاتهم: وذلك بالسعي إلى الحصول على رغباتهم المشروعة وغير المشروعة، بكل الطرق، وتهافتهم وراء الإشاعات حول سلوكات مشبوهة للقضاة والمحامين وأمناء الضبط وغيرهم، كل ذلك نتيجة ظهور أشخاص غرباء ودخلاء على القضاء كوسطاء مزعومين للرشوة والتدخلات غير المشروعة وأصبح كل حكم مهما كان عادلا محل شبهة وله مبررات خارجة عن الملف تشكك فيه، وبالتالي يكون من الضروري الطعن بالنقض فيه بناء على وعود قد تكون صحيحة من بعض القضاة أو المحامين أو كاذبة من بعض المحتالين على المتقاضين في كل مكان وبكل الصفات والأسماء الكاذبة والطرق الإحتيالية والوعود الخيالية أو الآمال الوهمية أو الخشية من أحكام متوقعة... هكذا

> **لا يمكن محاربة أية ظاهرة اجتماعية دون محاربة أسبابها وبالتالي لا يمكن التقليل من الطعون بالنقض غير المبررة، دون القضاء على أسبابها المذكورة أعلاه، وذلك بضمان العدالة الاجتماعية، والديمقراطية الحقيقية، ومحاربة كل مظاهر الفساد السياسي والاقتصادي الاجتماعي والثقافي والديني، وضمان اقتناع المتقاضين بأحكام القضاة، بعيدا عن أية ضغوط ومناورات خارجية ورغبات ذاتية**

ظهرت العدالة الموازية بأكثر ثقة لأن مروجيها إطارات في الدولة وأصحاب نفوذ وجاه ومال وعلاقات في أعلى المستويات مما جعل المواطن العادي يلجأ إليهم لتحقيق رغباته الشرعية وغير الشرعية فأصبح أكثر المواطنين يلهثون وراء تلك العدالة الموازية بكل الطرق سواء كانوا منحرفين أو أسوياء خاصة بعد تحول المجتمع إلى الجري وراء المادة المطلقة بدون أي التزام ديني أو أخلاقي والكل سواسية يريد أن يحقق ثرواته و رغباته المنحرفة بأية طريقة كانت ولو بالاستمرار في الطعون لتحقيق تلك الوعود الحقيقية أو الوهمية فأصبحت كل القرارات محل طعن بالنقض حتى من المحكوم له بكل طلباته والمحكوم عليه بما هو أقل من العقوبة المناسبة لجريمته البشعة. بالإضافة إلى كل ذلك ساد اللجوء إلى شهادة الزور وشراء الذمم لتغيير الحقيقة بل وصل الأمر إلى تزوير كل الأدلة حتى المكتوبة منها وفي كل مراحل المتابعة الجزائية أو البحث الأولي أو التحقيق القضائي او النهائي امام جهة الحكم في اية درجة كانت، فإهتزت كل المبادئ وأصبح المتقاضي يشك في كل ما يتعلق بقضيته وفي كل من يشارك فيها...فيصيبه وسواس الطعن بالنقض لعله يجد من ينقضه من تلك الدوامة الحقيقية أو الوهمية. لذلك كله لا يمكن التقليل من الطعون بالنقض تلقائيا من طرف المتقاضين إلا إذا تم القضاء على كل الأسباب المذكورة أعلاه.

ثالثا : إقتراح بعض الحلول العملية للتقليل من الطعون بالنقض .

لا يمكن حصر كل الحلول المناسبة من طرف شخص واحد مهما كانت عبقريته بل لا بد من طرح القضية للنقاش على النحو المذكور أعلاه ويكفي ذكر بعض الحلول المقترحة على النحو التالي:

أ) محاربة كل أسباب تكاثر القضايا على النحو المذكور أعلاه. لا يمكن محاربة أية ظاهرة اجتماعية دون محاربة أسبابها وبالتالي لا يمكن التقليل من الطعون بالنقض غير المبررة، دون القضاء على أسبابها المذكورة أعلاه، وذلك بضمان العدالة الاجتماعية، والديمقراطية الحقيقية، ومحاربة كل مظاهر الفساد السياسي والاقتصادي والاجتماعي والثقافي والديني، وضمان اقتناع المتقاضين بأحكام القضاة، بعيدا عن أية ضغوط ومناورات خارجية ورغبات ذاتية، ولا يمكن أن يتم ذلك التغيير النوعي للقضاء إلا بإحسان اختيار القضاة خاصة ممن هم أكبر سنا وأكثر معرفة وتجربة ونزاهة وان تتم ترقيتهم وتحويلهم إستنادا لنوعية عملهم القضائي لا لكمية ما فصلوا فيه من قضايا، وبعث الثقة فيهم والاطمئنان على مستقبلهم دون خوف أو طمع مما يضمن اقتناع المتقاضين بالأحكام الصادرة عنهم فيقل الطعن بالنقض فيها تلقائيا لثقة المتقاضي بالقاضي واقتناعه بأحكامه اقتناعا كليا لا يحتاج لأي تعقيب.

ب) ضرورة اللجوء للبدائل غير القابلة بطبيعتها للطعن بالنقض. ومن أهمها ما يلي:

1- أوامر الحفظ بشروط: يمكن منح النيابة العمومية اختصاصات واسعة في محاولة التوفيق بين جميع أطراف الخصومة قبل إصدارها أي أمر بالحفظ فتضمن الغرامة والمصاريف للدولة والتعويض للضحية وتلزم المتهم بخضوعه لشروط وقائية كالمنع من

الإقامة في مكان ما أو إلزامه بالإقامة في مكان معين أو حرمانه من استعمال بعض الوثائق أو إخضاعه لنشاط مهني معين بدون مقابل أو حرمانه من ممارسة بعض المهام كل ذلك مقابل حفظ القضية وإعفاء المتهم من أية عقوبة سالبة للحرية وهي أوامر لا يجوز أن تكون محل أي طعن قضائي أو تظلم فيها أمام النائب العام أو وزير العدل أو اللجوء للإدعاء المدني ... ما عدا الطعن فيها بالتزوير.

2- الأوامر الجزائية والأحكام البسيطة: يمكن أن تصدر تلك الأوامر أو الأحكام إما عن ممثل النيابة العامة أو القاضي المختص. وتكون عادة في المخالفات والجنح البسيطة التي تشكل فيها الغرامة إما عقوبة وحيدة أو اختيارية خاصة في الجرائم التي تكون الإدارات العمومية طرفا فيها كجرائم المرور والأسعار والعمال والغابات والضرائب والجمارك والمواصلات وغيرها من الجرائم التي تكون محاضر معاينتها ذات حجية. وهي الأوامر الجزائية أو الأحكام البسيطة التي تصدر بناء على وثائق الملف وطلبات الضحية والنيابة العامة المكتوبة ودون حضور الأطراف. إن قبلها المتهم يدفع الغرامة والتعويض والمصاريف القضائية خلال المدة المحددة له وأصبحت كلها نهائية وإلا صارت كأن لم تكن إذا لم يقبل المتهم بأي جزء منها ويحال المتهم على المحاكمة العادية للحصول إما على البراءة أو عقوبة مضاعفة مرة أو أكثر أو الحبس بدل الغرامة مع التعويض ... كما يجوز إحالة الفصل في الدعوى المدنية وحدها على المحكمة المختصة بناء على طلب المدعي المدني وحده إذا لم يرض بالتعويض أو إذا لم يتضمنه الأمر الجزائي.

3- المصالحة أمام اللجان الإدارية المختصة: تعني تلك المصالحة خاصة كل الجرائم المرتكبة ضد الدولة أو الولاية أو البلدية أو أية مؤسسة عمومية ذات طابع إداري والتي لا بد من عرضها وجوبا على المصالحة أمام اللجان الإدارية المختصة والتي يجب أن يترأسها قاض برتبة مستشار من المجلس القضائي الذي تنعقد في مقره. ويجب توعية مرتكبي تلك الجرائم من خطورة المتابعة الجزائية ومن العقوبة المشددة خاصة مضاعفة الغرامة مرة أو أكثر أو الحبس بدل الغرامة المقررة عند المصالحة والتي تعد تعويضا للإدارة المعنية في آن واحد.

4- المصالحة بين المتهم والضحية أو ذوي حقوقها: يستوجب من جهة توسعة نطاق تلك المصالحة لتشمل كل الجرائم الماسة بشخص الإنسان أو كرامته أو أمواله بما فيها الجنايات مثل جناية الضرب والجرح العمدي المفضي للوفاة دون قصد إحداثها كل ذلك في إطار مبادئ الشريعة الإسلامية والعرف المحلي ومن جهة أخرى لابد أن تكون مؤسسات المصالحة مقبولة من طرف المتقاضين مثل الجمعيات الدينية ولجان المساجد وجمعيات الأحياء المنتخبة ورؤساء القبائل والعروش المعترف بهم والذين يرتاح إليهم المتقاضون ويقبلون بمصالحتهم بدون أي طعن فيها وهي المصالحة التي يمكن أن تتم أمام ممثل النيابة العمومية أو قضاة التحقيق أو الحكم عند اقتناعهم وإيمانهم بإجرائها لتحقيق العدالة الرضائية دون الاكتفاء بها شكليا لا غير.

5- مرافعة المتهم بإقراره بأنه مذنب: يتم ذلك عند قبول المتهم بعقوبة يتفق حولها مع ممثل النيابة العامة وبتعويض الضحية وهو الإتفاق الذي يصادق عليه القاضي المختص بدون زيادة أو نقصان فيكون أمره بذلك غير قابل لأي طعن .كما يمكن إتمام ذلك لأول مرة أمام قاضي التحقيق أو المحكمة او المجلس إذا أقر المتهم لأول مرة أمام أي منها مقابل عقوبة مخففة مع التعويض.

6- ضرورة اللجوء إلى إلتماس إعادة النظر: يتم إلتماس إعادة النظر في الأحكام والقرارات الجزائية أمام نفس الجهة التي أصدرتها في حالات محددة وخطيرة بدل الطعن فيها بالنقض خاصة فيما يتعلق بانقضاء الدعوى العمومية في الحالات المنصوص عليها بالمادة 06 ق إ ج بما فيها سحب الشكوى وتناقض القرارات النهائية الصادرة من نفس الجهة القضائية على أن يثبت القرار الأسبق في التاريخ. وفي حالات الإلتماس المنصوص عليها بالمادة 531 ق إ ج وفي حالة السهو عن الفصل في الطلب أو القضاء بما لم يطلب أو بأكثر مما طلب أو أقل مما نص عليه القانون سواء فيما يخص العقوبة أو التعويض.

7- ضرورة اللجوء إلى إستئناف أحكام محكمة الجنايات: يتم الاستئناف عادة أمام محكمة جنائية أخرى بدل الطعن بالنقض في أحكام محكمة الجنايات. أما فكرة التضحية بالمحلفين المساعدين للقضاة بدعوى اللجوء إلى أحكام مسببة صادرة عن محكمة الجنايات هي مجرد تبرير للإستغناء عنهم ووضع يد وزارة العدل على القضاة منفردين وإخضاعهم ولو ضمنيا لضغوطها بإخراجهم من تحت مظلة التصويت السري والجماعي المعفي من المسؤولية الفردية والحال أنه كان من الممكن إختيار أكثر عدد من المحلفين ذوي المستوى الجامعي والاجتماعي الجيد ... ، وأن تكون أحكامهم خاضعة للإستئناف في إطار خاص بمحكمة الجنايات وعدم الطعن بالنقض إلا في حكم الإستئناف الذي يمكن أن يصدر عن قضاة فقط من رتبة عالية ضمن قيود معينة. أن تسبيب الأحكام المحتج به هو منعدم وناقص في الجنح وبالتالي لا يمكن أن يكون أفضل في الجنايات.

8- الإتفاق بين المتهم والنيابة العامة والضحية على تنفيذ الحكم الإبتدائي أو القرار النهائي: يتم ذلك الاتفاق حول الإدانة والتعويضات المحكوم بها مقابل إستبدال عقوبة الحبس المحكوم بها بعقوبة بديلة كالغرامة والشغل والمنع من ممارسة بعض الحقوق الوطنية والمدنية والمالية والعائلية والمنع من الإقامة او تحديدها والمنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط أو من إستعمال وثائق معينة وذلك مهما كانت الجريمة كسحب رخصة السياقة وجواز السفر ورخصة الصيد ودفتر الصكوك ... وغيرها من العقوبات البديلة.

9- عدم قابلية الطعن بالنقض مرة أخرى: يتم خاصة في الأحكام والقرارات التي ثبتت ما تم القضاء به جملة وتفصيلا بعد النقض والإحالة كالقضاء بنفس الإدانة والعقوبة والتعويض في المرة الثانية وذلك فيما يتعلق بالمخالفات والجنح البسيطة وأحكام البراءة.

10- اللجوء إلى الغرامة والتعويض عن التعسف في إستعمال حق الطعن بالنقض: يتم ذلك بعد ثبوت شروط التعسف في استعمال حق الطعن بالنقض دون القضاء به تلقائيا لمجرد رفض الطعن بالنقض شكلا أو موضوعا. وهو أحسن سلاح للتقليل من الطعن بالنقض التعسفي إذا توفرت شروطه.

11- توسعة الطعن بالنقض لصالح القانون: يتم

ذلك سواء من طرف النائب العام لدى المحكمة العليا او لدى أي مجلس قضائي أو بطلب من وزير العدل وذلك خاصة في حالات محددة لمخالفة القانون ضد أحكام أو قرارات غير قابلة للطعن بالنقض من أطرافها أو فات أجل الطعن فيها بالنقض مع ظهور عناصر جديدة ضرورية لإعادة المحاكمة.

ج) ضرورة إعادة هيكلة المحكمة العليا ورفع شأنها وشأن قضاتها ماديا ومعنويا: لا يمكن تجاهل أن العدد الهائل من الطعون بالنقض هو نتيجة طبيعية للزيادة السكانية وتطور المجتمع في كل الميادين على النحو السابق الذكر لذلك لا بد من تطور المحكمة العليا بما يتناسب مع ذلك خاصة بتوسعة أماكن العمل ووسائله العصرية والزيادة في عدد القضاة ورفع مستواهم المالي والعلمي والمعنوي باعتبارهم يشكلون أعلى هيئة قضائية في البلاد تستحق كل تبجيل قبل غيرها من المؤسسات الأخرى للدولة في أعلى رتبها التشريعية والتنفيذية بأن لا يسبق الرئيس الأول للمحكمة العليا إلا رئيس الجمهورية ولا يسبق قضاتها في ذلك التشريف في أسوء الأحوال إلا الوزير الأول ورئيسا البرلمان أما غير ذلك من ترتيب قضاة المحكمة العليا يعد تحقيرا لهم ولها بدون أي مبرر دستوري أو إجتماعي. وهو ما يتطلب من جهة الزيادة في عدد قضاة المحكمة العليا من ذوي المعرفة والتجربة والبحث العلمي كالمحامين القدامى المعروفين بنزاهتهم وتجربتهم الإجتهادية وبحثهم العلمي والأساتذة الجامعيين من أعلى الرتب في القانون ومن أصحاب الإختصاص العلمي والتجريبي مثل قانوني الجمارك والضرائب وغيرهما. ومن جهة أخرى لا بد من الزيادة في غرف المحكمة العليا المختصة بالقضايا الجزائية حسب نوعية القضايا وكميتها وذلك على الأقل بإنشاء الغرف التالية:

1- غرفة العرائض: وتختص بالفصل برفض الطعن بالنقض شكلا إذا تم خارج الآجال أو بصورة مخالفة للشكليات أو تم ممن لا صفة له ولا مصلحة له للطعن بالنقض أو إذا كان القرار المطعون فيه غير قابل للطعن بالنقض أو إذا كانت مذكرة عرض أوجه الطعن بالنقض غير مستوفية للشروط القانونية أو تم تقديمها خارج الأجل الممنوح للطاعن وغيرها من أسباب الرفض الشكلي.

2- غرف الإتهام: وتختص بالنظر في الطعن بالنقض في قرارات غرف الإتهام وتقسم إلى جنائية من جهة وجنحة ومخالفتية من جهة أخرى.

3- الغرف الجنائية: ويمكن أن تقسم إما حسب نوعية الجنايات أو العقوبات بالنظر إلى الإعدام والسجن المؤبد والسجن المؤقت حسب مدته.

4-الغرف الجنحية : وتقسم بدورها حسب نوعية الجنح ومدى خطورتها الإقتصادية وجنح العنف وسلب الأموال... الخ. أو حسب العقوبة المحكوم بها كعقوبة الحبس النافذ سواء بما يتجاوز مدة 05 سنوات أو بما هو أقل من ذلك وهل المحكوم عليه محبوس أم لا أو عقوبة الحبس الموقوفة النفاذ أو الغرامة أو الرسوم الجمركية أو الضريبية أو التعويض المدني... الخ.

لا يمكن التضحية بالحق في الطعن بالنقض من أجل تقليص عدد القضايا المرهقة لكاهل قضاة المحكمة العليا فقط بل لا بد أن يكون كل تقييد لحالات الطعن بالنقض من جهة غرضه الأساسي هو تحقيق السير الحسن للعدالة وأن تكون في متناول الجميع في إطار النصوص الدستورية

5- غرفة المخالفات بكل أنواعها. وغيرها من الغرف التي يرى قضاة المحكمة العليا ضرورة إنشائها أو تقسيمها إلى أقسام أو فروع أو أفواج.... وهو ما يتطلب توسعة المحكمة العليا إلى أجنحة خاصة بتلك الغرف المختلفة بصورة تضمن السير الحسن لعمل قضاتها وأمناء ضبطها.

الخاتمة: لا يمكن التضحية بالحق في الطعن بالنقض من أجل تقليص عدد القضايا المرهقة لكاهل قضاة المحكمة العليا فقط بل لا بد أن يكون كل تقييد لحالات الطعن بالنقض من جهة غرضه الأساسي هو تحقيق السير الحسن للعدالة وأن تكون في متناول الجميع في إطار النصوص الدستورية المذكورة وضمن الإجراءات البديلة الضامنة الوحيدة للرضائية كما هي مفصلة أعلاه ومن جهة ثانية منع التعسف في استعمال الحق في الطعن بالنقض كل ذلك مع التأكيد من جهة أخرى على ضمان وحدة الإجتهاد القضائي عن طريق مراقبة المحكمة العليا لأعمال القضاة كأساس أولي للمحاكمة العادلة. أما محاولة غلق الباب أمام الطعن بالنقض عشوائيا سيؤدي لا محالة إلى إنتشار اليأس بين أفراد المجتمع ويقطع الطريق أمام آخر أمل للمواطنين في اللجوء للمحكمة العليا لإصلاح ما أخطأ فيه قضاة الموضوع فيزداد الغضب الشعبي وتعم الثورة بعد القضاء على آخر أمل في انتظار المحكمة العليا لعلها تصلح ما أفسده الدهر وان انتظار أحكامها بعد طول المدة قد يساعد على تخفيف ثورة المظلوم ضد من ظلمه فلا يلجأ للانتقام الشخصي منه أو من مؤسسات الدولة. وبالتالي لا يمكن التسرع في تقليص الطعون بالنقض من أجل غاية واحدة وهي تخفيض عدد القضايا المطروحة أمام المحكمة العليا دون الأخذ بعين الاعتبار ضمان العدالة لكل مواطن وجعلها في متناول الجميع تحت رقابة المحكمة العليا وتقويمها لأخطاء القضاة كأعلى هيئة في البلاد بإمكانها توحيد الاجتهاد القضائي وتنميته لفائدة الجميع وفي كل القضايا دون استثناء لبعضها على حساب البعض مهما كانت العقوبات أو التعويضات بسيطة في قراراتها النهائية. وهو ما يتطلب دراسة معمقة ومناقشة كلية لكل اقتراحات التعديلات بصورة يشارك فيها الجميع لفائدة الجميع دون فرضها بصورة استبدادية لا رأي فيها لمن يعنيه الأمر بالدرجة الأولى كمواطن يحميه الدستور ويضمن له محاكمة عادلة عن طريق الطعن بالنقض كآخر أمل له في مسار خصومته فلا يمكن حرمانه منه بدون أي بديل يرضيه أو يشغله على الأقل عن مآسيه.

* محام بمنظمة سطيف
عضو مجلس المنظمة

الحماية الجزائية للعلامة من خطر التقليد

لعوارم وهيبة *

إن الابتكار والمنافسة المشروعة قرينان للتقدم الاقتصادي، ولا ريب أن من عوامل الازدهار والنمو للدولة وجود نظام قانوني قوي ومتكامل يكفل الحماية للمبتكرين على اختراعهم وحماية المشروعات المتنافسة من خطر التقليد. و اعتبارا أن العالم أصبح يعتمد على المنافسة الحرة في أسواقه فإن الدعاية التجارية عن طريق العلامات هي التي أضحت تخلق السوق لما لها من تأثير في عقيدة الجمهور. وأملا في الانضمام إلى المنظمة العالمية للتجارة و ما يقتضي ذلك من إعداد تشريعات حديثة تراعي متطلباتها، سارعت الجزائر إلى تعديل منظوماتها التشريعية، فقد أصدرت الأمر 03/06 المؤرخ في 19/7/2003، المتعلق بالعلامات والمصادق عليه بقانون 03/17 المؤرخ في 04/09/ 2003 .

مضمون العلامة: إن العلامة تلعب دورا حيويا باعتبارها متميزة ومبتكرة، ليس فقط بالنسبة لصاحبها، وإنما أيضا بالنسبة للجمهور، إذ تعد من الوسائل الهامة لاجتذابه، فالكثير منهم يبحث عن العلامة أكثر من بحثهم عن المنتوج ذاته (1)، فهي تخلق لهم ظاهرة نفسية تحملهم للالتجاء إلى علامة دون أخرى (2). و تعد من أهم الوسائل التي يلجأ إليها الصانع أو التاجر لتمكين المستهلك من التعرف على سلعته أينما وجدت وضمان عدم تضليل الجمهور وخداعه في أمرها، وتزداد أهميتها يوما بعد يوم، خاصة إذا ما رافقتها الدعاية التجارية، هذه الأخيرة التي أصبحت الوسيلة الوحيدة القادرة على تحويل مختلف الأسواق العالمية إلى سوق واحدة وتوحيد الميول والرغبات الأساسية (3). فقد عرفتها المادة الثانية من قانون العلامات قانون 03/17 المؤرخ في 04/09/2003 المنوه عنه سلفا على أن العلامات: كل الرموز القابلة للتمثيل الخطي، لاسيما الكلمات بما فيها أسماء الأشخاص والأحرف والأرقام، والرسومات أو الصور والأشكال المميزة للسلع أو توضبها، والألوان بمفردها أو مركبة، التي تستعمل لتمييز سلع أو خدمات شخص طبيعي أو معنوي عن سلع وخدمات غيره. و عرّفها الفقه أنها: كل إشارة أو دلالة مميزة يتخذها التاجر أو الصانع أو مقدم الخدمة، شعارا لتمييز بضائعه أو منتجاته أو خدماته عن مثيلاتها التي يملكها الآخرين، أو هي كل سمة مادية أو إشارة التي يضعها التاجر على المنتجات التي يقوم بصنعها أو بيعها قصد تمييزها عن غيرها من المنتجات المماثلة (4). فهي بناءا على ذلك تنفرد بعدة خصائص تتمثل في النسبية: أي أنه لا يجوز لصاحبها الاحتجاج بحقه فيها في مواجهة الكافة،وإنما له الاحتجاج فقط في مواجهة الناس الذين يزاولون نفس النوع من الصناعة أو التجارة أو الخدمات التي يزاوله هو، التأقيت: إذ أنه محدد قانونا بمدة زمنية، وقد حددها قانون العلامات بعشر سنوات من تاريخ إيداع طلب تسجيل العلامة، ومع ذلك فإنه يحق لصاحب العلامة إذا ما رغب بالاحتفاظ بها طلب تجديده بنفس المدة السابقة لفترات متتالية (5) و ازدواجية الحماية: فحيث تتوفر لها حماية مدنية وأخرى جزائية، فالحماية المدنية تتمتع بها العلامة المسجلة وغير المسجلة،إذ يكون التأسيس في دعواها المقامة من طرف مالكها على المنافسة غير المشروعة وفقا للقواعد العامة للمسؤولية المدنية عن الفعل الضار، وحماية جزائية لا تتمتع بها إلا العلامة المسجلة.

نطاق العلامة: لكي يصبغ على العلامة الحماية التي قررها لها القانون، لابد أن تتوافر فيها شروط موضوعية وأخرى شكلية إجرائية(6)، و لقد أجمع الفقه والقانون على اعتبار الشروط الموضوعية اللازم توافرها فيها، أنها لا تخرج عن ثلاث : الصفة المميزة، الجدة والمشروعية، فالصفة المميزة هي التي تؤدي إلى تمييز وتفريق المنتجات المتعلقة بها عن غيرها من المنتجات المماثلة ، أيا كانت المكونات التي تتكون منها(7)، إذ يشترط فيها أن تكون لها ذاتية خاصة تميزها عن غيرها من العلامات الأخرى المستخدمة لسلع مماثلة، وينص قانون العلامات في مادته الثانية فقرة أولى" العلامات: كل الرموز القابلة للتمثيل الخطي...التي تستعمل كلها لتمييز سلع أو خدمات شخص طبيعي أو معنوي عن سلع وخدمات غيره". و لكي تصلح الشارة أن تتخذ كعلامة يمكن تسجيلها من الناحية القانونية، فإنه لا يكفي أن تكون مميزة، بل يجب أن تكون جديدة ومشروعة، فالعلامات غير المميزة قد استثنيت بموجب نص المادة 1/7-2-3 من نفس القانون من نظام التسجيل بقولها: "يستثنى من التسجيل: الرموز التي لا تعد علامة في مفهوم المادة 2 فقرة أولى، الرموز الخاصة بالملك العام أو المجردة من صفة التمييز و الرموز التي تمثل شكل السلع أو غلافها، إذا كانت الطبيعة أو وظيفة السلع أو التغليف تفرضها". والمقصود بالجدة، هو عدم سبق استعمال ذات العلامة داخل إقليم الدولة على ذات السلع والمنتجات المراد استخدام العلامة عليها، إذ يشترط لصحتها عدم المساس أو الإضرار بحقوق سابقة، كعلامة مسجلة سابقا أو معلومة للكافة، غير أن استعمال علامة لتمييز سلعة لا يمنع استعمالها لتمييز سلعة أخرى لا

إن العلامة تلعب دورا حيويا باعتبارها متميزة ومبتكرة، ليس فقط بالنسبة لصاحبها، وإنما أيضا بالنسبة للجمهور، إذ تعد من الوسائل الهامة لاجتذابه، فالكثير منهم يبحث عن العلامة أكثر من بحثهم عن المنتوج ذاته

تماثلها أو تشابهها تكون بعيدة عن صنفها وطبيعتها، لأنه لا ينشأ عن هذا الاستعمال أي خلط أو التباس في ذهن الجمهور حتى ولو حملت ذات العلامة(8). وبتفقد نصوص قانون العلامات ووقوفا عند المادة 7/9 التي تنص على أنه "يستثنى من التسجيل، الرموز المطابقة أو المشابهة للعلامة كانت محل طلب تسجيل أو تسجيل يشمل سلعا أو خدمات مطابقة أو مشابهة لتلك التي سجلت من أجلها علامة الصنع أو العلامة التجارية، إذا كان هذا الاستعمال يحدث لبسا " نجد أنها اشترطته-شرط الجدة- عند تسجيل العلامة وسايرت الفقه في ذلك، كما ونجد أن المادة 7/4-5-6-7 منه بينت لنا ما هو محظور اتخاذه كعلامة وذلك لاعتبارات النظام العام وحسن الآداب وحفاظا على المصلحة العامة، وحرصا على عدم تضليل الناس في تعاملهم وأكدت استثناؤها من نظام التسجيل بقولها:"... بأنه يستثنى من التسجيل:الرموز المخالفة للنظام العام أو الآداب العامة والرموز التي يحظر استعمالها بموجب القانون الوطني أو الاتفاقيات الثنائية أو المتعددة الأطراف التي تكون الجزائر طرفا فيها، الرموز التي تحمل من بين عناصرها نقلا أو تقليدا لشعارات رسمية أو أعلام أو شعارات أخرى أو اسم مختصر أو رمز أو إشارة أو دمغة رسمية تستخدم للرقابة والضمان من طرف دولة أو منظمة مشتركة بين الحكومات أنشأت بموجب اتفاقية دولية، إلا إذ رخصت لها السلطة المختصة لهذه الدولة أو المنظمة بذلك، الرموز التي يمكن أن تضلل الجمهور أو الأوساط التجارية فيما يخص طبيعة أو جودة أو مصدر الخدمات والسلع والخصائص الأخرى المتصلة بها، الرموز التي تشكل حصريا أو جزئيا بيانا قد يحدث لبسا مع المصدر الجغرافي لسلع أو خدمات معينة، وفي حالة ما إذا تم تسجيل هذه الرموز كعلامة بغير حق تعرقل استعمال ذلك البيان الجغرافي من قبل أشخاص آخرين لهم الحق في استعماله". وتطبيقا لذلك، فالعلامة التجارية تكون ممنوعة إذا كانت مخالفة للآداب و الأخلاق سواء في مجموعها أو في أحد عناصرها،وتكون كذلك إذا تضمنت تسميات تمس بالأخلاق والآداب أو إذا احتوت على أعلام وشارات ورموز ذات طابع ديني، أو كان الهدف منها تضليل الجمهور بتضمينها بيانات غير صحيحة عن صفات البضاعة أو مصادرها أو استعمال الأسماء الجغرافية، إذا نشأ عن هذا الاستعمال لبس فيما يتعلق بمصادر المنتجات وأصولها(11). غير أن هذه الشروط الموضوعية غير كافية لحماية العلامة قانونا، إذ لابد من توافر شروط شكلية لها والتي تكمن في أحكام تسجيلها لدى المصالح المختصة وهي المعهد الوطني لحقوق الملكية الصناعية والتجارية،و المشرع الجزائري لم يحصر من لهم حق طلب تسجيل العلامة في فئة معينة، بل جعل الباب مفتوحا لكل شخص طبيعيا كان أو معنويا، عاما أو خاصا، تاجرا أو غير تاجر، جزائريا أو أجنبيا ولو لم يكن مقيما في الجزائر، على أن الأجنبي الذي يرغب في تسجيل علامته يجب عليه أن يوكل بتمثيله شخصا مقيما في الجزائر يكون نائبا عنه في إجراءات معاملات التسجيل. و التسجيل هو عبارة عن إجراءات متتالية، تبدأ بتقديم طلب إلى المعهد الوطني لحقوق الملكية التجارية والصناعية، وتنتهي بنشر العلامة في النشرة الخاصة بالعلامات،ويخول تسجيل العلامة مالكها احتكارا بالاستغلال ينتج آثاره خلال مدة التسجيل تحسب من تاريخ إيداع الطلب. تتعلق تلك الآثار بنوع الحماية القانونية و بملكية العلامة، إذ يتمتع مالك العلامة المسجلة بحماية جنائية في حالة تقليدها أو تشبيهها أو اغتصابها، أما العلامة غير المسجلة فليس لمالكها إلا الحماية المدنية بمقتضى دعوى المنافسة غير المشروعة، ضف إلى أن العبرة في تقدير ملكيتها هي بسبق التسجيل لا بسبق الاستعمال لها، فهو قرينة قانونية قاطعة غير قابلة لإثبات العكس لمصلحة من سجلت العلامة باسمه، فلا يستطيع من يبقه في استعمالها إثبات عدم أحقيتها له، فواقعة التسجيل هي الواقعة الوحيدة المنشئة لحق ملكية العلامة(12)، فقد نصت المادة 05 من قانون العلامات فقرتها الأولى على أنه "يكتسب الحق في العلامة بتسجيلها لدى المصلحة المختصة".

> **غير أن هذه الشروط الموضوعية غير كافية لحماية العلامة قانونا، إذ لابد من توافر شروط شكلية لها والتي تكمن في أحكام تسجيلها لدى المصالح المختصة وهي المعهد الوطني لحقوق الملكية الصناعية والتجارية**

مفهوم التقليد : عرف الفقه التقليد على أنه " اصطناع ختم أو دمغة أو علامة مزيفة للأشياء الصحيحة، أي مشابهة لها في شكلها، سواء أكان الاصطناع متقنا أو غير متقن، وكل ما يشترط أن يكون كافيا لخداع الجمهور عن الحقيقة الزائفة(13). و عرّف التقليد-في مجال العلامة- من أنه نقل العناصر الأساسية للعلامة الأصلية، أو نقل بعضها نقلا حرفيا مع إضافة شيء ضمن علامة أخرى، لتصبح قريبة الشبه في مجموعها مع تلك العلامة، مما يوقع المستهلك المتوسط الحرص في الخطأ وعدم القدرة على التمييز لوجود الخلط واللبس بينهما(14)، وهو بذلك يختلف عن التزوير الذي ومن خلاله تنسخ العلامة نسخا حرفيا بحيث يكون هنالك تطابق تام لا يسهل تبيانه بين العلامة الحقيقية والعلامة المزورة لعدم إمكانية التفريق بينهما(15). وبالرجوع لقانون العلامات، نجد أن المادة 26 فقرة 1 تنص على أنه" يعد جنحة التقليد لعلامة مسجلة، كل عمل يمس بالحقوق الإستئثارية لعلامة قام به الغير خرقا لحقوق صاحب العلامة". ولكن بالرغم من استحداثه لهذا التعريف، إلا أن عباراته جاءت عامة غير محددة النطاق، إذ أعطى له معنى واسعا وشامل لكل الأفعال التي تشكل اعتداء على الحق في العلامة، فقد عبر بمصطلح وحيد عن كافة الاعتداءات للحق الناتج أو الناجم عن علامة صناعية أو تجارية أو خدمة، ضف الى أنه لم يحدد ولم يحصر لنا الأفعال المعتبرة قانونا اعتداءات ممنوعة واقعة على الحق في العلامة، فقد اكتفى فقط باضافة مصطلح" الاستئثارية" الى كلمة"الحقوق" في تعريفه للتقليد، و وحد العقوبة لجميع الاعتداءات المعتبرة تقليدا. إلا أن المشرع الجزائري، لم يقم بتعداد تلك الاعتداءات تاركا ذلك لسلطة القاضي الجزائي، ولربما عدم حصره لتلك الأفعال له عذره، فوضع الإطار العام فقط للفعل الجرمي للتقليد، وعمومية العبارات يمكن إرجاعها لتنوع صور هذه الجريمة وتشعبها وتمددها بحسب إختلاف الإعتداءات الواقعة عليها والمتزايدة يوما تلو الآخر بسبب التطور العلمي و الإقتصادي والتجاري. لكن السؤال الذي يفرض نفسه في هذا السياق هو: ما هي الحقوق الإستئثارية حتى نكون أمام فعل التقليد وبالتبعية أمام جنحة

التقليد؟ بخلو نص قانوني تفسيري في ذات القانون يستوجب علينا الرجوع إلى القواعد العامة إعتبارا أن العلامة هي حق من الحقوق المدنية الواقعة على أشياء غير مادية (ذهنية) يجوز تمليكها مثل بقية الحقوق الأخرى. ومع ذلك وانطلاقا من أن حق العلامة هو حق ملكية و أن فعل التقليد هو كل اعتداء على هذه الملكية، فيمكن إذن تصوره عند مرحلة الإستعمال أو الإستغلال أو التصرف في العلامة. فهل يا ترى عدم تحديد المشرع الجزائري للأفعال المعتبرة اعتداءات على الحق في العلامة التجارية واكتفائه بعبارات عامة يرجع فيها إلى القواعد العامة وفي ريادتها القانون المدني ليس فيه مساس بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات؟ وتجدر الإشارة هن ومن جهة أخرى ، إلى قانون 04/02 المؤرخ في 23 جوان 2004 والمحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية لمشار إليه أعلاه عرف تقليد العلامة على أنه التقليد الذي يكون الهدف منه زرع شكوك وأوهام في ذهن المستهلك، فلم يجعل التقليد ذاك النسخ الكامل للعلامة بل اكتفى بالحد الأدنى لذلك فإذا ما ثبت وفق ظروف وملابسات القضية من وجود لبس أو شك أو وهم في ذهن المستهلك فالتقليد يكون متوافرا وقائم الأركان، ومن باب أولى يكون قائما بالضرورة إذا كان التماثل والتطابق ما بين العلامتين الأصلية والمقلدة. لكن وبالرجوع إلى قانون الجمارك، وبالضبط إلى القرار المؤرخ في 15جويلية 2002 والذي يحدد كيفيات تطبيق المادة 22 من قانون الجمارك يستشف، ووقوفا عند المادة 02 منه وأن المشرع عبر عن التقليد بمصطلح التزييف عند قوله:" يقصد في مفهوم السلع المزيفة: السلع التي تمس بحق من حقوق الملكية الفكرية لاسيما منها، السلع بما فيها توضيبها الموضوع عليه بدون رخصة أو علامة مصنع أو علامة تجارية مماثلة لعلامة مصنع أو علامة تجارية مسجلة قانونا والخاصة بنفس النوع من السلع، أو تلك التي لا يمكن تمييزها في جوانبها الأساسية من علامة المصنع أو العلامة التجارية هذه والتي تمس نتيجة لذلك بحقوق مالك العلامة...".

نطاق التقليد: تستنتج المحاكم عادة عنصر التقليد بطريقة المقارنة بين العلامة الحقيقية والمقلدة، فالعبرة هي بالصورة العامة أكثر هي مما هي للتفاصيل الجزئية، لأنها هي التي تنطبع في ذهن الزبون، وليس من الضروري أن يكون التقليد تاما بإعادة اصطناع العلامة، فهو يتوفر حتى في حالة تغيير تركيب الكلمة أو تغيير أحد حروفها بالحذف أو بالإضافة أو استبداله مما يعني أن الفروق الجزئية لا تنفي وجود التقليد(16)، لذا نجد أن الفقه قسم في الحقيقة الاعتداءات الواردة على العلامة التجارية إلى قسمين رئيسيين : اعتداءات مباشرة و أخرى غير مباشرة. تتمثل الاعتداءات المباشرة للعلامة في التقليد ذاته " إعادة اصطناع العلامة التجارية اصطناعا حرفيا أو اصطناع تشبيهي لها، بينما تتمثل الاعتداءات غير المباشرة لها في الأفعال الجرمية التي تماثل التقليد ويترتب عليها نفس الحكم كاستعمال و استغلال علامة مقلدة، و بيع منتجات أو عرضها للبيع تحمل علامة مقلدة و اغتصاب العلامة ...

صور التقليد: إن الغرض من العلامة أن تكون وسيلة لتمييز المنتجات والسلع، ويتحقق هذا الغرض بالمغايرة بين العلامات التي تستخدم في تمييز سلعة معينة، والعبرة في تقليدها بالصورة العامة التي تنطبع في الذهن نتيجة لتركيب الصور والحروف والرموز بعضها مع البعض والشكل الذي تبرزه في علامة أو أخرى بغض النظر عن العناصر التي تركبت منها وعما إذا كانت الواحدة تشترك في جزء أو عنصر أو أكثر مما تحويه الأخرى17). فصور التقليد متعددة وكثيرة الأنواع والمظاهر فقد تحصل عن طريق إضافة أو حذف حرف أو أكثر، أو زيادة كلمة أو أكثر،أو عن طريق استبدال حرف بآخر،أو كلمة بأخرى بل أن التقليد ذاته دخل إلى عالم الانترنيت، إذ عرفت التجارة الإلكترونية و أدى تسابق العديد من المنتجين ومقدمي الخدمات إلى عرض منتجاتهم وخدماتهم عبر هذه الوسيلة، وهذا باتخاذ اسم الشركة في شبكة الانترنيت وعنوانها الإلكتروني الذي بواسطته يمكننا الدخول عليها ومتابعة آخر المستجدات بخصوصها " اسم الدومين"، إلى ظهور عدة نزاعات عن الترويج وعرض مختلف المنتجات(18)، مع العلم أنه في الجزائر فيتم تسجيل أسماء الدومين لدى مركز البحث في الإعلام العلمي والتقني، الذي أنشئ في شهر أفريل 1986، وكانت مهمته الأساسية آنذاك العمل على إقامة شبكة وطنية وربطها بشبكات إقليمية ودولية(19). و بصدور قانون 04/15 المؤرخ في 11/10/ 2004 المعدل والمتمم لقانون العقوبات (20) قد جرم الأفعال المؤدية إلى المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات والتي يمكن إدراج تحتها تقليد العلامة عبر الانترنيت وأعتبرها جنحة ولكن درج عقوبات تلك الجنح حسب خطورتها وجسامتها، فقد نص في المادة 394 مكرر منه على المعاقبة بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة وبغرامة من 50.000 دج إلى 100.000دج كل من يدخل أو يبقى عن طريق الغش في كل أو جزء من منظومة للمعالجة الآلية للمعطيات أو يحاول ذلك، وتضاعف العقوبة إذا ترتب على ذلك حذف أو تغيير لمعطيات المنظومة، لكن إذا كان التعديل والتغيير بالإضافة فالعقوبة قد غيرها المشرع وفقا للمادة 394 مكرر 01 إلى الحبس من ست أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 500.000دج 2.000.000دج وكان التغيير دائما بطريق الغش، أما إذا كان القائم بالتقليد أو آخرين لهم علاقة بالفعل الجرمي السابق لم يتوقفوا عند هذا من التقليد بل نشروا وقاموا بالاتجار في المعطيات المخزنة فإنه يعاقب ووفقا للمادة 394 مكرر2 من شهرين إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 1.000.000دج إلى 5.000.000دج كل من يقوم عمدا بذلك وعن طريق الغش.

قررت المحكمة العليا من أنه" يقوم تقليد العلامة على المحاكاة التي تتم بها المشابهة بين الأصل والتقليد، ومن ثم فإن خلو الحكم من وصف العلامة الصحيحة والعلامة المقلدة وأوجه التشابه والتطابق بينهما واستناد القاضي في ثبوت توافر التقليد على مجرد سجل إدارة العلامات أو على رأيها من وجود تشابه بين العلامتين يجعله مشوبا بالقصور

أسس تقدير قيام تقليد العلامة: قررت المحكمة العليا من أنه" يقوم تقليد العلامة على المحاكاة التي تتم بها المشابهة بين الأصل والتقليد، ومن ثم فإن خلو الحكم من وصف العلامة الصحيحة والعلامة المقلدة وأوجه التشابه والتطابق بينهما واستناد القاضي في ثبوت توافر التقليد على مجرد سجل إدارة العلامات أو على رأيها من

وجود تشابه بين العلامتين يجعله مشوبا بالقصور، لأن القاضي في المواد الجنائية إنما يستند في ثبوت الحقائق القانونية إلى الدليل الذي يقتنع به وحده، ولا يجوز له أن يؤسس حكمه على رأي غيره(21). و نستخلص من أحكام القضاء ثلاث قواعد مهمة تستند إليها سلطة القاضي التقديرية في تحديد مدى توافر التقليد من عدمه.

1- النظر إلى الشكل العام للعلامة التجارية في مجموعها، والتي تدل عليه السمات البارزة فيها دون تفاصيلها الجزئية، أو بالصورة العامة التي تنطبع في الذهن بصرف النظر عن العناصر التي تركبت منها، على أن يكون ذلك التتابع والتعاقب، فلا ينظر إلى العلامتين متجاورتين، بل ينظر لكل منهما على حدى الواحدة بعد ال أخرى.

2- النظر إلى أوجه التشابه دون أوجه الإختلاف، إذ أن تقليد العلامة لا يتم إلا من خلال سلع أو خدمات متشابهة أو متماثلة، فإذا كان الأمر يسهل على القاضي في تقديره لوقوع التقليد بالنسبة للمنتجات المماثلة بالمنتوج الذي يحمل علامة أصلية، إلا أن الأمر يزداد تعقدا بالنسبة لتقدير المنتوج الشبيه بالمنتوج الأصلي والذي يحمل علامة مقلدة، وتعتمد المحاكم عادة في تقدير أوجه التشابه على:

* أوجه الشبه القائمة على أساس النطق والسمع : هي مجموع العناصر المتشابهة في العلامة والتي يتم الكشف عليها من خلال التسمية المقلدة(22)، ومن أهم الأمثلة التي جاء بها القضاء العلامة SELECTO - SELECTRA.

*أوجه الشبه القائمة على أساس الشكل الخارجي للعلامة : يقصد بالشكل الخارجي الملصقات، الألوان، شكل الزجاجة أو علبة وكل شكل آخر يمكن أن يوقع المستهلك في خلط إذا كان هذا الشكل من مميزات المنتوج أو السلعة ويعد كعلامة تجارية. *أوجه الشبه القائمة على أساس التقارب الفكري بين العلامة الأصلية والمقلدة : يقصد به وجود خلط قد يقع فيه المستهلك من حيث نفس المقصود الذي تؤديه كل من العلامة الأصلية و المقلدة، مثل la vache qui rit و la vache gracieuse . و من أساليب القرصنة المؤدية إلى الالتباس والخلط تسمية العلامة الثانية بلغة أجنبية مغايرة للعلامة الأولى بالمعنى ذاته(23)، فقد قضى بأن عبارة Scalet Water باللغة الإنجليزية تقليدا لعلامة L'eau écarlate باللغة الفرنسية(24).

3- إلتزام المحكمة في كل الأحوال عند وجود تقليد أو تشابه يدعو إلى تضليل الجمهور أن تتحقق من ذلك بنفسها، أو تندب خبيرا لذلك وصولا إلى تحقيق الطاعن الذي قد يترتب عليه تغيير وجه الدعوى(25)، ويتعين على المجلس دائما أن يعمل رقابته الموضوعية بوصفه درجة ثانية على تقدير محكمة الدرجة الأولى في هذا الخصوص، فإذا نفضت يدها من إجراء المضاهاة بين العلامتين، وقول كلمتها في ذلك واكتفت بترديد رأي محكمة الدرجة الأولى في أمر يقوم على التقدير الشخصي، فإن حكمها يكون مشوبا بالقصور وهو ما يقتضي منها أن تحفظ لنفسها صفة " الخبير الأعلى " ، فلا تكتفي بالإحالة إلى تقرير الخبير تستعرضه بما يوضح أنها قد استوعبته واعتبرته سندا لحكمها(26).

إن إدارة الجمارك تقوم بضمان نزاهة المبادلات وذلك بحماية المستهلك وتشجيع الاستثمار ومراقبة ومطابقة المنتجات لمستوردة للمقاييس المعمول بها وهي تسهر على تطبيق القوانين، ولهذا فهي تلعب دور مهم في محاربة التقليد

إن الذي يعتمد عليه القضاء من أجل تقدير فعل التقليد، هو درجة وعي وانتباه المشتري، إذ أجمع مع الفقه واتفقا على الأخذ بعين الاعتبار المشتري العادي عند إجراء المقارنة بين العلامة الأصلية والعلامة الأخرى(27)، أي المشتري المتوسط الحرص و الانتباه، كما لا يأخذ بتقدير المشتري الغافل المهمل الذي يشتري دون أن يجري الفحص أو التدقيق أو التحري السابق والذي يقتضيه العرف(28).

الأساس القانوني لحماية العلامة من التقليد: إن القانون الجزائري قد تعرض لموضوع الحماية القانونية للعلامة من التقليد في كل من قانون العلامات، قانون الممارسات التجارية وقانون الجمارك ،، فبالنسبة لقانون العلامات، فتنص المادة 32 من قانون العلامات: "إن كل شخص ارتكب جنحة تقليد يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من مليونين وخمسمائة ألف دينارا 2.500.000دج إلى عشرة ملايين دينارا 10.000.000دج، أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط مع: لغلق المؤقت أو النهائي للمؤسسة، مصادرة الأشياء والوسائل والأدوات التي استعملت في المخالفة و إتلاف الأشياء محل المخالفة ". لكن الملاحظ كذلك أن المشرع و بموجب قانون 04/02 (29) المتعلق بالممارسات التجارية المنوه عنه سلفا، قد نص على جنحة التقليد واعتبرها من ضمن الممارسات التجارية غير النزيهة بقوله في المادة 27 فقرة 2 على ما يلي:" تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة في مفهوم هذا القانون، لا سيما منها الممارسات التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بتقليد العلامات المميزة لعون اقتصادي منافس أو تقليد منتوجاته أو خدماته أو الإشهار الذي يقوم به، قصد كسب زبائن هذا العون بزرع شكوك وأوهام في ذهن المستهلك". كما تنص المادة 38 من ذات القانون على أنه:" تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة و مخالفة لأحكام المواد 26 و27 من هذا القانون ويعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف دينار (50.000دج) إلى خمسة ملايين دينار (5.000.000دج)". كما أشير إليها كذلك في قانون الجمارك رقم 79/07 المؤرخ في 26 جويلية 1979 المعدل بموجب القانون رقم 98/10 المؤرخ في 22/11/ 1998 سيما المادة 22 منه والتي جاءت معنونة بـ"حماية الملكية الفكرية" التي تنص على ما يلي:" تحظر عند الاستيراد كل البضائع التي تحمل بيانات مكتوبة على المنتوجات نفسها أو على الأغلفة أو الصناديق أو الأحزمة أو الأظرفة أو الأشرطة أو الملصقات، والتي من شانها أن توحي بأن البضاعة الآتية من الخارج هي ذات منشأ جزائري، وتحظر عند الاستيراد، مهما كان النظام الجمركي الذي وضعت فيه، وتخضع إلى المصادرة البضائع الجزائرية أو الأجنبية المزيفة. تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة بقرار من الوزير المكلف بالمالية". و بالرجوع إلى القرار المؤرخ في 15 جويلية 2002(30) والذي يحدد كيفيات تطبيق المادة السالفة الذكر والمتعلقة باستيراد السلع المزيفة ووقوفا عند المادة 14 منه والتي تنص على ما يلي:" تتخذ إدارة الجمارك دون المساس بالوسائل القانونية الأخرى التي يمكن أن يلجأ إليها مالك حق

الملكية الفكرية الذي ثبت تضرر حقه، التدابير اللازمة للسماح بما يأتي : إتلاف السلع التي اتضح أنها سلع مزيفة أو وضعها خارج الدوائر التجارية بطريقة تسمح بتفادي إلحاق الضرر بمالك الحق، وذلك دون التعويض بأي شكل، ودون أية نفقات تتحملها الخزينة العمومية...".

إثبات التقليد: تنص المادة 5 الفقرة الأولى من قانون 89 -02 المتعلق بحماية المستهلك على أنه" يجب على كل منتج أو وسيط أو موزع و بصفة عامة كل متدخل في عملية الوضع للاستهلاك أن يقوم بنفسه أو عن طريق الغير بالتحريات اللازمة للتأكد من مطابقة المنتوج أو الخدمة للقواعد الخاصة به والمميزة له". فمالك العلامة هو الذي يقع عليه الالتزام بالتحري في مطابقة المنتوج للمواصفات التي يحتويها، إلا أن المادة لم تبين نوع التحري أو التقصي الذي يلتزم به مالك العلامة،لذا لابد من الرجوع إلى قانون العلامات لنتعرف ما لمالك العلامة من حقوق اتجاه وسائل إثبات التقليد في حالة وجود منتوج يحمل علامة مقلدة. و لكي يمهد المشرع لمالك العلامة إثبات الجريمة أجاز له اتخاذ إجراءات الحجز حتى يتمكن من المحافظة على الأدوات والسلع التي تحمل العلامة المقلدة، ورغم مزايا الحجز كوسيلة لجمع أدلة الإثبات إلا أنه لا يعد شرطا لازما لإقامة الدعوى، فهو إجراء عملي يستفيد منه المالك لإثبات التقليد، وقد يترتب عنه أثر عكسي عند عدم ثبوت التقليد إذ يتعرض المدعي حينئذ إلى المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تترتب عن الحجز. وإذا حكم ببطلان إجراءات الحجز لسبب ما، فلا يترتب على ذلك إلزاما رفض الدعوى الجنائية، لأن الأصل هو جواز إثبات جريمة التقليد بكافة طرق الإثبات. فقد خول المشرع لمالك العلامة التجارية عدة محاضر حجوز لإثبات وقوع التقليد لها والتي لا تخرج عن ثلاث:

1- محضر حجز تطرق إليه قانون العلامات كتدبير تحفظي يقوم به رئيس المحكمة المختصة يطبق بشأنه قانون الإجراءات المدنية فالإثبات يكون فيه بالطرق المدنية، إذ المشرع قد خول لمالك العلامة وكذا للمستفيد من الحق الاستئثاري بالاستغلال وسيلة لإثبات وقوع الجريمة، إذ يقدم طلب بذلك ويكون مرفقا بما يثبت تسجيل العلامة، ويوجه الطلب إلى رئيس المحكمة المدنية والمتمثلة طبقا للمادة 346 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري في محكمة موطن المدين أو مقر الأموال المطلوب حجزها. ويجب أن يبين العارض في عريضته نوع الإجراء الذي يريده وصفا أو حجزا، ففي الحالة الأولى، فالمنتجات تبقى في أيدي الحاجز الذي توضع تحت تصرفه أما في الحالة الثانية فالأشياء محل التقليد يمكن وضعها عند كتابة ضبط المحكمة، يقوم المحضر القضائي بعملية الحجز وبعدها يحرر محضر للوصف أو الحجز حسب الحالة، و تترتب على عملية الحجز مجموعة من النتائج نذكر منه: *- لا يجوز للمحجوز عليه الذي يحوز البضائع المحجوز عليها أن يتصرف فيها تحت عقوبات منصوص عليها في المادة 434 من قانون العقوبات الجزائري أي يتابع بجنحة تبديد أموال محجوزة. *- محضر الحجز المنجز من طرف المحضر القضائي بناءا على أمر من طرف رئيس المحكمة غير قابل للطعن إلا بالتزوير. *- على القائم بالحجز "الحاجز" أن يرفع دعوى أمام المحكمة "القسم المدني" أو أمام قسم الجنح" خلال شهر من عملية الحجز، وإذا لم يقم بذلك فإن عملية الحجز تصبح باطلة ، ولقد نص المشرع على وجوب رفع الدعوى المدنية أو الدعوى الجزائية في خلال تلك المدة، وذلك دون المساس بالتعويضات التي يمكن المطالبة بها، لمنع أو الحد من التعسف في استعمال الحق في اتخاذ مثل هذه الإجراءات، إن هذا البطلان ليس من النظام العام إذ يستطيع المتضرر أن يطلب من رئيس المحكمة بعد أن تفوت المدة القانونية "شهر" بأن يستصدر أمرا جديدا بالحجز ، إن بطلان الحجز لا يوقف إجراءات المتابعة كون الحجز يدخل فقط كوسيلة للإثبات ، وأما المدعي يمكنه أن يثبت ذلك بواسطة وسائل مختلفة.

2- و آخر تطرق إليه قانون الجمارك إذا ما تعلق الأمر باستيراد سلع مزيفة وبالتالي جريمة جمركية، إن إدارة الجمارك تقوم بضمان نزاهة المبادلات وذلك بحماية المستهلك وتشجيع الاستثمار ومراقبة ومطابقة المنتجات المستوردة للمقاييس المعمول بها وهي تسهر على تطبيق القوانين، ولهذا فهي تلعب دور مهم في محاربة التقليد الذي أصبح يشكل حاجز في حسن السير الاقتصادي و الجبائي، فهو من جهة يؤثر في نزاهة المنافسة وفي تشجيع الاستثمار، ومن جهة أخرى فهو يحرم خزينة الدولة من تحصيل القيمة الجبائية الواجبة على العلامة. وقد خول المشرع الجزائري لمصالح الجمارك بموجب المادة 22 منه و التي جاءت تحت عنوان حماية الملكية الفكرية على ما يلي:" تحظر عند الاستيراد كل البضائع التي تحمل بيانات مكتوبة على المنتوجات نفسها أو على الأغلفة أو الصناديق أو الأحزمة أو الأظرفة أو الأشرطة أو الملصقات والتي من شأنها أن توحي بأن البضاعة الآتية من الخارج هي ذات منشأ جزائري، وتحظر عند الاستيراد وتخضع إلى المصادرة البضائع الجزائرية أو الأجنبية المزيفة. تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة بقرار من الوزير المكلف بالمالية". فمن خلالها اتسع دور الإدارة الجمركية،حيث كلفت بمهام جديدة لم تعهد لها من قبل و هي السهر على تطبيق التدابير القانونية المتعلقة بالملكية الفكرية عامة والملكية الصناعية خاصة، ينتج عن ذلك اعتبار تقليد العلامة و نقل المنتوج من دولة إلى أخرى يحمل علامة مقلدة أو مزورة جريمة جمركية يعاقب عليها القانون. و لكن كيف يمكن لأعوان الجمارك أن يتحققوا من وقوع جريمة تقليد العلامة التجارية،أو أن المنتوج المستورد يحمل علامة مقلدة ؟ بصدور القرار المؤرخ في 15 جويلية 2002 المحدد لكيفيات تطبيق المادة 22 المنوه عنها أعلاه بين لنا كيفية تدخل إدارة الجمارك لتوقيع الحجز، عندما يكون هناك شك في استيراد السلع المزيفة، فهناك عدة إجراءات تتبع في هذا الصدد: *- لمالك الحق وهو مالك العلامة أو الشخص المرخص له باستعمال تلك العلامة أو ممثله، إيداع طلب لدى مديرية للجمارك، يلتمس فيها تدخلها عندما تكون السلع تحمل علامة مزيفة. *- عند قبول الطلب، تحدد الفترة اللازمة لتدخلها، يمكن لها أن تفرض على مالك الحق عندما يكون طلبه مقبولا تشكيل ضمان موجه إلى تغطية مسئوليتها المحتملة تجاه الأشخاص المعنيين بالعملية المذكورة، في حالة ما إذا تبين فيما بعد أن السلع موضوع الخلاف ليست سلعا مزيفة. *- عندما يعاين

فقد أجاز المشرع لمالك العلامة اتخاذ إجراءات متعددة قبل اللجوء إلى القضاء، كالاحتجاج الودي أو الوساطة والتحكيم أو الاعتراض أو المصالحة

مكتب جمركي أرسل إليه قرار التدخل، أن سلعا تطابق وصف السلع المزيفة، يوقف منح إمتياز رفع اليد أو يقوم بحجز هذه السلع، ويعلم مكتب الجمارك المصلحة التي درست الطلب فورا، والتي تعلم بدورها فورا المصرح وصاحب طلب التدخل. *- تعلم المصلحة التي تدرس الطلب، مالك الحق بناء على طلبه باسمي وعنواني المصرح والمرسل إليه إذا كان معروفا حتى يتسنى له إخطار الهيئة القضائية المختصة للبت في المضمون، وإلا يرفع إجراء الحجز. وتوضع السلع تحت نظام الإيداع لدى الجمارك خلال مدة إيقاف رفع اليد عنها أو حجزها.

3- وثالث تطرق إليه قانون الممارسات التجارية الذي جاء مكملا لأحكام قانون العلامات والذي يعتبر في إجراءاته كنصوص خاصة من قانون الإجراءات الجزائية، فالإثبات فيه يكون بالطرق الجزائية، احتراما للأحكام المتواجدة في قانون العلامات والمتعلقة بالعلامة، وتكملة لبنوده، فإنه يمكن ووفقا لقانون04/02 المنوه عنه سلفا، والذي أدرج تقليد العلامة من ضمن الممارسات التجارية غير النزيهة، حجز البضائع التي عليها علامة مقلدة، و يتميز بالإجراءات التالية : إن الحجز وفق لهذا القانون نوعان، فيمكن أن يكون الحجز عينيا أو اعتباريا، فالحجز العيني، كل حجز مادي للسلع، أما الحجز الاعتباري، كل حجز يتعلق بسلع لا يمكن مرتكب المخالفة أن يقدمها لسبب ما. ففي حالة الحجز العيني، يكلف مرتكب المخالفة بحراسة المواد المحجوزة، حيث تشمع المواد المحجوزة بالشمع الأحمر من طرف الأعوان المؤهلين وتوضع تحت حراسة إما مرتكب المخالفة أو إدارة أملاك الدولة ،فيخول للموظفين المؤهلين، تكون المواد المحجوزة تحت مسؤولية حارس الحجز إلى غاية صدور قرار العدالة، أما في حالة الحجز الاعتباري، تحدد قيمة المواد المحجوزة على أساس سعر البيع المطبق من طرف مرتكب المخالفة أو بالرجوع إلى سعر السوق، و يدفع المبلغ الناتج عن بيع السلع موضوع الحجز الاعتباري إلى الخزينة العمومية.

إجراءات المتابعة في تقليد العلامة: إن التعدي على العلامة المسجلة يعطي صاحب الشأن الحق في رفع دعوى جزائية يطالب فيها بعقاب المعتدي جزائيا، وأخرى مدنية يطالب فيها بعقاب المعتدي مدنيا، وفي الغالب ترفع الدعوى المدنية بالتبعية للدعوى الجزائية ، و لا يوجد ما يمنع أن ترفع كل دعوى بصورة مستقلة. إن المقصود بالمتابعة الجزائية، تلك الإجراءات التي يتمكن من خلالها المتضرر من جريمة و بموجب القانون من إقامة دعوى عمومية أمام القضاء الجزائي للمطالبة بحقه، و الأصل أن تحرك الدعوى العمومية من قبل النيابة العامة حسب مقتضيات المادة 01 من قانون الإجراءات الجزائية، سواء من تلقاء نفسها أو بناء على شكوى مقدمة من قبل من المضرور بتلك الجريمة. يعتبر متضررا من جريمة تقليد العلامة، مالك العلامة ويمنح له الحق في رفع دعوى عمومية، المتنازل له عن الحق في العلامة، المرخص له باستعمال العلامة، بل حتى المستهلك العادي ونقابة العمال وجمعية المستهلك. يتمتع بصفة المالك للعلامة، كل مسجل لها، وذلك بالنسبة للدول التي تعتبر تسجيل العلامة كقرينة قاطعة على ملكية العلامة، وتدخل الجزائر في هذا النطاق، أو المتنازل له على الحق في العلامة إذ ينص قانون العلامات في مادته 14 "بمعزل عن التحويل الكلي أو الجزئي للمؤسسة، يمكن نقل الحقوق المخولة عن طلب التسجيل أو تسجيل العلامة كليا أو جزئيا أو رهنها، وكذا المصرح له باستعمال العلامة، فهو كل شخص طبيعي أو معنوي يريد إنتاج منتوج صناعي مماثل للمنتوج الأصلي وبنفس التركيبة أن يطلب تصريح بإنتاج نفس المنتوج تحت نفس التسمية، وعليه نفس العلامة الأصلية من عند الشركة الأم، ونكون أمام هذا النوع من الوضعيات بالنسبة للشركات المتعددة الجنسيات التي يتمركز مقرها الرئيسي في أحد الدول وتسمح بإحداث فروع لها على مستوى دولي لتمكن من إنتاج نفس المنتوجات بهدف تسهيل ترويجها ومن أمثلة ذلك شركة كوكاكولا للمشروبات الغازية...فبموجب قانون العلامات و وفقا للمادة 31 منه التي تنص على أنه" عدا في حالة النص بالعكس في عقد الترخيص، يمكن للمستفيد من حق استئثار في استغلال علامة أن يرفع، بعد الإعذار، دعوى التقليد إذا لم يمارس المالك هذا الحق بنفسه "، فيمكن للمرخص له مباشرة دعوى التقليد إذا لم يمارس هذا الحق مالكها الأصلي، وكذا المستهلك، لقد قدم المرسوم التنفيذي رقم 90- 39 المؤرخ في 10-01-1990 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش تعريفا للمستهلك وذلك في المادة 2 منه " يقصد بالمستهلك كل شخص يقتني بثمن أو مجانا منتجا أو خدمة للاستعمال الوسيطي أو النهائي لسد حاجاته الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به "وكذا جمعية حماية المستهلك إذ أناط القانون لهيئات معينة سلطة رفع الدعوى، حماية لمصلحة جماعية أو مشتركة معينة،وهذا ما راح إليه القانون المتعلق بالجمعيات(31)، بحيث يسمح للجمعيات وبصفة عامة بممارسة الحقوق المخولة للطرف المدني، بالنسبة للضرر الذي يمس المصالح الفردية أو الجماعية لأعضائها. فهو معترف لها بها بموجب المادة 12 في فقرتها الثانية من قانون 89-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، وهو ما تؤكده كذلك المادة 96 من القانون المتعلق بالمنافسة(32). و عليه يمكن لجمعية حماية المستهلك أن تتدخل إلى جانب المتضرر من جريمة تقليد العلامة، ولقد أكد المشرع الجزائري ذلك في قانون الجمعيات في المادة 16 منه، كما أشارت المادة 12 من نفس القانون في فقرتها الثانية على حق الجمعيات في رفع الدعاوى بشرط أن يكون الضرر لاحق بالمصالح المشتركة للمستهلكين وهذا دون حاجة إلى توكيل أو شكوى من طرف المستهلك. وقد أشار إلى ذلك كذلك قانون 04/02 المتعلق بالممارسات التجارية وخصوصا عند المادة 65 منه التي تنص على أنه "دون المساس بأحكام المادة 2 من قانون الإجراءات الجزائية، يمكن لجمعيات حماية المستهلك والجمعيات المهنية التي أنشئت طبقا للقانون، وكذلك كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة، القيام برفع دعوى أما العدالة ضد كل عون اقتصادي (القائم بالتقليد) قام بمخالفة هذا القانون، كما يمكنهم

عتبر متضررا من جريمة تقليد العلامة، مالك العلامة ويمنح له الحق في رفع دعوى عمومية، المتنازل له عن الحق في العلامة، المرخص له باستعمال العلامة، بل حتى المستهلك العادي ونقابة العمال وجمعية المستهلك.

التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على تعويض الضرر الذي لحقهم". و ترفع دعوى التقليد بالتأكيد ضد المقلد، يعتبر مقلدا، كل شخص يقوم باستنساخ العلامة استنساخا كليا أو جزئيا للعناصر الأساسية المكونة لها، أو تشبيها ومحاكاة لها في مجموعها،وكذا الذي يقوم باستيراد أو تصدير سلع عليها علامات مقلدة أو بيعها أو عرضها للبيع. والقائم بهذه الأعمال بادئ ذي بدء يمكن تصوره من الغير مرتكب الأفعال المعاقب عليها في جنحة التقليد، فهو الذي يقوم بالاستنساخ أو التشبيه أو...دون الحصول على إذن من قبل مالك العلامة أو من يقوم مقامه قانونا أو اتفاقا، إلا أن مالك العلامة يمكن ذاته أن يكون مرتكبا لجنحة التقليد، في حالة تنازله عن حقوقه في العلامة للغير تنازلا كليا بمقابل مالي، فلا يمكنه إعادة اصطناع العلامة لأنه يكون حينها بمثابة المقلد لها.

مدى مساءلة الشخص المعنوي: بتفقد قانون العلامات جملة وتفصيلا، يلاحظ أن المشرع قد أدرج عقوبة الشخص المعنوي في المادة 32 منه، وعليه فإن المتابعة ضده ممكنة ويمكن تسليط عليه عقوبات جزائية، وقد أعلن المشرع الجزائري صراحة المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي عند استحداثه لقانون 04/15 المعدل والمتمم لقانون العقوبات،إذ نصت المادة 51 مكرر منه على أنه:" باستثناء الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام، يكون الشخص المعنوي مسؤولا جزائيا عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك، وإن المسؤولية الجزائية له، لا تمنع مساءلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو كشريك في نفس الأفعال". واستحدثه كذلك في قانون رقم 04/14 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية (31) بموجب فصلا ثالثا عنونه" في المتابعة الجزائية للشخص المعنوي" وأدرج ضمنه أحكام تتعلق بهذه المتابعة فاشترط في المادة 65 مكرر 02 أنه يتم تمثيل الشخص المعنوي في إجراءات الدعوى من طرف ممثله القانوني الذي كانت له هذه الصفة عند المتابعة، فلم يخرج عن القواعد المقررة في المتابعة المدنية له.

التدابير الوقائية في تقليد العلامة: نظرا لخطورة جريمة الاعتداء على العلامة في الأسواق التجارية، ونظرا لحجم الأضرار التي قد تصيب مالك العلامة، فقد أجاز المشرع لهذا الأخير صاحب العلامة المسجلة التي تعتدي عليها اتخاذ الإجراءات الوقائية التي يمكن من شأنها الحد من المتابعات القضائية، إلا أنه وفي حالة فشل التدابير الوقائية و الودية، تجعل مالك العلامة التجارية يلجأ إلى القضاء المختص لوضع حد للاعتداءات التي يراها قائمة ضد ملكية علامته و للقاضي السلطة الكاملة في تقدير ذلك. فالتدابير الوقائية هي أمر اختياري للمتضرر، فقد أجاز المشرع لمالك العلامة اتخاذ إجراءات متعددة قبل اللجوء إلى القضاء، كالاحتجاج الودي أو الوساطة والتحكيم أو الاعتراض أو المصالحة. فبالنسبة للاحتجاج الودي فعلى مالك العلامة الذي تعرضت علامته لأي نوع من أنواع الاعتداءات المنصوص عليها في قانون العلامات من الاحتجاج وديا على مقلد أو مزور العلامة بهدف إصلاح الوضع ، ويعد هذا الإجراء عملا إيجابيا كونه يعد اختصارا للوقت بدلا من اللجوء إلى المحكمة، ثم الخبرة و التي تحتاج إلى وقت طويل. إن هذا الاحتجاج الذي يقوم به مالك العلامة على المعتدي عليها، وفي حالة عدم إصلاح المعتدي على العلامة الضرر، قد يسهل على القاضي عملية الاقتناع بأن القائم بعملية التقليد للعلامة سيئ النية، خاصة إن كانت أوجه الشبه القائمة بين العلامة الأصلية و العلامة المقلدة ظاهرة و تؤدي بالمستهلك العادي إلى الوقوع في خلط، وعلى مالك العلامة أن يقدم احتجاجه الودي على شكل رسالة موصى عليها، أو عن طريق غير قضائي بواسطة محضر قضائي. أما فيما يخص الوساطة أو التحكيم، فيمكن لمالك العلامة أن يلجأ إلى جهة وساطة أو تحكيم لها القدرة العلمية في مجال العلامات في تقدير وقوع جريمة التقليد، وتقدير الخلط الذي قد يقع فيه المستهلك بين العلامة الحقيقية و العلامة المقلدة ، إلا أن هذه الطريقة هي الأكثر استعمالا لكن في مجال براءات الاختراع، الشيء الذي يحتاج إلى الاستنجاد بأشخاص ذات معرفة علمية أو تقنية في المجال. أما فيما يخص المصالحة، فإنه تجدر الإشارة في هذا المقام من أن قانون الممارسات التجارية المبين أعلاه منح رخصة للقائم بالتقليد من عدم إحالته إلى الجهات القضائية لمتابعته، إذ أن المادة 60 فقرة 02 من قانون الممارسات التجارية مكنت للمدير الولائي المكلف بالتجارة من قبول مرتكبي التقليد بمصالحة المنهية للمتابعات القضائية ،ويحق لهؤلاء معارضة غرامة المصالحة أمام المدير الولائي المكلف بالتجارة أو الوزير المكلف بالتجارة، ويحدد أجل معارضة الغرامة بـ 08 أيام ابتداء من تاريخ تسليم المحضر لمرتكب التقليد،ويمكن الوزير المكلف بالتجارة وكذا المدير الولائي المكلف بالتجارة تعديل مبلغ غرامة المصالحة المقترحة من قبل الموظفين المؤهلين الذين حرروا محضر المخالفة (التقليد)، في حدود العقوبات المالية المنصوص عليها. وفي حالة موافقتهم على المصالحة فانهم يستفيدون من تخفيض 20 % من مبلغ الغرامة المحتسبة وينتهي الأمر ويتوقف عند هذا الحد، لكن في حالة عدم دفع الغرامة في أجل 45 يوما ابتداء من تاريخ الموافقة على المصالحة، يحال الملف على وكيل الجمهورية المختص إقليميا قصد المتابعات القضائية. ولا تتوقف التدابير الوقائية عند مرحلة قبل اللجوء إلى القضاء بل يمكن تصورها في مرحلة اللجوء إلى القضاء والتي تتمثل أساسا في: إن أهم التدابير الوقائية في معظم حالات الإدانة بالمنافسة غير المشروعة، هو إلزام المدعى عليه بالتوقف عن ممارساته غير المشروعة، واتخاذ التدابير الملائمة لإزالة آثارها، تحت طائلة الإكراه المالي بموجب غرامات تهديديه عن كل يوم تأخير عن تنفيذ الحكم، وبعض هذه التدابير تكون ذات طابع حاسم، كحالة الأمر بإتلاف كل ما يحمل العلامة التجارية المقلدة ومنع استعمال و إبطال تسجيلها وشطبه، أو كمنع استعمال العلب التي تحمل رسومات وصور تشبه العلب المقلدة، وقد يصل الأمر إلى حد إغلاق المحل التجاري أو المنشأة(32). والبعض الآخر من هذه التدابير يتسم بالطابع الوقائي، ويهدف إلى تلافي أي ضرر محتمل كإلزام المنافس بإضافة رمزا أو أية ميزة للعلامة الأصلية، كاسم الأب أو كاسمه الخاص،تلافيا لخطر الالتباس، وهذا الطابع الوقائي لدعوى المنافسة غير المشروعة يجعلها تتلاءم تماما مع الإجراء الاستعجالي

الذي يميز القضاء الاستعجالي، من حيث تجنب نتائج الأعمال غير المشروعة والحماية من اضطراب وشيك الوقوع، وتتمثل هذه التدابير في الأمر بوقف الفعل الضار، وقد أوجد لهذا الغرض القضاء الفرنسي ما يسمى بنظرية الأسماء المتشابهة، واستنادا إلى هذه النظرية، أعطى القضاء لنفسه صلاحية اتخاذ ما يراه مناسبا من إجراءات لإزالة الالتباس أو لتلافي أي احتمال لحصوله، ومن ذلك، إلزام أحد الطرفين، وغالبا ما يكون الأقل شهرة أو الأحدث عهدا في استعمال العلامة موضوع النزاع، بإضافة اسمه الخاص أو باستعمال أكثر من إسم، إلى جانب إسم العائلة،أو تعيين حجم الأحرف و نوعها وألوانها...(33).

القضاء المختص في جريمة تقليد العلامة:

فالاختصاص هو السلطة التي يقررها القانون للقضاء في أن ينظر في دعاوى من نوع معين حدده له(34)، و اعتبارا أن جريمة التقليد جنحة، فإن محاكم الجنح هي المختصة بالفصل في كل الانتهاكات المنصوص عليها في القانون أو كما عبر عليها المشرع بمصطلح " كل مساس بحقوق العلامة ". إنه وبالرغم من المزايا التي يقدمها القضاء الجزائي لمالك العلامة إلا أن الإشكال الذي يعترضنا يتعلق بإثبات سوء نية القائم بالتقليد من حسن نيته و الذي لا يحتاجه القضاء المدني عند لجوئه إليه وتأسيسه على دعوى المنافسة غير المشروعة، ويبقى لمالك العلامة الحرية الكاملة في اللجوء إلى القضاء المدني أو إلى القضاء الجزائي- قسم الجنح، وإذا وقع اختيار مالك العلامة على اختصاص قضائي ما، فإنه لا يستطيع أن يلجا إلى اختصاص ثاني بوقائع جديدة، غير أنه يسمح لمن اختار القضاء الجزائي أن يتنازل عنه ويلجأ إلى الاختصاص المدني. لتحديد اختصاص هيئة قضائية دون الأخرى بالنظر في جريمة تقليد العلامة يجب الرجوع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في المادة 329 من قانون الإجراءات الجزائية والتي اعتمدت على المعايير الثلاث السالفة الذكر، وهي مكان إقامة أحد المتهمين أو مكان ارتكاب الجريمة أو مكان القبض على المتهم، و الرجوع إلى القواعد العامة في هذا المجال و الملاحظ أن المشرع الجزائري نص على الاختصاص المحلي للشخص المعنوي عند استحداثه لقانون 04/14 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية ، إذ نصت المادة 65 مكرر منه" يتحدد الاختصاص المحلي للجهة القضائية بمكان ارتكاب الجريمة أو مكان وجود المقر الاجتماعي للشخص المعنوي".

> **الرغم من المزايا التي يقدمها القضاء الجزائي لمالك العلامة إلا أن الإشكال الذي يعترضنا يتعلق بإثبات سوء نية القائم بالتقليد من حسن نيته و الذي لا يحتاجه القضاء المدني عند لجوئه إليه وتأسيسه على دعوى المنافسة غير المشروعة.**

إن ظاهرة التقليد أصبحت تشكل خطورة بمكان سيما بمساسها بالقطاعات الصناعية والتجارية، فالجزائر التي تسجل في قائمة المواد المقلدة قطع الغيار و مواد التجميل تتراوح ما بين 50 و60% من المواد التي تدخل السوق الجزائري، تغذيها قناتان الأولى محلية من خلال الإنتاج المحلي لاسيما الموازي، والثانية من خلال الاستيراد وشبكات التهريب، واستنادا إلى مختلف تقارير وزارة التجارة فإن نسبة التقليد في العلامات تصل إلى 42 %لاسيما تلك التي تأتي من المناطق الآسيوية كما تقدر بنسبة 40% بالنسبة للمواد المصنعة محليا، تظل الإجراءات المتخذة من قبل المعهد الوطني للملكية الصناعية وغيرها من الهيئات محدودة جدا، وغير كافية أمام زحف الظاهرة التي تضاعف من إختلالات النسيج الصناعي ككل، أثيرت هذه النقطة على مستوى النقاش الذي كان دائرا على مستوى أشغال الملتقى الوطني حول الملكية الصناعية و مكافحة التقليد الذي نظمه المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية و الغرفة الجزائرية للتجارة، و انتهى بضرورة الرقابة من طرف الشركات العالمية التي عليها أن تستثمر في الجزائر لتستطيع حماية إنتاجها من التقليد و أن تعمل على مراقبة هذه السلع عبر مندوبيها في الجمارك. فمحاربة التقليد إذن تخص الجميع من مصالح الجمارك، الفرق الاقتصادية التابعة لوزارة التجارة وجمعيات حماية المستهلكين، التي يجب أن تقوم بعمليات تحسيسية تخص المواطنين، وتزداد حدة ظهور ظاهرة التقليد في السوق الجزائرية، رغم الأحكام الردعية المسلطة في محاولة لتحجيم الظاهرة من خلال تسليط عقوبة الحبس التي تتراوح ما بين ستة أشهر إلى سنتين وفرض غرامات مالية تتجاوز المليون دينار وتصل حتى إلى 2 مليون دينار.

* محامية بمنظمة سطيف

الهوامش

(1) أنظر: زينة غانم عبد الجبار الصفار، المنافسة غير المشروعة للملكية الصناعية، - دراسة مقارنة - ، الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2002، ص64.

(2) أنظر: عبد الحميد الزقرد،الحماية القانونية من الخداع الإعلاني في القانون الكويتي المقارن، -مقالة- ، مجلة الحقوق، الكويت، 1995، ص 157.

(3) أنظر: أنطوان الناشف، الإعلانات والعلامات التجارية بين القانون والاجتهاد - دراسة تحليلية شاملة -، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 1999، ص 7.

(4) أنظر: صالح زواوي فرحة، علامات المصنع في التشريع الجزائري - مقالة - المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، العدد الرابع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1997، ص 118 ، نادية فوضيل، القانون التجاري الجزائري (الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 170.

(5) أنظر: مصطفى كمال طه، القانون التجاري اللبناني، الجزء الأول، دار النهضة العربية، بيروت، 1975، ص 751و752 .

(6) أنظر: محمود مختار أحمد بريري، قانون العلامات التجارية، الأعمال التجارية، التاجر، الشركات التجارية، - شركات القطاع العام والخاص، الأموال التجارية-، الجزء الأول، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ص 707، محمود إبراهيم الوالي .

(7) أنظر: منير ممدوح الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي، العلامات والأسماء التجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000، ص20.

(8) أنظر: سعيد أحمد شعلة، قضاء النقض في المواد التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 1999، ص، 300.

(9* أنظر:سميحة القليوبي، الملكية

الصناعية، - براءات الإختراع، الرسوم والنماذج الصناعية، العلامات التجارية والصناعية، الاسم والعنوان التجاري-، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 1998، ص 231.

(10) أنظر: منير الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي، المرجع السابق، ص 21، محمود إبراهيم الوالي، حقوق الملكية الفكرية في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983، ص 111، محمد السيد الفقي، دروس في القانون التجاري الجديد، - الأعمال التجارية، التجار، الأموال التجارية - ، دار المطبوعات الجامعية، طبعة 2000، ص 354، علي البارودي ومحمد السيد الفقي، القانون التجاري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، طبعة 1999، ص 244، عزت عبد القادر، المرجع السابق، ص 314.

(11) أنظر، مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري...، المرجع السابق، ص 673.

(12) أنظر، فرحة زواوي صالح، المرجع السابق، ص 941.

(13) أنظر: رؤوف عبيد، جرائم التزييف والتزوير، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة، 1978، ص 65، فرج علواني هليل، جرائم التزييف والتزوير، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1993، ص 132.

(14) أنظر: سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 277-278.

(15) أنظر: أحمد مختار البريري، المرجع السابق، ص 715.

(16) أنظر: إلياس جوزيف أبو عيد، التمثيل التجاري، الجزء الأول، دار بيروت للنشر، بيروت سنة 1985، ص 118 وما بعدها.

(17) أنظر: معوض عبد التواب، معوض عبد الوهاب عبد التواب، الوسيط في شرح الجرائم والغش والتدليس وتقليد العلامة التجارية، طبعة 1985. ص 206.

(18) أنظر، عامر الكسواني، المركز القانوني للدومين الإلكتروني بين مفردات الملكية الفكرية، مجلة حماية الملكية الفكرية، تصدر عن المجمع العربي لحماية الملكية الصناعية، ألمانيا، ص14. (19) أنظر، محمد لعقاب، مجتمع الإعلام والمعلومات، - دراسة استكشافية للأنترنتيين الجزائريين -، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في علوم الإعلام والاتصال، كلية الآداب واللغات، قسم علوم الإعلام والإتصال، 2000-2001، ص 284.

(20) قانون رقم 04/15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 المعدل والمتمم للأمر رقم 66/156 المؤرخ في 8 جوان 1966 والمتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 10/11/2004، العدد71.

(21) أنظر: معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص 302.

(22) أنظر: ربا طاهر القليوبي، المرجع السابق، ص 141.

(23) أنظر، محمد منصور أحمد، العلامات التجارية-جريمة الغش التجاري-الجزء الثاني، طبعة 1959، ص 113.

(24) أنظر: سمير فرنان بالي، قضايا القرصنة التجارية والصناعية والفكرية، - الجزء الأول - أبحاث وآراء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2001. ص 173.

(25) أنظر: منير ممدوح الجنبيهي، محمد ممدوح الجنبيهي، المرجع السابق، ص 123.

(26) أنظر: ، محمود جمال الدين زكي، الخبرة في المواد المدنية والتجارية، دراسة إنتقادية لأحكام قضاة الموضوع بندب الخبراء، القاهرة 1990، ص 61. Mr,ROBERT ,PLAISANT, Imitation frauduleuse jurisclasseures, marque, fascicule 27 1990 (p 20 et 21.)

(29) أنظر: ربا طاهر القليوبي، المرجع السابق، ص 141.

(30) قانون 04/02 المؤرخ في 23 جوان 2004، والمتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المنشور بالجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 12/06/04، العدد41.

(31) أنظر: قانون رقم 90/31 المؤرخ في 04 ديسمبر 1990، المتعلق بالجمعيات، جريدة رسمية عدد 53.

(32) أنظر: أمر رقم 95-06 ، المؤرخ في 25 جانفي 1995، والمتعلق بالمنافسة، جريدة رسمية عدد 09 .

(33) قانون 04/14 مؤرخ في 27 رمضان عام 1425 الموافق لـ 10 نوفمبر سنة 2004، يعدل ويتمم الأمر رقم 66/155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 08 يونيو 1966 والمتضمن قانون الاجراءات الجزائية، الجريدة الرسمية عدد 71 مؤرخة في 10/11/2004.

(34) أنظر: جوزيف نخلة سماحة، المزاحمة غير المشروعة، الطبعة الأولى، مؤسسة عز الدين للطباعة والنشر، بيروت، سنة 1991، ص 124.

أحكام الخلع في التشريع الجزائري والفقه الإسلامي

الجزء الأول

عبد السلام عبد القادر.

مقدمة: لقد شرع المولى سبحانه وتعالى الزواج وأضفى عليه من القدسية ما جعله متميزا عن سائر العقود، ما ذلك إلا ليحقق مقاصده السامية، وهي المقاصد التي لا يمكن أن تؤتى ثمارها إلا إذا كانت الحياة الزوجية غشوها المودة والرحمة، والقلوب يسودها التآلف والصفا والوفاق. ولكن ماذا لو أن الألفة المبتغاة أضحت بعيدة المنال، واستحكمت النفرة بين هذه القلوب، وعشعشت الضغينة والحقد، وتفاقم الشقاق وغاب الوفاق؟ فإن الذي لا شك فيه بعد هذا، أن المنطق السليم يوجب سلوك طريق إصلاح ذات البين، فإن فشلت المساعي الحميدة وجب الفراق، والحال كذلك فإن الأمر لا يخلو من طلاق أو تطليق. وإذا كان الطلاق ملكا للزوج وحقا من حقوقه له توقيعه بإرادته المنفردة وقت شاء عندما يوجد ما يبرره- يمكن أن تملك الزوجة الطلاق من قبل الزوج بتفويض منه، وفي هذه الحالة لها أن توقعه بما يقتضيه التفويض، مع العلم أن هذا التفويض لا يحول وحق الزوج في إيقاعه- ولا يحتاج في ذلك إلى رضا الزوجة. فإنه وبالمقابل لا يهمل الإسلام جانب المرأة بل جعل لها فضلا عن الحق في الالتجاء إلى القضاء لطلب التفريق للضرر- وقد أوجب الإسلام على الجهة القضائية الاستجابة لطلب التطليق إن تأكد لها صحة ما تدعيه الزوجة ووجه السبب المسوغ لطلبه- سلوك سبيل آخر للخلاص من زوجها بافتداء نفسها منه إذا ما رأت أنها تبغضه ولا تجد في المقام معه ما تنشده، وتشتد كراهتها له، بحيث تخشى على نفسها أن ألا توفيه حقه أو أن تخرج عن الطريق الذي رسمه الشرع في المعاملة، فتقع بذلك في المحظور أو الكفر كما جاء في الحديث النبوي الشريف. وهذا الافتداء هو ما يسمى في فقه المسلمين واصطلاح القانونين بالخلع، وقد أورده الشارع الحكيم في قوله تعالى: "فلا جناح عليهما فيما افتدت به". وأورده المشرع الجزائري في المادة 54 من الأمر 05-02، وهو الأمر الذي يكون قد جاء بجديد في هذا الشأن، جديد لم يتضمنه النص نفسه من القانون رقم 84-11. فإلى أي مدى يكون المشرع الجزائري قد وقف فيما أضافه من جديد؟ وهل نجح في وضع حد للجدل الذي كان قائما حول هذا الموضوع؟ وفي سبيل معالجة ذلك ارتأيت أنه من الضروري التعرض لبعض الأحكام المتعلقة بالخلع في الشريعة الإسلامية حتى تكون الدراسة مستوفاة، والإجابة عن التساؤل حلقة من سلسلة حلقات وردت في هذه الشريعة باعتبار المادة 222 من قانون الأسرة تحيل عليها فيما لم يرد فيه نص بهذا القانون دون أن نهمل بعض القرارات التي أصدرتها المحكمة العليا والتي لها علاقة بالموضوع.

المبحث الأول: تعريف الخلع ومشروعيته وحكمه والحكمة من تشريعه

المطلب الأول: تعريف الخلع. لغة: جاء في تاج العروس: "الخلع كالمنع النزع إلا أن في الخلع مهلة.. يقال خلع الشيء تخلعه خلعا وخلع الفعل والثوب والرداء يخلعه خلعا جرده.. ومن المجاز الخلع (بالضم طلاق المرأة ببذل منها.. أو من غيرها كالمخالعة والتخالع) خلع إمرأته خلعا..(1). وجاء في لسان العرب: "خلع الشيء يخلعه خلعا، واختلعه كنزعه، وإلا أن في الخلع مهلة، وسوى بعضهم بين الخلع والنزع، وخلع النعل والثوب والرداء يخلعه خلعا: جرده. والخلعة من الثياب: ما خلعته فطرحته على آخر أو لم تطرحه وكل ثوب تخلعه عنك خلعة، وخلع عليه خلعة. وفي حديث كعب: إن من توبتي أن أنخلع من مالي صدقة أي أخرج منه جميعه وأتصدق به وأعرى منه كما يعرى الإنسان إذا خلع ثوبه، وخلع قائده خلعا: أزله، وخلع الربقة عن عنقه: نقض عهده، وتخالع القوم: نقضوا الحلف والعهد بينهم.. وخلع إمرأته خلعا، بالضم، وخلاعا فاختلعت وخالعته: أزالها عن نفسه وطلقها على بذل منها له، فهي خالع والاسم الخلعة وقد تخالعا واختلعت منه اختلاعا مختلعة فهي مختلعة أنشد بن الأعرابي:

مولعات بهات و هات فإن شف
ر مال أردن منك الخلاعا

شفر مال: قلّ(2). وجاء في القاموس المحيط: "المنع، النزع... وبالضم طلاق المرأة ببذل منهما أو من غيرها كالمخالعة والتخالع وقد اختلعت هي والاسم الخلعة بالضم كل من المتخالعين(3). وجاء في النهاية: يقال خالع امرأته خلعا وخالعها مخالعة، اختلعت هي منه فهي خالع، وأصله من خلع الثوب. والخلع أن يطلق زوجته على عوض تبذله له وقد يسمى الخلع طلاقا(4). والناظر في هذه المدلولات اللغوية للخلع يلاحظ أنها تكاد تجمع على أنه النزع، فيقال: خلعت الثوب خلعا أي نزعته، وخالعت المرأة زوجها إذا افتدت منه بمالها، فخلعها عن نفسه.

> وإذا كان الطلاق ملكا للزوج وحقا من حقوقه له توقيعه بإرادته المنفردة وقت شاء عندما يوجد ما يبرره- يمكن أن تملك الزوجة الطلاق من قبل الزوج بتفويض منه، وفي هذه الحالة لها أن توقعه بما يقتضيه التفويض، مع العلم أن هذا التفويض لا يحول وحق الزوج في إيقاعه- ولا يحتاج في ذلك إلى رضا الزوجة

اصطلاحا: عند الحنفية:

تعددت تعريفات الخلع عند الحنفية(5)، ولعل أقربها إلى الصواب ذلك الذي يقول: "إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو ما في

معناه"(6). وفي قوله:"إزالة ملك النكاح" يفيد أنه في حال مخالعة الرجل لزوجته المطلقة منه طلاقا رجعيا في العدة، فإن ذلك يصح ويجب المال، ولو خالعها بمال ثم خالعها في العدة لم يصح. وقوله:"المتوقفة على قبولها"، يفيد أنه يشترط أن تقبل المرأة بهذا الأمر لأن الخلع إذا جاء من جهتها فهو معاوضه ويشترط قبولها. و قوله: "بلفظ الخلع أو ما في معناه"، يفيد أن الخلع كما يقع باللفظ الصريح يقع بألفاظ أخرى(7).

عند المالكية: عرف بعض المالكية الخلع بأنه:"طلاق بعوض"(8). والذي يحمل على التعريف أنه غير مانع، لأنه يشمل الطلاق على مال وهو وإن اتفق مع الخلع في وجوب البينونة إلا أنهما يختلفان في بعض الأحكام. كما أنه غير جامع، لأنه لا يشمل إلا نوعا واحدا من الخلع، وهو الخلع الذي يكون بعوض، مع أن الطلاق بلفظ الخلع بلا عوض خلع صحيح، والتعريف بما هو عليه يسقط. غير أنه ومع ذلك يمكن أن يجاب عن هذين الوجهين بالآتي: عن الوجه الأول: فقد نص في التعريف على المألوف في الخلع وهو ان يكون بعوض وترك غيره لفهمه بداهة. عن الوجه الثاني: أن التعريف يشمله لأنه من لوازم كونه خلعا جريان أحكامه عليه، ومنها سقوط نفقتها أيام عدتها، وهذا عوض محقق وإن لم يدخلا عليه(9).

عند الشافعية: عرفه بعضهم بأن:" الخلع في الشرع: فرقة بين الزوجين بعوض مقصود راجع لجهة الزوج بلفظ طلاق أو خلع." (10) وفي قوله فرقة: أي بلفظ دال عليها لا لنفسها، لأن الخلع هو اللفظ الدال على الفرقة لا نفسها. وفي قوله بعوض: أي ولو كان هذا العوض منفعة أو دينا أو عينا إلا في خلع الا عمى إذا وقع على عين فلا يثبت المسمى، وإنما يثبت مهر المثل قياسا على بيع الغائب. ويخرج به ما إذا كانت الفرقة بلا عوض فإنه يكون رجعيا. وفي قوله: مقصود، صفة لعوض يخرج بها ما لو وقعت الفرقة بعوض غير مقصود كالدم، فإنه لا يكون خلعا وإنما يكون رجعيا. وفي قوله: راجع لجهة الزوج، أي أن يكون العوض راجعا لجهة الزوج كله أو بعضه كما لو قال: إن أبرأتني وزيد فإنه يقع بائنا لوقوع بعض العوض لجهة الزوج، ويكون خلعا. أما إذا كان راجعا كله لا لجهة الزوج كان يقول: إن أبرأت فلانا، فإنه يقع رجعيا ولا يكون خلعا(11)

عند الحنابلة: عرف بعضهم بأنه:"فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه الزوج من امرأته أو غيرها بألفاظ مخصوصة(12). فالخلع عندهم يجب أن يكون نظير عوض، ويروي عن عبد الله بن احمد ما يفيد انه يمكن أن يكون بلا عوض(13). والناظر في هذا التعريفات يلاحظ أنها تكاد تتفق حول معنى واحد تشترك فيه وتجتمع حوله، وهو كون الخلع من جانب الزوجة معاوضة، لأنها تدفع عوضا تفتدي به نفسها من زوجها. غير أن هذا التوافق في المدلول لم يمنع من إضافة قيود في بعضها وخلوها من البعض الآخر. هذا وقد خلا القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 هـ الموافق لـ 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، وكذا الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق لـ 27 فبراير سنة 2005 المعدل والمتمم للقانون المذكور، من أي إشارة إلى تعريف الخلع مكتفيا بإيراد نص واحد حول الخلع هو نص المادة 54 مضمنا أياه بعض الأحكام، وتاركا باقي الأحكام الأخرى إلى الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدر هذا القانون يرجع إليها عند عدم النص(م 222 ق إ ج). والذي أراه كتعريف للخلع وتماشيا مع ما ورد بنص المادة 54 من الأمر 05-02 أن الخلع هو: "إزالة ملك النكاح الصحيح ولو بغير رضا الزوج بلفظ الخلع أو بما في معناه بمال تدفعه الزوجة لزوجها". وقد اشتمل التعريف على مسائل لا يتحقق الخلع ولا يترتب إثاره إلا بها:-أن يكون الخلع حال قيام الزوجية -أن يقع الخلع ولو بغير رضا الزوج إذا ما رغبت الزوجة في ذلك وكرهت العيش معه وخشيت أن لا تؤدي حق الله في طاعته ولأن اشتراط موافقة الزوج تنتفي معه الحكمة من تقرير الخلع كسبيل لخلاص الزوجة من زوجها عند قيام المسبب - أن يكون الخلع بلفظ "الخلع" أو ما في معناه -أن تكون الفرقة لقاء مبلغ مالي تدفعه الزوجة لزوجها، وقد اشترط هذا العوض لأن الرغبة في الخلاص من الزوجية، جاءت من الزوجة، فكان عليها أن تدفع لزوجها ما يعوضه عما أنفقه وما سينفقه في سبيل الحصول على زوجة أخرى.

المطلب الثاني: مشروعية الخلع: أجمع أهل العلم على أن الخلع مشروع، ولم يشذ عن هذا الإجماع إلا ما ذكر عن بكر بن عبد الله المزني الذي لم يجزه، وقال بنسخه(14): بالآية "وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج"(15). ودليل مشروعيته ثابت بالكتاب والسنة والإجماع والأث.

من الكتاب: استدل القائلون بمشروعية الخلع من الكتاب بقوله تعالى: "الطلاق مرتان: فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان، ولا يحل لكم أن تأخذوا مما أتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله، فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به، تلك حدود الله فلا تعتدوها، ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون"(16)؛ ففي قوله تعالى: "ولا يحل لكم أن تأخذوا مما أتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله ..." دلالة على جواز إيقاع الخلع إذا خافا ألا يقيما حدود الله، وخشيت المرأة أن لا تؤدي حق الله في طاعته لكراهيتها العيش معه، لأسباب قد تكون جدية مردها إلى خلقته أو خلقه أو دينه أو حتى قوته وضعفه، فيكون لها سلوك هذا السبيل(17) ولا حرج في ذلك.

من السنة: استدل القائلون بمشروعية الخلع من السنة بما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: "جاءت إمرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله ما أنقم على ثابت في دين ولا خلق إلا أني أخاف الكفر، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: فتردين عليه حديقته؟ فقالت: نعم، فردت عليه وأمره ففارقها"(18). فدل الحديث على أن امرأة ثابت بن قيس بن شماس لم تكن لتريد المفارقة لسوء خلق فيه أو لتقصير في الدين، وإنما كرهت كفران العشيرة، والتقصير فيما يجب عليها له لشدة بغضها له، فأبرها صلى الله عليه وسلم، والأمر هنا أمر إرشاد وإصلاح برد

غير أن هذا التوافق في المدلول لم يمنع من إضافة قيود في بعضها وخلوها من البعض الآخر. هذا وقد خلا القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 هـ الموافق لـ 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، وكذا الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق لـ 27 فبراير سنة 2005 المعدل والمتمم للقانون المذكور، من أي إشارة إلى تعريف الخلع مكتفيا بإيراد نص واحد حول الخلع هو نص المادة 54 مضمنا أياه بعض الأحكام، وتاركا باقي الأحكام الأخرى إلى الشريعة الإسلامية

ما أخذته كمهر لها وهو "البستان"(19). كما يقولون، ويعد هذا الخلع أول خلع وقع في الإسلام(20).

من الإجماع: وفي مشروعية الخلع بالإجماع جاء في المغنى :"..وبهذا قال جميع الفقهاء بالحجاز والشام، قال ابن عبد البر: ولا نعلم أحدا خالفه إلا بكر بن عبد الله المزني فإنه لم يجزه وزعم أن آية الخلع منسوخة بقوله سبحانه (إن أردتم استبدال زوج مكان زوج). الآية(21).

من الأثر: ومن الأثر ما يدل على مشروعية الخلع ما ذكر عن ابن وهب عن أشهل بن حاتم بن عبد الله ابن عون عن محمد بن سيرين قال: "جاءت إمرأة إلى عمر بن الخطاب تشتكي زوجها فحبست في بيت فيه زبل فباتت فيه فلما أصبحت بعث إليها فقال: كيف بت الليلة ؟ فقالت: ما بت ليلة كنت فيها أقر عينا مني الليلة، فسألها عن زوجها فأثنت عليه خيرا وقالت أنه وأنه ولكن لا أملك غير هذا فأذن لها عمر في الفداء"(22). وعن سفيان الثوري والحارث عن أيوب بن تميمة السختياني عن كثير مولى بن سمرة بنحو هذا الحديث وقد قال: "عمر لزوجها اخلعها ولو من قرطها"(23). وروي عن عبد الله بن محمد بن عقيل أن الربيع بنت معود بن عفراء حدثته قال: "كان لي زوج يقل علي الخير إذا حضر ويحرمني إذا غاب. قالت: وكانت مني ذلة يوما، فقالت: اخلع منك بكل شيء أملكه. قال: نعم، قالت: ففعلت. فخاصم عني معاذ بن عفراء إلى عثمان بن عفان رضي الله عنه، فأجاز الخلع وأمره أن يأخذ ما دون عقاص الرأس(24). فدل ما انتهى إليه كل من سيدنا عمر وسيدنا عثمان رضي الله عنهما أن الخلع جائز وحكمه ثابت.

المطلب الثالث: حكم الخلع: قد يصدر طلب الخلع من الزوجة وهو الغالب، وقد يصدر من جانب الزوج، فما حكم طلبه من قبل كل منهما.

حكم طلب الخلع من الزوجة:

أولا- الخلع المباح: الأصل في الخلع أن يكون مباحا إذا كرهت الزوجة زوجها لسبب مشروع كنقص في ديانته أو في أدائه لواجباته الشرعية، أو لكبر في سنه أو ذمامة أو قبح في خلقته. وخافت أن يؤدي بها ذلك إلى تفريط بحقه: "إذا كرهت المرأة زوجها لقبح منظر أو سوء عشرة، وخافت ألا تؤدي حقه، جاز أن تخالعه على عوض، لقوله عز وجل: "فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به"(25).

وجملة الأمر أن المرأة إذا كرهت زوجها لخلقه أو خلقه أو دينه أو كبره أو نحو ذلك وخشيت ألا تؤدي حق الله في طاعته جاز لها أن تخالعه بعوض تفتدي به نفسها منه لقوله تعالى:"فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به"(26).

ثانيا- الخلع المكروه: وقد يعتري الخلع الكراهة، إذا كانت العلاقة بين الزوجين جيدة، والحياة مستقرة والعشرة حسنة، ولا يوجد ما يدعو إلى طلبه سوى أن الزوجة كانت في نفسها ميل إلى غيره مثلا، فرغبت في الخلع لتنكح غيره لقوله صلى الله عليه وسلم:"المختلعات المنتزعات هن المنافقات"(27). أي التي تخالع زوجها لميلها إلى غيره(28). ولو خالعته لغير ما ذكرناه كره لها ذلك ووقع الخلع"(29)..

ثالثا-الخلع المحرم: قد يكون الخلع حراما إذا كان من غير بأس لقوله صلى الله عليه وسلم "أيما إمرأة سألت زوجها الطلاق بغير بأس فحرام عليها رائحة الجنة"(30). وقوله صلى الله عليه وسلم:"أيما إمرأة اختلعت من زوجها من غير بأس لم ترح رائحة الجنة"(31). ومن غير بأس هنا يعني من غير شدة تلجئها إلى طلب الفرقة مخالعة. "وهذا ما يدل على تحريم المخالعة لغير حاجة ولأنه إضرار بها وبزوجها وإزالة لمصالح النكاح من غير حاجة لقوله عليه السلام" "لا ضرر ولا ضرار"(32).

حكم طلب الخلع من الزوج:

أولا-الخلع المباح بطلب من الزوج(33): يباح للزوج طلب المخالعة من زوجته على مال تدفعه له إذا رأى منها ما يدعو إلى ذلك، ولما كان له أن يضيق عليها في مثل هذه الحالة لتطلب الخلع منه، فكان جوازه من غير تضييق أولى. وعلى ذلك فلا يوجد ما يمنع الزوج من مخالفة زوجته بالتضييق عليها إذا كان ذلك بوجه حق:"وإن فعل الزوج ذلك أي ما ذكر من المضارة بالزوجة بالضرب والتضييق والمنع من الحقوق، لزناها أو لنشوزها أو تركها فرض الصلاة أو صوم، فالخلع صحيح لقوله تعالى: "ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما اتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة" وقيس الباقي عليها"(34). فماذا لو تم ذلك دون وجه حق؟

ثانيا- الخلع المحرم بطلب من الزوج: إذا كان طلب الخلع من الزوج بالتضييق على زوجته بوجه حق مباحا، فإنه إذا كان بغير وجه حق فهو حرام، "فأما إن عضل زوجته وضارها بالضرب والتضييق عليها، أو منعها حقوقها من النفقة والقسم ونحو ذلك ظلما لتفتدي نفسها منه ففعلت فالخلع باطل والعوض مردود، روى ذلك عن ابن عباس وعطاء ومجاهد والشعبي والنخعي...قال مالك والثوري وقتادة..."(35). وإذا كان هذا هو طلب الخلع من الزوجة إلى الزوج ومن الزوج إلى الزوجة فماذا لو امتنع عن الاستجابة لطلب الخلع من زوجته.

المطلب الرابع: الحكمة من تشريع الخلع: الحكمة من تشريع الخلع(36) تتمثل في رفع الضرر عن الزوجة، وتمكينها من الخلاص من زوجية بات الغرض منها مفوتا ببدل تدفعه لزوجها - باعتبار النفور قد جاء من جانبها- ولعل هذا ما أشارت إليه الآية الكريمة إن صح فهمها في قوله تعالى: " فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به"(37)، وما أشار إليه الحديث النبوي الشريف بشأن إمرأة ثابت بن قيس عندما قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم:"يا رسول الله ما أنقم على ثابت في دين ولا خلق إلا إني أخاف الكفر"(38). وما فهمه ابن قدامه عندما قال: "والخلع لإزالة الضرر الذي يلحقها بسوء العشرة والمقام مع من تكرهه وتبغضه وذلك أعظم من ضرر طول العدة فجاز دفع أعلاه بأدناها"(39).

المبحث الثاني:أركان الخلع

للخلع أركان لا يقوم ولا يستقيم ولا يرتب أثاره إلا بها، وهذه الأركان على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء عدا الحنفيه(40) خمسة(41) هي: المخالع (الزوج)، المختلعة (الزوجة)، الصيغة، العوض والمعوض، وفيما يلي إليك بيانها.

اللفظ الذي يقع به الخلع، وهي الإيجاب من أحد الطرفين والقبول من الطرف الآخر.وإذا كان الأصل في صيغة الخلع أن تقع باللفظ فهل يجوز أن تقع بالفعل أي بالمعاطاة.

المطلب الأول: المخالع: المخالع ويسمى الخالع وهو الزوج، ويلزم فيه أن يكون أهلا لإيقاع الطلاق، بأن يكون بالغا عاقلا راشدا عند الجمهور(42)، وضابطه أن "كل من صح طلاقه صح خلعه"، ومنه من لا يصح طلاقه ولا يصح خلعه كالصبي والمجنون والمعوه ومن

اختل عقله لمرض أو كبر سن وقد عبرت المذاهب عن وجهة نظرها بالقول : "وشرطه كالطلاق وهو أهلية الزوج"(43)، "وموجبه زوج مكلف، أو وكيله لا صبي ولا مجنون"(44)، وشرطه زوج يصح طلاقه"(45)، "ويصح الخلع ويلزم ممن يقع طلاقه"(46).

المطلب الثاني:

المختلعة: المختلعة هي الزوجة في العادة، وهي من تخالع نفسها موجبة أو قابلة ويشترط فيها أن تكون زوجة شرعا، وأن تكون أهلا لذلك. ولكن ماذا لو كانت صغيرة أو كبيرة مجنونة أو سفيه أو مريضة مرض الموت؟

مخالعة الزوجة لنفسها:

أولا: أن تكون المختلعة زوجة شرعا(47): لما كان الغرض من الخلع الخلاص من قيد الزوجية، وأن هذا القيد لا يكون ولا يقوم إلا حيث يكون النكاح صحيحا، وتكون الزوجية قائمة وشرعية، فكان لازما لوقوع الخلع أن تكون المختلعة زوجة شرعا. وعلى ذلك فلا خلع من زواج فاسد أو من طلاق بائن. وصح في الطلاق الرجعي إذا كان الزوجة لا تزال في عدتها لأنها لا تزال في حكم الزوجة(48).

ثانيا- أن كون المختلعة أهلا للتبرع: لا يكفي لصحة الخلع أن تكون المختلعة لا تزال زوجيتها قائمة، بل يجب فضلا عن ذلك أن تكون أهلا للتبرع. وذلك بأن تكون بالغة عاقلة راشدة غير محجور عليها لا لسفه ولا لجنون، لأن الخلع في حقها يعتبر معاوضة فيه شائبة التبرع. ولكن ماذا لو كانت صغيرة أو سفيهة أو مجنونة أو مريضة مرض الموت؟

خلع الصغيرة والسفيهة والمجنونة والمريضة مرض الموت:

أولا- خلع الصغيرة والسفيهة والمجنونة: إذا كانت المختلعة صغيرة أو سفيهة أو مجنونة لم يصح الخلع منها ولا من وليها أيا كان أو غيره: "فأما المحجور عليها لسفه أو صغير أو جنون فلا يصح بذل العوض منها في الخلع لأنه تصرف في المال وليس هي من أهله وسواء أذن فيه الولي أو لم يأذن لأنه ليس له إذن في التبرعات وهذا كالتبرع"(49).

ثانيا- خلع المريضة مرض الموت: يرى جمهور الفقهاء أن خلع المريضة مرض الموت -المرض المخيف- وإن كان يتفق وخلع الصحيحة من جهة كون الفرقة تقع بهما جميعا". وجملة الأمر أن المختلعة في المرض صيحة سواء كان المريض الزوج أو الزوجة أو هما جميعا لأنه معاوضة فصح في المرض كالبيع ولا نعلم في هذا خلاف"(50). ويختلف عنه من جهة استحقاق البدل من الزوج، فبينا يرى الأحناف أن المريضة مرض الموت إذا خالعت زوجها وماتت في عدتها وهي بهذا المرض، فإن لزوجها الأقل ومن ميراثه ومن بدل الخلع ومن ثلث تركتها. فإن كان موتها بعد أن خالعت بعد انقضاء مدة العدة أو قبل الدخول فله الأقل من بدل الخلع وثلث تركتها، ولا يلتفت إلى ميراثه منها لعدم استحقاقه الإرث منها لموتها بعد العدة، ولبينونتها بلا عدة عند وقوع الخلع قبل الدخول(51). يرى المالكية من جهتهم أنه يحرم على المريضة مرضا مخوفا الاختلاع، وكما يحرم عليها أن تخالع يحرم عليه كذلك -أي على الزوج- لاعانته لها على فعل الحرام. ولكن ينفذ الخلع ويقع به الطلاق، ولا توارث بينهما ولو ماتت في عدتها. أما إذا كان من جهة الزوج ووقع الخلع من جانبه ومات في مرضه فإنها ترثه حتى ولو انقضت عدتها وحتى ولو دخلت عصمة غيره، ولا يرثها إن ماتت في مرضه قبله حتى ولو كانت مريضة وقت الخلع، لأن الإسقاط للمستحق كان منه، فكان لها ككل مطلقة أو في مرض موت مخوف أن ترثه إن مات من ذلك المرض دون أن يكون له الحق في ميراثها"(52). ويرى الحنابلة صحة الخلع في مرض الموت، وللزوج ما خالعته عليه إن كان بقدر ميراثه منها أو ما دونه، فإن كان بزيادة بطلت هذه الزيادة "ثم إذا خالعته المريضة بميراثه منها فما دونه صح ولا رجوع، وإن خالعته بزيادة بطلت الزيادة"(53). ويرى الشافعية أن المريضة مرض الموت، إذا خالعت في مرضها وماتت فإن لم يرد العوض على مهر المثل فهو من التركة، وإن زاد اعتبرت الزيادة من الثلث(54).

> **يرى جمهور الفقهاء من حنفية ومالكية وشافعية وحنابلة أنه يجوز للمرأة مخالعة زوجها على ما تشاء أن تخالعه به قل ذلك عن صداقها أو أكثر، ولا اعتبار لحد العوض الذي يقع به الخلع طالما أن ذلك لا يتم إلا عن تراض بينهما.**

المطلب الثالث: الصيغة: الصيغة هي: اللفظ الذي يقع به الخلع، وهي الإيجاب من أحد الطرفين والقبول من الطرف الآخر. وإذا كان الأصل في صيغة الخلع أن تقع باللفظ فهل يجوز أن تقع بالفعل أي بالمعاطاة.

صيغة الخلع اللفظية: اختلف الفقهاء حول الصيغة اللفظية التي يقع بها الخلع على النحو الآتي:

أولا- الأحناف: يرى الأحناف أن ألفاظ الخلع خمسة وهي: خالعتك، باينتك، بارأتك، فارقتك، وطلقي نفسك على كذا. ويزاد على هذا اللفظ البيع والشراء كبعت نفسك أو طلاقك على كذا. وقالوا: الواقع بلفظ بيع النفس أو بلفظ المبارأة، الواقع بهذه الألفاظ: طلاق بائن ولو بلا مال، ولكن يشترط أن ينوي بها الطلاق، لأنه من ألفاظ الكنايات فيقع به الطلاق مع النية....فإذا كان بلا مال، أو بطل وجوب المال إذا ذكر، فالواقع به الطلاق رجعي(55).

ثانيا- المالكية: يرى المالكية أن الخلع يقع بلفظه أي -بلفظ الخلع- أو بما في معناه ومن الألفاظ التي في معناه الصلح والإبراء والافتداء. غير أن هذه الألفاظ توجد بعض الفروق فيما بينها بالنسبة للبذل الذي تبذله المرأة، جاء في المدونة: "قال مالك: المبارأة التي تبارئ زوجها قبل أن يدخل بها فتقول: خذ الذي لك وتاركني ففعل فهي طلقة وقد قال ربيعة ينكحها إن لم يكن زاد على المبارأة ولم يسم طلاقا ولا البتة في مبارأته (قال) وقال مالك والمختلعة التي تخلع من كل الذي لها والمفتدية التي تعطيه بعض الذي لها وتمسك بعضه قال مالك: وهذا كله سواء." (56)

ثالثا- الشافعية: ويرى الشافعية أن الخلع يقع بصرائح الطلاق كما يقع بكناياته مع النية بناء على أنه طلاق(57).

رابعا- الحنابلة: يرى الحنابلة أن ألفاظ الخلع صريح وكناية، والصريح ثلاثة ألفاظ وهي: خالعتك، والمفاداة، وفسخت نكاحك، فإذا أتى بأحد هذه الألفاظ وقع ولو بدون نية، وماعدا هذه الألفاظ فهو كناية كأبرأتك، وأبنتك لأن الخلع أحد نوعي الفرقة فكان له صريح وكناية كالطلاق(58). والراجح أن الخلع يقع دونما اشتراط لوقوعه لفظا معينا أو صيغة معينة. فكل فرقة بعوض وتراض بين الزوجين هي صيغة صحيحة سواء كانت بلفظ الخلع أو غيره(59).

صيغة الخلع بالمعاطاة: اختلف الرأي حول

صحة الخلع بالمعاطاة(60)، فمنهم من قال بجوازه ومنهم من قال بعدم جوازه.

أولا: القائلون بالجواز: وبه قال المالكية وبعض الحنابلة.

1- المالكية: جاء في مواهب الجليل: " قال في التوضيح في شرح قوله: الصيغة وهي كالبيع في الإيجاب والقبول هذا هو الركن الخامس وهو كالبيع في أنه لابد من الإيجاب والقبول ولا يشترط أن يكون بصيغة خاصة بل تكفي المعاطاة، قاله في المدونة وإن أخذ منها شيئا فأقبلت وقال ذلك بذلك ولم يسميا طلاقا فهو خلع انتهى"(61).

2-الحنابلة: ذهب بعض فقهاء الحنابلة إلى جواز انعقاد الخلع بالمعاطاة فقد جاء في المغنى:"ولا يحصل الخلع بمجرد بذل المال وقبوله من غير لفظ الزوج قال القاضي هذا الذي عليه شيوخنا البغداديون وقد أوما إليه أحمد وذهب أبو حفص العسكري وابن شهاب إلى وقوع الفرقة بقبول الزوج للعوض وأفتى بذلك ابن شهاب بعكبرا"(62).

ثانيا: القائلون بعدم الجواز: وبه قال الشافعية والحنابلة.

1-الشافعية: جاء في مغنى المحتاج ويشترط قبولها الناطقة بلفظ غير منفصل بكلام أجنبي أو زمن طويل فتقول: قبلت أو اختلعت أو نحوه، فلا يصح القبول بالفعل وليس في الأدلة ما يفيده(63). وجاء عند الحنابلة في المغنى: "ولا يحصل الخلع بمجرد الخلع بمجرد بذل المال وقبوله من غير لفظ الزوج"(64)؛ وفي كشاف القناع "ولا يصح الخلع بمجرد بدل المال وقبوله من غير لفظ الزوج لأنه تصرف في البضع بعوض، فلم يصح بدون اللفظ كالنكاح والطلاق". والراجح بعد النظر في أدلة الفريقين(65) ما ذهب إليه القائلون بعدم الجواز لقوة حجتهم(66).

المطلب الرابع: العوض: العوض هو: ما تبذله الزوجة لزوجها لقاء خلعها من عصمته. والفقهاء وإن اتفقوا فيا بينهم أن الخلع يجوز بكل ما له قيمة معترف بها شرعا معلومة ومملوكة للباذل شأنه شأن المهر، لأن ما يجوز أن يكون مهرا يجوز أن يكون عوضا في الخلع. إلا أنهم اختلفوا بعد ذلك في مقدار هذا البدل وصفته وهو ما سنعالجه على النحو الآتي:

مقدار العوض في الخلع: اختلف الرأي حول مقدار البدل الذي تبذله الزوجة لزوجها لقاء خلعها من عصمته على اتجاهين(67):

أولا: الاتجاه القائل بجواز الخلع ببدل أيا كان مقداره: يرى جمهور الفقهاء من حنفية(68) ومالكية(69) وشافعية(70) وحنابلة(71) أنه يجوز للمرأة مخالعة زوجها على ما تشاء أن تخالعه به قل ذلك عن صداقها أو أكثر، ولا اعتبار لحد العوض الذي يقع به الخلع طالما أن ذلك لا يتم إلا عن تراض بينهما، وهذا الرأي مروي عن عثمان بن عفان وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس وعكرمة ومجاهد وقبيصة والنخعي(72). واستدلوا على وجهة نظرهم هذه من الكتاب والسنة ومن الأثر.

1-من الكتاب: قوله تعالى: "فلا جناح عليها فيما افتدت "(73). فقد اطلق الموالى سبحانه وتعالى الفداء ولم يقيده بحد فجاز قل أو كثر(74).

2-من السنة: ما روى عن أبي سعيد الخدري أنه قال:"كانت أختى تحت رجل من الأنصار فارتفعا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها:"أتردين حديقته عليه" قالت: وأزيده، فخلعها فردت عليه حديقته وزادته(75). فقد دل الحديث على أن ما زاد عن الصداق في الخلع جائز ولو لم يكن كذلك لما أجازه صلى الله عليه وسلم(76).

3-من الأثر: ما روى عن كثير بن أبي كثير أن إمرأة نشزت على زوجها فرفعها إلى عمر بن الخطاب، فقال عمر لزوجها: اخلعها ولو من قرطها(77). وما روي عن عبد الله بن محمد أن الربيع بنت معوذ بن عفراء حدثته أنها اختلعت من زوجها بكل شيء تملكه فخاصمته في ذلك إلى عثمان بن عفان فأجازه وأمره أن يأخذ عقاص رأسها فما دونه(78). وما روي عن نافع أن عمر جاءته مولاة لامرأته اختلعت من كل شيء لها وكل ثوب لها حتى من نقبتها(79). ولعل هذا الاتجاه هو الذي اعتمده المشرع الجزائري عندما نص على أنه للزوجة مخالعة نفسها بمقابل مالي دون بيانه لمقدار هذا المقابل تاركا أمر تقديره للزوجة والزوج. فإن تعذر اتفاقهما حكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم (م 54. من الأسرة 05-02).

ثانيا - الاتجاه القائل بعدم جواز البدل في الخلع بأكثر من المهر: يرى أصحاب هذا الاتجاه أنه لا يجوز للزوج أن يأخذ من زوجته بدل خلع أكثر من مهرها، فإن فعل رد الزيادة وإلى هذا ذهب طاووس وعطاء والزهري(80)، واستدلوا بالسنة ومن المعقول.

1-السنة: ما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما: "أن جميلة بنت سلول أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: والله ما اعتب على ثابت في دين ولا خلق ولكني أكره الكفر في الإسلام، لا أطيقه بغضا فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم:"أتردين عليه حديقته ؟ قالت نعم، فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأخذ منها حديقته ولا يزداد"(81). فدل الحديث على عدم جواز أخذ الرجل من زوجته عند الخلع بدلا أكثر من مهرها ولا يزاد. ويرد على هذا بأن الحديث معارض لما روي عن عمر بن الخطاب وعثمان وقد اشتهر ولم يخالفهما فيه أحد من الصحابة، فأضحى إجماعا. ثم أن هناك روايات أخرى لم تذكر هذه الزيادة "ولا يزاد".

2- من المعقول: لما كان الخلع فسخا لعقد نكاح لم يجز أن يكون بأكثر مما وقع عليه عقد النكاح كما لا يجوز الإقالة في البيع بأكثر من الثمن(82). و يرد على هذا القول بأن الخلع فسخ غير صحيح، والصواب أنه طلاق مبتدأ مثله مثل الطلاق ولو لم يشترط فيه البدل. أما عن قياس الخلع على الإقالة في البيع فهو قياس في غير موضعه لوجود فروق بينهما. فلو خالع الرجل زوجته على أقل من صداقها جاز بلا خلاف أما الإقالة بأقل من الثمن فلا تجوز، كما أن الخلع يجوز من غير مقابل أصلا وهذا لا يجوز في الإقالة(83). الناظر في أدلة الفريقين يرى بأن أدلة الفريق الأول أولى بالاعتبار لعدة أسباب: - قوة أدلتهم - أن أساس التعامل في المعاوضات التراضي وقد تحقق في الخلع - إن المسألة أخذت شكل الإجماع ولم يعد يعرف لها من مخالف(84).

صفة العوض في الخلع: لا خلاف بين الفقهاء حول جواز الخلع بما له قيمة مالية معتبرة شرعا معلومة الصفة والمقدار، مقدور على تسليمها، غير أنهم اختلفوا في العوض المجهول على مذهبين. فبينما يرى الأول -وهو لجمهور الفقهاء - جواز الخلع بالعوض المجهول يرى الفريق الثاني عدم جوازه.

أولا: القائلون بجواز الخلع بعوض مجهول:
يرى هؤلاء(85) أن الخلع يجوز بعوض مجهول ودليلهم على ذلك:

1- من الكتاب: قوله تعالى: "فلا جناح عليهما فيا افتدت به"(86)، وهذا عام يشمل المعلوم والمجهول(87).

2-من المعقول: أن المجهول يصلح أن يملك بالهبة والوصية فجاز أن يكون بدلا في الخلع كسائر الأعيان(88).

ثانيا: القائلون بعدم جواز الخلع بعوض مجهول: ويرى هؤلاء أن الخلع بالعوض المجهول باطل، لأنه معاوضة فهو كالبيع لا يصح بمجهول(89).

ولعل في رأي الجمهور من الوجاهة وقوة الدليل ما يحمل على الأخذ به والركون إليه. فإذا كان الخلع جائزا من غير عوض فبالعوض المجهول أولى.

المطلب الخامس: المعوض:

المعوض وهو: البضع، ويشترط فيه أن يكون مملوكا للزوج، فلا خلع كما سبقت الإشارة إلى ذلك عند الحديث عن مخالعة المرأة لنفسها في طلاق بائن لأن خلع يزيل ملك الزوج بما تفتدي به المرأة نفسها. وملك الزوج في طلاق بائن لأن الخلع يزيل ملك الزوج بما تفتدي به المرأة نفسها، وملك الزوج في طلق بائن قد زال فالمرأة لم تعد محلا لايقاع الخلع وهذا بخلاف ما إذا كانت في طلاق رجعي لم تنته فيه عدتها، إذ لا يزول الملك بهذا الطلاق ويمكن للزوج مراجعتها(90). وقيل لا يصح لعدم الحاجة إليه(91). ويجوز الخلع في الحيض وفي الطهر الذي مسها فيه، لأن المنع من الطلاق من أجل الضرر الذي يلحقها بطول العدة، والخلع لإزالة الضرر الذي يلحقها بسوء العشرة والمقام مع من تكرهه، وذلك أعظم من ضرر طول العدة فجاز دفع أعلاها بأدناها ولذلك لم يسأل صلى الله عليه وسلم المختلعة عن حالها، ولأن ضرر تطويل العدة عليها والخلع يحصل بسؤالها فيكون ذلك رضاء منها به، ودليلا على رجحان مصلحتها فيه(92). هذا وبعد أن فرغنا من الحديث عن أركان الخلع عند جمهور الفقهاء بقي لنا الحديث عنها في التشريع الجزائري. وأقول هنا أن المشرع الجزائري وإن لم يذكر هذه الأركان صراحة فإنها مستفادة من نص المادة 54 من الأمر 05-02 والتي جاءت على النحو الآتي: يجوز للزوجة دون موافقة زوجها أن تخالع نفسها بمقابل مالي. إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم". فالناظر في هذا النص يلاحظ أن الحديث عن الخلع لا يقوم إلا حيث تكون هناك علاقة زوجية صحيحة بين الزوج "الخالع" والزوجة "المختلعة" وهما ركنان في الخلع عند جمهور الفقهاء، كما أن هذا الخلع لا يستقيم ولا يقوم إلا بصيغة يمثلها الإيجاب من طرف والقبول من طرف آخر، وبهذا يتحقق الركن الثالث "الصيغة". وأن هذا الخلع لا يقع إلا ببذل مالي تبذله الزوجة في سبيل خلاصها من زوجها وهو الركن الرابع في الخلع والمعبر عنه بـ"العوض". أما الركن الخامس وهو "المعوض" فهو الآخر مستفاد من النص ذاته إذ لا حديث عن الخلع إلا لمالك البضع وهو الزوج فإذا كان غير مالك للبضع بأن كانت الزوجة مطلقة طلاقا بائنا فلا يصح الخلع على ما سلف البيان عند الحديث عن مخالعة المرأة لنفسها وعند الحديث عن المعوض. أما عن الأحكام التفصيلية التي أوردناها ونحن بصدد الحديث عن أركان الخلع عند جمهور الفقهاء والتي خلا منها نص المادة 54 المنوه عنه سلفا. فيمكن اعتمادها وفقا لأحكام المادة م 222 من قانون الأسرة التي تنص صراحة على أن: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون - أي قانون الأسرة - يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

* محام بمنظمة سطيف

الهوامش

1- محمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس، دار صادر، بيروت، ج5 ص 321.
2- ابن منظور، لسان العرب المحيط، دار لسان العرب، بيروت، م1، ص 881.
3-الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار العلم للجميع، بيروت، لبنان، ج3، ص18.
4-ابن الأثير، النهاية، ج2، ص65.
5-راجع في هذا: الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، الطبعة الأميرية، بولاق، ج2، ص267- ابن الهمام، شرح فتح القدير، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج4، ص58.
6-ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط2، ج4، ص77.
7-د.جمال عبد الوهاب عبد الغفار، الخلع في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، ط 2003، ص28.
8-راجع في هذا: الحطاب" مواهب الجليل لشرح مختصر خليل"،دار الفكر العربي،ط2، 1978، ج4،ص المواق" التاج والاكليل لمختصر خليل" دار الفكر العربي، ط2، 1978، ج4، ص18
9- د/جمال عبد الوهاب عبد الغفار، م س ، ص29
10- الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، مطبعة مصفى الحلبي، ج3،ص 262
11-د/جمال عبد الوهاب عبد الغفار،م ن، ص 29، 30
12-البهوتي" كشاف القناع على متن الاقناع، عالم الكتب، بيروت، ج3، ص126
13- د/ جمال الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، مكتبة الفلاح، الإمارات العربية المتحدة، ط4، 2001، ص455
14-راجع هذا الرأي في: ابن قدامه "المغنى"، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ج8، ط 1983، ص 174. -ابن رشد، "بداية المجتهد ونهاية المقتصد"، دار المعرفة، بيروت، ج2، ط9، ص 67.
15- سورة النساء، الآية 20.
16- سورة البقرة، الآية 229.
17- انظر في تفسير الآية:
-الجصاص "أحكام القرآن" تحقيق محمد الصالح قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج2، 1992، ص 89-90.
-السمر قندي، "بحر العلوم"، تحقيق علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، زكريا عبد المجيد النوني، دار الكتب العلمية، بيروت، ج1، ط1، 1993، ص 208-209.
-البيضاوي، "أنوار التنزيل وأسرار التأويل"، دار الجيل، ص 50. -ابن الجوزي، "زاد المسير في علم التفسير، المكتب الإسلامي، بيروت، ج1، ط3، 1984.
-أحمد مصطفى المراغي، تفسير المراغي، ج1، ص 173.
-الفراء، "معاني القرآن"، تحقيق أحمد يوسف نجاتي، محمد علي النجار، دار السرور، ج1، ص 146-147.
18- البخاري، صحيح البخاري، تحقيق قاسم الشماعي الرفاعي، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، حديث رقم 200.
19- د/وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، ج7، ص 482.

20- ابن الجوزي، مصدر سابق، ص 125.
21- ابن قدامه، مصدر سابق، ص 174.
22- الإمام مالك، المدونة الكبرى، دار صادر، ج3، ص341.
23- الإمام مالك، المصدر نفسه، ص 341.
24- ابن ماجه، "سنن بن ماجه" كتاب الطلاق، باب عدة المختلعة، ج1، دار إحياء الكتب العربية، ص 663.
25- الشيرازي، المهذب، دار إحياء الكتب العربية، ج16، ص3.
26- ابن قدامه، المصدر السابق، ص 173.
27- ابن قدامه، المصدر السابق، ص 177.
28- الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ج19، ص6.
29- ابن قدامه، المصدر نفسه، ص 177.
30- أحمد بن حنبل، المسند، تحقيق أحمد شاكر، دار المعارف، ج5، ط3، ص277.
31- الترمذي، سنن الترمذي، دار الفكر، بيروت، ج4، ص 366.
32- ابن قدامه، المصدر نفسه، ص 177.
33- د/عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام الأسرة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ج8، ط3، 1997، ص 123، 124
34- البهوتي، المصدر السابق، ج3، ص 127.
35- ابن قدامه، المصدر السابق، ص 178.
36- انظر الحكمة من التشريع في: د-عبد الكريم زيدان، م س، ص 125. د-أحمد الغندور، م س، ص 454.
37- سورة البقرة، الآية 229.
38- سبق تخريجه.
39- ابن قدامه، مصدر سابق، ص175.
40- يرى الأحناف أن أركان الخلع إذا كان بعوض هي الصيغة أما إذا كان بدون عوض فهي طلاق: انظر: الكاساني، بدائع الضائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ج4، ص 98.
41- راجع: الشربيني، مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج3، ص 363.
42- أجاز الحنابلة أن يكون محيزا بعقله.
43- ابن عابدين، "الدر المختار"، ج3، ص 441.
44- الدردير، الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، ج2، ص 252.
45- النووي، المنهاج، ج3، ص 263.
46- الشيخ مرغي، غاية المنتهى في الجمع بين الاقناع والمنتهى، قطر، ج32، ص 101.
47- د.عبد الكريم زيدان، م س، ص 139 وما بعدها.
48- راجع في هذا: السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ج6، ص 175، 176.
-الشربيني، المصدر السابق، ج3، ص 265.
-ابن قدامه، المصدر السابق، ج8، ص 184.
49- ابن قدامه، المصدر السابق، ج8، ص 215.
50- المصدر نفسه، ص 222.
51- السرخسي، مصدر سابق، ج6، ص 192.
52-الدردير، المصدر السابق، ج2، ص 354-355.
53- ابن قدامه، المصدر السابق، ج8، ص 222.
54- راجع: الشربيني، المصدر السابق، ج3، ص 264-265.
55- ابن عابدين، المصدر السابق، ج3، ص 443.
56- مالك، المصدر السابق، ج2، ص 345-346.
57- الشربيني، المصدر السابق، ج3، ص 268.
58- ابن قدامه، المصدر السابق، ص 181.
59- د-عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 171.
60- المقصود بالمعاطاة هنا، قيام الزوجة بفعل معين يدل على رغبتها في الخلع فيقوم الزوج بما يدل على قبوله ذلك كما إذا عرضت عليه بدلا وتسلمه دون أن يعارضها الخروج من بيت الزوجية.
61- الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الفكر، ط2، 1978، ج4، ص 37.
62- ابن قدامه، المصدر نفسه، ص 182.
63- الشربيني، المصدر السابق، ج3، ص 269.
64- ابن قدامه، المصدر السابق، ج3، ص 182.
65- انظر: ادلة الفريقين في :د/عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 166 إلى 168.
66- المرجع نفسه، ص 168.
67- راجع في هذا: -الجصاص، المصدر السابق، ج2، ص91. -ابن جزي، مصدر سابق.
68- ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط2، ج4، ص 83.
69- ابن رشد، المصدر السابق، ج2، ص83.
70- الشربيني، المصدر السابق، ج3، ص 265.
71- ابن قدامه، المصدر السابق، ج8، ص 175.
72- المرجع نفسه.
73- سورة البقرة الآية 223.
74- القاضي عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة الإمام مالك بن أنس، دار الفكر، بيروت، ج2، ص 870.
75- البيهقي، السنن الكبرى، دار الفكر، بيروت، ج7، ص 317.
76- الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتهى الأخبار من حديث سير الأخبار، دار الحديث القاهرة، ج6، ص 251.
77- الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، ج2، ص 484.
78- الموضع نفسه.
79- ابن حزم، المحلى، دار التراث، ج10، ص 241.
80- ابن ماجه، السنن، كتاب الطلاق، باب المختلعة تأخذ ما أعطاها حديث رقم 2056.
81- ابن قدامه، المصدر السابق، ج8، ص 175-176.
82- الجصاص، المصدر السابق، ج1، صث 583.
83- الجصاص، المصدر السابق، ص 538.
84- ابن قدامه، المصدر السابق، ص 176.
85- يمثل هذا الرأي، الحنفية، المالكية، الشافعية، الحنابلة.
86- سورة البقرة، الآية 229.
87- مالك، المصدر السابق، ص 337.
88- القاضي عبد الوهاب، المصدر السابق، ج2، ص 874.
89- ذهب إلى هذا الرأي: أبو ثور وأبو بكر، راجع: المغني، م س، ص 178.
90- السرخسي، المصدر السابق، ص 175-176.
91- النووي، م س، ص 692.
92- ابن قدامه، م س، ص 174-175.

محافظ الحكومة و محافظ الدولة في نظام القضاء الإداري الفرنسي و الجزائري

مجيد خلفوني *

تعد جمهورية فرنسا مهد القضاء الإداري. ومن هذه الدولة توسع هذا النظام و انتشر إلى دول أخرى من بينها العراق، الجزائر، بلجيكا و ايطاليا. يرجع نشأة القضاء الإداري في هذا البلد إلى عوامل تاريخية عدة. أهم هذه العوامل، ما ولدته الثورة الفرنسية لسنة 1789 من أفكار التي قوامها مبدأ الفصل بين السلطات، ضمانا لسيادة مبدأ المشروعية. بحيث يوضع حد للتداخل بين السلطات الثلاث" التنفيذية، التشريعية و القضائية" من حيث تحديد مجالها وحدود اختصاصها و هو ما عبر عنه الفقيه مونتسكيو بأن "السلطة توقف السلطة". غير أن خضوع الأشخاص المعنوية العامة إلى سيادة القانون، لا يتأتى إلا بعد تقرير حق الرقابة القضائية على أنشطة الإدارة المختلفة نظرا لما يمثله من ضمانة هامة و حقيقية لحماية الحقوق وحماية المجتمع والحريات في مواجهة التعسف الصادر عنها)الإدارة(لتدخلها المتشعب في شتى مجالات الحياة و اتساع المرافق العامة و مناهج إدارتها وتشعب وظائفها، كل هذا يستدعي وجود قضاء إداري متميز عن القضاء العادي يتولى الفصل في المنازعات الإدارية وهو ما ذهب إليه المشرع الدستوري الجزائري لسنة 1996. بحيث أشار بوضوح على تأسيس مجلس الدولة كهيئة قضائية مقومة لأعمال جهات القضاء الإداري و المبين أيضا من خلال المادة 139 من الدستور نفسه والتي تشير على أنه تحمي السلطة القضائية المجتمع و الحريات، و تضمن للجميع و لكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية على أساس مبادئ الشرعية والمساواة. لا شك أن نشأة هيئة القضاء الإداري يساهم بشكل أكبر و فعال في احترام سيادة القانون واحترام مبدأ الفصل بين السلطات ودافع قوي لتكريس خضوع الحكومة للقانون أو كما يسمى فقها بالحكومة القانونية لما يترتب عنه من أثار تشكل قاعدة بناء الديمقراطية و المحافظة على مبدأ المشروعية و استقرار المجتمع. لكن ما هي الوسيلة القانونية التي بواسطتها يتم ضمان الرقابة على نشاط الإدارة العامة و الهيئات المفوضة من قبلها و المنوط لها تسيير المرافق العامة و تحقيق النفع العام؟

إذا كانت الدول مختلفة في تبنيها لطريقة الرقابة على الأنشطة الإدارية، ففي المجال القضائي اعتمد المشرع الجزائري على نظام قضائي مزدوج لذات الغرض. بحيث كرست المادة 152-02 من نفس الدستور على أنه يؤسس مجلس الدولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية. تضمن إلى جانب المحكمة العليا في كل ما يخصهما بتوحيد الاجتهاد القضائي و السهر على احترام القانون. و قد أشارت المادة 153 على أنه يحدد قانون عضوي بتنظيم مجلس الدولة إلى جانب تنظيم المحكمة العليا ومحكمة التنازع، عملهم و اختصاصاتهم الأخرى. و ما يهم في هذه الأسطر المكتوبة المتواضعة، ليس كيفية تنظيم مجلس الدولة و سيره و عدد غرفه و غير ذلك ... و إنما تقديم مفهوم عام لشبه مؤسسة قائمة بذاتها داخل هيئة القضاء الإداري يتولها قاض يطلق عليه اسم محافظ الحكومة، كما هو معروف بجمهورية فرنسا، و المولود الجديد الذي يعرفه نظام القضاء الإداري في بلادنا منذ أزيد من عشر سنوات و الذي يمثل خلافا للنظام الفرنسي، مؤسسة قائمة بذاتها مكرس بموجب القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 03 مايو 1998 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه و عمله و القانون العضوي رقم 08-02 الصادر في نفس التاريخ المتعلق بالمحاكم الإدارية الحامل اسم محافظ الدولة و الذي على الرغم أن عمره يناهز اثني عشرة سنة من ميلاده إلا أن الغاية التي ولد من أجلها لا تزال مجهولة عند بعض المتعاملين في مجال القانون أو غامضة حسب البعض الأخر. و أن التساؤل يبقى مطروحا بخصوص موقع القاضي الذي يحمل اسم محافظ الدولة أو محافظ الحكومة في إجراءات الخصومة القضائية و الدور المنوط به أمام جهات القضاء الإداري. لتوضيح هذا الموضوع ارتأيت أولا أن أتطرق إلى التعريف بمحافظ الحكومة في التشريع و التنظيم في القانون العام الفرنسي و دوره في إجراءات خصومات القضاء الإداري ثم التعريف بمحافظ الدولة في التشريع و التنظيم الجزائري و دوره كذلك في إجراءات خصومات القضاء الإداري.

> لا شك أن نشأة هيئة القضاء الإداري يساهم بشكل أكبر و فعال في احترام سيادة القانون واحترام مبدأ الفصل بين السلطات ودافع قوي لتكريس خضوع الحكومة للقانون أو كما يسمى فقها بالحكومة القانونية لما يترتب عنه من أثار تشكل قاعدة بناء الديمقراطية و المحافظة على مبدأ المشروعية و استقرار المجتمع.

أولا - محافظ الحكومة في قانون القضاء الإداري الفرنسي.

يرى بعض رجال الفقه على أن نظام النيابة العامة نظام قائم في كلا النظامين القضائيين أي القضاء العادي و القضاء الإداري. و مما لا شك فيه أن نظام النيابة العامة في القضاء العادي هدفه السهر على الدفاع عن حقوق المجتمع. فوكيل الجمهورية أو النائب العام هو من يقع عليه تحريك الدعوى العمومية و المطالبة في الجلسة عادة بتسليط أكبر عقوبة على الجاني. و هو الذي يقع عليه تمثيل المجتمع بخصوص

محافظ الحكومة لا يعتبر حسب التسمية التي يحملها على أنه مكلف بالدفاع عن مصالح الحكومة أو الإدارة العامة. و لا يعتبر بأي حال من الأحوال ممثلا أو مساعدا قضائيا لأحد أطراف الخصومة القضائية المطروحة أو الممثل لهيئة القضاء الإداري أو الناطق الرسمي عن رأي الغرفة الإدارية التي هو معين فيها.

بعض القضايا المدنية كما هو الحال بالنسبة للقضايا التي يكون أحد أطرافها قصر أو في قضايا النسب و الجنسية و غير ذلك...لكن ما هو الاسم الذي يعرف بها نظام النيابة العامة أمام جهات القضاء الإداري؟ وما هو دور الشخص الذي يحمل هذه الصفة و يمثل ويؤدي هذه الوظيفة و موقعه فيما يتعلق بإجراءات خصومة القضاء الإداري؟ إن نظام "النيابة العامة" في نظام القضاء الإداري الفرنسي يناط بقاض إداري يطلق عليه اسم محافظ الحكومة. و لقد كان مرد إنشاء هذه المؤسسة أي محافظة الحكومة على مستوى جهات القضاء الإداري إلى تأثير تشكيلة نظام القضاء العادي و الذي يعرف على قمة الهرم القضائي لمحكمة النقض وجود كل من رئيس لها و المدعي العام أي النائب العام. ولقد فرق نظام القضاء الفرنسي بين أمرين: الأول يتعلق بمؤسسة محافظة الحكومة التي جعلها مسألة قانونية قررها التشريع كهيئة موجودة قائمة بذاتها على مستوى كل هيئة قضاء إداري. بحيث لا يمكن الاستغناء عنها إلا بموجب نص تشريعي خاص. الأمر الثاني يتعلق بالتسمية الخاصة بمحافظ الحكومة و التي جعلها من الأمور التنظيمية غير التشريعية و التي يجوز للإدارة العامة إدخال أي تعديل تراه لازما عليه دون أن تمس بجوهر المهام المناط به أو يتعدى ذلك إلى إحداث تغيير في وجودها القانوني. و في هذا المعنى صدر عن المجلس الدستوري بعد استشارته من قبل الوزير الأول تطبيقا للمادة 37-02 من الدستور، قرارا مؤرخا في 30 نوفمبر سنة 2006 تحت رقم 208-2006 يتعلق بتسمية محافظ الحكومة. إذ اعتبر تسمية محافظ الحكومة تسمية غير دستورية و غير تشريعية الأمر الذي يمكن للإدارة أن تدخل عليه تغيير بموجب مرسوم دون حاجة إلى تدخل السلطة التشريعية[1]. سبق القول بأن نظام النيابة العامة في القضاء الإداري حسب فقهاء القانون الإداري يرجع إلى التأثير الذي عرفه نظام القضاء العادي عليه. ترتب عنه إحداث هذه المؤسسة بموجب الأمرين المؤرخين في 02 فيفري و 12 مارس سنة 1831. حيث تشير مادتها الثانية على أنه في بداية كل ثلاث أشهر، يقوم الوزير، رئيس مجلس الدولة بتعيين ثلاث أساتذة عرائض Maître de requêtes لممارسة مهام النيابة العامة. قبل أن يضبط اسم محافظ الحكومة، فان دور "النيابة العامة" في نظام القضاء الإداري الفرنسي كان قد أسند إلى أساتذة العرائض بمجلس الدولة تنفيذا للمادة الثانية المشار إليها. و قد تم تعيين أساتذة العرائض في بداية الأمر لأداء وظائف محافظ بجومبـ ○○C ommissaires du Roi كلما الأمر المؤرخ في 19 جويلية سنة 1845، ثم محافظ الملك مكلف بتقديم التماسات بموجب قانون مؤرخ في18 سبتمبر سنة 1893، و قد بقي الوضع كذلك و تطور إلى غاية صدور مرسوم تنظيمي عضوي يتعلق بتنظيم هياكل مجلس الدولة في 25 جانفي سنة 1852، حيث تم إدراج لأول مرة تسمية محافظ الحكومة ضمن أحكام هذا المرسوم و أسند إليه مهام كرسها مجلس الدولة الفرنسي الذي وسع من نطاقه ومفهومه كما سوف نوضحه فيما بعد. غير أنه بالرغم من أن تسمية محافظ الحكومة تم تقريرها في أول مرة بموجب نص تنظيمي وفقا للمرسوم المشار إليه لم تكن معروفة من قبل، فان الفضل الكبير يرجع إلى مجلس الدولة الذي سبق له و أن استعمل هذه التسمية في وقت تفتقر فيه الساحة التشريعية و التنظيمية لها وذلك في قراره المؤرخ في 01 جوان سنة 1849 المسمى قرار" السيد كروزان". بحيث ذكر مجلس الدولة في حيثيات هذا القرار اسم محافظ الحكومة مشيرا إلى ما ورد على لسانه عند تقديمه في الجلسة توضيحات و التماسات بخصوص قضية الشخص المذكور كالتالي: " لما أخذ محافظ الحكومة الكلمة خلص إلى أن السيد كروزان لا يستحق التعويض عند استخراج و استغلال الدولة الفرنسية مادة البوزالون من ملكيته العقارية بالمارتنيك تنفيذا للأمر العسكري المؤرخ في فاتح أفريل سنة 1845. و أن المعني بالأمر أي السيد كروزان يجهل حتى وجود هذه المادة الثمينة بأرضه و لم يبرر طلبه الرامي إلى التعويض علما بأن الأمر العسكري المذكور يجيز للدولة الفرنسية استغلال أي مادة و في أي مكان توجد فيه بدون استثناء[2].

لا شك أن استعمال مجلس الدولة للتسمية المذكورة "محافظ الحكومة" في وقت لم تتقرر رسميا بموجب نص تنظيمي أو تشريعي، يبين مدى بعد الفكر القانوني لدى القاضي الإداري الذي استطاع أن يستخلص من جملة الأفكار المتناقضة بسبب الوضع الاجتماعي و السياسي السائد في دولة فرنسا آنذاك، التسمية الملائمة و التي تعبر عن التغير الجذري في نظام الحكم من النظام الملكي إلى النظام الجمهوري والذي يرجع إليه كذلك الفضل في خلق قواعد إجرائية عدة و أحكام من خلال اجتهاداته المتعددة و المتنوعة التي تمس مجالات مختلفة دون حاجة إلى تدخل مسبق للمشرع في سن الطريقة الواجبة الإتباع بخصوص الفصل في بعض القضايا المعروضة عليه والتي أصبحت تشكل قواعد قانونية، عملت إثرها السلطة التشريعية على تكريس جملة المبادئ التي استحدثها مجلس الدولة في قالب تشريعي لتشعب مجال تدخل الدولة وجماعاتها الإقليمية و مختلف هياكلها و اختلاف المناهج المتبعة في إدارة و تسيير المرافق العامة و السهر على تحقيق النفع العام. و إلا كيف يفسر سلطة هذه الهيئة القضائية في استعمال تسمية جديدة لم تكن معروفة في القاموس التشريعي و التنظيمي من خلال قرارها المسمى قرار السيد كروزان المؤرخ في أول جوان سنة 1849 السابق الذكر مع أن المرسوم الذي استعمل أول مرة اسم محافظ الحكومة يعود إلى ثلاث سنوات بعد الموافق ليوم 25 جانفي سنة 1852.

التعريف بمحافظ الحكومة: محافظ الحكومة تسمية تلحق بأحد قضاة هيئات القضاء الإداري. يخضع القاضي الذي يحمل هذه الصفة من حيث الإشراف و التوجيه إلى رئيس الجهة القضائية مثله مثل باقية قضاة الحكم. و يعتبر أحد قضاة تشكيلات جهات الحكم الإداري والتي ينضر إليها بنظرة واحدة موحدة دون أي تمييز بين القاضي الذي يمارس مهام محافظ الحكومة و القضاة المكلفين بالفصل في القضايا المطروحة

Article L07 du CJA : " un membre de la juridiction, chargé des fonctions du Commissaire du

Gouvernement " و حسب التشريع و التنظيم الفرنسي و حسب ما كرسه الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة يسع كافة أعضاء تشكيلة القضاء الإداري لتحقيق هدف واحد و هو الفهم الصحيح لملف الدعوى و دراسته القانونية من كلا الطرفين خاصة من قبل المستشار المقرر الذي يعينه رئيس الغرفة الإدارية و من قبل محافظ الحكومة. حيث أنه قبل بعد إصدار رئيس التشكيلة أمرا باختتام مرحلة التحقيق القضائي،و قبل عقد الجلسة، يلتقي كافة أعضاء التشكيلة القضائية وهم رئيسها و المستشارين المقررين ومحافظ الحكومة بمناقشة ملف الدعوى ويطرح كل من المستشار المقرر و محافظ الحكومة أرائهم تحت إدارة رئيس التشكيلة.و اذا كان أحيانا لا تتلاقى نفس أفكارهما بخصوص نضرة كل واحد للدعوى، فان هذا لا يحول دون تمكين محافظ الحكومة بعرض أفكاره بالجلسة حسب الطريقة التي يراها مناسبة دون أن يعرقله في ذلك أحد. محافظ الحكومة لا يعتبر حسب التسمية التي يحملها على أنه مكلف بالدفاع عن مصالح الحكومة أو الإدارة العامة. و لا يعتبر بأي حال من الأحوال ممثلا أو مساعدا قضائيا لأحد أطراف الخصومة القضائية المطروحة أو الممثل لهيئة القضاء الإداري أو الناطق الرسمي عن رأي الغرفة الإدارية التي هو معين فيها. و إنما قاض مثل باقية القضاة الإداريون تابع لمؤسسة القضاء الإداري سواء الغرفة الإدارية أو أحد تشكيلاتها المكلفة بالفصل في المنازعات القضائية المطروحة. على سبيل الإشارة فان المحاكم الإدارية في النظام القضائي الإداري الفرنسي أنشأت سنة 1953 و أنشأت مجالس قضاء الاستئناف الإداري سنة 1987. و قد تم تنصيبهما بشكل متدرج ليس دفعة واحدة. و كل هيئة تتشكل من عدة غرف و من تشكيلات حكم حسب حجم الملفات المقيدة بأمانة الضبط. عادة يعين في كل غرفة إدارية محافظ حكومة واحد يساهم في المناقشة و الدراسة القانونية للقضية و تبادل وجهات النظر مع زملائه من نفس الغرفة تحت رئاسة رئيسها أي رئيس الغرفة و ذلك قبل أن يقرر هذا الأخير بموجب أمر وضع القضية للمداولة و التي تتم دون حضور محافظ الحكومة للسبب المذكور آنفا. يتم تعيين محافظ الحكومة من ذوي الكفاءات والذي يتسم عادة ببعد فكره القانوني ومدى درايته بالأمور و الأنشطة الإدارية. و يعين في محافظة الحكومة القضاة ذو رتبة مستشار أول لأداء وظيفته بموجب قرار يصدره رئيس مجلس الدولة و بناء على اقتراح من رئيس المحكمة الإدارية أو من رئيس مجلس قضاء الاستئناف الإداري و هذا بعد أخذ رأي المجلس الأعلى للمحاكم الإدارية ومجالس قضاء الاستئناف الإداري طبقا للمادة 222-23 من قانون القضاء الإداري. و أن تعيين أحد القضاة في منصب محافظ الحكومة، ليس معناه أن هذا يحول دون تمكنه من تعيينه في منصب أخر كأحد قضاة الحكم أو تعيينه رئيسا لأحد غرف هيئة القضاء الإداري أو تعيينه رئيسا لأحد المحاكم الإدارية أو أحد مجالس قضاء الاستئناف الإداري. غير أن السؤال الذي يتبادر إلى ذهن أحد قراء هذا المقال المتواضع يتمثل في حالة استحالة محافظ الحكومة أداء مهامه لمانع أو طارئ ما. هل هذا معناه أنه بإمكان عقد الجلسة القضائية دون حضوره، هل يمكن لرئيس الهيئة الإدارية أو لرئيس الغرفة الإدارية إعفاءه من الحضور في الجلسة؟، و هل يمكن إعفاءه من تقديم التوضيحات و الالتماسات التي يراها لازمة بخصوص كل قضية؟ للإجابة على هذه التساؤلات، فانه في حالة قيام أي مانع أو طارئ يحول دون تمكن محافظ الحكومة من التحاقه بمقر المحكمة الإدارية أو بمجلس قضاء الاستئناف الإداري لحضور الجلسة المقررة كأحد أفراد المشكلة لها، يقوم رئيس هيئة القضاء باستخلافه بمحافظ حكومة أخر معين في أحد الغرف الإدارية الأخرى. و في حالة افتراض قيام أيضا المانع القانوني لاستخلافه، يستخلف بموجب أمر يصدره رئيس الجهة القضائية كذلك بأحد قضاة حكم الهيئة القضائية و ذلك مؤقتا إلى حين سقوط المانع أو الطارئ و عودة محافظ الحكومة المعني.و فيما يتعلق بالتساؤل المتعلق بمدى إمكانية إعفائه من تقديم التوضيحات و الالتماسات، فيجد جوابه تحت العنوان الموالي.

و يعتبر عقد الجلسة القضائية دون حضوره أو دون أن يقدم الاقتراحات و الالتماسات، إخلال إجرائي جوهري يستوجب معه إلغاء القرار القضائي الصادر.

دور محافظ الحكومة: سبق و أن أشارت على أن محافظ الحكومة يعتبر قاض كباقية قضاة هيئة القضاء الإداري.و هو حسب المادة السابعة من قانون القضاء الإداري يعتبر أحد القضاة الذين يشكلون هذه الهيئة. يكلف بأداء مهام محافظة الحكومة. يقوم أثناء الجلسة بتقديم توضيحات بخصوص كل قضية و التماسات بشأن الطلبات القضائية و الدفوع كالمستشار المقرر. لكن هل يلزم ما يتوصل إليه محافظ الحكومة من خلاصة عند دراسته لملف الدعوى، هيئة تشكيلة الحكم؟ إن تدخل محافظ الحكومة بالجلسة المقررة يتم بصورة علانية وجوبا. يقدم التماساته و التي عادة يقرأ ما كتبه بورقة أعدها بخصوص كل موضوع معد لهذا الغرض و بصورة علانية أيضا و جهرا على مسامع الحاضرين بذات الجلسة. و يناقش محتوى ما استخلصه على ضوء النصوص التشريعية و التنظيمية و ما قرره الاجتهاد القضاء بكل حرية دون أن يكون مقيدا بتقديم التماسات تتماشى مع القرار الإداري الصادر عن البلدية أو المقاطعة الإدارية المطعون في مشروعيته. حيث لا مانع له من استعمال الكلمة التي يريدها و المناسبة بالطريقة التي يحلو إليه ضميره و القانون. كما أنه غير ملزم بوضع الأوراق المكتوبة التي تتضمن التماساته في يد السلطة الإدارية أو حتى بحوزة باقي أعضاء هيئة القضاء الإداري ذاتها التي هو تابع لها. و ليس لرئيس الجهة القضائية أن يفرض عليه الآخذ برأي أو فكر معين.و على هيئة الحكم بدورها أن تأخذ بما توصل إليه محافظ الحكومة أو لا تأخذ بها. و تعتبر ملاحظات و الأفكار التي يطرحها محافظ الحكومة لا تلزم أحد كما أن هيئة المحكمة غير ملزمة بتبرير رفضها أخذ ما ورد على لسان محافظ الحكومة بالجلسة. و هي غير مقيدة بالإشارة إلى محتوى ما ذهب اليه من التماسات بخصوص كل قضية. و ليس أمر ملزم بإدراج الورقة أو الأوراق التي تضمنتها التماساته بملف الدعوى كما هو الحال بالنسبة للمذكرات الجوابية المقدمة من قبل أطراف الخصومة. كما أنه لا حاجة إلى هذه الأوراق طالما أن ما يهم هيئة القضاء أنها استمعت إلى اقتراحات و التماسات محافظ الحكومة بالجلسة و التي تشكل في غالب الأحيان خاصة في بعض القضايا ذات الأهمية الخاصة بمثابة دراسة قانونية أو بحث أو مداخلة تبدأ بتبيان وقائع

القضية و علاجها القانوني من شتى النواحي دون أن يكون ملزما بالتقيد بقرار السلطة الإدارية. بحيث إذا تبين له بأن قرار الإدارة مشوبا بعيب من العيوب، يتدخل محافظ الحكومة بتقديم التماس يهدف إلى إلغائه حفاظا على مبدأ مشروعية القرارات الإدارية. و لا يعتبر بمثابة القائم بالدفاع عن الإدارة أو بالدفاع عن قرارات الحكومة أو مشاريعها كما يعتقد البعض نظرا ولأن التسمية التي يحملها هذا القاضي تبدو على أن مهامه تقتصر على تمثيل الحكومة و مختلف الهيئات الإدارية. و في هذا المعنى صدر عن مجلس الدولة الفرنسي قراران مهمان يتمثلان في قرار يسمى " جرفاز" المؤرخ في 10جويلية 1975 و قرار يسمى " اسكلاتين" المؤرخ في 29 جويلية 1998. و قد جاء في هذان القراران أن محافظ الحكومة لا يعتبر بأي حال من الأحوال ممثلا للإدارة أو للحكومة أو ناطقها الرسمي. و باعتباره أحد قضاة هيئة القضاء الإداري الذي لا يخضع في مهامه من حيث الإشراف و التوجيه سوى لرئيس هذه الهيئة لا غير. و لا يسمح للإدارة الحق في أن تتدخل في مهامه و لا توجيهه في اتخاذ القرار الملائم عند تناوله القضية المطروحة. و حسب هذين القرارين، يدرس محافظ الحكومة الملف المعروض على الغرفة الإدارية التي هو ملحق بها بكل حرية حسب ما يمليه ضميره و القانون و يعرض فكره على قضاة الحكم بالجلسة بالطريقة التي يشاءها مع الالتزام بالوقائع المطروحة في الملف و ما تضمنه التشريع و التنظيم و مبادئ الاجتهاد القضائي. و هو نفس المعنى الذي أشارت إليه المادة السابعة المذكورة. تجدر الإشارة على أن محافظ الحكومة لا يتدخل بالجلسة في كافة القضايا المقيدة بأمانة الضبط و إنما يتدخل فقط في القضايا ذات الأهمية. و قد استثنى المشرع الفرنسي تدخله في قضايا الاستعجال الإداري، القضايا الخاصة بإبعاد أشخاص الأجانب من إقليم الجمهورية الفرنسية و غير ذلك. و هناك مشروع تعديل في قانون القضاء الإداري لتقليل تدخل محافظ الحكومة في الجلسات نظرا لحجم الملفات المعروضة حتى يمكن استغلال هذا القاضي ضمن تشكيلة قضاة الحكم و تفرغه للقضايا المهمة. كما يرجع سبب مشروع التعديل في وظيفة محافظ الحكومة إلى التحفظات المتعددة التي رتبتها قرارات محكمة حقوق الإنسان الأوروبية التي لا تزال تنظر إلى الدور الذي يناط بمحافظ الحكومة على أنه المدافع عن السلطة الإدارية نظرا للبس الذي يشوب تسميتها المرتبطة بالحكومة. و في القضايا التي هو مكلف بتقديم اقتراحات و التماسات وحضوره بالجلسة، ليس لرئيس الجهة القضائية أن يعفي محافظ الحكومة من معالجة القضايا المطروحة تحت أي عذر. و يعتبر عقد الجلسة القضائية دون حضوره أو دون أن يقدم الاقتراحات و الالتماسات، إخلال إجرائي جوهري يستوجب معه إلغاء القرار القضائي الصادر. و يعتبر محافظ الحكومة أخر من يأخذ الكلمة في الجلسة بعد الأطراف و محاميهم و هذا قبل إدخال تعديل على الأحكام التنظيمية التي تضمنها قانون القضاء الإداري بموجب المرسوم المؤرخ في فيفري من سنة 2009.أما عن مقعده بالجلسة فيوجد بالجهة اليمنى للقاضي الفرد أو قضاة الحكم.مثله مثل مقعد وكيل الجمهورية. أما في الجهة اليسرى فثمة، يأخذ كاتب الضبط مكانه. مع الإشارة هنا على أن قضاة الحكم إلى جانب محافظ الحكومة و كاتب الضبط ليس لديهم لباس خاص يجب ارتدائه عند عقد الجلسة القضائية كما هو الحال للجبة السوداء اللون بالنسبة لقضاة جهات القضاء العادي. و لعل ذلك يرجع إلى أن هيئة القضاء الإداري تتشكل من موظفي مختلف الإدارات العمومية و ليسوا من خريجي المعهد الوطني للقضاء. و بخصوص ما قدمه من ملاحظات و اقتراحات شفهيا بالجلسة، فلا يوجد أي مانع على محافظ الحكومة وضع ملخص عنه بيد الطرف أو الأطراف المعنية أو امتناعه عن ذلك. غير أنه في حالة ما إذا استجاب إلى طلب الأطراف، يوضع ملخص مداخلته التي أفصحها جهرا بالجلسة أو ملخص عما أعده من قبل لطرحه على قضاة تشكيلة الهيئة القضائية بناء على طلب مسبق، وأن ما تضمنه هذا الملخص، يبقى يلازم محافظ الحكومة الذي ليس عليه أن يقدم ملخص للأطراف على خلاف ما ورد على لسانه بالجلسة و لا أن يضع بحوزتهم ملخص مكتوب لا يلتزم به عند عقد الجلسة لاحقا.و يمنع عليه أن يدخل عليه أي تغيير بل ينبغي تحت طائلة خرق إجراءات قانون القضاء الإداري أن تبقى متطابقة (Jean Paul Gilli.AGDA N2 Année 2009.Pages 65). و هو ما عبر عليه رئيس مجلس الدولة الفرنسي في مراسلة وجهها إلى رؤساء و مستشاري ومحافظي مجلس الدولة و رؤساء المحاكم الإدارية ورؤساء مجالس قضاء الاستئناف الإداري المؤرخة في 09 جانفي 2009 مشيرا في ذات المراسلة إلى قرار صدر عن مجلس الدولة في 05 مايو 2006 تحت اسم شركة ملور هاف و الذي يؤكد فيه قيام هذا العيب الإجرائي.

محافظ الحكومة و المداولة: لا شك على أن السؤال الذي يمكن طرحه هو ما إذا كان لمحافظ الحكومة مقعد مع باقية زملائه قضاة الحكم للمشاركة معهم في المداولة لاتخاذ القرار القضائي الملائم طالما أن حضوره لتقديم التوضيحات و الاقتراحات و الالتماسات من الأمر الواجب في كل جلسة تحت طائلة إلغاء أو نقض القرار الصادر؟ و كيف يمكن تصور عدم مشاركته طالما أنه يعتبر أحد القضاة الإداريون و المعين بأحد الغرف الإدارية و الذين ينظر إليهم بنظرة واحدة كلية مجتمعة دون أي تمييز كما سبق الإشارة إليه؟ إذا كان من الجائز حضوره في المداولة، هل هذا معناه أنه من حقه أخذ الكلمة للدفاع عن أرائه التي سبق و أن عرضها بالجلسة جهرا و بصورة علنية. للإجابة على هذه التساؤلات، ينبغي أولا أن نعرف بأن جمهورية فرنسا تعتبر أحد الدول الأوروبية و التي تدافع عن الوحدة الأوروبية و السهر على الخضوع إلى نظامها و الامتثال إلى الأحكام و القرارات الصادرة عن هيئاتها من بينها القرارات التي تصدرها محكمة حقوق الإنسان الأوروبية.و في هذا المجال، فقد صدر عن هذه الهيئة الأوربية، عدة قرارات تدين الدول الأعضاء بخصوص الخروق التي عرفتها في مجال حقوق الإنسان كما هو الحال بالنسبة للمعاملة التمييزية للمواطنين القادمين و المقيمين في دول أوربية أخرى غير دولة الأصل. وبالنسبة لنظام محافظ الحكومة في نظام القضاء الإداري الفرنسي، فقد صدر عنها بعض القرارات التي أثرت على سير التنظيم الإداري الفرنسي بالصورة المعتادة و ذلك بإعادة النظر في بعض محتوى إجراءات قانون القضاء

الإداري بشكل يبين بأن ما راحت إليه دولة فرنسا كما سوف نبينه فيما بعد، يعتبر انحناء للقرارات الصادرة و التي هي بصدد تنفيذها بصورة كلية مما يشكل مخالفة و تراجع لمحتوى القرارين جرفاز و اسكلاتين المشار إليهما أعلاه. لقد عرف التشريع و التنظيم الفرنسي بخصوص قانون القضاء الإداري عدة تعديلات. و بخصوص مدى إمكان حضور محافظ الحكومة و مشاركته و مساهمته في اتخاذ القرار القضائي الفاصل في ملف الدعوى المطروح مع باقية زملائه الذين مثلوا تشكيلة الهيئة القضائية و الموضوع في المداولة، نميز بين ثلاث تعديلات مهمة واقعة على ذات القانون خلال سنة 2001 و سنة 2006 وسنة 2009. قبل سنة 2001، كان يحضر محافظ الحكومة جلسة المداولة و يشارك رفقة باقية قضاة الحكم في مناقشة القضية و اتخاذ القرار القضائي الملائم. و بناء على قرار قضائي صدرته محكمة حقوق الإنسان الأوروبية في 07 جانفي سنة 2001 المسمى بقرار " السيدة كراس"، قررت الحكومة الفرنسية إدخال تعديل على قانون القضاء الإداري أين تم تجريد محافظ الحكومة من إبداء أي كلمة بخصوص مناقشة القضية رفقة زملائه بجلسة المداولة، بحيث أصبح يحضر بهذه الجلسة كالشاهد المتفرج الأبكم و الذي لا حق حتى لرئيس الغرفة الإدارية أو لرئيس الهيئة القضائية أن يرخص له بالمشاركة في اتخاذ القرار اللازم. غير أن هذا الإجراء لم يقنع محكمة حقوق الإنسان الأوروبية التي بناء على تحفظها في قرارها المؤرخ في 12 أفريل سنة 2006 المسمى بقرار "مارتيني"، أشار على أن احتفاظ محافظ الحكومة بمقعد رفقة قضاة الحكم بجلسة المداولة يشكل انتهاكا لحقوق الأطراف و خرقا لمبدأ المشروعية و ضربا لمبدأ الحياد مع أنه ليس لديه الحق في المشاركة في مناقشة القضية الموضوعة للمداولة. وقد اعتبرت المحكمة الأوروبية بأن حضور محافظ الحكومة لا يحول دون ممارسته التأثير على قضاة الحكم في اتخاذهم القرار الملائم و يمكنه من فرض شخصيته و فكره عليهم مما يؤثر سلبا على مسار المداولة الأمر الذي جعل الحكومة الفرنسية تتدخل مرة أخرى بإدخال تعديل على قانون القضاء الإداري في جانبه التنظيمي وذلك بمنع محافظ الحكومة من الحضور بجلسة المداولة. و تبعا لذلك، صدر سنة 2009 مرسوما بخصوص محافظ الحكومة و موقعه في سير الخصومة القضائية كما سوف نبينه فيما بعد. لا مجال للشك بأن موقف محكمة حقوق الإنسان الأوروبية المذكور يرجع إلى أنها تنظر إلى محافظ الحكومة على أنه القاضي الممثل و المدافع عن السلطة الإدارية، يبرره التسمية اللاصقة به التي يحملها و التي لا توحي في حقيقة الأمر و الواقع العملي إلى ذلك. وحسب هذه المحكمة الأوربية، فان جلوسه مع باقية زملائه بجلسة المداولة يشكل خطرا على حقوق و مصالح و حريات الأشخاص و يؤثر بشكل بالغ الأهمية على القرارات المتخذة. و عليه فنظرا و لان أعضاء المجموعة الأوروبية ملزمون بالتقيد بما يصدر عن هيئاتها من أحكام و قرارات، أقدمت فرنسا على إدخال تعديل أخر فيما يخص هذا الجانب المتعلق بحضور محافظ الحكومة بجلسة المداولة. بحيث أن رئيس الجلسة و القاضيين الإداريين المستشارين يداولون في كل قضية لوحدهم دون حضوره استجابة لتحفظات محكمة حقوق الإنسان الأوروبية. أما عن الإشارة في الحكم الذي تصدره الغرفة الإدارية أو عدم الإشارة فيه إلى أن محافظ الحكومة لم يشارك مع باقية زملائه بجلسة المداولة لا يشكل أية مخالفة إجراءات قانون القضاء الإداري. و تجد هذه الإجابة مكانتها ليس في نص تشريعي أو تنظيمي و إنما في قرار صدر عن مجلس الدولة الفرنسي مؤرخ في 14 مايو سنة 2008. Le Courier juridique N° 52 Juillet et Aout 2008. Pages 214 غير أنه في مجلس الدولة، فان نفس القاضي أي محافظ الحكومة يجلس في الأساس مع باقية تشكيلة هيئة القضاء للمداولة في القضايا الموضوعة من أجل اتخاذ قرار قضائي بشأنها. غير أن مكانته في هذه الجلسة كمكانة الشاهد الأبكم، بحيث يعتبر مجرد من كل حق في مناقشة القضايا و إبداء الرأي فيها مع زملائه. كما أنه أجاز قانون القضاء الإداري بموجب مادته 732R لأطراف الدعوى أن يبد كل اعتراض على حضور محافظ الحكومة بجلسة المداولة مع أنه كما سبق الإشارة إليه، لا دور له بها بحيث يعتبر قاض مقيد اللسان و مغل اليد لا يمكن له التلفظ بأية كلمة بخصوص القضية سواء بصورة شفهية أو مكتوبة. أما عن الاعتراض المسموح للأطراف أو لأحدهم بإبدائه، ينبغي أن يكون بصورة مكتوبة، يوجه لرئيس الجلسة يشير فيه صراحة إلى الاعتراض على حضور محافظ الحكومة بجلسة المداولة. و في هذه الحالة ينسحب قضاة تشكيلة حكم هيئة القضاء للمداولة دونه وإلا شاب القرار القضائي الصادر بعيب إجرائي.

> **بناء على قرار قضائي صدرته محكمة حقوق الإنسان الأوروبية في 07 جانفي سنة 2001 المسمى بقرار " السيدة كراس"، قررت الحكومة الفرنسية إدخال تعديل على قانون القضاء الإداري أين تم تجريد محافظ الحكومة من إبداء أي كلمة بخصوص مناقشة القضية رفقة زملائه بجلسة المداولة.**

محافظ الحكومة و تعديل قانون القضاء الإداري: سبق الإشارة على أن قانون القضاء الإداري الفرنسي وقع عليه ثلاث تعديلات مهمة خلال العشرية الأولى من سنة 2000. و بخصوص محافظ الحكومة، فأهم محطات التعديل التي تخصه كان في سنة 2001 أي مع صدور القرار المسمى مارتيني، وتعديل سنة 2006 أي بعد صدور القرار المسمى بقرار السيدة كراس و أخر تعديل الذي نحن بصدد الحديث عنه كان في 07 جانفي سنة 2009 الذي تضمن إعادة تسمية محافظ الحكومة بالمقرر العام و كذا إعادة ترتيب إجراءات سير جلسات هيئات القضاء الإداري و موقعه فيها. بالفعل، يرجع إعادة النظر في تسمية محافظ الحكومة و إجراءات الخصومة الإدارية و موقعه فيه مثله مثل باقية التعديلين إلى التحفظات التي قررتها محكمة حقوق الإنسان الأوروبية و التي تشككت كثيرا من مهام هذا القاضي ذات الدور المتميز و الذي لا يعرف حقيقة مكانته أصلا إلا الذي جلس معه بقاعة الجلسات و مارس و لو جزئيا المهام المنوط به و اطلع على مختلف الأحكام و قرارات مجلس الدولة و قرارات المحكمة الأوروبية المذكورة. حيث أن هذه المحكمة تنظر إلى محافظ الحكومة على أنه مرآة يعكس رأي الحكومة و يدافع عن قراراتها و الذي حسبها يؤثر سلبا على مسار المحاكمة

يدافع عن مصالحها كما تعبر التسمية التي يحملها. و لقد قررت دولة فرنسا إعادة التنظيم في الإجراءات بدءا من التغيير في الاسم المشار إليه من محافظ الحكومة إلى المقرر العام. و قد سبق و أن دار نقاش حاد بين رجال الفقه و رجال القضاء حول اعتماد التسمية الجديدة. بحيث قبل اعتماد اسم المقرر العام، اقترح عدة تسامي جديدة له لحملها كما هو الحال بالنسبة لمحافظ القانون، محافظ الجمهورية، القاضي الثرثار juge orateur..Joel Adrient Imbazovina Recueil Dalloz 2008N17 Pages 1154.. و تعتبر حسب بعض الفقهاء أن الاستجابة إلى تحفظات محكمة حقوق الإنسان الأوروبية المتمثلة في تغيير اسم محافظ الحكومة يرجع إلى أن هذه التسمية في الدول الديمقراطية يشوبها لبس و غموض بخصوص حقيقة المهام المسندة لهذا القاضي بالرغم من أن هذه التسمية لا تعبر عن حقيقة المدلول الذي يحمله.

موقع المقرر العام "محافظ الحكومة" من إجراءات خصومة القضاء الإداري: إن المرسوم المؤرخ في 07 جانفي سنة 2009 التعلق بالمقرر العام بهيئات القضاء الإداري و إدارة الجلسات القضائية بهذه الهيئات، أحدث ثورة و انقلاب في مسار إجراءات خصومة القضاء الإداري. وقد تضمن هذا المرسوم إلى جانب إدخال تعديل في تسمية محافظ الحكومة كما سبق الإشارة إليه، تعديل بخصوص الهندسة الكلاسيكية للجلسات القضائية و سير إجراءاتها بخصوص موقع المقرر العام فيها. قبل صدور هذا المرسوم، كانت المداخلة الأخيرة بجلسات جهات القضاء الإداري ترجع إلى محافظ الحكومة الذي عادة، يقرأ ما توصل إليه من خلاصة فهمه للقضية و إنارة هيئة المحكمة بمعلومات مفيدة تغذيها بعده الفكري القانوني و تحليله على ضوء التشريع و التنظيم و على ما استقر عليه اجتهاد مجلس الدولة. و كثيرا ما تكون مداخلته أساس بناء الاجتهاد القضائي كما هو الحال بخصوص قرار بلانكو الصادر يوم 20 فيفري 1873. و بموجب المرسوم المشار إليه، تم تقرير الحق لأطراف الدعوى أو محاميهم بتقديم ملاحظات على ما يذكره لسان محافظ الحكومة أي المقرر العام من كلام بالجلسة العلنية. و ليس لهذا الأخير أن يقدم ردا على ما يتقدم به الأطراف ومحاميهم من ملاحظات. يعتبر هذا التعديل في قانون إجراءات القضاء الإداري الفرنسي في جانبه التنظيمي، مجال مفتوح للتشكك بصورة أكبر على مصداقية الدور المنوط بمحافظ الحكومة حسب رجال الفقه مع أن موقعه في خصومة القضاء الإداري لا يأخذ فيها حيزا سواء لمساندة الإدارة أو مساندة الطرف الأخر غير الإدارة. و بعبارة أخرى لا يعتبر بمثابة الطرف المتدخل أو المدخل في الخصومة القضائية كما لا يعتبر بأي حال من الأحوال بمثابة الناطق لأحدهما خاصة منها الشخص المعنوي العام الأمر الذي يسمح بصورة أكبر أيضا تزكية التحفظات التي تناولتها محكمة حقوق الإنسان الأوروبية بخصوص دور هذا القاضي المتميز و كذا فسح الساحة للفقه و القضاء الانجلوساكسوني من مناقضة و عداء نظام القضاء الإداري الفرنسي و الذي لا محالة للشك أنه يؤثر على السلطة التشريعية بفرنسا و السلطة التنظيمية بإدخال تعديلات أخرى على قانون القضاء الإداري و تقييد المهام المسندة إلى محافظ الحكومة و تضييق مجال تدخله و حسرها في نوع أو أنواع قليلة من القضايا المعروضة على هيئة القضاء الإداري. بالإضافة لما سبق، فان المرسوم المؤرخ في 07 جانفي 2009 أوجب على المقرر العام وضع بحوزة أطراف الدعوى سواء الإدارة أو الطرف غير الإدارة ملخصا عن جملة الاقتراحات المزمع طرحها بالجلسة قبل عقدها في وقت معقول عبر وسيلة اليكترونية تسمى "ساقاس" لا يطلع عليها إلا ذوي الشأن بعد استعمال الكلمة السرية. و المدة المعمولة بها تقدر عادة بثلاث أيام قبل الجلسة المحددة. و يمكن في جميع الأحوال أن توضع ملخصات المقرر العام المراد عرضها بالجلسة عن طريق تسليمها المباشر للمعنيين بموجب طلبهم لها. و في ذلك فان المرسوم المذكور يكون قد قرر حقا لم يكن مقررا من قبل علما بأنه قبل صدوره، لمحافظ الحكومة الحق في أن يضع بحوزة الأطراف بناء على طلبهم ملخصا عما أعده ليطرحه بالجلسة أو على ما قاله بنفس الجلسة كما له الحق في أن يمتنع عن ذلك. غير أنه يبقى ملتزما دائما بأن يحتفظ بنفس الاقتراحات المدونة بملخصه مع ما هو معد لطرحه بالجلسة تحت طائلة العيب الإجرائي كما سبق و أن ذكرناه أعلاه. هكذا نكون قد أنهينا بموجب هذه الأسطر المتواضعة من إعطاء لمحة عامة بخصوص محافظ الحكومة أي المقرر العام في نظام القضاء الإداري الفرنسي، دوره و موقعه في إجراءات سير الخصومة القضائية و مختلف التعديلات التي تضمنها قانون القضاء الإداري بشأنه. غير أن عدة تساؤلات تبقى مطروحة تتمثل أساسا في مدى قابلية النظام الفرنسي للتأثر بقرارات الهيئات الأوروبية و التي بدورها تتأثر بالأحكام و النظام الانجلوساكسوني و التي تنظر إلى بعض أجهزتها على أنها غير فعالة في تحقيق المحاكمة العادلة و إرساء قواعد حماية للحقوق و الحريات مع أن تدخل هذه الهيئات خاصة محكمة حقوق الإنسان الأوروبية فيما يتعلق بمحافظ الحكومة و دوره في منازعات القضاء الإداري يرجع إلى الغموض الذي يشوب صفة هذا القاضي ودوره في الدعوى الإدارية ليس إلا. هل يمكن لنظام القضاء الإداري بفرنسا أن يصمد للتطور المستمر للقانون الأوروبي واجتهاد محكمة حقوق الإنسان الأوروبية بخصوص ملازمة هذا القاضي جلسات القضاء الإداري ذات الدور الجوهري في بناء اجتهادها القضائي الإداري؟ ألا يشكل المرسوم المؤرخ في 07 جانفي 2009 لبنة أولى للحد المستمر لمجال تدخله بالجلسة إلى غاية القضاء عليه تحت تأثير الفكر الانجلوساكسوني الذي يناقض من حيث هيكله و تنظيمه القضائي و إجراءاته مع الهيكل و التنظيم القضائي الفرنسي و إجراءاته؟

* رئيس محكمة راس الوادي

الهوامش

1- Code de justice administratif. Litec année 2009 page 41.
2- Recueil des arrêts du Conseil d'Etat page 252 à 254

البيع بأسعار مخفضة تعسفيا

ايت منصور كمال.

لقد اهتم المشرع الجزائري بتحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق وتفادي كل ممارسات مقيدة لها[1] من بينها البيع بأسعار مخفضة تعسفيا، إذ تنص المادة 12 من الأمر رقم 03-03 على انه: " يحظر عرض الأسعار أو ممارسة أسعار بيع مخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين مقارنة بتكاليف الإنتاج والتحويل والتسويق، إذا كانت هذه العروض أو الممارسات تهدف أو يمكن أن تؤدي إلى إبعاد مؤسسة أو عرقلة احد منتوجاتها من الدخول إلى السوق" وعلى أساس هذا النص تتمحور دراستنا في بيان الضمانات التي كرسها المشرع لمواجهة هذا النوع من الممارسات قصد الاستجابة لأهداف قانون المنافسة والمتمثلة في تحقيق الفعالية الاقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلكين.

ندرس الموضوع وفق ثلاثة نقاط:

1- معنى البيع بأسعار مخفضة تعسفيا وعلاقته بأهداف قانون المنافسة

2- عناصر البيع بأسعار مخفضة تعسفيا

3- الفرق بين البيع بأسعار مخفضة تعسفيا والبيع بالخسارة.

1- معنى البيع بأسعار مخفضة تعسفيا وعلاقته بأهداف قانون المنافسة: يتضمن نص المادة 12 من الأمر 03-03، موضوع مواجهة طريقة بيع تشكل خطرا على المنافسة، فلم يمنع البيع بأسعار مخفضة إذ يعد ذلك من متطلبات المنافسة. يقصد بالموضوع عملية تقوم بها مؤسسة، تتمثل في عرض أو بيع منتوج للمستهلكين بسعر لا يحقق فائدة بالمقارنة مع تكاليف الإنتاج والتحويل والتسويق، وتهدف هذه العملية أو يمكن أن تؤدي إلى إبعاد مؤسسة أو عرقلة منتوجاتها من الدخول إلى السوق. يشكل البيع بأسعار مخفضة تعسفيا خطرا على المصلحة المزدوجة التي تبحث عنها المادة الأولى من قانون المنافسة، إذ تؤدي العملية إلى إزاحة المؤسسات والمنتوجات المنافسة من السوق لغرض تحقيق احتكار، وهي وضعية تحدث آثارا سلبية بمصلحة المؤسسات المنافسة[2] والفعالية الاقتصادية على أساس انعدام المنافسة، ومن جهة المستهلك، فقد يعتقد أن البيع يخدم مصلحته إذ يفضل اقتناء مواد وخدمات بأسعار مخفضة، لكن يكون ذلك صحيحا لفترة قصيرة، لأنه بمجرد وصول المؤسسة إلى احتكار السوق، تفرض أسعار وفق ما يخدم مصلحتها، لا سيما مشكلة رفعها، وهو ما يؤثر سلبا ليس فقط على المصلحة المادية للمستهلك، بل أيضا على مصلحته المعنوية، و التي يحافظ عليهما المشرع بموجب قانون الاستهلاك[3].

استنادا لما سبق، لم يكتف المشرع بتكييف البيع بأسعار مخفضة تعسفيا بأنها ممارسة مقيدة للمنافسة[4] بل تنص المادة 13 من الأمر 03-03 ببطلان كل التزام أو اتفاقية أو شرط تعاقدي يتعلق بذلك.

2- عناصر البيع بأسعار مخفضة تعسفيا: رعى المشرع في نص المادة 12 توفر مجموعة من العناصر لاعتبار أي بيع يشكل ممارسة مقيدة للمنافسة ويكون محلا للمتابعة بموجب أحكام الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، وتتمثل في:

أ- أن يكون البيع موجها للمستهلك: جاء في مضمون المادة 12 " يحظر عرض الأسعار أو ممارسة أسعار بيع مخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين...". فالطرف الثاني في العلاقة مع المؤسسة يتمثل في المستهلك الذي يقصد به " كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من اجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به"[5] أي انه استبعد المشرع علاقات البيع مع باقي المؤسسات والأعوان الاقتصاديين، على أساس انه لا يشكل ذلك احتكار وخطر على المنافسة وبالتالي الفعالية الاقتصادية، أضف إلى ذلك، يعد المستهلك هدف العملية الاقتصادية.

ب- ممارسة أو عرض أسعار بيع من طرف المؤسسة: لا بد من قيام المؤسسة بفعل مادي في علاقتها مع المستهلك، وجاء في المادة 12 من قانون المنافسة على انه: "يحظر عرض الأسعار أو ممارسة أسعار ..."، ومن خلال النص، لم يتوقف الحظر فقط في مواجهة عقد الاستهلاك واعتباره فعلا يشكل بيع بأسعار مخفضة تعسفيا، بل امتد إلى أي فعل من شأنه أن يكوّن عرضا للسعر وبمختلف الأشكال، وهي مرحلة تهدف المؤسسة من ورائها إلى جلب المستهلكين، وحسن ما فعل المشرع، إذ وسع من نطاق الفعل المادي الذي يشكل بيعا بأسعار مخفضة تعسفيا، حتى يتمكن من قمع الممارسات التي تشكل قيدا على المنافسة.

لقد اهتم المشرع الجزائري بتحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق وتفادي كل ممارسات مقيدة لها من بينها البيع بأسعار مخفضة تعسفيا، إذ تنص المادة 12 من الأمر رقم 03-03 على انه: يحظر عرض الأسعار أو ممارسة أسعار بيع مخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين مقارنة بتكاليف الإنتاج والتحويل والتسويق.

ج- أن يخفض السعر بشكل تعسفي: لم يمنع المشرع تخفيض أسعار المواد والخدمات إذ يعد ذلك من متطلبات المنافسة، بل اشترط في نص المادة 12 توفر عنصر التعسف في ذلك، "....أسعار بيع مخفضة بشكل تعسفي.."، إذ يقابل تحرير الأسعار تحديدها من طرف

الأعوان الاقتصاديين وفق متطلبات السوق، إلا انه قد يستغل ذلك من طرف مؤسسة لتحقيق مصالح خاصة حتى ولو كان ذلك على حساب المجرى الطبيعي للمنافسة. يتحدد عنصر التعسف في تخفيض السعر بالمقارنة مع تكاليف الإنتاج والتحويل والتسويق، وهو ما تتضمنه المادة 12، ويقصد بذلك انه يقع على عاتق الهيئة المكلفة بالمتابعة الموازنة بين السعر المحدد للمنتوج من طرف المؤسسة ومجموع تكاليف إنتاجه وتحويله وتسويقه، فقد تكون العملية معقدة، إلا انه لابد في كل الحالات الاستعانة بمختصين لدراسة السوق. وبناءا على ما سبق، يمكن تعريف " تخفيض السعر بشكل تعسفي" بأنه " بيع لا يحقق فائدة" ويتحقق ذلك عندما يكون سعر المنتوج اقل أو يساوي قيمة تكاليف الإنتاج التحويل والتسويق.

د- أن تهدف أو يمكن أن تؤدي العملية إلى إبعاد مؤسسة أو عرقلة احد منتوجاتها من الدخول إلى السوق: اشترط المشرع حتى يحقق البيع بأسعار مخفضة تعسفيا قيدا على المنافسة أن تهدف العملية أو يمكن أن تؤدي إلى إبعاد مؤسسة أو عرقلة احد منتوجاتها من الدخول إلى السوق، إذ تنص المادة 12 على انه " ... إذا كانت هذه العروض أو الممارسات تهدف أو يمكن أن تؤدي إلى إبعاد مؤسسة أو عرقلة احد منتوجاتها من الدخول إلى السوق."، ويمكن من خلال النص إثارة ثلاث نقاط:- لم يتوقف النص عند الأخذ بعين الاعتبار فقط بوجود نية لدى المؤسسة في إبعاد مؤسسة منافسة أو عرقلة احد منتوجاتها من دخول السوق، وهو ما يشكل العنصر المعنوي، إذ ما هو الهدف تخفيض السعر بشكل تعسفي؟ بل امتد موقف المشرع إلى الأخذ بعين الاعتبار الفعل المادي في حد ذاته سواء عرض الأسعار أو ممارستها، إذا كان يمكن أن يؤدي إلى إبعاد مؤسسة منافسة أو عرقلة احد منتوجاتها من الدخول إلى السوق، وتعود السلطة التقديرية لمجلس المنافسة، ويشكل ذلك صعوبة التهرب من المتابعة في حالة عدم توافر العنصر المعنوي ويحقق ذلك فعالية مواجهة الممارسات المقيدة للمنافسة.

- إما أن يهدف أو يؤدي البيع بأسعار مخفضة تعسفيا إلى إبعاد مؤسسة من الدخول إلى السوق، وهي مؤسسة[6] منافسة، لتمكين تشكيل احتكار، وأما عرقلة دخول منتوجاتها إلى السوق، فلم يشترط المشرع اجتماع كلا الحالتين.

- استعمل المشرع مصطلح "منتوجاتها" وهو ما يعبّر عن حماية السلع والخدمات[7] المنافسة للمؤسسة، ويشكل ذلك توسيع لنطاق الحماية ومواجهة الممارسات المقيدة للمنافسة بشكل فعال.

يستخلص عنصر التعسف على أساس معايير تشمل جميع مراحل العملية الاقتصادية، إلا انه لا يكفي ما سبق لمتابعة المؤسسة المعنية، إذ لابد أن تهدف أو تؤدي الأفعال إلى إبعاد مؤسسة منافسة أو عرقلة منتوجاتها من الدخول إلى السوق.

3- الفرق بين البيع بأسعار مخفضة تعسفيا و البيع بالخسارة: نظم موضوع البيع بالخسارة بموجب القانون المتعلق بالممارسات التجارية[8] إذ تنص المادة 13 منه على انه: " يمنع إعادة بيع سلعة بسعر أدنى من سعر تكلفتها الحقيقية. يقصد بسعر التكلفة الحقيقي، سعر الشراء بالوحدة المكتوب على الفاتورة، يضاف إليه الحقوق والرسوم، و عند الاقتضاء، أعباء النقل..." يظهر النص اختلافات مع البيع بأسعار مخفضة تعسفيا، تتمثل في :

أ- من حيث التكييف القانوني: يشكل البيع بأسعار مخفضة تعسفيا ممارسة مقيدة للمنافسة، يخضع لأحكام الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، بينما يكيف البيع بالخسارة بأنه ممارسة تجارية غير شرعية[9] يخضع لأحكام القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

ب- من حيث أطراف العلاقة: تتمثل أطراف العلاقة في البيع بأسعار مخفضة تعسفيا في مؤسسة وفق مفهوم نص المادة 3/1 من الأمر رقم 03-03، والمستهلك، بينما جاء النص في البيع بالخسارة "يمنع إعادة بيع سلعة...."، بالمعنى الواسع دون أن يحدد الطرف الثاني في العلاقة، فيمكن أن تكون علاقة بين التجار أو تاجر ومستهلك.

ج- من حيث نطاق النشاط: يتعلق البيع بأسعار مخفضة تعسفيا بنشاط اقتصادي واسع،إذ يتضمن عمليات الإنتاج والتحويل والتسويق[10] بينما يقتصر البيع بالخسارة على نشاط إعادة البيع، ويتبين ذلك من خلال نص المادة 19 إذ استعمل المشرع عبارات " يمنع إعادة بيع سلعة... سعر الشراء بالوحدة المكتوب على الفاتورة..."

د- من حيث طبيعة الفعل المادي: يتعلق البيع بأسعار مخفضة تعسفيا بممارسات تتمثل في عرض وممارسة الأسعار، بينما يقتصر البيع بالخسارة على البيوع التامة وفق ما تتضمنه المادة 19 " يمنع إعادة بيع..."

هـ-من حيث السعر: في البيع بأسعار مخفضة تعسفيا، يمكن أن يكون السعر يساوي أو اقل من التكاليف، بينما في البيع بالخسارة، يشترط في السعر أن يكون أدنى من سعر التكلفة، إذ جاء في نص المادة 19 " ... بسعر أدنى من سعر تكلفتها الحقيقي..." وهو ما يشكل البيع بالخسارة.

خاتمة: من خلال دراسة موضوع البيع بأسعار مخفضة تعسفيا، نتوصل إلى طرح مجموعة من الضمانات التي كرسها المشرع للمتابعة بموجب أحكام الأمر 03-03. لا يقتصر الحظر على ممارسة الأسعار، بل امتد ليشمل مرحلة سابقة تتمثل في عرض الأسعار، ويشكل ذلك توسيع لنطاق المتابعة بالنظر إلى الفعل المادي للمؤسسة، ويستخلص عنصر التعسف على أساس معايير تشمل جميع مراحل العملية الاقتصادية، إلا انه لا يكفي ما سبق لمتابعة المؤسسة المعنية، إذ لابد أن تهدف أو تؤدي الأفعال إلى إبعاد مؤسسة منافسة أو عرقلة منتوجاتها من الدخول إلى السوق، وفي ذلك لم يعتمد المشرع فقط على وجود العنصر المعنوي لدى المؤسسة، بل يؤخذ بعين الاعتبار الفعل المادي في حد ذاته إذا كان يؤدي إلى ذلك، أضف إلى ذلك، رعى المشرع حماية كل من السلع والخدمات، ولم يشترط اجتماع كلا من حالتي إبعاد المؤسسة وعرقلة منتوجاتها من الدخول إلى السوق. وأخيرا، لم يكتف المشرع بتكييف البيع بأسعار مخفضة تعسفيا انه ممارسة مقيدة للمنافسة، بل حظر أي اتفاق أو عقد حول الموضوع. و لا يبين كل ما سبق إلا توسيع وفعالية نطاق المتابعة.

* استاذ محاضر بكلية الحقوق
جامعة بجاية

الهوامش

1- أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43 مؤرخة في 20-07-2003، معدل ومتمم بموجب القانون 08-12 مؤرخ في 25 جوان 2008، ج ر عدد 36 مؤرخة في 20-07-2008.

2- لا يتعلق الأمر فقط بالمشاكل الاقتصادية للمؤسسة بل أيضا ينتج عن ذلك مشاكل اجتماعية مختلفة.

3- قانون رقم 09-03 مؤرخ في 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر عدد 15، مؤرخة في 08-03-2009.

4- إذ جاء النص تحت عنوان " الممارسات المقيدة للمنافسة"، أضف إلى ذلك، تنص المادة 14 على انه " تعتبر الممارسات المنصوص عليها في المواد 6و7و10و11و12، أعلاه ممارسات مقيدة للمنافسة".

5- نص المادة 03/1 من القانون رقم 09-03، السابق الذكر.

6- تعرف المؤسسة بموجب المادة 3/1 من الأمر رقم 03-03 على انها " كل شخص طبيعي أو معنوي أي كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة، نشاطات الانتاج أو التوزيع أو الخدمات".

7- المنتوج وفق نص المادة 3/10 من القانون 03-09 السالف الذكر، "كل سلعة أو خدمة يمكن أن يكون موضوع تنازل بمقابل أو مجانا".

8- قانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 جوان 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر عدد 41، مؤرخة في 27 جوان 2004.

9- إذ ورد نص المادة 19 تحت عنوان "الممارسات التجارية غير الشرعية"، راجع: المرجع نفسه.

10- وهو ما يتضمنه نص المواد : 3/1 و 12 من الأمر 03-03 السالف الذكر.

الضوابط القانونية والجوانب الاجرائية للعقود التوثيقية

بوسنة عمر.

مقدمة: أشارت المادة الثالثة من القانون 06/02 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق إلى ما يلي: " الموثق ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاءها هذه الصبغة". فالموثق وُجد أساساً من أجل تحرير العقود التي هي في الأصل من اختصاص السلطة العامة باعتبارها تملك الوسائل التي تضمن لها التنفيذ ولو إقتضى الأمر إستعمال الوسائل الجبرية. فالعقد كلمة بسيطة في تركيبها إلا أنها كبيرة في مدلولها ومعناها. لقد عرفت المادة 54 من الأمر رقم 75/58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم العقد بقولها "العقد إتفاق يلتزم بموجبه شخص، أو عدة أشخاص آخرين بمنح، أو فعل، أو عدم فعل شيء ما".

يتضح من خلال هذا التعريف القانوني أن العقد هو إتفاق يهدف إلى إحداث آثار قانونية. قد يكون العقد ملزما للطرفين متى تبادل المتعاقدان الإلتزام أي متى إلتزم أحدهما بمنح أو فعل شيء يعتبر معادلا لما يمنح أو يفعل له. وقد يكون العقد ملزما لشخص أو لعدة أشخاص إذا تعاقد فيه شخص نحو شخص آخر أو عدة أشخاص دون إلتزام منهم. وقد يكون العقد بعوض مثلما هو الشأن في عقد البيع وقد يكون بغير عوض كما هو الشأن في الهبات والتبرعات. هذا تعريف العقد بصفة عامة. أما تعريف العقد الرسمي وهو ما يهمنا، فقد أشارت إليه المادة 324 من القانون المدني المعدل والمتمم بقولها: "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته وإختصاصه". ونظراً لأهمية العقد الرسمي فقد أضفى عليه المشرع حصانة خاصة إذ اعتبر ما ورد في العقد التوثيقي حجة حتى يثبت تزويره. كما أن العقد الرسمي أيضا يعتبر حجة لمحتوى الإتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة وورثتهم وذوي الشأن وهذا ما أكدته المادة 324 مكرر 6 من القانون المدني المعدل والمتمم بقولها: "يعتبر العقد الرسمي حجة لمحتوى الإتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة وورثتهم وذوي الشأن". وقد نصت المادة 284 من القانون رقم 08/09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: يكون للحكم حجية العقد الرسمي مع مراعاة أحكام المادة 283 أعلاه. ويقصد بعبارة العقد الرسمي الواردة في المادة 284 بالعقد التوثيقي، وهو ما يفيد صراحة إلى أن المشرع الجزائري وضع العقد التوثيقي في نفس درجة الحكم القضائي في مجال الحجية والقوة الثبوتية والقوة التنفيذية. ويكون العقد نافذا في كامل التراب الوطني. و الضمانة القانونية التي أعطاها المشرع للعقد الرسمي الغرض منها هو صيانة المعاملات واستقرارها وإعطاء الشرعية لتصرفات المتعاملين وجعلهم يشعرون بالطمأنينة والأمان عندما يلجأون إلى إعطاء الصبغة الرسمية لتعاقداتهم كونها تتسم بعقود السلطة العامة.

> **الضمانة القانونية التي أعطاها المشرع للعقد الرسمي الغرض منها هو صيانة المعاملات واستقرارها وإعطاء الشرعية لتصرفات المتعاملين وجعلهم يشعرون بالطمأنينة والأمان عندما يلجأون إلى إعطاء الصبغة الرسمية لتعاقداتهم كونها تتسم بعقود السلطة العامة.**

لذلك نجد أن المشرع قد وضع ضوابط قانونية خاصة لهذا العقد لما يضمنه من ثقة عمومية وأمن إجتماعي وسلم إقتصادي، كما أحاطه بجملة من الشكليات والإجراءات تهدف في مجملها إلى حماية الأشخاص والحفاظ على أموالهم وممتلكاتهم في معاملاتهم اليومية. ولأن العقد أصلاً هو ترجمة صادقة لإرادة الأطراف لذلك يجب على الموثق أن يتأكد من صحة عقوده وفعاليتها وأن يتخذ الحيطة والحذر عند صياغتها لتكون معبرة بنزاهة وأمانة وإخلاص عن مقاصد وإرادة المتعاقدين، كما يتعين عليه أن يوضح لهم جميع الآثار القانونية الناجمة عن تعاقداتهم كونه يجمع بين قوة السلطة العامة التي فوضته جزء من صلاحياتها ونزاهة القاضي عند تكييف عقوده وصياغتها ووضع الآليات والأطر القانونية التي تحكمها، لأن هذه السلطة في الواقع لا تعطى إلا لمن يتميز بصفات سامية كالإخلاص في العمل و الإستقامة في السلوك وضمان الحياد والتحلي بواجب التحفظ، فالموثق مطالب أن يكون أميناً، عادلاً، شريفاً عفيفاً، كتوماً لأسرار المتعاملين، إجتماعياً إنسانياً، صبوراً، هي تلكم خصال الموثق النزيه.

هذه مقدمة كان لزاماً التعرض إليها لابراز الدور الهام والرائد الذي يقوم به الموثق والمكانة التي شرفه المشرع بها، ومن ثم يجب عليه أن يكون في مستوى المسؤولية وأن يحافظ على مصالح المتعاملين ويكتم أسرارهم وأن يقدم النصح و الإستشارات لطالبيها، عملا بأحكام المواد 12، 13، 14 من القانون 06/02 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بمهنة الموثق.

فالموثق من صميم إلتزاماته وواجباته المهنية والأخلاقية ما يلي:

- وجوب تأكده من صحة العقود الموثقة,

- ملزم بتقديم النصح للأطراف المتعاقدة قصد إنسجام إتفاقاتهم مع القوانين وضمان تنفيذها,
- بيان الآثار والإلتزامات التي يخضع لها الأطراف من خلال تلك العقود.

لذلك فإن العقد الرسمي الذي يتلقاه الموثق تحكمه جملة من الضوابط والإجراءات يمكن حصرها كالآتي:

أولا: يتميز العقد التوثيقي بشكل خاص ومقاييس محددة إذ يجب أن يكتب بالحبر الأسود الذي لا يمحى وتشمل الكتابة ثلاثة أرباع الصفحة والربع الآخر يخصص للإحالات المحتملة.

ثانيا: يحرر العقد بأسلوب قانوني واضح تغلب عليه مصطلحات دقيقة تعطي المعنى الصادق والصحيح لما يرمي إليه المتعاقدين، وقد أكدت المديرية العامة للأملاك الوطنية بوزارة المالية من خلال المذكرة رقم 688 المؤرخة في 12 فيفري 1995 بمناسبة إنعقاد اليوم الدراسي الذي جمع مسؤولي المحافظات العقارية لناحية الجزائر والموثقين التابعين للغرفة الجهوية للوسط على أن مسألة الصياغة اللغوية للعقود هي من صلاحيات واختصاص الموثق دون سواه، شريطة أن تكون واضحة وغير مبهمة فله مثلا أن يقدم أو يؤخر ذكر البناء على وعائه.

ثالثا: يجب أن يتسم العقد بالوضوح والدقة في التعبير بحيث يأتي مترجما لإرادة الأطراف بصدق ونزاهة وعدل وبدون إختصار أو نقص أي يكون وافيا ومركزا وهذا حسب مفهوم المادة 12 من القانون رقم 06/02 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق.

رابعا: يجب أن يحرر العقد باللغة العربية في نص واحد واضح تسهل قراءته وبدون اختصار أو بياض أو نقص أو كتابة بين الأسطر، وهذا إستناداً لأحكام المادة 26 من القانون 06/02 المتضمن تنظيم مهنة الموثق السالف الذكر.

خامساً: تكتب المبالغ والتواريخ المحددة لتوقيع العقد بالحروف أما التواريخ الأخرى فيجوز كتابتها بالأرقام حسب المادة 26 الفقرة الثانية من ذات القانون.

سادساً: لا يجوز أن يدرج ضمن العقد أي تحوير أو كتابة بين الأسطر أو إضافة كلمات وتعتبر الكلمات المحورة أو المكتوبة بين السطور أو المضافة باطلة وهذا إستنادا لأحكام المادة 27 من القانون 06/02 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق.

> **يجب على الموثق الذي يتلقى عقداً سواء كان بيعاً أو قسمة ....الخ، أن يتلو العقد على الأطراف ويشير إلى هذه التلاوة صراحة في صلب العقد لأنه إذا لم يفعل ذلك وقع تحت طائلة الغرامات المالية لمنصوص عليها من خلال أحكام المادة 113 من الأمر 76/105 المؤرخ في 09 ديسمبر 1976 المتضمن قانون التسجيل.**

سابعاً: يشطب على الكلمات الملغاة ولا تكون موقع شك في عددها ويصادق عليها الموثق في آخر العقد وفقا للمادة 27 الفقرة الثالثة من ذات القانون.

ثامناً: يجب أن يصادق على الإحالات في هامش العقد أو إلى أسفل الصفحات ويشير الموثق إلى عدد الكلمات المشطوبة في العقد وتقدم إلى الأطراف والشهود والمترجم عند الإقتضاء للتوقيع عليها بالأحرف الأولى يتلوها إمضاء الموثق وهذا مرجعاً للمادة 26 من القانون 06/02 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق.

تاسعاً: يجب أن يوقع العقد من قبل الأطراف والشهود عند الإقتضاء ويؤشر الموثق على ذلك في آخر العقد، أنظر المادة 324 مكرر 2 من القانون المدني المعدل والمتمم التي نصت على ما يلي: " توقع العقود الرسمية من قبل الأطراف والشهود عند الإقتضاء، ويؤشر الضابط العمومي على ذلك في آخر العقد".

فالشاهد هي كلمة مشتقة من الفعل شهد، يشهد، شهادة ومعناها مشاهدة وقائع وتصرفات جرت بين شخصين أو أكثر بمكان وزمان محددين وتشتمل الشهادة على الرؤية بالعين المجردة والسمع بما دار من حديث وإتفاق بين أطراف العقد أو أي تصرف آخر ومعرفة أسماء وألقاب والحالة المدنية للأطراف المتعاقدة ومسكنهم.

وهنا يمكن التمييز بين نوعين من الشهود شهود التعريف وشهود العدل. فمهمة شهود التعريف تنحصر أساساً في تعريف الموثق بهوية الأطراف المتعاقدة، وأن يكونا معروفين من طرف الموثق نفسه وبإمكانهم حضور جميع العقود من دون إستثناء وأن حضورهم في العقود إختياري وليس إلزامي في حين أن مهمة شهود العدل تنحصر في حضور عقود محددة على سبيل الحصر وأن وجودهم فيها إلزامي تحت طائلة البطلان، فلا يشترط معرفتهما من طرف الموثق فيستوي في ذلك أن يكونا معروفين لديه أو غير معروفين على حد سواء. وقد فسرت المديرية العامة للأملاك الوطنية (وزارة المالية) بموجب المذكرة رقم 2162 المؤرخة في 23 أفريل 2005 أحكام المادة 324 مكرر 2 السالفة الذكر وقد ميزت في هذه المسألة بين العقود التي يجب حضور الشهود فيها وبين تلك التي لا يشملها هذا الإلزام.

فالعقود التي تتلقى تحت طائلة البطلان بحضور شاهدين حسب مفهوم المادة 324 مكرر 3 هي بطبيعة الحال العقود الإحتفائية مثل الفرائض، الشهادات الموثقة بعد الوفاة، الهبات وبصفة عامة التصرفات التي تتم بدون مقابل، فهي إذن مسألة نظام عام طالما أن القانون إشترط لصحة هذا النوع من العقود يجب أن يحرر بحضور شاهدين تحت طائلة البطلان أما العقود الرسمية الأخرى كعقد البيع التبادل وبصفة عامة كل التصرفات التي تتم بمقابل فهي طبعاً لا تستلزم حضور الشاهدين.

وقد أكدت ذلك الشريعة الإسلامية والتي لا تختلف هي الأخرى عن القانون الوضعي في مسألة الشهود، فآية العقود واضحة وضوح الشمس، كما جاء في قوله سبحانه وتعالى بعد بسم الله الرحمن الرحيم: "يا أيها الذينَ آمنوا إذا تداينتم بدينٍ إلى? أجلٍ مسمىً فاكتبوهُ وليكتبْ بينكمْ كاتبٌ بالعدل ولا يأبَ كاتبٌ أنْ يكتبَ كما علمهُ اللهُ فليكتبْ وليملل الذي عليهِ الحقُّ وليتق اللهَ ربهُ ولا يبخسْ منهُ شيئاً فإنْ كانَ الذي عليهِ الحقُّ سفيهاً أو ضعيفاً أوْ لا يستطيعُ أنْ يملَّ هوَ فليملْ وليهُ بالعدل واستشهدُوا شهيدَين من رجالكمْ فإنْ لمْ يكونَا رَجلين فرَجلٌ وامرَأتان ممنْ ترْضونَ منَ الشهداء أنْ تضلَّ إحداهما فتذكرَ إحداهما الأخرى? ولا يأبَ الشهداءُ إذا ما دُعوا ولا تسئموا أنْ تكتبوهُ صغيراً أوْ كبيراً إلى? أجلهِ ذلكمْ أقسطُ عندَ اللهِ وأقومُ للشهادةِ وأدنى? ألاَّ ترتابوا إلاَّ أنْ تكونَ تجارةً حاضرةً تديرُونها بينكمْ فليسَ عليكمْ جناحٌ ألاَّ تكتبوها "ديهشَ لاَوَّ بتاكَارا ضيَ لاَوَ مْتعيَابتَ اذِإ اوُدهشَ وَإنْ تفعلوا فإنهُ فسوقٌ بكمْ واتقوا اللهَ ويعلمكمُ اللهُ واللهُ بكلِّ شيءٍ عليمٌ (282) وإنْ كنتمْ على? نَمَا ن ِإقَ ةضوبقمَ نا هرقَ ابتَاكَ اوُدجتَ مْلوِ رفسَ بعضكمْ بعضاً فليؤدِّ الذي إؤتمنَ أمانتهُ وليتق اللهَ

ربهُ وَلاَ تكتموا الشهادةَ ومنْ يكتمها فإنهُ آثمٌ قلبهُ واللهُ بما تعملونَ عليمٌ (283) ". صدق الله العظيم (الآيتين 282 و283 من سورة البقرة).

عاشراً: إذا كان من بين الأطراف أو الشهود من لا يعرف أو لا يستطيع التوقيع وجب على الموثق أن يبين ذلك ويشير إليه في آخر العقد، ويذكر تصريحاتهم في هذا الشأن ويطلب منهم بعد ذلك وضع بصماتهم ما لم يكن هناك مانع قاهر، فالموثق ملزم بالإشارة إلى ذلك في نهاية العقد ويكتفي بتوقيع الشهود وأطراف العقد.

إحدى عشر: يجب على الموثق الذي يتلقى عقداً سواء كان بيعاً أو قسمة ....الخ، أن يتلو العقد على الأطراف ويشير إلى هذه التلاوة صراحة في صلب العقد لأنه إذا لم يفعل ذلك وقع تحت طائلة الغرامات المالية المنصوص عليها من خلال أحكام المادة 113 من الأمر 76/105 المؤرخ في 09 ديسمبر 1976 المتضمن قانون التسجيل. على ضوء هذه الضوابط يمكننا صياغة العقد المزمع تحريره وفقا لما يأتي بيانه، لأن الموثق بإعتباره مهني العقود هو في الأساس رجل فني وتقني في القانون يجسد إرادة الأطراف ويترجمها بصدق وأمانة.

يستهل العقد بعد البسملة باسم ولقب الموثق الذي يتولى تحريره ومكان ومقر تواجد المكتب العمومي للتوثيق أي دائرة إختصاص المحكمة التابع لها. وقد يتساءل البعض من الزملاء أو من المتصفحين لهذه النشرة حول شرعية ومشروعية البسملة في العقد التوثيقي وهل تكتب قبل أم بعد عبارة " الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية "، وما هو الأثر القانوني على شكل العقد؟ فهنا المسألة شرعية أكثر منها مشروعية فعدم كتابتها في مستهل العقد لا يؤثر في شكله لأن القانون لم يوجب كتابتها لا صراحة ولا ضمنيا إلا أنه يستحب شرعاً أن يستهل العقد بها. وما دام أن الموثق بوصفه ضابط عمومي معين من قبل السلطة العمومية بقرار من معالي السيد وزير العدل حافظ الأختام، حامل لختم الدولة يتوسط ختمه شعار الدولة الجزائرية وهو رمز من رموز السيادة الوطنية، فهذا لدليل على مدى أهمية أن يستهل الموثق العقد بالجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية بالإضافة إلى:

- أن الموثق يحرر العقود الرسمية طبقا لأحكام المادة 324 من القانون المدني المعدل والمتمم أي في ظل النصوص التشريعية والتنظيمية للجمهورية الجزائرية،
- وأن عبارة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية تعني في نظر القانون الدولي الخاص الإنتساب إلى الدولة التي أبرم العقد في ظل قوانينها وبالتالي يسهل الرجوع إلى القانون الواجب التطبيق في حالة تنازع القوانين. تعيين الأطراف:

أولا/ بالنسبة للأشخاص الطبيعية:

- إسم ولقب وصفة وموطن وتاريخ ومكان ولادة الأطراف وجنسيتهم، رقم شهادة ميلادهم حسب مفهوم المادة 29 من القانون 06/02 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق وكذا المادة 17 من قانون المالية لسنة 2005. ذكر الهوية الكاملة لأطراف العقد وهنا يستوقفنا تساؤل مفاده هل الإشارة إلى إسم الأب ولقب وإسم الأم يدخل ضمن هوية الأطراف؟ هل الإشارة إلى الجنسية يعد أمراً إلزامياً، ولماذا؟ وهل الإشارة إلى بطاقة الهوية ورقمها وتاريخ صدورها يدخل كذلك ضمن هوية الأطراف؟ ان إضافة إسم ولقب الأم والأب عند الإقتضاء أمر مستحب لا يكلف الموثق أي عناء عند الإشارة إليهما فالزيادة في معلومات الأطراف أمر مرغوب فيه. كما أن الإستعانة ببطاقة الهوية أمر ضروري كذلك لما يتسم به المجتمع من تناقضات وبالتالي من المستحسن الإشارة إليها مع أن قانون تنظيم مهنة الموثق السابق الإشارة إليه لم ينص عليها إلا أننا برجوعنا إلى المادة 138 من قانون التسجيل السابق الإشارة إليه نجدها تشير إلى الجنسية بالإضافة إلى بطاقة التعريف الوطنية التي تعتبر من البيانات الواجب ذكرها لأن إغفال مثل هذه المعلومات تعرض العقد إلى رفض إجراء التسجيل من طرف الإدارة الجبائية.

ثانيا/ بالنسبة للأشخاص الإعتبارية- المعنوية:

- فيما يخص الشركات: شكلها القانوني سواءً أكانت شركات تجارية أو مدنية، إسم الشركة مقرها الإجتماعي، رأسمالها، مراجع السند المنشئ لها (القانون الأساسي)، مدتها، مراجع قيدها في السجل التجاري بالنسبة للشركات التجارية، مراجع الإشهار لدى الجهات المختصة بالنسبة للشركات المدنية.
- فيما يخص الجمعيات: تسميتها، مقرها، مراجع السند المنشئ لها ومكان تصريحها.
- فيما يخص النقابات: مقرها وتاريخ ومكان إيداع قوانينها الأساسية.

كما يجدر التنويه إلى أنه بالنسبة للجنسية يجب إدراجها في عنصر تعيين الأطراف لمعرفة ما إذا كان يحق للمتعامل التعاقد أم لا، لأن الشخص الإعتباري أو الطبيعي من جنسية أجنبية ملزم بإحضار الرخصة الإدارية بمناسبة كل عملية تدخل في إطار أحكام المرسوم رقم 83/344 المؤرخ في 21 ماي 1983 المتعلق بحرية المعاملات باستثناء الحالات المعفاة من إجراء الحصول على الرخصة الإدارية بموجب نصوص خاصة سيما النصوص المتعلقة بالإستثمار. وقد أشارت المادة 17 من القانون رقم 04/21 المؤرخ في 29 ديسمبر 2004 المتضمن قانون المالية لسنة 2005 إلى مايلي: المادة 17: تحدث ضمن قانون التسجيل مادة 15 مكرر تحرر كما يأتي:

"المادة 15 مكرر: يجب أن تكون العقود الموثقة وغير القضائية مفصلة وتشتمل على المعلومات الضرورية لكي تتمكن الإدارة من التدقيق في مدى صحتها والتأكد من أن كل الحقوق المستحقة للخزينة قد تم سدادها من المكلفين بأدائها. و يجب أن تبين، زيادة على الحالة المدنية، رقم شهادة الميلاد المسجل في السجل الخاص لبلدية الأطراف المعنيين أو رقم التعريف الإحصائي لكل شخص مسجل في الفهرس الوطني للأعوان الإقتصاديين والإجتماعيين. وفي حالة عدم توفر ذلك، يرفض الإجراء". و تفيد هذه المادة صراحة إلى أن المشرع أمر برفض إجراء تسجيل العقود التوثيقية التي لا تشتمل على الحالة المدنية للأطراف ورقم شهادة الميلاد الصادرة عن السجل الخاص لبلدية أطراف العقد، أو رقم التعريف الإحصائي لكل شخص مسجل في الفهرس الوطني للأعوان الإقتصاديين والإجتماعيين.

- إسم ولقب وموطن المترجم عند الإقتضاء.

إذا تم إبرام العقد عن طريق الوكالة يتعين على الموثق أن يشير إلى ذلك، وإلى الوكالات التي تمت المصادقة عليها من قبل الأطراف بصورة قانونية وأن يبقيها ملحقة بأصل العقد للرجوع إليها عند الإقتضاء

- الإشارة إلى المكان والسنة والشهر واليوم الذي أبرم فيه العقد والمقصود بالمكان هنا هو مكان إنعقاد العقد لأن الموثق كما تعلمون بإمكانه التنقل في حالات إستثنائية خارج مكتبه من أجل تلقي العقود لذلك يجب عليه أن يشير إلى ذلك في العقد. ولأن الموثق كأصل عام يتلقى العقود بمقر مكتبه، إذ ليس في ذلك إحراج للموثق على الإطلاق طالما أنه تلقى عقدا إستوفى الشروط القانونية والشكلية، فالمطلوب منه هو أن يكون صادقا وأمينا وعادلا وحياديا عند تحرير العقود. حيث يكتفي بذكر الأسباب الموضوعية التي دعته إلى التنقل خارج مقر عمله من أجل توقيع العقد مع الحرص على شرف المهنة وكرامتها والإلتزام بصفات الموثق النزيه والحريص على القيام بمهامه بكل إخلاص وإتقان (المادة 23 من القانون الداخلي للغرفة الوطنية للموثقين).

- إذا تم إبرام العقد عن طريق الوكالة يتعين على الموثق أن يشير إلى ذلك، وإلى الوكالات التي تمت المصادقة عليها من قبل الأطراف بصورة قانونية وأن يبقيها ملحقة بأصل العقد للرجوع إليها عند الإقتضاء حسب مفهوم المادة 29 من القانون 06/02 السالف الذكر، غير أن الإشارة إلى الوكالة لا تكفي بل يجب على الموثق التأكد من صلاحيتها ويتحقق من صيغتها ويدقق في ألفاظها ومعانيها. وإذا كان التصرف المراد إبرامه يقتضي شكلاً خاصاً، وجب تحرير الوكالة حسب الشكل الواجب توافره في العمل القانوني بمعنى أنه لا بد من إستظهار وكالة خاصة في كل عمل لا يدخل ضمن أعمال الإدارة مثل البيع والرهن والهبة والقسمة والمبادلة،...إلخ، وهذا ما أشارت إليه المواد 571، 572، 573 و574 من القانون المدني المعدل والمتمم. - التأكد من الأهلية القانونية للتعاقد والتي حددتها المادة 40 من القانون المدني المعدل والمتمم بتسعة عشرة سنة كاملة فكل من بلغ سن الرشد متمتعاً بكامل قواه العقلية ولم يحجز عليه يكون متمتعاً بكامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

- يجب أن تكون عبارات العقد واضحة حتى لا يجوز الإنحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين وهذا ما أشارت إليه المادة 111 من القانون المدني المعدل والمتمم.

- التعرض إلى التعيين الدقيق الكامل للشيء المراد التصرف فيه بصفة نافية للجهالة بالبيع أو الإيجار أو القسمة أو المبادلة أو الهبة....، و أن يشير الموثق إلى أنّ الشخص أو المتعاقد الذي تنتقل إليه ملكية ذلك الشيء أنه عالما به علما كافيا ويذكر أنه تعرف عليه وأدرك أوصافه الأساسية وموقعه وحدوده ويدون الموثق ذلك في العقد وهذا ما أوردته المادة 352 من القانون المدني المعدل والمتمم.

- سرد أصل ملكية الشيء المبيع أو الموهوب أو محل المعاملة أو التصرف ومصدره وتاريخ إكتسابه سواء بالشراء أو بالبيع أو بالميراث إلى غير ذلك من وسائل إكتساب الملكية طبقا لأحكام المادة 88 من المرسوم 76/63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

- ولأن الموثق ملزم بأن يبين في العقود الناقلة للملكية العقارية أو المعلنة عنها طبيعتها وأسماء المالكين السابقين وعند الإمكان صفة وتاريخ التحويلات المتعاقبة أو المتتالية وهذا ما نصت عليه المادة 324 مكرر 4 من القانون المدني.

- ذكر الثمن الذي وقع الإتفاق عليه، وطريقة التسديد إن كان مؤجلا أو يدفع على أقساط ويشير إلى كيفية الدفع وطريقة الإيداع، هل تم إيداع النصف المصرح به وهذا ما أكدته المادة 11 من قانون المالية التكميلي لسنة 2010 المعدلة للمادة 256 من قانون التسجيل.

- التعرض إلى الشروط والالتزامات التي يتفق عليها الأطراف ونبدأ في حالة عقد البيع على سبيل المثال بسرد إلتزامات البائع كما رتبها القانون المدني في مواده من 387 إلى 396 منه. ثم إلتزامات المشتري كما أوردها المشرع في المواد من 387 إلى 396 من القانون المدني المعدل والمتمم.

- تلاوة الموثق للقوانين والنصوص الجبائية والتشريع الخاص المعمول به إستناداً للقانون رقم 06/02 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق سيما المادة 29 منه. و لا يكتفي الموثق بسرد هذه القوانين بل يتطلب منه شرحها وتبسيطها وتبليغ فهمها للأطراف المتعاقدة حتى يكونوا على بينة منها، كما يوضح لهم جميع الآثار الناجمة عن مخالفتها. كما يبين لهم الإحتياطات والوسائل التي يمنحها لهم القانون لضمان تنفيذ تعاقداتهم.

- ينبغي على الموثق أن يكون على علم بالقوانين التي تحكم مهنته وأن يسهر على تطبيق أحكامها وهذا ما أشارت إليه المادة 04 من النظام الداخلي للغرفة الجهوية للموثقين وكذلك المادة 136 من الأمر رقم 76/105 المؤرخ في 09 ديسمبر 1976 المتضمن قانون التسجيل التي تحث على أهمية هذه التلاوة وذكرها صراحة في العقد من طرف الموثق.

* موثق لدى إختصاص محكمة عين ولمان

المراجع

- الأمر رقم 75/58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
- الأمر رقم 76/105 المؤرخ في 09 ديسمبر 1976 المتضمن قانون التسجيل المعدل والمتمم.
- القانون رقم 04/21 المؤرخ في 29 ديسمبر 2004 المتضمن قانون المالية لسنة 2005.
- القانون رقم 06/02 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بتنظيم مهنة الموثق. - القانون رقم 08/09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- قانون المالية التكميلي لسنة 2010.
- المرسوم رقم 76/63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.
- المرسوم رقم 83/344 المؤرخ في 21 ماي 1983 المتعلق بحرية المعاملات.
- القانون الداخلي للغرفة الوطنية للموثقين.
- النظام الداخلي للغرفة الجهوية للموثقين.
- المذكرة رقم 688 المؤرخة في 12 فيفري 1995 الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية بوزارة المالية.
- المذكرة رقم 2162 المؤرخة في 23 أفريل 2005 الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية بوزارة المالية.
- مجلة الموثق.

ملاحظات على بعض مواد قانون الاجراءات المدنية و الادارية

مهملي ميلود *

المادة 08 : أوجبت على المتقاضي تقديم الوثائق باللغة العربية أو مصحوبة بترجمة رسمية إلى هذه اللغة تحت طائلة عدم القبول و هذا النص في غير محله للاعتبارات التالية :

- من غير المعقول أن تحرر معظم الإدارات والهيئات المختلفة الوثائق باللغة الفرنسية ويشترط ترجمتها للغة العربية عند اللجوء لممارسة حق التقاضي.
- أن هذا الشرط يكلف المتقاضي مصاريف كبيرة جدا هو في غنى عنها.
- أن عدم وجود العدد الكافي للمترجمين مما أدى إلى تعطيل سير الخصومات بسبب بطء إجراءات الترجمة وفي حالات معينة لا تسمح الجهات القاضية بتمديد الآجال إلى غاية إعداد الترجمة الرسمية.
- انه في حالة وجود حالة استعجاليه قصوى يكون من المتعذر التصدي لها على وجه الاستعجال بحيث تفوت الحالة بسبب التباطؤ في ترجمة الوثائق والمستندات وللأسباب المذكورة وجب إعادة النظر في هذا الشرط وترك السلطة التقديرية للجهة القضائية لتقدير مدى الحاجة لترجمة الوثيقة المقدمة من احد أطراف الدعوى

.

المادة 17: أوجبت في فقرتها الثالثة على ضرورة شهر عريضة افتتاح الدعوى إذا تعلقت بعقار أو حق عيني عقاري مشهر طبقا للقانون تحت طائلة عدم قبول الدعوى شكلا، وهذا النص ورد عاما ومطلقا بما يفهم منه شهر كل الدعاوى المتعلقة بعقار أو حق عيني عقاري، علما وان المادة 519 ق ا م ا التي وردت تحت عنوان صلاحيات القسم العقاري أوجبت وفقط شهر دعاوى الفسخ أو الإبطال و التعديل أو نقض حقوق قائمة على عقود تم شهرها، وانه كان الأولى بالمشرع أن يجعل الفقرة 02 من المادة 517 ضمن المادة 17 رفعا لكل لبس بخصوص الدعاوى الواجب شهرها من جهة ، وحتى يكون هذا الشرط تحت باب الأحكام المشتركة ليشمل الدعاوى المدنية والإدارية في آن واحد .

المادتان 18 - 19 : بالرجوع للمادة 18 تضمنت فكرة التكليف بالحضور وحددت بياناته، و أما المادة 19 تضمنت محضر تسليم التكليف بالحضور وبنفس البيانات تقريبا، وبذلك أصبح المحضر القضائي عند إعلان الدعوى للخصم يحرر محضرين بدلا من محضر واحد وهذا ما أدى إلى مضاعفة مصاريف التبليغ التي أثقلت كاهل المتقاضي وجعلته عاجزا عن ممارسة حقه في التقاضي، خاصة في دعاوى إنهاء حالة الشيوع أين يتعدد المدعى عليهم ولذلك لا يوجد ما يبرر تحرير محضرين، علما وان محضر التكليف بالحضور هو في أصله يمثل طريقة استثنائية لرفع الدعوى في بعض التقنينات، ولما كان المشرع حدد طريقة واحدة لرفع الدعوى بموجب عريضة مكتوبة تودع بأمانة الضبط حسب المادة 14 ق ا م ا فانه لم يبقى ثمة سوى شرط إعلان هذه العريضة للخصم بمحضر تبليغ واحد.

المواد 21 - 22 - 23 - 70: المواد المذكورة أوجبت على الخصوم تبليغ الأوراق والسندات والوثائق سواء أثناء الجلسة أو عن طريق أمانة الضبط بعد التأشير عليها وقبل إيداعها بملف القضية تحت طائلة الرفض، إن هذا الإجراء أدى إلى التباطؤ في سير القضايا بسبب عدم إبلاغ الوثائق في وقت غير ملائم قبل الجلسة بيوم أو يومين بحيث يتعذر على الخصم الآخر إبداء أوجه دفاعه ويضطر لطلب التأجيل، وقد لا يمنح الأجل ويؤدي ذلك إلى حرمان المتقاضي من إبداء أوجه دفاعه، ثم انه يلاحظ اختلاف في التعامل مع النصوص المذكورة من جهة قضائية لأخرى بل حتى بين أقسام المحكمة ذاتها، والأكثر من ذلك أصبح هذا الإجراء يتطلب وقتا على حساب المتقاضي أو وكيله من خلال تردده على أمانة الضبط بهدف الإيداع أو الاستلام للوثائق ولذلك يستحسن إعادة النظر في هذا الإجراء ليكون إبلاغ هذه الوثائق بالجلسة وتحت رقابة الجهة القضائية.

المادة 32 : جعلت المادة 32 ق ا م ا منازعات الملكية الفكرية من اختصاص الأقطاب المتخصصة على مستوى بعض المحاكم، غير أن المادة 40 فقرة 04 جعلت الاختصاص في هذه المنازعات لمحكمة مقر المجلس وهنا يطرح إشكالا حول الجهة المختصة في حالة وجود نزاع من هذا القبيل إذا لم يكن ثمة قطب متخصص على مستوى محكمة مقر المجلس.

المادة 33: قررت بأنه تفصل المحكمة بحكم في أول وآخر درجة في الدعاوى التي لا تتجاوز قيمتها 200.000 دج، والملفت للانتباه انه لا يثور أي إشكال إذا كان موضوع الدعوى يتعلق بطلب مبلغ مالي أين تكون قيمة الدعوى معروفة، لكنه يطرح الإشكال بخصوص تقدير قيمتها إذا كان موضوع الدعوى يتعلق بطلب ملكية عقارية أو حق ارتفاق أو إبطال عقد ... الخ، ومن ثمة وجب على المشرع التدخل لوضع القواعد الخاصة بتقدير قيمة الدعوى لسد هذا الفراغ على نحو ما أخذ به قانون المرافعات المصري.

المادة 73 : هذه المادة خولت للقاضي صلاحية الأمر بإحضار أية وثيقة موجودة بحوزة الغير الذي لم يكن طرفا في الخصومة وهذا الإجراء يمثل خرقا لمبدأ أساسي من مبادئ التقاضي وهو مبدأ الوجاهية الذي نصت عليه المادة 3 فقرة 03 ق ا م ا وعلة ذلك أنه قد يخوض طرفين خصومة شكلية بهدف الاطلاع على وثيقة بحوزة الغير مستهدفين من ذلك الاطلاع على إسراره

الخاصة المتعلقة بتقنيات الصنع أو الكشف عن مركزه المالي أو غيرها من الأهداف، وبالتالي وجب احترام هذا الغير بإدخاله في الخصومة لأداء أوجه دفاعه أولا بهذا الشأن وذلك كله مراعاة لمبدأ الوجاهية.

المادة 145/02: نصت على انه لا يمكن أن تشكل المناقشات المتعلقة بعناصر الخبرة أسبابا لاستئناف الحكم أو الطعن فيه بالنقض إذا لم تكن قد أثيرت مسبقا أمام الجهة القضائية التي فصلت في نتائج الخبرة. وهذا يعني وان الخصم الذي لا يبدي ملاحظة أو عيبا معينا إزاء الخبرة أمام المحكمة الابتدائية لا يحوز له يتخذ من تلك العيوب أسبابا لتبرير الاستئناف وهذا أمر غير معقول للاعتبارات التالية:

- أن التمثيل بالمحامي على مستوى المحكمة أمر جوازي والمتقاضي قد لا يتفطن لإثارة عيوب جوهرية تمس الخبرة.
- أن ما أورده القانون بهذا الخصوص يعني إهدار لمبدأ أساسي وهو مبدأ التقاضي على درجتين المنصوص عليه بالمادة 06 ق ا م والذي غايته تمكين الخصوم تقديم ما فاتهم من أدلة و دفوع في الدعوى، ثم انه يطرح تساءل جوهري بالنسبة للمتقاضي الذي صدر الحكم في غيبته وفوت على نفسه الطعن بالمعارضة ولم يبقى له إلا الطعن بالاستئناف ولم يسبق له مناقشة الخبرة أمام المحكمة التي فصلت في نتائج الخبرة .

المواد من 150 إلى 163: تضمنت هذه المواد إجراءات سماع الشهود ولم تتعرض إطلاقا إلى دور المحامي في حق توجيه الأسئلة للشهود عن طريق القاضي وهذا ما يفسر من طرف بعض الجهات القضائية على عدم أحقية المحامي في توجيه الأسئلة للشاهد والتي قد تكون مهمة لإظهار الحقيقة ولذلك وجب إضافة نص يقرر حق المتقاضي أو محاميه في توجيه الأسئلة للشهود.

المادتان 190 - 192: المادة 190 ق ا م ا قررت بان القاضي هو من يحدد الخصم الذي يؤدي اليمين بما يعني وان الأمر يتعلق بيمين متممة طبقا لنص المادة 348 قانون مدني وهي لا تقبل الرد بصراحة المادة 349 قانون مدني، غير أن المادة 192 أضافت بان الخصم الذي يمتنع عن أداء اليمين التي وجهت إليه دون ردها سقط ادعاؤه، وكما هو معلوم أن رد اليمين لا يكون إلا بصدد اليمين الحاسمة والتي يطلبها الخصم في مواجهة خصمه ولا توجه من القاضي وهذا كما هو منصوص عليه بالمادة 343 قانون مدني. وهنا بالذات يبدوا واضحا خلط قانون الإجراءات المدنية والإدارية بين نوعي اليمين ويجب إعادة النظر في المادتين المذكورتين بما ينسجم مع خصائص كل يمين وحتى يتحقق الانسجام مع قواعد القانون المدني.

المادة 208: أجازت للقاضي في حالة عدم وجود ارتباط بين الطلبات المرفوعة بدعوى واحدة فصل الخصومة لخصومتين أو أكثر وهنا بالذات يطرح التساؤل فيما إذا كانت تؤدي رسوم أخرى للدعاوى المفصولة أم لا؟ وفيما إذا كان يعاد التكليف بالحضور بشان الخصومات المفصولة أم أن الأمر خلاف ذلك؟

المادة 312: هذه المادة وردت في باب الأوامر على العرائض وقررت بأنه في حالة عدم الاستجابة إلى الطلب يمكن الرجوع إلى القاضي الذي اصدر الأمر للتراجع عنه أو تعديله، وفي حالة عدم الاستجابة إلى الطلب يكون الأمر بالرفض قابلا للاستئناف أمام رئيس المجلس القاضي في اجل 15 يوما من تاريخ صدوره، والقانون لم يبين بهذا الخصوص كيفية مباشرة الاستئناف أمام رئيس المجلس القضائي فيما إذا كان ذلك يباشر مجرد طلب بسيط أم بموجب عريضة استئناف تقيد بأمانة ضبط المجلس المجلس وتؤدي عنها رسوما وتبلغ للخصم أم أن الأمر خلاف ذلك.

المادة 314: قررت هذه المادة عدم قابلية أي حكم كان للطعن بعد مرور سنتين من صدوره ولو لم يتم تبليغه رسميا وهذا الموقف ينطوي على خطورة كبيرة جدا تؤدي إلى ضياع حقوق المحكوم عليه في حالة الغش عند اختيار رافع الدعوى عنوانا وهميا لخصمه واستصدار حكما ضده ثم ينتظر انقضاء مهلة السنتين ويبادر بعدها بوضع الحكم موضع التنفيذ.

المادة 326: وضعت قاعدة تخص مؤداها عدم جواز الطعن في الأحكام الفاصلة في الاعتراض على النفاذ المعجل وهذا ما يعني حرمان المتقاضي من ممارسة حق الطعن حتى في حالة الخطأ باعتبار القاضي غير معصوم من الخطأ.

المادة 367: أوجبت إعادة السير في الدعوى بعد النقض أمام جهات الإحالة خلال شهرين من تاريخ التبليغ الرسمي لقرار المحكمة العليا للخصم شخصيا ويمدد الأجل إلى 03 أشهر عندما يتم التبليغ الرسمي إلى الموطن الحقيقي أو المختار تحت طائلة عدم القبول، وقررت بأنه يترتب على عدم إعادة السير في الدعوى أمام جهة الإحالة في الآجال إضفاء قوة الشيء المقضي به للحكم الصادر في أول درجة عندما يكون القرار المنقوض قضى بإلغاء الحكم المستأنف، وهذا النص لا يوضح حالة ما إذا كان القرار المنقوض يقضي بتأييد الحكم المستأنف بدلا من إلغائه، ثم ما هو الموقف إذا كان النقض يتعلق بحكم صادر عن المحكمة عند فصلها في النزاع كأول وآخر درجة.

المادة 368: نصت على انه لا تقبل الأوجه الرامية لعدم قبول الاستئناف إذا لم يثرها الخصم الذي قدم طلباته في الموضوع أمام الجهة القضائية التي أصدرت الحكم أو القرار المنقوض وهذا النص يتناقض مع الأحكام الخاصة للدفع بعدم القبول باعتبار المادة 68 نصت على انه يمكن للخصم تقديم الدفع بعدم القبول في أيه مرحلة كانت عليها الدعوى ولو بعد تقديم دفوع في الموضوع، ثم أضافت المادة 69 ق ا م بأنه يجب على القاضي أن يثير تلقائيا الدفع بعدم القبول إذا كان من النظام العام لا سيما عند عدم احترام آجال طرق الطعن أو غياب طرق الطعن.

المادة 433: نصت على أن أحكام الطلاق بالتراضي غير قابلة للاستئناف وكأن باقي حالات الطلاق الأخرى تقبل الطعن بالاستئناف رغم أن كل أحكام الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف وبصراحة المادة 57 قانون أسرة وبالتالي فان ها النص لا مبرر لوجوده أصلا.

المادة 504: حددت ميعاد سقوط الدعوى أمام القسم الاجتماعي بـ 06 أشهر تبدأ من تاريخ تسليم محضر عدم الصلح وقد أحسن المشرع صنعا في ما ذهب إليه من أجل استقرار المراكز القانونية في مدة قصيرة من الزمن، لكن يعاب على النص تحديد بداية ميعاد سقوط الدعوى لما اعتبر بدايته من تاريخ تسليم محضر عدم الصلح، وكان عليه أن يبحث على إيجاد قاعدة أخرى تكون أكثر إلماما بالواقع لأنه وعلى سبيل

المثال إذا تعرض عاملين للطرد في يوم واحد ومن قبل المؤسسة المستخدمة ذاتها وبادر أحدهما برفع الأمر لمكتب المصالحة واستلم محضر عدم الصلح بدأ ميعاد السقوط يسري في حقه، في حين تراخى العامل الآخر لمدة 10 سنوات ثم بادر بإجراء اللجوء لمكتب المصالحة، فإنه لا يبدأ ميعاد السقوط بالنسبة إليه إلا بعد 10 سنوات المنقضية، وهذا حتما يؤدي إلى نتيجة مفادها إقرار الحماية للشخص المهمل أو المتقاعس أكثر من تلك التي تقررت لمن كان أكثر جدية في سعيه لاستلام محضر عدم الصلح على وجه السرعة، ثم أن المواعيد هي مسألة تخص النظام العام وتخضع للقانون ولا تترك لمحض إرادة الأشخاص لتحديد تاريخ بدء سريانها. **المواد 538 - 558 - 827 - 905 :** قررت إعفاء الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية من التمثيل الوجوبي بمحامي، والملاحظ عمليا وان هذه الجهات الإدارية كثيرا ما تتكبد تعويضات كبيرة جدا لسبب عدم الدفاع عن مصالحها من رجل متخصص ألا وهو المحامي، ولذلك وجب إعادة النظر في هذه المادة وذلك بان لا تعفى الإدارة من التمثيل بمحامي أمام المجلس القضائي والمحكمة العليا وأمام المحكمة الإدارية ومجلس الدولة شأنها شأن الأفراد العاديين وهذا حفاظا على المال العام بالدرجة الأولى.

المادة 542/02: قررت بمناسبة الطعن بالاستئناف على انه في حالة عدم قيام المستأنف بإحضار محاضر التبليغ الرسمي والوثائق المدعمة للاستئناف رغم منحه أجلا لذلك دون مبرر مقبول تشطب القضية بأمر غير قابل للطعن و يترتب على الشطب إزالة الأثر الموقف للاستئناف ما لم يعاد تسجيل القضية في الجدول خلال آجال الاستئناف المتبقية، والتساؤل الذي يطرح إزاء هذا النص ما المقصود بآجال الاستئناف المتبقية؟ فإذا كانت تعني تلك المدة بعد تسجيل الاستئناف، فان هذه الفرضية غير واردة بالنظر لطول المدة التي تجدول فيها القضية أمام جهة الاستئناف ثم سيرها في الجدول والفصل فيها أين يستنفذ الأجل كلية أم أن المقصود بالمدة المتبقية يعني انه بتسجيل الاستئناف يتوقف الميعاد ولا يستأنف حساب المدة المتبقية التي تضاف للمدة السابقة إلا بعد صدور أمر الشطب.

المادة 580 : نصت هذه المادة على انه تتوقف الخصومة في القضايا التي لم توضع في المداولة في حالة وفاة احد الخصوم ووفاة أو استقالة أو توقيف أو شطب أو تنحية المحامي، وهذا النص تضمن خطا عندما ذكر كلمة تتوقف والصحيح هو تنقطع، باعتبار تلك الحالات هي حالات انقطاع الخصومة وليس بحالات توقف الخصومة وان النص الفرنسي كان أكثر دقة من النص العربي.

المادة 634 : قررت هذه المادة في فقرتها الثالثة على أنها في حالة رفض طلب وقف التنفيذ يحكم القاضي بغرامة مدنية لا تقل عن 30.000 دج دون المساس بالتعويضات المدنية التي يمكن منحها للمدعى عليه وهذا النص تبدي بشأنه الملاحظات التالية:

1 - أنها رتبت جزاءا يتسم بالشدة عند الرفض وهو الأمر الذي يجعل المتقاضي لا يقدم على ممارسة حقه في التقاضي خوفا من هذا الجزاء وهذا يمثل إبعادا للمتقاضي عن العدالة.

2- ورد بالنص أن الغرامة لا تقل عن 30.000دج دون تحديد للحد الأقصى وكان الأجدر بالمشرع أن يضع حدا أقصى تفاديا لكل تعسف من القاضي خاصة وأن هذا الأمر لا يقبل أي طعن طبقا لنص المادة 633 ق ا م ا. 3- كيف يمكن تحصيل الغرامة المحكوم بها لفائدة الخزينة والنيابة العامة ليست طرفا في هذه الدعوى لمتابعة تنفيذ الأوامر الصادرة بهذا الشأن.

المادة 766 : هذه المادة تجيز الحجر على عقارات المدين غير المشهرة إذا كان لها مقرر إداري أو سند عرفي ثابت بتاريخ وفقا لأحكام القانون المدني وإذا كان الأمر كذلك وآلت الإجراءات لبيع العقار بالمزاد العلني كيف يمكن شهر حكم رسو المزاد طالما أن هذا العقار لم يكن محل شهر سابق خاصة وان المادة 88 من المرسوم رقم 76 - 63 المعدل والمتمم المتعلق بتأسيس السجل العقاري نصت على انه " لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في محافظة عقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارن للعقد أو القرار القضائي .. ".

المادة 801 : نصت على انه تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في دعاوى إلغاء القرارات الإدارية و الدعاوى التفسيرية ودعاوى فحص المشروعية للقرارات الصادرة عن البلدية والمصالح الإدارية الأخرى للبلدية....وان فقهاء القانون الإداري لم يستوعبوا معنى المصالح الإدارية الأخرى للبلدية، خاصة وان المادة لا تذكر المؤسسات الإدارية وإنما المصالح فما المقصود من هذه المصالح يا ترى؟ انه يتعين على المشرع التدخل لرفع هذا اللبس.

المواد 949 إلى 952: يلاحظ وان المشرع تطرق للطعن بالاستئناف ثم الطعن بالمعارضة في المواد 953 إلى 955 ومن الناحية المنهجية للتبويب كان عليه أن يستعرض هذين الطعنين بصورة عكسية ليكون الطعن بالمعارضة أولا والطعن بالاستئناف.

* محام بمنظمة سطيف

من إجتهادات المحكمة العليا

غرفة الجنح والمخالفات القسم الثاني

رقم الملف: 471038، **رقم الفهرس:** 10454/10

قرار بتاريخ 29/04/2010.

قضية (ن - ع)، ضد النيابة العامة.

المبـــدأ:

معارضة المحامي في القرار الجزائي.
من المقرر قانونا انه طبقا للمادة 4 من القانون 91-04 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة فإن المحامي مخول قانونا للقيام بجميع الطعون دون استثناء ومن ثمة فان القرار الجزائي القاضي بعدم قبول المعارضة شكلا بدعوى تسجيلها من طرف محامي خرق القانون وأن قضاة الموضوع تجاوزوا سلطتهم مما يستوجب النقض والبطلان.

وعليه فإن المحكمة العليا:

عن الوجهين الأول والثالث معا:

حيث أن المحامي يملك بحكم المادة 4 فقرة 3 من القانون 91-04 المؤرخ في: 08/01/1991، يتضمن تنظيم مهنة المحاماة توكيلا قانونيا ليقوم بكل طعن ولا يوجد في القانون أي نص يستثني من هذه القاعدة الطعن بالمعارضة،

حيث أن المدعي في الطعن بالنقض كان صدر ضده حكم غيابي بتاريخ: 23/10/2005، عن محكمة رأس الوادي بغرامة 5000.00 دج نافذة من أجل البناء بدون رخصة طبقا للمادة 77 من القانون 90-29 المؤرخ في اول ديسمبر 1990 المتعلق بالتهيئة والتعمير وأقم معارضة ضد هذا الحكم وبتاريخ 22/01/2006، صدر حكم المحكمة باعتبار المعارضة كأن لم تكن بعد استئناف المتهم لهذا الحكم صدر القرار المطعون فيه بإلغاء الحكم المستأنف و القضاء من جديد بعدم قبول المعارضة استنادا إلى تسجيلها من طرف محامي المتهم.

حيث أن القرار المطعون فيه أسس قضائه أن قانون الإجراءات الجزائية لا يخول لمحامي المتهم المحكوم عليه غيابيا رفع المعارضة نيابة عنه.

لكن حيث أن ما توصل إليه المجلس من قضاء يخالف القاعدة والنص المذكورين عليهما اعلاه ويشكل تجاوزا للسلطة.

لهذه الأسباب...نقض و إحالة..

الغرفة العقارية

ملف رقم 239797 **قرار بتاريخ** 19/02/2003

قضية (د-م) ضد (ع-ع) ومن معه

الموضوع: حيازة - حماية الحيازة - أملاك وطنية خاصة.

قانون رقم: 90-25

قانون رقم: 95-26: المادة: 13

المبـــدأ:

لا يحـــول إدراج أرض العرش ضمن الأملاك الخاصة للدولة، طبقا لنص المادة 13 من الأمر 95-26 المعدل والمتمم للقانون 90-25 المتضمن قانون التوجيه العقاري، دون إقامة حائزها دعوى منع التعرض، في مواجهة الغير.

...وعليه فإن المحكمة العليا:

حول الوجه الثالث مباشرة بفرعيه والمأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون دون الحاجة إلى مناقشة باقي الأوجه:

حيث فعلا وبالرجوع إلى الإجراءات المتبعة في الدعوى وإلى القرار المطعون فيه والحكم المؤيد بموجبه، فإن الطاعن أقام منع التعرض للحيازة، مستندا صراحة إلى أحكام المادتين 820 من القانون المدني و 413 من قانون الإجراءات المدنية، واستظهر بعقد شراء عرفي مؤرخ في: 14/02/1983، على وجه تبيان موجب حيازته، إلا أن قضاة الموضوع، بدل التصدي للدعوى على أنها دعوى حيازة، ومدى توفر شروط إقامتها، ومدى أحقية الطاعن في حماية حيازته في مواجهة المطعون ضدهما، راحوا يتطرقون إلى صحة العقد العرفي، مبررين أنه ينصب على أرض ذات طابع "عرش"، وأن هذه الأراضي هي من ممتلكات الدولة، لا يجوز التصرف فيها، مستدين في ذلك إلى أحكام المادة 689 من القانون المدني، مع أن الطاعن لم يدع الملكية، ومع أن الدعوى لا تسري في مواجهة الدولة التي ليست طرفا فيها، فهم بذلك يكونون قد فصلوا في الملكية عوض التقيد بطبيعة الدعوى على أنها دعوى حيازة ترمي إلى منع التعرض، فخالفوا بذلك أحكام المادة 416 من قانون الإجراءات المدنية، الأمر الذي يعرض قرارهم بالنقض، وهذا دون حاجة إلى مناقشة باقي الأوجه.

وحيث أن المصاريف يتحملها المطعون ضدهما بالمادة 270 من قانون الإجراءات المدنية.

لهذه الأسباب...نقض و إحالة...

ملف رقم 246259 قرار بتاريخ 25/02/2004

قضية (ت - ل) ضد (ح-م) ومن معه

الموضوع: ترقيم مؤقت.

قانون رقم: 76-63: المادتان: 13 و 14

مرسوم تنفيذي رقم: 93- 123

المبدأ:

الفصل في الاعتراض على الترقيم المؤقت يكون بالمفاضلة بين القوة الثبوتية للسندات المقدمة من قبل الأطراف، وعند الاقتضاء، على أساس الحيازة الأحق بالتفضيل.

...وعليه فإن المحكمة العليا:

عن الوجه الثاني دون التطرق للوجه الآخر:

حيث أنه يستخلص من عناصر الملف، وخاصة من قراءة حكم الدرجة الأولى، أن الدعوى المرفوعة أمام المحكمة من طرف الطاعن كانت ترمي إلى إبطال الوثيقة المحررة، طبقا لمقتضيات المرسوم رقم 76/63 المؤرخ في: 25/03/1976 المعدل بموجب المرسوم رقم 93/123 المؤرخ في 19/05/1993 التي تم بموجبها الترقيم المؤقت لفائدة المطعون ضده (ح-م) للقطعة المدعوة (طبة بئر برحايل) التي تقدر مساحتها ب 8 هكتار و 35 آر، وأن المدعي الأصلي، الطاعن حاليا دفع بأن القطعة ملك له عن طريق الإرث من أبيه الذي اشتراها بموجب عقد عرفي مؤرخ في 09/09/1909.

حيث أن قضاة الاستئناف، من أجل رفض الدعوى، اكتفوا بالقول أن الطاعن لم يقدم الوثيقة المراد إلغاؤها، والتي بمقتضاها تم تسجيل القطعة المتنازع عليها لصالح المطعون ضده، في حين أن مديرية الحفظ العقاري لولاية خنشلة صرحت أمام المجلس بأنه تم الترقيم المؤقت للقطعة المتنازع من أجلها باسم المطعون ضده، بناء على وثائق مسح الأراضي لبلدية الرميلة المعدة من طرف الوكالة المحلية لمسح الأراضي لولاية خنشلة، وأنه لن يسلم الدفتر العقاري للمطعون ضده إلى غاية الفصل في النزاع من طرف الجهة القضائية.

حيث أنه وما دام أن الطاعن يعارض في الترقيم المؤقت للقطعة المتنازع من أجلها والذي يصبح نهائيا عند انقضاء مدة سنتين، حسب المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 93/123 المؤرخ في 19/05/1993، فإنه كان على قضاة الموضوع دراسة ومناقشة العقد المقدم من طرف الطاعن، والبحث في مدى مطابقته للأرض محل النزاع من عدمها، وكذا دراسة الوثائق التي قدمها المطعون ضده لتسجيل القطعة الأرضية محل النزاع باسمه، وأن يفصلوا في القوة الثبوتية لهذه السندات نظر لمقتضيات المادة 14 من المرسوم المشار إليه أعلاه، وعند الاقتضاء كان عليهم أن يبحثوا في الحيازة الأحق وهي الأسبق في التاريخ لتطبيق المادة 13 من نفس المرسوم.

وعليه فقضاة الموضوع لم يسببوا قرارهم تسبيبا كافيا وعرضوه للنقض.

حيث أن المصاريف القضائية يتحملها المطعون ضده طبقا لمقتضيات المادة 270 من قانون الإجراءات المدنية.

لهذه الأسباب... نقض و إحالة...

ملف رقم 394379 قرار بتاريخ 14/03/2007

قضية (س-أ) ضد (ب-م) ومن معه

الموضوع: شهادة توثيقية.

قانون رقم: 75 - 74: المادة: 15/2

قانون رقم: 76-63: المادة: 91

المبدأ:

تنتقل الحقوق الميراثية إلى الورثة بمجرد الوفاة.

لا تشكل الشهادة التوثيقية قيدا على ممارسة الدعوى أمام القضاء

...وعليه فإن المحكمة العليا:

عن الفرع الثاني من الوجه الأول:

الذي يعاب فيه على القرار المطعون فيه مخالفة المادة 91 من المرسوم 76/63 المتضمن إعداد الدفتر العقاري، كونه أسس قضاءه بانعدام صفة التقاضي على المادة المذكورة التي تستوجب إعداد شهادة نقل الملكية مع أن صفة التقاضي يكفي لإثباتها الفريضة الشرعية.

حيث بالفعل فإنه يتضح من قراءة القرار المطعون فيه، أن قضاة الموضوع ولتبرير قضائهم بعدم قبول الدعوى لانعدام الصفة، ذكروا في حيثياتهم أن ملف الدعوى جاء خلوا مما يفيد أن ملكية القطع الأرضية انتقلت للطاعن، وأن المادة 91 من المرسوم 76/63 المتضمن إعداد الدفتر العقاري تؤكد أن انتقال الملكية يكون بموجب شهادة توثيقية.

وحيث أن المادة 15 من الأمر 74-75 المتضمن مسح الأراضي وإعداد السجل العقاري تنص على أن " كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم

إشـهارها في مجموعة البطاقـة العقـارية، غير أن نقـل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحـاب الحقـوق العينية".

مما مؤداه أن أموال التركة تنتقـــل إلى الورثة من يوم وفاة المورث وليس من تاريخ القيد.

وحـــيث أنه لما كان ذلك فإن المادة 91 من المرســـوم المذكور لما تطرقت إلى الشـهادة التوثيقية فقد تطرقت لها باعتبـارها الأداة التي بمقتضاها يتم شهر الحقوق الميراثية لا غير.

وحيث يخلص مما سلف، أن قضاة الموضوع لما اشترطوا الشـهادة التوثيقية لقبـول الدعوى، مع أن صفة الوارث تكون قـائمة بـمجرد الموت، ويمكن إثباتها بكل الوسـائل القـانونية، يكونون قـد أسـاؤوا تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للنقض.

وحيث ان المصاريف القضائية يتحملها الطرف الذي خسر الطعن عملا بالمادة 270 من قانون الإجراءات المدنية.

لهذه الأسباب...نقض و إحالة...

ملف رقم 463305 قرار بتاريخ 10/09/2008

قضية (ص-م) ضد (م-ع) و(م-الع)

الموضوع: شهادة توثيقية - ملكية شائعة.

قانون مدني: المادة 713 وما يليها.

أمر رقم: 75- 74 / المادة: 15

مرسوم رقم: 76- 63/ المادة:91

المبـــدأ:

لا تشـترط الشـهادة التوثيقية بين الشـركاء في الشـيوع، مهما كانت طبيعة الدعوى بينهم.

تشترط الشهادة التوثيقية في مواجهة الغير، الأجنبي عن الميراث.

...إن المحكمة العليا...

في الشكل:

حيث أن الطعن بالنقض قد استوفى أوضاعه الشـكلية المنصوص عليها بالمواد 235 إلى 243 من ق إ م ، مما يتعين قبوله.

في الموضوع:

حـيث يتبـين من القـرار موضوع الطعن أن الطاعن رافع المطعون ضدهما من أجل إلزامهما بـعدم التعرض له في الأشـغال التي شـرع فيها على قطعة أرضية يملكها الطرفان في الشيوع.

حـيث قـضت المحـكمة بـعدم قبـول الدعوى شـكلا لانعدام الصفة والمصلحة وهو الحكم المؤيد بموجب القرار موضوع الطعن.

حـول الوجه الثالث فيما أخذ من مخالفة القـانون، ابـغض النظر عن مضمونه:

حيث يتضح من القرار موضوع الطعن، أن الطاعن قدم عقد ملكية لجده وفريضة ومحـــضر معاينة، وزيادة على ذلك لم ينف المطعون ضدهما أنهما تعرضا له في الشروع فيما سماه استصلاح الأرض، وما سمياه حفرا وتسطيحا من أجل البناء، مبررين تعرضهما بأن الأرض موروثة على الشـيوع بـين الطرفين وأطراف أخرى، وأن الطاعن يريد الاستيلاء على جزء كبير منها لوحـده ووضعهما أمام الأمر الواقع، قبل إجراء القسمة.

حيث ومادام أن الأمر يتعلق بـعدم التعرض للحيازة بين مالكين على الشيوع، على حد ما أفادته كتاباتهم، فإن الصفة والمصلحـة متوفرتان عند كلا الطرفين بـمفهوم المادة 459 ق إ م لثبوت العلاقـة المباشـرة الواقـعية بـين الأرض موضوع النزاع وكل واحـد من الطرفين، أما الشرعية والتأسيس القـانوني للطلبـات فذلك ما كان يجب مناقشـته في الموضوع.

حـيث إضافة إلى ذلك، وفي حـالة ما إذا ثبـت أن الطرفين حقيقـة شريكين في الشيوع، فإن الشهادة التوثيقية لا تشترط بين الشـركاء في الشيوع مهما كانت طبيعة الدعوى بينهم، لأن إثبـات نقل الملكية من الهالك إلى الوارث يطلب في مواجهة الغير الأجنبـــي عن الميراث فقط.

حيث كان يتعين بـالتالي على قضاة الموضوع التأكد من مدى ثبوت الحقـوق التي ادعى بـها الطرفين على الأرض موضوع النزاع، وإذا ثبتت حالة الشيوع بينهما، الفصل في الدعوى طبقا للقواعد الخاصة بالملكية الشائعة.

حيث بـامتناعهم عن ذلك وعدم قبـولهم الدعوى شـكلا يكون قـضاة الموضوع قد أخطئوا في تطبيق القـانون وعرضوا بـالتالي قرارهم للنقض.

حيث أن المصاريف القضائية يتحملها المطعون ضده.

لهذه الأسباب...نقض و إحالة...

ملف رقم 239277 قرار بتاريخ 13/10/2002

قضية (م-ع) ضد (م- أ)

الموضوع: ارتفاق مرور - عقار محصور - حيازة - تقادم مكسب

قانون مدني: المادة: 702

المبـــدأ:

يثبت حق مالك العقـار المحصور في ارتفاق المرور، عن طريق دعوى الحيازة وليس عن طريق إلزامه بإثبات حقه عن طريق التقادم المكسب.

...إن المحكمة العليا...

عن الوجه الوحيد المأخوذ من انعدام الأساس القانوني:

من حيث أن الخبير والمدعى عليه في الطعن لم يقدما الدليل على أن المدعى عليه في الطعن قد قلص من عرض الممر المتنازع عليه (الارتفاق)، كما أنه لم يثبت وجود ارتفاق مرور لصالح العقار ملك المدعى عليه في الطعن طبقا للمادة 698 من القانون المدني.

ولكن حيث أنه وعملا بالمادة 702 من القانون المدني، فإن ارتفاق المرور في حالة العقار المحصور، تترتب عليه دعوى الحيازة حتى ولو لم يتم لصاحب العقار المحصور التقادم.

حيث أنه وفي قضية الحالة، فإن قضاة الموضوع الذين يقدرون بكل سيادة وقائع القضية استخلصوا في جملة ما استخلصوه من تقرير الخبرة، بأن عقار المالك المدعى عليه في الطعن محصور لأن الممر المتنازع عليه هو الذي يمكنه من الوصول إلى الطريق العمومي وأن مجلس قضاء البويرة كان على صواب عندما صرح بتأسيس دعوى الحيازة قصد وضع حد لعرقلة ممارسة ارتفاق المرور طبقا لمقتضيات المادة 702 من القانون المدني، وأن المادة 698 من القانون المدني التي يتمسك بها المدعي في الطعن تتعلق بدعوى ملكية ارتفاق المرور، وبالنتيجة غير قابلة للتطبيق في النزاع الحالي وأن الوجه التالي غير مؤسس.

حيث أن المصاريف القضائية يتحملها المدعى في الطعن.

لهذه الأسباب...رفض الطعن...

ملف رقم 401319 قرار بتاريخ 12/09/2007

قضية (م-ل) ضد (ورثة م-ع)

الموضوع: حياة - إنكار الحيازة قانون الإجراءات المدنية: المادة415

المبدأ:

يتعين قانونا على قضاة الموضوع، في حالة إنكار الحيازة إجراء تحقيق قضائي.

لا يمكن الاعتماد على تحقيق الخبير إلا على سبيل الاستئناس.

...وعليه فإن المحكمة العليا:

في الشكل:

حيث أن الطعن جاء مستوفيا لأوضاعه القانونية فهو مقبول شكلا.

في الموضوع:

عن الوجه الثاني بالأولوية:

بالفعل حيث يتبين بالرجوع إلى القرار المطعون فيه، أنه بني على ما خلصت إليه الخبرة، من أن الحائز للقطعة الأرضية المتنازع عليها هي المدعى عليها (م-ف) بحسب شهادة الشاهد الوحيد المسموع.

لكن ومتى كان المقرر قانونا أنه في حال إنكار الحيازة، يتعين على قضاة الموضوع أن يلجئوا إلى التحقيق، وفقا لمقتضيات المادة 415 من قانون الإجراءات المدنية، وأن التحقيق المعتد به هنا هو الذي يتم وفقا لمقتضيات المادة 61 من قانون الإجراءات المدنية وما بعدها لأن الشهادة أمام الخبير لا يؤخذ بها إلا على سبيل الاستدلال، وأن القضاء بخلاف ذلك كما فعل قضاة المجلس يعرض القرار للنقض لقصور في الأسباب.

وحيث أنه تبعا لما تقدم ومن دون حاجة لطرح الوجه الأول يتعين التصريح بتأسيس الطعن والقضاء بنقض وإبطال القرار المطعون فيه.

حيث أن المصاريف القضائية يتحملها المطعون ضدهم.

فلهذه الأسباب...نقض و إحالة...

ملف رقم 321463 قرار بتاريخ 12/10/2005

قضية ورثة (م-ب) ضد (م- ع) ومن معه

الموضوع: عدم الجمع بين دعوى الملكية ودعوى الحيازة.

قانون مدني: المادة: 827

المبدأ:

إذا كان لا يمكن، قانونا التمسك بالحيازة في دعوى الملكية، فإن التمسك بالتقادم المكسب يعد دفعا بالملكية على اعتبار أن الحيازة في هذه الحالة سبب من أسباب اكتساب الملكية لاقترانها بالمدة الطويلة المقررة قانونا.

...وعليه فإن المحكمة العليا:

عن الوجه الأول:

حيث أن الطاعنين يأخذون على القرار المطعون فيه أنه أهمل دعوى الملكية المطروحة وفصل في الحيازة، وبذلك خرق المادة 413 من قانون الإجراءات المدنية وكذا المواد 324 و 324 مكرر 5، 792 و 793 من القانون المدني.

حيث أنه خلافا لما يزعمه الطاعنون فإن قضاة المجلس بفصلهم في دعوى الطاعنين، استعانوا بخبرة فنية والتي توصل من خلالها الخبير المعين إلى أن القطعتين الأرضيتين المتنازع عليهما موجودتين في حيازة المطعون ضده منذ 1953، وأن قسمة ودية تمت بين الورثة وأن القطعتين عادتا إلى الإخوان (م-ش) و (م-م) وعلى هذا الأساس طبقوا المادة 827 من القانون المدني، التي تنص على أنه "كل من حاز منقولا أو عقارا دون أن يكون مالكا له أو خاصا

به صار له ملكا إذا استمرت حيازته له مدة 15 سنة بدون انقطاع".
وبذلك يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا صحيحا وفصلوا في دعوى الملكية على أساس الحيازة والتقادم المكسب، ولم يخرقوا المادة 413 من قانون الإجراءات المدنية، التي لا تجد أساسا لتطبيقها في دعوى الحال، لأن الدعوى ليست دعوى استرداد الحيازة. كما أنهم لم يخرقوا أيضا المواد 324 - 324 مكرر 5، 792 و 793 من القانون المدني والتي تتعلق بالعقود الرسمية ونقل الملكية. مما يجعل هذا الوجه غير مؤسس ويستوجب الرفض.

عن الفرع الأول من الوجه الثاني:
حيث أن الطاعنين ينعون على القرار المطعون فيه بأنه أخطأ في تطبيق القانون لكونهم دفعوا بالملكية وقدموا عقودا رسمية ومشهرة بالمحافظة العقارية طبقا للمواد 324، 324 مكرر 5 ، 677، 792، 793، وأن المجلس باستجابته لطلب المطعون ضده بشأن الحيازة يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وخرق المواد المذكورة.
حيث أن ما يثيره الطاعن في هذا الوجه ما هو إلا تكرارا لمحتوى الوجه الأول والذي تمت الإجابة عليه بالشكل المذكور أعلاه.

عن الفرع الثاني من الوجه الثاني:
حيث أن الطاعنين يعيبون على قضاة المجلس كونهم طبقوا مادتين متناقضتين وهما المادتان 733 و 827 من القانون المدني لكون المطعون ضده لم يطالب بالحيازة.
حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه، نجد بأن المطعون ضده دفع بالحيازة منذ بداية النزاع، مدعيا بأن مورثه وأبناء عمه يقيمون فوق الأرض المتنازع عليها منذ ولادتهم، ولهم فوقها سكناتهم ومنشآتهم بناء على قسمة ودية أجراها مورث الطاعنين باعتباره كان متصرفا عن باقي إخوته في شراء الأرض خلال سنة 1952، وأنه بناء على الخبرة التي أكدت ذلك اعتبر قضاة المجلس، المطعون ضده حائزا فعليا وبصفة قانونية وطبقوا المادة 827 من القانون المدني، ولم يتطرقوا إلى المادة 733 من القانون المدني المدعى بتناقضها مع المادة 827 من القانون المدني، المطبقة على النزاع مما يجعل هذا الفرع كسابقه غير مؤسس ويتعين رفضه.

عن الفرع الثالث من الوجه الثاني:
حيث أن الطاعنين ينتقدون القرار المطعون فيه بأنه أخطأ في تطبيق القانون عندما رفض دعوى الطاعنين لسقوط الحق بالتقادم.
حيث أنه خلافا لما يزعمه الطاعنون فإن قضاة المجلس لم يخطئوا في تطبيق القانون عندما طبقوا المادة 827 من القانون المدني، بعدما تأكدوا بأن المطعون ضده يحوز القطعتين المتنازع عليهما منذ سنة 1953 حسب تقرير الخبير، وأصبح هو المالك لها بالتقادم المكسب، والذي يعتبر طريقة من طرق كسب الملكية في التشريع الجزائري، وبالتالي فإن هذا الفرع هو كسابقه غير مؤسس ويجب رفضه.
حيث أنه من خسر طعنه يتحمل المصاريف القضائية وهذا تطبيقا للمادة 270 من قانون الإجراءات المدنية.

لهذه الأسباب...رفض الطعن...

ملف رقم 206296 قرار بتاريخ 31/01/2001

قضية (ع-ب) ضد (ع-م) ومن معه

الموضوع: حيازة- ملكية - عدم الجمع بين دعوى الملكية ودعوى الحيازة.
قانون الإجراءات المدنية: المادة: 418

المبدأ:

لا يمكن المدعي، السالك طريق دعوى الملكية، التمسك الحيازة. لا يمكن قضاة الموضوع تغيير التكييف والفصل في الحيازة لمجرد عجز المدعي عن إثبات الملكية.

...إن المحكمة العليا
حيث أن الطعن بالنقض استوفى أوضاعه القانونية فهو مقبول شكلا:
عن الأوجه الثلاثة المأخوذة معا:
حيث يستخلص من قراءة الأوجه المثارة، أن الطاعن يدعي أن أباه (المدعى الأصلي)، تمسك بحيازته للأرض موضوع النزاع. وأن احتلالها من قبل المدعى عليهم كان بدون وجه حق. وأن المحكمة العليا أشارت إلى أن الدعوى هي دعوى ملكية، وأن قضاة الموضوع أخطئوا عندما طبقوا عليها قواعد دعوى الملكية وكان عليهم أن يفصلوا في حيازة الأرض ما دام أن المحكمة العليا نقضت القرار السابق من أجل القصور في التسبيب ولم تفصل في أية نقطة قانونية.
لكن حيث أن قراءة الحكم المؤرخ في 08/12/1980 المتضمن الطلبات الأصلية للأطراف، تبين أن المدعى (ع-م) صرح بأن " المدعى عليهم قد استولوا على أملاكه وشرعوا في إنجاز بناءات عليها ويلتمس القضاء بخروجهم منها مع تعويضه بمبلغ 10.000دج".
وحيث أن هذه الطلبات لا تبين أن المدعي الأصلي قد سلك طريق دعوى الحيازة، لأنه لم يقدم لقضاة الموضوع ما يثبت حياوته للأرض ولم يثبت أن تعدي المدعى عليهم عليها وقع خلال سنة رفع الدعوى، كما يلزمه القانون.
وحيث أنه خلافا لما يدعيه الطاعن، فإن المحكمة العليا فصلت في نقطة قانونية هامة، وهي تكييف الدعوى، وقيدت بقرارها قضاة الإحالة وذلك طبقا للمادة 268 من قانون الإجراءات المدنية.

وحيث أن الطعن غير مؤسس ويتعين رفضه.

لهذه الأسباب...رفض الطعن...

ملف رقم 386808 قرار بتاريخ 14/02/2007

قضية (ع-م) ومن معه ضد (ق-م) ومن معه

الموضوع: حيازة - شهادة الحيازة - دعوى الحيازة

قانون رقم: 90- 25: المواد: 30 و 39 وما يليها.

مرسوم رقم: 91- 254

المبـــدأ:

لم يجعل المشرع من شهادة الحيازة شرطا لممارسة دعاوى الحيازة الخاضعة لأحكام المواد 817 وما بعدها من القانون المدني والمواد 413 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية (المادة 524 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية).

وعليه فأن المحكمة العليا:

في الشكل:

حيث أن الطعن بالنقض استوفى أوضاعه القانونية فهو مقبول شكلا.

في الموضوع:

عن الوجه الوحيد المأخوذ من انعدام الأساس القانوني:

لكن حيث من جهة، وبالرجوع إلى القرار المطعون فيه وإلى الحكم الابتدائي المؤيد بموجبه، فإن الدعوى هي دعوى حيازة تهدف إلى منع التعرض، وقد تم التصدي لها على هذا الأساس، بدليل استناد الحكم إلى المادة 820 من القانون المدني. وبذلك فإن قضاة الموضوع لم يخلطوا دعوى الحيازة بدعوى الملكية. ولم يخالفوا بالتالي أحكام المادة 418 من قانون الإجراءات المدنية، كما ذهب إليه الطاعنون، كما أن تمسك الطاعنين بأحكام المادة 828 من القانون المدني على النحو الذي أبدوه لا يستقيم، كون هذه المادة إنما تتعلق بالتقادم المكسب كوسيلة من وسائل اكتساب الملكية.

وحيث والحال كذلك، فلا مجال للتمسك بأحكام المادة 324 مكرر من القانون المدني وأحكام قانون التوثيق التي إنما تخص المعاملات بشأن العقارات، ولا علاقة لها بالتالي بدعاوى الحيازة.

وحيث من جهة أخرى، وبخصوص نعي الطاعنين على القرار المنتقد عدم مراعاة أحكام المواد 39 إلى 42 من القانون رقم 90/25 المتضمن التوجيه العقاري والمادة 46 منه، فإنه مردود عليه لأن المشرع، وإن كان قد نص في المادة 30 من هذا القانون على أنه "يجب على كل حائز لملك عقاري أو شاغل إياه أن يكون ليه سند قانوني يبرر هذه الحيازة أو هذا الشغل"، قاصدا بذلك شهادة الحيازة التي نصت عليها المواد 39 وما يعدها من نفس القانون، وهي الوثيقة التي حدد المرسوم 91/254 المؤرخ في 27/07/1991 كيفية إعدادها وتسليمها وذلك بغية تسوية الحائز أو الشاغل لوضعيته القانونية إزاء العقار الذي يحوزه أو يشغله، وفي سياق ما نصت عليه المادة 47 من القانون المذكور. إلا أنه (المشرع) لم يجعل من هذه الشهادة شرطا لممارسة دعاوى الحيازة التي تخضع لأحكام المواد 817 وما بعدها من القانون المدني والمواد 413 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية.

وحيث بهذا فإن الوجه الوحيد المثار غير مؤسس، يتعين رفضه ومعه رفض الطعن.

فلهذه الأسباب...رفض الطعن موضوعا...

ملف رقم 101108 بتاريخ 09/06/1993

المبـــدأ:

أن عدم وجود عقد الملكة لا يمنع من تقسيم الأرض على سبيل الاستغلال بين الورثة.

و عليه فان المحكمة العليا:

عن الأوجه الثلاثة مجتمعة:

ولكن وحيث أنه بالرجوع إلى محتوى الأوجه الثلاثة المثارة الرامية في مجملها إلى كون الأرض عروشية، وهو ما تضمنه الوجه الأول، وكون قضاة المجلس صادقوا على حكم دون بحث أو استقصاء الذي تضمنه الوجه الثاني وإلى مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه وهو ما تضمنه الوجه الثالث، فبالمقارنة مع محتوى القرار المنتقد يتبين أن كل هذه النقاط ناقشها قضاة المجلس بالتفصيل والتحليل ونالت منهم ما يكفي في الجهد والعناء والدراسة والتفصيل وذلك انطلاقا من الخبرة الفنية التي حدد القطع الأرضية المتنازع عليها، وحددت أيضا نصيب كل طرف فيها وفقا لأهمية كل قطعة، وذلك في بيان تفصيلي وفني.

حيث أن إثارة الأرض العروشية كدفع قد أجيب عليه بالرفض لوجود استحواذ على الأرض كما أجيب أيضا على أن عدم وجود عقود الملكية لا يمنع من تقسيم الأرض على سبيل الاستغلال بين الورثة، فإن استفراد المستأنفين الطاعنين بالاستغلال دون بقية الورثة الآخرين يخالف منطق الحق والعدالة ومبادئ القانون، وحيث أن ما جاءت به الأوجه المثارة من تحليل للوقائع وتصنيف للدفوع وتأويل للمواد، وتفسير للأحكام كان ناقصا وغير جدي مما يستوجب معه رفض الأوجه الثلاثة كلها.

لهذه الأسباب...رفض الطعن موضوعا...

ملف رقم 572238 قرار بتاريخ 14/01/2010

قضية (ع-م) ضد (ع-س)

الموضوع: حيازة - شهادة الحيازة. قانون التوجيه العقاري.

المبدأ:

لا تسلم شهادة حيازة قطعة أرض، رغم توفر شروط الحيازة، إذا كان لهذه القطعة الأرضية سند ملكية

...وعليه فإن المحكمة العليا:

عن الوجهين معا لارتباطهما والمأخوذين من انعدام الأساس القانوني وقصور الأسباب:

لكن حيث أنه يتضح من تلاوة القرار المطعون فيه، أن النزاع في دعوى الحال يتعلق برفع المعارضة التي أقامها المطعون ضده في مواجهة طلب تحرير شهادة الحيازة لفائدة الطاعن، اعتمادا على أنه له عقد شهرة على القطعة موضوع الحيازة.

وحيث أن قضاة الموضوع لما رفضوا الدعوى بسبب أن ملكية الأرض محل التداعي ثابتة بموجب عقد مشهر، فهم بذلك قد طبقوا صحيح المادة 39 من القانون 90/25، التي تشترط لإعداد شهادة الحيازة أن لا يكون للأرض سند وأن لا تكون واقعة في أرض ممسوحة، مما يجعل الطعن غير مؤسس يتعين رفضه.

حيث أن المصاريف القضائية يتحملها الطاعن.

لهذه الأسباب..رفض الطعن...

ملف رقم 399559 قرار بتاريخ 11/04/2007

قضية (ل- ح) ضد أعضاء المستثمرة الفلاحية (ع-ع) ومن معه

الموضوع: مستثمرة فلاحية جماعية- عضوية.

قانون رقم: 87-19: المادة: 28

مرسوم تنفيذي رقم: 90-51: المادة:04

المبدأ:

لا يتم إسقاط عضوية عضو في مستثمرة فلاحية جماعية إلا بحكم قضائي.

...وعليه فإن المحكمة العليا:

عن الوجه الثالث: بالتفضيل وبدون حاجة إلى مناقشة الوجهين الآخرين:

حيث أنه بالفعل وبالرجوع إلى القرار المطعون فيه نجد طلبات الطاعن عند رفعه للدعوى، كانت تتمثل في المطالبة بالتعويض عن الحرمان من الاستغلال، وفي حقه نقدا مقابل العتاد التابع للمستثمرة الذي باعه المطعون ضدهم، باعتباره عضوا في المستثمرة الفلاحية.

حيث أن قضاة المجلس للفصل في الاستئناف المرفوع أمامهم بشأن الحكم المؤرخ في: 21/01/2004، المحدد لحقوق الطاعن ب 2 هكتار و 62 آر و 21 سنتيار، اعتبروا أن ذلك غير جائز اعتمادا على القانون 87/19، الذي يعتبر استغلال الأراضي التابعة للمستثمرة جماعيا وفي الشيوع، فهم في هذا الجانب طبقوا صحيح القانون ولكنهم فيما يخص طلبات الطاعن الرامية إلى مطالبة بحقوقه في العتاد المباع من قبل أعضاء المستثمرة الآخرين، أساءوا تطبيق القانون لأن المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 90/51 المؤرخ في 06/02/1990 المتضمن كيفية تنفيذ المادة 28 من القانون 87/19 تنص على أن الوالي هو المختص في رفع دعوى إسقاط العضوية لأحد أعضاء المستثمرة الفلاحية، وإسقاط العضوية لا يكون إلا بحكم قضائي، ومادام أن هذه الإجراءات لم تحترم وأن الطاعن لم تسقط عضويته بموجب حكم قضائي فإنه يبقى عضوا كامل الحقوق وبالتالي فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا أخطئوا في تطبيق القانون ولم يعطوا لقرارهم التسبيب القانوني وبالتالي عرضوه للنقض والبطلان.

حيث أن المصاريف القضائية يتحملها الطرف الخاسر لطعنه طبقا للمادة 270 من قانون الإجراءات المدنية.

لهذه الأسباب:...نقض و إحالة...

ملف رقم 573105 قرار بتاريخ 14/01/2010

قضية (ع-ع) ومن معه ضد فريق (ب)

الموضوع: مستثمرة فلاحية - ايجار.

قانون رقم:87- 19: المادتان: 18 و 21.

المبدأ:

يعد عقد الإيجار المنصب على أراضي المستثمرات الفلاحية باطلا بطلانا مطلقا.

...وعليه فإن المحكمة العليا

عن الوجه الأول: المأخوذ من خرق أحكام المادة 103 من القانون المدني:

حيث فعلا وإن كان لأعضاء المستثمرة الفلاحية حق انتفاع دائم منح لهم وفق قانون 87/19، فإن تأجير الأرض الممنوحة لهم كان خرقا لنص المادة 19 من نفس القانون، التي تلزم أعضاء المستثمرة الجماعية استغلال الأرض بصفة جماعية على الشيوع وبصفة شخصية ومباشرة، بما يجعل عقد الإيجار باطلا بطلانا مطلقا. غير أن هذا البطلان وفق نص المادة 103 من القانون المدني، لا يفقد حق المتعاقد في التعويض عن المنشآت التي أقيمت على أرض المستثمرة، كون الخطأ مشترك، ومنه فإن القرار المطعون فيه عندما حرم الطاعنين من التعويض عن المنشآت قد خالف القانون مما يعرضه للنقض والإبطال دون حاجة إلى التطرق إلى باقي الأوجه.

حيث أن المصاريف القضائية يتحملها المطعون ضدهما عملا بنص المادة 378 من ق إ م.

لهذه الأسباب...نقض و إحالة...

ملف رقم 574072 قرار بتاريخ 11/02/2010

قضية (ز-ج) ضد (غ-ر) ومن معه

الموضوع: مستثمرة فلاحية جماعية - تقسيم العمل في المستثمرة الفلاحية الجماعية.

قانون رقم: 87- 19: المواد: من 15 إلى 21.

المبـــدأ:

لا يعد تقسيم العمل بين أعضاء المستثمرة الفلاحية الجماعية مساسا بالطابع الجماعي القانوني لاستغلال ثروات المستثمرة.

وعليه فإن المحكمة العليا:

في الموضوع: حيث يتبين من القرار موضوع الطعن أن المطعون ضدهما رفعا الدعوى ملتمسين إبطال الاتفاقية المبرمة بين أطراف الدعوى، بصفتهم أعضاء مستثمرة فلاحية، والمتضمنة كيفية استغلال أرض المستثمرة.

حيث قضت المحكمة بذلك، وهو الحكم المؤيد بموجب القرار موضوع الطعن، بعد نقض قرار سابق.

عن الوجه الوحيد المأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون:

بدعوى أن الاتفاقية موضوع الدعوى اقتصرت على تقسيم العمل بين أعضاء المستثمرة، عن طريق إنشاء ثلاث مجموعات عمل، تتشكل كل واحدة منها من عدد يساوي أو يفوق ثلاث أعضاء، مع إبقاء أرض المستثمرة مستغلة جماعيا وعلى الشيوع، وأن كل مجموعة تستغل الجزء من الأرض الذي يناسب حصص أعضاء المجموعة.

وهو تقسيم لا يضر بالطابع الجماعي للمستثمرة ولا يخالف المواد 9، 18، 21 من قانون 87/19 التي جاء القرار موضوع الطعن مبنيا عليها، بل هو تقسيم يزيد في قيمة الأرض ومردودها، كما تنص عليه المادة 18.

وأن قضاة الموضوع يكونون قد أخطئوا في تطبيق النصوص المذكورة.

لكن حيث تفيد حيثيات القرار المنتقد، أنه بالرجوع إلى الاتفاقية المحكوم بإبطالها بموجبه، فإنها متضمنة تقسيم أرض المستثمرة بين ثلاث أفواج من أعضائها، لاستغلال كل فوج جزء من الأرض بمفرده.

حيث يجدر التذكير في هذا الصدد، بأن الطابع الجماعي القانوني لاستغلال ثروات المستثمرة يبقى محفوظا، بمفهوم المواد من 15 إلى 21 من القانون المذكور، ما دام أنه مجرد تقسيم للمهام بين الأعضاء، مع إبقاء الأرباح وعبء الاستثمار في الشيوع بالتساوي بين الجميع، وهو الشرط غير المتوفر في دعوى الحال بالرجوع إلى كتابات الطرفين أمام قضاة الموضوع، والتي مفادها أن كل فوج استثمر من ماله الخاص وعلى حدا واستفاد بالأرباح الحاصلة على حدا. وهو ما يعني تقسيما كاملا لوعاء المستثمرة وخروجا عن طابعها الجماعي، وهي الحالة التي يمنعه صراحة وقطعا القانون المذكور، الذي يقيد أطراف الدعوى كلهم بصفتهم أعضاء المستثمرة الفلاحية الجماعية المعنية ومستفيدين بموجبه، وعليه فلا وجود لأي خطأ في تطبيق القانون، والوجه بالتالي غير مؤسس وكذا الطعن المبني عليه والذي يستوجب بالنتيجة الرفض.

وحيث أن المصاريف تتحملها الطاعنة عملا بالمادة 270 من قانون الإجراءات المدنية.

لهذه الأسباب...رفض الطعن موضوعا...

ملف رقم 258049 قرار بتاريخ 25/07/2004

قضية (ح-أ) ضد (ب-ع) ومن معه

الموضوع: إيجار فلاحي.

قانون مدني: المادة: 324 مكرر 1

قانون التوجيه العقاري: المادة 53

المبـــدأ:

يمكن تحرير عقود الإيجار الفلاحي في شكل عقود عرفية.

...وعليه فإن المحكمة العليا:

حيث أن المدعي في الطعن يثير، تدعيما لطعنه، وجها وحيدا مأخوذا من عدم الاختصاص أو تجاوز السلطة، كون النزاع ينصب حول مطالبة المطعون ضدها المدعي في الطعن برفع يده عن أرض المطعون ضدها، التي يستغلها منذ 22/09/1991 على سبيل الإيجار، بموجب العقد المسجل والذي لا تنكره المطعون ضدها التي تريد فقط توقيف العلاقة قبل أوان انتهائها، وأن قضاة الاستئناف حكموا بما لم يطلب منهم وقرروا بأنه لا توجد علاقة إيجارية بين الطرفين، وبالتالي فقد تجاوزوا سلطتهم.

حيث أنه يستخلص، بالفعل من عناصر الملف، بأن الطلب المقدم من طرف المدعى عليها في الطعن بالنقض، كان يرمي إلى أمر المدعي في الطعن برفع اليد عن القطعة التي تعود ملكيتها إليها. باعتبار أن المدعي في الطعن بالنقض أثار عقد إيجار مبرم بتاريخ 22/09/1994 مع المدعى عليها في الطعن بالنقض، للفترة الممتدة ما بين 02/10/1991 و 30/09/2000، فإن القضاة استجابوا للطلب، بحيث خلصوا إلى إبطال عقد الإيجار تطبيقا لمقتضيات المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني.

حيث أن قضاة الموضوع أخطئوا في تطبيق القانون، ومادام الأمر يتعلق بعقد إيجار زراعي مبرم بتاريخ 22/09/1991 فكان إبرامه بموجب عقد عرفي تطبيقا لمقتضيات المادة 53 من القانون 90-25 المؤرخ في 18/11/1990، وبهذا وبالرغم من أن مقتضيات المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني تشترط لإبرام عقد الإيجار

الزراعي، تحرير عقد رسمي، فإن أحكام المادة 53 من القانون 90/25 الصادرة بعد المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، تشكل نصا خاصا تسمو على أحكام القانون المدني.

وعليه فإن القضاة أخطئوا في تطبيق المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني والمادة 53 من القانون 90/25 المذكورتين أعلاه وأنه يتعين الأمر بنقض قرارهم.

حيث أن المصاريف تلقى على عاتق المدعى عليه في الطعن بالنقض، تطبيقا لنص المادة 270 من قانون الإجراءات المدنية.

لهذه الأسباب... نقض و إحالة...

ملف رقم 232135 قرار بتاريخ 23/06/2004

قضية (م-س) ضد (م-ص) ومن معه

الموضوع: ارتفاق المرور.

قانون مدني: المادة: 868/2

المبـــدأ:

يتم إثبات حق ارتفاق المرور إما بعقد وإما بحصر العقار. بيان مسح الأراضي ليس بسند كفيل بإثبات هذا الحق.

...وعليه فإن المحكمة العليا:

من حيث الموضوع:

حيث أن المدعى في الطعن يثير تدعيما لطعنه وجهين.

الوجه الأول: مأخوذ من القصور في الأسباب:

من حيث أن القضاة صادقوا على خبرة ناقصة وغامضة وأن الخبير استند على وثائق مقدمة من قبل المتخاصمين.

من حيث أن القضاة لم يبينوا بأن الممر المتنازع عليه هو الممر الوحيد الذي يستعمله المدعى عليهما في الطعن للوصول إلى ملكيتهما، وأن حق المرور مقرر لصاحب الأرض التي تكون أرضه محصورة. وأن القضاة لم يدرسوا هذه المسألة واكتفوا بالمصادقة على الخبرة.

الوجه الثاني: مأخوذ من انعدام الأساس القانوني:

من حيث أن القضاة لم يعطوا أي أساس لقرارهم ولم يذكروا النصوص المطبقة مما يجعل قرارهم يستحق النقض.

عن الوجه الأول من دون حاجة إلى دراسة الوجه الثاني:

حيث أنه يستخلص من مقتضيات المادة 868/2 من القانون المدني بأن ارتفاق المرور يمكن أن يكتسب بالتقادم، وأن قضاة الموضوع في قضية الحال، كرسوا حق ارتفاق المرور لفائدة عقار المدعى عليهما في الطعن على ملكية المدعى في الطعن، بسبب أنهما يستعملان الممر المتنازع عليه منذ سنوات.

لكن حيث وطالما أن الأمر يتعلق بدعوى ملكية حق ارتفاق المرور أي أن الدعوى رامية إلى إثبات حق عيني فكان على قضاة الموضوع وقبل أن يطبقوا المقتضيات المتعلقة بالتقادم المكسب في مجال حق ارتفاق المرور، أن يحددوا ما إذا كان عقار المدعى عليهما في الطعن قد استفاد من الممر المتنازع عليه من جراء الحصر أو بعد شرعي أو بالميراث، استنادا لمقتضيات المادة 868/1 من القانون المدني وانه بتصريحهم بأن حق ارتفاق المرور مكتسب بالتقادم على أساس بيان مسح الأراضي (والذي هو ليس بسند كفيل بإثبات وبتأسيس ارتفاق المرور) بدون التحقق من أن الممر المتنازع عليه كان سبب حالة حصر ملكية المدعى عليهما في الطعن أو بعقد شرعي، فإن القضاة لم يعطوا إطلاقا أساسا قانونيا لقرارهم الذي يستحق النقض.

حيث أن المصاريف يتحملها المدعى عليهما في الطعن إستنادا إلى المادة 270 من قانون الإجراءات المدنية.

لهذه الأسباب...نقض و إحالة...

ملف رقم 251665 قرار بتاريخ 24/09/2003

قضية (ي- ب) ومن معه ضد (م- أ)

الموضوع: ملكية - حيازة - تقادم مكسب - عقد شهرة.

مرسوم رقم: 83-352

المبـــدأ:

عقد الشهرة، حتى وإن كان عقدا رسميا، عقد تصريحي يحرر اعتمادا على تصريحات المستفيد منه لا غير. يمكن دحض ما ورد فيه بالدليل العكسي. يتعين على القضاة، في هذه الحالة، التحقق من الحيازة الأحق بالتفضيل.

وعليه فإن المحكمة العليا:

في الموضوع:

حيث أن الطاعنان تدعيما لطعنهما يثيران وجهين.

الوجه الأول: مأخوذ من خرق القانون والخطأ في تطبيقه:

من حيث أن القضاة تأسسوا على عقد شهرة باطل لم يحرر من طرف موثق مختص، وهذا خرقا للمادتين 1 و 2 من المرسوم 83/325 المؤرخ في 21/05/1983، ذلك لأن عقد الشهرة حرر بغرداية، في حين أن العقار يقع بأدرار.

من حيث أن الموثق لم يحترم مقتضيات المادتين 3 و 4 من المرسوم المشار إليه أعلاه، وأن المحضر الاستجوابي المقدم، أثبت بأن رئيس البلدية التي يقع العقار بدائرة اختصاصها لم يتم إخطاره.

الوجه الثاني: مأخوذ من انعدام الأساس القانوني:

من حيث أن القضاة لم يتحققوا مما إذا كان المدعى عليه في الطعن بالنقض قد مارس الحيازة على القطعة أم لا، في حين أن الطاعنين أثبتا أنهما مارسا الحيازة عن طريق تقديم شهادات حيازة مشهرة.

عن الوجهين معا لتكاملهما:

حيث ان الدعوى المرفوعة من طرف المدعى عليه في الطعن بالنقض هي دعوى استرداد بصفته مالكا للقطعة المتنازع عليها بموجب عقد شهرة، ترمي إلى طرد المدعيين في الطعن من هذه

القطعة، وأن المدعيين في الطعن بالنقض قدما طلبا مقابلا يرمي إلى إبطال عقد الشهرة الذي يناز عان في صحته لكونه حرر من طرف موثق غير مختص إقليميا، وقدما شهادتي حيازة مؤرخة في: 05/10/1999 بالنسبة للمدعو (ب-ي) وفي 17/10/1999 بالنسبة للمدعو (ع-م) تثبتان تطبيقا للمادة 2 من المرسوم 91/254 المؤرخ في: 27/07/1991، بأن المدعيين في الطعن بالنقض يمارسان الحيازة على القطعة المتنازع عليها بالنسبة للأول على الأقل منذ 05/10/1998 وبالنسبة للثاني على الأقل منذ 05/10/1998 وبالنسبة للثاني على الأقل منذ 17/10/1998 وأنهما نازعا في حيازة المدعى عليه في الطعن بالنقض التي تأسس عليها عقد الشهرة المثار.

حيث أن قضاة الموضوع استجابوا لطلب الطرد بسبب مايلي:

" حيث أن عقد الشهرة المقدم تم إشهاره واكتسب الصفة الرسمية الدالة على الملكية العقارية لفائدة (م-أ)

وحيث أنه لا يمكن مخالفة ما نصت عليه الوثيقة الرسمية ما لم يطعن فيها بالتزوير مما يجعل ملكية (م-أ) للأرض عن طريق عقد الشهرة ثابتة وقائمة".

لكن حيث أنه وفيما يخص عقد الشهرة فإن الأمر يتعلق بعقد تصريحي، محرر على أساس تصريحات المستفيد من العقد التي يمكن دحضها بتقديم الدليل العكسي، وأنه كان يتعين على قضاة الموضوع ما دام أنه توجد منازعة جدية بشأن حيازة القطعة، التحقق من الطرف الذي يمارس الحيازة الفعلية على القطعة، وتحديد الحيازة الأفضل وبالنتيجة الفصل بناء على ذلك. وأن قضاة الموضوع وعندما فصلوا في القضية كما فعلوا لم يؤسسوا قرارهم تأسيسا قانونيا وأخطئوا في تطبيق مقتضيات المرسوم 83/352 المؤرخ في 21/05/1983 وان قرارهم يستحق النقض.

حيث أن المصاريف تقع على عاتق المدعى عليه في الطعن بالنقض تطبيقا للمادة 270 من قانون الإجراءات المدنية.

لهذه الأسباب...نقض و إحالة...

ملف رقم 258062 قرار بتاريخ 17/12/2003

قضية (ب- م) ومن معه ضد (ب-ب)

الموضوع: ملكية - حيازة - تقادم مكسب - عقد شهرة.

مرسوم رقم: 83-352، المادة: 5

المبـــدأ:

تتعلق مدة أربعة أشهر، المنصوص عليها في المادة 5 من المرسوم 83-352، بالفترة التي يقوم الموثق بعد انقضائها بإعداد عقد الشهرة.

لا يترتب عن فواتها سقوط الحق في رفع دعوى بطلان عقد الشهرة أمام القضاء المختص.

إن المحكمة العليا...

عن الوجهين الأول والثالث معا دون الحاجة لفحص الوجه الثاني:

حيث أن الطلب المقدم من طرف المدعي في الطعن بالنقض كان يرمي إلى إبطال عقد الشهرة المحرر في : 26/07/1994 لفائدة المدعى عليه في الطعن والمنصب على قطعة أرضية مشتراة في حالة شيوع بعقد توثيقي مؤرخ في: 16/01/1989.

حيث أن قضاة الاستئناف رفضوا طلبه بسبب أنه وتبعا لقسمة حصلت بين المالكين في الشيوع، باع المدعي حصته لأحد إخوته، وأنه نظرا للمانع الأدبي لم يتم إعداد إي عقد، وأن المدعى عليه في الطعن قام بحسن نية، بإعداد عقد الشهرة محل النزاع لفائدته.

حيث أنه خلافا لما سبق، فإن الأسباب التي اعتمدها قضاة الاستئناف لم تستند إلى أي عنصر من عناصر الملف، وأن القضاة اكتفوا بالقول بوجود قسمة دون تحديد تاريخها، كما أنهم اعتبروا بأن بيع المدعي في الطعن بالنقض لحصته ثابت بالرغم من عدم إعداد أي عقد، وانه لا يجوز نقل الملكية إلا عن طريق عقد توثيقي تطبيقا للنصوص القانونية، ولا سيما لمقتضيات المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، كما لا يمكن الاستناد إلى المانع الأدبي في مجال نقل ملكية الحقوق العينية العقارية، وأنه وزيادة على ما سبق، تمسك قضاة الموضوع بحسن نية المدعى عليه في الطعن بالنقض، في حين أن مقتضيات المرسوم رقم 83/352 المؤرخ في 21/05/1983 لا تنص على حسن أو سوء نية الشخص الذي يسعى إلى إعداد عقد الشهرة، وأخيرا اعتبر القضاة بأنه لا يجوز للمدعي في الطعن بالنقض الاعتراض على إعداد عقد الشهرة وأخيرا اعتبر القضاة بأنه لا يجوز للمدعي في الطعن بالنقض الاعتراض على إعداد عقد الشهرة بعد انقضاء أجل أربعة أشهر، في حين أن هذا الأجل ممنوح للموثق قصد إعداد عقد الشهرة ولا يمكن أن يعتمد عليه في حساب أجال سقوط حق المدعي في الطعن بالنقض في رفع دعواه الرامية إلى إبطال عقد الشهرة المحرر إضرارا بحقوقه وأنه بالنتيجة لما سبق، وعلاوة على أن القضاة لم يعطوا لقرارهم أساسا قانونيا، فإنهم خرقوا القانون ولا سيما مقتضيات المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني والمرسوم رقم 83/352 المؤرخ في 21/05/1983، وبالتالي فإن قرارهم يستوجب النقض لانعدام الأساس القانوني ومخالفة القانون.

حيث أن المصاريف تقع على عاتق المدعى عليه في الطعن بالنقض طبقا للمادة 270 من قانون الإجراءات المدنية.

لهذه الأسباب...نقض و إحالة...

ملف رقم 423832 قرار بتاريخ 16/07/2008

قضية ورثة (ب- ر) ضد (ب-خ)

الموضوع: ملكية - حيازة - تقادم مكسب - عقد شهر مكسب.

قانون مدني: المادة: 827.

المبـــــدأ:

من الثابت قانونا أن كل من حاز عقارا أو منقولا أو حقا عينيا على منقول أو عقار دون أن يكون مالكا له أو خاصا به، صار له ذلك ملكا إذا استمرت حيازته له مدة خمسة عشر سنة بدون انقطاع.

لا يمنع توفر العقار على دفتر عقاري من اكتسابه بالتقادم.

...وعليه فإن المحكمة العليا:

عن الوجه الأول: المأخوذ من مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه:

والذي يعيب فيه الطاعنون على القرار المطعون فيه، أنه منح العقد العرفي الخاص بـــــــــــالمدعى عليه في الطعن، المؤرخ في 02/01/1987، الحـــــجية في مواجهة المدعين في الطعن، وجعله بداية لحيازة المدعى في الطعن التي اعتبرها أساسا للتقادم المكسب، مخالفا بـــذلك المادة 12 من قـــانون التوثيق والمادة 324 مكرر 01 والمادة 29 من القانون رقم 90/25 المتعلق بالتوجيه العقاري.

لكن حـيث يتضح من القـرار المطعون فيه، وخلافا لمزاعم المدعين في الطعن، أن قضاة الموضوع لم يأخذوا بالعقد العرفي كدليل إثبات مقدم من المدعى عليه في الطعن، إنما أشـاروا إليه عند حسـاب مدة حيازة المدعى عليه في الطعن للأرض محل النزاع، وذكروا لتأسيس قضائهم، أن الثابت من الحكم المستأنف أن المحكمة رفضت الدعوى الرامية لاسـترجاع الملكية لتقـادمها، ولتوافر التقـادم في مواجهة المدعين في الطعن، وما دامت الحـيازة ثابـتة وبحسـن نية ولمدة تجاوزت 15 ســـنة من تاريخ الدعوى الذي هو 01/12/2006 في حين أن الحيازة بدأت من تاريخ 02/01/1987 حسب شهادة البيع المقدمة من طرف المدعى عليه في الطعن.

ولم يثبت طوال هذه المدة أي منازعة للمدعى عليه في الطعن، حـتى أنجز مسـكنه من طابقـين، حسـب دفعه الذي لم ينكره المدعين في الطعن، وبـالتالي يكون دفع المدعين في الطعن بـأن حـق الملكية المستند إلى دفتر عقاري لا يسقط، غير مؤسس لأن المادة 827 من القانون المدني تخول للمدعى عليه في الطعن الدفع بالتقادم المكسب، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنه لا يوجد أي نص قانوني ينص على منع الدفع بالتقـادم المكسـب طبقـا للمادة 827 من القـانون المدني، وعليه تكون المواد القـــانونية المثارة من المدعين في الطعن لا تجد مجالا للتطبيق في قضية الحـال، ومن هنا يكون القضاة قـد طبقـوا صحيح القانون وطبقوا المادة 827 من القانون المدني تطبيقا صحيحا وبالتالي فالوجه غير مؤسس ويرفض.

عن الوجه الثاني: المأخوذ من القصور في التسبيب:

حيث أن مضمون هذا الوجه هو عبارة عن تكرار لما جاء في الوجه الأول، وقد سبقت الإجابة عليه ومناقشته، وعليه فهو غير مؤسس ويرفض الطعن بالنقض.

حيث أن من خسر الدعوى يتحمل المصاريف القضائية طبقا للمادة 270 من قانون الإجراءات المدنية.

لهذه الأسباب...رفض الطعن موضوعا...

ملف رقم 300815 قرار بتاريخ 18/05/2005

قضية ورثة المرحوم (ج-م) ضد (ت-ع)

الموضوع: ملكية - حيازة - تقادم مكسب.

قانون مدني: المادة 827.

المبـــــدأ:

يقوم اكتساب الملكية العقارية عن طريق التقادم المكسب على الحيازة و شروطها و مدتها.

لا فرق بين العقارات من حيث توفر أو انعدام السند

إن المحكمة العليا...

الرد عن أوجه الطعن:

عن الوجه الأول المأخوذ من تجاوز السلطة:

بدعوى ان القضاة ملزمين بالفصل في الحيازة طبقا لقرار المحكمة العليا، وليس لهم البحث في الملكية.

لكن حيث أنه بـالرجوع إلى المادة 268 من قـانون الإجراءات المدنية فهي تنص على مايلي: " يجب على لجهة القـــضائية التي تعاد إليها القضية بـعد النقـض أن تطبـق حـكم الإحـالة فيما يتعلق بالمسـائل القـانونية التي قـطعت فيها المحـكمة العليا". وبـالرجوع إلى قـرار المحكمة العليا، فقد نقـضت القـرار المطعون فيه على أسـاس عدم التسبيب، وليس فصلا في مسألة قـانونية قـاطعة، ومن ثم فإن قضاة الاستئناف عندما قـضوا بـعد الترجيع بـتعيين خبـير، لم يتجاوزوا سلطتهم، وعليه فالوجه المثار غير مؤسس.

عن الوجه الثاني والرابـــع المأخوذين في مخالفة القـــانون وانعدام الأساس القانوني:

بدعوى أن التمسك بالحيازة والتقادم المكسب يكون في العقارات التي ليس لها سندات ملكية رسمية وفقا للمادة 828 من القانون المدني.

لكن حـيث أن القـاعدة العامة في اكتسـاب الملكية العقـارية بالتقـادم المكسـب إنما يقـوم أساسـا على الحـيازة وشـروطها وعلى مدة هذه الحيازة حسب التعيين الآتي:

حـيث أن المادة 827 من القـانون المدني تنص على أنه : " من حـاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا كان أو عقـارا دون أن يكون مالكا له أو خاصا، به صار له ذلك ملكا، إذا استمرت حيازته له مدة 15 سنة بدون انقطاع".

وحيث أن المادة 828 من القـانون المدني تنص على أنه : " إذا وقـعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقـاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستمدة في الوقـت نفسـه إلى سـند صحـيح، فإن مدة التقـادم

المكسب تكون 10 سنوات ولا يشترط توافر حسن النية إلا وقت تلقي الحق".

والسند الصحيح هو تصرف يصدر عن شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحبا للحق المراد كسبه بالتقادم ويجب إشهار السند " وعليه فإن القانون المدني لا يفرق في التقادم المكسب بين الملكية التي لها سندات والتي ليس لها سندات".

وقد تأكد هذا المبدأ أيضا في المرسوم رقم 83/253 الخاص بإجراءات إثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية إذ نص على أن كل الأراضي تخضع للتقادم المكسب. وبناء عليه فإن ما يذكره الطاعنون في الوجه من كون الأراضي تخضع للتقادم المكسب، وبناء عليه فإن ما يذكره الطاعنون في الوجه من كون الأراضي التي لها سندات لا تكون محلا للتقادم المكسب لا أساس له.

وحيث أن ما يذكره الطاعنون من جهة أخرى أن المطعون ضده لم يقدم السند الصحيح لاكتسابه الملكية بالتقادم وفقا للمادة 828 من القانون المدني.

فإنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه نجد قضاة الاستئناف قد ذكروا في قرارهم أن المطعون ضده حاز القطعة المتنازع عليها منذ حوالي أربعين سنة خلت، حيازة فعلية ودون معارضة، وعليه فإنهم أخذوا بالتقادم المكسب المنصوص عليه في المادة 827 من القانون المدني، التي لا تشترط السند الصحيح، وبالتالي فما يثيره الطاعنون في الوجه لا أساس له.

وعن الوجه الثالث: المأخوذ من القصور في الأسباب:

لكن حيث أنه، بالرجوع إلى القرار محل الطعن، فإن قضاة الاستئناف ذكروا أن الطاعنين تعود لهم في القطعة محل النزاع حقوق المسماة (ب-ن) نسبتها 8/1 العائدة لها بدورها عن المرحوم زوجها (طم) إلا أنه لم يستغل هذه الحقوق طيلة حياته إلى حين وفاته في 21/01/1965، ومن ثم خلص القضاة إلى أن المطعون ضده حاز القطعة المتنازع عليها لمدة 40 سنة، مما يجعل تمسكه بالتقادم المكسب مؤسس ويؤخذ بعين الاعتبار، وعليه فإن قضاة الاستئناف برروا ما توصلوا إليه في قضائهم ومن ثم يكونون قد أمدوه بالأسباب الكافية الأمر الذي يجعل الوجه المثار غير مؤسس كسابقيه، وبالنتيجة يتعين رفض الطعن لعدم تأسيسه.

حيث أن المصاريف القضائية يتحملها الطاعنون.

لهذه الأسباب...رفض الطعن موضوعا...

ملف رقم 259635 قرار بتاريخ 21/04/2004

قضية (ي- ر) ضد (ب- أ)

الموضوع: ملكية - إثبات ملكية - دفتر عقاري.

أمر رقم: 75-74: المادة 19.

مرسوم رقم: 76-62

المبدأ:

يتم تسليم الدفتر العقاري باعتباره سند للملكية بعد استكمال التحقيق و الإجراءات المقررة و ليس بالاعتماد على مجرد تصريحات.

...وعليه فإن المحكمة العليا:

عن الوجهين مجتمعين لتكاملهما ووحدة موضوعهما والمأخوذين من تناقض الأسباب وانعدام الأساس القانوني:

بدعوى أن المطعون ضده دفع بملكية القطعة محل النزاع ثم تراجع ودفع بالحيازة والتقادم المكسب.

لكن حيث أنه بالرجوع إلى القرار محل الطعن، فإن الدعوى الأصلية التي أقامها الطاعن هي دعوى ملكية وقد رد المطعون ضده أنه يملك القطعة محل النزاع بموجب عقد رسمي وقد حازها منذ سنة 1947.

وحيث تبين من القرار المطعون فيه أن القضاة ناقشوا الدعوى على أساس الملكية ومن ثم لم يقعوا في التناقض كما يذكره الطاعن.

وحيث أن ما ينعاه أيضا القرار موضوع الطعن أن القضاة أخطئوا عندما اعتبروا الدفتر العقاري سندا للملكية لكونه حرر بناء على تصريحات المطعون ضده وليس على أساس عقد الملكية.

لكن حيث أنه من الثابت أن القانون ينص على خلاف ذلك فبالرجوع إلى المرسوم رقم 76/62 المؤرخ في 25/03/1976 المتضمن إعداد ومسح الأراضي العام، فإن المطعون ضده تحصل على الدفتر العقاري للقطعة الأرضية محل النزاع بعد التحقيق وبعد استكماله للإجراءات والشكليات والآجال المنصوص عليها في المرسوم السالف الذكر مما يجعله يكتسب القوة الثبوتية.

وحيث أنه خلافا أيضا لما يذكره الطاعن فإن المادة 19 من الأمر رقم: 75/74 المؤرخ في: 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري تنص:" أن الدفتر العقاري يعد سندا للملكية" ومن ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم هذا يكونون قد طبقوا صحيح القانون وأعطوا لقرارهم السند القانوني وعليه فالوجهين غير مؤسسين ويتعين بالتالي رفض الطعن لعدم تأسيسه.

حيث أن المصاريف القضائية يتحملها الطاعن.

لهذه الأسباب...رفض الطعن موضوعا...

أهم النشرات في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية

سنة - 2010 -

الفتـــرة	العدد	النص و الموضوع
2010		
مـــاي	30	- مرسوم تنفيذي رقم 10-129 مؤرخ في 29 أفريل 2010، يعدل المرسوم التنفيذي رقم 94-188 المؤرخ في 06 جويلية 1994 و المتضمن القانون الاساسي للصندوق الوطني للتأمين عن البطالة. - مرسوم تنفيذي رقم 10-131 مؤرخ في 29 افريل 2010، يتضمن تحديد مناطق التوسع و المواقع السياحية و التصريح بها و تصنيفها.
	31	- مرسوم تنفيذي رقم 10-133 مؤرخ في 5 ماي 2010، يتضمن القانون الاساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالتعليم العالي.
	32	- مرسوم تنفيذي رقم 10-134 مؤرخ في 13 ماي 2010، يؤسس النظام التعويضي للموظفين المنتمين للأسلاك المشتركة في المؤسسات و الإدارات العمومية. - مرسوم تنفيذي رقم 10-135 مؤرخ في 13 ماي 2010، يؤسس النظام التعويضي للعمال المهنيين و سائقي السيارات و الحجاب. - مرسوم تنفيذي رقم 10-136 مؤرخ في 13 ماي 2010، يؤسس النظام التعويضي للأعوان المتعاقدين. - مرسوم تنفيذي رقم 10-137 مؤرخ في 13 ماي 2010، يعدل و يتمم المرسوم رقم 86-61 المؤرخ في 25 مارس 1986 الذي يحدد شروط قبول الطلبة و المتدربين الأجانب و دراستهم و التكفل بهم.
	34	- مرسوم تنفيذي رقم 10-140 مؤرخ في 23 ماي 2010، يحدد مدة العمل بعنوان النظام النوعي لعلاقات عمل المستخدمين الملاحين المهنيين في الطيران المدني. - مرسوم تنفيذي رقم 10-141 مؤرخ في 23 ماي 2010، يعدل المرسوم التنفيذي رقم 90-170 المؤرخ في 2 جوان 1990 الذي يحدد شروط تخصيص المنح الدراسية و مبلغها. - مرسوم تنفيذي رقم 10-142 مؤرخ في 23 ماي 2010، يعدل المرسوم التنفيذي رقم 07-207 المؤرخ في 30 جوان 2007 الذي ينظم استعمال المواد المستنفذة لطبقة الأوزون و أمزجتها و المنتجات التي تحتوي عليها.
جـــوان	39	- مرسوم رئاسي رقم 10-155 مؤرخ في 20 جوان 2010، يتضمن انشاء مركز وطني للدراسات و الإعلام و التوثيق حول الأسرة و المرأة و الطفولة و تنظيمه و سيره. - مرسوم تنفيذي رقم 10-154 مؤرخ في 17 جوان 2010، يتمم المرسوم التنفيذي رقم 09-18 المؤرخ في 20 جانفي 2009 الذي يحدد التنظيم المتعلق بممارسة مهنة الوكيل العقاري. - مرسوم تنفيذي رقم 10-157 مؤرخ في 20 جوان 2010، يعدل و يتمم المرسوم التنفيذي رقم 03-290 المؤرخ في 6 سبتمبر 2003 الذي يحدد شروط الإعانة المقدمة للشباب ذوي المشاريع و مستواها. - مرسوم تنفيذي رقم 10-158 مؤرخ في 20 جوان 2010، يعدل و يتمم المرسوم التنفيذي رقم 04-02 المؤرخ في 3 جانفي 2004 الذي يحدد شروط الاعانات الممنوحة للبطالين ذوي المشاريع البالغين ما بين خمس و ثلاثين 35 و خمسين 50 سنة و مستوياتها.
جويليـــة	43	- مرسوم تنفيذي رقم 10-181 مؤرخ في 13 جويلية 2010، يحدد الحد المطبق على عمليات الدفع التي يجب أن تتم بوسائل الدفع و عن طريق القنوات البنكية و المالية.
	44	وزارة الشباب و الرياضة - قرار مؤرخ في 1 جويلية 2010، يحدد نموذج دفتر الأعباء الواجب اكتتابه من طرف الشركات و النوادي الرياضية المحترفة. - قرار مؤرخ في 6 جويلية 2010، يحدد قائمة الوثائق المرفقة بالاتفاقية المحددة للانشطة التابعة للنادي الرياضي الموقع و الأنشطة التابعة للشركة و النادي الرياضي المحترف
أوت	46	- قانون رقم 10-03 مؤرخ في 15 اوت 2010، يحدد شروط و كيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة. - قانون رقم 10-04 مؤرخ في 15 أوت 2010، يعدل و يتمم الامر رقم 76-80 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 و المتضمن القانون البحري. - قانون رقم 10-05 مؤرخ في 15 أوت 2010، يعدل و يتمم الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 و المتعلق بالمنافسة - قانون رقم 10-06 مؤرخ في 15 أوت 2010، يعدل و يتمم القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 جوان 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية.
	49	- أمر رقم 10-01 مؤرخ في 26 اوت 2010، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010.
سبتمبر	50	- أمر رقم 10-02 مؤرخ في 26 أوت 2010، يعدل و يتمم الأمر رقم 95-20 المؤرخ في 17 جويلية 1995 و المتعلق بالمحاسبة.

أهم النشرات في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية 2010

الفتـــرة	العدد	النص والموضوع
سبتمبر	50	- أمر رقم 10-03 مؤرخ في 26 اوت 2010، يعدل و يتمم الأمر رقم 96-22 المؤرخ في 9 جويلية 1996 و المتعلق بقمع مخالفة التشريع و التنظيم الخاصين بالصرف و حركة رؤوس الأموال من و الى الخارج. - أمر رقم 10-04 مؤرخ في 26 أوت 2010، يعدل و يتمم الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003 و المتعلق بالنقد و القرض. - أمر رقم 10-05 مؤرخ في 26 أوت 2010، يتمم القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20فيفري 2006 و المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته.
أكتوبـــر	58	- مرسوم رئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 7 اكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية.
نوفمبـــر	66	- قانون رقم 10-07 مؤرخ في 27 اكتوبر 2010، يتضمن الموافقة على الأمر رقم 10-01 المؤرخ في 26 اوت 2010 و المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010. - قانون رقم 10-08 مؤرخ في 27 اكتوبر 2010، يتضمن الموافقة على الامر رقم 10-02 المؤرخ في 26 اوت 2010 الذي يعدل و يتمم الامر رقم 95-20 المؤرخ في 17 جويلية 1995 و المتعلق بمجلس المحاسبة. - قانون رقم 10-09 مؤرخ في 27 اكتوبر 2010، يتضمن الموافقة على الامر رقم 10-03 المؤرخ في 26 اوت 2010 الذي يعدل و يتمم الامر رقم 96-22 المؤرخ في 9 جويلية 1996 و المتعلق بقمع مخالفات التشريع و التنظيم الخاصين بالصرف و حركة رؤوس الاموال من و الى الخارج. - قانون رقم 10-10 مؤرخ في 27 اكتوبر 2010، يتضمن الموافقة على الامر رقم 10-04 المؤرخ في 26 اوت 2010 الذي يعدل و يتمم الامر رقم 03-11 المؤرخ في 26 اوت 2003 و المتلعق بالنقد و القرض. - قانون رقم 10-11 مؤرخ في 27 اكتوبر 2010، يتضمن الموافقة على الامر رقم 10-05 المؤرخ في 26 اوت 2010 الذي يتمم القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006 و المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته.
	68	- مرسوم رئاسي رقم 10-270 مؤرخ في 3 نوفمبر 2010، يتضمن التصديق، بتحفظ، على الاتفاقية الدولية لقمع أعمال الإرهاب النووي، المفتوحة للتوقيع في مقر الأمم المتحدة في نيويورك في 14 سبتمبر 2005. - مرسوم رئاسي رقم 10-271 مؤرخ في 3 نوفمبر 2010، يتضمن التصديق على بروتوكول 2005 المتعلق ببروتوكول قمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة المنصات الثابتة القائمة في الجرف القاري، المحرر بلندن في 14 أكتوبر 2005.

Période	J.O	Textes et Intitulés
Août	**N° 46**	- Loi n° 10-04 du 15 août 2010, modifiant et complétant l'ordonance n° 76-80 du 23 octobre 1976 portant code maritime. - Loi n° 10-05 du 15 août 2010, modifiant et complétant l'ordonannce n° 03-03 du 19 juillet 2003 relative à la concurrence. - Loi n° 10-06 du 15 août 2010, modifiant et complétant l'ordonance n° 04-02 du 23 juin 2004 fixant les règles applicables aux pratiques commerciales
	N° 49	- Ordonnance n° 10-01 du 26 août 2010 portant loi de finances complémentaire pour 2010.
Septembre	**N° 50**	- Ordonnance n° 10-02 du 26 août 2010 modifiant et complétant l'ordonannce n° 95-20 du 17 juillet 1995 relative à la Cour des comptes. - Ordonnance n° 10-03 du 26 août 2010 modifiant et complétant l'ordonannce n° 96-22 du 9 juillet 1996 relative à la répression de l'infraction à la législation et à la réglementation des changes et des mouvements de capitaux de et vers l'étranger. - Ordonnance n° 10-04 du 26 août 2010 modifiant et complétant l'ordonnance n° 03-11 du 26 août 2003 relative à la monnaie et au crédit. - Ordonnance n° 10-05 du 26 août 2010 complétant la loi n° 06-01 du 20 février 2006 relative à la prévention et à la lutte contre la corruption.
Octobre	**N° 58**	- Décret présidentiel n° 10-236 du 7 octobre 2010 portant réglementation des marchés publics.
Novembre	**N° 66**	- Loi n° 10-07 du 27 octobre 2010 portant approbation de l'ordonnance n° 10-01 du 26 août 2010 portant loi de finances complémentaire pour 2010. - Loi n° 10-08 du 27 octobre 2010 portant approbation de l'ordonnance n° 10-02 du 26 août 2010 modifiant et complétant l'ordonnance n° 95-20 du 17 juillet 1995 relative à la Cour des comptes. - Loi n° 10-09 du 27 octobre 2010 portant approbation de l'ordonnance n° 10-03 du 26 août 2010 modifiant et complétant l'ordonnance n° 96-22 du 9 juillet 1996 relative à la présence de l'infraction à la législation et à la réglementation des changes et des mouvements de capitaux de et vers l'étranger. - Loi n° 10-10 du 27 octobre 2010 portant approbation de l'ordonnance n° 10-04 du 26 août 2010 modifiant et complétant l'ordonnance n° 03-11 du 26 août 2003 relative à la monnaie et au crédit. - Loi n° 10-11 du 27 octobre 2010 portant approbation de l'ordonnance n° 10-05 du 26 août 2010 complétant la loi n° 06-01 du 20 février 2006 relative à la prévention et à la lutte contre la corruption.
	N° 58	- Décret présidentiel n° 10-270 du 3 novembre 2010 portant ratification, avec réserve, de la convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire, ouverte à la signature au siège de l'organisation des Nations Unies à New York le 14 septembre 2005. - Décret présidentiel n° 10-271 du 3 novembre 2010 portant ratification du protocole de 2005 relatif au protocole pour la répression d'actes illicites contre la sécurité des plates-formes fixes situées sur le plateau continental, fait à Londres le 14 octobre 2005.

PRINCIPALES PARUTIONS AU JOURNAL OFFICIEL DE LA RÉPUBLIQUE ALGÉRIENNE JORA - ANNÉES 2010

Période	J.O	Textes et Intitulés
2010		
Mai	**N° 30**	- Décret exécutif n° 10-129 du 29 avril 2010 modifiant le décret ex&cutif n° 94-188 du 6 juillet 1994 portant statut de la caisse nationale d'assurance-chômage. - Décret exécutif n° 10-131 du 29 avril 2010 portant d'élimination, déclaration et classement de zones d'expansion et sites touristiques.
	N° 31	- Décret exécutif n° 10-133 du 5 mai 2010 portant statut particulier des fonctionnaires appartenant aux corps spécifiques de l'enseignement supérieur.
	N° 32	- Décret exécutif n° 10-134 du 13 mai 2010 instituant le régime indemnitaire des fonctionnaires appartenant aux corps communs aux institutions et administrations publiques. - Décret n° 10-135 du 13 mai 2010 instituant le régime indemnitaire des ouvriers professionnels, des conducteurs d'automobiles et des appariteurs. - Décret n° 10-136 du 13 mai 2010 instituant le régime indemnitaire des agents contractuels.
	N° 34	- Décret exécutif n° 10-140 du 23 mai 2010 fixant la durée de travail au titre du régime spécifique des relations de travail du personnel de l'aviation civile. - Décret exécutif n° 10-141 du 23 mai 2010 modifiant le décret exécutif n° 90-170 du 2 juin 1990 fixant les conditions d'attribution des bourses et le montant des bourses. - Décret exécutif n° 10-142 du 23 mai 2010 modifiant le décret exécutif n° 07-207 du 30 juin 2007 réglementant l'usage des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, de leurs mélanges et des produits qui en contiennent.
Juin	**N° 39**	- Décret présidentiel n° 10-155 du 20 juin 2010 portant création, organisation et fonctionnement d'un centre national d'études, d'information et de documentation sur la famille, la femme et l'enfance. - Décret exécutif n° 10-154 du 17 juin 2010 complétant le décret exécutif n° 09-18 du 20 janvier 2009 fixant la réglementation relative à l'exercice de la profession d'aagent immobilière. - Décret exécutif n° 10-157 du 20 juin 2010 modifiant et complétant le décret exécutif n° 03-290 du 6 septembre 2003 fixant les conditions et le niveau d'aide apportée aux jeunes promoteurs. - Décret exécutif n° 10-158 du 20 juin 2010 modifiant et complétant le décret exécutif n° 04-02du 3 janvier 2004 fixant les conditions et les niveaux des aides accordées aux chômeurs promoteurs âgés de trente-cinq 35 à cinquante 50 ans.
Juillet	**N° 43**	- Décret exécutif n° 10-181 du 13 juillet 2010 fixant le seuil applicable aux opérations de paiements devant être effectués par les moyens de paiement à travers les circuits bancaires et financiers.
	N° 44	MINISTÈRE DE LA JEUNESSE ET DES SPORTS - Arrêté du 1er juillet 2010 fixant le modèle du cahier des charges devant être souscrit par les sociétés et clubs sportifs professionnels. - Arrêté du 6 juillet 2010 fixant la liste des documents accompagnant la convention définissant les activités relevant du club sportif signataire et les activités relevant de la sociétés et du club sportif professionnel.
Aout	**N° 46**	- Loi n° 10-03 du 15 août 2010 fixant les conditions et les modalités d'exploitation des terres agricoles du domaine privé de l'Etat.

décision du premier juge et condamna le commerçant algérien à verser à la société appelante la totalité du prix consigné sur les factures alors que:

1°/ la société étrangère n'a pas suivi le tribunal dans ses motifs, et produit devant la cour les même factures, alors que la seule application de l'article 8 du nouveau code suffisait à faire débouter l'appelante, ce qui était de nature à donner de la prestance à cette nouvelle disposition, mieux encore, la cour dans ses motifs, affirme que la seule production de factures établies par le fournisseur justifie la créance, jusqu'à preuve du contraire, ce qui est pour le moins curieux comme raisonnement, comment peut-on apporter la preuve contraire à des factures établies par un commerçant, et dans des rapports de commerce international, et au passage la cour ne manque pas de reprocher au tribunal de n'avoir pas suffisamment apprécier les faits, alors que confirmer le premier jugement aurait entériné une bonne justice du tribunal et laissé à l'institution judiciaire toute sa crédibilité ;

2°/ l'appelante a pris le soin ou le risque de mettre en cause une banque algérienne en qualité de garant de la transaction, dans le cadre d'un crédit documentaire comme elle l'a affirmé elle-même; mais voilà que dans ses conclusions, la banque mise en cause, nie tout rapport avec les parties, et ajoute que les factures n'ont jamais été domiciliées chez elle, ce qui aurait dû encore une fois suffire à mettre à néant les prétentions de la société étrangère, elle qui a construit toute sa stratégie sur des factures prétendument domiciliées dans un établissement bancaire en Algérie. Cela n'a pas scandalisé les juges du second degré, ce qui aurait dû être le cas, au contraire, la cour balaie d'un revers de la main tous les motifs du premier juge, les moyens du défendeur, annule le jugement, statue de nouveau et donne gain de cause à l'appelante.

Ne nous a-t-on pas appris que l'office du juge consiste à trancher les différends des parties et à apprécier leurs prétentions respectives, qu'il est le servant des plaideurs et le serviteur du droit (2). Mais cette règle, pourtant consacrée dans nos lois depuis toujours, tarde encore à s'affirmer dans nos prétoires, alors même qu'une bonne justice passera forcément par là.

* Avocat au barreau de setif

Marges

1/ Montesquieu a, pour la première fois développé le principe de séparation des pouvoirs dans un ouvrage intitulé DE L'ESPRIT DES LOIS, en 1748.

2/ Colloque sur l'office du juge, Paris, Palais du Luxembourg les 29 et 30 septembre 2006.

des parties , le tribunal a ici outrepassé ses prérogatives et n'a surtout pas saisi la nuance.

Pour faire valoir ses droits issus du contrat, il saisit une nouvelle fois le bureau de conciliation, prend le soin de détailler l'ensemble des éléments qui composent l'indemnité de départ; un procès-verbal de non-conciliation est établi en date du 17/03/2009, le nouveau code de procédure civile entre en application le 25/4/2009, le contrat de travail devant être traduit, les bureaux de traduction sont assaillis, le traducteur remet sa copie au mois de septembre 2009, le cadre dirigeant assigne le 28 octobre 2009; le tribunal le déboute un nouvelle fois en appliquant la forclusion de l'article 504 du code de procédure civile, alors même que l'article 2 du même code précise bien que les nouvelles dispositions du code sont applicables dès son entrée en vigueur, à l'exception de celles relatives aux délais, lorsqu'ils ont commencé à courir sous l'empire de l'ancien code, ce qui est tout a fait le cas pour ce qui nous concerne ici, le procès-verbal est bien daté du 17/03/2009, bien avant l'entrée en vigueur du nouveau code.

Ne nous a-t-on pas appris que l'office du juge consiste à trancher les différends des parties et à apprécier leurs prétentions respectives, qu'il est le servant des plaideurs et le serviteur du droit.

Voilà donc un justiciable qui tient ses droits d'un contrat, se voit opposer deux fois des motifs de rejet erronés, selon le jargon du droit, scandaleux , dans le langage courant, parce qu'un tribunal ne daigne pas se saisir de tous les éléments du dossier, ou évite d'appliquer des dispositions claires d'une loi, nouvelle pourtant, et dont il est toujours utile de veiller à sa bonne application, pour lui donner la meilleure vie possible et ne pas compromettre son existence. Mais le tribunal a choisi le déni de justice, déboute le justiciable et renvoie les avocats à leur détresse.

B. Une cour statuant en appel d'un jugement rendu à l'occasion d'un litige relatif à un contrat du commerce international; une société étrangère aurait vendu de la matière première à un fabricant algérien, qui aurait reçu une partie seulement de la marchandise, et refuse de payer la totalité comme le lui exige le fournisseur étranger. Un litige est né, la société étrangère s'adresse à la justice, demande et obtient une autorisation de saisie conservatoire et l'obtient sur le seul fondement de factures libellées en langue étrangère, violant en cela, avec une flagrance insoutenable, une des règles élémentaires de la procédure civile, entérinée dans l'article 647 du code de procédure civile, qui exige, pour l'obtention d'une ordonnance portant saisie conservatoire, que le créancier soit titulaire d'une créance certaine et exigible et qu'il soit porteur d'un titre de créance ou qu'il justifie d'une créance paraissant fondée.

La société étrangère introduit une action en validation et introduit dans le même temps une action au fond, le tribunal la déboute de l'action au fond comme de l'action en validation , aux motifs que les factures n'ont pas été au préalable traduites et que la créance pour laquelle une saisie conservatoire a été autorisée n'était pas certaine, et que sur le fond, rien ne justifie la certitude de la créance car rien ne prouve que les factures ont été acceptées par l'acheteur algérien, et que rien dans le dossier ne justifie que les créances ont été domiciliées dans une banque algérienne. Ce qui est une bonne lecture des faits de l'affaire et une saine application de la loi. La demanderesse fait appel des deux décisions, ce sont donc les décisions de la cour qui nous intéressent ici.

Sur appel, la cour annule les deux jugements. Sur le jugement rendu en matière de référé, relatif à l'action en validation de la saisie conservatoire, la cour valide la saisie au motif qu'une instance au fond est pendante devant la cour et qu'il échét donc, et pour ce seul motif, de valider la saisie conservatoire. La cour a donc estimé que des factures libellées dans une langue étrangère suffisaient pour la bonne application de l'article 647 du code de procédure civile alors même qu'un article 8 du même code fait de la traduction des pièces et documents présentés en langue étrangère, un acte obligatoire; ce qui rend plus grave encore la seule violation de l'article 647 précité.

Sur le fond, la cour a annulé la

CHRONIQUE D'UNE JUSTICE MAL RENDUE

BENDAOUD Talal *

La constitution algérienne, qui traite dans son titre deuxième de l'organisation des pouvoirs, définit dans ses articles 138 et suivants les règles d'exercice du pouvoir judiciaire: il est indépendant et s'exerce dans le cadre de la loi, nous dit d'abord l'article 138, la justice, qui en est l'émanation, s'exprime par le respect du droit, le juge n'obéit qu'à la loi, il a l'obligation de répondre de la manière dont il s'acquitte de sa mission , enfin la loi protège le justiciable contre tout abus ou toute déviation du juge. Ce sont là quelques principes destinés à garantir l'indépendance de la justice et promouvoir le juge dans sa mission essentielle, celle qui consiste à rendre une bonne justice (1).

Mais d'aucun sait que la justice dans notre pays est souvent mal rendue, car au-delà des phénomènes qui menacent aujourd'hui le magistrat dans sa probité, ce qui n'est pas l'objet de notre chronique, d'autres phénomènes encore plus graves que n'importe quelle autre partialité de la justice sont aussi à déplorer: nous pensons notamment à l'indifférence des juges à l'égard des parties au procès, de leurs prétentions et des moyens qu'elles soulèvent, aux violations parfois hilarantes de la loi, et surtout à la déliquescence dans les procédés de jugement.

...d'autres phénomènes encore plus graves que n'importe quelle autre partialité de la justice sont aussi à déplorer: nous pensons notamment à l'indifférence des juges à l'égard des parties au procès, de leurs prétentions et des moyens qu'elles soulèvent

Deux exemples de décisions de justice méritent d'être soulignés pour étayer notre propos :

A. Un dirigeant d'entreprise recruté pour une durée ferme de trois ans et cela dans le cadre du décret exécutif n° 90-290 relatif au régime spécifique des relations de travail concernant les dirigeants d'entreprise, arrive en fin de contrat et choisit de ne pas reconduire son contrat et de mettre un terme à la relation de travail; or justement son contrat prévoit qu'en cas de rupture de la relation de travail du fait du dirigeant, ce dernier a droit à l'attribution d'une indemnité équivalente à trois mois de salaire et le versement des primes liées au poste (primes de logement, de transport, de téléphone et de restauration). C'est l'indemnité de départ due en cas de rupture du contrat du fait du dirigeant telle que l'a définie le contrat.

Mais à la rupture du contrat de travail, l'entreprise refuse de libérer l'indemnité de départ dont s'agit. Contraint de porter son affaire devant la justice, il comparait devant le bureau de conciliation selon la procédure d'usage, et exige le versement par l'employeur de l'indemnité de départ au sens du contrat de travail; l'employeur exprime purement et simplement son refus d'accéder à la demande du salarié. Il assigne ensuite l'entreprise devant le juge social aux fins de voir condamner l'entreprise à verser l'indemnité de départ. Dans sa requête, l'employé demande le versement des salaires et des primes qui composent l'indemnité de départ.

Le tribunal le déboute en la forme au motif que le demandeur a réclamé, devant le bureau de conciliation le versement de la prime de départ, alors que, dit le tribunal, sa requête comporte une série d'indemnités qui n'ont pas été discutées au préalable devant le bureau de conciliation. Alors même que l'indemnité de départ est définie dans le contrat comme comprenant salaires et primes, qu'il fallait simplement revenir au contrat pour s'en apercevoir, le contrat faisant la loi

Bulletin de l'AVOCAT

Périodique édité par l'Ordre des Avocats de Sétif N° 13 - Décembre 2010 -