جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس
كلية الحقوق والعلوم السياسية
19 مارس 1962.

الدفع بالنظام العام
-دراسة مقارنة-

أطروحة للحصول على شهادة دكتوراه ل- م- د.
تخصص: قانون فرع قانون قضائي.

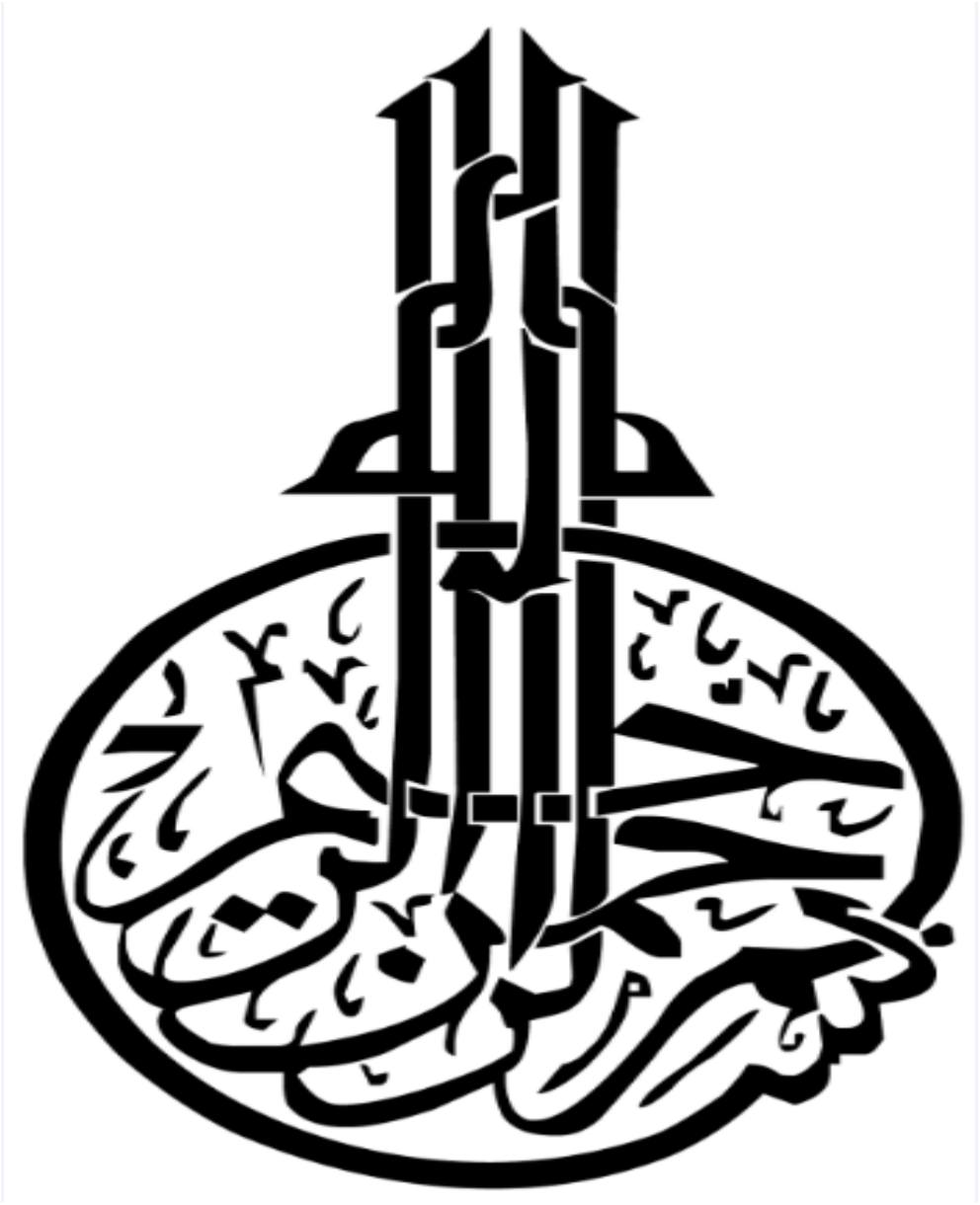
تقدم وتناقش علنا من طرف الطالب:
خروبي أحمد.

تحت إشراف الأستاذ:
د. فرعـــــون محمد.

أمام لجنة المناقشة:

الأستاذ (ة)	الرتبة	جامعة الانتماء	الصفة
السيدة: شايب صورية	أستـــاذة التعليم العالي	جامعة سيدي بلعبـاس	رئيـــــسا
السيد: فـــرعون محمد	أستـــاذ محاضر "أ"	جامعة سيدي بلعبـاس	مشرفا ومقررا
السيد: بن عودة حسكر مراد	أستاذ التعليم العالي	جـــــامعة تلمسان	عضوا مناقشا
السيدة: وافـــي حاجة	أستـــاذة محاضرة "أ"	جـــــامعة مستغانم	عضوا مناقشا

السنة الجامعية :2023/2022 م / 1443 / 1444 هـ .



العنوان :الدفع بالنظام العام (دراسة مقارنة.)

الملخص:

إن الخوض في مسألة الدفوع بالنظام العام تسترعي منا تأصيل هذه المسألة من الناحية الفقهية والقانونية والقضائية نظرا للتعقيدات التي تحوم حولها، بما لا يدع مجالا للشك في أذهان رجال القانون والقضاء على حد سواء، ذلك أن هاته الآلية الخاصة ونظرا لارتباطها تلازميا مع فكرة النظام العام فإنها تتسم بنوع من الغموض والإبهام، مما يجعل بسط هذا الموضوع بشكل قانوني معمق وسلسل يستجيب لتطلعات المختصين في حقل القانون.

الكلمات المفتاحية:

النظام العام- الدفع- الإجراءات- عدم الاختصاص- القضاء- الخصوم- القاضي.

Title: Public Order Défense (A Comparative Study).

***ABSTRACT**:*

Delving into the issue of defenses of public order requires us to root this issue from a jurisprudential, legal and judicial point of view in view of the complications that hover around it, leaving no room for doubt in the minds of jurists and the judiciary alike, because this is a special mechanism and due to its concomitant connection with the idea of public order, it It is characterized by a kind of ambiguity and ambiguity, which makes the elaboration of this topic legally in depth and smooth that responds to the aspirations of specialists in the field of law.

key words: Public order - payment - procedures - lack of jurisdiction - judiciary - litigants - judge.

***Titre** : Défense de l'ordre public (étude comparée).*

ABSTRAIT:

L'approfondissement de la question des défenses d'ordre public nécessite d'enraciner cette question d'un point de vue jurisprudentiel, juridique et judiciaire compte tenu des complications qui l'entourent, ne laissant aucune place au doute dans l'esprit des juristes comme des magistrats, parce qu'il s'agit d'un mécanisme spécial et en raison de son lien concomitant avec l'idée d'ordre public, il Il se caractérise par une sorte d'ambiguïté et d'ambiguïté, ce qui rend l'élaboration de ce sujet juridiquement approfondie et fluide qui répond aux aspirations des spécialistes dans le domaine du droit.

mots clés: Ordre public - paiement - procédures - incompétence - judiciaire - justiciables - juge.

إهداء

إلى روح والدي تغمده الله برحمة و أسكنه فسيح جناته.

إلى أمي الحنونة التي لا أجد كلمات يمكن أن تمنحها حقها، فهي ملحمة الحب وفرحة العمر، ومثال التفاني والعطاء.

إلى إخوتي سندي وعضدي ومشاطري أفراحي في هذه الحياة.

إلى زوجتي أسمى رموز الإخلاص والوفاء ورفيقة دربي.

إلى أولادي هديل و مرام و رائد محمد منصف فلذات كبدي و قرة عيني.

إلى جميع أساتذتي مصابيح الهدى.

إلى جميع زملائي و أصدقائي، و أخص منهم أخي قادة مثال الوفاء.

أهدي ثمرة هذه الأطروحة.

قائمة المختصرات

- **ص:** الصفحة
- **ط:** الطبعة
- **ج:** الجزء
- **ص ص:** من الصفحة إلى الصفحة
- **ج.ر.ج.ج:** الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية
- **ج.ر.ج.ف:** الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية
- **ج.ر.ج.م : الجريدة** الرسمية لجمهورية مصر
- **ر.ر.ج ت:** الرائد الرسمي لجمهورية تونس
- **ق.إ.م:** قانون الإجراءات المدنية
- **ق.إ.م.إد:** قانون الإجراءات المدنية والإدارية
- **ق.إ.م.ف:** قانون الإجراءات المدنية الفرنسي
- **ق.م :** القانون المدني
- **س:** ساعة
- **د:** دقيقة
- **د.ذ.د.ن:** دون ذكر دار النشر
- **د.ذ.س.ن:** دون ذكر سنة النشر
- **د.ذ.ط.ب:** دون ذكر طبيعة البحث

Principales Abréviations

- p: page
- Art : Article.
- éd: édition.
- op.cit : ouvrage précedent
- j.o.rf : Journal Officiel de la République Française.
- SPA : المرفق العام الإداري
- SPIC: المرفق العام الصناعي والتجاري
- SGI : services d'intérêt général
- SIEG : services d'intérêt économique général

المقـــدمـــة:

يعتبر احترام حقوق الخصوم في الدعوى القضائية من حيث تقديم الدفوع بكل عدالة ومساواة من المرتكزات الأساسية لنجاح أي قانون، فقياس مدى تقدم أي قانون يكون باحترامه لحقوق الخصوم في النص على الدفوع في صلب القانون واحترام تقديم هذه الدفوع بشكل عادل أمام محكمة الموضوع.

ولكون الدفع حق من حقوق الإنسان فإن الكثير من الدساتير والقوانين المتقدمة في العالم أكدت على احترام حقوق الخصوم في تقديم دفوعهم أمام محكمة الموضوع ونصت عليها بشكل صريح، كذلك، فإن المواثيق الدولية بشتى أنواعها سواء أكانت معاهدات أم اتفاقيات دولية أم قوانين دولية كلها أكدت على أهمية الدفوع كحق من حقوق الإنسان.

ويعتبر موضوع الدفوع من المواضيع الرئيسة سواء أكان ذلك على مستوى الفقه أم على مستوى القضاء، وذلك لارتباط الموضوع بحق رئيسي وهام من الحقوق الطبيعية للإنسان وهو حق الدفاع عن المتهم أمام المحاكم بمختلف درجاتها وأنواعها، وقد كفلت معظم الدساتير هذا الحق، ونصت عليه القوانين التي ترتبط بحقوق الدفاع.

إن موضوع الدفوع موضوع قديم حديث، حيث يعتبر من المواضيع التاريخية والقديمة والتي لاقت الاهتمام وعاصرت البشرية قبل أن تحيى على، الأرض فعندما أخطأ آدم وحواء وعصيا ربهما وأكلا من الشجرة المحرمة فقد أعطاهما الله سبحانه وتعالى فرصة سماع أقوالهما لإبداء دفاعهما فقال في كتابه الكريم: ﴿ **فَدَلَّاهُمَا بِغُرُورٍ ۚ فَلَمَّا ذَاقَا الشَّجَرَةَ بَدَتْ لَهُمَا سَوْآتُهُمَا وَطَفِقَا يَخْصِفَانِ عَلَيْهِمَا مِن وَرَقِ الْجَنَّةِ ۖ وَنَادَاهُمَا رَبُّهُمَا أَلَمْ أَنْهَكُمَا عَن تِلْكُمَا الشَّجَرَةِ وَأَقُل لَّكُمَا إِنَّ الشَّيْطَانَ لَكُمَا عَدُوٌّ مُّبِينٌ ﴿22﴾ قَالَا رَبَّنَا ظَلَمْنَا أَنفُسَنَا وَإِن لَّمْ تَغْفِرْ لَنَا وَتَرْحَمْنَا لَنَكُونَنَّ مِنَ الْخَاسِرِينَ** ﴿23﴾﴾.[1]

إن التشريع الرباني الحكيم الذي أنزله على رسوله محمد - صلى الله عليه وسلم- جاء كاملا متكاملا صالحا لكل زمان ومكان، داعيا لكل خير، آمرا بالعدل وإقامة القسط. فلقد جاء في القرآن الكريم: ﴿**إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ**﴾.[2]والأمانات كلمة عامة تشمل جميع الحقوق والتحكم بالعدل هو القضاء بتلك الأمانات حال النزاع بصددها.

ويقول تعالى:﴿ **لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ ۖ وَأَنزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَلِيَعْلَمَ اللَّهُ مَن يَنصُرُهُ وَرُسُلَهُ بِالْغَيْبِ ۚ إِنَّ اللَّهَ قَوِيٌّ عَزِيزٌ**﴾.[3] وأمر الله رسوله - صلى الله عليه وسلم- أن يحكم بالعدل، **فقال سبحانه:**﴿ **سَمَّاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَّالُونَ لِلسُّحْتِ ۚ فَإِن جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ ۖ وَإِن تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَن يَضُرُّوكَ شَيْئًا ۖ وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ ۚ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ** ﴾.[4] فالعدل هو من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية، مما جعله فريضة واجبة، وليس مجرد حق من الحقوق التي يمكن لصاحبها التنازل عنها، حيث يشاء أو التفريط فيها.[5] وفي ذلك **يقول المولى عز وجل:**﴿**يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ ۚ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ**﴾.[6]

ولا يتحقق العدل ولا يتصور القسط إلا بإعطاء طرفي التنازع الحق في إبداء أقوالهما بكل حرية، وضمان حرية الدفاع عن أنفسهما تجاه ما يدعيه كل طرف على الآخر في مجلس القضاء، وإذا حرم أحد

---

[1] - الآيتان (22) و (23) من سورة الأعراف.
[2] - الآية (58) من سورة النساء.
[3] - الآية (25) من سورة الحديد.
[4] - الآية (42) من سورة المائدة.
[5] - د. محمد عمارة، الإسلام وحقوق الإنسان، ضرورات لا حقوق، دار الشروق، مصر، 2015، ص 55- 56.
[6] - الآية 26 من سورة ص.

الأطراف من هذا الحق فقد دخلت المحاكمة في الجور والميل، وهذا ظلم وإجحاف لا يقره الشرع ولا يثبته، بل يبطل كل ما ترتب عليه .

ولذا كانت من أهم المبادئ المقررة في الشريعة لتحقيق العدالة بين الخصوم مبدأ حق المتهم في سماع أقواله أمام القضاء قبل الحكم عليه، وسماع أقوال المدعى عليه قبل إصدار الحكم. ويدل على ذلك حديث رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لعلي بن أبي طالب -رضي الله عنه - عندما بعثه لليمن قاضيا، حيث قال:{{ **بعثني رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إلى اليمن قاضيا، فقلت: يا رسول الله ترسلني وأنا حديث السن ولا علم لي بالقضاء ؟ فقال: إن الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك، فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر، كما سمعت من الأول، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء»، قال فمازلت قاضيا أو ما شككت في قضاء بعد**}}.[7]

يدل **قوله صلى الله عليه وسلم :{{ فلا تقضين حتى تسمع من الآخر، كما سمعت من الأول}}.** على أن القاضي مأمور أن لا يصدر حكما في دعوى حتى يسمع من المدعي والمدعى عليه، فقد يقر المدعى عليه بالدعوى، وبالتالي تثبت الدعوى، وقد ينكر، فيكلف المدعي بإثبات دعواه، وقد لا يقر ولا ينكر، وإنما يدعي أمرا يحاول به إبطال دعوى المدعي، أو تأجيل الحكم في الدعوى،ودعوى المدعى عليه في هذا المقام يطلق عليها مصطلح : الدفع".

ومن هذا الحديث يتضح أنه يجب على القاضي ألا يصدر حكما على المتهم حتى يسمع دفاعه، وإذا حكم القاضي دون سماع دفاع المتهم فحكمه باطل؛ لأن الرسول - صلى الله عليه وسلم- نهى عن الحكم قبل سماع أقوال الطرفين، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه.

ويشهد لبطلان حكم القاضي إذا لم يسمع لأطراف الخصومة ما جاء في قصة الخصمين، اللذين تسورا المحراب على داود - عليه السلام - فقال أحدهما:﴿ **إِنَّ هَذَا أَخِي لَهُ تِسْعٌ وَتِسْعُونَ نَعْجَةً وَلِيَ نَعْجَةٌ وَاحِدَةٌ فَقَالَ أَكْفِلْنِيهَا وَعَزَّنِي فِي الْخِطَابِ ﴿23﴾ قَالَ لَقَدْ ظَلَمَكَ بِسُؤَالِ نَعْجَتِكَ إِلَى نِعَاجِهِ وَإِنَّ كَثِيرًا مِنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَا هُمْ وَظَنَّ دَاوُودُ أَنَّمَا فَتَنَّاهُ فَاسْتَغْفَرَ رَبَّهُ وَخَرَّ رَاكِعًا وَأَنَابَ ﴿24﴾**﴾.[8]

وتجسيدا للمحاكمة العادلة، تبنى المشرع الجزائري نفس المنهاج من خلال توفير جميع وسائل الدفاع التي يجوز للخصم أن يستعين بها ليجيب على دعوى خصمه صلب قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتشريعات المكملة له، بقصد تفادي الحكم لخصمه بما يدعيه سواء كانت هذه الوسائل موجهة إلى الخصومة أو بعض إجراءاتها(الدفع الشكلية)، أو موجهة إلى أصل الحق المدعى به (الدفع الموضوعية)، أو إلى سلطة الخصم في استعمال دعواه منكرا إياها (الدفع بعدم القبول).إلا أنه من خلال تفحص مضمون النصوص القانونية المتفرقة في التشريع الإجرائي الجزائري، نجد أن المشرع الجزائري قد تناول دفعا مستترا هو الدفع بالنظام العام.

تتمثل إشكالية هذه الدراسة في مدى تبني المشرع الجزائري لآلية الدفع بالنظام العام بشكل صريح وشمولي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتشريعات المكملة له مقارنة مع التشريعات الأخرى ؟ وما هي أهم أوجه النقص الخاصة بهذا الموضوع في التشريع الجزائري مقارنة بالتشريعات المقارنة؟

---

[7] - النسائي، أبو عبد الرحمن بن شعيب، السنن الكبرى، تحقيق عبد القادر البنداري وسيد كسروي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1411 هـ - 1991 م.

[8] - الآيتان 24 و 25 من سورة ص.

كما تكمن أهمية دراسة موضوع الدفع بالنظام العام في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري في ارتباطه بحقوق الدفاع وتعلقه بالمصالح الأساسية للدولة، حيث إن هناك علاقة ما بين حقوق الدفاع والدفوع فكلاهما وجهان لعملة واحدة ، حيث كفلت الدساتير حقوق الدفاع وصانتها القوانين.

وتبدو الأهمية الأساسية في عدم وجود دراسات أكاديمية في موضوع الدفع بالنظام العام في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وحتى في القوانين الإجرائية المقارنة، وكذلك ندرة المراجع الفقهية فيما يخص هذا الموضوع، حيث تفتقر المراجع الفقهية القانونية في الجزائر للدراسات في مجال الدفع بالنظام العام – باستثناء الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص- والذي له الأهمية من حيث ارتباطه بحقوق الإنسان وحريات المواطنين والمصالح الأساسية للدولة الحديثة، وكذلك وجود فراغ تشريعي في هذا المجال، حيث لم يتطرق التشريع الجزائري لموضوع الدفع بالنظام العام بشكل شمولي وواضح وصريح. لذا تكمن أهمية هذه الدراسة في التعليق على التشريع الجزائري في باب الدفوع و مقارنته بالتشريعات العربية والغربية الأخرى، والإفادة منها في سد النقص في باب الدفوع المتعلقة بالنظام العام، والخروج بتصور شمولي لهذا الموضوع.

كما تؤسس هذه الدراسة لوضع مرجع أساسي للدارسين المختصين في الفقه الإجرائي لمسألة الدفوع المتعلقة بالنظام العام، كما، وأنه نظرا لكثرة تناول هذا النوع من الدفوع في التطبيقات العملية في المحاكم على شتى أنواعها ودرجاتها، فإن هذه الدراسة سوف تكون منهلا مفيدا لمجموع القضاة و المحامين والمتقاضين في توظيف هذه الآلية في إطار المنازعات القضائية، و العمل على توحيد النصوص بدلا من تركها مبعثرة ومتناثرة في نصوص وقوانين مختلفة، وصولا إلى صياغة قانونية شاملة وكاملة لهذه النصوص في مجال الدفوع المتعلقة بالنظام العام، مما يسهل على الباحث والقارئ الرجوع إلى هذه النصوص بشكل سلس ومنهجي.

ستقوم هذه الدراسة على عدة مناهج للبحث تتلخص في الآتي:

1- **المنهج الوصفي:** والمقصود بهذا المنهج وصف لمشكلة البحث في تناول موضوع الدفع بالنظام العام في التشريع الجزائري، ووصفه وصفا شاملا وقانونيا من أجل الوصول إلى الفائدة المرجوة من البحث، والوقوف على النواقص الموجودة، والخلل وصولا إلى وصف علمي يحقق أهداف البحث القانوني والمنهجي.

2- **المنهج التحليلي:** حيث يقوم هذا المنهج في البحث على تحليل النصوص القانونية في باب الدفوع في التشريع الجزائري، وتناولها بالبحث والدراسة، وبيان أوجه النقص فيها بحيث يكون التحليل للنصوص القانونية تحليلا قانونيا وسائغا ومتناسقا مع التعليق على النصوص.

3- **المنهج الحواري (المقارن):** حيث سيقوم الباحث بتتبع مفردات المادة من المصادر الفقهية القديمة، والحديثة، ومن المؤلفات القانونية، ومقارنة هذه المفردات بين الفقه والقانون الوطنيين والأجنبيين، وبيان أوجه الائتلاف والاختلاف بينهما. وبذلك تناولنا هذه الدراسة وفق الخطة الآتية:

الباب الأول: تأصيل آلية الدفع بالنظام العام.

يتضمن هذا الباب فصلين، جاء الفصل الأول بعنوان: ضبط مفهوم آلية الدفع بالنظام العام. أما الفصل الثاني، فقد جاء تحت عنوان دور فكرة النظام العام في تحديد نطاق الدفع. أما بالنسبة لمحتوى الفصول، فقد تألف الفصل الأول من أربعة مباحث، تناولنا في المبحث الأول: مدلول الدفع بالنظام العام.أما المبحث الثاني فقد تطرقنا فيه لتطور آلية الدفع بالنظام العام. وعن المبحث الثالث، فقد تكلمنا فيه عن مصادر الدفع بالنظام العام، أما آخر مبحث فقد خصصناه لأغراض ووظائف الدفع بالنظام العام.

كما جاء الفصل الثاني للحديث عن دور فكرة النظام العام في تحديد نطاق الدفع، وذلك لتحديد طبيعة الدفع بالنظام العام، وما إذا كان من الدفوع الشكلية (المبحث الأول)، أو من الدفوع الموضوعية (المبحث الثاني)، أو أنه دفع بعدم القبول (المبحث الثالث)، أو أنه دفع ذو طبيعة خاصة(المبحث الرابع).

الباب الثاني: الآثار المترتبة على الدفع بالنظام العام بين التشريع الوطني والقانون الدولي.

تضمن هذا الباب كذلك فصلين، أين تكلمنا في الفصل الأول عن الآثار المترتبة على الدفع بالنظام العام في التشريع الوطني من خلال ثلاثة مباحث، تناولنا تبعا عدم الاختصاص(المبحث الأول)، البطلان (المبحث الثاني)، عدم دستورية القوانين (المبحث الثالث).

أما بالنسبة للفصل الثاني، فقد تطرقنا للآثار المترتبة على الدفع بالنظام العام في القانون الدولي، من خلال الكلام عن مسألة استبعاد تطبيق الاتفاقية الدولية (المبحث الأول)، ثم الحديث عن مسألة عدم دستورية الاتفاقيات الدولية (المبحث الثاني)، لننتهي في هذا الفصل بالتعرض لمسألة استبعاد تطبيق القانون لأجنبي (المبحث الثالث).

الباب الأول: تأصيل آلية الدفع بالنظام العام.

إن الخوض في مسألة الدفع بالنظام العام تسترعي منا تأصيل هذه المسألة من الناحية الفقهية والقانونية والقضائية نظرا للتعقيدات التي تحوم حولها، بما لا يدع مجالا للشك في أذهان رجال القانون والقضاء على حد سواء، ذلك أن آلية الدفع بالنظام العام ونظرا لارتباطها تلازميا مع فكرة النظام العام فإنها تتسم بنوع من الغموض والإبهام.

إن بسط هذا الموضوع بشكل قانوني معمق وسلسل يستجيب لتطلعات المختصين في حقل القانون يفرض علينا ضبط مفهوم الدفع بالنظام العام (الفصل الأول)، من خلال تحديد مدلول الدفع بالنظام العام (المبحث الأول)، بمعناه اللغوي والفقهي والقانوني والقضائي، كما أن الحديث عن هذه الآلية يدفعنا للغوص في مراحل تطورها، إذ كان للفقه الأثر البارز في تطور هذا النوع من الدفوع وإبرازها إلى الوجود على الشكل الذي نعرفه حاليا(المبحث الثاني)، وأهم مصادرها (المبحث الثالث)، وكذا أهم الأهداف والأغراض المستهدفة من خلال توظيف هذا النوع من الدفوع (المبحث الرابع).

كما أن عملية التأصيل العلمي لآلية الدفع بالنظام العام تستدعي تبيان طبيعة هذا النوع من الدفوع والفئة التي ينتمي إليها (الفصل الثاني)، إما باعتباره دفعا شكليا (المبحث الأول)، أم دفع موضوعي (المبحث الثاني)، أم أنه ينتمي لطائفة الدفوع بعدم القبول(المبحث الثالث)، أم أنه دفع يمتاز باستقلاليته عن باقي الدفوع التي تعرض لها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتشريعات المكملة له (المبحث الرابع).

الفصل الأول: ضرورة ضبط مفهوم الدفع بالنظام العام.

بالرجوع لكافة التشريعات المقارنة، نجد أنها لم تتعرض لضبط مفهوم الدفع بالنظام العام بل اكتفت بالتعرض للدفوع بشكلها التقليدي المنصوص عليها في التشريعات الإجرائية، كما تم التعرض لمسألة النظام العام بشكل منفصل عن الدفوع كقيد لممارسة الحقوق والحريات العامة، وهذا ما تتضمنه كذلك جل الاتفاقيات الدولية.

يبدو أنه لا توجد إجابة محددة على هذا التساؤل حتى الآن؛ ففكرة الدفع المتعلق بالنظام العام فكرة مركبة تحتوي على فكرتين فرعيتين، تتسمان كذلك بالتعقيد، الأولى هي فكرة الدفع (*Moyen*)، والثانية هي فكرة النظام العام (*Ordre public*)، التي تعتبر فكرة نسبية وفي تطور مستمر، لأن المسائل التي تعتبر من النظام العام في مجتمع معين لاتصالها بالمصالح الأساسية السياسية والاقتصادية والاجتماعية لمجموع الأفراد قد لا تعتبر كذلك في بلد آخر، وفي داخل المجتمع الواحد قد تتصل المسألة بالنظام العام في عصر معين ثم نفقد هذه الصفة في عصر لاحق نتيجة التحولات التي قد تطرأ على كيان المجتمع وبنيانه.

ولما كان الدفع بالنظام العام لا يثار في أية مرحلة من مراحل الدعوى إلا بمناسبة مسألة من المسائل المتعلقة بالنظام العام، فكان لابد من التسليم بوجود تلازم بين فكرة الدفع المتعلقة بالنظام وفكرة النظام العام ذاتها. ومن نتائج هذا التلازم أن فكرة الدفوع المتعلقة بالنظام العام تتسم بالتعقيد وتستعصي على التحديد، شأنها شأن فكرة النظام العام التي لا يوجد تعريف دقيق لها حتى الآن.[1]

[1] - *Annick DORSNER - DOLIVET et Thierry BONNEAU, l'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure. D. chronique, 1986. p. 59.*

المبحث الأول: تحديد مدلول الدفع بالنظام العام.

بالرغم من لجوء المحاكم بمختلف أنواعها إلى استخدام الدفوع المتعلقة بالنظام العام، فقد لاحظ بعض الفقهاء أن أيا من جهات القضاء المختلفة لم تحاول أبدا تعريف هذا النوع من الدفوع، بل إن القضاة قد درجوا على الاكتفاء بإبراز صفة النظام العام المرتبطة بالدفع، مع ما يترتب على ذلك من نتائج على المستوى الإجرائى، ولكن دون أن يقدموا ما يبرر ذلك من أسباب قانونية. ويدل ذلك على أن فكرة الدفوع المتعلقة بالنظام العام فكرة مطاطة، شأنها في ذلك شأن النظام العام الذي وصفه بعض الفقه، بأنه يختلف باختلاف طول أقدام القضاة.[1]

إن الحديث عن مدلول الدفع بالنظام العام يستدعي منا التطرق لمدلول الدفع أولا (المطلب الأول)، ثم بعد ذلك التطرق لمدلول النظام العام (المطلب الثاني)، وصولا إلى وضع مدلول مركب(المطلب الثالث).

المطلب الأول: مدلول الدفع.

بالرجوع لمختلف التشريعات المقارنة نجد أنها لم تتعرض لتعريف الدفع باستثناء القليل منها، على غرار المشرع العراقي و الذي عرف الدفع بأنه "الإتيان بدعوى من جانب المدعى عليه تدفع دعوى المدعي وتستلزم ردها كلا أو بعضا".[2] وهذا ما يدفعنا لتحديد مدلول الدفع من خلال التطرق لجوانبه اللغوية والاصطلاحية والقانونية.

الفرع الأول: مدلول الدفع لغة.

الدفوع: جمع مفرده: دفع، ومعناه القطع والمنع والإزالة بقوة.[3] ومنه قوله تعالى:﴿ ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لفسدت الأرض﴾.[4] والدفع مصدر من دفع (كمنع)، يدفع، دفعا، ومدفعا (كمطلب).[5] والدفع لغة: يرد لعدة معان، منها (التنحية والإزالة)، فيقال: دفع عنه الأذى :أي نحاه وأزاله، وكذا (الاضطرار)، فيقال: دفعه إلى كذا أي اضطره إليه، ومنها (الرد)، فيقال: دفعت الوديعة إلى صاحبها: أي رددتها إليه، وقد يراد بها (رد القول وإبطاله)، فيقال: دفعت القول: أي رددته بالحجة.[6]

ومن المعنى الأخير جاءت عبارة الدفوع، واستخدمت في الأنظمة المدنية والجزائية، فيقال: دفع المتهم بعدم صحة ما نسب إليه، أو دفع بعدم عدالة الشهود، بمعنى أنه تمسك بهذا الدفع لإبطال ما نسب إليه لإثبات براءته.

---

[1] - عيد أحمد الغفلول، فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004، ص 17.

[2] - الفقرة (1) من المادة 08 من قانون المرافعات المدنية ذي الرقم (83) لسنة 1969. وباعتقادي أن موقف المشرع العراقي فيه شيء من الغرابة، لا لأنه تطرق إلى موضوع الدفع، بل لأن التشريعات في الغالب لا تدرج التعاريف في النصوص القانونية، حيث تتم الإشارة في النصوص إلى العموميات دون الخوض في الخصوصيات.

[3] - فهد بن عبد العزيز اليحيى، ملخص بحث الدفوع في نظام المرافعات الشرعية (دراسة مقارنة)، بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير، سلسلة ملخصات الأبحاث القضائية، مكتبة المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، العدد التاسع، 1436 هـ، ص 16.

[4] - الآية 251 من سورة البقرة.

[5] - محمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس، بني غازي، ليبيا، دون سنة طبع، 229/5. أحمد بن محمد علي المقري الفيومي الرافعي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المطبعة الأميرية، القاهرة، الطبعة الرابعة، 1921، 266/1.

[6] - الجوهري، الصحاح، الجزء الثالث، ص 8-12. مجلة القضائية، العدد الأول، محرم، 1432 هـ، ص 275.

الفرع الثاني: مدلول الدفع في الفقه الإسلامي.

كانت الشريعة الإسلامية منذ نزولها نظاما عاما، تنظم علاقة الفرد بنفسه، ومع غيره، وعلاقته بمجتمعه، و أيضا علاقته بربه بصفة أساسية، وتزخر كتب الفقه الإسلامي ومصادره التشريعية بمثل هذا التنظيم، بالإضافة إلى أن الغاية منه لا تقتصر على الحياة الدنيا وإنما تمتد إلى الحياة الأخروية.

إن المتتبع لأقوال الفقهاء القدامى يجد أنهم قد ذكروا الدفع باعتباره وجها من وجوه الجواب على الدعوى، فحين يسأل المدعى عليه عن الدعوى فإنه يجيب إما بالإقرار أو الإنكار.[1] ومع ذلك لم يضع هؤلاء الفقهاء تعريفا للدفع، وذلك لأنهم اعتبروه نوعا من أنواع الدعاوى يقصد به أحد أمرين: إما إسقاط الخصومة عن المطلوب، وإثبات عدم صحة توجيه المطالبة إليه، أو إسقاط دعوى المدعي وإثبات عدم توجه أي حق له على المطلوب. [2]

هذا بالنسبة للفقهاء القدامى، أما الفقهاء المحدثون فقد ذكروا الدفع، وصرح كثير منهم بتعريف له، وسوف نعرج أولا على التعريف الذي وضعته مجلة الأحكام العدلية الذي يمكن القول؛ أنه أول تعريف للدفع، على اعتبار المجلة كانت أول تقنين مدني لفقه المعاملات في الشريعة الإسلامية، فقد جاء فيها:" الدَّفْعُ هُوَ الْإِتْيَانُ بِدَعْوَى مِنْ قِبَلِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ تَدْفَعُ دَعْوَى الْمُدَّعِي مَثَلًا إذَا ادَّعَى أَحَدٌ مِنْ جِهَةِ الْقَرْضِ كَذَا قِرْشًا وَقَالَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَنَا كُنْت أَدَّيْت ذَلِكَ أَوْ إنَّك أَبْرَأْتنِي مِنْ ذَلِكَ أَوْ كُنَّا تَصَالَحْنَا أَوْ لَيْسَ هَذَا الْمَبْلَغُ قَرْضًا بَلْ هُوَ ثَمَنُ الْمَالِ الْفُلَانِيِّ الَّذِي كُنْت قَدْ بِعْته لَك أَوْ أَنَّ فُلَانًا قَدْ حَوَّلَنِي عَلَيْك بِمَطْلُوبِي مِنْهُ كَذَا دِرْهَمًا وَأَنْتَ دَفَعْت لِي الْمَبْلَغَ الْمَذْكُورَ يَكُونُ قَدْ دَفَعَ دَعْوَاهُ، وَكَذَلِكَ إذَا ادَّعَى أَحَدٌ عَلَى آخَرَ بِقَوْلِهِ: أَنْتَ كُنْت قَدْ كَفَلْت مَطْلُوبِي الَّذِي فِي ذِمَّةِ فُلَانٍ كَذَا دَرَاهِمَ وَقَالَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ: إنَّ الْمَدِينَ قَدْ أَدَّى ذَلِكَ الْمَبْلَغَ يَكُونُ قَدْ دَفَعَ دَعْوَى الْمُدَّعِي، وَكَذَا إذَا ادَّعَى أَحَدٌ بِالْمَالِ الَّذِي هُوَ فِي يَدِ غَيْرِهِ بِأَنَّهُ مَالِي وَأَجَابَ عَلَيْهِ بِأَنَّك حِينَمَا ادَّعَى هَذَا الْمَالَ فُلَانٌ كُنْت قَدْ شَهِدْت لِدَعْوَاهُ يَكُونُ قَدْ دَفَعَ دَعْوَى الْمُدَّعِي. وَكَذَلِكَ لَوْ ادَّعَى أَحَدٌ مِنْ تَرِكَةِ الْمَيِّتِ كَذَا دَرَاهِمَ وَأَثْبَتَ دَعْوَاهُ بِنَاءً عَلَى إنْكَارِ الْوَارِثِ ثُمَّ ادَّعَى الْوَارِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَنَّ الْمُتَوَفَّى كَانَ قَدْ أَدَّى هَذَا الْمَبْلَغَ أَوْ أَنَّ الدَّائِنَ قَدْ أَبْرَأَهُ مِنْهُ حَالَ حَيَاتِهِ بِكَوْنِهِ قَدْ دَفَعَ دَعْوَى الْمُدَّعِي"

ويلاحظ على هذا التعريف ما يلي:

أنه عرف الدفع بأنه دعوى.... تدفع دعوى المدعي، وكلمة تدفع تجعل في التعريف دورا ينبغي عدم وجوده، [3]كما أن التعريف لم يبين وقت الدفع وأنه يقبل قبل الحكم وبعده، هذا وقد جعل الدفع قاصرا على المدعى عليه،مع أن الدفع يصح من غير المدعى عليه،كما لو أقيمت دعوى على أحد الورثة بشيء يخص التركة، فقام وارث آخر غير المدعى عليه بدفع الدعوى، فإن هذا الدفع صحيح ويسمع.[4]

لم نجد في كتب المتقدمين من الفقهاء، ما يشير لتعرضهم لمصطلح النظام العام، فهو مصطلح قانوني حديث؛ يقصد به تلك الأنظمة أو الأحكام التي لا يجوز للأفراد مخالفتها، أو الاتفاق على خلافها؛

---

[1] - ابن عابدين، محمد علاء الدين أفندي، قرة عيون الأخيار تكملة حاشية ابن عابدين، دار عالم الكتب، طبعة خاصة، 1423 هـ - 2003م، 455/11.

[2] - رائد علي محمد الكردي، الدفوع الشكلية بين الشريعة وقانون أصول المحاكمات المدنية، أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، الأردن، 2006، ص 16 و 17.

[3] - حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب المحامي فهمي الحسيني، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة، 1423 هـ - 2003، 211/4.

[4] - رائد علي محمد الكردي، المرجع السابق، ص 18.

لتعلقها بالمصالح الأساسية للمجتمع، سواء أكانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو أخلاقية؛ بحيث يؤدي الإخلال بها أو التهاون في تطبيقها إلى زعزعة استقرار النظام العام في المجتمع ، فيؤول الحال به إلى الاضطراب والفساد ، وتقويض كيانه. ورغم ذلك إلا أنهم استخدموا مصطلحات مشابهة للنظام العام، مثل: المصلحة العامة، والنفع العام ، أو الصالح العام ، خاصة في الأمور المهمة، والعظيمة، مثل: الإمامة العظمى والحدود والقضاء وغير ذلك.[1]

إلا أن البعض منهم عرف الدفع على أنه:" الإتيان بدعوى قبل الحكم أو بعده من قبل المدعى عليه ترد دعوى المدعى".[2] وعرفه البعض الآخر بأنه:" دعوى من قبل المدعى عليه، أو ممن ينتصب المدعى عليه خصما عنه يقصد بها دفع الخصومة عنه، أو إبطال دعوى المدعي". [3]

وقد كانت لدى بعض المتأخرين من الفقهاء والباحثين في مجال الفقه والقضاء آراء حول هذه الفكرة تتلخص في الآتي: الرأي الأول:

أشار الدكتور عبد الرزاق السنهوري إلى أن فكرة النظام العام والآداب العامة في الفقه الغربي يمكن أن يوجد لها نظير في الفقه الإسلامي، وذلك فيما يدعى بحق الله أو حق الشرع.[4]

فحق الله أو حق الشرع لا يقل مداه عن دائرة النظام العام والآداب في الفقه الغربي بل لعله يزيد. وحق الله هو: ما يتعلق به النفع من غير اختصاص الأحد، وأضيف إلى الله جل جلاله؛ لعظم خطره ، وشمول نفعه ، كما أنه لا يجوز فيه العفو ولا الإبراء ولا الصلح.[5]

هذا الرأي يرى أن حق الله أو حق الشرع، هو في لغة الفقه الغربي حق يتصل اتصالا وثيقا بالنظام العام والآداب، ومن ثم لا يجوز الصلح فيه ولا الإبراء منه ولا الاتفاق على ما يخالفه. فالمراد بحق الله إذن ما هو حق للمجتمع، وشرع حكمه للمصلحة العامة لا لمصلحة فرد خاص ، لكونه من النظام العام، ولم يقصد به نفع فرد بخصوصه نسب إلى رب العالمين، وسمي بحق الله.[6]

وأضاف صاحب هذا الرأي مفهوما لفكرة النظام العام في القانون والفقه معا، حيث قال: " تعتبر القاعدة القانونية من النظام العام إذا قصد بها تحقيق مصلحة عامة، سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى ، وتعلو على مصلحة الأفراد ".

كما قال أيضا : " والآداب في أمة معينة وفي جيل معين، هي مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقا لناموس أدبي يسود علاقاتهم الاجتماعية . هذا الناموس الأدبي هو وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة، وما جرى به العرف، وتواضع عليه الناس . وللدين أثر كبير في

---

[1] - أحمد ياسين القراله، النظرية العامة للنظام العام وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي، أطروحة الاستكمال متطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في الفقه وأصوله ، بكلية الدراسات العليا من الجامعة الأردنية، غير منشورة ، عمان، الأردن، 1999م، ص 07 و 13.

[2] - فهد بن عبد العزيز اليحيى، المرجع السابق، ص 17.

[3] - قراعة، علي، الأصول القضائية في المرافعات الشرعية،مطبعة النهضة، مصر، ط2، 1344 هـ -1925م، ص 54.

[4] - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المكتبة السلفية، المدينة المنورة، السعودية ، الطبعة الثالثة ، 1967م، ج 3، ص 99.

[5] - محمد بن محمد الغزالي، المستصفى من علم الأصول ، ص 53. عبد الرزاق أحمد السنهوري،: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 99.

[6] - عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، دار الكلمة، المنصورة، مصر ، الطبعة العاشرة، 1422 هـ، ص 219.

تكييفه، وكلما اقترب الدين من الحضارة، كلما ارتفع المعيار الخلقي ".[1]ثم قال : " على أن الفكرتين اللتين تسودان النظام العام والآداب فتبعثان فيهما الخصب والمرونة والقابلية للتطور هما :

أولا- فكرة المعيار: فمعيار النظام العام هو المصلحة العامة التي تتعلق بنظام المجتمع الأعلى ، ومعيار الآداب هو : الناموس الأدبي . وهما معياران موضوعيان لا ذاتيان.

ثانيا - فكرة النسبية: فلا يمكن تحديد دائرة النظام العام والآداب إلا في أمة معينة وفي جيل معين ".[2]

هذا الرأي لم يبرز خصائص محددة لفكرة النظام العام في الفقه الإسلامي؛ تميزها عن مفهومها في القانون، باعتبار اختلاف منشئهما، مما يجعله عرضة للنقد ، وعدم الالتفات إليه .

الرأي الثاني:

يمثل هذا الرأي في حقيقته نقدا موجها للرأي السابق، حيث يقول محمد زكي عبد البر : " إن شريعة الإسلام كلها نظام عام وآداب، إذ أنها شريعة دينية تهتم بسلوك الفرد من مولده بل قبل مولده، إلى وفاته، بل إلى ما بعد وفاته، في أمور الدنيا والآخرة، وتفصل له عباداته ومعاملاته، وجناياته ومناكحاته، آمرة أو ناهية أو مخيرة، مكلفة إياه إيجابا أو ندبا أو تحريما أو كراهة أو تخييرا، فليس للمسلم أن يخالفها. وكل سلوك المسلم يهم المجتمع كله ".

ثم بين أن هذا يخالف القانون كونه نشأ أول مرة بين قوم واثنين، وأقيم على الفصل بين أحكامه وبين الأخلاق والمثل العليا، فكان لابد من فكرة النظام العام والآداب؛ لتكون هذه الفكرة الممر الذي تدخل منه العوامل السياسية والاجتماعية والاقتصادية والخلقية إلى القانون لمنع المجتمع من الانهيار.

وأضاف صاحب هذا القول:" إن اشتراط الرأي السابق عدم مخالفة محل العقد للنظام العام والآداب، وجعله شرطا في المحل، هو من قبيل مجاراة القانون وإقحام لفكرة في الفقه الإسلامي ما هو أو سع منها، بحيث صار إدخالها فيه تكرارا مشوشا لتعدد الصيغ والأسماء . يضاف إلى ذلك، أن هذه الفكرة هي أمر نسبي في القانون تختلف باختلاف الزمان والمكان. أما في الشريعة الإسلامية، فالأوامر والنواهي والإباحات أحكام ثابتة لا يطرأ عليها إلا ما تقضي به الشريعة نفسها من رخص، وما يقضي به ولي الأمر في حدود ولايته، مع استثناء ما يكون محل اجتهاد . فلا يصح أن يفرد بالذكر في الفقه الإسلامي النظام العام والآداب، كما هو الحال في القانون". ثم يختم رأيه بأن الشريعة الإسلامية في الأصل كلها نظام عام ؛ وهذا أمر طبعي في شريعة نزلت من السماء ترسم للمسلم سلوكه؛ إيجابا وتحريما وندبا وكراهة وإباحة.[3]

و نرى أن الرأي الأول لو أظهر فروقا لفكرة النظام العام في الفقه عنها في القانون لما كان بحاجة لمثل هذا التوضيح من الرأي الثاني، كما أن الرأي الثاني، وإن أشار أن للشريعة نظاما عاما، إلا أنه لم يحدد خصائص مميزة لفكرة النظام العام في الفقه التي يترتب على مخالفتها بطلان التصرف، والتي لا

[1] - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص81.
[2] - عبد الرزاق أحمد السنهوري، نفس المرجع، ص 82.

[3] - محمد زكي عبد البر، مصادر الحق في الفقه الإسلامي للسنهوري تجربة حاسمة في أسلوب دراسة الفقه الإسلامي ، بحث منشور بمجلة أضواء الشريعة التي تصدرها كلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض ، السعودية ، العدد الثامن، 1397 هـ، ص 577 وما بعدها.

يجوز للأفراد مخالفتها أو الاتفاق على خلافها، وبالتالي، فهو لم يضع قاعدة لمفهوم هذه الفكرة في الفقه الإسلامي.[1]

الرأي الثالث :

يرى عماد البشري؛ أن النظام القانوني الإسلامي ليس بحاجة إلى ابتداع فكرة كالنظام العام، حيث لم يكن محتاجا لابتداعها، كي تلعب دور المقيد والمحدد لسلطان الإرادة، وهي بصدد التصرفات الشرعية؛ لأن القيد وارد ابتداء، والحد معين شرعا، والنسبة إلى الله تعالى في آثار التصرف مقطوع بها. ومن ثم فليس هناك حاجة لإيجاد آليات تقييد خارجة عن نسق التكوين الداخلي للتصرف للحد من غلوائه؛ لأن تلك الغلواء غير واردة في التصور الشرعي الإسلامي، كما أنه من غير الوارد وجود آثار قانونية تناقض مقتضى النظام الشرعي؛ لكون الآثار إنما تترتب بجعل من الله تعالى، فلا يتصور إمكان ترتب آثار تناقض أحكام الله وهو - سبحانه - المنزه عن أن يرتب آثارا تخالف أحكامه.[2]

ويرى أيضا؛ إن الفقه الإسلامي ومهما اجتهد فيه لتخريج أحكام كلية وهو أهل لهذا التخريج، يرد دوما إلى القواعد المنزلة بنصوص الكتاب والسنة، ومن ثم فهو ينطوي على قطعيات، ليس لها نظير منهجي في الفكرية الوضعية، ألا وهي القطعيات النصية، وهذه القطعيات ثابتة وقائمة دون إمكان تعديلها أو تغييرها مهما استطال الزمن، وتبدلت الأحوال، وتغيرت الأمكنة، وهو مستوى لا نظير له بفكرة النظام العام الوضعية، ولو كان هناك تغير في الأمور الاجتهادية حسب افتراق مذهب لأخر؛ إنما هو ترجيح لرأي على آخر، مما تسعها النصوص المنزلة.[3]

ويصل هذا الرأي إلى نتيجة مؤداها ؛ إن من العسير إسباغ وصف فكرة النظام العام على المرجعية الشرعية الإسلامية؛ نظرا لوجود اختلافات بينها وبين فكرة النظام العام الوضعية.[4]

ونرى أنه لا يمكن بحال من الأحوال نفي فكرة موجودة أصلا في الفقه الإسلامي؛ لمجرد بروزها في القانون على أنقاض مختلفة عنها، إذ الأمر ببساطة يحتاج إلى إظهار قاعدة لها وخصائص تميزها عما هو موجود في القانون دون الحاجة لنفيها، فهذا الرأي لا يستقيم مع واقع الحال، فلا يلتفت إليه.[5]

الرأي الرابع:

وهو رأي الأحد المحدثين من الفقهاء، وهو (الشيخ عبد الوهاب خلاف)، حيث يرى؛ أن المقصود بالنظام العام؛ هو أن كل حكم لا يباح للأفراد أن يتفقوا على مخالفته، والأساس الذي يبنى عليه الحكم أنه من النظام العام في التشريع الإسلامي، هو الدليل الذي دل على الحكم، فكل حكم دل عليه نص صريح قطعي الثبوت والدلالة فهو من النظام العام، ولا تجوز مخالفته، ولا يباح للأفراد والجماعات أن يتفقوا على خلافه بأي صورة من الصور. ومثل هذا: الحكم الذي أجمع عليه المسلمون كافة ولم يعرف بينهم اختلاف فيه أو عمل بما يغايره، وذلك لأنه إذا ورد نص في القرآن ودل الشارع على المراد منه دلالة قاطعة، ولم

---

[1] - فهد بن زبن نافع السلمي، الدفع بعدم قبول الدعوى في نظام المرافعات الشرعية السعودي(دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية)، بحث مقدم استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في قسم العدالة الجنائية تخصص التشريع الجنائي الإسلامي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1429 هـ - 2008 م، ص 218.

[2] - عماد طارق البشري، فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1426 هـ، ص 220.

[3] - فهد بن زبن نافع السلمي، المرجع السابق، ص 219.

[4] - عماد طارق البشري، فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 249.

[5] - فهد بن زبن نافع السلمي، المرجع السابق، ص 219.

يترك لمجتهد أو قاض مجال للاجتهاد فيه؛ فإن في هذا دلالة على أن الشارع قصد هذا الحكم بعينه من كل مكلف. ومثله: الحكم الثابت بسنة متواترة قطعية الدلالة، مثل: كيفية الصلاة والحج، والحكم الثابت بإجماع المسلمين. فكل هذه أحكام من النظام العام، ولا تختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة والبيئات. وتعد مخالفتها خروجا عن النص القطعي وإجماع المسلمين.[1]

والأحكام الشرعية التي تعتبر من النظام العام بحسب أدلتها الشرعية لا يسوغ للقاضي الشرعي أن يقضي بما يخالفها؛ عملا بالقاعدة الأصولية (لا مساغ للاجتهاد فيما فيه نص صريح قطعي).[2]

وجميع المجتهدين هم في محيط دائرة اجتهادية أساسية واحدة، وتجمعهم أسس تشريعية واحدة، مهما تباينت بلادهم وبيئاتهم واختلفت وجهات نظرهم ، فلا يوجد بينهم اختلاف أساسي ، ولا يقر أي واحد منهم ما يخالف نصا في القرآن أو السنة أو ما يصطدم مع مبدأ مقرر فيهما.[3]

ونرى؛ أن هذا الرأي قد وضع إطارا أو قاعدة لمفهوم النظام العام في الفقه الإسلامي، وهو أن كل حكم دل عليه نص قطعي الثبوت والدلالة؛ فهو من النظام العام ، سواء أكان النص من الكتاب أو السنة، وكذا إجماع المسلمين فيما لم يعرف لهم مخالف . هذا الإطار يتميز بالثبات؛ فلا تختلف أحكامه حتى لو اختلفت الأزمنة أو الأمكنة أو البيئات.

الرأي الخامس:

ذهب أحد الباحثين إلى القول:" إن حق الله تعالى هو الذي يمثل دائرة النظام العام في التشريع الإسلامي؛ ولكن مرتبة النظام العام أخص من مرتبة حق الله تعالى، وذلك لأن حقوق الله تعالى ليست على درجة واحدة؛ بل هي درجات متفاوتة بعضها يتعلق بالنظام العام، وبعضها ليست كذلك فالمندوب والمكروه مثلا: من حقوق الله تعالى إلا أنها ليست متعلقة بالنظام العام. وبمعنى آخر؛ فالأحكام المتعلقة بالنظام العام هي حقوق الله تعالى، وليس جميع حقوق الله تعالى من النظام العام".[4]

وقد استند صاحبه لما أشار إليه الإمام الشاطبي من وجود فرق بين حقوق الله تعالى من حيث قوتها وإلزاميتها، حيث يقول: " إن حقوق الله ليست على وزن واحد في الطلب ، فمنها ما هو مطلوب حتما ، كالقواعد الخمس وسائر الضروريات المراعاة في كل ملة ، ومنها ما ليس بحتم كالمندوبات ".[5]

فالنظام العام إذن؛ يتعلق بالأمور التي لا خيرة فيها للمكلف، أي أن طلبها من المكلف طلب إلزام وحتم ، وأما التي ليست كذلك، أي أن طلبها ليس بحتم فليست من النظام العام ، ولذلك لا يجوز الخلط بين النوعين؛ لأنه يؤدي إلى زوال الفروق بينها، رغم أن لكل منها طبيعته الخاصة وآثاره.[6]

ويستند هذا الرأي أيضا على ما أوضحه الإمام الشاطبي بقوله:" الواجبات لا تستقر واجبات إلا إذا لم يسو بينها وبين غيرها من الأحكام، فلا تترك ولا يسامح في تركها البتة، كما أن المحرمات لا تستقر كذلك إلا إذا لم يسو بينها وبين غيرها من الأحكام ، فلا تفعل ولا يسامح في فعلها.....".[1]

---

[1] - عبد الوهاب خلاف، تفسير النصوص القانونية وتأويلها، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول، مطبعة جامعة فؤاد الأول، الجيزة، مصر ، العدد الثاني، 1948م، ص 186 وما بعدها.

[2] - فهد بن زبن نافع السلمي، المرجع السابق، ص 219.

[3] - عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص 187.

[4] - أحمد ياسين القراله، النظرية العامة للنظام العام وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 38.

[5] - إبراهيم موسى الشاطبي، الموافقات، تحقيق مشهور حسن آل سلمان، دار عفان، القاهرة، الطبعة الأولى، 1421ه، ج 3، ص 561.

[6] - أحمد ياسين القراله، النظرية العامة للنظام العام وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 38.

وخلاصة القول لهذا الرأي؛ إن الأحكام المتعلقة بالنظام العام، هي تلك الأحكام الشرعية التي ينطبق عليها وصف الحتم والإلزام، وهي الواجب والمحرم ، أما بقية الأحكام فهي وإن كانت متعلقة بحق الله تعالى، إلا أنها ليست من النظام العام.[2]

وبناء على ذلك، عرف الأحكام المتعلقة بالنظام العام في التشريع الإسلامي بأنها : " الأحكام الشرعية التي لا يجوز للأفراد مخالفتها أو إسقاطها أو تعديلها أو الاتفاق على خلافها؛ لأنها تتعلق بالمقاصد الأساسية للشريعة الإسلامية ".[3]

ونحن نرى أن هذا الرأي يتفق مع رأي الشيخ عبد الوهاب خلاف، إلا أنه أضاف بعدا آخر، وهو تعلقها بمقاصد الشريعة الإسلامية الأساسية؛ لأن استقراء الشريعة يدل على أن حفظ مقاصدها من القطعيات.[4]

الفرع الثاني: مدلول الدفع في الفقه القانوني.

الدفوع في قانون المرافعات هي مصطلح إجرائي يقصد به الأداة الأخرى من أدوات استعمال الحق في الدعوى، فإذا كانت الدعوى، كما سبق القول، هي عبارة عن حق إجرائي يخول لصاحبه مكنة طرح إدعاء معين على القضاء طالبا منه الحصول على الحماية القضائية لهذا الادعاء. فإن المدعى عليه له الحق في دفع هذا الطلب بالعديد من الدفوع التي قد ترمي إلى تحطيم ادعاء المدعي، أو منع الحكم له به كله أو بعضه أو رفضه، أو الحكم بعدم قبوله أو الحكم بعدم صحة الإجراءات التي اتخذها أو سقوط حقه فيها أو اعتبارها كأن لم تكن.[5]

أولا- الدفع بمعناه العام:

أورد بعض شراح القانون عدة تعاريف للدفع بمعناه العام من أهمها :

1- يطلق اصطلاح الدفع بمعناه العام على جميع وسائل الدفاع التي يجوز للخصم أن يستعين بها ليجيب على دعوى خصمه، بقصد تفادي الحكم لخصمه بما يدعيه، سواء أكانت هذه الوسائل موجهة إلى الخصومة أو بعض إجراءاتها، أو موجهة إلى أصل الحق المدعى به أو إلى سلطة الخصم في استعمال دعواه منكرا إياها.[6]

2- هو : " طريق لاستعمال الدعوى ومباشرتها أمام المحاكم بقصد الدفاع في خصومة قائمة".[7]

3- هو: " ما يجيب به الخصم على دعوى خصمه ".[8]

---

[1] - إبراهيم موسى الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ج 4، ص 124.
[2] - أحمد ياسين القراله، النظرية العامة للنظام العام وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 39.
[3] - أحمد ياسين القراله، نفس المرجع، ص 16.
[4] - فهد بن زبن نافع السلمي، المرجع السابق، ص 221.
[5] - نبيل اسماعيل عمر، قانون أصول المحاكمات المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2008، ص 313.
[6] - عبد الحميد الشواربي، عاطف الشواربي، عمرو الشواربي، البطلان المدني الإجرئي والموضوعي، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2010، ص 07.
[7] - أمينة مصطفى النمر، أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر، دون طبعة، 1985، ص 124.
[8] - أحمد مليجي، التعليق على قانون المرافعات، طبعة نادي القضاة ، القاهرة، مصر الطبعة الرابعة ، 2005، ج 2، ص 872.

4- هو : " تمسك الخصم أمام المحكمة بما يؤدي إلى تفادي الحكم عليه بطلبات خصمه، أو تأخير هذا الحكم ".[1]

ثانيا- الدفع بمعناه الخاص:

ومن تعاريفهم للدفع بمعناه الخاص في قانون المرافعات ما يلي:

أولا- هو : " جواب المدعى عليه على الدعوى بإنكارها، أو بإنكار جواز قبولها أو سماعها، أو بإنكار صحة الإجراءات التي رفعت بها، أو اختصاص المحكمة المرفوعة إليها ".[2]

ثانيا- هو: " رد على طلب المدعي وجواب عليه يقصد به إخفاق المدعي في طلبه إما برفض هذا الطلب، وإما بمنع المحكمة من النظر فيه نهائيا أو بصفة مؤقتة ".[3]

يؤخذ على بعض التعاريف أنها قصرت الدفع على المدعى عليه، مع أنه قد تثار من قبل المحكمة، كما أن التعريف الأخير قد جعل مجرد إنكار الدعوى من قبيل الدفع، والدفع يختلف عن الإنكار. [4]

المطلب الثاني: مدلول النظام العام.

الواقع أنه ما من مصطلح شاع وذاع بين رجال القانون مثل مصطلح النظام العام، إذ تعتبر فكرة النظام العام من أبرز الأفكار القانونية التي أثارت جدلا واسعا في أوساط الفقهاء؛ نظرا لما يكتنفها من نسبية ومرونة واختلافها باختلاف الزمان والمكان؛ الأمر الذي يجعلها تتواجد في مختلف الأنظمة القانونية المعاصرة بأطياف متنوعة وبمفاهيم مختلفة؛ نظرا لكونها تمثل الأسس التي تقوم عليها الجماعة بحيث تكون مكوناتها نفسها مكونات الحياة الاجتماعية المتطورة بطبيعتها، الأمر الذي يجعل منها ذات مفهوم متغير في استعمالات المشرع والقاضي وفقهاء القانون.

ولذلك، يعتبر من أكثر الأمور صعوبة وضع تعريف جامع مانع للنظام العام، ويرجع ذلك إلى الطبيعة الخاصة لتلك الفكرة، حيث تعتبر فكرة النظام العام من الأفكار النسبية ذات المدلول العام المرن، فهي تختلف من دولة إلى أخرى، بل ومن منطقة الأخرى داخل الدولة الواحدة، ومن زمن لآخر، وذلك وفقا لفلسفة النظام السياسي السائد، ومما زاد في اتساع مضمونها ومن ثم جعل مهمة تعريفها أصعب؛ أو على الأقل وضع تعريف مستقر و ثابت يمكن الانطلاق منه في تحديد الفكرة اتجاه بعض الباحثين إلى اعتبارها فكرة ذات طبيعة سياسية متغيرة حسب نظام الحكم في الدولة، مما دفع بغالبية الفقه إلى اعتبارها فكرة غامضة وعائمة من جهة، وفكرة مرنة ومتطورة تأبى أن تكون مقيدة بتعريف ثابت أو تحديد مستقر من جهة ثانية، لهذا لا يملك المشرع أن يحدد لها مضمونا لا يتغير ولا أن يعرفها على وجه محدد فيشوه طبيعتها ويمنعها من أن تؤدي وظيفتها، وكل ما يستطيع المشرع أن يفعله هو أن يعرف مضمونها فحسب

---

[1] - وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني "قانون المرافعات "، دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر ، الطبعة الأولى، 1986، ص 12.

[2] - أحمد مسلم، أصول المرافعات، التنظيم القضائي والإجراءات والأحكام في المواد المدنية والتجارية والشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1978، ص 565.

[3] - أمينة مصطفى النمر، أصول المحاكمات المدنية، المرجع السابق، ص 124.

[4] - رائد علي محمد الكردي، المرجع السابق، ص 20.

تاركا للقضاء والفقه أمر تحديد التصرفات التي تعد مناهضة للنظام العام.[1]مع ذلك سوف نحاول الإلمام ببعض التعاريف التي تعرض لها الفقهاء، بعد التطرق لمدلولها في اللغة.

الفرع الأول: النظام العام في اللغة.

يقال نظام الشيء ينظمه نظاما ونظما، أي؛ ألفه، وجمعه في سلك واحد فانتظم وتنظم، والنظام ما نظمت فيه الشيء من خيط وغيره، ويقال: ليس لأمرهم نظام، أي؛ ليس له هدى ولا متعلق ولا استقامة، ويقال أيضا: مازال على استقامة واحدة، والنظام هو قوام كل أمر، ويراد به الطريقة والمنهج، ومنه يقال: هم على نظام واحد.[2]

إن كلمة النظام العام كمصطلح، مركبة من شقين، فكلمة " النظام " موصوف، وكلمة " العام " صفة، إذن فكلمة " النظام هي الأصل لدينا، وما دخلت عليها الصفة إلا للحد من إطلاقها، وينبني على ذلك، ضرورة وجود نظم أخرى غير عامة، فنتصور وجود نظام خاص (*L'ordre Prive*)، ونظام مختلط (*L'ordre Mixte*)، تمزج فيه خصائص النظامين العام والخاص.[3]

لذلك يراد بالمعنى اللغوي للنظام العام؛ الخضوع لقاعدة معينة في الاقتصاد أو اللغة أو في طرق الحكم ونحوه، مثل النظام الديمقراطي والنظام الرأسمالي، والنظام الاشتراكي أو النظام الاستبدادي.[4]

الفرع الثاني: مدلول النظام العام في التشريع.

لم يضع المشرع الفرنسي مفهوماً محدداً للنظام العام، وإنما اكتفى بالإشارة إلى العناصر التي يتكون منها، ويتضح هذا الأمر من نص المادة (97) من القانون الصادر في 5 أبريل سنة 1884، حيث إنها أشارت إلى أن العناصر الأساسية التي يتكون منها النظام العام ويختص البوليس المحلي بالمحافظة عليها، وهذه العناصر هي الأمن العام، والصحة العامة، والسكينة العامة وحسن النظام. وجدير بالذكر، أن القانون الصادر في 5 أبريل سنة 1884، قد عدل تعديلات كثيرة أهمها المرسوم الصادر في 5 نوفمبر 1926، والمرسوم الصادر في 3 أكتوبر 1935، بيد أنه لم يترتب على هذه التعديلات أية آثار في هذا الخصوص. ويلاحظ في هذا الصدد أن المادة (97) من قانون 5 أبريل سنة 1884، تقابل الفقرة الثانية من المادة (131) من قانون البلديات (*Code des communes*)، الصادر في 27 يناير 1977، وهذه بدورها أصبحت حالياً الفقرة الثانية من المادة 2212 من القانون الجديد رقم 142 الصادر في 21 فبراير 1996، والذي يتعلق بالجماعات الإقليمية أو المحلية (*Code général des collectivités territoriales*)، وهاتان المادتان 131 ، 2212 ، لم تضعا مفهوماً محدداً للنظام العام ، وإنما أشارتا فقط إلى العناصر الأساسية التي يتكون منها هذا النظام وهي الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة .

كما لم يختلف موقف المشرع المصري عن نظيره الفرنسي من تحديد مفهوم النظام العام، ومن ثم فإنه لم يضع تعريفاً محدداً وثابتاً للنظام العام، وإنما اكتفى بتحديد عناصر معينة تدخل في مفهوم النظام العام الذي تحميه سلطات الضبط الإداري.

---

[1] - حلمي خير الحريري؛ وظيفة البوليس في النظم الديمقراطية؛ رسالة دكتوراه؛ أكاديمية الشرطة؛ القاهرة، مصر، 1989، ص 64.

[2] - ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثامن، باب النون، الدار الحديث، القاهرة، 2002، ص 609.

[3] - د.عبد الحميد الشواربي، شريف جاد الله، شائبة عدم دستورية ومشروعية قراري إعلان ومد حالة الطوارئ والأوامر العسكرية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2000، ص 76.

[4] - سجى محمد عباس، دور الضبط الإداري البيئي في حماية جمال المدن، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2017، ص 28.

ويتبين هذا الأمر من مطالعة نصوص القوانين المتعاقبة التي تحدد اختصاصات هيئة الشرطة، وهي القانون رقم 234 لسنة 1955، والقانون رقم 61 لسنة 1964، وأخيراً القانون رقم 109 لسنة 1971، حيث إن هذه النصوص لم تحدد مفهوم النظام العام على نحو دقيق، وإنما اكتفت بالإشارة إلى بعض عناصره، فقد نصت المادة الثالثة من القانون رقم 109 لسنة 1971، على أن "تختص هيئة الشرطة بالمحافظة على النظام والأمن العام والآداب العامة وحماية الأرواح والأعراض والأموال وعلى الأخص منع الجرائم وضبطها، كما تختص بكفالة الطمأنينة والأمن للمواطنين في كافة المجالات، وتنفيذ ما تفرضه عليها القوانين واللوائح من واجبات". وهذا النص ورد تقريباً بالمعنى نفسه مع اختلاف بسيط في الألفاظ في القانونين السابقين السالف الإشارة إليهما، ويلاحظ جانب من الفقه المصري على هذه النصوص أنها يكتنفها الغموض فهي لم تحدد صراحة كل أغراض الضبط الإداري، وإنما أشارت إلى أحد عناصر النظام العام دون بقية العناصر، حيث ذكرت أحد العناصر وهو الأمن العام دون العنصرين الآخرين وهما السكينة العامة والصحة العامة. ومع ذلك ذهب رأي في الفقه المصري إلى القول بأن:" المشرع المصري وان كان لم يشر صراحة إلى عنصري السكينة العامة والصحة العامة ضمن عناصر النظام العام، إلا انه قد أشار إليهما ضمناً ويمكن الاستدلال عليهما من روح النص وسياقه ".

وجدير بالذكر، أن المشرع المصري قد أضاف عنصراً رابعاً إلى عناصر النظام العام الثلاثة التقليدية، وهذا العنصر الرابع هو الآداب العامة، ومن ثم يجوز لسلطات الضبط الإداري التدخل لحماية النظام العام الأدبي أو الخلقي.[1]

أما المشرع الجزائري فهو كذلك لم يتطرق لتعريف مدلول النظام العام، بل اكتفى بالنص عليه في نصوص متفرقة في صلب نصوص القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية وقوانين العمل وغيرها من التشريعات المختلفة.[2]وهذا ما يدفعنا للبحث عن مدلول النظام العام من وجهة نظر الفقه.

الفرع الثالث: مدلول النظام العام في الفقه القانوني.

نظرا للتعقيدات التي يتسم بها مدلول النظام العام، ونظرا لاختلاف الزوايا التي تعالج منها هذه المسألة فقد اختلف الفقه في وضع مدلول موحد للنظام العام ، وهذا ما سوف نستعرضه فيما يلي:

أولا- في الفقه القانوني الغربي:

إن مدلول النظام العام يختلف في مجال القانون العام يختلف عنه في مجال القانون الخاص، فقد عرفه فقهاء القانون العام على أنه ما يتحتم على الإدارة صيانته والحفاظ عليه أثناء قيامها بالوظيفة الأساسية المسندة إليها، وهي الضبط الإداري من حيث توفير الأمن والسلامة العامة ، وكذلك الحفاظ على الصحة والسكينة العامة للمجتمع.[3]

أما بالنسبة للتعريف الذي ساقه فقهاء القانون الخاص فيتمثل في اعتبار أن النظام العام هو الأساس السياسي و الاجتماعي والخلقي الذي يقوم عليه كيان الدولة كما ترسمه القوانين النافذة فيها، أو بعبارة

---

[1]- د. عمرو فؤاد أحمد بركات، المصدر السابق، ص219.

[2]- نجد أنه نص في المادة 69 من القانون رقم 08/90 المتعلق بالبلدية الملغى المؤرخ في 07 أبريل 1990 على أن "رئيس المجلس الشعبي البلدي تحت سلطة الوالي، مكلف بحماية النظام العام و الأمن، السلامة و الصحة العمومية". و كذلك نصت المادة 96 من القانون رقم 09/90 المتعلق بالولاية الملغى على أن "الوالي مسؤول على حماية النظام، الأمن، الصحة، السكينة العمومية".

[3] - توفيق شحاتة، مبادئ القانون الإداري، الجزء الأول، دار النشر للجامعات المصرية، مصر، الطبعة الأولى، 1954-1955، ص 332 وما بعدها.

أخرى، هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم المصالح التي تهم المجتمع مباشرة أكثر مما تهم الأفراد، سواء كانت تلك المصالح سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية.[1]

وبذلك يعتبر النظام العام مجموع المصالح الأساسية للجماعة، أو مجموع الأسس والدعامات التي يقوم عليها بناء الجماعة وكيانها بحيث لا يتصور بقاء هذا الكيان سليما دون استقراره عليها، ولذلك كانت القواعد القانونية المتعلقة بالمصالح الأساسية للجماعة أي المتعلقة بالنظام العام ، قواعد آمرة لا تملك الإرادة الفردية إزاءها أي سلطان أو قدرة على مخالفتها، إذ تعرض مخالفتها كيان المجتمع نفسه للانهيار والتصدع، فلا يسمح لأي كان بأن تجري إرادته على خلافها.[2]

لقد اختلف فقهاء القانون الإداري في تحديد المقصود بفكرة النظام العام هل هي حالة واقعية؟ أم هي حالة شعورية؟ أم خلقية؟ فالعميد موريس هوريو عرفه بأنه "حالة واقعية عكس الفوضى، وعندئذ يكون النظام العام، معدلا يستخدم الوصف وضع سلمي هادئ ؛[3] وإلى ذات المعنى ذهب (*Blavoet*) حيث ذكر أن "الضبط نظام موضوعه تدارك أي إخلال محدق بالنظام العام أو يوقفه إن كان قد وقع".[4]

و يؤكد الأستاذ"برنارد" أن التعريف التقليدي للنظام العام، تعريف قاصر، نظرا لسلبيته التي تجعله يتوقف عند حد النتيجة المباشرة المتمثلة في عدم وجود الاضطراب المادي للمجتمع، بل هو نظام ديناميكي لأنه نتيجة وثمرة لعمل بناء ومجهودات كبيرة مدعمة بوسائل كثيرة و موجهة لأهداف متعددة لتجسيد هدف اجتماعي شامل، فهو تنظيم منسجم و متكامل لكل العلاقات الإنسانية و الاجتماعية و الاقتصادية و السياسية والفكرية الكائنة في حياة مجموعة معينة".[5]

أما الفقيه (*Georges Burdeau*)، فقد تبنى اتجاها موسعا لتعريف النظام العام، بجعله فكرة ذات مضمون واسع (*Signification Très Large*)، تشمل النظام المادي الأدبي والاقتصادي.

و بذلك يتسع لدرجة كبيرة تشمل جميع نواحي النشاط الاجتماعي. وهذه الفكرة استوحاها (*Louis Lucas*)، ليجعل مدلول النظام العام يختلف تبعا لاختلاف البيئات والأزمات والملابسات؛ مما يجعله كما يقول كريستوف فينبر مبدأ غامضا لأنه يختلف بحسب الوقائع والظروف والوضع المجتمعي وأصول وأهداف المحموعة تبعا للفلسفات والأخلاقيات والسياسيات".

وهو بذلك فكرة متغيرة وعائمة (*L'ordre Public Est Variable et Flottante*)، تفاوت حدود مدلوله بتفاوت أهمية الحريات ومنازلها.

وهو ما عبر عنه بوضوح شارل ديباش (*Charles debbashe*)، في تعريفه للنظام العام بأنه "مفهومه متغير يلخص روح الحضارة وحقبة من الزمن وينطوي على مجموعة من المتطلبات التي تعتبر أساسية لحماية الحياة الاجتماعية".[6]

---

[1] - سليمان مرقس، مدخل للعلوم القانونية، دار النشر للجامعات المصرية، مصر، الطبعة الثانية، 1952، ص 77.

[2] - حسن كيرة، المدخل إلى القانون، القانون بوجه عام، النظرية العامة للقانون، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، بدون سنة نشر، ص 47 و 48.

[3] -*M. Hauriou. Droit administratif. p 549.*

[4] *- Blavoet : des recoures juridictionnelles contre les mesures de police, thèse ; Paris, 1908.p 15.*

[5] - سكينة عزوز، عملية الموازنة بين أعمال الضبط الإداري و الحريات العامة، بحث لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1990، ص 39.

[6] *- Charles debbash, droit administratif, 3eme éd. Cujas, paris, 1971, P 232.*

ويتفق كل من جورج بيردو الفقيه فالين مارسيل على أن فكرة النظام العام:" عبارة عن فكرة ذات نظام موسع يشمل صور النظام كافة، فهي لا تشمل النظام المادي فقط، وإنما تشمل كذلك النظام الأدبي والمعنوي".[1]

ويعرفه الفقيه جودو ليوري بأنه:" مجموعة الشروط اللازمة للأمن والآداب العامة التي لا غنى عنها لقيام علاقات سليمة بين المواطنين بما يناسب علاقاتهم الاقتصادية".[2]

هذا وقد أخذ الفقه في مصر إلى أن فكرة النظام العام من الأفكار المرنة التي يصعب تحديدها تحديدا دقيقا، وهي فكرة ذات مفهوم متغير باختلاف المكان والزمان، فإن فكرة النظام العام تسعى إلى تحقيق، وهو حماية المصالح العليا في المجتمع والمحافظة على كيانه، ولا غرو أن يكون هذا هدفها، فهي تعبر بصفة عامة عن الأسس الاقتصادية، والاجتماعية، والأخلاقية التي يقوم عليها نظام المجتمع. لكن المشكلة القائمة هي إنه يوجد خلاف بين الفقهاء في تعريف النظام العام، مرجعه سببان:

الأول- من الناحية التطبيقية:

مرونة فكرة النظام، وعدم ثباتها واستقرارها تبعا لاختلاف الزمان والدول، فيما يعتبر من النظام العام الآن قد لا يعتبر قبل ذلك أو بعد ذلك من النظام العام، وما يعتبر من النظام العام في دولة ما قد لا يعتبر في دولة أخرى من النظام العام.

الثاني- من الناحية النظرية:

اختلاف نظرة الفقهاء إلى فكرة النظام العام تبعا لتضييق مداه أو توسيعه، فالفقيه هوريو (HAURIOU)، يشير إلى أن النظام العام يجب أن يقف على النظام العام المادي الملموس الذي يعد صورة مجسدة الحالة واقعية مناهضة للفوضى.[3]

كذلك حاول العلامة الفرنسي "هنري كابيتان " وضع صياغة فكرة النظام العام، فقال: " يعتبر النظام العام، كل حكم قانوني لا يستطيع الأفراد مخالفته أو استبعاد حكمه في تصرفاتهم القانونية أو بتعبير آخر، كل حكم قانوني آمر".[4]

إذن فكرة النظام العام هو وجوب الانقياد لبعض القواعد، قد كانت دوما موجودة منذ العصور العريقة في القدم، وكلما ارتقت المدينة في سلم التقدم، كانت تلك القواعد تزداد عددا، وتزداد إطاعتها وجوبا.

ثانيا- في الفقه القانوني العربي:

اختلف الفقه المصري أيضاً في تحديد النظام العام اختلافاً كبيراً ، فذهب رأي في الفقه إلى أن النظام العام المقصود في مجال الضبط الإداري هو : "النظام العام المادي فقط أي الأمن العام والسكينة العامة

---

[1] - منيب محمد ربيع، ضمانات الحرية في مواجهة سلطات الضبط الإداري، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1981، ص62

[2]- سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص490.

[3] - محمد حسن دخيل، الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 70.

[4] - سعد ماضي السيد، الضبط الإداري وهيئاته، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 1992، ص92.

والصحة العامة،[1] فلا شأن للضبط الإداري بحالة المجتمع المعنوية أو الروحية ولا شأن له بالأفكار والعقائد التي تسود المجتمع ولو كانت ضارة بالنظام الاجتماعي إلا اذا كانت لهذه الأفكار والعقائد مظهر خارجي يهدد النظام العام المادي ، فهنا تتدخل سلطات الضبط الإداري لمنع هذا الإخلال.

وذهب رأي آخر؛ إلى أن النظام العام: "ظاهرة قانونية الغرض منها حماية الأسس التي يقوم عليها المجتمع، ولذلك فالنظام العام يشمل النظام المادي والنظام الأدبي".[2]

أما الفقه العراقي فقد عرف النظام العام الأستاذ الدكتور ماهر صالح علاوي الجبوري بأنه: "مجموعة مصالح عليا مشتركة لمجتمع ما في زمن معين يتفق الجميع على ضرورة سلامتها".[3] ويرى انه من الصعوبة بمكان وضع تعريف جامع مانع للنظام العام وذلك لان النظام العام بطبيعته فكرة نسبيه مرنة ومتطورة يمكن أن تختلف من دولة إلى أخرى بل ومن زمن إلى آخر داخل الدولة الواحدة حسب فلسفة النظام السياسي والاجتماعي والاقتصادي السائد في الدولة.[4]

وبالعودة للاتجاهات الفقهية في اليمن، فقد اختلف الفقهاء كذلك في تحديد مفهوم النظام العام وذهب رأي في الفقه الى أن النظام العام هو حالة مادية او معنوية لمجتمع منظم ، فهو الأفكار الأساسية للقانون والمجتمع فهو حالة وليست قانونا وأحيانا تكون مادية فتوجد في المجتمع وفي الأشياء ، كما انها أحيانا أخرى تكون معنوية تسود المعتقدات والأخلاق وأحيانا أخرى تكون هذه الحالة هي الأمرين معا.[5]

وأخيراً ذهب رأي آخر إلى أن النظام العام: "ظاهرة مرنة ونسبية تشكل مجموعة من القواعد القانونية الآمرة التي لا يجوز مخالفتها وتجد مصادرها في القوانين أو العرف أو التقاليد، وهي تختلف باختلاف النظام السائد في الدولة زماناً ومكاناً".[6]

بالنسبة للفقه الجزائري، نستعرض التعريف الذي ساقه الدكتور عمار عوابدي حين اعتبر أن: " المقصود بالنظام العام في مفهوم القانون الإداري والوظيفة الإدارية في الدولة وكهدف وحيد للبوليس الإداري هو المحافظة على الأمن العام والصحة العامة والسكنية العامة، والآداب العامة، بطريقة وقائية، وذلك عن طريق القضاء على كل المخاطر والأخطار مهما كان مصدرها التي قد تهدد عناصر ومقومات النظام هذه".[7]

أما الأستاذ عمور سيلامي فيعرفه:" أن النظام العام هو عبارة عن مجموعة قواعد ضرورية ثابتة، ذات مضمون مرن يتأثر بالقواعد العرفية والأخلاقية والدينية والقواعد الاجتماعية والاقتصادية والسياسية السائدة، التي من شأنها كفالة الحياة المادية والمعنوية لأفراد المجتمع".[8].

---

[1] - محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الاداري، مؤسسة شباب الجامعة، 1973، ص 634.

[2] - محمد شريف إسماعيل، سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 1979، ص 58.

[3] - ماهر صالح علاوي الجبوري، مصدر سابق، ص76.

[4] - فائق حاتم لطيف، ضمانات الأفراد تجاه سلطات الضبط الإداري، رسالة ماجستير مقدمة الى المعهد القضائي، بغداد، العراق، 1990، ص 23.

[5] - أحمد عبد الرحمن شرف الدين، مصدر سابق، ص 48.

[6] - علي علي صالح المصري، مصدر سابق، ص 15.

[7] - عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني (النشاط الإداري)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002، ص 28.

[8]- عمور سيلامي : الضبط الإداري البلدي في الجزائر، رسالة ماجستير، الإدارية والمالية معهد العلوم القانونية والإدارية – بن عكنون جامعة الجزائر ، سنة 1988 ص 49.

فالنظام العام إذن فكرة نسبية مرنة ومتطورة وحيوية وضرورية لتلبية حاجة المجتمع في الاستقرار، وذلك بوقايته وتحقيق أمنه وسكينته، بالشكل الذي يسمح بممارسة حقوق وحريات الأفراد والحفاظ على قيم المجتمع.

ومن ثم يمكننا تعريف النظام العام بأنـه: "ظاهرة قانونية واجتماعية تشكل مجموعة من القواعد الأساسية في المجتمع والتي لا يجوز مخالفتها بأي حال من الأحوال وإلا تحلل المجتمع نفسه، وهذه القواعد تجد مصدرها في القوانين أو العرف أو أحكام القضاء، وهي تتصف بالمرونة والنسبية، وتختلف باختلاف النظام السياسي والاجتماعي والاقتصادي السائد في الدولة".

الفرع الرابع: مدلول النظام العام من منظور القضاء.

لقد عرف مجلس الدولة الفرنسي النظام العام بقوله: "أنه أحد تلك التعريفات الثابتة ذات المضمون المتغير الذي يتعلق بقضائنا العالي الإداري، والذي وإن كان يحل بعض المشاكل إلا أنه يترك الباب مفتوحا أمام التطورات المستقبلية". [1]

وقد كتب مفوض الدولة (*Letourneur*)، أن النظام العام فكرة مبهمة، و غموض غائية النظام العام والطابع الظرفي له يأتيان من تعدد المقتضيات التي يواجهها، إن الضبط الإداري ليس مكلفا فقط بحماية الدولة ضد الأخطار التي تهددها، بل عليه أيضا أن يحمي الفرد من الأخطار التي لا يمكنه هو نفسه استبعادها، سواء كان مصدرها أفرادا آخرون، أم كان مصدرها حيوانات أو ظواهر طبيعية، لذلك ليس من الممكن حصر تلك المقتضيات ذات المضمون المتغير داخل صيغة محددة، إن تلك الحقيقة قد أدركها القضاء تماما" .[2]

أما القضاء الجزائري فيعرف النظام العام في حيثيات قرار الغرفة الإدارية بمجلس قضاء الجزائر بتاريخ 27 جانفي 1984، حيث جاء فيه: " .... إننا نقصد من خلال " عبارة النظام العام " مجموعة القواعد اللازمة لحماية السلم الاجتماعي الواجب الحفاظ عليه، لكي يتمكن كل ساكن عبر التراب الوطني من استعمال قدراته الشرعية في حدود حقوقه المشروعة في مكان إقامته. واعتبارا أنه مهما تعلق الأمر بمفهوم غير مستقر يتطور بتطور الأزمنة والأوساط الاجتماعية.... ".[3]

يلاحظ من هذا التعريف أنه اقتصر على السلم الاجتماعي، أي؛ أّنه جاء ضيقا جدا، فهذا الّتعريف يبعد عدة مجالات خاصة بالّنظام العام. و في حقيقة الأمر، فإن الّنظام العام فكرة مرنة تختلف باختلاف الزمان والمكان، ومع ذلك نسبية الّنظام العام ومرونته لا تمنع من وضعه في إطار قانوني محدد، وهذا ما تجلى في القرار الصادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا بتاريخ 14 فيفري 1993 في قضية س/ضد

---

[1] *-C.E , Section, 18 décembre 1959, n° 36385, Société « Les Films Lutetia » et Syndicat Français des Producteurs et Exportateurs de Films; D 1960, p 171.*

- مشار إليه في مؤلف: عادل السعيد محمد أبو الخير، مرجع سابق، ص 185

[2] *- " L'idée d'ordre public est l'imprécision et le caractére circonstanciel de la finalité d'ordre public viennent de la multiplicité des exigences q'elle recouvre،nom seulement la police administrative a la charge de protéger l'Etat contre des dangers qui le menacent،mais elle doit aussi protéger l'individu contre les périls qu'il ne peut lui- même écarter،soit qu'ils viennent d'autres individus ،soit qu'ils viennent des animaux ou des phénomènes naturels،aussi n'est –il pas possible d'emprisonner des impératifs aussi variés،et aussi variables dans leur contexte ،à l'intérieure d'une formule rédigé ،C'est un fait que la jurisprudence a parfaitement biens compris. C.E .23 novembre 1951،société nouvelle d'imprimerier d'édition et de publicité ،Rec533،R.D.P.1951, concl. Letourneur.*

[3] - قروف جمال، الرقابة القضائية على أعمال الضبط الإداري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، ص 20.

وزير الداخلية، حيث أكد القضاء في هذا القرار على الطبيعة النسبية، وبالتالي الظرفية لمفهوم النظام العمومي، حيث اعتبر:" أن المساس بالنظام العمومي لا يمكن تقييمه في سنة " 1992 استنادا إلى معايير كانت تطبق في سنة 1963".[1]

المطلب الثالث: المدلول المركب للدفع بالنظام العام.

قلنا سابقا، أن فكرة الدفع بالنظام العام فكرة مركبة تحتوي على فكرتين فرعيتين، تتسمان كذلك بالتعقيد، الأولى هي فكرة الدفع (*Moyen*)، والثانية هي فكرة النظام العام (*Ordre public*)، وقد تطرقنا بكثير من التفصيل لتحديد مدلول فكرة الدفع أولا، ثم تكلمنا عن مدلول فكرة النظام العام في القانون العام وفي القانون الخاص، بغية الوصول إلى مدلول مركب للدفع بالنظام العام(الفرع الرابع)، ولكن قبل ذلك سوف نستعرض بعض من التعاريف المقترحة من قبل الفقه بشأن الدفع بالنظام العام في مجال قانون الإجراءات المدنية (الفرع الأول)، وقانون الإجراءات الجزائية (الفرع الثاني)، وقانون الإجراءات الإدارية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مدلول الدفع بالنظام العام في قانون الإجراءات المدنية.

يذهب بعض الفقهاء إلى القول، بأن الدفع بالنظام العام في مجال قانون الإجراءات المدنية أو قانون المرافعات هو:"الدفع المستمد من انتهاك أحكام قانون صدر بالأساس لتحقيق مصلحة المجتمع في مجمله".[2]

الفرع الثاني: مدلول الدفع بالنظام العام في قانون الإجراءات الجزائية.

بالنسبة لفقهاء القانون الجزائي فيكتفون بسرد الدفوع المتعلقة بالنظام العام، دون محاولة إعطائها تعريفا محددا. ومثال ذلك ما قاله بعضهم من أن الدفع بالنظام العام هو: كل دفع مستمد من انتهاك القواعد المتعلقة بالسير المنتظم للهيئات القضائية، وبالمبادئ الأساسية للملاحقة الجنائية والإدانة القضائية، وبكل ما هو أساسي من حقوق الدفاع.[3]

ولا يخفى على المتخصص أن هذا النوع لا يحتوي على أي تعريف للدفع المتعلق بالنظام العام، لأنه ينطوي على إقرار ضمني بأن الدفع المتعلق بالنظام العام هو ما اعتبره القاضي كذلك .

الفرع الثالث: مدلول الدفع بالنظام العام في قانون الإجراءات الإدارية.

أما بالنسبة لفقهاء القانون الإداري، فقد اعتبروا أن الدفع بالنظام العام هو :" الدفع الذي يكون على درجة من الأهمية بحيث إذا لم يبال به القاضي فلن يكون قد أدى مهمته المتمثلة في القضاء وفقا لما تمليه

---

[1] - ناصر لباد، القانون الإداري ، الجزء الثاني، مطبعة دالي إبراهيم، الجزائر، 2004 ، ص 18.

[2] *-"Est d'ordre public le moyen tiré de la violation d'une loi édictée principalement dans l'intérêt de la société prise dans son ensemble.... (E. Faye. La cour de cassation, 1970, No. 130).*

[3] *- Tout Moyen tiré de la violation des règles relatives au fonctionnement régulier des institutions Judiciaires ou à l'observation des principes fondamentaux relatifs à la poursuite, à la condamnation pénale et aux droits de la défense en ce qu'ils ont d'essentiels", (A. PEPY, Jurisclasseur de procédure pénale, articles 567 à 621, Fasc. X.*

قواعد القانون الأساسية.[1] ويبدو أن هذا التعريف للدفع بالنظام العام يحوز على رضى بعض كبار فقهاء القانون الإداري في فرنسا.[2]

الفرع الرابع: المدلول المركب المقترح.

استنادا لمجموع ما تطرقنا إليه، يمكننا اقتراح مدلول عام للدفع بالنظام العام بأنه:" جميع وسائل الدفاع التي يجوز للخصم أن يستعين بها ليجيب على دعوى خصمه، أو التي يمكن أن يطرحها القاضي من تلقاء نفسه، والتي تهدف إلى حماية النظام العام بمختلف أنواعه، بقصد تفادي الحكم للخصم بما يدعيه، سواء أكانت هذه الوسائل موجهة إلى الخصومة أو بعض إجراءاتها، أو موجهة إلى أصل الحق المدعى به أو إلى سلطة الخصم في استعمال دعواه".

أو هو آلية إجرائية يثيرها القاضي أو الخصوم وكل ذي مصلحة خلال الخصومة القضائية لرد دعوى الخصم الآخر(المدعي) نتيجة مساسه بالأسس السياسية و الاجتماعية و الاقتصادية و الخلقية والقضائية التي يقوم عليها كيان الدولة كما ترسمه القوانين النافذة فيها، أو كل مساس بالقواعد القانونية التي تنظم المصالح التي تهم المجتمع بشكل مباشر أو غير مباشر.

كما يمكننا إعطاء مدلول خاص للدفع بالنظام العام في مجال القضاء الإداري، باعتبار أنه الدفع الذي تثيره الدولة أو أحد مؤسساتها بمناسبة منازعاتها مع الأفراد أو الأشخاص المعنوية الأخرى أمام الجهات القضائية للحفاظ على ما يتحتم على الإدارة صيانته والحفاظ عليه أثناء قيامها بالوظيفة الأساسية المسندة إليها في مواجهة الغير، وهي الضبط الإداري من حيث توفير الأمن والسلامة العامة ، وكذلك الحفاظ على الصحة والسكينة العامة للمجتمع، أو في الحالة العكسية، عندما تكون الدولة أو إحدى مؤسساتها مدعى عليها بمناسبة خرقها للمهام المسندة إليها (دعاوى الإلغاء).

أمام صعوبة وضع تعريف فقهي جامع و محدد لفكرة الدفع بالنظام العام ذهب بعض الفقهاء إلى أنه لا مناص من الاعتماد على أقرب التعريفات إلى محتوى فكرة الدفع بالنظام العام ذاتها، وهو المدلول الذي يستند إلى النظام القانوني للدفوع المتعلقة بالنظام العام أي إلى مجموعة الخصائص المشتركة التي تجمع هذه الدفوع في طائفة واحدة.[3]

وهذا التعريف قال به الفقيهان الفرنسبان جان ماري أوبى (*Jean-marie Auby*)، و روان دراجو (*Rolland Drago*)، في مؤلفهما مطول القضاء الإداري. ومن وجهة نظرهما، فإن الدفع التعلق بالنظام العام هو الدفع الذي يمكن أن يثار للمرة الأولى أمام القاضي حتى ولو لم يقدم بمناسبة الطلب الأصلي، ويمكن تقديمه دون التقيد بمواعيد، كما يمكن أن يثار للمرة الأولى أمام قاضي الاستئناف وقاضي النقض.[4] وهذا ما سوف نأتي إليه بشيء من التفصيل في المبحث الرابع من الفصل الثاني، عند حديثنا عن طبيعة الدفع بالنظام العام.

---

[1] *- "Celui qui présente une telle importance que si le Juge saisi n'en tenait pas compte, il ne remplirait pas sa mission qui est de statuer en conformité des règles fondamentales du droit". (G. Maleville, Jurisclasseur administratif, fasc. 616, No 257).*

[2] *- J-M AUBY et R. DRAGO, traité du contentieux administratif. 1984, tome. 2 .P. 241.*

[3] *- Thierry Di Manno, le conseil constitutionnel et les Moyens.... Op-cit, P.55.*

[4] *- "Un Moyen qui peut être soulevé pour la première fois devant le Juge alors qu'il ne l'a pas été à l'occasion du recours administratif préalable, qui peut être présenté hors du délai, ou qui peut être, pour la première fois présenté devant le Juge d'appel ou de cassation".*

جان ماري أربي ورولان دراجو، مطول القضاء الإداري، المرجع السابق، فقرة 1136، ص 241.

المبحث الثاني: تطور آلية الدفع بالنظام العام.

عرفت البشرية منذ اكتشافها لمفهوم الجماعة فكرة القانون كأداة لتنظيم سلوك أفردها وتوقيع الجزاء عند مخالفتها، وذلك على عدة مراحل، كان أولها في العصور القديمة، أو ما يعرف بالمجتمعات البدائية، حيث ساد الاعتقاد بأن القانون ظاهرة فوق بشرية يحتكم عليها رئيس العشيرة أو القبيلة، كما كان عليه الحال في الحضارة المصرية القديمة في عهد فرعون أين كانت أوامر فرعون بمثابة القوانين في الدولة. ومع تطور المجتمع البشري عرفت بعض التجمعات فكرة صياغة القوانين في شكل نصوص مكتوبة ومن بينها:

قانون حمو رابي في بلاد الرافدين والذي تشكل من عدة نصوص قانونية تنظم العقد ومسائل الزواج والعبيد والعقوبات المتصلة ببعض الجرائم كجريمة القتل، ويقوم هذا القانون على فكرة عدم المساواة في العقاب بين طبقة الأحرار وطبقة المساكين وطبقة العبيد.

قانون الألواح الإثنا عشر في روما حين طالب العامة بتدوين القوانين رغبة منهم في الحد من تحكم الأشراف فأرسل مجلس الشيوخ بعثة إلى بلاد اليونان لدراسة القوانين اليونانية وخاصة قانون صولون الذي وضعته أثينا في عام 600 قبل الميلاد، ثم عادت البعثة ومعها نتائج أبحاثها فشكلت لجنة عام 154 ق.م، من عشرة رجال لوضع التقنين المطلوب والذي احتوى على قواعد قانونية خاصة بالعقود والمسؤولية وقمع الجرائم المختلفة التي يعرفها المجتمع الروماني.

قانون الشعوب وهو مجموعة من القواعد التي شكلت نتيجة تعامل الرومان مع غيرهم من الشعوب، خاصة فيما يتعلق بالمعاملات التجارية، وصدر هذا القانون في القرن الثالث قبل الميلاد ونظم أربعة عقود رضائية وهي: البيع، الإيجار، الوكالة والشركة ويطبق هذا القانون على الأجانب دون الرومان.

توالى تطور فكرة القانون مرورا بالعصور الوسطى أين ظهرت عدة أنظمة قانونية متباينة هيمن عليها نظامين أساسين هما: من نظام قانوني مستمد من القانون الكنيسي جهة، ونظام قانوني مستمد من الشريعة الإسلامية من جهة أخرى.

هذا الأخير الذي تميز بأن مصدره هو القرآن الكريم المنزل من الله عز وجل على نبيه محمد صلى الله عليه وسلم والسنة النبوية التي جاءت لتفصيل ما أجمله القرآن الكريم ن أحكام وينتمي النظام القانوني للشريعة الإسلامية لصنف الشرائع السموية، أي القانون الإلاهي، وقد ازدهر هذا القانون بعد احتكاك المسلمين بالنظم القانونية للأقاليم التي تم فتحها وخاصة المجموعة القانونية للبلاد ما بين النهرين والمجموعة القانونية لبلاد فارس، والمجموعة القانونية الرومانية والبيزنطية، ونتيجة لهذا الاحتكاك تطور الفقه الإسلامي والذي انقسم إلى مجموعتين أساسيتين: مجموعة المذاهب الفقهية السنية، وعددها أربعة تتمثل في: المذهب المالكي، والمذهب الشافعي، والمذهب الحنفي، والمذهب الحنبلي، ومجموعة شيعية والتي انشطرت إلى أكثر من إثني عشر مذهب.

وكان لهذا التنوع المذهبي آثاره في إثراء أحكام الشريعة الإسلامية والتي بلغت حدا جعلها أحد أهم روافد الفكر القانوني العالمي وصولا إلى الأنظمة المعاصرة، والتي تعلقت أساسا بالقانون الوضعي المعمول به في الدول الأوربية والذي استمد مرجعتيه من القانون الروماني الذي يعود أصلها إلى الرومان لكنها عرفت تغيرات جدرية على يد الفقهاء الفرنسيين، وتعرف هذه المجموعة باعتمادها على مبدأ تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص، مبدأ ازدواجية القضاء إلى قضاء عادي وقضاء إداري، هذا إلى جانب مجموعة القانون العام الانجليزي (*Law Common*)،وانتشر تطبيقها في دول أمريكا وبريطانيا وإفريقيا وحتى الدول الأسيوية.

تضرب مسألة الدفوع بجذورها إلى تاريخ ظهور الشريعة الإسلامية كما لها أصول مستمدة من القانون الروماني، حيث تناولت الشريعة الإسلامية الدفع بصدد الحديث عن حق دفع الدعوى، حيث تنص المادة 1631 من مجلة الأحكام العدلية،[1] على أن الدفع هو الإتيان بدعوى من قبل المدعى عليه لدفع دعوى المدعي.

تتضمن نصوص هذه المجلة العديد من الدفوع وهي على الترتيب؛ الدفع بالتصالح، الدفع بالإبراء، الدفع بالمقاصة والدفع بحوالة الدين، والدفع بانقضاء الكفالة والدفع ببطلان الشهادة، ومن هذا يتضح مدى العمق والثراء والريادة التي تتمتع بها مبادئ الشريعة الإسلامية الغراء، حيث اهتدى الفقه والقانون الوضعي المقارن لما تضمنته، فقرر أن ما يجوز طلبه بطريق الدعوى يجوز نفيه بطريق الدفع، وما يمتنع طلبه بالدعوى يمتنع نفيه بالدفع.[2]

كما كان الالتجاء إلى القضاء في عهد القانون الروماني لا يجوز إلا بالاستناد إلى دعوى من دعاوي هذا القانون الواردة فيه على سبيل الحصر، ثم قام البريتور (الحاكم القضائي) بقبول دعاوي هي في الأصل غير مقبولة بمقتضى هذا القانون وذلك ليتماشى مع مبادئ العدالة وروح القانون الطبيعي وليعطي لكل صاحب حق حقه، مثال ذلك: دعوى الإكراه أو دعوى الغش التي أجازها البريتور لسد ثغرة في القانون المدني ولتمكين الخصم الذي وقع تحت تأثير الإكراه أو الغش من إبطال التصرف القانوني الذي صدر عنه مشوبا بأيهما, وكانت هذه الدعاوى تسمى بالدعاوي الواقعية. بالمقابل منح البريتور دفوعا مختلفة للمدعى عليهم لتفادي الحكم عليهم في دعاوي أقيمت عليهم ظلما وذلك تحقيقا للعدالة.

إن حديثنا عن مسألة الدفع بالنظام العام، تجرنا للحديث عن تطور مسألة النظام العام، وذلك نظرا للتلازم المستمر بين آلية الدفع بالنظام العام مع فكرة النظام العام في حد ذاتها، حيث أخذ النظام العام المظهر الذي نعرفه عنه اليوم مع الثورة الفرنسية السنة 1789، ومما لا شك فيه أن مصطلح النظام العام كان موجودا من قبل ، وظهر في كتابات ككتاب القرن الثامن عشر . وقد عبر عن ذلك الملك لويس الخامس عشر عندما توجه إلى برلمان باريس في حديث ألقي أمامه في 03 مارس سنة 1766، لتأكيد سلطته التي كان قد شعر أنها أهينت وقال " أنه صاحب السلطة التشريعية وحده، دون تبعية أو تجزئة ، وأن النظام العام بأكمله يصدر منه.[3] وقد كان مصطلح النظام العام، كما هو الشأن في الوقت الحاضر، مرادفا للسلام العام (*Paix Publique*)، ولكنه كان يغطي قواعد قانونية تختلف مضمونها وطبيعتها اختلافا كبيرا.

أما النظام العام الحديث، والذي نشأ من رفات النظام القديم، فهو التعبير المباشر للأفكار الثورية، ورد الفعل ضد تعسف السلطة الملكية في فرنسا.

---

[1] - الدَّفْعُ هُوَ الْإِتْيَانُ بِدَعْوَى مِنْ قِبَلِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ تَدْفَعُ دَعْوَى الْمُدَّعِي مَثَلًا إذَا ادَّعَى أَحَدٌ مِنْ جِهَةِ الْقَرْضِ كَذَا قِرْشًا وَقَالَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَنَا كُنْت أَدَّيْت ذَلِكَ أَوْ إنَّك أَبْرَأْتنِي مِنْ ذَلِكَ أَوْ كُنَّا تَصَالَحْنَا أَوْ لَيْسَ هَذَا الْمَبْلَغُ قَرْضًا بَلْ هُوَ ثَمَنُ الْمَالِ الْفُلَانِيِّ الَّذِي كُنْت قَدْ بِعْته لَك أَوْ أَنَّ فُلَانًا قَدْ حَوَّلَنِي عَلَيْك بِمَطْلُوبِي مِنْهُ كَذَا دِرْهَمًا وَأَنْتَ دَفَعْت لِي الْمَبْلَغَ الْمَذْكُورَ يَكُونُ قَدْ دَفَعَ دَعْوَاهُ، وَكَذَلِكَ إذَا ادَّعَى أَحَدٌ عَلَى آخَرَ بِقَوْلِهِ: أَنْتَ كُنْت قَدْ كَفَلْت مَطْلُوبِي الَّذِي فِي ذِمَّةِ فُلَانٍ كَذَا دَرَاهِمَ وَقَالَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ: إنَّ الْمَدِينَ قَدْ أَدَّى ذَلِكَ الْمَبْلَغَ يَكُونُ قَدْ دَفَعَ دَعْوَى الْمُدَّعِي، وَكَذَا إذَا ادَّعَى أَحَدٌ بِالْمَالِ الَّذِي هُوَ فِي يَدِ غَيْرِهِ بِأَنَّهُ مَالِي وَأَجَابَ عَلَيْهِ بِأَنَّك حِينَمَا ادَّعَى هَذَا الْمَالَ فُلَانٌ كُنْت قَدْ شَهِدْت لِدَعْوَاهُ يَكُونُ قَدْ دَفَعَ دَعْوَى الْمُدَّعِي. وَكَذَلِكَ لَوْ ادَّعَى أَحَدٌ مِنْ تَرِكَةِ الْمَيِّتِ كَذَا دَرَاهِمَ وَأَثْبَتَ دَعْوَاهُ بِنَاءً عَلَى إنْكَارِ الْوَارِثِ ثُمَّ ادَّعَى الْوَارِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَنَّ الْمُتَوَفَّى كَانَ قَدْ أَدَّى هَذَا الْمَبْلَغَ أَوْ أَنَّ الدَّائِنَ قَدْ أَبْرَأَهُ مِنْهُ حَالَ حَيَاتِهِ بِكَوْنِهِ قَدْ دَفَعَ دَعْوَى الْمُدَّعِي.

[2] - علي عوض حسن، الدفع بالسقوط و التقادم في المواد المدنية و التجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 1998، ص 08 و 09.

[3] - *Rocquain (F) : " L'esprit révolutionnaire avant la révolution", Paris, 1878, p. 256.*

غير أنه مما لا شك فيه، أن النظام العام الجديد قد تأثر في نشوئه بفكر فلسفي معين هو الذي يحدد جوهر النظام العام. وفيما يلي نعرض للفكر الفلسفي الذي ساهم في تكوين مفهوم النظام العام.

المطلب الأول: الفكر الفلسفي لمفهوم النظام العام.

مما لا شك فيه أن النظام العام في تكوينه وتطوره، تأثر بعوامل عديدة، وليس من شأننا هنا أن نبحث في تلك العوامل، إذ هي لا تتناهي ولا تقع تحت حصر. ومن ثم كان أي بحث يستهدف دراستها هو بحث ناقص بالضرورة، ولكن مهمتنا هنا أن نبين العامل الجوهري الذي أثر في نشوء النظام العام، حتى يمكن أن نعتبره جوهر النظام العام أو أصله وأساسه. مما لا شك فيه أن أصل فكرة النظام العام يرجع إلى فلسفة القانون الحديث، التي بدأت إرهاصاتها منذ القرن الثالث عشر الميلادي، والتي استقرت على يد مدرسة القانون الطبيعى الحديثة في القرن السابع عشر والثامن عشر.

إن هذه الفلسفة الحديثة قد أحدثت ثورة في مفهوم القانون، إذ أنها هدمت ما قبلها من مفاهيم قانونية، وأنشأت مفاهيم حديثة تماما، حيث خلقت مبادئ حديثة في النظر إلى العالم والإله والإنسان والقانون. فبعد أن سادت فكرة القانون الطبيعى الكوني ولزمن طويل، بدأت في الظهور فكرة حديثة للقانون الطبيعي التي جعلت الإنسان في محور تفكيرها، فبعد أن كان القانون الطبيعي يرتبط بالنظام الموضوعي للكون، أصبح يرتبط بالطبيعة الإنسانية، والتأكيد على أن القانون هو عمل إنساني بحت يخضع للإرادة الإنسانية.[1]

ومما لا شك فيه، أن المفاهيم الحديثة التي سادت مفهوم القانون قد أثرت في نشأة النظام العام، ويمكننا أن نتتبع العناصر التي تتكون منها الأفكار التي أثرت في نشوء النظام العام، والتي يمكن ردها إلى فكرتين أساسيتين:

الأولى: تتعلق بالمدلول الحديث للإنسان، والأخرى: تتعلق بالمدلول الحديث للمجتمع. وسنتناول كل من الفكرتين بشيء من التفصيل.

الفرع الأول: المدلول الجديد للإنسان.

نستعرض هنا مدلول الإنسان في ظل فكرة القانون الوضعي الإنساني، ثم نعرج بعد ذلك للمدلول الحديث للإنسان في ظل مدرسة القانون الطبيعى الحديثة.

أولا- مدلول الإنسان في ظل فكرة القانون الوضعي الإنساني:

تضمنت الديانة المسيحية بذور المذهب الفردي، ذلك أنها تقوم على ضرورة الاهتمام بالجوهر والروح أكثر من الاهتمام بالحياة في المدينة الدنيوية، وجعلت من الفرد " كل، لا نهائي، قيمة في ذاته "،[2] ويكون في جزء منه بمنأى عن الخضوع للدولة.[3]

---

[1] - حسن عبد الحميد، فكرة القانون الطبيعي الكلاسيكي ومفهوم القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996 ، ص 14 وما بعدها.

[2] - *Villey (M.): "philosophie du droit" 2 éme , éd. Paris 1978, p. 132 et 133 .*

[3] - محمد عيد الغريب، الأصول الفلسفية والمبادئ الدستورية لمفهوم النظام العام المعاصر في قانون الإجراءات الجنائية، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، العدد 65، الصادرة في أبريل 2018، ص 232 و 233.

وفي بداية العصر الحالي، عالج جانب كبير من الأدب المسيحي الروابط الشخصية التي تربط المؤمن بالله. وأن التصوف (*Mysticisme*)، يدفع إلى الوحدة والعزلة، دون اكتراث بالشئون الدنيوية المادية. وقد ظهرت في أحضان الأدب الرهباني (*Monastique*)، وداخل الكنيسة نفسها، الفلسفة الاسمية (*Le Nomine Liste*)،والتي تشكل في الواقع، أساس الفلسفة الحديثة للقانون.[1]

هذا الاتجاه قد وجد ما يمثله على يد جوايوم دي أوكام (*Guillaume d' occam*)، و دون سكوت (*Duns Scott*)، وإذا كان دون سكوت هو الذي وضع بذرة الفلسفة الاسمية، فإن جوايوم دي أوكام يعتبر مؤسس هذه الفلسفة التي أدت إلى الانتقال من فكرة القانون الطبيعي الكوني إلى فكرة القانون الطبيعي العقلانى والإنساني الحديث. وفي القرن الرابع عشر تخلى كل من جوايوم دي أوكام و دون سكوت عن المدرسة القديمة، واستبدلاها بوسيلة جديدة للتفكير.

وقد ذهب جوايوم دي أوكام أبعد من دون سكوت، فقد أقر فكرة القانون الوضعي الإنساني باعتبارها أساس النظام القانوني، تعبيرا عن الإرادة الإنسانية الفردية، وليس تعبيرا عن النظام الطبيعي الكوني. ويبدو أن الدافع وراء فلسفة جوايوم دي أوكام كان يكمن في الصراع المحتدم بين الكنيسة (السلطة الروحية)، والملك (السلطة الزمنية)، وقد اشترك جوايوم دي أوكام في هذا الصراع لصالح الملك.[2]

وقد أقام جوايوم عالم لا يتكون إلا من الأشياء الفردية، فالوجود الحقيقي إذا هو وجود الأشياء الفردية. أما بالنسبة للأفكار العامة مثل فكرة الإنسان، وفكرة الفلسفة الفردية، فهي لا تشكل في نظر جوايوم سوى رموز، ألفاظ لغة، أسماء تقوم بدور محدد، وهو الإشارة إلى مجموعة من الأشياء الفردية. فموضوع المعرفة الحقيقية ليس هو الفكرة العامة (إنسان) ولكن موضوع المعرفة الحقيقي هو الأفراد، فالفرد هو الذي يتمتع بوجود حقيقي وهو المركز الوحيد للمصلحة. ومن ثم فقد أصبح الفرد هو مركز اهتمام علم القانون، أي أن علم القانون قد ركز اهتمامه على دراسة الإنسان الفرد في ذاته. فلا يوجد في العالم إلا أفراد متميزين، والقانون لا ينبع إلا من إرادات هؤلاء الأفراد.

وفي نظر أوكام أن النظام الاجتماعي في مجمله يقوم على أساس منح وتوزيع الحريات والحقوق الشخصية، أي أن الحقوق الشخصية جاءت لتحل محل فكرة القانون الطبيعي التي هدمها أوكام، فالنظام القانوني قد أصبح نظاما للحقوق الشخصية. ومن ذلك، انطلقت فكرة الحقوق الشخصية التي تعبر عن تاريخ جديد للفلسفة القانونية. ومنذ ذلك الوقت توقف الادعاء بتفسير العالم بالخصائص العالمية، وأسس العالم على خبرة الأشياء والوقائع الفردية.[3]

لذلك فقد كان الاهتمام الأول لهذه النظريات، هو إعادة النظر في العلاقة بين الكنيسة والإمبراطورية، وإعادة النظر في العلاقة بين البابا والإمبراطور (بين السلطة الروحية أو الدينية والسلطة الزمنية أو السياسية). هذا في الحقيقة معناه إعادة النظر في العلاقة بين الدين والقانون. ولم يستطع المفكرون إلغاء كل صلة بين الدين والقانون، فمثلا نجد جوايوم يرى؛ أن العقل الإنساني قادر على خلق

---

[1] - *Ibid. P. 134.*

وهذه الفلسفة كانت تعبيرا عن ازدهار الاتجاه العلماني في نهاية القرن الثالث عشر الميلادي ، والذي كان يدعو إلى استبعاد سلطة الكنيسة الروحية والعودة إلى الإيمان الحر ، أي تجاهل دور رجال الدين باعتبارهم وسطاء ، والعودة المباشرة إلى كلام الله في كتبه المقدسة. حسن عبد الحميد، مقدمة تاريخية لمفهوم القانون ، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1997، ص 492.

[2] - حسن عبد الحميد، نفس المرجع، ص 494 وما بعدها.

[3] - *Villey (M.) : op. cit, P. 139 et 140.*

القواعد القانونية ، ولكنه في نفس الوقت يرى أن هذا العقل يتطابق مع الإرادة الإلهية . هذه الفكرة تنطوي على تقديم الإنسان الفرد على مسرح الوجود.[1]

ثانيا- المدلول الحديث للإنسان في ظل مدرسة القانون الطبيعي الحديثة:

وهذا التحول في اللغة القانونية واستقراره قد حدث مع فلاسفة مدرسة القانون الطبيعى الحديثة ، وأهم ما يميز هذه المدرسة مؤلف الفقيه الهولاندى جروسيوس (*Grotius*)، والذي أصدره سنة 1920 بعنوان قانون الحرب والسلام، والذي يعتبر أول من أقام نظام قانونى أسسه على ملاحظة طبيعة الإنسان عن طريق استعمال منهج العلوم الطبيعية والرياضية، المنهج العلمي، فالقانون ينظر إليه باعتباره عمل ناتج من العقل الإنساني السليم.

وأساس هذا النظام المنطقي العقلاني ينبع من العقل الإنساني المجرد، فالمبادئ العقلانية المجردة تشكل المقدمات الأساسية للنظام القانوني المنطقي، وبداية منها يمكن استنتاج التشريعات الوضعية، وذلك في شكل نظام استنتاجي، فمدرسة القانون الطبيعي الحديثة هي التي نظرت إلى القانون باعتباره نظام منطقي عقلاني.[2]

ومن ثم تعتبر هذه المدرسة بداية عصر الحداثة القانونية (*la modernité juridique*)، التي ينتصر فيها العقل الإنساني، ويصبح هو أساس النظام القانوني.

وإذا كان للبابا، في القرن الرابع عشر، نظرة لنفوذ الكنيسة البالغ في هذه الحقبة من الزمن، دورا في إيجاد حل للصراع العنيف بين الدول، فإنه في بداية القرن السابع عشر كان من الضروري إيجاد قواعد لتحكم العلاقات المطردة بين الدول الأوربية في شكلها الحديث. ولما لم تكن هناك سلطة عليا فوقها لتملي هذه القواعد، بعد أن تفككت الدولة الرومانية المقدسة، وضعفت سلطة البابا على إثر انشقاق البروتستانت عليه و عدم رضوخهم لأوامره، لذلك ذهب الفلاسفة إلى وجوب الرجوع في حكم تلك العلاقات إلى قواعد القانون الطبيعي، ما دامت هذه القواعد أبدية عامة أودعها الله في الكون البشري على كل الأمم .

وتزعم هذه الفكرة الفقيه جروسيوس الذي يعتبر مؤسس المذهب التقليدي للقانون الطبيعي، وأول من قال بفصله عن الدين المسيحي في كتابه " قانون السلم والحرب "، والذي عرف فيه قاعدة القانون الطبيعي بأنها: "قاعدة يكشف لنا عنها العقل السليم، ويتحتم علينا بمقتضاها أن نحكم على عمل ما بأنه ظالم أو عادل على حسب اتفاقه مع المعقول". كما أسس جروسيوس أيضا القانون الدولي العام في شكله الحديث على أساس العقل السليم.[3]

على أن المذهب التقليدي للقانون الطبيعي لم يبلغ ذروته إلا على يد فقيه آخر من بعد جروسيوس، هو الفقيه بوفندورف (*Pufendorf*)، في كتابه " القانون الطبيعي والناس " ، الذي نشر سنة 1672، ثم من بعده تومانيوس (*Tomanius*)، اللذان اتبعا منهج مؤلف جروسيوس، ثم استخدم هذا المنهج في كل فروع القانون. كما قام بوفندروف بفصل العلاقة بين القانون والله والوحي المسيحي الذي كان قد أكده الفقيه

---

[1] - محمد عيد الغريب، المرجع السابق، ص 234 و 235.

[2] - حسن عبد الحميد، المرجع السابق، ص 547 وما بعدها.

[3] - *Villey (M.):" Leçons d'histoire de La Philosophie du droit" , 2 ème ed. Paris , 1962, P. 46 et 47.*

-كذلك " تاريخ الفكر السياسي، ترجمة الدكتور على مقلد طبعة 1987، ص 254 وما بعدها . ويلاحظ أنه قد سبق جروسيوس في فكرته التي تقوم على التماس تنظيم العلاقات التي تقوم بين الدول في قواعد القانون الطبيعي الفقيه الأسباني (S.Sauvez.) الذي عاش من عام 1848 حتى عام 1917. وقال هذا الفقيه بفكرته على إثر اكتشاف أمريكا، واستعمار بعض من أراضيها ، الأمر الذي أدى إلى وجوب البحث عن قواعد لتنظيم هذا الاستعمار ، وقد وجدها الفقيه في القانون الطبيعي. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية القانون، المرجع السابق، فقرة رقم 29، ص 50 وما بعدها ، وهامش رقم 1 و01.

جروسيوس. وذهب إلى أن القانون الطبيعي يعتمد على أساس مستقل، يتمثل في العقل الطبيعي، وهو ما يعد مصدرا كاملا للحقيقة المعنوية.[1]

يتضح مما تقدم أن الفرد أصبح منذ الآن متحررا من الخضوع للكنيسة والإقطاع، أي؛ من الإكراه أو الضغط الديني الذي كان يبرر الملكية المطلقة. وأصبح موضوع الإنسان لا يتحدد بالنسبة إلى الكون(*Cosmos*)، أو بالنسبة إلى الله، وإنما بالنسبة إلى ذات الإنسان نفسه، وحينئذ توقف القانون عن أن يهدف إلى الصواب من أجل أن يمتد نحو المفيد، والدولة لم يعد لها نفس المعنى، ولكن لازدهار الفرد، فإنه من الضروري أن ينشأ إطار قانونى جديد.[2]

الفرع الثاني: المدلول الجديد للمجتمع.

تحتوي نظرية القانون الطبيعي، وفقا لما تقدم، على نواة المذاهب الفردية التي بلغت أوجها في القرن الثامن عشر، فالقول؛ بوجود مثل أعلى للتنظيم القانونى كامن في طبيعة الأشياء، له ما لتلك الطبيعة من صفات الخلود والعموم، يتجسم تحت إرشاد العقل في طائفة من القواعد القانونية سابقة في وجودها على قواعد القانون الوضعي وأسمى مرتبة منها، أدى إلى القول بوجود حقوق للفرد، قبل نشوء الحياة الاجتماعية، مترتبة على صفته الإنسانية، تعتبر حقوقا طبيعية له.

وأسس الفلاسفة هذه الحقوق على فكرة العقد الاجتماعي. وقد قال بهذه الفكرة كثير من مفكري القرن الثامن عشر، ومنهم هوبز ولوك والفليسوف الفرنسي جان جاك رسو.

وأساس فكرة العقد الاجتماعي أن الإنسان كان يعيش، قبل نشوء الدولة، على الفطرة، يتمتع بحريته كاملة غير منقوصة، ولما كان من شأن الحرية المطلقة لكل فرد أن تحول دون قيام الجماعة، إذ أن من شأنها أن القوى يلتهم الضعيف، فقد اتفق الأفراد فيما بينهم على أن يقبل كل واحد منهم الحد من حريته، بالقدر اللازم لقيام الجماعة. وبهذا يستعيض كل فرد عن حريته الفطرية المطلقة بحدود مدنية محدودة . هذا هو الأساس الذي بنيت عليه فكرة العقد الاجتماعي . وهذه ليست في حد ذاتها فكرة جديدة، ولكنها لم تكن تصطبغ بهذه الفردية التي تميز فكر العصر الحديث، وقد اختلفت فكرة العقد باختلاف القائلين بها على النحو التالي: [3]

أولا- فكرة العقد الاجتماعي عند هوبز:

يرى هوبز؛ أن وجود الإنسان على حالة الفطرة كان سابقا على نشوء المجتمع المدني، وكان الإنسان يتمتع بحريته، ولكنه كان وحيدا ومنعزلا، وكان هذا الوضع سينا بصفة طبيعية. وحالة الفطرة الأولى كانت تتميز بالحرب المستمرة والدائمة بين الأفراد. ومع ذلك؛ فإنها كانت تتميز أيضا بالقانون الطبيعي، باعتباره قواعد عامة تسري في كل مكان، اهتدى إليه الإنسان بعقله، حيث أن أحكام القانون الطبيعي لا تخرج عن كونها شيئا يستنبطة العقل من طبيعة البشر. وهذه الأحكام تقود العقل البشري إلى ما يحقق مصالحه في المحافظة على حياته، بحيث يستخدم الوسائل التي تقربه إلى ذلك، أو من ثم تنير الطريق أمام الأفراد ، وتوضح لهم أن اندفاعهم هذا سيؤدي بهم جميعا إلى الهلاك ، وتنير لهم الطريق للخروج من تلك الحياة . وبالتالي فإن هذه القواعد ترشد الأفراد إلى ضرورة الخروج من حالة الطبيعة هذه إلى ضرورة السعي للسلام ، وإتباعه بوجود اتفاق بينهم لاتخاذ سلطة عليا تحد من اندفاعهم السائد في حالة الطبيعة.

---

[1] - *Prélot (M.) et Lescuyer (G.) : Histoire des Idées Politiques " , 6éme éd, Paris 1977, P. 335.*

[2] - *Brimo (A.) : " Les grands Courants de La Philosophie du driot et de L'Etat" 3éd. Paris , EDITIONS A. PEDONE Librairie de la cour d'appel et de l'ordre des avocats 13, rue SOUFFLOT, PARIS, 1978, P. 88.*

[3] - محمد عيد الغريب، المرجع السابق، ص 239 و ما بعدها.

وبالتالي، فالقانون الطبيعي الأول أدى إلى القانون الطبيعي الثاني، وهو أن كافة الأفراد يجب أن يتنازلوا بإرادتهم عن حقوقهم الطبيعية غير المقيدة عن طريق اتفاق جماعي كوسيلة للخروج من حالة الطبيعة هذه، والتي وإن كانت لهم في ظلها حقوق طبيعة متساوية، ومساواة مطلقة، إلا أنهم لم يستطيعوا التمتع بهذه الحقوق، وبالتالي، فإنهم قرروا إراديا التنازل عن كافة حقوقهم الطبيعية في سبيل إيجاد المجتمع المدني. وهذا التنازل نهائي وبصفة مطلقة لشخص واحد ليتولى أمرهم، يكون صاحب السيادة ذي القوة المطلقة.

فالعقد هو في الحقيقة عقد مزدوج، بمعنى؛ أنه عقد بمقتضاه اتفق الأفراد فيما بينهم على أن يكونوا جماعة، ثم هو عقد آخر تنازل بموجبه هؤلاء الأفراد عن حقوقهم للملك. وهذا الحاكم أو صاحب السيادة ليس طرفا في العقد. حيث تم التعاقد بين الأفراد وتم التنازل له عن كافة حقوقهم الطبيعية، أي؛ أن هذا الشخص هو نتاج التعاقد وليس طرفا فيه. والقانون يظهر تبعا لهذه النظرية عندما يتم العقد الاجتماعي.

وواضح مما سبق، أن هوبز أراد بذلك أن يبرر سلطة الملك المطلقة، وقد استند في ذلك إلى أن الأفراد حين تنازلوا عن حرياتهم وحقوقهم لصالح الملك، فهم في الواقع قد تنازلوا عن حرياتهم في تقرير ما يعد خيرا وما يعد شرا، أو ما يعد عدلا، وما يعد ظلما إلى الملك فهو خير وعدل، وما ينهى عنه فهو شر أو ظلم، فالحاكم بهذا المعنى، هو الرمز الذي يحمي سعادة الأفراد.[1]

وبالتالي، يصبح مفهوم القانون مساويا لمفهوم الشريعة الوضعية الإنسانية، فبعد العقد الاجتماعي يصبح القانون هو التشريع الوضعي الصادر من الأمير، ولا يوجد بجانب هذا التشريع أي مصدر آخر للقانون، فالقانون هو التشريع.[2]

ثانيا- فكرة العقد الاجتماعي عند لوك:

خلافا لهوبز، نظرة لوك نظرة متفائلة للطبيعة البشرية، فقد رأى؛ أن حالة الطبيعة كانت حالة يسودها السلام والود والتعاون المتبادل والمحافظة على النفس، ويحكمها القانون الطبيعي. ويوضح لوك، بأن المضايقات في حالة الطبيعة، على الرغم من كل محاسنها، تتمثل أساسا في عدم توافر الاطمئنان، والضمان في التمتع بالملكية والحقوق التي يجب أن يعيش في ظلها الفرد في حالة الطبيعة، والتي يجب أن يكون راغبا في إنشاء المجتمع المدني من أجل التخلص منها.

لذلك، كان العقد الاجتماعي، باعتبار، أنه أساس المحافظة على الحقوق الطبيعية بقدر الإمكان. فالأفراد لم يتنازلوا عن كافة حقوقهم وحرياتهم الطبيعية. وعليه فالتعاقد لم يوجد المجتمع السياسي من العدم، حيث أن حالة المجتمع كانت شبه منظمة تنظمه قوانين الطبيعة والأفراد بالتعاقد قد يتنازلوا عن جزء من حرياتهم لينعموا بالباقي، فالأفراد يتنازلون فقط عن حق فرضه القانون الطبيعي، أما بقية الحقوق الأخرى تظل في يدهم كما كانت من قبل. ووفقا لهذه الوجهة من النظر، تكون الحقوق الفردية سابقة في الوجود على المجتمع المدني، والأفراد بتعاقدهم مع بعضهم البعض لتكوين هذا المجتمع المدني من أجل الحماية الأفضل، والمحافظة على هذه الحقوق الفردية.

[1] - حورية توفيق مجاهد، الفكر السياسي من أفلاطون إلى محمد عبده، المكتبة الأنجلومصرية، مصر، 1986، ص 364 وما بعدها.

[2] - حسن عبد الحميد، المرجع السابق، ص 556 وما بعدها.

وبالتالي، لا يجوز للحاكم أن يأخذ مثل هذه الحقوق من الأفراد، حيث أن الهدف من التعاون ليس التنازل عن حقوق الأفراد للدولة، ولكن تنظيم هذه الحقوق. والدولة لا تتدخل من أجل إنشاء الحقوق، ولكن من أجل ضمانها، والمحافظة على حقوق الأفراد الطبيعية غير قابلة للتقادم.[1]

وقد ترتب على ذلك، أن أصبحت سلطة الحاكم مقيدة وليست مطلقة كما ذهب هوبز. وأساس ذلك، أن سلطة الحاكم مقيدة بأنظمة العقد، فالحاكم مقيد بالمحافظة على حقوق الأفراد التي لم يتنازلوا عنها وإقامة العدل بينهم، والشعب ملزم بواجب الطاعة تجاه الحاكم، طالما أنه يعمل في الحدود التي رسمها العقد، فإذا تجاوزها كان للشعب حق مقاومته بل وعزله من منصبه.[2]

ثالثا- فكرة العقد الاجتماعي عند روسو:

انتهى التطور بروسو الذي يعتبر من أهم المفكرين السياسيين الفرنسيين على مر العصور . ومن أهم مؤلفاته كتاب " أصل عدم المساواة بين الناس"، وكتاب " العقد الاجتماعي" الذي يعتبر مكملا ومتمما للكتاب الأول، والذي يبدو فيه قمة نضج آراء روسو وتكاملها. ذلك أنه، بدأ في كتابه الأول بوصف المجتمع القائم، وفقا لما عليه الحال، مبينا بذلك التعارض الظاهرى في ذلك المجتمع، بين قواعد القانون الوضعي، وتلك التي تحكم القانون الطبيعي، مادام الغني يحتفظ بثروته والفقير يظل على فقره، وفي ذلك إهدار للحرية والمساواة التي كان يتمتع بها الفرد في حياته الطبيعية، ففي المجتمع القائم لاحظ روسو أن سعادة الفرد تحولت إلى بؤس وشقاء.

لذلك أراد روسو علاج هذا الوضع، بإيجاد مجتمع صالح في كتابه الثاني "العقد الاجتماعي"، بأن تحل محل هذه الحياة، حياة أخرى جماعية تقوم وفقا لما يجب أن يكون عليه الحال، أي؛ أن يقيم مجتمعا سياسيا عادلا تحكمه الحرية والمساواة الطبيعية التي يتمتع بها الأفراد. والحرية لا يمكن أن تتحقق إلا إذا وجدت سلطة سياسية، بحيث يكون اعتماد الفرد في تنظيم أمور الحياة ليس على شخص بل على هيئة معنوية. وبهذا يعود الفرد معنويا إلى ما كان عليه في حالة الطبيعة الأولى، وبالتالي، فإن العقد يتنازل بموجبه الفرد كل عن نفسه كاملة للجماعة، والفرد جزء من هذه الجماعة، أي أن تنازل الفرد بموجب العقد الاجتماعي هو تنازل تام وكلى، حيث يعطى الفرد نفسه كلية للجماعة منصهرا فيها. ويعد الفرد بذلك مشاركا في السلطة ذات السيادة.[3]

ويوضح روسو أن السيادة المطلقة، هي الإرادة العامة التي تعبر عن الجماعة ككائن معنوى مستقلة عن الأفراد، وهي بالتالي تعبر عن إرادة ومصالح الجماعة ككل، وليس عن مصالح شخص معين أو حتى جماعات معينة في المجتمع، وبالتالي، فإن الخضوع لهذه الإرادة العامة ليس خضوعا، إذ من ناحية فإن الفرد جزء منها، وبهذا يكون خضوعه لنفسه ليس خضوعا.

ومن ناحية أخرى، فهي ليست شخصية وإنما اعتبارية، فخضوعه لها هو تحرير معنوى له، فالسيادة وإن كان مصدرها الشعب، إلا أن مستقرها الإرادة العامة الممثلة للشعب، وهذه السيادة لا يمكن التنازل عنها أو تجزئتها.[4]ومع ذلك فالسلطان وحده هو الذي له صفة وضع القانون . وهذا القانون لا يجوز أن يكون ظالما لأنه لا يمكن أن نكون ظالمين نحو أنفسنا. وهكذا على أنقاض الملكية المطلقة الاستبدادية ، أراد روسو الوصول إلى نفس النتيجة التي وصل إليها لوك وهي تأييد الحكم الشعبي الممثل في البرلمان ،

---

[1] - حورية توفيق مجاهد، المرجع السابق، ص 382 وما بعدها. وهو ما نصت عليه المادة 02 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789.

[2] - حسن عبد الحميد، المرجع السابق ، ص 560 وما بعدها.

[3] - حسن عبد الحميد، المرجع السابق، ص 561 وما بعدها.

[4] - حورية توفيق مجاهد، المرجع السابق، ص 413 وما بعدها.

ولكنه في الواقع وصل إلى نتائج تتماثل مع تلك التي وصل إليها هوبز ، وهو تأمين الحكم المطلق ، ولكنه في يد الجماعة ، وليس في يد شخص.[1]

من هذه النظريات ظهر القانون كمصدر للحق. إلا أنه إذا كان وسيلة لتحرير الإنسان ، فإنه يجوز أن يكون مصدرا للاضطهاد إذا انحرف عن أغراضه، حيث ينشأ عدم الثقة في السلطة التي يحاول كل فليسوف أن يضعف منها ، مناديا بالفصل بين السلطات ، الذي انعكس في صورته الدقيقة في الخصومة الجنائية .

الفرع الثالث: مبدأ الفصل بين السلطات.

كان مونتسكيو أول من أوضح أهمية مبدأ الفصل بين السلطات، الذي يسود القانون الدستوري الحديث. وفي واقع الأمر، أن هذه الفكرة قديمة حيث نجدها لدى أفلاطون وأرسطو.

وتجدر الإشارة إلى أن مونتسكيو لم يقصد الفصل التام بين السلطات، بل قصد، وجود فصل مع وجود رقابة وتوازن، بحيث يضمن ألا تطغي أي منها على الأخرى. ولم يجر التمييز إلا حديثا عندما تولى الفقهاء بالشرح مؤلف روح القوانين، والنظام القانوني الذي أوصى به مونتكسيو وقد اختلفت تفسيراتهم في ذلك.[2]

ومما لا شك فيه، أن ذلك يرجع كما قال البعض؛ إلى أن فكرة الدستور لدى مونتسكيو، على خلاف فقهاء عصره، لا ترتبط فقط بفكرة المجتمع المدني أو الدولة، بل ترتبط بفكرة النظام السياسي.[3] ولذلك، فإنه بالرغم من أن مونتسكيو ينتمي إلى المذهب الفردي بعمق، فقد حدد أجهزة الدستور التي اعتقد أنه أهل لحماية الحريات السياسية. ومن الجدير بالذكر، أنه قد ذكر في كتابه روح القوانين أن السلطة القضائية ليست مستقلة، ولكن " قضاة الأمة ليسوا إلا البوق الذي يردد كلمات القانون".[4]

وبالرغم من ذلك، نظم قانون التحقيق الجنائي الفرنسي القضاء الجنائي، بعد الثورة الفرنسية، طبقا للمبدأ الذي صاغه مونتسكيو في عبارته الشهيرة في الفصل السادس من الباب التاسع من كتابه روح القوانين: " إذا اجتمعت في قبضة شخص أو هيئة واحدة السلطتين التشريعية والتنفيذية انعدمت الحرية، لأنه يخشى في هذه الحالة أن يقوم من يتولى السلطة بإصدار قوانين ظالمة، وينفذها بطريقة ظالمة ".

ثم يقول: "كذلك الشأن إذا اجتمعت السلطات الثلاث في يد واحدة- سلطة وضع القوانين، وسلطة تنفيذ القرارات، وسلطة الحكم في الجرائم وفي المنازعات بين الأفراد- ولو كانت يد الشعب ذاته، فإن كل شيء يمكن أن يضيع، ثم ينتهى من ذلك إلى تلك النتيجة الحتمية في عبارته الشهيرة "يجب أن توقف كل سلطة عند حدها بواسطة غيرها، بحيث لا تستطيع واحدة أن تسيء استعمال سلطتها، أو أن تستبد بالسلطة ".

وهذه النظريات هي التي أثرت بعمق في الأفكار التي سادت أوروبا بأكملها. وقد ازدهرت في القرن الثامن عشر فكرة القانون الطبيعي ازدهارا كبيرة في الجامعات الألمانية، وانتشرت بعد ذلك في البلاد الأخرى البروتستنتينية. وفي فرنسا، بالرغم من أن القانون الروماني والقانون الكنسي، كان لهما صدى

---

[1] - Chevallier (J.J.) : Les Grandes Oeuvres Politiques de Machiavel à nous Jours , 10éme éd. Paris 1968 . P. 153.

[2] - Eisnman (CH.) : " L' esprit des Lois et la Séparation des Pouvoires , in Mélanges Carré de Malberge, Paris 1933 , P. 190 ets., Goyard Fabre (S. : la Philosophie du droit de Montesquieu , Paris 1973, P. 310 a 355.

[3] - Goyard - Fabre (S.) : OP. Cit ., P. 338 .

[4] - L' esprit des Lois, Livre XI , Chap VI

كبير، إلا أن أهمية هذه الحركة الفكرية انعكس أثرها على الفقهاء.[1] وفي ضوء أساس هذه النظريات سيؤسس النظام العام الجديد، وباسمه يمكن انتقاد الإجراءات الجنائية في النظام القديم.

المطلب الثاني: الانتقادات الموجهة للنظام العام الإجرائي القديم.

في الوقت الذي كتب فيه جروسيوس مؤلفة عن القانون الدولي، صدرت في فرنسا عدة قوانين بهدف وضع الخطوط العريضة للإجراءات الجنائية . ومن ذلك ما أصدره (*Villers-Cotterêts*)، في سنة 1939، في عهد فرانسوا الأول، والذي يعد من أهم المراسيم الملكية التي صدرت في تاريخ قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي، ويعتبره الشراح أول مرسوم احتوى على نصوص قانونية دقيقة تتضمن تنظيماتها لمسائل الإجراءات الجنائية في ذلك الوقت. ودون الدخول في تفاصيل التنظيم الذي أقامه،[2] نذكر؛ أنه كان تعبيرا عن السلطة الملكية التي كانت تهدف إلى تحديد التطبيقات الإجرائية في مختلف الأقاليم في إطار القانون.[3]

وقد كان من الطبيعي أن يحافظ على النظام القديم للتحقيق، والذي كان ينص عليه من قبل مرسوم سنة 1498، الصادر في عهد لويس الثاني عشر ، وأكده فيما بعد مرسوم سنة 1970، والمسمى " باللائحة الكبرى للإجراءات الجنائية". والذي صدر في عهد الملك لويس الرابع عشر. فقد كان التحقيق يركز على البحث وراء الحقيقة بأي ثمن، ولو كان ذلك على حساب حرية المتهم، كما كان يتميز بالسرية، وعدم احترام حق الدفاع، وإهدار حقوق المتهم، وكان اللجوء إلى التعذيب أمرا معتادا، فالتحقيق كان يهدف إلى جمع الأدلة بأي وسيلة، ولو كان ذلك على حساب حرية المتهم.[4] وقد ثارت في ظل هذا الأمر العديد من الانتقادات، ومن بعدها صدرت التشريعات الثورية التي أحدثت انقلابا في كل هذا البناء.

الفرع الأول: الانتقادات الموجه إلى أمر سنة 1539.

من المتفق عليه أن فرنسا احتفظت خلال القرنين السادس عشر والسابع عشر بالنظام التنقيبي ، والذي يتميز بأنه لا يقيم للحرية الشخصية وزنا كبيرا في مرحلة التحقيق السابقة على المحاكمة. ففي هذه المرحلة يغلب هذا النظام افتراض الجرم في حق المتهم ، ولذلك يسمح بالمساس بحرية المتهم الشخصية . وبعبارة أخرى فان هذا النظام يغلب مصلحة المجتمع ، في هذه المرحلة ، على مصلحة المتهم .

ومع ذلك، لم يكن موقف رجال القانون في البداية ينطوي على انتقادات صريحة موجهة إلى هذا النظام، وانحصر دورهم في المطالبة ببعض التعديلات، خلافا لما كان سائدا من أن تلك الإجراءات اتسمت بالقسوة. ولذلك، لم يكن هناك إجماعا حول الاستمرار في الأخذ بالإجراءات الجنائية السارية.[5] إلا أن الثابت من الأعمال التحضيرية لمرسوم 1970،[6] أن المشرع الفرنسي قد احتفظ بالإجراءات الجنائية للقانون القديم ، وتم صياغة القواعد التي تقررت من قبل بمقتضى أمر1498 وسنة 1539.

وبالإضافة إلى ما تقدم ، كانت وظائف القضاء يشغلها من لم يكن أهلا لتوليها ، حيث كان يسود نظام شراء الوظائف في كل محاكم القضاء ، كما ذهب (*Pussort*) ، أحد واضعي مرسوم سنة 1670، الأمر الذي أدى إلى أن وظائف القضاء أصبحت يشغلها الأطفال ، وأن فكرة الكسب أو النفع ، هذا المكسب البسيط والمشبوه من النقود ، كانت تسود كل محاكم القضاء.

---

[1] - Dérathé (R.): J.J. Rousseau et la Science Politique de son Temps , 2éme éd. Paris - Vrin 1970 , P. 28.

[2] - Paris Esmein (A.) : Histoire de la Procédure Criminelle en France", 1882; Laingui (A) et Lebigre (A.):" Histoire de droit Pénal", Vol. 11 la Procédure Criminelle , Paris 1980 .

[3] - Esmein (A.) : OP. Cit., P. 135.

[4] - Esmein (A.) : P. 139 ets .

[5] - Ibid. OP. Cit ., P. 168 ets .

[6] - الجمعيات العمومية (*Les États Généraux*).

أما بالنسبة لقضاة محاكم الإشراف (*Juges Seigneuriaux*)، فقد كانوا يتميزون بعدم أهليتهم بالنسبة لأغلب الفلاحين.

أخيرا المحاكم الإقطاعية (*Prévôtales*)، التي كانت مهمتها تنحصر في توقي ومعاقبة الجرائم المرتكبة في الطرق الكبيرة، فقد أحدثت انهيارا بالنسبة لفقراء الشعب، حيث كانت تبتز منهم الأموال تحت التهديد بالخصومة.[1]

ففي كل مكان كان القضاة مشغولين بالأموال أكثر من إصدار العدل، وبذلك كانوا يضاعفون الأعمال الإجرائية، وقليلا ما كانوا يحترمون الأشكال المقترنة بجزاءات، والإخلال بالواجبات الوظيفية لم تكن ظاهرة نادرة، ودائما لم يكن يلاحق أقوياء العصر. وفي هذه الحقبة ظهر مؤلف (*Ayrault*)، والذي أعلن مقدما ماذا سيكون عليه النظام العام.[2]

وقد اعترض هذا الكاتب على سرية التحقيق، وعلى سلطات القاضي المحقق الذي كان تبعا لهواه، يمكن أن يسأل الشهود الإثبات أو للبراءة، واستجواب المتهم باستعمال طرق الإكراه ضد المتهم لحمله على الاعتراف،[3] وكذلك ضد صور التعذيب. وبعد قرن من ظهور هذا المؤلف ذكره رجال القانون مؤيدا لانتقاداتهم .[4]

ويمكن القول؛ أن كل من (*Pussort et Lamoignon*)، واضعي مرسوم سنة 1970، قد أخذا على عاتقهما الأفكار التي عبر عنها (Ayrault).[5] غير أنه بلا جدوى، ذلك، أن مرسوم سنة 1670، احتفظ في خطوطه العريضة بالتنظيم السابق.

ويبدو مع ذلك، أن مؤلف (Ayrault)، لم يؤثر تأثيرا كبيرا لدى فكر معاصرية، ولم يكن قانون الشعوب الجديد (*droit des gens*)، قد ساد الأفكار بعد، وكان ينقص (Ayrault)، الأساس النظري، الذي أحيا المؤلفات التي خصصت للإجراءات الجنائية في القرن التالي. ذلك، أن الكاتب التجأ إلى القياس أكثر من الطريقة الاستقرائية. وبراهينه استندت على الأمثلة المتعددة المستمدة من الماضي، وليس على العقل. ولذلك، كان يجب الانتظار حتى نهاية القرن الثامن عشر حتى يمكن للعقل أن ينتصر.[6]

الفرع الثاني: تعديلات الأمر الصادر سنة 1670.

احتفظ النظام الإجرائي الفرنسي ، في ظل الأمر الصادر سنة 1670، بالأحكام السابقة ، واستمر القضاء الجنائي مجزئا رغم الرغبة الملكية في التوحيد. كما استمرت المحاكم الإشرافية (*Seigneueiales*)، في الوجود، بالرغم من أن اختصاصها كان قد انكمش بدرجة كبيرة، وكذلك استمرت المحاكم الإقطاعية (*Prévôtales*)، وبالنسبة لمحاكم المدن، والعمد والبلديات والقناصل .. الخ، لم يهتم المرسوم بها إطلاقا، ولم يعدل شيئا في حقوقها. وكان لها في كل مكان جهاز البوليس البسيط.[7]

---

[1] - محمد عيد الغريب، المرجع السابق، ص 248..

[2] *- Ayrault (Pierre) : " De L' ordre et instruction Judiciaire dont les anciens Grecs et Romains ont usé en accusations Publiques Conféré à l'usage de Notre France, Paris 1576 ; Devenu : Lordre , Formalite et Instruction Judiciaire dont les Anciens Grecs et romains ont usé en accusations Publiques , Paris 1588.*

[3] *- AyTault (P.) : OP. Cit ., L. 11 alt .51 .*

[4] *- Du Boys (A.): Histoire du droit Criminel de la France depuis le XV1 éme S. Jusqu , au X1X éme S. , 2 vol., Paris 1874.*

[5] *- Esmein (A.) : OP. Cit . P. 209 .*

[6] - محمد عيد الغريب، المرجع السابق، ص 249.

[7] *- Esmein (A.) : OP. Cit ., P. 217.*

وقد تميز القانون الفرنسي القديم، وفقا للأمر الصادر سنة 1670، بتنظيم إجرائى متحيز للسلطة، ويهدف بصفة أساسية، قبل كل شيء، إلى حماية المجتمع والنظام العام، وقد اتضح، هذا التميز من خلال المراحل الإجرائية المختلفة، وخاصة بالنسبة لمرحلة المحاكمة، حيث اجتهد هذا الأمر في تنظيم الإجراءات المتبعة أمام المحاكم بالتفصيل.

وظل التحقيق، وهو الجزء الأكبر في الخصومة، يجري دائما في سرية، وأصبح منذ ذلك التاريخ يدار بمعرفة قاضي يساعده كاتب. كما احتفظ بنظام التكليف بالحضور للإدلاء بالشهادة أو تقديم البيان، وهو ما يسمى (*Monitoires*).[1] كما احتفظ كذلك باليمين المفروضة على المتهم، وفي نهاية التحقيق المختصر، يصدر القاضي أمرا بتحديد مواعيد الحضور، أي؛ باستدعاء المتهم أو بالقبض عليه.[2] ويجب عند تنفيذ هذا الأمر البدء فورا باستجواب المتهم بدون حضور محاميه، وبعد تحليفه اليمين بأن يقول الحقيقة، حيث كان المتهم يجبر على أداء اليمين أثناء استجوابه. فإذا اتضح أن القضية من شأنها أن تؤدي إلى الحكم بعقوبات ماسة بالحرية أو بالكرامة، تولى قاضي التحقيق البدء في مرحلة التحقيق الابتدائي، ذلك، أن الحكم بتلك العقوبات لا يمكن أن يصدر إلا باعتراف المتهم.[3]

وفي هذه المرحلة كان يتم سماع الشهود من جديد في غيبة المتهم، وعند الاقتضاء، تجري مواجهتهم به في غيبة محامية، وبدون تمكينه من الاستعانة بمحام. ثم يعاد استجواب المتهم من جديد، بقصد إرباك المتهم للحصول على اعترافه. ويجوز في هذه المرحلة الأمر بتعذيب المتهم، عند الاقتضاء، بقصد حمله على الاعتراف بالوقائع المنسوبة إليه. ولذلك كان يسمح بتكرار الاستجواب، طالما أدى ذلك إلى الغاية المنشودة، وهي اعتراف المتهم، وذلك بناء على صلاحية الاعتراف وحده كدليل إثبات، باعتباره سيد الأدلة، أي أن الغاية كانت تبرر الوسيلة. ومن ثم كان يتم استجوابه ثلاث مرات، قبل التعذيب وأثنائه وبعده. وإذا أراد المتهم تجريح الشهود، فإنه يتعين عليه إجراء ذلك في الحال قبل قراءة شهادتهم.

وفي المحاكمة كانت الإجراءات تتم أيضا بطريقة سرية، وقبل أن تصدر المحكمة حكمها كانت تستجوب المتهم، وتكتفي بقراءة أقوال الشهود. وبالإضافة إلى ذلك إذا اتضح أن القضية من شأنها أن تؤدي إلى الحكم بعقوبات بدنية، فإن الاستجواب يكون ضروريا بقصد حمل المتهم على الاعتراف بالوقائع المنسوبة إليه، فإذا اعترف بالتهمة استغنت المحكمة عن قراءة أقوال الشهود ، وأصدرت حكمها دون تسبيب بالعقوبات المنصوص عليها في الأمر، أو أي عقوبة أخرى مقررة.

وكان من الممكن حينئذ، إذا كان الحكم لم يصدر من آخر درجة أن يرفع استئنافا أمام البرلمان. وكانت الإجراءات أيضا تتم بطريقة سرية، وليست حضورية. وأخيرا كان يمكن ممارسة طعن أمام مجلس الملك. ومع ذلك، على خلاف الاستئناف، هذا الطريق من الطعن، لم يكن يرتب أثرا واقفا، وهو ما كان يقيد فعاليته بدرجة كبيرة.

الفرع الثالث: الانتقادات الموجهة إلى النظام في ظل أمر سنة 1670.

لم يكن من الطبيعي أن تستمر الإجراءات الجنائية في النظام الفرنسي على وضعها طويلا، وقد ندد بها فلاسفة القرن الثامن عشر، وكل ذلك مهد إلى تغير الشعور العام تجاه النظام التحقيقي في القرن الثامن عشر، عما كان عليه في القرن السابع عشر.

---

[1] - وهو أمر يوجه إلى رجال الكنيسة بأن يدعوا ، خلال إلقاء موعظتهم ، شهود الواقعة الجنائية للشهادة أمام القضاء.

[2] - والتحقيق السابق كان ضروريا عندما يتعلق الأمر بالمتشردين - vagabonds - أو في الجنايات والجنح التي ترتكب من الخدم.

[3] - والهدف من التحقيق الابتدائي هو اغتصاب اعتراف المتهم بينما التحقيق السابق لم يكن يهدف إلا إلى أن ينتزع منه اسم شركاءه.

ولعل أهم الانتقادات التي وجهت إلى هذا النظام، هو أنه يهدف أساسا إلى الوصول إلى الحقيقة بأي وسيلة من الوسائل، ولو كان ذلك على حساب حرية المتهم. والسلطة الممنوحة للقاضي، والوسائل المستخدمة للوصول إلى الحقيقة، هي أخطر ما يوجه للنظام الفرنسي من نقد. وكان إجبار المتهم على أداء اليمين أثناء استجوابه، انتهاك صريح لحق الدفاع، حيث لا يجوز إجبار شخص على إدانة نفسه، فالمتهم بين خيارين:

إما أن يحنث اليمين ليبرئ نفسه، وإما أن يصدق فيجرم نفسه. الأمر الذي أفقد القاضي حيدته، وجعله مؤهلا للوقوف ضد المتهم، وإلصاق التهمة به، دون النظر إلى مصلحة، أو حق في الدفاع عن نفسه، وكل هذا بالطبع يقوم على عدم افتراض براءة المتهم، الأمر الذي يسمح بانتهاك حريته وغزو حياته الخاصة.

فإذا كانت النظرة العامة في القرن السابع عشر هي قسوة النظام الإجرائى التحقيقي، وعدم كفالته حقوق المتهم، أمرا اعتبر بمثابة ضرورة اقتضتها مصلحة المجتمع، فإن الأمر في القرن الثامن عشر قد اختلف. وقد كان هناك من الدواعى والأسباب ما يحتم انتقاد هذا النظام الإجرائي نظرا لقسوة النظام المنصوص عليه في أمر سنة 1670، و تخلف الضمير لدى عدد من القضاة.

فضلا، عن أن هذا النظام لم يكن يقيم أي تفرقة بين المتهم والبريء، لعدم افتراض البراءة في كافة الإجراءات المتخذة نحوه، بل يدان قبل أن يحكم عليه. وقد أدى ذلك كله إلى أن أصبح المتهم تحت رحمة قاضي التحقيق، بل وفقد القضاء حيدته، وسمح له بالجمع بين سلطات الاتهام والتحقيق والحكم على الرغم من التناقض بين مقتضيات كل منها.

وفي الواقع لم يكن أمر سنة 1670، وحده هو الذي يتضمن نصوصا قاسية، بل أن القضاة الذين كانوا يضطلعون بتطبيقه، هم الذين أضافوا ظلما إلى الظلم الذي يحتويه. فلم تكن تحترم الشكليات التي كان ينص عليها، واكتفى القضاة بإثبات مراعاتها، دون فرض الجزاءات المقررة على مخالفتها.[1]كما كان الكاتب لا يحرر الاستجواب إلا " صدى بعيدا عن الكلام المنطوق ".[2]

وعند الاستئناف كان قضاة المحاكم الأعلى يصدرون أحكامهم بناء على الإطلاع على الحكم المطعون فيه فقط دون أي ضمانة تؤكد صحته.[3] كما استمرت النقود سيدة الموقف في الخصومة الجنائية، وأحيانا تشكل عقبة أمام الاتهام.[4] وأحيانا أخرى كان يسمح بأن يحتال على قاعدة إجرائية أو إطالة الخصومة بلا نهاية. وهكذا كانت السرية نسبية. فمن الممكن أن يمكن المتهم، في مقابل الدفع مقدما ، " من الإطلاع على ما تم في غيبته ، أو الاستعانة بمحامي " .[5] وأحوال الحبس ذاتها تختلف باختلاف ما إذا كان حراس السجن قد حصلوا على الإيراد أم لا؟.

وبالإضافة إلى ما سبق، يلاحظ أن مرسوم سنة 1670 لم يحقق الوحدة المرغوبة. ذلك أن كل برلمان استمر في تطبيق القواعد الخاصة به، بل أن القضاة بجرأتهم وادعاءاتهم المستمرة، مع الاعتقاد بالمحافظة على التقاليد السياسية في فرنسا ، قد مهدوا باطراد الطريق إلى الثورة.[6]

---

[1] - *Esmein (A) : OP. Cit., No. 340.*

[2] - *Dupaty (CH.) : " Lettres sur la Procedure Criminelle de la France" ; 1788 , P. 122.*

[3] - *Ibid : P. 124.*

[4] - في حالة عدم وجود مدعى مدنى، كان يجب على الإشراف والمزارعين تمويل الخصومة، وعادة عند انعدام النقود فإن الدعوى توقف لدى القضاء. Esmein : OP. Cit., P . 338

[5] - *Dupaty (Ch.) : OP. Cit., P. 128 et s.*

[6] -*Rocquain (F.) : " L' esprit revolutionnaire avant la revolution" op. cit. P. 242 .*

أخيرا ، وقد ساهم في النتائج الخطيرة لهذا النظام ، ممارسة الملك للقضاء المقيد " مصدر كل عدل ، حيث كان يمكنه ، بالرغم من القواعد العادية، أن يستدعي إليه، ويحتجز أية حالة. هذه الإمكانية التي كان يمكن أن يستعملها الملوك عادة ما تترجم بإرسال ما يسمى: (*Lettre de Committimus*)، أو استخدام لجان ملكية، يكون الهدف منها استبعاد متقاضي من قضائه الطبيعي.

وكان يمكن للملك أيضا التدخل بعد الدعوى بإرسال خطابات العفو أو الصفح أو رد الاعتبار أو إعادة النظر.[1] وبصفة خاصة، يجوز له بواسطة أمر استبدادى أن يحبس أو ينفي أي إنسان لفترة غير محددة، وهو ما يسمى (*Lettres de Cachet*)، وقد أثار هذا التطبيق العملي التعسفي، اعتراضات قوية ، دون أن يتخلى الملك عنه بالرغم من ذلك.[2]

وفي نهاية القرن الثامن عشر، ارتفعت صيحات المصلحين، من فلاسفة وفقهاء هذا العصر المولعين بالحرية، أمثال بيكاريا ومونتسكو، ضد النظام العام القديم، الذي أجحف بحقوق الأفراد وحرياتهم، مغلبا المصلحة العامة على مصلحة الفرد، فكان الاعتقال، والسجن الاحتياطي، ومصادرة الحرية الشخصية، هي القاعدة. وقد عومل المتهم على أساس أنه مذنب، وبدأت الانتقادات توجه إلى أي مظهر من مظاهر المساس بالحرية الشخصية، وتؤدى باحترام حرية الفرد، واعتباره بريئا حتى تثبت إدانته.

وقد شهد عام 1764 حدثا هاما، إلا وهو ظهور المؤلف المهم الذي أثار ضجة كبيرة في ذلك الوقت، ومازال مرجعا أساسيا حتى يومنا هذا، وهو كتاب " الجرائم والعقوبات " لبيكاريا . ويعد هذا المؤلف مميزة لبداية فترة عداء حقيقي للنظام القديم. وقد ترجم هذا المؤلف في فرنسا سنة 1766، وعلق عليه فولتير. وفي هذا المؤلف اعتمد الكاتب على طرق العقل، وهاجم منهجيا كل الأنظمة القديمة، وأكد على ضرورة أن تكون إدانة المتهم بناء على الاقتناع اليقيني للقاضي، وأن تكون المحاكمة علنية.

كما وجه نقدا مريرا إلى نظام الأدلة القانونية، باعتباره مصدرا للخطأ القضائي وسبيلا إلى الظلم. وانتقد في هذا المؤلف أيضا التعذيب، حتى وإن كان وسيلة لاستجلاء الحقيقة، باعتبار أن هذا التعذيب يعتبر عقوبة في حد ذاته. فضلا عن أن من نتائجه الغريبة، أن يكون المجرم في وضع أحسن حالا من البريء، لأن الثاني قد يعترف بالجريمة تحت وطأة التعذيب، فتقرر إدانته، أما الأول فإنه قد يختار بين ألم التعذيب وألم العقوبة التي يستحقها فيختار الألم الأول، لأنه أخف لديه من ألم العقاب، فيصمم على الإنكار وينجو من العقوبة.

ولقد أصبحت أفكار بيكاريا التي تأثر فيها إلى حد كبير بفلاسفة عصره مثل مونتسكيو ورسو، أساسا للعديد من الكتابات اللاحقة لمؤلفي الموسوعات والكتب القانونية والاجتماعية في ذلك الوقت. وأصبحت الإجراءات الجنائية محلا للمناقشات، وبدأ عدد كبير من القضاة يعبرون عن نفورهم واستيائهم من هذا النظام، ولم تتوقف الحركة إلا بقيام الثورة الفرنسية.

الفرع الرابع: تعديلات لويس السادس عشر.

عندما تولى لويس السادس عشر السلطة في فرنسا، وتحت تأثير روح المصالحة أو التوفيق، كان التعديل أمرا ضروريا للأمر المسمى باللائحة الكبرى للإجراءات الجنائية، وقانون العقوبات. لذلك صدرت عدة تعديلات تشريعية سبقت الثورة، ومنها المرسوم الملكي الصادر في 24 أغسطس سنة 1780، الذي ألغي السؤال التحضيري، ومرسوم أول مايو سنة 1788، الذي قام بتعديل كثير من الإجراءات المجحفة

---

[1] - *Esmein (A.) : OP. Cit., P. 25.*

[2] - *Bosquillon : Code nationale dédié, aux Etats généraux , Génève 1788, ch. XV111, P. 165 et s.*

بحقوق المتهم، والذي ألزم القضاة بتسبيب الأحكام، وعدم التنفيذ الفوري للأحكام الصادرة بعقوبة الإعدام إلا بعد مرور شهر من إصدارها، وذلك لإمكان التقدم بطلب العفو.

والواقع، إن الأوامر الصادرة في جلسة علنية، التي كان يعقدها الملك في مجلس الحكم، ليأمر بقيد مرسوم ملكي لم يوافق المجلس عليه، أغضب وأثار كل برلمانات المملكة. وقد كان برلمان باريس أكثرها كفاحا ضد هذا النظام.[1] وأظهر مجلس الجمعيات العمومية في سنة 1789، أن هذا التخفيف الذي أورد على مرسوم سنة 1670، كان غير كاف.

وأن ما تضمنته الأوامر الملكية الثلاثة في مجموعها، كان يشكل إعادة صياغة كاملة للنظام الإجرائي الفرنسي،[2] وهو ما أبرزته الثورة الفرنسية.

المطلب الثالث: تأثير الثورة الفرنسية على النظام العام.

ظهر النظام العام بالوجه الحديث للفكرة بشكل واضح وجلي لأول مرة في القانون الانتقالي للثورة الفرنسية، إذ تلخص مفهومه في المبادئ الكبرى لإعلان الثورة الفرنسية (الحرية الفردية، المساواة والملكية)، وكل اتفاق هدفه المساس بهذه المبادئ يعتبر مخالفا للنظام العام.[3]

بعد ذلك، حينما وضع التقنين المدني الفرنسي، اغتني واضعوه بالمبادئ نفسها، إذ برزت فيه الإرادة كعنصر أساسي في العقد، وهو ما عرف بمبدأ سلطان الإرادة. كان ذلك من أجل خدمة الليبرالية التي بدأت تظهر كخيار اقتصادي تم تبنية من قبل البلدان التي عرفت الثورة الصناعية.

تقرر في هذا التقنين ضرورة حماية الحرية الفردية، وعدم تقييدها إلا ما كان منه الخدمة للحرية الفردية نفسها. غير أنه ضمانا وصونا للحرية الفردية اقتضى الأمر منع بعض الاتفاقات التي تمس بالمصلحة العليا للجماعة، لأن المساس بها يهدد الفرد في حريته الشخصية، لذا تم حصر النظام العام في بعض القواعد المتعلقة بالتنظيم العام للدولة، وحالة الأشخاص والأسرة، والحريات الفردية والملكية. لذلك، كانت تلغي كل الاتفاقات التي من شأنها المساس بالحرية التعاقدية، كاتفاقات عدم التنازل عن الملكية، أو الإيجار المؤبد، فكانت تعتبر على أنها تمس بالنظام العام.

إذا كان البحث عن فكرة النظام العام لم يلق أي إجماع فقهي إلا أنه يرتكز على فكرة المصلحة العامة العليا التي يستوجب تسبيقها على المصالح الخاصة، أو كما يشير إلى ذلك العميد كاربوني المصلحة العامة الاجتماعية.[4]

وترتكز مهمة النظام العام في القانون الخاص في الحد من الحرية التعاقدية؛ فالنظام العام هو نقيض الحرية التعاقدية وفقا لأحام القانون المدني.

أما في مجال الإجراءات الجزائية، فقد نشأ في ظل الثورة الفرنسية نظام عام جديد ، والذي يعتبر الأساس التشريعي التطور مظهر النظام العام الذي نعرفه عنه في الوقت الحاضر، ومن أهم قوانين الثورة، هو قانون 908 أكتوبر سنة 1789، والذي روعي فيه تدارك الأوجه التي تضمنها الأمر الصادر سنة 1670.

---

[1] - *Buchez (B.) et Roux (P.): Histoire Parlementaire de la révolution Française, Paris 1834, Vol. 1, P.239 et 250 .*

[2] - *Esmein (A.) : OP. Cit., P. 404 et s.*

[3] - مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقود، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009، ص 02.

[4] - عيساوي عز الدين، البحث عن نظام عام للنظام العام، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، 06000، بجاية، الجزائر، عدد خاص 2015، ص 374.

ومن أبرز معالم التطور في هذا القانون أن أصبح التحقيق يتم في علانية، وفي حضور المتهم.[1]وأصبحت الجماعية (*La Collegialite*) مبدأ عاما.[2] وكذلك أعطى المتهم حق الاستعانة بمحام منذ الاستجواب الأول،[3] وإلغاء حلف اليمين، والتعذيب،[4]وأصبحت كافة أعمال التحقيق تدون كتابة. وكذلك استلزم تسبيب طلبات النيابة العامة والأحكام.[5]

الفرع الأول: تعديلات القانون رقم 16- 29.

غير أن هذا التطور نحو الأخذ بمبدأ حضور الخصوم ، قد توقف بصدر قانون 16-29 سبتمبر سنة 1791، الذي ألغى المرسوم القديم الصادر سنة 1670، وأدخل في المواد الجنائية نظاما مستمدا من الإجراءات الجنائية الإنجليزية ، وهو نظام المحلفين ، حيث نص على إنشاء محلف للاتهام ، يقرر ما إذا كان هناك وجه لإقامة الدعوى أم لا .

ودون الدخول في تفاصيل التنظيم الذي أنشأه هذا القانون،[6] نذكر أنه ألغي نظام الأدلة القانونية ، وجعل من الشفهية سمة عامة في كل الإجراءات ، ويقوم قضاة الصلح بإجراء تحقيق أولى ، وتقرر لجنة المحلفين مكونة من ثمانية أعضاء، ما إذا كان هناك محل للمتابعة الجنائية من عدمه، ثم تفصل لجنة محلفي الحكم المكونة من 12 عضوا في واقعة الاتهام، ويشترك ثلاثة قضاة في المداولة ، ويطبقون العقوبة المقررة. وبعد ذلك، صدر قانون الجرائم والعقوبات في 03 بروميير السنة الرابعة، الذي أعاد للتحقيق المكتوب أهميته . غير أن الخطوط العريضة لم تتغير في شئ ، ولكن في التفاصيل ، قدمت عدة تعديلات هامة:

البعض من المبادئ، التي أكدها بإفراط قانون سنة 1691، قد خفف منها قليلا. فبعد صدور هذا القانون، محققا ما طالب به المفكرون ، سرعان ما عدل المشرع الفرنسي عن الضمانات والحريات إلى النظام السابق، بما فيه من عيوب ومظالم، وبذلك رجع المشرع الفرنسي خطوة إلى الوراء. وأدخل قانون الجرائم والعقوبات، التمييز بين التحقيق والحكم، وازداد الطابع الكتابي للتحقيق ، بينما ظلت المرافعات علانية.

الفرع الثاني: تعديلات قانون 07 بلوفواز السنة التاسعة.

أخيرا صدر قانون 07 بلوفواز السنة التاسعة، الذي خول النيابة العامة سلطات هامة. كما أنه أعاد التحقيق الابتدائي، وعهد به إلى قاضي التحقيق، الذي حل محل مدير هيئة محلفي الاتهام. وتوقفت هيئة المحلفين عن الاستمرار في وظيفة سماع أقوال الأطراف والشهود، وأصبحت تدعى للفصل في الأوراق، بناء على ما جاء به هذا القانون من أحكام.[7] ومن جهة أخرى، فإن هذا القانون قد أحل نظام الأدلة المكتوبة، محل شفوية المرافعة، حتى يمكن القول؛ أنه كان من نتائجه إضعاف لصفتي الشفوية والعلانية، وإحلال السرية والكتابة أو تأكيدهما.[8] ولكن هذا كله، لم يكن سوى عمل تحضيري للعمل الذي تبلور نهائيا في سنة 1804، وهكذا أصبح هناك نظامان: الأول هو الموافق لأمر سنة 1670، والثاني هو الموافق لتشريع سنة 1791، وقد عدل المشرع الجديد نصوص قانون 1791، بنقل العديد من نصوص أمر سنة 1670.

---

[1] - المادة 11.
[2] - المادتين 05 و 07.
[3] - المادتين 10 و 12.
[4] - المادة 24.
[5] - المادتين 21 و22.
[6] - محمد عيد الغريب، قضاء الإحالة بين النظرية والتطبيق(دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية ، مصر، 1987، ص 13 وما بعدهما .
[7] - *Esmein (A.) : OP. Cit., P. 442.*
[8] - *Stefani, Levasseur et Bouloc . : Procédure Pénale, 2000, Précis Dalloz,17 Edition ., No. 71, P. 62.*

الفرع الثالث:تعديلات مرسوم 1808.

ومن بين تجربة الماضي، واندفاع الثورة خرج إلى الوجود قانون التحقيق الجنائي بمرسوم سنة 1808، والذي يعتبر علامة في تاريخ التشريعات الفرنسية على ما يعرف بالتشريع الحديث، باعتبار أن مبادئه الأساسية مازالت هي الحاكمة للنظام الإجرائي الفرنسي المعاصر. وقد ألغي نظام لجنة محلفي الاتهام، وأصبح التحقيق مكتوبا وسريا، ويقوم به قاضى فرد. ولكن ظلت جلسة المحاكمة علنية والمرافعة شفهية، واحتفظ بنظام لجنة محلفي الحكم في المسائل الجنائية، وأخيرا اختفت نظرية الأدلة القانونية نهائيا، ليحل محلها نظام اقتناع القاضي بوحي إحساسه وضميره.[1]

وفي ضوء هذا التطور التاريخي، يبدو النظام العام، الهيكل الجديد للنظام الإجرائي، قد ظهر في أعين المعاصرين كانتصار للإنسانية على الفوضى. فالنظام القديم وجه إليه إنكار الحقوق الطبيعية، بينما هو ببساطة يجهلها. والواقع من الأمر، أن النظام العام في ظل الثورة الفرنسية قد اكتسب أهمية قصوى، على النقيض مما كانت توحي به الإجراءات الجنائية في النظام القديم. وتبرز هذه الأهمية في الوظائف التي يباشرها النظام العام في الخصومة الجنائية.

المطلب الرابع: تطور النظام العام في التشريع الجزائري.

مرت فكرة القانون في الجزائر هي الأخرى على عدة مراحل كان أول ظهور لها قبل الفتوحات الإسلامية وبداية تطبيق الشريعة الإسلامية وكان هذا في العهد الأمازيغي، الذي برز فيه القانون كغرائر نحو الميل في جماعة وإلزام أفرادها إلى وضع قواعد عرفية للمعاملات التي تتم بينهم والتي اتخذت عدة أشكال كعادات وتقاليد مثلا في الميدان الجزائي تطبيق مبدأ القصاص كانتقام فردي يتولاه المعتدي عليه أو عشيرته على الجاني وعشيرته.

بعدها جاءت الفتوحات الإسلامية أين أصبحت المصدر الأساسي لتنظيم سلوك الأفراد في المجتمع إلى جانب الأعراف المحلية التي لا تتعارض مع قيم الدين الإسلامي وتعزيز دور الشريعة الإسلامية كقانون أساسي متخذ من القرآن والسنة والإجماع كمصادر لوضع قواعده.

واستمر الأمر على حاله إلى حين بزوغ فجر العصر الحديث الذي تميز بدخول الجزائر تحت لواء الدولة العثمانية وأصبحت إقليما تابعا لها إلى غاية قدوم الاستعمار الفرنسي وما جلبه من قوانين خاصة تلك التي تحكم المعاملات المدنية بين الأفراد والأعراف المهنية وحتى المالية.

الفرع الأول: النظام العام الاشتراكي.

أما بعد الإعلان عن الاستقلال في 1962/05/07، أين كان المتوقع من الدولة الجزائرية بإصدار قوانينها الخاصة قامت بتمديد سريان التشريعات الفرنسية إلى ما بعد الاستقلال باستثناء ما يتعارض مع السيادة الوطنية وفقا للقانون رقم 157-62 المؤرخ في 31-07-1962، و يعتبر ذلك أول تجسيد لفكرة النظام العام بمفهومه الدستوري.

[1] - محمد عيد الغريب، المركز القانون للنيابة العامة، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1979، ص 454 وما بعدها.

الفرع الثاني: النظام العام الرأسمالي.

ومع حلول الثمانينات وبورز قيادة جديدة للدولة التي تعتبر المرحلة الأساسية في تطور القانون بدولة الجزائر، إذ بدأ التفكير في ضرورة العودة إلى النظام الرأسمالي السائد قبل الاستقلال بحجة الاشتراكية في تحقيق التنمية المنشودة، وبدأت السلطة في إصدار ترسانة قانونية مستلهمة من النظم القانونية الليبيرالية واستبدالها بعد أزمة النفط في 1986، حيث قررت الدولة الدخول في إصلاح القوانين السارية أنداك بقوانين جديدة تمثل أولها في القانون 01-88 المتعلق بالقانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، اتبعه القانون 02-88 المتعلق بالتخطيط الليبرالي، كما أصدر المشرع الجزائري القانون 29-88، المتعلق بإلغاء احتكار الدولة للتجارة الخارجية، واعتمدت السلطة دستور جديد سنة 1989، الذي تخلى بصفة صريحة عن النظام الاشتراكي وتبني بدله النظام الليبرالي، هذا النظام الذي بدأ يؤسس لنفسه مشروعية جديدة قائمة على أفكار الحرية والمساواة والديمقراطية والتعددية السياسية والنقابية.

و لما تطورت الدولة الحديثة، و أصبحت المتدخل في كل أوجه نشاط الفرد، تطور معها مفهوم النظام العام و لم يعد يقتصر على العناصر المادية و التقليدية، الأمن العام، السكينة، الصحة، بل توسع ليشمل المجالات التالية: النظام الجمالي، النظام العام السياسي، النظام العام الخلقي و الاقتصادي، فبالنسبة مثلا للنظام العام الأخلاقي، فإن المشرع الجزائري باعتبار أن المجتمع الجزائري مسلم، أدرج الآداب العامة ضمن عناصر النظام العام التي تتكفل سلطات الضبط الإداري بحمايته و صيانته، و بالنسبة للنظام العام الجمالي، عمد المشرع الجزائري إلى إصدار عدت قوانين تتكفل بتجسيده، كالقانون المتعلق بحماية البيئة، و مهما كانت الجهة المكلفة بحماية النظام العام الجمالي من هيئات الضبط الإداري، فإن القاضي الإداري له السلطة التقديرية الكاملة في فحص مدى ملائمة الإجراءات المتخذة، فالقاضي الإداري يوازن بين مقتضيات حماية النظام العام الجمالي وبين متطلبات حماية الحقوق والحريات المقررة للأفراد، ومنها حرية الصناعة و التجارة، وبخصوص النظام العام السياسي يقول الأستاذ" برنارد" أن النظام العام يتأثر بالظواهر السياسية فيتلون النظام العام باللون السياسي الذي يقرره الدستور في أي دولة و يعمل على المحافظة على مؤسساتها القائمة.[1]

و منه يقصد بالنظام العام السياسي ذلك النظام الذي تعمل الدولة على إقامته وفرضه، ليس بهدف حماية الأفراد في أموالهم وأجسادهم، بل لحماية الدولة ككائن معنوي ويتضح ذلك من خلال ما يتخذه رئيس الجمهورية من إجراءات و تدابير تفيد ممارسة الحقوق و الحريات العامة في إطار ما يعرف بالظروف الاستثنائية، أما النظام العام الاقتصادي فإن مفهومه يتغير بين الضيق و الاتساع، فإن ساد المذهب الليبرالي الذي يفتح المجال أمام المبادة الفردية الحرة دون تدخل الدولة إلا في حدود ضيقة، فإن مضمون النظام العام يتقلص و تتسع دائرة الحريات و يحدث العكس إذا ساد النظام الاشتراكي، إذ أن التدخل المتزايد للدول يؤدي حتما إلى التوسع في مضمون النظام العام وتقليص دائرة الحريات العامة، علما أن الدستور الجزائري قد نص في مادته 61 على أن:" حرية التجارة و الاستثمار والمقاولة مضمونة، وتمارس في إطار القانون".

[1]- *voir André de Laubadère;Traité de droit administratif, 7eme édition, paris, 1967, LGDG. p 589*

المبحث الثالث: مصادر الدفع بالنظام العام.

اختلفت الآراء بمسألة مصادر النظام العام، فذهب البعض، إلى أن مصدره القانون، مستندين في ذلك إلى ما ورد في المادة (06) من القانون المدني الفرنسي، ونصها على أنه: "لا يمكن للاتفاقات الفردية الخروج عن القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب الحميدة "، معتبرة أن النظام العام هو القانون المتعلق بالمصالح الأساسية للدولة أو المجتمع، أو الذي يحدد في القانون المدني الأسس القانونية التي يقوم عليها النظام الاقتصادي والأخلاقي في المجتمع.

وفي ظل الاتجاهات الحديثة يبدأ النظام العام بالتكون من الأسس القانونية الأساسية والمقومات الأساسية له، وبذلك تم الابتعاد عن المفهوم الضيق للنظام العام، وسار الاجتهاد الفرنسي على هذا الاتجاه وصدقت محكمة التمييز الفرنسية في قرار لها صادر بتاريخ 4 ديسمبر 1929، على قرار صادر عن محكمة الاستئناف ورد فيه، أنه يتبين من نص المادة 133 من القانون المدني أن السبب يعتبر غير مشروع عندما يخالف النظام العام دون أن يكون حتما ممنوعا بموجب القانون، وأكد الأستاذ (اسمين) في تعليقه على هذا القرار إن المحاكم أصدرت قرارات عديدة تبطل بموجبها عقودا لمخالفتها النظام العام دون وجود نص تشريعي بشأنها.[1]

وتطبيقا لذلك، أصبح من الواجب على القاضي أن يبحث عن مصدر النظام العام وأن يحدد مفهومه، فينظر أولا في القوانين ليقرر ما إذا كان بإمكانه أن يصفها بهذه الصفة - النظام العام - بالنظر إلى المصلحة التي تحميها أو النظام الذي تقرره.

ومن ثم، إذا لم يكن هناك من نص موصوف بالنظام العام أو من الممكن وصفه بهذه الصفة، يبحث عن المبادئ العامة التي يقوم عليها القانون الوضعي والتي يمكن وصفها بأنها تتعلق بالنظام العام، بالنظر إلى أهميتها في المحافظة على المصلحة العامة والفردية سواء كانت مصلحة اجتماعية أم أخلاقية أو سياسية أو اقتصادية أو مالية أو معنوية.

فالقاضي لا يبتكر النظام العام ولكن يبحث عنه ويستخرجه من مجموعة المبادئ العامة التي يقوم عليها القانون الوضعي، ويظهره إلى حيز الوجود من خلال إبطال العقود والالتزامات المخالفة له، وهذا ما جعل الفقيه (جستن) يقول أنه:" بجانب النظام العام التشريعي الذي يقوم على نظام عام تقديري ومضمر يصار إلى الاستعانة به، في غياب النص التشريعي للقول ما إذا كانت العقود المطعون فيها متوافقة أم مخالفة له".

ولا شك، أن للرأي العام السائد في مجتمع معين تأثيره عل مفهوم النظام العام ولابد للقاضي أن يتأثر به أيضا لأن القاضي مرآة لمجتمعه.

تتنوع مصادر النظام العام بتنوع التشريعات القانونية والأنظمة القانونية، وحسب طبيعة وتركيبة كل مجتمع، غير أننا سوف نركز في هذا المبحث على المصادر الدولية (المطلب الأول)، والمصادر الأوروبية (المطلب الثاني)، وبعدها المصادر الداخلية المتمثلة في الدستور (المطلب الثالث)، والشريعة الإسلامية (المطلب الرابع).

[1] - علي مجيد العكيلي و لمى علي الظاهري، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية للنشر والتوزيع ، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 1439هـ - 2018، ص 24.

المطلب الأول: المصادر الدولية.

في القانون الدولي الخاص، يتجلى النظام العام الدولي في أسبقية الاتفاقيات الدولية، وينعكس أيضًا في وجود التحفظات التقليدية في مجال القمع، وقد شهدنا منذ سنوات عديدة ظهور النظام العام الدولي الهادف إلى ضمان القمع الفعال لمرتكبي أخطر الجرائم، وهم أنفسهم الذين ينتهكون القيم المعترف بها عالميًا.

الفرع الأول: أسبقية المعايير الدولية.

تتجسد أسبقية القانون الدولي على القانون المحلي في القانون الفرنسي بمقتضى المادة 55 من الدستور الفرنسي،[1] وبذلك يقوم القاضي بوضع القانون المحلي جانباً في حالة عدم امتثاله للقانون الدولي.

والسؤال الذي كان يطرح نفسه بالضرورة، هو قابلية التطبيق المباشر للنصوص الدولية، تحت أي ظروف يمكن للفرد أن يستفيد منها؟ لم تجب محكمة النقض الفرنسية عن هذا التساؤل، خلافا لما أكده مجلس الدولة من وجوب الاعتراف بالأثر المباشر للاتفاقيات الدولية من قبل القاضي الإداري، مع مراعاة النية المعلنة للأطراف و المناخ العام للمعاهدة التي تم الاستشهاد بها ، فضلاً عن محتواها وشروطها ، لغرض حصري هو تنظيم العلاقات بين الدول ولا يتطلب تدخل أي تصرف أو عمل إضافي لإحداث آثار فيما يتعلق بالأطراف.[2]

حددت كل غرفة، على مدار اجتهادها القضائي، النصوص الدولية القابلة للتطبيق المباشر في القانون المحلي، ووفقا للغرفة الاجتماعية في محكمة النقض الفرنسية، تنطبق مباشرة في القانون المحلي بعض النصوص الدولية، ومنها على سبيل المثال:

-أحكام الاتفاقية رقم 137 لمنظمة العمل الدولية (OIT) على الانعكاسات الاجتماعية لأساليب المعالجة الجديدة في الموانئ، المعتمد في 25 يونيو 1973، الذي تم إدخاله في القانون المحلي بموجب المرسوم رقم 81-245 بتاريخ 9 مارس 1981[3].

- المادة 01، ب من الفقرة 2 من المادة 02، والمادة 11 من الاتفاقية رقم 158 لمنظمة العمل الدولية بشأن إنهاء علاقة العمل بمبادرة من صاحب العمل، المعتمدة في 22 حزيران / يونيه 1982، و التي دخلت حيز النفاذ في فرنسا في 16 آذار / مارس 1990.[4]

- المادة 04 من هذه الاتفاقية، بشأن شرط وجود سبب وجيه للفصل، مما يؤدي إلى استبعاد مادة من الأمر المنشئ للعقد " التعيينات الجديدة".[5] و من المبادئ المنصوص عليها في هذه الاتفاقية، مدة الفترة التجريبية.[6]

---

[1] - Article 55: *«Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie».*

[2] - *CE, 11 avril 2012, no 322326, publié au Recueil Lebon.*

[3] - *Soc., 26 novembre 2002, pourvoi no 00-44.403, Bull. 2002, V, no 355.*

[4] - *Soc., 29 mars 2006, pourvoi no 04-46.499, Bull. 2006, V, no 131.*

[5] - *Soc., 1er juillet 2008, pourvoi no 07-44.124, Bull. 2008, V, no 146.*

[6] - *Soc., 10 mai 2012, pourvoi no 10-28.512, Bull. 2012, V, no 137; Soc., 26 mars 2013, pourvoi no 11-25.580, Bull. 2013, V, no 82.*

- المواد 03 و 04 و 05 من اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 180، المتعلقة بساعات عمل البحارة وتزويد السفن بالطواقم، المعتمدة في 22 تشرين الأول / أكتوبر 1996، والمصدق عليها في 27 أبريل/ نيسان 2004.[1]

- الفقرة الأولى من المادة 06 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، المعتمدة في 16 ديسمبر / كانون الأول 1966، والتي تضمن حق كل فرد في إمكانية كسب لقمة العيش من خلال عمل يتم اختياره أو قبوله بحرية ؛ كان الحكم ، من خلال وسيلة تم إصدارها تلقائيًا ، أن هذا النص يستبعد الموظف الملتزم بالتزام عدم المنافسة من الحرمان من أي تعويض مالي إلى سبب فصله لسوء السلوك الجسيم،[2] لكن القاعدة المنصوص عليها في المادة L.235-3 من قانون العمل الفرنسي، والتي تجعل إعادة الموظف المفصول دون سبب حقيقي وخطير بموافقة صاحب العمل، لا يقدم أي قيد يتعارض مع أحكام المادة 06، الفقرة 1، من الميثاق.[3]

طبقت الغرفة الاجتماعية لمحكمة النقض الفرنسية بانتظام اتفاقية فيينا المؤرخة 18 أبريل 1961، في العلاقات الدبلوماسية، والسؤال المركزي هو الحصانة من الولاية القضائية التي تستفيد منها الدول الأجنبية والهيئات المنبثقة عنها، شريطة أن يكون الفعل الذي أدى إلى النزاع يساهم ، بطبيعته أو غرضه ، في ممارسة سيادة تلك الدول.[4]

علاوة على ذلك، اعتبرت نفس الغرفة أن مبدأ سيادة الدول تعرقل تطبيقه، ضمن التمثيل الرسمي لدولة أجنبية، قواعد قانون العمل الفرنسي المتعلقة بتمثيل الموظفين والنقابات.[5]

اعترفت من جانبها الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية، بأنها ذات تطبيق مباشر المواد 03 الفقرة الأولى، و 12 الفقرة (2)، من اتفاقية نيويورك المؤرخة 26 يناير / كانون الثاني 1990 بشأن حقوق الطفل.[6]

الفرع الثاني: التحفظات الاتفاقية واستثناءات النظام العام.

توجد تحفظات النظام العام في الأغلبية المطلقة للاتفاقيات الثنائية المبرمة بين فرنسا ودولة أخرى. إن وجود هذا النوع من التحفظات والعمل به في مثل هذه الاتفاقيات، يترجم التقنين الاتفاقي للنظام العام الدولي (*la conventionnalisation de l'ordre public international*).حيث يتردد صدى هذه الظاهرة في الاجتهاد القضائي لمحكمة النقض الفرنسية.

أولا- في مجال التعاون القضائي والتحكيم:

أكدت الاتفاقية الفرنسية الجزائرية المتعلقة بالتنفيذ والتسليم الموقعة بتاريخ 27 أغسطس 1964، كشرط للاعتراف بالقرار الأجنبي (المادة 1 ، د) ، أن:" لا يتضمن القرار ما يخالف النظام العام الخاص بالدولة المنابة لتنفيذ القررأو لمبادئ الحقوق العمومية المطبقة في تلك الدولة....."[1].

---

[1] - Soc., 18 janvier 2011, pourvoi no 09-40.094, Bull. 2011, V, no 25; Soc., 23 janvier 2013, pourvoi no 10-20.568, Bull. 2013, V, no 18.

[2] - Soc., 16 décembre 2008, pourvoi no 05-40.876, Bull. 2008, V, no 251.

[3] - Soc., 14 avril 2010, pourvoi no 08-45.247, Bull. 2010, V, no 96.

[4] -Soc., 28 février 2012, pourvoi no 11-18.952, Bull. 2012, V, no 77; Soc., 13 octobre 2010, pourvoi no 09-71.591.

[5] - Soc., 4 novembre 2009, pourvoi no 08-60.593, Bull. 2009, V, no 242.

[6] -1re Civ., 18 mai 2005, pourvoi no 02-16.336, Bull. 2005, I, no 211; pourvoi no 02-20.613, Bull. 2005, I, no 212, textes relevés d'office par la Cour de cassation dans la seconde affaire.

كما أن اتفاقية التعاون القضائي الفرنسية السنغالية الموقع عليها في 29 مارس 1974 (المادة 47 ، هـ) ، كذلك اتفاق التعاون القضائي الفرانكو إيفوارية الموقعة في 24 أبريل 1961 (المادة 36 ، د) أو الاتفاقية الفرنسية الكونغولية بشأن التعاون في الشؤون القضائية الموقعة في 1 يناير 1974 (المادة 47 ، د) تحتوي على نفس التحفظ، وقد تمت صياغته بنفس الشروط السابقة، كما توجد أحكام مماثلة في الاتفاقية الفرنسية الغابونية الخاصة بالمساعدة القانونية المتبادلة وإنفاذ الأحكام وتسليم المجرمين الموقعة في 23 تموز / يوليو 1963 (المادة 34 ، هـ).

إلا أن الاتفاقية الفرنسية المغربية بشأن المساعدة القانونية المتبادلة وتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين الموقعة في 5 أكتوبر 1957 (المادة 16 ، د)، اعتمدت صياغة مختلفة قليلاً، بما يتماشى مع الوضع القانوني للمغرب في ذلك الوقت، وقد جاء فيها بأن القرار المطلوب الاعتراف به يجب أن لا يحتوي مضمونه على" شيء يتعارض مع النظام العام للبلد الذي يتم الاحتجاج به".[2]

ثانيا- في مجال الحالة المدنية والأهلية وقانون الأسرة.

لقد أكدت كل من اتفاقية لاهاي المؤرخة 15 أبريل 1958، بشأن الاعتراف بالقرارات المتعلقة بالتزامات النفقة تجاه الأطفال وتنفيذها (المادة 2 ، 5 هـ)، وكذلك الأمر الصادر في 2 أكتوبر 1973، بشأن الاعتراف بالقرارات المتعلقة بالتزامات النفقة وتنفيذها (المادة 5 ، 1 هـ)، على الاعتراف و تنفيذ القرار الأجنبي، إذا لم يكن القرار وفقًا للصيغة الواردة فيه لا "يتعارض بشكل واضح مع النظام العام للدولة المطلوب منها".

كما نصت اتفاقية لاهاي المنعقدة بتاريخ 29 مايو 1993، بشأن حماية الأطفال والتعاون في نص المادة 24، على أنه: "لا يجوز رفض الاعتراف بالتبني في دولة متعاقدة إلا إذا كان التبني واضحًا بما يتعارض مع نظامها العام ، مع مراعاة مصالح الطفل الفضلى".

يمكن أن تنص الاتفاقيات أيضًا على إلغاء قانون معين وفقًا لقواعدهم الخاصة .هذا ما تنص عليه اتفاقية لاهاي المؤرخة 5 أكتوبر 1961 بشأن اختصاص السلطات والقانون المعمول به في مسائل حماية القاصرين (المادة 16) ، باستخدام الصيغة المعتادة الموجودة في اتفاقيات لاهاي، عندما يتعارض تطبيق هذا القانون بشكل واضح مع النظام العام لدولة المحكمة.

يظهر تحفظ النظام العام في الاتفاقية الثنائية التي تنظم تنازع القوانين المبرمة بين فرنسا والمغرب في 10 أغسطس 1981، بشأن حالة الأشخاص والأسرة والتعاون القضائي، حيث تنص المادة الرابعة من هذه الاتفاقية على أن: "قانون إحدى الدولتين المعين بموجب هذه الاتفاقية لا يمكن استبعاده من قبل الجهات القضائية لدول أخرى إلا إذا كان يتعارض بشكل واضح مع النظام العام".

كما نجد أن اتفاقية لاهاي المؤرخة في 19 أكتوبر / تشرين الأول 1996، بشأن الاختصاص والقانون المنطبق على الاعتراف والإنفاذ والتعاون في مسائل مسؤولية الوالدين وتدابير حماية الأطفال، ينص في

---

[1] - *La Convention franco-algérienne relative à l'exequatur et à l'extradition signée le 27 août 1964 prévoit, comme condition à la reconnaissance de la décision étrangère (article 1er, d), que «la décision ne contien[ne] rien de contraire à l'ordre public de l'État où elle est invoquée».*
الأمر رقم 65-194 ممضي في 29 يوليو 1965، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين المبرمة بين الجزائر وفرنسا وعلى مبادلة الرسائل المتعلقة بتعديل البروتوكول القضائي الجزائري - الفرنسي المؤرخ في 28 غشت سنة 1962، الجريدة الرسمية عدد 68 مؤرخة في 17 غشت 1965، الصفحة 962.

[2] - *voir, pour toutes ces conventions, L. Chatin, B. Sturlèse, Recueil pratique de conventions sur l'entraide judiciaire internationale, La Documentation française, 3e éd., 1990.*

المادة 22 منه، على أنه "لا يمكن تجاهل تطبيق القانون المحدد في أحكام الاتفاقية، إلا إذا كان هذا التطبيق يتعارض بشكل واضح مع النظام العام، مع مراعاة مصالح الطفل الفضلى."

أما فيما يتعلق بالتحكيم، تنص اتفاقية نيويورك المؤرخة 10 يونيو 1958، للاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها على أنه "يجوز أيضًا رفض الاعتراف [بقرار التحكيم] وإنفاذه. إذا كانت السلطة المختصة من البلد أو الاعتراف والإنفاذ [...]

ب) أن الاعتراف بقرار التحكيم أو تنفيذه يتعارض مع النظام العام لذلك البلد".[1]

ثالثا-التحفظات الاتفاقية واستثناءات النظام العام في اجتهاد محكمة النقض الفرنسية.

يأخذ اجتهاد محكمة النقض الفرنسية في الاعتبار ظاهرة إضفاء الطابع الإتفاقي(*conventionnalisation*) على النظام العام الدولي والوظيفة المزدوجة الموكلة إليه إتفاقيا، وهي العقبة التي تحول دون الاعتراف بقرار أجنبي و استبعاد القانون الأجنبي.

1- معوقات الاعتراف بقرار أجنبي:

تم التعبير عن هذه الوظيفة في مختلف المجالات ولكن بشكل خاص في مجال الأسرة، والتي يمكن اعتبارها المجال الخصب. هذا ما يوضح وفرة السوابق القضائية المتعلقة بالاعتراف بالقرارات الأجنبية الخاصة بالطلاق على أساس مزدوج ، من جهة ، تحفظ النظام العام المنصوص عليها صراحة في الاتفاقيات الثنائية (الاتفاقية الفرنسية المغربية لعام 1957 ، المذكورة أعلاه ، والتي توجد أحكامها في المادة 1 ، د ، من الاتفاقية الفرنسية الجزائرية المؤرخة 27 أغسطس 1964 المتعلقة بالتنفيذ والتسليم)، ومن ناحية أخرى ، مبدأ المساواة بين الزوجين ، على النحو الذي تكفله المادة 5 من البروتوكول رقم 7 اتفاقية حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية 22 نوفمبر 1984، يشكل هذا المبدأ أحد مكونات النظام العام الدولي أو الأوروبي.[2]

[1] - المادة الخامسة، 2، ب.

[2] *- voir 1re Civ., 17 février 2004, pourvoi no 01-11.549, Bull. 2004, I, no 47 et pourvoi no 02-11.618, Bull. 2004, I, no 48; 1re Civ., 25 octobre 2005, pourvoi no 03-20.845, Bull. 2005, I, no 379; 1re Civ., 17 octobre 2007, pourvoi no 06-21.962; 1re Civ., 20 février 2008, pourvoi no 07-14.469; 1re Civ., 14 mars 2006, pourvoi no 04-17.254; 1re Civ., 10 juillet 2007, pourvoi no 06-19.083; 1re Civ., 19 septembre 2007, pourvoi no 06-19.577, Bull. 2007, I, no 280; 1re Civ., 31 octobre 2007, pourvoi no 06-20.799; 1re Civ., 6 février 2008, pourvoi no 06-21.870; 1re Civ., 9 mars 2011, pourvoi no 10-13.758*

على الرغم من بقاء السوابق القضائية شحيحة، في مجال المنازعات الأسرية، يمكننا الاستشهاد أيضًا، بالأحكام التي اعتمدت، على أساس الاتفاقات المتعددة الأطراف، مثل اتفاقية الاعتراف بالأحكام القضائية وإنفاذ القرارات المتعلقة بالتزامات النفقة الغذائية تجاه الأطفال المبرمة في 15 أبريل 1958 في لاهاي، و الذي تبعه الاتفاق المبرم في 02 أكتوبر 1973، بشأن الاعتراف وتنفيذ القرارات المتعلقة بالتزامات النفقة، والقرارات الأجنبية (على وجه الخصوص القضية الألمانية دائمًا) التي تدين دفع النفقة الغذائية والتي لم تكن تتعارض بشكل واضح مع النظام العام في فرنسا، مثل النظام العام للدولة المطلوب إليها بالمعنى المقصود في هذه الأحكام الاتفاقية، سواء كانت موضوعية أو إجرائية.[1]

بدعوى أن هذه القرارات الأجنبية قد صدرت في انتهاك لحقوق الدفاع، تم التذرع بقاعدتين تقليديتين، في الحالة الأولى، لتشغيل تحفظ النظام العام، وهما اتفاقية لاهاي المذكورة أعلاه المؤرخة 2 أكتوبر 1973، واتفاقية بروكسل. الصادر في 27 سبتمبر 1968، بشأن الاختصاص القضائي وإنفاذ الأحكام في المسائل المدنية والتجارية، والذي ينطبق أيضًا على مسائل التزامات النفقة، ويتضمن أيضًا تحفظًا على السياسة العامة في مادته 27، 1، التي تنص على الأحكام الصادرة عن المحكمة لدولة متعاقدة "غير معترف بها إذا كان الاعتراف مخالفًا للسياسة العامة للدولة المطلوب منها"

علاوة على ذلك، فإن هذا التحفظ على النظام العام الوارد في اتفاقية بروكسل والذي تم تناوله في الفقرة الأولى من المادة 34، من لائحة المجلس (المفوضية الأوروبية) رقم 2001/44 المؤرخة 22 ديسمبر 2000، بشأن الولاية القضائية والاعتراف وتنفيذ القرارات في المسائل المدنية والتجارية (المعروفة باسم "بروكسل 1")، مع إعطائها الطابع الاستثنائي (يجب أن يكون الاحتجاج بالنظام العام واضحًا) ، وقد أدى ذلك إلى نشوء اجتهاد قضائي ثري ، سواء من محكمة العدل[2] أو محكمة النقض الفرنسية، دون الحاجة إلى التطرق إلى جميع السوابق القضائية في هذا المجال.

كما يمكننا بالفعل الإشارة إلى وجود تفاصيل مفيدة حول نطاق شرط ذكر أسباب القرارات الأجنبية، ومن أحد الأحكام العديدة الصادرة بشأن هذه النقطة، والذي يستحق التنويه، لأنه يتطرق، علاوة على ذلك، على السؤال الحساس المتمثل في مدى التوافق مع النظام العام، بالمعنى المقصود في اتفاقية بروكسل، لإجراء قضائي معروف جيدًا في القانون العام (*common law*)، أو ما يسمى بأمر(*mareva*)، والذي بموجبه يُمنع المدين من تنفيذ أي معاملة على أي من ممتلكاته ضمن الحدود التي يضعها القاضي؟

يتعلق هذا السؤال، الذي تمت الإجابة عليه بالإيجاب، بجانبي النظام العام اللذين تم الاحتجاج بهما: الإجرائي (حقوق الدفاع) والموضوعي (حق المدين في التصرف في ممتلكاته، والذي يتعارض مع الحفاظ على الحقوق المشروعة للدائن).[3]

---

[1] - voir 1re Civ., 2 décembre 1992, pourvoi no 90-21.448, Bull. 1992, I, no 296 : était contestée, notamment, la fixation automatique du montant de la pension selon un barème légal; 1re Civ., 18 septembre 2002, pourvoi no 99-19.294, Bull. 2002, I, no 204 et 1re Civ., 9 décembre 2003, pourvoi no 01-17.136, Bull. 2003, I, no 249 : prétendant que ces décisions étrangères avaient été rendues en violation des droits de la défense, deux fondements conventionnels étaient invoqués, dans la première affaire, pour faire jouer la réserve d'ordre public, à savoir la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 précitée et la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, laquelle, applicable en matière d'obligations alimentaires, comporte également une réserve d'ordre public en son article 27, 1, aux termes duquel les décisions rendues par une juridiction d'un État contractant «ne sont pas reconnues si la reconnaissance est contraire à l'ordre public de l'État requis»

[2] - voir, notamment, CJCE, arrêt du 28 mars 2000, Krombach, C-7/98; CJCE, arrêt du 11 mai 2000, Renault, C-38/98; CJCE, arrêt du 2 mai 2006, Eurofood IFSC, C-341/04; CJCE, arrêt du 2 avril 2009, Gambazzi, C-394/07.

[3] - 1re Civ., 30 juin 2004, pourvoi no 01-03.248, Bull. 2004, I, no 191, RCDIP 2004, p. 815, note H. Muir Watt; JDI 2005, p. 112, note G. Cuniberti.

2-استبعاد القانون الأجنبي:

فيما يتعلق بالوظيفة الثانية المخصصة اتفاقيا للنظام العام ، وهي استبعاد تطبيق القانون الأجنبي، تجد أرضيتها الخصبة في الميدان الأسري، كما يدل على ذلك الاجتهاد الناجم عن المواجهة بين القانون المغربي و القانون الفرنسي المتعلق بالعواقب المالية المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية.[1]تتضح هذه المواجهة من خلال العبارات التالية:

الاتفاقية الفرنسية المغربية المؤرخة 10 أغسطس 1981، المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة والتعاون القضائي والتي تنص صراحة على تحفظ النظام العام الذي يسمح باستبعاد القانون الأجنبي، والذي يتعارض بشكل واضح مع هذا الأخير.[2]

ولكن نظرًا لأن هذه الاتفاقية الثنائية لا تحتوي على أي حكم ينطبق على التدابير المالية التي تهدف إلى التعويض عن الأضرار الناتجة عن فسخ الزواج ، فقد كان من الضروري عندئذٍ اللجوء إلى اتفاقية أخرى، هذه المرة متعددة الأطراف، وهي اتفاقية لاهاي المؤرخة 2 أكتوبر 1973 بشأن القانون المطبق على التزامات النفقة، والتي تحدد القانون المطبق على الطلاق على أنه ينطبق على العواقب وأدى الضرر المالي الناجم عن انهيار الزواج، والتي تقودنا في كل هذه الحالات إلى تطبيق القانون المغربي. هذا الأخير (على الأقل في ظل إمبراطورية المدونة السابقة، قبل الإصلاح في عام 2004)، لا ينص على أي بدل تعويضي أو تعويضات لصالح الزوجة، ولكن فقط النفقة المقررة في فترة الصلاحية(*délai de viduité*)، و قد تبين أن تطبيقها يتعارض بشكل واضح مع النظام العام الفرنسي، والذي يبرر ، على أساس تحفظ النظام العام المنصوص عليه في المادة 11 من اتفاقية لاهاي المذكورة أعلاه ، فإن استبعاد القانون المغربي يؤدي إلى تطبيق القانون الفرنسي. ومن هنا جاءت قرارات النقض على تأشيرة هذا النص الأخير ، وبالتالي التحفظ الاتفاقي المرتبط بالنظام العام والذي يؤذي إعماله إلى استبعاد تطبيق القانون الأجنبي.

---

[1] - *1re Civ., 16 juillet 1992, pourvoi no 91-11.262, Bull. 1992, I, no 229; 1re Civ., 7 novembre 1995, pourvoi no 94-10.447, Bull. 1995, I, no 391; 1re Civ., 4 novembre 2009, pourvoi no 08-20.355, Bull. 2009, I, no 218.*

[2] - ينص الفصل الرابع من الظهير الشريف رقم 1.83.197 على أنه:" يمكن العدول عن تطبيق قانون إحدى الدولتين المحدد بمقتضى هذه الاتفاقية من طرف محاكم الدولة الأخرى إلا إذا كان منافيا بصورة واضحة للنظام العام". الظهير الشريف رقم 1.83.197 الصادر في 11 من ربيع الأول 1407 (14 نوفمبر 1986)، المتعلق بنشر الاتفاقية المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة وبالتعاون القضائي بين المملكة المغربية والجمهورية الفرنسية الموقعة بالرباط في 10 أغسطس 1981، الجريدة الرسمية، عدد 3910 الصادرة بتاريخ 7 أكتوبر 1987، ص.: 931

هناك مجال آخر أدى إلى تطورات فقهية مماثلة :حوادث المرور على الطرق،[1] حيث تخضع هذه المنطقة لاتفاقية لاهاي أخرى ، وهي الاتفاقية المؤرخة في 4 مايو 1971 بشأن القانون المطبق في مسائل حوادث المرور على الطرق ، والتي ، مثل تلك الموضحة للتو بشأن التزامات الصيانة ، تحدد أولاً وقبل كل شيء القانون المطبق على المسؤولية المدنية ، والطرائق ومدى التعويض (المادة 3: من حيث المبدأ ، فإن القانون الداخلي للدولة بتاريخ الإقليم الذي وقع منه الحادث) ، ثم يأذن بإخلائه من خلال تحفظ للنظام العام (المادة 10: عندما يتعارض تطبيقه بشكل واضح مع النظام العام). تتحكم محكمة النقض في نتيجة المواجهة: يتم الاستماع إلى تحفظ النظام العام ، بالمعنى المقصود في المادة 10 من الاتفاقية المذكورة أعلاه .بشكل صارم، من ناحية أخرى ، يجب تمييزه عن الطبيعة الإلزامية للقانون رقم 85-677 المؤرخ 5 يوليو 1985 الهادف إلى تحسين أوضاع ضحايا حوادث المرور و'تسريع إجراءات التعويض (بعض تميل المحاكم الدنيا إلى الاستدلال من هذا الطابع الإلزامي في النظام الداخلي على وجود تضارب ، في النظام الدولي ، لتطبيق القانون الأجنبي على النظام العام). من ناحية أخرى ، فإن الطبيعة الأقل ملاءمة للقانون الأجنبي مقارنة بالقانون الفرنسي ليست كافية لوصف هذا الانزعاج ، مما دفع محكمة النقض لرفض التلاعب بالاحتياطي التقليدي للنظام العام لإسقاط تطبيق القانون الأجنبي، القوانين القائمة على فكرة المسؤولية عن الخطأ، ولا تنص على تعويض كامل عن الضرر أو تحديد فترة تقادم قصيرة.

الفرع الثالث: النظام العام الدولي في المسائل الجنائية.

يمكننا أن نرى تجليات واضحة لنظام عام دولي جزائي ذو مصدر اتفاقي في نوعين من النصوص: تلك التي، موضوعها حماية حقوق الإنسان، والتي تحتفظ بنظام قانوني محدد للجرائم ضد الإنسانية التي ارتكبت خلال الحرب العالمية الثانية ، وتلك التي، بشكل نهائي قمعي على وجه التحديد ، يهدف إلى إتاحة إمكانية مقاضاة الجناة الذين ارتكبوا جرائم خطيرة في جميع أنحاء العالم.

أولا- الجرائم ضد الإنسانية:

إن السعي وراء معاقبة مجرمي الحرب ومرتكبي الجرائم ضد الانسانية ظهر بشكل واضح منذ محاكمات نورمبرغ، وخصوصا في الأحكام الصادرة في إطار محاكمة الجرائم التي ارتكبت خلال الحرب العالمية الثانية، في 06 أكتوبر 1983،[2] و في 26 جانفي 1983،[3]حيث عالجت الغرفة الجنائية الثغرات التشريعية بالرجوع إلى "المبادئ العامة للقانون التي تعترف بها جميع الأمم" المذكورة في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية،[4] واتفاقية حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية.[5]

---

[1] *-1re Civ., 6 juin 1990, pourvoi no 88-17.553, Bull. 1990, I, no 135; 1re Civ., 4 avril 1991, pourvoi no 89-15.064, Bull. 1991, I, no 113; 1re Civ., 15 juin 1994, pourvoi no 92-18.932 ; 1re Civ., 30 septembre 2003, pourvoi no 00-22.294, Bull. 2003, I, no 192.*

[2] *- Crim., 6 octobre 1983, pourvoi no 83-93.194, Bull. crim. 1983, no 239.*

[3] *- Crim., 26 janvier 1984, pourvoi no 83-94.425, Bull. crim. 1984, no 34.*

[4] - الفقرة الثانية من المادة 15 ، الفقرة 2 ، من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

[5] - الفقرة الثانية من المادة 07 ، من اتفاقية حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية.

وقضت الغرفة على وجه الخصوص: "بعد أن ذكرت دون خطأ أنه ، بالمعنى المقصود في المادة 60 من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية ، فإن" الحق في الحصول على وصفة طبية "لا يمكن أن يشكل حقًا من حقوق الإنسان أو حقًا أساسيًا. الحرية ، أشار القضاة بحق إلى المادة 07 الفقرة 2 من الاتفاقية المذكورة ، وكذلك الفقرة 2 من المادة 15 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ؛ أنه ، في الواقع ، لا يوجد أي انتقاص أو تقييد لقاعدة عدم التقادم ، التي تنطبق على الجرائم ضد الإنسانية بموجب مبادئ القانون المعترف بها من قبل جميع الدول ".[1]

يحدد هذان النصان، اللذان صدقت عليهما فرنسا، بعبارات مماثلة أن مبدأ الشرعية لا يمكن أن يقف في طريق الحكم والإدانة "لأي فرد بسبب فعل أو امتناع كان وقت ارتكابه جريمة وفقا لمبادئ القانون العامة المعترف بها من قبل جميع الدول". في هذا الصدد، كانت الاجتهادات القضائية ضرورية لتحل محل التشريع، وبالتالي السماح بإحراز تقدم كبير فيما يتعلق بالنظام العام الدولي، إذا اعترفنا بأن محاكمة مثل هذه الجرائم ضرورية لأنها تمس أسس الإنسانية ذاتها.

لقد تبنى المشرع الفرنسي تعريف الجرائم ضد الإنسانية ونظامها في قانون العقوبات الجديد.[2] وتجدر الإشارة، إلى أن هذه الجرائم هي الجرائم الوحيدة التي أعلن أنها لا تسقط بالتقادم منذ القانون رقم 64-1326 المؤرخ 26 كانون الأول / ديسمبر 1964، الذي ينص على عدم التقادم على الجرائم ضد الإنسانية، والتي تشير مادتها الوحيدة إلى "الجرائم ضد الإنسانية"، على النحو المحدد بقرار الأمم المتحدة الصادر في 13 فبراير 1946 ، مع الأخذ في الاعتبار تعريف الجرائم ضد الإنسانية كما يظهر في ميثاق المحكمة الدولية الصادر في 8 أغسطس 1945 ، مما يشير بوضوح إلى التزام المفهوم الفرنسي بالمعايير الدولية.

ثانيا- فيما يتعلق بالولاية القضائية العالمية:

كما لاحظ بعض الكتاب ، "لا يُقصد من القانون الجنائي الفرنسي ضمان القمع العالمي. من حيث المبدأ ، تنطبق فقط على الجرائم المرتكبة على أراضي الجمهورية. ومع ذلك، لا يمكن لفرنسا أن تظل غير مبالية ببعض الجرائم المرتكبة في الخارج، سواء كانت تؤثر على مصالحها المادية أو المعنوية، أو أنها تهدد النظام العام الدولي للخطر".[3]

ومع ذلك ، عندما يتعلق الأمر بالدفاع عن هذا الأخير، فإن هذا ما يسمى بالولاية القضائية العالمية، على النحو المنصوص عليه في الاتفاقيات الدولية التي تهدف على وجه التحديد إلى إنفاذ القانون، الذي يعبر على أفضل وجه عن إرادة الدول في مكافحة الجرائم الماسة بالمصالح لمحمية عالميا.

---

[1] - *La chambre a notamment jugé : «Qu'après avoir énoncé sans erreur que, au sens de l'article 60 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, "le droit à l'acquisition de la prescription" ne saurait constituer un droit de l'homme ou une liberté fondamentale, les juges se sont référés à juste titre à l'article 7 paragraphe 2 de ladite convention, ainsi qu'à l'article 15 paragraphe 2 du pacte international relatif aux droits civils et politiques; qu'il ne résulte, en effet, de ces textes ni dérogation ni restriction à la règle de l'imprescriptibilité, applicable aux crimes contre l'humanité en vertu des principes de droit reconnus par l'ensemble des nations » (Crim., 26 janvier 1984, préc.)*

[2] - العنوان الأول من الكتاب الثاني، المواد 211-1 وما يليها.

[3] - *F. Desportes et F. Le Gunehec, Droit pénal général, Economica, 16e éd., 2009, no 371.*

في القانون الفرنسي، تنص المادة 689-1 من قانون الإجراءات الجزائية على مبدأ هذا الاختصاص على أساس وجود المشتبه فيه على الأراضي الفرنسية بالمعنى الحرفي(*lato sensu*)؛ يؤكد النص على ما يلي: "تطبيقا للاتفاقيات الدولية المشار إليها في المواد التالية، يجوز متابعة و مقاضاة أي شخص موجود في فرنسا من قبل المحاكم الفرنسية، إذا كان مذنبا خارج أراضي الجمهورية بارتكاب إحدى الجرائم المدرجة في تلك المواد [...] ". ويتعلق بالنصوص التالية:

- اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة ، المعتمدة في نيويورك في 10 ديسمبر / كانون الأول 1984 (المادة 689-2 من قانون الإجراءات الجنائية)؛

- الاتفاقية الأوروبية لقمع الإرهاب الموقعة في ستراسبورغ في 27 كانون الثاني / يناير 1977 ، والاتفاق بين الدول الأعضاء في الجماعات الأوروبية بشأن تطبيق الاتفاقية الأوروبية لقمع الإرهاب المبرمة في دبلن في 4 كانون الأول / ديسمبر 1979 (المادة 689-3 من قانون الإجراءات الجنائية)؛

- اتفاقية الحماية المادية للمواد النووية ، التي فتح باب التوقيع عليها في فيينا ونيويورك في 3 آذار / مارس 1980 (المادة 689-4 من قانون الإجراءات الجنائية)؛

- اتفاقية قمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الملاحة البحرية وبروتوكول قمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة المنصات الثابتة الموجودة على الجرف القاري ، المبرمة في روما في 10 مارس 1988 (المادة 689-5 من قانون الإجراءات الجنائية)؛

- اتفاقية قمع الاستيلاء غير المشروع على الطائرات ، الموقعة في لاهاي في 16 ديسمبر 1970 ، واتفاقية قمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الطيران المدني، الموقعة في مونتريال في 23 سبتمبر 1971 (المادة 689-6 من قانون أصول المحاكمات الجزائية)

- بروتوكول قمع أعمال العنف غير المشروعة في المطارات التي تخدم الطيران المدني الدولي ، المبرم في مونتريال في 24 فبراير 1988 (المادة 689-7 من قانون الإجراءات الجنائية) ؛

- بروتوكول اتفاقية حماية المصالح المالية للمجموعة الأوروبية، المبرم في دبلن في 27 أيلول / سبتمبر 1996، واتفاقية مكافحة الفساد التي يشارك فيها مسؤولو مجموعة الاتحاد الأوروبي أو مسؤولون من الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي في بروكسل في 26 مايو 1997 (المادة 689-8 من قانون الإجراءات الجنائية) ؛

- الاتفاقية الدولية لقمع الهجمات الإرهابية التي فتح باب التوقيع عليها في نيويورك في 12 كانون الثاني / يناير 1998 (المادة 689-9 من قانون الإجراءات الجنائية) ؛

- الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب ، التي فتح باب التوقيع عليها في نيويورك في 10 كانون الثاني / يناير 2000 (المادة 689-10 من قانون الإجراءات الجنائية).[1]

[1]- *Sur cette compétence, voir notamment A. Huet, R. Koering-Joulin, J.-Cl. dr. international, LexisNexis, fasc. 403-20 «Compétence des tribunaux répressifs français et de loi pénale française. Infractions commises à l'étranger», actualisé par A. Huet, avril 2013 et A. Huet, R. Koering-Joulin, J.-Cl. proc. pén., LexisNexis, art. 689 à 693, fasc. 30 «Compétence des tribunaux répressifs français et de loi pénale française. Infractions commises à l'étranger», actualisé par A. Huet, avril 2013, no 73 et s.*.

من جانبها ، تشير المادة 689 من قانون الإجراءات الجنائية إلى أن اختصاص المحاكم الفرنسية يسود القانون الفرنسي، بما في ذلك مسائل الولاية القضائية العالمية. وقد الغرفة الجنائية من هذا أن "ممارسة محكمة فرنسية للولاية القضائية العالمية تستتبع اختصاص القانون الفرنسي، حتى في وجود قانون أجنبي يمنح العفو ".[1]

وترى أيضاً أن "مهمة القاضي هي تفسير المعاهدات الدولية التي يُستشهد بها في القضية المعروضة عليه فحصها، دون الحاجة إلى طلب رأي سلطة غير قضائية ".[2]

أكثر من ذلك، وتأكيدا للفعالية الجزائية المنشودة من خلال توظيف هذا النوع من الاختصاص، قضت الغرفة الجنائية بأن المتواطئين الذين تصرفوا في الخارج يمكن أن يحاكموا في فرنسا عندما يفلت الجرم الرئيسي من جميع الملاحقات القضائية. حيث فرضت الرقابة على حكم غرفة التحقيق التي ربطت مصير الشريك بمصير مرتكب الجريمة الأصلية برفض ممارسة الولاية القضائية العالمية على أعمال التعذيب، وقد ردت الغرفة الجنائية على ذلك بأنه:" من خلال تحديد ذلك، وباستبعاد اختصاص المحكمة الفرنسية على أساس القواعد المنصوص عليها في الكتاب الأول من قانون العقوبات، مع الإشارة إلى أن الوقائع من المرجح أن تعتبر أفعال تعذيب بالمعنى المقصود في المادة الأولى من اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة المؤرخة 10 ديسمبر 1984 ، فإن أحكام المادة 689-2 من قانون الإجراءات الجزائية، هي التي تمنح الاختصاص للمحاكم الفرنسية لمتابعة و محاكمة أي شخص، فاعل أو شريك ، فرنسي أو أجنبي ، مذنب ، خارج أراضي الجمهورية، إذا كان موجودا في فرنسا. وهي الوقائع التي تقع في نطاق الاتفاقية المذكورة، وهي الواجبة التطبيق على وقائع الحال، وبذلك تكون غرفة التحقيق قد تجاهلت النصوص المذكورة أعلاه [المواد 689 و 689-1 و 689-2 من قانون الإجراءات الجزائية، والمبدأ المذكور أعلاه.

المطلب الثاني: المصادر لأوروبية.

إن الحديث عن المصادر الأوربية يستدعي الحديث عن كل من قانون الاتحاد الأوربي، والقوانين الناجمة عن الاتفاقيات الدولية.

الفرع الأول: قانون الاتحاد الأوروبي.

يجب دراسة المخاوف من قانون الاتحاد الأوروبي بشكل منفصل من قبل الغرف المدنية، والغرف الجنائية.وقد سبق للغرفة الاجتماعية أن طبقت ميثاق الحقوق الأساسية،كما يشير إلى مبدأ عام لعدم التمييز.

أولا- المبادئ التي أرساها ميثاق الحقوق الأساسية:

بصرف النظر عن أحكام معاهدة عمل الاتحاد الأوروبي (*TFEU*) ، ولا سيما تلك المتعلقة بمبدأ عدم التمييز ، فإن الغرفة الاجتماعية، بموجب معايير النظام العام التي يحتمل رفعها لغرفة الاجتماعية ، بموجب قواعد النظام العام التي يحتمل أن يتم تلقائيا من قبل القاضي، أولت اهتمامًا خاصًا لأحكام ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي (2007 / C 303/01). وفي هذا الصدد ، تجدر الإشارة إلى المادتين 51 و 52 من الميثاق نفسه يميز بين الحقوق والمبادئ.

---

[1] - *La chambre criminelle en a déduit que « l'exercice par une juridiction française de la compétence universelle emporte la compétence de la loi française, même en présence d'une loi étrangère portant amnistie». Crim., 23 octobre 2002, pourvoi no 02-85.379, Bull. crim. 2002, no 195)*

[2] - *Elle juge également qu'«il est de l'office du juge d'interpréter les traités internationaux invoqués dans la cause soumise à son examen, sans qu'il soit nécessaire de solliciter l'avis d'une autorité non juridictionnelle» (Crim., 11 février 2004, pourvoi no 02-84.472, Bull. crim. 2004, no 37.*

وفقًا للمادة 51، الفقرة 1، من الميثاق، فإن الدول الأعضاء "تحترم الحقوق" لكنها " تراعي المبادئ". تم توضيح هذا الفارق الدلالي في المادة 52، الفقرة 5، التي تحدد أن "أحكام هذا الميثاق التي تحتوي على مبادئ يمكن تنفيذها من خلال القوانين التشريعية والتنفيذية المعتمدة من قبل المؤسسات والهيئات والوكالات التابعة للاتحاد، ومن خلال أعمال الدول الأعضاء. عند تنفيذ قانون الاتحاد، في ممارسة سلطات كل منها.

ولا يجوز الاحتجاج بهم أمام القاضي إلا لتفسير ومراقبة شرعية هذه الأفعال ". وبالتالي، على عكس الحقوق المعترف بها في الميثاق والتي يمكن تطبيقها مباشرة في التقاضي، فإن المبادئ، من ناحية أخرى، لا يمكن الاحتجاج بها فقط من أجل التفسير المتسق أو التحقق من الصلاحية لمعيار أوروبي أو وطني، الذي ينفذها. لذلك من الضروري، لكي تكون قادرًا على الاحتجاج بمبدأ معترف به في الميثاق، أن تكون في حضور فعل وسيط أو قانون أوروبي ثانوي أو قانون محلي يطبق هذا المبدأ.

تم توضيح هذا التمييز بين الحقوق والمبادئ في شرح المادة 52 - نطاق وتفسير الحقوق والمبادئ [في التفسيرات المتعلقة بميثاق الحقوق الأساسية (2007 / 303/02 C)]

تشير الفقرة السابعة من المادة 52 من الميثاق نفسه إلى أن "التفسيرات الموضوعة بهدف توجيه تفسير ميثاق الحقوق الأساسية تؤخذ في الاعتبار على النحو الواجب من قبل محاكم الاتحاد والدول الأعضاء"، وبالتالي فإن الأمر متروك لمحكمة النقض لأخذها في الاعتبار. وفقًا لشرح المادة 52، "توضح الفقرة 5 التمييز بين" الحقوق "و" المبادئ "الواردة في الميثاق.

وبموجب هذا التمييز، يجب احترام الحقوق الشخصية، بينما يجب مراعاة المبادئ "؛ ومع ذلك ، فإن المبادئ "لا تؤدي إلى حقوق فورية في اتخاذ إجراءات إيجابية من جانب مؤسسات الاتحاد أو سلطات الدول الأعضاء، والتي تتوافق مع كل من السوابق القضائية لمحكمة العدل[1]من النهج الذي تتبعه النظم الدستورية للدول الأعضاء فيما يتعلق "بالمبادئ"، ولا سيما في مجال القانون الاجتماعي ". على سبيل التوضيح، يشير شرح المادة 52 من بين المبادئ المعترف بها في المواد 25 من الميثاق الخاص بحقوق الأشخاص المسنين، و 26 (دمج الأشخاص ذوي الإعاقة) و 37 (حماية البيئة). ومع ذلك، فإنه يشير إلى أنه، في بعض الحالات، قد تحتوي مادة في الميثاق على عناصر تتعلق بحق ومبدأ، على سبيل المثال المواد 23 "المساواة بين المرأة والرجل"، 33 "الأسرة والحياة المهنية"، 34 "الضمان الاجتماعي والمساعدة الاجتماعية ".

[1] - *voir notamment la jurisprudence sur le «principe de précaution» figurant à l'article 191, paragraphe 2, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : arrêt rendu par le TPI le 11 septembre 2002 dans l'affaire T-13/99, Pfizer contre Conseil, avec de nombreuses citations de la jurisprudence antérieure, et une série d'arrêts sur l'article 33 (ex-39) concernant les principes du droit agricole : par exemple, l'arrêt rendu par la Cour de justice dans l'affaire 265/85, Van den Bergh […].*

منذ الأول من كانون الأول (ديسمبر) 2009، تاريخ دخول معاهدة لشبونة حيز التنفيذ، وبالتالي الأثر القانوني الملزم لميثاق الحقوق الأساسية، طبقت الغرفة الاجتماعية لمحكمة النقض هذه لأحكام تلقائيا، بموجب التفسير المطابق لها، بما في ذلك النزاعات التي حدثت فيها الوقائع قبل الأول من ديسمبر 2009. هذا هو الحال مع سلسلة الأحكام بشأن معدلات الأجور الثابتة في الأيام التي تستشهد بالمادة 31 من الميثاق بشأن الحق في ظروف العمل التي احترام صحة العامل.[1] كما طبقت الغرفة الاجتماعية بحكم وظيفتها المادة 27 من الميثاق التي تعترف بالحق في الحصول على المعلومات والتشاور مع العمال داخل الشركة.[2]

في كلتا الحالتين، وفي ظل وجود التوجيهات من الاتحاد الأوروبي، اتبعت الغرفة الاجتماعية السوابق القضائية لمحكمة العدل التي تعتبر أن الحقوق الأساسية موجودة في النظام القانوني للاتحاد بعد الميثاق الذي يعترف بها فقط والذي طبق ، في حكم صادر في 22 ديسمبر 2010 ، المادة 47 من ميثاق الحق في محاكمة عادلة على الرغم من طرح السؤال الأولي في 30 يونيو 2009 من قبل المحكمة الوطنية.[3]

وتجدر الإشارة أيضًا، إلى أن الاحتجاج بالميثاق له مصلحة محددة لمحكمة النقض التي غالبًا ما تواجه، على عكس مجلس الدولة ، الحد من عدم وجود تأثير أفقي مباشر لتوجيهات الاتحاد الأوروبي، أي استحالة الاحتجاج في نزاع بين الأفراد بتوجيه لم يتم نقله بشكل سيئ.

في الواقع، وفقًا للسوابق القضائية الأخيرة لمحكمة العدل، من الممكن الاحتجاج بمبدأ عام للقانون كما هو وارد في توجيه معين، بما في ذلك في النزاع بين الأفراد، نظرًا لأن المبادئ العامة للقانون أو الحقوق الأساسية قابلة للتطبيق ، بما في ذلك النزاعات الأفقية.[4]

وهكذا ، بموجب حكم صادر في 11 أبريل 2012،[5] طُلب من الغرفة الاجتماعية طرح سؤال أولي بشأن ما إذا كان الحق الأساسي المتعلق بالمعلومات والتشاور مع العمال، المعترف به في المادة 27 من ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي، على النحو المحدد في أحكام التوجيه 14/2002 / EC، للبرلمان الأوروبي والمجلس الأوروبي بتاريخ 11 آذار / مارس 2002، إنشاء إطار عام يتعلق بالمعلومات والتشاور مع العمال في الجماعة الأوروبية ، يمكن الاحتجاج به في نزاع بين الأفراد لغرض التحقق من الامتثال لتدبير وطني نقل التوجيه.

---

[1] - Soc., 29 juin 2011, pourvoi no 09-71.107, Bull. 2011, V, no 181; Soc., 31 janvier 2012, pourvoi no 10-19.807, Bull. 2012, V, no 43; Soc., 26 septembre 2012, pourvoi no 11-14.540, Bull. 2012, V, no 250; Soc., 24 avril 2013, pourvoi no 11-28.398, Bull. 2013, V, no 117.

[2] - Soc., 17 mai 2011, pourvoi no 10-12.852, Bull. 2011, V, no 108.

[3] -CJUE, arrêt du 22 décembre 2010, DEB Deutsche Energiehandels-und Beratungsgesellschaft mbH/ Bundesrepublik Deutschland, C-279/09.

[4] - la distinction entre les deux devant d'ailleurs s'estomper compte tenu de l'article 6, § 3, du Traité sur l'Union européenne (TUE) qui dispose que «les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux». CJCE, arrêt du 22 novembre 2005, Werner Mangold/ Rüdiger Helm, C-144/04; CJUE, arrêt du 19 janvier 2010, Seda Kücükdeveci/ Swedex GmbH & Co. KG, C-555/07.

[5] -Soc., 11 avril 2012, pourvoi no 11-21.609, Bull. 2012, V, no 122.

ثانيا- المبدأ العام لعدم التمييز:

إلى جانب ميثاق الحقوق الأساسية، اعتمدت الغرفة الاجتماعية على المبدأ العام لعدم التمييز على أساس السن، على النحو المعترف به في حكمي محكمة العدل المذكورين أعلاه، لمطالبة القضاة بالتطبيق التلقائي للتوجيه رقم :78/2000/CE، الصادر عن المجلس الأوروبي بتاريخ 27 تشرين الثاني / نوفمبر 2000، الذي وضع إطاراً عاماً للمعاملة المتساوية في التوظيف و التشغيل، في قرارين.[1]

وبالتالي، فقد ألغت الأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف التي رفضت الطلب على الرغم من عدم الاحتجاج بقانون الاتحاد الأوروبي أمامها ، على أساس: " وذلك بالحكم بذلك، دون الإشارة إلى ذلك، بالنسبة لفئة هذا الموظف ، كان الاختلاف في المعاملة على أساس العمر مبررًا بشكل موضوعي ومعقول من خلال هدف مشروع، وأن وسائل تحقيق هذا الهدف كانت مناسبة وضرورية ، محكمة الاستئناف ، التي كان عليها تطبيق التوجيه الأوروبي الذي يكرس مبدأً عامًا لقانون الاتحاد، انتهك الفقرة الأولى من المادة السادسة (06)، من توجيه المجلس رقم: 78/2000/CE،الصادر في 27 نوفمبر 2000، الذي ينشئ إطارًا عامًا للمعاملة المتساوية في التوظيف و التشغيل". إن الالتماس المقدم لأول مرة أمام محكمة النقض المؤسس على قانون الاتحاد الأوروبي اعتبر مقبولا لأنه قانون خالص.

ثالثا- النظام العام في السوابق القضائية لمحكمة العدل التابعة للاتحاد الأوروبي:

لم يتم تحديد مفهوم النظام العام من قبل محكمة العدل، التي تعتبر أنه من حق كل دولة تحديد المصالح التي تراها ضرورية للسلامة العامة والأخلاق. الإجراءات التي تتخذها الدول الأعضاء في هذا الصدد تظل خاضعة لرقابة محكمة لوكسمبورغ ، والتي تضمن بشكل خاص أنها تظل متناسبة مع الهدف الذي تسعى إليه. إن احترام مبدأ التناسب، بشكل عام، شرط لصحة التدابير التي تنتهك إحدى الحريات المنصوص عليها في المعاهدة.[2]

إذا كانت محكمة العدل التابعة للاتحاد الأوروبي لم تستخدم عمليًا مفهوم "النظام العام للمجتمع" ، فقد اعترفت ، من ناحية أخرى ، بمعايير معينة لقانون الاتحاد كأحكام للنظام العام. وبالتالي، في قانون المنافسة، تحكم محكمة العدل بأن المادتين 81 CE و 82 CE (المادتان الآن 101 TFEU و 102 TFEU) تشكلان أحكامًا النظام العام يجب أن تطبقها المحاكم الوطنية تلقائيا.[3]

وبالمثل ، فيما يتعلق بتوجيه المجلس رقم (CEE/13/93)، المؤرخ في 05 أبريل 1993، بشأن الشروط غير العادلة في العقود المبرمة مع المستهلكين ، رأت محكمة العدل أنه ، نظرًا لطبيعة وأهمية المصلحة العامة المحمية من خلال الضمانات التي يوفرها هذا التوجيه للمستهلكين على أساس المادة 06 منه، وكذلك من خلال جميع أحكام التوجيه التي تعتبر ضرورية لتحقيق الهدف المنشود من قبل تلك المادة، يجب اعتبارها معايير متكافئة مع القواعد الوطنية التي تحتل ، ضمن النظام القانوني الداخلي، رتبة معايير النظام العام.[4]

---

[1] - Soc., 11 mai 2010, pourvoi no 08-43.681, Bull. 2010, V, no 105; Soc., 16 février 2011, pourvoi no 09-72.061, Bull. 2011, V, no 52.

[2] - voir, par exemple, CJUE, arrêt du 6 novembre 2003, Gambelli e.a., C 243/01.

[3] - CJCE, arrêt du 1er juin 1999, Eco Swiss, C-126/97, points 36 et 39; CJCE, arrêt du 13 juillet 2006, Manfredi, affaires jointes C-295/04 à C-298/04, points 31 et 39; CJCE, arrêt du 4 juin 2009, T-Mobile Netherlands e.a., C-8/08, point 49.

[4] - CJUE, arrêt du 30 mai 2013, Asbeek Brusse et de Man Garabito, C-488/11, point 44.

د-أسبقية قانون الاتحاد الأوروبي ومسألة ذات أولوية دستورية:

أولوية السؤال الدستوري ذي الأولوية (QPC) ، الذي يترجم أولاً فكرة أنه ينبغي فحص هذا دون انتظار مزيد من التطورات في الإجراءات الرئيسية، يُفهم أيضًا على أنها تفوق على سيطرة التوافق مع قانون المجتمع ذي الأثر المباشر أو الاصطلاحي ، الذي أشار إليه المجلس الدستوري،[1]

من خلال فرض فحص الأولوية للدفوع الدستورية قبل الدفوع المستمدة من عدم تطابق نص تشريعي مع الالتزامات الدولية لفرنسا، فإن المشرع العضوي يهدف إلى ضمان احترام الدستور و يذكر مكانه في الجزء العلوي من النظام القانوني الداخلي.

في سياق تتولى فيه الدولة مسؤوليتها أمام محكمة العدل التابعة للاتحاد الأوروبي بسبب الانتهاك الخطير والواضح لقانون المجموعة من قبل هيئاتها القضائية،[2]بغض النظر عن استقلالهم.[3]

الفرع الثاني: القانون الاتفاقي.

تعتبر أحكام اتفاقية حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية إلزامية في العديد من مجالات القانون المدني، في جميع مراحل الإجراءات، بما في ذلك أمام محكمة النقض، كما تنتج الاتفاقيات الدولية تأثيرًا مشابهًا.

و يظهر هذا الإلزام بقوة خاصة في المجالات التالية: التنظيم القضائي والقانون الإجرائي و في القانون الاجتماعي، فيما يتعلق بالمسألة المحددة المتمثلة في إخفاء الوجه في الفضاء العام أمام الغرفة الجنائية.

كما أبرز التقرير السنوي لمحكمة النقض لعام 2006، تطبيق اتفاقية حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية أمام محكمة النقض ، إما تلقائيًا ، كقاضي القانون العام للاتفاقية ، أو تبعا لقرارات المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان المتعلقة بشكل أساسي بالفقرة الأولى من المادة السادسة (06)، والتي من خلالها يمكن التحدث عن نموذج أوروبي حديث للإجراءات المدنية. حيث أثار تنظيم المحاكم وعملها في الماضي انتقادات بموجب المادة 6 ، (1) من الاتفاقية.

وهكذا أقرت محكمة النقض بأن المجالس العمالية، التي يكون تكوينها متساوي وغير مهني، كانت جهة قضائية، تخضع على هذا النحو لمتطلبات المادة 6 ، الفقرة 1 ، من الاتفاقية ، مستقلة وغير متحيزة، ولا سيما بسبب حظر النظام العام لأي أمر إلزامي.[4]

---

[1] - Cons. const., 3 décembre 2009, décision no 2009-595 DC, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

[2] -CJCE, arrêt du 30 septembre 2003, Köbler, C-224/01; CJCE, arrêt du 13 juin 2006, Traghetti del Mediterraneo, C-173/03.

[3] -CJCE, arrêt du 5 mars 1996, Brasserie du pêcheur/ Bundesrepublik Deutschland et The Queen/Secretary of State for Transport, ex parte Factortame e.a., C-46/93

[4] - 2e Civ., 20 octobre 2005, pourvoi no 03-19.979, Bull. 2005, II, no 271.

تتبع الغرفة المدنية الثانية هذا المنطق عندما تقيد شروط مقبولية الدعاوى في المنازعات الانتخابية،[1] أو الأهلية،[2]مع الأخذ في الاعتبار، في كلتا الحالتين، أن الطعن مفتوح داخل نفس الهيئة، صاحب العمل أو الموظف، حيث يكون الموظف عديم الصفة لإثارة نزاع في هيئة صاحب العمل، والعكس صحيح، والنتيجة هي التأكيد على أن القاضي، سواء أكان محترفًا أم لا، لا يختار القضاة الآخرين الذين يتداول معهم.

المطلب الثالث: المصادر الدستورية.

بينما يحتل الدستور مكانة مميزة في التسلسل الهرمي للمعايير في القانون الفرنسي ، من حيث الأسبقية على المصادر الداخلية الأخرى، فإن بعض المبادئ فقط هي التي تطبق على الفور من قبل محكمة النقض ، مثل المادة 55 من الدستور تعزز مسألة الأولوية للدستورية أهمية الدستور ولكنها لا تجعله بالضرورة مصدرًا فريدًا للنظام العام.

الفرع الأول: أسبقية الدستور.

سيادة الدستور في النظام الداخلي متأصلة في مفهوم الدستور نفسه، المعرّف بأنه الميثاق الأساسي للدولة".[3] لا يمكن للمرء أن يعبر بشكل أفضل عن أهمية الدستور من بين القواعد التي يجب على القاضي أن يضمن تطبيقها في القضايا الملموسة التي تعرض عليه. وقد انعكست هذه السيادة، بالنسبة لمحكمة النقض، بطريقتين:[4]

- عدم وجود رقابة قضائية من قبل محكمة النقض على أي معيار ذي قيمة دستورية؛

- عدم قيام محكمة النقض بتقييم دستورية القوانين، المتجسدة تقليديا في مبدأ أن "المحاكم (القضائية) ليس لديها سلطة استبعاد تطبيق نص تشريعي لعدم توافقه مع الدستور".[5]

فيما يتعلق بمسألة دستورية القوانين، يظل الاقتراح الأول صحيحًا بلا شك، مهما كانت قناعته، المستمدة بشكل خاص من قرارات سابقة للمجلس الدستوري بشأن مشاكل مماثلة ، لا يمكن للقاضي أن يرفض تطبيق قانون بالقول أنه لا يتوافق مع الدستور.

من ناحية أخرى ، فإن إدخال مسألة الأولوية للدستورية (QPC) ودور "التصفية" إلى محكمة النقض، التي يجب أن تحدد ما إذا كانت المسألة "ذات طبيعة جدية" ، يعني ضمناً أن فحص المضمون من قبل المحكمة بشأن الحكم التشريعي المطعون فيه ، بحيث أنه فقط إذا كان هناك شك معقول بشأن توافق هذا الحكم مع الدستور ، فسيكون من الضروري استشارة المجلس الدستوري لاتخاذ قرار بشأن هذا الإشكال.

---

[1] - 2e Civ., 2 décembre 1998, pourvoi no 98-60.069, Bull. 1998, II, no 288.

[2] - 2e Civ., 11 juin 2009, pourvoi no 08-60.570, Bull. 2009, II, no 146.

[3] - B. Genevoix, «Le Conseil d'État et l'application de la Constitution», in L'Application de la Constitution par les cours suprêmes : Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation», sous la direction de G. Drago, Dalloz, collection thèmes et commentaires, 2007, p. 42

[4] -voir, sur ce point, R. de Gouttes, «L'application de la Constitution par la Cour de cassation : aspects généraux et perspectives de droit civil», in Ibid., p. 56.

[5] -voir notamment, pour l'énoncé de ce principe, 1re Civ., 20 mai 2009, pourvoi no 08-10.576), ni, plus généralement, de «contrôler la conformité [d'une loi] à la Constitution» (Soc., 17 décembre 1996, pourvoi no 92-44.203.

كما لاحظ الفقه،[1]أن المحكمة، عندما تنكر أي جدية للمسألة المتعلقة بأسبقية الدستور(QPC)، فإنها تصدر أحيانًا حكمًا حقيقيًا بالدستورية، مع الصياغات التي يمكن العثور عليها في قرارات المجلس الدستوري أو المستوحاة منها على الأقل.[2]

تأتي هذه التحليلات الدستورية بعد الأحكام العديدة للغرفة الاجتماعية التي تطبق بانتظام المعايير الناشئة عن الدستور و عن المكونات الأخرى للكتلة الدستورية.[3]

وبالتالي ، تشير بعض الأحكام إلى المبدأ المنصوص عليه في المادة 55 من الدستور بشأن أسبقية المعاهدات أو الاتفاقات الدولية التي تم التصديق عليها أو الموافقة عليها على النحو الواجب.[4] أخرى ، على أساس مبدأ الفصل بين السلطات والمادتين 34 و 37 من الدستور ، والتي تدعوا الأطراف إلى إخطار جهات القضاء الإداري المختصة بهذه المسائل.[5]

الفرع الثاني: سيادة المعاهدات.

بموجب حكم صادر في 2 مايو 1972،[6] سعت الغرفة التجارية والمالية والاقتصادية للسيطرة على انتظام آثار الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها فرنسا مع مالي والسنغال في المجال المالي. وذكّرت بذلك أنه بموجب المادة 55 من دستور 4 أكتوبر 1958، لا يمكن تطبيق الاتفاقيات الدولية التي أبرمتها فرنسا إلا من قبل المحاكم إذا تم نشرها على النحو الواجب.

في هذه القضية ، ألغت الحكم المحال إليها والتي أعلنت عدم مقبولية معارضة القيد الصادر من الخزانة الفرنسية لاسترداد الضرائب المستحقة في السنغال، و السبب مأخوذ من حقيقة أن دافع الضرائب قد لجأ إلى الإجراء الخلافي المنصوص عليه في المادة 1846 من قانون الضرائب العام دون الوفاء بالالتزام المسبق بإرسال مذكرة إلى أمين الصندوق العام دافع الضرائب، في حين أن الاتفاقيات الفرنسية المالية والفرنسية السنغالية التي تنص على استرداد المبالغ المستحقة للخزانة من قبل الأطراف المتعاقدة، ولا سيما تطبيق القواعد الوطنية لإجراءات الاسترداد ، لم يتم نشرها في فرنسا. و نرى هنا أنها شاركت في فحص انتظام رسمي.

---

[1] - V. Bernaud, «L'application de la Constitution par le juge judiciaire… en droit social, 2000-2011 : analyse de l'évolution des arrêts de la chambre sociale rendus sur le fondement des alinéas 6, 7 et 8 du Préambule de 1946», in Le Juge judiciaire et la Constitution, sous la direction de A. Martinon et F. Petit, Dalloz, collection thèmes et commentaires, 2012, p. 113.

[2] - voir, par exemple, Soc., 5 juin 2013, QPC no 12-27.478, Bull. 2013, V, no 148 : «S'agissant des articles L. 3132-12 et L. 3132- 20, du code du travail, […] la question […] ne présente pas un caractère sérieux en ce que ces dispositions[,] dont l'objet est d'encadrer les dérogations au repos dominical, répondent à l'objectif de prévisibilité de la loi et ne méconnaissent pas la liberté d'entreprendre ni le principe d'égalité»; Soc., 14 septembre 2012, pourvoi no 12-40.052, Bull. 2012, V, no 228, énonçant, à propos de l'article L. 1237-5 du code du travail : «le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur règle de façon différente la mise à la retraite des salariés, selon que la relation de travail est ou non régie par une convention ou un accord collectif étendu, conclu avant le 1er janvier 2008[,] autorisant, sous certaines conditions, la mise à la retraite avant l'âge de 65 ans, ces situations n'étant pas identiques, et […] il apparaît que la différence de traitement instituée par le législateur qui ouvre à la négociation collective de branche, à titre temporaire et sous certaines conditions, la faculté d'aménager le régime de la mise à la retraite, est en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit»

[3] - Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et préambule de 1946.

[4] - Soc., 15 décembre 2010, pourvoi no 08-45.242, Bull. 2010, V, no 297; Soc., 25 janvier 2011, pourvoi no 09-40.028; Soc., 18 janvier 2012, pourvoi no 10-16.8.

[5] - Soc., 27 février 2003, pourvoi no 01-21.123 ; Soc., 28 février 2006, pourvoi no 04-46.365, Bull. 2006, V, no 92; Soc., 3 juin 2009, pourvoi no 07-40.370.

[6] - Com., 2 mai 1972, pourvoi no 68-12.561, Bull. 1972, IV, no 124.

في حين أن الفرنسيين الماليين والفرنسية السنغالية ولم تُنشر في فرنسا الاتفاقات التي تنص على استرداد المبالغ المستحقة لخزانة كل من الأطراف المتعاقدة ، ولا سيما تطبيق القواعد الوطنية لإجراءات الاسترداد. ونلاحظ هنا أنها شاركت في فحص سلامة القواعد الإجرائية أو الشكلية الرسمية.

من خلال قرارات أخرى ، حكمت بشأن التأثير الكامل للاتفاقيات الدولية ، ولا سيما النصوص المتعلقة بالجماعات الأوروبية. ومن ثم فقد قضت أولاً بأن الاستئناف ضد حكم يحيل إلى محكمة العدل للمجموعة الأوروبية، بموجب المادة 177 من معاهدة إنشاء هذه المجموعة، فإن تقدير امتثال المعاهدة لنصوص القانون المحلي، غير مقبول.[1]

كما أنه تطبيقاً للأحكام الصادرة في 16 يوليو 1992، وبتاريخ 9 أغسطس 1994، و 7 تشرين الثاني/ نوفمبر 1996، من محكمة العدل للمجموعة الأوروبية، ولأن أحكام هذه المحكمة ملزمة للمحكمة الوطنية دون أن تكون قادرة على معارضة مبدأ قانوني عام مثل مبدأ التوقعات المشروعة، فإن هذه الطلبات غير مقبولة لاسترداد المبالغ غير المستحقة التي تم سدادها بعد 16 يوليو 1992، عندما يسعون إلى استرداد المبالغ المحصلة قبل ذلك التاريخ نفسه، بالنسبة لرسوم الرصيف والرسوم الإضافية ، على البضائع القادمة من مترو بوليتين فرنسا، أو دولة عضو أخرى في المجموعة الأوروبية، أو بلد ثالث غير مرتبط بالمجموعة الأوروبية باتفاق خاص.

في عام 1998، قضت الغرفة نفسها، تحت تأشيرة المادة 55 من الدستور، في نزاع يتعلق بالمنافسة غير المشروعة بين بائعي السيارات، مذكرة من حيث المبدأ:" أنه يترتب على السوابق القضائية لمحكمة العدل للمجموعة الأوروبية(*Simmenthal*, 9 *mars* 1978)، أن أي حكم من أحكام النظام الوطني سيكون غير متوافق مع المتطلبات المتأصلة مع طبيعة قانون المجموعة الأوروبية، أي أمر وطني أو أي ممارسة تشريعية أو إدارية أو قضائية ، والتي سيكون له تأثير على الحد من فعالية قانون المجموعة من خلال حرمان القاضي المختص لتطبيق هذا القانون من سلطة القيام بذلك، والقيام بكل ما هو ضروري لتجنب الأحكام التشريعية الوطنية التي قد تشكل عقبة، ولو بشكل مؤقت، أمام الفعالية الكاملة لمعايير المجموعة الأوروبية[...].أنه في تطبيق مبادئ المجموعة الأوروبية المذكورة أعلاه، يكون الرئيس الأول مختصًا بالبت في الطلب المقدم إليه من أجل الوقف المؤقت للإجراءات، منذ صدور قرار قاضي التنفيذ، برفض طلب المهلة المقدم من (إحدى الشركات المعنية)، والذي أمر بمواصلة الإجراءات". وبذلك يكون رفض طلب هذا الوقف من قبل الرئيس الأول يعد انتهاكا للمبدأ المذكور.[2]

الفرع الثالث:مبدأ السياسة العامة لفصل السلطات الإدارية والقضائية.

ووفقًا للمادة 13 من قانون 16-24 أغسطس 1790، فإن "الوظائف القضائية متميزة وستظل دائمًا منفصلة عن الوظائف الإدارية. لا يجوز للقضاة ، تحت طائلة عقوبة استغلال السلطة، أن يزعجوا بأي شكل من الأشكال عمليات الهيئات الإدارية ، ولا أن يستدعوا أمامهم المسؤولين لأسباب تتعلق بوظائفهم ". وأعيد التأكيد على هذا الحظر بموجب المرسوم الصادر في(16 Fructidor سنة III)، والذي بموجبه "يتم تقديم الدفوع المتكررة للمحاكم لسماع أعمال الإدارة، من أي نوع كان، للعقوبات القانونية".

---

[1] *- Com., 8 novembre 1988, pourvoi no 87-14.972, Bull. 1988, IV, no 292; Com., 30 juin 1992, pourvoi no 90-15.676, Bull. 1992, IV, no 253. Com., 22 octobre 1992, pourvoi no 01-01.960, Bull. 1992, IV, no 147.*

[2] *- En rejetant cette demande de sursis, «le premier président a ainsi violé le principe susvisé».*

المطلب الرابع: التشريعات الداخلية العادية.

في المادة المدنية، يمكن للنظام العام أن يعمل على مستويات مختلفة. يمكنه التدخل في سير الإجراءات، كما ويحدد نظامًا محددًا لوسائل الدفاع.

الفرع الأول: سير الإجراءات.

طبيعة النظام العام لمسائل معينة تتلاشى في مسار الإجراءات ومنصب القاضي ، كما يتضح من مثال قانون الضمان الاجتماعي (أولا). يعتبر النظام العام أيضًا أساسًا لحق النيابة العامة في التصرف (ثانيا).

أولا- خلال مرحلة ما قبل التقاضي في مسائل الضمان الاجتماعي:

يتميز الإجراء بخصوصية تضمين مرحلة ودية إلزامية. يجب في الواقع تقديم المنازعات المتعلقة بدعاوى الضمان الاجتماعي العامة إلى إجراء الطعن مجاني مسبق. وفقا لأحكام المادة R 142-1 من قانون الضمان الاجتماعي ، فإن الشكاوى التي تندرج في إطار المادة L.142-1 ضد قرارات هيئات الضمان الاجتماعي تحال إلى لجنة الرجوع الودية التي تشكلت داخل مجلس إدارة كل منظمة. لا تتم الإحالة إلى المحكمة إلا بعد الرفض الصريح أو الضمني للطعن الإجباري المقدم أمام هذه الهيئة الداخلية أو حتى عند معارضة القيد الصادر ، إن أمكن ، من قبل الهيئة الاجتماعية ترسم الغرفة المدنية الثانية، النتائج بانتظام ، كما يتضح من الأمثلة التالية:

- تحديد المدة الزمنية للإحالة إلى لجنة الطعون الودية؛[1]
- مع الإبقاء على عدم وجود تأثير للتعليق المؤقت لإجراءات التنفيذ التي أمر بها قاضي التنفيذ في سياق إجراءات المديونية الزائدة على الالتزام بالإحالة المسبقة إلى لجنة الرجوع الودي.[2]

فقط الأحكام التي تنشئ هذه المرحلة الأولية الإجبارية تسمح بإفلات طبيعة بعض القرارات - عندما لا تشكل شكوى ضد قرار اتخذته هيئة الضمان الاجتماعي-[3]أو بعض الظروف الخاصة.[4]

ثانيا-خلال مرحلة التقاضي:

وفقا لأحكام المادة R 142-1 من قانون الضمان الاجتماعي ، فإن الشكاوى التي تندرج في إطار المادة L.142-1 ضد قرارات هيئات الضمان الاجتماعي تحال إلى لجنة الرجوع الودية التي هي:

تشكلت داخل مجلس إدارة كل منظمة. لا تتم الإحالة إلى المحكمة إلا بعد الرفض الصريح أو الضمني للطعن الإجباري المقدم أمام هذه الهيئة الداخلية (أو حتى عند معارضة القيد الصادر ، إن أمكن ، من قبل الهيئة الاجتماعية ترسم الغرفة المدنية الثانية، النتائج بانتظام ، كما يتضح من الأمثلة التالية:

---

[1] *-2e Civ., 3 mars 2011, pourvoi no 09-70.315, Bull. 2011, II, no 60.*

[2] *- 2e Civ., 18 novembre 2010, pourvoi no 09-17.105, Bull. 2010, II, no 189.*

[3] *- 2e Civ., 20 décembre 2012, pourvoi no 11-26.621, Bull. 2012, II, no 208.*

[4] *- 2e Civ., 21 juin 2012, pourvoi no 11-20.683, Bull. 2012, II, no 110, qui décide que l'organisme social ayant refusé de modifier sa décision consécutivement à la demande d'un salarié tendant au réexamen de son dossier au regard de nouveaux éléments susceptibles d'établir l'origine professionnelle précédemment refusée et de saisir la commission de recours amiable, la victime est en droit de saisir directement la juridiction dans le délai de deux mois de la notification de ce refus sans que puisse lui être opposé le défaut de saisine de la commission de recours amiable.*

- تحديد المدة الزمنية للإحالة إلى لجنة الطعون الودية؛[1]

- مع الإبقاء على عدم وجود تأثير للتعليق المؤقت لإجراءات التنفيذ التي أمر بها قاضي التنفيذ في سياق إجراءات المديونية الزائدة على الالتزام بالإحالة المسبقة إلى لجنة الرجوع الودي.[2]

فقط الأحكام التي تنشئ هذه المرحلة الأولية الإجبارية تسمح بإفلات طبيعة بعض القرارات - عندما لا تشكل شكوى ضد قرار اتخذته هيئة الضمان الاجتماعي-[3]أو بعض الظروف الخاصة.[4]

وهكذا ، تنص المادة L. 482-4 من قانون الضمان الاجتماعي على أن أي اتفاق مخالف للكتاب الرابع من قانون الضمان الاجتماعي فيما يتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية لاغية وباطلة تلقائيا.

بناءً على مضمون هذا النص، ترفض محكمة النقض تفعيل الاتفاقية التي تهدف إلى تخلي الموظف عن أي إجراء أو مطالبة أو دعوى أو إجراء ضد صاحب العمل، في علاقة مباشرة أو غير مباشرة بمرض مهني. أنه أعلن وطلب منه لانسحاب من الإجراءات المعلقة أمام محكمة الضمان الاجتماعي التي رفعت في البداية طلبًا للاعتراف بالخطأ غير المبرر من صاحب العمل.[5]

حقيقة أن الموظف يتصرف "بمعرفة كاملة بالوقائع" لا يهم كثيرًا ، لأن مثل هذه الاستثناءات التعاقدية محظورة صراحة لأنها تتعارض مع أحكام النظام العام المتعلقة بتعويض الموظف الذي وقع ضحية حادث أو مرض مهني[6].

ثالثا-الآثار المترتبة على صلاحيات القاضي:

يطبق القاضي الذي ينظر في مسائل الضمان الاجتماعي أحكام الكتاب الأول من قانون الإجراءات المدنية (article R. 142-17 du code de la sécurité sociale). ومع ذلك، فإن تدخل القاضي، في قانون الضمان الاجتماعي، يحتوي على بعض الخصائص المميزة المتعلقة بطبيعة النظام العام للأحكام المعنية، ويتم توسيع صلاحياته في بعض الأحيان، أو على العكس من ذلك محدودة مقارنة بصلاحيات قاضي الحق العام.

رابعا-حدود صلاحيات القاضي الاستعجالي:

تنص المادة R. 142-21-1 من قانون الضمان الاجتماعي، على أنه: "في جميع الحالات الاستعجالية، يجوز لرئيس محكمة الضمان الاجتماعي، في حدود اختصاص المحكمة المذكورة، أن يأمر باتخاد جميع التدابير اللازمة التي لا تواجه أي منازعة جدية، أو تبرر وجود نزاع آخر.

---

[1] *-2e Civ., 3 mars 2011, pourvoi no 09-70.315, Bull. 2011, II, no 60.*

[2] *- 2e Civ., 18 novembre 2010, pourvoi no 09-17.105, Bull. 2010, II, no 189.*

[3] *- 2e Civ., 20 décembre 2012, pourvoi no 11-26.621, Bull. 2012, II, no 208.*

[4] *- 2e Civ., 21 juin 2012, pourvoi no 11-20.683, Bull. 2012, II, no 110, qui décide que l'organisme social ayant refusé de modifier sa décision consécutivement à la demande d'un salarié tendant au réexamen de son dossier au regard de nouveaux éléments susceptibles d'établir l'origine professionnelle précédemment refusée et de saisir la commission de recours amiable, la victime est en droit de saisir directement la juridiction dans le délai de deux mois de la notification de ce refus sans que puisse lui être opposé le défaut de saisine de la commission de recours amiable.*

[5] *- 2e Civ., 1er juin 2011, pourvoi no 10-20.178, Bull. 2011, II, no 127.*

[6] *- (Soc., 17 novembre 1994, pourvoi no 92-15.841, Bull. 1994, V, no 302.*

يجوز لرئيس محكمة الضمان الاجتماعي، ضمن نفس الحدود ، أن يأمر استعجاليا بإجراءات تحفظية أو إعادة التأهيل اللازمة، إما لمنع حدوث ضرر وشيك، أو لوضع حد لاضطراب غير شرعي واضح.

في الحالات التي يكون فيها وجود الالتزام غير مشكوك فيه بشكل جدي، فإنه قد يمنح مخصصًا للدائن...".[1]

ومع ذلك، قد تكون صلاحيات القاضي الاستعجالي مقيدة بأحكام قانون الضمان الاجتماعي، وبموجب القواعد المستوحاة من مبادئ المحاسبة العامة، التي تحيلنا على شروط استرداد النفقات التي تكبدتها هيئات الضمان الاجتماعي.

الفرع الثاني: الصلاحيات الإجرائية لقاضي النيابة ضامن النظام العام.

يعتبر الدفاع عن النظام العام أساسًا وإطارًا لتدخل الادعاء في الإجراءات المدنية. و يمكن أن يكون النظام العام أيضًا بمثابة أساس، في مجال الإجراءات الجماعية ، لممارسة سلطاته الواسعة التي تهدف إلى ضمان الدفاع عن المصلحة العامة.

بشكل عام ، يتدخل المدعي العام كطرف إضافي للإفصاح عن رأيه في تطبيق القانون في الحالات التي يبلغ عنها (المادة 424 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي).

أولا- في قانون الأحوال الشخصية والأسرة:

في القانون القضائي الخاص ، بسبب عدم وجود تعريف في قانون الإجراءات المدنية لمفهوم "الوقائع التي تقوض" النظام العام، أصبح السوابق القضائية بطبيعة الحال تحدد الخطوط العريضة ، وتواصل دائمًا الحذر، خاصة في المجال المفضل لهذا النص، ألا وهو حماية الإنسان والأسرة ، حيث عمومية المصطلحات المستخدمة

بموجب المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية يمكن أن يؤدي إلى تدخل خطير للحريات الفردية للدولة في المجال الخاص للأشخاص الطبيعيين. أيضًا ، على الرغم من المفهوم الواسع لمفهوم الحقائق التي تؤثر على النظام العام الناتج عن صياغة المادة 423 ذاتها ، فإن محكمة النقض وقضاة الموضوع على دراية بالطبيعة العرضية لمفهوم النظام العام ،حيث تميل، لاسيما في شؤون الأسرة أو الحقوق الشخصية، إلى تفضيل تفسير صارم لهذا النص من أجل الحفاظ على دقة التوازن بين الاحترام المشروع للمصالح الخاصة للمتقاضين والمحافظة الشرعية على المصلحة العامة.[2]

---

[1] - *L'article R. 142-21-1 du code de la sécurité sociale dispose que :« Dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal des affaires de sécurité sociale peut, dans les limites de la compétence dudit tribunal, ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend.*
Le président du tribunal des affaires de sécurité sociale peut, dans les mêmes limites, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.
Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier….. ».

[2] - *« l'intervention d'office du ministère public «ne s'explique et ne se justifie que dans les circonstances où l'ordre public est directement et principalement intéressé, à l'occasion de faits qui y portent une grave atteinte, sans léser aucun intérêt rival». Civ., 17 décembre 1913, Bull. 1913, IV, no 241,p. 466; S. 1914, 1, p. 153, note J. Ruben de Couder; D.P. 1914, 1, p. 261, note P. Binet; RTD civ. 1915, p. 207, obs. R. Japiot*

في البداية، يقوم قضاة الموضوع بتقييم ما إذا كانت الوقائع المتنازع عليها تقوض النظام العام، وهذا هو الحال، على وجه الخصوص، إذا كان النزاع يتعلق بمصلحة خاصة تهم "بشكل مباشر وأساسي" ، "على أعلى مستوى" ، أو حتى " بحتمية "النظام العام ، مثل قواعد معارضة أو بطلان الزواج، الحظر في القانون المحلي للاتفاقيات المتعلقة بالإنجاب أو الحمل نيابة عن شخص آخر. ثانيًا، تتحقق محكمة النقض من التكييف الذي قدمه قضاة الموضوع فيما يتعلق بمتطلبات المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية، أي أنها تتحقق مما إذا كانت الوقائع التي حددوها محتملة أم غير محتملة لانتهاك النظام العام.[1]

بالإضافة إلى ذلك ، منذ أن تدخلت النيابة العامة في البداية في الدرجة الأولى كطرف إضافي ، فإن محكمة النقض، التي تحتفظ هنا بتقدير ضيق بشكل خاص لمفهوم النظام العام، تبطل طواعية الأحكام التي تعلن قبول طلبات النيابة العامة بسبب عدم وجود أساس قانوني لتدخل النيابة العامة على أساس المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية "دون الإشارة إلى الطريقة التي حكمت بها المحكمة بقرار يخل بالنظام العام، حيث أن النيابة العامة لم تظهر إلا كطرف إضافي وليس كطرف رئيسي.في الإجراءات أمام قضاة الدرجة الأولى".[2]

في هذه المرحلة، تجدر الإشارة إلى أن شرط إبلاغ قضية مدنية إلى النيابة العامة، المنصوص عليه في النص، لا يستلزم لهذا الأخير الحق في التدخل بحكم منصبه باعتباره الطرف الرئيسي في الدعوى خارج أي انتهاك للنظام العام.[3]

يظهر من خلال الاجتهادات القضائية، أن النتيجة الوحيدة لوجود مصلحة عامة في قضية (مثيرة للجدل أو مجانية) لا يمكن أن تكون كافية في حد ذاتها لوصف أن النزاع متعلق بالنظام العام الذي يبرر تدخل النيابة العامة بصفتها طرفًا أساسيًا، بصرف النظر عن الحالات التي يحددها القانون.

علاوة، على ذلك، يشير الفقه إلى أنه "عندما تكون النيابة العامة طرفًا منضما، يشير المرء إلى التعريف المتداول والعام للنظام العام، عندما تمارس الدعوى تلقائيا(النيابة العامة، طرف رئيسي)، المفهوم يغير المحتوى: إنه يتقلص.

تكشف الصيغ التي تستخدمها محكمة النقض والمحاكم الدنيا عن هذا التقييد. لكي تتمكن النيابة العامة من التصرف، من الضروري أن يكون "النظام العام معنيًا بشكل مباشر و رئيسي" ، أو أن تكون المسألة "ذات مصلحة عامة، تستلزم الاهتمام الحتمي بالنظام العام ".[4]

---

[1] - 1re Civ., 11 février 1986, pourvoi no 84-15.513, Bull. 1986, I, no 25; sur l'action du ministère public en qualité de partie principale sur le fondement de l'article 423 du code de procédure civile en matière d'application de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, voir 1re Civ., 19 mars 2002, pourvoi no 00-17.692, Bull. 2002, I, no 100; sur une autre application de l'article 423 du code de procédure civile en matière de prohibition de la célébration d'un mariage homosexuel, voir 1re Civ., 13 mars 2007, pourvoi no 05-16.627, Bull. 2007, I, no 113; sur le refus de transcription d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère tendant à faire produire effet à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, contraire à l'ordre public français édicté par les articles 16-7 et 16-9 du code civil, voir 1re Civ., 6 avril 2011, pourvoi no 10-19.053, Bull. 2011, I, no 72.

[2] - Com., 20 octobre 2009, pourvoi no 08-14.468; Com., 3 février 1998, pourvoi no 95-17.950.

[3] - 2e Civ., 14 décembre 1988, pourvoi no 87-17.810.

[4] - J. Vincent, «La procédure civile et l'ordre public» in Mélanges en l'honneur de Paul Roubier, tome 2, Dalloz et Sirey, 1961, p. 334; sous l'empire de l'article 7 du décret no 72-684 du 20 juillet 1972 instituant de nouvelles dispositions destinées à s'intégrer dans la partie générale d'un nouveau code de procédure civile, l'action principale du ministère public avait été cantonnée à l'hypothèse de faits «qui portent directement et principalement atteinte à l'ordre public» : voir, sur ce point, O. Gout, JCl. Proc. civ., LexisNexis, fasc. 100 «Ministère public. Attributions judiciaires en matière civile. Généralités. Ministère public, partie principale au procès», no 100, 18 juin 2010; sur la conception étroite de la notion d'ordre public retenue par la

ثانيا- في مجال إجراءات الإعسار أو الإجراءات الجماعية:

تنص المادة 425 ، 2 درجة من قانون الإجراءات المدنية على ما يلي: "يجب إبلاغ النيابة العامة بما يلي: [...] 2 °) إجراءات الحماية والحراسة والتصفية، والقضايا المتعلقة بالمسؤولية المالية لموظفي الشركات وإجراءات الإفلاس الشخصي أو المتعلقة بالمحظورات المنصوص عليها في المادة L 653-8 من القانون التجاري ".[1]

بشكل استثنائي ، يجوز للنيابة العامة التصرف تلقائيا، بصفتها الطرف الرئيسي، في الإجراءات المدنية، في بعض الحالات التي يحددها القانون (المادة 422 من قانون الإجراءات المدنية). وهكذا، فيما يتعلق بالإجراءات الجماعية،[2]تتدخل النيابة العامة على وجه الخصوص، باعتبارها الطرف الرئيسي لرفع دعاوى المسؤولية عن الأصول غير الكافية ضد مديري شخص اعتباري في التصفية الإجبارية.[3]

و بشكل استثنائي أكثر، في بعض مجالات إجراءات الإفلاس التي لم تتدخل فيها النيابة العامة بموجب القانونين المذكورين في 25 يناير 1985، و 26 يوليو 2005 ، تسمح المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية لقضاة الموضوع، تحت رقابة الغرفة التجارية لمحكمة النقض، بالتصريح بتدخلهم في الإجراءات الجماعية من أجل "الدفاع عن النظام العام".

السؤال الذي يتبادر للأذهان هو هل المفهوم الصارم للنظام العام ، المعتمد في الاجتهادات القضائية في قانون الأحوال الشخصية والأسرة ، ينطبق أيضًا في قانون الشركات التي تواجه صعوبة؟

---

jurisprudence, voir V. Mikalef-Toudic, Le Ministère public, partie principale dans le procès civil, thèse, Caen, 1997, no 127, p. 95-96.

[1] - L'article 425, 2°, du code de procédure civile dispose : «Le ministère public doit avoir communication : [...] 2°) Des procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire, des causes relatives à la responsabilité pécuniaire des dirigeants sociaux et des procédures de faillite personnelle ou relatives aux interdictions prévues par l'article L. 653-8 du code de commerce».

[2] -sur les cas d'intervention du ministère public en qualité de partie principale spécifiés par la loi du 25 janvier 1985, voir V. Mikalef-Toudic, op. cit., no 121-122, p. 92-93.

[3] - article L. 651-3, alinéa 1er, du code de commerce.

عند قراءة الاجتهاد القضائي للغرفة التجارية لمحكمة النقض، يبدو أن ردها كان بالإيجاب. وبالتالي، في إجراءات المسؤولية المالية لمديري الشركة بسبب عدم كفاية أصول الشركة المدينة ، وجدت الغرفة التجارية لمحكمة النقض نفسها مقيدة فيما يتعلق بتقدير مقبولية الدعوى بحكم مركز النيابة العامة كطرف رئيسي على أساس المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية ، والتي تلزم قضاة الموضوع على وضع تسبيب خاص يتعلق بتقييم يبينون فيه الطريقة التي انتهكت بها الوقائع المقدمة إليهم النظام العام.[1]

في مسائل العقوبات الشخصية المنصوص عليها في المواد 185 وما يليها من قانون 25 يناير 1985،[2] تقرر أنها لا تعطي أساسًا قانونيًا لقرارها فيما يتعلق بالمواد 423 و 424 و 425- 2 و 546 من قانون الإجراءات المدنية الجديد، محكمة الاستئناف التي، بناءً على استئناف من النيابة العامة، تطبق إجراءً من إجراءات الإفلاس الشخصي على الشخص الذي تحتفظ لصالحه بالإدارة الفعلية لشركة وضعت تحت التصفية القضائية، في حين أن النيابة العامة حضرت كطرف منضم أمام قضاة الدرجة الأولى، دون أن يوضح كيف أن الوقائع، التي تم تقديمها إليها والتي لم يقرها القرار المتخذ، قد انتهكت النظام العام وحيث كان عليها لزوما، أن تثير تلقائيا الدفع بعدم قبول استئناف النيابة العامة.[3]

وفقًا للمقرر في هذه القضية،[4] استبعدت الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفكرة التي تنص على أن "نظام العقوبات الشخصية، الذي يستجيب للقلق من استبعاد المديرين المخادعين أو غير الأكفاء من العلاقات التجارية-سيكون- في جوهره، النظام العام-بحيث- يُمنح النيابة ، سواء كانت قد اتخذت المبادرة أو لم تتخذ، حق الاستئناف في هذه المسألة ".

ثالثا- تمديد صلاحيات قاضي النيابة في مسائل إجراءات الإفلاس:

كان للمدعي العام دورًا هامشيًا سابقًا في سير إجراءات الإفلاس ، وقد شهد منذ ما يقرب من خمسين عامًا زيادة كبيرة في صلاحياته القانونية في المسائل الإجرائية.

حتى صدور القانون رقم 67-563 المؤرخ في 13 يوليو 1967 بشأن التسوية القضائية وتصفية الممتلكات والإفلاس الشخصي والإفلاس، كانت صلاحيات النيابة العامة تقتصر على إبداء الرأي في أهم الإجراءات. ثم شكل القانون رقم 81-927 الصادر في 15 أكتوبر / تشرين الأول 1981 المتعلق بحق النيابة العامة في الإجراءات الجماعية لتسوية التزامات الشركات قطيعة حقيقية في تطور الصلاحيات الممنوحة للنيابة العامة في الإجراءات الجماعية من خلال فتح إمكانية ممارسة طرق الطعن القانونية أمامه، بحيث لم يعد موجودًا فقط في الإجراءات الجماعية لضمان الدفاع عن المجتمع في إطار قمعي، ولكن أيضًا لضمان احترام النظام الاقتصادي العام.[5]

---

[1] *- Com., 3 février 1998, pourvoi no 95-17.950.*

[2] *- voir H. Matsopoulou, «Réflexions sur la faillite personnelle et l'interdiction de gérer», D. 2007, chron., p. 104 et s., spéc. p. 106.*

[3] *- Com., 20 janvier 1998, pourvoi no 94-20.177, Bull. 1998, IV, no 33.*

[4] *- la chambre commerciale de la Cour de cassation a ainsi écarté l'idée selon laquelle «le régime des sanctions personnelles, qui répond au souci d'écarter des relations commerciales les dirigeants malhonnêtes ou simplement incompétents, [serait], par essence, d'ordre public [de sorte que] le parquet, qu'il ait ou non pris l'initiative de l'action [devrait] se voir toujours reconnaître en cette matière un droit d'appel». rapp. Pasturel, D. 1998, Jurisp., p. 125.*

[5] *- voir B. Soinne, «L'intervention du ministère public dans les procédures collectives de redressement et de liquidation (commentaire de la loi no 81-927 du 15 octobre 1981 et du décret no 82-327 du 9 avril 1982)», D. 1983, chron., p. 11.*

استمرت زيادة صلاحيات المدعي العام بالقانون رقم 85-98 المؤرخ 25 كانون الثاني / يناير 1985 المتعلق بإعادة التنظيم والتصفية القضائية للشركات والقانون رقم 94-475 المؤرخ 10 حزيران / يونيه 1994 المتعلق بمنع ومعالجة الصعوبات التي تواجهها. الشركات التي جعلت منه، وفقًا للفقه، "هيئة حقيقية لـلإجراءات".[1]والتي منحها المشرع صراحةً العديد من صلاحيات التدخل في الإجراء، ولاسيما فيما يتعلق بممارسة طرق الطعن.[2]

منذ القانون رقم 2005-845 الصادر في 26 يوليو 2005، بشأن حماية الشركات ، أصبحت النيابة العامة حاضرة في مختلف الإجراءات كحارسة للنظام الاقتصادي العام، وهي المسؤولة عن الدفاع باسم حماية مصالح الشركة.[3]

المطلب الخامس: مبادئ الشريعة الإسلامية.

لقد اختلفت الآراء حول المقصود من عبارة (مبادئ الشريعة الإسلامية) [4] المنصوص عليها في المادة 01 من القانون المدني، وخصوصا بالجمع بينها وبين قانون الأسرة التي تحيل إلى (أحكام الشريعة الإسلامية)، وكذلك نصوص الدستور التي ورد بها مصطلحات (الإسلام دين الدولة) و(الخلق الإسلامي) فما المقصود بهذه التعبيرات؟

الفرع الأول: مدلول مبادئ الشريعة الإسلامية.

لا شك أن المقصود من الإسلام أو الشريعة الإسلامية أو الخلق الإسلامي إنما هو الجانب التشريعي أو الأحكام، باعتبارها تتوفر على خصائص القاعدة القانونية، وهو ما يصلح معه إدراجها ضمن مصادر القانون الرسمية، خلافا للجانب الديني البحت والمتعلق بالعقائد والعبادات فلا معنى لإدراجه في نصوص الدستور أو القانون، والمقصود بالمبادئ أي كليات الشريعة التي نصت عليها نصوص الوحي القطعية في

---

[1] - *P.-M. Le Corre, Droit et pratique des procédures collectives, Dalloz, Dalloz action, 6e éd., 2011, no 340.11, p. 529.*

[2] - *voir J.-P. Rémery, «Le ministère public et les voies de recours dans les procédures collectives», in Rapport annuel 1998, p. 139 ; sur le rôle du ministère public sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, voir P. Cagnoli, Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté, LGDJ, 2002, spéc. no 67 à 69, p. 47-49; dans la législation, voir les anciens articles 173-1 et 174 de la loi du 25 janvier 1985 modifiée par la loi du 10 juin 1994, devenus les articles L. 623-5 et L. 623-6 du code de commerce, dans leur rédaction antérieure à la loi no 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.*

[3] - *Circulaire CIV/08/06 de la direction des affaires civiles et du sceau du 18 avril 2006, relative à l'action du ministère public dans les procédures du livre VI du code de commerce en conséquence de la loi de sauvegarde des entreprises, NOR : JUSC0620263C, BO MJL no 102 du 1er avril au 30 juin 2006 : «La loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises n'implique pas un bouleversement dans le mode d'intervention des parquets dans les procédures collectives, mais elle signifie très clairement la poursuite de l'accroissement de leur rôle, qui résultait déjà des réformes de 1985 et de 1994. Le renforcement de ce rôle a pour finalité la défense de l'intérêt général lors des situations de crise»; voir, en doctrine, H. Houlette, «Le rôle du ministère public dans la loi de sauvegarde», JCP éd. E no 42, 20 octobre 2005, 1514). D'ailleurs, l'ordonnance no 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, qui a modifié la loi de sauvegarde, tend également à «renforcer le rôle du ministère public et à accroître ses facultés de recours» (art. 74, I, 12°, de la loi no 2008- 776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie; voir aussi Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance no 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, NOR : JUSC0824839P, JO du 19 décembre 2008, p. 19457).*

[4] - عصام عفيفي عبد البصير، مبدأ الشرعية الجنائية: دراسة مقارنة في القانون الوضعي و الفقه الجنائي الإسلامي، 2004، دار الفكر الجامعي، ص 9 و ما بعدها. و كمال عبد الواحد الجوهري، المرجع السابق، ص 45 و ما بعدها.

الثبوت والدلالة أي القرآن والسنة، وهو ما يخرجها عن دائرة الخلاف، عكس الأحكام الجزئية فتتعدد بشأنها الآراء والمذاهب، وهو ما يجعل الإحالة عليها غير مجدية[1].

وترتيبا على ذلك يتعين القول بكون ما ذهب إليه بعض الفقه من كون المقصود من مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون، هو القواعد الكلية المشتركة بين مذاهب الفقه المختلفة، هو قول خلط بين الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي، إذ الأول عبارة عن مبادئ عامة مصدرها القرآن والسنة، فيما يمثل الفقه الإسلامي ذلك الاجتهاد التفسيري والتفصيلي لتلك النصوص، فهو مجرد آراء اجتهادية بشرية، فلا يكون لها ذات الإلزام الذي تتصف به الأحكام الواردة في نصوص الوحي، هذا ناهيك عن بطلان الرأي القائل بكون المقصود بها هو آراء الفقهاء أو مذاهب الفقه الإسلامي كلها، إذ المبادئ كليات فيما الآراء والمذاهب جزئيات وتفصيلات. وعلى ذلك، فلمبادئ الشريعة الإسلامية خصائص القاعدة القانونية، من عمومية وتجريد وغاية اجتماعية تنظيمية وجزاء، فيكون لها القابلية للتنفيذ دونما حاجة إلى تدخل المشرع أو القضاء.[2]

الفرع الثاني: مرتبة مبادئ الشريعة الإسلامية.

إن التسليم بالطبيعة القانونية لمبادئ الشريعة الإسلامية، والاعتراف لها بكونها احد عناصر المشروعية، يفرض التساؤل عن مرتبتها بين مصادر القانون الأخرى طبقا لمبدأ تدرج القواعد القانونية؟

الرأي الذي يدافع عنه اتجاه في الفقه وجرى العمل به، هو كون مبادئ الشريعة الإسلامية ليست أكثر من مصدر مادي للتشريع من جهة، ومصدر رسمي احتياطي يلجأ إليه القاضي إذا عازه النص التشريعي من جهة أخرى، غير أن هذا الرأي تعوزه الأسانيد القانونية الكفيلة بالإقناع به ، عكس الرأي الثاني الذي يرى في تلك المبادئ مصدرا رسميا للقانون، وأضفى عليها الطابع الدستوري، مما يجعلها أسمى من القواعد التشريعية واللائحة وكذلك القواعد الاتفاقية الدولية، وهذا الرأي يستند إلى الدلالة الحقيقية للنصوص الدستورية والتشريعية التي تحكم هذه المسألة، فمبادئ الشريعة الإسلامية تعد مصدرا رسميا احتياطيا للقانون حسب اتجاه في الفقه، وتعد مبادئ عامة للقانون ذات طبيعة دستورية حسب الاتجاه الآخر.

I -الاتجاه الأول: مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا احتياطيا للقانون: يرى جانب من الفقه أن مبادئ الشريعة الإسلامية تعتبر مصدرا رسميا احتياطيا للقانون يأتي بعد التشريع، وهو ما يفرض على القاضي أن لا يلجأ إليها إلا عندما يعوزه النص التشريعي الذي يفصل به في النزاع، ويستدل على ذلك بأمرين:

الأمر الأول: مدلول المادتين01 من القانون المدني و 222 من قانون الأسرة، فالمادتين تحيلان القاضي إلى مبادئ أو أحكام الشريعة الإسلامية إذا عازه النص التشريعي.

الأمر الثاني: مدلول النصوص الدستورية، فالدستور في ديباجته أو المادة 02 منه وجه المشرع للاقتباس من الإسلام واستلهام أحكامه وهو يسن التشريعات، فلا إلزامية لمبادئ الشريعة الإسلامية لا

---

[1] - سامي جمال الدين، نفسه، ص 68 و ما بعدها.

[2] -قرر المجتمعون في مؤتمر لاهاي الدورة الثانية سنة 1927 ، المؤتمر الدولي للقانون المقارن الدورة الثانية، سنة 1927، ومؤتمر المحامين الدولي المعقد في لاهاي، سنة 1948 ، وشعبة الحقوق الشرقية من المجمع الدولي للحقوق المقارنة سنة 1951 بباريس وكلها انتهت بالاعتراف بما لقواعد ومبادئ الفقه الإسلامي ومنها مبادئ الشريعة الإسلامية من قيمة تشريعية لا يمارس فيها. – انظر: محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، تاريخية ومصادره ونظرياته العامة، دار الفكر العربي، ص 22 وما بعدها .

بالنسبة للمشرع ولا بالنسبة للقاضي، ومعنى ذلك أن النص الدستوري في المادة 02 لا يخاطب القاضي بل المشرع، وبالتالي فلا تأثير لهذا النص الدستوري على مكانه مبادئ الشريعة الإسلامية التي تبقى مصدر احتياطيا للقانون طبقا لنص المادة الأولى من القانون المدني.

ويضيف أصحاب هذا الرأي أن النص الدستوري ليس أكثر من تأكيد لإحدى الحقائق الاجتماعية، وهي أن ديانة الشعب الجزائي هي الإسلام، وبالتالي يرشد ويوجه السلطة التشريعية إلى استلهام أحكام هذه الديانة في تشريعاتها، لا على سبيل الإلزام بل الاختيار.

الاتجاه الثاني: مبادئ الشريعة الإسلامية مبادئ دستورية: يرى طائفة من الفقهاء وعلى رأسهم الأستاذ عبد الرزاق السنهوري وكمال عبد الواحد الجوهري والدكتور سامي جمال الدين وغيرهم كثير، أن النصوص الدستورية تكرس الطابع الدستوري لمبادئ الشريعة الإسلامية[1]، وبالتالي فهي مبادئ عامة للقانون بل تأتي على رأس تلك المبادئ، وهو ما يجعلها تـأتي في الترتيـب بعد الدستور، وقبل باقي مصادر القانون الأخرى، ويستند هذا الاتجاه إلى الحجج التالية:

الحجة الأولى: المدلول الحقيقي لنص المادة 02 من دستور 1996، والذي جاء فيه أن: "الإسلام دين الدولة" فهذا النص لا يقصد به الجانب الديني العقيدي باعتباره يشير إلى ديانة الشعب الجزائري، بل هو يشير إلى النظام التشريعي في الإسلام، باعتباره النظام الملزم لكل السلطات والمؤسسات في الدولة، ومما يؤكد هذا الرأي أن مصطلح الدين في اللغة والمصطلح القرآني لا يقصد منه العقيدة والعبادات، وإنما التشريع والقانون، ويكفي للتدليل على ذلك قوله تعالى: ومَا كَانَ لِيَأْخُذَ أَخَاهُ فِي دِينِ المَلِكِ"،[2] أي في نظامه وقانونه، وقوله تعالى :﴿الزَانِيَةُ والزَانِي فَاجلِدُوا كُل وَاحد مِنهُمَا مَائة جَلدَة ولاَ تَأخُذْكُم بِهِمَا رَأفَة فِي دِين الله﴾.[3]

[1] - كمال عبد الواحد الجوهري، المرجع السابق، ص 58 وما بعدها.
[2] - سورة يوسف: الآية 76.
[3] - سورة النور: الآية 02.

ودين الله هنا تشريعه الجنائي بتحريم الزنا والمعاقبة عليه، فصار الدين بمعنى الأحكام أو المبادئ المشكلة لما يطلق عليه الشريعة الإسلامية، وأما العقيدة فيطلق عليها في المصطلح القرآني الإيمان لا الدين، وأن الدولة في المصطلح الدستوري لا يقصد بها الشعب، بل ما تظهر به الدولة بعد تكونها من مظـاهر سياسة أي السلطات الثلاث، ومظـاهر قانونية أي النظام القانوني، فالدولة بهذا المعنى هي تعبير عن نظام أو بناء قانوني ومؤسساتي، وعلى ذلك فالمقصود من المادة 02 من الدستور هو أن النظام التشريعي الإسلامي هو القانون الأعلى،والمشروعية العليا التي تنبثق منها كافة القواعد القانونية في الدولة، فتكون أحكام الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا شكليا للقانون، وتأخذ مرتبة المبادئ الدستورية، فلا يعلوها إلا الدستور، بينما تكون أسمى من القواعد الاتفاقية الدولية والتشريعية واللائحية.[1]

ولا شك أن الخطاب موجها لكافة سلطات الدولة، فالمادة 08 من الدستور تلزم المؤسسات العامة بان تجعل إحدى غاياتها المحافظة على الإسلام، باعتباره إحدى مكونات هوية الشعب الجزائري، والمادة 09 منه قررت أنه لا يجوز لهذه المؤسسات أن تقوم بالسلوك المخالف للخلق الإسلامي، والمادة 76 منه تفرض على رئيس الجمهورية في اليمين التي يؤديها أن يلتزم بحماية الدين الإسلامي وتمجيده، وفي نفس الاتجاه ألزمت المادة 178 المؤسس الدستوري أثناء تعديله أحكام الدستور أن لا يمس الإسلام باعتباره دين الدولة، ومعنى ذلك أن الخطاب بنص المادة 02 من دستور 1996 هو خطاب موجه للدولة بكافة مؤسساتها وسلطاتها، بأن تجعل من أحكام الشريعة الإسلامية قانونها الأعلى، وتأكيدا على ذلك يضيف أصحاب هذا الاتجاه أن المادة 02 وردت في باب الأحكام العامة، وهذه الأحكام لا تخاطب المشرع وحده كما يقول أصحاب الاتجاه الأول، بل توجه الخطاب لكافة سلطات الدولة بما فيها القضاء، وخصوصا إذا نظرنا إليها بالموازاة مع النصوص الدستورية سالفة الذكر .

الحجة الثانية: الطبيعة القانونية لنص المادة 02 من دستور1996: إن القول بان النص الدستوري المتمثل في المادة 02 قد ورد على سبيل الإرشاد والتوجيه، وليس الإلزام مردود عليه، لكون نصوص الدستور بطبيعتها لا تحمل هذا المحمل إلا بقرينة، وان المادة 02 وردت في صدر أحكام الدستور، مما يجعلها نصا آمرا لكل السلطات العامة في الدولة، وان هذه المادة وردت في باب المبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري ،وهو ما بجعلها تأتي في قمة المبادئ العامة للقانون، والتي يعترف لها الفقه بالطابع الدستوري، ويجعلها من النظام العام، ومعنى ذلك أن النص الدستوري الوارد في المادة الثانية لا يقدم توجيهات بل يفرض التزامات لا سبيل إلى مخالفتها لكونها من النظام العام، وتتمثل هذه الالتزامات في ضرورة الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية عند سن القواعد القانونية أو عند تطبيقها، ومعنى ذلك أن هذه المبادئ أسمى من القواعد القانونية الأخرى بما فيها القواعد الاتفاقية الدولية والقواعد التشريعية، وبالتالي فعلى المشرع أن يرجع إليها عند سنه التشريعات أو الموافقة على الاتفاقيات الدولية، وإذا خالفها عد ذلك مخالفا للدستور.

وبالتأكيد فإن النص الدستوري رتب ذات الالتزام على القاضي مثله مثل المشرع تماما، باعتبار أن مبادئ الشريعة الإسلامية تمتاز بالطابع الدستوري، وبالتالي فإن القاضي وهو يراقب مدى مطابقة النص التشريعي لمبادئ الشـريعة الإسلامية، فإنه يقوم بذلك إعمالا لنص دستوري، فيكون كأنه يطابق بين النص التشريعي والدستور[2].

---

[1] - أبو الأعلى على المودودي، المصطلحات الأربعة في القرآن الكريم، 1941، ترجمها إلى العربية الأستاذ محمد كاظم سباق، 1955 ، ص116 وما بعدها .

[2] - كمال عبد الواحد الجوهري، المرجع السابق، ص 78 وما يليها. و سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 148.و سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1974، ص 262.

وخلاصة ما سبق، أن المقصود من مبادئ الشريعة الإسلامية هو الأحكام القطعية الواردة في القرآن والسنة، وليس الأحكام الفقهية التي استنبطها الفقهاء، وان هذه المبادئ تتمتع بميزات وخصائص القاعدة القانونية، وهو ما يجعلها قابلة للنفاذ بذاتها ودونما حاجة إلى تقنينها من طرف المشرع، ذلك أنها أضحت بالنص الدستوري مصدرا رسميا للقانون في الجزائر، باعتبارها من المبادئ العامة للقانون الكامنة والمستقرة في ضمير ووجدان الشعب الجزائري، وأنها بهذه الصفة تتمتع بقوة إلزامية تجعلها تأتي بعد الدستور، وتعلوا باقي القواعد القانونية الأخرى في تدرج القواعد القانونية.[1]

[1] - وقد أصدرت محكمة جنائية مصرية حكما طبقت فيه حكما في الشريعة الإسلامية مباشرة أورده كمال عبد الواحد الجوهري، المرجع السابق، ص 75 وما بعدها.

المبحث الرابع: أغراض الدفع بالنظام العام.

إن فكرة النظام العام تسمح بدخول التيارات الاجتماعية والسياسية السائدة في المجتمع إلى دائرة المعاملات بين الأفراد، فعندما كان النظام الحر بنزوعه الفردي ومبدأ عدم التدخل، يمثلان الفلسفة السائدة في المجتمع في زمن معين، كان مبدأ سلطان الإرادة من أهم تطبيقات فكرة النظام العام.[1]

إلا أنه عندما ظهر الوجه البائس لفضائل النظام الفردي ومبدأ عدم التدخل،[2] من خلال إصابة قطاع واسع من الناس بالفقر والبؤس،[3] كان لا بد من تدخل القانون استجابة لنداءات هؤلاء الناس وعلى رأسهم الطبقة العاملة المسحوقة، ليسعفهم ويقيل عثارهم في مواجهتهم مع أصحاب المال والقوى الاقتصادية التي كانت نتيجة النظام الفردي، فأخذت الأفكار الاشتراكية بالظهور، والتي تمثل ادعاءات الجماعة في كبح جماح النظام الفردي وإعادة التوازن إلى المجتمع والمحافظة على السلم الاجتماعي ورفض مبدأ عدم التدخل، الذي عكس أبشع صور الظلم والاستغلال، فكانت هذه الأفكار تهدف إلى رفع الظلم عن غالبية المجتمع، من خلال صياغة ما تحمله من أفكار ومبادئ في تشريعات تحمي حقوقهم.[4]

لا مجال للشك أن هذه التشريعات تمثل قواعد نظام عام، وإلا كانت سهلة الخرق والمجاوزة والتهرب من أحكامها، فاللجوء إلى فكرة النظام العام بما تتمتع به هذه الفكرة من خواص تجعلها عصية على المخالفة على سند من أنها تعبر عن معتقدات الجماعة وأفكارها، باعتبار أن خصوصية فكرة النظام العام تستند إلى طبيعة النزعة الاجتماعية والسياسية التي تنبعث منها، فهي تأخذ لون النظام الاجتماعي والسياسي السائد في مجتمع معين في زمن معين.[5]

فالقانون يجب أن يجسد في طياته المفهوم العام عن الفلسفة السائدة في المجتمع الذي يطبق فيه، الذي ينحدر عن التصورات الجماعية لأي مجتمع ليس هو مجموعة القواعد القانونية المحددة، وإنما هو المدلول العام للنظام الاجتماعي بما يتضمنه من روابط اجتماعية حيث أن القواعد القانونية المحددة لا يمكن أن تسود ولا يكتب لها الدوام إذا خلت من التصور الجماعي للنظام والروابط الاجتماعية.[6]

لهذه الأسباب مجتمعة وجدت آلية الدفع بالنظام العام في مرحلة المنازعات القضائية، والتي تعمل على حماية النظام العام ذاته، من خلال مساهمتها في حماية حقوق الإنسان(المطلب الأول)من خلال تجسيد مبادئ المحاكمة العادلة، ويتأكد هذا الدور الفعال لهذا النوع من الدفوع بشكل خاص في مجال القضاء الجزائي(المطلب الثاني) وذلك باضفاء الصفة الإنسانية عليه وتأكيد حرمة وقداسة الخصومة

---

[1] - سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص92.

[2] - سيد محمود رمضان، الوسيط في شرح قانون العمل، دراسة مقارنة مع التطبيقات القضائية لمحكمتي التمييز والنقض، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2004، ص 28 و 29.

[3] - دينس لويد، فكرة القانون، تعريب المحامي سليم الصويص، مراجعة سليم بسيسو، عالم المعرفة، الكويت، 1981، ص 240.

[4] - احمد عبد الكريم أبو شنب، شرح قانون العمل وفقا لأحدث التعديلات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، المكان، عمان، الأردن، الطبعة الثانية، 2006، ص 34.

[5] - أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة السادسة، 2012، ص110.

[6] - نعيم عطية، في النظرية العامة للحريات الفردية، الناشر الدار القومية للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، 1965، ص 52.

الجزائية، كما تتأكد أ همیتها بشكل عام من خلال الكشف عن القواعد الآمرة في مرحلة الخصومة القضائية (المطلب الثالث)، وكذلك من خلال تفعيل دور القاضي في تحديد مضمون النظام العام (المطلب الرابع)، وهذا ما يساهم في تعزيز دور القاضي في حماية النظام العام(المطلب الخامس).

المطلب الأول:مساهمة الدفع بالنظام العام في حماية حقوق الإنسان.

هناك صلة وثيقة بين الدفوع وحقوق الإنسان، حيث إن الدفوع هي حق من حقوق الإنسان، وهي جزء من منظومة الحقوق التي تنطوي تحت مفهوم حقوق الإنسان، وقد كفلت معظم الدساتير والقوانين في التشريعات المختلفة هذا الحق القضائي وذلك بأن يقدم أي خصم من الخصوم دفوعه بكل حرية وضمن أحكام القانون.

فعلى المستوى العالمي، نرى أن المعايير الدولية لكفالة حقوق الإنسان جاءت واضحة في هذا المجال، سواء أكانت اتفاقيات دولية، أم ميثاق الأمم المتحدة، أم الإعلان العالمي الحقوق الإنسان، فكل هذه المعايير تدلل على مدى احترام المجتمع الدولي لحقوق الإنسان وكفالته، ومنها حق الإنسان في تقديم دفوعه في محاكمة عادلة.

أما على المستوى الإقليمي، فنجد أن هناك اهتماما واسعة في مجال حقوق الإنسان، فهناك مثلا الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان، وفي القارة الإفريقية تم إنشاء لجنة إفريقية لحقوق الإنسان تحت إشراف الأمم المتحدة، أما في العالم العربي فهناك جهود مبذولة تحديدا من جامعة الدول العربية في هذا المجال، حيث انبثقت عن الجامعة العربية لجنة خاصة تعنى بمتابعة قضايا حقوق الإنسان، وكانت نقطة البدء في مباشرة أعمال اللجنة عام 1966. [1]

تتعدد الضمانات التي تكفلها الاتفاقيات والمواثيق والإعلانات الدولية، حماية الحقوق الإنسان وحرياته الأساسية، وتتداخل هذه الضمانات مع بعضها بعضا إلى حد كبير، بل إن بعضها يتداخل أحيانا مع مفهوم الحقوق والحريات، وكذلك مع بعض الآليات والتي يعول عليها لتوفير الحماية الواجبة لهذه الحقوق والحريات.[2] لذلك فإن هناك علاقة أساسية ما بين الدفوع وصلتها بالمواثيق الدولية من حيث ضمانة هذه المواثيق سواء أكانت اتفاقيات دولية، أم معاهدات دولية، أم تشريعات دولية للحريات والدفوع، والتي تمثل حق من حقوق الإنسان التي يجب كفالتها. وهو ما سوف نعرض له من خلال نقطتين أساسيتين تتلخصان بما يلي :

الفرع الأول: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

تحدث الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عن مبدأ استقلال القضاء، حيث نصت المادة الثامنة على أن:" لكل شخص الحق في أن يلجأ إلى المحاكم الوطنية لإنصافه من أعمال فيها اعتداء على الحقوق الأساسية التي يمنحها له القانون".ونصت المادة التاسعة على أنه:" لا يجوز القبض على أي إنسان أو حجزه أو نفيه تعسفا". كما نصت المادة العاشرة منه على أنه:" لكل إنسان، على قدم المساواة التامة مع الآخرين، الحق في أن تنظر قضيته محكمة مستقلة ومحايدة، نظرا منصفا وعلنيا، للفصل في حقوقه والتزاماته وفى أية تهمة جزائية توجه إليه".

---

[1] - سعد علي البشير، حقوق الإنسان (دراسة مقارنة بين القانون الأردني والمواثيق الدولية)، دار روائع مجدلاوي، عمان، الأردن، 2002، ص 48 و 49.

[2] - أحمد رشيدي، حقوق الإنسان (دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق)، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2003، ص 155.

ويستنتج مما سبق، أن هناك علاقة ما بين مبدأ استقلال القضاء والدفوع، حيث إن مبدأ استقلال القضاء يوفر المحاكمة العادلة والمساواة بين الخصوم، فعندما يكون القاضي مستقلا ونزيها في حكمة فإن ذلك ينعكس بالنتيجة على حق الخصوم في تقديم دفوعهم بكل حرية ونزاهة وعدالة ، بما يضمن احترام الدفوع من حيث تقديمها والرد عليها. ويمكن القول إن شروط المحاكمة العادلة تتلخص في النقاط التالية:

أ- أن تجرى المحاكمة علنية وليس سريا، وهذا من مقتضيات العدالة واحترام حقوق الإنسان، وذلك حتى يكون للجمهور أو للعامة رقابة على أحكام القضاء وتطبيق معايير حقوق الإنسان، وبالتالي صيانة حق الإنسان في تقديم و إبداء دفوعه بكل نزاهة وشفافية وعدالة.

ب- أن تكون المحاكم التي تنظر في القضايا محاكم مستقلة ونزيهة وليست محاكم تمارس تطبيق القانون تحت ضغوط أي سلطة أخرى أو أية جهة سواء أكانت جهة رسمية أم غير رسمية، ويعتبر هذا شرطا أساسيا لتحقيق العدالة واحترام حقوق الإنسان من منطلق أن القضاء النزيه والعادل والمستقل هو القضاء الذي يراعي حقوق الإنسان انسجاما مع المعايير الدولية في هذا المجال، وتطبيقا لاحترام حق الإنسان في كفالة حق التقاضي وتقديم الدفوع وإبدائها.

ج- المساواة التامة بين الأطراف أمام القضاء، وهذا يدلل على مدى احترام الإعلان للمتخاصمين أمام القضاء دون اختلاف فيما بينهم، من حيث الوظيفة أو الجنس أو اللغة أو لدين، من منطلق احترام حق الإنسان وكفالته في الدفاع عن نفسه بالتساوي ودون تمييز بين شخص وآخر في محاكمة عادلة.

كذلك تحدث الإعلان في مواده عن الحقوق الأساسية، كالحق في الحياة والحرية والمساواة، والتي لها علاقة مباشرة بالدفوع ، وقد نصت المادة الثالثة من الإعلان بقولها:" لكل فرد الحق في الحياة والحرية وسلامة شخصه"، أما المادة الرابعة فقد نصت:"لا يجوز استرقاق أو استعباد أي شخص ويحظر الاسترقاق وتجارة الرقيق بكافة أوضاعمها"، وفي المادة الخامسة:" لا يعرض أي إنسان للتعذيب ولا للعقوبات أو المعاملات القاسية أو الوحشية أو الحاطة بالكرامة".

كذلك المادة السابعة:" كل الناس سواسية أمام القانون ولهم الحق في التمتع بحماية متكافئة عنه دون أية تفرقة كما أن لهم جميعا الحق في حماية متساوية ضد أي تمييز يخل بهذا الإعلان وضد أي تحريض على تمييز كهذا".

وفي ضوء ما تقدم، ومن خلال استعراض النصوص المذكورة أعلاه، فإن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان قد أكد على الصلة المباشرة بين حقوق الإنسان الأساسية في الحياة والدفوع، من خلال كفالتة لهذه الحقوق حيث نص الإعلان على الحقوق التي تتعلق بحريات الناس وكرامتهم، وهي من الحقوق المهمة والتي بدونها لا يستطيع الإنسان أن يقدم دفوعه.

الفرع الثاني: العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

يعتبر العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية وثيقة دولية اعتمدت بقرار الجمعية العامة المؤرخ في 16 كانون أول/ ديسمبر عام 1966. وقد كان تاريخ البدء بالنفاذ في 23 آذار / مارس عام 1976م طبقا للمادة (49) من الديباجة. وقد جاءت مواد العهد

بحقوق كثيرة ومتنوعة للفرد في مجالات مختلفة وقد كانت هذه الحقوق موضوعا للعديد من الوثائق القانونية التي جاءت كل منها بصورة منظمة وتفصيلية. ويمكن القول، إن العهد الدولي يعتبر من الوثائق الدولية التي كفلت حق التقاضي و إبداء الدفوع للأفراد، فقد نصت المادة الرابعة عشرة:"1-الناس جميعا سواء أمام القضاء. ومن حق كل فرد، لدى الفصل في أية تهمة جزائية توجه إليه أو في حقوقه والتزاماته

في أية دعوى مدنية، أن تكون قضيته محل نظر منصف وعلني من قبل محكمة مختصة مستقلة حيادية، منشأة بحكم القانون. ويجوز منع الصحافة والجمهور من حضور المحاكمة كلها أو بعضها لدواعي الآداب العامة أو النظام العام أو الأمن القومي في مجتمع ديمقراطي، أو لمقتضيات حرمة الحياة الخاصة لأطراف الدعوى، أو في أدنى الحدود التي تراها المحكمة ضرورية حين يكون من شأن العلنية في بعض الظروف الاستثنائية أن تخل بمصلحة العدالة، إلا أن أي حكم في قضية جزائية أو دعوى مدنية يجب أن يصدر بصورة علنية، إلا إذا كان الأمر يتصل بأحداث تقتضي مصلحتهم خلاف ذلك أو كانت الدعوى تتناول خلافات بين زوجين أو تتعلق بالوصاية على أطفال.

2- من حق كل متهم بارتكاب جريمة أن يعتبر بريئا إلى أن يثبت عليه الجرم قانونا.

3- لكل متهم بجريمة أن يتمتع أثناء النظر في قضيته، وعلى قدم المساواة التامة، بالضمانات الدنيا التالية:

(أ) أن يتم إعلامه سريعا وبالتفصيل، وفى لغة يفهمها، بطبيعة التهمة الموجهة إليه وأسبابها،
(ب) أن يعطى من الوقت ومن التسهيلات ما يكفيه لإعداد دفاعه وللاتصال بمحام يختاره بنفسه،
(ج) أن يحاكم دون تأخير لا مبرر له،
(د) أن يحاكم حضوريا وأن يدافع عن نفسه بشخصه أو بواسطة محام من اختياره، وأن يخطر بحقه في وجود من يدافع عنه إذا لم يكن له من يدافع عنه، وأن تزوده المحكمة حكما، كلما كانت مصلحة العدالة تقتضي ذلك، بمحام يدافع عنه، دون تحميله أجرا على ذلك إذا كان لا يملك الوسائل الكافية لدفع هذا الأجر،
(هـ) أن يناقش شهود الاتهام، بنفسه أو من قبل غيره، وأن يحصل على الموافقة على استدعاء شهود النفي بذات الشروط المطبقة في حالة شهود الاتهام،
(د) أن يزود مجانا بترجمان إذا كان لا يفهم أو لا يتكلم اللغة المستخدمة في المحكمة،
(ز) ألا يكره على الشهادة ضد نفسه أو على الاعتراف بذنب.

4- في حالة الأحداث، يراعى جعل الإجراءات مناسبة لسنهم ومواتية لضرورة العمل على إعادة تأهيلهم.

5-لكل شخص أدين بجريمة حق اللجوء، وفقا للقانون، إلى محكمة أعلى كيما تعيد النظر في قرار إدانته وفى العقاب الذي حكم به عليه.

6-حين يكون قد صدر على شخص ما حكم نهائي يدينه بجريمة، ثم ابطل هذا الحكم أو صدر عفو خاص عنه على أساس واقعة جديدة أو واقعة حديثة الاكتشاف تحمل الدليل القاطع على وقوع خطأ قضائي، يتوجب تعويض الشخص الذي أنزل به العقاب نتيجة تلك الإدانة، وفقا للقانون، ما لم يثبت أنه يتحمل، كليا أو جزئيا، المسئولية عن عدم إفشاء الواقعة المجهولة في الوقت المناسب.

7- لا يجوز تعريض أحد مجددا للمحاكمة أو للعقاب على جريمة سبق أن أدين بها أو برئ منها بحكم نهائي وفقا للقانون وللإجراءات الجنائية في كل بلد.

ويمكن القول؛ إن العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية قد وفر الضمانات القضائية اللازمة واحترم حقوق الدفاع للأفراد وسنشرحها كما يأتي:

1- الحق في المساواة أمام القضاء: والمقصود بهذا الحق أن الأفراد يتساوون أمام القضاء بدون اختلاف بين فرد وآخر، من حيث الجنس أو الدين أو اللون أو العرق وذلك استجابة المقتضيات العدالة، والتي هي من صلب عمل القضاء.

كذلك تضمنت المادة الرابعة عشرة من العهد حق إجراء محاكمة علنية, وذلك حتى يكون هناك رقابة من الجمهور والأفراد لإجراءات القضاء, وصولا إلى وجود رقابة من قبل الرأي العام على أعمال القضاء ولو كانت تلك الرقابة غير مباشرة، وهذا يؤكد على علاقة علانية المحاكمة بالدفوع من حيث الرقابة التي يفرضها الرأي العام على القضاء، فعندما تكون المحاكمة علنية فإن ذلك يضمن حق الخصوم في تقديم دفوعهم بكل عدالة وحسب أحكام القانون.

2-الحق في افتراض البراءة: حيث كفل العهد الدولي هذا الحق في الفقرة الثانية من المادة الرابعة عشرة، وذلك بأن جعل من حق المتهم بارتكاب جريمة بأنه بريء إلى أن يثبت ارتكابه الجرم المسند إليه، ويرى الباحث أن هذا الحق الذي كفله العهد الدولي يأتي انسجاما مع الدساتير والإعلانات الدولية والمبادئ القانونية المختلفة والتي نصت على افتراض براءة المتهم حتى يثبت ارتكابه للجرم " فالمتهم بريء حتى تثبت إدانته.

3- كفالة حق الدفاع للأفراد: فقد اهتم العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية في احترام حقوق الدفاع للأفراد نصة وتطبيقا فقد نص العهد على حق المتهم في أن يدافع عن نفسه حضوريا بشخصه أو بوساطة محام من اختياره، بل تعدى العهد الدولي ذلك في احترامه لحقوق الدفاع في الحق في أن يخطر المتهم في وجود من يدافع عنه إذا لم يكن له من يدافع عنه، وقد ألزم العهد الدولي المحكمة في تعيين محام للمتهم دون تحمليه أجراً على ذلك، وذلك إذا كان المتهم لا يملك الوسائل الكافية لدفع الأجر. وفي مجال حقوق الدفاع كفل العهد الدولي، حق المتهم في مناقشة الشهود بنفسه أو من قبل غيره، وله الحق في أن يحصل على الموافقة على استدعاء شهود النفي، كذلك كفل العهد الدولي حق المتهم في عدم الإكراه على الإدلاء بالشهادة ضد نفسه أو اعترافه بالذنب أو الجرم المسند إليه.

وبذلك يبدو جليا أن العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية قد احترم الدفاع كحق من حقوق الإنسان وهذا يؤكد احترام العهد لحقوق الإنسان كوثيقة دولية تلزم الدول الموقعة وغير الموقعة على احترامها والعمل بنصوصها باعتبارها نظاما عاما دوليا ووطنيا.

المطلب الثاني: وظائف الدفع بالنظام العام في الجانب الجزائي.

إن الأصل التاريخي لمفهوم النظام العام، والخطوط العريضة التي يدور حولها المفهوم الجديد للعقاب ، يقتضى القول بأن النظام العام يؤكد موضوع مزدوج : فمن جانب اجتهد في إضفاء الصفة الإنسانية على القضاء الجنائي. ومن جانب آخر يهدف إلى إضفاء طابع القداسة على الخصومة الجنائية. وهذا ما سنبينه في فرعين على التوالي.

الفرع الأول:إضفاء الصفة الإنسانية على القضاء الجزائي.

تقتضي دراسة هذه الوظيفة أن نتناول: (أولا) الأسباب التي من أجلها يضطلع النظام العام بمثل هذا الهدف، (ثانيا) الطرق التي يمكن أن يصل بها إلى تحقيق هذا الهدف.

أولا - أسباب إضفاء الصفة الإنسانية على القضاء الجنائي :

كانت الخصومة الجنائية، في ظل النظام القديم تتميز بالتفاوت بين وسائل إقرار الحق في العقاب، وتلك التي يملكها المتهم لمباشرة حقه في الدفاع . وتبدو نتائج هذا التباين بصفة خاصة عند تنفيذ العقوبات الجسمية، حيث كان يتم تعذيب المحكوم عليه، والتنكيل به علانية.

وقد ظهرت الطقوس الدينية في إجراءات النطق بالعقوبة وتنفيذها لإقرار السيادة التي أصابها الضرر ، حيث كان الهدف ليس إقامة توازن ، وإنما إظهار عدم التوازن ، حتى أقصى درجة ، بين الشخص الذي تجرأ على مخالفة القانون والسلطان القوي الذي يمارس القوة . وإذا كان تعويض الأضرار الخاصة التي سببتها الجريمة ، يجب أن يكون متناسبا ، وأن يكون الحكم عادلا ، وأن تنفيذ العقوبة لإظهار عدم التوازن والتعسف ، وليس لغرض التدبير . فإنه يتعين أن نرى في طقوس العقوبة ، تأكيد تعظيمي للسلطة ، وسموها الذاتي . وهذا السمو لم يكن للقانون، وإنما للقوة الجسدية للسلطان ، ينقض بها على جسد خصمه.[1]

ومع ظهور النظام الجنائي الجديد اختلف الأمر، فالقضاء الجنائي يعاقب بدلا من أن ينتقم.[2] ولم يبدو المتهم كما لو كان قد أهان السلطان، ولكن كما لو كان قد فسخ العقد الاجتماعي. وقد انعكس ذلك على دور العقوبة، فلم يعد الانتقام الشخصي للملك، بل لإقامة التوازن في المجتمع الذي تصدع، ومن أجل حفظه في المستقبل. ولم تعد السلطة تصدر من الله أو الملك، بل من الأمة التي يعبر عنها من خلال ممثليها تبعا الأسلوب مستمد من العقد الاجتماعي. وقد انعكس تنظيم المجتمع ذاته على تنظيم الخصومة الجنائية.

وذكر الفقيه الفرنسي (*Pasukanis*)، هذا المظهر في القانون الجنائي، مع ملاحظة أن " الجرائم والعقوبات... يضفي عليها طابعة قانونية على أساس عقد غفران - *Un Contrat de Rachat* -". وأضاف " أنه في الحدود التي فيها العلاقة بين المتهم والسلطة الجنائية تبدو كعلاقة قانونية، وتجرى تحت شكل خصومة قضائية، فإن هذه الفرصة لا تستبعد إطلاقا مبدأ التعويض العادل، بل على العكس تنشئ أساسا جديدا لتطبيقه. فماذا يعني تمايز الدرجة في المسئولية، إذا لم يكن ذلك اختلاف في شروط عقد قضائي جديد ؟ ".[3]

والواقع من الأمر أن فكرة العقد تعتبر كامنة - *Sous - Jacente*- في كل القانون الجنائي. وهذه ليست الصدفة الوحيدة التي جعلت منه فرعا من القانون الخاص في فرنسا. فقانون العقوبات يكون في ذاته اتفاقا أو ميثاقا، أقر نظام المساواة المبني على التجريد، الذي لا يقر إلا المسئولية الشخصية. وكل مخالفة للالتزامات التي يفرضها، تقيم جدلا خاصا لمعرفة الحدود التي خولفت فيها القاعدة، وأي تعويض يبدو أكثر ملائمة. وهذا هو موضوع قانون الإجراءات الجنائية ، فهو الوجه العملي الاتحاد شقى التجريم والعقاب في القاعدة العقابية ، وهو المحرك الفعال لقانون العقوبات لكي ينتقل من دائرة التجريد إلى دائرة التطبيق العملي.

هذا الجدل الذى تثيره الخصومة الجنائية، يفترض حينئذ تحديد المخاطبين والخاضعين للقانون، كما هو الشأن بالنسبة للذي يكون موضوعا للاتهام. غير أن الجدل يفترض أيضا المساواة، وإلا يعادل الحكم القضائي آراء القاضى - *Un dictat* - وعلى هذا المستوى يتدخل النظام العام. ويكفل ازدواج المجتمع ، بين النيابة العامة وقضاة الحكم. حينئذ يملك كل طرف نفس الوسائل لإدارة الخصومة إلى نهايتها. التدليل لتكوين عقيدة القاضي يجب أن يتجه نحو الإيضاح، ويجتهد في تحديد الحقيقة على وجه أفضل. ومن ذلك تستمد الشفهية والمواجهة طابع النظام العام .

وتحاول كل من النيابة العامة والطرف المدعى التغلب على عقيدة القاضي. الأولى بإثبات عدم مراعاة أو مخالفة نص جنائي، أما الثاني بإثبات العكس. أما بالنسبة لقضاء الحكم فإنه لا يحاول إقناع الخصوم فقط بالأساس الصحيح للحكم، بالالتزام بالتسبيب الذي يتعلق النظام العام ، وإنما الجمهور ذاته، حيث تتعلق القواعد الخاصة بالعلانية بالنظام العام. ومن ثم فإن كل خصم يخضع للقانون بالطريقة ذاتها .

---

[1] - *Foucault (M.): Surveiller et Punir", Paris 1975, P. 52.*

[2] - *Ibid :P. 76.*

[3] - *Pasukanis (E.B.):" Théorie générale du droit et marxisme" 1924, Traduction Paris 1970, P. 162 et s.*

وهكذا فإنه لقاء تمثيل الخصوم في الخصومة الجنائية الذي يكفله النظام العام، يتعين أن يكون القضاء منصفا، حتى يمكن التحقق من أن تفويض السلطة الذي وافقت عليه للدولة ليس وسيلة ضغط. ولا أهمية للغاية المراد الوصول إليها بقدر الوسائل التي يمكن الوصول بها إليها.

ولا يواجه النظام العام المجتمع القوى بالفرد غير المسلح، ولكن يهدف إلا يضع هذا الأخير في أيدي السلطة، إلا في نهاية محاكمة تدار على قدم المساواة، وتوجه تحت تأثير العقل. وهكذا يعد النظام العام التعبير التام للنظريات الجنائية التي يقال عنها نظريات كلاسيكية. وسنتناول الآن كيفية وصول مفهوم النظام العام إلى هذا الهدف.

ثانيا- وسائل إضفاء الصفة الإنسانية على القضاء الجنائي:

لإضفاء الصفة الإنسانية على القضاء الجنائي، يستلزم النظام العام توافر نوعين من الشروط: أولهما شروط موضوعية، وثانيهما شروط شخصية.

1- الشروط الموضوعية (*Objectifs*):

لا تثار مشكلة، إذا كان الخصوم على قدم المساواة نسبيا . أما إذا كان التفاوت كبيرة، فإن ذلك يؤدي إلى انتصار القوة وليس العقل . ولذلك فإن النظام العام يقيد بدرجة كبيرة سلطات مختلف الهيئات الجنائية المشاركة في الخصومة . وينبثق ذلك من ضمان دستورى عام يسري على جميع الحقوق والحريات ، ولا يقتصر على ما يتعلق بالخصومة الجنائية ، وهو مبدأ المساواة . وهو من المبادئ التي نص عليها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان (المادة 10)، والتي أكدها العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية سنة 1966 (المادة 1/14). وقد عنى هذا العهد الدولي بإبراز المساواة، فنصت الفقرة الثالثة من مادته الرابعة عشر على أن لكل فرد عند النظر في أي تهمة جنائية ضده الحق في حد أدنى من الضمانات على سبيل المساواة التامة.

لا تثار الصعوبة بالنسبة للنيابة العامة، فمن حيث المبدأ، لا تملك النيابة أي سلطة توقيع العقوبة. وبالتالي ليس من الضرورى حصر إمكانياتها في التصرف في حدود ضيقة. بل يكفي لأن تكون الإجراءات شخصية حضورية، أي؛ استلزام الحضور الجسدي لأحد ممثليها في الجلسة.

ويتدخل النظام العام أيضا لكي يحظر على عضو النيابة ، إذا عين قاضيا أن يشترك في نظر الدعوى ، إذا كان قد قام فيها بعمل من أعمال الاتهام . ويلاحظ أن التعارض لا يستهدف إلا عضو النيابة نفسه الذي باشر عمل من أعمال الاتهام في الدعوى، وليس النيابة بأكملها. وبذلك تضفي الشخصية على التجريد الذي تبعا له تعد النيابة العامة واحدة لا تتجزأ .

ويلاحظ أنه لا يجوز النظر إلى العلاقة بين النيابة العامة والمتهم بوصفها علاقة نزاع بينهما، وإنما تتحدد العلاقة بينهما بالنظر إلى المصالح التي يدافع عنها كل من الطرفين في الخصومة الجنائية. فالنيابة العامة شأنها شأن باقي خصوم الدعوى تخضع لمراعاة دقيقة للقانون، وبصفة خاصة الاحترام الدقيق للقواعد المتعلقة بالنظام العام في الدعوى الجنائية، نظرا لما تتمتع به من مركز خاص، تمثل فيه المصالح العامة، وتسعى إلى صحة تطبيق القانون. فالاتهام ليس عدوا للدفاع، بل يجب أن يشارك متوازنا معه في

أثناء المحاكمة من أجل إثبات الحقيقة لضمان فاعلية العدالة. وهذا التوازن يجد أساسه الدستوري في قرينة البراءة.[1]

ويدق الأمر بالنسبة لقضاة المحاكم. فهؤلاء فقط هم الذين لهم سلطة توقيع العقوبة، وسلب حرية الفرد التي أوضح القرن الثامن عشر أهميتها . وإليهم أيضا - بصفة أساسية - توجه مجموع القواعد التي يضفي عليها طابع النظام العام الإجرائي . وبنفس الطريقة التي يقيم بها قانون العقوبات قواعد ويحدد ما يسمى بالنظام العام الموضوعي أو السلام العام ، فإن النظام العام الإجرائي ، ينشئ على عاتق القضاة التزامات في مقابل السلطة التي يملكونها .

وإعمالا لقواعد النظام العام الإجرائى ، تجرى المقارنة مع الشخص المقام عليه الدعوى . هذا الأخير يمكنه التصرف بحرية كاملة ، بشرط ألا يخالف نصوص القانون . ويجوز للقاضي أن يمس هذه الحرية ، لكن يجب ألا ينكر القيود التي ترد على سلطته ، والمترتبة على النظام العام لمواجهة إي إجراء يمكن أن ينتقص من الاستعمال القانونى لهذه الحرية. ومع ذلك فإن النظام العام يقيم مجموعة من قوى الموازنة - *Contrepoids* -، تضييقا لنطاق السلطة الجنائية ، في الحدود التي تفرض فيها قيودا على الخصم حتى لا يباشر دوره مقدما . ومن الضرورة الإشارة إلى هذه الخصوصية للنظام العام ، لأن القواعد التي يضفي عليها طابع النظام العام هي فقط التي يترتب عليها حتما التزامات .

أما القواعد الأخرى ، فإنها تهدف إلى مجرد إرشاد القضاء أو أطراف الدعوى إلى الأسلوب الملائم ، أو الأفضل لسير الإجراءات ، بحيث لا يترتب على مخالفتها مساس بالنظام العام . وبناء على ذلك لا يعد متعلقا بالنظام العام القواعد الخاصة بإدارة التحقيق ، وكذلك بعض التنظيمات ، ومثالها في القانون الفرنسي القواعد الخاصة بإجراءات الغرامة الجنائية، *L'amende Pénale* " ، حيث تستبعد تقريبا بالكامل من فكرة النظام العام.

أما امتيازات الشخص المقام عليه الدعوى ، فإنه ليس من الضروري تضييقها ، بل بالعكس يجب لإقامة المساواة أن يمكن من الاستعانة بمحام مستنير ، حتى يحترم القضاء الالتزامات التي تقع على عاتقه. ذلك أن ضمانة الدفاع هو ركن جوهري في المحاكمة المنصفة ، إنكارها أو فرض قيود تحد منها يخل بالقواعد التي تقوم عليها المحاكمة المنصفة . وافتراض براءة المتهم من الاتهام الموجه إليه يقترن دائما من الناحية الدستورية بوسائل إجرائية إلزامية .

والحق في سماع أقوال المتهم، يغدو سرابا بغير اشتماله على الحق في سماعه عن طريق محاميه ، إنكار حق الشخص في أن يختار محاميه لا يتمخض عن مصلحة مشروعة ، بل يسعى إلى نقيضها . وأن المساواة أمام القانون مؤداها ألا يخل المشرع بمبدأ الحماية القانونية المتكافئة فيما بين الأشخاص المتماثلة مراكزهم القانونية.[2]

ويلاحظ أن لفظ الشخصية - *Personnalité* - عادة ما يستعمل بمناسبة المتهم أو المشتبه فيه . ويقصد بذلك وسائل تحقيق الشخصية . مثل الخبرة المتعلقة ببعض الأمراض الذهنية والنفسية ، التي تسمح بتقرير مسئولية المتهم ، واختيار التدابير الملائمة. والنظام القانوني لتحقيق شخصية المتهم أو المشتبه فيه لا يتعلق بالنظام العام . غير أنه وبصرف النظر عن القواعد الإجرائية الأخرى ، فإن النظام العام يهدف من تحقيق الشخصية والفحص الطبي والنفسي ، أن يشعر الفرد أنه يحاكم أمام أقرانه .

---

[1] - المادة 16 من الدستور المصرى لسنة 2014.محمد عيد الغريب، المركز القانون للنيابة العامة ... ، المرجع السابق، ص 318 وما بعدها.

[2] - حكم الدستورية العليا في أول سبتمبر سنة 1997، القضية رقم 130، لسنة 18 ق دستورية.

2-الشروط الشخصية (*Subjectifs*):

أجرى النظام العام مقارنة بين الفرد والقضاء . وخصص لهذا الأخير نوعا من الذاتية أو الشخصية ، وأعطاه ضميرة ووجدانا. وتدخل المشرع في كفالة حماية استقلال القضاة، بتجريم محاولات الإخلال بمقام القاضي، أو هيبته، أو سلطته في صدد دعوى، إذا تعرض القضاة لإهانات أو أعمال عنف أو تهديد أثناء أو بمناسبة ممارسة وظائفهم، أو قد توجه انتقادات إلى الأحكام التي تصدر عنهم (المادة 186 من قانون العقوبات المصري)، أو محاولات تأثير وسائل الإعلام على القضاة (المادة 187 من قانون العقوبات المصري). وكذلك من خلال بعض الضمانات الوقائية ، التي تبعد القاضي عن الهوى والميل والتأثر بالمصالح والعواطف الشخصية . وبالإضافة إلى ذلك واجه القانون الموانع التي تحول دون تحقق حياد القاضي، فنظمها وسلب سلطة القاضي عند توافرها (المواد 247، 248، 249 من قانون الإجراءات الجنائية).[1]

وكما يحدد المشرع أهلية القضاة ، بتقسيم السلطة القضائية بتعدد الهيئات القضائية ، وتعيين قواعد الاختصاص لكل منها . بأن يلزمهم باتخاذ الإجراءات تبعا البعض الأشكال ، فإنه ينشئ على عاتقهم عددا من الالتزامات المعنوية . لذلك يتعين أن يتمتع القضاة بالنزاهة " *Loyaux* " ، وهذا المبدأ يبدو بوضوح في مجال الإثبات . فإذا كان من المعروف أنه يجوز للبوليس استعمال بعض الحيل للكشف عن المجرم ، فإن هذه الطرق محظورة على القضاة.[2]

وقد قدم أحد القضاة في فرنسا إلى المجلس الأعلى للقضاء لعدم مراعاته هذا المبدأ. ولم تكن محاكمته من أجل ما ارتكبه بقدر ما كان بسبب الصورة التي أعطاها عن القضاة، فإن كرامة القضاة " *Dignité de la justice*" تستلزم من كل قاضى ، رغم أنه لا يشكل إلا جزء صغير من السلطة القضائية ، أن يحترم هذه الفكرة المعنوية . وفي هذه المرحلة ، يمكن القول أنه يوجد اتحاد كامل بين القضاء والقضاة .

وفي هذه المسألة يثار التساؤل، هل الأمر هنا يتعلق بالنظام العام الإجرائي ؟ الإجابة يمكن أن تكون مزدوجة : إذا كانت هذه المبادئ ليست محلا لأي تنظيم محدد ، فإن الأمر لا يتعلق بالنظام العام ، أما إذا كانت هذه الالتزامات التي تترتب عن هذه المبادئ مفروضة على القاضي طوال مراحل الخصومة ، فإن الأمر يتعلق بالنظام العام.

إن الصعوبة الأساسية ، ترجع إلى أن النظام العام الإجرائي ، بالنظر إلى أنه يهدف إلى إضفاء الطابع الإنساني على الإجراءات الجنائية ، يمكن ترجمته في عبارات قانونية، عندما يتعلق الأمر بتحديد أهلية القضاة بالمعنى الدقيق ، ولكن لا يمكن ذلك المنح صفات معنوية للقضاء. إن إعطاء القضاء صورة إنسانية، ليست هي الوظيفة الوحيدة للنظام العام، فهو يضفي على الخصومة الجنائية، حتى لو ظهر ذلك مخالفا الرأي العامة ، طابع القداسة.

الفرع الثاني: حرمة أو قداسة الخصومة الجنائية.

إذا كان النظام العام يهدف إلى تحقيق قضاء ذو وجه إنساني، فإنه بذات الطريقة انتهى إلى تقديس الخصومة الجنائية، وهذين المظهرين لمفهوم النظام العام مرتبطين، كما يبدو من أسباب هذه الظاهرة.

---

[1] - محمد عيد الغريب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، مصر، 1997، فقرة رقم 881، ص 1069 وما بعدهما.

[2] - محمد عيد الغريب، النظام العام في الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، فقرة رقم 127، ص 275 وما بعدهما.

أولا - أسباب تقديس الخصومة الجنائية:

يبدو من استقراء تاريخ المجتمعات القديمة، أن التشريع أو النظام القانوني بأكمله، وكذلك فكرة السلطة كانت محلا للتفكير الديني. بمعنى؛ أن نشأة القانون كانت نشأة إلهية أو دينية. وعلى ذلك فقد كان الدين هو الدافع الأساسي لفكرة القانون، فالإله هو الذي يملك سلطة التشريع، بمعنى أن الإله هو المصدر الأساسي لفكرة التشريع الطبيعي، والإله هو المرجع الأساسي في تنظيم السلطة في المجتمعات. لذلك، لم ير الإنسان في المجتمعات القديمة في القوانين عملا بشريا، فقد كان لها أصل مقدس.[1] ونتيجة هذا التقديس، أصبحت القوانين شكلا جامدا، لا يمكن تغيير حرف منها أو نقل كلمة أو تبديل أسلوب القراءة، لأن أيا من ذلك يعتبر خروجا على التقديس الواجب للقانون. لذلك احتل المظهر والنص الحرفي (الشكل) مكانة أساسية في القوانين ، وهو ما يرجع أساسا إلى الشعور الديني.[2]

وعلى الرغم من أن نشأة القانون من الآلهة ظهرت في المجتمعات القديمة ، إلا أنها امتدت إلى الإجراءات التي سادت في النظام القديم . فخصوم الدعوى كانوا يلجؤون إلى أسلوب المحنة (*Ordalies*)، ويضعون مصيرهم، ونهاية الخصومة تحت تأثير التحكيم الإلهي.[3]

وقد أدى التطور اللاحق إلى نزع طابع القداسة عن الإجراءات الجنائية، وقبل أن ينتهي هذا التطور قامت في فرنسا ثورة سنة 1789، وأصبح التحقيق يبدأ باليمين المفروضة على المتهم، وكان القضاء يصدر باسم الملك الذي يستمد سلطانه من الله، واحتلت الجرائم ذات الأساس الديني مكانا هاما.[4] ويمكن القول؛ أن سقوط الحكم في فرنسا، أدى إلى الفصل الواضح بين أمور الدين والدنيا، أي فصل بين السلطة الدينية والسلطة الزمنية أو السياسية (بين الكنيسة والإمبراطور). وهذا معناه؛ إعادة النظر في العلاقة بين الدين والقانون .

وأهم النتائج التي ترتبت على ذلك ، إن التعلق بالشكليات أصبح لا يتسم بأي طابع ديني.[5] غير أنه إذا كانت النزعة الدينية التي سادت الإجراءات القديمة قد تراجعت ، إلا أنه لا يمكن إلغاء كل صلة بين الدين والقانون . وذلك يرجع إلى أن ثورة سنة 1789، التي نشأ فيها النظام العام الحديث ، كانت من وحي المنهج الميتافيزيقي .

غير أن الإنسان الثائر، كما هو الشأن في كل ثورة، لم يكن يبحث داخل نفسه عن حقيقة أعلى من كل نظام قائم، وأعلى من التاريخ ذاته. فالحقيقة لا توجد في النظام القائم، ولا في التاريخ ذاته، وإنما هي أعلى من ذلك كله، وانه لاكتشاف الحقيقة يجب الرجوع إلى الطبيعة الإنسانية، وليس إلى النظام الطبيعى الكوني.[6] وأن قدسية التاريخ هي السمة الأكبر من التاريخ ذاته . وقد اعتبرت الثورة الفرنسية، بمهاجمتها هذه القدسية، في أعلى التاريخ الإنساني. وقطعت رابطة القداسة عن التاريخ، ومن هنا اكتسبت الدعوى الثورية أهمية دينية.

---

[1] - محمد عيد الغريب، النظام العام في العقود المدنية، ومدى الحماية التي يكفلها له القانون الجنائي، دار النهضة العربية، مصر، 2005، فقرة رقم 155، ص 277 وما بعدها.

[2] *-Lévy - Bruhl (H.): Aspects Sociologiques du droit , Paris 1955, P. 89.*

[3] - الذي كان يتمثل في الإغراق في الماء، أو وضع اليد في الماء المغلي، أو الإمساك بالحديد المحمي، اعتقادا بأن السماء لابد ستقف في صف البري أو الصادق.

[4] *- Imbert (J.) et Levasseur : (G.): Le Pouvoir, les juges et les bourreaux "Paris , 1972, P. 23 et s.*

[5] *- Levy(H.) : OP. Cit., P. 91.*

[6] *- André - Vincent (PH . L.): les révolutions et le droit , " Paris 1974,P.*

ومما لا شك فيه، أن الثورة الفرنسية حاولت رفض مفهوم السلطة الإلهية، وقطعت الصلة تماما بالمفهوم القديم لفكرة القانون الطبيعي (الكوني والإلهي) ولكنها استبدلتها بالإنسان باعتباره إنسانا فقط . غير أن رفض الثورة الفرنسية مفهوم السلطة الإلهية ، واستبدالها بالإنسان الذي يأخذ المبادرة من التاريخ ، هذه المبادرة الأولى ، المطلقة ، حتى ذلك الوقت كانت تعترف بالسلطة الإلهية.[1] وحقوق الإنسان في شعائر الدين ، التي ضحى بها النظام العام ، كانت تسود السلطة كما يسود الإله المملكة. غير أن الثورة ، أو المشكلة المتعلقة بالكنيسة الفرنسية ، لم تكن هي التي اتخذت الإجراء الواسع في التحويل إلى الدولة، وإضفاء السمات المقدسة على كل سلطة . ولذلك أصبحت القداسة تبدو في كل ما يمس القانون ، ويصدر عن إشعاعه الروحي.[2]

فضلا عن ذلك، كما أشار البعض ، إن الإنسان الحديث المتدين بالكامل غير موجود . ونتج عن الإنسان المتدين " إنسان دنيوي "لا يجوز أن يلغي تاريخه الخاص ، وهو ما يعني تصرفات أسلافه الدينيين ، وهو ما يكون القائم في الوقت الحاضر،[3] و " حتى الوجود المنزوع عنه طابع القداسة ، يحتفظ أيضا بأثار التقييم الديني للعالم ".[4]

هكذا نجد في المجتمعات المعاصرة كثيرا من آثار التصرف الديني المضلل أو المنحل (Camouflé ou degenere). والخصومة الجنائية بطقوسها لا تخرج عن هذه الملاحظات، وكل القواعد التي تحكمها، والتي تندرج تحت مفهوم النظام العام، تساهم في إضفاء طابع القداسة عليها.

ثانيا- وسائل تقديس الخصومة الجنائية:

إن إضفاء طابع القداسة على الخصومة الجنائية في مفهوم النظام العام، يستخلص بقدر مساو من مضمونه ، ومن الجزاءات التي تترتب على عدم مراعاته . أن النظام العام الإجرائي هو الذي يحدد الأحوال التي يجوز أن تتحرك فيها الدعوى الجنائية، وإذا ما حركت هذه الأخيرة ، فأنه يحدد دور كل طرف من الخصوم ، وسلطاته ، كما ينظم تقديم المذكرات والرد عليها حتى نهاية الخصومة، تبعا لنظام ثابت لا يتغير.

والواقع إن من أحد الخصائص الأساسية للنظام العام، أنه ظل خلال عشرات السنين كما هو، لم يطرأ عليه أي تعديل كبير، هذا بالرغم من مختلف الحركات الفكرية التي عدلت مفهوم حق العقاب . كما أن القواعد المتعلقة بالدعوى الجنائية لم تخضع لأي تعديل .

أما القواعد المتعلقة بالتنظيم القضائي، فقد كانت محلا لتعديلات، لم تغير مضمونها بصفة أساسية. أما بالنسبة للخصومة، مما لا شك فيه أنها عدلت، غير أن القواعد الجديدة التي أدخلت لم تكتسب طابع النظام العام. مثال ذلك إجراء التحقيق الاجتماعي حول شخصية المتهم (المادة6/81 إجراءات فرنسي). ومن الملاحظ أيضا أن المحاكم، وبصفة خاصة محكمة النقض، من النادر أن تعطي تفسيرا مختلفا لقاعدة وصفتها بأنها تتعلق بالنظام العام. ويترتب على ثبات مفهوم النظام العام، أنه لم يتأثر بالتعديلات في عهد تطور الأفكار، بحيث يبدو أن النظام العام أدرج في وقت مقدس، ذو أصل مقدس إلهي، مطابق لذاته، ثابت غير قابل للتعديل، ومن خلاله يكرر نفس الأشكال بلا صعوبة. ورغم أن موضوع القضية مختلف في كل مرة، فإنه يصل إلى الحل دائما بنفس الخطوات ونفس المقدسات، ونفس الطقوس. إن الطابع المقدس للنظام العام، منذ ما يقرب من قرنين من الزمان، كان يهدف إلى أن يتزايد بقدر ما تتوالى التعديلات.

---

[1] - *André - Vincent (PH.L.): OP. Cit., P. 20 et s.*
[2] - Legendre (P.): I amour du Censeur ", Paris 1974, P. 195. et 200.
[3] - Eliade (M.):" le Sacré et le Profane" 1957, Traduction Française, Paris, éd, Callimard, 1965, P. 170 et s.
[4] - Ibid : P. 23.

كما وأن المظهر الطقسى (*L'aspect rituelique*)، لقواعد النظام العام يتزايد خلال مراحل سير الخصومة ، وأصبح أكثر أهمية مثلما ارتقى في تدرج العقوبات المستحقة . ويبدو ذلك من خلال الإجراءات التي كانت متبعة أمام محكمة الجنايات في فرنسا . وهكذا أمكن القول أن " هناك نوعا من الحكم الإلهي". حيث كان لا يصدر الحكم إلا بإشارة الرئيس بوضع يده على قلبه (المادة 348 من قانون التحقيق الجنائى)، ويقرر أنه يتحدث بذمته وضميره ، وهو ما يدل على أن الأمر لا يتعلق إطلاقا بإجراء رجل قانون ، وإنما مباشرة طقوس دينية.[1]

ويستمد الطابع المقدس للمفهوم أيضا، من أنه لا يجوز تعديله بمعرفة أي من الخصوم في الخصومة. فإذا ما تم تحريك الدعوى ، فإن القواعد تتسلسل إحداها بالأخرى ، ولا يكون في إمكان القاضي أن يتجنب أحدها، وإلا ترتب الجزاء المتعلق بها بقسوة . أن النظام العام يقيم محظورات ، لها قوة تلك المحظورات الدينية . والمظهر الأخير الذي يساهم في تقوية هذه الخصوصية لمفهوم النظام العام، لم يظهر في السنوات التي تلت إصدار قانون التحقيق الجنائي الفرنسي، هو أن النظام العام يتسم بطابع غير معقول (*Irrationnel*).

إن هذا الطابع غير المعقول هو الذي يميز القواعد المقدسة عن القواعد الأخرى. ومن المؤكد أن هذا المظهر للنظام العام، لم يكن من الممكن إدراكه عند صدور قانون التحقيق الجنائي الفرنسي. فقد كان المنهج واضحا تماما بالنسبة للمعاصرين، وينتج من العقل نفسه. ولكن اكتشف هذا المظهر للنظام العام مع مرور الزمن ، الذي لم يتلق في الحقيقة التعديلات التي أثرت في الإجراءات ، ولكنها كانت متجاورة معه .

فضلا عن ذلك، كما سنرى فيما بعد، لم يكن المشرع يهتم دائما بتنظيم أوجه النزاع المختلفة التي تثار بين القواعد المتعلقة بالنظام العام، بحيث أنه كان يسهل حل التنازع بين القواعد الآمرة بعضها البعض، ودون أن يعطي تبريرا عقليا لهذه الأحكام.[2]

وقد حافظت محكمة النقض الفرنسية على هذه الظاهرة، ومنذ ذاك ظهرت الوظيفة المزدوجة للنظام العام، وبمحاولة وضع القضاء والشخص المدعى عليه على قدم المساواة، فقد أضفي ذلك على الخصومة الجنائية الطابع الإنساني. غير أن هذا الطابع الإنساني أضفى على الإنسان القدسية (*Une Culte de L'homme*)، وهو ما وضعه حينئذ على درجة أعلى. وبتقوية طابع القداسة على القضاء، تعالى النظام العام على هذا الأخير، ووضعه بمنأى عن الحركات التي تتعلق بالقانون الجنائي. والواقع إن الانتقادات الموجه إلى القضاء ، في أيامنا ، ترد على موضوع القضية أكثر من الإجراءات نفسها . ومما لا شك فيه ، أن القواعد التي تتعلق بالنظام العام الإجرائي لا تهدف، إذا ما أخذت على انفراد ، إلى تقديس القضاء على العكس ، فإن المظهر الطقسى - L'aspect rituelique - للخصومة الجنائية يمكن أن يظهر من خلال القواعد التي تتعلق بالنظام العام ، حتى لو وجدت شعائر لم توضع تحت تأثير هذا المفهوم ، مثال ذلك ارتداء القضاة الروب. ومع ذلك، فإنه من مجموع القواعد التي تكون الإجراءات الجنائية ، تلك التي تكون النظام العام ، تهدف أكثر من غيرها إلى إعطاء صورة مقدسة للخصومة الجنائية ، وهذا لا يكون إلا بسبب اقترانها بالجزاء الذي يقرره النظام العام .

ومن الجدير بالذكر، أنه إذا كان النظام العام الإجرائي قد أضفى القدسية على القضاء ، فإنه يضفي تلك القدسية على القواعد التي تتقرر صراحة تحت تأثير الإله . مثال ذلك اليمين ، فهي صيغة مقدسة ، وحتمية. وقد كانت المادة 312 من قانون التحقيق الجنائي القديم، تلزم محلفي محكمة الجنايات، بتأدية

---

[1] - *Toulemon (A.):" le progrès des institutions pénales «, Paris 1928, P.155.*

[2] - محمد عيد الغريب، النظام العام في العقود المدنية، ومدى الحماية التي يكفلها له القانون الجنائي، المرجع السابق، فقرة رقم 11، ص 37 وما بعدها.

اليمين بالصيغة التي ينص عليها القانون،[1] بالتعهد " أمام الله وأمام المجتمع "، وهي الصيغة الدينية للقسم. وهذه الصيغة ملحوظة باقتضابها وغموضها، تجمع بين القضاء المقدس والقضاء الإنساني، وتضعهم على قدم المساواة تقريبا، دون أن تقطع العلاقة الموجودة بينهم. وقد تحرر قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي من الإحالة الصريحة إلى الله . ومع ذلك لا يمكن القول، أن اليمين سيفقد طابعه الديني (*Sa religiosité*)، هذا بالرغم من أن اليمين العلماني ليس له أي معني، وبالإضافة إلى ذلك، لم تتردد المحاكم الفرنسية في معاقبة أي خطأ، ولو كان يسيرة في أداء اليمين.

يتضح مما تقدم، أن النظام العام الإجرائى، من بين الأفكار القانونية التي يكون فيها الافتراض القانوني (*Le Présupposé Juridique*) الأكثر وزنا، وتلك التي يظهر من خلالها البيان الفلسفي والأيدلوجي الذي يكونها.

المطلب الثالث: الكشف عن القواعد الآمرة في مرحلة الخصومة القضائية.

بداية لابد من الإشارة إلى أن القانون بما يتضمن من قواعد، إنما وضعت لتحكم سلوك الأفراد داخل المجتمع من خلال تقويم سلوكهم باتجاه القيم التي يتم تجسيدها في هذه القواعد ، فالقانون يقوم سلوك الأفراد ولا يقرر هذا السلوك، فهو يعني بما يجب أن يكون عليه هذا السلوك، ولا يعني بما هو عليه فعلا، فالسلوك يجب أن يساير القانون وينسجم مع القيم المجسدة فيه، وليس على القانون ان يساير السلوك وينسجم معها،[2] فالتكليف القانوني يتوجه إلى الأفراد للالتزام بمضمون قواعده وفحواها وما تحويه من قيم يجب المحافظة عليها والسير على خطاها، وعدم مخالفتها أو الخروج عليها.

والتكليف الذي يفرضه النظام العام ينطلق من صالح الجماعة التي ينتمي اليها الفرد او صالح الدولة الذي يعيش في كنفها، فهذا التكليف يستمد شرعيته من المسائل و الأوضاع الفوقية المتعلقة باختيارات الجماعة ومثلها العليا وصالح الدولة وبنائها السياسي والاقتصادي و الاجتماعي والعقدي.

والنظام العام اذا يقوم بهذا التكليف حرصا على مصالح الجماعة ومصالح النظام السياسي الحاكم وحماية لهما، بافتراض أن الأفراد بسعيهم الغريزي نحو البقاء وتحقيق سبل الرفاه، غالبا ما يعرضون عن مصالح باقي أفراد المجتمع، وكذلك عن صالح الهيئة الاجتماعية ذاتها، نزوعا منهم إلى صالحهم الخاص، مما يؤدي حتما إلى التصادم والتعارض بين نزوع الأفراد نحو صالحهم الخاص وبين نزوع الجماعة نحو الرفاه الاجتماعي، مما يؤدي إلى اختلالات تهدد التضامن الاجتماعي، الأمر الذي يؤدي إلى تهديد حياة الفرد ذاته وصالحه الخاص، لذلك وجب ضبط سلوك الأفراد بمقتضيات التكليف التي يفرضها النظام العام حرصا على استمرار حياة الجماعة والفرد على السواء.[3]

---

[1] - إذ يقوم رئيس المحكمة بتوجيه كلامه مخاطبا المحلفين، وهم وقوف في مكان ظاهر، بأن يقسمون ويتعهدون أمام الله، وأمام المجتمع، بأن ينظروا بالاهتمام البالغ الدقة الادعاءات المقامة ضد (يذكر اسم المتهم)، وألا تضروا بأي من مصالح المتهم، أو تلك التي للمجتمع الذي يوجه إليه الاتهام، وألا تتصلوا بأي شخص إلى ما بعد إعلان قرارهم ، وألا ينساقوا لحقد أو رغبة في الأذى أو خوف أو عاطفة ، وأن يقرروا بناء على الادعاءات ووسائل الدفاع ، مستلهمين ضميرهم و اقتناعهم الداخلي ، وبالحزم ، والنزاهة اللائقين برجل حر مستقيم ، وأن تحفظوا سر مداولاتهم حتى بعد الانتهاء من وظائفهم " . ويقوم كل محلف ، يدعي شخصيا بمعرفة الرئيس ، بالإجابة رافعا يده " أقسم على ذلك ". وبتمام تأدية اليمين يعلن رئيس المحكمة أن هيئة المحلفين قد شكلت نهائيا. إذ منذ اللحظة التي يؤدي فيها المحلفون القسم ، يصبغ القانون عليهم صفتهم كقضاة في المحاكمة التي يمثلون فيها . ومن ثم فان القسم هو الذي يصنع المحلف.

[2] - حسن كيره، المرجع السابق، ص 20.

[3] - عماد طارق البشري، المرجع السابق، ص 82.

فالتكليف بمفهوم فكرة النظام العام، هو تكليف أمر لا يستطيع الأفراد الخروج عليه او مخالفته، بحيث لا يملكون سوى الانصياع لمضمونه، وإلا كان البطلان المطلق جزاء هذا الخروج او هذه المخالفة، والبطلان يعني حرمان التصرف من ترتيب الآثار التي يرجوها المتصرف من هذا التصرف الذي قام به، فلا يعتد بأي أثر له، وكل ما يترتب على هذا التصرف يلغي من أساسه.[1]

ومرد هذا البطلان يعود إلى أن هذا النوع من التكليف يتعلق بضروريات انتظام الحياة، وكل ما يعرض كيان الجماعة والدولة إلى الفناء أو الاختلال الذي من شأنه أن يعكر الصفو العام، أو يعترض سبيل الرفاه والتقدم الاجتماعي في المجتمع، باعتبار أن النظام العام هو الحصن الحصين والسياج المنيع الذي يقف في وجه كل من يعتدي على ادعاءات الجماعة واختياراتها وأسس الدولة وكيانها فهذه الأسس وتلك الاختيارات هي التي تفرض التكيلف بمفهوم فكرة النظام العام.

التكليف بمفهوم فكرة النظام العام، ما هو إلا خطاب موجه إلى أشخاص المكلفين الامتثال أوامره واجتناب نواهيه على سبيل الإلزام، بحيث لا يجدوا من سبيل لمخالفته أو الخروج عليه أثناء قيامهم بتصرفات ما، باعتبار انه يحد من ملكات إراداتهم ويجعلها تدور في إطاره لا تعصيه أو تخالفه أو تخرج عليه، على سند من مصالح الجماعة والمصالح العليا للنظام السياسي الحاكم .

وهو ما يؤكد أن انصياع إرادة الأفراد لأحكام القانون وعدم مخالفته يرتد إلى الغاية التي يسعى القانون إلى تحقيقها، فغاية القانون هي التي تجعله جدير بالخضوع له، وطالما أن غاية النظام العام في الحفاظ على أصول الجماعة وكلياتها وأسس الدولة وغاياتها، فإن ذلك يحتم على الأفراد عدم مخالفة أوامره ونواهيه، وان حصلت المخالفة، كان البطلان المطلق بالمرصاد، وهذا يعني أن الجزاء هو استثناء يمكن اللجوء إليه عند الاقتضاء، في الحالات التي تمثل خروجا على القانون.[2]

وهذا يعني أن الأفراد عندما يتنكبون أعباء هذا التكليف بمفهوم فكرة النظام العام، فإنهم والحالة هذه ينزلون عن جانب كبير من حرياتهم الفردية استجابة لأوامر هذا التكليف ونواهيه، فهم لا يستجيبون لهذا التكليف الأعلى أساس مسوغات تمليها مصلحة الجماعة،[3] وعلى هذا فإن مصلحة الجماعة هي التي تكون حاضرة في أذهان الأفراد لتبرر استجابتهم لأعباء هذا التكليف، وإلا لما نزلوا عن هذا الجزء الكبير من حرياتهم، وما ومصلحة الجماعة إلا الإطار الذي يحوي مصالح الأفراد، فمصالح الأفراد لا تتحقق إلا من خلال مصلحة الجماعة.

حيث أن الأساس الذي يبنى عليه التكليف بمفهوم فكرة النظام العام يأخذ صورتين : الأولى ، مصالح الدولة العليا وغاياتها الأساسية، والثانية ، اختيارات الجماعة والأصول والكليات التي يقوم عليها نظامها الاجتماعي والسياسي والاقتصادي والثقافي والعقدي، إذن فالتكليف بمفهوم فكرة النظام العام مصدره الأساسي الجماعة واختياراتها، والدولة وغاياتها العليا.

وقد أسلفنا القول: عندما تحدثنا عن مفهوم فكرة النظام العام وعلاقتها بقواعدها القانونية، أن فكرة النظام العام لها مكونان: الأول، يمثل المكون الموضوعي لأسس الدولة وغاياتها والثاني، يمثل المكون الموضوعي لأصول الجماعة وكلياتها.

حيث أن المكون الموضوعي لأسس الدولة وغاياتها ينحدر من حقيقة أن الدولة الحديثة عندما استقر لها الشأن، فإنها قد وجدت أن هناك أسس وغايات تختص بها للمحافظة على كيانها واستقلالها بأمور السيادة والحكم يتوجب حمايتها والحفاظ عليها، هذه الاحتياجات الخاصة بكليات الدولة، فرضت عليها

---

[1] - عبد المنعم البدراوي،المدخل للعلوم القانونية ، مرجع سابق، ص28.
[2] - محمد محمود عبد الله، المرجع السابق، ص 18 و 19.
[3] - محمود طه جلال، أصول التجريم والعقاب في السياسة الجنائية المعاصرة ، مرجع سابق، ص 74.

حقائق لا خلوص منها تتمثل باستخدام أدوات معينة للحفاظ على هذه الحاجيات، فكان النظام العام أهم هذه الأدوات التي استخدمتها الدولة في هذا السبيل، مما فرض عليها بواسطة الهيئة التشريعية من سن قواعد قانونية لا مجال لعصيانها، تهدف لحماية هذه الضروريات، فباتت قواعد النظام العام على شكل قاعدي مسنون من قبل الهيئة التشريعية للحفاظ على المكونات الضرورية للدولة ومؤسساتها الحيوية، فجاءت هذه القواعد على صيغ أمره ناهية يتنكبها المكلفون، ملزمة لهم أداء وانتهاء ، تتضمن أحكاما تكليفية مستهدفة حماية هذه الضروريات العليا.

أما المكون الموضوعي لأصول الجماعة وكلياتها، وهو انعكاس تصور الجماعة عن النظام الاجتماعي الذي ترغب فيه، وهو محور أفكار الجماعة ومفاهيمها عن الكل الموضوعي لأصول الجماعة وكلياتها السياسية والاقتصادية والثقافية والاجتماعية، وقد تجد الدولة من خلال هيئتها التشريعية ضرورة للكشف عن بعض هذه المبادئ والأفكار وتقعيدها بنصوص قانونية ضمن تشريعاتها، فتصبح جزء من قواعد النظام العام الموجودة في طيات التشريع، وأما الجزء الآخر يبقى في ضمير الجماعة ووجدانها يبرز كأصل كلي كلما دعت الحاجة إليه صونا للصالح الكلي للجماعة،[1] وهو ما تم التعبير عنه في سابق القول، القانون الحي أو نمط الثقافة الذي يهيمن على الحياة نفسها داخل المجتمع .

على هذا الأساس فإن التكليف بمفهوم فكرة النظام العام الذي تتضمنه قاعدة قانونية مسنونة، سواء تعلق هذا التكليف بمسائل الدولة العليا وغاياتها، أو تعلق بأصول الجماعة وكلياتها الذي تم تعقيده من قبل المؤسسة التشريعية في الدولة، فهذا التكليف لا يثير أي صعوبة في إبرازه وتحديد محتواه، لان حكمه مفرغ ضمن قاعدة قانونية موضوعة يتم تطبيقها في حالة المخالفة أو العصيان .

أما التكليف بمفهوم النظام العام الذي يتأسس على ما هو كامن في ضمير الجماعة ووجدانها من مبادئ وأصول وكليات ترمي لحماية الجماعة والذي لا يأخذ حكمه شكل القاعدة القانونية المسنونة، فإن دور القاضي هنا يبرز لإظهار ما إذا كان التصرف الوارد مخالفة لأصل أو كل من أصول الجماعة وكلياتها، فإنه لا يتردد في إسباغ صفة البطلان المطلق على هذا التصرف، بالرغم انه لم يخالف أي نص من النصوص القانونية، ولكن البطلان يرد عليه لأنه خالف ما يدور في خلد الجماعة من تصورات عن قيمها ومبادئها الحاكمة للحياة الاجتماعية نفسها.

فالقاضي عندما يقوم بهذا الدور، فإنه يحتل دور المشرع من خلال الوقوف على حقيقة المبدأ أو الكل الذي تمت مخالفته، وتبيان ما اذا كان هذا المبدأ على صلة بأصول الجماعة وكيانها، حتى يصدر حكمه بالبطلان، وهذا الدور الذي يقوم به القاضي لا يعد تجاوزا لحدود اختصاصه، فهو يأخذ دور المشرع في هذه الدوائر المرنة،[2] على حد تعبير الأستاذ الدكتور عبد الرازق السنهوري، فالقضاء يعتبر الوكيل الأسمى للقانون في فرض الرقابة الاجتماعية،[3] مما يجعل من الصعب إنكار دوره في صناعة القانون، بل يجب التأكيد على حتمية هذا الدور.

والتأكيد على حتمية دور القاضي في صناعة القانون، واعتباره مشرعا في حالة خلو التشريع من النص، يجد سنده في أن مصادر المشروعية لما يعد قانونا يجب أن لا تنحصر في التشريعات المسنونة التي تصدر عن المشرع، وإنما يجب أن تتعدى إلى تصورات الجماعة عن اختياراتها الجمعية، على اعتبار أن القانون وان عميق الجذور في التركيبة الاجتماعية وما يتمخض عنها من مفاهيم وفلسفات، إلا انه يطور بعض المبادئ الخاصة به، والتي تتغير وتتبدل تبعا لتغير المجتمع.

---

[1] - عماد طارق البشري، المرجع السابق، ص 84.

[2] - عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 437، بند 228.

[3] - دنيس لويد، المرجع السابق، ص 87.

والقوانين التي يسنها المشرع لغاية تحقيق العدل والعدالة عملا بمفهوم النظام العام ما هي إلا وسائل ترمي إلى غايات وضوابط لتحقيق التوازن بين المصالح العامة والمصالح الخاصة، والمصالح الخاصة فيما بينها عند التعارض فلا تطغي مصلحة على أخرى، فكل قانون يضعه المشرع لابد أن يكون له غاية من وراء تشريعه لان مصدر الإلزام في القانون هو الغاية التي يسعى لتحقيقها، فإذا أصبح القانون غير مفضي إلى هذه الغاية ومتنكبا لها في ماله من خلال مراجعته المستمرة بالنظر إلى النظام العام، فإنه لا بد من سلبه صفة المشروعية لأنه تنكب الغاية التي شرع من أجلها. [1]

والتأكيد على حتمية دور القاضي في عملية صناعة القواعد القانونية وخاصة تلك القواعد التي تنضوي على عناصر النظام العام، يجد سنده في الأحوال التي تتم فيها الاعتداء على الأخلاق او العمل مع علم مخالفة هذا الاعتداء لأي نص من نصوص القانون، فبهذه الحالة لا يجد القاضي مغرة من الاستعانة بمفهوم فكرة النظام العام كأساس شرعي لإبطال مثل هذا العدوان، كالاتفاق على الفجور، أو تضمين عقد العمل شروط قاسية تسري على العامل ما بعد انتهاء عقده.[2]

فالقاضي يقوم بإبطال هذه الاتفاقات، وهذه الشروط، ليس على سند من القواعد القانونية المسنونة، وإنما على سند من مفهوم فكرة النظام العام التي تتصدر للتصدي لأي تصرف اعتدى على الأخلاق أو خرم صورة العدل، باعتبار أن الأخلاق والعدل يندرجان في سلم القيم الاجتماعية، إن لم تكن على رأس هذا السلم على حسب تصورات الجماعة لمصالحها العليا.

فالاتفاق المخالف للنظام العام يكون باطلا، حتى لو أنه لم يخالف نص قانوني مكتوب، فالنظام العام يجاوز حدود النصوص المكتوبة، والتصرف أو الاتفاق قد يصطدم مع كليات الجماعة أو مصالح الدولة دون أن يصطدم مع نص قانوني، كالاتفاق على منع المالك من التصرف في ملكه تأبيدا، لما يؤدي ذلك إلى منع الأموال من التداول وتجميد الثروات، كذلك الاتفاق على عدم ذكر الثمن الحقيقي في عقد البيع تهربا من رسوم التسجيل، لما يؤدي ذلك إلى التأثير على الوضع المالي لخزينة الدولة وإيراداتها.[3]

وخلاصة القول، أن التكليف بمفهوم فكرة النظام العام، يجد مصدره في الدولة التي تسن التشريعات لحماية مصالحها العليا وغاياتها، وكذلك يجد مصدره في تصورات الجماعة عن أصولها وكلياتها، وهو تكليف يتضمن إلزام يتعدى حدود القواعد المسنونة تشريعيا من قبل الدولة الحماية مصالحها العليا إلى ما تحتفظ به الجماعة في ضميرها ووجدانها تصورا لصالحها العام وكلياتها العليا، دون أن تكون هذه التصورات قد تقعدت بشكل نصوص تشريعية مسنونة بالصفة الرسمية.

الفرع الأول:التكليف بمفهوم فكرة النظام العام يحمل إلزاما بفعل حتمي أو إلزاما بترك حتمي.

قلنا أن القانون يضع قواعد تقويمية تفرض السلوك الواجب على الأفراد إتباعه، وهو يفرض هذه القواعد فرضا على سبيل الأمر أو التكليف.

حيث أن القانون يستهدف إقامة النظام الاجتماعي، وهو لا يمكن أن يقوم بهذه المهمة، إلا إذا انطوى على تكليف أو أمر، وبالتالي، فانه يختلف عن باقي قواعد السلوك الاجتماعي الأخرى، كالعادات والتقاليد والأخلاق، التي تكون على سبيل النصح أو الإرشاد، ولا تحمل أي تكليف أو أمر، وهذا هو الفارق بينها

[1] - نجيب عبد الله نجيب الجبشة، المرجع السابق، ص 102.
[2] - دنيس لويد، المرجع السابق، ص 322.
[3] - سليمان مرقس، مدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص 74 و 75.

وبين القانون، الذي كان دائما وأبدا ينضوي على تكليف يحمل أمرا للأفراد بإتباع السلوك الذي يراه مناسبا، وبالتالي فان قواعده لا يمكن أن تحمل معنى النصح والإرشاد.[1]

من هنا يتبين، أن التكليف هو من ضروريات القاعدة القانونية ولوازمها ولا يمكن أن يتصور القانون بدون تكليف يحمل الأفراد على إتباع سلوك معين لأجل تحقيق النظام الاجتماعي، فالقانون بدون هذه الضرورة، يصبح قواعد تحمل معنى النصح والإرشاد والخير، التي تبرر للأفراد تجاوزها والسير على خلاف مقتضاها، فالقانون بدون الأمر والإلزام لا يمكن تصوره، وبالتالي يفقد معناه، وما يحمل في طياته ومضمونه من حمل السلوك الإنساني على الانصياع له.[2]

بينما يخالف هذا الرأي الدكتور محمد محمود عبد الله الذي يرى : أن الإلزام ليس خصيصه للقاعدة القانونية، وان ظاهرة الخضوع للقاعد القانونية، لا يعود إلى خصيصه الإلزام التي تتضمنها، وإنما ظاهرة الخضوع تعود إلى الهدف الذي تصبوا إليه هذه القاعدة، فالخضوع يجد تبريره في ضرورة تحقيق الصالح المشترك للأفراد داخل الجماعة، فالتكليف يجد أساسه في تصور الأفراد للنظام الاجتماعي الذي يتوافق مع مقتضيات الصالح المشترك، وبالتالي فإن ظاهرة الإلزام في القاعدة القانونية تنبري عن الغاية التي تسعى القاعدة القانونية إلى تحقيقها، فالهدف النهائي للقانون هو الذي يقود السلوك الإنساني إلى مضمونه، وعلى ذلك فلا تلازم بين مضمون القاعدة القانونية وبين قوتها الملزمة.[3]

الباحث يميل إلى رأي الدكتور عبد المنعم البدراوي الذي عرضناه سابقا ، من أن القاعدة القانونية يجب أن تكون مقرونه بجزاء، لان الجزاء ضرورة لإقرار النظام في المجتمع، فالجزاء هو الذي يميز بين القاعدة القانونية وقواعد السلوك الأخرى القائمة على النصح والإرشاد.

و القاعدة القانونية تحمل في طياتها هدفا تسعى إلى تحقيقه ، وانه يفترض أن الاحترام الموجه إلى هذه القاعدة مصدره ذلك الهدف وهو سعي القاعدة إلى صالح الأفراد وصالح الجماعة، وإقامة تنظيم اجتماعي مرغوب فيه كفيل بأن يحقق للقاعدة القانونية ذلك الاحترام والخضوع، ولو من جانب النزوع الغريزي لإدراك مصالح فردية، طالما قنع الأفراد وصار لديهم وعي بأن صالحهم الفردي لا يتحقق إلا بصالح المجموع.

هذا بالإضافة إلى أنه، لو اعتبرنا أن الجزاء أو الإجبار ، هو مصدر الخضوع للقانون، نجح هذا الإجبار في إخضاع الأفراد والمجتمعات للقوانين الظالمة التي تحتوي هذا الإجبار، فالقوانين الظالمة التي لا تنطوي على مقتضيات العدالة هي أيضا لا تخلو من الإجبار، ومع ذلك لم يكتب لها الدوام، لعدم قبول الأفراد بالانصياع لها ، فالقانون الذي يحمل في طياته تركيزا على عنصر الإجبار اقل دواما واستمرارا وفاعلية من القانون الذي يهدف إلى قيم عليا يريدها المجتمع ويطمح إليها.

ناهيك عن أن الأفراد والمجتمعات هي مصدر القواعد القانونية ، فالقانون في أي مجتمع متحضر منظم يعد انعكاسا لتصورات الأفراد والجماعة عن التنظيم الاجتماعي الذي يرغبون به، وبالتالي لا يمكن

---

[1] - حسن كيره، المرجع السابق، ص 21.

[2] - يفرق الدكتور سمير عبد السيد تناغو بين الإلزام في القاعدة القانونية، وبين الجزاء الذي يتضمن القهر الصادر من الدولة باسم الجماعة في حالة مخالفة السلوك الإنساني لمضمون القاعدة القانونية، حيث يرى أن صفة الالزام موجودة في جميع قواعد السلوك الاجتماعية، بما فيها قواعد المجاملات والاخلاق، على نفس الدرجة الموجود في القواعد القانونية، لان كل قاعدة سلوك تنطوي حتما على امر، وكل امر ينطوي على الزام، وان الفارق بين القاعدة القانونية وغيرها من قواعد السلوك الأخرى، أن الإلزام الموجود في الثانية يتمثل في استنكار المجتمع، والرأي العام، بينما الالزام الموجود في الأولى مقرون بالقهر و الإجبار الجماعي الذي تفرضه السلطة باسم المجتمع أذا خولفت القاعدة القانونية "، سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 60.

[3] - محمد محمود عبد الله، المرجع السابق، ص 19.

لهؤلاء الأفراد أن يتحللوا من هذا القانون الذي نظم على سند من تصوراتهم الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والفلسفية.[1]

و لو تعلق الأمر بفكرة النظام العام وقواعدها، وهي تحمل في مضمونها تصورات الجماعة والدولة عن المصالح الأساسية العليا التي يقوم عليها التنظيم الاجتماعي، فهي ليست فقط تعبيرا عن هذه المسائل الجوهرية، وإنما تقوم على حمايتها من العدوان الداخلي والخارجي، فما دامت فكرة النظام العام هي السور الحامي لقيم الجماعة العليا وللعدل والعدالة وما يرغب المجتمع في الحفاظ عليه، فكيف يمكن والحالة هذه اعتبار الجزاء هو الذي يكفل الالتزام و الخضوع لمضمون قواعد القانون والنظام العام.

وهذا لا يعني انتفاء الجزاء والإجبار من هذه القواعد، ولكن هذا الإجبار يعد استثناء يلجأ إليه عند المخالفة، فبالرغم من أن الذي يقود إلى الخضوع إلى القاعدة القانونية هو الهدف الذي تسعى إليه، باعتبارها تسعى إلى صالح الجميع وتحقق النظام في المجتمع ويرى كل فرد أن حقوقه قد احترمت ، فهذا لا يعني أنه ليس هناك مخالفات لهذه القواعد تتطلب الإجبار لكن القانون الذي يعتمد على الإجبار ليفرض احترامه، يخط سطور فشله بهذا الإجبار، فالقاعدة القانونية ملزمة، لأنه ليس بالمقدور الاجتماعي مخالفتها.

وهذا المفهوم العلمي للتكليف بمفهوم فكرة النظام العام ينسجم مع الوجهة النظرية لهذا التكليف، فلو قمنا باستعراض للتصورات الفلسفية التي هي أساس لمشروعية القوانين، لوجدنا أن هذا الأساس يبنى على تصور معين للتكليف، على حسب التباين في تأصيل مشروعية الأنظمة القانونية.

فمدرسة القانون الطبيعي تذهب إلى أن هناك قواعد قانونية لا يمكن الخروج عليها، وهي تتضمن موجهات مثالية، وهذه القواعد يستلهمها العقل من طبيعة الأشياء والإنسان المفطورة على التمييز بين الظلم والعدل،[2]إذن فقواعد القانون الطبيعي عبارة عن مجموعة من المبادئ الأساسية التي طمح الإنسان الوصول إليها، وهي عبارة عن مبادئ سامية تعبر عن الموجهات المثالية للعدل، التي على ضوئها يتم تقدير صلاحية القانون الوضعي، فإذا كان يعكس صورة العدل، فيكون حريا بالاحترام و الخضوع لأحكامه، وإذا كان يمثل الظلم فيكون جديرا بالرفض وعدم القبول.[3]

أما القانون طبقا لفلسفة أخرى، وهي التاريخية هو عبارة عن تعاليم يتوصل إليها الإنسان بطريقة التجربة،[4] فهو نتاج الزمن والتاريخ ، حيث انه ينشأ ويتطور آليا وتلقائيا دون أن يكون لإرادة الإنسان اثر في نشأته أو وجوده فهو ينشأ في ضمير الجماعة مع مرور الزمن،[5] فالقانون في أي أمة يمكن تشبيهه بلغتها، التي يتطور آلية لمسايرة تطورها، فالأمة تخلق قانونها كما تخلق لغتها، فهو ميراث الأجيال المتعاقبة تشده إلى الماضي كما تشده اللغة، حتى لا يحدث هناك فراغ أو توقف يهدد سير الأمة نحو التقدم،[6] فالقانون بهذه المثابة يكون وليد حاجات المجتمع لتحقيق نظام اجتماعي متكامل، مما يستوجب الالتزام بالقواعد القانونية المنطوية على التكليف وجوبا أو تحريما دون أي مخالفة، باعتبار أن هذا التكليف يتأصل وفق هذه الفلسفة على أن الإنسان بسعيه الغريزي نحو إدراك صالحه الخاص، لا يكترث بصالح الجماعة دون أن يعترض طريقه مقاومة ما، فاهتدى ضمير الجماعة الى قواعد قانونية لحفظ اجتماعها؟، فكان ذلك أصل الإلزام في هذه القواعد .[7]

---

[1] - نجيب عبد الله نجيب الجبشة، المرجع السابق، ص 105.
[2] - مصطفى وعبد الحميد محمد الجمال، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص 133.
[3] - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 108.
[4] - روسكو باوند، المرجع السابق، ص 42.
[5] - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 108.
[6] - حسن كيرة، المرجع السابق، ص 125.
[7] - عماد طارق البشري، المرجع السابق، ص 91.

وهناك فلسفة أخرى ليست بعيدة في تأصيلها عن تأصيل الفلسفة التاريخية، فكلاهما ينتمي إلى المدرسة الواقعية، إلا وهو فلسفة التضامن الاجتماعي، التي ترى أن أساس القواعد القانونية يتمثل في حقيقة التضامن الاجتماعي، وان الأفراد يستمدون حقوقهم من هذا التضامن، وان التكليف والإلزام الذي تحويه القواعد القانونية مستمد من شعور الأفراد وحاجتهم إلى هذه القواعد بما يكفل التضامن الاجتماعي، وان العدل يقتضي تسخير إكراه الجماعة للخضوع لهذه القواعد لضمان التضامن الاجتماعي، فكل قاعدة قانونية تهدف إلى حماية التضامن الاجتماعي، هي قاعدة ملزمة يتوافر فيها صفات الإلزام، فيتأصل التكليف والإلزام للقاعدة القانونية على سند من ضروريات التضامن الاجتماعي والعدل.[1]

أما الفلسفة الوضعية فهي تذهب إلى أن القاعدة القانونية ليست قاعدة نصح أو إرشاد ، وانما هي قاعدة أمر أو نهي يتوجب على المكلفين السير على مقتضاها، فهي تتصور وضع سلبي للحياة الاجتماعية تسيطر عليه الفوضى والاضطراب إذا تخلف هذا التكليف الآمر الناهي.[2]

وعلى هذا، فجوهر التكليف بمفهوم فكرة النظام العام يتضمن طلب فعل أو طلب ترك على سبيل الحتم والإلزام بصرف النظر عن مصدر قواعده، سواء كان هذا المصدر الشكل الرسمي الذي تسنه الدولة أو مهتدي إليه من عقل الجماعة، أو تساند هذا التكليف على أي من المذاهب الفلسفية سالفة الذكر،[3] فعلى سبيل المثال قاعدة تحريم القتل، فهي تتضمن طلب الانتهاء عن أفعال القتل على سبيل الانتهاء الحتمي، فهذا الطلب يتأصل على حسب الفلسفية المثالية على انه مثل أعلى للعدل الذي يتوجب على القاعدة القانونية تحقيقه، بينما يتأصل حسب الفلسفة الواقعية (التاريخية والتضامن الاجتماعي على أساس ما يسجله الواقع وتثبته التجربة من أن القتل يؤدي إلى إشاعة الفوضى والاضطراب وتهديد التضامن الاجتماعي، ويتعرض كيان المجتمع إلى الانهيار إذا أبيح التقاتل بين الناس، فلم يكن هناك من مندوحة لتحريم القتل.[4]

خلاصة القول، أن التكليف الآمر الناهي الذي تحويه القواعد القانونية لا يختلف باختلاف مصادر القاعدة القانونية الآمرة، سواء كان مصدرها الدولة بالشكل الرسمي لها، أم كان مصدرها عقل الجماعة ومكنون ضميرها، وهو كذلك لا يختلف باختلاف الفلسفة التي يقوم عليها التنظيم القانوني، فجميع النظم القانونية على اختلاف أساسها الفلسفي تستقيم على التكليف الأمر الناهي حتما بعناصره، التي يفرض على الأفراد محاذاة سلوكهم بمضمون القاعدة.

الفرع الثاني: النظام العام معيار للتمييز بين القواعد القانونية الآمرة والمكملة.

سبق وان انتهينا إلى القول؛ بأن القواعد القانونية الآمرة، هي القواعد التي لا يجوز الخروج عليها باتفاقات مخالفة، اذ أن سلطان الإرادة ينعدم اتجاهها، فلا يجد بد من الانصياع لمضمونها وما تحمل من تكليف ملزم، بينما القواعد القانونية المكملة، وهي التي تسمح للأفراد الخروج عليها والاتفاق على خلاف مضمونها، فإذا وجد مثل هذا الاتفاق يتم استبعادها، أما إذا لم يكن هناك اتفاق خاص على تنظيم المسألة مدار البحث، والتي تفرض القاعدة المكملة حكم لها، فإن هذه القاعدة تنطبق حتما لأنها قاعدة قانونية بالمعنى الصحيح، ولا يطعن وجود مثل هذا التنظيم الخاص بقوتها الملزمة، فهي كالقاعدة الآمرة تحوي في ثناياها معنى التكليف والإلزام.

---

[1] - محمود طه جلال، المرجع السابق، ص 79 و 80.

[2] - ثروت أنيس الاسيوطي، نشأة المذاهب الفلسفية وتطورها، دراسة في سوسيولوجيا الفكر القانوني، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصاد، كلية الحقوق، بجامعة عين شمس، العدد الأول، السنة الثامنة، مطبعة جامعة عين شمس، مصر، 1966، ص 133.

[3] - عماد طارق البشري، المرجع السابق، ص 92.

[4] - حسن كيرة، المرجع السابق، ص 97.

وانتهينا إلى القول؛ بأن القواعد الآمرة وهي توجه خطابها إلى المكلفين بالفعل الحتمي او الانتهاء الحتمي، فإنها تستند في ذلك إلى اتصالها الوثيق بالجماعة وادعاءاتها أو الدولة وغاياتها، أما القواعد المكملة فهي تنظم مساءل وروابط خاصة بين الأفراد، لهم كامل السلطان في مخالفتها باتفاقاتهم الخاصة، باعتبار أن هذه المسائل ليست على اتصال بمصالح الدولة والجماعة، وهذه القواعد توجد فقط في نطاق القانون الخاص، فهي كما يرى الفقيه الفرنسي كابتان" أنها لا تنطبق إلا عند عدم انطباق قانون العقد".[1]

وهنا يثور تساؤل آخر، عن صلاحية النظام العام، كأساس للتمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة، وهذا يقود إلى تساؤل آخر يتمثل في اعتبار جميع القواعد الآمرة نظام عام، للإجابة على هذه التساؤلات، لا بد من عرض للآراء الفقهية بهذا الصدد.

فالأول، يرى: أن القواعد الآمرة التي يمتنع على الأفراد مخالفتها هي تلك القواعد المتعلقة بالنظام العام، أما القواعد المكملة التي يجوز للأفراد الاتفاق على خلاف مضمونها، فهي تلك القواعد التي لا تتصل بالنظام العام، وعلى ذلك فالنظام العام هو معيار التمييز بين القواعد القانونية الآمرة والقواعد المكملة، ويذهب هذا الرأي إلى أن جميع القواعد الآمرة تعتبر قواعد نظام عام لاتصالها الوثيق بأصول الجماعة وغايات الدولة، أما تلك القواعد التي ليست لها اتصال بهذه الأصول فهي قواعد مكملة، وهذا يعني أن القواعد الآمرة جميعها متصلة بالنظام العام ، أما المكملة فليست كذلك.[2]

لكن الرأي الآخر من الفقه،[3] يذهب إلى انه ليس جميع القواعد الآمرة تتعلق بالنظام العام، ولكن جميع القواعد المتعلقة بالنظام العام هي قواعد آمرة ، وذلك على اعتبار أن هناك قواعد آمرة لا تتصل بكيان المجتمع وأصوله، ولا تتصل بأصول الدولة وغاياتها العليا وبالتالي فهي لا تعد قواعد نظام عام، فهي قواعد تغلب مصلحة خاصة على مصلحة خاصة أخرى أولى بالرعاية والحماية، ويضرب هذا الرأي أمثلة على تلك القواعد الآمرة التي لا تعد نظاما عاما، كالقواعد القانونية التي تنظم الولاية أو الوصاية على القاصر، فهي قواعد آمرة لكنها لا تتعلق بكيان المجتمع والدولة الكلي، لكنها ترمي إلى حماية القاصر من الظلم الذي قد يلحق به بسب صغر سنه أو قلة خبرته، فالجزاء الذي يترتب على مخالفتها هو البطلان النسبي وليس البطلان المطلق رغم أنها قواعد آمرة.[4]

من هنا يتبين أن معيار التمييز بين القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام والقواعد الآمرة التي ليس لها اتصال بالنظام العام، يجد مجاله في اتصال القاعدة الآمرة بالكيان الكلي للجماعة والدولة أو أن القاعدة الآمرة تهدف إلى تغليب مصلحة خاصة على أخرى خاصة أولى بالحماية، فيكون البطلان المطلق جزاء مخالفة الصنف الأول من القواعد الآمرة، بينما يكون البطلان النسبي جزاء الصنف الثاني من تلك القواعد.

فالقواعد التي تهدف إلى حماية القاصر آمرة، لكنها لا تتعلق بالنظام العام، وإنما تهدف إلى حماية مصلحة القاصر خوفا عليه من الاستغلال، لذلك كانت تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر موقوفة على إجازة الولي، حيث يرد عليها البطلان النسبي، فلا يتمسك بها إلا أصحاب المصلحة، فهذه التصرفات آن أجازها الولي تصبح نافذة، والإنفاذ لا يرد على عقد باطل بطلانا مطلقا، فهو عقد مسلوب اللزوم، بمعنى أن البطلان الوارد عليه نسبي قابل التصحيح.

---

[1]- سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 85 و 86.

[2]- يذهب إلى هذا الرأي، السنهوري، عبد الرزاق احمد وأبو ستيت، حشمت: مدخل لدراسة القانون أو أصول القانون دار الفكر العربي، طبعة 1953، لجنة التأليف والترجمة والنشر، ص 179. سليمان مرقس، مدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص 73. محمود جمال الدين زكي، دروس في مقدمة الدراسات القانونية، الطبعة الثانية، 1969، الهيئة العامة لشؤون المطابع الاميرية، ص 169.

[3] - حسن كيرة، أصول القانون ، دار المعارف، مصر، الطبعة الثانية، 1959-1960، ص 69.

[4]- سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 89.

القواعد التي تهدف إلى حماية القاصر وان كانت غير متعلقة بالنظام العام، إلا أن مبدأ حماية القاصر هو من النظام العام فلا يجوز له أن يتنازل عن حقه في الحماية التي قررها له القانون، فهو أعطي حق إنفاذ العقد أو فسخه انتهاء، وبالتالي لا يجوز الاتفاق الذي يمنع على القاصر أو على وليه فسخ العقد في التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، لان من الغايات العليا للمجتمع تحقيق الحماية للضعفاء بما يتناسب مع مقتضيات العدالة، ومن هذا المبدأ نبعت قواعد الرقابة والولاية على القاصر حماية له من الاستغلال وسوء تصرفاته .

وكذلك ما نصت عليه المادة (1006) من مجلة الأحكام أن البيع الذي وقع بالإكراه لا يكون معتبرا، ولكن إذا أجازه المكره بعد زوال الإكراه يكون معتبرة، فهذه قاعدة آمرة لكنها لا تتعلق بالنظام العام ولا يرد عليها البطلان المطلق، فهي لا تعتبر البيع الذي وقع بالإكراه حماية لحق الشخص الذي وقع عليه الإكراه، وبالتالي فهو مخير بعد زوال الإكراه عنه ما بين إنفاذ العقد أو فسخه، وهنا الإنفاذ لا يرد على عقد باطل بطلانا مطلقا، وإنما يرد على عقد يشوبه البطلان النسبي المتوقف على إجازة من تقرر البطلان لمصلحته، لكن الإكراه بحد ذاته كمؤثر على العقود من النظام العام، فاذا وقع على المتعاقد عند انعقاد العقد، فان القانون قرر لهذا المتعاقد حماية متمثلة بفسخ العقد إذا أراد ذلك، وهذا الحماية من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، بحيث لا يجوز للمتعاقد الذي وقع عليه الإكراه أن يتنازل عن حقه بفسخ العقد مسبقا، فمصلحة الجماعة تقتضي هذه الحماية تحقيقا للعدل وحفاظا على التوازن اللازم بين الأطراف.

خلاصة القول، أن النظام العام لا يصلح أساسا للتمييز بين القواعد القانونية المكملة والقواعد القانونية الآمرة. فهناك من القواعد الآمرة ليس لها اتصال بالنظام العام ولا تعبر عن مسائل لها اتصال بكيان الدولة والمجتمع ولا يؤثر على اختيارات الجماعة وقيمها العليا، وبالتالي فهذه القواعد هي محض تفضيل بين مصلحة خاصة وأخرى خاصة تتطلب حماية أكثر، وان كان مبدأ الحماية التي تقرره من النظام العام ولا يجوز التنازل عنه مسبقا، أما القواعد المتعلقة بالنظام العام، فهي القواعد التي تعالج مسائل لها اتصال وثيق بالمجتمع وكيانه السياسي والاجتماعي والاقتصادي والثقافي والعقدي.

المطلب الثالث: تفعيل دور القاضي في حماية النظام العام.

تحدثنا فيما سلف، أن النظام العام أوكلت له مهمة الحفاظ وحماية الأفكار الفلسفية التي يتأسس عليها النظام السياسي والاجتماعي لأمة ما، وذلك على اعتبار أن النظام الاجتماعي يقوم على أساس خطة سياسية تهدف إلى تحقيق تنظيم اجتماعي ينظم الروابط الاجتماعية الحياة المجتمع، وان النظام العام يعد تعبيرا عن هذه الخطة التي تنظم الروابط الاجتماعية في المجتمع.

حيث أن هذا التنظيم الاجتماعي هو الذي يقوم على تصويب أوضاع المجتمع وترتيبها تبعا لما هو متصور عن الصالح المشترك للمجموع، وهو الذي يحدد المساحات المتروكه للنشاط الفردي، وما هي المساحات التي يجب أن تحف بالقيود، وعلى هذا الأساس يمكن وضع تصور للقانون الذي يشتمل على خطة تهدف إلى هذا التنظيم الاجتماعي ، وهذا يعني أن التصور الذي يوضع للقانون يترتب على نوع التصور الذي وضعه التنظيم الاجتماعي للصالح المشترك، وعلى ذلك فإن المجتمع الذي سيترتب على ذلك سيكون إما مجتمعا حرا أو مجتمعا اشتراكيا أو شيوعيا أو غير ذلك من الأشكال السياسية الاجتماعية.

ومن هنا فإن الدولة الحاكمة اذا ارتضت تنظيم اجتماعي معين، فإنها تضع خطة سياسية لتحقيق هذا التنظيم، وعلى هدى من ذلك يقوم المشرع بوضع القانون الملائم لهذا التنظيم الاجتماعي.

وعلى ذلك يعد النظام العام معبرا عن هذه الخطة السياسية التي تبنتها الدولة بهدف تحقيق تنظيم اجتماعي في وقت معين ليقوم على تنظيم الروابط الاجتماعية، فإن هي تبنت وانتهجت نظاما سياسيا يقوم على أساس الفلسفة الفردية، فإن النظام العام يعبر عن هذه الخطة السياسية القائمة على الفلسفة الفردية،

وإذا تبنت الدولة خطة سياسية تقوم على أساس الفلسفة الاجتماعية (الاشتراكية)، فإن النظام العام يعبر عن هذه الخطة القائمة على أساس الفلسفة الاجتماعية أو الاشتراكية، وبذلك يكون النظام العام فرديا أو اجتماعيا بناء على الخطة السياسية التي تنتهجها الدولة بهدف تحقيق النظام الاجتماعي، ويسخر المشرع نظامه القانوني لحمايتها.[1]

على أن النظام العام يمكن أن تضيق أو تتسع دائرته تبعا للخطة السياسية أو الاتجاه الفلسفي الذي تتبعه الدولة في تنظيم الروابط الاجتماعية من خلال التنظيم الاجتماعي الذي تحدده، والذي يسخر المشرع نظامه القانوني لحمايته، فهذه الدائرة تضيق إلى ابعد حد إذا كان الاتجاه الفلسفي الذي تنتهجه الدولة من خلال الخطة السياسية فرديا، وهي تتسع إذا ساد الاتجاه الاجتماعي (الاشتراكي)، بحيث تسيطر فكرة النظام العام على النظام القانوني بأكمله لتشمل جميع مناحي الحياة. من حماية للطبقات العاملة والأطراف الضعيفة في العلاقات القانونية التعاقدية، وتشمل كذلك خطط التنمية الاقتصادية وخطط الدولة الشاملة.[2]

وهذا لا يخفى على احد أن المجتمع في حركة دائبة ترنو إلى التطور المستمر، والتطلع المثالي، وبالتالي تتغير أسس تنظيمه الاجتماعي، تبعا لاختلاف المبادئ والأفكار السائدة فيه سواء الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية أو الفكرية ، حيث أن هذه الأفكار لا تستطيع التهرب من إمكانية التغير أو التبديل، ولكنها بالتأكيد أكثر ثباتا من القانون الذي يسخره المشرع لحمايتها على اعتبار أنها لا تنطوي إلا على التوفيق بين مبادئ عامه،[3]

وهنا يمثل النظام العام المنفذ الذي يسمح بدخول هذه المبادئ والأفكار إلى علاقات الأفراد، فتؤثر في القانون وروابطه وتجعله ينسجم مع هذه التطورات، مما يؤدي إلى خضوع معاملات الأفراد إلى هذه المبادئ والأفكار السائدة في المجتمع.[4]

ولا يعترض القول، أن النظام العام يعبر عن خطة سياسية ترسمها الدولة لتحقيق تنظيم اجتماعي يعمل على تنظيم الروابط الاجتماعية بين أفراده، مع قولنا أن دائرة النظام تضيق إلى ابعد حد في ظل نظام فردي يدعو إلى إطلاق الحريات، ذلك أن النظام الفردي يمتلك خطة سياسية لإقامة تنظيم اجتماعي، فكل قانون يجب أن يقترن بسياسة معينة، باعتباره خطة تهدف إلى تحقيق نظام اجتماعي ، فلا مناص من أن يقترن بفكرة تخطيط سياسي، حيث أن القانون طالما انه يهدف إلى إقامة نظام اجتماعي على هيئة معينة، فانه يمثل أداة لتنفيذ سياسة معلومة.[5]

ويدعم هذا الرأي، أن القوانين التي وضعت لتنظيم اجتماعي قائم على النظام الفردي اشتملت على خطة سياسية لتنظيم الروابط الاجتماعية، حيث كان مبدأ سلطان الإرادة من أهم تطبيقات النظام العام،[6] وهذا يعني وجود خطة سياسية لهذه النظم القانونية، ولكن ضيق دائرة النظام العام في هذه الأنظمة مرده إلى إحجام الدولة عن التدخل في الشؤون الخاصة للأفراد، تاركة لهم الحرية الواسعة في تنظيم علاقاتهم الخاصة، اما اتساع دائرة النظام العام في الأنظمة الاجتماعية أو الاشتراكية فمرده إلى أن يد الدولة تمتد لتطال معظم الروابط القانونية، وترتفع بعض المصالح الخاصة إلى مرتبة المصالح العامة الجديرة

---

[1] - محمد عصفور، المرجع السابق، ص124.

[2] - عبد المنعم البدراوي، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للالتزام والنظرية العامة للحق، دار النهضة العربية، 1966، ص 147

[3] - نعيم عطية، في النظرية العامة في الحريات، المرجع السابق، ص 79و80، في الهامش رقم2.

[4] - عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط ، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 437، بند 228.

[5] - نعيم عطية، في النظرية العامة في الحريات، المرجع السابق، ص 80.

[6] - سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 92.

بالحماية، إذن فالنظام العام يعد تعبيرا عن الخطة السياسية التي تنتهجها الدولة لإقامة نظام اجتماعي في النظام الفردي والاجتماعي (الاشتراكي) على حد سواء.[1]

أما التشريع الإسلامي فالأمر فيه مختلف، فهو تشريع غائي يهدف إلى تحقيق المصلحة والعدل، وأحكامه ومبادئه وقواعده وسائل تستهدف غايات متمثلة بمصالح العباد، فلا بد من الوصول إلى الغاية التي توخاها الشارع من النص باستقراء الفلسفة التشريعية من وراءه، أو المقصد العام الذي إرادة من تشريعه، وغالبا ما يكون المقصد أو الغاية التي أرادها الشارع من تشريع النص أو المبدأ خارج عن منطوقه أو لغويته لان الأمور بمقاصدها،[2] والعبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني،[3] لذلك لابد من البحث خارج النصوص للوصول إلى غاية الشارع ومقصده باستقراء روحه ومعناه تحريه للعدل والوصول إلى المصلحة المعتبرة شرعا.[4]

لكن وجه الخلاف بين فكرة النظام العام في النظام الفردي، وفكرة النظام العام في النظام الاجتماعي (الاشتراكي)، هو اختلاف في نوع السياسة التي يعبر عنها، ففي النظام الاشتراكي تلقي فكرة النظام العام بظلالها على النظام القانوني بأكمله، فلا يكاد أي نشاط خاص يخرج عن إطاره، بينما في النظام الفردي، وان كان النظام العام يهيمن على النظام القانوني بأكمله وهو يعبر عن الخطة السياسية التي تنظم روابط المجتمع، إلا أن وجه الخلاف أن احتمالات التصادم بين قواعد النظام العام وبين النشاط الفردي،بحسب رؤية المجتمع الذي يعتنق الفلسفة الفردية، هي احتمالات نادرة وهذا السبب الذي يجعل النظام الفردي لا يقبل بأي قيد أو حد على الحرية وما تقوم به من نشاط إلا في حالات استثنائية.[5]

لكن التشريع الإسلامي اعتد بالمصلحتين معا الفردية والصالح العام، واعتبر أن المصلحة والعدل هي القيمة المحورية للتشريع تقوم عليها البنية الذاتية له، ووضع من الخطط والقواعد ما يضمن التنسيق والموازنة بين المصلحتين بحيث لا تطغى إحداهما على الأخرى، وكذلك الموازنة بين المصالح الفردية الخاصة المشروعة مع بعضها البعض بدون جور أو تناقض، استجابة لمقتضيات النظام الشرعي العام، لما في ذلك من تحقيق العدل والعدالة، ولأجل هذه الغاية وضع التشريع الإسلامي الكثير من الخطط الشرعية كفكرة الباعث والاستحسان وسد الذرائع والتحيل.

وهذا يعني أن النظام القائم على الفلسفة الفردية يمثل نظام اجتماعية، يشتمل على خطة سياسية، وان كانت الدولة لا تتدخل في الشؤون الخاصة بالأفراد ، فعدم التدخل هو بحد ذاته خطة سياسية ترمي إلى إقامة نظام اجتماعي يمنع الدولة من التدخل فيه إلا في أضيق الحدود، فالخطة السياسية لا تعني تدخل الدولة في جميع الروابط الاجتماعية، وإنما نجد الخطة السياسية أينما وجدت قواعد قانونية تعالج مظاهر الحياة الاجتماعية، وهو في ذلك كالمذهب الاشتراكي باعتبار أنه يمثل نظام اجتماعي، اللهم سوى أن النظام الفردي ينظر إلى الحرية أنها الصالح المشترك أو هي الوسيلة الوحيدة لتحقيقه،[6] وترك الناس أحرارا اكثر جدوى وفاعلية لتحقيق الخير العام لهم.[7]

قلنا؛ إن النظام الفردي لا يقبل أي توجيه للحرية أو قيد عليها إلا في حالات استثنائية، وهذه الصفة الاستثنائية لا ترجع إلى عدم تأثير النظام العام في النظام القانوني الفردي، وإنما ترجع إلى أن هذا النظام يفترض أن الأفراد إذا ما تركوا أحرارا فإنهم لن يمسوا النظام العام، ولن يعتدوا على حقوق الجماعة التي

---

[1] - نجيب عبد الله نجيب الجبشة، المرجع السابق، ص 62.
[2] - المادة (2) من مجلة الأحكام العدلية.
[3] - المادة (3) من مجلة الأحكام العدلية.
[4] - فتحي الدريني، خصائص التشريع الإسلامي، المرجع السابق، ص9.
[5] - محمد عصفور، المرجع السابق، ص 125.
[6] - نعيم عطية، في النظرية العامة في الحريات، المرجع السابق، ص 82 و 90.
[7] - مصطفى ابو زيد فهمي، النظرية العامة للدولة، المرجع السابق، ص 119.

يمثلها النظام العام، وذلك بتأثير من نظريات القانون الطبيعي على الفكر القانوني التي كانت تعتبر أن القانون يعبر عن قانون عالمي مثالي، وأن وظيفة المشرع مقتصرة على تطبيق هذا القانون، الذي لا يوجد نظام عام يتعارض مع أحكامه، إلا في حالات استثنائية تمثل وجود مصلحة عليا تتصادم مع مبدأ من مبادئ القانون الطبيعي .[1]

خلاصة القول: أن دور المشرع يتمثل في وضع نظام قانوني يحمي من خلاله الخطة السياسية التي تضعها الدولة للتنظيم الاجتماعي الذي تبنته، ويكون النظام العام معبرا عنها وعن روح النظام القانوني الذي يحميها، فالمشرع عندما يضع النظام القانوني يجعله منسجما مع الخطة السياسية التي تضعها الدولة ومنسجما مع النظام العام الذي يعبر عنها، وذلك من خلال خطة شاملة يظهر فيها روح نظامه القانوني والنظام العام وفكرة القانون الذي وضعه أسوة بالتشريع الإسلامي وخططه التي تسعى لإحقاق الحق والعدل وضمان وصول التصرفات إلى غاياتها.

المطلب الرابع: تفعيل دور القاضي في تحديد مضمون النظام العام.

تعرفنا فيما سبق أن دور القاضي الفاضل، على حد تعبير أستاذنا الدكتور علي مصلح، تنحصر مهمته في إحقاق الحق باعتباره الغاية المثلى، وليس تطبيق النصوص الجامدة في القانون، فالقاضي يمتلك أساسا قانونيا يبيح له تحديد محتوى النظام العام، لأنه تقع على عاتقه مسؤولية الدفاع عن المبادئ الأساسية التي يقوم عليها التضامن الاجتماعي في المجتمع الذي يحكم فيه.

أما التشريع الإسلامي، فهو تشريع غائي يستهدف المصلحة والعدل وأحكامه وقواعده وسائل قصد من تشريعها بلوغ هذه الغاية، فإذا انحرفت عن غاياتها ومقصد الشارع من تشريعها ناقضت الغاية التي شرعت من اجلها والمناقضة باطلة وما بني على الباطل فهو باطل، والمصلحة هنا تمثل المصلحة الفردية الخاصة والصالح العام، ومن اجل الحفاظ على هذه الغاية اوجد التشريع الإسلامي المبادئ والأحكام والقواعد التي تحقق التنسيق والتوازن بينها، سواء تحقيق التوازن بين المصالح الفردية الخاصة المشروعة فيما بينها عند التعارض وتغليب المصلحة الأرجح نفعا والحكم بمشروعيتها، وسلب المشروعية عن المصلحة التي تتمخض الأضرار والمفسدة أو التي ضررها أرجح، حفاظا على العدل ومقتضيات العدالة والنظام الشرعي العام.

من اجل هذه الغاية يتوجب على القاضي والمجتهد أن يبحث فيما وراء النصوص والقواعد مستلهما روح التشريع ومعناه وما هي السياسة التشريعية والغاية التي أرادها المشرع من تشريع المبادئ والقواعد، فغالبا ما تكون علة الحكم خارج منطوق النص وألفاظه من اجل تحقيق المصلحة والعدل التي أرادها الشارع من تشريعه، تحقيقا لما أراد في أوسع نطاق ومدى، هذا مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف والملابسات التي تحيط بالأشخاص والوقائع وأثرها في تشكيل علة الحكم ضمانا لمشروعية نتائجه، فالعبرة بالنتائج العملية الواقعة أو المتوقعة، فالظروف والملابسات ينشأ عنها أحكاما جديدة تناسبها وتعارض أحكامها الأصلية، فوحدة الحكم تقتضي تشابه الظروف، وهذا لن يكون لان الظروف مختلفة ومتغايرة باستمرار ويتوجب اعتبارها شرعا، وإلا أدى ذلك إلى قلب معايير الشرع من ضلال الفهم وسوء التطبيق، مما يؤدي إلى تطبيق أحكام تفضي إلى الظلم والفساد والضرر، وهو مناقض للفلسفة التشريعية التي يقوم عليها التشريع الإسلامي من المصلحة والعدل جملة وتفصيلا.[2]

يتضح من السابق أن التشريع الإسلامي اخذ بالاعتبار الظروف المحيطة بالأشخاص والوقائع كدلائل تكليفية جديدة ينشأ عنها أحكاما جديدة مختلفة عن أحكامها الأصلية تضمن الموازنة بين المصالح

---

[1] - محمد عصفور، المرجع السابق، ص 125.

[2] - فتحي الدريني، خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم ، المرجع السابق، ص 6 و7.

وترجح المصلحة الأنفع والأصلح، يعني ذلك أن الأحكام تختلف باختلاف الظروف والأشخاص والأزمان، وهذا دليل على عدالة التشريع الإسلامي وعدله، وهو احد المفاصل التي تميز التشريع الإسلامي عن القوانين الوضعية، فهي لم تستطع أن تعالج الحالات الفردية الخاصة لأن قواعدها عامة مجردة تسري على الجميع بدون الأخذ بعين الاعتبار لهذه الظروف والملابسات، لذلك لم تستطع هذه التشريعات بلوغ العدالة التي وصل إليها التشريع الإسلامي.[1]

وهذا يعني أن محتوى النظام العام لا يحدده فقط التشريع، وإنما يقوم أيضا بتحديده القضاء في الحالة التي يغيب فيها النص على اعتبار القاعدة موضوع النزاع هي من النظام العام أو في حالة غياب القاعدة كليا، حيث أن هناك توافق على أن هناك مصادر أخرى للنظام العام غير القانون.[2]

إلا أن الفقه انقسم إلى اتجاهين بصدد تحديد محتوى النظام العام، الأول يؤمن بقدسية النص ويرى أن النظام العام لا يمكن أن يكون مستقلا عن القانون، وقد تزعم هذا الاتجاه الفقية الفرنسي بنتام، الذي آمن بفضائل القانون المكتوب، لأنه الوسيلة الوحيدة التي يمكن من خلالها تجنب التشريع القضائي، واظهر عداؤه للشكوك التي يخلقها صنع القانون من قبل القضاء،[3] فهذه الطريقة في صنع القانون تعطي المجال للمكلفين بإتيان أعمال غير مرغوب فيها بدون آن يكونوا على علم بأن هذه الأعمال تمثل انحرافات سلوكية يعاقب عليها القانون، قانون القضاء لا يظهر إلا بعد إتيان المخالفة، وينحصر دور القضاء بهذه الحالة على معاقبة هذه الأفعال، وهذا بخلاف النصوص المكتوبة التي هي من صنع المشرع، فهي تنبه المكلفين بعلم إتيان المخالفة، وفي حالة الإتيان تفرض عليهم العقوبة المنصوص عليها في القانون، فالقانون الذي من صنع المشرع يفرض المخالفة والعقوبة معا، فيكون المكلفون على علم بها مسبقا .

بناء على ما سبق يمتنع على القاضي أن يقوم بإبطال أي تصرف بحجة مخالفته للنظام العام، إلا إذا نص المشرع صراحة على منع مثل هذا التصرف لارتباطه بالنظام العام، فالنصوص التشريعية المتصلة بالنظام العام جاءت على سبيل الاستثناء لا يجوز أن يتوسع فيها، فالقانون وحده هو الذي يحدد أن النص أمر متعلق بالنظام العام أم انه اختياري، لأنه حسب هذا النظر، فان ترك المجال للقاضي تحديد محتوى النظام العام من شأنه أن يعطي القاضي صلاحية يخشى أن تكون أداة لتعسف القضاء، كما يشكل خرق لمبدأ الفصل بين السلطات، باعتبار أن القاضي في هذه الحالة يأخذ دور المشرع.[4]

أما الاتجاه الثاني، يرى أن الدور الذي يقوم به القضاء في صناعة القانون ما هو إلا الدور الطبيعي له، الذي يهدف إلى معرفة المفاهيم العامة للنظام العام والآداب العامة التي لا يحدد القانون محتواها، حتى أن الأمر وصل إلى حد القول: بأن النظام العام لا يوجد إلا خارج القوانين الآمر، وبالتالي فإن القاضي هو الذي يقع على عاتقه ما هو مشروع ومطابق للنظام العام، وما هو غير مشروع لمخالفته لمقتضيات النظام العام وذلك في الحالات التي لا ينص القانون عليها.[5]

وفي هذا الصدد أقرت محكمة النقض الفرنسية باستقلال النظام العام عن النص القانوني، في صدد التعليق على المادة (1133) من مدونة القانون المدني الفرنسي حيث أكدت "أن السبب هو غير مشروع عندما يكون مناقضا للنظام العام بدون أن يكون من الضروري أن يحظره القانون .[6]

---

[1] - على محمد مصلح، المرجع السابق، ص 55و56.
[2] - جاك غستان، تكوين العقد، المرجع السابق، ص 113.
[3] - دنيس لويد، المرجع السابق، ص 309.
[4] - روضة المهذبي، المرجع السابق، ص 34.
[5] - جاك غستان، المرجع السابق ، ص 116.
[6] - جاك غستان، المرجع السابق ، ص 116.

إلى هذا الرأي ذهب الفقيه الفرنسي (موريندار)،[1] الذي ذهب إلى أن النظام العام بالأصل ليس مفهوما تشريعيا، لان القانون يعتبر معيار غير دقيق لتحديد محتواه، كذلك فالنظام العام مستقل عن التشريع، وبناء عليه لا يكون ضروريا معرفة ما إذا كانت القاعدة القانونية مخالفة للنظام العام أم لا، ولكن المهم هو معرفة ما اذا كان التصرف القانوني مخالفا للنظام العام أم لا، لأن ذلك يعطي مفهوم النظام العام طابعا نسبيا واقعيا يعطي القاضي دورا ضروريا في تحديد نطاقه.[2]

إلا أن الدور الذي يقوم به القاضي المدني، يختلف كليا عن الدور الذي يقوم به القاضي الجزائي من حيث تحديد نطاق ومحتوى النظام العام وحسن الآداب، فالقاضي المدني يقوم بدور ايجابي بهذا الصدد، فهو يكشف عن النظام العام والآداب العامة من خلال ما يقضي به شعور الجماعة ومدى مخالفة التصرف الذي قام به الشخص للقيم الأخلاقية في المجتمع، إضافة إلى انه ملزم بتسبيب حكمه إذا كان مخالفا لحكم محكمة أخرى في دعوى مشابهه، أما القاضي الجزائي فإنه يكون ملزم بالمبدأ القاضي بألا جريمة ولا عقوبة إلا بنص القانون، حيث ينحصر تقديره للنظام العام والآداب من خلال جريمة جنائية.[3]

وفي هذا الصدد يقول الدكتور حسن كيرة أن فكرة النظام العام والآداب العامة هما فكرتان مرنتان يعطيان القاضي سلطة واسعة في تحديد مضمونهما، لأن هذا المضمون متغير في الزمان والمكان، ومع ذلك لا يستطيع القاضي أن يحدد هذا المضمون استنادا إلى قناعته الشخصية او معتقداته بدلا من معتقدات الجماعة، ذلك لأن فكرة النظام العام فكرة نسبية، أي أنها تنسب إلى جماعة معينة وزمن معين، لذا يكون القاضي مقيد في تحديد مضمونها بالرأي السائد للجماعة في زمن معين، وهو في ذلك يكون خاضع لرقابة محكمة النقض باعتبارها مسألة قانونية لا ينفرد في تقديرها قاضي الموضوع.[4]

كما أن مخالفة النظام العام والآداب العامة أمر مستقل عن مخالفة القواعد القانونية، وهذا يؤدي حتما إلى استقلال فكرة النظام العام والآداب عن نصوص القانون، مما يحتم بالضرورة تحديد مضمونها وما هو المقصود منها حتى يمكن تطبيقها، حيث أن فكرة النظام العام والآداب لا يمكن أن تكون مرتبطة في وجودها بوجود نصوص قانونية تكرسها .[5]

والدور الذي يقوم به القاضي هو من قبيل الرقابة الاجتماعية على القانون تجري من خلالها عملية فحص أو قبول أو رفض المصالح المتنافسة، لأن وظيفة المحاكم باعتبارها الوكيل الاسمي للقانون فرض الرقابة الاجتماعية.[6]

حيث إن السلطة القضائية في مجال تحديد الأبعاد الغائية لمفهوم فكرة النظام العام تقوم بدور مهم، من خلاله تعمل على وزن وقياس مدى مشروعية التصرفات الفردية والجماعية والمؤسسية من منظور قيم وأفكار وفلسفة الجماعة.[7]

بحيث يترك للقاضي مهمة تفسير هذه القيم والأفكار من خلال الروح السائدة في المجتمع، الأمر الذي يفضي إلى اعتبار القاضي مشرعا أو يكاد يكون مشرعا في هذه الدائرة المرنة التي تسمح له التقيد بكليات ومصالح أمته.[1]

---

[1] - جوليودي موريندار، من كبار رجال القانون في فرنسا وعميد كلية الحقوق بجامعة باريس، وكان رئيس اللجنة التي تشكلت بفرض تنقيح التقنين المدني الفرنسي في عام 1945.

[2] - روضة المهذبي، المرجع السابق، ص 35.

[3] - محمد عيد الغريب، المرجع السابق، ص 284 و285، بند 161.

[4] - حسن كيرة، المرجع السابق، ص52 و 53.

[5] - سمير عبد السيد تيناغو، المرجع السابق، ص 90.

[6] - دينس لويد ، المرجع السابق، ص 251.

[7] - عماد طارق البشري، المرجع السابق، ص57.

باعتبار أن فكرة النظام العام تنتمي إلى نطاق التفسير الذي يتولاه القضاة، فيجب أن يكونوا على درجة عالية من الوعي والإدراك بالخصائص السياسية، لفكرة القانون كما هي في الجماعة، بل أن القاضي يعي ويدرك الضمير الكامن للقانون في مجتمعه وروح هذا القانون إلا وهو النظام العام، فالأمر لا يتعلق بمعيار موضوعي، وإنما يتعلق بفكرة قانونية اجتماع يستشعرها القاضي بإحساسه الذي يقوده إليها من غير خطا يرتكبه إلا نادرا.[2]

و حتمية دور القضاء في صنع القانون، حتى في ظل نظام تشريعي مقنن، باعتبار أن هذه الوسيلة ضرورية لجعل القانون منسجما مع حاجات المجتمع الجديدة، فالقانون ما هو إلا وسائل يستهدف غايات لا يجوز أن ينحرف عنها، و دور القضاء يتمثل في مراقبة مستمرة لانسجامه مع الغايات التي يستهدفها.[3]

إلا انه في الحالة التي يقوم بها المشرع بإظهار روح النظام القانوني النظام العام أو فكرة القانون في أمر ما، فإنه لا يكون هناك حاجة إلى تدخل القاضي ليقوم بتحديد فكرة النظام العام في هذا الأمر، وذلك في الحالة التي يفرض فيها المشرع من خلال القانون الذي يسنه خطة شامله ويبرز فيها روح النظام القانوني في مجتمعه، فتكون مهمة القاضي فقط هي الاستجابة لهذه الخطة الواضحة التي وضعها المشرع.[4]

---

[1] - عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص437.
[2] - محمد عصفور، المرجع السابق، ص 120 و121.
[3] - دينس لويد، المرجع السابق، ص 309.
[4] - محمد عصفور، المرجع السابق، ص 120 و121، في الهامش رقم 3.

الفصل الثاني: دور فكرة النظام العام في تحديد نطاق الدفع.

الدفوع في قانون المرافعات توجد على أنواع متعددة، وهي كلها حقوق إجرائية، وليست واجبات، وبالتالي يملك صاحبها استعمالها أو عدم استعمالها، حتى وإن تعلقت بالنظام العام، فهي بالنسبة لصاحب الحق فيها تظل حقا إجرائيا، وقد لا يستعملها صاحبها.

والدفوع هي أدوات أو وسائل إجرائية من صنع المشرع الإجرائي، ويظهر ذلك بوضوح في الدفوع الشكلية والدفوع بعدم القبول، وبصورة أقل وضوحا في الدفوع الموضوعية. وقيام المشرع بتصميم الدفوع يقصد صياغتها بأسلوب فني، فهي صياغة ومضمون أو جوهر جوهرها مكنة أو سلطة تمنح للمدعى عليه وحده فهو صاحب الحق الإجرائي في التمسك في الدفوع.

والمدعى عليه هو كل من يشغل هذا المركز الإجرائي ويوجه إليه إدعاء. أما المدعي فهو صاحب الحق في الدعوى. هو نتوازن أقامه المشرع بين الخصمين، واحد له الدعوى وآخر له الدفع.[1]

وجوهر الدفع نشاط ايجابي، فعل أو حركة، هذا النشاط يصدر من المدعى عليه، بشكل محدد، هذا الشكل رسمه القانون الإجرائي، فهو شكل قانوني وليس شكل اتفاقي كقاعدة عامة. هذا الشكل له نتيجة أو غاية يهدف إليها. هذه النتيجة قد ترتبط بالحق الموضوعي المتنازع عليه وقد ترتبط بقبول الادعاء وقد تتعلق بشكل الإجراءات.

والدفوع في قانون المرافعات باعتبارها حقا إجرائيا للمدعى عليه لا تتعلق كقاعدة عامة بالنظام العام، وإنما تتعلق بمصالح الأفراد وحقوقهم وخصوماتهم وحقهم في الالتجاء إلى القضاء والحق في الدعوى وهذه المسائل كلها تتعلق بالصالح الخاص. لذا كان الأصل هو حرية الخصوم في التمسك بها أو عدم التمسك بها أمام المحاكم أو اتخاذ مواقف تدل على رغبة الخصم في إسقاط حقه في التمسك بالدفع.

وفي بعض الحالات يرى المشرع أن هناك اعتبارات معينة تجعل الدفع مهم لأنه يتعلق بمصلحة اجتماعية عالية القيمة،وفي هذه الأحوال يجعله متعلقا بالنظام العام. ويتم ذلك عن طريق النص الصريح على تعلق الدفع بالنظام العام أو ينص على جواز قيام القاضي بالحكم على مقتضاه من تلقاء نفسه.

هذا ما يدفعنا إلى بدل الكثير من التمحيص لتحديد دور فكرة النظام العام في تحديد نطاق هذا الدفع، والإجابة عن التساؤل الذي يدور في ذهن العديد من المختصين في حقل القانون ورجال القضاء، حول مدى اعتبار الدفع بالنظام العام دفعا شكليا(المبحث الأول)، أم دفعا موضوعيا(المبحث الثاني)، أم دفعا بعدم القبول(المبحث الثالث)، أم أنه دفع من نوع خاص (المبحث الرابع).

[1] - نبيل إسماعيل عمر، قانون أصول المحاكمات المدنية، المرجع السابق، ص 313 و 314.

المبحث الأول: الدفع بالنظام العام دفع شكلي.

تحتل الدفوع الشكلية مكانا مهما في ميدان قانون المرافعات، لأنها ترتبط بالنظام القضائي نفسه، حيث يبين قانون المرافعات الجزاء المترتب على مخالفة القواعد المنظمة لإجراءات المرافعات، وللدفوع الشكلية معنى محدد جدا في قانون المرافعات مرتبط بكيفية التمسك بهذا الجزاء.

وحق الخصم في التمسك بالدفوع الشكلية حق أساسي، فمن أجل المحافظة على الأشكال والأوضاع التي نص عليها قانون المرافعات كان من الضروري وضع الجزاء على مخالفتها وتحديد كيفية التمسك به حتى تحترم أوامر القانون و نواهيه، ولكن في الوقت ذاته يجب ألا يؤدي هذا الجزاء إلى تفضيل الشكل على الموضوع والتعسف في استخدامه وغل يد القاضي حتى مع إمكانية التصحيح وبالتالي إهدار الحقوق لأتفه الأسباب.

ومسألة تقرير الدفوع الشكلية ليست بالمسألة السهلة لأنها تحتاج إلى موازنة دقيقة بين مسألتين هما التشدد في الشكلية و التساهل فيها. وكلا الأمرين له أضراره فالتشدد في الشكلية يؤدي إلى جمود نظام التقاضي وعرقلة سير العدالة، ويؤدي إلى إبطال الدعاوى لأتفه الأسباب، مما يرهق القضاء بدعاوى مكررة لا تنقطع سلسلتها إلا بعد أمد بعيد . أما التساهل في الشكلية فقد يؤدي إلى فوضى في العمل القضائي والى إتاحة الفرصة أمام الخصوم للاحتيال على إجراءات التقاضي كسبة للوقت أو للمماطلة عند شعور الخصم بأنه على وشك أن يخسر دعواه أو دفعه. ولهذا، فإن الموازنة في ميدان الدفوع الشكلية هي مسالة أساسية في هذا الميدان وسوف نتابع هذه الموازنة في أثناء هذا البحث عبر دراسة مقارنة بين قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري والقوانين العربية والأجنبية الأخرى مع عرض وتحليل الآراء الفقهية و التطبيقات القضائية. وذلك من لأجل تحديد أفضل الأسس التي يفترض أن تبنى عليها الدفوع الشكلية.

تخضع الدفوع الشكلية لجملة من المبادئ و الأحكام التي تشكل مجتمعة النظام القانوني الذي يحدد كيفية استعمالها منذ وقت إبدائها إلى غاية الفصل فيها، و يؤدي قبولها إلى ترتيب آثار هامة أبرزها هو بطلان العمل الإجرائي الذي يترتب نتيجة مخالفة الإجراء النموذجي القانوني أو عدم توفر أحد الشروط اللازمة لصحته، بالإضافة لأثر الانعدام الذي لا زال محل خلاف فقهي و سوف نحاول من خلال هذا المبحث تحديد مدلول الدفع الشكلي(المطلب الأول)، ومن ثم شروط قبول الدفع الشكلي(المطلب الثاني)، بعدها نستعرض أنواع الدفوع الشكلية (المطلب الثالث)، والمبادئ التي تحكم الدفوع الشكلية (المطلب الرابع)، ثم في الأخير نناقش مسألة مدى تعلق الدفوع الشكلية بالنظام العام (المطلب الخامس).

المطلب الأول: مدلول الدفع الشكلي.

الدفع بمعناه العام، "هي جميع وسائل الدفاع التي يجوز للخصم أن يستعين بها ليجيب عن دعوى خصمه، بقصد تفادي الحكم لخصمه بما يدعيه سواء كانت هذه الوسائل موجهة إلى الدعوى أو بعض إجراءاتها أو موجهة إلى أصل الحق المدعي به أو إلى سلطة الخصم في استعمال دعواه منكرا إياها".[1]

أما الدفع بمعناه الخاص، فيقصد به الوسائل التي يستعين بها الخصم ويطعن بمقتضاها في صحة إجراءات الدعوى، دون التعرض لأصل الحق الذي يدعيه خصمه الآخر، فيتفادى بها مؤقتا الحكم عليه بما يطلبه هذا الخصم، كأن يجيب أن الدعوى قد رفعت إلى محكمة غير مختصة، أو رفعت بإجراء باطل، ووسائل الدفاع هذه تعرف بالدفوع الشكلية، أما وسائل الدفاع المتعلقة بأصل الحق فتعرف بالدفوع الموضوعية.[2]

---

[1] - آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، طبع جامعة بغداد، العراق، 1988، ص 210.

[2] - عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، طبع جامعة الموصل، العراق، 2000، ص 299.

الفرع الأول: المدلول الفقهي للدفع الشكلي.

إذا رجعنا إلى المعنى اللغوي للدفوع الشكلية، فإننا نجد أن كلمة دفع قد وردت في اللغة العربية بمعنى؛ "أبعده بقوة وأزاله، ودفع القول: رده وأبطله بالحجة وان كلمة شكل قد وردت بمعنى صورة الشيء هيئته،[1] ولعل هذا المعنى اللغوي لا يتطابق كلية مع المعنى الاصطلاحي للدفوع الشكلية.[2] ذلك لأن مصطلح الدفوع الشكلية قد أصبح له معني محدد في التعريف الاصطلاحي في نطاق قانون المرافعات يتميز عن معناه اللغوي.[3]

الفرع الثاني: المدلول الاصطلاحي للدفع الشكلي.

لقد وضعت تعاريف عديدة للدفوع الشكلية، وكل واحد يسير في الاتجاه الذي يعتقد واضعه أنه يعبر بدقة عن فكرة الدفوع الشكلية، ولعل أبسط تعريف للدفوع الشكلية هو ما أورده الدكتور أحمد أبو الوفا من أن الدفع الشكلي: " هو وسيلة دفاع، وهو يوجه إلى إجراءات الخصومة دون المساس بأصل الحق المدعى به، ويقصد به تفادي الحكم مؤقتا في الموضوع ".[4] ويعد الدفع الشكلي واحد من الحقوق الإجرائية، فإن تم مباشرة إجراءات الخصومة خلافا للشكل أو الترتيب أو الميعاد المقرر قانونا نتج بطلان العمل الإجرائي و تولد عنه دفع شكلي.

ويعرفها الدكتور أحمد السيد صاوي بأنها: "الدفوع التي تتعلق بصحة الخصومة أمام المحكمة أو ببعض إجراءاتها، كالدفع بعدم اختصاص المحكمة أو بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى أو ببطلان أوراق التكليف بالحضور أو أي دفع شكلي يتعلق بالإجراءات". [5]

أما المستشار معوض عبد التواب فقد عرف الدفع الشكلي بأنه:" هو الذي يوجه إلى إجراءات الخصومة بغرض استصدار حكم ينهي الخصومة دون الفصل في موضوعها أو يؤدي لتأخير الفصل فيها، فهو وسيلة دفاع يوجه إلى إجراءات الخصومة دون المساس بأصل الحق المدعى به".[6] وهي وفقا للدكتور أحمد هندي:" الوسيلة التي يطعن بها في صحة الخصومة أو في الإجراءات المكونة لها. وينقل المناقشة من الموضوع إلى مسألة الشكل، أي يثير نزاع عارض يتصل بشكل الإجراءات التي رفع بها النزاع الموضوعي أو بولاية المحكمة التي تنظره والدفوع الإجرائية غير حصرية".[7]

وقريب من هذا، تعريف القاضي مدحت المحمود حيث يعرف الدفع الشكلي بأنه: " هو الذي يتعرض إلى إجراءات الدعوى بقصد تعطيل سيرها ، فهو لا يتعرض إلى الحق الموضوعي الذي يستند المدعي إليه ولا يتعرض إلى الوسيلة التي يحمي المدعي حقه بها ، ولكن يتعرض إلى عدم صحة عمل من أعمال كالدفع ببطلان عريضة الدعوى".[8]

---

[1] - نجلاء توفيق فليح، الدفوع الشكلية في قانون المرافعات، دراسة مقارنة، مجلة الرافدين للحقوق، كلية القانون، جامعة الموصل، مجلد 2، السنة العاشرة، عدد 25، 2005، ص 93.

[2] - وتستعمل قوانين المرافعات المقارنة مصطلح الدفع الإجرائي حيث استخدم المشرع المصري تعبير الدفوع المتعلقة بالإجراءات (المادة 108 من قانون المرافعات المصري)، وأطلق عليها المشرع الفرنسي (*exception de procédure*) بالمادة 73 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، ويبدو لنا أن مصطلح الدفع الشكلي أكثر دقة.

[3] - نجلاء توفيق فليح، المرجع السابق، **ص** 93.

[4] - أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثامنة، 1988، ص 129.

[5] - أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 1981، ص 209.

[6] - معوض عبد التواب، الموسوعة النموذجية في الدفوع، الجزء الأول، دار الفكر الجامعي، 1999، ص 53.

[7] - أحمد هندي، أصول المحاكمات المدنية، المكتبة القانونية، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1989، ص 217.

[8] - نجلاء توفيق فليح، المرجع السابق، **ص** 94.

كما عرفها الأستاذ محمد العشماوي والدكتور عبد الوهاب العشماوي:" بأنها الوسائل التي يدفع بها المدعي عليه الخصومة بغير أن يواجه موضوعها أو يناقشه، وذلك لتجنب الفصل فيه إلى أجل معين أو لحين قيام المدعي باستيفاء إجراءات خاصة".[1]

ونجد كذلك، الدكتور مفلح عواد القضاه يعرفها بأنها:" الدفوع التي توجه إلى الخصومة القضائية أو بعض إجراءاتها دون التصدي لذات الحق المدعى به، أو المنازعة فيه وتهدف إلى تفادي الحكم في الموضوع بصفة مؤقتة".[2]

بالإضافة للتعريف الذي أورده المستشار عبد الحميد المنشاوي، ومفاده:" أن الدفوع الشكلية يقصد بها كل دفع يتعلق بالإجراءات، فهي لا تواجه موضوع الخصومة أو الحق المدعى به، وإنما تستهدف الطعن في صحة الخصومة والإجراءات المكونة لها".[3]

وكذلك المستشار أنور طلبة كان له ما يقوله في هذا الصدد، حيث عرف الدفوع الشكلية بأنها:" تلك المتعلقة بالإجراءات التي اتخذها المدعي ضد المدعى عليه وتهدف إلى منع المحكمة من التصدي لموضوع الدعوى".[4]

الملاحظ على كل هذه التعريفات على اختلاف صيغها أنها تصب في نفس المعنى، والذي يفيد بأن الدفع الشكلي هو الوسيلة التي يرمي من خلالها أحد طرفي الخصومة، وغالبا يكون المدعى عليه إيقاف سير الدعوى بصورة مؤقتة دون المساس بالموضوع، وذلك بتوجيه الدفع لإجراءات الخصومة دون موضوعها.

في حين توسع الشراح الفرنسيون في تعريفهم للدفع الشكلي بالقول أنه:" وسيلة دفاع يقصد بها الخصم تفادي الحكم عليه بصفة مؤقتة ويطعن بها في إجراءات الخصومة، إما لأنها رفعت إلى محكمة غير مختصة أو رفعت بإجراء باطل، أو يتعين وقف إجراءاتها لمدة معينة أو حتى يستوفي إجراء من الإجراءات، وذلك كله من غير المساس بأصل الحق المدعى به".[5]

ويشير الأستاذان (*jean Vincent & Serge Guinchard*)، إلى أن الدفوع الشكلية هي عقبات غالبا ما تكون وقتية تتعلق بسلامة إجراءات الدعوى ومدى مطابقتها لقانون المرافعات دون مناقشة موضوعها.[6]

الفرع الثالث: المدلول القانوني للدفع الشكلي.

وفي الحقيقة أن التعريف قد يتسع ويضيق حسب موقف المشرع من نظرية الدفوع الشكلية، فبعض التشريعات تنص على حصر الدفوع الشكلية، مما يستلزم، والحالة هذه، الإشارة إليها عند وضع تعريف للدفوع الشكلية، فالمشرع الفرنسي في القانون الملغي قد حصر الدفوع الشكلية وعددها على سبيل الحصر؛ لذلك نجد أن شراح القانون القديم اضطروا إلى الإشارة إلى هذه الحالات في تعاريفهم، حيث حدد قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم في المادة 166 وما بعدها خمسة أنواع من الدفوع

---

[1] - محمد العشماوي و عبد الوهاب العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري و المقارن، مكتبة الأدب ومطبعتها، دار الفكر العربي، مصر، ص 212.

[2] - مفلح عواد القضاه، أصول المحاكمات المنية و التنظيم القضائي، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 2004، ص 272.

[3] - عبد الحميد المنشاوي، التعليق على قانون المرافعات طبقا للتعديلات الواردة في القانونين رقمي 6 لسنة 1991، 23 لسنة 1992،-دار الفكر العربي، 1993، ص 155.

[4] - أنور طلبة، موسوعة المرافعات المدنية و التجارية، الجزء الثاني، دار المطبوعات الجامعية، 1994، ص 136.

[5] - *jean Vincent & Serge Guinchard, procédure civile, vingt et unième édition, Dalloz, p 131.*

[6] - *Ibid. p131.*

الشكلية، والقول نفسه ينطبق على قانون المرافعات المصري الملغي (القانون رقم 77 لسنة 1949)، إذ حصر الدفوع الشكلية بحالات نص عليها بصراحة ووضوح وكان في ذلك متفقة مع القانون الفرنسي القديم عدا الدفع المتعلق بوجوب تقديم كفالة فهو لم يقرر نصا مماثلا للنص الفرنسي.[1]

غير أن كلا القانونين هجرا مسلكهما السابق إذ لم ينص القانون الفرنسي النافذ المعدل الصادر في 5 ديسمبر 1975، على حصر الدفوع الشكلية وإنما أشار في المادة 73 منه على أن : " يعتبر دفع متعلقة بالإجراءات كل دفع يتصل ببطلانها أو باعتبارها كأن لم تكن أو يتصل بوقف السير في الدعوى ". كما أشار إلى خمسة أصناف من الدفوع.[2]

كما لم ينص قانون المرافعات المصري رقم 77 لسنة 1949 الملغي، على حصر تلك الدفوع وكذلك قانون المرافعات المدنية والتجارية النافذ رقم 13 لسنة 1968 المعدل،[3] فالاتجاه الراجح يسير إلى عدم حصر هذا النوع من الدفوع، لذلك، فإنه يمكن والحالة هذه التحرر من تعداد الدفوع الشكلية عند إيراد تعريف لها، والاكتفاء بوضع أفكار عامة تصلح أن تكون إطارا لتلك التعاريف. فالدفع يعد شكليا إذا كان يرمي إلى تعطيل نظر موضوع القضية لسبب يتعلق باختصاص المحكمة أو بإجراءات الخصومة. وعلى هذا نرجح تعريف الدفوع الشكلية بأنها " الدفوع التي توجه إلى إجراءات الخصومة،[4] بغرض استصدار حكم ينهي الخصومة دون الفصل في موضوعها، أو يؤدي إلى تأخير الفصل فيها،[5] ذلك أن الدفع الشكلي يناقش مسألة الشكل، فهو يثير نزاعة عارضا يتصل بشكل الإجراءات التي رفع بها النزاع أو بولاية المحكمة التي تنظره.[6]

وبإيجاز أن الحد الفاصل بين الدفع الموضوعي والدفع الشكلي أن الأخير يهدف إلى تجميد الحق موضوع الطلب في حين أن الأول يهدف إلى رد ادعاءات المدعي كلا أو جزءا.

ما تجدر الإشارة إليه، أنه في الغالب المشرع الجزائري لم يتطرق إلى التعريفات، لكن بالنسبة للدفوع الشكلية فقد عرفها في المادة 49 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنها:"....هي كل وسيلة تهدف هدف إلى التصريح بعدم صحة الإجراءات أو انقضائها أو وقفها".

يفهم من هذا التعريف أن الدفوع الشكلية تثار للطعن في صحة إجراءات الخصومة، كلها أو البعض منها، بهدف تفادي الحكم فيها مؤقتا، دون التعرض لأصل الحق، ومنه يثير المدعى عليه عدم اختصاص المحكمة أو بطلان التكليف بالحضور الموجه له أو يهدف إلى إرجاء الفصل، منه فالدفوع الشكلية تعد عائق توجه إلى إجراءات الخصومة، دون مناقشة الموضوع.

---

[1] - أحمد أبو الوفا، المصدر السابق، ص 21 و 24.

[2] - وهي: الدفع بعدم الاختصاص والدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة اخرى والدفع بالتلازم والدفع بالبطلان والدفع بالتسويف أو المماطلة (وهي التي يطلب بها من المحكمة وقف الإجراءات أو تأجيلها بقصد كسب الوقت) وقد الغي القانون الجديد الدفع المتعلق بعدم تقديم كفالة النفقات القضائية التي كان يجب على المدعي من جنسية أجنبية تقديمها راجع :
jean Vincent & Serge Guinchard , Ibid ,p 131 .

[3] - وإن كان ثمة من يذهب إلى أن الدفوع الشكلية محددة على سبيل الحصر ، فلا وجود للدفوع خارج تلك التي نص عليها المشرع (جابيو، بند 127، ص 116. مشار إليه في : فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني ، القاهرة ، مطبعة القاهرة ، دار النهضة العربية، 1987، ص 483.

[4] - فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني ، المصدر السابق، ص 538؛ أحمد هندي ، المصدر السابق ، ص 217؛ آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، بغداد ، 1988، ص 212 ؛ جليل حسن الساعدي، كفالة حق الدفاع ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد، العراق، 1993، ص 165.

[5] - وجدي راغب، مبادئ الخصومة المدنية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1978، ص 214.

[6] - أحمد هندي، المصدر السابق، ص 217.

المطلب الثاني: شروط قبول الدفع الشكلي.

يشترط لقبول الدفع ما يشترط لقبول الدعوى طبقا لما يأتي بيانه:

الفرع الأول: الصفة.

لا يثور هذا الشرط بالنسبة للدفوع التي يثيرها القاضي من تلقاء نفسه لتعلقها بالنظام العام، إذ يجوز لأي خصم في هذه الحالة إبداؤها لتنبيه القاضي إليها، إنما يثور بالنسبة للدفوع الأخرى التي يلزم التمسك بها حتى تقضي بها المحكمة، ولتوافر الصفة في الدفع الإجرائي لصاحب الحق الإجرائي الذي يتمسك به الخصم في الدفع.[1]

الفرع الثاني: المصلحة.

وهي الفائدة العملية لقبول الدفع ويجب أن تتوفر فيها خصائص بأن تكون مصلحة قانونية، شخصية، مباشرة قائمة وحالة.

أولا- أن تكون مصلحة قانونية: أي المصلحة التي يقرها القانون أي يستند الدفع إلى حق أو مركز قانوني بحيث يكون الغرض منه حماية هذا الحق أو المركز القانوني أما إذا كان الدفع لا يستند على حق أو مركز يقره القانون فهنا تكون المصلحة اقتصادية لا تكفي لقبول الدفع.

ثانيا- أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة: أي يجب أن يتعلق الدفع بصاحب الحق فيه فلا يجوز أن يبدي الدفع شخص لصالح غيره ما لم يكن ممثل قانوني له أوله الولاية عليه ويرى بعض الفقهاء أن هذا الشرط هو ذاته شرط الصفة.

ثالثا- يجب أن تكون المصلحة قائمة وحالة: أي غير محتملة.

- أما فيما يتعلق بشرط الأهلية فهو ليس شرط لقبول الدفع (كذلك الدعوى)، إنما هي شرط لصحة الإجراءات، بالتالي، إذا أبدي الدفع ممن ليس أهل لإبدائه كان دفعه مقبولا لكن إجراءاته تكون باطلة، وجاز للخصم المقابل الدفع ببطلان الإجراءات لعدم توفر شرط الأهلية.[2]

غير أنه يجب إبداء الدفوع الشكلية مرة وحدة قبل أي دفع في الموضوع أو دفع بعدم القبول، تحت طائلة عدم القبول كما ورد في المادة 50 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، لأن التطرق مباشرة لمناقشة الموضوع يفترض أن الخصم تنازل عن إبداء الدفوع الشكلية، إلا إذا تعلقت هذه الأخيرة بالنظام العام.

المطلب الثالث: أنواع الدفوع الشكلية.

نص المشرع العراقي على الدفوع الشكلية في المواد (73- 74) من قانون المرافعات العراقي رقم (83) لسنة 1969، مما أثار خلاف في الفقه حول ما إذا كانت الدفوع الواردة في تلك النصوص قد جاءت على سبيل المثال أم على سبيل الحصر، إلا أن الراجح لدينا أن تلك الدفوع قد جاءت على سبيل المثال، إذ لم يرد في تلك النصوص ما يوحي أنها واردة على سبيل الحصر. كما أنه مما يخالف المنطق السليم عدم اعتبار وسيلة معينة دفع شكلية على الرغم من توافر خصائص هذا الدفع فيها على أساس أن

---

[1] - معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص 15و 16.

[2] - أحمد مليجي، التعليق على قانون المرافعات بآراء الفقه و الصيغ القانونية و أحكام النقض، الجزء الأول، ص70 و 71 و 93.

القانون لم ينص عليه بشكل صريح.[1] وقد كان قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية لسنة 1956، الملغي قد مثل لما أسماه بالدفوع الفرعية،[2]بالدفع بعدم اختصاص المحاكم أو عدم صلاحيتها والطعن بالتبليغات وتجاوز المهل القانونية،[3] وطلبات رد الحكام ونقل الدعوى وتعيين المرجع، ثم أضاف وغير ذلك مما يتعلق بقانونية الإجراءات والمرافعات الجارية ، أي أنه لم يحصر الدفوع الشكلية.

ويعتبر من الدفوع الشكلية الدفع بعدم الاختصاص، والدفع ببطلان التبليغات، والدفع بتجاوز المهل القانونية ويشترط توافر المصلحة لقبوله، ويفترض المشرع توافر هذه المصلحة لدى من يتمسك بالدفع الشكلي، وأن هذه المصلحة ستضار حتما بمجرد الإخلال بالقواعد الإجرائية المنصوص عليها في قانون المرافعات.[4]

الفرع الأول: التقسيم الفقهي للدفوع الشكلية.

قسم الفقه الدفوع الشكلية إلى دفوع شكلية نسبية ودفوع شكلية مطلقة، وذلك حسب تعلقها من النظام العام من عدمه.

أولا- الدفوع الشكلية النسبية.

وهي الدفوع التي يلزم التقدم بها قبل أي دفع آخر و إلا سقط الحق فيها، إذ أن ما يميز هذه الدفوع أنها غير متعلقة بالنظام العام، بل هي مقررة لمصلحة أحد الخصوم الذي يريد التمسك بها، لذلك ولأنها غير متعلقة بالنظام العام ولا تضر بنظام التقاضي، فإن المشرع[5]لم يشأ أن يترك وقت تقديمها لأهواء الخصوم ، ويدعهم يتربصون بالدعوى حتى إذا أوشكت على الحسم ضد مصلحتهم فاجئوا القاضي بإيرادها، مما يؤدي قبول إثارتها في زمن لاحق إلى ضياع جهد المحكمة وتكليف الخصوم الكثير من النفقات؛ لذلك حرص المشرع على النص بوضوح على تقديم هذه الدفوع قبل أي دفع موضوعي أو دفع بعدم القبول وإلا سقط الحق فيه. وهو قيد يتحدد به المدعى عليه، وهكذا فان تقديمه لدفاع موضوعي أو دفع موضوعي أو إبداء أي طلب يودي إلى سقوط حقه في إبداء هذا النوع من الدفوع.[6] ولكن يفترض إتباع التفسير الضيق الوقائع المسقطة للحق في التمسك بالدفع الشكلي[7] فلا يسقط الحق بمجرد إبداء العبارات العامة كالقول بأن الادعاء لا أساس له من الصحة،[8] أما ترك الأمر

---

[1] - سعدون القشطيني، شرح أحكام المرافعات، دراسة تحليلية في قانون المرافعات العراقي، الجزء الأول، بغداد العراق، 1979، ص 223. حيث يذهب إلى أنه " لما كانت القواعد الشكلية منصوص عليها بقانون المرافعات بالمواد (73، 74/ 75، 76، 77)، مرافعات، لذا تتحدد هذه الدفوع بتلك النصوص ".

[2] - المادة (6) من نفس القانون .

[3] - ضياء شيت خطاب، الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية، مطبعة العاني، بغداد، العراق، 1973، ص 118 و 119.

[4] - محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي، قانون المرافعات في التشريع المصري والمقارن، الجزء الثاني، المطبعة النموذجية، مصر، 1957، ص 213. جليل حسن الساعدي، المصدر السابق، ص 166 .

[5] - المواد (73 و74) من قانون المرافعات العراقي، والمادة (108) من قانون المرافعات المصري النافذ، والمادة (74) من قانون المرافعات الفرنسي النافذ. وبالإضافة إلى ذلك أكد المشرع المصري في الفقرة 3 من المادة (108) على وجوب إبداء جميع الوجوه التي يبنى عليها الدفع المتعلق بالإجراءات معا وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها.

[6] - والطلب أو الدفاع في الدعوى هو ما يهاجم به الخصم ادعاء خصمه باعتبار أن هذا الادعاء لا يقوم على أساس من الواقع أو القانون. فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، الإسكندرية، منشأة المعارف، ط 1، 1959، ص 573.

[7] - فتحي والي، نظرية البطلان، المصدر السابق، ص 574؛ جليل الساعدي، كفالة حق الدفاع، المرجع السابق، ص 168 و 169. من ذلك مثلا لا يعد كلاما في الموضوع مجرد إجابة الخصم بعبارات ذات طابع عام كالقول بان الادعاء لا أساس له من الصحة.

[8] - عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، ج 1، مطبعة العاني، بغداد، 1970، ص 378؛ فتحي والي، نظرية البطلان، المصدر السابق، ص 574.

للمحكمة فانه يعتبر كلام في الموضوع، و طلب تأجيل الدعوى للاطلاع على المستندات لا يسقط الحق في الدفع.

وقد حسم المشرع الفرنسي هذا الموضوع في المادة 74 من قانون المرافعات النافذ حيث قرر أن طلب الاطلاع على المستندات لم يعد يشكل سببا لسقوط الدفع الشكلي كما كان الأمر في القانون السابق. في حين أن الدفع بانقضاء الدين بالوفاء يسقط الحق بعدم اختصاص المحكمة المكاني،[1]وبالنسبة للمذكرات المكتوبة، فيذهب رأي؛ إلى أنه يجب أن يراعى الترتيب الذي نص عليه المشرع بأن تسبق الدفوع الشكلية النسبية غيرها من الدفوع في اللائحة،[2] ولا نتفق مع هذا الرأي؛ ذلك أن الكلام في الموضوع الذي يفقد الحق في التمسك بالبطلان ، هو الذي يتم في عمل مستقل لان غاية المشرع من وجوب الدفع بالبطلان قبل التكلم في الموضوع تفويت الفرصة على الخصم سيئ النية للتمسك به في مرحلة متأخرة وتخليص الخصومة من المسائل الشكلية قبل مناقشة الموضوع، وبالتالي، فإن الدفع الموجود في الورقة بعد إبداء الدفع الموضوعي لا يسقط الحق، وبالتالي، فإذا حدث وقدم الخصم في ورقة واحدة دفوعه الموضوعية وتمسك بالبطلان وجاء التكلم في الموضوع قبل الدفع بالبطلان فانه لا يفقد حقه.[3]

مع ملاحظة أن طلب رد القاضي يجب أن يقدم قبل الدخول في أساس الدعوى وإلا سقط الحق فيه.[4] وتقدير مسألة الكلام في الموضوع التي تؤدي إلى سقوط الحق في الدفع الشكلي تخضع لمطلق السلطة التقديرية للقاضي، فإذا ما انتهى القاضي من تقديره إلى أن الخصم قد تكلم في الموضوع فانه يترتب تكييف السقوط على فقدان الخصم الحقه في التمسك بالدفع الشكلي.[5]

و لهذه القاعدة أصل تاريخي في فرنسا يرجع إلى القرن الرابع عشر حيث كان المحامون يتعمدون الإهمال في كتابة أوراق المرافعات مما يترتب عليه كثرة الحكم بالبطلان. وكان الخصم في كل مرة يلزم بإعادة الإجراءات بعد أن تكون الدعوى قد وصلت إلى نهايتها ولمحاربة هذا الوضع الذي لا يتفق مع قواعد العدالة تم إلزام المحامين بعدم التكلم في الموضوع قبل تصفية جميع المشاكل المتعلقة بالشكل وتطورت القاعدة وأصبح التكلم في الموضوع يؤدي إلى سقوط الحق في الدفوع الشكلية.[6]

وقد اختلفت الآراء حول الأساس القانوني لسقوط الحق في التمسك في الدفع الشكلي إلى افتراض المشرع أن التعرض للموضوع يعد تنازلا عن التمسك بالجزاء المقرر المخالفة الإجراء.[7] ووفقا لهذا الرأي لا يسقط حق الخصم في التمسك بهذا الدفع ما لم يكن عالما بحقه أو بالسبب المنشئ لهذا الحق مع ملاحظة أن المشرع يفترض علم الخصم بمواطن البطلان ، متى اتخذ الإجراء في مواجهته . في حين يذهب رأي آخر إلى أن أساس سقوط حق التمسك بالدفع الشكلي هو تحديد المشرع واقعة معينة هي واقعة.

---

[1] - طلب التأجيل بعامة لا يعد كلاما في الموضوع إلا إذا كان من اجل سبب موضوعي مثل طلب التأجيل لتقديم أوراق ثبوتية معينة.

[2] - عبد الرحمن العلام، قواعد المرافعات العراقي، ج 1، بغداد، 1961، ص 379.

[3] - فتحي والي، نظرية البطلان، المصدر السابق، ص 578.

[4] - المادة (41/95)، من قانون المرافعات العراقي.

[5] - نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دراسة تحليلية مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ط 1، 1983، ص 417.

[6] - فتحي والي، نظرية البطلان، ص 570؛ عبد الرحمن العلام، المصدر السابق، ص 378.

[7] - عبد الجليل برتو، شرح قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية، الشركة الإسلامية للطباعة والنشر المحدودة، بغداد، العراق، 1957، ص 38.

ثانيا- الدفوع الشكلية المطلقة.

وهذه الدفوع متعلقة بالنظام العام مما يعطيها أهمية خاصة تبيح لأي طرف من الأطراف التقدم بها في أي مرحلة من مراحل الدعوى؛ ولأنها متعلقة بالنظام العام، فإنه يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أن تثيرها حتى في حالة عدم تمسك الخصوم بها.

إن أهم ما يلاحظ على هذه الدفوع، أنها لا تتعلق فقط بمصلحة الخصوم بل أنها تمس نظام التقاضي ذاته مما دفع المشرع إلى الحرص على عدم تفويت فرص عرضها على المحكمة في أية مرحلة كانت عليها الدعوى وإذا ما تعمد الخصوم أو اقتضت مصلحتهم إغفال التمسك بها فنجد أن المشرع أوجب على المحكمة ذاتها ومن تلقاء نفسها أن إثارتها.

الفرع الثاني: تقسيم المشرع الجزائري للدفوع الشكلية.

حصر المشرع الجزائري الدفوع الشكلية في الأنواع التالية:

أولا- الدفع بعد الاختصاص الإقليمي:

هو الدفع الذي ينكر به الخصم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى طالبا تنحيتها عن الفصل والنظر في الدعوى المعروضة عليها، لأنها ليست من اختصاصها وفقا لما تقرره قواعد الاختصاص الإقليمي، ويمتاز هذا الدفع بأنه لا يتعلق بالنظام العام، لهذا يجب أن يقدمه المدعى عليه قبل أي دفع في الموضوع أو دفع بعدم القبول، وأن يسبب طلبه وبيّن الجهة القضائية التي يستوجب رفع الدعوى أمامها، ولا يجوز للمدعى أن يثير هذا الدفع بل هو حق للمدعى عليه فقط ومن في منزلته وفقا لنص المادة 51 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[1]

يفصل القاضي بحكم في الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي ولهذا الحكم حجية نسبية فقط، لأنه حكم إجرائي غير منهي للنزاع حول الحق، وإذا أدى إلى زوال الخصومة، فإنه لا يمنع من تجديد المطالبة بذات الحق أمام محكمة أخرى تكون هي المختصة بالفصل في النزاع وفقا لقواعد الاختصاص الإقليمي.

ثانيا- الدفع بوحدة الموضوع والدفع بالارتباط:

قد يحدث وأن تختص اكثر من محكمة بدعوى واحدة فيرفع المدعى عدة دعاوى أمام عدة محاكم وهنا ينشأ للمدعى عليه الحق في الدفع بالإحالة لوحدة الموضوع، هذا إضافة إلى إمكانية رفع عدة دعاوى مرتبطة ببعضها تقتضى المصلحة الجمع بينها لتسهيل الفصل فيها ومنع تعارض الأحكام، ويعتبر الدفع بالإحالة دفع شكلى له نفس هدف الدفع بعدم الاختصاص المحلي إذ يرمي إلى منع المحكمة المعروض عليها النزاع من الفصل فيه وقد تناول المشرع الجزائري أحكام الدفع بوحدة الموضوع والارتباط في المواد من 53 إلى 59 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

1-الدفع بوحدة الموضوع:

يقتضي حسن سير العدالة عدم جواز إقامة دعويين على نفس الموضوع أمام محكمتين في درجة واحدة ومن نفس النوع ولو كان الاختصاص منعقدا لكل منهما، لما في ذلك من مضيعة للوقت والنفقات وتفاديا التناقض المحتمل بين الأحكام، و تقوم وحدة الموضوع عندما يرفع نفس النزاع إلى جهتين قضائيتين مختصتين ومن نفس الدرجة، فيدفع أحد الخصوم بوحدة الموضوع. ويجب أن يقدم هذا الدفع

[1] - تنص المادة 51 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه :" يجب على الخصم الذي يدفع بعدم الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية، أن يسبب طلبه، ويعين الجهة القضائية التي يستوجب رفع الدعوى أمامها".

قبل أي دفاع في الموضوع، والهدف من الدفع هو لتفادي صدور حكمين أو أحكام متناقضة. ويترتب على قبول الدفع بوحدة الموضوع الآثار التالية:

-يجب أن تتخلى الجهة القضائية الأخيرة التي رفع إليها النزاع لصالح الجهة الأخرى وفقا لطلب أحد الخصوم طبقا للمادة 54 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[1]

- يجوز للقاضي أن يتخلى عن الفصل تلقائيا إذا تبين له وحدة الموضوع.

-الأحكام الصادرة في التخلي بسبب وحدة الموضوع ملزمة للجهة القضائية التي تم التخلي لفائدتها أو التشكيلة المحال إليها، وهي غير قابلة لأي طعن حسب المادة 57 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2-الدفع بالارتباط:

هو حالة إجرائية تقوم عندما تكون هناك علاقة بين قضايا مرفوعة أمام تشكيلات مختلفة لنفس الجهات القضائية، أو أمام جهات قضائية مختلفة، والذي يستلزم لحسن سير العدالة أن ينظر ويفصل فيها معا حسب المادة 55 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[2] و يترتب على قبول الدفع بالارتباط الآثار التالية:

-يجب على آخر جهة قضائية أو آخر تشكيلة التي رفع إليها النزاع أن تأمر بالتخلي عنه لصالح جهة قضائية أخرى بموجب حكم مسبب بناء على دفع يقدمه أحد الخصوم أو تلقائيا، حسب المادة 56 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[3]

- تكون الأحكام الصادرة في التخلي بسبب الارتباط ملزمة للجهة القضائية التي تم التخلي لفائدتها أو التشكيلة المحال إليها، وهي غير قابلة لأي طعن. [4]

- تقضي جهة الإحالة بالضم تلقائيا في حالة وجود ارتباط بين خصومات مطروحة أمام تشكيلات مختلفة لنفس الجهة القضائية أو أمام جهات قضائية مختلفة بعد التخلي.[5]

ثالثا-الدفع بإرجاء الفصل.

هو دفع يتقدم به أحد الخصوم يلتمس من خلاله تأخير الفصل في النزاع المطروح أمام القاضي ليمكنه من القيام بإجراء معين كإدخال خصم أو استدعائه أو إتمام إجراءات الخبرة ويجب على القاضي إرجاء الفصل في الخصومة إذا نص القانون على منح أجل للخصم الذي يطلبه، حيث نصت المادة 59 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:" يجب على القاضي إرجاء الفصل في الخصومة إذا نص القانون على منح أجل للخصم الذي يطلبه".

---

[1] - تنص المادة 54 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه :" يجب على الجهة القضائية الأخيرة التي رفع إليها النزاع أن تتخلى لصالح الجهة الأخرى، إذا طلب أحد الخصوم ذلك.
ويجوز للقاضي أن يتخلى عن الفصل تلقائيا إذا تبين له وحدة الموضوع".

[2] - تنص المادة 55 من نفس القانون على أنه:" تقوم حالة **الارتباط** عند وجود علاقة بين قضايا مرفوعة أمام تشكيلات مختلفة لنفس الجهة القضائية، أو أمام جهات قضائية مختلفة، والتي تستلزم لحسن سير العدالة أن ينظر ويفصل فيها معا".

[3] - تنص المادة 56 من نفس القانون على أنه:" التخلي عن النزاع بسبب الارتباط بين القضايا، يؤمر به من طرف آخر جهة قضائية أو آخر تشكيلة طرح عليها النزاع، لصالح جهة قضائية أو تشكيلة أخرى بموجب حكم مسبب بناء على طلب أحد الخصوم أو تلقائيا".

[4]- المادة 57 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

[5] - المادة 58 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

وما يميز هذا الدفع أن قاعدة وجوب إبداؤه قبل الدفوع الموضوعية تستثنى فيه، فهذا الدفع الشكلي ذو طبيعة مزدوجة فقد يكون في آن واحد دفعا إجرائيا إذا كان القصد منه التأجيل للإطلاع على الملف أو لتقديم دفاع في الشكل أو في المضمون، كما هو الحال في طلب الضامن المدخل في الخصام لأجل تحضير دفاعه، أو قد يكون دفعا موضوعيا إذا بني على سبب موضوعي كطلب التأجيل لإدخال الضامن.

إن إرجاء الفصل في الدعوى يؤدي إلى وقف السير في الخصومة فترة من الوقت مع بقائها قائمة ومنتجة لآثارها، وهنا تدخل الخصومة في حالة ركود. وقد نص المشرع الجزائري في المادة 213 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه توقف الخصومة بإرجاء الفصل فيها، ويكون إرجاء الفصل طبقا للمادة 214 من قانون الإجراءات المدنية بناءا على طلب الخصوم باستثناء الحالات المنصوص عليها في القانون، ويتم إرجاء الخصومة بأمر قابل للاستئناف في أجل عشرين يوما يحسب من تاريخ النطق به، ويخضع استئناف هذا الأمر والفصل في القضية للقواعد المطبقة في مواد الاستعجال،[1] ولم يورد المشرع أسباب الوقف على سبيل الحصر إنما تناولها في نصوص متفرقة.

رابعا- الدفع بالبطلان.

يقصد به بطلان إجراء من إجراءات الخصومة من ناحية الشكل، فالبطلان هو وصف يلحق العمل المخالف لنموذجه القانوني مخالفة تؤدي إلى عدم إنتاج الآثار القانونية التي يرتبها عليه القانون لو كان صحيحا.

لقد نص قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على إجراءات يتعين إتباعها تحت طائلة البطلان، ونص في المادة 60 منه على أنه:" : لا يقرر بطلان الأعمال الإجرائية شكلا، إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك، وعلى من يتمسك به أن **يثبت الضرر** الذي لحقه".

يتضح لنا وأن المشرع الجزائري لم يرتب على مخالفة الإجراءات من خلال قراءة هذه المادة البطلان المطلق وإنما أوقف إبطالها على تمسك الأطراف بها مع إثباتهم الضرر اللاحق بهم، ويتعين إثارة الدفع ببطلان الأعمال الإجرائية شكلا خلال القيام بها وذلك قبل تقديم أي دفاع في الموضوع.[2] وسوف نتطرق لهذا الموضوع بمزيد من التفصيل عند حديثنا عن الآثار المترتبة على الدفوع المتعلقة بالنظام العام.

المطلب الرابع: المبادئ التي تحكم الدفوع الشكلية.

تقتضي دراسة النظام القانوني للدفوع الشكلية البحث في المبادئ التي تحكمها فضلا عما تتركه هذه الدفوع من آثار ناتجة عن إبدائها والحكم فيها.

تخضع الدفوع الشكلية لأحكام عامة تشترك أغلبها فيها منذ وقت إبدائها لغاية سقوطها.

الفرع الأول: وقت إبداء الدفع الشكلي.

وهنا نميز بين حالتين:

1- القاعدة:

رأى المشرع أن منطق الأمور يقتضي أن يبدأ الخصم أولا بالتمسك بكل جزاء رتبه القانون على مخالفة الشكل، ثم يتدرج بعد ذلك إلى الموضوع، ولم يتطرق لما يتعلق بشكل الإجراءات، ويستشف ذلك من تنازله عن التمسك بالجزاء الذي رتبه القانون على مخالفة الشكل، ثم أن العدالة تقتضي ألا يبقى

[1] - المادة 215 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.
[2] - المادة 61 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

المدعى مهددا بالدفوع الشكلية في جميع مراحل الخصومة فيتراخى خصمه في إبدائها، ويكون نتيجة ذلك، تعطيل الفصل في موضوع الدعوى، وتهديد الإجراءات المتخذة فيها لأنها تكون عرضة للإلغاء، إذ القاعدة أن بطلان الإجراء يؤدي إلى زواله وزوال كافة الإجراءات اللاحقة له متى كان هو أساس لها وترتبت هي عليه.[1]

و على ذلك، يجب على المدعى عليه أن يتمسك بالدفوع الشكلية قبل أي دفع أو دفاع وإلا سقط الحق فيها، فإذا تمسك بدفع موضوعي أو بدفع بعدم القبول يترتب على ذلك سقوط حقه في الدفوع الشكلية. وتجدر الإشارة، إلى أنه لا يسقط حق الخصم في الدفع الشكلي إذا تضمنت عريضة افتتاح الدعوى دفعا إجرائيا و تناولت دفوع موضوعية أيضا.

2- الاستثناء:

يجوز إبداء الدفوع الشكلية ولو بعد التطرق للموضوع في حالة :

أ-إذا نشأ الدفع الشكلي عن سبب ظهر بعد الكلام في الموضوع شرط عدم تناول الموضوع بمجرد قيام سبب الدفع الشكلي.

ب- الدفع بالإحالة يجوز الإدلاء به في أية مرحلة كانت عليها الخصومة.

ج- الدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام العام كالدفع بعدم الاختصاص النوعي فهذه يجوز إبدائها في أية مرحلة ولو بعد الكلام في الموضوع.

د- الدفع بانعدام الإجراء يجوز إبداؤه في أية حالة تكون عليها الدعوى لأن المعدوم لا تلاحقه أية حصانة ولا يتصور أن تزول حالة الانعدام لأن المعدوم لا يرتب أي أثر قانوني.

الفرع الثاني: الجمع بين الدفوع الشكلية.

إن المشرع المصري عكس نظيره اللبناني اشترط أن تبدي جميع الدفوع الشكلية في بداية النزاع معا وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها فهي تبدي بلا ترتيب معين ولكن كلها معا وذلك لتفادي تعطيل الفصل في القضية بسبب إبداء دفوع إجرائية متتالية في مناسبات متعددة كما أوجب المشرع المصري إبداء جميع الأوجه التي يقوم عليها كل دفع وإلا سقط الحق في التمسك بالوجه الذي لم يبد منها. وكل هذا طبعا باستثناء الدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام العام، فيجوز، كما سبق بيانه، إبدائها في أية مرحلة.

في المقابل، نجد المشرع الفرنسي في قانون الإجراءات المدنية القديم اتبع نفس منهج المشرع المصري من حيث وجوب إبداء جميع الدفوع الشكلية معا، وقبل التكلم في الموضوع، لكنه شدد في موقفه فلم يستثني من ذلك حتى الدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام العام، بالتالي، يجب أن تبدي هذه الأخيرة مع غيرها من الدفوع الشكلية في بداية النزاع وقبل التكلم في الموضوع وإلا سقط الحق في التمسك بها، لكن ذلك لا ينفي جواز إثارتها من طرف المحكمة من تلقاء نفسها في أية حالة تكون عليها الدعوى.

بالنسبة للمشرع الجزائري، فإنه في ظل قانون الإجراءات المدنية الملغى، فإن المادة 462 أكدت على إلزامية إبداء الدفوع الشكلية قبل تناول الموضوع ولم تشترط أن تبدي كلها معا، حيث كانت لذلك مثلا إذا تضمنت المذكرة الجوابية للمدعى عليه دفعا شكليا ولم يناقش الموضوع ورفضت المحكمة هذا الدفع فلا يوجد ما يمنعه من إبداء دفع شكلي آخر في مذكرة أخرى طالما أنه لم يتطرق للموضوع وأكيد ومن المنطقي أن أي دفع شكلي يجب أن يبنى على أوجه تدعمه فمن دفع بعدم الاختصاص وجب عليه تبرير ذلك.

[1] - أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 170.

أما في ظل المادة 50 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ساري المفعول، فقد أكدت على إلزامية إبداء الدفوع الشكلية في وقت واحد من خلال نصها على أنه:"يجب إثارة الدفوع الشكلية في آن واحد قبل إبداء أي دفاع في الموضوع، أو دفع بعدم القبول، وذلك تحت طائلة عدم القبول".

الفرع الثالث: سقوط الدفوع الشكلية.

1- أوجب المشرع المصري والفرنسي، كما سبق بيانه، على المدعى عليه إبداء جميع الدفوع الشكلية، وجميع الوجوه أو الأسباب التي تبنى عليها معا، وقبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى، أو دفع بعدم القبول وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها، معناه؛ يجب على المدعى عليه إبداء دفوعه الشكلية كلها مرة واحدة وفي جلسة واحدة.[1]

حيث إذا أبدى بعضها في جلسة، وأبدى البعض الآخر في جلسة تالية، سقط الحق في الدفوع الأخيرة، كذلك الحال إذا أبدى الدفع دون بيان سببه، وكما أسلفنا، وهذا ما يؤكده المشرع الجزائري من خلال المادة 50 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية،[2] وبذلك يكون المشرع الجزائري قد تدارك الفراغ القانوني الذي كان يشوب قانون الإجراءات المدنية القديم الذي كان يترك المجال مفتوح لإبداء الدفوع الشكلية في جلسات متفرقة والذي ينعكس سلبا على العمل القضائي من خلال إطالة أمد النزاع، مما يضر بمصلحة الخصم الآخر من جهة، ويعطل حسن سير مرفق القضاء من جهة أخرى.

2- يسقط الحق في التمسك بالدفع الشكلي إذا طلب الخصم رفض طلبات خصمه المتعلقة بالموضوع أو ناقشها، أو عرض دفع كل المطلوب منه، أو بعضه، أو طلب إدخال ضامن في الدعوى، أو طلب التأجيل لتقديم المستندات التي تثبت براءة ذمته من الدين كله، أو بعضه، أو طلب التأجيل للإطلاع على مستند معين قدمه خصمه،كذلك، إذا دفع المدعى عليه بعدم الاختصاص المحلي ثم طلب التأجيل ليثبت بتقديم مستندات معينة تبرئة ذمته من الدين وقدمها، فإنه يكون قد عدل عن حقه في التمسك بعدم الاختصاص، كذلك الحال، إذا طلب المدعى عليه في أول جلسة محددة لنظر القضية تأجيلها لتحقيق الصلح، وأجلت، فلا يجوز له بعد ذلك التمسك بعدم اختصاص المحكمة إلا إذا الاختصاص متعلقا بالنظام العام.

3- كما يسقط الحق في التمسك بالدفع الشكلي إذا طلب المدعى عليه ضم الدعوى إلى أخرى، إذا كانتا مرفوعتين أمام نفس المحكمة، لأن المدعى عليه بذلك يسلم ضمنا بصحة إجراءات الخصومة وبقيامها أمام محكمة مخصصة، كما يسقط حق التمسك بالدفع الشكلي إذا تمسك المدعى عليه بوقف الدعوى حتى يفصل في مسائل أولية لا تدخل في اختصاص المحكمة النوعي فلا مجال للتمسك بعدم الاختصاص المحلي.

4- يسقط أيضا حق الخصم في التمسك بالدفع الشكلي إذا تمسك بما من شأنه أن يؤدي إلى زوال الخصومة بغير حكم في موضوعها. كما لو تمسك بسقوطها أو انقضائها بالتقادم.[3]

5- ويسقط أيضا حق إبداء الدفع الشكلي إذا أبدى المدعى عليه دفعا بعدم القبول، إذ يكون هنا قد تعرض للموضوع مما يستشف منه تنازله الضمني عن الدفوع الشكلية كالدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء الصفة أو لانتفاء المصلحة.[4]

---

[1] - أنور طلبة، المرجع السابق، ص 139.

[2] - تنص المادة 50 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه :" يجب إثارة الدفوع الشكلية في آن واحد قبل إبداء أي دفاع في الموضوع، أو دفع بعدم القبول، وذلك تحت طائلة عدم القبول".

[3] - أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 173 و 174.

[4] - أنور طلبة، المرجع السابق، ص 140.

إن الفقه والقانون المقارن عدد حالات يسقط فيها حق إبداء الدفع الشكلي، لكن المشرع الجزائري كان واضحا وصريحا من خلال نص المادة 50 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على أن الحالة الوحيدة التي يسقط فيها حق الخصم في إبداء الدفع الشكلي هي مناقشته للموضوع. عكس ما يأخذ به القانون المصري حيث لا يشترط في الإجراء أو التصرف الذي يؤدي إلى إسقاط الحق بالدفع الشكلي أن يمس موضوع الدعوى بل يكفي أن يتعلق بأية مسألة فرعية يستشف منها التنازل عن إبداء الدفع الشكلي من قبل ذات الخصم المتمسك به.[1]

الفرع الرابع: حسن النية في ميدان الدفوع الشكلية.

من المسائل الأساسية التي يجب أن لا تغيب عن الذهن في نطاق القانون عموما ما تقرره قاعدة " أن الغش يفسد كل شيء"، هذه القاعدة العريقة التي ترجع في شرائع الغرب إلى زمن القانون الروماني، وهي قاعدة يفرضها المنطق والفطرة السليمة. وتعد من المبادئ الأساسية في نظرية القانون الطبيعي، حيث تبناها الرومان،[2] لأنها تتماشى مع مبادئ العدالة ويعمل بها في جميع فروع القانون. ولقد أصبح مفهوم (العدالة) النقيض التام لمفهوم (الغش)، وساد المذهب التفسيري الذي يوجب-أينما كان ممكنا- الاهتمام بالنية بدلا من الشكل، وكانت روح العدالة ترى في التشبث المفرط بحرفية النص أحد أشكال الغش، إذا كان هذا التشبث يرمي إلى الانتفاع اللاأخلاقي، ولاشك أن القاضي كان ينظر إلى ما وراء الحق القانوني، إلى الباعث فإذا تبين أن الباعث كان يؤدي إلى سوء استعمال الحق فإنه كان يقف حائلا دون استعماله، لأن سوء استعمال الحق كما كان مقررا خطأ يستوجب الجزاء.[3]

وفي الشريعة الإسلامية نجد أن نصوص الآيات القرآنية الكريمة والأحاديث النبوية الشريفة تحث المؤمنين على تجنب التعسف في استعمال الحق قال تعالى:﴿ .... وَلَا تَنْسَوُا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾.[4] وقال رسوله صلى الله عيه وسلم:«..... من غشنا فليس منا».[5]

هذه المادة تجد سندها في نص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري، وكذا المادة الأولى من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951، التي بينت أن قواعد العدالة هي المصدر الثالث من مصادر القانون.

وإذا كان حسن النية هو أصل في هذا الميدان فيمكن أن ينظر إليه من زاويتين:

الأولى: زاوية المدعي الذي قد يحاول الالتفاف على الأوضاع المقررة قانونا للحصول على حكم ضد الخصم قبل تمكينه من العلم بالدعوى المقامة ضده. أما الزاوية الثانية؛ فينظر إليها من جانب الشخص الذي يتمسك بالدفع، وهل أن حقه في ذلك هو حق مطلق لا قيد عليه أم انه مقيد بقيود معينة.

فإذا نظرنا إلى الموضوع من زاوية المدعي فإن جميع التشريعات متفقة على وجوب أن يكون حسن النية عند مباشرته لأي إجراء من إجراءات الدعوى ، وإنه إذا ما اكتنف عمله غش فإن القضاء

---

[1] - أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 176.

[2] - يعزى الأستاذ ستيف ظهور حسن النية إلى التحولات الاجتماعية وظهور الاحتيال (ج.ا. ستيف، المقدمة لدراسة علم الحقوق، ترجمة أحمد السمان 1993، ص 65 و 66. مشار إليه في: عبد الجبار ناجي صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، العراق، 1972، ص 12.

[3] - نجلاء توفيق فليح، المرجع السابق، ص 120.

[4] - سورة البقرة الآية (237).

[5] - عن سهل ابن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي محمد صلى الله عليه وسلم قال:" من حمل علينا السلاح فليس منا ومن غشنا فليس منا". مسلم ابن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم: تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ج 1، ط1، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، باب قول النبي" من غشنا فليس منا"، ص 99 ؛ محمد ابن يزيد أبو عبد الله القزويني، سنن ابن ماجه تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ج 2، دار الفكر، بيروت، لبنان، ص 749.

لا يعتد بذلك الإجراء. وفي هذا قضت محكمة النقض المصرية: " بأن الإعلان بطريقة تنطوي على الغش لمنع المعلن إليه من الدفاع في الدعوى أو لتفويت مواعيد الطعن في الحكم يكون باطلا ولو استوفي ظاهري الشكل القانوني".[1]

وكذلك قضي بانعدام إعلان صحيفة الدعوى إذا أعلن بها المدعى عليه في موطن وهمي له غشا، وبالتالي انعدام الحكم الصادر فيها.[2]

والقول نفسه ينطبق على المدعى عليه، فإنه ملزم بنفس القدر بمراعاة حسن النية في دفوعه، وبذلك لا يعتد بأي دفع يقدمه للمحكمة أن كان منطويا على الغش والأمثلة على الغش كثيرة منها، كما قد يعمد المدعى عليه إلى تغيير محل إقامته بعد إقامة الدعوى ليثبت بطلان التبليغ فإن مثل هذا المسلك لا يعتد به إذا ثبت انه مبني على الغش.

وإذا كانت هذه هي القاعدة في مجال تطبيق حسن النية في ميدان الإجراءات القضائية، فإن التساؤل يثور حول مسألتين مهمتين:

المسألة الأولى: إمكانية تطبيق مبدأ التعسف في استعمال الحق في ميدان الإجراءات القضائية . والمسألة الثانية: حول المغالاة في الشكلية.

وبقدر تعلق الأمر بالسؤال الأول، فإن الفقه يتجه إلى إمكانية تطبيق مبدأ التعسف في استعمال الحق في ميدان الإجراءات القضائية، ويعللون ذلك بالقول: "إذا كان حق الالتجاء إلى القضاء أو حق الدفاع من الحقوق المقدسة المتعلقة بالنظام استنادا إلى أن هذا أو ذاك قد حل في الوقت الحاضر محل القوة لحماية الحق أو لاسترداده ، وإذا كان المشرع قد تكفل بوضع تنظيمات دقيقة تقرر هذه الحماية وتؤكدها، فإنه لا يجوز بأي حال من الأحوال تعسف الخصوم باستخدام هذا الحق أو ذاك ".[3] وإذا ما أساء الخصم حقه في الدفاع بقصد الأضرار بخصمه وإعاقة الفصل في الدعوى ، فإن هذا الحق يخرج عن دائرة الحماية الواجبة وينقلب إلى خطأ يستوجب المسوؤلية.[4] وقد أجازت المادة (188) من قانون المرافعات المصري للمحكمة أن تحكم بالتعويضات مقابل النفقات الناشئة عن دعوي أو دفاع قصد بهم الكيد.كما أجازت للمحكمة أن تحكم بالغرامة على الخصم يتخذ إجراء أو يبدي طلبا أو دفعا بسوء نية".[5]ولكن المسألة تدق بالنسبة للتساؤل الثاني حول مدى ملائمة التمسك بالدفوع الشكلية حتى في حالة عدم وجود مصلحة جدية تبرر ذلك، وعلى الأخص عند عدم وجود ضرر يلحق الخصوم من اتخاذ إجراء غير أصولي؟ إذ يعتبر تمسك الخصوم بالدفع الشكلي نوعا من المغالاة قد لا يستسيغه المنطق السليم.[6]

وفي الحقيقة، أن القانون العراقي واضح في أنه يسمح بالتمسك بالدفع الشكلي حتى في الأحوال التي لا توجد هناك مصلحة جدية للخصم؛ لأن المغالاة لا تصل بأي حال من الأحوال إلى درجة الغش، ولكنها قد تدخل في باب التعسف في استعمال الحق، ولهذا، فإننا نعتقد بأن المغالاة إذا وصلت إلى درجة التعسف في استعمال الحق، فيمكن في هذه الحالة عدم الاعتداد بالدفع، أما إذا كانت المغالاة دون

---

[1] - نقض مصري 1981/01/28/ رقم 183 سنة 43. أبو الوفا، المصدر السابق، ص 71.

[2] - نقض مصري 1986/01/23/ رقم 276 سنة 51. أبو الوفا، نفس المصدر، ص 72.

[3] - أبو الوفا، المصدر السابق، ص49.

[4] - صلاح الدين عبد الوهاب، الدعوى الكيدية، مجلة المحاماة، ع 6، س 36، ص 915. مشار إليه جليل الساعدي، المصدر السابق، ص 80.

[5] - وقد بينت المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المصري المقصود بسوء النية في المجال الإجرائي وذلك " بأن يكون الخصم وهو يتخذ إجراءا أو طلبا أو دفاعا عاما لاحق له فيه، وإنما قصد بإبدائه تعطيل الفصل في الدعوى أو الإضرار بالخصم الآخر".

[6] - جليل الساعدي، المصدر السابق، ص 80.

ذلك فإنها لا تؤثر في الدفع ، على اعتبار انه لا يوجد في الحقيقة حق مطلق كل الإطلاق، وأن كل الحقوق نسبية، بما في ذلك الحقوق الإجرائية في نطاق قانون المرافعات.[1] فلكل حق إجرائي غاية ويفترض ربط الإجراء بالغاية والأهداف التي شرع من اجلها، لذلك نجد أن التقاليد القضائية في فرنسا قد دفعت وكلاء الدعوى في فرنسا إلى إتباع تقليد " مقتضاه عدم التمسك بالبطلان اذا لم يكن للخصوم مصلحة جدية تبرر ذلك وهذا التقليد يشف عن روح طيبة ويبعد بهم عن المشاكسة والمراوغة والالتواء في الدفاع ".[2]

وقد كان المشرع الفرنسي موفقا في تقريره جواز إثارة الدفع بالإحالة للارتباط في أية حالة تكون عليها الدعوى، ولكنه في الوقت نفسه أجاز للمحكمة رفضه إذا ما أثير بوقت متأخر بقصد التسويف، وأجازت المادة 118 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي التمسك بالبطلان لعدم مراعاة القواعد الموضوعية المتعلقة بالإجراءات في أية حالة تكون عليها الدعوى، إلا انه يمكن الحكم بالتعويض على الخصم الذي امتنع عن الإدلاء بها مبكرا، قاصدة تأخير الفصل في الدعوى. ومن أمثلة عدم مراعاة القواعد الموضوعية المتعلقة بالإجراءات تخلف أهلية التقاضي أو تخلف سلطة الخصم في تمثيل شخصية معنوية أو شخص ليست له أهلية التصرف أو تخلف سلطة الحضور عن الخصم أمام القضاء.

المطلب الخامس: آثار التمسك بالدفوع الشكلية.

إن عدم قبول المحكمة للدفع الشكلي يؤدي لاعتبار هذا الدفع كأن لم يكن، فلا يكون له أي أثر على سير الخصومة، لكن تثار مسألة الآثار عند قبول الدفع الشكلي فماذا يترتب عليه؟

الفرع الأول: كيفية الفصل في الدفوع الشكلية.

للمحكمة سلطة تقديرية للفصل فيها طبقا لإحدى الشكلين الآتيين:

أولا- الفصل في الدفع الشكلي على استقلال:

الأصل أن تقضي المحكمة في الدفع الشكلي أولا لأنه قد يغنيها عن التطرق للموضوع و من الناحية المنهجية فإنه يجب على المحكمة أن تتطرق إلى دراسة من الناحية الإجرائية فيجب عليها أن تتطرق إلى الدفوع الشكلية فإما أن تصرح بقبولها و هذا يغنيها عن التطرق للدفوع بعدم القبول و الدفوع الموضوعية. لأن الدفوع الشكلية تعتبر الحلقة الأولى من الحلقات التي تتكون منها الأعمال الإجرائية، فيجب على الخصم أن يتجاوز هذه الحلقة و إلا يعثر فيها و تجدر الإشارة إلى أنه لا تتصدى المحكمة للدفوع إلا إذا كانت مختصة بنظر الموضوع.

ثانيا- ضم الدفع الشكلي للموضوع:

قد يحدث أن تجد المحكمة نفسها مضطرة لكي تفصل في الدفع الشكلي أن تتناول موضوع الدعوى بالبحث والتحقيق والتمحيص حتى تحكم في الدفع بقبوله أو رفضه، على ضوء ما يتضح لها من موضوع النزاع، لذلك، فيجوز لها لمواجهة مثل هذه الحالة أن يأمر بضم الدفع الشكلي للموضوع ليقضى فيهما معا. لكن تتقيد سلطة المحكمة في هذا الضم بقيدين:[3]

---

[1] - عبد الباسط جميعي، الإساءة في المجال الإجرائي، مجلة القانون والاقتصاد، 1983، ص 205. مشار إليه في الساعدي، المصدر السابق، ص 79.

[2] - أبو الوفا، المصدر السابق، ص 49.

[3] - محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي، المرجع السابق، ص 224.

1-يجب عليها تمكين الخصوم من تقديم دفاعهم الموضوعي فإذا لم يكن الخصوم قد أبدوا دفاعهم في الموضوع وجب عليها تنبيههم الى الضم لتجنب ان يمتنع الخصوم عن الدفع الموضوعي انتظارا للفصل في الدفوع الإجرائية ثم يفاجأوا بحكم المحكمة في الموضوع لذا يكون هذا الحكم باطلا لإخلاله بحق دستوري ألا وهو حق الدفاع.

2-يجب أن تبين المحكمة إذا قضت في الموضوع ما حكمت به، فلا يكفي أن تفصل المحكمة في موضوع الدعوى، ويقال: أنها قضت ضمنيا برفض الدفع الشكلي. وما تجدر الإشارة إليه، أن ما يجري العمل به في الميدان هو ضم الدفع الشكلي للموضوع، ونادرا ما يفصل فيه على استقلال، وهذا له أثر سلبي كبير على حقوق الخصوم وعلى وتيرة سير العمل القضائي، حيث أن الخصوم مضطرين حتى بعد تقديم دفوع شكلية إلى انتظار تبادل المذكرات في الموضوع ليفصل القاضي في النهاية في الدفع الشكلي، وتنتهي الخصومة عند هذا الحد، رغم أنه كان بإمكانه الفصل فيه في بادئ الأمر قبل تناول الموضوع، وبذلك يختصر الوقت والجهد على الخصوم وعلى نفسه وعلى جهاز العدالة.

الفرع الثاني: الحكم الصادر في الدفع الشكلي.

إن إبداء الدفوع الشكلية يستلزم الفصل فيها بحكم سواء قبلت أو رفضت، فما هي طبيعة هذا الحكم وما هو أثره على الموضوع عند استئنافه؟

أولا- طبيعة الحكم الصادر في الدفع الشكلي:

لا يعد الحكم في الدفع الإجرائي قضاء موضوعيا وإنما هو حكم إجرائي لا يرتب حجية الأمر المقضي فيه، ويجوز إذا أدى إلى زوال الخصومة رفع الدعوى من جديد للمطالبة بذات الحق بإجراءات جديدة، لكنه يعد حكم قطعي يستنفذ سلطة المحكمة بالنسبة للمسألة الإجرائية التي فصل فيها داخل الخصومة ذاتها.[1]

وتنص المادة 52 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه:" يفصل القاضي بحكم في الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي، و يمكنه، عند الاقتضاء، أن يفصل فيه بنفس الحكم مع موضوع النزاع بعد إعذار الخصوم مسبقا شفاهة، لتقديم طلباتهم في الموضوع".

ثانيا- عدم استنفاذ المحكمة لولايتها في الدفع الشكلي:

الحكم الصادر في الدفع الشكلي هو من الأحكام الصادرة في الموضوع، فلا تستنفذ المحكمة ولايتها عندما تفصل فيه. و من ثمة يحق للخصم أن يعيد رفع الدعوى من جديد أمام نفس المحكمة التي صدر عنها الحكم دون أن يدفع عليه بسبق الفصل في الدعوى، فإذا قضي ببطلان عريضة افتتاح الدعوى لعدم تعيين موضوع أو سبب الطلب القضائي فيحق للخصم أن يعيد من جديد رفع الدعوى بعدما يكون قد قام باستيفاء المقتضى الذي أدى إلى البطلان، و يقبل الحكم الصادر في الدفع الشكلي الطعن فيه بالاستئناف لأنه يعد من الأحكام القطعية، و الأصل أن ينقل الطعن إلى جهة الاستئناف المسائل المتعلقة بهذا الدفع و التي كانت مطروحة أمام محكمة الدرجة الأولى، و ذلك في الحدود التي رفع عنها الطعن، فيجب على جهة الاستئناف أن تفصل في الطعن فإذا ما أيدت الحكم فلا إشكال يثور حينئذ، أما إذا ألغت الحكم المستأنف، ففي هذه الحالة، فيجب عليها أن تعيد القضية إلى محكمة الدرجة الأولى لأنها لم تستنفذ ولايتها بعد، احتراما لمبدأ التقاضي على درجتين.

[1] - معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص 57 و58.

غير أنه كان يستثنى من هذه القاعدة، في ظل تطبيق أحكام المادة 109 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري القديم، جواز قيام جهة الاستئناف إذا ما طعن لديها في الحكم الصادر في الدفع الشكلي أن تتصدى لموضوع النزاع، و ذلك بشرط أن تكون القضية مهيأة للفصل فيها.[1]

و مثال ذلك، كما إذا ضمت المحكمة الدفع الشكلي للموضوع و سمحت للخصوم أن يتكلموا في الموضوع فأبدوا دفاعهم فيما يخص ذلك ، فإذا فصلت المحكمة في الدعوى و تبين لها أن الدفع الشكلي الذي تمسك به المدعى عليه مؤسس ، فاقتصرت حينئذ على الحكم في الدفع الشكلي . بالحكم بعدم الاختصاص النوعي أو المحلي أو بإبطال إجراءات رفع الدعوى ، فوقع الاستئناف في هذا الحكم فتبين لجهة الاستئناف أن المحكمة قد أخطأت عندما صرحت بعدم اختصاصها أو بإبطال إجراءات رفع الدعوى ، فانتهت إلى إلغاء الحكم المعاد ، ففي هذه الحالة وإذا كانت القضية غير مهيأة للفصل فيها فيجب عليها أن تعيدها إلى محكمة الدرجة الأولى احتراما لمبدأ التقاضي على درجتين . لأن هذه الأخيرة لم تفصل في موضوع الدعوى و بالتالي لم تستنفذ ولايتها . أما إذا أصبحت القضية مهيأة للفصل فيها بعد إبطال الحكم المعاد من الجهة الاستئنافية ففي هذه الحالة يحق لهذه الأخيرة إما أن تعيد القضية إلى محكمة الدرجة الأولى احتراما لمبدأ التقاضي على درجتين .

و إما أن تستعمل حقها في التصدي و تفصل في القضية و حق الجهة الاستئنافية في التصدي للقضية هي مسألة خاضعة لسلطتها التقديرية فلا معقب عليها من قبل المحكمة العليا، فلها أن تستعمل هذه الرخصة أو لا تستعملها.

أما بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، فقد أكدت المادة 346 منه، على أنه:" عند الفصل في استئناف حكم فاصل في أحد الدفوع الشكلية قضى بإنهاء الخصومة، يجوز للمجلس القضائي التصدي للمسائل غير المفصول فيها، إذا تبين له، ولحسن سير العدالة، إعطاء حل نهائي للنزاع، وذلك بعد الأمر بإجراء تحقيق عند الاقتضاء".

وقد أكدت المحكمة العليا على هذا المبدأ في قرارها رقم قرار رقم 1073759، الصادر بتاريخ: 2016/09/22،[2] حيث كان من أوجه الطعن فيه:

مخالفة أحكام المادة 6 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بدعوى أن جهة الاستئناف قضت بإلغاء الحكم المستأنف القاضي بعدم الاختصاص الإقليمي و التصدي للفصل في الموضوع، مما يشكل خرقا لأحكام المادة 6 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي تنص على مبدأ التقاضي على درجتين.

مخالفة أحكام المادة 26 من قانون رقم 95 - 07 المتعلق بالتأمين أن المادة 26 المشار إليها أعلاه تنص في الفقرة الأخيرة منها على أنه يمكن أن يتابع المؤمن أمام المحكمة التابعة للمكان الذي وقع فيه الفعل الضار و هو استثناء من القاعدة العامة بنص صريح شأن ذلك شأن ما نص عليه المشرّع في المادة 39/2 ق إ م إ و المادة 804 منه أيضا.

---

[1] - كانت المادة 109 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري القديم تنص على أنه :" إذا ألغي الحكم المستأنف فيجوز للجهة الاستئنافية التصدي للدعوى متى كانت مهيأة للفصل فيها.
وإذا تأيد الحكم المستأنف فيعود تنفيذه للمحكمة التي أصدرته.
وإذا ألغي الحكم برمته فيعود تنفيذه بالنسبة للخصوم أنفسهم إلى الجهة الاستئنافية.
وفي حالة الإلغاء الجزئي يجوز للجهة الاستئنافية الاحتفاظ بالتنفيذ أو إحالة القضية إلى المحكمة نفسها مشكلة تشكيلا جديدا أو إلى محكمة أخرى إذا رأت لذلك ضرورة.

[2]- قرار المحكمة العليا رقم 1073759، الصادر بتاريخ: 2016/09/22، الغرف المدنية، قضية الطاعن: مدير شركة سلامة للتأمينات الجزائر وكالة محنش لخضر / المطعون ضده: (ش . ل) و من معه بحضور (س . ع). *https://droit.mjustice.dz/ar*.

وقد ردت المحكمة العليا عن الوجه المرتبط بالمبدأ، كما يأتي:

عن الوجه الوحيد في فروعه:

حيث يتبين من دراسة أوراق القضية و القرار المطعون فيه أن الطاعنة أثارت أمام محكمة المقرة دفع بعدم الاختصاص الإقليمي للمحكمة على اعتبار أن حادث المرور الذي خلّف أضرار وقع بمدينة المهدية.

حيث استجابت المحكمة للدفع و قضت بعدم الاختصاص المحلي.

حيث أن مجلس قضاء المسيلة بموجب قرار في 17-10-2013، قضى بإلغاء الحكم المستأنف و تمسك بالاختصاص المحلي و عيّن خبيرين لفحص المدعين.

حيث الثابت أن بعد إعادة السير في الدعوى بعد الخبرة توصلت الطاعنة شخصيا عن طريق ممثلها القانوني بالتكليف للحضور أمام المجلس إلا أنها امتنعت عن الحضور دون مبرّر مما جعل القرار يصدر اعتباري حضوري اتجاهها.

و فضلا عن ذلك، فإنها لم تطعن في القرار المؤرخ في 17-10-2013 الذي ألغى الحكم الذي قضى بعدم الاختصاص المحلي و ذلك مع القرار القطعي.

الحال طالما أن الطاعنة تثير دفوع لأول مرة أمام المحكمة العليا خاصة بالاختصاص المحلي لن يسبق مناقشتها أمام المجلس و أكثر من ذلك فإن هذه الدفوع ليست من النظام العام فإن المحكمة العليا تستبعدها من المناقشة.

حيث يتعين التذكير أن الطاعنة استنفذت حقها في التقاضي على الدرجتين عملا بالمادة 6 من ق إ م إ لحضورها أمام المحكمة و الدفاع عن مصالحها و استدعائها بصفة قانونية أمام المجلس لإبداء دفوعها و حججها إلا أنها أبت عن ذلك.

حيث أنه عملا بالمادة 346 ق إ م إ ، يجوز للمجلس القضائي عند الفصل في استئناف حكم يكون قد فصل في أحد الدفوع الشكلية و قضى بإنهاء الخصومة التصدي للمسائل غير المفصول فيها إذا تبيّن له و لحسن سير العدالة إعطاء حل نهائي للنزاع الحاصل فإنّ بمقتضى الاستئناف يفصل المجلس في النزاع من حيث الوقائع و القانون عملا بالمواد 339 و 340 ق إ م إ و هو ما تمّ. لذا حيث نستخلص أن الوجه غير مؤسس في فروعه يتعين رفضه و معه رفض الطعن.

المطلب الخامس: مدى تعلق الدفوع الشكلية بالنظام العام.

قبل الحديث عن الدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام العام لابد لنا من تحديد فكرة النظام العام التي تسود النظام الإجرائي، فقيل؛ أنه إذا كانت القاعدة القانونية ترمي لتحقيق المصلحة العامة فهي تتعلق بالنظام العام، و إذا رمت لتحقيق المصلحة الخاصة فهي لا تتعلق بالنظام العام، فالقاعدة القانونية التي تهدف إلى حماية الحرية الفردية في كافة مظاهرها و إبطال جميع الاتفاقيات التي تشكل الاعتداء على السلامة الجسدية و المعنوية للأفراد، فلا شك أنها تهدف لتحقيق مصلحة الجماعة، كذلك القواعد التي تهدف لحماية النظم الأساسية في المجتمع كنظام الأسرة و حالة الأفراد المدنية و تلك التي تهدف لكفالة و حماية نظام القضاء و سلامة مرفق العدالة كتلك المتعلقة بالتنظيم القضائي، و تحديد درجات التقاضي، و طرق الطعن، و قواعد الاختصاص النوعي، و تشكيل المحاكم و غيرها من القواعد، كلها ترمي إلى تحقيق الصالح العام ، بالتالي، لا علاقة لها بالمصالح الخاصة، و من ثمة فهي تتعلق بالنظام العام، و مخالفة تلك القواعد يتولد عنها دفع شكلي متعلق بالنظام العام و هذا ما أكدت عليه المادة 36 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، بنصها على أن:" عدم الاختصاص النوعي من النظام العام، تقضي به الجهة القضائية تلقائيا في أية مرحلة كانت عليها الدعوى".[1]

[1] - كانت المادة 93 / 1 من قانون الإجراءات المدنية القديم، تنص على أن:" عدم اختصاص المحكمة بسبب نوع الدعوى يعتبر من النظام العام وتقضي به المحكمة ولو من تلقاء نفسها وفي أية حالة كانت عليها الدعوى.
وفي جميع الحالات الأخرى يجب أن يبدي الدفاع بعدم الاختصاص قبل أي دفع أو دفاع آخر."

و تجدر الإشارة، أن التمسك بالدفع الشكلي المتعلق بالنظام العام يتم و لو لأول مرة أمام جهة الاستئناف، بل يجوز التمسك به و لو لأول مرة أمام المحكمة العليا ما دام أساسه الواقعي مطروح أمام قضاة الموضوع.

يجب التأكيد على أن الدفوع الشكلية ليست كلها متعلقة بالنظام العام، بل يوجد فيها ما هو غير متعلق بالنظام العام، وهذا ماسوف نفصل فيه من خلال التطرق لكل دفع على استقلال.

الفرع الأول: الدفع بعدم الاختصاص.

نتناول هنا الدفع بعدم الاختصاص النوعي، ثم بعد ذلك ننتقل للدفع بعدم الاختصاص المحلي.

أولا- الدفع بعدم الاختصاص النوعي: الدفع بعدم الاختصاص الولائي أو النوعي هو الدفع الذي يتمسك فيه الخصم بعدم ولاية أو صلاحية المحكمة لإصدار حكم في الدعوى المعروضة أمامها لخروجها عن ولايتها طبقا لقواعد الاختصاص النوعي للمحاكم، وهذا الدفع يمكن تقديمه في أية مرحلة من مراحل الدعوى، حتى بعد التكلم في الموضوع، كما يمكن إثارته ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا، وتقضي المحكمة فيه بعدم اختصاصها وتحيلها إلى المحكمة المختصة. وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها، وعلة ذلك، تعلقه بالنظام العام. ومؤداه اعتبار مسألة الاختصاص قائمة ومطروحة في الخصومة دائما والحكم الصادر في الدعوى مشتملا على قضاء ضمني في مسألة الاختصاص.[1]

وتنص المادة (109) من قانون المرافعات المصري على أن الدفع بعدم اختصاص المحكمة لانتفاء ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها، تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها في أية حالة كانت عليها الدعوى ..وقد قضت محكمة النقض المصرية في المواد التجارية أن قرار المحكمة بعدم اختصاصها بنظر الدعوى و إحالتها إلى المحكمة المختصة قضاء ضمني بعدم اختصاصها بنظرها وتلتزم المحكمة المحال إليها الدعوى بنظرها.[2]

في حين أن المشرع الفرنسي أوجب تقديم كل الدفوع معا حتى لو كان الدفع يتعلق بعدم الاختصاص الولائي أو النوعي -كما سنبين لاحقا - ولكن هذا لا يمنع من إثارة الدفع المتعلق بالنظام العام من جانب القاضي ومن تلقاء نفسه وفي أية مرحلة من مراحل الدعوى، حيث تنص المادة (92) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على أن عدم الاختصاص المتعلق بالنظام العام تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها.

وما يجب التأكيد عليه، أن المشرع الجزائري لم يدخل الاختصاص النوعي في طائفة الدفوع الشكلية، بل نص عليه في الفصل الثالث من الباب الثاني المتعلق بالاختصاص، حيث نص في المادة 36 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن:" عدم الاختصاص النوعي من النظام العام، تقضي به الجهة القضائية تلقائيا في أية مرحلة كانت عليها الدعوى". وبذلك، لا يعتبر هذا الدفع دفعا شكليا، بل دفعا ذو طبيعة خاصة يجب أن يتطرق له القاضي تلقائيا في أي مرحلة من مراحل الدعوى لتعلقه بالنظام العام.

ولا يعتبر التنظيم الداخلي للأقسام والغرف الخاص بالمحاكم والمجالس القضائية اختصاصا نوعيا، باستثناء اختصاص الأقطاب المتخصصة،[3] وهذا ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها،

---

[1] - الطعن الصادر عن محكمة النقض في المواد التجارية، مصر، الطعن رقم 2319 لسنة 62 ق.جلسة 1999/12/23، و الطعن رقم 1587 لسنة 52 ق.جلسة 1989/04/24.

[2] - الطعن رقم 940، و الطعن رقم 942، لسنة 67 ق، جلسة 2000/05/07.

[3] - تنص المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:" المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام وتتشكل من أقسام.

حيث أكدت على أن رفع دعوى أمام القسم التجاري للمطالبة بتنفيذ محضر الصلح المحرر من القاضي المدني لا يعد خرقا لقواعد الاختصاص النوعي طالما لا يوجد اختصاص نوعي على مستوى غرف المجلس، وإنما هو مجرد تنظيم داخلي.[1]

ثانيا- الدفع بعدم الاختصاص المحلي:

لو أمعنا النظر في هذا النوع من الدفوع لوجدنا أنه دفع لا يمس نظام التقاضي، ولأن المحكمة التي تنظر النزاع هي محكمة مختصة نوعيا في النظر بالنزاع المدعى به، ولكن الحضور أمام هذه المحكمة قد يكلف المدعى عليه نفقات، فالمسألة برمتها تتعلق بمصلحة المدعى عليه في عدم إجباره على الحضور أمام محكمة تقع خارج محل إقامته. ومعلوم أن مصلحة المدعى عليه في هذه الحالة هي التي يجب ترجيحها لأن الظاهر يقف إلى جانبه، وبالتالي، فإنه لا يلزم قانون بالذهاب إلى محكمة أخرى غير المحكمة التي يقع فيها محل إقامته أو المحكمة التي أبرم في محلها عقده أو جرى تنفيذ العقد في ذلك المحل..... .[2] وفي بعض الأحيان يكون الاختصاص لمحكمة المدعي، فإذا أقام الدعوى أمام محكمة أخرى يفترض قبوله الضمني لاختصاصها.

ومثل هذا الدفع المتعلق بمصلحة الخصم لا يجوز أن يترك تقديمه دون تحديد، و لأن من شأن ذلك أن يضر بسير العدالة، فلو ترك زمن تقديمه لإرادة الخصم فإنه قد يترك المحكمة تخوض في النزاع وتناقش الأدلة وتستمع لأقوال الشهود، ثم يظهر المدعى عليه في مرحلة لاحقة ليدفع بالاختصاص المكاني وليعيد القضية إلى ميدانها من جديد. وهذا أمر لا يستسيغه المنطق السليم ولا يتماشى مع ما تستلزمه العملية القضائية من وجوب حسم الدعوى بزمن معقول، وأن لا يضيع جهد القاضي عبثا في نظر الدعوى لفترة تسحب بعدها من بين يديه لينظرها قاض آخر.

وهذا ما قررته المادة (74) من قانون المرافعات العراقي، حيث يسقط الحق في الدفع بعدم الاختصاص المكاني إذا لم يرد قبل التعرض الموضوع الدعوى هذا الدفع هو حق للخصوم وليس من حق محكمة الموضوع أن ترفض النظر في الدعوى من تلقاء نفسها، على أساس عدم اختصاصها

يمكن أيضا أن تتشكل من أقطاب متخصصة.
تفصل المحكمة في جميع القضايا، لاسيما المدنية والتجارية والبحرية والاجتماعية والعقارية وقضايا شؤون الأسرة والتي تختص بها إقليميا.
تتم جدولة القضايا أمام الأقسام حسب طبيعة النزاع.
غير أنه في المحاكم التي لم تنشأ فيها الأقسام، يبقى القسم المدني هو الذي ينظر في جميع النزاعات باستثناء القضايا الاجتماعية.
في حالة جدولة قضية أمام قسم غير القسم المعني بالنظر فيها، يحال الملف إلى القسم المعني عن طريق أمانة الضبط، بعد إخبار رئيس المحكمة مسبقا.
تختص الأقطاب المتخصصة المنعقدة في بعض المحاكم بالنظر دون سواها في المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية، والإفلاس والتسوية القضائية، والمنازعات المتعلقة بالبنوك، ومنازعات الملكية الفكرية، والمنازعات البحرية والنقل الجوي، ومنازعات التأمينات.
تحدد مقرات الأقطاب المتخصصة، والجهات القضائية التابعة لها عن طريق التنظيم.
تفصل الأقطاب المتخصصة بتشكيلة جماعية من ثلاثة قضاة.
تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة، عند الاقتضاء، عن طريق التنظيم".

[1] - قرار المحكمة العليا رقم 1031244، المؤرخ في 2015/09/10، قضية الطاعن: (م.س) / المطعون ضده: (خ.ا). *https://droit.mjustice.dz/*

[2] - المادة (37) وما بعدها من قانون المرافعات العراقي. ولكن يلاحظ أن هناك بعض الدعاوى التي يحدد فيها المشرع الاختصاص المكاني من ذلك دعوى الاعتراض على الحكم الغيابي، إذ يلزم أن يرفع إلى المحكمة ذاتها التي أصدرت الحكم الغيابي، (المادة 1/178 مرافعات عراقي)، وكذلك تحديد المحكمة الاستئنافية المختصة بنظر الطعن الاستئنافي (المادة 188 مرافعات عراقي).

المكاني وإنما تقضي به بناءا على دفع من احد الخصوم طالما انه لا يتعلق بالنظام العام ويجوز للخصوم الاتفاق على خلافه صراحة أو ضمنا. وقد نقضت محكمة التمييز حكما بالتفريق صادرة من محكمة الأحوال الشخصية في الموصل وجاء في حيثيات القرار " .... لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح حيث ان وكيل المدعى عليه دفع بعدم اختصاص المحكمة المكاني وكان على المحكمة أن تستجيب هذا الدفع استنادا النص المادة 303 من قانون المرافعات المدنية حيث ثبت آن محل سكنى المدعى عليه في سنجار كما أن عقد الزواج صدر هو الاخر من محكمة الأحوال الشخصية في سنجار وذلك بعد التحقق من محل حدوث سبب الدعوى لذا قرر نقض الحكم .... ".[1]

وتجدر الإشارة، إلى أن قواعد إحالة الدعوى على محكمة أخرى بسبب عدم الاختصاص في التشريع العراقي لا تجري في مرحلة الاعتراض على الحكم الغيابي، وإنما يتعين على المحكمة إبطال الحكم الغيابي ورد الدعوى بسبب عدم الاختصاص. وهذا ما قررته محكمة التمييز بقرارها المرقم 273/ هئية عامة/ 98، بتاريخ 98/11/28، وجاء في حيثيات القرار: " وجد أن المميز عليه/ المدعى عليه/ قد اعترض على الحكم الغيابي ورد الدعوى شكلا من جهة الاختصاص المكاني لما استند إليه من أسباب صحيح وموافق للقانون ذلك أن قواعد إحالة الدعوى للاختصاص لا تجري في المرحلة الاعتراضية من الدعوى وان محكمة البداءة إذا وجدت أنها غير مختصة بنظر الدعوى بناء على أسباب قانونية عند حصول الدفع بعدم الاختصاص المكاني وتوفر الشروط القانونية فيه أن تقرر إبطال الحكم الغيابي **ورد الدعوى شكلا لعدم الاختصاص وللمدعي أن يقيم دعواه في المحكمة المختصة .....".**[2]

أما في التشريع الفلسطيني، نجد أن المادة 91 فقرة (1) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني،أكدت على أن الدفع بعدم الاختصاص المحلي، والدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام ذات النزاع أمامها أو للارتباط، والدفع بالبطلان، وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات يجب إبدائها معا قبل البدء بأي طلب أو دفع بعدم القبول وإلا سقط الحق فيما لم يبدا منه.

ونصت المادة 92 من ذات القانون، على أن الدفع بعدم الاختصاص لانتفاء الولاية أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها أو للفصل فيها أو تحكم المحكمة من تلقاء نفسها، ويجوز الدفع به في أية حالة كانت عليها الدعوى.

يتضح من النصوص المواد 91 و92 من ذات القانون أنه يوجد دفوع تتعلق بالنظام العام التي يجوز أن تتصدى لها المحكمة من تلقاء نفسها، وفي أي مرحلة من مراحل الدعوى، وفي أي درجة من الدرجات، حتى يجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض، ويجوز للأطراف الدفع بها، ولا يجوز مخالفة أو الاتفاق على مخالفة الدفع، وهذا ما تضمنته المادة 43 في فقرتها الثانية، حيث نصت:" إذا نص القانون على اختصاص محكمة .. فلا يجوز الاتفاق مقدما على ما يخالف هذه " ، مثال الدفع بعدم الاختصاص لانتفاء الولاية أو بسبب نوع الدعوى او قيمتها".[3]

---

[1] - 29/ شخصية أولى/2004 في 2004/10/13 (غير منشور). نجلاء توفيق فليح، المرجع السابق، ص 109.

[2] - إبراهيم المشاهدي، معين المحامين، الجزء الأول في المرافعات والإثبات، بغداد، العراق، دون سنة طبع، ص 09.

[3] - حيث رفضت محكمة النقض الفلسطينية الطعن في حكم محكمة بداية نابلس بصفتها الاستئنافية، والتي بدورها ردت الاستئناف موضوعا، حيث كان الطعن في حكم الدرجة الأولى متعلق بعدم الاختصاص المحلي، وقد جاء في قرارها "ولما كان الاختصاص المحلى لا يتعلق بالنظام العام ويجب على المدعى عليه أن يدفع بعدم اختصاص المحكمة المحلى قبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى... ولما كان وكيل الطاعنين حضر جلسة. لدى محكمة صلح نابلس، والتمس إمهاله لتقديم مذكرة الحصر بينته والوقائع ولم يدفع بعدم اختصاص المحكمة، فإن هذا السبب يغدو غير وارد ونقرر رده" نقض مدني فلسطيني رقم 156/2006، بتاريخ 2007/07/04، نقض مدني فلسطيني رقم 2007/13، بتاريخ 03/09/ 2008. آية عمر عبد الغني ملحم، الدفع بالإحالة في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، عمادة الدراسات العليا، جامعة القدس، القدس، فلسطين، 1440 هـ - 2019، ص 19.

وبذلك، يكون الدفع بعدم الاختصاص المكاني[1]من الدفوع التي لا تتعلق بالنظام العام، الذي يجوز للخصوم التنازل عن تطبيقه، وهذا ما نصت عليه المادة 43 الفقرة الأولى من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني، حيث نصت على أنه يجوز للأطراف الاتفاق على اختصاص محكمة معينة. وجاء في قرار المحكمة النقض (مدني رقم 58/ 2010 الصادر بتاريخ2010/10/24)، حيث جاء فيها :" أن مسالة الاختصاص المحلي لا صلة لها بالنظام العام وهي من حق الخصوم والذين يملكون إثارتها قبل أي دفع آخر، وحيث أن محكمة الاستئناف وجدت أن الطاعن لم يتمسك بهذا الدفع في الوقت المناسب و عليه يبين بالتنازل عنه ..... .".[2]

و يترتب على عدم تعلق الدفع بعدم الاختصاص المحلي بالنظام العام عدة نتائج أهمها:

1- أن قواعد الاختصاص المحلي لا تلزم الخصوم إذ يجوز لهم الاتفاق على اللجوء إلى محكمة أخرى لأي سبب طالما كان هذا السبب لا يخالف النظام العام ، وهو ما أكدته المادة 28 من قانون الإجراءات المدنية القديم،[3] وأخذ به اجتهاد المحكمة العليا حيث جاء في القرار رقم 140246 المؤرخ في 1988/02/17، أنه:"من المقرر قانونا أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون-ولما تبث- في قضية الحال- أن طرفي العقد اتفقا على أن تكون محكمة الجزائر هي المختصة في حالة قيام النزاع حول تنفيذ العقد، وبما أن قضاة الاستئناف بإلغائهم الحكم المستأنف الصادر عن القسم التجاري لمحكمة وهران القاضي بعدم الاختصاص المحلي يكونوا قد تجاوزوا سلطتهم ولم يطبقوا القانون تطبيقا سليما".[4]

وقد أكدت المحكمة العليا على هذا المبدأ من خلال قرارها رقم قرار رقم 1073759، الصادر بتاريخ: 2016/09/22،[5] من خلال ردها على بعض أوجه الطعن المثارة أن :".....الحال طالما أن الطاعنة تثير دفوع لأول مرة أمام المحكمة العليا خاصة بالاختصاص المحلي لم يسبق مناقشتها أمام المجلس، و أكثر من ذلك فإن هذه الدفوع ليست من النظام العام فإن المحكمة العليا تستبعدها من المناقشة.....".

كما أكدت في قرار آخر لها:"... حيث ومن المقرر قانونا عملا بأحكام المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، أن الاختصاص الإقليمي يؤول للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها أخر موطن له.... كما نصت المادة 39 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على أن ترفع الدعاوي المتعلقة بالمواد المبينة أدناه أمام الجهات القضائية الآتية:

---

[1] - وحيث قضت محكمة النقض الفلسطينية بأنه: "لما كانت قواعد الاختصاص المحلي كقاعدة عامة إنما وضعت رعاية لمصالح المتقاضين ولا علاقة لها بالنظام العام، لذلك يجب على من له مصلحة أن يدفع بعدم اختصاص المحكمة قبل الدخول في أساس الدعوى" نقض مدني فلسطيني رقم 2007/13، بتاريخ 2008/03/09.

[2]- مشار إليه في عثمان التكروري، المرجع السابق، ص 257. نقض مدني رقم 2007/27، الصادر بتاريخ 2008/02/04، وكذلك نقض مدني رقم 2007/30، الصادر بتاريخ 2008/02/07، وكذلك نقض مدني رقم 2007/35، الصادر بتاريخ 2008/02/04.

[3] - كانت المادة 28 من قانون الإجراءات المدنية القديم تنص على أنه:" يجوز لطرفي الخصومة دائما الحضور باختيارهما أمام القاضي حتى ولو لم يكن مختصا محليا بنظر الدعوى.
وفي هذه الحالة يوقعان على إقرار بقبولهما التقاضي إذا كان يمكنهما الإمضاء، وإلا يشار إلى عدم إمكانهما ذلك.
وإذ ذاك يكون القاضي مختصا طيلة أمد التقاضي وكذلك المحكمة التي يؤول إليها الأمر في حالة الاستئناف".

[4] - اجتهاد المحكمة العليا، القرار رقم 140246 المؤرخ في 1988/02/17، مجلة قضائية، العدد الأول، 1998، ص 167. حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 13 و14.

[5]- قرار المحكمة العليا رقم 1073759، الصادر بتاريخ: 2016/09/22، الغرف المدنية، قضية الطاعن: مدير شركة سلامة للتأمينات الجزائر وكالة محنش لخضر / المطعون ضده: (ش . ل) و من معه بحضور (س . ع). *https://droit.mjustice.dz/ar.*

في المواد التجارية،غير الإفلاس والتسوية القضائية، أمام الجهة القضائية التي وقع في دائرة اختصاصها الوعد، أو تسليم البضاعة، أو أمام الجهة القضائية التي يجب أن يتم الوفاء في دائرة اختصاصها، وف الدعاوي المرفوعة ضد شركة أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها أحد فروعها.

حيث وبالرجوع إلى القرار محل الطعن، يتبين أن قضاة الموضوع صرحوا بعدم الاختصاص الإقليمي على أساس أن تسليم البضاعة تم بمدينة ورقلة وأن عملية الوفاء تمت فيها أيضا، وبالتالي فإن الاختصاص يؤول لمحكمة ورقلة طبقا للمادة 39 فقرة 04 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

لكن حيث إن المشرع الجزائري لم يجعل من الاختصاص الإقليمي في المواد المنصوص عليها في المادة 04/39 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، اختصاصا مانعا دون سواه، مثلما جاء في المادة 40 من ذات القانون، وبذلك يكون قد ترك الإختيار للمدعي في أن يرافع خصمه إما أمام المحكمة الموجود بدائرة اختصاصها موطن المدعى عليه كقاعدة عامة طبقا للمادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أو أمام المحكمة الموجود بدائرة اختصاصها مكان تسليم البضاعة أو عملية الوفاء بها وفقا للمادة 04/39 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والعبرة من ذلك هو أن المشرع الجزائري راعى السرعة والائتمان في المعاملات التجارية والسهر على تسديد ما يستحقه التاجر في أقرب مكان له، إلا إذا تم الإتفاق بين الطرفين على خلاف ذلك طبقا للمادة 45 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية،
وعليه فإن قضاة المجلس عندما جعلوا من الاختصاص الإقليمي المنصوص عليه في المادة 04/39 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كاختصاص مانع دون سواه، يكونون قد خالفوا إحدى القواعد الجوهرية للإجراءات، مما يعرض قرارهم للنقض والإبطال"[1].

2- من المتفق عليه أن تحديد الاختصاص المحلي إنما شرع لمصلحة المدعى عليه، وعليه فإن هذا الأخير وحده هو الذي يملك حق التمسك بهذا الدفع، فلا يجوز للمدعي إبداؤه. وهذا ما تؤكده المادة 51 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.[2]

3- لا يجوز للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها.

4- لا يجوز التمسك بهذا الدفع إلا قبل أي دفع أو دفاع آخر أي قبل تناول الموضوع وإلا سقط الحق في الإدلاء به.[3]

وهو ما يؤكده قضاء المحكمة العليا في قرارها رقم 38.331 المؤرخ في 1985/11/04، الذي جاء فيه أنه فيما يخص عدم اختصاص محكمة الحراش فكان من المفروض على الطاعنة أن تبدي هذا الدفع قبل أي دفع أو دفاع آخر في الموضوع.[4]

يجب أن يبدى هذا الدفع بعبارات صريحة تدل على أنه لا يقبل اختصاص المحكمة وأنه ينازع فيه فلا يكفي أن يشكك المدعى عليه في اختصاص المحكمة محليا بنظر النزاع أو أن يكتفي بإثبات أن ثمة محكمة أخرى هي المختصة محليا بنظره.

---

[1] - قرار المحكمة العليا رقم 1270204، الصادر بتاريخ 2018/12/13، قضية الطاعن:(م.ع) / المطعون ضده: (ب.ج). *https://droit.mjustice.dz/ar*.

[2] - تنص المادة 51 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري:" يجب على الخصم الذي يدفع بعدم الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية، أن يسبب طلبه، ويعين الجهة القضائية التي يستوجب رفع الدعوى أمامها.
لا يجوز للمدعي إثارة هذا الدفع".

[3] - عبد الهادي عباس، المرجع السابق، ص 532.

[4] - اجتهاد المحكمة العليا في قرارها رقم 38.331، المؤرخ في 1985/11/04، مجلة قضائية، العدد الأول، 1989، ص 102. حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 13.

والأصل، أنه يجب على المحكمة أن تفصل فيه على استقلال ما لم تأمر بضمه إلى الموضوع، وفي هذه الحالة الأخيرة يجب عليها أن تبين ما حكمت به في كل منهما على حدة، كما يجوز للمدعى عليه هنا أن يبدي طلباته في الشكل والموضوع معا، ولا يعتبر تعرضه للموضوع بعد ذلك مسقطا لحقه في الدفع الشكلي، الذي سبق له وأن أبداه.[1]

وتنص المادة 52 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه:" يفصل القاضي بحكم في الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي، و يمكنه، عند الاقتضاء، أن يفصل فيه بنفس الحكم مع موضوع النزاع بعد إعذار الخصوم مسبقا شفاهة، لتقديم طلباتهم في الموضوع".

الفرع الثاني: الدفوع المتعلقة بالإحالة.

إحالة الدعوى القضائية وفقا لما ذهب إليه الفقه هي إحدى الوسائل الفنية التي استخدمها المشرع الإجرائي والتي يسعى بمقتضاها إلى القضاء على العديد من العيوب الإجرائية عند بداية تكونها عن طريق إعادة تنظيم سير الدعوى المطروحة أمامها، لذلك تعرف بأنها "إخراج النزاع من ولاية المحكمة التي تنظرها لإدخالها في ولاية محكمة أخرى"،[2] كما ذهب بعض الفقه إلى تعريفها بأنها "نقل الدعوى بحالتها من محكمة إلى أخرى بقصد نظر موضوعها أو لوحدة وتوافق الأحكام الصادرة في الموضوع لذات النزاع أو لقيام ارتباط بين نزاعات مرتبطة تحقيقا الحسن سير العدالة ومنعا لتكرار الأحكام وتناقضها". [3]وتبعا لذلك تعد الإحالة القضائية وسيلة وقائية تقي من صدور أحكام قضائية متكررة أو متناقضة تؤثر سلبا في فعالية النظام القضائي، كما تتميز الإحالة القضائية للدعوى بأنها وسيلة ناقلة لأنها تنقل النزاع من جهة قضائية إلى جهة قضائية أخرى.

والملاحظ هو تتعدد صور الإحالة القضائية للدعوى لتعدد أسبابها وفقا لما سيأتي شرحه تطبيقا لقواعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بعضها يخضع لنظام إجرائي موحد كالإحالة لوحدة الموضوع والارتباط وهي الصورة الحقيقية للإحالة القضائية وفقا للمفهوم الشائع لدى الفقه، وبعضها يخضع لقواعد خاصة لأنها تطبق أمام بعض الجهات القضائية فقط ولا يثيرها الخصوم بل تلجأ إليها الجهة القضائية بنفسها لتنظيم العمل القضائي وتوزيع الاختصاص بين الجهات القضائية كالإحالة القضائية للدعوى أمام محكمة التنازع أو الإحالة أمام مجلس الدولة الاختصاص بين الجهات القضائية كالإحالة القضائية للدعوى أمام محكمة التنازع أو الإحالة أمام مجلس الدولة للفصل في مسألة الاختصاص، وقد يلجأ إليها لضمان حسن تطبيق القانون كما هو الحال للإحالة القضائية للدعوى من محكمة النقض.

اتفق الفقه الغالب،[4] أن إحالة الدعوى من محكمة إلى أخرى أيا كان سببها هي دفع إجرائي لأن الدفع الإجرائي أيا كانت صورته هو ما يستعين به الخصم ويطعن بمقتضاه في صحة إجراءات الخصومة دون التعرض لأصل الحق الذي يزعمه خصمه فيتفادى به مؤقتا الحكم بما طلبه خصمه. ووفقا لما اعتمده الفقه فتعد الإحالة القضائية دفع إجرائي مناطه إخراج الدعوى من ولاية المحكمة المرفوعة إليها وإدخالها في ولاية محكمة أخرى.

فهو بذلك يتفق مع الدفع بعدم الاختصاص الذي يهدف إلى إخراج الدعوي من ولاية المحكمة المرفوع إليها النزاع، ويختلف عنه في أنه يرمي إلى إدخال النزاع في ولاية محكمة أخرى. ويرى جانب من الفقه أن إحالة الدعوى لا يقصد بها إلا طلب إحالة القضية من محكمة إلى أخرى فقط دون أن تعد دفعا

---

[1] - محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي، المرجع السابق، ص 228-233.

[2] - أحمد السيد الصاوي، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية، الجزء الأول، دون دار نشر، 2006، ص324.

[3] - علي أبو عطية هيكل، الدفع بإحالة الدعوى في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، مصر، 2005، ص 3.

[4] - أحمد السيد الصاوي، المرجع السابق، ص 309.

أو جوابا عنه،[1] في حين يرى البعض الآخر أن إحالة الدعوى لا تنهي الخصومة شأنها شأن أي جزاء إجرائي كنتيجة لتقديم دفع إجرائي ولم تأت لتفادي عيوب إجرائية أو تصحيحها إنها الإحالة مجرد ناقلة للدعوى من محكمة الأخرى فقط ومن ثم يتعين استبعاد ماهية الإحالة القضائية من الدفوع الإجرائية.[2]

ضف إلى ذلك، أن الإحالة القضائية تخرج عن حدود القاعدة القانونية التي أرساها المشرع الإجرائي بشأن الدفوع الإجرائية، وهي قاعدة إثارة هذه الدفوع قبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى.

أولا- الدفع بالإحالة لوحدة الموضوع:

يفترض عدم قيام ذات النزاع أمام محكمتين في الوقت ذاته، لما يترتب عليه من تعدد الدعاوى وتناقض الأحكام وضياع الوقت والجهد، ويحدث ذلك بسبب تعدد الخيارات التي يمنحها القانون للمدعي في بعض الأحيان في تحديد المحكمة المختصة محليا،[3] فيلجأ المدعي إلى رفع الدعوى أمام إحدى المحكم المختصة محليا، فإن وجد أن اتجاه المحكمة لا يلائمه لجأ إلى رفعها أمام محكمة أخرى مختصة، أو إذا رفع شخص دعوى أمام محكمة معينة مختصة وتوفي أثناء سيرها فرفعها ورثته أمام محكمة أخرى دون علمهم بقيام الدعوى الأولى .. والقاعدة أن رفع الدعوى أمام محكمة مختصة ينزع الاختصاص بنظر هذه الدعوى من سائر المحاكم الأخرى وان كانت مختصة بحسب الأصل بنظرها،[4] وعليه إذا أقيمت دعوى بالفعل أمام محكمتين تابعتين للقضاء العادي ومن اختصاص كلا المحكمتين على المحكمة - من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم - إبطال عريضة الدعوى التي رفعت لاحقا،[5] وتنقضي الخصومة بكل آثارها أمام هذه المحكمة، في حين تسير الإجراءات في المحكمة التي رفعت إليها الدعوى أو بصورة معتادة.

يقتضي حسن سير العدالة عدم جواز إقامة دعويين عن نفس الموضوع أمام محكمتين في درجة واحدة ومن نفس النوع ، ولو كان الاختصاص منعقدا لكل منهما، لما في ذلك من مضيعة للوقت والجهد والنفقات، وتفاديا للتناقض المحتمل بين الإحكام في الموضوع الواحد فقد أجاز المشرع في مثل هذه الحالة أن يطلب الخصم إحالة الدعوى الثانية لتنظرها المحكمة الأولى لوحدة الخصوم والمحل والسبب،[6] لذلك نص المشرع الجزائري في المادة 90 من قانون الإجراءات المدنية القديم على أنه إذا سبق تقديم طلب أمام محكمة أخرى في الموضوع جاز إحالة الدعوى بناءا على طلب الخصوم. وذلك في شكل دفع شكلي، حيث وبإبداء هذا الدفع تصبح المحكمة الثانية التي رفعت لها نفس الدعوى غير مختصة بموجب الطلب المقدم أمامها.

أما في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، فقد بين المشرع المقصود من وحدة الموضوع من خلال المادة 53 منه، بنصه:" تقوم وحدة الموضوع عندما يرفع نفس النزاع إلى جهتين قضائيتين مختصتين ومن نفس الدرجة".

---

[1] - أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 26.

[2] - علي أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص 40.

[3] - فقد تختص أكثر من محكمة بدعوى واحدة، كما إذا تعدد المدعى عليهم واختلف محل إقامتهم، أو إذا تم الاتفاق على موطن مختار لتنفيذ عقد. أحمد الصاوي، المصدر السابق، ص 221.

[4] - أحمد مسلم، أصول المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1977، ص 293.

[5] - الفقرة 1 من المادة 76 من قانون المرافعات العراقي. كما نصت المادة 100 من قانون المرافعات الفرنسي على أنه : " إذا قام نزاع واحد أمام محكمتين مختصتين من طبقة واحدة ، وجب تخلي المحكمة التي رفع إليها النزاع متأخرة عن نظرها بناء على طلب الخصوم أو من تلقاء نفسها..... "

[6] - عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص 32.

وتنص المادة 80 /2 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني على أنه " إذا رفعت أكثر من دعوى أمام محكمة واحدة أو أكثر من محكمة ، وكانت متحدة في السبب والموضوع ، فيجوز للمحكمة بناء على طلب أحد الخصوم ..... أن تأمر (مع مراعاة قواعد الاختصاص) بإحالة هذه الدعاوى إلى المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى الأولى.[1]

تكون هذه الحالة عندما يتم رفع الدعوى أمام محكمة أخرى في نفس الموضوع ولذات السبب وبين الخصوم أنفسهم أمام محكمتين ، وهذا الدفع من الدفوع المتعلقة بالإجراءات ويدخل في ضمن الدفوع الشكلية، وإن وحدة النزاع هو أساس لقيام الدفع بالإحالة ، بمعنى أن وحدة نزاع بين الدعويين المرفوعتين أمام محكمتين في ذات الوقت هو الأساس القانوني الذي تقوم عليه فكرة الإحالة لقيام ذات النزاع،[2] وهذه المسألة أثارت اختلافات فقهية، فمنهم من قال بأن وحدة المسألة المتنازع عليها ووحدة الخصوم هي الضابط المتعمد، ومنهم من قال بوحدة الخصوم والموضوع دون السبب، و ذهب آخر إلى وحدة الخصوم والموضوع والسبب، والرأي الراجح في الفقه يرى واحدة الدعويين محل النزاع وهذه واحدة تقوم على اتحادها محلا وسببا وخصوما ، وهذا ما نصت عليه مادة 2/80، من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية،[3] وعليه فإن وحدة النزاع التي يعتبر أساس قيام الدفع بالإحالة وفي هذا المقام يستلزم وحدة العناصر الثلاثة المحل والسبب والخصوم بمعنى تكون القضيتان دعوى واحدة وسببها واحدا وأن يكون الخصوم في أحداهما هم نفس الخصوم في الأخرى.[4]

1- شروط الدفع بالإحالة لوحدة الموضوع:

ويشترط للدفع بعدم جواز إقامة الدعوى في أكثر من محكمة واحدة لقيام ذات النزاع أو ما يعرف في مصر بعدم جواز إقامة الدعوى عدة شروط، والتي نستشفها كذلك من خلال ما نصت عليه المادتين 53 و 54 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، أولها: أن تكون الدعويان دعوى واحدة أي متحدتي الخصوم والمحل والسبب . ولا يشترط أن تكونا مرفوعتين بطريق أصلي، فقد تكون إحداهما مرفوعة في صورة دعوى حادثة؛[5] وثانيها: أن تكون الدعوى قائمة بالفعل أمام المحكمتين ، فإذا كانت إحداهما قد انقضت فلا يقبل هذا الدفع؛ والشرط الأخير: أن تكون كل من المحكمتين مختصتين اختصاصا ولائيا ونوعيا في الدعوى وتنص المادة (102) من قانون المرافعات الفرنسي الجديد على أنه " إذا لم يكن القضاء من طبقة واحدة، فان الدفع بالإحالة للارتباط أو لقيام ذات النزاع لا يثار إلا أمام المحكمة الأقل طبقة". وعليه فإن مقومات الإحالة هي:[6]

---

[1] - نصت المادة 122 من قانون المرافعات المصري على أنه:" إذا رفع النزاع ذاته إلى محكمتين وجب أبداء الدفع بالإحالة أمام المحكمة التي رفع إليها النزاع أخيرا للحكم فيه، وإذا دفع بالإحالة للارتباط جاز إبداء الدفع أمام أي من المحكمتين وتلتزم المحكمة المحال إليها الدعوى بنظرها". ونص المشرع العراقي في المادة 76 /1:" - لا يجوز إقامة الدعوى الواحدة في أكثر من محكمة واحدة، فإذا أقيمت في أكثر من محكمة اعتبرت عريضة الدعوى المقامة أولا وتبطل العريضة الأخرى. 2- للمحكمة أن تقرر توحيد الدعويين اذا كانت الدعوى الأخرى مقامة لدى المحكمة ذاتها.

[2] - زيد حسين العفيف، إحالة الدعوى في قانون أصول المحاكمات المدنية، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط 1، 2012، ص 132 وما بعدها.

[3] - علي أبو عطية هيكل، مرجع سابق، ص 227 و228.

[4] - أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 244.

[5] - أحمد هندي، المصدر السابق، ص 223.

[6] - آية عمر عبد الغني ملحم، المرجع السابق، ص 48 وما بعدها.

أ - وحدة المحل:

إن محل الدعوى هو ما يطلبه المدعي من الدعوى ويتمثل في التقرير بوجود الحق أو وجود المركز القانوني من عدمه،[1] إن وحدة محل الدعويين تتحقق بوحدة الشيء المطلوب حمايته،[2] إذ يتعين أن يكون موضوع الدعوى واحد.[3]

تجوز الإحالة في حال إقام دعويان في وقت واحد، مثلا في الدعوى الأولى يطلب بطلان عقد بيع تستند إلى بان البائع كان مريض مرض الموت أما الدعوى الثانية تستند إلى أنه عقد هبة غير رسميه.[4]

ب - وحدة السبب:

إن تحديد ماهية الشيء المطلوب حمايته من القضاء لا يتحدد بماذا يطلب المدعي من القضاء ، وإنما بتحديد سبب هذه الحماية القضائية ، فإذا أختلف السبب كنا أمام دعويين لا دعوى واحدة ، وعرفت محكمة النقض المصرية السبب بأنه:" الواقعة أو الوقائع التي يستمد منها المدعي الحق في الطلب على أن المدعي هو الذي يقوم ببيان هذه الوقائع القانونية التي أسس عليها دعواه ، وهي التي تنتج الأساس الذي تطبق بموجبه القاعدة القانونية في الدعوى المرفوعة".[5] و عرف السبب في الدعوى بأنه: " الواقعة التي يستمد منها المدعي الحق في الطلب وهو لا يتغير بتغير الأدلة والحجج القانونية التي يستند إليها الخصوم".[6]ويجب أن يكون الأساس القانوني هو ذاته في الدعويين مثلا أن يكون سبب الدعويين هو العقد ذاته.[7]

والسبب هو الأساس القانوني الذي يستند إليه المدعي في دعواه، فالمستأجر حين يطالب المؤجر بتسليم العين المؤجرة يكون سبب دعواه هو عقد الإيجار، ولكن إذا رفع دعوى أخرى للمطالبة بتسليم ذات العين مستندا إلى سبب أخر كعقد البيع ، فإن الدعوى الجديدة تختلف عن الأولى، ولا تقبل الإحالة لقيام ذات النزاع.[8]

ج- وحدة الخصوم أو الأطراف:

والخصوم هم من يوجه الإدعاء بإسمهم بناء على صفاتهم بالنسبة إلى الحق أو المركز القانوني المدعى به ، فإن كان الشخص طرفا في الخصومة دون أن يكون طرفا في الحق المدعي به فإنه لا يعد

---

[1] - علي أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص 235.

[2] - زيد حسين العفيف، المرجع السابق، ص 135. مثال ذلك مطالبة مالية ناتجة عن عقد عمل مؤرخ بتاريخ معين، فيجب أن تكون الدعوى الثانية قد استندت إلى ذات العقد المؤرخ بنفس التاريخ.

[3] - مثال ذلك إذا رفعت دعوى للمطالبة بملكية عقار معين ورفعت دعوى أخرى للمطالبة بملكية جزء من ذات العقار، جازت الإحالة بشرط أن يتحد السبب في الدعويين، للمزيد من الأمثلة على ذات الموضوع راجع أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 244.

[4] - وقد يطلق على الإحالة لقيام ذات النزاع اصطلاح الإحالة للترديد، محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني(التنظيم القضائي)، الجزء الأول، مؤسسة البستاني للطباعة، ط 2، 1990-1991، ص 460.

[5] - وفي هذا قضت النقض بهيئتها العامة في نقض 22 /12/ 1986 طعن رقم 1806 لسنة 51 ق /ه. ع. مشار إليه في زيد حسين العفيف، المرجع السابق، ص 141.

[6] - أحمد الظاهر، إحالة الدعوى والدفع بالإحالة وفقا لقانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، الفلسطيني رقم 2 لسنة 2002، واجتهادات عدالة محكمتي النقض الفلسطينية والمصرية، المرجع السابق، ص 02.

[7] - ومثال على الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع إذا تعدد موطن المدعى عليهم وأقام المدعي دعواه على كل منهم في موطنه، ويشترط لقبول الدفع بالإحالة هنا السبب والموضوع، وأن تكون كلا الدعوتين قائمة ، وأن تتبع كلتا المحكمتين جهة القضاء العادي ، وأن تكون كلتا المحكمتين مختصة ، وأن يتم إبداء الدفع قبل جهة القضاء العادي وأن تكون كلتا المحكمتان مختصتان، المثال مشار إليه في رائد زيدات، المرجع السابق ، ص 67 و 68. وعثمان تكروري، المرجع السابق، ص 434.

[8] - لا يكون لقاضي الموضوع سلطة تقديرية في الإحالة لقيام ذات النزاع.

خصما حقيقيا ، ويجب لقبول الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أن يكون كل خصم قد اختصم في الدعوى الأولى بذات الصفة التي اختصم بها في الدعوى الثانية ، بحيث إذا تغيرت الصفة فيهما تعين رفض الدفع.[1]

أما لو كان الاتحاد ما بين الخصوم قائما ولكنه يختلف في الصفة فلا تقوم الإحالة ، لأن وحدة النزاع منعدمة الانعدام وحدة الصفة في الخصوم ، ومثال ذلك قيام الأب برفع دعوى لإبنه بصفته وليا عليه ومن ثم قيامه برفع دعوى أخرى للمطالبة بذات الحق باسمه.[2]

ويتضح لنا؛ أن من مقتضيات وحدة النزاع باعتباره الأساس للدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أن تتحد عناصر هذا النزاع الثلاثة وهي وحدة المحل وحدة السبب و وحدة الخصوم ، وتتمثل أهمية هذا الدفع في توفير الوقت والجهد ومنع تضارب الأحكام القضائية.

والإحالة تجوز ولو كان المطلوب في إحدى الدعويين جزء من المطلوب في الأخرى ، كما تجوز إذا رفعت دعوى بعدة طلبات موضوعية، واقتصر موضوع الدعوى الثانية على المطالبة بطلب واحد منها ، ولا يلزم أن تكون القضيتان مرفوعتان بطريق واحد، فقد تكون إحداهما مرفوعة بطلب عارض في الخصومة الأصلية.[3]

و تنص المادة 80 /2 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني: " إذا رفعت أكثر من دعوى أمام محكمة واحدة أو أكثر من محكمة، وكانت متحدة في السبب والموضوع، فيجوز للمحكمة بناء على طلب أحد الخصوم ..... أن تأمر (مع مراعاة قواعد الاختصاص) بإحالة هذه الدعاوى إلى المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى الأولى.

نصت كذلك المادة 112 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصرية على أنه:" إذا رفع النزاع ذاته إلى محكمتين وجب إبداء الدفع بالإحالة أمام المحكمة التي رفع إليها النزاع أخير للحكم فيه وإذا دفع بالإحالة للارتباط ....".

كما تنص المادة 53 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أن:" تقوم وحدة الموضوع عندما يرفع نفس النزاع إلى جهتين قضائيتين مختصتين ومن نفس الدرجة".

ومن خلال الاطلاع على سائر النصوص المتعلقة بهذا الموضوع باختلاف مصادرها، يتضح أن هناك شروط يجب توافرها للدفع بإحالة الدعوى لقيام ذات النزاع وهي:

- الشرط الأول: أن يكون موضوع الدعويان واحدة؛
-الشرط الثاني: أن يكون الدعويان بين الخصوم أنفسهم؛
- الشرط الثالث: أن يبدى الدفع أمام المحكمة التي رفعت إليها الدعوى لاحقة؛
- الشرط الرابع: أن تكون الدعوى أمام محكمتين مختصتين تابعتين لنظام قضائي واحد.[4]

---

[1] - زيد حسين العفيف، المرجع السابق، ص 137 و 138.

[2] - والإحالة تجوز ولو كان المطلوب في إحدى الدعويين جزء من المطلوب في الأخرى، كما تجوز إذا رفعت دعوى بعدة طلبات موضوعية ، واقتصر موضوع الدعوى الثانية على المطالبة بطلب واحد منها، ولا يلزم أن تكون القضيتان مرفوعتان بطريق واحد ، فقد تكون إحداهما مرفوعة بطلب عارض في الخصومة الأصلية. علي أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص 240. وبذات المرجع أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 246.

[3] - أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 246.

[4] - مشار إلى هذا شرط في عبد الرسول عبر الرضا الأسدي و صالح مهدي كحيط، الإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، جامعة بابل، مجلة أهل البيت، كلية القانون، العدد 20، ص185.

2- طبيعة الدفع بالإحالة لوحدة الموضوع:

كانت المادة 90 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري الملغى، تتكلم عن الإحالة لوحدة الموضوع، والإحالة للارتباط، لذلك، كانا يخضعان لنفس القواعد،[1] وطبقا لذلك، وباعتبار الدفع بالإحالة لوحدة الموضوع من الدفوع الشكلية التي لا تتعلق بالنظام العام، فإنه يتعين إثارته قبل تناول الموضوع وإلا سقط الحق في إبدائه.[2]

بالتالي، فحق التمسك به ممنوح للمدعي والمدعى عليه، ولا يجوز للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها لعدم تعلقه بالنظام العام، وهو ما تؤكده المادتين 90 و 92 من قانون الإجراءات المدنية القديم، عكس قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، الذي نص في مادته 54، على أنه:" يجب على الجهة القضائية الأخيرة التي رفع إليها النزاع أن تتخلى لصالح الجهة الأخرى، إذا طلب أحد الخصوم ذلك. ويجوز للقاضي أن يتخلى عن الفصل تلقائيا إذا تبين له وحدة الموضوع". فنص هذه المادة يحوم حوله الكثير من الغموض، ذلك أنه أعطى السلطة التقديرية للقاضي في مسألة التخلي عن الفصل إذا تبين له وحدة الموضوع، وألزمه بالتخلي في حالة طلب الخصوم ذلك.

لكن ما يجدر التنويه عليه، هو أن المشرع الجزائري قد ألغى مسألة وجوبية إبداء كل دفع بالإحالة لوحدة الموضوع قبل أي دفاع في الموضوع، والتي كان منصوصا عليها في ظل المادة 92 من قانون الإجراءات المدنية القديم".

كما كان من المفروض على المشرع الجزائري أن يؤكد في نصوص التشريع الإجرائي على أنه لا يصح لغير المدعى عليه أن يتمسك بهذا الدفع، ولا يجوز للمدعي أن يتمسك به إذ في استطاعته أن يتخلص من هذا الموقف بترك إحدى الدعويين.[3]غير أنه على عكس ذلك، فقد وظف عبارة " إذا طلب أحد الخصوم ذلك" في نص المادة 54 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، وهي العبارة التي جاءت عامة.

بالإضافة إلى النص على جوازية التخلي التلقائي من طرف القاضي إذا تبين له وحدة الموضوع، وبذلك، يمكننا القول؛ أن هذا الدفع يعتبر دفعا متعلقا بالنظام العام.

3- إجراءات الفصل في الدفع بالإحالة لوحدة الموضوع: يثار هذا الدفع من قبل المدعى عليه في الدعوى الثانية طالبا إحالة هذه الدعوى إلى المحكمة الأولى للفصل فيهما بحكم واحد لوحدة الدعويين، حيث يتم تحديد المحكمة صاحبة الحق في الفصل في الموضوع بالنظر للتاريخ الأسبق في قيد الدعويين، فإن كان تاريخ قيدهما نفسه فنأخذ بتاريخ أول جلسة.

وبديهي، أنه طالما لم يدفع أمام المحكمة الثانية بهذا الدفع ولم يظهر من الوثائق ما يشير إليه، فإنه على المحكمة الثانية أن تفصل في القضية المطروحة أمامها بصفة عادية.

أما إذا تم الدفع بالإحالة لوحدة الموضوع فعلى المحكمة الثانية أن تفصل فيه، فإن قبلته تقوم بإحالة القضية إلى المحكمة التي رفع أمامها النزاع أولا، وفي حالة منازعة المدعي في القضية الثانية في الإحالة مدعيا أن المحكمة الثانية لا تفصل في مسألة الاختصاص بل تحيل الدعوى إلى المحكمة الأولى التي تفصل فيها، وعلى هذه الأخيرة عند إحالة القضية عليها أن تلتزم بنظرها، أي؛ تتقيد بهذه الإحالة،

---

[1] - تنص المادة 90 من قانون الإجراءات المدنية القديم على أنه:" إذا سبق تقديم طلب أمام محكمة أخرى في موضوع الدعوى نفسه أو كان النزاع مرتبطا بقضية مطروحة فعلا أمام محكمة أخرى جاز إحالة الدعوى بناء على طلب الخصوم".
[2]- تنص المادة 92 من ذات القانون على أنه:" يجب إبداء كل دفع بالإحالة لوحدة الموضوع أو للارتباط قبل أي دفاع في الموضوع".

[3] - محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي، المرجع السابق، ص 252 و 254 و253.

وتجدر الإشارة، إلى أنه يجب تنفيذ أمر الإحالة فورا دون انتظار إعلانه، ويؤدي صدوره إلى انقضاء الخصومة أمام المحكمة الثانية.

أما إذا رفضت المحكمة الثانية الدفع الشكلي بالإحالة لوحدة الموضوع فيعتبر وكأنه لم يقدم ويتم نظر الدعوى أمامها طبقا للإجراءات العادية للفصل في الخصومة.[1]

في الأخير، تجدر الإشارة، إلى أن المادة 54 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري تنص على أنه:" يجب على الجهة القضائية الأخيرة التي رفع إليها النزاع أن تتخلى لصالح الجهة الأخرى، إذا طلب أحد الخصوم ذلك. ويجوز للقاضي أن يتخلى عن الفصل تلقائيا إذا تبين له وحدة الموضوع".

ثانيا- الدفع بالإحالة للارتباط:

ويعرف أيضا بالدفع بالإحالة بتوحيد دعويين أو الدفع بالتلازم،[2] وهذا الدفع يقصد به توحيد دعويين لوجود ارتباط بينهما، ويكون بطلب من الخصوم، وهذا الدفع لا يتعلق بمصلحة مباشرة للخصوم، إذ ما يضير الخصوم إن نظرت الدعويين بصورة منفصلة أو تم توحيدهما في دعوى واحدة، وذلك أن غاية الخصم تنصب على كسب الدعوى ذاتها والحكم له بها، سواء كان ذلك ضمن دعوى واحدة أم في أكثر من دعوى. أما إذا نظرنا إلى الموضوع من جهة المصلحة العامة فنجد أن من مصلحة نظام التقاضي أن يجري توحيد الدعويين اللتين ترتبطان ببعضهما في دعوى واحدة ينظرها قاض واحد وذلك تجنبا لصدور أحكام متناقضة أو أحكام يصعب التوفيق بينها.[3]

بل إن توحيد الدعويين يوفر الجهد للقضاة بدلا من أن تنظر الدعويين من قاضيين منفصلين يضطر كل واحد منها أن يسير بالإجراءات عينها بشكل مستقل، فعندما تحصر المسالة بقاض واحد يستطيع عند نظره للدعويين في دعوى واحدة أن يكون نظرة شمولية للنزاع تقيه من الوقوع في التناقض وتساعده على بسط سلطته على أدلة الدعوى وتفرعاتها كافة. وبعد ذلك ليس مهما أن يصدر القاضي حكما وحدة في الموضوع أو أن يفرد لكل قضية من القضايا التي جرى توحيدها حكما مستقلا بها.[4] وعلى هذا نصت المادة (75) من قانون المرافعات العراقي " إذ تبين للمحكمة أن الدعوى ارتباطا **بدعوى** مقامة فعلا بمحكمة أخرى فلها أن تقرر توحيد الدعويين وترسل اضبارة الدعوى إلى المحكمة الأخرى والقرار الصادر من المحكمة الأخرى برفض التوحيد يكون قابلا للتمييز".[5]

1- مدلول الإرتباط: يتحقق الارتباط عندما يكون بين الدعويين صلة تجعل الفصل في إحداهما مؤثرا على وجه الحكم في الأخرى، حيث أن ترك كل دعوى تسير في طريق مستقل عن الأخرى، قد يؤدي في النهاية إلى صدور أحكام متناقضة في الموضوع الواحد،[6]وقد نص المشرع الجزائري على الدفع بالإحالة للارتباط في المادة 55 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

---

[1] - عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص39.

[2] - يقصد بالدفع بالإحالة إخراج الدعوى من ولاية المحكمة التي تنظرها لإدخالها في ولاية محكمة أخرى. العشماوي، ج 2-، بند 748. مشار إليه في مؤلف أحمد السيد صاوي، المصدر السابق، ف 155 ص 220.

[3] - آدم النداوي، المصدر السابق، ص 216.

[4] - بشأن جواز إصدار أكثر من حكم واحد بعد توحيد الدعويين، أبو الوفا، المصدر السابق، ص 280.

[5] - وقد قضت محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية بتاريخ 26 / حزيران / 2004 عدد 319/ت.ب/ 2004، :" ..... إن قرار رفض توحيد دعويين هو الذي يقبل الطعن تمييزا حسب مفهوم المادة 216 مرافعات ...." (غير منشور). نجلاء توفيق فليح، المرجع السابق، ص 113.

[6] - محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي، المرجع السابق، ص 260.

ولم يعرف المشرع الجزائري ولا العراقي ولا المصري الارتباط، في حين عرفه المشرع الفرنسي في المادة 101 من قانون الإجراءات المدنية النافذ بأنه:" صلة وثيقة بين دعويين تجعل من المناسب ومن حسن سير العدالة جمعهما معا أمام محكمة واحدة لتحققهما وتحكم فيهما".

ومن أوضح صور الارتباط اتحاد الموضوع أو السبب في دعويين، ومع ذلك لا يلزم حتى يتحقق الارتباط وحدة السبب أو الموضوع كما إذا رفعت دعوى للمطالبة بتنفيذ عقد ورفع الأخر الطرف الآخر دعوى بطلب فسخه أو بطلانه.[1]

لقد بين المشرع الإجرائي الجزائري في نص المادة 55 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية صور حالة الارتباط، بحيث أكد من خلال مضمون هذه المادة بأنه تقوم حالة **الارتباط** عند وجود علاقة بين قضايا مرفوعة أمام تشكيلات مختلفة لنفس الجهة القضائية، أو أمام جهات قضائية مختلفة، والتي تستلزم لحسن سير العدالة أن ينظر ويفصل فيها معا.[2]

2- شروط الدفع بالإحالة للارتباط:

لم يعرف المشرع الجزائري في القانون ما هو المقصود بالارتباط، بل ذهب إلى حالات قيام الارتباط من خلال نص المادة 55 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:" تقوم حالة **الارتباط** عند وجود علاقة بين قضايا مرفوعة أمام تشكيلات مختلفة لنفس الجهة القضائية، أو أمام جهات قضائية مختلفة، والتي تستلزم لحسن سير العدالة أن ينظر ويفصل فيها معا".

لذلك، يذهب الفقه القانوني في تعريفه للارتباط الذي يبرر الدفع بالإحالة على أنه:" قيام صلة وثيقة بين دعويين تجعل من المناسب ومن حسن سير العدالة جمعهما أمام محكمة واحدة لتحقيقها والحكم فيهما معا، منعا لصدور أحكام لا توافق بينها".[3]

فإذا رفعت دعوى بطلب تعويض الضرر الذي لحق المدعي الناتج عن خطا المدعى عليه في حالات معينة، وأقام الآخر دعوى مطالبا بالتعويض لخطأ الأول في ذات الحادثة ، فلا يجوز في الدعوى الأخيرة التمسك بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام المحكمة الأخرى ، أنما يجوز الدفع بالإحالة للارتباط ، ويجوز عند صدور الحكم في إحدى القضيتين التمسك بحجيته في مواجهة الدعوى الأخرى.[4]

---

[1] - أحمد السيد صاوي، المصدر السابق، ص 223.

[2] - تنص المادة 55 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:" تقوم حالة **الارتباط** عند وجود علاقة بين قضايا مرفوعة أمام تشكيلات مختلفة لنفس الجهة القضائية، أو أمام جهات قضائية مختلفة، والتي تستلزم لحسن سير العدالة أن ينظر ويفصل فيها معا".

[3] - زيد أبو العفيف، المرجع السابق، ص 145. عثمان التكروري، المرجع السابق، ص 512. محمود سلامه، المرجع السابق، ص 83. أحمد الظاهر، المرجع السابق، ص 02.

[4] - أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 242 و 243. وبذات المعنى مصطفى مجدي هرجة، الموسوعة القضائية في المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق ، ص 965 و966.

ومن الأمثلة على الإحالة للارتباط: وإذا رفعت دعوى بطلب ملكية عين ورفعت أخرى بطلب ربع العين فلا يجوز التمسك في الدعوى الأخيرة بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام المحكمة الأخرى ، وإنما يجوز الدفع بالإحالة للارتباط ، ويجوز عند صدور الحكم يرفض مطلوب المدعي، التمسك بحجية هذا الحكم في الدعوى الأخرى ، ومشار إليه في أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 264.

مثال آخر الدعوى التي يرفعها الدائن على مدينه لعدم الوفاء بالتزامه والدعوى التي يرفعها على الكفيل الذي يكفله إذا كان يقيم في دائرة اختصاص محكمة أخرى.

الإحالة للارتباط فإن الدفع بالإحالة لا يكون ملزمة للمحكمة، وإنما تخضع للسلطة التقدير لها ، فلها أن ترفض الإحالة وتستمر بالتالي في نظر النزاع على العكس من الإحالة لعدم الاختصاص متعلقة بالنظام العام، فإن الإحالة تكون واجبة على المحكمة أو أن الدفع بها ملزم للمحكمة المرفوع إليها النزاع ، وهو ما يؤكده القضاء الفلسطيني، حيث جاء في حكم محكمة النقض انه" إذا قررت محكمة الصلح عدم اختصاصها بنظر الطلب وإحالته لمحكمة البداية، فإن هذا القرار يلزم المحكمة

لا يستلزم لقبول الإحالة للارتباط اتحاد الموضوع أو السبب أو الخصوم،[1]ما يشترط هو أن يكون الحكم في الأولى قد أثر على الحكم في الدعوى الأخرى، المصلحة تقتضي نظر هاتين الدعويين معا كدعوى تثبيت حجز تحفظي والأخرى موضوعها طلب شطب هذا الحجز، وكذلك تظهر الإحالة للارتباط في العقود التي ترتب التزامات على الجانبين وذلك أن يطلب احدهم فسخ العقد في دعوى ويطلب الأخر تنفيذ ذات العقد.[2]

والإحالة للارتباط تكون في حالة قيام صلة وثيقة بين دعويين تجعل من المناسب ومن حسن سير العدالة جمعها أمام محكمة واحدة وتقديرها يعد مسالة موضوعية تتعلق بظروف كل دعوى على حدا ، وقاضي سلطة تقديريه ، ودون الرقابة عليه من محكمة النقض ، على أن يسبب القرار ، وله أن يرفضها ويرد الدفع لو توافرت شروطها إذا كان هناك اعتبارات أخرى تعلو على الارتباط وهذا على عكس الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع، كما لو كانت الدعوى المرفوعة أمامها مهيأة للحكم في موضوعها ، وممكن أن يبدي أمام أي من المحكمتين.[3]

إن هناك شروطا يجب توافرها حتى يتم قبول الدفع بالإحالة للارتباط وهي:

- الشرط الأول: وجود الارتباط الموضوعي لأنه المبرر الأبرز لقيام الإحالة.
- الشرط الثاني: أن تكون المحكمة المطلوب الإحالة إليها مختصة بالدعوى المرفوعة أمامها من جميع الوجوه.
-الشرط الثالث: وجود دعويان قائمتان بالفعل أمام محكمتين تابعتين لجهة قضاء واحدة.[4]

ويجوز إبداء الدفع أمام أي من المحكمتين وللمحكمة التي دفع أمامها بالإحالة للارتباط رفض الطلب، هذا الدفع وسيلة لمنع تضارب الأحكام واختصاص، واختصار الوقت والإجراءات والتكاليف والجهد، وأيضا المنع من تحايل المدعي من رفع أكثر من دعوى في موضوع واحد والتيسير على المتداعين والمتقاضين وتوفير الرسوم والمصاريف، وإذا تم الفصل في إحدى الخصومتين بالحكم في الموضوع فلا تطلب الإحالة وإنما يحتج بحجية الدعوى المفصولة.[5]

إن الفرق ما بين الإحالة لعدم الاختصاص و الإحالة للارتباط هي ان الاحالة الاختصاص تكون أحد المحكمتين مختصة بنظر النزاع، بينما الأخرى تكون غير مختصة، في حين أنه في الإحالة للارتباط فإن كلا المحكمتين تكون مختصة بنظر النزاع المنظور أمامها.[6]

المحال إليها بنظر الطلب... بصرف النظر عما إذا كان قرار الإحالة موافق للقانون أم لا". محكمة النقض الفلسطينية، طب مدني رقم 2008/12، بتاريخ 2008/03/06. عثمان التكروري، مرجع سابق، ص 513، و محمود سلامة، المرجع السابق، ص 84. وبذات المعني أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 265.

[1] - يكفي أن يتحد عنصران وهما وحدة السبب ووحدة الموضوع، إلا أن وحدة الموضوع وان كانت كافية لقيام الارتباط إلا انه ليس بالضرورة أن تقوم الإحالة، ومثال ذلك دعوى بطلان عقد، والدعوى الأخرى دعوى فسخ ذات العقد، وكذلك الأمر يقال في السبب كدعوى البائع على عدة مشترين بالثمن فقد يوجد الارتباط بين عدة دعاوى بالرغم من اختلاف السبب. علي أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص 249 و250. وأيضا زيد أبو العفيف، المرجع السابق، ص 146.

[2] - ومثال آخر طلب المؤجر الإخلاء في دعوى وفي الأخرى يطلب المؤجر أداء الأجرة المستحقة ففي كل ذلك يجب البحث عن الرابطة الأصلية للأشياء المتنازع عليها كرابطة الفرع بالأصل، ومثال ذلك أيضا، دعوى المطالبة بأصل الدين والدعوى الثانية المطالبة بفائدة هذا الدين، فكل من هذا الدعاوى إذا ما حكم فيها له الأثر على الحكم في الدعوى الأخرى لذا يقتضي الإحالة للارتباط. علي أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص 259 و263.

[3] - رائد زيدات، المرجع السابق، ص 68.

[4] - مشار إليه في زيد حسين العفيف، المرجع السابق، ص 147 و148.

[5] - أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 243 و 249.

[6] - مشار إليه في عثمان التكروري، المرجع السابق ، ص 93.

إن هناك فرقا بين دفع بالإحالة للارتباط وبين الإحالة لقيام ذات النزاع وهو أن الإحالة للارتباط لا يترتب عليها اندماج الطلبين بل يبقى كل منهما محتفظا باستقلاله أن المحكمة تحقق في كل واحدة منهما وتبت فيهما في وقت ذاته على الاستقلال وبحكم واحد في حين أن الاحالة لقيام ذات النزاع يترتب عليه اندماج الطلبان ولا يكون لأي منهما بعد الضم ذاتية مستقلة وتجري المحكمة تحقيقا واحدا ثم تصدر حكما واحدا.[1]

3- الطبيعة القانونية للدفع بالإحالة للارتباط:

غالبا ما يكون علم المحكمة بدفع يدفع به الخصم، أو تستنتجه من خلال وقائع الدعوى وأقوال الخصوم.[2] ويقدم الدفع بتوحيد دعويين للارتباط إلى أي من المحكمتين على أن تكونا من درجة واحدة، ويفترض أن تكون كل من المحكمتين مختصتين ولائيا ونوعيا، وتتمتع المحكمة التي يقدم إليها بسلطة تقديرية في الاستجابة إلى طلب الخصوم وفي تقدير وجود الارتباط من عدمه.

ويتساءل البعض بحق حول مدى اعتبار هذا الدفع من النظام العام على أساس أن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية في إعمال التوحيد بالارتباط، وأنه لو كان في ذهن المشرع أن هذا الدفع من النظام العام لأوجب على القاضي إعماله دون أية سلطة تقديرية، لأن أية مسالة إجرائية أو موضوعية إذا ما ثبت تعلقها بالنظام العام وجب على القاضي الاهتداء بها من تلقاء نفسه.[3]

وإزاء عدم وجود نص صريح في التشريع العراقي باعتبار الدفع بتوحيد دعويين للارتباط من النظام العام أم لا، فقد بعض الفقه إلى أنه ليس للمحكمة أن تحكم بالدفع بالتوحيد من تلقاء نفسها.[4]في حين ذهب اتجاه آخر من الفقه، إلى أن الدفع بالتوحيد من النظام العام وللمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها.[5]

وقد نقضت محكمة التمييز العراقية حكما، إذ جاء في حيثيات القرار ".... وجد أن المحكمة أصدرت حكمها المميز قبل أن تحقق في دفع المدعى عليه (المميز-ض-) بأنه سبق وأن أقام الدعوى المرقمة ..... محكمة بداءة الأعظمية على المدعي (المميز عليه-ع-) بتاريخ 97/11/29، والمنظورة استئنافا بشأن التحسينات التي أحدثها في المأجور موضوع الدعوى قبل أن تقام هذه الدعوى، وكان المقتضى جلبها وتثبيت محتوياتها تحاشيا لصدور حكمين متناقضين لذلك قرر نقض الحكم المميز وإعادة الدعوى إلى محكمتها للسير فيها وفق ما تقدم...".[6]

كما قضت محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية أن " .... الصك المرقم .... والذي طلب المميز (ع) إلزام المدعى عليها بمنع معارضته به وإبطاله هو نفس الصك موضوع الدعوى 995/4596، التي طلب المدعي فيها سعد حسين إلزام المدعى عليه (المميز) بقيمته. وبذلك فإن الدعويين قد اتحدا طرفا وموضوعة، وبالتالي، يقتضي توحيدهما، لذا قرر نقض القرار المميز وإعادة الدعوى إلى محكمتها للسير فيها وفق المنوال المتقدم وتوحيد الدعويين موضوع النزاع ....".[7]

وقد عد المشرع المصري الدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة لقيام ذات النزاع أمامها أو للارتباط من الدفوع التي تسقط بالكلام في موضوع الدعوى في حين أن المشرع العراقي بقي صامتا بصدد وقت إبداء

---

[1] - آية عمر عبد الغني ملحم، المرجع السابق، ص 55.

[2] - سعدون ناجي القشطيني، المصدر السابق ، ص 225.

[3] - الساعدي، المصدر السابق ، ص 191. ثم يقول أنه يفترض النظر إلى هذا الدفع على أنه متعلق بالنظام العام للاعتبارات التي يقوم عليها.

[4] - عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 مع المبادئ القانونية لقرارات محكمة تمييز العراق مرتبة على مواد القانون، ج 2، مطبعة العاني، بغداد، العراق، 1972، ص 316.

[5] - آدم النداوي، المصدر السابق، ص 216.

[6] - تاريخ القرار 1999/04/14. (غير منشور). نجلاء توفيق فليح، المرجع السابق، ص 115.

[7] - بتاريخ 96/01/15 وعدد 80/ ت.ب/997. (غير منشور). نجلاء توفيق فليح، المرجع السابق، ص 115.

الدفع بتوحيد دعويين وأعطى للقاضي سلطة تقديرية في التوحيد والإحالة. أما الدفع بسبق رفع الدعوى فنجد أن النص واضح بعدم جواز إقامة الدعوى في أكثر من محكمة واحدة، وعلى ذلك، متى تبين للمحكمة ذلك يجب عليها إبطال عريضة الدعوى التي رفعت لاحقا.

ويرجح موقف المشرع العراقي على موقف المشرع المصري، الذي عد - أي المشرع المصري - الدفع بالإحالة للارتباط والدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع في أكثر من محكمة واحدة من الدفوع التي يجب تقديمها في مفتتح الخصومة قبل إبداء أي دفع موضوعي أو دفع بعدم القبول وإلا سقط الحق فيها، ذلك، أنها تتعلق بالمصلحة العامة في عدم صدور أحكام متناقضة في قضية واحدة أوفي قضيتين مترابطتين ، بالإضافة إلى ما يوفره التوحيد من وقت وجهد.[1] ولكن يلاحظ على نص المادة (76) من قانون المرافعات أنها تقضي بإبطال عريضة الدعوى التي رفعت لاحقا، في حين أنه قد تكون المحكمة قد سارت فيها وقطعت شوطا في تحقيقها مما يفضل في هذه الحالة إحالتها إلى المحكمة التي رفع إليها النزاع لاحقا ليتم ضمها إليها. والسؤال الذي قد يثار ما هو الحل لو رفعت الدعوى الواحدة أمام محكمتين مختصتين مكانيا، ولم يتم الدفع بالتوحيد ولم يتبين القضاة ذلك ؟ نؤيد رأي الدكتور أبو الوفا بأن الحكم الصادر من المحكمة التي رفعت إليها الدعوى أولا هو الذي يعتد به. وقد أجازت الفقرة الرابعة من المادة (203) من قانون المرافعات العراقي الطعن تمييزة في حالة صدور حكم يناقض حكما سابق صدر في نفس موضوع الدعوى.

أما بخصوص توجه التشريع الجزائري، فإنه في ظل قانون الإجراءات المدنية القديم، فقد أكدت المادة 92 منه، على أنه :" يجب إبداء كل دفع بالإحالة لوحدة الموضوع أو للارتباط قبل أي دفاع في الموضوع". وهو ما نستنتج منه، أن هذا الدفع كان دفعا شكليا غير متعلق بالنظام العام في ظل قانون الإجراءات المدنية القديم، بصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، الذي نص في مادته 56، على أن:" التخلي عن النزاع بسبب الارتباط بين القضايا، يؤمر به من طرف آخر جهة قضائية أو آخر تشكيلة طرح عليها النزاع، لصالح جهة قضائية أو تشكيلة أخرى بموجب حكم مسبب بناء على طلب أحد الخصوم أو تلقائيا". يتضح، أن الدفع بالارتباط قد أصبح من الدفوع المتعلقة بالنظام العام في التشريع الجزائري.

ويجب التذكير بالقانون اللبناني، الذي أورد حكما خاصا بالدفع بالإحالة للارتباط من خلال نص المادة 57 من قانون أصول المحاكمات، إذ رغم أنه دفع شكلي إلا أنه يجوز الإدلاء به في أية حالة كانت عليها الدعوى، وذلك ما لم يتضح أنه أدلى به في وقت متأخر بقصد الإطالة في أمد المحاكمة فتقرر المحكمة عندئذ رفضه.

4- المحكمة التي يقدم أمامها الدفع بالإحالة للارتباط:

يقدم أمام أي محكمة من المحكمتين، حيث تختص المحكمة المقدم إليها الدفع بالفصل فيه، وهي ليست ملزمة بقبوله حتى ولو تبين لها وجود ارتباط بين الدعويين، بل لها حق رفضه إذا تبين أن المحكمة الأخرى غير مختصة بنظر الدعوى، أو أن إجراءات القضية قد أشرفت على النهاية وأصبحت مهيأة للفصل فيها، أو أن مصلحة العدالة أو مصلحة الخصوم تتعارض مع الإحالة.

---

[1] - ويشير الدكتور أحمد مسلم إلى أنه من الغريب أن يسوي القانون المصري في ذلك بين الإحالة للارتباط والإحالة للترديد، ويضيف بأنه إذا كانت الحالة للارتباط امر يتعلق بمصالح الخصوم الخاصة ، إلا أن الإحالة بسبب ترديد الدعوى ترمي إلى تفادي احتمال تضارب الأحكام في القضية الواحدة، وإلى تحقيق قاعدة أن رفع الدعوى إلى محكمة مختصة ينزع اختصاص سائر المحاكم التي تكون ابتداء مختصة كذلك، فكيف يمكن مع أهمية هذه النتائج القول بسقوط الحق في هذا الدفع بتقديم دفع آخر عليه ؟ كما يؤكد الدكتور أبو الوفا على وجوب أن يكون الدفع بالإحالة من النظام العام . أبو الوفا، المصدر السابق، ص 256.

وقد أكد قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري ذلك من خلال الفقرة الثانية من نص المادة 54 بقوله:"..... ويجوز للقاضي أن يتخلى عن الفصل تلقائيا إذا تبين له وحدة الموضوع".

تجدر الإشارة في الأخير، إلى القول؛ أنه قد لا يكتشف أحد الخصوم هذا الارتباط إلا بعد تناول الموضوع عندئذ لا يمكن بداهة القول؛ بأن تناول الموضوع يعتبر تنازلا عن الدفع بالإحالة للارتباط، وعليه فيجوز إبداء هذا الدفع رغم سبق التكلم في الموضوع طالما أن الحق في الدفع لم ينشأ إلا متأخرا.

ثالثا- الإحالة بالضم.

نصت المادة 80 فقرة 2 (1) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية في القانون الفلسطيني،[1] حيث جاء فيها:"..... 1- إذا رفعت أكثر من دعوى أمام محكمة واحدة أو أكثر من محكمة وكانت متحدة في السبب والموضوع ، فيجوز للمحكمة بناء على طلب أحد الخصوم أن تضم هذه الدعاوى في خصومة واحدة ، أو أن تأمر (مع مراعاة قواعد الاختصاص) بإحالة هذه الدعاوى الى المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى الأولى . يقدم هذا الطلب عند وجود دعويان أمام دائرتان في ذات المحكمة ، ويجوز أن تكون كلا الدعويين أمام ذات القاضي، متحدة في ذات السبب وذات الموضوع، و عندها يجوز للمحكمة وبناء على طلب أحد الخصوم أن تقرر ضم هذه الدعاوى في خصومة واحدة ، ومع ذلك فإن جوازية ضم الدعاوى من عدمها عائدة للمحكمة إذا رأت أنها متحدة في السبب والموضوع، فإذا وجدت المحكمة أن الغاية القانونية متحققه فلها أن تأمر بضم الدعاوى، وعلى خلاف ذلك لها رفض الطلب.[2]

والأصل أنه يتعين أن يتم ضم القضية التي رفعت مؤخرا إلى القضية التي رفعت أولا ، ومع ذلك يجوز ضم القضية التي رفعت أولا إلى القضية الأخرى ، وإذا رفعت دعويان أمام دائرة واحدة فان الضم يتم من المحكمة.[3]

إذا تبين للمحكمة أن موضوع الخصومة المطروحة أمامها هو ذات أو جزء من دعوى أخرى قائمة أمامها هي أو أمام دائرة أخرى في المحكمة الواحدة، الأمر الذي يدعوها إلى ضم هذه الدعاوى في دعوى واحدة بهدف تجميعها منعا لتفريقها و تجزئتها، فتتعدد الدعاوى وتتضارب الأحكام مما يضر بسير العدالة، ويتم ضم الدعاوى بناء على طلب الخصوم أو تقوم به المحكمة من تلقاء ذاتها.[4] وللقاضي سلطة تقديرية في أخذ هذا الطلب من عدمه ، وللمحكمة ومن تلقاء نفسها أن تحكم بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى نتيجة لزيادة القيمة عند الضم فتصبح غير مختصة قيميا.[5]

---

[1] - الإحالة بسبب توحيد دعوتين وهذه الإحالة تسمى الدفع بالإحالة وفق المادة (112) من قانون المرافعات المصري , وهي تقابل نص المادة (76) من قانون المرافعات المدنية العراقي التي تنص على:" 1- لا يجوز إقامة الدعوى الواحدة في أكثر من محكمة واحدة ، فإذا أقيمت في أكثر من محكمة اعتبرت الدعوى المقامة أولا وأبطلت العريضة الأخرى". يتضح لنا أن المشرع اعتمد مبدأ الإحالة لغرض توحيد دعويين أي ضمهما، وكما ورد في القانون المصري، يؤدي إلى استغلال الجواز القانوني بإقامة عدة دعاوى أمام محاكم مختلفة وما يرافق هذا من إرباك في جانب الدفاع، وإرهاق غير مبرر للمدعى عليه كما يؤدي إلى زيادة عدد الدعاوى زيادة غير مبررة، وأن موقف القانون العراقي، يؤدي إلى وضع حد لسوء النية لدى مقيم الدعوى أمام محكمة أخرى وهو يعلم بوجود دعوى مقامة أمام محكمة مختصة، فإن دعواه الأخرى مصيرها الإبطال. مشار إليه في حسن رشيد وحبيب مرزا، الدفع بعد الاختصاص النوعي (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة التاسعة، 2017، ص 414 .

[2] - أحمد الظاهر، المرجع السابق، ص 03.

[3] - أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص 250.

[4] - زيد حسين العفيف، المرجع السابق، ص 157 و 158.

[5] - آية عمر عبد الغني ملحم، المرجع السابق، ص 57.

ومن تطبيقات القضائية على الإحالة بالضم : قررت عدالة محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 894 لسنة 43 ق جلسة 16/1/1978:" أنه وان كان ضم الدعويين المختلفتين سببا وموضوعا إلى بعضهما تسهيلا للإجراءات لا يترتب عليه اندماج إحداهما في الأخرى بحيث تفقد كل منهما استقلالها ولو اتحد الخصوم ، إلا أن الأمر يختلف إذا كان موضوع الطلب في إحدى الدعوتين المضمومتين هو ذات الطلب في ذات الطلب في الدعوى الأخرى واتحدا خصوما وسببا فإنهما يندمجان ، وتفقد كل منها استقلالها ، وكان الثابت أن موضوع الخصومة في الدعوي .. تجاري كلي القاهرة هو ذات موضوع

رغم كونهما يعتبران دفعان شكليان، إلا أن ذلك لا يعني مطلقا أنهما نفس الدفع، إذ تناول المشرع الجزائري الدفع بالإحالة للارتباط في المادتين 90 و 92 من قانون الإجراءات المدنية القديم، وجعله دفعا لا يتعلق بالنظام العام ويقوم في حالة وجود ارتباط بين دعويين على مستوى محكمتين، على خلاف الدفع بالضم فقد تناوله المشرع الجزائري في المادة 91 من قانون الإجراءات المدنية القديم في حالة وجود ارتباط بين قضايا مطروحة على نفس المحكمة حيث أجاز الدفع به من طرف الخصوم أو من قبل المحكمة تلقائيا.[1]

وقد أخلط البعض بين الدفع بالإحالة وبين الدفع بالضم رغم صراحة المواد التي تناولت هذين الدفعين في ظل قانون الاجراءات المدنية القديم، لذلك نجد الأستاذ عمر زودة في تعليقه على قرار صادر عن المجلس الأعلى يؤكد على اختلاف الدفع بالإحالة للارتباط عن الدفع بالضم بقوله:إن قضاءنا لا يعرف الدفع بالإحالة إلا في حالتين:

-الحالة الأولى:

و هي قيام ذات النزاع أمام محكمتين، الحالة الثانية وتتمثل في وجود ارتباط بين عدة قضايا جارية أمام محكمتين مختلفتين ، فالنتيجة إذن هي أن الدفع بالضم دفع مستقل عن الدفع بالإحالة للارتباط وله أحكامه الخاصة.[2]

ومن تطبيقات المحكمة العليا بالنسبة للإحالة للارتباط، نجد القرار رقم 103633، المؤرخ في 1992/01/19 جاء فيه:

عن الوجه الثالث المأخوذ من مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات وانعدام الأساس القانوني وهذا كون أنه ونظرا للارتباط الموجود بين قضية الحال الهادفة إلى تسديد مبلغ مقابل أموال شائعة والقضية التي سبق للطاعن أن أقامها بقصد البحث عن وجود مشاركة وتقسيم الأرض وتصفية حسابات القاعدة التجارية والتي هي الآن مطروحة على المحكمة العليا عن طريق الطعن بالنقض.[3]

الخصومة في الدعوي ... تجاري كلى القاهرة، وهو يدور حول ما إذا كان الطاعن قد عزل موصف لشركة ... وعين بدلا منه المطعون ضده الأول ، أم أن الطاعن ما زال قائما بأعمال التصفية ومن ثم فان ضم هاتين الدعويين يترتب عليه اندماجها وتفقد كل منها استقلالها". مشار إليه في أحمد الظاهر، المرجع السابق، ص 03.

وقد قررت محكمة النقض في الطعن رقم 556 لسنة 43 ق جلسة 20/2/1978:" أنه وإن كان ضم الدعويين المختلفتين سببا وموضوعا إلى بعضهما تسهيلا للإجراءات لا يترتب عليه اندماج الواحدة في الأخرى بحيث تفقد كل منها استقلالها ولو اتحد الخصوم فيها ، إلا أن الأمر يختلف إذا كان الطلب في أحدى الدعويين المضمومتين هو ذات الطلب في الدعوى الأخرى - فضلا عن اتحادهما سببا وخصوما – فأنها تندمجان وتفقد كل منهما استقلالها لما كان ذلك ، وكان الثابت أن موضوع الاستئنافين ... موضوع واحد يدور حول طلب زيادة او الغاء التعويض الذي قضى به الحكم المستأنف للطاعن ، والسبب فيها واحد هو توافر المسئولية التقصيرية في حق المطعون ضدها أو انتفاؤها ، هذا فضلا عن وحدة الخصوم فيها ، فان ضم الاستئنافين يؤدي إلى اندماجهما ويفقد كل منهما استقلاله ومن ثم فإن تعجيل احدهما، يكون شاملا لهما معا لاندماج أحدهما في الآخر". مشار إليه في أحمد الظاهر، المرجع السابق، ص 03.

طعن مصري رقم 169 لسنة 45 ق جلسة: 1978/06/27:"إذا كان ضم دعويين تسهيلا للإجراءات لا يترتب عليه اندماج داهما في الأخرى بل تبقى لكل منها ذاتيتها واستقلالها ومن ثم فان صدور حكم إحداهما يعتبر منهي للخصوم فيها ، مشار إليه مصطفى مجدي هرجة، الموسوعة القضائية في المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، 972.

[1] - تنص المادة 91 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري القديم على أنه:" إذا وجد ارتباط بين قضايا مطروحة على المحكمة نفسها **تقضي المحكمة بضمها** من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم".

[2] - حميداني محمد، الدفوع الشكلية على ضوء الإجتهاد القضائي، رسالة ماجستر، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2004-2005، 53 و 59.

[3] - عمر بن سعيد، المرجع السابق، ص 72.

وهو الارتباط المنصوص عليه في المادتين 91 و92 من قانون الإجراءات المدنية القديم كان ينبغي على مجلس قضاء باتنة أن يرفض الدعوى الراهنة أو يصرف المدعية أمام الجهة القضائية التي عرضت أمامها الدعوى الأولى أو يوقف الفصل ريثما يصدر حكم المحكمة العليا. لكن حيث أن الطاعن أثار لأول مرة أمام المحكمة العليا بمناسبة الطعن بالنقض الحالي الدفع بالارتباط المزعوم ولهذا لا يجوز للجهة القضائية العليا أن تناقش الدفع المذكور لأول مرة وبالتالي الوسيلة الثالثة غير منتجة.[1]

وما يجب التنويه عليه، أن المشرع الجزائري قد قصر الكلام في القسم الثاني من الفصل الثاني المتعلق بالدفوع الشكلية على الدفع بوحدة الموضوع والارتباط، وهذا ما تناوله بنصوص المواد من 53 و 57 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولم يتطرق لمصطلح الضم إلا في نص المادة 58 منه بنصه على أن :" تقضي جهة الإحالة بالضم تلقائيا في حالة وجود ارتباط بين خصومات مطروحة أمام تشكيلات مختلفة لنفس الجهة القضائية أو أمام جهات قضائية مختلفة بعد التخلي لها".

ولكن هذه العبارة لا تعني أن الدفع بالإحالة والدفع بالضم هما نفس الشيء، بل على العكس من ذلك، فقد نص المشرع الإجرائي الجزائري على الدفع بالضم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد في باب وفصل مستقلين،[2]إذ نص في المادة 207 منه، على أنه:" إذا وجد ارتباط بين خصومتين أو أكثر، معروضة أمام نفس القاضي، جاز له ولحسن سير العدالة، ضمهما من تلقاء نفسه، أو بطلب من الخصوم والفصل فيهما بحكم واحد". وقد أكد في مادته 209، على أنه :" تعد أحكام الضم أو الفصل من الأعمال الولائية، وهي غير قابلة لأي طعن". وبذلك، يكون قد رفع اللبس الذي كان واقعا في ظل قانون الإجراءات المدنية القديم.

الفرع الثالث: الدفوع الشكلية المتعلقة بإجراءات وعوارض الخصومة.

إن القانون القضائي الجزائري يعتمد كثيرا على أعمال شكلية و إجرائية و يتعين على الخصوم إتباعها و مراعاتها و إلا كانت الإجراءات غير سليمة و يترتب على ذلك إبطال الدعوى،و الأعمال الشكلية تتمثل في الإجراءات التي يقوم عليها رفع الدعوى و سيرها و انتهائها.[3]

و الشكل الإجرائي قد يكون مظهرا للعمل الإجرائي ذاته، بمعنى يكون داخلا في تكوينه وشرطا لصحته، و قد يكون ظرفا أو وضعا للعمل الإجرائي يتعين توافره عند مباشرة الإجراء فلا يصح دونه.

أولا- الدفع بالبطلان المتعلق بمخالفة إجراءا ت الخصومة:

يقصد بالشكل كمظهر للعمل الإجرائي أن يكون عنصرا فيه و جزءا متمما له كبيانات عريضة افتتاح الدعوى فالشكل يتخذ مع النشاط الإجرائي ويصبح جزءا منه فلا يصح الإجراء إلا إذا أفرغ في القالب الذي يطلبه المشرع و سوف نحاول إبراز الأعمال الإجرائية التي يكون البطلان هو أثر تخلفها.[4]

[1] - يوسف دلاندة، قانون الإجراءات المدنية(مدعم بالاجتهادات القضائية)، دار هومة للنشر، الجزائر، 2000، ص 82.
[2] - الباب السادس: في عوارض الخصومة؛ الفصل الأول: في ضم الخصومات وفصلها.
[3] - الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص، 261.
[4] - عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص 65 و66.

1-أهليــة الاختصـام:

إن توفر أهلية التقاضي أمر أساسي بالنسبة لكل خصم مدع كان أو مدعى عليه.حيث تؤكد المادة 64 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه:" حالات بطلان العقود غير القضائية والإجراءات من حيث موضوعها محددة على سبيل الحصر فيما يأتي:

1- انعدام الأهلية للخصوم،
2- انعدام الأهلية أو التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي".

وتتوفر هذه الأخيرة، في القانون الجزائري في كل شخص بلغ سن الرشد و كان متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه.

إن أهلية التقاضي مسألة ذات أهمية يترتب على تخلفها بطلان إجراءات الدعوى لتعلقها بالنظام العام، حيث يجوز للخصم الدفع بالبطلان لعدم توفرها، كما أنه للمحكمة حق إثارة هذا الدفع من تلقاء نفسها، و يتم هذا الدفع في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، ولو بعد تناول الموضوع، بل و يؤدي تغير الأهلية أثناء سريان الخصومة إلى انقطاعها وسوف نعالج هذه النقطة لاحقا.[1]

و أمام أهمية شرط الأهلية لصحة إجراءات التقاضي، نجد أن المحكمة العليا أعطت لهذه المسألة عناية نكتشفها من خلال قراراتها العديدة منها:

قرار رقم 274-149 مؤرخ في 1997/12/09، جاء فيه: أنه من المقرر قانونا أنه لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن جائزا لصفة و أهلية التقاضي و له مصلحة في ذلك.

و من المقرر أيضا أنه يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان ملازما لصفة الإنسان وذلك في الحدود التي يقررها القانون.

و لما ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما لم يحرصوا على توفر شرط الصفة و الأهلية للفرع النقابي و الذي يعد من النظام العام لرفع الدعوى يكونوا قد خرقوا القانون وعرضوا بذلك قرارهم للنقض.[2]

وفي اجتهاد آخر للمحكمة العليا جاء فيه :"..... وحيث أن الثابت أن الطاعنة أقامت دعواها بتاريخ 20/12/2011 في ظل القانون رقم 10 – 03 الصادر بتاريخ 15 أوت 2010 المحدد لشروط وكيفية إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة الذي ألغى بالمادة الأخيرة منه أحكام القانون رقم 87 – 19 المتضمن ضبط كيفية إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم وكل الأحكام المخالفة له، لذلك فهذا القانون هو الواجب التطبيق على الوقائع والتصرفات التي تقع بعد صدوره ولا أثر رجعي له فيما أورده من أحكام جديدة تتعارض مع أحكام القانون القديم ومنها الوقائع والتصرفات محل دعوى الحال.

وحيث أن المقرر بهذا القانون أن حق الإمتياز يمنح لأعضاء المستثمرات الفلاحية الجماعية الذين استفادوا من أحكام القانون السابق بشرط الوفاء بالتزاماتهم المذكورة فيه وأنه يقصى من الاستفادة من

---

[1] - قرار رقم 274-149 مؤرخ في 1997/12/09 مجلة قضائية 1998 عدد 01 ص 139 حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 43.

[2] - حمدي باشا عمر، نفس المرجع، نفس الصفحة.

أحكامه الأشخاص الذين أجروا معاملات مخالفة للأحكام التشريعية وأن إدارة أملاك الدولة هي من تعد باسم كل مستثمرة أو مستثمرة جماعية عقد امتياز الذي تكتسب بموجبه الأهلية القانونية للاشتراط والمقاضاة والتعهد والتعاقد طبقا للمادة 21 منه ولأحكام القانون المدني.

وحيث أنه، ولما تبين لقضاة المجلس، وبناء على دفع المدخل في الخصام الديوان الوطني للأراضي الفلاحية لولاية معسكر أن ملف الطاعنة المتضمن تحويل حقها في الانتفاع الدائم إلى عقد امتياز مطروح أمامها بصفتها الجهة المؤهلة قانونا للفصل فيه طبقا للمادة 09 من القانون رقم 10 – 03 المذكورة أعلاه والمرسوم التنفيذي رقم 10 – 326 الصادر بتاريخ 23/12/2010 الذي يحدد كيفيات تطبيقه، فإن الطاعنة لم تكتسب بعد الأهلية القانونية للتقاضي حسبما تتطلبه المادة 21 من هذا القانون والمادتين 49 – 50 من القانون المدني، ولذلك فإنهم حين قضوا برفض طلبها طرد المطعون ضده من وعائها العقاري قد فصلوا في النزاع فصلا سليما وطبقوا القانون تطبيقا صحيحا. لذلك، فالوجهين غير مؤسسين ويتعين رفضهما ولكن للأسباب التي أوردتها المحكمة العليا بدلا من أسباب المجلس عملا بأحكام المادة 376 من ق.ا.م.ا.".[1]

2- الوثائـق الإجرائيــة:

أ- تحرير و إيداع العريضة الافتتاحية للدعوى:

إن تحديد البيانات الأساسية لعريضة الدعوى، يكتسي أهمية بالغة في المنازعات القضائية، وباعتبار العريضة الافتتاحية طلب قضائي، فلا يتطلب الأمر سوى التركيز على البيانات المحددة لعناصر الطلب القضائي، وهي البيانات المتعلقة بالخصوم، والبيانات الخاصة بمحل الطلب القضائي، والبيانات المتعلقة بسبب الطلب القضائي. بالإضافة إلى البيانات الأخرى المنصوص عليها قانونا، مثل البيانات التي تدور حول المحكمة والتاريخ والتوقيع،[2] وإلزامية إلصاق الذمغة.[3]

وإذا خلت العريضة الافتتاحية للدعوى من البيانات الجوهرية، كانت باطلة، ويمكن للمدعى عليه أن يتمسك بهذا البطلان بدفع شكلي يجب أن يبدى قبل الكلام في الموضوع ى وإلا سقط حقه فيه، وإذا تحققت الغاية من الإجراء فلا تقضي المحكمة بالبطلان. أما إذا قضت ببطلان العريضة الافتتاحية،فإنها تزول كما تزول جميع الإجراءات اللاحقة لها والآثار المترتبة عليها بما فيها الحكم الصادر في الدعوى، ذلك أن صحيفة الدعوى هي أساس الخصومة وكل إجراءاتها.[4]

تبدأ الخصومة القضائية بالمطالبة القضائية، هذه الأخيرة تعتبر أول عمل في الخصومة، وهي عمل إجرائي موجه من المدعي أو ممثله إلى المحكمة، يقرر فيه وجود حق أو مركز قانوني معين اعتدي عليه و يعلن رغبته في حمايته بإحدى صور الحماية القضائية في مواجهة المدعي عليه. ويكون استعمال المدعي للمطالبة رفعا للدعوى أمام القضاء لنظرها، بهذا فالمطالبة القضائية تكون صحيحة إذا توافرت فيها باعتبارها عملا إجرائيا المقتضيات الموضوعية و الشكلية.[5]

---

[1] - قرار المحكمة العليا رقم:959421، الصادر بتاريخ: 2016/02/11، قضية الطاعن: أعضاء المستمثرة الفلاحية الجماعية (س) / المطعون ضده: (ر.أ) بحضور الديوان الوطني للأراضي الفلاحية. *https://droit.mjustice.*

[2] - تنص المادة 41 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:" ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة ومؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف".

[3] - المرسوم التنفيذي رقم 18-185 المؤرخ في 26 شوال عام 1439 هـ الموافق لـ 10يوليو سنة 2018، يحدد قيمة دمغة المحاماة وكيفيات تحصيلها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 42، الصادرة بتاريخ 02 ذو القعدة عام 1439 هـ الموافق لـ 15 سنة 2018.

[4] - أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص 532 و 533.

[5] - مفلح عواد القضاه، المرجع السابق، ص 192.

و يتم اتصال المدعي و لجوؤه للقضاء عن طريق إيداع عريضة افتتاح الدعوى لدى المحكمة طبقا لنص المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية،[1] فكل شخص يريد أن يدعي أمام القضاء عليه أن يودع عريضة لدى أمانة ضبط المحكمة متضمنة البيانات اللازمة التي ترفع الجهالة عن صفة المدعي عليه و المدعي، و هو موضوع الدعوى، لذلك، يجب عادة أن تشتمل العريضة الافتتاحية على البيانات التالية: بيان وقائع الدعوى و أسبابها والأدلة المؤيدة لها، ومطالب المدعي، بيان المستندات المرفقة مع تحديد اسم المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى، و اسم المدعي و المدعى عليه أو من يمثله قانونا، لقبه و مهنته وعنوانه، مع بيان تاريخ تقديم العريضة مع توقيع المدعي أو من يمثله قانونا.[2] لكن السؤال المطروح: ما طبيعة هذه البيانات؟ .

إن إمكانية تصحيح العريضة الافتتاحية و تكملة النقص فيها الذي ساد العمل به في القضاء بسبب عدم تحديد البيانات اللازمة فيها، حيث اقتصر الأمر في ظل قانون الإجراءات المدنية الجزائري الملغى على مجرد ذكر اشتمال العريضة على التاريخ و توقيع المدعي دون أية عبارة إجبار و إلزام تفيد بطلان العريضة لتخلف أحد هذه البيانات.[3]

هذا الفراغ فتح المجال أمام إمكانية تصحيح بيانات العريضة و ملأ النقص فيها، لكن لا ينفي أبدا وجوب احتواء العريضة على بيانات جوهرية تعتبر مبادئ قانونية في الإجراءات المدنية كوجوب تحديد صفة المدعي و المدعي عليه يترتب على تخلفها البطلان و قضاء المحكمة العليا صريح في هذا المجال.

لكن بصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، وتحديدا بموجب نص المادة 15 التي أكدت في مضمونها على ما يلي:" يجب أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى، تحت طائلة عدم قبولها شكلا، البيانات الآتية:

1 - الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى،
2 - اسم ولقب المدعي وموطنه،
3 - اسم ولقب وموطن المدعى عليه، فإن لم يكن له موطن معلوم، فآخر موطن له،
4 - الإشارة إلى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي، ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي،
5 - عرضا موجزا للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى،
6 - الإشارة، عند الاقتضاء، إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى". وبالتالي، فقد أزالت اللبس الذي كان سائدا في ظل القانون القديم.

---

[1] - تنص المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:" ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة ومؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف".

[2] - أحمد هندي، المرجع السابق، ص 238.

[3] - تنص المادة 12 من قانون الإجراءات المدنية القديم على أنه:" (الأمر رقم 71–80 في 29 ديسمبر 1971) ترفع الدعوى إلى المحكمة إما بإيداع عريضة مكتوبة من المدعي أو وكيله ومؤرخة وموقعة منه لدى مكتب الضبط، وإما بحضور المدعي أمام المحكمة، وفي الحالة الأخيرة يتولى كاتب الضبط أو أحد أعوان مكتب الضبط تحرير محضر بتصريح المدعي الذي يوقع عليه أو يذكر فيه أنه لا يمكنه التوقيع.
تقيد الدعاوى المرفوعة إلى المحكمة حالا في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها مع بيان أسماء الأطراف ورقم القضية وتاريخ الجلسة".

أما في الجانب الإجرائي للمنازعات الإدارية، فقد نصت المادة 848 من القانون رقم 22-13،[1] على أنه:" عندما تكون العريضة مشوبة بعيب يرتب عدم القبول، وتكون قابلة للتصحيح، لا يجوز للمحكمة الإدارية أن ترفضها وإثارة عدم القبول تلقائيا إلا بعد دعوة المعني إلى تصحيحها.

يشار في أمر التصحيح، إلى أنه في حالة عدم القيام بهذا الإجراء يمكن رفض الطلبات بعد انقضاء الأجل المحدد الذي لا يقل عن خمسة عشر (15) يوما، باستثناء حالة الاستعجال".

لم يتضمن قانون المرافعات العراقي كذلك نظرية عامة للبطلان باعتباره الجزاء الذي يترتب على مخالفة الشكل الذي يستلزم القانون أن يتم الإجراء القضائي بمقتضاه، حيث ترددت كلمة البطلان في عدة نصوص من هذا القانون دون تحديد لا لمضمونه ولا لقواعده،[2]وعلى أية حال فان عدم اتخاذ إجراء يستلزمه القانون الإجرائي أو اتخاذ الإجراء ولكن بشكل معيب يترتب عليه جزاء إجرائي، و الدفع به هو دفع شكلي من ذلك ما نصت عليه المادة (50) من قانون المرافعات العراقي إذ نصت على أنه: "إذا وجد خطأ أو نقص في البيانات الواجب ذكرها في عريضة الدعوى من شانه أن يجهل المدعي أو المدعى عليه أو المحل المختار لغرض التبليغ بحيث لا يمكن إجراء التبليغ. يطلب من المدعي إصلاحه خلال مدة مناسبة وإلا تبطل العريضة بقرار من المحكمة ..... ".

وتطبيقا لذلك نقضت محكمة التمييز حكمة صادرة عن محكمة استئناف نينوى وقد قضت محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية بتاريخ 2001/03/25، وعدد 166 /ت.ب /2001 ". أن قرار المحكمة بإبطال عريضة الدعوى بالنسبة للمدعي عليه الثاني صحيح وموافق لأحكام المادة 50 من قانون المرافعات المدنية لمرور مدة طويلة دون أن يقدم المدعي إضافة لوظيفته عنوان واضح للمدعى عليه الثاني يمكن إجراء تبليغه بواسطته....."، كما قضت أيضا في دعوى أخرى بان عريضة الدعوى إذا لم تكن تحمل توقيع المدعي أو وكيله تعتبر معدومة.[3]

أما فيما يخص تبليغ عريضة الدعوى في القانون العراقي، تنص المادة 27 من قانون المرافعات على أنه:" يعتبر التبليغ باطلا إذا شابه عيب أو نقص جوهري يخل بصحته أو يفوت الغاية منه". وقد قضت محكمة التمييز ب "لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي واقع ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا ولدى النظر في موضوع الحكم المميز تبين انه غير صحيح ومخالف للقانون حيث تبين أن ورقة التبليغ بالحكم الغيابي الخاص بالمدعى عليه / المميز / قد شابها نقص جوهري أدى إلى بطلانها وبالتالي بطلان الإجراءات التي تمت على أساسها حيث أن ورقة التبليغ يجب أن تسلم إلى ذات الشخص المراد تبليغه أوالي زوجته أو من يكون مقيما معه أو إلى المستخدم العامل محله تطبيقا لأحكام المادة (18) من قانون المرافعات المدنية ....."."[4]

هكذا يكون المشرع العراقي قد حدد شكلية معينة لورقة التبليغ ولكيفية إعلام الخصم بموعد المرافعة، وأوجب إتباع هذا الشكل وإلا عد التبليغ باطلا،[5]ومع هذا فإن الشكلية إذا كانت لازمة فيجب ألا

---

[1] - قانون رقم 22-13 ممضي في 12 يوليو 2022، يعدل ويتمم القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية عدد 48 المؤرخة في 17 يوليو 2022، الجريدة الرسمية، عدد 48، المؤرخة في 17 يوليو 2022، ص03.

[2] - آدم النداوي، المرجع السابق، ص 160؛ عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، دراسة مقارنة، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، العراق، 2000، ص 164 وما بعدها.

[3] - العدد 263 /ت.ب / 2004 في 20 حزيران 2004.(غير منشور). نجلاء توفيق فليح، المرجع السابق، ص 111.

[4] - رقم الاضبارة 1105/م3/1994 في 995/06/21 (غير منشور). نجلاء توفيق فليح، المرجع السابق، ص 103.

[5] - المادة (15) وما بعدها من قانون المرافعات العراقي. وقد قضت محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية: إن التبليغ الصادر إلى المدعى عليه (م) قد أعيد ومشروح عليه من قبل المبلغ (تبين أنه مختل عقلية) لذا فإن تبليغ الموما عليه يعتبر باطلا استنادا لأحكام المادة 27 مرافعات العدد 444/ت.ب/2004 بتاريخ 08/أيلول/2004 (غير منشور). نجلاء توفيق فليح، المرجع السابق، ص 103.

يؤدي احترامها إلى ضياع الحق الموضوعي أو إطالة أمد النزاع،[1] ولهذا نجد أن المشرع أعطى الخصوم الحق في التقدم بدفع شكلي في حالة عدم مراعاة الأوضاع المحددة لتبليغ عريضة الدعوى أو أية ورقة من أوراق التكلف بالحضور، ومثل هذا الدفع لا يؤدي حتى عند ثبوت صحته إلى ضياع الحق المدعى به، وإنما إلى تأجيل البت فيه لحين تصحيح مسار التبليغات القضائية، ولأن هذا الدفع هو دفع أولي يمس أهم مرحلة في المرافعة وهي مرحلة الاستيثاق من حضور طرفي الدعوى فيجب تقديمه في الجلسة الأولى للمرافعة قبل غيره من الدفوع.

وعلى هذا نصت المادة (73) من قانون المرافعات العراقي في فقرتها الأولى حيث ألزمت الخصم الذي يتمسك بهذا الدفع أن يبديه قبل أي دفع أو طلب آخر فإذا تجاوزه وأبدى قبله دفعا آخر شكليا كان أو موضوعية أو دفع بعدم قبول الدعوى سقط حقه بإبدائه، وتحكم المحكمة في هذه الحالة بعدم قبول الدفع الذي قدم في غير ميعاده، وإذا ما قدمه قبل دفوعه أو طلباته الأخرى تلتزم المحكمة بالفصل فيه، قبل أن تتعرض الموضوع الدعوى سواء بالاستجابة إلى الدفع بعد التحقيق فيه أو برده.[2]

ويجب إبداء الدفع المتعلق ببطلان تبليغ عريضة الدعوى في عريضة الاعتراض أو الاستئناف وإلا سقط الحق في ذلك،[3]ومن أجل الحد من آثار الإجراءات الباطلة في العمل القضائي يتخذ المشرع وسيلة التصحيح كأسلوب للحد من التمسك بالبطلان[4]متى ما ثبت تحقق الغاية من الإجراء. وعليه يزول الدفع ببطلان التبليغ إذا حضر المطلوب تبليغه أو من يقوم مقامه في الموعد المحدد لنظر الدعوى.[5] ويلاحظ أن القانون المصري قد حدد على سبيل الحصر حالات بطلان إعلان صحيفة الدعوى أو أي ورقة من أوراق التبليغ الأخرى التي يؤدي حضور المطلوب تبليغه فيها إلى زوال العيب وبالتالي إزالة البطلان، وهي : العيب في الإعلان، أو في بيان المحكمة ، أوفي تاريخ الجلسة . وفيما عدا هذه الحالات الثلاث التي نصت عليها المادة 1/114 من قانون المرافعات المصري النافذ، فان حضور الخصم لا يزيل البطلان بأثر رجعي. وعلى هذا فإن إغفال بيان جوهري لازم لرسمية الورقة يعدمها ولا يجدي الحضور في تصحيحه، في حين جاء النص العراقي الخاص بالحضور المزيل للبطلان مطلقا، ولكن المادة (27) أشارت أن التبليغ يكون باطلا إذا شابه عيب أو نقص جوهري يخل بصحته أو يفوت الغاية منه. ولهذا يفترض أن نفرق بين حالة بطلان التبليغ وبين حالة انعدامه فإذا شاب ورقة التبليغ عيب يخل بها من حيث كونها ورقة رسمية فان هذا العيب يعدمها ولا يجدي حضور المطلوب تبليغه الجلسة المحددة لنظر الدعوى في تصحيحها مثال ذلك خلو الورقة من توقيع المبلغ.

ويرجح موقف المشرع العراقي في تعميم حكم التصحيح فطالما تحققت الغاية من الشكل فلا بطلان. وهنا نتوقف فيما اذا كان هناك نقص في بيان موضوع الدعوى وأسانيدها والبيانات الخاصة في المدعي فإنه وإن لم يمكن الحضور من تحقيق الغاية من هذه البيانات بشكل مباشر ، إلا انه يمكن أن يؤدي إلى تحقيق هذه الغاية بشكل غير مباشر ، فإذا خلت ورقة التبليغ من هذه البيانات وحضر المدعى عليه، فإنه يمكن الوصول إلى تحقيق الغاية منها وذلك عن طريق التكميل ، فيكلف المدعي باكمال العيب في الورقة ثم يمنح المدعى عليه الميعاد القانوني للحضور ليعد دفاعه ، فإذا نص المشرع على أن الحضور يؤدي إلى التصحيح إن حقق الغاية من البيان الناقص أو مكن من تحقيق هذه الغاية ، فانه يمكن تفادي ما يحدث

---

[1] - عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات، مصدر سابق، ص 307.

[2] - مدحت المحمود، المرجع السابق، ص 128.

[3] - المادة (2/73) من قانون المرافعات العراقي.

[4] - فارس علي عمر الجرجري، التبليغات القضائية ودورها في حسم الدعوى المدنية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، 2009، ص 142.

[5] - المادة 3/73 من قانون المرافعات العراقي.

من الحكم بالبطلان واضطرار المدعي إلى إعادة الإجراءات من جديد . يكلف المدعي بإكمال النقص ويمنح المدعى عليه المدة القانونية للحضور".[1]

وقد نقضت محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية حكما صادرا عن محكمة بداءة الموصل في دعوى تخلية أقامها المدعون طالبين فيها دعوى المدعى عليهم للمرافعة وإصدار حكم بتخلية المأجور، وقد اعترضت المدعى عليها على الحكم الغيابي الصادر بتاريخ 1999/03/02، ودفعت الرسم القانوني عنه بتاريخ 1998/12/31، ونتيجة المرافعة أصدرت محكمة الموضوع حكما حضوريا تضمن إبطال الحكم الغيابي بالنسبة للمعترضة فقط ورد الدعوى بالنسبة إليها، ولعدم قناعة المعترض عليهم بالقرار المذكور طلبوا نقضه. وجاء في قرار النقض " ..... وجدت هذه الهيئة أن اعتراض المعترض كان قد انصب على عدم صحة التبليغات بقرار الحكم الغيابي فقط، وحيث أن المعترضة - المميز عليها _ حضرت وباشرت الدعوى الاعتراضية وتم قبول اعتراضها على الحكم الغيابي شكلا، وبهذا يكون الجانب الشكلي للاعتراض قد انتهى ولا خلاف حوله. أما من الناحية الموضوعية فإن المعترضة _ المميز عليها لم تورد في اعتراضها أية أسباب وبذلك يكون اعتراضها غير مشتمل على أسبابه فكان على محكمة الموضوع رد اعتراض المعترضة .....، كما وجد أن محكمة الموضوع ناقشت في جلسات المرافعة موضوع تبليغ المعترضة بالإنذار الموجه إليها وتباليغ الدعوى الغيابية في الوقت الذي لم يحصل طعن بها من قبل المعترضة مما اخل بصحة الحكم الاعتراضي الصادر فقرر نقضه .....".[2]

يستفاد من هذا الحكم النقاط الآتية:

- أن بطلان التبليغ بالحكم الغيابي يزول بحضور ومباشرة الدعوى الاعتراضية.[3]
- أن عدم اشتمال عريضة الاعتراض على الدفع ببطلان الإنذار الموجه إلى المعترض وتباليغ الدعوى الغيابية واقعة مسقطة للدفع، وبالتالي يزول البطلان إذا لم يحصل طعن بها من قبل المعترض على الاعتراض.
- ليس للمحكمة أن تتطرق إلى الموضوع إذا لم تشتمل عريضة الاعتراض على أية أسباب موضوعية.[4]

ب-بالنسبة لذكر أسماء و صفات الأطراف في العريضة الافتتاحية:

الخصم هو من يقدم الطلب باسمه أو نيابة عنه في مواجهة شخص آخر،[5] و يقصد عموما بالخصوم المدعي والمدعى عليه، فيفترض في كل طلب قضائي وجود خصمين، فالخصم الأول الذي يقدم الطلب يسمى المدعي، والخصم الثاني الذي يوجه ضده الطلب يسمى المدعى عليه.

والخصم الأول لا يعتبر طوال الإجراءات مدعيا، بل قد يتحول إلى مدعى عليه، وذلك عندما يوجه المدعى عليه الأصلي طلبا عارضا يتضمن دعوى مختلفة عن الدعوى الأصلية، فيصبح مدعيا بالنظر إلى هذا الطلب.

---

[1] - فتحي والي، نظرية البطلان، مصدر سابق، ص 549.
[2] - قرار رقم 661/تب/ 99 في 99/08/28 (غير منشور). نجلاء توفيق فليح، المرجع السابق، ص 107.
[3] - المادة 3/73 مرافعات عراقي.
[4] - قرار محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية رقم 834/تب/ 2000 في 2000/11/05 (غير منشور). إذ جاء في حيثياته كان على المحكمة رد اعتراض المعترض المدعى عليه على الحكم الغيابي الصادر بحقه بتاريخ2000/08/01، شكلا لعدم اشتمال لائحة الاعتراض على أسبابه ..... ". نجلاء توفيق فليح، المرجع السابق، ص 107.
[5] - هادي حسين عبد علي الكعبي، النظرية العامة في الطلبات العارضة، الدعوى الحادثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2011، ص 166.

ويرتبط مركز المدعي أو المدعى عليه بفكرة من يوجه الطلب، فإذا قام المدعى عليه بإعادة السير في الدعوى، فإن مركزه لا يتغير باعتباره مدعى عليه مادام لم يوجه أي طلب إلى المدعي الأصلي.

وهذا على خلاف ما درجت عليه بعض الأحكام القضائية، إذ تعتبر المدعى عليه إذ عجل السير في الدعوى الأصلية مدعيا أو مرجعا، وهو خطأ شائع في العمل، والصحيح أن يحتفظ كل طرف محتفظا بمركزه القانوني، إلا إذا بادر المدعى عليه بتقديم طلب عارض، فإنه يتحول بالنسبة للطلب العارض إلى مدع والمدعى عليه الأصلي إلى مدعى عليه، وتترتب على تحديد مركز الخصم ما إذا كان مدعيا أو مدعى عليه مجموعة من النتائج القانونية:[1]

فإن المدعي هو الذي يقع عليه الإثبات في الدعوى، كما أن الخصومة تسقط بعدم السير فيها من قبل المدعي، وتختلف قواعد الحضور والغياب بالنسبة لكل من المدعي والمدعى عليه، وتحديد اختصاص المحكمة محليا بموطن المدعى عليه، وآخر من يتكلم هو المدعى عليه، وقاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية يختلف أثرها بالنسبة لكل من المدعي والمدعى عليه.

ويترتب على تقديم الطلب القضائي إنشاء الخصومة، وتبعا لذلك ينشأ عنها مركز إجرائي يختلف عن المركز الموضوعي محل الحماية القضائية، وتبعا لذلك فإن زوال المركز الإجرائي لا يؤدي إلى زوال المركز الموضوعي، فلا يترتب على سقوط الخصومة سقوط الحق.

وقد أكدت المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على وجوب ذكر اسم ولقب المدعي وموطنه، ذلك أن ذكر هذه البيانات تساعد المدعى عليه في معرفة خصمه في الدعوى، وليتبين له موطن المدعي، فقد يسعى للصلح معه هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، لتسهيل إجراءات تبليغه في الحالات الموجبة لذلك، كما أن ذكر موطن المدعي يساعد في تحديد المحكمة المختصة إقليميا في الحالات التي يتحدد فيها معيار الاختصاص الإقليمي بمكان إقامة المدعي.

وقد ألزمت ذات المادة تضمين العريضة الافتتاحية للدعوى اسم ولقب وموطن المدعى عليه، وهذا لتسهيل عملية التبليغ بالنسبة للمحضرين القضائيين. وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا المؤرخ بـ: 1985/03/04، والذي جاء فيه:[2]

أنه من المقرر قانونا أن عريضة افتتاح الدعوى يجب أن تتضمن أسماء و صفات الأطراف و إلا تعرضت للبطلان و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للإجراءات الجوهرية في القانون و لما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة الموضوع أهملوا دفع الطاعن ببطلان الإجراءات لجهل أسماء الورثة واقتصروا على القول بأنه لا داعي لذكر جميع الأسماء ما دامت هناك محامية تمثل جميع الورثة فإنهم بقضائهم كما فعلوا خرقوا أحكام المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية القديم و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

ج- بالنسبة للموطن:

ويبقى الموطن المذكور في العريضة الافتتاحية للدعوى هو المحل القانوني للتبليغ في تلك الدعوى، ويقصد بمكان الإقامة ارتباط الإنسان بمكان معين، يتخذه لإدارة تجارته ومهنته أو سكناه.[3]

---

[1] - عمر زودة، المرجع السابق، ص 306 وما بعدها.

[2] - قرار مؤرخ في 1985/03/04، ملف رقم 34899، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد الأول، ص 38.

[3] - محمد إبراهيم البدارين، المرجع السابق، ص 146 و 147.

ويعتبر مقر الإقامة عنصر أساسي لتوطين الشّخص من النّاحية الجغرافيّة، كما يمثّل عنصرا من العناصر المحددة لهوّيته، ويساعد ذكر موطن المدعى عليه في تحديد المحكمة المختصة إقليميا في الحالات التي يتحدد فيها معيار الاختصاص الإقليمي بمكان إقامة المدعى عليه.

وقد ذهبت المحكمة العليا في إحدى قراراتها، إلى أن عدم ذكر موطن المستأنف لا يترتب عليه البطلان طالما أنه زوج للمستأنف عليها وأنه معروف معرفة تامة، ولم يثر أي نزاع حوله، طالما أن الغرض من نص الشارع قد تحقق بمختلف عناصر القضية، لأن الغرض الذي استهدفه المشرع من تحديد الموطن هو تفادي اللبس الذي يمكن أن يحدث في هوية وصفة الأطراف.[1]

و في قرار آخر، صرحت بأنه:".....ولكن حيث إن المادة 15 من ق.إ.م، تسمح لأطراف الدعوى أن يختاروا موطنهم عند محاميهم، وأن الطاعن تقاضى في جميع مراحل الدعوى في العنوان المذكور، وأن مهنة الأطراف تذكر عندما تكون لديهم مهنة، وأن تبين من مذكرة الرد للمطعون ضده أنه لم يذكر مهنته، وأن المطعون ضده لم يبين ما هو الضرر الذي لحقه من الخطأ المزعوم في رقم عنوانه، طالما أنه توصل بعريضة الطعن بالنقض ورد عليها.[2]

د- مهنة الأطراف:

أما بالنسبة لعدم ذكر مهنة الأطراف، فقد توجهت المحكمة العليا في ردها على وجه مثار بهذا الخصوص، على أن دفع المدعى عليه بعدم قبول الدعوى لعدم احترام إجراءات المادتين 12 و 13 من قانون الإجراءات المدنية، بحجة عدم ذكر مهنة الأطراف، يعد غير سديد، كون أن ذلك لا يمس حقوق الدفاع مادام المدعي قد أعلنه بالحضور للجلسة، ومكنه من إبداء دفوعه في الموضوع.

ضف إلى ذلك، أن الغرض الذي استهدفه المشرع من ذكر المهنة في العريضة هو تحديد هوية المدعى عليه لإمكان تسليم التكليف بالحضور إليه، فإذا حضر الجلسة وأجاب في الموضوع، وتبين أنه هو المطلوب فقد تحققت غاية المشرع، ومن ثم فإن الحضور والإجابة في الموضوع يصححان البطلان الناشئ من كون الدعوى رفعت بدون ذكر مهنة الأطراف.[3]

هـ-التكليف بالحضور: إن لجوء المدعي إلى المحكمة بإيداعه للعريضة الافتتاحية يستلزم إتخاد إجراء مكمل يتمثل في وجوب تكليفه للمدعي عليه للحضور لجلسة المحاكمة بواسطة التكليف بالحضور مرفوق بنسخة من العريضة الافتتاحية ، هذا الإجراء له أهمية فيما يخص احترام حقوق الدفاع بالنسبة للخصم الأخر ، بالإضافة لتأثيره المباشر على انعقاد الخصومة من عدمه ، و نحن في هذا العنصر نتناول التكليف بالحضور من حيث البيانات الواجب توفرها فيه و مواعيد إعماله و أثر تخلفها على صحة الإجراءات.[4]

لقد نصت المادة 18 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على شكل وبيانات التكليف بالحضور بنصها على أنه:" يجب أن يتضمن التكليف بالحضور البيانات الآتية :

1 - اسم ولقب المحضر القضائي وعنوانه المهني وختمه وتوقيعه وتاريخ التبليغ الرسمي وساعته،
2 - اسم ولقب المدعي وموطنه،

---

[1] - قرار رقم 14144 مؤرخ في 1977/02/21، غير منشور.
[2] - قضية (م-أ) ضد (ب-ر-م)، قرار رقم 145873، بتاريخ 1997/03/04، قسم الوثائق، المحكمة العليا، الأبيار، الجزائر،العدد الثاني، 1999، ص 41 إلى 45.
[3] - حكم صادر عن القسم التجاري لمحكمة تمالوس بتاريخ 1997/01/06، تحت رقم 97/05. نقلا عن حمدي باشا عمر، مبادئ القضاء في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية، 2016، ص 282.
[4] - عمر بن سعيد، المرجع السابق، ص 30 و31.

3 - اسم ولقب الشخص المكلف بالحضور وموطنه،
4 - تسمية وطبيعة الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي، وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي،
5 - تاريخ أول جلسة وساعة انعقادها".

كما نصت المادة 19 من ذات القانون على أنه:" مع مراعاة أحكام المواد من 406 إلى 416 من هذا القانون، يسلم التكليف بالحضور للخصوم بواسطة المحضر القضائي، الذي يحرر محضرا يتضمن البيانات الآتية:

1-اسم ولقب المحضر القضائي، وعنوانه المهني وختمه وتوقيعه، وتاريخ التبليغ الرسمي وساعته،
2-اسم ولقب المدعي وموطنه،
3-اسم ولقب الشخص المبلغ له وموطنه، وإذا تعلق الأمر بشخص معنوي يشار إلى تسميته وطبيعته ومقره الاجتماعي، واسم ولقب وصفة الشخص المبلغ له،
4-توقيع المبلغ له على المحضر، والإشارة إلى طبيعة الوثيقة المثبتة لهويته، مع بيان رقمها، وتاريخ صدورها،
5-تسليم التكليف بالحضور إلى المبلغ له، مرفقا بنسخة من العريضة الافتتاحية، مؤشر عليها من أمين الضبط،
6-الإشارة في المحضر إلى رفض استلام التكليف بالحضور، أو استحالة تسليمه، أو رفض التوقيع عليه،
7-وضع بصمة المبلغ له في حالة استحالة التوقيع على المحضر،
8- تنبيه المدعى عليه بأنه في حالة عدم امتثاله للتكليف بالحضور، سيصدر حكم ضده، بناء على ما قدمه المدعي من عناصر".

أما بالنسبة لصفة المسلم له التكليف، فقد حددت المادة 23 من قانون الإجراءات المدنية القديم الأشخاص الذين يسلم لهم ورقة التكليف، و يكون ذلك تكليفا صحيحا حيث نصت على أنه:

يصح تسليم التكليف بالحضور إما إلى الشخص المطلوب و إما إلى أحد أقاربه أو تابعيه أو البوابين وأي شخص أخر يقيم بالمنزل نفسه و في حالة عدم وجود موطن فإن التبليغ في محل الإقامة يعد بمثابة التبليغ في الموطن ،و يكون تبليغ الشخص المعنوي بمثابة التبليغ للشخص المطلوب تبليغه إذا تم إلى ممثله القانوني أو إلى مفوض عن هذا الأخير أو إلى أي شخص أخر مؤهل لهذا الغرض، إذا استحال تبليغ الشخص المطلوب تبليغه، فتسلم ورقة التبليغ إما في موطنه و إما في محل إقامته، إن لم يكن له موطن معروف في الجزائر .

و تطبيقا لهذه المادة، نجد القرار المؤرخ في 1990/02/24، جاء فيه:[1] أنه متى كان من المقرر قانونا أنه يصح تبليغ التكليف بالحضور لأي شخص يقيم بالمنزل أو إلى أحد التابعين ،فإن تبليغ التنبيه بالإخلاء إلى شخص أخر وجد بالمحل إجراء سليم ، و من ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غير صحيح، لما كان ثابتا –في قضية الحال-أن قضاة الاستئناف لما أجابوا بأن التنبيه بالإخلاء بلغ إلى أحد عمال صاحب المحل واعتبروا وجود هذا الشخص في المحل قرينه على أن هناك علاقة بصاحب المحل ، بقضائهم كما فعلوا يكونوا قد طبقوا صحيح القانون واستوجب رفض الطعن.[2]

[1] - القرار المؤرخ في 1990/02/24، ملف رقم 65.766، المجلة القضائية لسنة 1991، العدد الثاني، ص 102.
[2] - عمر بن سعيد، المرجع السابق، ص 37، 38.

كل هذه المعطيات تؤكد سعي المشرع لتيسير استعمال الأشخاص لحقهم في اللجوء للقضاء حيث لم يحصر المشرع تسليم التكليف إلى المعني شخصيا بل وسع من دائرة من الأشخاص الذين يمكن تسلمهم إياه و يعتبر ذلك إجراء صحيح لا يشوبه البطلان.

و عدم استلام أي من هؤلاء الأشخاص التكليف يجعل الحكم الصادر في القضية يخرق القانون و هو ما ذهب إليه قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1987/02/07، الذي جاء فيه:[1]" من المقرر قانونا أن الشخص لا يعتبر متغيبا عن الحكم و يحكم عليه بهذه الصفة إلا إذا توصل بالاستدعاء أو افترض علمه بالدعوى المرفوعة عليه، إتباعا للقواعد المنصوص عليها في المادة 22 و ما بعدها من قانون الإجراءات المدنية القديم، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقواعد الجوهرية للإجراءات، لما كان من الثابت في قضية الحال أن الحكم القاضي بالتطليق المؤيد لقرار المجلس لم يتبين منه استلام الطاعن للاستدعاء،ومن ثم يعتبر غير عالم بالدعوى مع غياب توفر الإجراءات القانونية المنصوص عليها بالمواد 22 و ما بعدها من قانون الإجراءات المدنية القديم، خرقوا القواعد الجوهرية في الإجراءات واستوجب نقض القرار المطعون فيه.

وما يجدر التأكيد عليه، أن المشرع الجزائري في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الحالي لم يبقي على نفس الأشخاص المشار إليهم في نص المادة 23 من قانون الإجراءات المدنية القديم، وإنما أتى بمصطلح " أحد أفراد عائلته"، وذلك في نص المادة 410 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[2]

ثانيا: الدفع بالبطلان المتعلق بعوارض الخصومة.

رأينا سابق، أن الدفع بالبطلان يقصد به تمسك أحد أطراف الخصومة ببطلان إجراءاتها لعدم مطابقتها للأوضاع التي استلزمها القانون، أو لنقص كل أو بعض البيانات الجوهرية الواجب ذكرها في أوراق الإجراءات، ولا علاقة لهذا الدفع بالأحوال التي يتمسك فيها أحد طرفي الخصومة ببطلان عقد استند عليه الخصم في دعواه، لأن هذا يعتبر دفعا موضوعيا، كما أن الدفع بالبطلان هو دفع شكلي لا يجوز أن يتمسك به إلا من كانت له مصلحة فيه، وهذا ما قررته نص المادة 63 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها" لا يجوز التمسك ببطلان الأعمال الإجرائية شكلا إلا لمن تقرر البطلان لصالحه".

وكما يرى الدكتور أحمد أبو الوفا،[3]فالدفع ببطلان إجراءات الدعوى دفع يوجه إلى عيب يصيب العمل الإجرائي في أحد مقتضياته الشكلية أو الموضوعية، ومن ثمة فإن الدفع بالبطلان هو دفع شكلي باعتباره الوسيلة التي يعتمدها المدعى عليه للطعن في صحة الخصومة أو في بعض إجراءاتها دون التعرض لذات الحق المدعى به، ويقصد تفادي الحكم في الموضوع بصفة مؤقتة.

والبطلان لعيب في العمل الإجرائي منه ما يتعلق بالنظام العام ومنه ما يتعلق بالمصلحة الخاصة، والخصومة القضائية في أغلب التشريعات الحديثة أصبحت نظاما من نظم القانون العام، وهو الأمر الذي أدى إلى اعتبار أغلب الأشكال المقررة فيه متعلقة بالنظام العام، فتعتبر الأشكال التي تهدف إلى حسن سير مرفق القضاء متعلقة بالنظام العام، كوجوب أن تكون الجلسة علنية.

---

[1] - قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1987/02/07، ملف رقم 46.757، المجلة القضائية لسنة 1991، العدد الثاني، ص 50.

[2] - تنص المادة 410 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:" عند استحالة التبليغ الرسمي شخصيا للمطلوب تبليغه، فإن التبليغ يعد صحيحا إذا تم في موطنه الأصلي إلى أحد أفراد عائلته المقيمين معه أو في موطنه المختار.
يجب أن يكون الشخص الذي تلقى التبليغ متمتعا بالأهلية، وإلا كان التبليغ قابلا للإبطال".

[3]- أحمد أبو الوفا ،المرجع السابق ،ص 240.

من النادر أن تنتهي القضية في أول جلسة تعرض فيها على المحكمة ويغلب مضي فترة طويلة أو قصيرة بين افتتاح الخصومة وانتهائها العادي بالفصل في موضوع النزاع، وفي هذه الفترة قد يقع من الحوادث مامن شأنه إنهاء الخصومة أو وقف سيرها ومن بين هذه الطوارئ ما يقع مستقلا عن إرادة الخصوم ومنها ما يقع بإرادتهم حيث يترتب عليه انحراف الخصومة عن طريقها العادي الذي كانت تسير فيه وانتهاؤها في بعض الأحيان بغير حكم يصدر في موضوعها.

وقد عالج المشرع الجزائري هذه الطوارئ وحرص على أن يضع لها قواعد في قانون الإجراءات المدنية القديم والجديد، ويتعلق الأمر بالعارضان المانعان من السير في الخصومة، وهو ما سنتناوله في هذا المطلب، والعارضان المهنيان للخصومة اللذان سوف نتطرق لهما فيما يأتي:

1- الدفع بالبطلان المتعلق بوقف الخصومة:

يقصد بوقف الخصومة وقف سيرها فترة من الزمن مع بقائها قائمة ومنتجة لآثارها ويحصل لأسباب لا علاقة لها بمركز الخصوم وصفاتهم بها والخصومة الموقوفة تدخل في حالة ركود يستبعد فيها أي نشاط حتى ينتهي الوقف وإن ظلت الخصومة قائمة.[1]أو هو عدم سيرها بسبب أجنبي حتى يزول السبب.[2] وأيضا يمكن أن يعرف وقف الخصومة بعدم السير فيها إذا ما طرأ عليها سبب من أسباب الوقف أثناء سيرها،[3]وأيضا، هو عدم موالاة السير في الدعوى استنادا لسبب أجنبي لا يتعلق بالمركز القانوني لأطرافها وذلك حتى يزول هذا السبب أو تنقضي المهلة أتي حددها قرار الوقف.[4] والوقف قد يكون بقوة القانون أو بحكم المحكمة أو باتفاق الخصوم، فالوقف القانوني يتحقق بمجرد توافر سببه دون الحاجة إلى قرار يصدر به من المحكمة فإذا نص القانون على وقف السير في الدعوى وتوافرت أسباب هذا الوقف فيجب على المحكمة أن تصدر أمرها بوقف الدعوى.

أ- الوقف بحكم القانون: وفيه يتحقق الوقف بمجرد توافر سببه دون حاجة إلى قرار به من المحكمة وقد يحصل مثلا أنه إذا قام سبب من هذه الأسباب أن تقرر المحكمة وقف الخصومة . حيث لا يعدو عمل المحكمة هذا أن يكون تقريرا لأمر واقع بحكم القانون فليس للمحكمة أية سلطة في تقريره لذلك تعتبر الخصومة موقوفة لا من يوم حكم المحكمة بالوقف وإنما من يوم قيام السبب الموقف بقوة القانون فالحكم هنا مقر لوقف وليس منشئ له، ومن ذلك: [5]

* نجد حالة وقف الخصومة أمام القاضي المدني لحين الفصل في الدعوى العمومية.[6]
*كذلك نجد حالة تنازع الاختصاص بين القضاة، حالة مخاصمة القضاة.[7]
* حالة تقديم دفوع الاستمهال: وهي تلك التي يقدمها الخصم بهدف طلب مهلة لإجراء عمل معين على أن تتوقف الخصومة أثناء تلك المهلة من أمثلة هذه الدفوع: الدفع بتدخل الضامن، الدفع بتدخل الوارث أو الزوج المتبقي.[8]

ب- الوقف القضائي(بحكم المحكمة): الوقف هنا يحصل بحكم المحكمة، بمعنى؛ أن حالة الوقف لا تنشأ إلا بحكم المحكمة وكل إجراء يتخذ في الدعوى قبل الحكم بالوقف يعتبر صحيحا وآثار الوقف لا تبدأ

---

[1] - محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي، المرجع السابق، ص 372 و373.
[2] - محمد علي سكيكر، البطلان في الدعاوى المدنية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012م، ص 158.
[3] - فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص 580.
[4] - فتحي والي، المرجع السابق نفسه، 580.
[5] - عمر بن سعيد، المرجع السابق، ص 204 و204.
[6] - محمد إبراهيمي، الوجيز في الإجراءات المدنية، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 106.
[7] - عمر بن سعيد، المرجع السابق، ص 204 و204.
[8] - محمد ابراهيمي، جزء 1، المرجع السابق، ص 67 إلى 69.

إلا منذ حكم المحكمة، فيكون لها أن تأمر بوقف الخصومة كلما رأت تعليق حكمها في موضوعها على الفصل في مسألة أخرى لذلك يشترط لتقرير الوقف القضائي ما يلي:

يكون الفصل في المسألة الأخرى ضروري للفصل في الخصومة ولا يكفي مجرد الارتباط وللمحكمة سلطة تقديرية في ذلك ويجب تثار كمسألة أولية في الخصومة.[1]

الأمثلة عن المسألة الأولية مسألة دستورية القانون المراد تطبيقه في الدعوى الأصلية، فإذا رفعت أمام إحدى المحاكم وأثناء نظرها دفع بعدم دستورية هذا القانون فهنا يجب على المحكمة الناظرة في الدعوى الأصلية أن توقف نظرها حتى يتم الفصل في مدى دستورية هذا القانون، كذلك يشترط أن تكون هذه المسألة الأولية من اختصاص محكمة أخرى كأن تخرج عن ولاية القاضي العادي لتدخل في ولاية القضاء الإداري.

وتجدر الإشارة في الأخير، أن القانون الجزائري ساير القانون اللبناني في عدم تحديد مدة الوقف عكس المصري الذي حددها بمدة قصوى لا تتجاوز6 أشهر.[2]

وللوقف القضائي مكان في قرارات المحكمة العليا منها القرار الصادر بتاريخ 1969/07/02،[3] جاء فيه أنه:" حين يقدم دفع يتعلق بقرار إداري أمام قضاة المحاكم العادية يجب وقف الفصل في الموضوع إلى حين تقدير الغرفة الإدارية لذلك الدفع".[4]

2- الدفع بالبطلان المتعلق بانقطاع الخصومة:

إجراءات الخصومة تبدأ برفع الدعوى وذلك بإيداع صحيفتها بعد سداد الرسم المقرر كاملا ويمثل انقطاع الخصومة أي انقطاع السير في الدعوى صورة من صور وقف الدعوى، ويعرفه الفقهاء بأنه وقف السير في الدعوى بحكم القانون بسبب وفاة أحد الخصوم أو فقد أهلية الخصوم أو زوال صفة من كان يباشر الخصومة نيابة عنه.[5]

فإذا تصدع الركن الشخصي للدعوى، أي؛ المركز القانوني لأحد أطرافها إما بالوفاة أو فقد الأهلية للتقاضي أو زوال صفة من كان يباشر الإجراءات نيابة عن هذا الخصم فإن الدعوى تقف بقوة القانون.

وهنا يختلف الانقطاع عن الوقف وإن كانت نتيجتهما واحدة هي وقف السير في الخصومة، إلا أن الوقف يحصل لأسباب لا علاقة لها بمركز الخصوم وصفاتهم، أمام الانقطاع فيحصل عندما يكون بعض الخصوم في حالة يستحيل عليهم معها المضي في إجراءات الدعوى بسبب حادث غير من أهليتهم أو صفاتهم حتى تزول آثار ذلك الحادث وعند ذلك يحصل الرجوع للدعوى.[6]

ويهدف الانقطاع إلى كفالة حق الدفاع للخصوم إذ تؤدي وفاة الخصم أو زوال صلاحيته إلى عجزه عن مباشرة حق الدفاع، لذا ينقطع سير الخصومة حتى يحل محله فيها من يمكنه مباشرتها. والانقطاع يتم بقوة القانون متى توافرت شروطه والحكم الذي تصدره المحكمة بالانقطاع يكون مقررا لحالة الانقطاع لا منشئ لها.

---

[1] - عبد الحميد المنشاوي، مرج سابق، ص 195 و 196.
[2] - أحمد هندي، المرجع السابق، ص 288.
[3] - القرار الصادر بتاريخ 1969/07/02، مجلة مجموعة الأحكام، الجزء 02، ص 279.
[4] - حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 59.
[5] - رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مكتبة النهضة المصرية، 1959م، ص 580.
[6] - محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي، المرجع السابق، ص 385.

والمقصود بقوة القانون أن يتم انقطاع الدعوى ووقفها إذا توافر سبب من أسباب الانقطاع تلقائيا ودون حاجة إلى صدور حكم يقضي بهذا الانقطاع. والحكمة من هذا أنه لا بد أن تتم مواجهة بين خصوم الدعوى فإذا حدث عارض يمنع من تحقيق مبدأ المواجهة بين الخصوم كان لا بد من وقف الدعوى حتى يزول العارض بأن يحل محل الخصم الذي لحقه بسبب الانقطاع من يمثله قانونا في هذه الدعوى.

لقد بينت المادة 210 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري حالات انقطاع الخصومة من خلال نصها على أنه:" تنقطع الخصومة في القضايا التي تكون غير مهيأة للفصل للأسباب الآتية:

1- تغير في أهلية التقاضي لأحد الخصوم،
2- وفاة أحد الخصوم، إذا كانت الخصومة قابلة للانتقال،
3-وفاة أو استقالة أو توقيف أو شطب أو تنحي المحامي، إلا إذا كان التمثيل جوازيا".

بعد تحقق حالة الانقطاع، فإن القاضي يدعو شفاهة، فور علمه بسبب انقطاع الخصومة، كل من له صفة ليقوم باستئناف السير فيها أو يختار محام جديد. كما يمكن له دعوة الخصم الذي يعينه لاستئناف سير الخصومة عن طريق التكليف بالحضور.[1]فإذا لم يحضر الخصم المكلف بالحضور في إعادة السير في الخصومة، يفصل في النزاع غيابيا تجاهه.[2]

وتتم إثارة مسألة الانقطاع عن طريق دفع شكلييتم التمسك به فقط من طرف من شرع البطلان لمصلحته وهو الخصم الذي تعلق به سبب الانقطاع حيث يمكنه النزول عن هذا الدفع صراحة أو ضمنا بالتالي لا يجوز للطرف الآخر التمسك به وليس للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها،[3] وعلى غرار باقي الدفوع الشكلية فإن قرارات المحكمة العليا حاضرة في مجال انقطاع الخصومة فنجد قرارها رقم 73.514، مؤرخ في 1991/06/12،[4]جاء فيه: أنه من المقرر قانونا إذا لم تكن القضية مهيأة بعد وللفصل فيها فإن القاضي بمجرد إعلامه بوفاة أحد الخصوم أو تغيير أهليته يكلف شفويا أو بتبليغ يقع طبقا للأوضاع المنصوص عليها في المواد 22 إلى 27 من قانون الإجراءات المدنية القديم كل ذي صفة لإعادة السير في الدعوى ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا للقانون.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس بامتناعهم عن القيام بالتدابير المنصوص عليها قانونا وإبطال الإجراءات المتبعة بعد وفاة أحد الخصوم وصرفهم لما يبدوا لهم يكونوا قد خرقوا القانون و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

كذلك قرار رقم 45.573، مؤرخ في 1988/05/04،[5]جاء فيه أنه:" من المقرر قانونا أن القضية إذا لم تكن مهيأة للفصل فيها وتوفي أحد الخصوم فإن المحكمة تكلف كل ذي صفة لإعادة السير في الدعوى، ولما كان الثابت في قضية الحال أن المحكمة لم تأمر بإدخال الورثة بعد وفاة المستأنف ضده (مورثهم) واستمرت الدعوى باسمه، فإن قضاة الموضوع كما فعلوا خرقوا القواعد الجوهرية في الإجراءات".[6]

3-الدفع بالبطلان المتعلق بالعارضان المنهيان للخصومة:

يجب أن تتخذ الخصومة سيرها العادي لتصل إلى نهايتها وتضع حدا للنزاع ولا يجوز أن يباح للمدعى أن يطيل أمدها إلى غير حد. ومن الواجب على المشرع أن يضع نصوصا تكفل عدم بقاء

---

[1] - المادة 211 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.
[2] - المادة 212 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.
[3] - أحمد هندي، المرجع السابق، ص295.
[4] - قرار المحكمة العليا رقم 73.514، مؤرخ في 1991/06/12، المجلة القضائية لسنة 1993، العدد رقم 01، ص 39.
[5] - قرار المحكمة العليا رقم 45.573، مؤرخ في 1988/05/04، المجلة القضائية لسنة 1991، العدد 04، ص 51.
[6] - حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 60.

الخصومات معلقة أكثر من الوقت اللازم للفصل في موضوعها، فالمدعي الذي يهمل دعواه ويوقف الإجراءات مدة طويلة يجب أن يوضع له جزاء يحرمه الاستفادة من إهماله. وذلك بالنص على تعريض خصومته للسقوط بعد انقضاء أجل معين. وقد تنقضي المحاكمة قبل البلوغ بها إلى غايتها بإرادة المدعي وهو الذي رفعها أو أنشأها ويسمى ذلك بترك الخصومة،[1] ولقد منح المشرع الجزائري للخصوم حق الدفع ببطلان الإجراءات المتخذة أثناء قيام هذين العارضين المنهيان للخصومة.

أ- الدفع ببطلان الإجراءات المتعلق بسقوط الخصومة:

يعرف السقوط بأنه انقضاء وإلغاء جميع إجراءات الخصومة بناء على طلب المدعى عليه بسبب عدم السير فيها مدة عامين دون انقطاع وذلك بفعل الخصوم. وتنص المادة 222 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:" تسقط الخصومة نتيجة تخلف الخصوم عن القيام بالمساعي اللازمة.

يجوز للخصوم تقديم طلب السقوط، إما عن طريق دعوى أو عن طريق دفع يثيره أحدهم قبل أية مناقشة في الموضوع".

وتسقط الخصومة بمرور سنتين (2) تحسب من تاريخ صدور الحكم أو صدور أمر القاضي، الذي كلف أحد الخصوم القيام بالمساعي، وتتمثل هذه المساعي في كل الإجراءات التي تتخذ بهدف مواصلة القضية وتقدمها.[2]ويسري أجل سقوط الخصومة على أي شخص طبيعي، ولو كان ناقص الأهلية، كما يسري على الدولة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية، وعلى أي شخص معنوي آخر،[3]ولا يجوز للقاضي إثارة سقوط الخصومة تلقائيا.[4]

لا يؤدي سقوط الخصومة إلى انقضاء الدعوى، إنما يترتب عليه انقضاء الخصومة، وعدم الاحتجاج بأي إجراء من إجراءات الخصومة المنقضية أو التمسك به.[5]وإذا تقرر سقوط الخصومة في مرحلة الاستئناف أو المعارضة، حاز الحكم المطعون فيه بالاستئناف أو المعارضة، قوة الشيء المقضي به، حتى ولو لم يتم تبليغه رسميا.[6]

ينقطع سريان أجل سقوط الخصومة إما بسبب تغير في أهلية التقاضي لأحد الخصوم، أو وفاة أحدهم، إذا كانت الخصومة قابلة للانتقال، أو وفاة أو استقالة أو توقيف أو شطب أو تنحي المحامي في حال كان التمثيل وجوبيا، ويبقى الأجل ساريًا في حالة وقف الخصومة، ما عدا في حالة إرجاء الفصل في القضية.[7]

كما يسري أجل سقوط الخصومة بمرور سنتين (2) تحسب في حالة الإحالة بعد النقض، ابتداء من تاريخ النطق بقرار النقض من طرف المحكمة العليا.[8]وإذا تم النطق بسقوط الخصومة يتحمل المصاريف القضائية الطرف الذي خسرها.[9]

---

[1] - محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي، المرجع السابق، ص 395

[2] - المادة 223 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[3] - المادة 224 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[4] - المادة 225 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[5] - المادة 226 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[6] - المادة 227 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[7] - المادة 228 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[8] - المادة 229 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[9] - المادة 230 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

في الأخير، يجدر بنا، الإشارة لبعض التطبيقات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا في مجال الدفع بسقوط الخصومة كدفع شكلي، فلدينا القرار رقم 148 405، المؤرخ في 1997/05/28،[1]جاء فيه:" أنه من المقرر قانونا أنه لا يجوز للمستأنف الذي يكون مدعيا في الخصومة أن يطلب السقوط أمام جهة الاستئناف للمستأنف ضده باعتباره مدعى عليه في الاستئناف وذلك حتى ولو كان مدعيا أصليا في خصومة الدرجة الأولى من المقرر قانونا أنه يرفع طلب سقوط الخصومة طبقا للقواعد المقررة لدفع الدعاوى كما يمكن تقديمه في شكل دفع، ولما تثبت في قضية الحال أن قضاة المجلس لما تمسكوا بأنه لا يمكن تقديم طلب سقوط على شكل دفع مصرحين بأن النص العربي ما هو إلا محور ترجمة للنص الفرنسي لوجود تناقض بين المادة 221 فقرة 2 والمادة 20 من قانون الإجراءات المدنية القديم، فإنهم أخطئوا في تطبيق القانون ذلك أن النص العربي هو النص الأصلي الرسمي".[2]

ب- الدفع الشكلي المتعلق بترك الخصومة:

إن الحديث عن هذا الدفع من الصعوبة بما يكون، طالما أن المشرع الجزائري تناول أحكام الترك دون إدراج الدفوع الناتجة عنه لذلك فلا ملاذ من اللجوء للفقه وموقفه من ذلك.

إن المدعي هو الذي أقام الخصومة وتحمل نفقاتها فهو صاحب المصلحة الأولى في بقائها والحكم في موضوعها، لكن قد يطرأ بعد رفع الدعوى ما يجعل له مصلحة في النزول عنها، كما إذا تبين له بعد رفعها أنه رفعها قبل أن يعد لها أدلتها فيتنازل عنها ليجدد المطالبة بها بعد أن يستكمل أدلته، فإن هذا خير له من السير فيها والحكم في موضوعها برفضها فيمتنع عليه تجديد المطالبة بحقه لذلك منحه المشرع رخصة ترك الخصومة توفيرا للوقت والإجراءات،[3]لذلك، فيمكن تعريف الترك بأنه:" تنازل المدعي عن الخصومة وعن جميع الإجراءات التي تمت وحصلت فيها مع احتفاظه بالحق الموضوعي حيث يجوز له تجديد المطالبة به".[4]

وقد تناول المشرع الجزائري مسألة ترك الخصومة في قانون الإجراءات المدنية القديم، من خلال تناوله في مضمون المادة 97 على مستوى المحاكم، والمادة 148 على مستوى مجالس القضائية، والمواد 261 إلى 263 على مستوى المحكمة العليا.

أما بالنسبة لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، فقد تناول مسألة ترك الخصومة من خلال الفصل السادس في التنازل عن الخصومة، حيث أكدت المادة 231 منه على أن التنازل هو إمكانية مخولة للمدعي لإنهاء الخصومة، ولا يترتب عليه التخلي عن الحق في الدعوى. و يتم التعبير عنه، إما كتابيا وإما بتصريح يثبت بمحضر يحرره رئيس أمناء الضبط.

يكون تنازل المدعي معلقا على قبول المدعى عليه إذا قدم هذا الأخير، عند التنازل، طلبا مقابلا أو استئنافا فرعيا أو دفوعا بعدم القبول أو دفوعا في الموضوع.[5]و يجب أن يؤسس رفض التنازل من طرف المدعى عليه على أسباب مشروعة.[6]كما يحمّل الحكم القاضي بالتنازل المدعي مصاريف إجراءات الخصومة، وعند الاقتضاء، التعويضات المطلوبة من المدعى عليه، ما لم يوجد اتفاق مخالف.[7]و تطبق

---

[1] - قرار المحكمة العليا رقم 148 405، المؤرخ في 1997/05/28، المجلة القضائية لسنة 1997، العدد 2، ص 42.
[2] - حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 63.
[3] - أحمد هندي، المرجع السابق، ص 301.
[4] - محمد ابراهيمي، جزء2، المرجع السابق، ص 114.
[5] - المادة 232 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
[6] - المادة 233 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
[7] - المادة 234 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المواد من 231 إلى 234 و 238 من هذا القانون على التنازل المتعلق بالاستئناف والمعارضة والطعن بالنقض.[1]

كما أكد المشرع الجزائري على أن التنازل عن المعارضة أو الاستئناف، يعتبر قبولا بالحكم، ولا ينتج التنازل أثره إذا عارض أو استأنف أحد الخصوم الحكم لاحقا.[2]

- وفي الأخير يمكننا الاستشهاد بالحكم الآتي بيانه، والمتعلق بترك الخصومة الصادر عن محكمة تمالوس والمؤرخ في 1999/02/25، فهرس 27/99، الذي جاء فيه:" حيث أن المدعي يلتمس من المحكمة الإشهاد بتركه الخصومة التي أقامها بدون قيد أو شرط لوقوع الصلح بينه وبين المدعى عليه، حيث أن أسباب ترك الخصومة متوافرة – في قضية الحال- طبقا لنص المادة 97 من قانون الإجراءات المدنية القديم مما يتعين على المحكمة الاستجابة لطلب المدعي بترك الخصومة مع إبقاء المصاريف على عاتقه".[3]

[1] - المادة 235 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
[2] - المادة 236 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
[3] - حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 63.

المبحث الثالث: الدفع بالنظام العام دفع موضوعي.

هناك نوع آخر من الدفوع الموجهة لذات الحق المدعى به، من حيث كذب المدعي وغيره، دون التعرض لصحة توجه الخصومة إلى المدعى عليه، وهذا هو الدفع الموضوعي، وتختلف الدفوع الموضوعية عن دعاوى المدعى عليه في أنها مجرد وسائل دفاع سلبية محضة يرمي بها المدعى عليه إلى تفادي الحكم المدعى بمطلوبه دون أن يقصد الحصول منها على مزية خاصة، ففي دعوى التعويض مثلا إذا أنكر المدعى عليه حصول ضرر فهو يبدي دفعا موضوعيا، أما إذا هو طالب بتعويض الضرر الذي لحقه بسبب خطأ المدعي يكون قد تقدم بطلبه عارض . وتتميز الدفوع الموضوعية عن دعاوى المدعى عليه في أنها تبدى دائما بغير قيد أو شرط، أما الأخرى فلا تبدي إلا إذا كانت مرتبطة بالدعوى الأصلية، وإلا إذا كانت المحكمة مختصة بها اختصاصا نوعيا، والحكم بقبول الأولى ينهي النزاع على أصل الحق ، إما الحكم بقبول الثانية فقد ينهي النزاع في الدعوى الأصلية في بعض الأحوال (كما إذا طلب المدعي عليه فسخ عقد في دعوى مرفوعة بطلب تنفيذه، وقد لا يحسم النزاع (كما إذا أدلي المدعى عليه بطلب مرتبط بالدعوي الأصلية) . و قبول دعاوى المدعي عليه يوسع نطاق الخصومة في جميع الأحوال، بينما قبول الدفوع الموضوعية يؤدي إلى حسم النزاع.

والدفوع الموضوعية يجوز إبداؤها في أية حالة تكون عليها الدعوى، وليس هناك ترتيبه خاص فيما بينها، ولا يعتبر تنازلا عن الدفع الموضوعي تقديم دفع آخر عليه، وبهذا تختلف عن الدفوع الشكلية.

وإبداء الدفع الموضوعي تعرض الموضوع، والتحكم فيه بقبوله هو حكم في موضوع الدعوي يترتب عليه إنهاء النزاع على أصل الحق المدعى به، ويحوز حجية. الشيء المحكوم به فلا يجوز تجديد النزاع أمام المحكمة التي أصدرته أو أمام أية محكمة أخرى، واستئنافه يعيد طرح الموضوع على المحكمة الاستئنافية مما يتعين عليها إن هي ألغت الحكم الابتدائي أن تقضي من جديد في موضوع الدعوى [1].

وزيادة في التفصيل، سوف نتناول هذا النوع من الدفوع من خلال تحديد مدلولها (المطلب الأول)، ومضمون الدفوع الموضوعية (المطلب الثاني)، ثم نستعرض خصائص الدفوع الموضوعية وأهمية التمييز بينها وبين الدفوع الشكلية (المطلب الثالث)، بعدها ننتقل إلى مسألة مدى اعتبار دفوع الموضوعية من النظام العام (المطلب الرابع).

المطلب الأول: مدلول الدفع الموضوعي.

لتحديد مدلول الدفع الموضوعي يتوجب علينا التطرق لمدلوله التشريعي(الفرع الأول) وبعد ذلك نعرج على مدلوله الفقهي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المدلول التشريعي للدفع الموضوعي.

عرف المشرع الجزائري الدفوع الموضوعية في المادة 48 من قانون الإجراءات والإدارية بأنها: "وسيلة تهدف إلى دحض ادعاءات الخصم. ويمكن تقديمها في أية مرحلة كانت عليها الدعوى".

[1] - أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 16.

مثال: الدفع الموضوعي بصورية العقد المحتج به، الدفع بعدم خضوع النزاع للنص القانوني المؤسس عليه، الدفع بانقضاء الدين بالوفاء أو بالمقاصة، مع ضرورة تقديم المدعى عليه ما يؤكد دفعه كتقديم بيان مخالصة لإثبات انقضاء الدين بالوفاء.

وتمتاز هذه الدفوع أنها كثيرة تشمل كل ما يمكن تصوره مما يبديه الخصم لإقناع المحكمة بعدم صحة أو جدية الطلب، ولتفادي الحكم به. فقد تكون هذه الدفوع متصلة بالوقائع أو القانون، كما قد تكون إيجابية تتضمن واقعة تنفي نشوء الحق أو تدل على انقضائه أو تكون سلبية بمجرد إنكار الوقائع المدعى بها.

الفرع الثاني: المدلول الفقهي للدفع الموضوعي.

أما بالنسبة للمدلول الفقهي للدفوع الموضوعية، فإن الدفوع الموضوعية هي الدفوع التي يتقدم بها المدعى عليه ليواجه بها الدعوى المقامة ضده من المدعي فينكر بها عليه ما يدعيه، لذا يعرفها الفقه القانوني بأنها تلك الدفوع التي تتعلق بموضوع الدعوى وينازع بها الخصم في الحق المدعى به.[1]أو هي وسائل الدفاع المتعلقة بأصل الحق أي التي توجه إلى ذات الحق المدعى به، كأن ينكر وجوده أو يزعم انقضاءه، كالدفع ببطلان سند الدين أو بتزويره، والدفع بانقضاء الدين بالوفاء، فالدفوع الموضوعية إذن تشمل كل دفع يترتب على قبوله رفض طلب المدعي، ولهذا لا يتصور حصرها، ومن ناحية أخرى، هذه الدفوع تتعلق بأصل الحق لذا تنظمها القوانين المقررة للحقوق.[2] أو هي الوسائل الفنية التي حددها القانون ومنحها لممدعى عليه لدفع الإدعاء الموضوعي المقدم ضده من المدعي أو من يقوم مقامه، فهي حق إجرائي ذو محتوى موضوعي.[3]

إذن تتعلق الدفوع الموضوعية بموضوع الدعوى أو أصل الحق فأساسها المنازعة في نشوء الحق أو بقائه أو مقداره ساعية بذلك إلى رفض طلبات الخصم كليا أو جزئية كأن ينكر وجود الحق تماما أو سقوطه أو انقضائه أي أن الدفع الموضوعي المقصود منه كل السبل الدفاعية التي يؤدي قبولها إلى رفض طلبات الخصم عامة ونذكر هنا بعض صور الدفوع الموضوعية على سبيل المثال:[4]

1- إنكار الدعوى كلها أو أي جزء أساسي منها وهذا هو الإنكار أو التنصل دون إيراد أي وقائع جديدة.

2- قد يعترف بالوقائع الواردة في الدعوى مع ادعاء وقائع أخرى في مواجهتها تجردها من فعاليتها وهذا ما يطلق عليه في القانون الإنجليزي (*Confession and avoidance*)، فإذا أبرم المدعى عليه عقدة ما فإن عليه الاعتراف به مع تجنب نتائجه بأن يدعي التقادم أو الفسخ أو إخلال المدعي بالعقد وذلك حسب الأحوال.

3- أن يقابل الدعوى مع اعترافه بصحتها باعتراض قانوني يحول دون إقامتها. ويطلق فقه المرافعات المصري اصطلاح الدفوع الموضوعية على هذه الصور الثلاثة فالدفع الموضوعي عندهم هو كل ما يعترض به المدعى عليه على الحق المطلوب حمايته من المدعي وهو بهذا يطابق اصطلاح الدفوع الموضوعية في الفقه الفرنسي،[5] والواقع أنه مجرد إنكار الوقائع المنشئة أو إنكار آثارها لا يمكن أن يكون

---

[1] - رمزي سيف، الوجيز في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، مرجع سابق، ص 403.

[2] - أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، القسم الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، الطبعة السادسة، 1980، ص 15.

[3] - نبيل إسماعيل عمر، قانون أصول المحاكمات المدنية، المرجع السابق، ص 317.

[4] - محمد الشيخ عمر، الدعوى، الجزء الأول، الخرطوم، الطبعة الثامنة، 2008 م، ص 268.

[5] - فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 483.

دفعة بالمعنى الصحيح وذلك لأن القاضي لا يحكم بمقتضى هذه الوقائع إلا بعد إثباتها من قبل المدعي بها كما أنه يجري عليها آثارها القانونية من تلقاء نفسه.

فلا يعدو إنكار المدعى عليه الواقعة أو إنكار آثارها تنبيه القاضي إلى واجبه بالنسبة لها، ولهذا فإن اصطلاح الدفع الموضوعي يجب قصره على ما يقوم به المدعى عليه من تأكيد الواقعة ترمي إلى رفض الدعوى فبهذا التأكيد يدخل المدعى عليه في القضية وقائع غير تلك التي أكدتها الطلبات ويقع عليه عبء إثباتها على أن الاصطلاح الدفع الموضوعي معنى آخر ضيق وذلك أن الوقائع المانعة أو المنهية التي يتمسك بها المدعى عليه تنقسم إلى طائفتين:[1]

1- وقائع على القاضي أخذها في اعتباره من تلقاء نفسه ما دامت قد قدمت ضمن مستندات الدعوي سواء من المدعي أو المدعى عليه ولو لم يتمسك بها المدعى عليه ومثالها واقعة عدم مشروعية السبب أو واقعة الوفاء بالدين وعندئذ يكون التمسك من واقعة من جانب المدعى عليه هو مجرد تقديم واقعة للقاضي لم تقدم إليه أو مجرد الفت انتباهه إلى واجبه في الخصومة ولا تكون هناك حاجة قانونية للدفع.

2- وقائع ليس لها أثر في حكم القاضي إلا إذا تمسك بها المدعى عليه بقصد رفض الدعوى ومثالها واقعة الغلط أو التدليس أو نقص الأهلية، فإذا تمسك بها حكم القاضي برفض الدعوى، فرفض الدعوى عندئذ يكون نتيجة لاستعمال محدد للمدعى عليه، وهذا هو الدفع الموضوعي بالمعنى الضيق. فالدفع الموضوعي يتميز بأنه يتعلق بواقعة ليست للقاضي إعمال آثارها من تلقاء نفسه، وهو بذلك يقابل حق الدعوى ليس للقاضي إعماله بغير طلب من المدعي، وعلى ذلك، يمكن تعريف الدفع الموضوعي بالمعنى الضيق على أنه سلطة للمدعي عليه في تأكيد واقعة مانعة أو نفيه للواقعة المنشئة التي أكدها المدعي ليس من شأنها رفض الدعوى ما لم يتمسك بها المدعى عليه،[2] أما عن التمييز بين هذه الوقائع المانعة أو المنهية وتلك التي على القاضي إعمال أثرها من تلقاء نفسه، فأحيانا ينص التشريع عليها وإذا لم ينص عليها فإن القاضي يحدد الواقعة التي يجب التمسك بها بواسطة دفع من المدعى عليه بأنها تلك التي يمكن أن تكون محلا لدعوى مستقلة من جانبه، إذن كما للمدعي وحده سلطة إثارتها بواسطة الدعوى تكون للمدعى عليه وحده سلطة إثارتها بواسطة الدفع. و آثار التفرقة بين الدفع الموضوعي بالمعنى الضيق وغيره من وسائل الدفاع الأخرى.[3] تترتب على التفرقة بين الدفع الموضوعي بالمعنى الضيق، الذي ذكرناه سلفا، ووسائل الدفاع الأخرى عدة نتائج أهمها:[4]

أولا- الدفع شأنه شأن أي دفع آخر يقبل التنازل عنه صراحة أو ضمنا وبهذا لا تنتج الواقعة أثرها، أما وسائل الدفاع الأخرى فإن التنازل عنها لا يمنع القاضي من أن يأخذ في اعتباره ما تضمنته من وقائع، ولهذا يمكن الاتفاق على التنازل عن دفع من الدفوع ولكن لا يجوز الاتفاق على النزول عن التمسك بواقعة من الوقائع الأخرى التي لا يعتبر التمسك بها دفعا بالمعنى الضيق.

ثانيا- الدفع بالمعنى الضيق باعتباره حقا يقبل التقادم شأنه شأن الدعوى أما الدفاع الذي لا يعتبر كذلك فإنه لا يقبل التقادم إذن هو يرمي إلى بيان عدم وجود الحق الموضوعي، ولهذا فإنه بالنسبة لوسائل الدفاع هذه فقط، تسري قاعدة أن الدفوع لا تتقادم، فإنكار الواقعة المنشئة أو التمسك بالوفاء أو بالصورية يمكن أن يبقى كوسيلة دفاع، ما دام هناك طلب على أساس وجود الحق، وعلى العكس، إذا تمسك المدعى عليه بالدفع بإبطال العقد للغلط، فإن دفعه هذا إذن هو دفع بالمعنى الضيق يتقادم كدعوى الإبطال ويكون استخلاص النزول الضمني من إطلاقات محكمة الموضوع.

---

[1] - فرج علوان هليل، الدفوع في المواد المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2008، ص 545.
[2] - فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني ، دار النهضة العربية، مصر، ط 2، 1989، ص 545.
[3] - فتحي والي، نفس المرجع، ص 546.
[4] - علي عبد الحميد التركي، شرح قانون الإجراءات المدنية، دار النهضة العربية ، مصر ، ط 2، ص616 وما بعدها .

وتختلف الدفوع الموضوعية عن دعاوى المدعى عليه في أنها مجرد وسائل دفاع سلبية محضة يرمي بها المدعى عليه إلى تفادي الحكم للمدعي بمطلوبه دون أن يقصد الحصول منها على مزية خاصة وتتميز الدفوع الموضوعية عن دعاوى المدعى عليه في أنها تبدأ دائما بغير قيد أو شرط، أما الأخرى فإنها تبدأ إلا إذا كانت مرتبطة بالدعوى الأصلية وإلا إذا كانت المحكمة مختصة بها اختصاص نوعيا، والحكم بقبول الأولى ينهي النزاع على أصل الحق، أما الحكم بقبول الثانية فقد ينهي النزاع في الدعوى الأصلية في بعض الأحوال. وكذلك قبول دعاوى المدعى عليه نطاق الخصومة في جميع الأحوال بينما قبول الدفوع الموضوعية يؤدي إلى حسم النزاع.

وما يمكن استخلاصه، هو أن الدفوع الموضوعية لا حصر لها بل أن كل وسيلة تهدف إلى تحض إدعاءات الخصم يمكن إثارتها وسواء أكان هذا الخصم مدعية أو مدعى عليه أو متدخلا أو مدخلا في الخصام.

والحديث عن الدفوع الموضوعية هو حديث عن كم لا متناهي من الدفوع فاختلاف الحقوق موضوع الدعاوى وحده من شأنه أن يؤدي إلى تعداد لا يحصى من هذه الدفوع.

المطلب الثاني: مضمون الدفوع الموضوعية.

تتمثل الدفوع الموضوعية في حق الخصم في الدفع المتمثل في الحق في الرد على الدعوى ومواجهتها ويكون ذلك بإنكار الدعوى كلها دون إيراد أي وقائع جديدة أو اعترافه بالوقائع الواردة في الدعوى مع ادعاء وقائع أخرى تجددها من فعاليتها أو مقابلتها باعتراض قانوني يحول دون إقامتها.

كقاعدة عامة فإن أمام المتقاضي ثلاثة طرق لمواجهة دعوى خصمه:

أولا- قد ينكر الدعوى كلها أو أي جزء أساسي منها وهذا هو الإنكار أو التنصل دون إيراد أي وقائع جديدة.

ثانيا- أن يقابل الدعوى مع اعترافه بصحتها باعتراض قانوني يحول دون إقامتها.

ثالثا- قد يعترف بالوقائع الواردة في الدعوى مع الدعاء وقائع أخرى في مواجهتها تجردها من فعاليتها، وهذا ما يطلق عليه الإقرار والإضافة.

وعليه، سوف نتناول في هذا المطلب مضمون الدفوع الموضوعية من خلال الحديث عن الإقرار والإضافة، والإنكار المجرد، ثم الإنكار والإضافة.

الفرع الأول: الإقرار والإضافة.

الإقرار هو اعتراف الخصم بواقعة مدعاة يستفيد منها خصمه الآخر وتعفيه من عبء الإثبات ليكون بذلك تنازلا من الخصم المقر عن حقه في مطالبة خصمه عن إثبات ما يدعيه. وقد عرف قانون الإثبات أيضا الإقرار بأنه:" اعتراف الشخص بواقعة تثبت لغيره مسئولية مدعى بها عليه".[1]

ومعنى ذلك؛ أنه إذا قام المدعى عليه بالاعتراف بكل فقرات العريضة أو بكل ما يدعيه الخصم دون إضافة أو تعديل هنا تأخذ المحكمة قرارها بحكم اعترافي في مواجهة المدعى عليه وليس هنالك سماع لقاضي الادعاء والدفاع، فالسماع يكون فيما تم الاختلاف فيه وفي ما كان محل إنكار ولا يوجد هنا إنكار لأي فقرة، وعليه تنتهي الدعوى هنا بحكم اعترافي.

[1] - المادة (15) من قانون الإثبات السوداني لسنة 1994م .

وذلك، لأن الإقرار هو قلب العبء الإثبات، والأصل في الإثبات أن المدعي ملزم بتقديم البينة فإذا أقر المدعى عليه بالحق فإن ذلك يمثل إعفاء للمدعى عليه من تقديم البينة و الإضافة بعد الإقرار ، كالذي يقر فيه الخصم بالواقعة المدعى بها عليه ويضيف فيها أو يربطها بواقعة أخرى تجردها من أثرها القانوني وبالتالي فعاليتها في الدعوى ومثال ذلك المدين الذي يعترف بالدين لكنه يدعي بتبرئه خصمه من كل دين بسبب الوفاء ومثال ذلك أيضا أن يدعي شخص على آخر ويكون سبب الدعوى عقد معين ثم يأتي المدعى عليه ويعترف بالعقد المذكور ولكنه يضيف أن هذا العقد فسخ ولا يمكن تنفيذه. ومن المتفق عليه أن الإقرار لا يتجزأ فإما يؤخذ جميعه أو أن يطرح. ويلاحظ في الأمثلة السابقة أن الواقعة المعترف بها- الواقعة الأصلية- والواقعة المضافة بينهما ارتباط وثيق حيث أن الواقعة المضافة نتيجة للواقعة الأصلية وارتباط الواقعتين على النحو الذي ذكرناه يعني أن المقر لم يقصد أن يلزم نفسه بشيء وبذلك لا يجوز للمقر له أن يفصل بين الواقعتين ليستفيد من الواقعة الأصلية ويترك الواقعة المرتبطة بها.

حيث يقع على المدعى عليه عبء إثبات الإضافة أو الواقعة التي إدعاها، لأن الإضافة تعتبر نقطة نزاع يقع عبء إثباتها على الدفاع ولكل واقعة تحتاج إلى إثبات من مدعيها ففي الأمثلة السابقة مثلا على المدعى عليه أن يثبت واقعة الوفاء بالدين وواقعة فسخ العقد، فإذا فشل في إثبات ما يدعيه حكم عليه وفقا لاعترافه الوارد في الجزء الأول أي قضي عليه بالوفاء وبتنفيذ العقد.

نخلص من ذلك، إلى أن أثر الإضافة هو نقل عبء الإثبات من المدعي إلى المدعى عليه، لأن بالإضافة يكون قد أدخل واقعة جديدة ومن ثم أصبح في مقام المدعي وعلى المدعي إثبات ما يدعيه.

الفرع الثاني: الإنكار المجرد.

كما أسلفنا، فإن من طرق مواجهة الدعوى، إنكار الدعوى كلها أو أي جزء أساسي منها وهذا هو الإنكار أو التنصل دون إيراد أي وقائع جديدة.

والإنكار باعتباره وسيلة من وسائل مواجهة الإدعاء ليس إلا مناهضة للإدعاءات أو بعبارة أخرى هو نفي للإدعاءات، وإنكار المدعى عليه المجرد للواقعة المدعى بها لا يحتم عليه أن يتقدم بدليل إلى المحكمة على صحة إنكاره وعلى المحكمة أن تطلب من المدعي إثبات ما يدعيه فإذا فشل في ذلك فقد حقه في مواجهة المدعي عليه.[1]

وذلك، لأن الإنكار يهدف، أساسا إلى إلقاء عبء إثبات صحة الوقائع المدعى بها على مدعيها دون إثارة كفاية تلك الوقائع من حيث القانون، وذلك لا يتأتى إلا بالتزام الإنكار فحسب.

هذا، وقد أجمع الفقه والقضاء على أن ما لم ينكر صراحة من الوقائع المدعى بها يعتبر معترف به، وهذا ما كانت تنص عليه المادة 74 من قانون الإجراءات المدنية الملغي،[2] إلا أن المشرع لم ينص على ذلك باعتباره من المسائل البديهية، ومن ثم فإنه يتعين أن تجيء المذكرة واضحة فيما اشتملت عليه والإنكار كما قد يكون صريحا قد يكون ضمنية أي يستنتج من واقع رده (أي رد المدعى عليه).

وبالرغم من نص تلك المادة على أن ما لم يرد بشأنه إنكار محدد يعتبر معترف به نجد أن قانون ١٩٧٦م ذاته قد أورد تحفظ من شقين في ذلك الشأن: فمن ناحية أولى إن ما لم يرد بشأنه إنكار محدد لا يعتبر إقرارا به حيث كان الطرف المواجه بها ناقص الأهلية، وعلى ذلك فإن المذكرة وإن اقتصرت للإنكار الصريح إلا أنها تعتبر واقعة مختلفة عليها يكلف من يدعيها بإثباتها في حالة نقص الأهلية ومن ناحية ثانية تستطيع المحكمة تكليف أي من الأطراف بإثبات الواقعة التي لم تنكر صراحة، والثابت أن

[1] - محمد العالم أدم أبو زيد، الإجراءات المدنية، الدعوى، الجزء الأول، دون تاريخ نشر، ص 139.
[2] - المادة 74 من قانون الإجراءات المدني الملغي لسنة 1974م .

للمحكمة ممارسة سلطتها التقديرية حيث أرادة التحقيق من الأمر على وجه اليقين. وعلى ذلك فإن فشل الخصم في إنكار إدعاء جاءت به عريضة الدعوى لا يعتبر اعتراف به في كل الأحوال وإنما تستطيع المحكمة في ذلك تكليف المدعي بإثباته حيث رأت ذلك.[1]

أيضا، يجب أن يأتي الإنكار محددة لأنه لا يعتد بالإنكار الذي يجيء محملا بصفة عامة، سواء بالنسبة للإدعاءات التي تضمنتها العريضة أو تلك التي اشتملت عليها مذكرة الدفاع في شأن الدعوى. ومن ثم، فإنه يتعين أن يجيء ذلك الإنكار في شأن كل إدعاء بصفة محددة وبالتالي فإنه يجب أن تشتمل مذكرة الدفاع على إنكار محددة، وبالتالي، فإنه يجب أن تشتمل مذكرة الدفاع على إنكار محدد للإدعاءات الأساسية الواردة في العريضة مع ترتيبها في المذكرة مفصلة ومتوافقة في تسلسلها للترتيب الوارد في عريضة المدعي.[2]

وعلى ذلك، إذا أنكر المدعى عليه كل فقرات العريضة إنكارا مجردا، هنا تقرر المحكمة أن الدعوى منازعة ويجب عليها أن تصبغ نقاط النزاع وتكييف المدعي البينة بتحصيل رسوم السماع وذلك لأنها سوف تسير في الإجراءات وتسمع قطبي الإدعاء والدفاع ومن ثم تصدر حكمها وفقا لما ثبت أمامها بالبيات.

الفرع الثالث: الإنكار والإضافة.

جاء قانون الإجراءات المدنية السوداني بتوضيح لما يجب أن تكون عليه مذكرة الدفاع، فيتعين أن تشتمل المذكرة على كل الدفوع التي يعتمد عليها المدعي عليه في مناهضة الدعوى،[3]ومن ثم، فإنه متى نشأت خصومة في الدعوي بين طرفين فإنه يجب إبداء جميع الدفوع الممكنة في الدعوى، وإلا فإنه يمتنع علي أي منهما إبداء أي دفع منها في دعوي لاحقة بين نفس الأطراف لذات النزاع. ومن بين تلك الدفوع التي يتقدم بها المدعي عليه في مذكرة دفاعه المتمثلة في رده على الدعوى هو الإنكار والإضافة.

إن الإنكار التام لكل فقرات العريضة يجعل منها كلها نقاط نزاع، وفي هذه الحالة، يقع عبء الإثبات على الإدعاء وتسمع قضيته أولا.

أما بخصوص الإنكار مع الإضافة، فإنه إذا قام الدفاع بإنكار فقرات العريضة، وأضاف إليها، في هذه الحالة تعتبر الإضافة إدعاء جديد، وعندها يقع عبء الإثبات الدفاع وتسمع قضيته أولا.

كما أن الرد بالإنكار والإضافة يجعل نقاط النزاع متجزئة في عبء الإثبات، مثلا في دعاوي المطالبات المالية يدعي الإدعاء أن مبلغ المطالبة (5000 دج)، ويرد المدعي عليه على العريضة الافتتاحية بأنها مذكرة منكرة، ويضيف بأن مبلغ المطالبة هو (2000 دج). في هذه الحالة، تصاغ نقاط النزاع على النحو الآتي: هل مبلغ المطالبة هو 5000 دج أم 2000دج؟ .

هنا، نجد أن الجزء الأول يقع عبء إثباته على الإدعاء، والجزء الثاني من الفقرة يقع على الدفاع.

---

[1] - محمد الشيخ عمر، قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م، الدعوى، الجزء الأول، الخرطوم، ط 8، 2008 م، ص 270.

[2] - محمد الشيخ عمر، نفس المرجع، ص 269.

[3] - المادة 74 من قانون الإجراءات السوداني.

المطلب الثالث: خصائص الدفوع الموضوعية وأهمية التمييز بينها وبين الدفوع الشكلية.

يشترط في الدفوع الموضوعية ما يشترط في الدفع بصفة عامة، وقد سبق أن تناولنا شروط الدفع، وهذه الخصائص هي التي تميزها عن الدفوع الشكلية، وتصنع لها أهميتها الخاصة.

الفرع الأول: خصائص الدفوع الموضوعية:

أما عن خصائص الدفوع الموضوعية فهي تمتاز بعدة خصائص نذكرها على النحو الآتي:

أولا- أنها لم ترد على سبيل الحصر، ذلك أن حصرها غير ممكن فهي تختلف في كل دعوى عن الأخرى باختلاف ظروفها وما يراه المدعى عليه محققاً لصالحه في الدعوى. ثانيا: أنه لا يوجد ترتيب معين يجب التزامه عند التمسك بها أمام المحكمة فلا يؤدي تأخير إحداها إلى سقوط الحق فيها، فيجوز للمدعى عليه التمسك بها معا أو تباعا وإذا أقفل باب المرافعات في الدعوى وأعيد فتحه، جاز للمدعى عليه التمسك بالدفوع الموضوعية وحكمة ذلك أن الدفع الموضوعي يرمي إلى إهدار إدعاء المدعي، ومن ثم يجب تمكين المدعى عليه من إبدائه أمام المحكمة في أي لحظة قبل صدور الحكم.

ثالثا- أنه يجوز التمسك بالدفع في حالة تكون عليها الدعوى ولو أمام محكمة ثاني درجة أما في غير هذه الحالات فلا يجوز إثارة الدفوع الموضوعية أمام المحكمة العليا إلا إذا اعتبرت من وسائل القانون البحتة ومثال ذلك الإدعاء بمخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه دون المنازعة في وقائع الإدعاء.

أما الدفوع الموضوعية التي تثير مسائل واقعية، أو التي يختلط فيها الواقع بالقانون، وتقتضي من المحكمة العليا بحث لمسائل واقعية فلا يجوز طرحها لأول مرة أمام المحكمة العليا.

رابعا- أن الحكم الذي يصدر في الدعوى بقبول الدفع الموضوعي يعتبر حكمة في الموضوع منهية للنزاع على أصل الحق من حيث موضوع الدعوى، تمنع من تجديد النزاع أمام القضاء فإذا رفع المدعي دعوى مطالبة بدين ودفعها المدعى عليه بانقضاء الدين بالتقادم وحكمت المحكمة بقبول الدفع فلا يجوز للدائن أن يعيد تجديد النزاع أمام القضاء.

خامسا- إذا أبدى الخصم دفعة موضوعية فيعتبر أنه تكلم في موضوع الخصومة، والحكم بقبوله أو رفضه يعتبر صادر في أصل الدعوى، فإذا استأنف الحكم صار موضوع الدعوى برمته معروضة على محكمة الاستئناف.

سادسا- يستطيع الخصم أن يبدي ما يشاء من دفوع موضوعية وذلك إعمالا لحقه في الدفاع.

الفرع الثاني: أهمية التمييز بين الدفوع الموضوعية والدفوع الشكلية.

تشترك الدفوع الشكلية في صفات خاصة تتميز بها عن الدفوع الموضوعية وفيما يلي بيان الفروق بينهما:

1- الدفوع الشكلية تبدأ قبل التكلم في موضوع الدعوى، أي؛ في بدء النزاع وإلا سقط الحق في الإدلاء بها، على اعتبار أن صاحب الحق فيها قد تنازل عنها، وهذه القاعدة تتماشى مع المنطق السليم إذ من الطبيعي ألا يسمح للمدعى عليه بالتراخي في إبداء هذه الدفوع التي لا تمس أصل الحق بعد التكلم في الموضوع، وذلك منعا لتأخير الفصل في الدعوى وهذا بالنسبة للدفوع الشكلية التي لا تتعلق بالنظام العام،

أما الدفوع التي تتعلق بالنظام العام فيجوز إبداؤها في أي حالة تكون عليها الدعوى كالدفع بعدم اختصاص المحكمة.[1]أما الدفع الموضوعي ليس هنالك قيد على إبدائه في أي مرحلة كانت أمام المحكمة الاستئنافية لأول مرة.

2- يجب إبداء جميع الدفوع الشكلية معا وبأسبابها وقبل التكلم في الموضوع وإلا سقط الحق فيما لم يبدئ منها ما لم يتصل بالنظام العام، وعلى ذلك يعتبر تنازلا عن الدفع الشكلي مجرد تقديم دفع آخر عليه.[2]أما في الدفوع الموضوعية فلا يعتبر تنازلا عن الدفع مجرد تقديم دفع آخر عليه.[3]

3- إن المحكمة كقاعدة عامة تقتضي في الدفع الشكلي قبل البحث في الموضوع، لأن الفصل في الدفع الشكلي قد يغنينا عن التعرض للموضوع، إذ يترتب على قبوله إنهاء الخصومة، ومع ذلك، يجوز للمحكمة أن تضم الدفع الشكلي للموضوع إذا رأت أن الفصل فيه يستلزم بحث الموضوع وفي هذه الحالة تصدر فيها حكما واحدا بشرط أن تبين في حكمها ما قضت به في كل منها.[4]

والمحكمة على الرغم من قرار الضم أن تحكم بعدئذ في الدفع الشكلي وحده بقبوله وعندئذ قد يقينا هذا الحكم عن نظر الموضوع وعند تعدد الدفوع الشكلية يجب على المحكمة أن تقضي أولا في الدفع بعدم الاختصاص أيا كان نوعه ثم تتدرج بعد ذلك لباقي الدفوع إذا كانت مختصة بنظر الدعوى، لأن المحكمة لا ولاية لها في القضاء حتى يأتي الدفوع الشكلية كما لم تكن مختصة بنظر النزاع، وتطبق القاعدة إذا حصل التمسك بعدم الاختصاص وباعتبار الخصوم كأن لم تكن لأي سبب من الأسباب.

4- إن الحكم الصادر بقبول الدفع الشكلي لا يمس أصل الحق، وبالتالي، لا يترتب عليه انقضاء الخصومة أمام المحكمة، كما هو الحال بالنسبة للحكم الصادر بقبول الدفع بعدم الاختصاص، أو ببطلان ورقة التكليف بالحضور، ويجوز تجديد الخصومة بمراعاة الإجراءات الصحيحة إذا لم يكن الحق فيها قد سقط بسبب من الأسباب.[5]أما الحكم الصادر بقبول الدفع الموضوعي فيترتب عليه إنهاء النزاع أمام المحكمة التي أصدرت الحكم أو أمام أي محكمة أخرى.

5- إن استئناف الحكم الصادر بقبول الدفع الشكلي لا يطرح على محكمة الدرجة الثانية إلا الخصومة في الدفع وبعبارة أخرى ولاية المحكمة الاستئنافية تقتصر على مجرد إعادة النظر في الدفع ولا يجوز لها أن تقضي في موضوع الدعوى إذ هي ألغت الحكم المستأنف بل يتعين عليها إعادة القضية إلى محكمة الدرجة الأولى التفصل في موضوعها وذلك لأن هذه المحكمة لم تستنفذ ولايتها بالنسبة للموضوع لأن الاستئناف لا يطرح على محكمة الدرجة الثانية إلا ما رفع عنه الاستئناف من قضاء محكمة الدرجة الأولى وهذه القاعدة مطلقة في قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م. أما إبداء الدفع الموضوعي فهو تعرض الموضوع، والحكم فيه يعتبر صادر في موضوع الدعوى، واستئنافه يعتبر طرح الموضوع على المحكمة الاستئنافية، مما يتعين معه عليها إن هي ألغت الحكم الابتدائي أن تقضي من جديد في الدعوى.[6]

6- الحكم بقبول الدفع الشكلي لا يترتب عليه إنهاء النزاع على أصل الحق المدعى به فيجوز للخصم رفع الدعوى من جديد بإجراءات صحيحة بخلاف قبول الدفع الموضوعي فيعتبر حكما في

---

[1] - رمزي سيف، الوجيز في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، القاهرة، مكتبة النهضة المصرية، مصر، 1957، ص 60.

[2] - فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، مصر، ط2، 1989، ص 13.

[3] - فتحي والي، المرجع نفسه، ص 13.

[4] - أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، مصر، 1981 م، ص 248.

[5] - فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 14.

[6] - أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، منشأة المعارف ، الإسكندرية، مصر، 1991، ص 62.

موضوع الدعوى منهيا للنزاع على أصل الحق ولا يجوز تجديد المطالبة به أمام القضاء مرة أخرى لسبق الفصل فيه.[1]

أما الحكم الصادر في الدفع الموضوعي يعتبر حكما صادرا في موضوع الدعوى، واستئناف هذا الحكم يؤدي إلى عرض الدعوى برمتها على الاستئناف، أما استئناف الحكم الصادر في الدفع الشكلي فلا ينتقل لجهة الاستئناف من الخصومة إلا هذه المسألة، فإذا دفع بعدم الاختصاص مثلا وقضت المحكمة بعدم اختصاصها واستؤنف هذا الحكم فإن المجلس القضائي إذا رأى إلغاء هذا الحكم فإنه لا يملك إلا أن يعيد القضية إلى محكمة الدرجة الأولى للفصل في موضوعها.

ولهذا التميز بين نوعي الدفوع ما يبرره، لأن قواعد العدالة تقضي بأن تتاح للخصم فرصة دحض مزاعم خصمه في أية مرحلة من مراحل الخصومة بذلك اجاز المشرع للخصم ان يتمسك بالدفوع الموضوعية في أي وقت ليثبت أن دعوى خصمه قائمة على غير أساس بخلاف الدفوع الشكلية فهي قاصرة على مسائل شكلية لا تؤثر في موضوع الحق ولا يقصد بها عدم وجوده والملاحظ عمليا إن الخصم لا يلجأ إلى الدفع الشكلي إلا إذا عازه الدليل وأراد المماطلة لذلك وجب ألا يمكن الخصم المماطل من هذه الوسيلة بعد أن تتقدم القضية في مراحل نظرها ويواجه الخصوم موضوعها وتوشك على الفصل فيها لذلك يجب افتراض أن الخصم بسكوته عن التمسك بهذه الدفوع الشكلية يكون قد تنازل عنها ضمنا باستثناء ما تعلق منها بالنظام العام.[2]

المطلب الرابع: مدى تعلق الدفوع الموضوعية بالنظام العام.

بعدما تطرقنا لتحديد مدلول الدفع الموضوعي والتمييز بينه وبين الدفوع الشكلية، يأتي الدور للحديث عن مدى تعلق الدفوع الموضوعية بالنظام العام من عدمه، وبالرجوع لقانون الإجراءات المدنية القديم والإدارية، نجد أنه لم يضع يضع تنظيما موضوعيا لها، كذلك لا نجد حصرا لها في القوانين الموضوعية المتعلقة بأصل الحق، فهي كما قنا سابقا حق إجرائي ذو محتوى موضوعي، يختلف باختلاف موضوع النزاع، وهي ترتبط بأصل الحق وجودا وعدما وتنظمها القوانين المنظمة للحقوق المتنازع عليها، فالدفوع الموضوعية تجد عناصرها في القانون المدني، والتجاري والبحري والجوي وغيرها من القوانين المتعلقة بأصل الحق.

و من أمثلة الدفوع الموضوعية ما يلي: الدفع ببراءة الذمة من المدين، الدفع بسبق الوفاء عند المطالبة بالدين، الدفع بالمقاصة القانونية، الدفع ببطلان عقد، الدفع بعدم التنفيذ، الدفع بالفسخ، الدفع بالاستغلال أو الغبن، الدفع بعدم مشروعية العقد، الدفع باستحالة تنفيذ عقد، الدفع بعدم دستورية نص قانوني.... إلخ، كل هذه الدفوع تتعلق بأصل الحق المتنازع عليه كله أو بعضه أو بمسألة متعلقة به.[3]

و في إجابتنا عن التساؤل المطروح بشأن مدى تعلق الدفوع الموضوعية بالنظام العام، نقول الدفوع الموضوعية كثيرة ولا يمكن حصرها، ولا تتعلق كلها بالنظام العام، و لكن يمكننا الاستناد لبعض المعايير لاعتبار الدفع الموضوعي متعلقا بالنظام العام، أول هذه المعايير ما اعتبره القانون المتعلق بأصل الحق كذلك، مثل المحل والسبب في العقود عندما يكون مخالفا للنظام العام.

كذلك هناك معيار آخر، يتمثل في أن كل المنازعات المتعلقة بالأنظمة العامة، تعتبر دفوعها كذلك، على النحو الذي سوف نعرضه فيما يلي:

---

[1] - مفلح عواد القضاه، المرجع السابق، ص 291.

[2] - محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي، المرجع السابق، ص218 و219.

[3] - نبيل إسماعيل عمر، قانون أصول المحاكمات المدنية، المرجع السابق، ص 317.

الفرع الأول: الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص.

يؤكد الفقه الحديث في مجموعه على أهمية دور النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق متى كان مضمونه متعارضا مع الأسس الجوهرية في المجتمع. و يأخذ إعمال هذه الفكرة صورة دفع هو الدفع بالنظام العام. و يمكن تعريف الدفع بالنظام العام بأنه وسيلة قانونية يستبعد بها، في النزاع المعروض عليه أمام القاضي، الاختصاص العادي المعقود للقانون الأجنبي، متى تعارضت أحكامه مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام المجتمع في بلد القاضي.[1]

إن النظام العام هنا هو دفع موضوعي يوجه إلى مضمون القانون الأجنبي الذي يخالف بصورة صارخة القانون الوطني، غير أن المشكلة الحقيقية تبرز في غموض فكرة النظام العام ذاتها، فهي فكرة مجردة ، مؤداها وجود نظام عام في الدولة. إلى جانب صعوبة تحديد مدلولها بالصورة التي تسمح برسم الحدود التي يمكن معها القول بأن الاختلاف بين القانون الأجنبي و القانون الوطني صارخ و يمس بالأسس الجوهرية لقانون القاضي.[2]

الفرع الثاني: الدفع بالنظام العام الاقتصادي.

لقد تطورت فكرة النظام العام وفقا للتحولات التي مست الإدارة، والتي يمكن تلخيصها من الانتقال من الدولة الحارسة إلى دولة الرفاهية، وبهذا الانتقال، تغيرت هذه الفكرة من حيث الموضوع والدرجة، وكفكرة يمكن أن تشمل مجموع القواعد الآمرة والتي تتدخل الدولة بفضلها في الاقتصاد، وبالتالي لا يعتبر النظام العام الاقتصادي كاستثناء لكن "يشكل التكييف العادي للتشريعات الجديدة".[3]

في الوقت الحالي العديد من التوسيعات مست هذه الفكرة، بالتالي يأخذ النظام العام الاقتصادي وجهين: نظام عام حمائي يرمي لحماية الأطراف الضعيفة كالمستهلك المتعامل، المستأجر...، ونظام عام توجيهي كسياسة الأسعار التي تترجم بقانون المنافسة.[4]

يلاحظ الأستاذ "مولوري فيليب" تحولات النظام العام الاقتصادي الفرنسي منذ سن أمر المنافسة لسنة 1986 بتكريس مبدأ المنافسة الحرة، حيث يرى بأنه: " لم يعد قط نظام عام اقتصادي توجيهي، بل هو نظام عام اقتصادي جديد، فقانون المنافسة يرسي مبدأ اقتصاد السوق، لكن اقتصاد يخضع للرقابة.[5] وبالنتيجة، ظهر تعبير للأستاذ "أنتوان بيروفانو" ليمد فكرة النظام الاقتصادي إلى المنافسة تحت اسم النظام التنافسي.[6]

---

[1] - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، في تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي الدوليين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة السادسة، 1969، ص 237

[2] - عبده جميل غضبون، محاضرات في القانون الدولي الخاص، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011، ص200.

[3] - *M.M. Mohamed Salah, « Les transformations de l'ordre public économique : vers un ordre public Régulatoire ? », in Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, éd. Frison-Roche, Paris, 1999, p, p. 262.*

[4] - *M.C. Vincent-Legoux, L'ordre public : étude de droit comparé interne, PUF, (les grandes thèses du droit Français), Paris, 2001, p.349.*

[5] - *P. Malaurie, « La notion d'ordre public économique », RCC, n° 83, 1995, p. 48.*

[6] - *A. Pirovano, «L'expansion de l'ordre concurrentiel dans les pays de l'Union européenne », in R. Charvin et A. Guesmi (dir.), L 'Algérie en mutation : les instruments du passage à l'économie de marché, Paris L'Harmattan, 2001, p. 129.*

يسجل قانون المنافسة في نظام ضبط اجتماعي أكثر اتساعا من هذا القانون نفسه، النظام التنافسي، يساهم هذا النظام في تحويل اقتصاد السوق إلى مجتمع السوق لأنه يهدف إلى تسويق أكثر حصة ممكنة من النشاط الإنساني مثال: العمل، العملة، الأرض.. .

أو بل أصبح السوق نتيجة حتمية للتدخل الشديد للدولة، هذه الأخيرة تفرض تنظيم السوق للمجتمع لأغراض غير اقتصادية"،[1] إنها العودة القوية إلى فكر "ألكسيس توكوفيل" الذي يؤكد أن مجتمع التجار لا يتطور إلا إذا صاحبه نمو بيروقراطي وتنظيمي واسع ومستمر.[2] فتسيير السوق يفترض جهاز كبير للضبط. ولا يمكن اعتبار تدخل أجهزة الضبط في المنافسة كتراجع المجتمع السوق، بل شرط لوجود اقتصاد السوق في مجتمع متقدم.

يجب أن يتشكل نظام المنافسة وينظم عن طريق سياسة أمرية (*ordonnatrice*)، أو "إعادة النظام"، ويتعلق الأمر بإضفاء الطابع المؤسساتي على اقتصاد السوق على شكل "الدستور الاقتصادي"، وهو في حد ذاته جزء لا يتجزأ من القانون الدستوري الوضعي للدولة، وتصبح بذلك المنافسة كتنظيم دولة.[3]

وفي إطار تحرير النشطات المفتاح للاقتصاد الشيء الذي أدى إلى ظهور الضبط القطاعي كمظهر لاستعمار القانون الاقتصادي والذي ينذر بمراقبة كلما استطاع تغيرات النظام الاقتصادي، أنه النظام الضبطي.

لم يظهر النظام الضبطي من العدم بل يتبع خطى المنافسة، إنه مجموعة القواعد "الضبطية" التي ترمي إلى ظهور المنافسة، بصيغة أخرى، قواعد ترمي آليات إدخال المرافق العامة في نظام المنافسة، إنه نظام مؤقت يترك المجال للنظام التنافسي إذا رست المنافسة.

الفرع الثالث: الدفع بالنظام العام الاجتماعي.

النظام العام الاجتماعي هو مصطلح أطلقه فقهاء القانون الاجتماعي ، كما أن مضمونه نسبي فهو يتغير بالتحولات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية للمجتمع،[4]فهو يرمز للدور الاجتماعي الذي يلعبه قانون العمل في إرساء السلم الاجتماعي وفق قواعد وقوانين آمرة تتضمن حد أدنى من الحماية للعامل والتي لا يجوز التنازل عليها أو الانتقاص منها أو الاتفاق على مخالفتها،[5] ذلك على اعتبار أنها تمثل العتبة الدنيا لما يمكن أن يتمتع به العامل من حقوق، فلا يمكن الخروج عليها إلا كانت تقدم مزايا وامتيازات أفضل من تلك التي منحها له القانون، هذا ما يسمى بمبدأ الأفضلية والذي يعكس خصوصية النظام العام

---

[1] *-(K.) Polanyi, La grande transformations, Paris, Gallimard, 1983, p.321*

[2] *- V. (F.) Riem, «Retour sur l'ordre concurrentiel », RIDE, n° 4/2(J.) Drexl «La Constitution économique européenne- L'actualité du modèle ordo-libéral », RIDE, n°4/2011, pp.419 et s. "- Terré François, « Rapport introductif », in L'ordre public à la fi du XX siècle, Dalloz, Paris, 1996, p.8; Pinson Arnaud et Soukpraseuth Delphine, « retour sur l'ordre public en droit du travail et son application par la Cour de cassation, Bulletin de l'infirmation, n° 740(Cour de cassation, 15 avril 2011, p.96.*
013, p.441.

[3] *- (J.) Drexl «La Constitution économique européenne- L'actualité du modèle ordo-libéral », RIDE, n°4/2011, pp.419 et s.*

[4] - بن صابر بن عزوز، الوجيز في شرح قانون العمل الجزائري، الكتاب الأول، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، بدون سنة نشر، ص 42.

[5] - محمد رياض دغمان، النظام العام في علاقات العمل(دراسة مقارنة)، المؤسسة الحديثة للعمل، لبنان، ط1، 2015، ص 22 وما يليها.

الاجتماعي على النظام العام المطلق بحيث أن مخالفته بامتيازات أكثر ممنوحة للعامل لا يترتب عليها البطلان، لما فيه حماية أكثر العامل باعتباره الطرف الضعيف في العقد.[1]

يعد النظام العام الاجتماعي بمثابة المنهج الحمائي للعمال داخل علاقات العمل، وفقا لنصوصه القانونية آمرة توفر حد أدنى من الحماية للعامل باعتباره طرفا مذعنا في عقد العمل، عن طريق سن قواعد تعيد التوازن العقدي لهذه العلاقات، إذ لا يمكن الخروج عليها إلا إذا كانت تقدم للعامل امتيازات أفضل من تلك الممنوحة له بموجب القانون و بالاتفاقيات الجماعية، ومما لاشك، فيه أن العولمة الاقتصادية زعزعت النظام العام الاجتماعي وأثرت على سوق العمل على حد سواء فجعلته أكثر مرونة فاسترجع المستخدم من خلالها بعضا من الحرية في تنظيم علاقة العمل أدى إلى قضم تدريجي للحقوق المكتسبة و تقليص في حجم دائرة الحماية الاجتماعية التي تضمنها أحكام النظام العام الاجتماعي، كما يظهر تأثيرها أيضا من خلال أشكال المستحدثة في التشغيل و على ظروف العمل على حد سواء.

أثارت فكرة النظام العام الاجتماعي نقاشا حادا ومهما يرتكز على الخصوصيات الملاحظة أثناء استعمال هذه الفكرة في هذا الفرع من القانون.[2]ويشكل النظام العام عنصرا أساسيا لتشريع العمل، كونه يفرض قواعد آمرة ناتجة عن التفاوض بين العامل والمستخدم أي الاتفاقيات الجماعية. كما تظهر خصوصية قانون العمل في تعدد مصادر القاعدة القانونية (أحكام تشريعية وتنظيمية، أحكام اتفاقية)، الشيء الذي يستدعي حل مشكل تنازع القواعد.

العديد من التعابير (المصطلحات) تستعمل للحديث عن النظام العام في قانون العمل: النظام العام الاجتماعي، النظام العام النسبي، النظام العام المطلق، النظام العام الاستثنائي. [3]

وترتب تشريعات العمل جزاء على مخالفة النظام العام، وهذا الجزاء قد يكون البطلان (العقد، اتفاق التحكيم، الوساطة) أو حتى الحكم بعدم الاختصاص في حال القواعد المتعلقة بالاختصاص القضائي.

الفرع الرابع: الدفع بالنظام العام العمراني.

يتكون مصطلح النظام العام العمراني من كلمتين: الأولى النظام العام، والثانية : العمراني، فمصطلح العمران مصطلح حديث النشأة نوعا ما، غير أن أصل كلمة"*ubs*" كلمة لاتينية ويقصد بها "المدينة"، أي فن تنظيم المدينة.[4] إلا أن هناك اختلاف بين الباحثين حول أصل استعمال هذا المصطلح، فالبعض ينسبه للمهندس الاسباني (*Défonce cendan*)، الذي استعمله في كتباته حول نظرية التعمير سنة 1867.[5] في حين اعتبر المفكرين العرب أن أول من استعمل المصطلح هو ابن خلدون في كتابه "المقدمة".[6]

غير أن المصطلح عرف رواجا كبيرا منذ مطلع القرن العشرين باعتباره علم ينظم المحيط الذي يعيش فيه الإنسان.[7]

---

[1] - شهيدة قادة، حماية الطرف الضعيف في العقد(محاولة لتأصيل الفكرة وتقرير آليات الحماية)، مجلة الدراسات القانونية، مخبر القانون الخاص، العدد 05، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، ص 79.

[2] - *Terré Frençois, « Rapport introductif », in L'ordre public à la fi du XX siècle, Dalloz, Paris, 1996, p.8; Pinson Arnaud et Soukpraseuth Delphine, « retour sur l'ordre public en droit du travail et son application par la Cour de cassation, Bulletin de l'infirmation, n° 740(Cour de cassation, 15 avril 2011, p.96.*

[3] - عيساوي عز الدين، المرجع السابق، ص 377.

[4] - *Maouia Saidouni, Eléments d'introduction à l'urbanisme, édition Casbah, Alger, 2000, P 17.*

[5] -*Adja Djilali et Bernard Drobenko, Droit de l'urbanisme, édition Berti, Alger, 2007, P 23.*

[6] - *Henri JACQUOT, François PRIET, Droit de l'urbanisme, 3em Ed, Dalloz, Paris, 1998,P 12*

[7] - محمد بن عمارة، ميلود دريسي، تأصيل فكرة النظام العام العمراني في التشريع الجزائري، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة إبن خلدون، تيارت، الجزائر، المجلد 06، العدد 02، 2020/12/27، ص 296.

أما عن التعريف الاصطلاحي، فيعد مفهوم جمال المدن وروائها من المفاهيم المبتكر للغاية،[1]لم يترسخ مفهومة في القانون الإداري إلا حديثا، فلم يكتمل تكوينه بعده،[2] وذلك لارتباط ظهوره بقوانين المباني والتعمير والتي تعد فرعا حديث من فروع القانون الإداري يسمى القانون الإداري العمراني[3]، بحيث تتضمن مجموعة من القواعد القانونية الآمرة والمتعلقة بتنظيم استخدام الأراضي والحيز المكاني في إقليم الدولة بهدف حماية الصالح العام. وهذا ما جعل البعض ينكر وجوده ويعتبر أن وجود بعض القوانين التي تتضمن حماية الطبيعة التاريخية لمنطقة ما، لا يعد سوى من باب الأهمية الأثرية و التاريخية والاقتصادية لتلك المناطق .

في حين اعتبره بعض الفقه، مجرد توسيع في مدلول السكينة العامة لتشمل السكينة النفسية التي يوفرها الارتياح النفسي من تذوق الجمال البيئي في مجرى الحياة اليومية.[4] وقد أدت حداثة المفهوم إلى الاختلاف حتى في التسمية، فقد دأب الفقه الحديث على تسميته بجمال الرونق والرواء(*esthétique*)،[5] في حين ذهب جانب من الفقه المعاصر إلى ربط جمال المدن بمجال حماية البيئة و الاصطلاح عليه بـ" النظام العام الجمالي للبيئة".[6]

غير أن البعض انتقد مصطلح "جمال الرونق والرواء" واعتبره مصطلح قاصر وغير دقيق لأن لكل من مصطلح "الجمال" و "الرواء" و "الرونق "معنى لغوى واحد إلا لم نقل نفس المعنى وهو: حسن المنظر والبهاء والإشراق، فجمال المدن أو رونق المدن أو روائها تعنى مفهوما واحدا وهو : حسن منظر المدن وبهائها ورونقها، لذا اعتمد هذا الجانب من الفقه مفهوما واحد لبهاء المدن وروائها وهو مصطلح "عنصر الجمال العام" واستبعد مصطلح الرونق والرواء لتقاربهما مع نفس معنى الجمال.[7]

ولعل الصواب في هذه المسألة استعمال مصطلح" النظام العام العمراني"، لأن معنى الجمال قد ينصرف إلى جمال المعمار وبكائه دون اشتماله على ضرورة احترام المقاييس الهندسة والتقنية. فقد يكون البناء جميلا من الناحية الفنية والبنائية، غير أنه لا يحترم الشروط الإدارية المسبقة كضرورة حصول الباني على تراخيص بالبناء أو التجزئة أو الهدم، كما يمكن أن يكون البناء جميلا فنيا وهندسيا غير أنه مشيد على أرض معرضة للأخطار الطبيعية كالفيضانات أو الزلازل، أو مشيد على ضفاف الأودية والأخبار، أو لا يراعي الاعتبارات البيئية باعتبار أن مفهوم حماية البيئة مفهوم أعم وأشمل من مفهوم جمالية المدن.[8]

وبالتالي، فجمال البناء لا يعني بالضرورة أن المشيد (الباني) قد احترم كل الشروط العامة والخاصة للبناء القانوني . فإلى جانب مراعاة عنصر الجمال الظاهري للمبنى باعتباره يمثل الجانب المعنوي أو الروحي لفكرة النظام العام، يجب مراعاة شروط السلامة والأمن والسكينة العمرانية عند القيام

---

[1] - المعنى اللغوي للرونق: هو حسن المنظر وجهاء الشيء وإشراقه، أما الرواء : فهو حسن المنظر.، أنظر: لسان العرب للابن منظور، حرف الراء، باب الراء، دار المعارف، القاهرة، مصر، ص 312.

[2] - محمد جمال عثمان جبريل، الترخيص الإداري(دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه دولة، كلية الحقوق جامعة عين شمس، مصر، 1992، ص 102.

[3] - محمد الأمين كمال، دروس في قانون التهيئة والتعمير، دار بلقيس، الجزائر، السداسي الأول، 2017، ص 12.

[4] - محمد محمد مصطفى الوكيل، حالة الطوارئ وسلطات الضبط الإداري، (دراسة مقارنة)، أطروحة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، دون سنة طبع، ص 84.

[5] - عدنان الزنكة، سلطة الضبط الإداري في المحافظة على جمال المدن وروائها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2011، ص57.

[6] - حسام مرسي، التنظيم القانوني للضبط الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ص 118.

[7] - سجي محمد عباس الفاضلي، دور الضبط الإداري البيئي في حماية جمال المدن - دراسة مقارنة-، مكتبة دار السلام القانونية، مصر، الطبعة الأولى، 2017، ص 40 و 41.

[8] - عدنان الزنكة، المرجع السابق، ص 67.

بأشغال البناء والتعمير، باعتبارها عناصر مادية للنظام العام . فالمرخص له بالبناء ملزم بضرورة احترام الشروط والتنظيمات الخاصة بالعمران والمحددة لحركة البناء وتشييد المدن.

وعليه فالضوابط الجمالية للمباني تعد أحد الزوايا التي يمكن من خلالها حماية النظام العام العمرانية، باعتبار أن المعايير الجمالية للمباني من بين أهم أبعاد وعناصر النظام العام العمراني. [1]

مما سبق، نلاحظ أن النظام العام العمراني مصطلح أعم وأشمل من مصطلح جمال الرونق والرواء، فهذا الأخير لا يمثل إلا جانبا أو بعدا جماليا لفكرة النظام العام العمراني التي تضم إلى جانب الاعتبارات الجمالية للمباني، التخطيط العمراني أو ما يعرف بأدوات التهيئة والتعمير، تهيئة الأراضي وتوفيق بين مختلف استعمالات الأراضي والموازنة بين وظيفة السكن والفلاحة والصناعة، حماية البيئة والأوساط الطبيعية والمناظر والتراث الثقافي والمعماري والتاريخي، الاستدامة الحضرية، الإسكان والتعمير، إلى جانب إقامة مباني أمنة وصحية وهادئة تراعي فيها الجوانب الصحية والجمالية.[2]

لذا فقد دأب الفقه في الجزائر على تسميته بالنظام العام العمراني، بحيث يقول الدكتور بوزيان عليان " أن النظام العام العمراني ليس مجرد قواعد قانونية ضابطة لممارسة نشاط عمراني بناء وتشييدا أو ترميم وإنما هو أبعد من ذلك بكثير يشهد ذلك جسامة الآثار التي يخلفها العمران في حالة عدم أخذ الاحتياطات اللازمة المتعلقة بطبيعة الأرض محل البناء ومدى ربطها بشبكات الصرف الصحي فضلا عن احترام قوانين التهيئة و التعمير، ليعرفه: "بأنه مجموعة القواعد التي تعد قيدا على الحق في بناء سكن حيث يجب ترشيد استعمال المساحات العقارية للبناء وأن يكون ذلك على حساب النشاطات الفلاحية والمساحات الحساسة والمواقع والمناظر".[3]

وفي هذا الشأن، يرى الدكتور محمد الأمين كمال:" أن النظام العام العمراني شرط لازم للقيام بأعمال البناء وإنجازها مع التقيد بمواصفاتها القانونية واحترام الأصول الفنية والتقنية عند تنفيذها إلى جانب مراعاة سلامتها، مع ضرورة تغليب المصلحة العامة العمرانية على المصلحة الخاصة فيما يخص تشييد مبان أو منشآت تراعي ضرورة الحفاظ على الأمن والصحة السكينة العامة من منظور عمراني باعتبارهم أهم عناصر النظام العام العمرانية، معتبرا في نفس الوقت أن الحفاظ على الجانب الجمالي للمدينة "جمال ورونق المدينة" يعد أحد أهداف قانون التهيئة والتعمير". [4]

أما الدكتور أعمر جلطي فعرفه بأنه" مجموعة من قواعد قائمة الأجل حماية البيئة الاصطناعية التي أوجدها الإنسان، وتقيد نشاط التعمير وفق أسس اجتماعية وتنظيمية بما يكفل حماية جمالية وتناسق العمران. [5]

كما اعتبر الدكتور بلقاسم دايم عنصر الجمال العام " هو الاهتمام بحماية جماليات الشوارع ورونقها، حتى لا يصاب عابر السبيل بتقزز في العين لسوء المنظر".[6]

---

[1] - محمد بن عمارة، ميلود دريسي، تأصيل فكرة النظام العام العمراني في التشريع الجزائري، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة ابن خلدون، تيارت، الجزائر، المجلد 06، العدد 02، 2020/12/27، ص 297.

[2] - صافية أولد رابح إقلولي، قانون العمران الجزائري - أهداف حضرية ووسائل قانونية -، ط3، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2017، ص 24 إلى 26.

[3] - بوزيان عليان، النظام العام العمراني في ضل القانون المنظم للترقية العقارية04/11، المؤتمر الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر - الواقع والأفاق -، يومي 27 و28 فيفري 2012، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة ، الجزائر، ص. 07

[4] - محمد الأمين كمال، المرجع السابق، ص 04 و 22.

[5] - أعمر جلطي، الأهداف الحديثة للضبط الإداري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2015-2016، ص 78.

[6] - بلقاسم دايم، المرجع السابق، ص 29

كما عرف أنه " اتخاذ كل الإجراءات المتعلقة بحماية المعالم الطبيعية، والآثار التاريخية، ومراعاة القواعد الهندسية المعمارية ومخططات العمران، بما يسمح بالمحافظة على المنظر العام للمدن، وشوارعها ومراعاة عادات المجتمع وقيمه في إنشاء المباني، بحيث لا يشوه المحيط، والذوق العام الجمالي للمدينة ".[1]

أما بخصوص تعريفه في الفقه المقارن، فقد عرفه الدكتور عدنان الزنكة بأنه" الإبقاء على جمال المدينة المتمثل في تنسيق أحيائها وشوارعها وأزقتها باستحضار مواصفات معينة للمباني السكنية والعمارات، والعمل على زراعة الميادين وتقاطعات الطرق، وحماية المباني الأثرية والتراثية وإشاعة أجواء من النظافة والتنسيق مما يولد المتعة بجمال المدينة وبمائها، الان الجمال الفني لا يتحقق بدون الاستفادة من التطور المعماري وتوفير السكينة والارتياح النفسي".[2]

ويعتبر الدكتور إسماعيل نجم الدين زنكنه أن النظام العام الجمالي يعني" المظهر الجمالي للشارع العام والأحياء السكنية التي يستمتع المارة رؤيتها.[3]كما اعتبره الدكتور محمد مصطفي الوكيل بأنه" النظام الذي يهدف إلى حماية جمال الرونق والرواء للبيئة حفاظا على السكينة النفسية للمقيمين في هذه البيئة". فالجمال العام هو حسن المنظر للمكان أو هو المظهر الفني الذي يعكس تراث المدينة التاريخي والثقافي والحضاري بشكل معماري منسق ومنظم يسر الناظرين من المارة، أما حماية الجمال العام فهو إشاعة المظهر الحسن وصون المنظر المنمق للمدينة من أجل المحافظة على إحساس ومشاعر المارة وبما يحقق السكينة النفسية والروحية للأفراد".[4]

ومن وجهة نظرنا يمكننا أن نعرف النظام العام العمراني على أنه" مجموعة القواعد القانونية التعميرية والآمرة والتي تعمل على تنظيم استعمال وإنتاج الأراضي وتحديد شروط وضوابط الحق في البناء والتعمير بهدف ترشيد استغلال الأراضي، والموازنة بين متطلبات السكن والزراعة والصناعة من جهة وتوفير محيط حضري مبني ومهيأ بانسجام من جهة أخرى".[5]

لقد كان لمجلس الدولة الفرنسي السبق في الإعتراف السلطات الضبط الإداري بحق التدخل لحماية جمال ورواء المدن من خلال السلطات الضبطية الممنوحة لها، وبالتالي التوسع في مفهوم النظام العام ليشمل أغراض غير تلك التقليدية، أغراضا تتعلق بحماية جمال المدن ورواءها وتناسق أحياءها انسجام شوارعها.

غير أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي مر بمرحلتين : الأولى كانت قبل سنة 1936، حيث أصدر قرار سنة 1928 لم يعترف فيه بجمال الرواء والرونق كهدف لسلطات الضبط الإداري إلا في الحالات المنصوص عليها قانونا، وبالتالي فلا يجوز لها التدخل لحماية جمال الرواء والرونق إلا عندما تستند الإدارة في تدخلها على نص تشريعي خاص، وأسس مجلس الدولة قراره على أن حماية الرواء لا تدخل ضمن الاختصاصات الممنوحة لسلطات الضبط الإداري العام بهدف المحافظة على النظام العام.

---

[1] - بن السيحمو محمد المهدي بن مولاي مبارك، حاج أحمد عبد الله، الضبط الإداري البلدي والحسبة ودورهما في حفظ الصحة العامة وجمال المدينة - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون البلدية الجزائري محلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد 09 ، جامعة عباس لغرور، خنشلة، الجزائر، 2018، ص 101.

[2] - عدنان الزنكة، المرجع السابق، ص 57.

[3] - إسماعيل نجم الدين زنكنه، القانون الإداري البيئي، دراسة تحليلية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2012، ص 293.

[4] - محمد محمد مصطفي الوكيل، المرجع السابق، ص76.

[5] - محمد بن عمارة، ميلود دريسي، المرجع السابق، ص 299.

أما المرحلة الثانية: فهي المرحلة التي عدل فيها المجلس عن موقفه الرافض، واعتبر أن جمال الرونق والرواء يندرج ضمن مضمون النظام العام، وبالتالي يعد هدفا من أهداف الضبط الإداري، وهذا في قضية اتحاد نقابات مطابع باريس بتاريخ 23 أكتوبر 1936(*Union parisienne des syndicats de l ' imprimerie*).[1] حيث أن مجلس الدولة رفض الطعن واعتبر المظهر الجمالي من بين أهداف الضبط الإداري. وبالتالي فقد توسع مجلس الدولة الفرنسي في مفهوم " حسن النظام" ليشمل فكرة النظام العام العمراني أو الجمالي.[2] وفي حكم آخر لمجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 26 جوان 1985 في قضية (*le syndicat des copropriétaires de la Résidence Trouz - Ar – Moor*)، قرر رفض الطعن المقدم من أجل إلغاء قرار الجهة الإدارية المتعلق برفض منح رخصة البناء طبقا لنص المادة R111-52. من قانون التعمير الفرنسي، والتي تحيز للإدارة حق رفض منح رخصة البناء إذا كان وضع المباني أو أحجامها أو مظهرها الخارجي، يمس أو يضر بطابع أو مصالح الأماكن والمواقع المجاورة والمناظر الطبيعية، وبالتالي فالإدارة قد قدرت أن منح الترخيص بالبناء من شأنه أن يمس بالمظهر العام الجمالي.[3]

غير أن مجلس الدولة الفرنسي عدل من رأيه، وضيق من نطاق تدخل السلطات الإدارية لحماية النظام العام العمراني، رافضا السماح لسلطات الضبط الإداري بالتدخل بصورة مجردة لحماية النظام الجمالي بصورة مستقلة لا علاقة لها بالعناصر التقليدية لفكرة النظام العام، بمعنى أنه لا يجوز للإدارة حماية النظام الجمالي بصفة بحتة وبمعزل عن حماية النظام العام في عناصره التقليدية وهي الأمن والسكينة والصحة العامة، ولا في حالة عدم وجود نص ضبطي خاص وصريح بذلك، حيث قضى المجلس في قراره بتاريخ 08 فيفري 1972 في قضية (*Chamber syndicale des Enterprise artisanales du batiment de la Haut – Garonne*) ، بعدم مشروعية قرار عمدة مدينة تولوز" *TOULOUSE*" والذي اشترط بعض العناصر الجمالية الخاصة بالجبانات" المقابر والأضرحة" من أجل توفير المظهر الجمالي، كنوع البلاط والمواد المستعملة و الآثار التذكارية وعناصر الديكورات والزخارف والأشكال والإطارات الهندسية وارتفاع القبر، وأخضع العمدة كل هذه العناصر الإلزامية الترخيص الإداري السابق بهدف التأكد من مدى الالتزام بتحقيق المفهوم الجمالي لهذه العناصر، حيث اعتبر المجلس أن مثل هذه القرارات الضبطية تنطوي على تجاوز صريح للسلطة وبالتالي لا تتعلق بالحفاظ على النظام العام الجمالي.[4]

أما بالنسبة للقضاء المصري فقر ساير نضيره الفرنسي، وتوسع في مفهوم فكرة النظام العام، واعترف للإدارة بحق التدخل لحماية النظام العام العمراني والجمالي باعتباره هدف حديث و مستقل عن باقي العناصر التقليدية. ومن أشهر الأحكام القضائية ما قضت به محكمة القضاء الإداري المصري بتاريخ 26 ابريل 1949 بمشروعة القرار عن الجهات الإدارية والمتعلق برفض فتح محل تجاري في منطقة معينة لمخالفته المشروع التنسيقي الذي أعدته الجهات الإدارية المختصة، وحيث قضت المحكمة صراحة أن

---

[1] - *C.E. 23 October 1936, Union parisienne des syndicates de l'imprimerie, Rec, p.966.*

[2] - وتتلخص وقائعها في أن السلطات الإدارية أصدرت لائحة ضبطية تمنع بموجبها توزيع النشارات والإعلانات على المارة في الطرق العامة وشوارع وأحياء المدينة. لأن إلقاءها بعد قراءتها يشوه المنظر الجمالي للشوارع والأحياء، فقام اتحاد نقابات مطابع باريس بالملعن في صحة هذا القرار لتجاوز السلطة، على أساس أن السلطة الإدارية تبتغي تحقيق أهداف غير تلك المحدد لها قانون، ما يعني خروجها عن فكرة النظام العام بمفهومه التقليدي - حسام الدين محمد مرسي مرعي، السلطة التقديرية في مجال الضبط الإداري في الظروف العادية، المرجع السابق، ص.103.

[3] - *29 C.E 26 Juin 1985, le syndicat des copropriétaires de la Résidence Trouz- Ar- m-Moor, No 13952 recueil Lebon, P.806.*

[4] - *C, E , 8 Fév 1972 ,Chambre syndicale des Enterprise artisanales du bâtiment de la Haut – Garonne, N° 7277.A.J.D.A ,1972 p. 250.*

الإدارة " بما لها من وظيفة البوليس الإداري مكلفة بمراعاة هدوء الأحياء السكنية وصيانتها من حيث الأمن والصحة والمظهر والآداب العامة ".[1]

وبالرجوع إلى القضاء الوطني فقد أكد هذا الأخير في عديد المناسبات حق الإدارة في حماية النظام العام العمراني، ومن بين أهم قرار مجلس الدولة الجزائري، نذكر القرار الصادر بتاريخ 15 أبريل 2003 في قضية (هـ-م) ضد بلدية حاسي مسعود، وقد جاء في حيثيات المجلس:" ... حيث أنه اتضح لمجلس الدولة بعد الإطلاع على كل ما احتوى عليه ملف الدعوى والوثائق والمستندات، أنه حقيقة تحصل المستأنف على ترخيص من المستأنف عليها بوضع كشك جاهز بشرط أن يكون هذا الأخير في حالة ملائمة لا يشوه المنظر العام واحترام قواعد النظافة، حيث أن الإدارة لها سلطة الضبط الإداري والمحافظة على جمال عمران البلدية...".[2]

[1] - حسام الدين محمد مرسى مرعي، السلطة التقديرية في مجال الضبط الإداري في الظروف العادية، المرجع السابق، ص.104.

[2] - قرار مجلس الدولة رقم 03/10048، الصادر بتاريخ 15-04-2003، قضية (هـ-م) ضد بلدية حاسي مسعود، قرار مجلس الدولة رقم 03/9618، الصادر بتاريخ 25-02-2003، قضية (ع، ب) ضد بلدية حاسي مسعود، موسوعة الاجتهاد القضائي الجزائري، قرارات المحكمة العليا ومجلس الدولة، العدد 04، لسنة 2006.

المبحث الثالث: الدفع بالنظام العام دفع بعدم القبول.

إن الدفع بعدم القبول هو دفع له طبيعة خاصة تختلف عن طبيعة الدفوع الموضوعية والدفوع الشكلية تجعله يحتل مركزا وسطا بينها، فهو في بعض الأحوال يتفق مع الدفوع الموضوعية فيما يختلف فيه مع الدفوع الشكلية ، وفي أحوال أخرى يتفق مع الدفوع الشكلية فيما يختلف فيه مع الدفوع الموضوعية، ولهذا ذهبت الآراء في تحديد أحكامه إلى مذاهب شتى، وشاع الاضطراب في دراسته وقد حصرناه ، كما سنرى، في الأحوال التي ينكر فيها الخصم صفة خصمه وينفي صفته هو في إقامة الدعوى عليه، أو ينكر وجود دعوى لدى خصمه لسبق صدور حكم في موضوعها او لسبق الصلح فيها او لسبق الاتفاق على عرض النزاع على محكمين او لرفعها في غير المناسبة أو الميعاد المحدد لذلك كرفعها قبل او بعد هذا الميعاد او تلك المناسبة، أو لعدم رفعها على كل من يوجب القانون اختصامهم أو لعدم رفعها من جانب أشخاص معينين يوجب القانون رفعها من جانبهم ، أو لعدم اتخاذ الإجراء الذي يوجبه القانون قبل رفع الدعوى.[1]

المطلب الأول: مدلول الدفع بعدم القبول.

لمزيد من التفصيل نتطرق لمدلول هذا الدفع في جانبه اللغوي(الفرع الأول)، ثم الفقهي(الفرع الثاني)، ثم بعد ذلك نتكلم عن مدلول هذا الدفع في جانبه التشريعي أو القانوني(الفرع الثالث).

الفرع الأول: مدلول الدفع بعدم قبول الدعوى في اللغة.

ينظر إلى تعريف الدفع بعدم قبول الدعوى من الجانب اللغوي إلى اعتبارين : الأول : باعتباره مركبا يتكون من أربع كلمات، والثاني: باعتباره لقبا على هذا الموضوع . وبيان تعريفها على هذين الاعتبارين على النحو التالي:

الدفع: هو من الفعل الثلاثي ؛ لأن " الدال ، الفاء ، العين ": أصل واحد مشهور، يدل على تنحية الشيء . قال دفعت الشيء أدفعه دفعا، ودافع الله عنه السوء دفاعا.[2]. والدفع :الإزالة بقوة.[3] تقول دفعه دفعا نحيته فاندفع، ودفعت عنه الأذى ودافعت عنه مثل: حاججت. ودافعتة عن حقه ماطلته، وتدافع القوم دفع بعضهم بعضا، ودفعت القول رددته بالحجة.[4] ودفعه، وإليه، وعنه الأذى كمنع دفعا ومدفعا.[5]

2- بعدم:" بفتح العين والدال ، ضد الوجود ... العَدَمُ والعُدْمُ والعُدُمُ فِقدان الشيءِ وذهابهُ ".[6]

3- قبول: مصدر للفعل قبل يقال قبلت الشيء قبولا وقبولا إذا رضيته.[7]

- الدعوى: اسم لما يدعيه، ولها معان عديدة، منها الزعم، تقول ادعيت الشيء: زعمه لي حقا كان أو باطلا.[8] ودعوى فلان كذا قوله، وادعيت الشيء تمنيته، وادعيته طلبته لنفسي، والاسم (الدعوى)، وقد

---

[1] - أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، القسم الأول، المرجع السابق، ص 17.

[2] - ابن فارس، أحمد، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون،(دار الجيل، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1411هـ)، ج2، ص288، باب الدال والفاء وما يثلثهما ، مادة (دفع).

[3] - ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، ج 8، ص87، باب العين فصل الدال، مادة (دفع).

[4] - الفيومي، أحمد بن محمد، المصباح المنير، ص 199، كتاب الدال، مادة (دفع).

[5] - الفيروز أبادي، محمد بن يعقوب،القاموس المحيط، ص 924، باب العين فصل (الدال).

[6] - ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، ج 11، ص 540، باب اللام فصل القاف ، مادة (قبل).

[7] - ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، ج 12، ص 392، باب الميم فصل العين، مادة (عدم).

[8] - ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، ج 14، ص 257، 261، باب الياء فصل الدال، مادة (دعا).

يتضمن الادعاء معنى الإخبار. يقال فلان يدعي بكرم فعاله أي يخبر بذلك عن نفسه. وجمع الدعوى دعاوى ودعاوي بكسر الواو وفتحها.[1]

والمفهوم اللغوي للدفع بعدم القبول؛ يوضح أن ثمة شيء ما يمنع من قبول طلب صاحبها.

الفرع الثاني: المدلول الفقهي للدفع بعد القبول.

الملاحظ بخصوص مدلول الدفع بعدم القبول، أن جل التعريفات وإن اختلفت بصددها إلا أن الاختلاف كامن في الصياغة أكثر منه في المضمون، فالإطار العام لهذا الدفع يكاد يكون مجمعا عليه من قبل الفقهاء، من كونها وسيلة دفاع سلبية محضة بحيث يقتصر فيها دور المدعى عليه في المحافظة على الأصل الظاهر، وهو براءة ذمته مما يسنده إليه المدعي.

ومن هذه التعريفات، أن الدفع بعدم قبول الدعوى هو دفع لا يوجه إلى إجراءات الدعوي كما هو الحال في الدفوع الشكلية، أو إلى الحق المدعى به، كما هو الحال في الدفوع الموضوعية، وإنما هو دفع يوجه إلى حق الخصم في رفع الدعوى ويهدف إلى منع المحكمة من النظر فيها، كالدفع بعدم قبول الدعوى الانتفاء المصلحة، أو لرفعها من غير ذي صفة، أو لرفعها بعد فوات الميعاد أو لسبق الفصل فيه.[2]

كما تعرف بأنها الدفوع التي ينازع بها المدعى عليه في أن للمدعي حقا في رفع دعواه، أو في توافر الشروط التي يتطلبها القانون لقبول الدعوى.[3]

وذهب اتجاه آخر،[4] أن الدفع بعدم القبول هو الدفع الذي لا يوجه إلى الحق الموضوعي لينفيه، ولا لأعمال الدعوى لإثبات بطلانها أو عدم مراعاتها المقتضياتها، وإنما يوجه إلى الحق في الدعوى، للتوصل إلى عدم قبولها أو عدم سماعها قبل الفصل في الموضوع، لتخلف شرط من شروط قيام الحق فيها.

وعرفه بعض الشراح،[5] بأنها الدفوع التي تتعلق بسلطة الالتجاء إلى القضاء والشروط اللازمة لذلك، أي تتعلق بالحق في استعمال الدعوى ونظرها أمام المحكمة وذلك دون التعرض للموضوع أو مدى أحقية المدعي في طلبه.

نحن نميل إلى التعريف الأخير كونه يمتاز نوعا ما بالشمولية، كما يحمل في طياته أهم عناصر هذا الدفع، وهو أقرب ما يكون للتعريف الجامع والمانع.

وبعد استعراض أهم ما قيل بصدد تعريف الدفع بعدم القبول، نجد أنها تتفق على الخطوط العريضة والملامح العامة وإن اختلفت الصياغة في هذه التعريفات.

---

[1] - الفيومي، أحمد بن محمد، المصباح المنير، المرجع السابق، ص 195، كتاب الدال، مادة (دعوت).

[2] - أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1981، ص 232.

[3] - عبد المنعم الشرقاوي، د.فتحي والي، المرافعات المدنية والتجارية، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1977، ص 124.

[4] - محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، ج 2، دار الفكر العربي، القاهرة، بلا سنة نشر، ص 274.

[5] - أمينة النمر، أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، بلا سنة نشر، ص 137. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1988، ص 19.

الفرع الثالث: المدلول التشريعي للدفع بعد القبول.

أعرض قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري عن تعريف الدفع بعدم قبول الدعوى تاركا ذلك لاجتهاد الفقه والقضاء، وعكس ذلك، فقد تطرق المشرع الجزائري لمدلول الدفع بعدم القبول من خلال المادة 67 من قانون الإجراءات المدنية القديم والإدارية أين نص على أن:" الدفع بعدم القبول هو الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي كانعدام الصفة وانعدام المصلحة والتقادم وانقضاء الأجل المسقط وحجية الشيء المقضي فيه، وذلك دون النظر إلى موضوع النزاع".

فالدفع بعدم القبول لا يتعلق بإجراءات الدعوى أي الجانب الشكلي منها ولا يتعلق أيضا بالحق المدعى به أي الجانب الموضوعي، وإنما يتعلق بالمنازعة في حق عرضها أمام القاضي للنظر فيها، أو كما عبرت عليها المادة 67 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.بانعدام الحق في التقاضي.

-يجوز تقديم الدفع بعدم القبول في أية مرحلة كانت عليها الدعوى ولو بعد تقديم الدفع في الموضوع (المادة 68 ق.إ.م.إ).

- إذا كانت الدفع بعدم القبول متعلقا بالنظام العام، فإنه يجب على القاضي أن يثيره من تلقاء نفسه وفي أية مرحلة كانت عليها الدعوى (المادة 69 ق.إ.م.إ.).

تجدر الإشارة أن المشرع العراقي لم يشر إلى تسمية الدفع بعدم القبول في قانون المرافعات، وإنما اكتفى بالنص على صورة من صور هذا الدفع وهي حالة عدم توجه الخصومة، وهو ما يتنافى مع الأهمية التي يحتلها هذا الدفع.[1]

الفرع الرابع: المدلول القضائي للدفع بعدم القبول.

اتجه القضاء إلى تعريف الدفع بعدم القبول بأنه:" الدفع الذي لا يوجه إلى إجراءات الخصومة، ولا يوجه إلى ذات الحق المدعى به، بل يرمي إلى إنكار سلطة المدعي في استعمال الدعوى فهو يوجه إلى الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه، وما إذا كان من الجائز استعمالها، أم أن شرط الاستعمال غير جائز لعدم توافر شرط من الشروط العامة التي يتعين أن تتوافر لقبول الدعوى، أو لعدم توافر شرط من الشروط المتعلقة بذات الدعوى المرفوعة ".[2]

وقد عرفت محكمة النقض المصرية الدفع بعدم قبول الدعوى بقولها : " الدفع بعدم القبول الذي تعنيه المادة (110) مرافعات هو: الدفع الذي يرمي إلى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى، وهي الصفة والمصلحة والحق في رفع الدعوى باعتباره دفعا مستقلا عن ذات الحق الذي ترفع الدعوى بطلب تقريره ، كانعدام الحق في الدعوى أو سقوطه الانقضاء المدة المحددة في القانون لرفعها . والقاعدة الواردة بتلك المادة لا تختلط بالدفع المتعلق بشكل الإجراءات، وأن تتخذ اسم عدم القبول كما هو الحال في الدفع المطروح ؛ لأن العبرة بحقيقة الدفع ومرماه وليست بالتسمية التي تطلق عليه ".[3]

وفي تعريف آخر لها :" الدفع بعدم القبول الذي تعنيه المادة (115) مرافعات، هو الذي يرمي إلى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى وهي الصفة والمصلحة والحق في رفع الدعوى .

---

[1] - الفقرة الأولى من المادة 80، والفقرة 3 من المادة 209 من قانون المرافعات العراقي.

[2] - أبو الوفا، أحمد، التعليق نصوص قانون المرافعات ، منشأة المعارف، الإسكندرية ، مصر ، د. ط ، د.ت)، ص 469.

[3] - طعن رقم (1323) لسنة 48 جلسة 1979/5/23م، سنة 30ع 2 ص 428. خلف محمد، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض، دار الطباعة الحديثة، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 1982م، ص 610.

وعدم اختلاط ذلك بالدفوع المتعلقة بشكل الإجراءات التي تبدي قبل التكلم في الموضوع، ولا بالدفوع المتعلقة بأصل الحق المتنازع عليه".[1]

المطلب الثاني: التمييز بين الدفع بعدم القبول و باقي الدفوع.

من الواضح، مما سبق، أن الدفوع تنقسم إلى ثلاث أنواع و على القاضي أن يميز بينهم حتى يتسنى له تطبيق الأحكام المتعلقة بطبيعة الدفع المقدم، وكما سبق ذكره، فإن الدفع بعدم القبول يهدف من وراء استعماله الحصول على حكم يقضي بعدم نظر المحكمة في الطلب أو الدفع أو الطعن المقدم من الخصم إليها.

و من هذا، فإنه يجب علينا التمييز بين الدفع بعدم القبول و الدفعين السالفين الذكر من عدة نواحي نراها فيما يلي:

الفرع الأول: من حيث ميعاد تقديم الدفع.

لقد قلنا أن الدفع الشكلي يجب إبداءه قبل إبداء أي دفاع في الموضوع و إلا سقط الحق في استعماله أما الدفع الموضوعي فهو يأتي في المرتبة الثانية بعد الدفع الشكلي و قد لا توجد دفوع شكلية فتكون أول ما يبدأ به كدفع في الدعوى دفع موضوعي و المجال يبقى مفتوح إلى غاية إقفال باب المرافعة و إدخال القضية للنظر أو للمداولة، أما بالنسبة للدفع بعدم القبول فقد سكت المشرع الجزائري عن الميعاد الذي يجب أن يقدم فيه أو ترتيبه على خلاف بعض التشريعات الأخرى التي نصت صراحة على حق الخصم في التمسك بالدفوع بعدم القبول في أية مرحلة كانت عليها الدعوى.

قد لا يثور التساؤل ذاته إذا ما تعلق الأمر بدفع بعدم القبول متعلق بالنظام العام لأنه يظهر جليا أنه يمكن إبداءه في أي مرحلة تكون عليها الدعوى و باعتبار أنه توجد دفوع بعدم القبول لا تتعلق بالتزام النظام العام، فالسؤال يطرح نفسه هل يمكن إبدائها في أي مرحلة تكون عليها الدعوى؟

و نرى أنه يجب معالجة المسألة هذه في إطار المبادئ العامة للقانون و الذي توجب أنه الأصل في الأشياء هو الإباحة و ليس الحظر، و تبعا لذلك لا يمكن أن نحظر على شخص أي يستعمل حقوقه و هذا الاستعمال يجب أن يكون خاضعا لمحض إرادة صاحبه فهو الذي يختار المناسبة التي يستعمل فيها حقوقه و متى لا يستعملها فنصل إلى أنه يحق لصاحب المصلحة أن يستعمل حقه في الدفوع بعدم القبول ما دام لم ينص القانون على سقوط هذا الحق ولم يتنازل صاحبه بمحض إرادته عن هذا الحق في أي مرحلة تكون عليها الدعوى و حتى ولو لأول مرة أمام جهة الاستئناف ومنه فلا يمكن الخروج على المبدأ أو القاعدة العامة التي توجب أن يحيى الحق بالقانون و يسقط به فمادام أن القانون قد أحياه ولم يوجد نص يحد من حياته أو إجراء قد يجعل منه ساقطا فإنه يمكن أن يبدي هذا الدفع وفي أي مرحلة يشاء صاحب الحق إلا إذا قضى القانون بخلاف ذلك.

الفرع الثاني: من حيث العنصر الموجه إليه الدفع.

إن الدفع الشكلي يوجه إلى صحة المطالبة القضائية و إجراءات مباشرة الخصومة القضائية وفقا لما نص عليه القانون وإن صح التعبير فهو يوجه إلى العربة التي تحمل الإدعاء إلى ساحة القضاء و صحة الطريق الذي تسلكه ،أما الدفع الموضوعي فهو يوجه إلى موضوع الدعوى المثار من المدعي عليه بواسطة الطلب القضائي أي يوجه إلى أصل الحق.

---

[1] - طعن رقم (1435) لسنة 58 جلسة 1995/2/220م.28. الدناصوري عز الدين و حامد عكاز : التعليق على قانون المرافعات ، (طبعة على نفقتهم الخاصة، الإسكندرية ، مصر ، الطبعة العاشرة ، 2002م) ، ص 125.

أما الدفع بعدم القبول فإنه يوجه إلى شروط الحق في الدعوى وكل وسائل استعمال الحق من طلبات و دفوع وطعون،وشروط الحق في الدعوى تبنى أساسا على شرطين،وجود حق موضوعي أو مركز قانوني ووقوع إعتداء عليه مهما كانت صورته لذا فقد يوجه لرد الدعوى كونها قائمة على مصلحة محتملة أو لأن المصلحة المطلوب حمايتها غير قانونية أو يوجه كأداة لأعمال جزاء السقوط سواءا كان بعدم قبول إجراء شكلي أو ركن من أركان الحق الموضوعي.

الفرع الثالث:من حيث الهدف من الدفع في حد ذاته:

إن هدف الدفع الشكلي ينحصر أساسا في محاولة الخصم إلى عدم الوصول إلى البحث في موضوع الدعوى أي إيقاف الدعوى في مرحلتها الأولى أما الدفع الموضوعي فيهدف إلى إنكار الحق الموضوعي أو المركز القانوني وذلك سواء بسبب عدم صحة الوقائع أو لسوء تكييفها من المدعي أو لاعتبار أن الطلب ليس مؤسسا قانونا.

أما الدفع بعدم القبول فإنه يهدف إلى إنكار شروط الحماية القضائية أو إنكار شروط وجود الحق الإجرائي.

الفرع الرابع: من حيث استنفاذ المحكمة لولايتها.

إن الحكم الصادر في الدفع الشكلي لا يستنفذ ولاية المحكمة فهو من الأحكام الصادرة قبل النظر في الموضوع إذ يمكن للخصم أو المدعي أن يرفع الدعوى من جديد و أمام المحكمة ويضمنه نفس الطلبات الموضوعية دون أن يمكن أن يدفع ضده بسبق الفصل في الدعوى.

أما الدفع الموضوعي فهو دفع تستنفذ المحكمة ولايتها في الدعوى وفي حال إستئنافه فإنه ينقل النزاع برمته إلى الجهة الناظرة في الإستئناف لكي تنظر فيه على أساس ما يقدم لها من أدلة ودفوع و أوجه دفاع جديدة وما كان قد قدم من ذلك إلى محكمة الدرجة الأولى.

المطلب الثالث: مدى تعلق الدفع بعدم القبول بالنظام العام.

الدفع بعدم القبول لا يوجهه إلى إجراءات الخصومة ، ولا يوجه إلي ذات الحق المدعى به ، بل يرمي الى انكار سلطة المدعي في استعمال الدعوى، فهو يوجه الي الوسيلة التي يحمى بها صاحب الحق حقه وما اذا كان من الجائز استعمالها ، أم أن شرط الاستعمال غير جائز لعدم توافر شرط من الشروط العامة التي يتعين أن تتوافر لقبول الدعوى، أو لعدم توافر شرط خاص من الشروط المتعلقة بذات الدعوى المرفوعة.[1]

نظرا لكثرة حالات الدفع بعدم القبول فإنه لا يمكن حصرها، لذلك أوردت المادتين 67 و 69 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.بعض الحالات على سبيل المثال، غير أن المشرع فرق بين:

الفرع الأول: الدفوع بعدم القبول المتعلقة بالنظام العام.

وهي التي يجب أن يثيرها القاضي من تلقاء نفسه في أية مرحلة تكون عليها الدعوى، والمتمثلة في: عدم احترام آجال طرق الطعن أو غياب طرق الطعن، انعدام الصفة والإذن (المادة 13 فـ2 و3 ق.إ.م.إ)، أو عدم قبول الحكم للطعن لأنه ابتدائيا ونهائيا أو الجمع بين الحيازة والملكية، عدم قبول الإجراءات والعقود القضائية (عرائض ومذكرات) والوثائق والمستندات المقدمة أمام القضاء غير المحررة باللغة

[1] - أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، القسم الأول، المرجع السابق، ص 16 و 17.

العربية أو غير مصحوبة بترجمة رسمية إلى هذه اللغة (المادة 8 ف 1و 2 ق.إ.م.إ) وغيرها من الحالات الواردة في نصوص متفرقة من ق.إ.م.إ.

الفرع الثاني: الدفوع غير مرتبطة بالنظام العام.

والمتمثلة في: الدفع بانعدام المصلحة والتقادم وانقضاء الأجل المسقط وحجية الشيء المقضي فيه، فهي دفوع لا يجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه، وإنما يجوز أن يتمسك بها الأطراف في أي مرحلة كانت عليها الدعوى.

يكتسب الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول حجية نسبية فقط ، إذا لا يمنع من اللجوء إلى القضاء مجددا قصد المطالبة بنفس الحق محل الدعوى التي قضى بعد قبولها وذلك بعد توفر الشرط الذي اقتضى سابقا وكان سببا في الحكم بعدم القبول ، ولهذا فإنه يجوز بعد الحكم بعدم القبول الدعوى لانتفاء شرط المصلحة مثلا أن تقبل هذه الدعوى متى توفر هذا الشرط ، ويجوز أيضا للمدعي في دعوى الحيازة أن يجدد دعوى الحق التي سبق الحكم بعدم قبولها فور الفصل نهائيا في دعوى الحيازة واستكمال تنفيذ الحكم الذي صدر ضده ما 530 ق.إ.م.إ.

أما فيما يخص موقف المشرع المصري من هذه الدفوع ، فقد نص في المادة (115) على جواز إبداء الدفع بعدم القبول في أي مرحلة تكون عليها الدعوى لتعلقه بالنظام العام . وبتعديل المادة (3) مرافعات من القانون رقم (13) لسنة 1968م بالقانون رقم (81) لسنة 1966م، أصبح شرطا الصفة والمصلحة متعلقان بالنظام العام، وبذلك حسم المقنن المصري الخلاف الفقهي الدائر حول تعلق هذان الشرطان بالنظام العام أم لا. كما اعتبر أن المصلحة بكافة أوصافها من النظام العام، وأوجب على المحكمة أن تقضي بها من تلقاء نفسها وذلك في أي مرحلة تكون عليها الدعوى.[1]

كما أنه حسم الخلاف الفقهي الدائر حول الدفع بعدم القبول لسبق الفصل في الموضوع؛ هل يعد من النظام العام أم لا. وذلك بالنص في المادة (116 مرافعات) على تعلقه بالنظام العام بأن تقضي المحكمة في هذا الدفع من تلقاء نفسها.[2]

ولم يصل الفقه والقضاء إلى رأي موحد بشأن مسألة مدى تعلق الدفع بعدم القبول بالنظام العام،[3] حيث يرى بعضهم أنه من المستحيل وضع قاعدة عامة تنظم سائر أنواع الدفوع بعدم القبول من ناحية تعلقها بالنظام العام، ولذلك يتعين بحث كل دفع على حدة لنتبين ما إذا كان متعلق بالنظام العام أم أنه يتعلق بمصالح الخصوم.[4]

والحقيقة، أنه يمكن إعمال مثل هذه القاعدة حسب نظر بعض الباحثين في الفقه القانوني وفقا لأحد أمرين هما: [5]

الأول: في حالة وجود نص من المقنن، فهذا يقتضي بداهة أنه لا اجتهاد مع وجود النص القانوني .

الثاني: في حالة عدم وجود النص يترك الأمر لتقدير القاضي. ولكن ماهية هذا التقدير الذي يقوم القاضي في بحثه لمثل هذا الموضوع بأن الدفع بعدم القبول في حالة معينة يتعلق بالنظام العام ؛ يرجع

---

[1] - أحمد مليجي، التعليق على قانون المرافعات، ج 2، المرجع السابق، ص 1101. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 369.

[2] - علي عوض حسن، الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها، المرجع السابق، ص 14.

[3] - نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، المرجع السابق، ص 178.

[4] - محمد العشماوي وآخر، قواعد المرافعات، ج2، ص 304.

[5] - نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، المرجع السابق، ص 182 وما بعدها.

حسب رأي بعضهم إلى أن على القاضي البحث عن طوائف الحقوق أو الالتزامات التي يراها المقنن غير جديرة بالحماية القضائية، وبالتالي فالدعاوى التي يكون موضوعها المطالبة بحماية مثل هذه الحقوق تكون غير مقبولة، وعدم القبول هنا يتعلق بالنظام العام.

ومن جهة أخرى، فهناك مجموعة من القواعد القانونية لاشك في تعلقها بالنظام العام، وبالتالي فالدعاوى التي تخالف هذه القواعد تكون غير مقبولة، وعدم القبول هنا أيضا يكون متعلقا بالنظام العام . ومن ذلك القواعد المنظمة للنظام الاقتصادي العام أو القواعد المنظمة للمرفق القضائي ونظامه الأساسي. فهذه المسائل تتعلق بالنظام العام، وإذا تعلق حق الخصوم بهذه المسائل، فإن مخالفته تشكل مخالفة متعلقة بالنظام العام وتولد دفعا بعدم القبول له ذات الأهمية والآثار.

و نرى؛ أن هذا الرأي هو الأقرب إلى منطق الأمور؛ لأن القواعد المنظمة للمرفق القضائي ونظامه الأساسي تعتبر متعلقة بالنظام العام؛ لارتباطها بطريقة أو أخرى بوصف من أوصاف المصلحة وهو المصلحة القانونية، كما أن الأمر في النهاية يعود لتقدير القاضي الذي يحدد أن قاعدة ما تمس الأحكام الأساسية للنظام القضائي أم لا. وهو أيضا الذي يحدد طوائف الحقوق والالتزامات التي نزع عنها المقنن الحماية القضائية، فهو يحاول تطبيق القانون بشتى صوره؛ بغية تحقيق حكم القانون بين الخصوم. ويستعين القاضي في بغية تحقيق ذلك بملكته القانونية وثقافته الفكرية والاجتماعية؛ ولكن بطريق الموازنة بين نص القانون والمسائل التي تصادفه تحقيقا للعدالة والمحافظة على النظام العام.

المبحث الرابع: الدفع بالنظام العام دفع ذو طبيعة خاصة.

وأمام صعوبة وضع تعريف فقهي محدد لفكرة الدفع بالنظام العام ذهب بعض الفقهاء إلى أنه لا مناص من الاعتماد على أقرب التعريفات إلى محتوى فكرة الدفع بالنظام العام ذاتها، وهو التعريف الذي يستند إلى النظام القانوني للدفع المتعلقة بالنظام العام أي إلى مجموعة الخصائص المشتركة التي تجمع هذه الدفوع في طائفة واحدة.[1]

وهذا التعريف قال به الفقيهان الفرنسيان جان ماري أوبى (*Jean-marie Auby*)، و روان دراجو (*Rolland Drago*)، في مؤلفهما مطول القضاء الإداري. ومن وجهة نظرهما، فإن الدفع التعلق بالنظام العام هو الدفع الذي يمكن أن يثار للمرة الأولى أمام القاضي حتى ولو لم يقدم بمناسبة الطلب الأصلي، ويمكن تقديمه دون التقيد بمواعيد، كما يمكن أن يثار للمرة الأولى أمام قاضي الاستئناف وقاضي النقض.[2]

وفقا للتعريف السابق، فإن للدفع بالنظام العام في ميدان القضاء الإداري خصائص معينة يمكن بسهولة اعتمادها لتمييز مثل هذه الدفوع في القضاء المدني والجنائى كذلك. ومن أهم هذه الخصائص:

- الدفع بالنظام العام يمكن إثارته في كافة أنواع القضايا، في أية مرحلة تكون عليها الدعوى، ودون التقيد بميعاد معين.
- الدفع بالنظام العام يلتزم القاضي بالتصدي له من تلقاء نفسه.
- الدفع بالنظام العام لا يمكن لأطراف الدعوى العدول عنه.

وهكذا، نظرا لاستحالة وضع تعريف حاسم للدفوع المتعلقة بالنظام العام، فلا بد من التعرف على هذه الدفوع من خلال ما يجمع بينها من خصائص مشتركة. ومن جماع هذه الخصائص يتكون النظام القانوني للدفوع المتعلقة بالنظام العام. وهذا ما سوف نعرض له.

المطلب الأول: النظام القانوني للدفوع المتعلقة بالنظام العام (خصائص الدفع بالنظام العام).

انتهينا فيما سبق، إلى صعوبة وضع تعريف عام للدفوع المتعلقة بالنظام العام، وإلى أنه لا سبيل إلى التعرف على مثل هذه الدفوع إلا من خلال ما يجمع بينها من خصائص مشتركة. ونعرض فيها إلى هذه الخصائص في ثلاث نقاط متتالية على النحو التالي:

الفرع الأول: الدفع بالنظام العام يمكن إثارته في جميع مراحل الدعوى.

تتمثل الخاصية الأولى من الخصائص المشتركة للدفوع المتعلقة بالنظام العام في أنها يمكن إثارتها سواء بواسطة أطراف الدعوى أو بوساطة القاضي المختص بنظرها، دون التقيد بالمواعيد الإجرائية لتقديم الدفوع في الفنية، وفي أية مرحلة تكون عليها الدعوى، بما في ذلك مرحلتي الاستئناف والنقض.

---

[1] - *Thierry Di Manno, le conseil constitutionnel et les Moyens.... Op-cit, P.55.*

[2] - *"Un Moyen qui peut être soulevé pour la première fois devant le Juge alors qu'il ne l'a pas été à l'occasion du recours administratif préalable, qui peut être présenté hors du délai, ou qui peut être, pour la première fois présenté devant le Juge d'appel ou de cassation".*

(جان ماري أربي ورولان دراجو، مطول القضاء الإداري، المرجع السابق، فقرة 1136، ص 241.

وتتمتع هذه الخاصية من خصائص الدفع المتعلقة بالنظام العام بقبول تام من جانب الفقهاء،[1] كما أنها تلقى قبولا حسنا من جانب جهة القضاء العادى،[2] وجهة القضاء الإداري.[3]

الفرع الثاني: الدفع بالنظام العام لا يمكن لأطراف الدعوى العدول عنه.

تتميز الدفوع المتعلقة بالنظام العام كذلك بأنها لا يمكن التنازل عنها صراحة أو ضمنا بواسطة أطراف الدعوى. وتحظى هذه الخاصية من خصائص الدفع المتعلق بالنظام العام بقبول تام من جانب غالبية الفقهاء في مجال الإجراءات أمام القضاء المدني[4] والجنائى[5] والإداري.[6]

وفي مجال الإجراءات أمام القضاء الإدارى يظهر القاضي الإداري درجة عالية من التشدد في التمسك بهذه الخاصية من خصائص الدفوع المتعلقة بالنظام العام،[7] فقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي في أحكامه على التذكير بتعلق الدفع بالنظام العام قبل أن يقضى بعدم ترتيب أية نتائج على تنازل المتقاضين عنه صراحة أو ضمنا.[8]

ومع ذلك فقد لاحظ بعض فقهاء القانون الإداري الفرنسي أن عدم إمكانية التنازل عن الدفوع المتعلقة بالنظام العام صراحة أو ضمنا تمثل في ذاتها استثناء تبرره فكرة النظام العام على مبدأ قبول القاضي الإداري لانقضاء الحق في الدعوى بإرادة الخصوم، كما لو تنازل المدعى بإرادته المنفردة عن دعواه أو سلم المدعى عليه بها، أو كما لو اتفق الأطراف على انقضاء الدعوى على أثر صلح يتضمن تنازلات متبادلة.[9]

وهناك خاصية مهمة يجب تناولها بصفة مستقلة لزيادة التفصيل فيها، وهي التزام القاضي بإثارته من تلقاء نفسه.

المطلب الثاني: التزام القاضي حيال الدفع بالنظام العام وشروط إعماله.

أما الخصيصة الثالثة من خصائص الدفوع المتعلقة بالنظام العام، فتتمثل في أنها من الدفوع التي ينبغي على القاضي إثارتها من تلقاء نفسه. في أية مرحلة من مراحل التقاضى. حتى لو لم يثرها الطرف صاحب المصلحة في ذلك، أو أعلن تنازله عنها صراحة أو ضمنا.

الفرع الأول: الدفع بالنظام العام يلتزم القاضي بإثارته من تلقاء نفسه.

من المبادئ التقليدية المسلم بها في مجال الإجراءات أمام القضاء أن الخصومة ملك الخصوم، حيث لا يعمل القاضي من تلقاء نفسه (*D'office*) - من حيث المبدأ - وإنما بناء على طلب من صاحب المصلحة، و يتحدد نطاق القضية بالمطالبة الفضائية (*la demande en justice*) التي تبدأ بها الخصومة،

---

[1] - كريستيان دييوى، الدفوع المتعلقة بالنظام العام في الإجراءات الإدارية القضائية، المرجع السابق، ص 417.

[2] - حكم الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية الصادرة في 5 فبراير 1971، مجموعة أحكام النقض المدني، رقم 93، ص 67، وحكم الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية الصادر في 29 ديسمبر 1971، مجموعة أحكام النقض الجنائي، رقم 371، ص 931.

[3] - حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 21 مايو 1982، في قضية ١٩٨٢ في قضية (*Commune de Compiegne*)، مجموعة أحكام مجلس الدولة، 1982، ص 185.

[4] - *GUINCHARD et VINCENT, procédure civile, 1981, No 127.*

[5] - *André MERLF et Roger VITU, traité du droit criminel, paris. Cujas, 1967, No 1060.*

[6] - *HEURTE, la Notion d'ordre public dans la procedure administrative, R.D.P. 1953. P. 615.*

[7] - كريستيان دييوى، الدفوع المتعلقة بالنظام العام في الإجراءات الإدارية القضائية، المرجع السابق، ص 423 وما بعدها.

[8] - حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في أول أكتوبر 1976 في قضية (*Dellouche*) ، مجلة القانون العام (*R.D.P*)، 1977، ص 242.

[9] - عيد أحمد الغفلول، المرجع السابق، ص 22.

وتسمى هذه المطالبة كذلك الطلب الأصلي (*la demande principale*) الذي يشتمل على عناصر الدعوى وهى عبارة عن أشخاص الدعوى ومحلها وسببها.

وتدور الخصومة حول هذه العناصر دون غيرها، وإن كان مبدأ الاقتصاد في الخصومة، والرغبة في تصفية النزاعات المرتبطة بالنزاع الأصلي أو المتفرعة عنه قد يدفع المشرعين إلى إجازة تقديم طلبات جديدة في حالات معينة. وهكذا فإن نطاق القضية قد يحدده ليس فقط الطلب الأصلي، ولكن كذلك الطلبات الجديدة التي قد يسمح المشرع بتقديمها، ويطلق عليها الطلبات العارضة (*les demandes incidentes*). وفي جميع الحالات فإن الأطراف الخصومة وحدهم التقدم بما لديهم من طلبات ودفوع وأدلة لكي يحققها القاضي.[1]

ويترتب على ذلك التزام القاضي بما قدمه الخصوم من طلبات أصلية وعارضة؛ فعليه أن يرد عليها، فيقبل ما يراه جديرا بالقبول، ويرفض ما يراه جديرا بالرفض، وما عليه إلا بيان ذلك في أسباب حكمه. كما لا ينبغي

على القاضي تغيير مضمون هذه الطلبات والدفوع، أو استحداث طلبات جديدة لم يطرحها الخصوم. وبصورة عامة لا يمكن للقاضي أن يغير في السبب الذي قامت عليه الدعوى، أو في محلها، أو أن يفصل فيها في مواجهة شخص لم يختصم فيها. ومن خلال ذلك نشأت في فقه قانون المرافعات العام قاعدة مؤداها أن ليس للقاضي أن يحكم بما لم يطلبه الخصم أو بأكثر منه "*le juge ne peut statuer ultra-petita*"، وإلا كان متجاوزا الحدود وظيفته الفضائية .[2]

وتتمتع هذه القاعدة بقبول حسن من جانب الفقه والقضاء في ميادين الإجراءات أمام القضاء المدني،[3] والقضاء الجنائي،[4] و القضاء الإداري.[5]

ومع ذلك فإن تلك القاعدة يدخل عليها استثناء هام يتمثل في الدفوع المتعلقة بالنظام العام، والتي ينبغي على القاضي أن يتصدى لإثارتها من تلقاء نفسه، في أية مرحلة تكون عليها الدعوى (أثناء تداول الدعوى الأصلية، وفي مرحلتي الاستئناف والنقض). حتى لو لم يتمسك بها الخصوم، أو أعلن الخصم المعنى بها تنازله الصريح عن التمسك بها، وذلك استنادا إلى ضرورة احتياط القاضي لمقتضيات النظام العام أثناء النظر في الدعوى المعروضة عليه. ويمثل ذلك استثناء واضحا على مبدأ التزام القاضي بإطار الخصومة المعروضة عليه كما مرره أطرافها. وهو استثناء مقبول بصورة عامة لدى الفقه وجهات القضاء المدني والجنائى والإدارى.[6]

والواقع أن التزام القاضي بإثارة الدفوع المتعلقة بالنظام العام يبدو أمرا منطقيا، خصوصا ونحن نعلم أن من أهم خصائص هذا النوع من الدفوع أن أطراف الدعوى لا يستطيعون التنازل عن التمسك بها.

---

[1] - وجدى راغب فهمى، مبادئ القضاء المدني، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 1986، ص 399 وما بعدها،وص 305 وما بعدها.

[2] - *Jean-marie AUBY, l'ultra petita dans la procédure administrative contentieuse, mélanges Marcel WALINE, paris, 1974, pp. 267 et ss.*

[3] - *VINENT et GUINCHARD,procedure civile, 1981, p. 401.*

[4] - *MERL et VITU', traité du droit criminel, paris, Cujas 1967, nos 51- 52.*

[5] - *J.P. JACQUÉ, les moyens d'ordre public dans le contentieux en France, mélanges stassinopoulos, paris. pleine Juridiction L.G.D.J, 1974 P. 241.*

[6] - كريستيان ديبوى، الدفوع المتعلقة بالنظام العام في الإجراءات الإدارية القضائية، المرجع السابق، ص 415.

-وكذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 23 يناير 1953 في قضية *Goura-Joux*، مجموعة أحكام المجلس 1953، ص 31، وحكمه الصادر في 31 يناير 1964 في قضية *Société Nobel – Bozel*، مجموعة أحكام المجلس، 1964، ص312، وحكمه الصادر في 6 يناير 1976 في قضية (*Union C.F.D.T-C.F.G.T*)، مجموعة أحكام المجلس 1976، ص 88.

فإذا كان هذا هو حال الخصوم فليس من المعقول تخيير القاضي في أن يتصدى أو لا يتصدى لإثارة هذه الدفوع من تلقاء نفسه، ولاسيما في ظل غلبة الطابع التحقيقي أو الاستقصائي(*le caractere inquisitoire*) على الإجراءات أمام بعض جهات القضاء كجهة القضاء الإداري.

ولذلك فإن تصدى القاضي إثارة الدفوع المتعلقة بالنظام العام بمثل التزاما بالنسبة له. ومع ذلك فإن وفاء القاضي بهذا الالتزام يخضع لشروط محددة؛ حيث لا ينبغي عليه أن يتصدى لإثارة هذا النوع من الدفوع إلا إذا اتصلت بالنزاع العروض عليه، وكانت ذا أثر عام في الفصل فيه.

ونعرض فيما يلي لمضمون التزام القاضي بإثارة الدفوع المتعلقة بالنظام العام، وللشروط الواجب توافرها لوفائه بهذا الالتزام، وذلك في فرعين مستقلين على النحو التالي:

الفرع الثاني: مضمون التزام القاضي بإثارة الدفوع المتعلقة بالنظام العام.

كان الخلاف قد دب بين فقهاء قانون المرافعات المدنية والتجارية الفرنسيين في بداية الخمسينيات من القرن العشرين حول تكييف تصدي القاضي المدني لإثارة الدفوع المتعلقة النظام العام أثناء مرحلة نظر الدعوى، وما إذا كان هذا الأمر يمثل التزاما بالنسبة له أم أنه مجرد رخصة، وذلك على الرغم من اتفاق غالبية الفقهاء على أهمية إثارة الدفوع المتعلقة بالنظام العام.[1]

وتعود أسباب هذا الخلاف الفقهي إلى أنه توجد - إلى جانب الدفوع المتعة بالنظام العام- طائفة الدفوع القانونية الخالصة (*les moyens de pur droit*)، والتي عرفتها الدائرة الثانية المدنية بمحكمة النقض الفرنسية[2]:" بأنها تلك التي لا تفرض على القاضي بحث أية واقعة مادية لم تتم إثارتها أمام قاضي الموضوع".

ويعني ذلك من وجهة نظر المحكمة؛ ضرورة اتصال الدفع القانوني الخالص بموضوع الدعوى التي ينظرها القاضي.

وقد ذهب جانب من الفقه، إلى أن الدفع القانوني الخالص - وعلى العكس من الدفع التعلق بالنظام العام – يمنح القاضي مجرد رخصة لإثارته من تلقاء نفسه".[3] وذهب جانب آخر راجح في الفقه إلى أن القاضي يلتزم بضرورة إثارة الدفوع القانونية الخالصة، وذلك استنادا إلى المادة الثانية عشرة من قانون المرافعات المدنية التي تنص على أنه:" ينبغي على القاضي الفصل في النزاع المعروض عليه طبقا لقواعد القانون التي تحكمه".[4]

وهكذا، يبدو أن القاضي المدني يلتزم قانونا بالتصدي لإثارة الدفوع القانونية الخالصة التي لم يثرها الخصوم في الدعوى، وإلا فإن قضاءه يكون قد انتهك القانون أو أخطأ في تطبيقه، وهذا ما أكدته الدائرة الأولى المدنية لمحكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 19مارس 1985.[5]والتي ساوت فيه بين الدفوع المتعلقة النظام العام والدفوع القانونية الخالصة من حيث التزام القاضي بإثارتها والتصدي لها من تلقاء نفسه إذا غفل عنها أو أهملها الخصوم.[6]

---

[1] - *P. MALAURIE, l'ordre public et l'office du Juge, D. 1956. J, PP. 517 et ss.*

[2] - Cassation civile, 2eme chambre, 6 février 1975, bulletin civil. 2, No 37. p .31.

[3] - J. MONESTIER, le moyen d'ordre public, thèse, Toulouse, 1965, P.207.

[4] -"le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables".

[5] - *Cassation civile, lere chambre, 19 mars 1985, J.C.P. 1985, 4, P. 197.*

[6]- عيد أحمد الغفلول، المرجع السابق، ص 27.

ولعل هذا ما دعا بعض الفقهاء الفرنسيين إلى القول بأنه لا توجد اختلافات جوهرية بين النظام القانوني للدفع التعلق بالنظام العام والدفع القانوني الخالص؛ فكلاهما يهدف إلى ضمان التطبيق الجيد لقواعد القانون.[1]

ومع ذلك بوجد اختلاف جوهري وطبيعي أيضا بين الدفع المتعلق بالنظام العام والدفع القانوني الخالص. ويتمثل هذا الاختلاف في أن الدفع المتعلق بالنظام العام لا يمكن لأطراف الدعوى العدول عنه، في حين يمكنهم العدول عن الدفع القانوني الخالص. ويوجد اتفاق بين غالبية فقهاء قانون المرافعات المدنية الفرنسيين على قبول هذا الفارق بين الدفعين، إلا فئة بسيطة منهم ترى أنه إذا كان من الواجب على القاضي أن يبحث عن حل قانوني للنزاع المعروض عليه، ولذلك فهو يتصدى لإثارة الدفوع المتعلقة النظام العام والدفوع القانونية الخالصة، فإنه من غير المقبول أن يعدل الخصوم عن الحل الذي انتهى إليه القاضي.[2]

وعلى الرغم من الانقسامات التي أصابت فقه قانون المرافعات المدنية الفرنسي، فإن هناك شبه اتفاق على التزام القاضي المدني بإثارة الدفوع المتعلقة بالنظام العام في القضية المعروضة عليه.

أما في مجال القضاء الإداري، فلم يتردد الفقه في التأكيد على التزام القاضي الإداري بإثارة الدفوع المتعلقة بالنظام العام. وعلى حد قول أحد الفقهاء فإن الدفع المتعلق بالنظام العام يفرض نفسه على القاضي: فهذا الأخير لا يمكنه اعتبار هذا النوع من الدفوع بمثابة سلاح يزيد به من سلطانه ويدخل استخدامه في مجال سلطته في التقدير، ولكن ينبغي عليه فحص مثل هذه الدفوع حتى في غياب النص على ذلك، حيث اختصاصه بذلك هو من قبيل الاختصاص المقيد. ولا ينبغي عليه بحال من الأحوال العدول عن التصدي له.[3]

كما ذهب فقيه آخر إلى القول بأن التزام القاضي الإداري بالتصدي لإثارة الدفوع المتعلقة بالنظام العام يعد أحد المبادئ العامة في الإجراءات أمام القضاء الإداري.[4]

وعلاوة على ذلك، فإن قضاء مجلس الدولة الفرنسي يظهر بوضوح أن تصدي القاضي الإداري من تلقاء نفسه لإثارة الدفوع المتعلقة بالنظام يمثل التزاما بالنسبة له. وغالبا ما يذكر مجلس الدولة المحاكم الإدارية بهذا الالتزام، كما يلتزم هو نفسه بذلك، حتى لو عدل أطراف الدعوى عن التمسك بهذا النوع من الدفوع.[5]

الفرع الثالث: الشروط الواجب توافرها لقيام القاضي بإثارة الدفوع المتعلقة بالنظام العام.

من الثابت في فقه وقضاء المرافعات بوجه عام أن التزام القاضي بإثارة الدفوع المتعلقة بالنظام العام مرهون بتوافر شرطين: الأول يتمثل في ضرورة استخلاص الدفع من ملف النزاع المعروض على القاضي. أما الثانى فهو ضرورة أن يكون الدفع حاسما في حل هذا النزاع.

---

[1] - NORMAND, jurisclasseur de procédure civile, fascicule 151, No 87.

[2] - A. DORSNER-DOLIVET et t. BONNEAU, l'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure, D. 1986. Op-Cit, P. 66.

[3] - "Il s'impose au Juge: celui-ci ne peut le considérer comme une arme à l'appui de ses pouvoirs, d'un usage abondanné à sa discrétion. Il doit examiner ce moyen en l'absence même de texte, sa compétence en est liée. Le moyen d'ordre public ne souffre aucune renonciation du Juge".

(J.PEUSH, contribution à l'étude des moyens d'ordre public devant les Juridictions administratives, Annales de la faculté de droit, Beyrouth, 1962. P.11).

[4] - B. KORNPROBST, la Notion de partie et le recours pour excès de pouvoir. L.G.D.J. 1959. P. 291.

[5] - CE-Ass. 6 juillet 1973 Michelin et Voyret, D. 1974. 370. note HamionCE ASS. 12 octobre 1979.J.C.P, 1980, 2 No 19288.

- CE 6 mai 1961, Giannotti, R.P. 346

وإذا انتاب القاضي أدنى شك في توافر أي من الشرطين السابقين. فما عليه إلا أن يمتنع عن إثارة الدفع، ومن ثم فليس له أن يزيل هذا الشك عن طريق الأمر بإجراء تحقيق إضافي مثلا.[1]

ومع ذلك ذهب بعض الفقه - في مجال الإجراءات أمام القضاء الإداري- إلى أن الشرط المتعلق بضرورة استخلاص الدفع من ملف الدعوى المعروضة على القاضي، يمكن الخروج عليه أحيانا، وذلك على أساس أن القاضي يمكن أن ينصرف من تلقاء نفسه للبحث في بعض العناصر غير الواردة صراحة في ملف الدعوى، والتي يمكن أن يبنى عليها دفعا متعلقة بالنظام العام ينوي إثارته؛ كما لو استنتج القاضي عدم نشر القرار بقانون الصادر على أساسه القرار المطعون فيه بالجريدة الرسمية.[2]

ويرى هذا الجانب من الفقه في قضاء بمجلس الدولة ما يؤيد وجهة النظر السابقة؛ ففى تقريره بمناسبة حكم المجلس الصادر في 13 يوليو 1962، في قضية المجلس الوطني لنقابة الأطباء(*le conseil National de l'Ordre des médecins*)، كان مفوض الحكومة جي بريبان(*Guy Braibant*)، قد حث المجلس على ضرورة التصدى لإثارة مسألة صدور قرار رئيس مجلس الوزراء المطعون فيه والصادر بتعديل بعض النصوص التشريعية الصادرة في تاريخ لاحق على دخول دستور 1958 في التطبيق بدون الحصول على رأي المجلس الدستوري، على خلاف ما تقضي به الفقرة الأخيرة من المادة 37 من الدستور، وهو شرط إجرائى جوهرى يتعلق بالنظام العام، ويجب على المجلس إثارته من تلقاء نفسه والحكم بعدم مشروعية القرار بقانون[3] " الصادر بالمخالفة لهذه المادة ".[4]

وقد استند مفوض الحكومة فيما ذهب إليه من تعلق الدفع بصدور القرار بقانون بدون استشارة المجلس الدستورى بالنظام العام إلى أن إثارة هذا الدفع لن يتطلب من القاضي إجراء أي تحقيق إضافي. حيث سيكفيه مجرد مراجعة أحكام المجلس الدستورى بالجريدة الرسمية لمعرفة ما إذا كان هذا الأخير قد أبدى رأيه بشأن القرار المطعون فيه من عدمه. وهذا ما فعله مجلس الدولة الذي أخذ بما ذهب إليه مفوض الحكومة، على الرغم من أن الدفع الذي أثاره لم يستنتج أصلا من أوراق الدعوى المعروضة عليه.[5]

---

[1] - كريستيان ديبوى، الدفوع المتعلقة بالنظام العام....، المرجع السابق، ص 432.

[2] - عيد أحمد الغفلول، المرجع السابق، ص 30.

Certains éléments qui ne figurent pas expressément dans le dossier pouraient être recherchés d'office par le juge pour fonder un moyen d'ordre public qu'il se propose de relever; ainsi du défaut de publication au Journal officiel du décret sur la base duquel a été prise la décision contestée.

[3] *- CE. 13 Juillet 1962, le conseil national de l'ordre de médecins, R.D.P. P 739, conclusions Guy BRAIBANT.*

[4]- تنص المادة 37 من دستور 1958، في فرنسا على أن: "المسائل التي لا تدخل في نطاق القانون تكون لها صفة لانحية. ، ويجوز تعديل النصوص ذات الشكل التشريعي التي تدخل في هذه المسائل مرسوم بعد أخذ رأى مجلس الدولة على أنه لا يجوز تعديل النصوص ذات الشكل التشريعي السفي تصدر بعد تطبيق هذا الدستور بمرسوم إلا إذا قرر المجلس الدستوري أن لها صفة لائحية بالتطبيق النص الفقرة السابقة".

[5] - كريستيان ديبوى، المرجع السابق، ص 433 و 434.

البـاب الثــانـي: الآثـــــار المترتبة على الدفع بالنظام العام بيــن التشريع الوطنـي والقانون الـــــدولـي.

تعتبر الدفوع على وجه العموم أحد أنواع الجزاءات الإجرائية في قانون المرافعات. وهي بالتالي تثير كل المشاكل الخاصة بفكرة الجزاء، هذه المشاكل تؤسس على الفلسفة التي يتعين على المشرع اعتناقها بالنسبة للجزاءات الإجرائية، حيث يحدد المشرع نظامها الإجرائي ويتعين احترام هذا النظام .كما أن آثارها يحددها المشرع لا الإرادة الفردية للخصوم. وكل ما لهذه الإرادة هو أن تتمسك بهذه الدفوع أولا تتمسك بها، حتى وإن تعلقت بالنظام العام فهي بالنسبة لصاحب الحق فيها تظل حقا إجرائيا، وقد لا يستعملها صاحبها.

ومثل هذا المسلك قد يضر بالنظام العام ولهذا، وفي هذه الحالات بالذات قام المشرع بمنح القاضي الحق في إثارة الدفع المتعلق بالنظام العام من تلقاء نفسه، رغم أن القاضي يحكمه مبدأ الحياد، وأنه يقضي في حدود ما يطلبه الخصوم، ويتعين عليه ألا يحكم بما لم يطلب منه، ولا بأكثر مما طلب منه، وإن كان له أن يقضي بأقل مما طلب منه وفقا لتقديره الخاص للمسائل المطروحة عليه.

تأسيسا على ذلك، نتناول في هذا الباب؛ الآثار المترتبة على الدفع بالنظام العام بين التشريع الوطني والقانون الدولي، حيث نستهل حديثنا في الفصل الأول عن الآثار المترتبة على الدفع بالنظام العام في التشريع الوطني، ثم بعد ذلك نتطرق للآثار المترتبة على الدفع بالنظام العام في القانون الدولي في الفصل الثاني.

الفصل الأول: الآثار المترتبة على الدفع بالنظام العام في التشريع الوطني.

تؤثر الدفوع الشكلية على الخصومة المدنية تأثيرا مباشرا، فهذه الدفوع صممت لإثارة عيوب هذه الخصومة، فمثلا الدفع ببطلان عريضة الدعوى يؤدي في حالة نجاحه إلى زوال هذه العريضة وزوال كل ما ترتب عنها من آثار، الدفع بسقوط الخصومة والدفع بتقادمها، كل هذه الدفوع تؤدي إلى زوال الخصومة بكل آثارها.

أما الدفع بعدم القبول فهو يؤدي من ناحية إلى إنكار حق المدعي في الحصول على الحماية القضائية. ويؤدي في ذات الوقت إلى زوال لخصومة المتولدة عن ممارسة الحق في اللجوء إلى القضاء. وفي حالة الدفع الشكلي والدفع بعدم القبول نجد أن الحق الموضوعي لم يمس به بطريق مباشر. أما الدفع الموضوعي فهو من حيث جوهره يتكون من عناصر موضوعية من ذات الطبيعة التي يتكون منها الحق الموضوعي، ويجد نظامه القانوني في النظم المتعلقة بأصل الحق، وبالتالي فتأثيره مباشر في كلا من الحق الموضوعي والخصومة الإجرائية.[1]

إلا أن تركيزنا في هذه الدراسة سوف ينصب على ما يجمع جل هذه الدفوع، وهي مسألة النظام العام والآثار المترتبة على مخالفة الدفوع المتعلقة بها، وهذا ما يجرنا لتضمين هذا الفصل الذي سوف نتكلم فيه عن الآثار المترتبة على الدفع بالنظام العام في التشريع الوطني من خلال ثلاثة مباحث، تناولنا فيه تبعا عدم الاختصاص(المبحث الأول)، البطلان(المبحث الثاني)، عدم دستورية القوانين (المبحث الثالث).

[1] - نبيل اسماعيل عمر، قانون أصول المحاكمات المدنية، المرجع السابق، ص 343 و 344.

المبحث الأول: عدم الاختصاص.

مع التطور التاريخي أصبح لمرفق القضاء ضرورة لوجوده من أجل حماية الحقوق والحريات للفصل ما بين المتخاصمين ومنعهم من اقتصاص حقهم بأنفسهم، فالقضاء يختص دون غيره من سلطات الدولة بالفصل في المنازعات، فقد حدد الدستور الجزائري وظيفة السلطة القضائية المتمثلة في حماية أفراد المجتمع وصون حقوقهم وحرياتهم.

عند دراسة جزاء عدم الاختصاص القضائي، لابد من الإشارة إلى موضوع وحدة الجهات القضائية وتعددها، فمن الأنظمة القضائية ما يعهد لجهة قضائية واحدة بالنظر في كافة المنازعات سواء الجنائية أو المدنية أو الإدارية، فتكون جميع المحاكم وجهات القضاء تخضع لرقابة جهة عليا واحدة، وهناك من الأنظمة من تأخذ بازدواجية الجهات القضائية.

هذا ما سوف نتطرق له بشيء من التفصيل بعد التعريج على مدلول فكرة الاختصاص القضائي و أهمية نظرية الاختصاص وحدودها، ومعايير توزيع الاختصاص على مختلف الجهات القضائية.

المطلب الأول: مدلول الاختصاص القضائي.

لتحديد مدلول الاختصاص القضائي بشكل كامل توجب علينا التطرق أولا لتحديد مدلول الاختصاص لغة واصطلاحا، بعدها نتطرق لتحديد مدلول القضاء لغة واصطلاحا، لنصل في الأخير إلى مدلول مركب للاختصاص القضائي.

الفرع الأول: مدلول الاختصاص.

أولا- مدلول الاختصاص في اللغة.

التخصيص، والاختصاص، والتخصص: تفرد بعض الشيء بما لا يشاركه فيه الجملة، وذلك خلاف العموم والتعمم والتعميم. والخاصة ضد العامة.[1]ويقال خصه بالشيء خصا وخصوصا وخصوصية، والخاص والخاصة: ضد العامة، والتخصيص ضد التعميم، واختصه بالشيء: خصه به فاختص وتخصص، لازم متعد.[2]

قال الله تعالى:﴿ وَاتَّقُوا فِتْنَةً لَّا تُصِيبَنَّ الَّذِينَ ظَلَمُوا مِنكُمْ خَاصَّةً ۖ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ﴾.[3]ويقال: خصه بالشيء، يخصه خصا، وخصوصا، وخصوصية، وخصوصية بالضم، والفتح أفصح. واختصه؛ أفرده دون غيره. ويقال: اختص فلان بالأمر، وتخصص له؛ إذا انفرد، وخص غيره، واختصه ببره.[4] ومنه قول الله تعالى:﴿ يَخْتَصُّ بِرَحْمَتِهِ مَنْ يَشَاءُ وَاللَّهُ ذُو الْفَضْلِ الْعَظِيمِ﴾.[5]

---

[1] - الراغب الأصفهاني، مفردات ألفاظ القرآن: ص 284، (خص)، ت: صفوان عدنان الداوودي، دار القلم بدمشق، والدار الشامية بيروت، ط 2، 1418 هـ.

[2] - الفيروز آبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1419 هـ- 1999م، ص 617.

[3] - سورة الأنفال: الآية 25.

[4] - ابن منظور،لسان العرب، 8/290،الدار المصرية للتأليف والترجمة، طبعة مصورة عن طبعة بولاق، القاهرة، 1308 هـ.

[5] - سورة آل عمران: الآية 74.

ثانيا- مدلول الاختصاص اصطلاحا:

لا يخرج المعنى الاصطلاحي للاختصاص في عبارات الفقهاء عن المعنى اللغوي، فقد عرف علماء الأصول التخصيص والاختصاص بأنه:" قصر العام على بعض مسمياته أو أفراده".[1] ويعرف الجرجاني الخصوص بقوله:" الخصوص: أحدية كل شيء عن كل شيء بتعينه فلكل شيء وحده تخصه".[2]

وقد ذكر الفقهاء رحمهم الله تعالى - أنواعا من الاختصاصات والتخصيص:

كاختصاصه صلى الله عليه وسلم على سائر الأنبياء - عليهم السلام – بقوله: « أعطيت خمسا لم يعطه أحد من الأنبياء قبلي: نصرت بالرعب مسيرة شهر، وجعلت لي الأرض مسجدا وطهورا، و أيما رجل من أمتي أدركته الصلاة فليصل، وأحلت لي الغنائم، وكان النبي يبعث إلى قومه خاصة وبعثت إلى الناس كافة، و أعطيت الشفاعة ».[3]

واختصاصه صلى الله عليه وسلم على سائر أمته بأحكام لا يشاركونه فيها؛ منها إباحة التزوج بدون مهر؛ القول الله تعالى: ﴿**يا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ اللَّاتِي آتَيْتَ أُجُورَهُنَّ وَمَا مَلَكَتْ يَمِينُكَ مِمَّا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَيْكَ وَبَنَاتِ عَمِّكَ وَبَنَاتِ عَمَّاتِكَ وَبَنَاتِ خَالِكَ وَبَنَاتِ خَالَاتِكَ اللَّاتِي هَاجَرْنَ مَعَكَ وَامْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَن يَسْتَنكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ الْمُؤْمِنِينَ ۖ قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ لِكَيْلَا يَكُونَ عَلَيْكَ حَرَجٌ ۗ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَّحِيمًا**﴾.[4] على خلاف الحكم المقرر بالنسبة للأمة من عدم جواز التزوج بدون مهر؛ لقوله تعالى:﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ۖ كِتَابَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ ۚ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ ۚ فَمَا اسْتَمْتَعْتُم بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُم بِهِ مِن بَعْدِ الْفَرِيضَةِ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾.[5] وإباحة التزوج بأكثر من أربع؛ لقول الله تبارك وتعالى:﴿ **يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ اللَّاتِي آتَيْتَ أُجُورَهُنَّ وَمَا مَلَكَتْ يَمِينُكَ مِمَّا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَيْكَ وَبَنَاتِ عَمِّكَ وَبَنَاتِ عَمَّاتِكَ وَبَنَاتِ خَالِكَ وَبَنَاتِ خَالَاتِكَ اللَّاتِي هَاجَرْنَ مَعَكَ**﴾.[6] على خلاف الحكم المقرر لسائر الأمة؛ لقوله تعالى :﴿ **وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ۚ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا**﴾.[7]

إلى غير ذلك مما خص به المصطفى صلى الله عليه وسلم من الأحكام دون سائر أمته.

وكاختصاص بعض الأمكنة بمزيد الأجر، ومضاعفة الحسنات على الأعمال الصالحة فيها؛ كاختصاص الله سبحانه وتعالى المساجد الثلاثة بمزايا ليست لغيرها من المساجد؛ فعن أبي هريرة - رضي

---

[1]- شمس الدين أبو الثناء محمد بن عبد الرحمن الأصفهاني، شرح مختصر ابن الحاجب، 2/235، ت.د. محمد مظهر بقا، مركز إحياء التراث الإسلامي بجامعة أم القرى بمكة، طبع دار المدني بجده، ط1، 1406ه.

[2] - الجرجاني، علي بن محمد، التعريفات، دار الكتاب اللبناني، بيروت، ودار الكتاب المصري، القاهرة، 1411هـ، ص 111.

[3] - رواه البخاري في كتاب الصلاة؛ باب قول النبي صلى الله عليه وسلم: « جعلت لي الأرض مسجدا وطهورا....».ح:[438]، ابن حجر العسقلاني، فتح الباري: 1/634، ت: محب الدين الخطيب، مع تعليقات سماحة الشيخ عبد العزيز بن باز، ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي، دار الريان للتراث ، القاهرة ، ط2، 1409ه.

[4] - سورة الأحزاب: الآية 50. ابن كثير، تفسير القرآن العظيم: 3/550، دار الخير، بيروت، ط2، 1412ه؛ محمد بن علي الشوكاني، فتح القدير: 4/415، دار الفكر، بيروت، ط1، 1412ه.

[5] - سورة النساء، الآية 24.

[6] - سورة الأحزاب: الآية 50.

[7] - سورة النساء: الآية 3. تفسير القرآن العظيم: 3/549؛ الشوكاني، فتح القدير: 4/414.

الله عنه- عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا تشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد: المسجد الحرام ، ومسجد الرسول صلى الله عليه وسلم، ومسجد الأقصى».[1]وعنه -رضي الله عنه- أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «صلاة في مسجدي هذا خير من ألف صلاة فيما سواه إلا المسجد الحرام».[2]

وكخصوصية بعض الأزمنة بعظيم الشرف، ومضاعفة الأجر فيها على العمل الصالح دون بقية الأزمنة؛ كاختصاص ليلة القدر ما ذكر الله تعالى عنها في قوله:﴿ **إِنَّا أَنْزَلْنَاهُ فِي لَيْلَةِ الْقَدْرِ ۞ وَمَا أَدْرَاكَ مَا لَيْلَةُ الْقَدْرِ ۞لَيْلَةُ الْقَدْرِ خَيْرٌ مِنْ أَلْفِ شَهْرٍ ۞ تَنَزَّلُ الْمَلَائِكَةُ وَالرُّوحُ فِيهَا بِإِذْنِ رَبِّهِمْ مِنْ كُلِّ أَمْرٍ ۞ سَلَامٌ هِيَ حَتَّى مَطْلَعِ الْفَجْرِ**﴾.[3]

واختصاص شهر رمضان المبارك على سائر الشهور بإنزال القرآن فيه، وفرض صيامه؛ في قول الله تعالى:﴿ **شَهْرُ رَمَضَانَ الَّذِي أُنْزِلَ فِيهِ الْقُرْآنُ هُدًى لِلنَّاسِ وَبَيِّنَاتٍ مِنَ الْهُدَىٰ وَالْفُرْقَانِ ۚ فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ ۖ وَمَنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ ۗ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ وَلِتُكْمِلُوا الْعِدَّةَ وَلِتُكَبِّرُوا اللَّهَ عَلَىٰ مَا هَدَاكُمْ وَلَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ**﴾.[4]

في الاصطلاح بمعناها؛ والمراد هنا: بيان أن العلماء استخدموا كلمة الاختصاص والتخصيص اللغوي؛ الذي يدل على تفد الشيء بما لا يشاركه فيه غيره.[5]

الفرع الثاني: مدلول القضاء.

أولا- مدلول القضاء في اللغة:

مادة (ق ض ى): أصل صحيح يدل على إحكام أمر وإتقانه ، وإنفاذه لجهته ، ولذلك شمي القاضي قاضية ؛ لأنه يحكم الأحكام ، وينقذها ، وسميت المنية قضاء ؛ لأنه أمر ينفذ في ابن آدم وغيره من الخلق. وكل كلمة في الباب فإنها تجري على هذا القياس.[6]

وأصل كلمة القضاء: قضايء ؛ لأنه من قضيت ، إلا أن الياء لما جاءت بعد الألف همزت ، وأصل معناه : القطع والفصل.[7]

والقضاء في اللغة: يأتي على وجوه عدة ، مرجعها إلى انقطاع الشيء وتمامه ، وكل ما أحكم عمله أو أنتم ، أو حُيم وأدي أداء ، أو أوجب ، أو أعلم ، أو أنفذ ، أو أمضي فقد قضي.[8]

والقضاء: فصل الأمر؛ قولا كان أو فعلا، وكل واحد منهما يأتي على وجهين: إلهي، وبشري.

---

[1] - رواه البخاري في كتاب فضل الصلاة في مسجد مكة والمدينة، ح:[1189]، انظر: فتح الباري:3/76.
[2] - رواه البخاري في كتاب فضل الصلاة في مسجد مكة والمدينة، ح:[1190]، انظر: فتح الباري:3/76.
[3] - سورة القدر: الآية 1 و 5.
[4] - سورة البقرة: الآية 185.
[5] - ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد:1/42 وما بعدها، ت: شعيب الأرنؤوط، وعبد القادر الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 15، 1407 ه.
[6] - أبو الحسين أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة: 5/99، ت: عبد السلام هارون، دار الجيل، بيروت.
[7] - لسان العرب: 47/20، (قضى).
[8] - أبو منصور محمد بن أحمد الأزهري، تهذيب اللغة: 9/211، (قضى)، ت: عبد السلام هارون ، الدار المصرية للتأليف والترجمة، ط1.

فمن القول الإلهي؛ قوله تعالى:﴿ ۞ **وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا ۚ إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِندَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُل لَّهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُل لَّهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا**﴾[1]؛ أي: أمر بذلك.

ومن الفعل الإلهي؛ قوله تعالى :﴿ **وَاللَّهُ يَقْضِي بِالْحَقِّ ۖ وَالَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِهِ لَا يَقْضُونَ بِشَيْءٍ ۗ إِنَّ اللَّهَ هُوَ السَّمِيعُ الْبَصِيرُ**﴾.[2]

ومن القول البشري: قضى الحاكم بكذا ؛ فإن حكم الحاكم يكون بالقول.

ومن الفعل البشري: قول الحق سبحانه:﴿ (فَإِذَا قَضَيْتُم مَّنَاسِكَكُمْ فَاذْكُرُوا اللَّهَ كَذِكْرِكُمْ آبَاءَكُمْ أَوْ أَشَدَّ ذِكْرًا ۗ فَمِنَ النَّاسِ مَن يَقُولُ رَبَّنَا آتِنَا فِي الدُّنْيَا وَمَا لَهُ فِي الْآخِرَةِ مِنْ خَلَاقٍ﴾.[3]

ومن أبرز معاني القضاء في لغة العرب التي نزل بها القرآن الكريم ما يلي:

1- الحكم، والإلزام، والفصل؛ **قال الله تعالى:﴿ وَمَا تَفَرَّقُوا إِلَّا مِن بَعْدِ مَا جَاءَهُمُ الْعِلْمُ بَغْيًا بَيْنَهُمْ ۚ وَلَوْلَا كَلِمَةٌ سَبَقَتْ مِن رَّبِّكَ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى لَّقُضِيَ بَيْنَهُمْ ۚ وَإِنَّ الَّذِينَ أُورِثُوا الْكِتَابَ مِن بَعْدِهِمْ لَفِي شَكٍّ مِّنْهُ مُرِيبٍ﴾[4]**؛ أي: فصل بينهم. وقوله تعالى:﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾[5]، وهذا هو المعنى المراد هنا.

2- الإبداع، والإحكام، والصنع؛ **ومنه قوله تعالى:﴿ فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ وَأَوْحَىٰ فِي كُلِّ سَمَاءٍ أَمْرَهَا ۚ وَزَيَّنَّا السَّمَاءَ الدُّنْيَا بِمَصَابِيحَ وَحِفْظًا ۚ ذَٰلِكَ تَقْدِيرُ الْعَزِيزِ الْعَلِيمِ﴾.[6]**

ومن ذلك قول أبي ذؤيب الهذلي:

وعليهما مسرودتان قضاهما داود أو صنع السوابغ تبع.[7]

3_ الفراغ ، والانتهاء ؛ **قال الله تعالى:﴿ إِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِن فَضْلِ اللَّهِ وَاذْكُرُوا اللَّهَ كَثِيرًا لَّعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾.[8]**

4- الختم، واللزوم؛ **قال الله تعالى:﴿ فَلَمَّا قَضَيْنَا عَلَيْهِ الْمَوْتَ مَا دَلَّهُمْ عَلَىٰ مَوْتِهِ إِلَّا دَابَّةُ الْأَرْضِ تَأْكُلُ مِنسَأَتَهُ[9] ۖ فَلَمَّا خَرَّ تَبَيَّنَتِ الْجِنُّ أَن لَّوْ كَانُوا يَعْلَمُونَ الْغَيْبَ مَا لَبِثُوا فِي الْعَذَابِ الْمُهِينِ﴾.[10]**

---

[1] - سورة الإسراء: الآية 23.
[2] - سورة غافر: الآية 20.
[3] - سورة البقرة: الآية 200. مفردات ألفاظ القرآن: ص 674-675، (قضى).
[4] - سورة الشورى: الآية 14.
[5] - سورة النساء : الآية 65.
[6] - سورة فصلت: الآية 12.
[7] - أبو سعيد السكري، شرح أشعار الهذليين:1/39، ت: عبد الستار أحمد فرج، ومحمود شاكر، مطبعة المدني بالقاهرة، 1384 ه؛ المفضل الضبي، المفضليات: ص 428، ت: أحمد شاكر، وعبد السلام هارون، دار المعارف، مصر، ط7، 1383ه.
[8] - سورة الجمعة: الآية 12.
[9] - ومعنى تأكل منسأته: أي تأكل عصاه التي كان متكأ عليها، والمنسأة هي: العصا بلغة الحبشة . انظر: تفسير القرآن العظيم:3/581؛ الشوكاني، فتح القدير: 4/451.
[10] - سورة سبأ: الآية 14.

5- الأمر؛ **قال الله تعالى:﴿ ۞ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا ۚ إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِندَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُل لَّهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُل لَّهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا﴾**؛[1] أي: أمر إيجاب.

6- الإبلاغ، والإنهاء؛ **قال الله تعالى:﴿ وَقَضَيْنَا إِلَيْهِ ذَٰلِكَ الْأَمْرَ أَنَّ دَابِرَ هَٰؤُلَاءِ مَقْطُوعٌ مُّصْبِحِينَ﴾.**[2]

7- البيان؛ قال الله تعالى: **﴿فَتَعَالَى اللَّهُ الْمَلِكُ الْحَقُّ ۗ وَلَا تَعْجَلْ بِالْقُرْآنِ مِن قَبْلِ أَن يُقْضَىٰ إِلَيْكَ وَحْيُهُ ۖ وَقُل رَّبِّ زِدْنِي عِلْمًا﴾.**[3]

8- بلوغ الشيء، ونيله ؛ **قال الله تعالى:﴿ وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِي أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ أَمْسِكْ عَلَيْكَ زَوْجَكَ وَاتَّقِ اللَّهَ وَتُخْفِي فِي نَفْسِكَ مَا اللَّهُ مُبْدِيهِ وَتَخْشَى النَّاسَ وَاللَّهُ أَحَقُّ أَن تَخْشَاهُ ۖ فَلَمَّا قَضَىٰ زَيْدٌ مِّنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا لِكَيْ لَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ إِذَا قَضَوْا مِنْهُنَّ وَطَرًا ۚ وَكَانَ أَمْرُ اللَّهِ مَفْعُولًا﴾**؛[4] أي: نال حاجته - بالمباح وهو الزواج - منها.

9- و الموت؛ قال الله تعالى:﴿ وَنَادَوْا يَا مَالِكُ لِيَقْضِ عَلَيْنَا رَبُّكَ ۖ قَالَ إِنَّكُم مَّاكِثُونَ﴾.[5]

10- الأداء؛ قال الله تعالى:﴿ **فَإِذَا قَضَيْتُم مَّنَاسِكَكُمْ فَاذْكُرُوا اللَّهَ كَذِكْرِكُمْ آبَاءَكُمْ أَوْ أَشَدَّ ذِكْرًا ۗ فَمِنَ النَّاسِ مَن يَقُولُ رَبَّنَا آتِنَا فِي الدُّنْيَا وَمَا لَهُ فِي الْآخِرَةِ مِنْ خَلَاقٍ﴾**؛[6] أي: أديتموها، وانتهيتم منها. ويقال : قضى الدين الذي عليه؛ إذا أداه إلى صاحبه.

11- المضي؛ قال الله تعالى:﴿ ۞ وَاتْلُ عَلَيْهِمْ نَبَأَ نُوحٍ إِذْ قَالَ لِقَوْمِهِ يَا قَوْمِ إِن كَانَ كَبُرَ عَلَيْكُم مَّقَامِي وَتَذْكِيرِي بِآيَاتِ اللَّهِ فَعَلَى اللَّهِ تَوَكَّلْتُ فَأَجْمِعُوا أَمْرَكُمْ وَشُرَكَاءَكُمْ ثُمَّ لَا يَكُنْ أَمْرُكُمْ عَلَيْكُمْ غُمَّةً ثُمَّ اقْضُوا إِلَيَّ وَلَا تُنظِرُونِ﴾؛[7] أي: امضوا.

ومن الشواهد على هذا في لغة العرب قول الحارث بن حلزة في معلقته:

وثمانون من تميم بأيديـــــــــــــــ ـــــــــــــــهم رماح صدورهن القضاء.[8]

---

[1] - سورة الإسراء : الآية 23.
[2] - سورة الحجر: الآية 66.
[3] - سورة طه: الآية 114.
[4] - سورة الأحزاب: الآية 37.
[5] - سورة الزخرف: الآية 77.
[6] - سورة البقرة: الآية 200.
[7] - سورة يونس: الآية 71.
[8] - الحسين بن أحمد الزوزني، شرح المعلقات السبع، مكتبة المعارف، بيروت، لبنان، 1408 هـ، ص 203.

12- التقدير، والإرادة؛ **قال الله تعالى:﴿ قَالَتْ رَبِّ أَنَّىٰ يَكُونُ لِي وَلَدٌ وَلَمْ يَمْسَسْنِي بَشَرٌ ۖ قَالَ كَذَٰلِكِ اللَّهُ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ ۚ إِذَا قَضَىٰ أَمْرًا فَإِنَّمَا يَقُولُ لَهُ كُن فَيَكُونُ﴾**؛[1] إلا أن القدر: هو وجود الأفعال على مقدار الحاجة إليها ، والكفاية لما فعلت من أجله ؛ وهذا يعني: وجود الفعل على مقدار ما أراده الفاعل ، وحقيقة ذلك في أفعال الله تبارك وتعالى، وقوعها على مقدار المصلحة. والقضاء: هو فصل الأمر على التمام. وبهذا يكون القضاء أخص من القدر.[2]

والإرادة: صفة توجب للحي حالا يقع منه الفعل على وجه دون وجه ، وفي الحقيقة هي: مالا يتعلق دائما إلا بالمعدوم؛ فإنها صفة تخصص أمرا ما لحصوله ووجوده،[3] **كما قال الله تعالى:﴿ إِنَّمَا أَمْرُهُ إِذَا أَرَادَ شَيْئًا أَن يَقُولَ لَهُ كُن فَيَكُونُ﴾.**[4]

ثانيا- مدلول القضاء في الاصطلاح:

اختلفت عبارات الفقهاء -رحمهم الله تعالى - في التعبير عن القضاء اصطلاحا، حتى في المذهب الواحد. **فعرفه الأحناف بتعريفات متعددة، أشهرها مايلي:**

*** أن القضاء هو: إلزام على الغير ببينة، أو إقرار.**[5]

وهذا التعريف غير جامع ، ولا مانع ؛ إذ يدخل فيه التحكيم، والصلح ، ولا يشمل كذلك القضاء بغير الشهادة والإقرار مما يكشف الحق ويظهره ؛ لأن البينة عند الجمهور: الحنفية، والمالكية، والشافعية والحنابلة، يراد بها الشهادة والإقرار فقط، دون بقية وسائل الإثبات الشرعية.[6]

*** أن القضاء هو: فصل الخصومات، وقطع المنازعات، على وجه مخصوص.**[7]

وهذا التعريف -أيضا- غير مانع؛ لأنه يشمل التحكيم، ثم إنه لم يوضح كيفية الفصل بين الخصوم، وقيد على وجه مخصوص الوارد في التعريف -لا يكفي للدلالة على ذلك؛ لأن هذا الوجه المخصوص قد يتنوع بتنوع طرق الفصل بين الخصوم، وهذه الطرق تتنوع إلى الصلح، والتحكيم، والإفتاء، وفصل الأب بين أولاده، والقضاء.

وعرفه المالكية بتعريفات أشهرها ما يلي:

*** أن القضاء هو:** الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام ».[1]

---

[1] - سورة آل عمران: الآية 47.

[2] - أبو هلال العسكري، الفروق اللغوية، ت: حسام الدين القدسي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر، ص 157.

[3] - على بن محمد الجرجاني، التعريفات، ت: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، بيروت، ط 2، 1413 هـ، ص 30.

[4] - سورة يس: الآية 82.

[5] - قاسم القونوي، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، ت: د. أحمد الكبيسي، دار الوفاء للنشر والتوزيع، جدة، ط1، 1406ه، ص 228.

[6] - محمد علي التهانوي، كشاف اصطلاحات الفنون، ت:د. لطفي عبد البديع، مكتبة النهضة المصرية، مصر، 1382، ص 1/223.

والبينة عند المحققين من أهل العلم هي: كل ما بين الحق وأظهره ؛ من شهود ، وإقرار ، وكتابة ، وقرائن، وغير ذلك. علاء الدين أبو الحسن علي بن خليل الطرابلسي الحنفي، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، مطبعة مصطفى البابي اخلي وأولاده بمصر، ط 2، 1353 هـ، ص 68.

[7] - ابن عابدين، محمد أمين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1412 هـ، ص 5/352.

ويلاحظ على هذا التعريف ما يلي:

أولا- إن ذكر لفظ الإخبار يوهم أن المراد به: الإخبار المحتمل للصدق والكذب ، المقابل للإنشاء وليس ذلك بمراد، وإنما المراد به: إخبار القاضي بحكم شرعي على طريق الإلزام.

ثانيا- كما أنه غير مانع؛ إذ يدخل فيه حكم المحكمين في جزاء الصيد، وفي شقاق الزوجين، و حكم المحكمين في التحكيم، و حكم المحتسب، والوالي، وغيرهما من أهل الولايات الشرعية؛ إذا حكموا بالوجه الشرعي.[2]

* **أن القضاء هو :** صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي ولو بتعديل أو تجريح، لا في عموم مصالح المسلمين».[3]

والملاحظ على هذا التعريف: أن التحكيم لا يخرج منه؛ لأن الحكم لا يحكم ابتداء إلا في الأموال وما يتعلق بها، وما في معناها مما لا يتعلق بغير المحكمين، ولا يحكم في القصاص، وتلاعن الزوجين، والطلاق، والعتاق؛ لتعلق الحق في ذلك بغيرهما؛ فإن حكم فيها بغير جور نفذ حكمه.[4]وعلى هذا فإن هذا التعريف غير مانع.

- وعرفه الشافعية بما يلي:

* "أن القضاء هو: فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى". قال ابن عبد السلام -رحمه الله-[5]:" الحكم الذي يستفيده القاضي بالولاية؛ هو إظهار حكم الشرع في الواقعة ، فيمن يجب عليه إمضاؤه فيه".[6]

*** " أن القضاء هو: إظهار حكم الشرع في الواقعة ممن يجب عليه إمضاؤه".**[7]

وهذان التعريفان - كما هو ظاهر غير مانعين؛ إذ يدخل فيهما التحكيم، والصلح، والإفتاء؛ لخلوهما عن قيد الإلزام.

* " أن القضاء هو: الإلزام ممن له الإلزام بحكم الشرع".[1]

---

[1] - برهان الدين أبي البقاء إبراهيم بن فرحون المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ت: جمال مرعشلي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1416 هـ، ص 1/9.

[2] - الخطاب، محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، مكتبة النجاح، طرابلس، ليبيا، 1329 هـ، ص 6/86.

[3] - محمد الأنصاري المعروف بالرصاع، شرح حدود الإمام ابن عرفة ت: محمد أبو الأجفان، والطاهر المعموري، دار الغرب الأسلامي، بيروت، لبنان، ط 1، 1993، ص 2/567.

[4] - محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المعروف بالحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل مكتبة النجاح، طرابلس، ليبيا، 1329 هـ، ص 6/87.

[5] - هو أبو محمد عز الدين، عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسين النمي الدمشقي، الملقب بسلطان العلماء من فقهاء الشافعية، جمع بين فنون العلم المختلفة؛ تفسيرا، وحديثا، وأصولا، وفقها، وعربية، وقيل إنه بلغ رتبة الاجتهاد، ولد سنة: 544 هـ، وتوفي سنة 660 هـ. انظر ترجمته في:تقي الدين بن قاضي شهبة، طبقات الشافعية: 2/109-111، رقم: (412)، ت: حافظ عبد العليم خان، عالم الكتب، بيروت، لبنان، ط1، 1407 هـ.

[6] - شمس الدين محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1415 هـ، 6/257.

[7] - قليوبي، وعميره، حاشية على شرح منهاج الطالبين للنووي، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، مصر، بدون ستة نشر، ص 4/295.

وهذا التعريف وإن أخرج الفتوى - بقيد الإلزام - إلا أنه لايمنع دخول التحكيم، والصلح؛ لأنهما ملزمان بعد الفصل في الخصومة. ثم إن القضاء قد لا يكون ملزمة ؛ كالحكم بعدم لزوم الصداق، أو النفقة ونحو ذلك مما يحكم به القضاة ولا إلزام فيه بشيء.

- وعرفه الحنابلة بما يلي:

* "أن القضاء هو: النظر بين المرافعين له للإلزام، وفصل الخصومات".[2]

* " أن القضاء هو: تبيين الحكم الشرعي، والإلزام به، وفصل الخصومات".[3]

وهذان التعريفان قريبان مما عرفه به الشافعية، فما قيل في مناقشتها هناك يقال هنا.

وهذه التعريفات المتعددة للقضاء عند الفقهاء وإن لم تخل من ملاحظات على القيود والمحترزات إلا أنه يجمعها جامع واحد: هو أن القضاء يعني الإخبار عن حكم الله تعالى في القضية المعروضة أمام القاضي ، وبيان الحق فيها بالشرع المطهر، وإلزام الخصوم به. ولكنها لا تعبر عن معنى القضاء تعبيرا دقيقة يحدد المراد منه.

ولذا فإن التعريف الذي أراه أدق من غيره، وأشمل في التعبير عني معنى القضاء والعلم عند الله- هو تعريف العلامة عبد الرحمن بن محمد بن خلدون؛ حيث عرف القضاء بأنه:" منصب الفصل بين الناس في الخصومات، حسما للتداعي، وقطعا للتنازع؛ بالأحكام الشرعية المتلقاة من الكتاب، والسنة".[4]

فإن هذا التعريف: ينص على الغاية والهدف الذي شرع القضاء من أجله؛ وهو فصل الخصومات، وقطع المنازعات ؛ حسم للتداعي ، ولكن هذا الفصل لا بد أن يكون على وجه مخصوص يتمتع بالإلزام؛ ليخرج نحو الصلح ، والتحكيم ، والفتيا التي لا إلزام فيها. ثم هو بعد ذلك يبين كيفية الفصل بين الخصوم ؛ وأن ذلك إنما يكون بالأحكام الشرعية المنصوص عليها في الكتاب، والسنة، ويدخل في ذلك، ما يستفاد منهما بالاجتهاد وبذل الوسع فيما يرد على القاضي مما ليس منصوصا على حكمه في الكتاب، والسنة، وهذا يخرج القضاء بالأعراف الفاسدة،[5] أو القوانين الوضعية،[6] مما بلي القضاء به في العصور المتأخرة ،

---

[1] - شهاب الدين محمد بن أبي العباس الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الأخيرة، 1386 ه، 8/235.

[2] - أبو اسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن مفلح الحنبلي ، المبدع في شرح المقنع، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1399 هـ، ص 3/10.

[3] - منصور بن يونس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، دار عالم الكتب، بيروت، لبنان، ط1، 1414 هـ، ص 3/485.

[4] - المقدمة، ت: د. علي عبد الواحد، نشر لجنة البيان العربي، مصر، ط1، 1376هـ، ص 2/567.

تنبيــه: وهم د. محمد الزحيلي؛ فنسب هذا التعريف للحنفية، وعزاه لابن عابدين في حاشية رد المحتار، انظر كتبه: التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي مع التطبيق في المملكة العربية السعودية، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط1، 1400 ه، ص 36؛ تاريخ القضاء في الإسلام، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط1، 1415ه، ص 12؛ وتبعه على ذلك: د. محمد رأفت عثمان، كتابه، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، دار البيان، القاهرة، مصر، ط3، 1416ه، ص 11. فأحببت هنا التنبيه على ذلك ؛ حتى لا يتسلسل الخطأ. ناصر بن محمد مشري الغامدي، الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي – مع بيان التطبيق الجاري في المملكة العربية السعودية)، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الفقه الإسلامي، شعبة الفقه والأصول، الدراسات العليا الشرعية الصباحية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى بمكة المكرمة، 1418 هـ، ص 36.

[5] - العرف: هو ما اعتاده الناس وألفوه، وساروا عليه في أمورهم؛ قولا كان أو فعلا، دون أن يعارض نصا من كتاب أو سنة. د. محمد زكريا البرديسي، أصول الفقه، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط 3، 1407ه، ص 315.

[6] - القانون اصطلاحا يطلق على معنيين: أحدهما: المعنى العام؛ فهو مجموعة القواعد الملزمة التي تحكم سلوك الأفراد، وعلاقاتهم في المجتمع. وثانيهما: المعنى الخاص؛ فهو قاعدة معينة، أو مجموعة معينة من القواعد التي تضعها السلطة

وهو أيضا يشمل سائر أنواع القضاء العادي ، وقضاء المظالم ، وقضاء الحسبة ؛ لأن قوله: ((منصب الفصل))؛ عام يشمل كل وظيفة قضائية يأتي من خلالها فصل في خصومة، أو قطع لمتنازعة على الوجه الشرعي.

الفرع الثالث: المدلول المركب للاختصاص القضائي.

يعرف الاختصاص القضائي باعتبارين:

الأول: باعتبار جزئيه ؛ القضاء، والاختصاص، فهذا سبق بيانه، والثاني: باعتباره لقبا وعلما على هذا الفرع الفقهي من فروع علم القضاء، وهذا ما نريد بيانه هنا.

فالاختصاص القضائي باعتباره علما على هذا الفرع من فروع علم القضاء هو كما يقول د. سعود ابن سعد آل دريب:" تخويل ولي الأمر، أو نائبه لجهة قضائية الحكم في قضايا عامة، أو خاصة ومعينة، وفي حدود زمان ومكان معينين. أو هو قدر ما لجهة قضائية، أو محكمة من ولاية في فصل نزاع من المنازعات".[1]

وعرفه مجمع اللغة العربية بمصر بأنه: « مقدار ما لكل محكمة من المحاكم من سلطة القضاء؛ تبعا لمقرها، أو لنوع القضية".[2]

وهذان التعريفان وإن عبرا عن الاختصاص القضائي تعبير سليمة، إلا أنهما مقصوران على بيان اختصاص الجهة القضائية، ولا يشملان القضاء العادي الذي هو منبع فكرة الاختصاص القضائي؛ ولذلك، فإنه يمكن تعريف الاختصاص القضائي بأنه: السلطة القضائية التي يتمتع بها قاض، أو جهة قضائية، وتخول لها حق النظر والفصل في القضايا المرفوعة إليها.[3]

المطلب الثاني: أهمية نظرية الاختصاص وحدودها.

لنظرية الاختصاص أهمية كبيرة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، نظرا للضوابط التي تعمل على ترسيخها في إطار حدود رسمها القانون.

الفرع الأول: أهمية نظرية الاختصاص.

في ظل مجتمع صغير تقل المنازعات بين أفراده، قد لا يبدو من الضروري وضع قواعد للاختصاص، إذ لا حاجة لهذه القواعد إلا إذا تعددت المحاكم التي تقتسم سلطة القضاء في الدولة، وإذا كان المجتمع صغيرا فإن إنشاء محكمة واحدة يكفي للقيام بوظيفة القضاء بحيث يكون لها الاختصاص الشامل.

التشريعية في الدولة لتنظيم أمر معين. د. عبدالمنعم فرج الصدة، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، مصر، 1980، ص12.

[1] - التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية في ضوء الشريعة الإسلامية ونظام السلطة القضائية، مطابع دار الهلال للأوفست، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط 2، 1405ه، ص 2/158.

[2] - المعجم الوسيط، إخراج الدكتور: إبراهيم أنيس والدكتور: عبد الحليم منتصر والأستاذ : عطية الصوالحي و الأستاذ محمد: محمد خلف الله أحمد، طبعة دار الفكر، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر، (خص)، 1/238.

[3] - حامد أبو طالب، التنظيم القضائي الإسلامي، مطبعة السعادة بالقاهرة، مصر، ط 2، 1402ه، ص 113؛ د. عبد الحميد الشواربى، قواعد الاختصاص القضائي في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، بدون تاريخ نشر، ص 11.

غير أن زيادة أفراد المجتمع في الدولة الحديثة، وانتشارهم في سائر الإقليم وتنوع الروابط بينهم جعل من تعدد المحاكم أمرا لا مفر منه، مما استلزم تقسيم العمل بينها.[1]

وتقوم فكرة الاختصاص القضائي عموما على مبدأ تعدد المحاكم والقضاة في البلد الواحد والزمان الواحد؛ بحيث توزع الأعمال القضائية - منازعات كانت أو قضايا- على عدد من المحاكم ؛ لتختص كل محكمة بأنواع معينة من الخصومات ، والمنازعات التي تفصل فيها دون غيرها.

وبناء على ذلك وجدت القاعدة الشرعية التي تنص على أن: القضاء يتخصص بالزمان، والمكان، والأشخاص، والحوادث، ويكون القاضي واحد أو أكثر، بحسب الحاجة، والمصلحة الشرعية.[2]

تكلم فقهاء الشريعة الإسلامية رحمهم الله عن الاختصاص القضائي وتوزيع الاختصاصات بين القضاة والمحاكم، وهذا موجود ضمن الشروح الفقهية وكتب الأحكام السلطانية والسياسة الشرعية، التي تناولت موضوع الخلافة والولايات ومنصب القضاء والإنابة فيه، وذكروا قواعد وأصول التولية من الإمام إلى نوابه وضوابط ذلك. ومما يدل على ذلك قول ابن القيم رحمه الله:" عموم الولايات وخصوصها وما يستفيده المتولي بالولاية، يتلقى من الألفاظ والأحوال والعرف، وليس لذلك حد في الشرع. فقد يدخل في ولاية القضاء - في بعض الأزمنة والأمكنة - ما يدخل في ولاية الحرب في زمان ومكان آخر، وبالعكس. وكذلك الحسبة، وولاية المال. وجميع هذه الولايات في الأصل ولايات دينية، ومناصب شرعية".[3]

ويمكن أن نجمل قواعد الاختصاص في الشريعة بما يلي:

1-منشأ ومصدر الاختصاص ولي الأمر.
2-الاختصاص تفويض وعقد إنابة من ولي الأمر إلى نائبه.
3-ضابطها هي ألفاظ التولية والأحوال والعرف.
4- ليس لها حد في الشرع فهي متغيرة، حسب الأحوال والزمان والمكان، فيدخل في ولاية في زمن ما لا يدخل فيها في زمن وحال آخر.
5- لا تجوز مخالفة قواعد الاختصاص، لأنها حق لولي الأمر يملكه وهو عقد بينه وبين نائبه لا تجوز مخالفته ولا تجاوز حدوده فهو كالوكيل في حدود ما وكل به ويبطل كل تصرف زائد.

هناك عدة أسباب تستدعي عدم تركيز السلطة القضائية في جهة واحدة، وإنما توزيعها على أكثر من جهة، بحيث تختص كل منها بقسط من ولاية القضاء وتكون منظومة قضائية مستقلة. فمن ناحية، قد يبرر الدين ترك الحكم في منازعات الأحوال الشخصية لجهة قضائية دينية لها ذاتيتها إزاء جهة القضاء التي تنظر في سائر المنازعات الأخرى. ومن ناحية ثانية قد يبرر وجود الدولة طرفا في علاقة أن تخضع المنازعات الناشئة عنها لقضاء إداري مستقل اعتبارا بأن : في القضايا الإدارية يقتضي خبرة ومعلومات خاصة لدى القضاة الذين يعهد إليهم بالنظر في هذه القضايا ويستلزم اتباع إجراءات خاصة سريعة تختلف عن الإجراءات المتبعة أمام القضاء العادي.

وحتى إذا كان التنظيم القضائي يحتوي على جهة قضائية واحدة، فإن تعدد المحاكم سيظل مقررا لعدة أسباب من بينها أن هناك مصلحة في تعدد درجات المحاكم، بأن توجد محاكم من الدرجة الأولى وأخرى من الدرجة الثانية على الأقل. فالقاضي الذي ينظر نزاعا قد يقع في خطأ نتيجة عدم إحاطته بالواقع

---

[1] - نبيل اسماعيل عمر، قانون أصول المحاكمات المدنية، المرجع السابق، ص 89 وما بعدها.
[2] - الشيخ محمد بخيث المطيعي، القضاء الشرعي تخصيصه وشيء من تاريخه، مجلة المحاماة الشرعية، السنة الأولى، طبع و نشر دار العصور، مصر، العدد الثالث، رجب 1348 هـ، ص 107.
[3] - ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر الزرعي، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار الوطن، الرياض، (د.ت. ن)، ص 239.

أو بما يجب تطبيقه من قانون، مما يدعو إلى التساؤل عما إذا كان من الحكمة فتح باب للتكلم في هذا الحكم أمام محكمة أخرى أعلى منه لتعيد النظر من جديد لتلغيه أو تعدل فيه حتى يكون حقيقة عدلا. من هنا وجب تدرج المحاكم فتوجد محكمة استئناف تعلو محكمة الدرجة الأولى.

ثم حتى إذا كانت المحاكم من درجة واحدة فهناك سبب سيظل مبررة للتعدد. إذ إن أهمية المشورة - أو المداولة - في القضاء أمر استلزمته طبيعة هذه الوظيفة لما ينطوي عليه فحص الدعوى من صعوبات وما يحتاج إليه من دقة لا يتوصل إليها بعد احتكاك الآراء. هذه القيمة العظمى للمشورة حتمت تعدد قضاة المحكمة التي تفصل في القضية الواحدة. إلا أن تعميم هذا النظام –نظام تعدد القضاة- إذا كان يعدو حتميا على مستوى محاكم الدرجة الثانية وحتى على مستوى محاكم الدرجة الأولى التي تنظر دعاوى ذات أهمية خاصة بالنظر لنوعها أو لقيمتها، إلا أنه يكلف الدولة أعباء مالية باهظة خصوصا مع وجود مبدأ مجانية القضاء. لذلك كان من حسن التدبير أن ينشأ المشرع بجانب هذه المحاكم المشكلة من قضاة متعددين محاكم أخرى تتشكل من قاض فرد خصوصا لنظر القضايا ذات الأهمية البسيطة والتي لا تستدع مشورة. من هنا قد تتعدد المحاكم حتى التي من درجة واحدة - خصوصا الدرجة الأولى- فيوجد أكثر من «صف» بحسب تشكيلها.

وحتى إذا لم يوجد من المحاكم سوى «صنف» واحد، فإن ضرورة تعدد المحاكم سوف تظل تفرض نفسها على المشرع. فقد تطلب اتساع الإقليم في الدولة الحديثة مع ضرورة تقريب القضاء من المتقاضين أن ينشئ المشرع محاكم عدة من كل صنف من أصناف المحاكم. فهناك محاكم عدة تشكل من قاض منفرد، ومحاكم عدة تشكل من قضاة متعددين. وهذا على مستوى الدرجة الواحدة خصوصا أول درجة.

وفي ظل هذا التعدد الوجوبي لجهات القضاء ثم تعدد المحاكم التابعة لجهة قضائية واحدة - خصوصا جهة القضاء العادي التي تهمنا في المقام الأول- يغدو متوقعا أن تختلف الحلول المعطاة للقضايا المتشابهة إن لم تكن المتطابقة، الأمر الذي قد يزعزع الثقة في القضاء وعدله، وهي ثقة يجب أن يحرص النظام القانوني كل الحرص على توفيرها.

من هنا، كان لزاما، أن يوجد على رأس الدرجات المختلفة من المحاكم بأصنافها المتعددة محكمة «واحدة» لكي تراقب تطبيق القانون وتفسيره واضعة نصب عينها ضرورة توحد الحلول. وبذلك تتعدد المحاكم بإضافة هذه المحكمة العليا للقانون إلى محاكم الموضوع.

الفرع الثاني:حدود نظرية الاختصاص.

يقتصر الاختصاص على ما قيده وخصصه القانون، والمرجع في ذلك، عبارات وألفاظ التولية والتخصيص، فإن كان اختصاص مكانية فحدوده حدود الإقليم أو المكان، والمرجع في ذلك إلى نصوص القانون التي تحدد الإقليم والمكان أو العرف السائد بحدود منطقة ما وما يعتبر خارجها.

ويقتصر الاختصاص النوعي على ما حدده القانون لتلك المحكمة أو القاضي من أنواع معينة من القضايا وينحصر اختصاصه فيها ولا يتعداه إلى أنواع أخرى، وبالقيمة والقدر المحدد نظاما كما ورد في مواده المحددة للاختصاص مع الأخذ في الاعتبار أحوال يمتد فيها الاختصاص ليشمل أنواعا قد لا تدخل أصلا في اختصاص المحكمة.

المطلب الثالث: معايير توزيع الاختصاص القضائي.

الاختصاص القضائي يعني؛ كما تعرضنا له سابقا، هو سلطة الحكم بمقتضى القانون في خصومة معينة، واختصاص محكمة ما معناه؛ نصيبها من المنازعات التي تملك الفصل فيها، وقواعد الاختصاص القضائي هي مجموعة القواعد التي تحدد ولاية المحاكم المختلفة في الدولة.[1]

فعند تعدد الجهات القضائية وتعدد طبقات المحاكم وتنوعها يستلزم وضع القواعد والإجراءات التي تنظم وتحدد اختصاصات المحاكم والجهات القضائية، فالقواعد التي تحدد الاختصاص الوظيفي وتوزيع الولاية بين جهات القضاء، هي قواعد الاختصاص الوظيفي، أما قواعد الاختصاص النوعي فهي: القواعد التي تحدد لكل نوع من أنواع المحاكم اختصاصها ولكل طبقة من طبقات المحاكم حدود ولايتها.

والنوع الثالث من قواعد الاختصاص: قواعد الاختصاص المحلي وهي القواعد التي تحدد اختصاص المحاكم محليا أو مكانيا ونطاق هذا الاختصاص بين أقاليم الدولة.

هناك معايير معينة لضبط توزيع الاختصاص بين جهات القضاء في الأنظمة المقارنة، فمنها من يحدده على سبيل الحصر أو على سبيل المثال، وتحديد الاختصاص للجهة الأولى، مما يعني؛ أن بقية المنازعات التي لا تدخل في ذلك الحصر تتبع الجهة الأخرى.

والطريقة الأخرى، هي وضع ضابط أو معيار معين لتحديد الاختصاص، وترك بقية الاختصاص لجهة أخرى، وهي التي لا ينطبق عليها ضابط المعيار المحدد. وفي كلتا الطريقتين فإن هناك جهة ذات ولاية عامة وجهة أخرى ذات اختصاص محدود وهي جهة الحصر، أو ما ينطبق عليه المعيار لتحديد الاختصاص في الطريقة الثانية.

وبالنسبة للطريقة الأولى، وهي طريقة الحصر، فإنها أدق في توضيح الاختصاص، وتحد من حصول مشاكل حول تحديد الاختصاص لأي منازعة، كما أنها تتلافي مشكلة التنازع السلبي أكثر من الطريقة الأخرى، لوضوح توزيع الاختصاص بها.

والنظام السعودي قد عمل بهذه الطريقة لتحديد الاختصاص وهذا يتضح من المادة 29 من نظام القضاء التي بينت أن المحاكم الشرعية هي صاحبة الولاية العامة في كافة المنازعات إلا ما استثني بنظام، وقد استثني النظام ديوان المظالم كهيئة قضاء إداري حدد له اختصاص إدارية، كما أسند له بعض الاختصاصات الجزائية سحبت من اختصاص المحاكم وذكرت حصرية في المادة 80 من نظام الديوان.

كما استثني النظام بعض الهيئات واللجان شبه القضائية وأسند لها بعض الاختصاص في قضايا معينة مثل اللجان الجمركية ولجان وزارة التجارة. فتصبح جميع المنازعات من اختصاص المحاكم الشرعية، ويخرج منها ما أسند لديوان المظالم ونص عليه وكذلك ما أسند الاختصاص فيه الأحد اللجان أو الهيئات القضائية الأخرى.

والطريقة الأخرى، وهي تحديد اختصاص جهة قضائية عن طريقة معيار أو ضابط عام، يجمع هذا الاختصاص ويستبعد ما سواه، وهي المنازعات التي لا ينطبق عليها هذا المعيار، وهو المعمول به في النظام الفرنسي، منذ إنشاء مجلس الدولة. ومعايير هذه الطريقة مختلفة ومتنوعة، فمن هذه المعايير معيار، عضوي، يقضي بأن كل تصرف يصدر عن جهة الإدارة ويصبح محلا لمنازعة قضائية فهو من

[1] - جيرة، المرجع السابق، ص 409.

اختصاص القضاء الإداري. وإن كان هذا المعيار يناسب وقت إنشائه ويحمي الإدارة من تسلط القضاء في شئونها، إلا أنه يعاب عليه إدخاله في ولاية القضاء الإداري، منازعات خارج أحكام القانون الإداري، أو المنازعات الإدارية، فهو إذا أوسع مما ينبغي، ولتلافي ذلك اتجه الرأي إلى الفصل بين أعمال الإدارة، باعتبارها صاحبة سلطة وسيادة، فهذه تخضع للقانون الإداري، وبين تصرفات الإدارة العادية التي تخضع لأحكام القضاء العادي بوصفها منازعة مدنية.

وأخذ على هذا المعيار تضييقه بشكل كبير من اختصاص القضاء الإداري لإخراجه التصرفات ذات الطابع المختلط التي جمعت بين عناصر السلطة وبين التصرفات العادية مثل العقود الإدارية.

ثم أحل محل هذا المعيار فكرة المرفق العام التي تهدف إلى ضمان سير المرفق العام للدولة بانتظام. فإذا كانت المنازعة متعلقة بالمرفق العام وسلامة سيره، فهي منازعة إدارية، ولم يسلم هذا المعيار من النقد لصعوبة تحديد فكرة المرفق العام وغموضها.

وأعيب على هذا المعيار سعته في بعض الأحيان، فهو يدخل كثيرا من الأنشطة العادية للمرافق التي تخضع للقانون الخاص. لأنها تطابق التصرفات العادية التي يقوم بها الأفراد في علاقاتهم الخاصة، وضيقه في أحيان أخرى، لأنه يبعد أنشطة إدارية هامة مثل أعمال الضبط الإداري عن اختصاص القضاء الإداري، لأن نشاط الإدارة لا يقتصر على المرافق العامة فقط.

لذا حاول الشراح إعمال المعيار المختلط الذي يجمع بين معيار السلطة العامة ومعيار المرفق العام، فلكي نحكم على المنازعة بأنها منازعة إدارية يجب أن يتوفر فيها شرطان أساسيان:

1- تعلق النشاط بمرفق عام.

2- أن يكون النشاط خاضعة لسلطة وسيادة الإدارة.

الفرع الأول: المعيار الوظيفي.

المقصود بالاختصاص الوظيفي هو القسط من ولاية القضاء في الدولة الممنوح لكل جهة قضائية من جهات قضائها.[1]كما يقصد بها الولاية القضائية، أي ما للمحاكم من مقدار السلطة الممنوحة لها للفصل في المنازعات. بمعنى؛ أن الولاية القضائية هي ما يمنح للجهة القضائية من سلطة قضائية بموجب الدستور والقانون للفصل في منازعات من طبيعة معينة. وتسمى هذه السلطة بالاختصاص الولائي أو الاختصاص الوظيفي. فالولاية الممنوحة لجهة القضاء العادي تخوله الفصل في المنازعات المدنية والجنائية، ويقال، بتعبير آخر، إن لهذه الجهة اختصاصا وظيفيا، أي أن وظيفة هذه الجهة القضائية بحسب قانون إنشائها هي الفصل في نوعية معينة من المنازعات دون غيرها . وكذلك لجهة القضاء الإداري اختصاص ولائي أو وظيفي بمقتضاه تختص هذه الجهة بنظر منازعات معينة دون غيرها.[2]

والاختصاص الولائي أو الوظيفي يقدر بالنظر إلى الجهات القضائية، ويقدر الاختصاص الوظيفي لكل جهة على حدة. وما يدخل في اختصاص جهة قضائية معينة يخرج من اختصاص الجهة الأخرى والعكس بالعكس.

وعند تقدير نطاق الاختصاص الوظيفي أو الولائي، فإننا لا ننظر إلى المحاكم الداخلة في الجهة القضائية محل البحث، وإنما ننظر إلى الجهة القضائية ككتلة واحدة. وعلى ذلك فالاختصاص الولائي أو

[1] - نبيل اسماعيل عمر، قانون أصول المحاكمات المدنية، المرجع السابق، ص 93.
[2] - نبيل اسماعيل عمر، نفس المرجع، ص 59.

الوظيفي لجهة قضائية معينة هو مقدار الولاية أو السلطة القضائية الممنوحة لهذه الجهة للفصل في نوع معين من المنازعات.[1]

وجهة القضاء العادي أو المدني في لبنان هي الجهة صاحبة الولاية التي تختص بنظر جميع المنازعات التي يطلب فيها تدخل الفضاء، عدا ما استثنى من ذلك بنص خاص. وجهة القضاء الإداري في الجهة ذات إلى العامة بالنسبة للمنازعات الإدارية.

والاختصاص الولائي أو الوظيفي يتعلق بالنظام العام، لأنه يتعلق بحسن سير العمل وتوزيع الولاية القضائية على جهات المحاكم، ولاشك، أن مثل هذا الاعتبار، يعلو على المصالح الذاتية للخصوم.

وبناء على ذلك يجوز لأي صاحب مصلحة التمسك بعدم الاختصاص الوظيفي، كما يجوز للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها في أي حالة كانت عليها الدعوى، ولو لأول مرة أمام محكمة النقض، ولا يسقط الحق في التمسك بهذا الدفع بالكلام في الموضوع، أو بتقديم أي دفع شكلي آخر عليه . وإذا لم يلتفت القاضي إليه من تلقاء نفسه يعتبر قد أخطأ في تطبيق القانون. ويجب على النيابة العامة إذا تدخلت في الدعوى كطرف منضم أن تطلب الحكم بعدم الاختصاص الوظيفي إذا كانت المحكمة غير مختصة وظيفيا، أي إذا كان النزاع لا يدخل في الاختصاص الوظيفي للجهة التي تتبعها. ولا يجوز اتفاق الخصوم على مخالفة قواعد الاختصاص الوظيفي .[2]

الواقع أن هذه المسألة، كما قلنا، لا تطرح إلا إذا تعددت جهات القضاء، كما هو الوضع في فرنسا أو الجزائر حيث توجد ازدواجية القضاء(عادي أو إداري)، أو كما هو الحال في لبنان، حيث توجد جهات ثلاث: جهة القضاء العدلي والإداري والدينى.[3]وحتى إذا لم تتعدد جهات القضاء، فقد يحدث أن يمنع النظام القانوني للدولة من طرح بعض المنازعات أمام القضاء. فسواء تعددت جهات القضاء أو توحدت فبحث هذه المسائل يدخل تحت لواء الاختصاص الوظيفي.

فإذا تم حصر هذه المسائل التي تخرج عن وظيفة القضاء، أي عن كل جهاته، نتساءل عما إذا كان هناك تعدد الجهات القضاء في لبنان. ولى أنه توجد جهات قضائية ثلاث هي جهة القضاء العدلي وجهة القض وجهة القضاء الديني، وعندها سوف نحدد الاختصاص الوظيفي لك هذه الجهات.

---

[1] - نبيل اسماعيل عمر، قانون أصول المحاكمات المدنية، المرجع السابق، ص 60.

[2] - قضت محكمة النقض بأن للقضاء العادي بما له من ولاية عامة أن يتحقق عند بحث حجة حكم صادر من جهة قضاء أخرى، من أنه صدر في حدود الولاية القضائية لهذه الجهة، وإلا انعدمت حجته إذا خرج عن حدود هذه الولاية أمام الجهة صاحبة الولاية العامة (حكم محكمة مصر الابتدائية 1951/04/10، المحاماة،31، ص 1932. نقض 1967/05/02 س18، ص 931.

[3] - أيضا يتسم القضاء في مصر بالتعدد . فلقد أتي على مصر حين من الدهر - ليس ببعيد – توزعت ولاية القضاء فيها بين ست جهات: جهة القضاء الأهلى (وكانت تختص وظيفية بالمنازعات المدنية والتجارية بين الوطنيين)، وجهة القضاء المختلط (وكانت تختص وظيفية إذا كان أحد أطراف المنازعة أجنبية)، وجهة القضاء الشرعي (وكانت تختص وظيفية بمنازعات الأحوال الشخصية بين الوطنيين المسلمين أو غير المسلمين إذا اختلفت مللهم)، وجهة القضاء الملي، وكانت تختص وظيفيا بمنازعات الأحوال الشخصية بين الوطنيين غير المسلمين، وكان لكل أهل ملة قضاء مستقل)، وجهة القضاء الحسبي (وكانت تختص وظيفية بمسائل الولاية على اموال القصر والمحجور عليهم والغائبين، وذلك بالنسبة للوطنيين أيا كانت دياناتهم)، وجهة القضاء الإداري.

ولقد تم القضاء تدريجيا على هذا التعدد بحيث أصبح مقتصرة على جهتين فقط جهة القضاء العادي وجهة القضاء الإداري، مع وجود جهات أخرى ذات اختصاص استثنائي ضيق كالمحكمة الدستورية العليا ومحكمة القيم والمحاكم العسكرية.

لا يوجد في القوانين اللبنانية نص يقابل نص المادة 44 من قانون السلطة القضائية المصري والذي يقرر بوضوح مبدأ أن جهة القضاء العادي - المدني - هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام، بحيث تكون مختصة بنظر جميع المنازعات إلا ما استثنى بنص خاص.

بل نلاحظ؛ أن المادة 81 أصول لبناني تنص على أنه «يتحدد الاختصاص الوظيفي بموجب القوانين والأنظمة بالنسبة إلى الجهات القضائية المختلفة كالقضاء المدني والقضاء الإداري والقضاء المذهبي أو الشرعي» فقد يوحي هذا النص أن القضاء المدني ليس هو صاحب الاختصاص العام إلا إذا وجد نص على ذلك في القوانين. ورغم أنه لا يوجد مثل هذا النص إلا أن الرأي السائد هو اعتبار المحاكم العدلية هي الجهة صاحبة الاختصاص العام، فلا يحد من هذا الاختصاص الوظيفي لها إلا ما تنص عليه القوانين من اختصاص وظيفي للجهات الأخرى: الإداري والديني.

أما عن المعيار الموضوعي في الفقه الإسلامي أو ما يسمى بالاختصاص الولائي، فيعتبر من أهم أنواع الاختصاصات القضائية، وهو الأصل الذي يشملها؛ ففي كل جهة من جهات القضاء ينقسم الاختصاص القضائي إلى نوعي، ومكاني، وزماني، ولذلك، فإننا لن نعرض لاختصاصات هذا النوع بناء على تقسيمها - في موضعها- إلى نوعي، ومكاني، وزماني.

أو هو نصيب كل جهة من الولاية العامة، والولاية القضائية، هي أحد الولايات العامة التي تحدد اختصاصاتها. من ولي الأمر حسب النوع والمكان وفقا لما تقتضيه المصلحة العامة والاختصاص والولاية بمعنى واحد، وهو تخويل ولي الأمر أو نائبه لجهة قضائية سلطة قضاء الحكم في قضايا عامة أو خاصة ومعينة، وفي حدود زمان ومكان معينين، أو هو قدر ما لجهة قضائية أو محكمة من ولاية في فصل نزاع من المنازعات.[1]

والاختصاص الولائي:" عرفه الإسلام في القضاء منذ أن قامت الولاية القضائية في الإسلام، وكان المصطفى صلى الله عليه وسلم أول من أقام قاعدة ذلك الاختصاص القضائي، وباشره بنفسه". ويعرف الاختصاص الولائي بأنه: نصيب كل جهة قضائية من جهات التقاضي من ولاية القضاء. ويسمى اختصاص الجهة.[2]

فهو إذن اختصاص تعين بمقتضاه الجهة القضائية المختصة بالنظر في الدعاوى المقدمة إليها، وهو يعتبر بحكم الاختصاص النوعي ما لم يرد نص مخالف.[3]

وقد ظهر في الفقه الإسلامي أنواع من جهات التقاضي، أو الاختصاصات الولائية؛ وهي:

1- ولاية القضاء العادي (الشرعي).
2- ولاية القضاء الإداري (قضاء المظالم).
3- ولاية قضاء الحسبة.
4- ولاية قضاء العسكر. واندرجت جميع الاختصاصات القضائية ضمنها؛ بناء على توزيع الاختصاص النوعي.

---

[1] - سعود بن سعد الدريب، التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية في ضوء الشريعة الإسلامية ونظام السلطة القضائية، ط1، مطابع حنيفة، الرياض، 1403 هـ، ص 438.

[2] - ناصر بن محمد مشري الغامدي، المرجع السابق، ص 152.

[3] - عبد الرحمن بن محمد ابراهيم العنقري، تنازع الاختصاص القضائي ، دراسة تطبيقية مقارنة بين الشريعة والقانون، بحث مقدم لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير، تخصص التشريع الجنائي الإسلامي، قسم العدالة الجنائية، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، المملكة العربية السعودية، ص 60.

الفرع الثاني: المعيار النوعي.

وهو تخصيص ولاية القاضي أو المحكمة بنوع معين من القضايا، كتخصيص محكمة للقضايا الجنائية، وأخرى للمدنية أو بجزء من القضايا الجنائية كقضايا السرقة مثلا.

وقد ذكر الإمام الماوردي الاختصاص النوعي فقال عند حديثه عن تقليد قاضيين على بلد، فذكر من الأحوال:" أن يرد إلى أحدهما نوع من الأحكام وإلى الآخر غيره، كرد المداينات إلى أحدهما والمناكح إلى الآخر فيجوز ذلك، ويقتصر كل واحد منهما على النظر في ذلك، الحكم الخاص في البلد كله".[1]

وهذا هو التخصيص بالنوع ويلزم معه الاقتصار على ذلك النوع ولا يتجاوز العمل إلى غيره، والاختصاص النوعي: اختصاص يتعين بمقتضاه صنف ودرجة المحكمة التي تنظر في الدعوى من بين المحاكم التابعة الجهة قضائية واحدة.[2]

وقد حدد نظام الإجراءات الجزائية السعودي الاختصاصات الجزائية للمحكمة الجزئية باختصاصها بالفصل في قضايا التعزيرات، إلا بما يستثنى بنظام، وفي الحدود التي لا إتلاف فيها، وأروش الجنايات التي لا تزيد على ثلث الدية، أما بقية الاختصاصات التي تخرج عن ولاية المحكمة الجزئية فهي من اختصاص المحكمة العامة.

ويتحديد الاختصاص النوعي في الشريعة الإسلامية بمعايير متنوعة تندرج جميعها في مسمى الاختصاص النوعي، وأهم هذه المعايير المعيار الموضوعي بذكر الموضوعات التي كلف القاضي بالنظر فيها.

والمعيار الثاني المعيار القيمي: ويتحدد الاختصاص فيه بتحديد قيمة الدعاوى التي يحق للقاضي النظر فيها.

والمعيار الثالث هو المعيار الشخصي: ويتحدد الاختصاص فيه بذكر أشخاص الخصومة ، كأن تقتصر ولاية القاضي منه على العسكر أو على الأحداث،[3] وهذه هي الطريقة التي سلكها نظام المرافعات الجديد في تحديد الاختصاصات فذكر الاختصاص النوعي بمفهومه العام الشامل الفروعه وهي القيمي والشخصي والموضوعي.

ومن أمثلة المعيار النوعي، ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (36) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية إذ نصت على أنْ:" تشمل ولاية المحكمة جميع القضايا التي يعرضها عليها المتقاضون كما تشمل جميع المسائل المنصوص عليها بصفة خاصة في ميثاق الأمم المتحدة أو في المعاهدات والاتفاقيات المعمول بها".

ويتضح من النص، أنَّ للمحكمة اختصاصا نوعيا واسعا يتغاضى عن التمييز بين المنازعات القانونية والمنازعات السياسية، بيد أنّ الفقرة الثانية من المادة (36) تعود فتقرر مثل هذا التمييز، إذ أقرت بالولاية الجبرية على المنازعات القانونية فقط، ومع ذلك، فالجدير بالملاحظة، أنَّ المنازعات السياسية يصعب حلها عادة بموجب أحكام القانون الدولي ولذلك نجد أنَّ الفقرة الثانية من المادة (38) من النظام الأساسي للمحكمة أجازت لأطراف النزاع أنْ يطلبوا من المحكمة الفصل في المنازعة وفقا لمبادئ العدل

---

[1] - الماوردي، المرجع السابق، ص 90.

[2] - عبد الرحمن بن محمد ابراهيم العنقري، المرجع السابق، ص 63.

[3] - ناصر بن محمد الغامدي، الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي مع بيان التطبيق الجاري في المملكة العربية السعودية، مكتبة الرشد، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 1420 هـ، ص 184 وما بعدها.

والإنصاف، ويترتب على ما تقدم أنَّ لمحكمة العدل الدولية صلاحية النظر في كافة المنازعات القانونية أو السياسية التي تتعلق بمبادئ القانون الدولي الإنساني وقد سنحت الفرصة لأكثر من مرة لمحكمة العدل الدولية لتذكير المجتمع الدولي بأهمية هذه المبادئ التي تصفها على أنها:" اعتبارات أولية إنسانية".[1] وقواعد تتعلق بحقوق الإنسان الأساسية وجزء لا يتجزأ من القانون الدولي العام،[2]ولا تتردد المحكمة في أنْ تضعها من بين الالتزامات المفروضة في مواجهة الجميع.

الفرع الثالث: المعيار القيمي.

الاختصاص القيمي في حقيقته هو؛ جزء لا يتجزأ من الاختصاص النوعي، ويسمى الاختصاص الكمي، أو الاختصاص بنصاب معين. ويقصد به: قصر ولاية القاضي على المنازعات التي لا تزيد قيمتها على مبلغ معين من المال.[3]

وهو جائز على القاعدة التي قررها الفقهاء -عليهم رحمة الله - والتي تفيد أن القضاء يتخصص بالحادثة ، والمكان والزمان)، فإن الحادثة هي النوع، ويتنوع مقدار الحادثة إلى مقادير مختلفة ، فيجوز تخصيص قاض بمقدار ، وآخر بمقدار أزيد منه، وهكذا.

و يقصد بالاختصاص القيمي في النظام السعودي: اختصاص كل طبقة من طبقات المحاكم داخل الولاية القضائية الواحدة بحسب قيمة الدعوى.[4]

الفرع الرابع: المعيار المكاني.

كان لاتساع رقعة الدولة وانتشار سكانها في ربوعها المختلفة أثره في تعدد المحاكم ذات الصنف الواحد والدرجة الواحدة وتوزيعها على مختلف الأنحاء، ليصبح القاضي قريبا بقدر الإمكان من أماكن المتقاضين أو من محال نزاعاتهم تيسيرا للتقاضي.

وقد بين فقهاء الشريعة الاسلامية رحمهم الله ضرورة تحديد مكان ولاية القضاء ، وهو أحد شروط التولية.

قال أبو يعلى في الشرط الرابع من شروط تولية القضاء:"ذكر البلاد التي انعقدت الولاية عليها. فإن عقدت مع الجهل لم يصح ".[5]

ويقصد به مجموعة القواعد التي تعين المحكمة المختصة من بين عدة محاكم، من نوع واحد موزعة، في المدن والبلدان من المملكة، للنظر في قضية معينة.[6]

---

[1] - قضية مضيق كورفو، مجموعة أحكام محكمة العدل الدولية لعام 1949، ص22،المجلة الدولية للصليب الأحمر، السنة(11)- العدد(61)، أيلول، 1998، ص446.

[2] - قضية شركة برشلونة بين (بلجيكا واسبانيا) مجموعة أحكام محكمة العدل الدولية لعام 1970 ص32، المرجع السابق ص446.

[3] - نصر فريد واصل، السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام: ص 194.

[4] - سعود آل دريب، التنظيم القضائي في المملكة، المرجع السابق، ص2/159.

[5] - أبو يعلى محمد بن الحسين الفراء، الأحكام السلطانية، تعليق: محمد حامد الفقي، دار الوطن، الرياض، المملكة العربية السعودية، دون تاريخ نشر، ص64.

[6] - الدريب، المرجع السابق، ص454.

ويقتضي حسن أداء العدالة ألا تتركز محاكم الدولة في مكان واحد، ولو كان هذا المكان هو العاصمة، وإنما ينبغي أن توزع تلك المحاكم على مختلف أرجاء البلاد، وأن تحدد لكل محكمة دائرة مكانية، تختص بنظر المنازعات التي تقع في نطاقها. وبذلك يجد كل مواطن محكمة قريبة منه، يمكنه أن يلجأ إليها في غير عناء ولا تكلفة. ونشر المحاكم على إقليم الدولة وإن كان ييسر العدالة ويقر بها من المتقاضين، إلا أنه يضيف مشكلة جديدة إلى مشاكل الاختصاص هي بيان المحكمة التي تختص إقليمية أو محليا بنظر المنازعة.[1]

وقد أشار الإمام الماوردي رحمه الله إلى الاختصاص المحلي، فذكر من أحوال تقليد قاضيين على بلد فقال:" أن يرد إلى أحدهما موضعا منه وإلى الآخر غيره فيصح، ويقتصر كل واحد منهما على النظر في موضعه.[2]

كما بينت المواد الأخرى من القانون أن مكان قيام الدعوى هو موطن المدعى عليه، وفي حالة عدم وجود محل إقامة له فيكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في نطاقها محل إقامة المدعي.

وبالنسبة للدعاوى الخارجة عن اختصاص ديوان المظالم المقامة ضد الأجهزة الحكومية، فتقام في المحكمة التي يقع بها الفرع الرئيسي، ويجوز أن يكون رفع الدعوى أمام محكمة الفرع

أما في الدعاوى المتعلقة بالشركات أو الجمعيات والمؤسسات فتقام أمام المحكمة التي يقع في نطاقها مركز إداراتها، وإذا تعلقت المشكلة بالفرع جاز رفعها أمام محكمة الفرع

وتعد المدينة أو القرية نطاقا محليا للمحكمة الموجودة بها، وتتبع القرى التي ليس بها محاكم محكمة أقرب بلدة إليها.

الفرع الخامس: المعيار الموضوعي.

الاختصاص الموضوعي في الشريعة الاسلامية هو أحد أنواع الاختصاص النوعي؛ وذلك عندما يحدد الاختصاص النوعي بمعيار الموضوع الذي ينظر فيه القاضي، ومعناه: أن يحدد اختصاص القاضي النوعي بذكر الموضوعات التي يجوز له الفصل فيها؛ كأن يسند إليه الفصل في المعاملات، أو النظر في المناكحات، أو النظر في الجنايات، وغير ذلك.[3]

ومن هذا القبيل أجاز الفقهاء -عليهم رحمة الله - تخصيص قاض للمداينات، وآخر لعقود الأنكحة، و مسائل الزواج، وثالث لقضايا المواريث والوصايا ، ورابع لقضايا العقار وما يتعلق بها ، وغير ذلك من أنواع الفقه والخصومات.

ويقصد بالاختصاص الموضوعي في النظام السعودي: اختصاص كل طبقة من طبقات المحاكم داخل الولاية القضائية الواحدة. أو تعيين اختصاص كل فئة، أو طبقة من طبقات المحاكم التابعة لجهة قضائية واحدة من المنازعات التي منحها النظام حق الفصل فيها.[4]

---

[1] - عبد المنعم عبد العظيم جيره، نظام القضاء في المملكة العربية السعودية، مطابع معهد الإدارة العامة، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1409 هـ، ص 522.

[2] - الماوردي، المرجع السابق، ص 90.

[3] - الطرابلسي، معين الحكام، المرجع السابق، ص 12.

[4] - سعود آل دريب، التنظيم القضائي في المملكة، المرجع السابق، ص 2/109.

الفرع السادس: المعيار الشخصي.

يقصد بالاختصاص الشخصي للمحكمة الأطراف التي يمكنها الترافع أمام هذه المحكمة،أو التي يمكن متابعتهم جزائيا أمامها. ويعتبر التخصيص بالنظر لأشخاص الخصومة في الفقه الإسلامي أحد معايير تحديد الاختصاص النوعي للقاضي؛ ويقصد به: أن يخصص ولي الأمر من ولاه القضاء بالحكم، وفصل الخصومات بين أشخاص معينين؛ كأن يخصصه بالحكم بين الأشخاص المتوطنين بدائرة محكمة معينة فقط. فهذا اختصاص بأشخاص الخصومة داخل الاختصاص المكاني.[1]

تقضي الفقرة الأولى من المادة (34) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية بأنّ:" للدول وحدها الحق في أنْ تكون أطرافا في الدعاوى التي ترفع للمحكمة". كما نصت الفقرة الأولى من المادة (35) من النظام الأساسي للمحكمة :" للدول التي هي أطراف في هذا النظام الأساسي أنْ يتقاضوا إلى المحكمة"، وعليه فإن جميع أعضاء الأمم المتحدة بحكم عضويتهم يعتبرون أطرافا في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية حسب المادة (93) من الميثاق، وبالتالي، يحق لهم الترافع أمام المحكمة، وكذلك، يمكن للدول غير الأعضاء في الأمم المتحدة الانضمام إلى النظام الأساسي للمحكمة بشروط تحددها الجمعية العامة لكل حالة بناءا على توصية مجلس الأمن.

وأخيرا، يجوز للدول الأخرى الالتجاء لهذه المحكمة بشروط يحددها مجلس الأمن على أنْ لا يكون في هذه الشروط ما يخل بالمساواة بين المتقاضين أمام المحكمة، وعليه، لا يجوز للأفراد والجماعات والوحدات السياسية من غير الدول التقاضي أمام محكمة العدل الدولية. وهذه نقطة ضعف أخرى في اختصاص محكمة العدل الدولية بالنسبة لقواعد القانون الدولي الإنساني طالما أنَّ معظم انتهاكات قواعد القانون الدولي الإنساني هي جرائم حرب أو جرائم ضد الإنسانية أنَّ مرتكبها من الأفراد دون الدول مما يجعلهم تحت طائلة المحاكم الدولية الخاصة كتلك التي نشأت لمحاكمة مجرمي الحرب في نورمبرغ وطوكيو ويوغسلافيا سابقا و رواندا.

ومن الجدير بالإشارة إليه، أيضا، أنَّ النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية قد تضمن المسؤولية الجنائية الشخصية لمعاقبة جميع الأشخاص الذين يرتكبون جرائم تمس الإنسانية أو جرائم الإبادة الجماعية وجرائم الحرب وجرائم العدوان ذلك أنَّ النظام الأساسي للمحكمة الجنائية يقوم على تقرير المسؤولية الجنائية الفردية للأشخاص الطبيعيين وليس للأشخاص المعنوية كالدول، هذا ويمكن للأفراد الذين يدخلون في حماية اتفاقيات القانون الدولي الإنساني كالأسرى والجرحى والسكان المدنيين الذين يتعرضون لانتهاكات معينة وبعد استنفادهم لجميع طرق الطعن المتاحة أمامهم في قانون الدولة التي حصل فيها الانتهاك يمكنهم الطلب من دولهم التدخل لإصلاح الضرر الذي تعرضوا له وذلك بالطرق الدبلوماسية وفي حالة عدم نجاح هذه الطرق فانه يمكن لدولهم تبني الدعوى ورفعها ضد الدولة التي انتهكت حقوق رعاياها أمام محكمة العدل الدولية وذلك في حالة موافقة الدولة الخصم على التقاضي أمام هذه المحكمة وتعد الخصومة في هذه الحالة خصومة بين دولتين تترتب عن مخالفة احدهما لمبادئ القانون الدولي الإنساني، أما بالنسبة لأشخاص القانون الدولي الأخرى من غير الدول كالمنظمات الدولية فمن الواضح إن نص المادة (34) من النظام الأساسي لمحكمة العدل قد أجاز للدول فقط إن تكون أطرافا في الدعاوى التي ترفع أمامها،[2] في حين لا يكون أمام تلك المنظمات غير طلب الرأي الاستشاري من تلك المحكمة .

[1] - الشيخ احمد بخيت المطيعي، القضاء الشرعي، تخصيصه وشيء من تاريخه، مجلة المحاماة الشرعية، السنة الأولى، العدد الثالث، رجب 1348 هـ، ص 160.

[2] - إبراهيم شحاتة، محكمة العدل الدولية ومتطلبات تطوير نظامها، مجلة السياسة الدولية، العدد31، كانون الثاني، 1973، ص56 وما بعدها.

الفرع السابع: المعيار الزماني.

أو الاختصاص الزماني هو تحديد ولاية القاضي بزمن معين تزول ولايته إذا انتهى ذلك الوقت، قال الإمام الماوردي: "فلو لم يعين الخصوم وجعل النظر مقصورا على الأيام، وقال قلدتك النظر بين الخصوم في يوم السبت وحده، جاز نظره فيه بين الخصوم في جميع الدعاوى، وتزول ولايته بغروب الشمس منه، ولو قال : قلدتك النظر في كل يوم سبت جاز أيضا، وكان مقصورة النظر فيه ...".[1]

والاختصاص الزماني ورد ذكره كثيرا عند الفقهاء، وهو تحديد الولاية بوقت أو زمن معين، كأن يقلده العمل لمدة عام، تزول الولاية بنهاية ذلك العام. والاختصاص الزماني من الناحية العملية قليل في هذا الزمن، وتقل أهميته عن باقي الاختصاصات الأخرى.

ومن أمثلة الاختصاص الزماني قانون الطوارئ الذي يعلن وتحكم الجان عسكرية البلد ويحدد حكمها بوقت معين وينتهي اختصاصها بانتهاء الفترة الزمنية المحددة.

أو تحديد تعيين القاضي بفترة زمنية محددة ينتهي اختصاصه الزماني بانتهاء تلك المدة.

ومن أمثلة الاختصاص الزماني ما ذكره الدكتور الدغيثر، تعليقا على عيب عدم الاختصاص الزماني، ضمن حديثه عن القضاء الإداري إذ يقول:"بجانب النطاق المكاني المباشرة الاختصاص، هناك أيضا نطاق زمني لمباشرته، يتعين على العضو الإداري التقيد به، وإلا كان قراره مشوبة بعيب عدم الاختصاص، من حيث الزمان، وحالات عدم الاختصاص من حيث الزمان متعددة، منها:

- إصدار قرار استنادا إلى قانون انتهى العمل به، أو لم يدخل حيز التطبيق.
- التعيين المسبق، أي التعيين سلفا في وظائف شاغرة.
- صدور القرار بعد انقطاع علاقة الموظف بالوظيفة، إما بالاستقالة أو بالنقل، وكذلك انتهاء فترة ولاية المجالس البلدية ومجالس المقاطعات بالنسبة لأعضائها.
- قيام الوزارة المستقيلة والمكلفة بتيسير الأعمال إلى حين تشكيل الوزارة الجديدة، بأعمال لا تعد ضمن الأعمال الجارية.[2]

المطلب الرابع: التقدير القضائي لعيب الاختصاص.

تثار مسألة الاختصاص أمام المحكمة قبل النظر في موضوعها، هذه المسألة في الغالب قد يثيرها الخصوم في صورة دفع بعدم الاختصاص،[3] وقد تثيرها المحكمة من تلقاء نفسها، وفي الحالتين تختص المحكمة بالفصل في مسألة الاختصاص من عدمه، تطبيقا لقاعدة قاضي الدعوى هو قاضي الدفع.[4]

---

[1] - الماوردى، المرجع السابق، ص91.

[2] - فهد بن محمد الدغيثر، رقابة القضاء على قرارات الإدارة، ولاية الإلغاء أمام ديوان المظالم (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 243.

[3] - *Emmanuel BLANC; les exceptions d'incompétence au cas ou L' exception est soulevée par les parties dans les nouveau code de procédure civile Gazpa 1976 doctr. P.463. GIVERDEN : incompétence. Préc. P. 4 ets No 23-160. SOHM-BOURGOIS; compétence - exception d'incompétence. Jur. Class. Pr. civ. 1991. Fasc. 213-1. p. 8ets. No 40. suiv.*

[4] - علي أبو عطية هيكل، الدفع بإحالة الدعوى في قانون المرافعات (دراسة تحليلية وتطبيقية لفكرة الإحالة القضائية للدعوى، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 132.

فإذا انتهت المحكمة بتقديرها لمسألة الاختصاص، وقضت باختصاصها عد ما قضت به حكما فرعيا غير منهي للخصومة، وهنا تستمر في نظرها للدعوى. وهذا مالا نتناوله، وإنما نتناول عكس ذلك، وهو حالة لو انتهت المحكمة من : المسألة إلى عدم اختصاصها لخروج المنازعة المطروحة أمامها عن حدود ولاية الجهة التابعة إليها هذه المحكمة، او عن اختصاصها لاختصاص محكم أخرى من محاكم الجهة التابعة إليها، وذلك كله وفقا لقواعد الولاية وتوزيع الاختصاص، أيا كان عدم الاختصاص وطبيعته.

فالحكم بعدم الاختصاص يسبقه تقدير قضائي لمسألة الاختصاص في وجهها السلبي، لإمكانية تكييفه، تكييفا صحيحا حسب نوعه، سواء أثار الخصوم الدفع به وأثارت المحكمة المسألة من تلقاء نفسها متى تعلق الاختصاص بفكرة النظام العام. ولكن إذا لم تتعلق هذه المسألة بتلك الفكرة ولم يثرها الخصوم كحالة عدم الاختصاص المحلي أمام محاكم أول درجة، فهل يمكن للمحكمة أن تقضي فيها من تلقاء نفسها ؟ وهل تخضع المحكمة وهي بصدد تقديرها لهذه المسألة لرقابة محكمة النقض ؟

إن المنطق يفرض دائما بحث صحة الوسيلة ومشروعيتها قبل التعرض لما تحتويه من طلبات، لذا قيل – وبحق- أنه لا يوجد عمل قضائي دون أن يسبقه تقدير، وفي تصورنا، أن صحة ما يترتب على هذا التقدير، يتوقف على صحة التقدير ذاته، باعتباره انعكاسا لما يترتب عليه، ومتى صح، صح البنيان كله و خاصة فيما يتعلق بمسألة الاختصاص، لأن المحكمة قد تقضي بالرغم من اختصاصها بعدم الاختصاص، ولذا اقتضى المنطق ضرورة تقدير مسألة الاختصاص -وفي هذا الصدد- في شقها السلبي- عدم الاختصاص تخضع - وكما سنرى – لرقابة النقض على هذا التقدير. ولكن قبل ذلك يجب أن نتطرق لطبيعة قواعد الاختصاص.

الفرع الأول: طبيعة قواعد الاختصاص.

تستهدف قواعد الاختصاص تنظيم عمل مرفق من أهم مرافق الدولة، بل سلطة من سلطتها الأساسية، هي السلطة القضائية، لذلك كان طبيعي أن تعتبر قواعد الاختصاص، في جملتها من القواعد المتعلقة بالنظام العام، غير أن ارتباط قواعد الاختصاص اعتبارات المصلحة ليس على درجة واحدة وإنما يختلف من نوع إلى آخر من أنواع قواعد الاختصاص السالف بيانها، فقواعد الاختصاص الوظيفي تستند إلى توزيع ولاية القضاء في الدولة على جهتين أو أكثر من جهات القضاء، ويرتبط هذا التوزيع بالمبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام القضائي في الدولة.[1] ويلي قواعد الاختصاص الوظيفي قواعد الاختصاص النوعي فهي تتفق معها في الطبيعة والأسس وارتباطها بالأفكار الأساسية للتنظيم القضائي، ومن المتفق عليه، أن أحكام الاختصاص النوعي تعتبر من النظام العام. وعلى هذا أجمع الفقه واستقرت أحكام القضاء ... ومن المتفق عليه، كذلك، أن أحكام الاختصاص بالنظر لشخص المتهم تعد بدورها من النظام العام، لأنها لا تقل أهمية عن قواعد الاختصاص النوعي.[2]

أما قواعد الاختصاص المحلي (المكاني)، فرغم اختلافها عن القواعد السابقة من حيث ارتباطها بالنظام العام وتعلقها به إلا أنه وقع حولها جدل، فقد كان تحديد طبيعتها مثارة لتردد القضاء، والرأي الذي

[1] - جيره، المرجع السابق، ص 411.
[2] - عمر السعيد رمضان، المرجع السابق، ص 29.

ساد في الفقه واستقرت عليه أخيرا محكمة النقض في مصر،[1] هو اعتبار هذه الأحكام تماما كأحكام الاختصاص النوعي والشخصي من النظام العام، وهذا هو الرأي المستقر عليه في فرنسا.[2]

وهذا الرأي الذي انتصر له البعض، وخصوصا في المسائل الجنائية ليس على إطلاقه، فإن قواعد الاختصاص المحلي ليست متعلقة بالنظام العام - كأصل عام- بسبب أنها تستهدف تقريب التقاضي من المتقاضين وتيسيره عليهم، منظورة في ذلك لجانب المدعى عليه، أي أن هذه القواعد إنما ترعى في النهاية مصلحة خاصة هي مصلحة المدعى عليه.[3]

فالأرجح أن قواعد الاختصاص المحلي ليست من النظام العام، إلا ما استثني بقانون، في حالات محددة. وإذا اعتبرنا قواعد الاختصاص من النظام العام ترتب على ذلك ما يلي:

أ- لا يجوز للخصوم الاتفاق على خلافها، في أي وقت، ولا يعتد بأي **اتفاق خالف تلك القواعد ويحكم ببطلانه.**

ب- يجب أن تحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم اختصاصها بالدعوى، ولو لم يثرها الخصوم، كما أن للخصوم إثارة الدفع بعدم الاختصاص في أي وقت، أو الاعتراض على الحكم بعدم الاختصاص بعد صدوره.

أما إذا كانت قواعد الاختصاص لا تتعلق بالنظام العام فيترتب على ذلك ما يلي:

أ- جواز أن يتفق الخصوم على مخالفة تلك القواعد.
ب- إذا أراد الخصم الدفع بعدم الاختصاص فيجب أن يدفع بذلك قبل المرافعة وإلا سقط حقه في ذلك الدفع أثناء المرافعة.
ج- لا يجب على المحكمة التي تنظر الدعوى أن تثير من نفسها مسألة عدم الاختصاص إذا سكت الخصوم عن ذلك فهو لا يتعلق بالنظام العام.
د- قبول الخصم بمحكمة غير مختصة محليا لا يلزم أن يكون صريحا، بل يستفاد ضمنا، فسكوته عن ذلك يعتبر قبولا.[4]
إلا أنه تجب الإشارة، إلى أن هناك حالات استثنائية يكون الاختصاص المحلي من النظام العام، فالمنظم جعل الاختصاص المحلي في دعاوى معينة لمحكمة معينة مثل التماس إعادة النظر والمعارضة، والاستئناف والرد والمخاصمة (وفي الأحوال التالية يكون فيها الاختصاص المحلي من النظام العام، إما احتراما لمبدأ تبعية المحاكم بعضها للبعض الآخر، أو لأن القضاء لا يسلط على قضاء آخر، إلا إذا كان الأول أعلى درجة من الثاني، أو لأن ولاية المحكمة التبعية أو التكميلية تقتضي حتما أن تختص هي إلى جانب اختصاصها الأصلي - بهذه المسائل، كالحكم في النفاذ المعجل أو في المصروفات - أو الحكم بتفسيره أو تصحيحه أو الحكم بإسقاط الخصومة أمام المحكمة، أو باعتبار المدعي تاركا دعواه عملا

[1] - يكثر في هذا البحث وغيره استشهاد بشروح لأنظمة عربية أخرى كالقانون المصري وغيره وهذا لا يدل على أن كل ما ينطبق على تلك القوانين ينطبق على النظام السعودي لكن هناك تشابه كبير بينها وتتفق في كثير من المواضع ومعظم هذه الأنظمة استفادت من القانون الفرنسي وسبب إيراد الباحثين لتلك الشروح توفرها وعدم وجود شروح كافية مستقلة بالنظام السعودي وإن كانت جميع الأنظمة تتفق في ثوابت معينة.
[2] - عمر السعيد رمضان، المرجع السابق، ص 30.
[3] - جيره، المرجع السابق، ص 412.
[4] - عبد المنعم جيره، ص 411، وعمر السعيد رمضان ص29 وما بعدها والشواربي، عبد الحميد، قواعد الاختصاص القضائي في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1980، ص 212.

بالمادة 128 من النظام المصري، أو لأن المشرع يستوجب حتما أن تختص محكمة معينة بالدعوى، رعاية المصلحة الغير، كما هو الحال في حدود دعوى شهر الإفلاس.[1]

الفرع الثاني: التقدير القضائي لمسألة الاختصاص في شقه السلبي.

إذا كان صحيحا أن تكييف الدعوى (*qualification*)،[2] هو الذي عليه يتحدد ما إذا كانت جهة أو محكمة هي المختصة من عدمه بهذه الدعوى، فإذا انتهت المحكمة إلى عدم اختصاصها قضت به في الغالب ولومن تلقاء نفسها، وذلك لمخالفة قواعد اختصاصها.

ومناط تقدير القاضي لهذه المخالفة وتكييفها، هو تحليله لكل من القاعدة الموضوعية المنظمة لأصل الحق والقاعدة الإجرائية التي تحدد اختصاصه من عدمه، وذلك وفقا للقواعد التي تحدد ولاية الجهة التابع لها وموضوع الدعوى محل المنازعة وقيمتها ومكان نظرها.

وتحليل القاضي لكل من هاتين القاعدتين يكون من خلال عناصرهما الأولية حيال وقائع الدفع المبدى بعدم اختصاصه، أو من بين وقائع الدعوى التي تحتوي وقائع مسألة الاختصاص في شقها السلبي، إذا ما أثارها القاضي من تلقاء نفسه.

والقاضي وهو بصدد تحليله لهذه العناصر يلجأ إلى الوسائل القانونية،[3] لأنها وعلى تعددها يستهدف بها الوصول إلى حقيقة المطلوب، وبصفة خاصة إلى الوسائل المنطقية من أسس وبناءات[4] ليدرك بها القاضي[5] التكييف الذي يتفق القانون، وذلك لأن الالتزام بأصول علم المنطق ومناهجه في الاستقراء و الاستنباط والقياس هو أساس الاستدلال الصحيح في التكييف.[6]

ويبدأ القاضي تقديره لعدم الاختصاص بالتقرير القضائي لماديات الوقائع،[7] وذلك بفحصه لها للتأكيد من أن هذه الوقائع متعلقة بالدفع ومنتجة فيه حالة إثارته من جانب الخصوم، أو فحص القاضي لهذه الوقائع من بين وقائع الدعوى المطروحة أمامه والتي تحتوي على مكونات الدفع وبمجرد طرحها أمامه متى كان

---

[1] - أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1985، ص187.

[2] - *Mario,ROTONDI,consideration " fait et drait " R.T.D. civ. 1977. p. 14. No 9. Raymond MARRTIN; le fait et le droit ou les parties et le juge. J.c.p. 1974 doctr. No 2625 No 31 ets. OMAR.NABIL; thè. préc. P.88 ets. NORMAND; thè. Préc. P.144 No 156.*

[3] - من حيل وقرائن ومعايير قضائية ونمط قانونى (*standard juridique*). نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي، المرجع السابق، ص 142 و 151. أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضى المدنى، دار النهضة العربية، مصر، ط 1، 1988، ص 272 وما بعدها.

[4] - هذه الأسس والبناءات تكمن في مصطلحات أربعة أولها : المبادئ (*les principes*)، ويقصد بها مجموعة الوقائع العامة، التي تتغير ببطء في مجموعها ، ويكون لها جمود نسبى عند تطورها مع بقية الوقائع، وتعتبر لسان أو لغة المنطق سواء كانت مطلقة أو نسبية لتساهم في تكون وإدراك القاضي لدفعه وإرشاده للحل الواجب الإتباع، وثانيها : النظريات (*les théories*) وهي مجموعة الأفكار العلمية ذات المعني الشمولي والمجرد ، والتي تساهم مع القاضي بدور فعال في تكوين فهمه والتي بها يهبط إلى الفكرة . وثالثها : الفكرة (*notion*)، وهي الوسيلة الفكرية أو الذهنية التي يتخذها القاضى كأساس في بحثه، فالفكرة تعرض أساسا كحقيقة وظيفية، وتجمع خصائصها وتعممها يؤدى إلى وجود النظرية، وذلك من خلال تقسيمها إلى مجموعات، وما يجب أن تحتويه وحسب آثارها القانونية لتأتي المجموعة المحددة. وأخيرا : المجموعات (*les catégories*)، هي الحلول التي استهدفها القاضي من تقديره للوقائع المطروحة لديه وفقا للقاعدة القانونية المنظمة لما طرح أمامه. أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص270 و 272، بند 91.

[5] - لكون النظريات الإجرائية تثير هي الأخرى النظرية العامة للقانون، فيستعين بمنطق وأدوات وافكار هذه النظرية، لتصبح الفكرة الإجرائية محل التقدير أكثر إحاطة بالظاهرة القانونية لكل فروعها.

[6] - قرب نقض جنائى 1995/11/21، طعن 63/9054 ق، المكتب الفني المجموعة 46، ص 1232، قاعدة 184.

[7] - نبيل عمر، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي، ص 35، بند 27.

القاضي غير مختص بها لينتقل القاضي من فحصه لها إلى تقديرها، أي من تقرير الوقائع إلى تقديرها، ليختار منها ما يكون الواقع لديه - باعتباره العنصر الأول لمادة النشاط القضائي- حسب تكوينه الثقافي ودرجة الحدس القانوني لديه، ودون أن يلجأ باختياره هذا إلى وقائع لم تطرح أمامه، هذا الاختيار هو التقدير القضائي والمتمثل في مجموعة الأنشطة الذهنية التي يقوم بها القاضي لتقديره، أن تلك الوقائع المختارة صالحة لتوليد الأثر القانوني المطلوب.

وذلك لأن قياس مقدرة واقعة معينة[1] على إنتاج الأثر القانوني المطالب به لا يكون إلا بتطابق هذه الواقعة مع صورة الواقعة التي يتصورها القانون في قاعدته المجردة، لينتهي القاضي بناء على كل ذلك إلى التوصل إلى القاعدة القانونية واجبة التطبيق.

ومؤدى ذلك، أن القاضى يقوم من خلال تقديره باستخلاص الضابط أو المعيار العام المجرد لضبطه وتحديده، عن طريق تخليص الوقائع المادية المقدمة لديه من ذاتيتها الشخصية المحضة، لتصبح واقعا خاليا من هذه الصفة، وذلك بإجرائه لمجموعة من العمليات المنطقية السريعة والتي تعتمد على خبرته من اجل اختيار مجموعة الوقائع التي يكون فكرة عن طبيعتها، ثم يقارن هذه الطبيعة بالقواعد القانونية المنظمة لاختصاصه من عدمه، وفقا للضوابط و المعايير المحددة التي يعتنقها المشرع الاجرائي في شأن هذه الوقائع، مستعينا القاضي بصددها بأدوات ومنطق النظرية العامة للقانون.

وباستخلاص القاضي للواقعة الأساسية من بين الوقائع المطروحة أمامه، ستكون لديه الواقع وهو أحد عنصرى النشاط القضائي لعدم الاختصاص، لينتقل منه القاضي وبدون فارق زمني إلى ترجمة هذا الواقع المختار إلى فكرة إلى فكرة قانونية ليكتمل العنصر الثاني لمادة هذا النشاط، هذا العنصر يتمثل في التكييف القانوني للواقعة الأساسية محل الدفع بعدم الاختصاص.

والتكييف القانوني هو ترجمة الواقع الثابت الذي اختاره القاضي من بين ما عرض عليه من وقائع إلى فكرة قانونية (*notion juridique*)، هذه الفكرة هي ما توصل إليه القاضي نتيجة لعدم تطابق الواقع المختار مع المركز القانونى بشأن قواعد الاختصاص بصدد الدعوى المطروحة أمامها، ليرسي القاضي التكييف السليم[2] على قاعدة عدم التطابق بين القاعدة الموضوعية وفقا لحقيقة النزاع ومرماه و بين القاعدة الإجرائية المنظمة لقواعد الاختصاص والتي تشير إلى عدم اختصاصه، ودون الاعتداد بتكييف الخصوم لها، وما إذا كان عدم الاختصاص يتعلق بانتفاء الولاية أم بموضوع الدعوى أو بقيمتها، أم بمكان نظرها.[3]

ففيما يتعلق بانتفاء الولاية القضائية بالدعوى، والمكيف قانونا بعدم الاختصاص الوظيفي أو الولائي تنص المادة 109 مرافعات " الدفع بعدم اختصاص المحكمة لانتفاء ولايتها ... تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها، ويجوز الدفع به في أية حالة كانت عليها الدعوى " وتحقيق ذلك يتأتى نتيجة عدم تطابق الواقع الموصوف أو المكيف مع الضوابط والمعايير التي يعتنقها المشرع بصدد الولاية الفضائية في وجهها الإيجابي،[4] ليستقر لدى القاضي الانتفاء المطلق أو العارض بصددها، أو لعدم دخول المنازعة في ولاية الجهة التابع لها، لولاية جهة قضائية أخرى، ولو كانت جهة قضاء استثنائي.

---

[1] - عيد القصاص، التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة، دار النهضة العربية، مصر، 1994، ص 209، بند 159.

[2] - ولو كانت المنازعة لا يختص بها أي قضاء كشأن أعمال السيادة، فيتعين على القضاء التي تطرح أمامه إعطائها الوصف القانوني السليم. طعن 33/364 ق، نقض 1968/03/05، المكتب الفني المجموعة 19، ص 105، طعن 34/564 ق، نقض 1969/04/29، المكتب الفني المجموعة 20، ص 299.

[3] - علي أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص 139.

[4] - حول هذه الضوابط وتلك المعايير. عبد المنعم جيرة، مشاكل الاختصاص وقواعد الاحالة المستحدث في قانون المرافعات وفقا لقانون 23 لسنة 1992، مركز البحوث والدراسات القانونية، جامعة القاهرة، 1993، ص 29 ومابعدها.

ويؤسس تقدير القاضي لعدم اختصاصه وظيفيا على فكرة انعدام ولايته القضائية مطلقا أو بصفة عارضة بصدد بعض النزاعات- وكما سنرى-بحسب طبيعتها أو صفة مرتكبها، وذلك من جانب، ومن جانب آخر، على انعدام قدرته على الفصل في النزاع المعروض عليه، لوجود قضاء مختص به، مما يتعين نظره من القضاء الأخير، ليتحقق بمقتضى ذلك الغاية التي من أجلها أوجد المشرع قضاء عاديا وإداريا واستثنائيا، ولا يمكن القول، بصدد ذلك، أن القاضى يعلم القانون، ويمكنه نظر كل ما يقدم لديه، لأن حمل القول على مثل ذلك يصطدم مع ما أوجده المشرع من جهات قضائية متعددة، وأيضا مع قاعدة إنكار سلطة القاضي خارج حدود ولايته القضائية، وبصفة خاصة، الجهة التابع لها، لانعدام سلطته خارج هذه الولاية،[1] ووفقا لنص المادة 16 سلطة قضائية قانون 46 لسنة 1972، لأن سلطة القاضى خارج ولاية الجهة التابع لها، في تصورنا، تشبه حالة فاقد أهلية التقاضي، فكما لا يستطيع فاقد هذه الأهلية ممارسة حقه في التقاضي بنفسه، فذلك القاضي الذي تطرح أمامه دعوى لا تدخل في ولاية الجهة التابع لها.[2]

فإذا انتهى القاضي المدني بتكييفه إلى أن المنازعة المطروحة أمامه منازعة إدارية،[3] أو قاضى جهة القضاء الإداري كأن المنازعة المطروحة أمامه ليست إدارية، او كانت المنازعة المطروحة أما أيا من قاضي الجهتين ليست مدنية ولا إدارية، و إنما من اختصاص قضاء استثنائي، أو كانت المنازعة المطروحة أمام القضاء الأخير من اختصاص أي من جهتي القضاء الأصلي، ففي ذلك يقضي القاصي بعدم اختصاصه وظيفيا ولو من تلقاء نفسه.

وخروج المنازعة عن ولاية القضاء في عمومه يقوم على انتفاء الصلة أو الرابطة بينها وبين النظام القانوني في الدولة، فتنتفي ولاية القضاء بشأنها مطلقا، وهو ما يطلق عليه بالانتفاء المطلق للولاية.[4]

أما عن خروج المنازعة من ولاية القضاء بصدد بعض الأعمال وطوائف محددة من الأشخاص لاعتبارات يقدرها المشرع، فذلك لأن المتعلقة بهذه الأعمال، وهؤلاء الأشخاص وإن كانت تخضع بحسب الأصل لولاية القضاء، فيعد خروج المشرع لها من رقابة القضاء، وعدم خضوعها لولاية العضو القضائي بمثابة خروج عارض. ولذا يطلق عليه البعض الانتفاء العارض للولاية.[5]

وتدخل المشرع بصدد هذه الأعمال وهؤلاء الأشخاص يضيف عليها نوعا من الحصانة القضائية، تعد هذه الحصانة موضوعية بالنسبة للأعمال، وشخصية بالنسبة للأشخاص. والمثال التقليدي للحصانة الموضوعية هو أعمال السيادة،[6] وللحصانة الشخصية الأشخاص الاعتبارية الدولية وأعضائها المعتمدين،[7]

---

[1] - طعن 32/273 ق، نقض 1966/12/15، المكتب الفني المجموعة 17، ص 1938، قاعدة 280.

[2] - علي أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص 140.

[3] - ورغم أن الأمر لا زال يمثل مسألة خلافية لم يحسم بشأنها الرأي حتى الآن بتحديد المنازعة الإدارية من حيث الضوابط والتعريفات التي اتجه إليها القضاء وطبقها، والتي قال بها الشراح، وهنا ما ساعد على ظهور مشاكل كبيرة في توزيع الاختصاص بين جهتى القضاء العادي والإداري. ومع هذا الخلاف إلا أن تحديد اختصاص أيا من الجهتين بمنازعات معينة قاعدة اعتمدها الدستور والقانون.

[4] - ولما كانت الولاية القضائية تتقيد موضوعا بحدود الوظيفة القضائية فما يتجاوز أعمال هذه الوظيفة لا يعد عملا قضائيا، ولا يدخل بالتبعية لذلك في الولاية القضائية للعضو القضائي. وجدى راغب، نظرية العمل القضائي، المرجع السابق، ص 83 وما بعدها.

[5] - علي أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص 142.

[6] - ورغم اعتماد الفقه والقضاء والتشريع اعتبار الدفع أمام القضاء بشأن أعمال السيادة هو دفع بعدم الاختصاص وليس دفع بعدم القبول، إلا أن هناك رأي وحيد في الفقه يرى؛ بأنه دفع بعدم القبول وليس دفع بعدم الاختصاص، لأن المشرع نص صراحة على أنه لا يجوز الالتجاء إلى القضاء في شأن أعمال السيادة، بمعنى؛ أنه لم يجيز للأطراف المطالبة بالحماية القانونية بشأن هذه الأعمال، ولذا يعد ذلك أمر من شروط الدعوى وقبولها، وعليه تكون الدعوى غير مقبولة، وتقضي المحكمة بصددها بعدم القبول. أمينة النمر، قوانين المرافعات، الكتاب الأول، ص208، بند 109.

[7] - والمستقر عليه لدى الفقه الغالب والقضاء وطبقا لما اعتمده المشرع المصرى في المادة 35 من قانون المرافعات يعد الدفع بالحصانة القضائية دفع بعدم الاختصاص، لكونها لم تعد حصانة مطلقة يتمتع بها الشخص لصفته دون أي اعتبار

وبصدد الانتفاء المطلق أو العارض للولاية تقضي المحكمة بعدم اختصاصها، وتنتهي الخصومة كلها بهذا الحكم.

وفيما يتعلق بانعدام الاختصاص بصدد موضوع الدعوى أو قيمتها:

تنص المادة 109 من قانون المرافعات المصري " على أن الدفع بعدم اختصاص المحكمة.... بسبب نوع الدعوى أو قيمتها تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها، ويجوز الدفع به أية حالة تكون عليه الدعوي ". وتحقق ذلك يكون نتيجة مخالفة لما وضعه المشرع الاجرائي من ضوابط لتصنيف الدعاوى إلى أنواع حسب قيمتها وموضوعها، فعدم الاختصاص وفقا لهذا التصنيف هو فقدان المحكمة لاختصاصها بالدعوى حالة مخالفة قواعد قانون المرافعات فيما يتعلق بتصنيفها وفقا لمعيار قيمتها أوموضوعها.

ففيما يتعلق بقيمة الدعوى: فمن بين القواعد الثابتة بشأن تقدير قيمة الدعوى وفقا للمستفاد من نصوص المواد 32 و و 40 مرافعات مصري، 33 و 34 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، وأيضا من هذه القواعد الاعتداد فقط بقيمة الطلب الختامي للخصوم،[1]فتقدير القاضي لما يعتبر طلبا قضائيا، وكونه طلبا أصليا تقدر الدعوى بحسب الأصل بمقتضاه، وأيضا تقديره لهذا الطلب بحسب الميزة أو المنفعة المطلوبة فيه، وكذا تقديره لما يعتبر طلبا قضائيا، يتم تقدير كل ذلك في ضوء

إن عدم الاختصاص بحسب نوع الدعوى او قيمتها يحدث حالة انعدام الأثر الايجابي المستخلص من تقدير القاضي لكل من القاعدة الموضوعية و القاعدة الإجرائية، وانعدام هذا الأثر يشير إلى عدم التوافق بين القاعدتين ، ومن تم إلى انعدام اختصاص القاضي، وفي نفس الوقت إلى اختصاص قاض آخر.

وأخيرا فيما يتعلق بانعدام الاختصاص المحلي:

من القواعد المعتمدة في الاختصاص المحلي، كما رأينا سابقا، انعقاد الاختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه،[2] وذلك مالم ينص المشرع على خلاف ذلك، من ناحية باستبعاد تطبيق القاعدة العامة، وتطبيق القاعدة الخاصة، وفقا لنصوص المواد 1/50، 51، 52، 53، 54، 2/59، من قانون المرافعات المصري، ومن ناحية أخرى بتقيد إعمال القاعدة العامة و جعل الاختصاص مشترك بين محكمة موطن

آخر، بل هي حصانة نسبية ومقيدة، لا يستفيد منها الشخص المتمسك بها والمقررة لصالحه إلا إذا كان التصرف محل المنازعة المرفوعة عنه الدعوى أمام القضاء الوطني تصرفا صدر بصدد القيام بعمل من أعمال السلطة العامة، وعليه وفي ضوء هذا التطور، فإن إعمال فكرة الحصانة يتوقف على صفة مزدوجة، صفة شخص من يتمتع بها، وهو أن يكون من الأشخاص الاعتبارية الدولية، أو أحد ممثليها المعتمدين- العنصر الشخصي- وصفة العمل، وهو أن يكون من أعمال الوظيفة - العنصر الموضوعى - والأخذ بالعنصرين معا يجعل فكرة الحصانة تعالج من زاوية فكرة الاختصاص، لاتساع الفكرة الأخيرة على نحو تشمل كافة القواعد التي تعطي أو تنكر سلطة الفصل في النزاع، على قاضى أو نظام قضائي محدد بالنظر إلى العناصر التي يتكون منها النزاع. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج 2، دار النهضة العربية، مصر، ط8، 1977، ص 708.

[1] - المادة 03/36 من قانون المرافعات المصري.

[2] - وتجد هذه القاعدة أساسها ومبناها في فكرتين متكاملتين، تتجسد أولى الفكرتين في اعتبار المساواة وتحقيق التوازن بين المراكز القانونية للخصمين في الدعوى، فالمدعي هو صاحب المبادرة واختيار الوقت الملائم لرفع دعواه، وهذا لا يتم غالبا إلا بعد أن يكون قد تهيأ لرفع دعواه، وهذا لا يتم غالبا إلا بعد أن يكون قد تهيأ لذلك بجمعه لكل ما يدعم دعواه، وطالما هو البادئ بذلك، فيجب أن تكون مبادرته أمام محمكة المدعى عليه، والفكرة الثانية تتمثل في قرينتي براءة الذمة والظاهر، ففيما يتعلق بالحق الشخص، فالأصل بصدده هي براءة الذمة إلى أن يثبت العكس، أما الحق العيني، فالأصل فيه مطابقة الظاهر للحقيقة، فمن يحوز شيء يفترض أنه مالكه إلى أن يثبت عكسه. المادة 1/94 من قانون المرافعات المصري، و المادة 42 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

المدعى عليه، ومحكمة يتم تحديدها بواسطة القواعد الاستثنائية،[1]ووفقا لنصوص المواد 2/50، 55، 56، 57، 58، 1/59، 60، 61، 62 من قانون المرافعات المصري، وكذلك تبعية بعض محاكم أول درجة محليا لمحكمة الطعن،[2] و مخالفة أي من هذه القواعد تكشف عن مخالفة قواعد الاختصاص المحلي.

وأيا كانت القاعدة التي لم يتم مراعاتها من بين القواعد السابقة، وتحقق من مخالفة قواعد الاختصاص المحلي، نتولى القاضي بتقديره، تحليل العناصر الأولية لهذه القواعد، وذلك في ضوء القاعدة القانونية الموضوعية المنظمة للمراكز المتنازع عليها والقواعد الإجرائية المنظمة لقواعد الاختصاص المحلي،[3] وذلك بهدف إبراز الأثر السلبي لهذه القواعد القانونية الموضوعية. وانعدام الرابطة بين القاعدتين أمر يكشف وحسب تكييف للقاضي، أما عن تخلف القاعدة العامة أو الخاصة، أو المشتركة لقواعد الاختصاص المحلي، مما يؤدي إلى إنعدام الاختصاص المحلي للقاضي بصدد الدعوى المطروحة أمامه.

فإذا انتهى القاضي إلى انعدام اختصاصه محليا بناء على الدفع المثار لديه من صاحب المصلحة أو من جانب أحد الخصوم حالة تعددهم ، بل ولو من تلقاء نفس قاضي محكمة الطعن، وتأكد لديه انعدام الصلة بين القاعدة الموضوعية المنظمة للمراكز القانونية المتنازع عليها، والقواعد الإجرائية المتعلق باختصاصه محليا، قضى القاضي بعدم اختصاصه محليا.

ولكن ماذا لو فرض أن الخصم صاحب المصلحة، أو أن أحدا من الخصوم حالة تعددهم لن يثير الدفع بعدم اختصاص محكمة الموضوع محليا، ولم تكن هذه المحكمة غير مختصة محليا بالتبعية، سواء كانت هذه المحكمة غير مختصة محليا وفقا للقاعدة العامة أو الخاصة أو المشتركة- كما رأينا- فهل يمكن أن تقضي بعدم اختصاصها محليا من تلقاء نفسها؟

القاعدة، وفقا للنصوص السابقة، أن قواعد الاختصاص المحلي لمحة الموضوع لا تتعلق بالنظام العام ومرجع ذلك ومبناه يتمثل في كون إجراءات الخصومة في جوانبها الأساسية تهدف إلى توافر مجموعة من الضمانات للخص في مرحلة التقاضي ، وترتيبا على ذلك فإن هذه الإجراءات تتعلق في الغالب الأعم منها بالمصلحة الخاصة للخصوم ، وهو ما يقيد من سلطة القاضي.

---

[1] - وتجد القواعد الاستثنائية أساسها ومبناها في اعتبارات مختلفة إنسانية وعملية، فقد يكون مبناها حاجة المدعى عليه، أو لضعف مركزه، أو لكونه الأجدر بالرعاية منه بالنسبة للمدعي.

[2] - وتقوم هذه القاعدة على أساس الاختصاص التبعي الوجوبي، الذي يوجب أن يقدم الطعن إلى محكمة الدرجة الثانية التي تقع في دائرتها المحكمة التي أصدرت الحكم الابتدائية.

[3] - خاصة وأن الأفكار التي يتم على أساسها تحديد قواعد الاختصاص المحلي تعد أفكار يتفق بصددها القانون الموضوعي والإجرائي معا. ففكرة كفكرة الموطن والتي يتحدد على وجودها القاعدة العامة في الاختصاص المحلي تعد فكرة تتفق بصددها القاعدة الإجرائية والموضوعية سواء من حيث المفهوم أو التصور وطبقا لنص المادة 40 مدنى مصرى، 1/120 مدنى فرنسى.

المبحث الثاني: البطـــلان.

من المعروف أن القانون الخاص هو البيئة الأولى التي ظهرت فيها نظرية البطلان ثم انتقلت منه إلى القانون الإداري، وفكرة بطلان التصرفات القانونية تمتد بجذورها إلى القانون الروماني الذي عرف نوعين من البطلان المطلق، ويمارس بدعوى من دعاوى القانون العام، والبطلان النسبي ويمارس بواسطة دعوى خاصة ، ومنه انتقلت فكرة البطلان الى القانون الفرنسي القديم الذي استمر في التمييز بين البطلان المطلق ، والبطلان النسبي وقد أوضح ذلك بوهييه بقوله:ميز الفقهاء القدماء بين نوعين من البطلان الأول وهو البطلان المطلق وهو مقرر للصالح العام، وذلك عندما يخالف التصرف حسن الآداب أو أن يكون ممنوعا لاعتبارات سياسية، والثاني هو البطلان النسبي الذي ينظر فيه فقط إلى المصلحة الخاصة للمتعاقد، ثم سرعان ما ظهرت النظرية الثلاثية للبطلان على أساس النظر إلى الانعدام كحالة خاصة ومستقلة عن حالات البطلان تقوم بجانب البطلان المطلق والنسبي.

انطلاق من هذه المعطيات، ولكي يتسنى لنا التعمق بعض الشيء في موضوع البطلان، ارتأينا التطرق لتحديد مدلول البطلان الإجرائي وأنواعه (المطلب الأول)، و تمييزه عن الجزاءات الشبيهة به(المطلب الثاني)، ومن ثم الحديث عن الاتجاهـــات المختلفـــة في البطلان(المطلب الثالث)، ثم التطرق لفكرة العمـــل الإجرائي كمحل للبـــــطلان (المطلب الرابع)، وكيفية التمسك بالدفع بالبطلان (المطلب الخامس)، وكيفية تصحيح البطلان (المطلب السادس)، وأخيرا مسألة الحكـــم بالبـــطلان وآثاره (المطلب السابع).

المطلب الأول: مدلول البطلان الإجرائي و أنواعه.

بداية، وقبل التطرق إلى تعريف البطلان الإجرائي لا بأس أن نميزه عن البطلان الموضوعي المنظم في القانون المدني، فالبطلان الموضوعي وردت أحكامه في الشريعة العامة، فهو يأخذ بعين الاعتبار النص الذي يمس بالحقوق الموضوعية، وهو مرتبط مباشرة بالمصلحة الخاصة أي بمحل التصرف القانوني، وهو جزاء يقرره القانون عند تخلف ركن من أركان العقد (التراضي)، الشكل في العقود الشكلية، المحل، السبب، شرط من شروط الصحة الأهلية و سلامة الإرادة (99-100-101-102 من القانون المدني)، فهو نوعان مثله مثل البطلان الإجرائي، نسبي ومطلق ، فإذا تخلف أحد أركان العقد كان العقد باطل بطلانا مطلق، وذلك لخطورة العيب الذي شاب العقد، أما في حالة تخلف شرط من شروط الصحة كان البطلان نسبيا وليس مطلقا، وذلك لأن العيب الذي شاب العقد أقل خطورة ويكون العقد قابل للإصلاح.

الفرع الأول: مدلول البطلان.

سوف نتطرق للمدلول اللغوي للبطلان وبعدها نتطرق لمدلوله اللغوي.

أولا-المدلول اللغوي للبطلان.

البطلان لغة الفساد وسقوط الحكم، فالعمل الباطل عمل ضائع أو خاسر أو عديم القيمة.[1]

ثانيا- المدلول القانوني للبطلان.

والمقصود به في اللغة القانونية هي نفس المعنى، وبصفة عامة فهو جزاء يرتبه المشرع أو تقضي به المحكمة بغير نص إذا افتقر العمل القانوني أحد الشروط الشكلية أو الموضوعية المطلوبة لصحته

[1] - عبد الحكيم فودة، البطلان في المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، 1990، ص 32 و 36.

قانونا، ويؤدي هذا الجزاء إلى عدم فاعلية العمل القانوني، وافتقاده لقيمته القانونية المفترضة له في حالة صحته.[1]

ويذهب الفقه، إلى اعتبار البطلان تكييف قانوني أو وصف قانوني لعمل إجرائي تم اتخاذه دون أن يكون مطابقا لنموذجه القانوني ـ ويترتب على قيام هذا الوصف عدم قدرة العمل الباطل على توليد الآثار القانونية التي يولدها العمل الاجرائي الصحيح، وعدم القدرة هذه هو الجزاء الإجرائي ، أما مصطلح البطلان ، فهو الوصف الذي يمنح للعمل الإجرائي المعيب ، ويتم هذا الوصف عن طريق قيام القاضي بالمقارنة بين العمل الاجرائي الذي اتخذه الخصوم ، وبين نموذج هذا العمل المنصوص عليه في القانون، فإذا وجد القاضي أن هذا العمل لا يتطابق مع القانون حكم بالبطلان، ويترتب على هذا الوصف عدم قدرة هذا العمل على انتاج الآثار التي كانت من الممكن له انتاجها لو اتخذ بشكل صحيح،[2]فهو جزاء يرتبه المشرع أو تقضي به المحكمة بغير نص ،إذا افتقر العمل القانوني أخذ الشروط الشكلية أو الموضوعية المطلوبة لصحته قانونا ،ويؤدي هذا الجزاء إلى عدم فعالية العمل القانوني، وافتقاده لقيمته القانونية المفترضة في صحته.[3]أو هو جزاء عدم مراعاة الإجراءات والشكليات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية الذي يعترض الخصومة ،ولزما يؤدي بها إلى القضاء عليها وعدم وجودها.

والملاحظ من خلال التعريفات، أن البطلان يحتوي على عنصرين هامين هما؛ وجود عيب يؤدي إلى عدم تطابقه مع نموذجه القانوني، وعدم إنتاج آثاره القانونية.

وينشأ البطلان الإجرائي عن تخلف المقتضيات الشكلية أو الموضوعية، غير أن البطلان في مجال العمل الإجرائي يعود أساسا إلى تعييب الشكل أكثر من غيره من المقتضيات الموضوعية الأخرى استنادا إلى مبدأ الشكلية، على خلاف القانون الموضوعي الذي يسود فيه مبدأ الرضائية، لذا فالشكلية تلعب دورا هاما في مجال قانون الإجراءات المدنية.[4]

و بذلك، نقول؛ أن البطلان الإجرائي يتعلق بالأعمال القانونية سواء في عناصرها الموضوعية أو الإجرائية إذا كانت قد شابها عيب، وعلى هدا المعيار، فإن البطلان هو تكييف قانوني لعمل يخالف نموذجه القانوني مخالفة تؤدي إلى عدم إنتاج الآثار التي يرتبها القانون إذا كان كاملا.

الفرع الثاني: أنواع البطلان الإجرائي.

هناك عدة تقسيمات للبطلان الإجرائي من طرف الفقه كأخذ معيار القابلية للتصحيح للعمل المعيب من عدمه، ومعيار الأثر الكلي أو الجزئي للبطلان، ومعيار النظام العام.

وفي دراستنا سوف نعتمد على هذا المعيار الذي يقسم البطلان الإجرائي إلى بطلان مطلق (وجوبي) والى بطلان نسبي (جوازي)، وهذا يرجع إلى نوع المصلحة التي يرمي إلى حمايتها المشرع، فإذا كانت المصلحة عامة كان البطلان متعلق بالنظام العام؛ أي كل الحالات التي تتعلق بحسن سير مرفق القضاء، كتشكيل المحكمة، وعلنية الجلسات، وتمكين الأطراف من حق الدفاع وصحة ممثليهم، أما إذا كانت المصلحة خاصة فالبطلان نسبي؛ أي كل الحالات المتعلقة بإجراءات الدعوى، بدءا من إجراءات تكليف

---

[1] ـ عبد الحميد الشواربي، عاطف الشواربي، عمرو الشواربي، البطلان المدني الإجرائي والموضوعي (البطلان في قانون المرافعات ـ الجزاء الإجرائي ـ أحكام البطلان ـ حالات البطلان ـ البطلان في القانون المدني ـ نظرية البطلان ـ تطبيقات البطلان)، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، بدون سنة نشر، ص 10 و 11.

[2] ـ نبيل اسماعيل عمر، قانون أصول المحاكمات المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2008، ص 423 .

[3] ـ عبد الحميد الشورابي، المرجع السابق، ص 11.

الخصم بالحضور للجلسة المقررة إلى إجراءات السير فيها وما يتخللها من عوارض أثناء السير كالانقطاع والوقف، ثم إعادة السير فيها و انتهاءا إلى الفصل فيها، فيمكن للخصم المتضرر من هذه الأعمال الإجرائية أن يبدي دفعا ببطلانها، إذا ارتأى له وجود وجه من أوجه البطلان، لكن غاية ما في الأمر أن لا يكون صاحب الدفع متسبب في العيب الإجرائي أو كان واقعا بفعل غش منه.

غير أن مسألة التمييز بين البطلان النسبي والبطلان المطلق على أساس نوع المصلحة المحمية في كل عمل إجرائي ليست بهذه السهولة النظرية، ذلك، أن معيار المصلحة العامة المتعلقة بفكرة النظام العام معيار نسبي و هذا نظرا لنسبية فكرة النظام العام في حد ذاته وعدم إمكانية حصر كل حالاته من قبل المشرع، لذا لجأت بعض التشريعات إلى منح القاضي سلطة تقديرية في استخلاص الأعمال الإجرائية المتعلقة بالنظام العام في غير تلك الحالات المنصوص عليها صراحة.

إن البطلان المطلق يعتبر العمل باطل أصلا و لا حاجة لطلب بطلانه، كما أنه، لا حاجة إلى الحكم بالبطلان، و إذا اقتضت الضرورة العملية طلب الحكم بالبطلان فإن دور القاضي فيه يقتصر على مجرد تقرير البطلان.

أما في البطلان النسبي فالعمل صحيح منتج لآثاره حتى يحكم ببطلانه والقاضي بحكمه ينشئ البطلان، فعمله ليس مجرد تقرير.[1]

ومن ثم يتبادر إلى ذهننا إشكالية تتعلق بشأن العمل الإجرائي تتمثل في: ما هي المخالفة الإجرائية التي تؤدي إلى البطلان فهل هي كل مخالفة إجرائية وإن كانت تافهة تؤدي إلى البطلان ؟

إن القول بذلك، يؤدي إلى المبالغة في ترتيب جزاء البطلان وهذا ما يخالف السياسة التشريعية المتوخاة من القانون الإجراءات الذي هو وسيلة لخدمة القواعد الموضوعية، وبالتالي، فلا يجوز المبالغة في إعمال جزاء البطلان و هذا ما يعتبر إنعدام للفعالية، كما قد يدفع الفرد إلى العمل خارج الإطار القانوني، لذا نظم المشرع في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية جزاءات أخرى إلى جانب البطلان.

المطلب الثاني : تمييز البطلان عن الجزاءات الشبيهة به.

ولحصر مفهوم البطلان أكثر وجب علينا تمييزه عن باقي الجزاءات الإجرائية الأخرى الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري كالسقوط والدفع بعدم القبول والانعدام.

الفرع الأول: البطلان والسقوط.

إن السقوط هو جزاء عدم استعمال الحق الإجرائي في الزمن أو الترتيب المحدد في القانون، فمثلا تقديم الدفع الموضوعي أو الدفع بعدم القبول يسقط الحق في تقديم الإجرائي التي ليست من النظام العام، كما أنه، من سلك دعوى الملكية يسقط حقه في دعوى الحيازة،[2] فهنا، مفهوم السقوط يختلف عن سقوط الحق في اتخاذ الإجراء عن سقوط الخصومة المنصوص عليه في المادة 223 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، و يظهر هذا من حيث سبب سقوط الخصومة الذي يرجع إلى إهمال المدعي أو المدعى عليه[3]لمدة سنتين، كما أنه من حيث النتيجة، فإنه يترتب على سقوط الخصومة زوال كل إجراءاتها، و لا

---

[1] - فتحي والي، المرجع السابق، ص 536-536.

[2] - المادة 529 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

[3] - تنص المادة 222 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:" تسقط الخصومة نتيجة تخلف الخصوم عن القيام بالمساعي اللازمة=فقرة2: يجوز للخصوم تقديم طلب السقوط إما عن طريق دعوى أو عن طريق دفع يثيره إحدهم قبل آية مناقشة في الموضوع...". و هذا على خلاف– القانون إجراءات مدنية الملغى والصادر بموجب أمر 66-154 والذي كان

يحول هذا الجزاء دون تجديدها لاحقا إذا لم يكن الحق قد سقط بالتقادم، في حين السقوط هو عدم جواز اتخاذ الإجراء.

ومن هنا يتضح؛ أن جزاء السقوط يختلف عن البطلان في عدة جوانب، مادام أن البطلان هو جزاء لمخالفة الشروط الشكلية والموضوعية اللازمة لصحة الاجراءات، فهو جزاء ينصب على جميع الأعمال الإجرائية مهما كانت صفة الشخص المباشر لها، بينما السقوط ينصب على حقوق إجرائية مخولة للخصوم، فلا يتصور سقوط حقوق إجرائية باشرها القاضي أو احد أعوان القضاء. وفي هذا أكدت المحكمة العليا في أحد اجتهاداتها أن الإجراء الذي يقطع ميعاد السقوط هو الإجراء القضائي الذي يقوم به الخصم في مواجهة الخصم الآخر.أما الإجراء الإداري كتسليم نسخة من الحكم أو إيداع تقرير الخبرة فلا يقطع ميعاد السقوط.[1]

و يظهر التمييز أيضا، من حيت التمسك بهما، فالبطلان يكون بدفع شكلي، بينما السقوط يكون التمسك به في جميع الأحوال بالدفع بعدم القبول، و يجوز إثارته في أية مرحلة كانت عليها الدعوى.

كما أن سقوط الحق في اتخاذ الإجراءات يحول بصفة نهائية إلى عدم ممارستها لأنها انقضت،[2]بينما البطلان لا يحول دون تجديد الإجراء أو تصحيحه.

الفرع الثاني: تمييز البطلان عن الانعدام.

يتعين أولا الإحاطة بمعنى الانعدام، فهو عدم توافر أركان قيام العمل الإجرائي و يثبت بغير حاجة إلى نص يقرره، وبغير حاجة إلى إثبات ضرر أصاب المتمسك به.[3]

فالتمسك بالانعدام يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به، وحتى للقاضي الحكم به تلقائيا، ففكرة الانعدام تقوم على أساس العمل القانوني لكي يتصف بالصحة أو البطلان ،فإذا فقد شرطا من شروط صحته فإنه يكون باطلا، وحالات الانعدام هي أعنف من حالات البطلان من حيث الخروج عن القانون ولعل أهم ما يترتب على التفرقة المتقدمة أن الإجراء المعدوم لا تزول عنه حالة الانعدام بالرد عليه فما يفيد اعتباره صحيحا أو بالقيام بعمل أو إجراء باعتباره كذلك لأن المعدوم لا يخلق من جديد ولا يصحح بالحضور أو بحجية الشيء المحكوم به ، فالمعدوم لا تلحقه أي حصانة بينما الباطل يمكن تصحيحه.[4]

وبالتالي، ينطبق على الدفع بالانعدام أم جميع أحكام الدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام العام، حيث تجوز إثارته ولو بعد تناول الموضوع، فحالات الانعدام في قانون الإجراءات المدنية والإدارية تظهر في عدم انعقاد الخصومة لتخلف التكليف بالحضور أو ر فعها ضد شخص متوفى مثلا.

يقضي في أحكامه عن السقوط بأنه حق للمدعى فقط، والملاحظ أيضا أن اجل السقوط تحسب من تاريخ صدور الحكم أو القاضي الذي كل احد الحضور للقيام بالمساعي بنص المادة 223 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.هدا الأجل لا يتأثر و لا ينقطع في رأينا بأي إجراء يقوم به الأطراف بل يحق بساري وهدا عكس ما كان في القانون القديم ،إذا كان السقوط يزول بفعل الإجراءات التي يقوم بها احد الأطراف قبل السقوط بعض إثارته 227 ا م

[1] - قرار المحكمة العليا رقم 999726، الصادر بتاريخ: 2016/06/16، الغرفة المدنية، قضية الطاعن: (ج.ع) ومن معه / المطعون ضده: (ج.خ) ومن معها.https://droit.mjustice.dz

[2] - عبد الحميد الشورابي و عاطف الشواربي و عمرو الشواربي، البطلان المدني الاجرائي والموضوعي(البطلان في قانون المرافعات- الجزاء الإجرائي- أحكام البطلان - حالات البطلان- البطلان في القانون المدني -نظرية البطلان- تطبيقات البطلان)، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2010، ص 22.

[3] - عبد الحميد الشورابي و عاطف الشواربي و عمرو الشواربي، نفس المرجع، نفس الصفحة.

[4] - أحمد مليجي، التعليق على قانون المرافعات بآراء الفقه والصيغ القانونية و أحكام النقض، الجزء الأول، بدون طبعة و لا دار نشر، ص 368 و369.

وذلك باعتبار، أنه تنشأ الخصومة القضائية عن طريق المطالبة القضائية كما ينشأ الجنين في بطن أمه، فيتوقف وجوده على ميلاده حيا ، وتبعا لذلك ينشأ عن هذا الميلاد مجموعة من الآثار القانونية، كذلك الحال بالنسبة للخصومة القضائية، فيتوقف وجودها على انعقادها، فإذا لم تنعقد زالت هي وجميع الآثار المترتبة عنها.[1]

فإذا لم تنعقد الخصومة وبالرغم من ذلك صدر حكم فيها فيكون معدوما والحكم المعدوم لا يتحصن بالحجية ويجوز الطعن فيه بالمعارضة حتى بعد فوات ميعاد المعارضة أو الطعن فيه بدعوى البطلان المبتدئة.[2]

فالقاضي الذي يكون بصدد هذا تكون طبيعة الحكم الصادر بناءا على دعوى الانعدام هو حكم كاشف وليس منشئ فهو يكشف عن واقعه مادية حدثت في الوجود، إلا أنه تجدر بنا الإشارة إلى أنه في المجال الميدان العملي هناك من يعتبر أن عدم التكليف بالحضور ينتج عنه بطلان الاجراءات إلا أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية نص في المواد 213-216 – 214، على أن الجزاء يكون بشطب الدعوى إذا أمر القاضي بتصحيح العريضة وفقا للمادة 14 و15 منه وهذا ما أورده المشرع في الفصل الثالث بعنوان وقف الخصومة وهنا تسري عليها أحكام السقوط .

الفرع الثالث: البطلان والدفع بعدم القبول.

لقد عرفت المادة 67 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أن " الدفع بعدم القبول هو الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي كانعدام الصفة وانعدام المصلحة والتقادم وانقضاء الأجل المسقط، وحجية الشيء المقضي فيه، وذلك دون النظر في موضوع النزاع".

ومن هنا نستطيع أن نعرف الدفع بعدم القبول هو تكييف قانوني ووسيلة دفاع ترمي الى إنكار سلطة المدعي في استعمال الدعوى ،فهو يوجه إلى الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه، وما إذا كان من الجائز استعمالها أم لا فالدفع بعد القبول ليس دفعا شكليا ،لكنه قد يقترب منه باعتباره عائقا بقيمة الخصم لمنع المحكمة من التعرض إلى موضوع النزاع وليس دفعا موضوعيا، لكنه قد يقترب منه لأنه قد يؤدي أحيانا إلى إنهاء النزاع [3] وهدا على خلاف الدفع بالبطلان في العمل الإجرائي الذي يعتبر دفع شكلي يوجه بمناسبة عيب يصيب العناصر الشكلية أو الموضوعية للإجراء ،وعليه يجب إبداء الدفع بالبطلان قبل أية مناقشة في الموضوع (المادة 61 من قانون إ م وإ)، وقبل إثارة الدفع القبول، بينما هذا الأخير يمكن إثارته في أية مرحلة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا عملا بنص المادة 68 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

و حتى يستطيع الشخص أن يرفع الدعوى أمام القضاء فلابد أن يثبت له الحق في رفعها ولكنه ليس له فيها حق،فإن الشخص الذي رفعت عليه يمكن له الرد على ذلك باستعمال وسيلة فنية محددة تسمى في الاصطلاح الفقهي بالدفع بعدم القبول، ويرمي الخصم من خلال هذه الوسيلة إلى إنكار حق خصمه في رفع الدعوى عليه أمام القضاء لانتفاء حقه في الحماية القضائية سواء تعلقت هذه الحماية بتخلف شروط الحماية القضائية أو سقوط الحق في رفعها، والدفع بعدم القبول يوجه إلى كل وسائل استعمال الحق في الدعوى من الطلبات و الدفوع والطعون استنادا إلى القاعدة القانونية التي تقرر انه لا يقبل أي طلب أو دفع او طعن أو أي إجراء من إجراءات الخصومة ما لم يكن لصاحبه فيه مصلحته [4]

[1] - عمر زودة، المرجع السابق، 346.
[2] - عمر زودة، المرجع السابق، 287.
[3] - عمر زودة، المرجع السابق، ص 268
[4] - عمر زودة، المرجع السابق، ص 269

فيختلف البطلان الإجرائي مع الدفع بعدم القبول من حيث أثر الحكم الصادر بشأنهما، فالحكم بعدم القبول يؤدي إلى زوال الخصومة أمام المحكمة واعتبارها كأن لم تكن،أ و ما يحوز منها الحجية بحيث ترفع يد القاضي الدرجة الأولى لإستنفاذ ولايته فيها كالدفع بسبق الفصل المادة 67 ق ا م و إ، وهذا بخلاف الدفع بالبطلان فإن الحكم الصادر فيه لا يحوز الحجية أمام الجهة التي فصلت فيه.

وفي الأخير نقول؛ أن كلا الدفعين يتضمنان بعض الصور المتعلقة بالنظام العام التي تثيرها المحكمة تلقائيا، وصور أخرى يتمسك بها أصحاب المصلحة، كما انه في بعض صور الدفع بعدم القبول يجوز التصحيح كما هو الحال في البطلان كتصحيح الصفة بعد رفع الدعوى.

وحتى نلم أكثر بموضوع البطلان الإجرائي، وهذا بعد تمييزه عن مختلف الجزاءات الشبيهة به، وجب التطرق إلى الاتجاهات المختلفة فيه بما فيها التشريع الجزائري

المطلب الثالث: الاتجـاهــات المختلفــة في البطلان.

لقد تبلورت فكرة البطلان بالقانون الروماني ومرت بمراحل بحيث كانت كفكرة جامدة لا تقبل أي أساس وتطبق بصرامة كلما استدعي الأمر ذلك إلى غاية تبسيطها في الفكر الحديث و أصبح للبطلان ضوابط عقلانية ترمي إلى تحقيق العدالة من جهة والحفاظ على حقوق المتقاضين من جهة أخرى.

و قبل التطرق إلى نظام البطلان في التشريع الفرنسي و المصري، لا بأس أن نعرج على البطلان في النظام الروماني، بحيث كانت فكرة البطلان في هذا النظام جد قاسية باعتبار أن كل عمل إجرائي له شكل خاص به يجب أن يتم وفقا له فإذا جاء العمل غير مطابق لشكله وقع البطلان مهما كان عيب الشكل تافها، فلا يشترط القانون جسامة الخطأ و لا حدوث ضررللخصم لكي يقع البطلان ،و إذا خسر المدعي دعواه نتيجة ما اعتراها من عيوب شكلية فإنه يخسرها بصفة نهائية، و لا يمكن له أن يرفع الدعوى من جديد نفس الحق.[1]

فالجزاءات القضائية المتبعة في القانون الروماني كانت خاضعة لجملة معقدة من القيود المتمثلة في صيغ وعبارات وطقوس معينة، لدرجة أنها أصبحت غاية لابد منها ، فأهدرت حقوق الكثير من المتقاضيين بسبب جهلهم لهذه الأشكال الجامدة.

الفرع الأول: البطلان في القانون الفرنسي.

بالنسبة لنظام البطلان في فرنسا لقد عرف تطورا كبيرا وقد بدأت المجموعة الفرنسية القديمة عند وضعها سنة 1806 بنظام للبطلان ثم تعرض للهجوم من الفقه والقضاء مما أدى إلى تدخل المشرع لتعديله مرتين على التوالي سنة 1933 وسنة 1935،[2] فقد جاءت المادتين، 1029 و1030، في مضمونهما تنص على مبدأين و هما:[3]

[1] - عمر زودة، المرجع السابق، ص 357.

[2] - فتحي والي، المرجع السابق، ص 226

4- ARTICLE 1030 DE CODE DES PROCEDURES CIVILS FRANÇAIS:"AUCUN EXPLOIT OU ACTE DE PROCEDURE NE PEUX ETRE DECLARE NUL،SI LA NULLITE N'EST PAS FORMELLEMENT PRONONCEE PAR LA LOI".

1)- لا بطلان بغير نص وان البطلان وجوبي أي ليس تهديدي فكان القاضي في هذا النظام يبحث عن المخالفة التي يكون القانون قد نص على مخالفتها جزاء البطلان ،ويحكم بها وجوبا مهما كانت تلك المخالفة تافهة سواء أكان هناك ضرر من جراء ذلك أم لا وبالعكس فإن القاضي إذا لاحظ وجود مخالفة مهما كانت خطيرة وعدم وجود نص يقضي ببطلانها فإنه ليس له أن يحكم بالبطلان بدعوى الالتجاء إلى القياس أو الاستناد إلى قواعد العدالة[1].

-وقد واجه هذا نقدا من قبل كل من الفقه والقضاء، ذلك أن مبدأ لا بطلان من غير نص يستوجب للأخذ به وجود مشرع على قدر كبير من الكفاءة حيت يستطيع أن يتقصى جميع الأشكال المهمة و ينص على البطلان جزاء على مخالفتهما.[2]

- وبعد انتقادات الشديدة من الفقه أصبحت المادة 1030 تطبق فقط على الأشكال غير الجوهرية، أما الجوهرية يترتب عليها البطلان حتى و لو لم ينص القانون صراحة على ذلك.

و تطورا لفكرة ماهية الأشكال الجوهرية في أوساط الفقه والقضاء وربطها بفكرة الغاية منها، فقد توصل القضاء إلى إضافة معيار جديد هو معيار تحقق الضرر من تخلف الشكل القانوني.

وكما سبقت الإشارة، بأن المشرع الفرنسي على ضوء الانتقادات تدخل سنة 1933 وعدل المادة 1029 ونص أنه لا يحكم بالبطلان إلا إذا ترتب عليه مساس بمصالح الدفاع وبالتالي هدا تكريس لمبدأ لا بطلان بغير ضرر والذي يخضع في الأخير لتقدير القاضي.

وقد تدخل أيضا المشرع الفرنسي مرة أخرى سنة 1935 بتعديل المادة 1/135 من قانون الاجراءات ت المدنية حيت جاء فيها ما يلي "أي بطلان لصحيفة أو عمل إجرائي ل لا يمكن إقراره إلا إذا ثبت أنه يضر بمصالح الخصم ،وتبعا لذلك فلا يمكن الحكم بالبطلان ولو نص عليه القانون إلا إذا تحقق الضرر من المخالفة.[3]

وقد أكد المشرع الفرنسي في قانون الإجراءات المدنية الجديد لسنة 1975 بموجب المادة 1/114 "على المتمسك بالعيب أن يثبت أنه قد تضرر من هذه المخالفة أي فوات مصلحته المبتغاة من القانون، والمصلحة المقصودة التي يصيبها الضرر هي الإخلال بحقوق الدفاع التي سوف نتطرق إليها لاحقا.

الفرع الثاني: البطلان في القانون المصري.

لقد نصت المادة 20 من قانون المرافعات المصري الصادر سنة 1968 أنه: "يكون الإجراء باطلا إذا نص القانون صراحة على بطلانه أو إذا شابه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء ، ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء". فمن خلال استقراء المادة 20 فإن مبدأ البطلان في القانون المصري هو تحقق الغاية من الإجراء.

- فإذا نص القانون على وجوب إتباع شكل معين أو أوجب أن تتضمن الورقة بيانا معينا وقرر البطلان صراحة جزاءا على عدم احترامه فإن العمل يكون باطلا إذا وقعت مخالفة هذا الشكل، وعلى من تقرر الشكل لمصلحته أن يثبت أنه بالرغم من حصول المخالفة الموجبة للحكم بالبطلان إلا أن الغاية قد تحققت من الإجراء.

---

[1] - فتحي والي، المرجع السابق، ص227

[2] - عمر زودة، المرجع السابق، ص 358.

[3] - عمر زودة، المرجع السابق، ص 359.

-أما إذا لم ينص القانون على البطلان صراحة فالأصل أن الإجراء لا يبطل إلا إذا اثبت المتمسك العيب الذي شاب الإجراء أنه قد أدى إلى عدم تحقق الغاية من الإجراء.[1]

- ونلاحظ، أنه لتطبيق معيار الغاية من الإجراء يفتح المجال للقاضي لإعمال سلطته التقديرية في استخلاص مدى تحقق الغاية أم لا و ذلك من ظروف الدعوى و إجراءاتها وطبيعة العيب المتمسك له ومدى تضرر أحد الخصوم منه...الخ.

ويعتبر تحقق الغاية من حالة معينة واقع لا يجوز إثارتها لأول مرة أمام محكمة النقض، هذا ومن المقرر أن كل ما يجوز إتباعه في الحالات المتقدمة يكون للطرف الآخر الحق في إثبات عكسه بذات الطرق والمحكمة هي الفيصل في الموازنة بين الرأيين.[2]

الفرع الثالث: البطلان في القانون الجزائري.

من خلال ما سبق عرضه، فيما يخص الاتجاهات المختلفة للبطلان في الأنظمة المقارنة، وجدنا أنه بعدما كان الجزاء كفكرة جامدة في القانون الروماني، أصبح في القانون الفرنسي يرتكز على فكرة الضرر في تخلف العمل الإجرائي بالنسبة للمتمسك به، أما في القانون المصري فقد أخذ بفكرة الغاية من الإجراء، وبالتالي، ففكرة البطلان في هذا النظام نتوقف حول تحقق الغاية من عدمها .

وفيما يخص القانون الجزائري، ففيما يخص القانون القديم فإن المشرع التزم الصمت،أما في قانون 08-09 الجديد، وبالرجوع الى المادة 60 منه التي تنص على أن "لا يقرر بطلان الأعمال الإجرائية شكلا ،إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك، وعلى من يتمسك به أن يثبت الضرر الذي لحقه..."

و ما يمكن استخلاصه من المادة السابقة أن المشرع الجزائري قد إعتنق نظرية الضرر التي سبق التطرق إليها في دراسة البطلان في النظام الفرنسي والتي تقوم على مبدأين أساسيين وهما :

-مبدأ لا بطلان بغير نص.
-مبدأ تحقق الضرر بالنسبة للمتمسك به.

لكن ما تجدر الإشارة له، أن بعض الفقه توصل إلى حل وسطي بين الاتجاهين، أي أن فكرة تحقق الغاية من الإجراء أو فكرة تحقق الضرر هما في الحقيقة فكرتان تعودان على صاحبها بنفس النتيجة، لأن دور القاضي عندما يكون بصدد الحكم بالبطلان يبحث حول تحقق المصلحة من عدمها وليس هناك فارق بين تقرير أن الإجراء قد تحققت منه المصلحة أو الغاية أو أن تخلف الإجراء من ذلك لم يلحق أي ضرر، وأن التعبير عن تحقق الغاية من الإجراء ليس إلا تعبير عن تحقق المصلحة نفسها التي كان يرمي إليها الإجراء.[3]

و أن نظرية لا بطلان بغير ضرر هي أيضا تعبر في جوهرها عن المصلحة، لأن المتمسك ببطلان العمل الإجرائي لم يتضرر منه ينفي عنه المصلحة وهذا تطبيقا للقاعدة القائلة بأنه لا يقبل أي طلب أو دفع ما لم يكن لصاحبه مصلحة فيه.

فالقاضي لا يحكم بالبطلان رغم النص عليه في القانون إلا إذا تحقق من وقوع ضرر للخصم، وبالتالي هنا، يعمل القاضي سلطته التقديرية في مدى تضرر مصالح الخصم من هاته المخالفة الإجرائية.

---

[1] - عمر زودة، المرجع السابق، ص 361 و 362.
[2] - عبد الحميد الشورابي و آخرون، المرجع السابق، ص40.
[3] - عمر زودة، المرجع السابق، ص 365.

وعبء إثبات هذا الضرر يقع على من يتمسك بالبطلان الإجرائي أي عليه أن يثبت فوات المصلحة التي يريد القانون تحقيقها من الشكل الذي وقعت مخالفته.وهذا ما أكدته المادة 62 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تنص على أنه: "...يجوز للقاضي أن يمنح أجلا للخصوم لتصحيح الإجراء المشوب بالبطلان بشرط عدم بقاء أي ضرر قائم بعد التصحيح.

يسري أثر هذا التصحيح من تاريخ الإجراء المشوب بالبطلان..."

وكما يرى الدكتور المستشار عبد الحكيم فودة؛ أن الضرر المقصود في بطلان العمل الإجرائي ليس الضرر بمعناه في مجال المسؤولية التعاقدية أو التقصيرية، بل يقصد به الضرر الإجرائي، والمقصود بالضرر الإجرائي هو ما يتحقق من إهدار للغاية التي استهدفها المشرع في العمل الإجرائي، فتختلف الغاية هو الضرر الإجرائي المقصود، والذي بتوافره تتحقق المصلحة التي هي أساس الدفع...[1]

كما أنه، ما يجب الإشارة إليه، أن البطلان المقصود في المادتين السابقتين (60-62)، والمادة 63 التي تنص على " لا يجوز التمسك ببطلان الأعمال الإجرائية شكلا إلا لمن تقرر البطلان لصالحه...".

هو البطلان النسبي وليس ذلك المتعلق بالنظام العام؛ أي المطلق لأن مخالفة الشكل المقرر لحماية المصلحة العامة يجب الحكم به سواء أثاره الخصم أم لا، وفي أية مرحلة تكون عليها الدعوى وهو غير قابل للتصحيح ، وسنوضح فيما بعد بعض حالات البطلان المتعلقة بالنظام العام إلى جانب ما تؤكد عليه المادة 65 من قانون الاجراءات المدنية أن القاضي يثيره من تلقاء نفسه انعدام الأهلية.

إن توفر أهلية التقاضي أمر أساسي بالنسبة لكل خصم مدع كان أو مدعى عليه، حيث أنه لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن حائزا لأهلية التقاضي و أهلية التقاضي ترتبط بأهلية الأداء، لذلك تتوفر أهلية التقاضي في القانون الجزائري في كل شخص بلغ سن الرشد و كان متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه.

بينما إذا توفرت أهلية الوجوب دون أن تتوفر لدى الشخص أهلية التقاضي فلا يجوز له أن يباشر إجراءات الخصومة بنفسه إنما يشترط أن يقوم بها شخص يمثله في ذلك.

إن أهلية التقاضي مسألة ذات أهمية يترتب على تخلفها بطلان إجراءات الدعوى لتعلقها بالنظام العام حيث يجوز للخصم الدفع بالبطلان لعدم توفرها كما أنه للمحكمة حق إثارة هذا الدفع من تلقاء نفسها و يتم هذا الدفع في أية مرحلة كانت عليها الدعوى ولو بعد تناول الموضوع بل و يؤدي تغير الأهلية أثناء سريان الخصومة إلى انقطاعها

و أمام أهمية شرط الأهلية لصحة إجراءات التقاضي نجد أن المحكمة العليا أعطت لهذه المسألة عناية نكتشفها من خلال قراراتها العديدة منها:

قرار رقم 274-149 مؤرخ في 1997/12/09 جاء فيه:" أنه من المقرر قانونا أنه لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن حائزا لصفة و أهلية التقاضي و له مصلحة في ذلك.

و من المقرر أيضا أنه يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان ملازما لصفة الإنسان وذلك في الحدود التي يقررها القانون.

[1] - عبد الحكيم فودة، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص240.

و لما ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما لم يحرصوا على توفر شرط الصفة و الأهلية للفرع النقابي و الذي يعد من النظام العام لرفع الدعوى يكونوا قد خرقوا القانون وعرضوا بذلك قرارهم للنقض".[1]

المطلب الرابع: العمـــل الإجرائي كمحل للبـــــطلان.

ومن خلال ما سبق، لاحظنا، أن البطلان يصيب أساسا الأعمال القانونية والتي تتجسد في مجال الإجراءات القضائية في الخصومة القضائية، والتي تولى المشرع تحديد وسيلة العمل الإجرائي ولم يجعلها في يد القاضي أو الأطراف، فكيفية رفع الدعوى وطريقة تكليف الخصم، و إجراءات إصدار الأحكام إلى غاية تنفيذها، كلها هي أعمال إجرائية رسمها المشرع، وقد يقوم بها القاضي أو الخصوم أو أحد أعوان القضاء.

الفرع الأول: مدلول العمل الإجرائي.

يرى الدكتور فتحي والي في مؤلفه نظرية البطلان في قانون المرافعات؛ أنه من الضروري معرفة المراد بالأعمال الإجرائية لأنها محل ذلك البطلان الذي تختلف قواعده في مواضع كثيرة عن البطلان الذي يحكم غير من الأعمال القانونية.[2] وهو يعرف العمل الإجرائي بأنه العمل الذي يرتب القانون عليه مباشرة أثر إجرائيا ويكون جزء من الخصومة.[3]

ويتحدد الأثر القانوني يتحدد بحسب دور كل شخص في الخصومة، فالمدعي عندما يسجل عريضة افتتاح الدعوى فانه يهدف إلى ترتيب أثر قانوني يتمثل في عرض النزاع على القضاء من أجل حماية مصلحته خاصة، وأما المدعي عليه عندما يبدي دفوعه فإنه يرمي إلى ترتيب أثر قانوني يتمثل في دحض طلبات المدعي ، والقاضي عندما يكيف وقائع ما على الدعوى وينطق بالحكم يأتي بعده عملا قانونيا وهو الفصل في خصومة بغية ترتيب أثر قانوني معين وهو الفصل في النزاع القائم ونفس الشئ بالنسبة للمحضر الذي يكلف الخصم بالعريضة الافتتاحية فالأثر القانوني المرجو هو تبليغ الخصومة القضائية.

الفرع الثاني: شروط العمل الإجرائي.

فالعمل الإجرائي يجب أن تتوفر فيه الشروط التالية:

1- يجب أن يكون العمل جزء من الخصومة ويشترط القانون لكي يكون العمل ما عملا إجرائيا أن يكون جزءا من الخصومة و أول عمل إجرائي تبدأ به الخصومة هو تسجيل الطلب القضائي لدى كتابة الضبط، و تتوالى الأعمال الإجرائية الأولى تلو الأخرى وتنتهي الخصومة بآخر عمل يتم فيها وهو صدور حكم في موضوعها.[4]

ونقول؛ أنه ما يتم خارج هاته الإجراءات لا تعد من قبيل الأعمال الإجرائية ولا يطرأ عليها البطلان الإجرائي كالتنبيه بالإخلاء في المحلات التجارية و الإقرار الغير القضائي و الإعذارات بين المتعاقدين.

في حين أن توقيع القاضي على الحكم، النطق به، رفع الدعوى، تقديم الأدلة ،أداء الشهادة أمام القضاء و تبليغ الحكم، هي من صميم الأعمال الإجرائية المقصودة في هذا الفرع.

---

[1] - قرار المحكمة العليا رقم 274-149 مؤرخ في 1997/12/09، المجلة القضائية لسنة 1998، عدد 01، ص 139.
2 - فتحي والي، المرجع السابق، ص 79.
[3] - فتحي والي، المرجع السابق، ص 81
[4] - عمر زودة، المرجع السابق، ص 301.

2- يجب أن يرتب القانون على العمل أثر إجرائي:

لكي يعتبر عملا ما إجرائيا يجب أن يرتب عليه القانون أثر إجرائي مباشر ، وليس أثر إجرائي غير مباشر، و الأثر المباشر هو الذي يؤثر في الخصومة القضائية في بدئها وسيرها حيث يدفعها نحو بلوغ غايتها كتلك الأعمال التي تبتدئ بها أو تعمل على تقديمها أو تعديلها أو إنهائها.[1]

و تبعا لذلك، لا يعد من قبيل الأعمال الإجرائية عقد الصلح بين الأطراف أو التنازل عن الحق الموضوعي.

فالأثر الإجرائي المترتب عن هذا العمل هو انقضاء الخصومة، فلا يعد اثر مباشر لها فهو لا يعد الغاية المباشرة التي يهدف إليها من قام بالصلح أو التنازل عن الحق الموضوعي، و إنما الأثر الإجرائي المترتب جاء نتيجة لأثر موضوعي و هو النزول عن الحق الموضوعي أو القيام بالصلح. [2]

3- أن يكون العمل الإجرائي عملا قانونيا:

وهو العمل الذي يرتب عليه القانون آثار قانونية، وكما يرى الدكتور ابوالوفا أنه لا تعتبر أعمال الذكاء المحضة التي تتم في الخصومة أعمال إجرائية و مثالها قيام القاضي بدراسته أوراق القضية أو دراسة الخصم أو محاميه لها لإعداد دفاعه، إذ هذه الأعمال لا تترتب عليها آثار قانونية، كذلك لا تعتبر أعمالا إجرائية الأعمال التي إن تمت داخل الخصومة لا تعتبر سوى مقدمة ضرورية للقيام بأعمال قانونية كالحضور أمام القضاء للمناقشة الشفهية للقضية مثلا.فمثل هذه الأعمال ولو أن عدم القيام ببعضها قد يؤثر في سير الخصومة فيؤدي الى وقفها لا تعتبر أعمال إجرائية و لا تسري عليها القواعد العامة المتعلقة بهذه الأعمال[3].

الفرع الثالث: عناصر العمل الإجرائي.

إن العمل الإجرائي يخضع الى مبدأ عام وهو الشكلية فهو يتم طبقا للوسيلة التي يحددها القانون إلا أنه يتكون أيضا من عناصر موضوعية، ويرى بعض الفقهاء؛ إضافة عنصر آخر هو عنصر الظرف الذي ينجز فيه العمل الإجرائي، وان كان البعض الآخر يدرجه في عنصر الشكل العمل الإجرائي.

أولا- شكل العمل الإجرائي:

فالشكلية هي ما يميز قانون المرافعات عن باقي القوانين الأخرى وهو الشيء الذي جعل العمل الإجرائي يتسم بمبدأ الشكلية ، فالأصل أن يتم وفق نمط معين كفله القانون، فلا يجوز للشخص المباشر للإجراء أن يجريه وفق نمط مغاير، و إلا كان جزاؤه البطلان الإجرائي .

فالشكل، كما يرى الأستاذ عمر زودة؛ هو الحركة التي تؤدي الى إحداث تغيير في العالم الخارجي، ويتكون العمل القانوني بصفة عامة من عنصرين الأول النشاط والثاني الحدث وأن كل نشاط يؤدي الى الحدث أو النتيجة لهذا النشاط.

---

[1] - فتحي والي، المرجع السابق، ص 81.
[2]- عمر زودة، المرجع السابق، ص 302.
[3] - فتحي والي، المرجع السابق، ص81.

وتبعا لذلك؛ فإن كل نشاط يؤدي الى حدث ، وكل حدث يفترض حركة أو نشاطا أدى إليه، ويطلق على النشاط اصطلاح الشكل وعلى الحدث اصطلاح "المضمون".[1]

- والشكلية فضلا عن معناها الدقيق أي البيانات اللازمة في الإجراء أو الصيغة اللازمة لتحريره بها المعنى الواسع له الذي يشمل جميع العناصر المطلوبة قانونا لصحة الإجراء و الاعتداد به وآثاره، ويقصد بها الأوضاع التي تجب في الشخص القائم بالعمل ومكان العمل وزمانه.[2]

- أي هي تلك المقتضيات التي يتطلبها القانون للتعبير عن الإرادة وبالتالي تعجز عن إحداث الأثر القانوني لها، لو لم يكن وفق المقتضيات المعينة من طرف القانون، وهذا ما يصبح إذن ركن في العمل القانوني فيما بعد، أي يصبح جزءا منه فلا يصح الإجراء إلا إذا أفرغ في القالب الذي يتطلبه القانون ،وهذا على اعتبار أن شكلية العمل الإجرائي مقررة لصحة وجوده وليس لإثباته .

وتبعا لذلك، إذا أصيب العمل الإجرائي بعيب فلا يمكن تكملة هدا النقص عن طريق الإثبات، فإذا كلف المدعى عليه لحضور الجلسة و كان التكليف بالحضور خال من التاريخ فلا يجوز تكملة ذلك بوسائل إثبات أخرى،[3]ومن الأمثلة التي يتطلب القانون بيان هذا الشكل في المحرر ما تنص عليه المادة 160 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على بيانات محضر تدوين أقوال الشاهد فعدم تحرير هدا المحضر يجعل العمل الإجرائي باطلا.

فالشكلية في العمل الإجرائي هي الوسيلة التي يتم بها العمل القانوني كاشتراط القانون أن يتم العمل كتابة وباللغة الرسمية للدولة، فإذا تم العمل بغير اللغة الرسمية للدولة يصبح باطلا ، وقد تصبح الشكلية عنصر من عناصر تكوين العمل الإجرائي وقد تكون ظرفا تقف خارج و قد تتصل الظروف الشكلية في العمل الإجرائي بمكان العمل أو زمانه. فمكان العمل الإجرائي كاشتراط القانون لصحة التكليف بالحضور أن يسلم في موطن المعلن إليه، ويجب أن ينطق بالحكم في قاعة جلسات المحكمة.[4]

أما زمان العمل الإجرائي كورود بعض الأعمال في قانون الإجراءات المدنية والإدارية مثل المادة 416 التي لا تجيز التبليغ الرسمي قبل الساعة الثامنة صباحا ولا بعد الثامنة مساءا و لا أيام العطل وفي حالة الضرورة يكون بإذن من القاضي ، وقد يأتي الزمن في ترتيب معين مثل الدفوع الشكلية التي يجب إثارتها في آن واحد قبل إبداء أي دفاع في الموضوع أو دفع بعدم القبول وذلك تحت طائلة عدم القبول وهذا ما جاءت به المادة 50 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

ثانيا- موضوع العمل الإجرائي:

و هي أن يتمتع القائم بالعمل الإجرائي بصلاحية القيام بهذا العمل وله إرادة وأن يكون للعمل موضوع، فالمقصود بأن يتمتع القائم بالعمل بالصلاحية هي تلك الصلاحية العامة والخاصة، فالصلاحية العامة هو أن الشخص المباشر للعمل الإجرائي له سلطة القيام به، أما الصلاحية الخاصة هو أن يكون العمل الإجرائي داخلا في صلاحية من يقوم به طبقا لقواعد الاختصاص.

---

[1] - عمر زودة، المرجع السابق، ص 304.
[2] - أمينة مصطفى النمر، الدعوى وإجراءاتها، دار الكتاب الحديث، مصر، 1990، ص 415.
[3] - عمر زودة، المرجع السابق، ص 305.
[4] - المادة 273 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

إذا كان العمل مما يقوم به الخصم فيجب أن تتوافر فيه أهلية الاختصام وأهلية التقاضي وإذا كان الخصم لا يباشر العمل الإجرائي بنفسه يجب أن تتوافر صفة التقاضي في الممثل القانوني ويتطلب القانون شروطا خاصة في صلاحية أعوان القضاء للاشتراك في العمل الإجرائي و إلا كان باطلا. [1]

ونفس الشيء يقال عن جميع الأطراف المشاركة في إجراءات الخصومة القضائية، بغرض ترتيب أثر معين في الدعوى، كما سبق شرحه في عنصر التعريف بالعمل الإجرائي.

أما الإرادة فهي صدور العمل الإجرائي ممن له إرادة، ويختلف مفهوم الإرادة هنا عيوب الإرادة لأن هاته الأخيرة لا يعتد بها تحت اعتبار أن العمل الإجرائي لا يعد تصرف قانوني بل تكفي فقط الإرادة(كالجنون أو الإكراه) أي يقوم الشخص القائم بذلك العمل اختياريا.

والمحل بالنسبة للعمل الإجرائي هو أن يكون معين أو قابل للتعين وموجود مثل الطلب القضائي الذي يجب أن تتوفر فيه أشخاصه ومحله وسببه.

وبناءا على ما تقدم، نلاحظ، أن العمل الإجرائي باعتباره محل لجزاء البطلان فان تخلف أحد عناصره السالف ذكرها قد يؤدي إلى البطلان.

المطلب الخامس: التمسك بالدفع بالبطلان.

ويقصد به تمسك أحد أطراف الخصومة ببطلان إجراءاتها لعدم مطابقتها للأوضاع التي إستلزمها القانون أو لنقص كل أو بعض البيانات الجوهرية الواجب ذكرها في أوراق الإجراءات، ولا علاقة لهذا الدفع بالأحوال التي يتمسك فيها أحد طرفي الخصومة ببطلان عقد إستند عليه الخصم في دعواه، لأن هذا يعتبر دفعا موضوعيا لأن الدفع بالبطلان هو دفع شكلي لا يجوز أن يتمسك به إلا من كانت له مصلحة فيه، وهذا ما قررته نص المادة 63 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها" لا يجوز التمسك ببطلان الأعمال الإجرائية شكلا إلا لمن تقرر البطلان لصالحه ".

كما يرى الدكتور أحمد أبو الوفا،[2]فالدفع ببطلان إجراءات الدعوى دفع يوجه إلى عيب يصيب العمل الإجرائي في أحد مقتضياته الشكلية أو الموضوعية، ومن ثمة فإن الدفع بالبطلان هو دفع شكلي باعتباره الوسيلة التي يعتمدها المدعى عليه للطعن في صحة الخصومة أو في بعض إجراءاتها دون التعرض لذات الحق المدعى به، ويقصد تفادي الحكم في الموضوع بصفة مؤقتة.

والبطلان لعيب في العمل الإجرائي منه ما يتعلق بالنظام العام ومنه ما يتعلق بالمصلحة الخاصة، والخصومة القضائية في أغلب التشريعات الحديثة أصبحت نظاما من نظم القانون العام، وهو الأمر الذي أدى إلى اعتبار أغلب الأشكال المقررة فيه متعلقة بالنظام العام، فتعتبر الأشكال التي تهدف إلى حسن سير مرفق القضاء متعلقة بالنظام العام، كوجوب أن تكون الجلسة علنية.

الفرع الأول:حق التمسك بالدفع بالبطلان.

يجب أن نميز بين البطلان المقرر لحماية مصلحة خاصة ، فيتقرر الحق في التمسك به لصاحب هذه المصلحة وحده ، فليس لغيره أن يتمسك به سواء كان هذا الغير من الخصوم أو النيابة العامة أو القاضي نفسه.

---

[1] - عمر زودة، المرجع السابق، ص 307.
[2]- أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 240.

ويجب الرجوع إلى إرادة المشرع في حالة عدم النص على نوع البطلان لمعرفة ما إذا كان البطلان يهدف إلى حماية المصلحة العامة أو الخاصة،[1]وعليه نستنتج ما يلي:

أولا- بالنسبة للبطلان المتعلق بالمصلحة الخاصة:

وهو ذلك المقرر لمصلحة خاصة ويصطلح عليه بالبطلان النسبي، وتحكمه قاعدتين:

القاعدة الأولى: أن الحق في التمسك بالبطلان يقتصر على من شرع لمصلحته.

إذ لصاحب هذه المصلحة وحده حق التمسك به، فإن لم يكن ذلك فليس لغيره ولا النيابة العامة الحق بالتمسك به، كما لا يكون للقاضي الناظر في الدعوى حق إثارته من تلقاء نفسه، فمثلا لا يجوز لمن صح إعلانهم من الخصوم التمسك ببطلان إعلان غيرهم في نفس الدعوى، ولمعرفة صاحب المصلحة نرجع دائما إلى نية المشرع في الإجراء المشوب بالعيب.

القاعدة الثانية: أنه من كان سبب في بطلان العمل الإجرائي لا يجوز أن يتمسك ببطلانه.

سواء كان هو المتسبب فيه مباشرة باعتباره هو القائم على حقه في الخصومة أو كان المتسبب فيه هو شخص آخر يعمل باسمه،كالممثل القانوني أو الوكيل عنه، وأساس هذه القاعدة هو أنه من تسبب في الخطأ لا يستفيد منه كمبدأ.

ثانيا- بالنسبة للبطلان المتعلق بالمصلحة العامة:

باعتبار أن المصلحة العامة تعلو كل اعتبار آخر، فإن مخالفة قاعدة مقررة للمصلحة العامة، يترتب عليها البطلان مباشرة، وهذا وفقا للقواعد التالية:

القاعدة الأولى: للمحكمة أن تحكم بالبطلان من تلقاء نفسها.

و هذا ما قد ينص عليه القانون صراحة في إعطاء المحكمة هذه السلطة مثل ما جاءت به المادة 65 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها صراحة "يثير القاضي تلقائيا انعدام الأهلية..." كما أن للمحكمة سلطة الحكم بالبطلان في كل مرة يتعلق فيها بالنظام العام دون حاجة لنص صريح.[2]

وهنا تطرح صعوبة تحديد فكرة النظام العام الذي يجيز للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها، لكن يمكن القول بأن جميع القواعد المتعلقة بالتنظيم القضائي، وأهلية الخصوم وكل الأشكال التي ترمي إلى ضمان حسن سير القضاء كمرفق عام ، أو بالتنظيم العام للخصومة القضائية فإن المشرع ينص في مجمل هاته القواعد أنها من النظام العام ، إلا أنه في حالة عدم النص على ذلك فيجب على القاضي تقدير المصلحة التي شرعت القاعدة لأجلها.

القاعدة الثانية: للنيابة العامة التمسك بالبطلان.

فالنيابة العامة مكلفة بالدفاع عن المصالح العامة باعتبارها ممثلة للمجتمع، ولذلك لها الحق أن تتدخل في الخصومة لإبداء الرأي، كما لها أن تتمسك بالبطلان المقرر جزاء لقاعدة شرعت لمصلحة عامة ، وإذا

[1] - عمر زودة، المرجع السابق، ص371.
[2] - أحمد مليحي، المرجع السابق، ص 36.

كانت طرفا منظما في الخصومة فتتمتع بالسلطات القانونية نفسها التي يتمتع بها الخصوم إلى جانب إثارة الدفع المتعلق بالنظام العام.

القاعدة الثالثة: لكل ذي مصلحة التمسك بالبطلان المتعلق بالنظام العام.

أي كل من يكون في مركز قانوني قد يتأثر من شأنه ببطلان العمل الإجرائي المعيب، وبالتالي، يكون له الحق في التمسك به، ويكون له هذا الحق سواء كان طرفا أ صليا أو متدخلا، أو هو من قام بالإجراء أو كان الإجراء موجها إليه

وبصفة عامة يكون التمسك ببطلان إجراءات الخصومة إما عن طريق الدفع في دعوى قائمة إما الأحكام فيتم التمسك ببطلانها عن طريق الطعن فيها إما بالمعارضة أو الاستئناف أو النقض، فإذا كان الإجراء المطلوب من إجراءات الخصومة فإن طلب الإبطال يكون في صورة دفع شكلي يبديه صاحب المصلحة، الذي يكون إما خصما أصليا أو متدخلا بصفة هجومية أو إنضمامية، ويرفع الدفع بالبطلان مثل الأوضاع المقررة للدفوع الشكلية أي يجب أن يثار قبل أي طلب أو دفاع في الموضوع أو دفع بعدم القبول، وإلا سقط الحق فيه باستثناء الدفوع المتعلقة بالنظام العام.[1]

أما إذا كان البطلان واردا على حكم لعيب أصاب جانبه الشكلي كصدور حكم في تشكيلة غير قانونية أو عدم توقيعه من قاض مختص ،أو لعيب في شقه الموضوعي كعدم تضمين الحكم حيثيات التسبيب، ويتم التمسك ببطلان هذا الحكم بواسطة أحد أطراف الطعن المقررة قانونا لان المبدأ الإجرائي السائد في قانون الإجراءات هو عدم جواز رفع دعوى أصلية ببطلان الحكم، ولأن فتح هذا المجال يؤدي إلى إهدار حجية الأحكام، فإن لم يطعن في الحكم بالطرق المناسبة وفي الميعاد القانوني أعتبر الحكم صحيحا مهما شابه من أوجه البطلان ،ذلك أن العيب الإجرائي لا يضل دائما، وإنما يصحح عندما يصبح غير قابل لطعن فيه، وذلك ضمانا لاستقرار المراكز القانونية وحفاظا على حجية الأحكام. [2]

الفرع الثاني: مسقطات التمسك بالبطلان والتنازل عنه.

نتطرق في هذا الفرع إلى ما يترتب عن التمسك بالدفع بالبطلان وما يسقط التمسك به وكذلك حالات التنازل عليه.

أولا-مسقطات التمسك بالدفع بالبطلان:

رجوعا إلى ما ورد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجده نص على حالة واحدة يسقط فيها الدفع بالبطلان، حيث تنص المادة 61 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية " يمكن إثارة الدفع ببطلان الأعمال الإجرائية شكلا خلال القيام بها ولا يعتد بهذا الدفع المتمسك به دفاعا في الموضوع لاحقا للعمل الإجرائي ".

سبق القول؛ وأن الدفع بالبطلان يخضع لنفس القواعد الشكلية فيما يخص ترتيبه، فالدفع بالبطلان يسقط بإبداء دفع في الموضوع وكما يرى الدكتور أحمد أبو الوفاء؛ أن مسقطات الدفع بالبطلان يظهر في الحالات التالية:[3]

- تقديم دفع شكلي آخر خلاف البطلان سواء شفاهة أو في مذكرة مكتوبة.

1- المادة 61 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
2- إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 785.
[3] - أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 122.

- الدخول في الموضوع بطلب رفض طلبات المدعي ومناقشتها من أجل الحكم برفضها أو عرض تصالح بشأنها أو تفويض الأمر للمحكمة لتحكم بما تراه على ضوء دفاعه أو إبداء طلبات عارضة أو إدخال ضامن في الدعوى.
- طلب تأجيل الدعوى لتقديم مستندات حاسمة فيها تؤكد عدم صحة طلبات المدعي أو طلب التأجيل للإطلاع على سندات الخصم والرد عليها.
- طلب ضم دعوى أخرى منظورة أمام دائرة أخرى بنفس المحكمة لتحقيق دفاعه بعدم صحة طلبات المدعي، فذلك يعني إقراره بسلامة الإجراءات ودخوله في الموضوع
- طلب وقف الدعوى للفصل في مسألة أولية يتوقف عليها الفصل في موضوع الدعوى
- التمسك بسقوط الخصومة أو انقضاؤها بالتقادم .
- الدفع بعدم قبول الدعوى.
-وقف الدعوى إتفاقا ثم تعجيلها، فلا يجوز عند تعجيل إبداء دفع بالبطلان على الإجراءات السابقة عن الوقف.

كما أن هناك بالمقابل بعض الحالات قد تتداخل مع حالات إسقاط الدفع الذكورة آنفا، لكنها لا تسقط التمسك بالدفع وهي كالآتي: [1]

- إذا تخلف المدعي عليه عن الجلسة الأولى، فيطلب المدعى التأجيل لإعلانه بالجلسة الجديدة.
- طلب تأجيل الدعوى من جانب المدعى عليه لاختصام ورثة المدعي لتوجيه الدفع بالبطلان في مواجهتهم .
- مناقشة الموضوع على سبيل الاحتياط فذلك ينفي الإرادة الضمنية بالتنازل عن الدفع الشكلي.
- تعجيل الدعوى من الموقوف بإعلان الخصم بجلسة مقبلة، فلا يكشف ذلك عن التنازل عن الدفع بالبطلان، بل على العكس من ذلك، فقد يكون الهدف منه إبداء الدفع شريطة أن لا يتعرض للموضوع عند المثول بالجلسة قبل إبداء الدفع بالبطلان.
- طلب التأجيل للإطلاع على الصحيفة إن لم يكن قد اتسع له الوقت الإطلاع عليها،فقد يكون ذلك للتمسك ببطلانها أو رغبة الخصم في توكيل محامي يقف على إجراءات الخصومة للدفع بالبطلان،أما إذا كان بغرض استعداده لتقديم مستندات في الموضوع،فذلك يعني التنازل عن الدفوع الشكلية المتعلقة بالإجراءات و التسليم بصحتها.
- طلب التأجيل للاتخاذ إجراءات رد القاضي
- تناول موضوع خارج مجلس القضاء ،ولو في صورة إنذار قضائي،لأن مسقطات الدفع لا تكون إلا أمام القاضي.
- إلى جانب ما ذكرناه سابقا فيما يخص مسقطات الدفع بالبطلان،فإنه توجد حالات أخرى تنهي التمسك بهذا الدفع وهي حالات التنازل عليه.

ثانيا- التنازل عن الدفع بالبطلان:

لم يتناول المشرع الجزائري أنواع النزول عن الدفع بالبطلان مثل ما فعل المشرع المصري والذي نص عليه في المادة 22 من قانون المرافعات المصري:"يزول البطلان إذا نزل من شرع لمصلحته صراحة أو ضمنا، وذلك فيما عدا الحالات التي يتعين فيها البطلان من النظام العام".

ومن ما سبق، يظهر لنا، أن هناك تنازل صريح و ضمني، و هذا باعتبار أن التمسك بالبطلان النسبي هو حق إرادي يخضع للقواعد العامة في التعبير عن الإرادة.

[1] - أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 124.

فالنزول الضمني يستشفه القاضي في سلوك الخصم الذي يعكس إرادته في التنازل عن التمسك بالبطلان ، كما لو ورد عن الإجراء ما يدل أنه يعتبر صحيحا أو قام بعمل أو إجراء ما يفيد أنه متنازل عن الدفع.[1]

أما النزول الصريح هو اتجاه إرادة الخصم صراحة في التنازل عن هذا الحق (التمسك بالبطلان للعمل الإجرائي)وهذا إما بإبداء الدفع واتجاه الإرادة صراحة إلى التنازل عنه أو يكون نتيجة الإتفاق بين صاحب المصلحة في الدفع والخصم ما دام الإتفاق حاصل بعد قيام سبب البطلان.

أما الاتفاق مقدما على النزول عن الدفع بالبطلان ،فيميل الرأي الغالب إلى إجازته إذا كان محددا ببطلان عمل معين ولسبب معين ،أما إذا كان الاتفاق عاما غير محدد ببطلان عمل إجرائي معين أو غير محدد بسبب معين ، فلا يجوز لأن الخصم ينزل عن البطلان دون أن يكون على علم بسببه. [2]

ويرى الفقه؛ أنه لتحقق النزول سواء كان صريحا أو ضمنيا يشترط فيه ما يلي:[3]

- أن يصدر النزول ممن له الحق في التمسك بالبطلان، فإذا صدر من الغير فإنه لا يرتب أي أثر، فنزول الغير لا يجدي. إلا أن نزول المحامي بصفته وكيلا عن الخصم يكون صحيحا.
- توافر أهلية النزول، فتكفي هنا أهلية الاختصام للخصم المتنازل
- أن تثبت للخصم إرادة النزول، فلإرادة سواء كانت صريحة أو ضمنية ،كما لا يشترط قبول الخصم الآخر بهذا النزول ولا يعتبر هذا من قبيل التنازل عن الخصومة المنصوص عليه في المواد 231 و 232 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الذي يتوقف على قبول المدعى عليه،لأن النزول عن التمسك بالدفع بالبطلان هو فائدة محضة لصالح الطرف الآخر. [4]

إذا تنازل الخصم عن التمسك بالبطلان ترتب على نزول هذا عدم إمكانه التمسك مرة أخرى به بأي وسيلة كانت ولا أي درجة من درجات التقاضي، فإذا زال البطلان صح العمل الإجرائي ويعتبر كأنه ولد صحيحا منذ نشأته بأثر رجعي.

المطلب السادس: تصحـيح الـبطـلان.

نتطرق في هدا المطلب إلى التصحيح وحكمة في التشريع الجزائري في الفرع الأول، ثم سلطة القاضي في إجراء التصحيح في الفرع الثاني.

الفرع الأول: التصحيح وحكمه في التشريع الجزائري.

التصحيح هو إزالة البطلان ليصبح العمل الإجرائي وفقا للقانون بتخليصه مما يشوبه من نقص أو عيب، فإذا كان نقص أضيف إليه ما يكمله ، وإزالة البطلان بصفة عامة قد يكون بإزالة الضرر الذي أصاب المتمسك به وقد جعل المشرع التصحيح وسيلة لاستمرار الخصومة وتحقيق غاياتها وإرجاع القدرة للعمل الإجرائي ليحقق الأثر القانوني الذي وجد من أجله .

---

[1] - إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 764.
[2] - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 42.
[3] - فتحي والي، المرجع السابق، ص697.
[4] - تنص المادة 231: "التنازل هو إمكانية مخولة للمدعي لإنهاء الخصومة ولا يترتب عليه التخلي عن الحق في الدعوى ". وتنص المادة 232:" يكون تنازل المدعي معلقا على قبول المدعى عليه إذا قدم هذا الأخير عند التنازل طلبا مقابل أو إستئناف فرعي أو دفوعا بعدم القبول أو دفوعا في الموضوع "

فحكم التصحيح في التشريع الجزائري حسب المادة 62 من قانون الإجراءات والإدارية التي تنص " يجوز للقاضي أن يمنح أجلا للخصوم لتصحيح الإجراء المشوب بالبطلان ،شرط عدم بقاء أي ضرر قائم بعد التصحيح يسري اثر هذا التصحيح من تاريخ الإجراء المشوب بالبطلان " .

فنرى أن المشرع قد منح سلطة للقاضي في منح أجل التدارك العيب، ولكن تقيد هاته السلطة بعدم بقاء آي ضرر قائم فقط ،لأنه إذا لاحظ القاضي بأنه بالرغم من تصحيح الإجراء الباطل فان الضرر يبقى قائم بالنسبة لأحد الخصوم، فهنا يستبعد دلك ويحكم بالبطلان ،وبالتالي يكون المشرع الجزائري قد حذا حذو المشرع الفرنسي، وهو اشتراط عدم إلحاق الضرر بالطرف الأخر من جراء التصحيح حسب مضمون نص 115 من قانون الإجراءات الفرنسي.[1]

- كما أن المشرع الجزائري في المادة 2/62 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية قام بترتيب الأثر الرجعي لإجراء التصحيح ،بحيث يعتبر الإجراء صحيحا من يوم مباشرته. فقد يترتب على الإجراء الباطل بعض الآثار القانونية ،وذلك يشترط أن تتوافر في الإجراء الباطل عناصر إجراء أخر صحيح ،أو إذا كان العمل الإجرائي مركبا يقبل التجزئة وكان اشتق منه صحيحا فترتب الأثر بالنسبة لهذا الشق ودلك ما يعرف بنظرية تحول العمل الإجرائي بالتكملة والى جانب دلك فقد تحدت وقائع قانونية يترتب عليها زوال البطلان وهدا ما سنتولى شرحه فيما يلي:[2]

أولا- التصحيح بتحول العمل الإجرائي:

حتى تتحول العمل الإجرائي الباطل إلى صحيح فلا يعتد نسبية من قام بالعمل بل يشترط توافر إرادية العمل الإجرائي، فيتم بغض النظر عن نية من قام به ،كما يشترط أيضا أن تكون المقتضيات الباقية، مقتضيات عمل قانوني أخر يعرفه القانون أي العمل الذي سيتحول أليه العمل القانوني الباطل ومن أمثلة هذا:

أن يكون الاستئناف الأصلي باطلا لأي سبب فيعتبر كان لم يكن ولما كان الاستئناف المقابل يفترض لصحته باعتباره كذلك أن يسبقه استئناف أصلي صحيح ،فان بطلان الاستئناف الأصلي يؤدي إلى بطلان الاستئناف المقابل ،ولكن يتحول الاستئناف المقابل الباطل إلى استئناف أصلي صحيح ،إذا توافرا فيه عناصر الاستئناف الأصلي.[3]

في حين أنه وبالرجوع إلى نص المادة 337 من قانون الإجراءات المدنية،[4]فإن الفقرة الثانية منها تنص على خلاف ما ذهب إليه الدكتور فتحي والي، حيث جاء بتصريح العبارة أنه لا يقبل الاستئناف الفرعي إذا كان الاستئناف الأصلي غير مقبول، و كما يمكن تصور حالة أخرى في تحول العمل الإجرائي الباطل، مثلا إذا كان حلق اليمين الحاسم باطلا لتختلف مقتضى من مقتضياته الشكلية فانه يتحول إلى إقرار قضائي صحيح.[5]

---

[1] *Art 115 code pro civil français :-"la nullities est coverte par la regularisation ulterieure de l'acte si aucune forclusion n est intervenue ، si la regularisation ne l' aisse subsiste aucun grief"*

[2] - عمر زودة، المرجع السابق، ص 367.

[3] - فتحي والي، المرجع السابق، ص 822.

[4]- المادة 337 من ق إ م إد" يجوز للمستأنف عليه إستئناف الحكم فرعيا في أية حالة كانت عليها الخصومة ، ولو بلغ رسميا بالحكم دون تحفظ ، وحتى في حالة سقوط حقه في رفع الإستئناف الأصلي

- لا يقبل الاستئناف الفرعي إذا كان الاستئناف الأصلي غير مقبول
- يترتب على التنازل في الاستئناف الأصلي عدم قبول الاستئناف الفرعي إذا وقع بعد التنازل "

[5]- عمر زودة، المرجع السابق، ص 364.

ثانيا- التصحيح بانتقاض العمل الإجرائي.

واشترط الفقهاء أن يكون العمل الإجرائي الباطل قابل للتجزئة، وبالتالي، يكون تعيب أحد الأجزاء وبقاء الأجزاء الأخرى صحيحة وتبقى الآثار رغم بطلان العملّ. فهده الصورة لم يرد نص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر بموجب قانون رقم 08 -09 ولا قانون الإجراءات المدنية الملغى لكن ليس هناك ما يمنع إعمال هاته الصورة إذا توافرت حالاتها .

وللإشارة، أن هده الصورة ليست المقصودة في رأينا في المادة 66 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري التي تنص على انه "لا يقضى ببطلان إجراء من الإجراءات القابلة للتصحيح، إذا زال سبب دلك البطلان بإجراء لاحق أثناء سير الخصومة ...". لأن العمل الإجرائي المشترط في نظرية انتقاص العمل الإجرائي هو العمل المركب.

ولا انتقاص من حيث الأجزاء يتفق مع طبيعة العمل القانوني المركب فالعمل الإجرائي المركب مكون من عدة أعمال بسيطة فادا بطل احد هده الأعمال فمن الطبيعي ألا يمتد هدا البطلان الى الأعمال الأخرى إذا كانت مستقلة عنه،[1]كصدور حكم يتضمن أكثر من موضوع، فإذا طعن المحكوم عليه في شق منه وقضت المحكمة ببطلان الحكم المطعون فيه فيصبح الحكم صحيحا في الشق الذي لم يطعن فيه ،وحتى أن القضاء الجزائري قد طبق في عدة مناسبات هاته الحالة. مثل القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1999/04/07 تحت رقم 203042، والذي أبطل القرار المطعون فيه في الشق المتعلق بالمنشات المقامة على العقار المتنازع عليه ورفض الطعن في الشق المتعلق بالعقار.

ثالثا- تصحيح البطلان بالتكملة:

ونقصد به إزالة العيب الذي شاب الإجراء سواء بتجديد الإجراء الباطل بحيث يحل محلة إجراء آخر صحيح أو بتحديد يد شق منه لتغيير العنصر المعيب فيه أو بإضافته، وهدا ما أتت به المادة 62 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بإمكانية استدراك الإجراء المعيب ،لكن شرط عدم بقاء الضرر كما سبق شرحه .

رابعا- إزالة البطلان بوقائع قانونية لاحقة:

تنص المادة 66 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: " لا يقضى ببطلان إجراء من الاجراءات القابلة للتصحيح ،إذا زال سبب دلك البطلان بإجراء لاحق أثناء سير الخصومة". وهذا مثل ما جاء في المادة 61، بأنه إذا نوقش الموضوع فيسقط الحق في التمسك البطلان.

كذلك فيما يخص أعمال لاحقة عن البطلان، ليس أثناء الخصومة و إنما بعدها مثل انقضاء مواعيد الطعن على الحكم، فيترتب على دلك زوال البطلان الذي يشوب الحكم و عندئذ يصحح البطلان كأثر لحجية الأمر المقضي به.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في إجراء التصحيح.

يمكن تصور بعض حالات تصحيح العمل الإجرائي الباطل من طرف الخصم نفسه وبدون تدخل المحكمة في ذلك كان يقوم المدعي بإعلان خصية بتكليف بالحضور آخر ،بعدما تبين له بطلان الإعلان الأول إذا لاحظ إغفال بعض البيانات المنصوص عليها في المادة 24 من قانون الإجراءات المدنية

[1] - فتحي والي، المرجع السابق، ص 820

والإدارية ،وهنا لا يتدخل القاضي وخاصة إذا كان لا يمس بمصلحة عامة أو تم تدارك الأمر قبل أن يتمسك الخصم به.

لكن ما جرى به العمل القضائي أن القاضي هو الذي يأمر بتصحيح الإجراءات الباطلة ، ويمنح اجل لدلك طبقا للمادة 62 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لكن شرط عدم البقاء الضرر. ويدخل هذا ضمن السلطة التقديرية للقاضي يستعملها ويقدر فيها حتى الأجل الذي سيمنحه للخصوم، كمنح اجل لتصحيح العريضة الافتتاحية إذا كانت ناقصة في إحدى البيانات الواردة في المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أو المادة 14 منه، فإذا لم يصحح الإجراء في هدا الأجل المحدد قضت المحكمة بالبطلان، وهدا تحت اعتبار أن القاضي هو من يسهر على صحة إجراءات الدعوى المقامة أمامه هدا تطبيقا لمبدأ حسن سير العدالة لذا نرى أن المشرع الجزائري قد ساير التشريعات الحديثة مثل المشرع الفرنسي في المادة 115 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

وللإشارة، أن الأمر بتصحيح الإجراء المعيب ومنح الأجل من طرف القاضي يعتبر من بين أعمال الإدارة التي يقوم بها القضاة، ومن ثمة لا يجوز الطعن فيها بأي طريقة من طرق الطعن.

المطلب السابع: الحكـــم بالبـــطلان وآثاره.

نتطرق في هدا المبحث إلى الحكم القاضي بالبطلان وخصائصه كفرع أول، و نعرج على آثار هدا الحكم في فرع ثان.

الفرع الأول: الحكـــم بالبـــطلان.

تبين لنا، مما سبق، أن البطلان إما أن يكون في الإجراءات وإما أن يكون في الحكم ذاته.

أولا- بطلان الإجراءات:

فالبطلان في الإجراءات يكون إذا تمسك الخصم ببطلان الأعمال الإجرائية المبتدأة في الخصومة أو المسيرة لها، أو المنهية وكان تمسكه سابق على الموضوع فلقاضي أن يقضي في الدفع على استقلال، فقد يغنيه ذلك عن الفصل في الموضوع، أو يضم الدفع للموضوع ويقضي فيه بحكم فيما بعد.

وجرى العمل القضائي أن يفصل القاضي في الدفع الإجرائي على استقلال كحالة تعلقه بالعريضة الافتتاحية أو في عريضة المعارضة أو الاختصاص أو الإعلان وهدا ربحا للوقت وصرف الأطراف إلى إعادة إجراءات التقاضي وفق مقتضياته القانونية ما لم تكن هنا إمكانية تصحيح العمل الإجرائي المعيب، وإذا رفض القاضي الدفع بالبطلان واستمر بالنظر في الموضوع فان هدا الحكم لا يقبل الطعن فيه على انفصال وهنا عليه الإجابة إما بقبول الدفع أو برفضه وهذا احتراما لحقوق الدفاع وما يهمنا في الدراسة الآن هو بطلان الحكم، إما لعيب في الإجراءات التي سبقت صدوره وقد يكون باطلا لعيب في ذاته وهنا وجب علينا تعريف الحكم القضائي أولا.

فالحكم هو القرار الصاد رمن محكمة مشكلة تشكيلا صحيحا ومختصة في خصومة رفعت إليها وفق الإجراءات المقررة قانونا، سواء كان في موضوع الخصومة أو في مسألة متفرقة عنه. ويعني كل حكم ينهي إليه القاضي في النزاع المطروح أمامه في إطار الإجراءات القانونية المعمول بها وبناءا على الأسانيد والأسباب القانونية التي يراها مناسبة ويقصد بعبارة أحكام قضائية الأوامر و الأحكام والقرارات

القضائية كما جاءت في نص المادة 08 من قانون 08-09 المؤرخ في 23 فيفري 2008 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية، وهذا ما كان مكرس من المحكمة العليا في بعض قراراتها.[1]

فالحكم بالمعنى الدقيق هو الذي يصدر عن المحكمة ويستعمل مصطلح القرار لتعيين القرارات الصادر عن المجالس القضائية أو المحكمة العليا، فيعد تعريف الحكم بتولي الدراسة الآن بطلان الحكم إما لإجراءات معينة قبل صدوره أولا، تم لعيب الحكم في حد ذاته ثانيا.

أ- البطلان لعيب في الإجراءات السابقة على إصدار الحكم :

وهنا عندما يكون الحكم صحيحا من حيث الشكل والموضوع لكنه رغم دلك باطل لقيامه على إجراءات باطلة، فعلى محكمة الطعن في هده الحالة (معارضة-استئناف-نفض) أن تقضي بإلغاء الإجراء المطعون فيه ببطلان إجراءاته، ويشترط الإلغاء الحكم توافر الشروط التالية:[2]

1- وجود إجراء باطل؛
2- إلا يكون قد سقط صاحب المصلحة في المتمسك بالبطلان؛
3- ان لا تكون المحكمة قد قضت بصحة الإجراء؛
4-أن يكون الطاعن هو صاحب المصلحة في البطلان.

ب- البطلان لعيب في ذات الحكم:

يقصد بالبطلان لعيب في ذات الحكم ما قد يشوبه من عيوب في الاجراءات من حيث إصداره أو النطق به و تحريره من شأنه يودي إلى إبطاله ، وقد قرر المشرع الجزائري القواعد المنظمة لإجراءات إصدار الأحكام بقانون الإجراءات المدنية والإدارية في المواد 270 وما يليها أما فيما يخص الجهات القضائية الإدارية فمنصوص عليها في المواد 888 إلى المادة 890 بحيث قالت المادة 888 أنه: " تطبق المقتضيات المتعلقة بالحكام القضائية المنصوص عليها في المواد 270 الى 298 من هدا القانون أمام المحاكم الإدارية ".

1)- البطلان لعيب في إصدار الحكم: فقد يشوب العيب في المداولة أو في النطق بالحكم، فالمداولة هي المشاورة التي تتم بين أعضاء المحكمة في منطوق الحكم وأسبابه بعد انتهاء المرافعة وقبل النطق به، وهي من الإجراءات الجوهرية التي ينبغي القيام بها والإشارة إلى ذلك في صلب الحكم وأن عدم ذكرها يعد سبب من أسباب البطلان طبقا للمادة 273 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أو تخلف أحد قضاة التشكيلة في النطق...الخ،فهنا والأصل أن تاريخ المداولة هو تاريخ الجلسة وإن كان تاريخ المداولة غير معلوم من قبل الأطراف لابد من تبليغه للخصوم خلال نفس الجلسة طبقا للمادة 274 أما النطق بالحكم فيكون في جلسة علنية المادة 272 وهذا الإجراء من المبادئ الدستورية المنصوص عليها في المادة 135 ولم يشترط القانون شكلية معينة لإثبات ذلك إلا الإشارة إليه في مضمونة حسب المادة 276 .

2)- بطلان الحكم لعدم تسبيبه أو لعيب فيه: فالمادة 277، أوجبت التسبيب قبل النطق بالحكم، و خلاف ما كان عليه القانون القديم.

3) الإجابة على طلبات الخصوم ودفوعهم: فالمادة 276 أوجبت البيانات الواجب إدراجها في الحكم وان خرق هده القواعد لا يترتب عليها البطلان مباشرة، وهدا ما أكدته المادة 283 من قانون الاجراءات

[1] - قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1998/02/25 تحت رقم 881.180 مجلة قضائية 1998، عدد 1، ص 78. بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات الدنية والإدارية، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009، ص 26.
[2] - عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص 323 وما بعدها.

المدنية والإدارية بنصها " لا يترتب على إغفال أو عدم صحة أخذ البيانات المقررة لصحة الحكم ببطلانه إذا تبث من وثائق ملف القضية أو من سجل الجلسات، أنه تم فعلا مراعاة القواعد القانونية"، لكن بالمقابل فقد نصت المادة 275 أنه: "يجب إن يشمل الحكم تحت طائلة البطلان العبارة الآتية:

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، باسم الشعب الجزائري وللإشارة إن المحكمة العليا فيما يخص هاته الشكلية أنها تخص النسخ التنفيذية دون العادية.[1]

الفرع الثاني: أثار البـــــــــطلان.

لا يقع البطلان بقوة القانون إلا إذا تعلق بالنظام العام ولدلك وجب الحكم به يعتبر الحكم الصادر بالبطلان حكما مقررا وإذا حكم بالبطلان اعتبر العمل إجرائي كأنه لم يكن ولا ينتج أي أثر كقاعدة عامة.[2]

وإذا قضى ببطلان العمل الإجرائي فقد أثره القانون وامتد هذا الأثر إلى الإجراءات اللاحقة عليه إذا كانت مرتبطة به ومع هدا فان الحكم بالبطلان في بعض الحالات لا يعدم العمل الإجرائي كليا فيبطل الجزء المعيب ويعمل بالجزء الباقي ،كما يمكن رغم الحكم ببطلان عمل إجرائي ما واعتباره صحيحا إذا ما توفرت فيه شروط عمل إجرائي آخر صحيح.

لقد جاء نص المادة 66 من قانون الاجراءات المدنية كمادة وحيدة تنص على آثار البطلان إذا زال سببه بإجراء لاحق أثناء سير الخصومة، فإنه لا يقضي بالبطلان ، وتأصيلا لهده المادة إنها استثناء عن الأصل لان الأصل في بطلان الأعمال الإرادية هو بطلان الأعمال اللاحقة المرتبطة به ولكنه لا يؤثر على الأعمال التي سبقته.

وهذا في رأينا هو تبني لنظرية تحول العمل الإجرائي التي سبق شرحها في تصحيح البطلان للعمل الإجرائي لان التحول هو تكيف جديد لعناصر غير المعنية في الإجراء الباطل فاذا توفرت فيه عناصر إجراء أخر،وجب الاعتداء بهذا الإجراء الأخر.[3]

و المشرع الجزائري تبني فكرة الضرر في نظرية بطلان الأعمال الإجرائية، فما دام أنه يمكن تدارك ذلك فلا مجال للحكم بالبطلان، وهذا تسهيلا للمتقاضين في حماية مراكزهم القانونية وتحسينا للأداء القضائي في نفس الوقت، وتفادي لإعادة طرح المنازعات من جديد على القضاء، ومن الآثار الأخرى التي توجب الإشارة إليها، أنه إذا حكم ببطلان العمل الإجرائي، فإنه لا يؤثر على حق الخصم في إعادة الإجراء الباطل، باعتبار ذلك لا يمس بأصل الحق وشرط عدم بقاء الضرر الذي يكون المتمسك بالبطلان قد أثبته طبقا الأحكام البطلان الإجرائي المنصوص عليها في التشريع الجزائري.

---

[1]- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1984/01/04 تحت رقم 31416 والمنشور في المجلة القضائية لسنة 1989، عدد 1، ص148.

[2] - عمر زودة، المرجع السابق، ص 372.

[3] - إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص 760.

المبحث الثالث: عدم دستورية القوانين.

من الجزاءات المرتبطة بالنظام العام الدستوري، عدم دستورية القانون، حيث تسهر مختلف الأنظمة الدستورية على ترسيخ مبدأ سمو الدستور، كونه القانون الأساسي في الدولة، فلا يكف النص في الدستور على تنظيم السلطات الأساسية للدولة وتحديد حقوق الأفراد وواجباتهم، بل يجب أن توجد ضمانات تكفل احترام السلطات لاختصاصاتها. ولا يتحقق ذلك إلا بمراقبة مدى احترام مطابقة القوانين للدستور. ويعتبر مبدأ الرقابة الدستورية مبدأ متفرع عن مبدأ سمو الدستور، وقد تبنت الدول الحديثة هذا المبدأ وجعلته من أركان النظام الدستوري لبناء دولة القانون.[1]

وإذا كان الدستور أصل كل نشاط تمارسه الدولة، فإن سموه يغدو مجرد لفظ أجوف غير ذي مضمون (*un vain mot*)، إذا كان بمقدور هيآت الدولة انتهاكه دون أن يترتب على ذلك جزاء،[2]وعلى هذا الأساس تظهر أهمية الرقابة الدستورية، لما تلعبه من دور في كفالة الدستور وتجسيد سموه، وذلك من خلال حمايته من كافة التجاوزات والانتهاكات التي لا يكون مصدرها القانون العادي فحسب، بل كل النصوص القانونية، ونعني بذلك المعاهدات الدولية، القوانين العضوية والمراسيم الرئاسية والتنفيذية والأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان، وبذلك يتجسد المعنى الحقيقي لمبدأ سمو الدستور.

كما تبرز أهمية الرقابة الدستورية في حماية الحريات العامة، حيث لا يكفي النص عليها في الدستور، وتخويل البرلمان سلطة تنظيم ممارستها للاطمئنان على عدم الاعتداء عليها من قبل السلطتين التشريعية والتنفيذية، بل لا بد من تدعيم ذلك بآلية قانونية تكون كفيلة بإلغاء ما يتعارض منها مع أحكام الدستور، وتكمن هذه الآلية في آلية الدفع بعدم دستورية القانون.

وتداركا من المشرع الدستوري لهذا النقص الذي كان يشوب الرقابة الدستورية بالجزائر عمد بمقتضى المادة 188 من القانون رقم 16-01،[3] والمادة 195 من التعديل الدستوري لسنة 2020،[4] إلى تخويل حق الدفع بعدم الدستورية إلى الأفراد، الذي يعتبر من أهم المستجدات التي جاءت بها التعديلات الدستورية لكونه يساهم في تعزيز مسار الديمقراطية.

---

[1] - محمد رفعت عبد الوهاب، القانون الدستوري والمبادئ الدستورية العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1990، ص 127.إبراهيم عبد العزيز شيحا، القانون الدستوري، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1993، ص 204.

[2] - *Dominique Rousseau, Droit constitutionnel et institutions politiques de la 5eme république, Eyrolles, 1992, p. 69*

[3] - قانون رقم 16-01 ممضي في 06 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية عدد 14 مؤرخة في 07 مارس 2016، الصفحة 3.

[4] - مرسوم رئاسي رقم 20-442 ممضي في 30 ديسمبر 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجريدة الرسمية عدد 82 مؤرخة في 30 ديسمبر 2020، ص 03.

المطلب الأول: الدفع بعدم الدستورية في الأنظمة الدستورية المقارنة.

استحدث المشرع الدستوري بموجب التعديل الدستوري لسنة 2016، آلية جديدة للرقابة على دستورية القوانين بحيث أصبح بإمكان الأفراد مخاصمة القانون الذي ينتهك الحقوق المكفولة دستوريا، و هذا يعد اتجاه جديد في الرقابة على دستورية القوانين، لم يعتده النظام الدستوري الجزائري، وعليه نتناول في هذا المطلب فكرة الرقابة القضائية على دستورية القوانين (الفرع الأول)، لنعرج بعدها على فكرة الدفع بعدم الدستورية في الأنظمة الدستورية التي تأخذ بالرقابة السياسية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الدفع بعدم الدستورية في الأنظمة الدستورية التي تأخذ بالرقابة القضائية.

ظهرت فكرة الرقابة القضائية على دستورية القوانين (***Le contrôle juridictionnel***)، والتي من خلالها يعود النظر في المنازعة الدستورية إلى السلطة القضائية، إما إلى القضاء العادي أو القضاء الدستوري المختص. إذ ظهر الشكل الأول لهذا النموذج من الرقابة الدستورية بناء على اجتهاد المحكمة الفيدرالية بالولايات المتحدة الأمريكية،[1]أما فيما يتعلق بالقضاء الدستوري المختص، فقد تجسد في بعض الدساتير على إنشاء هيئة دستورية خاصة لممارسة الرقابة، ويرجع الفضل في ذلك إلى الفقيه النمساوي (*Hans Kelsen*)، حيث تسند الرقابة إلى محكمة دستورية خاصة، مستقلة من الناحية العضوية عن السلطة القضائية.[2]

وتعتبر الرقابة عن طريق الدفع الفرعي من خصائص الرقابة القضائية، وهي رقابة لاحقة على القوانين لا يتصور وجودها إلا بعد صدور القانون، لأنها تفترض أن القانون صدر فعلا و يراد تطبيقه في حالة معينة. فيوجه الخصم المراد تطبيق القانون عليه نظر المحكمة إلى مخالفة هذا القانون الأحكام الدستور، و يدفع بعدم دستوريته ، فإذا تحققت المحكمة من صحة ما دفع به الخصم امتنعت عن تطبيق القانون في النزاع المعروض عليها دون أن تصدر حكما بإلغائه، إذا ما كان النظام الدستوري في الدولة يأخذ بمبدأ لا مركزية الرقابة، و تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية مهد الأخذ بهذا الأسلوب . وتوجد صورة أخرى للدفع الفرعي في الدول التي تأخذ بالنظام المركزي في الرقابة، كمصر التي لم تعترف بالدعوي الدستورية المباشرة أمام المحاكم بل أوكلت، مهمة فحص دستورية القوانين للمحكمة الدستورية العليا دون غيرها، و ذلك ضمانا منه لمركزية الرقابة على الشرعية الدستورية و ضمانا للوحدة العضوية الأحكام الدستور.[3]

و مما سبق، يتبين لنا :

-أن الرقابة بواسطة الدفع الفرعي هي رقابة قضائية في الأصل، لأن القضاء هو الذي يتولى مهمة الفحص الدستوري للقوانين سواء كانت بطريقة مباشرة أو بطريقة غير مباشرة؛

-أن الرقابة عن طريق الدفع هي وسيلة دفاعية و ليست هجومية؛

-أن المشرع الدستوري المصري، أعطى الحق للمحاكم و الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء الفصل في نزاع ما، الحق في الدفع بعدم الدستورية، إذا تراءى لها عدم دستورية القانون أو لائحة المراد

---

[1]- "لكن هذه الطريقة لم تقرر دفعة واحدة، بل وجدت اجتهادات قبل نشأة الإتحاد الأمريكي سنة 1787، مثل حكم *New Jersey* (*1780*)، حكم محكمة North Caroline (1787) وحكم محكمة *Hode Island (1786)*"، فوزي أوصديق، الوافي في شرح القانون الدستوري الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثانية، 2003، ص 201.

[2]- *cf, Louis Favoreu, Les cours constitutionnelles, P.U.F, 1992, pp. 3-5.*

[3] - رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين" دراسة مقارنة"، دار التيسير، القاهرة، مصر، 2004، ص 124.

تطبيقها على النزاع، خلافا للمشرع الدستوري الجزائري الذي لم يمكن المحاكم من الدفع بعدم الدستورية من تلقاء نفسها بل هو حق للخصوم فقط.[1]

الفرع الثاني: الدفع بعدم الدستورية في الأنظمة الدستورية التي تأخذ بالرقابة السياسية.

أحيانا تتولى هيئة ذات صبغة سياسية من حيث تركيبها وإجراءات عملها، الفصل في الدفع بعدم دستورية القوانين وقد تكون هذه الهيئة معينة أو منتخبة، لذلك أطلق على هذا الأسلوب بالرقابة السياسية عن طريق هيئة نيابية، وقد أخذت الدول الاشتراكية بهذا النمط،[2]وقد تعهد الرقابة الدستورية إلى مجلس دستوري (*Conseil constitutionnel*)، و تعتبر فرنسا الدولة الأولى التي تبنت هذه الطريقة، حيث أدخلت آلية الدفع بعدم الدستورية في نظامها الدستوري، وذلك بموجب التعديل الدستوري سنة 2008، للمادة 61 من الدستور بإضافة فقرة جديدة لها تقضي بتطبيق نظام الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين من خلال الدفع بواسطة المتقاضين أمام محاكم الموضوع، وبناءا على ذلك صدر قانون العضوي سنة 2009، الذي سمى هذه الرقابة "المسألة الدستورية ذات الأولوية (*la question de constitutionnalité prioritaire*).

ويعود الفضل في ظهورها إلى الفقيه الفرنسي (*Sieyès*) الذي طالب بإنشاء هيئة محلفين دستوريين، تكون مهمتها إلغاء القوانين المخالفة للدستور، ويرجع ذلك إلى عرقلة تنفيذ القوانين التي كانت تقوم بها المحاكم (البرلمانات)، الأمر الذي أدى برجال الثورة إلى تقييد سلطات المحاكم، ومنعها من التدخل في شؤون البرلمان،[3]وعلى الرغم من النص على هذا الأسلوب في دستور 14-10-1852، تحت اسم (*Comité constitutionnelle*)،[4] كل ذلك لم يمنع واضعو الدستور الجديد الصادر في 4-10-1958، من السير على نفس المنهج،[3]فقد أسندت مهمة الرقابة على دستورية القوانين قبل إصدارها، إلى هيئة سياسية تسمى بالمجلس الدستوري، ويعود الفضل في ذلك إلى (*Michel Debré*)، وقد تجسد دلك كوسيلة لاحترام الأحكام الدستورية من طرف البرلمان بمقتضى أحكام المواد من 56 إلى 63 من دستور 1958،[5]وقد تأثرت بعض الدساتير العربية بالنموذج الفرنسي، كدستور تونس بعد تعديله سنة 1952، ودستور لبنان بعد تعديله سنة 1990، والدستور المغربي لسنة 1994.[6]

أما المؤسس الدستوري الجزائري فقد تبنى آلية الدفع بعدم الدستورية في المراجعة الدستورية لسنة 2016 من خلال المادة 188 من الدستور، التي عززت الرقابة البعدية على القوانين العادية، مع العلم أن الدستور الجزائري تبنى الرقابة البعدية على القوانين العادية إلى جانب الرقابة القبلية قبل المراجعة الدستورية لسنة 2016، خلافا لنظيره الفرنسي حيث أنه لم يتبنى الرقابة اللاحقة على القوانين العادية إلا بعد تعديل 2008. و تجسيدا لذلك، أصدر المشرع الجزائري القانون العضوي رقم 18-16، في 2 سبتمبر

---

[1] - محمد على سويلم، الرقابة على دستورية القوانين و تطور الأنظمة الدستورية دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2013، ص 470.

[2]- محمد المالكي، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، الجزء الأول، مركز دراسات الوحدة العربية، لبنان، الطبعة الثانية، 1994، ص 163.

[4] - إبراهيم محمد حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2000، ص 31.

[5] - *« La création du conseil constitutionnel en 5ème république, est présentée par Michel Debré, dans son discours du 27-8-1958, devant le conseil d'état, manifeste la volonté de subordonner la loi, c'est-à-dire la décision du parlement à la règle supérieur éditée par la constitution, selon la formule de surveiller le parlement, il devenue d'institution mineure à l'institution clé de la 5ème république », Dominique Rousseau, op. cit, p. 68.*

[6] - محمد المجذوب، المرجع السابق، ص 70.

2018 الذي يحدد شروط و كيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية،[1]وتبني القانون العضوي نفس التسمية التي جاءت في المادة 188 من التعديل الدستوري لسنة 2016، وهي "الدفع بعدم الدستورية "، وكذا النظام المحدد لقواعد المجلس الدستوري- المحكمة الدستورية حاليا- في مادته التاسعة، و يختلف تطبيق هذه الآلية في الدول التي تتبع الرقابة السياسية عن الدول التي تتبع الرقابة القضائية، بحيث توكل مهمة فحص دستورية القانون للمجلس الدستوري، بالرغم من أن الدعوى ترفع أمام محاكم الموضوع، ففي حالة التمسك أثناء دعوى تنظرها إحدى المحاكم بأن النص التشريعي المراد تطبيقه على النزاع يتضمن انتهاكا للحقوق و الحريات التي يكفلها الدستور، فلا يمكن لمحكمة الموضوع أن تفصل في مدى دستورية النص بل تعرض المسألة على المجلس الدستوري بناءا على إحالة من مجلس الدولة أو من المحكمة العليا. [2]

ونظرا لأن المحكمة الدستورية الجزائرية مستوحاة من النموذج الفرنسي مع بعض الفروق، نعتقد أن تعليق الأستاذ (*Maurice Duverger*)،[3]على طبيعة المجلس الدستوري الفرنسي باعتباره نوع من الهيآت السياسية العليا المكلفة بمراقبة دستورية القوانين، هو تعليق نابع من الطابع الغامض لهذا المجلس، وهو ما ينطبق إلى حد ما على المحكمة الدستورية الجزائرية.

المطلب الثاني : تكييف طبيعة الدفع بعدم الدستورية.

إذا اعترض إحدى الجهات القضائية حال نظرها في نزاع معروض عليها وجود دفع من أحد الأطراف بعدم دستورية الحكم التشريعي المراد تطبيقه للفصل في هذا النزاع، فكيف ستتعامل معه: هل على أساس أنه مسألة أولية (*Question préalable*)، يدخل في نطاق اختصاصها بحثها والبت فيها، وهذا تطبيقا لقاعدة قاضي الأصل هو قاضي الفرع (أو قاضي الدعوى هو قاضي الدفع)، أم ستتعامل معه على أساس أنه مسألة فرعية (*Question préjudicielle*)، يتعين عليها عدم التطرق إليها لأنها من اختصاص جهة أخرى يؤول لها لوحدها مسألة نظرها والفصل فيها ؟

الفرع الأول: الدفع بعدم الدستورية مسألة أولية موقفة للحكم في الدعوى.

إن الدول التي لم تتضمن دساتيرها، إما بشكل مطلق أو لفترات محددة، الرقابة على دستورية القوانين، قد أبدى القضاء في بعضها - على الأقل - بوضوح تمسكه بممارستها طالما لم يوجد نص صريح يمنعه من ذلك. ويعد القضاء الأميركي أسبق من غيره في الاعتراف لنفسه بحق رقابة دستورية القوانين، وهذا منذ فصله سنة 1803 في القضية الشهيرة المعروفة بقضية ماربوري ضد ماديسون.

وبالنسبة لما كان عليه الوضع في مصر مثلا قبل إنشاء المحكمة العليا فيها سنة 1969، فإننا نكتفي بالإشارة إلى الحكم الشهير لمحكمة القضاء الإداري الصادر في 10 فبراير 1948 الذي جاء فيه:" ومن حيث أن محامي الحكومة دفع بأن المحاكم لا تملك التصدي لبحث دستورية القوانين موضوعا وكل ما تستطيعه هو التحقق من توافر الأركان الشكلية للقانون، فإذا ظهر أنها متوافرة فيه فقد امتنع عليها البحث في دستوريته موضوعا من حيث مطابقته أو عدم مطابقته للمبادئ المقررة في الدستور، إعمالا لمبدأ فصل السلطات الذي يقوم على استقلال كل سلطة عن الأخرى في عملها ووجوب عدم التدخل فيه أو تعطيله".

---

[1] - قانون عضوي رقم 18-16 ممضي في 02 سبتمبر 2018، يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، الجريدة الرسمية عدد 54 مؤرخة في 05 سبتمبر 2018، الصفحة 10. الملغى بالقانون العضوي رقم 22-19.

[2] - رحموني محمد و رحلي سعاد، حق الأفراد في الدفع بعدم الدستورية في ظل القانون العضوي المحدد لكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، السنة الحادية عشرة، المجلد 11، العدد الأول، 2019، ص 75.

[3] - *« Le conseil constitutionnel est une sorte de juridiction politique charger de contrôler la constitutionnalité des lois. Les termes qu'on vient d'employer, exprimant le caractère ambigu de l'institution, son rôle est celui d'un juge, mais il est exercé dans des matières politiques et plus encore dans des buts politiques », Maurice Duverger, Droit constitutionnel et institutions politiques, P.U. F, 11ème édition, 1970, p. 817.*

ولكن المحكمة قد ردت عليه بالقول:" ومن حيث أنه ليس في القانون المصري ما يمنع المحاكم المصرية من التصدي لبحث دستورية القوانين بل المراسيم بقوانين. سواء من ناحية الشكل أو الموضوع"، ثم تضيف:" أما القول بأن في هذا التصدي إهدارا لمبدأ فصل السلطات بتدخل السلطة القضائية في عمل السلطة التشريعية بما يعطل تنفيذه، فإنه يقوم على حجة داحضة - إذ على العكس من ذلك فإن في التصدي إعمالا لهذا المبدأ ووضعا للأمور في نصابها الدستوري الصحيح بما يؤكده ويثبته".[1]

وما يهمنا أكثر هنا، هو التساؤل الذي بادرت به المحكمة في قولها:" ومن حيث أنه بعد إذ تحدد معنى مبدأ فصل السلطات بحسب روح الدستور، أخذا من دلالة المقابلة بين نصوصه وتفهم مراميها يتعين بعد ذلك تحديد وظيفة المحاكم إزاء تعارض قانون من القوانين العادية مع الدستور نصا أو روحا وما الذي ينبغي على المحاكم حينئذ عمله وما تكييف عملها في هذه الحالة ؟".

وقد ردت المحكمة على نفسها:"ومن حيث أن الدستور المصري إذ قرر في المادة 30 منه أن السلطة القضائية تتولاها المحاكم قد ناط بها تفسير القوانين وتطبيقها فيما يعرض عليها من شتى المنازعات، ويتفرع عن ذلك أنها تملك الفصل عند تعارض القوانين في أيها هو الواجب التطبيق إذ لا يعدو أن يكون هذا التعارض صعوبة قانونية مما يتولد من المنازعة فتشملها سلطة المحكمة في التقدير وفي الفصل لأن قاضي الأصل هو قاضي الفرع".

وعليه، فإن محكمة القضاء الإداري بعد أن أقرت لا مركزية الرقابة الدستورية آنذاك، وهذا باعترافها بحق جميع المحاكم المصرية في ممارستها عن طريق الدفع بعدم الدستورية لعدم وجود نص يمنع ذلك، فقد عادت وأكدت على أن الدفع في هذه الحالة يعد مسألة أولية يعود لمحكمة الموضوع اختصاص نظرها والبت فيها بنفسها تطبيقا القاعدة قاضي الأصل هو قاضي الفرع.[2]

الفرع الثاني: الدفع بعدم الدستورية مسألة فرعية موقفة لسير الدعوى.

إن وجود هيئة نص عليها الدستور مكلفة لوحدها بالرقابة على دستورية القوانين،[3] يسحب الاختصاص من كافة جهات القضاء العادية منها والإدارية، وعلى كافة المستويات حتى العليا منها، ومن ثم فاختصاصها يعد اختصاصا مانعا لا يسمح أن تشاركها فيه أية جهة أخرى،[4]ولتأكيد ذلك أكثر فإن الدساتير عادة ما تنص وبشكل واضح وصريح على أن القرارات التي تصدرها الجهة التي كلفتها بالرقابة الدستورية تعد نهائية لا تقبل الطعن، وهي ملزمة لكافة السلطات بما فيها القضائية.[5]

ولأجل عدم السماح بتجاوز سلطة الجهة المكلفة بالرقابة الدستورية في ممارستها من جهة، وللمحافظة من جهة أخرى على مركزية الرقابة الدستورية التي استهدفها الدستور من خلال إيجاده لجهة واحدة لممارستها، فإن الدساتير[6]التي أجازت للأشخاص إثارة مسألة الدستورية أمام جهات القضاء، عن

---

[1] - ذوادي عادل، تأثير الدفع بعد الدستورية على سير الدعوى الأصلية: قراءة في أحكام القانون العضوي رقم 16/18، مجلة الأستاذ الباحث للدارسات القانونية والسياسية، جامعة محمد لمين ذباغين، سطيف 2، الجزائر، المجلد 5، العدد 1، 2020، ص 1106.

[2] - ذوادي عادل، نفس المرجع، ص 1107.

[3] - المادة 192 من الدستور المصري لسنة 2014، والفصل 120 من الدستور التونسي لسنة 2014.

[4] - رمضان غناي، عن قابلية خضوع أعمال المجلس الدستوري لرقابة القاضي الإداري، مجلة مجلس الدولة، الجزائر، العدد 03، 2003، ص 74.

[5] - المادة 191 من الدستور الجزائري لسنة 1996 بعد تعديل 2016، والفصل 134 من الدستور المغربي لسنة 2011.

[6] - نذكر منها على سبيل المثال: المادة 61 -1 من الدستور الفرنسي لسنة 1958 بعد تعديل 2008، المادة 60 من الدستور الأردنى السنة 1952 بعد تعديل 2011، الفصل 133 من الدستور المغربي لسنة 2011، الفصل 123 من الدستور التونسي لسنة 2014.

طريق الدفع بعدم الدستورية، لم تخول لها بموجب ذلك الفصل فيها بنفسها، وإنما ألزمتها بإحالتها - بشكل أو بآخر- على الهيئة المكلفة بالرقابة الدستورية لتبت فيها هي.

ومنه فالجهات القضائية لا تملك في هذه الحالة أن تفصل في الدفع بعدم الدستورية لأنه يتجاوز حدود اختصاصها، وبالنظر إلى ذلك فهو (أي الدفع) في هذه الحالة يعد بلا شك في حال قبوله من المسائل الفرعية المقيدة والموقفة للحكم في موضوع الدعوى الأصلية[1] إلى غاية الفصل فيها من الجهة صاحبة الاختصاص بها.

هذا، وتجدر الإشارة، إلى أن المشرع الفرنسي ولإبراز ما يجب أن يحظى به الدفع بعدم الدستورية من عناية واهتمام بالغين من قبل الجهات القضائية التي يثار أمامها، وللتأكيد على أن مسألة الفصل في دستورية القانون المطعون فيه تعتبر مقدمة على ما سواها من المسائل، ويجب معالجتها والنظر فيها بدون إبطاء، فقد استخدم عند تناوله لهذا الموضوع مصطلح مسألة الدستورية ذات أولوية[2] (*La question prioritaire de constitutionnalité*)، والتي يرمز إليها اختصارا بـ (*QPC*).[3]

ويرى الفقه الفرنسي، أن المسألة الأولوية كما سماها المشرع العضوي في المادة 23 من القانون العضوي المنظم للدفع بعدم الدستورية، الصادر في 10 ديسمبر 2009. أنها ليست دفع بعدم الدستورية، إذ يفترض أن القاضي المختص بالنظر في الدعوى الأصلية مختص أيضا بالبث في المسألة الدستورية كما هو الحال في التجربة الأمريكية، في حين أن الأمر يتعلق بمسألة فرعية يتوقف القاضي بموجبها عن البث في الدعوى الأصلية، وانتظار صدور قرار المجلس الدستوري المختص في حسم النزاع.[4]

إضافة إلى أنه يشترط أن يقدم المدعي دفعه بعدم الدستورية في وثيقة منفصلة، وعدم السماح للقاضي بإثارتها من تلقاء نفسه، فهي دعوى قانونية و لا ترتبط بالنزاع الأصلي، وهذا ما يترتب عنه وجود مسافة بين الدعوى المرفوعة في الموضوع و مراقبة دستورية القوانين.

إذن، الأمر يتعلق - بمقتضى التعديل الدستوري في المادة 195 من الدستور- بإجراء فرعي لرقابة دستورية القانون، فتعبير الدفع بعدم الدستورية لا يستقيم استخدامه إلا إذا كان قاضي الموضوع يفصل في دستورية القانون.[5]

وبالرجوع إلى ما جاء في نص المادة 195 من الدستور الجزائري المعدل، أن المحكمة الدستورية تخطر بناء على إحالة من قبل المحكمة العليا أو مجلس الدولة بالدفوع المتعلقة بعدم الدستورية التي قد تثار أمام الجهات القضائية التابعة لهما، وهذا دون أن يسمح لأي منهم بالنظر والفصل فيه إعمالا لقاعدة "قاضي الأصل (الدعوى) هو قاضي الفرع (الدفع) "، فإن ذلك يستفاد منه بشكل واضح جلي ولا لبس فيه بأن المؤسس الدستوري الجزائري قد اعتبر بأن الدفع بعدم الدستورية ليس من قبيل المسائل الأولية التي تختص الجهات القضائية بالفصل فيها بنفسها؛ وإنما اعتبره من المسائل الفرعية التي تستوجب إثارتها وجوب التوقف عن نظر الدعوى إلى غاية أن يتم الفصل فيها من قبل الجهة المختصة بذلك، وهي في هذه الحالة المحكمة الدستورية- المجلس الدستوري سابقا- لوحدها.[6]

---

[1] - عبد الحميد زروال، المسائل الفرعية أمام المحاكم الجزائية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص16.

[2] - النصوص المتعلقة بمسألة الدستورية ذات الأولوية على موقع المجلس الدستوري الفرنسي:
www.conseil-constitutionnel.fr

[3] - علي عيسى اليعقوبي، تعديل 23 تموز 2008 الدستوري وأثره في تطور الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد 02، 2012، ص389.

[4] - رحموني محمد و رحلي سعاد، المرجع السابق، ص 75.

[5] - مدحت أحمد محمد يوسف غنايم، الاتجاهات الحديثة في رقابة دستورية القوانين في الأنظمة اللاتينية (مصر وفرنسا) المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، طبعة أولى، 2014، ص 95.

[6] - جباري عبد المجيد، حق الدفع بعدم دستورية القوانين، دار هومة، الجزائر، 2019، ص 14.

هذا الأخير- المجلس الدستوري سابقا- وعند مراقبة لمطابقة القانون العضوي رقم 18-16، للدستور قد عبر بوضوح عن عدم استعداده التنازل عن اختصاصه في رقابة دستورية الأحكام التشريعية المدفوع بعدم دستوريتها للجهات القضائية؛ بحيث جاء في رأيه رقم 03/18، اعتبارا أن الفقرة 2 من المادة 14 من القانون العضوي، موضوع الإخطار، تقر بإحالة الدفع بعدم الدستورية، إلى المجلس الدستوري في حالة وحيدة هي حالة توفر الشروط المنصوص عليها في المادة 9 من القانون العضوي، ويتبع ذلك بمفهوم المخالفة، أنه عندما لا تتوفر تلك الشروط لا تتم إحالة الدفع إلى المجلس الدستوري.

واعتبارا أن المادة 182 من الدستور تخول المجلس الدستوري- المحكمة الدستورية حاليا- صلاحية السهر على احترام الدستور، لاسيما ضمان احترام الحقوق والحريات. واعتبارا أن هذه الصلاحية تقتضي احترام المبدأ الدستوري القاضي بتوزيع الاختصاصات بين السلطة القضائية والمجلس الدستوري باعتباره هيئة مستقلة مكلفة بالفصل في دستورية الحكم التشريعي المعترض عليه في الدفع بعدم الدستورية. واعتبارا أن إمكانية إرسال قرار إحالة الدفع بعدم الدستورية مرفقا بمذكرات وعرائض الأطراف إلى المجلس الدستوري من طرف المحكمة العليا أو مجلس الدولة حسب الحالة، يتم في حالة وحيدة، وهي عند قبول الدفع بعدم الدستورية بالرجوع إلى الشروط والإجراءات الواردة في المادتين 9 و14 من القانون العضوي، موضوع الإخطار، فإنه بالمقابل، يفهم من ذلك عدم إرسال نسخة من القرار المسبب لرفض إحالة الدفع بعدم الدستورية إلى المجلس الدستوري من طرف الجهات القضائية العليا المذكورة أعلاه، ففي هذه الحالة، قد تفصل هذه الأخيرة في تقدير دستورية الحكم التشريعي المعترض عليه دون أن يتمكن المجلس الدستوري من الاطلاع على احترام تلك الجهات القضائية لاختصاصاتها. واعتبارا بالنتيجة، فإن مهمة السهر على احترام الدستور المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 185 من الدستور ومتطلبات الشفافية، تقتضي إرسال نسخة من القرار المسبب الذي من خلاله تقرر المحكمة العليا أو مجلس الدولة عدم إحالة الدفع بعدم الدستورية إلى المجلس الدستوري.[1]

ومهما يكن الخلاف حول طبيعة هذه الآلية، فإن إقرارها الحق للأفراد في الدفع بعدم دستورية القوانين التي تنتهك الحقوق والحريات يعتبر تطورا جديدا في الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر ووجه جديد للرقابة البعدية على القوانين، وبهذا يواكب التشريع الجزائري تطورات التشريعات المقارنة خاصة فرنسا التي كانت السباقة في تعديل دستورها وأقرت للأفراد الحق في الدفع بعدم دستورية القوانين و ذلك في التعديل الدستوري 2008 ، بموجب المادة 61-1 من الدستور الفرنسي. باستقراء نص المادة 188 من القانون 01-16 يتضح لنا أن الحق في الإخطار للأفراد غير مطلق وغير مباشر، فيجب أن يرتبط بمصلحة شخصية للمتقاضي، بخلاف الإخطار المباشر أمام المجلس الدستوري (المادة 187) فهو يتعلق بمصلحة خاصة، لكن لا يمنع أن تتحقق المصلحة العامة بإلغاء القانون الذي يمس بالحقوق والحريات،[2] لأن القانون سوف يلغي تماما من التشريع و ذلك ما أكدته المادة الفقرة الأخيرة من المادة 198 من الدستور الجزائري المعدل، من خلال نصها على أن تكون قرارات المحكمة الدستورية نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية. [3]

وتتم عملية الدفع بعدم الدستورية بإحالة من الهيئات القضائية العليا، أي المحكمة العليا و مجلس الدولة، فقد أبقى المشرع الدستوري الرقابة الدستورية من اختصاص المجلس الدستوري ، فليس لهيئات القضاء العليا أن تفصل في دستورية أو عدم دستورية القانون و إنما تتأكد من جدية الدفع فقط ، ثم تحيله إلى المجلس الدستوري .

---

[1] - ذوادي عادل، المرجع السابق، ص 1109.

[2] - بلمهدي ابراهيم ، آلية الدفع بعدم الدستورية في أحكام تعديل الدستور الجزائري 2016، مجلة الدراسات القانونية كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص 08.

[3] - مرسوم رئاسي رقم 20-442 ممضي في 30 ديسمبر 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجريدة الرسمية عدد 82 مؤرخة في 30 ديسمبر 2020، ص 41.

والسؤال الذي يطرح في هذا الصدد هو هل يمكن للقاضي أن يقوم بالدفع بعدم الدستورية أثناء النظر في قضية معينة دون إثارة ذلك من طرف الخصوم؟

فإذا كان الدفع بعدم الدستورية متعلق بالنظام العام، فيترتب على ذلك، أنه يجوز للقاضي إثارته من تلقاء نفسه ولو لم يتمسك به أحد أطراف الدعوى، أما إذا لم يكن الدفع متعلقا بالنظام العام فلا يمكن للقاضي إثارته إذا لم يتمسك به أحد الخصوم، وهذا ما تبناه المشرع الدستوري في المادة 195 من الدستور والقانون المنظم للدفع بعدم الدستورية، بحيث حصر حق الدفع فقط لأطراف النزاع، إلا أن الفقه الحديث يقر بأهمية منح القاضي ممارسة حق الدفع ذلك أنه يعود بالنفع على حقوق المتقاضين و يصونها، و يؤيد الفقه الفرنسي هذا الطرح باعتبار أن الاعتداء على الحقوق و الحريات الأساسية التي يحميها الدستور تعد من الأمور المتعلقة بالنظام العام و بالتالي يجوز للقاضي أو النيابة العامة إثارتها مباشرة.[1]

وبناء على ما تقدم، يتضح لنا، أن الدفع بعدم الدستورية في التشريع الجزائري يحمل أربعة خصائص:

• أنها دعوى منفصلة عن الدعوى الأصلية . لا تتعلق دعوى الدفع بعدم الدستورية بالنظام العام، وهي حق للأفراد لا يجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه . . ليست دعوى رئيسية ، فهي دعوى تابعة و تصبح رئيسية عندما تحال إلى المجلس الدستوري.

• وهي دعوى موضوعية و ليست شخصية.[2]

المطلب الثالث: شروط قبول دعوى الدفع بعدم الدستورية.

نظم المشرع الجزائري قواعد وشروط قبول الدفع بعدم الدستورية في القانون العضوي رقم 18-16، الصادر في 02 سبتمبر 2018، بشأن تطبيق المادة 188 من التعديل الدستوري لسنة 2016،[3] و تضمن القانون شروط شكلية يجب أن تتوافر في الدفع بعدم الدستورية أن يقدم في طلب منفصل و أثناء نظر الدعوى و مرفق بالمستندات و الأدلة التي تبرر الدفع، و هو ما عبر عنه المشرع بمذكرة مكتوبة و منفصلة و مسببة، كما اشترط القانون ضرورة توافر شروط موضوعية لقبول الدفع بعدم الدستورية، كأن يتعلق النص المطعون فيع بالنزاع المعروض على المحكمة التي أثير أمامها الدفع، و عدم سبق الحكم بدستورية النص المطعون فيه، و أن يكون الدفع جديا.

الفرع الأول: الشروط الشكلية.

من الناحية الشكلية اشترط المشرع في المادة 19 من القانون العضوي المحدد لإجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية، أن يقدم الدفع بعدم الدستورية في مذكرة مكتوبة ومنفصلة ومعللة.[4]

---

[1] - عثمان الزياني، المواطن و العدالة الدستورية،حق الأفراد في الدفع بعدم الدستورية، في ظل الفصل 133 من دستور 2011، سلسلة المعارف القانونية والقضائية، المحكمة الدستورية بالمغرب، نحو رؤية استشرافية، منشورات مجلة الحقوق، عدد 21، الرباط، المغرب، طبعة أولى، 2014، ص 87.

[2] - محمد أتركين، دعوى الدفع بعدم الدستورية في التجربة الفرنسية، سلسلة الدراسات الدستورية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2013، ص 33.

[3] - وقد حلت محلها المادة 195 من التعديل الدستوري لسنة 2020.

[4] - المادة 19 من القانون العضوي رقم 22-19، ممضي في 25 يوليو 2022، يحدد إجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية، الجريدة الرسمية عدد 51 المؤرخة في 31 يوليو 2022، ص 7.

"منفصلة"، جاء في مسودة القانون العضوي للدفع بعدم الدستورية، كلمة مستقلة بدل منفصلة وقد اعتبر المجلس الدستوري- المحكمة الدستورية حاليا- أن كلمة "مستقلة" و"الاستقلالية" غير دستورية، باعتبارهما صفتين متلازمتين للهيئات والسلطات التي أقر لها الدستور صفة الاستقلالية كما ورد في عدة مواد من الدستور، وبما أن المعنى الذي يقصده المشرع مغاير للمعنى الذي ذكرناه، فقد اقترح المجلس استعمل لفضة "منفصلة" بدل "مستقلة".[1]

بمعنى أنه؛ لا يجوز تقديم الدفع بعدم الدستورية مع الطلب الأصلي، ولا يجوز تقديمه مع طلب آخر أو دفع آخر يختلف عنه في الطبيعة و المضمون.[2] ويقصد بشرط "التسبيب" تبيان عدم دستورية المقتضى المطعون فيه، و يكون التعليل كافيا مستفيضا، حتى تتمكن المحكمة من مراقبة جدية الدفع.

بمعنى؛ أن تتضمن أوجه الخرق أو انتهاك الحقوق التي يتضمنها الدستور، كما يجب أن تتضمن العريضة تحديد النص المطعون فيه بدقة هل يتعلق بمادة أو ببند، فقرة.[3] وهذا الشرط سيهل عملية فحص الدفع، وتمكين المحكمة المثار أمامها البث فيه في اقصر الآجال.[4]

ويتبين من خلال نص المادة 19 من القانون العضوي رقم 22-19، أن هذه الشروط الشكلية يجب أن تتوفر سواء قدم الدفع أمام محاكم أول درجة، أو محاكم الاستئناف، أو المحكمة العليا أو مجلس الدولة، و إلا حكم بعدم القبول. وتجدر الإشارة أن ذات الأحكام قررها القانون العضوي الفرنسي المتعلق بالمسألة الدستورية ذات الأولوية في المادة 231 التي تنص على أنه " يقدم الدفع بعدم المستمد من أن مقتضى تشريعيا يمس الحقوق و الحريات المضمونة دستوريا، في مذكرة منفصلة و معللة، تحت طائلة عدم القبول، أمام أي محكمة تابعة لمجلس الدولة أو لمحكمة النقض. كما يمكن إثارة هذا الدفع لأول مرة في مرحلة الاستئناف، و لا يمكن للقاضي إثارته بشكل تلقائي".[5]

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية.

لا تحيل المحكمة التي أثير أمامها الدفع إلى الجهة العليا، إلا العرائض التي تتوافر فيها الشروط المحددة في المادة 21 من القانون العضوي رقم 22-19، وهي كالتالي:

أولا - أن يتوقف على الحكم التشريعي أو التنظيمي المعترض عليه مآل النزاع أو أن يشكل أساس المتابعة:

إن استخدام المشرع، ومن قبله المؤسس الدستوري الجزائري، لعبارة " الحكم التشريعي أو التنظيمي الذي يتوقف عليه مآل النزاع " في المادة 195 من الدستور التي أسست لجوازية دفع أطراف الدعوى بعدم دستورية الأحكام التشريعية التي يرون فيها انتهاكا للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، يستفاد منه:

---

[1] - رأي المجلس الدستوري، رقم 03/ ر.ق.ع/م.د/18 مؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1439 الموافق 2 غشت سنة 2018، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد شروط و كيفية تطبيق الدفع بعدم الدستورية، جريدة رسمية رقم 54.

[2] - شريف يوسف خاطر ، المسألة الدستورية الأولية دراسة مقارنة، دار الفكر و القانون المنصورة، طبعة أولى، ، 2015، ص 132.

[3] - محمد اتركين، المرجع السابق، ص 56 و 57.

[4] - جمال العزوزي، تأملات أولية في مشروع القانون التنظيمي المتعلق بالدفع بعدم دستورية القوانين، المجلة المغربية للحكامة القانونية والقضائية، مطبعة الأمنية الرباط، مجلة نصف سنوية العدد الأول، 2016، ص112.

[5] - *Loi organique N 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la constitution.*

- ألا تلتفت محكمة الموضوع للدفع بعدم الدستورية، في حال إثارته، إذا رأت بأنها تستطيع الفصل في النزاع المعروض عليها من دون الحاجة للرجوع إلى الحكم التشريعي المدفوع بعدم دستوريته.[1] وهو الذي يفهم من قول المؤسس الدستوري الجزائري " الذي يتوقف عليه مآل النزاع" من جهة، ويتناسب من جهة أخرى مع ما يتميز به الدفع بعدم الدستورية من كونه وسيلة احتياطية لا تلجأ إليها محكمة الموضوع إلا إذا استنفدت كل الوسائل القانونية الأخرى التي بحوزتها للفصل في النزاع الذي بين يديها.[2]

- أن تكون لمقدم الدفع بعدم الدستورية مصلحة شخصية وقائمة في إثارته أمام محكمة الموضوع.[3]ولتكون مصلحته شخصية ومباشرة،[4] لابد أن يكون هو المعني شخصيا بأن يطبق عليه الحكم التشريعي الذي مآل النزاع يتوقف عليه من جهة، ولتكون من جهة أخرى مصلحته قائمة وحالة - وليس محتملة-[5]فلا بد أن يقصد بدفعه توقي أن يطبق عليه الحكم التشريعي المعني في النزاع الحالي الذي هو الآن طرف فيه، وليس مجرد تفادي احتمال أن يطبق عليه في نزاع مستقبلي قد يقع ويكون هو طرفا فيه كذلك.

إن استعمال المؤسس الدستوري لعبارة أن "يتوقف عليه مآل النزاع " يقصد به أن القاضي مطالب بالفصل وإيجاد حل للنزاع الحالي وليس لنزاع محتمل قد يقع وقد لا يقع، وأن الحكم بعدم الدستورية سيفيد صاحب الشأن في الدعوى المنظورة. وإذا اتضح للقاضي أن القانون المطعون بعدم دستوريته لا يتصل بالنزاع المعروض عليه، قرر رفض الدفع بعدم الدستورية.[6]

وللإشارة، فإن ما قيل عن هذا الشرط لا يتناف وكون الرقابة الدستورية عن طريق الدفع تعد رقابة عينية وموضوعية في ذات الوقت،[7] عينية لأنها تنصب على الحكم التشريعي وليس على شخص المشرع، وموضوعية لأنها تتأسس على مقابلة الحكم التشريعي المطعون فيه مع الدستور أو مع بعض أحكامه فقط، وهي المتعلقة بالحقوق والحريات، للتأكد من احترامه له من عدمه.

ثانيا- ألا يكون قد سبق الحكم بدستورية النص المطعون فيه باستثناء حال تغير الظروف:[8]

وهذا منطقي ذلك أن نص المادة 198 من الدستور، في فقرتها الأخيرة، أكدت على أن آراء و قرارات المحكمة الدستورية ملزمة لجميع السلطات العمومية والإدارية والقضائية، وهو ما أكده النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري،[9] وعليه، إذا ما أصدرت المحكمة الدستورية رأيها في تشريع ما فلا

---

[1] - محمد علي سويلم، الرقابة على دستورية القوانين وتطور الأنظمة الدستورية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2013، ص 474.

[2] - عصمت عبد الله الشيخ، مدى استقلال القضاء الدستوري في شأن الرقابة على دستورية التشريعات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003، ص 130.

[3] - للمزيد حول القرارات التي أصدرتها المحكمة الدستورية العليا في مصر حول ضرورة توافر هذه المصلحة، راجع مثلا: صلاح الدين فوزي، الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص163 وما بعدها.

[4] - يسري محمد العصار، شرط المصلحة في دعوى الإلغاء وفي الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1994، ص 09.

[5] - يرى بعض الفقه الدستوري بأنه من الأفضل الأخذ بالمصلحة المحتملة لقبول الدعوى الدستورية المباشرة في حال قررها المشرع. عصمت عبد الله الشيخ، مدى استقلال القضاء الدستوري في شأن الرقابة على دستورية التشريعات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003، ص 120.

[6] - شريف يوسف خاطر، المسألة الدستورية الأولية دراسة مقارنة ، دار الفكر والقانون ، المنصورة، مصر ، طبعة أولى، 2010، ص 141.

[7] - إبراهيم محمد حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000، ص 150.

[8] - المادة 8 من القانون العضوي 18-16 المذكور سابقا.

[9] - المادة 71 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري.

يجوز الطعن فيه عن طريق الدفع بعدم الدستورية، لأنه بذلك سيحوز على قرينة الدستورية، غير أنه يمكن الطعن في نفس التشريع الذي سبق وأن فصلت فيه المحكمة الدستورية، إذا استند الطاعن على قاعدة دستورية أخرى، غير تلك التي استندت لها المحكمة في حكمها السابق.[1]

ونفس الشرط تضمنه القانون العضوي المتعلق بالمسألة الدستورية ذات الأولية الفرنسي،[2] "و للتحقق منه وضعت مصالح المجلس الدستوري الفرنسي ملفا يخص كل المقتضيات القانونية التي تمت مراقبتها منذ سنة 1959، و تم التصريح بمطابقتها أو مخالفتها للدستور في حيثيات قرارات المجلس الدستوري و منطوقة".[3].

هذا، ونتمنى أن تحدو حدوه المحكمة الدستورية الجزائرية، وتحدد هي الأخرى قائمة النصوص القانونية التي صرحت بعدم دستوريتها حتى يسهل عملية تصفية الطلبات، وهذا ما يمنع تراكم القضايا في المحاكم، و في هذا الصدد يجب على قضاة المحاكم خصوصا المحاكمة العليا و مجلس الدولة، أن يكونوا على اطلاع دائم بقرارات وأراء المحكمة الدستورية، مما يسهل عملية التحقق من توافر شروط الدفع بعدم الدستورية في القضايا المطروحة أمام المحاكم، لاسيما منها شرط عدم سبق الحكم بدستورية النص المطعون فيه، أما فيما يتعلق بعبارة حالة تغيير الظروف، وهي استثناء عن الأحكام التي سبق وأن فصل المجلس الدستوري فيها. وقد فسرها المشرع الفرنسي"تغير الظروف أنها الظروف القانونية المتمثلة في التغير الذي يمكن أن يطرأ على القاعدة الدستورية التي سبق وأن قضى المجلس بدستوريته الحكم التشريعي استنادا عليها، والظروف الواقعية التي من شأنها أن تؤثر في النص المدفوع بعدم دستوريته بالشكل الذي يجعله متعارضا مع الدستور".[4]

كما أن المجلس الدستوري- المحكمة الدستورية حاليا- كان سباقا إلى إثارة هذه المسألة والفصل فيها بنفسه؛ بحيث قضى في قراره المؤرخ في 06 أوت 1995، والمتعلق بدستورية البند السادس من المادة 108 من قانون الانتخابات آنذاك، بأنه:(واعتبارا أن قرارات المجلس الدستوري ترتب، بصفة دائمة، كل آثارها، ما لم يتعرض الدستور للتعديل، وطالما أن الأسباب التي تؤسس منطوقها مازالت قائمة. واعتبارا، والحال، أن إدراج نفس الشرط من شروط الترشح لرئاسة الجمهورية، الذي تم الفصل فيه بعدم مطابقته للدستور، تجاهل قوة قرار المجلس الدستوري، ومن ثم فإنه لا وجه للبت في مدى دستوريته من جديد...".

ثالثا- أن يتسم الوجه المثار بالجدية:[5]

استبعادا للدفوع الكيدية التي يقصد بها أصحابها إطالة أمد النزاع وتعقيد إجراءاته إضرارا بالخصوم، فإن المشرع قد علق أمر إرسال الدفع إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة بضرورة أن يكون الوجه المثار المؤسس عليه الدفع جديا. وحسنا فعل المشرع، وإن كان تطبيق هذا الشرط سيعرف على صعيد العمل اختلافا وتباينا بين الجهات القضائية، وذلك لأن مسألة تقدير جدية الوجه المثار في الدفع تخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع.

هذا الشرط يجعل من القاضي العادي قاضيا دستوريا، وله السلطة التقديرية في تقدير جدية الدفع،[6] وهذا لا يعني أن يتحقق القاضي من عدم دستورية القانون حتى يحيله إلى المحكمة الدستورية، وإنما معناه، أن يشك في دستورية القانون لتقرير مدى جدية الدفع، فدور القاضي هنا أن يجد مبررا لمسألة عدم

---

[1] - شريف يوسف خاطر، المرجع السابق، ص 148.

[2] - *article N 2-23 de la Loi organique N 2009-1523.*

[3] - محمد أتركين، المرجع السابق، ص 58.

[4] - شريف يوسف خاطر، المرجع السابق، ص 149.

[5] - الفقرة الرابعة من المادة 21 من القانون العضوي رقم 22-19.

[6] - محمد اتركين، المرجع السابق، ص 59.

دستورية القانون ليوقف الفصل في الدعوى،[1] و يحيل أوراقها إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة أو المجلس الدستوري.

وجدير بالذكر هنا، أن قيام قاضي الموضوع بفحص الدفع المقدم من الخصوم بعدم الدستورية تجاه نص معين، إنما هو نوع من اعتراف المشرع الدستوري بدور المحاكم عامة في الإسهام في اكتشاف العيب الذي يشوب النص لقانوني، و يجعله غير دستوري،[2] لكن هذا الإسهام لا يرقى إلى الفصل في مدى دستورية القانون محل النظر، و تبقى المحكمة الدستورية صاحبة الاختصاص الأصيل في البث في مسألة الدستورية.

وغني عن البيان، بأن التقدير مسألة ذاتية تختلف من قاض الآخر، فالوجه الذي قد تراه إحدى الجهات القضائية جديا قد لا تراه أخرى كذلك.

ولأن هذا الاختلاف لا يمكن التغلب عليه بنص القانون، نظرا لأن المشرع لا يستطيع التنبؤ بجميع الأوجه التي يمكن الاستناد إليها لإثارة الدفوع بعدم الدستورية، فإنه ينتظر من المحكمة العليا ومجلس الدولة - كل في حدود اختصاصه – بذل الجهد اللازم للحد من الاختلاف الذي قد يقع في التطبيق بين الجهات القضائية بشأن الأوجه التي تعتبر جدية وتلك التي لا تعد كذلك، وهذا بموجب ما خولهما المؤسس الدستوري الجزائري من سلطة في ضمان توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد.

والفقه الدستوري بدوره قد حاول التصدي لهذه المسألة؛ بحيث ذهب العديد من الفقهاء إلى أنه حتى يتسم الدفع بعدم الدستورية بالجدية فلابد أن يكون الفصل في النزاع متوقف حقيقة على موقف المجلس الدستوري من دستورية الحكم التشريعي المطعون فيه. وبتعبير آخر:[3]" ضرورة أن يكون الدفع بعدم الدستورية منتجا في دعوى الموضوع، وهو ما لا يمكن أن يتحقق إلا إذا كان ذا صلة بموضوعها. وكما تبين أعلاه، فالجهات القضائية هي التي لها سلطة تقدير مدى جدية الدفع بعدم الدستورية، ولذا يتعين على مقدم الدفع بذل جهد كاف حتى يتمكن من إقناعها بوجود شبهة أو شكوك حقيقية تطعن في دستورية الحكم التشريعي المعني، وهذا لأنه في حال عدم اقتناعها بمبررات وأسس الدفع، فإنه لها أن تقوم برفضه واستبعاده، وبالتالي تقضي برفض إرسال الدفع، بحسب الحالة، إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة. وبهذا الصدد فمحكمة النقض المصرية قد قضت في قرارها المؤرخ في 12 ديسمبر 1991 بأنه:[4]" لمحكمة الموضوع سلطة تقدير جدية الدفع بعدم الدستورية وإن عدم بيان الطاعن سنده في النصوص الدستورية أو التشريعية في التمسك بهذا الدفع في موطن دعواه دلاله على عدم جدية الدفع".

بعد أن تتأكد محكمة الموضوع من استفاء المذكرة الشروط المذكورة أعلاه، يتم إحالة مذكرة الدفع على المحكمة العليا أو مجلس الدولة، خلال 10 أيام من صدوره و يبلغ إلى الأطراف، ولا يمكن أن يكون محلا اعتراض إلا بمناسبة الطعن ضد القرار الفاصل في النزاع أو في جزء منه، ويجب أن يقدم بموجب

---

[1] - عثمان الزياني، المواطن و العدالة الدستورية، حق الأفراد في الدفع بعدم الدستورية، في ظل الفصل 133 من دستور 2011 سلسلة المعارف القانونية والقضائية، المحكمة الدستورية بالمغرب: نحو رؤية استشرافية، منشورات مجلة الحقوق عدد 21، الرباط المغرب، طبعة أولى، 2014، ص 83.

[2] - حميد ابراهيم الحماوي، الرقابة على دستورية القوانين في دولة الإمارات العربية المتحدة، دراسة مقارنة، المركز القومى الإصدارات القانونية، القاهرة، طبعة أولى، 2011، ص 174.

[3] - علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دار الجامعات المصرية، الإسكندرية، مصر، 1978، ص134. شعبان أحمد رمضان، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000، ص 204. رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1983، ص 580.

[4] - إبراهيم سيد أحمد، الدفع بعدم الدستورية وإشكالاته العملية فقها وقضاء، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 30.

مذكرة مكتوبة و منفصلة و مسببة، فقرار الإحالة لمجلس الدولة أو المحكمة العليا لا يمكن الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن العادية أو غير العادية،[1] وهذا حتى يتجنب إطالة الخصومة.

أما القرار الصادر برفض الإحالة، يمكن الطعن فيه بمناسبة الطعن في الحكم الصادر في الدعوى الأصلية و ليس وحده،[2] وإذا قررت محكمة الموضوع إحالة مذكرة الدفع للمحكمة العليا أو مجلس الدولة، فيترتب على هذا القرار وقف الفصل في الدعوى الأصلية المنظورة أمامها، إلى حين توصلها بقرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة أو المحكمة الدستورية في حالة إخطاره، وثمة استثناءات ترد على وقف الفصل في الدعوى، تضمنتها المادة 26 من القانون 19-22، هي كالتالي:

*عندما يكون الشخص محروم من الحرية بسبب الدعوى؛
* عندما تهدف هذه الأخيرة إلى وضع حد للحرمان من الحرية؛
* عندما ينص القانون على وجوب فصل الجهة القضائية في أجل محدد أو على سبيل الاستعجال.[3]

وبناء على هذه الشروط الثلاث، فإنه على الجهة القضائية المثار أمامها الدفع بعدم الدستورية أن تبني وتؤسس موقفها من مسألة إرسال الدفع إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة من عدمه. بحيث إذا رأت الجهة القضائية المعنية توافر الشروط الثلاث في الدفع المقدم إليها، فلها أن تقضي بإرساله إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، وهذا إذا كانت تمثل درجة أولى للتقاضي، أو كانت درجة استئناف؛ لأنه إذا أثير الدفع لأول مرة أمام المحكمة العليا أو مجلس الدولة، فإن مسألة التأكد من توافر الدفع على الشروط الثلاث تكون من اختصاصهما، وفي حال تحققهما من توافرها (أي الشروط الثلاث) فإنهما بلا شك سيقضيان بإحالة الدفع على المحكمة الدستورية لتفصل في دستورية الحكم التشريعي أو التنظيمي المطعون فيه بعدم الدستورية.

وعليه، فبمجرد علم الجهة القضائية بتقديم أحد الأطراف دفعا بعدم الدستورية، فإنه عليها أن توقف فورا سير الدعوى الأصلية، وهذا لدراسة صلاحيته للإرسال إلى الجهة القضائية التي تتبعها المحكمة العليا أو مجلس الدولة من خلال التأكد من توافره على جميع الشروط التي توجب إرساله، فإذا تبين لها عدم استيفاءه للشروط اللازمة، فإنه يتعين عليها الحكم باستبعاده ومواصلة السير في الدعوى الأصلية للفصل فيها، أما إذا تبين لها احترامه لكل الشروط المنصوص عليها قانونا، فإنها تقضي بإرساله، ومن ثم يتوجب عليها أن ترجئ بقوة القانون الفصل في الدعوى الأصلية.

المطلب الرابع: الآثار القانونية للدفع بعدم الدستورية على سير الدعوى الأصلية.

من بين المواد الجديدة والمهمة التي أتى بها التعديل الدستوري لسنة 2016 في الجزائر،[4] نجد بلا شك المادة 188 التي حملت معها تطورا بارزا وتحولا مهما نحو السماح للمجلس الدستوري الجزائري- المحكمة الدستورية حاليا- بأن يصبح وبشكل فعلي حاميا للحقوق والحريات المضمونة دستوريا، وحارسا لها من أي اعتداء تشريعي قد يطالها، وذلك من خلال تمكين ذوي الشأن أنفسهم من إخطاره بشكل غير مباشر بواسطة إما المحكمة العليا أو مجلس الدولة، وهذا بعد تأكدهما من جدية الشبهات حول وجود انتهاكات تشريعية واقعة على الحقوق والحريات المكفولة دستوريا، والتي تكون قد تمت إثارتها من قبل الخصوم أثناء نظر قضاياهم أمام الجهات القضائية المختلفة.

فالمؤسس الدستوري الجزائري حتى بإقراره إمكانية إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام الجهات القضائية، إلا أنه لم يتراجع عن مركزية الرقابة الدستورية التي ما تزال حكرا على اختصاص المحكمة

[1] - المادة 23 من القانون العضوي 22-19.
[2] - المادة 24 من القانون العضوي 22-19.
[3] - الفقرة الثانية من المادة 26 من القانون العضوي 19-22.
[4] - وكذا تعديل 2020 في مادته 195.

الدستورية، والتي يمنع على جميع الهيئات الأخرى بما فيها القضائية منازعتها أو مشاركتها في ممارسته، وفي هذا السياق فقد جاء القانون العضوي رقم 18-16، وكذا القانون العضوي رقم 22-19، بعدة أحكام تحدد وتبرز ما هي الآثار القانونية التي يرتبها الدفع بعدم الدستورية أمام الجهات القضائية.

وتتمثل هذه الآثار في وجوب توقف الجهة القضائية عن السير في الدعوى الأصلية (الفرع الأول)، و ذلك مع بعض الاستثناءات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إلزامية التوقف عن السير في الدعوى الأصلية.

من المبادئ المهمة التي يرتكز عليها النظام القانوني للدفع بعدم الدستورية الذي أرساه القانون العضوي رقم 18-16، أنه لا يمكن – بحسب المادة 04 منه – للجهات القضائية أن تثيره من تلقاء نفسها، وأنه في حال أبداه أحد أطراف الدعوى المنظورة من قبلها، فإنه عليها أن توليه الأهمية القصوى على ما عداه من الإجراءات، وذلك بإيقاف سير إجراءات الخصومة حتى تتمكن من الفصل فيه - في حدود السلطة المخولة لها - على سبيل الأولوية.

وهذا التوقف لسير الدعوى الأصلية الذي على الجهات القضائية أن تلتزم به يختلف مداه بحسب ما إذا كانت الجهة القضائية قد فصلت في جدية الدفع بعدم الدستورية المثار أمامها، ومن ثم قضت بإرساله- بحسب الحالة - إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، أو أنها لم تقم بذلك بعد.

أولا- إثارة الدفع بعدم الدستورية توجب توقف الدعوى الأصلية:

على الرغم من أن الجهات القضائية التي تثار أمامها الدفوع بعدم الدستورية يمنع عليها دستوريا الفصل فيها بنفسها لأن ذلك، كما بيناه أعلاه، يخرج عن نطاق اختصاصها ويدخل في اختصاص المحكمة الدستورية، إلا أن ذلك لا يعني أن هذه الجهات ليس لها أي دور في سبيل الفصل في هكذا دفوع، فالجهات القضائية في الجزائر وعلى خلاف نظيراتها في تونس[1] لا تتوقف آليا عن نظر الدعاوى المرفوعة أمامها وتقوم فورا وبشكل مباشر بإحالة الدفع بعدم الدستورية للمحكمة الدستورية لتفصل فيه.

من خلال كل من المادة 15 والمادة 20 من القانون العضوي رقم 22-19، يمكن القول؛ بأنه إذا أثير الدفع بعدم الدستورية أمام جهة قضائية تابعة للقضاء العادي و/أو تابعة للقضاء الإداري، فإنه عليها أن تفصل فورا وبقرار مسبب في إرسال أو عدم إرسال الدفع - بحسب الحالة - إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، وذلك بعد استطلاع رأي النيابة العامة إذا تعلق الأمر بنزاع عادي، أو استطلاع رأي محافظ الدولة إذا كان النزاع إداريا. هذا ويجب على الجهة القضائية إذا كانت تشكيلتها تضم مساعدين غير قضاة أن تفصل في أمر الإرسال من عدمه من دونهم.

وتوصل الجهة القضائية إلى قرار بشأن مسألة إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة يجب أن يستند في كل الحالات إلى توافر (أو عدم توافر) الشروط المحددة بموجب المادة 21 من القانون العضوي رقم 22-19، والتي تعرضنا لها بشيء من التفصيل سابقا.

ثانيا- إرجاء الفصل في الدعوى الأصلية:

كما سبق بيانه أعلاه، إذا رأت الجهة القضائية المثار أمامها الدفع بعدم الدستورية بأن الشروط الواجب توافرها لإرساله غير متوافرة، فإنها تقضي بعدم تأسيس الدفع، وبالتالي ترفض إرساله، لترجع بعدها إلى مواصلة السير في إجراءات الدعوى الأصلية حتى الفصل فيها. وفي هذه الحالة على الجهة

[1] - الفصل 56 من القانون الأساسي رقم 50 لسنة 2015 المؤرخ في 03 ديسمبر 2015 والمتعلق بالمحكمة الدستورية.

القضائية تبليغ قرار رفض إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى الأطراف، والذي-أي القرار- لا يمكن أن يكون محل اعتراض إلا بمناسبة الطعن ضد القرار الفاصل في النزاع أو جزء منه.[1]

وأما إذا رأت الجهة القضائية استيفاء الدفع لجميع الشروط الواجب توافرها قانونا، فإنها تقضي بإرساله إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، هذا إذا لم يكن الدفع قد أثير مباشرة أمامهما، ويجب عليها أن تقوم بتوجيه قرار الإرسال مع عرائض الأطراف ومذكراتهم خلال أجل عشرة (10) أيام من تاريخ صدوره، كما عليها أن تبلغ به الأطراف، غير أنه لا يكون قابلا لأي طعن.[2]

إن الأثر المباشر لقرار الجهة القضائية إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة هو وجوب إرجائها الفصل في الدعوى الأصلية إلى غاية توصلها بقرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة أو المحكمة الدستورية عند إحالة الدفع إليه.[3]

هذا، وتجدر الإشارة، إلى أنه إذا فصلت الجهة القضائية الابتدائية دون انتظار القرار المتعلق بالدفع بعدم الدستورية وتم استئناف قرارها، فإنه على جهة الاستئناف أن ترجئ الفصل فيه،[4] وذات الشيء إذا تم تقديم طعن بالنقض وكان قضاة الموضوع قد فصلوا في القضية دون انتظار قرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة أو قرار المحكمة الدستورية عند إحالة الدفع إليه؛ بحيث يجب إرجاء الفصل في الطعن بالنقض إلى غاية الفصل في الدفع بعدم الدستورية.[5]

وعليه، وفيما عدا الحالات الاستثنائية المبينة أدناه، فإن كل جهة قضائية يثار أمامها الدفع بعدم الدستورية وقررت إرساله، بحسب الحالة، إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، وهذا إذا لم يكن الدفع قد تمت إثارته لأول مرة أمامهما مباشرة، فإن عليها أن ترجئ الفصل في الدعوى الأصلية إلى غاية توصلها بقرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة، والذي يجب إعلامها به وتبليغ الأطراف به في أجل عشرة (10) أيام من تاريخ صدوره،[6] وذلك إذا كان القرار صريحا؛ ذلك لأنه في حال عدم فصل المحكمة العليا أو مجلس الدولة في أجل شهرين (02) ابتداء من تاريخ استلام الدفع بعدم الدستورية،[7] فإن المشرع قد اعتبر ذلك بمثابة قرار ضمني، ورتب عن سكوتهما وعدم فصلهما في الأجل المحدد وجوب إحالة الدفع بعدم الدستورية تلقائيا إلى المحكمة الدستورية،[8]ويستمر إرجاء الجهة القضائية الفصل في الدعوى الأصلية إلى غاية فصل المحكمة الدستورية في الوجه-أو الأوجه المثارة- من قبل مقدم الدفع بعدم الدستورية، وذلك في غضون الأربعة (04) أشهر التي تلي إخطار المحكمة به-أي الدفع-، وهذا ما لم تقرر المحكمة الدستورية تمديد هذا الأجل لمدة أقصاها أربعة (04) أشهر أخرى، بناء على قرار مسبب منها يبلغ إلى الجهة القضائية صاحبة الإخطار.[9]

وإذا تبين للمحكمة الدستورية صحة الدفع بعدم الدستورية بأن تحقق من عدم دستورية الحكم التشريعي المطعون فيه، فإن هذا الأخير وبحكم الدستور يفقد أثره ابتداء من اليوم الذي يحدده قرار المحكمة الدستورية،[10] ولأن النص قد جاء عاما ومطلقا، فإن فقدان الحكم التشريعي لقوته الإلزامية قد يبدأ من يوم صدور قرار المحكمة الدستورية القاضي بعدم دستوريته، أو قد يبدأ من يوم صدور هذا الحكم في الجريدة الرسمية، أي يسري عليه الإلغاء بأثر رجعي إذا ارتأت المحكمة الدستورية ذلك، بل ويمكن لهذه

---

[1] - المادة 24 من القانون العضوي رقم 22-19.
[2] - المادة 23 من القانون العضوي رقم 22-19.
[3] - المادة 25 من القانون العضوي رقم 22-19.
[4] - الفقرة الثالثة من المادة 26 من القانون العضوي رقم 22-19.
[5] - الفقرة الأولى من المادة 27 من القانون العضوي رقم 22-19.

[6] -المادة 35 من القانون العضوي رقم 22-19.
[7] - المادة 36 من القانون العضوي رقم 22-19.
[8] - نصت عليه سابقا المادة 20 من القانون العضوي رقم 18-16.
[9] - الفقرة الثانية من المادة 195 من الدستور الجزائري.
[10] - الفقرة الثانية من المادة 198 من الدستور الجزائري.

الأخيرة متى رأت ضرورة لذلك تقرير أن الحكم التشريعي الذي اعتبره غير دستوري يفقد أثره في تاريخ محدد لاحق على قرارها.

ولكن في تقديرنا أن هذه الفرضية الثالثة مستبعدة لأن فيها إهدارا السمو الدستور ببقاء الحكم التشريعي في النفاذ بعد إقرار المجلس الدستوري بعدم دستوريته من جهة، ومن جهة أخرى لأنها فيها سماح من المجلس الدستوري باستمرار انتهاك الحكم التشريعي للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور ولو إلى حين. ولذلك، فالذي نرجحه مبدئيا أن المحكمة الدستورية تقرر فقدان الحكم التشريعي لأثره إما من يوم قرارها بعدم دستوريته، وإما من يوم صدور الحكم التشريعي المعني في الجريدة الرسمية.

وعلى كل، فإنه على المحكمة الدستورية في كل الحالات تبليغ قرارها إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة لتعلم به الجهة القضائية التي أثير أمامها الدفع بعدم الدستورية،[1]وعلى هذه الجهة التقيد بما جاء في قرار المحكمة الدستورية وعدم مخالفته، وذلك سواء قضى بدستورية الحكم التشريعي أو بعدم دستوريته، نظرا لأن آراء المحكمة الدستورية وقراراتها تعتبر نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية.[2]

الفرع الثاني : الاستثناءات الواردة على وجوبية استمرار الجهة القضائية في السير في الدعوى الأصلية.

جاء في المادة 15 من القانون العضوي رقم 22-19، وأن الدفع بعدم الدستورية يمكن إثارته في كل محاكمة أمام الجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي العادي والجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي الإداري، وذلك من قبل أحد أطراف الدعوى الذي يدعي أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور.

إن تمسك أحد أطراف الدعوى بعدم دستورية الحكم التشريعي يوجب على الجهة القضائية المختصة التوقف حالا عن السير في الدعوى والفصل فورا بقرار مسبب في أمر إرساله من عدمه، والتي في حال ارتأت إرساله فإنه يجب عليها قانونا إرجاء الفصل في الدعوى إلى غاية توصلها بقرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة، أو قرار المحكمة الدستورية عند إحالة الدفع إليها، وهذا كأصل، لأنه بالرجوع إلى القانون العضوي رقم 22-19، نجد وأن المشرع الجزائري قد أورد على هذا التوقف في سير الدعوى الأصلية عدة استثناءات تقيده، ولم يجعل منه قاعدة مطلقة.

أولا- حالات إثارة الدفع بعدم الدستورية فيها لا توقف الدعوى الأصلية:

بادئ ذي بدء، غني عن البيان، القول، وأنه إذا رأت الجهة القضائية المثار أمامها الدفع بعدم الدستورية بأن الشروط الثلاث الواجب توافرها لإرساله غير متوافرة، فإنها تقضي بعدم تأسيس الدفع، وبالتالي، ترفض إرساله، لترجع بعدها إلى مواصلة السير في إجراءات الدعوى الأصلية حتى الفصل فيها. وفي هذه الحالة على الجهة القضائية تبليغ قرار رفض إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى الأطراف، والذي-أي القرار- لا يمكن أن يكون محل اعتراض إلا بمناسبة الطعن ضد القرار الفاصل في النزاع أو جزء منه.[3]

هذا، وقد أورد المشرع الجزائري استثناء على القاعدة العامة التي جاء بها في المادة 02 من القانون العضوي رقم 18-16، من أنه يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية في كل محاكمة أمام الجهات القضائية

[1] - المادة 24 من القانون العضوي رقم 18-16.
[2] - الفقرة الأخيرة من المادة 198 من الدستور الجزائري.
[3] - الفقرة الثانية من المادة 09 من القانون العضوي رقم 18-16.

الخاضعة للنظام القضائي العادي؛ بحيث بين في الفقرة الأولى من المادة 03 من ذات القانون، بأنه لا يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة الجنايات الابتدائية. ثم عاد وأكد في الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية عند استئناف حكم صادر عن محكمة الجنايات الابتدائية بموجب مذكرة مكتوبة ترفق بالتصريح بالاستئناف، على أنه يجب على محكمة الجنايات الاستئنافية النظر في الدفع قبل فتح باب المناقشة. وعليه، فمن خلال المادة 03 من القانون العضوي رقم 18-16، يمكن القول وأن محكمة الجنايات الابتدائية تعتبر استثناء في مجال وجوب توقف الجهات القضائية التابعة للقضاء العادي عن السير في الدعوى الأصلية فورا إذا ما أثير أمامها دفع بعدم الدستورية لتفصل فورا في أمر إرساله من عدمه، فمحكمة الجنايات الابتدائية استنادا إلى المادة 03 في فقرتها الأولى تعتبر غير مختصة لأن يثار أمامها، ولذا فإذا أثير أمامها فرضا دفع بعدم الدستورية، فإنه يجب عليها أن تقضي من تلقاء نفسها بعدم اختصاصها بنظره، لأن قواعد الاختصاص في القضاء الجزائي من النظام العام، وتواصل، بالتالي، السير بغير توقف في إجراءات المحاكمة بشكل عادي ولا تلفت إلى هذا الدفع.[1]

وتجدر الإشارة، في هذا الصدد، إلى أن المجلس الدستوري وبموجب إخطار بناء على إحالة من المحكمة العليا قد فصل بتاريخ 20 نوفمبر 2019 في دفعين بعدم الدستورية، يتعلق كل منهما بالطعن في دستورية المادة 416 - الفقرة الأولى في شطرها الأول المتعلق بالشخص الطبيعي، من قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم، وذلك بالقول؛ أنها تخالف المادة 160 من الدستور في فقرتها الثانية التي أقر فيها المؤسس الدستوري الجزائري، بأن القانون يضمن التقاضي على درجتين في المسائل الجزائية ويحدد كيفيات تطبيقها.

وقد توصل بالفعل المجلس الدستوري بموجب قراره رقم (01/ق. م د/د ع د/19) المؤرخ في 20 نوفمبر 2015، إلى عدم دستورية الحكم التشريعي الوارد في الفقرة الأولى من المادة 416 من قانون الإجراءات الجزائية، وبالنتيجة، فقد قرر أن يفقد هذا الحكم التشريعي المقرر عدم دستوريته أثره فورا، وأن يسري أثر القرار بعدم الدستورية على كل الأحكام الجزائية التي لم تستنفد بعد آجال الاستئناف عند تطبيق أحكام المادة 416 من القانون المذكور أعلاه.[2]

ثانيا- حالات إرسال الدفع بعدم الدستورية فيها لا يرجئ الفصل في الدعوى الأصلية:

إذا كان الأصل، كما رأينا أعلاه، هو أن قرار الجهة القضائية بإرسال الدفع بعدم الدستورية – بحسب الحالة - إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة يوجب عليها أن ترجئ السير في الدعوى الأصلية بقوة القانون إلى غاية توصلها بقرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة أو المحكمة الدستورية عند إحالة الدفع إليه، إلا أن هذه القاعدة قد أورد عليها المشرع الجزائري عدة استثناءات إما بهدف حماية الحق في الحرية، وإما لضمان حسن سير العدالة؛ حيث لا يترتب على إرجاء الفصل في الدعوى الأصلية وقف سير التحقيق، ويمكن للجهة القضائية أخذ التدابير المؤقتة أو التحفظية اللازمة في الدعوى. هذا وعندما يكون هناك شخص محروم من الحرية بسبب الدعوى، أو عندما تهدف هذه الأخيرة إلى وضع حد للحرمان من الحرية، وأيضا عندما ينص القانون على وجوب فصل الجهة القضائية في أجل محدد أو على سبيل الاستعجال، فإنه يجب على الجهة القضائية ألا ترجئ الفصل في الدعوى.

وتجدر الإشارة، إلى أنه إذا فصلت الجهة القضائية الابتدائية دون انتظار القرار المتعلق بالدفع بعدم الدستورية وتم استئناف قرارها، فإنه على جهة الاستئناف أن ترجئ الفصل فيه، إلا إذا كان هناك شخص محروم من الحرية بسبب الدعوى، أو عندما تهدف هذه الأخيرة إلى وضع حد للحرمان من الحرية، أو

---

[1] - إلا أن هذا الاستثناء قد تم إلغاؤه بموجب المادة 16 من القانون العضوي رقم 22-19.

[2] - القرار رقم (01/ق. م د/د ع د/19) المؤرخ في 20 نوفمبر 2015، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 77، الصادرة بتاريخ 18 ربيع الثاني عام 1441، الموافق لـ 15 ديسمبر سنة 2019.

عندما ينص القانون على وجوب فصلها في أجل محدد أو على سبيل الاستعجال.[1]وذات الشيء إذا تم تقديم طعن بالنقض وكان قضاة الموضوع قد فصلوا في القضية دون انتظار قرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة أو قرار المجلس الدستوري عند إحالة الدفع إليه؛ بحيث يجب إرجاء الفصل في الطعن بالنقض إلى غاية الفصل في الدفع بعدم الدستورية، وهذا ما لم يكن المعني محروما من الحرية بسبب الدعوى، أو عندما تهدف هذه الأخيرة إلى وضع حد للحرمان من الحرية، أو إذا كان القانون يلزم جهة النقض بالفصل في أجل محدد أو على سبيل الاستعجال، فإنه في هذه على المحكمة العليا ومجلس الدولة - حال فصلهما في الطعون بالنقض – ألا يرجئا الفصل في الدعوى.[2]

المطلب الرابع: إجراءات تصفية طلبات الدفوع بعدم دستورية القوانين.

على غرار المشرع الفرنسي، اختار واضعو القانون العضوي الأخذ بنظام الدفع بعدم الدستورية مع فحص مزدوج قبل وصوله إلى المحكمة الدستورية، فتتم عملية التصفية على مرحلتين:

الفرع الأول: التصفية على مستوى الجهات القضائية الدنيا.

تفصل الجهة القضائية التي عرض عليها الدفع بعدم الدستورية طبقا للمادة 07 من القانون العضوي رقم 18-16، فورا وبقرار مسبب في إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة بعد استطلاع رأي النيابة العامة أو محافظ الدولة.

و نلاحظ هنا، أنّ المشرع لم يحدّد أجلا معينا يلزم فيه الجهة القضائية بالفصل في جدية إرسال الدفع بعدم الدستورية، بل عبّر فقط عن الطابع الفوري للفصل فيه، و في هذه الحالة تتأكد الجهة القضائية من توفر الشروط الشكلية و الموضوعية للدفع (مسألة الجدّية) و تبت فيه بقرار مسبّب بالقبول أو الرفض دون إشراك المساعدين إذا كانت المحكمة المعروض عليها هذا الدفع تضم مساعدين (القسم التجاري أو الاجتماعي مثلا)، فإذا تم رفض إرسال الدفع بعدم الدستورية، فإن الجهة القضائية المعنية تواصل الفصل في موضوع الدعوى و لا يكون قرارها القاضي برفض إرسال الدفع قابلا لأي اعتراض منفصل عن الطعن الذي يمارس ضد الحكم الفاصل في الدعوى.

أما إذا فصلت الجهة القضائية بجدية الإرسال للمحكمة العليا أو مجلس الدولة، فيتم إرسال قراراها هذا مرفقا بعرائض و مذكرات الأطراف خلال أجل 10 أيام من صـــــدوره و يبلغ للأطراف و لا يكون حينها قابلا لأي طعن (المادة 23 من القانون العضوي 22-19)، و في هذه الحالة تتوقف مبدئيا عن الفصل في الدعـوى و ترجئ الفصل فيها إلى غاية فصل الجهات المختصة في الدفع (المحكمة العليا أو مجلس الدولة أو المحكمة الدستورية عند الاقتضاء إذا أحيل إليه الدفع من طرفهما)، غير أنه لا يترتب عن ذلك وقف سير إجراءات التحقيق، كما يمكن أيضا للجهة القضائية اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية اللازمة.

و استثناءا عن هذه القاعدة، فإن الفصل بإرسال الدفع لا يوقف الفصل في الدعوى عندما يكون الشخص محروم من حريته من أجل الدعوى ذاتها أو في الحالات التي ينص فيها القانون على وجوب الفصل في الدعوى في خلال مدة معينة أو على سبيل الاستعجال.

و في حالة ما إذا فصلت الجهة القضائية الابتدائية في موضوع الدعوى من دون انتظار القرار المتعلق بالدفع، وتم استئناف الحكم، فإن جهة الاستئناف توقف الفصل في هذا الاستئناف إلى أن يتم الفصل في موضوع إرسال الدفع من طرف الجهة العليا و عند الاقتضاء من طرف المجلس الدستوري.

---

[1] - المادة 26 من القانون العضوي رقم 22-19.

[2] - الفقرة الثانية من المادة 27 من القانون العضوي رقم 22-19.

و تتحقق هذه الصورة في حالة ما إذا فصلت المحكمة في الدفع بإرساله إلى الجهة الأعلى غير أنها لم ترجئ الفصل في موضوع الدعوى بسبب توافر حالة من الحالات التي يوجب فيها القانون عدم الإرجاء، لكنها بعد فصل المحكمة في الدعوى و وقوع استئناف في حكمها تتغير الظروف التي استوجبت استعجال الفصل و عدم الإرجاء مثل أن تقضي المحكمة بالحبس مع وقف التنفيذ، فإن جهة الاستئناف المعروض عليها الملف تتوقف عن الفصل فيه إلى غاية الفصل في الدفع بعدم الدستورية.

و إذا انقضت الدعوى التي أثير الدفع بعدم الدستورية بمناسبتها، فإن ذلك لا يؤثر على الفصل في الدفع بعدم الدستورية من طرف المحكمة الدستورية إذا تم إحالته عليه. و لا يؤثر قراره بعدم دستورية الحكم التشريعي حينذاك على النزاع استنادا لمبدأ قوة الشيء المقضي فيه التي تحصّن الحكم القضائي. فقوة الشيء المقضي فيه تشكل ردا على التساؤل الذي يثار حول الحكم الذي يقضي بالإدانة التي تؤسس على حكم تشريعي قضت المحكمة الدستورية لاحقا بعدم دستوريته.

الفرع الثاني: التصفية على مستوى المحكمة العليا أو مجلس الدولة.

بعد أن يتأكد قاضي الموضوع من استفاء مذكرة الدفع للشروط المحددة لقبول الدفع بعدم الدستورية المرحلة الأولى، يحيل المذكرة إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة الذي يعود لهما اختصاص إحالتها من عدمه إلى المحكمة الدستورية في مرحلة ثانية.

أولا- الأحكام المطبقة أمام المحكمة العليا و مجلس الدولة:

تعتبر ترتيبات التصفية التي يتولاها كل من مجلس الدولة و المحكمة العليا ذات أهمية لضمان تقاسم فعّال للمهام، كونها تضمن الانسجام بين درجات التقاضي التابعة لهـــا و تتيح أيضا إمكانية إشراك هاتين الجهتين القضائيتين في إعداد الاجتهاد القضائي للمجلس الدستوري و ذلك ضمن احترام الصلاحيات الحصرية لهذا الأخير.

و لهذا الغرض تؤسّس هيئة على مستوى المحكمة العليا و مجلس الدولة للفصل في جدية إرسال الدفع بعدم الدستورية للمحكمة الدستورية من عدمه يرأسها الرئيس الأول للمحكمة العليا أو رئيس مجلس الدولة، و عند تعذّر ذلك من نائب الرئيس و تتشكل من رئيس الغرفة المعنية بموضوع الدفع و ثلاثة مستشارين يعينهم رئيس الجهة القضائية.[1]

تفصل المحكمة العليا أو مجلس الدولة في إرسال الدفع بعدم الدستورية بعدة طرق نذكرها كالتالي:

1- عن طريق الدفع أمامها باعتبارها قاضي موضوع:

و هي الحالة الغالبة على مستوى مجلس الدولة باعتباره جهة تنظر في استئناف القرارات الصادرة عن المحاكم الإدارية أو باعتباره جهـــة تفصـــــل كأول و آخر درجة في دعوى الإلغاء و التفسير و تقدير مشروعية القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية و ذلك في الحالات التي ينص عليها القانون.

أما بالنسبة للمحكمة العليا فنادرا ما تكون جهة تفصل كقاضي موضوع إلا في حالات محددة، و من أمثلة ذلك، دعاوى الفصل في طلبات التعويض عن الحبس المؤقت غير المبرّر أو بمناسبة التحقيق في القضايا الجزائية المتبعة ضد الأشخاص الذين يتمتعون بامتياز التقاضي (الوزراء - الولاة - بعض أصناف من القضاة).

[1] - المادة 32 من القانون العضوي رقم 22-19.

2- بمناسبة ممارسة حق الطعن المقرر قانونا في أحكام و قرارات المحاكم و المجـــــالس و أحكام المحاكم الإدارية.

3- عن طريق إرسال الدفع بعدم الدستورية إليها من الجهات القضائية الدنيا (المحاكم أو المجالس أو المحاكم الإدارية) التي رأت أن الإرسال جدّي.

و تختلف آثار الفصل في الدفع بعدم الدستورية من طرف المحكمة العليا أو مجلس الدولة بحسب طرق اتصالها بالدفع:

- فإذا كانت تفصل باعتبارها قاضي موضوع فتخضع لما يخضع له قاضي الجهة القضائية الدنيا.

- أما إذا كانت تفصل باعتبارها قاضي قانون و يثار الدفع أمامها لأول مرة أو بطريق الاعتراض على قرار أو حكم برفض الدفع فيحال الدفع أمام الهيئة المختصة بالمحكمة العليا أو مجلس الدولة للفصل في الدفع على سبيل الأولوية.

- أما إذا كانت تفصل باعتبارها هيئة الفصل بعد إرسال الدفع إليها من طرف الجهات القضائية الدنيا التي رأت أن إرسال الدفع جدي، فإنها تفصل إما برفض إحالة الدفع أمام المحكمة الدستورية أو بقبوله.

و في الحالتين الأخيرتين، يتعين على الهيئة المكلفة بالفصل في الدفع بعدم الدستورية بالمحكمة العليا أو مجلس الدولة أن تفصل في هذا الدفع خلال مدة شهرين من تاريخ توصلها بالدفع أو بقرار إرسال الدفع.[1]

و يلاحظ إذن بالنسبة لنظام التصفية الثنائية أن دراسة الدفع بعدم الدستورية تمر على مرحلتين:

-**المرحلة الأولى :** على مستوى المحكمة و المجلس أو المحكمة الإدارية (بالنسبة للقضاء الإداري)، و تكون غالبا مرنة، بحيث يراقب فيها القاضي بالدرجة الأولى ما إذا كان الدفع المثار يهدف إلى مماطلة الفصل في الدعوى الأصلية.

صحيح ان القاضي يتحقق من شروط الدفع بعدم الدستورية الشكلية و الموضوعية ، لكن تركيزه ينصب في الأساس على مراقبة الطابع الجدي للمسألة.

-**المرحلة الثانية:** على مستوى المحكمة العليا و مجلس الدولة، و هي القناة التي بها يحال الدفع للمحكمة الدستورية، و بذلك، لا يستساغ أن تكون هذه المحطة مرحلة صورية و إلا لكان المشرع استغنى عنها، بل بالعكس تكون فيها الرقابة أكثر تشددا باعتبار أن جهة الحكم العليا (المحكمة العليا و مجلس الدولة) هي الفاصل الأساسي و النهائي في جدية الدفع و مدى توفر باقي الشروط الأخرى لتقرير إرسال الدفع للمجلس الدستوري من عدمه.

و في هذا السياق، يذهب الفقه المقارن إلى اعتبار الدفع بعدم الدستورية غير جدي إذا لم تتوفر أحد الشروط الموضوعية كأن لا يتعلّق الدفع بالحقوق و الحريات المضمونة دستوريا أو أنه تتم المنازعة في نص تشريعي سبق أن أبدى المحكمة الدستورية رأيه فيه.

بينما يذهب البعض، إلى اعتبار انه إذا وقع للقاضي احتمال أو شك أن القانون المعترض عليه ينتهك أحد الحقوق و الحريات التي يضمنها الدستور، فإنه يعتبر دفعا جديا. كما ذهب البعض الآخر، إلى أن

[1] - المادتين 30 و 31 من القانون العضوي رقم 22-19.

الجدية تستمد من استبعاد الدفوع الكيدية التي تبين بوضوح أنها تستهدف تعطيل الدعوى أو عندما تثار ضد نص تشريعي لا ينطبق على الواقعة موضوع الدعوى أصلا.

و استنادا لهذا، يمكن القول؛ أن الجدوى من تحديد شرط تعلق الدفع بجوهر النزاع من عدمه يهدف إلى ترشيد سبل استعمال الدفع بعدم الدستورية من طرف الخصوم.

و يعتبر شرط الجدية هو الفيصل بين معارضي نظرية التصفية و مؤيديها، فكلما تشدّد القضاة في فكرة الجدية، نادى معارضو فكرة التصفية إلى نزع الرقابة القضائية على الدفع بعدم الدستورية و السماح حينها للمواطنين باللجوء مباشرة أمام المحكمة الدستورية لإثارة الدفع أمامها، لذلك فإنهم يطالبون من القضاء أن يكون مرنا في مسألة الجدية حتى يمكن المتقاضين من الولوج إلى المحكمة الدستورية، و المهم في نظرهم وضع نظام تصفية يكرّس مرونة شرط الجدية على نحو لا يجعل القضاء عائقا أمام آلية الرقابة على دستورية القوانين، و إلا فإن ذلك لن يأتي حسبهم بأي نتائج إيجابية بدليل قلة الدفوع المرسلة للمجلس الدستوري بسبب التصفية القضائية المسبقة.

أما في الأنظمة التي تأخذ بالإحالة المباشرة على المحكمة الدستورية (كالقانون الإسباني مثلا)، فإن النصوص القانونية التي تكون محل الدفع بعدم الدستورية لا تقتصر على التشريع و إنما تتعداه إلى كل فعل برلماني أو فعل تنظيمي أو قضائي، فإذا كان الدفع جديا أحاله على المحكمة الدستورية للبت فيه، بل و يجوز للقاضي أن يثير الدفع من تلقاء نفسه و يأمر بإحالته على المحكمة الدستورية و لو لم يطلبه أطراف الدعوى، بمعنى آخر، إذا كان الدفع بعدم الدستورية في النظامين الجزائري و الفرنسي منح كسلاح في يد المتقاضي فقط ، فإنه في النظام الإسباني منح كسلاح في يد المتقاضي و القاضي معا، لكن في كل الأحوال، فإن دور القاضي هو الأبرز لأنه هو من يقرر إحالة الدفع من عدمه.

أما في مصر مثلا، فقانون المحكمة الدستورية العليا نصّ في مادته 29 على أنه إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع، أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة.

كما سمحت نفس المادة لأحد الخصوم أثناء نظر دعوى أن يدفع أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة و إذا رأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدّي أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن.

الفرع الثاني: الأحكام المطبقة أمام المحكمة الدستورية.

بمقتضى المادة 38 من القانون العضوي المتعلق بالدفع بعدم الدستورية، تقوم المحكمة الدستورية بعد إحالة الدفع بعدم الدستورية إليها، بتبليغه لرئيس الجمهورية ورئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني والوزير الأول،[1]والهدف من قيام المحكمة الدستورية بإخطار هذه السلطات هو تمكينهم من تقديم ملاحظاتهم حول الدفع بعدم الدستورية، وتجدر الإشارة، هنا، إلى أن القانون لم يحدد الآجال التي يجب أن تلتزم السلطات المذكورة لتقديم ملاحظاتها، و يرى البعض، أنها عمليا محددة بعشرين يوما،[2]وتقوم المحكمة العليا بتبليغ المذكرات الجوابية المدلى بها للأطراف المعنية بالدفع، الذين يمكن لهم تقديم

[1] - المادة 38 من القانون العضوي 22-19.
[2] - محمد اتركين، المرجع السابق، ص 88.

ملاحظاتهم، و هي الأخرى لم تحدد في القانون، فعلى المستوى العملي للمجلس الدستوري الفرنسي يتراوح بين 10 و 15 يوما.[1]

وتصدر المحكمة الدستورية قرارها في الدفع بعدم الدستورية خلال أربعة أشهر التي تلي تاريخ إخطارها، ويمكن تمديد هذا الأجل مرة واحدة لمدة أقصاها أربعة (04) أشهر بناءا على قرار مسبب من المحكمة و يبلغ إلى الجهة القضائية صاحبة الإخطار، وهذه المدة طويلة من شأنها تعطيل فعالية آلية الدفع و ما ينعكس سلبا على حقوق المتقاضين.[2]إضافة إلى أن هذه الآجال لا تعدو أن تكون مجرد آجال تنظيمية، حيث لا وجود لأية جزاءات مقررة في حالة مخالفتها، إذ بإمكان المجلس الدستوري تجاوزها لأسباب مبررة و معقولة، نص القانون على أن تكون جلسات المحكمة العليا علنية، ما عدا الحالات الاستثنائية المحددة في النظام المحدد لقواعد عمله،[3]والملاحظ، أنه كان هناك تعارض بين المادة 22 من القانون رقم 18-16، والمادة 20 من النظام المحدد القواعد عمل المجلس الدستوري، حيث أن هذه الأخيرة نصت على أن جلسات المجلس الدستوري تكون مغلقة، إلا بعد إلغاء القانون العضوي رقم 18-16، بموجب القانون العضوي رقم 22-19، فقد تم تدارك هذا الأمر، بحيث نصت المادة 40 منه:" تكون جلسات المحكمة الدستورية علنية، إلا في الحالات الاستثنائية الذي يحدد قواعد عملها".

لقد حدد المشرع الفرنسي في النظام الداخلي المتبع أمام المجلس الدستوري الحالات الاستثنائية التي تستوجب أن تكون الجلسات مغلقة، وذلك بخصوص المسألة الدستورية ذات الأولوية " إذا كان في مصلحة النظام العام أو إذا كانت تتطلبه مصالح القاصرين أو الحياة الخاصة بالأفراد".[4]

كما أكدت المادة 41 من القانون العضوي على أن انقضاء الدعوى الأصلية التي تمت بمناسبتها إثارة الدفع بعدم الدستورية، لا تؤثر لأي سبب كان على الفصل في الدفع بعدم الدستورية الذي تم إخطار المجلس الدستوري به، فالإحالة إلى المحكمة الدستورية، تستوجب بث هذا الأخير في المسألة المعروضة عليه بغض النظر على مال الدعوى الأصلية ومهما كان سبب انقضائها (التنازل،موت أحد الأطراف...) فالمسألة لم تعد شأنا للأطراف، و إنما تصبح دعوى موضوعية وتتحول عملية إلى مراقبة مجردة، ويقوم المجلس الدستوري بالبث في دستورية المقتضى التشريعي بغض النظر عن النزاع القائم بين الأطراف.

ويلاحظ كذلك، إغفال المشرع العضوي ذكر إلزامية تعليل قرارات المحكمة الدستورية الصادرة بخصوص الدفع بعدم الدستورية، في حين أن المادة 24 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري نصت على أن آراء و قرارات المجلس الدستوري تكون معللة.

---

[1] - جمال العزوزي، المرجع السابق، ص 119.

[2] - بامة إبراهيم، انعكاسات التعديلات الدستورية المتعلقة بالمجلس الدستوري الجزائري على ضمان حقوق و حريات الأفراد، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، عدد الأول، 2017، ص178.

[3] - جمال العزوزي، المرجع السابق، ص 119.

[4] - المادة 22 من القانون العضوي رقم 18-16 المذكور سابقا.

الفصل الثاني: الآثار المترتبة على الدفع بالنظام العام في القانون الدولي.

من بين أعظم منجزات الأمم المتحدة هو تطوير مجموعة من القوانين، والاتفاقيات والمعاهدات والمعايير المركزية لتعزيز التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وكذلك دفع عجلة السلام والأمن الدوليين الدوليين. وتشكل العديد من المعاهدات التي أحدثتها الأمم المتحدة أساس القانون الذي يحكم العلاقات بين الدول. في حين أن عمل الأمم المتحدة في هذا المجال لا يتلقى دائما الإهتمام، ولكن تحدث تأثيرا يوميا في حياة الناس في كل مكان.

ويدعو ميثاق الأمم المتحدة على وجه التحديد المنظمة أن تقدم المساعدة ف

ي تسوية المنازعات الدولية بالوسائل السلمية، بما في ذلك التحكيم والتسوية القضائية،[1]وتشجيع التطوير التدريجي للقانون الدولي وتدوينه.[2]

وعلى مر السنين، أودعت أكثر من خمسمائة (500)، من المعاهدات المتعددة الأطراف للأمين العام للأمم المتحدة، كما وأودعت العديد من المعاهدات الأخرى للحكومات أو الكيانات الأخرى. وتغطي هذه المعاهدات طائفة واسعة من الموضوعات مثل حقوق الإنسان ونزع السلاح وحماية البيئة.

تظهر أهمية إعمال آلية الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي من خلال الكلام عن مسألة عدم دستورية الاتفاقيات الدولية (المبحث الأول)، وكذلك مسألة استبعاد تطبيق الاتفاقية الدولية (المبحث الثاني)، كما تظهر أهميته من خلال استبعاد تطبيق القانون لأجنبي (المبحث الثالث).

[1] - المادة 33 من ميثاق الأمم المتحدة.
[2] - المادة 13 من ميثاق الأمم المتحدة.

المبحث الأول: عدم دستورية الاتفاقيات الدولية.

يحتل موضوع الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية أهمية بالغة، كونه يتعلق أولا بحماية أعلوية الدستور وقدسيته، لا أمام التشريع الوطني فقط، ولكن أمام التشريع الدولي. هذا، إضافة، إلى أن هذه الرقابة بصورتها المثالية تشكل سدا منيعا أمام أي خرق لسيادة الدولة ومصالحها. إذا ما علمنا أن الكثير من الدول لم تهدد مصالحها ولم يمس استقلالها وسيادتها إلا بفعل المعاهدات التي أبرمتها.

وتبنت الدساتير المقارنة اتجاهات متعددة في تنظيمها لهذا النوع من الرقابة، فمنها من أسندها للسلطة التشريعية (التصديق)، ومنها من تركها للقضاء باعتباره السلطة المختصة بالفصل في المنازعات والحارس الأمين على القانون وتطبيقه، ومن الدساتير من أسند هذه المهمة لهيئة مستقلة (المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية) تمارسها إلى جانب اختصاصات أخرى.

المطلب الأول: القيمة القانونية للاتفاقيات الدولية في الدساتير المقارنة.

يتربع التشريع على عرش الهرم القانوني في القانونيين الداخلي والدولي، ومن بين مصادر التشريع الداخلي، يحتل الدستور المرتبة الأولى في غالبية دول العالم، وتحديدا في بلاد الدساتير الجامدة.

وإذا كان تفرد الإنسان في عيشه ضرب من ضروب الخيال، فمن باب أول أن ليس للدول العيش بعيدا عن نظيراتها أو خارج محيط المجتمع الدولي، من هنا أصبح اختلاف وتباين التشريع الوطني وتحديدا الدستور والتشريع الدولي (المعاهدة) أمر متوقع أو كثير الحدوث بفعل تشابك العلاقات وتزاحمها في عالم لا مجال فيه للانكفاء على الذات أو التراجع.

وإذا كانت العلاقات الدولية فيما مضى تقوم واقعا على التراضي، فإن طبيعة هذه العلاقات أخذت طابع آخر منذ العقد الأخير من القرن المنصرم وتحديدا منذ تفرد القطب الواحد في إدارة مقدرات المجتمع الدولي على أثر انفضاض الشراكة الثنائية . ونتيجة لذلك تصاعدت وتيرة الحديث عن المعاهدات غير المتكافئة والدساتير الوافدة وتدويل الدساتير .....، وهذا ما يفسر لنا، نسبيا، موجة الدساتير التي انهالت على العالم العربي.[1]

من هنا، برزت الحاجة للرقابة على دستورية المعاهدات الدولية. والملاحظ، أن الدساتير العربية في معالجتها لهذه المسألة البالغة الأهمية لم تتبن اتجاه واحد، فمنها من حدد القيمة القانونية للمعاهدة والجهة المناط بها حماية أعلوية الدستور وقدسيته (القضاء - الهيئة المستقلة).[2]

ولكن، يجدر بنا، قبل الخوض في هذه المسألة تحديد مدلول الاتفاقيات الدولية (الفرع الأول)، بعدها نتطرق لأنواعها (الفرع الثاني)، لننتهي بالمعالجة الدستورية للاتفاقيات الدولية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مدلول الاتفاقيات الدولية.

عددت المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية المصادر المختلفة للقاعدة القانونية الدولية. وقررت الفقرة 1/أ من ذات المادة أن الاتفاقيات الدولية هي المصدر الأول والرئيسي للقاعدة

---

[1] - الدستور اليمني 1990 - الدستور الموريتاني 1991، 2006- الدستور المغربي 1996- الدستور الجزائري 1996- النظام الأساسي العماني 1996- الدستور السوداني 1996، 2005- الدستور البحريني 2003- النظام الأساسي السعودي 2002- الدستور القطري 2003- الدستور العراقي 2005.

[2] - كالدستور الكويتي لسنة 1962، والدستور المصري لسنة 1981، والدستور التونسي لسنة 1989، والدستور الجزائري لسنة 1996، وما لحقه من تعديلات دستورية.

القانونية الدولية،[1] ويتعين على محكمة العدل الدولية حين الفصل في النزاع المعروض عليها تطبيق الاتفاقيات الدولية على النزاع، حيث أن المعاهدات الدولية تعد المصدر الرئيسي للقانون الدولي العام الذي ينظم العلاقات بين أشخاص القانون الدولي العام وهي الدول بأنواعها المختلفة بسيطة، ومتحدة والمنظمات الدولية الحكومية، مثل منظمة الأمم المتحدة ومنظمة جامعة الدول العربية، ومنظمة مجلس التعاون الخليجي، ومنظمة الاتحاد الأوروبي، ومنظمة الاتحاد الإفريقي.

وتبدو أهمية المعاهدات للمجتمع الدولي، مثل أهمية التشريعات في النظم القانونية الداخلية، والتي تنظم سلوك الأفراد داخل الدولة سواء فيما بينهم والتي ينظمها القانون الخاص مثل القانون المدني والتجاري، أو لتنظيم العلاقات بين الدولة كشخص قانوني معنوي وبين الأفراد والتي ينظمها القانون العام مثل القانون الدستوري والمالي والإداري والجنائي.

أولا- التعريف الاتفاقي للمعاهدة:[2]

عرفت المادة 1/2 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات المعاهدة بأنها (الاتفاق الدولي المعقود بين الدول في صيغة مكتوبة والذي ينظمه القانون الدولي، سواء تضمنته وثيقة واحدة أو وثيقتان متصلتان أو أكثر ومهما كانت تسميته الخاصة).

ثانيا- التعريف الفقهي للمعاهدة الدولية:

أغفل التعريف الاتفاقي ذكر أحقية المنظمات الدولية في إبرام المعاهدات الدولية، وقصر التعريف الاتفاقي الحق في إبرام المعاهدات على الدول وحدها، الأمر الذي تصدي له الفقه القانوني الدولي خاصة بعد ثبوت الشخصية القانونية للمنظمات الدولية بمقتضي الرأي الاستشاري الذي أصدرته محكمة العدل الدولية بناء علي طلب الجمعية العامة للأمم المتحدة في عام 1949، ومنذ ذلك التاريخ أصبحت المنظمات الدولية الحكومية من أشخاص القانون الدولي العام جنبا إلي جنب مع الدول، وإن كانت شخصية المنظمة قاصرة علي القيام باختصاصاتها ووظائفها الموكولة إليها بموجب الميثاق المنشئ لها ،ومن الآثار المترتبة علي ثبوت الشخصية القانونية للمنظمات الدولية حقها في إبرام المعاهدات الدولية شأنها شأن الدول، فمثلا تستطيع المنظمة إبرام معاهدة مع دولة من أشخاص القانون الدولي مثل اتفاقية المقر التي تعقدها المنظمة كشخص دولي مع دولة مقر المنظمة الدولية أو الإقليمية على حد سواء. وبالمثل يمكن للمنظمة الدولية إبرام معاهدة مع منظمة دولية أخري من أشخاص القانون الدولي العام مثل اتفاقات التبادل الدبلوماسي التي تبرم بين منظمة جامعة الدول العربية ومجلس التعاون لدول الخليج العربية وأيضا ترتب علي ثبوت الشخصية القانونية للمنظمات الدولية حق المنظمة في التقاضي أمام القضاء الدولي وإبرام العقود وغيرها من التصرفات القانونية التي تعينها علي أداء وظائفها الموكولة إليها بموجب الميثاق المنشئ لها.[3]

---

[1] - أنظر المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية في ميثاق الأمم المتحدة والتي تنص علي مايلي :

1- وظيفة المحكمة أن تفصل في المنازعات التي ترفع إليها وفقاً لأحكام القانون الدولي، وهي تطبق في هذا الشأن:

(أ) الاتفاقات الدولية العامة والخاصة التي تضع قواعد معترفاً بها صراحة من جانب الدول المتنازعة.

(ب) العادات الدولية المرعية المعتبرة بمثابة قانون دل عليه تواتر الاستعمال.

(ج) مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتمدنة.

(د) أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام في مختلف الأمم ويعتبر هذا أو ذاك مصدراً احتياطياً لقواعد القانون وذلك مع مراعاة أحكام المادة 59.

2- لا يترتب على النص المتقدم ذكره أي إخلال بما للمحكمة من سلطة الفصل في القضية وفقاً لمبادئ العدل والإنصاف متى وافق أطراف الدعوى على ذلك.

[2] *-The Treaties—les Traites*

[3] - صالح محمد محمود بدر الدين، قانون التنظيم الدولي، دار النهضة العربية،مصر، 2008، ص 43 و 55 .

وبناء، على ما سبق، فقد وضع الفقه الدولي تعريفا للاتفاقية أو المعاهدة ينطوي علي أحقية كافة أشخاص القانون الدولي وهي الدول والمنظمات الدولية علي إبرام المعاهدات الدولية.[1]

ويمكننا، تعريف المعاهدة من الناحية الفقهية بأنها:" الاتفاق الدولي المعقود بين أشخاص القانون الدولي العام في صيغة مكتوبة والذي ينظمه القانون الدولي، سواء تضمنته وثيقة واحدة أو وثيقتان متصلتان أو أكثر ومهما كانت تسميته الخاصة".[2]

ويقودنا هذا التعريف إلي تحديد العناصر الرئيسية للمعاهدة الدولية فهي:

1- المعاهدة اتفاق بين شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي.
2-المعاهدة اتفاق مكتوب .
3- المعاهدة يتم إبرامها وفقا لأحكام القانون الدولي.
4-المعاهدة تنتج أثار قانونية.

ثالثا- الاصطلاحات المستخدمة لوصف المعاهدات الدولية:

ثمة اصطلاحات عديدة تستخدم لوصف المعاهدات الدولية ، نذكر منها بصفة خاصة ، المعاهدة (*trait*)، الدستور (*Constitution*)، الميثاق (*Charte*)، العهد (*pact*)، النظام (*statut*)، الاتفاقية (*convention*)، الاتفاق (*accord*)، الخطابات المتبادلة (*echange de letters*)، المذكرات المتبادلة (*echange de notes*)، والبروتوكول (*protocol*)، الاعلان او التصريح (*declaration*)، والتسوية (*arrangement*)، والتسوية المؤقتة (*modus vivendu*).

وإذا كانت هذه التعبيرات جميعا تعتبر مترادفة، وتستخدم في التعبير عن حقيقة موضوعية واحدة، هي المعاهدة الدولية، وعلي الرغم من أن هذا الاصطلاح الأخير يشملها جميعا، فان استقراء الممارسة الدولية ، قد قادت الفقه الدولي إلي ملاحظة أن لبعض هذه المصطلحات دلالة خاصة في الاستخدام، بحيث يكون لاطلاق احدها علي الوثيقة الاتفاقية الدولية، مؤديا – في الغالب الأعم- إلى فهم محدد لمضمونها، أو لإجراءات إبرامها، فاصطلاح المعاهدة يطلق علي الاتفاقات الدولية التي تتطلب لنفاذها استيفاء شرط التصديق (*ratification*)،

كما يطلق تعبير المعاهدة عادة على الوثائق الاتفاقية الدولية ذات الأهمية الخاصة.أما تعبير الاتفاقية فانه وان كان يطلق في الغالب الأعم على اتفاقات تتطلب لنفاذها أيضا شرط التصديق، فانه ينصرف إلي الاتفاقات الدولية متعددة الأطراف، أو الاتفاقات الدولية المتعلقة بموضوعات معينة. والتي تضع قواعد قانونية دولية (مثل اتفاقات لاهاي لعامي 1899، 1907 بشأن قانون الحرب – اتفاقات جنيف لعام 1949 بشأن ضحايا الحرب – اتفاقية فيينا لعام 1969 بشأن قانون المعاهدات اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982- وأيضا اتفاقية منع كافة أشكال التمييز العنصري ضد المرأة لعام 1966).

أما تعبيرات الدستور، والميثاق، والعهد، والنظام، فهي تستخدم عادة لوصف الوثائق القانونية الدولية المنشئة لمنظمات أو هيئات دولية.

ويستخدم اصطلاح البروتوكول عادة لوصف الاتفاقات التي تنطوي على القواعد الخاصة بتطبيق أو مد، أو إضافة قواعد، أو تفسير، أو تعديل معاهدة دولية قائمة.

---

[1] *- voir –Dominique Carreau – Droit International- 5 EDITION- 1997- Pedone. pp- 111- 119*

[2] - قام الأستاذ الدكتور صلاح الدين عامر بتعريف المعاهدة بأنها:" اتفاق مكتوب بين شخصين من أشخاص القانون الدولي العام، أيا كانت التسمية التي تطلق عليه، يتم إبرامه وفقا لأحكام القانون الدولي، بهدف إحداث أثار قانونية". صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 2003، ص 158.

الفرع الثاني: أنواع الاتفاقيات الدولية.

يضع الفقه القانوني مجموعة من المعايير بغية التعرف علي الأنواع المختلفة للاتفاقيات الدولية ومنها:

المعيار الأول: موضوع المعاهدة.

وتقسم المعاهدات الدولية حسب موضوع المعاهدة الي نوعين من المعاهدات هي:

1- معاهدات شارعة:

وهي معاهدات تعالج موضوع عام وهام بالنسبة للمجتمع الدولي، مثل منع التمييز ضد المرأة، وحقوق الطفل، والاتجار بالبشر، والتجارة بالمخدرات والنساء والأطفال، أو معاهدة تنظم استغلال واستكشاف الفضاء الخارجي، فهذا النوع من الاتفاقات ينظم مسائل تتصف بالعمومية، وتهتم بالأسرة الدولية بأسرها، ولذلك، فهي تشبه التشريعات في داخل الدولة. ولذا أطلق الفقه عليها معاهدات تشريعية أو شارعه.

ولاشك، أن هذا النوع من المعاهدات يساهم في إنتاج القواعد القانونية الدولية، وهي- أي المعاهدات الشارعة- تبرم بين غالبية الدول علي مستوى المعمورة، أي؛ أنها اتفاقات متعددة الأطراف وليست ثنائية.

2- معاهدات عقدية:

وهذه التسمية مشتقة من العقود في إطار القانون الداخلي والتي تعقد عادة بين شخصين أو أكثر، وتخضع لسلطان الإرادة أطراف العلاقة التعاقدية. ولما كانت الاتفاقية العقدية تتولي تنظيم العلاقة بين دولتين أو شخصين من أشخاص القانون الدولي، فإن آثارها القانونية لاتلزم إلا أطرافها، وليس للمعاهدات العقدية أي دور في صنع قواعد القانون الدولي، ومن أمثلة ذلك: المعاهدات الثنائية التي تعقد بين الدول لتنظيم المسائل المتعلقة بالتجارة وانتقال السلع والخدمات، وتنظيم وترسيم الحدود المشتركة بين الدول.

المعيار الثاني: عدد أطراف المعاهدة.

ووفقا لهذا المعيار فان المعاهدات الدولية تنقسم الي نوعين هما:

1- معاهدات ثنائية:

وهي تلك التي تعقد من حيث العدد بين دولتين، ومنها معاهدة السلام المصرية الإسرائيلية التي عقدت بين مصر وإسرائيل عام 1979، وأيضا، اتفاقيات التجارة والتبادل السلعي بين الدول المتجاورة. ومنها أيضا اتفاقيات تعقد بين دولة ومنظمة دولية، ومنها اتفاقية المقر، ومنها أيضا، معاهدة تبرم بين منظمة دولية وأخري ومنها اتفاقيات التمثيل الدبلوماسي.

2- معاهدات متعددة الأطراف:

وهي تعقد بين غالبية دول العالم لتنظيم المسائل المشتركة بين الدول أعضاء المجتمع الدولي، وبالتالي، فإنها معاهدات تضع التشريعات الدولية، ومنها اتفاقيات القانون الدولي لحقوق الإنسان، واتفاقات القانون الإنساني الدولي، والاتفاقيات الخاصة بحماية البيئة من التلوث ، واتفاقية حظر انتشار الأسلحة الذرية.[1]

المعيار الثالث: من حيث الإجراءات والشكل.

ووفقا لهذا المعيار الإجرائي، يمكننا، تقسيم المعاهدات إلى نوعين هما:

[1] - صالح محمد محمود بدر الدين، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007، ص 213.

1- معاهدات بسيطة:

وهي معاهدات لايستلزم لنفاذها المرور بإجراءات معقدة أو طويلة، فلا يشترط لصحتها التصديق عليها من قبل السلطات الداخلية المختصة دستوريا بالتصديق على المعاهدة، بل تصبح نافذة في مواجهة أطرافها منذ التوقيع عليها، ويجب أن ينص علي ذلك في من المعاهدة.

2- معاهدات معقدة:

وهي تلك الاتفاقيات التي يستلزم لعقدها المرور بإجراءات معقدة وطويلة ومفاوضات شاقة بين أطرافها، وتستلزم التصديق عليها من الأجهزة المختصة دستوريا بالتصديق عليها، ومن أمثلة تلك الاتفاقيات: معاهدة الصلح التي تبرم بين الدول المتحاربة، فهي تمر بإجراءات طويلة تشمل المفاوضات بشقيها السياسي والعسكري، خاصة، وأن الدول المنتصرة تفرض إرادتها على الدول المنهزمة في الحرب، وترغب في الحصول علي مكاسب إقليمية من تلك الدول المنهزمة في الحرب. لذا يطلق على مثل هذه المعاهدات معاهدات طويلة الإجراءات أو الاتفاقيات المعقدة.

وبالإضافة للمعايير السابقة، يشير الفقه، إلى وجود أنواع أخري من المعاهدات مثل المعاهدات المغلقة من حيث قبول أعضاء جدد بها، ومعاهدات مفتوحة العضوية، وذلك، في إشارة إلى المعاهدات المنشئة لمنظمات دولية والتي يطلق عليها إسم الميثاق أو العهد او الدستور ، فمن تلك المعاهدات ما يقصر العضوية في المنظمة علي الدول المؤسسة فقط ،ومنها من يقبل أعضاء جدد مثل ميثاق الأمم المتحدة.

الفرع الثالث: المعالجة الدستورية للاتفاقيات الدولية.

لا معنى، للحديث عن الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية في ظل الدساتير المرنة حيث تتساوى القيمة القانونية للقانون والدستور والمعاهدة في أحسن الأحوال، إن لم تسمو المعاهدة على القانون، وبالتالي، تأتي مخالفة المعاهدة للتشريع الوطني بشقيه الدستوري والعادي معدلة له بالضرورة.

وفي إطار الدساتير الجامدة، لا معنى للبحث في الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية قبل البحث أولا في القيمة القانونية للمعاهدة. وبمعنى آخر؛ أن الحاجة للرقابة على دستورية المعاهدات الدولية تظهر حينما تتباين القيمة القانونية للتشريع الوطني والدولي، وإلا فما جدوى هذه الرقابة إذا تساوت القيمة القانونية لهما.

والملاحظ أن الدساتير العربية في تحديدها للقيمة القانونية للمعاهدة كانت قد توزعت بين ثلاث اتجاهات:

الأول لم يحدد القيمة القانونية للمعاهدة ، ومن بين هذه الدساتير الدستور العراقي النافذ لعام 2005، والدستور اليمني لعام 1990، الدستور الإماراتي لعام 1971، والدستور الفلسطيني لعام 2002، الدستور اللبناني لعام 1929، والدستور السوري لعام 1973، والدستور السوداني لعام 1996 و2005، والدستور الأردني لعام 1952، والدستور المغربي لعام 1996.

أما الاتجاه الثاني من الدساتير العربية، فنص صراحة على أن للمعاهدة قيمة قانونية مساوية للقانون العادي، ما يعني؛ أن إبرام معاهدة لاحقة للتشريع المحلي ومخالفة له تنتهي بالضرورة إلى تعديله، ومن بين الدساتير التي تبنت هذا الاتجاه، الدستور البحريني لسنة 2002 (يبرم الملك المعاهدات بمرسوم ويبلغها إلى مجلسي الشورى والنواب فورا مشفوعة بما يناسب من بيان ، وتكون للمعاهدة قوة القانون .....)، [1] والدستور الكويتي لسنة 1991 (يبرم الأمير المعاهدات ..... وتكون للمعاهدة قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية .....، [2]والنظام

[1] - المادة 37 من الدستور البحريني لعام 2002.
[2] - المادة 70 من الدستور الكويتي لعام 1961.

الأساسي العماني لعام 1996 (لا تكون للمعاهدة والاتفاقيات الدولية قوة القانون إلا بعد التصديق عليها .....)،[1]والدستور القطري لعام 2003 (يبرم الأمير المعاهدات والاتفاقيات بمرسوم، ويبلغها لمجلس الشورى مشفوعة بما يناسب من بيان، وتكون للمعاهدة أو الاتفاقية قوة القانون بعد التصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية.....)[2] والدستور المصري لعام 1971 (رئيس الجمهورية يبرم المعاهدات ويبلغها لمجلس الشعب مشفوعة بما يناسب من بيان، وتكون لها قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقا للأوضاع المقررة .....).[3]والدستور السوري لعام 1973 (يتولى مجلس الشعب الاختصاصات التالية :-..... 5- إقرار المعاهدات والاتفاقيات.....، وكذلك المعاهدات والاتفاقيات التي تحمل خزانة الدولة نفقات غير واردة في موازنتها أو التي تخالف القوانين النافذة والتي يتطلب نفاذها إصدار تشريع جديد).

ووضع الاتجاه الثالث من الدساتير، المعاهدة في مرتبة أسمى من التشريع الوطني وأقل مرتبة من الدستور،[4]ما يعني؛ أن المعاهدة التي استوفت الإجراءات القانونية والمخالفة للتشريع الوطني تنتهي بالضرورة إلى تعديله، ومن بين الدساتير العربية التي تبنت هذا الاتجاه الدستور الموريتاني الملغي لعام 1991، المعاهدات والاتفاقيات المصدقة أو الموافق عليها كذلك سلطة أعلى من سلطة القوانين وذلك فور نشرها شريطة أن يطبق الطرف الثاني المعاهدة أو الاتفاقية).[5] والدستور التونسي لعام 1989 (المعاهدات لا تعد نافذة المفعول إلا بعد المصادقة عليها ، والمعاهدات المصادق عليها بصفة قانونية أقوى نفوذا من القوانين).[6] والدستور الجزائري لعام 1996، المعدل،[7] (المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون).[8]

من خلال استعراض نصوص الدساتير العربية،[9] لم نجد من بينها من ينص على أعلوية المعاهدة الدولية على الدستور ، بل أن أي منها لم يعط للمعاهدة قوة مساوية لتلك التي يتمتع بها الدستور، الأمر الذي يبرز الحاجة للرقابة على دستورية المعاهدات الدولية ، فمخالفة المعاهدة للدستور أمر متوقع أما نتيجة لعدم خبرة السلطة القائمة على إبرام المعاهدة ، أو بفعل فرضها من قبل أحد أو بعض الأطراف الدولية وهو أمر كثير الحدوث في المعاهدات الثنائية في ظل اختلاف موازين القوى في العالم . ويتراجع مثل هذا الاحتمال في المعاهدات الجماعية أو الشارعة لا لخبرة القائمين على إبرام هذا النوع من المعاهدات ، ولكن لعدم المصلحة في فرضها بالقوة ، ومع ذلك تبقى المخالفة للدستور أمر متوقع ما يستوجب إخضاعها هي الأخرى لرقابة السلطة التشريعية أو التي ينص عليها الدستور.

---

[1] - المادة 76 من النظام الأساسي العماني لعام 1996.

[2] - المادة 68 من الدستور القطري لعام 2003.

[3] - المادة 151 من الدستور المصري لعام 1971.

[4] - ومن بين هذه الدساتير ، الدستور الفرنسي لسنة 1958، حيث وضع المعاهدة في مرتبة أسمى من القوانين العادية وأقل منزلة من الدستور بشرط أن يلتزم الطرف الثاني بأحكام المعاهدة أو الاتفاق. د. علاء عبد المتعال، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، الجزء الأول، بدون دار نشر، 1997، ص 61.

[5] - المادة 80 من الدستور الموريتاني.

[6] - الفصل 32 من الدستور التونسي لعام 1989.

[7] - مرسوم رئاسي رقم 20-442، ممضي في 30 ديسمبر 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجريدة الرسمية عدد 82 مؤرخة في 30 ديسمبر 2020، الصفحة 3.

[8] - المادة 154 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

[9] - العراقي 2005 - الأردني 1952 - السوري 1973 - اللبناني 1926 - الفلسطيني 2002 - المصري 1971 - الكويتي 1962- القطري 2003 - البحريني 2002-العماني 1999-الإماراتي 1971- المغربي 1996 - الجزائري 1996- التونسي 1989 – السوداني 1998، 2005- اليمني 1990.

خول الدستور للسلطة التنفيذية كامل الصلاحية في إبرام المعاهدات الدولية،[4] إلا أنها تخضع لموافقة البرلمان عليها،كما أن المحكمة الدستورية مختصة بالرقابة على دستوريتها،[1]إلا أن هذا الأخير لا يقوم بأي دور خلال مرحلة المفاوضة والتوقيع على المعاهدة، ذلك لأنها أعمال تحضيرية لإبرامها، وعليه بعد عملية التوقيع عليها فقط تصبح خاضعة للرقابة الدستورية.[6]

المطلب الثاني: علاقة الاتفاقيات الدوليـة بأحكام القـانون الـداخلي.

مما لا شك فيه، أن تطبيق المعاهدات الدولية من شأنه اثراء فقه القضاء الداخلي. ولعل أهمية وتعدد المواضيع التي تعالجها المعاهدات الدولية تجعل من القاضي دائم الرجوع إليها لمقارنتها بالحلول التي ضبطتها القوانين الداخلية ودائم الاستناد إليها وذلك لحسن تعليل أحكامه.

فالمتقاضي الذي يطالب بحقوق كرستها اتفاقية دولية، يطلب عمليا تطبيق تلك المعاهدة في النزاع، وبالتالي، فإن القاضي مطالب – بعد التثبت من شروط تطبيقها – بالاطلاع على أحكامها والبحث عن إمكانية تكريس أحكامها لفض ذلك النزاع .

بالتالي، لم تعد المعاهدات تشريعا غريبا على القاضي، بل بالعكس، أمام تنامي العلاقات الدولية وتكثف الاتصالات بين الدول تضاعفت امكانيات تطبيق المعاهدات الدولية من قبل المحاكم.

إن دراسة العلاقة بين احكام المعاهدات الدولية واحكام القانون الداخلي لا يخرج عن احتمالين : اذ يمكن ان تكون هذه الاحكام الدولية متوافقة مع التشريع الداخلي كما قد تتحالف معه وهو الاحتمال التي يطرح صعوبات على مستوى التطبيق بالنسبة للقاضي.

يتعلق الأمر، في هذا الصدد، بمجرد " إمكانية " لأن الأصل هو وجود توافق بين الاحكام الدولية المضمنة في معاهدة والأحكام الداخلية التي تعالج نفس المسألة القانونية.

الفرع الأول: التوافق بين مضمون الاتفاقيات الدوليـة واحكام القـانون الـداخلي.

وفي هذا الإطار، سوف نتعرض لنموذج من الأحكام الدولية المتوافقة مع القانون الداخلي إلا أن إمكانية تنازع الاحكام الدولية والداخلية تبقى واردة وغير مستبعدة ولعل السبب في ذلك هو أن صياغة القواعد الدولية تتم على مستوى دولي، وبالتالي، فإن الهاجس الأول هو توافق ارادة الدول الأطراف حول النص الدولي، ويبقى اشكال تعارض احكام هذا النص الدولي مع القانون الداخلي قائما تحسمه كل دولة على طريقتها.

لا تطرح فرضية تلاءم أحكام الاتفاقات الدولية مع أحكام القانون الداخلي إشكالا خاصا عند تولي القاضي تطبيقها، إذ أن بعض المعاهدات الدولية التي تبرمها الجزائر تضع مبادئ كان القانون الداخلي قد كرسها، بالتالي، فإن أحكام هذه المعاهدات لا تعدل في شئ من قواعد القانون الداخلي.

الامثلة عن أحكام بعض هذه المعاهدات كثيرة، فنجد المادة 12 من العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية والمصادق عليه سنة 1968،[2] تنص على حق كل شخص في التنقل داخل الدولة واختيار

---

[4] - عباس بلغول، آليات الرقابة السياسية على أعمال السلطة التنفيذية في النظام السياسي الجزائري، رسالة ماجستير، معهد الحقوق، جامعة وهران،2001، ص 306.

[1] - المادة 190 من الدستور الجزائري المعدل.

[6] - عباس بلغول، المرجع السابق، ص 319.

[7] *-cf, Louis Favoreu et Loïc Philip, op. cit, p. 90 ; Denys De Bachillon, Quelque incidences du contrôle de la conventionalité international des lois par le juge ordinaire, R.F.D.A, n°2, 1998, p. 235.*

[2] - انخرطت البلاد التونسية في الميثاق الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية بالقانون عدد 30 لسنة 1968 مؤرخ في 29 نوفمبر 1968 – الرائد الرسمي عدد 51 مؤرخ في 29 نوفمبر – 3 ديسمبر 1968 ومنشور بامر عدد 1098 لسنة 1983 مؤرخ في 21 نوفمبر 1986 – الرائد الرسمي عدد 79 مؤرخ في 6 ديسمبر 1983 .

مقر إقامته، وهذه الحركة لا يحدها سوى قانون داخلي يجب أن يكون ضروريا لاستتباب الامن والنظام العام.

هناك، أيضا، المادة 5 من الاتفاقية الخاصة بالقضاء على جميع أشكال الميز العنصري المصادق عليها من طرف البلاد التونسية منذ 1966،[1]الذي ينص على حق اختيار مقر الإقامة داخل الدولة.

إن هذه القواعد الدولية لا تعدّل في شيء المبادئ التي نصت عليها القواعد القانونية الداخلية فنجد الفصل العاشر من الدستور ناصا " لكل مواطن حرية التنقل داخل البلاد وإلى خارجها واختيار مقر إقامته في حدود القانون".

ثم إن الحدود التي نصت عليها القوانين الداخلية تدخل في إطار الضوابط الضرورية للتمتع بهذا الحق وتكون لازمة لاستتباب الأمن و النظام العام فنجد ان الفصل 22 من المجلة الجبائية يضع حد الحرية اختيار المقر وهو " الابعاد " اذا اقتضى الفصل المذكور: " الابعاد هو منع الحكوم عليه من الإقامة والظهور بأماكن أو جهات تعين بالحكم ويكون في الصور المنصوص عليها بالقانون ولا تتجاوز مدته عشرين عاما".

يلاحظ هذا التوافق، أيضا، بين القواعد الدولية والقواعد الداخلية في مجال حرية الرأي والتعبير فالفصل 19 من العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية ينص في فقرته الأولى والثانية على أنه لكل شخص الحق في التعبير عن أراءه بكل حرية وبأي شكل يختاره سواءا كان شفاهيا او مكتوبا أو مطبوعا.

و يضع الفصل 20 من نفس العهد ضوابط يجب إحترامها عند ممارسة هذه الحرية فلا يجب ان يستعمل هذا الحق للدعوة إلى الحرب أو التحريض على التمييز العنصري او الديني أو التحريض على العنف.

لا تشذ القواعد القانونية الداخلية على هذه المبادئ فنجد الفصل الثامن من الدستور ناصا على كون حرية الفكر والتعبير ... مضمونة وتمارس حسبما يضبطه القانون ".

هذا على صعيد تكريس الحق، أما على صعيد الحدود التي وضعها القانون الداخلي، فنجدها، أيضا، متوافقة مع النصوص الدولية إذ جاءت مجلة الصحافة،[2]بأحكام جزائية تعاقب كل من يدعو إلى العنصرية وكل أوجه الميز ... .

كما يمكن، أن نلاحظ هذا التلاؤم بين القواعد الدولية والقواعد الداخلية على مستوى تكريس مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، فالبرجوع إلى العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية في فصله 15، نجده يقتضي أنه لا يحاكم الشخص من أجل افعال تم يجرّمها القانون الداخلي أو الدولي في وقت إقترافها.

وقع تكريس نفس هذا المبدأ في القانون التونسي إستنادا إلى أحكام الفصل 13 من الدستور الذي ينص على " أن العقوبة شخصية ولا تكون إلا بمقتضى نص قانوني سابق الوضع ". نفس المبدأ يفهم أيضا من نص الفصل 168 من مجلة الإجراءات الجزائية الذي يبين البيانات الوجودية إلى تضمن في الأحكام الجزائية، وأهمها النصوص الزجرية الواقع تطبيقها. وبالتالي، يظهر جليا توافق الأحكام الدولية والداخلية في تكريس هذا المبدأ.

هناك مبدأ إجرائي هام نصت عليه المعاهدات الدولية وله أساس في القانون الداخلي، وهو مبدأ عدم رجعية القوانين الجزائية. فبالرجوع إلى نفس الفصل 15 من الميثاق الدولي المتعلق بالحقوق المدنية

---

[1] - صادقت تونس على الاتفاقية الخاصة بالقضاء على جميع صور الميز العنصري بالقانون عدد 70 لسنة 1966 والمؤرخ في 28 نوفمبر 1966، وهي منشورة بأمر عدد 100 لسنة 1967 مؤرخ في 1 افريل 1967 – الرائد الرسمي عدد 16 مؤرخ في 4 –7 أفريل 1967 .

[2] - القانون عدد 32 لسنة 1975 المؤرخ في 28 أفريل 1975 . المتعلق بإصدار مجلة الصحافة.

والسياسية نجده يمنع من تطبيق عقوبة أشد من التي كانت سارية ابان إقتراف الجرم وتمتع المتهم بتطبيق الأحكام الجزائية الأرفق به.

من الممكن استخلاص نفس الأحكام ممن الفصل 13 من دستور 1959، وكذلك من أحكام الفصل الأول من المجلة الجنائية الذي ينص :" لا يعاقب أحد إلا بمقتضى نص من قانون سابق الوضع".

يمكن ملاحظة، هذا التلائم بين احكام المعاهدات الدولية المصادق عليها من قبل البلاد التونسية واحتكم القانون الداخلي على مستوى تكريس قريبة البراءة.

بمراجعة إحتكام المادة 14 فقرة ثانية من العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسة، نجده يقتضي أن كل متّهم بريء حتى تثبت إدانته.

و بنفس العبارات تقريبا، كرّس الفصل 12 من الدستور التونسي هذا المبدأ " كل متهم بريئ حتى تثبت إدانته في محاكمة تكفل له الضمانات الضرورية للدفاع عن نفسه "، وتعتبر مجلة الإجراءات الجزائية في الفصل 69 فقرة أخيرة منها، تعتبر ان إقرار المتهم لا يغني حاكم التحقيق عن البحث عن براهين أخرى وهو ما يعني ان قرينة البراءة تطبق حتى في حالة اعتراف المتهم بفعلته.

إن ما تمت دراسته، هو أمثلة عن بعض احكام المعاهدات الدولية التي لا تتناقص في مضمونها مع القواعد القانونية الداخلية التي تعالج نفس الموضوع، بل بالعكس، فهي تأتي لتدعيمها. هذه الحالة، لا تطرح إشكالا بالنسبة للقاضي عند تأسيس أحكامه وتعليلها، بل بالعكس، فهي تمكنه من تنويع مستنداته القانونية لتتراوح بين مراجع القانون الدولي والاحكام الداخلية.

الفرع الثاني: التنازع بين مضمون الاتفاقيات الدولية واحكام القانون الداخلي.

إن فرضية التلائم بين الاحكام الدولية المضمنة صلب المعاهدات والقانون الداخلي، وان كانت الاصل إلا أنها لا تخفي عنا الإفتراض الثاني والمتعلق بامكانية تنازع الاحكام الدولية مع القواعد الوطنية وهي الحالة التي ينبغي التوقف عندها لأنها تطرح إشكالات جمة، يتعين على القاضي تجاوزها ضرورة أن القاضي لا يمثل فقط السلطة الضامنة لتطبيق القواعد القانونية المكونة للهرم التشريعي بل تسهر ايضا على ضمان التناسق بين مضامينها.

يجد القاضي التونسي صعوبة في التوفيق بين الفصل التاسع من معاهدة الأمم المتحدة المتعلقة بالقضاء على جميع أشكال الميز تجاه المرأة المؤرخة في 1979 والتي صادقت عليها منذ 1985،[1]وبعض أحكام مجلة الجنسية التونسية لسنة 1963.

جاءت المادة التاسعة من هذه الإتفاقية الدولية ناصة على كون الدول الأطراف، تمنح المرأة نفس حقوق الرجل فيما يخص اكتساب و تغيير والمحافظة على الجنسية.

كما تضمن الدول الأطراف، بالخصوص، أن لا يؤثر زواجها مع أجنبي على جنسيتها، فلا يجبرها ذلك على إكتساب جنسية زوجها.

وجاءت الفقرة الثانية من نفس الفصل لتؤكد الهدف الذي وضعت من أجله هذه المعاهدة، فالدول الأطراف تلتزم بأن تمنح المرأة نفس الحقوق التي يتمتع بها الرجل فيما يخص جنسية الأبناء.

بالتالي، يمكن تلخيص الأحكام التي جاء بها الفصل التاسع من المعاهدة بالقول بأن هذا الفصل جاء لتحقيق المساواة بين المرأة والرجل في مجال إكتساب الجنسية وإكسابها للأبناء.

[1] -صادقت البلاد التونسية على الاتفاقية المتعلقة باقضاء على جميع اشكال التمييز ضد المرأة (نيورك 1979) بالقانون عدد 68 لسنة 1985 المؤرخ في 12 جويلية 1985 – الرائد الرسمي عدد 54 مؤرخ في 12- جويلية 1985.

و تجدر الإشارة، قبل المضي في مقارنة أحكام الفصل التاسع من المعاهدة مع القانون الداخلي إلى كون هذه الأحكام تتمتع بخاصية قابلية التطبيق المباشر فعبارات النص تدل على أن أحكام الفصل التاسع ليس التزاما محمولا على الدول الأطراف بل تكسب الأفراد حقوقا، وبالتالي، فإن له نفس القوة التطبيقية المباشرة التي يتمتع بها أي تشريع داخلي. هذه الخاصية التي تم التعرض لها في الجزء الأول تجعل من الأحكام الدولية قابلة للتمسك بها أمام المحاكم من قبل المتقاضي والقاضي ملزم بتطبيقها دون أن ينتظر أن تتخذ السلطة التشريعية أو التنفيذية قوانين وتراتيب لضبط كيفية تطبيقها.

لكن هذه الأحكام الدولية تتصادم في مضمونها مع بعض الفصول من قانون الجنسية التونسية، الذي يمكن القول في شأنه، بأنه وأن كان في بعض فصوله ليبيرالي إلا أنه في بعض الفصول الأخرى لا يراعي بعض المبادئ الاساسية التي كرستها المواثيق الدولية خاصة في مجال حقوق الإنسان والحريات الأساسية.[1]

بالرجوع إلى أحكام الفصل السادس من قانون الجنسية التونسية المنضوي تحت باب إسناد الجنسية التونسية *(Attribution de la nationalité)*، نجده ناصا على كونه تونسيا:

- من ولد من اب تونسي،
- من الذي ولد من أم تونسية ومن أب مجهول أو لا جنسية له أو مجهول الجنسية،
- من الذي ولد في تونس، من أم تونسية و أب أجنبي.

يعالج هذا الفصل مسألة إسناد الجنسية بمقتضى رابطة الدم (*Jus Sanguinis*)، وهو لا يحتاج إلى تحليل خاص حتى نقف عند مخالفته لمبدأ المساواة بين المرأة والرجل في مجال اسناد الجنسية التونسية فهو من جهة يعطي الدور الأساسي في إسناد الجنسية إلى جنسية الأب وحتى وان أعطى هذه الإمكانية للأم فهي إما بصفة إستثنائية للغاية أو بصفة عرضية:

- لأن الفقرة الثانية من الفصل السادس لا تمنح الطفل جنسية الام إلا عندما يكون الأب مجهولا أو لا جنسية له أومجهول الجنسية حال أن الأب يمنح جنسيته التونسية لأبناءه في كل الحالات و مهما كانت وضعية الزوجة.

- بصفة عرضية لأن الفقرة الثالثة من الفصل السادس لا يكتفي بالجنسية التونسية للأم كي يصبح الطفل تونسيا بل يقتضي أيضا أن يكون الطفل مولودا في تونس والحال أن الأب يمنح جنسيته لأبناءه بقطع النظر عن مكان ولادتهم.

وهو ما يعني؛ وجود تنازع بين مقتضيات الفصل التاسع من الإتفاقية المتعلقة بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة الذي يقر بالمساواة في مجال إسناد الجنسية وأحكام الفصل السادس من قانون الجنسية الذي يخرق هذا المبدأ بتكريس أفضلية الجنس الذكري *(Le privelege de masculanité)*.

بخصوص إسناد الجنسية التونسية بمقتضى حق الاقليم (*Jus soli*)، اقتضى الفصل السابع من مجلة الجنسية في فقرته الأولى، أنه يعتبر تونسيا الطفل المولود في تونس ويكون الأب والجد هم كذلك مولودين بها.

بالتالي، نجد أن هذا الفصل يتعارض مع الأحكام الدولية المكرسة للمساواة اذ ينفي كل دور للمرأة سواء كانت أما أوجدة في إسناد الجنسة للطفل فتبقى إذن مكان ولادة الام غير ذي تأثير على جنسية الطفل بعكس مكان ولادة الأب الذي يعتبر عنصرا فعالا في تحديد هذه الجنسية.

---

[1] -مقال الأستاذ محمد الشرفي:
L'égalité entre l'homme et la femme dans le droit de la nationalité tunisienne – RTD 1975. P 73 à 83

أما بخصوص أحكام إكتساب الجنسية التونسية (*Acquisition de la nationalité*)، فهي أيضا تتخالف والمعايير الدولية التي صادقت عليها البلاد التونسية، فقد جاء الفصل 12 لينص على إمكانية إكتساب الطفل المولود بالخارج من أم تونسية وأب أجنبي الجنسية التونسية بشرط مراعاة أحكام الفصل 39 من نفس المجلة، إلا أن الاشكال يكمن في أحكام الفصل 15 الذي يمكن رئيس الجمهورية، في هذه الحالة، من أن يعترض بأمر على اكتساب هذه الحنسية لاحقا، وهو ما يعني؛ أن الأم لا تكسب ابنها جنسيتها في حالة الفصل 12 بصفة نهائية بل بصفة وقتية حال أن الأب يكسب جنسيته لإبنه بصفة نهائية ولا مجال لأي اعتراض إداري لاحق.

في تلخيص ممتاز لدور المرأة في مجال قانون الجنسية التونسية، تقول الأستاذة سكينة بوراوي :

« ... Concernant ces problèmes de nationalité , il a été clairement exposé , dans diverses revues juridiques , que le droit tunisien de nationalité se situait dans une « position moyenne » puisque dans un couple mixte , la force attractive de la femme tunisienne est différente et moinsefficace que celle de l'homme et que la mère n'apparait qu'à titre subsidiaire lors qu'il s'agit de l'attribution dela nationalité en raison de la naissance… »[1].

يمكن، كذلك، العثور على تنازع بين النظام القانوني الدولي والنظام القانوني الداخلي في مجال حرية المرأة في إختيار الزوج، فبالرجوع إلى معاهدات نيويورك الدولية بشأن وضعية المرأة، وخاصة، منها الإتفاقية بشأن الرضى بالزواج، والسن الأدنى للزواج، وتسجيل عقود الزواج، التي انخرطت فيها البلاد التونسية منذ 1967،[2]هذه المعاهدة تقتضي في ديباجتها على حق المرأة والرجل بمجرد بلوغهما السن القانوني في الزواج بدون أي قيد.

كما أن أحكام المادة 16 من الاتفاقية المتعلقة بالقضاء على جميع اشكال التمييز ضد المرأة في كل المسائل المتعلقة بالزواج وبالعلاقات العائلية وبالأخص الفقرة (ب) يعطي المرأة الحق في إختيار قرينها.

من الواضح أن الاحكام الدولية لا تعتبر العامل الديني حائلا أمام حرية الزواج.

أثار هذا الفصل نقاشا حادا لدى الفقهاء وحتى فقه القضاء. فلاحظ الفقهاء؛ أن هذه الاحكام تتعارض مع الفصل الأول من الدستور الذي جاء فيه:" ان تونس دولة حرة مستقلة ، ذات سيادة ، الاسلام دينها والعربية لغتها والجمهورية نظامها."

كما جاء في ديباجة الدستور :" أن هذا الشعب (التونسي) ...مصمم على تعلقه بتعاليم الإسلام" فاستخلص الفقهاء من ذلك ان القانون التونسي يبطل الزواج المبرم بين مسلمة وغير مسلم وأعتبروا بالتالي ان الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية لم يحدد جميع موانع الارث بل اكتفى بالقتل العمد ولمعرفة بقية موانع الارث يجب الرجوع إلى الشريعة الاسلامية المصدر الأساسي في مجلة الأحوال الشخصية للوقوف على بقية الموانع ويكون زواج المسلمة بغير المسلم باطلا ومانعا من موانع الارث وذلك عملا بأحكام الشريعة الاسلامية.[3]

---

[1] - مقال الاستاذة سكينة بوراوي:
La constante inégalité entre les sexes ou de l'antionomie entre le droit interne et conventions internationales – RTD 1983 pg 425.

[2] - انخرطت البلاد التونسية في الاتفاقية بشأن الرضى بالزواج والسن الادنى وتسجيل عقود الزواج (نيورك 1962) بالقانون عدد 41 لسنة 1967 مؤرخ في 21 نوفمبر 1967 – الرائد الرسمي عدد 49 مؤرخ في 21 – 24 نوفمبر 1967 ومنشور بأمر عدد 114 لسنة 1968 مؤرخ في 4 ماي 1968.- الرائد الرسمي عدد 19 مؤرخ في 7 – 10 ماي 1968 .

[3] - يقول الطيب اللومي:
Cependant , il y a eu un decalage entre cette justice fondée sur des principes modernes et les juges dont la formation traditionnelle les poussait à fonder les textes sur des bases religieuses et à les interpréter de manière

وقد سار على هذا الفهم فقه القضاء التونسي ففي قرار تعقيبي مدني عدد 3384 بتاريخ 31 جانفي 1966 (المعروف بقرار حورية)[1] اعتبرت فيه المحكمة " زواج المسلمة بغير المسلم يعتبر زواجا باطلا من أصله".

وممّا زاد في التباعد بين الأحكام الدولية المصادق عليها والقواعد القانونية الوطنية، صدور منشور عن وزير العدل مؤرخ في 5 نوفمبر 1973 يوجب على محرري عقود الزواج الإمتناع عن تحرير هذه العقود في الحالة التي يكون أطرافها زوجة مسلمة وزوج غير مسلم .

في نهاية المطاف، فإن الحق الذي منحته الإتفاقيات الدولية للمرأة في حرية إختيار قرينها قد أنكره التشريع الداخلي والمحاكم الوطنية وقصرت حرية الزوجة في إختيار زوجها على الزوج الذي يعتنق الديانة الإسلامية فقط.

كما صادقت البلاد التوسية على اتفاقية حقوق الطفل بالقانون عدد 92 لسنة 1991 المؤرخ في 29 نوفمبر 1991 . هذه الإتفاقية تسمح في المادة 21 (ب) منها أن يكون المتبنين من اللأجانب والمتبني تونسيا وهو ما أسماه الفقهاء بالتبني الدولي (*Adoption internationle*)، فجاءت أحكام المعاهدة ناصة على كون الدول الأطراف :" تعترف بأن التبني في بلد آخر يمكن إعتباره وسيلة بديلة لرعاية الطفل ، اذ اتعذرت إقامة الطفل لدى أسرة خاصة أو متبنية ، أو إذا تعذرت العناية به بأي طريقة ملائمة في وطنه".

ولكن درج فقه القضاء على إقصاء فرضية تبني الأجانب للتونسي وفرضت لصحتها إعتناق الدين الإسلامي اذ جاء في حكم مدني صادر عن ناحية تونس مؤرخ في 1974، أنه بعد الإدلاء بشهادة في إعتناق الإسلام من طرف المتبنين بكون حكم تبني فرنسيين لتونسي صحيحا أذا لم يكن هناك مانع قانوني .[2] واعتبرت المحكمة ان هذا الشرط يستنتج من خلال الرجوع الى أحكام الفصل العاشر من قانون 1958 المتعلق بالتبني.

إن ما كنا بصدد عرضه، لا يمثل سوى نموذجا لإمكانية تنازع بين مضامين الأحكام الدولية المصادق عليها وبين أحكام القانون الداخلي الذي ينظم نفس المادة.

وقد تنبهت الدول إلى هذه الفرضية، وحتى لا تعترض تلك الاشكالات تطبيق المعاهدات الدولية التي قد يعسر حلها فان القانون الدولي وخاصة منه قانون المعاهدات قد مكن الدول من أن تحتاط وتتفادى هذه الصعوبات القانونية عبر تقنية التحفظات.

فيجب، بالتالي، على القاضي المكلف بتطبيق الإتفاقيات الدولية كلما تبين أمامه أشكال متعلق بعدم التناسق في المضامين بين الأحكام الدولية والأحكام الداخلية أن يتثبت إن كانت دولته قد أبدت إحترازات بشأن تطبيقها في النظام القانوني الداخلي، وهو ما سوف نتطرق له بالتفصيل في المبحث الثاني.

---

conforme aux principes de la loi religieuses , la chari à droit international, droits internes , developpements recents Pedone 99 p 285 .

[1] - مجلة القضاء والتشريع 1967 وكذلك المجلة القانونية التونسية 1968 ص 114 تعليق – .E-DELAGRANGE

[2] - حكم مدني – ناحية تونس – عدد 2272، مؤرخ في 26 ديسمبر 1974، منشور بالجزء الفرنسي، ص 117. بتعليق الاستاذة : كلثوم مزيو.

المطلب الثالث: تكريس القضاء لمبدأ علوية الاتفاقيات الدولية على أحكام القانون الداخلي.

قبل المضي في تحليل مبدأ أسبقية تطبيق المعاهدات الدولية على القوانين الداخلية، يجب الوقوف عند تمييز هام، إذ أن مسألة علوية القانون الدولي عموما على القانون الداخلي ينظر إليها من جهتين: من جهة القانون الدولي، وكذلك من جهة القانون الوطني.

فمن منظور النظام القانوني الدولي، يتم تكريس مبدأ أفضلية القانون الدولي عامة بما في ذلك مصدره الأساسي وهي المعاهدات الدولية ، بشكل لا يدع أي مجال للشك . وهو أمر منطقي ضرورة أن كل نظام قانوني يجب أن يكون أعلى مرتبة من الأشخاص الملتزمين بأحكام هذا النظام القانوني هو ما أكده الفقيه الفرنسي(*Dominique Carreau*) بقوله:

« ...la supériorité du droit international devait aller « de soi » et ne soulever aucune difficulté particulière. Michel Virally la bien montré , tout ordre juridique s'affirme supérieur à ses sujets , ou bien il ne l'est pas. Le droit international est inconcevable autrement que supérieur au Etat , ses sujets . Nier sa supériorité revient à nier son existence ».[1]

تأخذ المحاكم الدولية بهذا المبدأ، وتطبقه، فمحكمة العدل الدولية الدائمة أقرت بوضوح في قضية : (*Affaire des communauntes gréco-bulgares*)، علوية المعاهدات على القانون الداخلي إذ تقول :

« c'est un principe généralement reconnu du droit des gens que dans les rapports entre puissances contractantes d'un traite , les dispositions d'une loi interne ne sauraient prévaloir sur celles du traité » .[2]

كما كرست محكمة العدل الدولية، في وقت لاحق، مبدأ أسبقية القواعد الدولية على كل القواعد القانونية الداخلية وذلك في قرار مؤرخ في 1958.[3]

وقع تقنين هذه الحلول الفقه القضائية الدولية في الفصل 27 من اتفاقية فيانا المتعلقة بقانون المعاهدات والمعنون كالآتي: القانون الداخلي واحترام مقتضيات المواثيق الدولية.

خلاصة القول: إن الإعتراف بعلوية المعاهدات الدولية على القانون الداخلي لا يطرح إشكالا على المستوى الدولي.لكن ما يجب فهمه، في هذا الإطار، هو أنه ورغم أهمية آثار تكريس هذا المبدأ على المستوى الدولي إلا أنه في الحقيقة لا يهم إلا العلاقات بين الدول على الساحة الدولية، وبالتالي، فإن ما يهمنا في هذا الإطار هو التكريس الداخلي لهذه العلوية: فهل تعترف المحاكم الداخلية بهذه العلوية وكيف تكرسها؟.

إن ما يتوجب ذكره؛ هو أنه في إطار القانون المقارن على قدر ثبات مبدأ علوية القانون الدولي واستقراره على المستوى الدولي، فان إقرار علوية المعاهدات الدولية في النظام القانوني الداخلي لا يزال مبتدئا ، وفي تلخيص ممتاز لهذه المفارقة يقول الفقيه (*D.Carreau*):

---

[1] - *Droit international – 2ème édition 1988 Pg.41 N°81*

[2] - *CPJI Avis du 31-7-1930- serie B.N° 17 Pg32.*

[3] - *Affaire relative à l'application de la convention du 1902 pour régler la tutelle des mineurs. CIJ, Arrêt du 28 – 11-1958 – Recueil CIJ 1958 Pg. 65.*

« ...la situation : actuelle du droit international relève du paradoxe : alors , en effet , que le principe de sa supériorité est intégralement reconnu au niveau international , il ne contenue à l'être que de façon inégale et partielle au niveau du droit interne des Etats ».[1]

وتختلف النظم القانونية الداخلية في تحديد القيمة القانونية للمعاهدات الدولية ضمن سلم الشرعية الداخلي، فهناك النظم القانونية التي تعترف بمرتبة فوق دستورية المعاهدات الدولية، وهو إتجاه سارت عليه بعض الدساتير الحديثة، والمثال التقليدي هو دستور هولاندا الذي تم تعديله في 1953 لإقحام المادة 63، الذي يقتضي إمكانية إبرام إتفاقيات دولية تتعارض أحكامها مع نص الدستور.

هناك صنف ثان من النظم القانونية التي تنزل بالمعاهدات الدولية إلى مرتبة تشريعية، وهذه الدساتير تقر بأسبقية تطبيق القانون الداخلي على هذه الأحكام الدولية، وهو ما كرسه الدستور العراقي، بينما نجد فقه القضاء المصري هو الذي يقر مبدأ أسبقية القانون الداخلي على المعاهدات الدولية.

أما المادة السادسة من دستور الولايات المتحدة الأمريكية، فلقد أكدت؛ على أن المواثيق المبرمة من قبل الولايات المتحدة تمثل القانون الأسمى في البلاد *« The superme law of the land »*. إلا أن فقه القضاء الأمريكي أوّل هذا النص على أساس أن المعاهدات الدولية لها نفس رتبة القوانين الفدرالية، وبالتالي، أن القوانين اللاحقة يمكن أن تشل تطبيق المعاهدات.

أما الصنف الثالث من النظم القانونية، فهي التي تضع المعاهدات الدولية في مرتبة بين الدستور والتشريع، وهو ما أقرته المادة 55 من الدستور الفرنسي لسنة 1958، وكذلك من دستور النمسا وبلجيكا وايرلندا والفليبين .. .

وقد جاء في الفصل 32 من دستور التونسي لسنة 1959 : " ... والمعاهدات المصادق عليها بصفة قانونية أقوى نفوذا من القوانين شريطة تطبيقها من الطرف الآخر".

فهذا هو النص الدستوري الذي يكرس مبدأ أسبقية تطبيق المعاهدات الدولية . هذا التكريس ليس مطلقا فلقد ضبط له نفس الفصل شروطا لكي يقع العمل بهذا المبدأ : الشرط الأول يتعلق بالمصادقة بصفة قانونية على المعاهدة المعينة أما الشرط الثاني فيتعلق بتطبيقها من الطرف الآخر (مبدأ المعاملة بالمثل) وقد سبق تحليل هذه الشروط في إطار الحديث عن شروط التطبيق القضائي للمعاهدات الدولية.

و على قدر وضوح عبارات الفصل 32 من الدستور، فإن تكريس مبدأ أسبقية تطبيق المعاهدات على القانون الداخلي من قبل القاضي لم يكن بتلك السهولة. ومما نلاحظه، في هذا الإطار، أن هناك تدرجا في تحديد موقف القاضي من مسألة العلوية، فإذا كان من المستقر عليه قضاءا إقرار علوية الأحكام الدولية على القرارات الإدارية والأحكام القضائية، فإن أسبقية المعاهدات الدولية على القوانين في اتجاه التكريس بينما لا مجال للعمل بهذه العلوية كلما تعلق الأمر بنص دستوري.

الفرع الأول: علوية المعاهدات الدولية على القرارات الإدارية.

إن القرار الإداري هو العمل القانوني الذي يصدر عن الإدارة بإرادتها المنفردة وله قوة تنفيذية مباشرة كما له تأثير على المراكز القانونية للمنظورين ويكون مصطبغا بقواعد القانون الإداري. هذه القرارات الإدارية تخضع لصحتها القانونية إلى مبدأ الشرعية الذي يحتم على الإدارة إحترام مختلف القواعد التي يتكون منها الهرم التشريعي ، ومصادر الشرعية متنوعة وما يهمنا منها في هذا التحليل هي مقتضيات الإتفاقيات والمعاهدات الدولية.

[1] *- Droit international – 2 ème édition 1988 –Pédone Pg 42 N°82*

و يفرض هذا المبدأ، إذن، على الإدارة أن تراعي جملة المواثيق الدولية التي صادقت عليها وانخرطت فيها البلاد التونسية وبالتالي فإن كان القرار الصادر عن السلطة الإدارية متناقض مع النصوص الدولية فإن ذلك يفتح الباب للطعن فيه أمام القاضي الإداري ، وقاضي الإلغاء مكلف بأن يراقب مطابقة مضمون القرارات الإدارية مع القواعد الدولية المصادق عليها.

في فرنسا، وقبل دستور الجمهورية الرابعة لم تكن المعاهدات الدولية أي قوة الزامية تجاه الإدارة، فإذا أخلّت الإدارة بالتزاماتها الدولية، فإن ذلك يندرج فقط، في إطار العلاقات بين الدول الأطراف، وبالتالي، فإن للدول الأخرى فقط الحق في مقاضاتها على أساس المسؤولية الإدارية بينما لم يكن للمواطن أي وسيلة لطلب إلغاء قرار إداري بالاستناد إلى خرق معاهدة دولية.

لكن بعد دستور 1946، ودستور 1958، تغيرت المواقف وأقر مجلس الدولة الفرنسي أنه يمكن للقاضي الإداري الرجوع إلى النصوص الدولية حتى يلزم الإدارة بها عند إتخاذ سائر القرارات الإدارية.

ففي قرار مجلس الدولة: (*CE .Affaire Kirkwood*)، مؤرخ في 30 ماي 1952،[1] اعتبر أنه؛ اذا أصدرت الإدارة قرارا خالفت فيه معاهدة تسليم اللاجئين السياسيين فإن قرارها يصبح مشوبا بعدم الشرعية ويكون بذلك حريا بالإلغاء.

وما يمكن استنتاجه، في هذا الإطار، هو أن قاضي الإلغاء يتولى في كل الحالات إذا ما تم التمسك أمامه بخرق قرار إداري لأحكام معاهدة تمت المصادقة عليها والانضمام إليها ، فانه يراقب مطابقة مضمون القرار لمقتضيات هذه المعاهدة ، فاذا تبين لقاضي تجاوز السلطة ان الادارة لما تولت إصدار القرار لم تراع الأحكام الدولية فانه لا يتوانى عن استخلاص النتائج القانونية من ذلك فيقوم بالغاء القرار المطعون فيه وبالتالي فان القاضي يكون مكرسا لعلوية المعاهدات الدولية في نظامه القانوني.

ففي قرار عدد: 3643، الرابطة التونسية للدفاع عن حقوق الإنسان ضد وزير الداخلية، مؤرخ في 21 ماي 1996، تم التمسك أمام قاضي تجاوز السلطة بالفصل 22 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966، فأقر القاضي الإداري في حيثية هامة باختصاصه في ضمان علوية الأحكام الدولية على القانون الداخلي إذ جاء فيه:" وحيث اقتضى الفصل 32 من الدستور أن المعاهدات الدولية المصادق عليها بصفة قانونية أقوى نفوذا من القوانين الأمر الذي يخول للقاضي الموكل به وظيفة تطبيق القانون السهر على احترام تلك الأفضلية".

أما بالنسبة لجزاء القرارات الإدارية التي لم تراع أحكام الإتفاقيات الدولية المصادق عليها فان جملة الأحكام الإدارية التي تم الإطلاع عليها تبين استقرار فقه القضاء على إلغاءها، ففي القرار عدد 3970 : رضا خديم الله ضد /وزير التعليم العالي، تمسك الطاعن بإلغاء قرار الإدارة نتيجة لرفضها تطبيق اتفاقية متعلقة بالإعتراف بدراسات التعليم العالي وشهاداته ودرجاته العلمية في الدول العربية المصادق عليها بالقانون عدد 58 لسنة 1985 مؤرخ في 29 جوان 1985، ولما تأكد قاضي الإلغاء من عدم تقيد الإدارة بنص تلك الإتفاقية ابرز في إحدى حيثياته: " وحيث ولئن كان للإدارة سلطة تقديرية في مجال معادلة الشهادات العربية فإن ذلك يجب أن يتم في إطار الإتفاقية سالف الإشارة وفي حدود ما تقتضيه أحكامها.

وحيث أن عدم مراعاة الجهة المدعى عليها الأحكام الإتفاقية المذكورة ينطوي على حرف واضح لأحكام القانون عدد 58 لسنة 1985 المؤرخ في 24 جوان 1985، سالف الإشارة، ويترتب عليه إلغاء القرار المنتقد على هذا الأساس".

[1] - *CE assemblé 30 mai 1952 – Receuil Pg. 291.*

إن ما يسترعي إنتباه الباحث هو أن القاضي الإداري لا يؤسس إلغاء القرار المطعون فيه أمامه ، مباشرة على أحكام المعاهدة الدولية بل يعتبر أن الإلغاء يرجع لخرق القرار المذكور لأحكام قانون المصادقة أي على أساس قانون داخلي. مثل تلك الحيثية، تجد لها نظيرا في قرار آخر عدد 4314 : السيد إبراهم ضد/ وزير التعليم العالي مؤرخ في 26 جوان 1996 .

لعل مثل هذا الموقف، يترجم عن الأخذ بنظرية قديمة تجعل من القانون هو التشريع الأمثل ضمن مختلف مصادر الشرعية في النظام القانوني الداخلي، لأنه يمثل على حد تعبير (*J.J. Rousseau*)، إرادة الجماعة، فالقانون يمثل الإرادة العليا، وعملا بهذه النظرية، فإن كل قاعدة قانونية أخرى (سواء صادرة عن الإدارة في شكل قرار إداري أو كانت معاهدة دولية) يجب أن تكون خاضعة له والمحاكم لا تطبق إلا تلك القوانين.[1]

المعاهدات الدولية لا تحدد على ضوءها فقط شرعية القرارات الإدارية بل كذلك المسؤولية الإدارية إذا كان النزاع بين المتضرر والإدارة تحكمه مقتضيات وارادة في اتفاق دولي.

وخلاصة القول؛ أنه في إطار قضاء الإلغاء، فإن تكريس أسبقية تطبيق المواثيق الدولية ثابت من جانب المحاكم الإدارية، ونفس هذا التوجه، نجده أيضا، فيما يخص الأحكام القضائية.

الفرع الثاني: خضوع الأحكام القضائية لمقتضيات المعاهدات الدولية.

الحكم القضائي هو كل قرار تتخذه هيئة قضائية للبت في منازعة بين خصمين أو أكثر وذلك في إطار دعوى ترفع لها طبقا لقواعد المرافعات.

ومن أهم أجزاء الحكم القضائي، هو ما يتعلق بالتسبيب والتعليل، حيث أوجب المشرع ذكر الحجج القانونية التي إنبنى عليها الحكم والمنتجة له. قد تكون الأسانيد القانونية التي اعتمدتها المحكمة : قواعد قانونية داخلية أو أحكام اتفاقيات دولية صادقت عليها البلاد.

و في بعض الحالات، قد تسهى المحكمة عن تطبيق معاهدة نافذة المفعول لتأسيس حكمها على قواعد قانونية داخلية حال أن المعاهدة المذكورة تعالج نفس المسالة وهي بالتالي الأحرى بالتطبيق.

ففي هذه الحالة، نجد أن محكمة المراقبة سواء كانت محكمة استئنافية أو محكمة تعقيب تنقض الحكم المطعون فيه لتأسس ذلك الحكم على النص الدولي الذي أهملت تطبيقه محكمة الدرجة الأولى.

و ما يجدر ذكره، في هذا الصدد، هو أن القضاء كرس مبدأ خضوع الأحكام لمقتضيات المعاهدات الدولية المصادق عليها، وذلك بنقص الأحكام التي تقر إتخاذها دون مراعاة المواثيق الدولية الواجب تطبيقها في النزاع المعروض أمامه.

ففي قرار تعقيبي مدني عدد 1399 مؤرخ في 16 أفريل 1959، نقضت محكمة التعقيب القرار الإستئنافي لأنه انبنى على خرق القانون، لما رأى؛ تطبيق الفصل 403 من القانون المدني التونسي، والحال أن الفصل 2271 من القانون المدني الفرنسي هو الذي كان من الواجب تطبيقه حسب أحكام الإتفاقية القضائية المؤرخة في 9 مارس 1957 فتقول المحكمة في حيثية واضحة : " وحيث يتضح مما قرر أن المحكمة التونسية لما رأت تطبيق الفصل 403 من المجلة المدنية التونسية على قضية الحال أساءت تطبيق

[1] - *Les traités et le droit interne –RCADI 1931 Pg.264. N°19.*

الفصل 5 المشار إليه إذ ان النصوص الواجب تطبيقها هي النصوص الفرنسية وكان حكمها من هاته الناحية موجبا للنقص".[1]

وفي قرار تعقيبي آخر عدد 2000 مؤرخ في 15 ماي 1979 ، بعد أن تثبت القاضي أن محكمة الإستئناف لم تراع الشروط التي اقتضاها الفصل 29 من الاتفاقية القضائية المبرمة بين الجمهورية التونسية والجمهورية الفدرالية الألمانية المصادق عليها في 1970 ، قام بنقض الحكم المطعون فيه وجاء في إحدى حيثيات القرار التعقيبي " وحيث أن ذلك التعليل جاء مسيئا لتأويل الوقائع المادية والقانونية وخارقا بالتالي لأحكام الفقرة الخامسة من الفصل 318 مرافعات والفصل 29 من الإتفاقية القضائية المشار إليها فكان القرار الذي انبنى عليه منحرفا عن جادة الصواب مجافيا للاتجاه السليم مما يتجه معه نقضه في خصوص حكم الحضانة لإقتصار الطعن فيه ".

ونفس الملاحظة، المتعلقة بأساس نقض الحكم المطعون فيه، نوردها في هذا المجال، ذلك أن محكمة التعقيب لا تؤسس نقض الحكم مباشرة على خرق أحد فصول اتفاقية دولية بل على خرق القانون، ففي القرار التعقيبي عدد: 62380 مؤرخ في 7 جانفي 1998، نقضت محكمة التعقيب التونسية القرار الإستئنافي، مستندة على عدم مراعاة القرار المذكور للاتفاقية الدولية الخاصة بالنقل الجوي الدولي 1929، فتذكر المحكمة :" وحيث تبعا لذلك ، فإن محكمة الحكم المنتقد لما قضت لصالح المعقب ضدها معتمدة على أحكام فصول المجلة التجارية المتعلقة بنقل الأشخاص متجاوزة تمسك الطاعنة بأحكام الاتفاقية الدولية الخاصة بالنقل الجوي **تكون قد خرقت القانون** منها بعرض حكمها للنقض".

في تعليق على هذا التسبيب، يقول القاضي الطيب اللومي:

« En effet , il (le juge) assimile la convention , quelle que soit sa nature , à la loi puisqu'elle est ratifiée par la chambre des députés , et la juge ne fait qu'appliquer une loi interne aux litiges qui lui sont soumis »[2]

ولقد درج القاضي الإداري التونسي، بدوره على اعتبار الأحكام القضائية تخضع المعاهدات الدولية، وبالتالي، فإنه يحرص على مراقبة أسانيد الحكم المطعون فيه ليتولى نقض الحكم وتطبيق الاتفاقيات الدولية كلما توفرت شروط ذلك في النزاع المطروح أمامه.

ففي قرار إستئنافي عدد 623 مؤرخ في 9 جويلية 1990، وعلى الرغم من أن الحكم المنتقد كان في طريقه من حيث الإهتداء للحل القانوني إلا أنه تأسس على أحكام أمر 27 نوفمبر 1988، حال أن النزاع تحكمه قواعد الفصل 39 من اتفاقية الاتحاد البريدي العالمي المصادق عليها من قبل البلاد التونسية في 1981، فإن المحكمة الإدارية المنتصبة كمحكمة إستئناف قامت بتغيير الأسانيد القانونية، رغم أن الحل القانوني هو نفسه. وجاء في إحدى حيثيات هذا القرار : " وحيث يكون على ضوء ذلك الحكم المنتقد مصيبا من هذه الناحية وأتجه بالتالي اقراره لكن بأسانيده الجديدة ضرورة ان المسؤولية في هذا النزاع تنطبق عليها أحكام اتفاقية الاتحاد البريدي العالمي دون سواها".

ومجمل القول؛ إذن، هو أن فقه القضاء سواء كان الإداري أو العدلي التونسي ثابت في خصوص إقرار أفضلية تطبيق المعاهدات الدولية على المصادر التي هي دون التشريع، لكن إقرار هذه العلوية يكتسي صبغة خاصة إذا ما تعلق الأمر بالقانون نفسه.

[1] - مجلة القضاء والتشريع، العدد الخامس، ماي 1960، ص 29 وما بعدها .

[2] *Droit international et droits internes – Développements recents – Pedone 1999. p288.*

الفرع الثالث: اتجاه الفقه نحو إقرار أفضلية تطبيق المعاهدات الدولية على القانون.

إننا لا نقصد، في هذا الصدد، بالقانون جملة القواعد القانونية التي يتكون منها النظام القانوني الداخلي بل إن القانون هو النص التشريعي الذي تصدره السلطة التشريعية وفق الإجراءات المنصوص عليها بالدستور وفي المجالات التي حددها هذا الأخير.

وفي الحقيقة لم يكن تكريس علوية المعاهدات الدولية على القوانين – وخاصة منها اللاحقة لها – بالأمر الهين، فالنص الدستوري على قدر ما كانت عباراته واضحة عندما أقر بمبدأ أسبقية تطبيق الاتفاقيات الدولية على القانون، فإن المحاكم سواء العدلية منها والادارية لم تستخلص النتائج الكاملة من تلك المقتضيات الدستورية إلا حديثا.

إن ما يجعل اقرار أفضلية تطبيق المعاهدات على القانون ما يزال إلى تاريخ حديث يثير جدلا بين المحاكم هو أن القانون ما يزال ينظر إليه كأنه التشريع الأمثل المحصّن من كل رقابة خاصة وانه صادر عن هيئة منتخبة وتمثل الإرادة العامة وهو ما كرسته مدارس القانون الكلاسيكية عبر نظرية السيادة المطلقة للقانون (*L'absolue souveraineté des lois*). وبالتالي، فإن هذه النظرية تستبعد كل محاولة لإقصاء النص التشريعي ضرورة وأنه تشريع كامل ودائم.

بدأت هذه النظرية تتراجع شيئا فشيئا على أثر إقرار مبدأ دستورية القوانين وإحداث محاكم خاصة تعطي للقاضي اختصاص مراقبة القوانين للمقتضيات الدستورية، وبالتالي، برزت لأول مرة إمكانية استبعاد قانون نتيجة تعارضه مع الدستور. ومما زاد في تقلص هذه النظرية، ظهور إمكانية مراقبة مطابقة القوانين لأحكام المعاهدات الدولية المصادق عليها.

في واقع الأمر، هناك وضعيتان من الممكن أن تطرحا أمام القاضي: الوضعية الأولى، تتمثل في وجود قانون سابق الوضع بنظم مسالة معينة، ثم تأتي في تاريخ لاحق معاهدة دولية تحمل أحكاما جديدة تختلف مع ما كرسه القانون السابق. أما الاحتمال الثاني، فيتمثل في وجود معاهدة دولية سابقة ثم يصدر المشرع في تاريخ لاحق قانون لينظم نفس المسألة التي تناولتها المعاهدة لكن بحلول قانونية جديدة.

لا يطرح الاحتمال الأول إشكالا خاصا، ضرورة أن فقه القضاء لم يجد صعوبة في إقرار مبدأ أسبقية الأحكام الدولية على القوانين السابقة، مؤسسا ذلك، على القواعد التي تحكم تنازع النصوص القانونية في الزمن، إذ أن القانون اللاحق بنسخ القانون السابق عملا بالمبدأ اللاتيني « *Lex posterior derogat priori* ». وبالتالي، فإن أحكام المعاهدة المصادق عليها لاحقا تنسخ ضمنيا ما جاء به القانون.

و لقد استقر فقه القضاء الفرنسي على إقرار هذه الأفضلية منذ القرن الفارط، فنذكر قرار محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 25 جويلية 1887، وقرار محكمة باريس المؤرخ في 27 مارس 1930، أو قرار محكمة (*La Saine*)، مؤرخ في 28 جوان 1930.[1]

نجد، هذا المبدأ، أيضا، مكرسا في فقه القضاء التونسي ، كالقرار التعقيبي المدني عدد 9645 المؤرخ في 29 ماي 1973 الذي جاء في إحدى حيثياته " ان القانون الداخلي للدولة هو المنطبق على كافة المتقاضين لدى محاكمها إذا لم يوجد قانون دولي خاص أو معاهدة تخالف ذلك " وكذلك القرار التعقيبي المدني عدد 16342 المؤرخ في 19 مارس 1987 الذي نقضت فيه محكمة التعقيب قرار استئنافي لأنه أسس حكمه على أحكام مجلة المرافعات المدنية والتجارية حال أن النص الواجب تطبيقه هو الفصل السادس من اتفاقية التعاون القضائي في المادة المدنية والتجارية بين تونس وفرنسا والمصادق عليها في 1978 .[2]

[1] *-Les traités et les droit interne pg 252 N°12. A. mestre.*

[2] - مجلة القضاء والتشريع، العدد الخامس، ماي 1989، ص 78 .

إلا أن الاشكال يزداد تعقيدا إذا ما تعلق الأمر بتكريس هذه العلوية على القوانين اللاحقة في الزمن لتاريخ المصادقة على المعاهدة الدولية، فماذا لو أصدر المشرع قانونا في تاريخ لاحق للمصادقة على الاتفاق الدولي، وخالف ما يقتضيه هذا الأخير؟.

فمن منظور القانون الدولي، تكون الدولة، في هذه الحالة، قد أخلت بالتزاماتها الدولية، و لا يمكن أن تتمسك بهذه الأحكام الداخلية في علاقاتها مع بقية أطراف المعاهدة حتى تتنصل من التزاماتها التي تعاقدت في شأنها معهم، وذلك عملا بالمبادئ العامة للقانون الدولي، الذي يقتضي تنفيذ الالتزامات الدولية بحسن نية، وكذلك المادة 27 من معاهدة فيانا لقانون المعاهدات.

إن خرق الالتزامات الدولية من قبل دولة طرف في المعاهدة، وذلك بإصدار قوانين تشل تطبيق هذه المعاهدة التي صادقت بصفة نهائية، يفتح الباب أمام بقية الدول الأطراف لإثارة المسؤولية الدولية لتلك الدولة.

أما من منظور القانون الداخلي، فإن القاضي، يجد أمامه نصين نافذي المفعول، يحملان حلولا متناقضة. يمكن للقاضي كحل أولي، السعي إلى ملائمة هذه النصوص عبر التأويل، لكن قد يجد في آخر الأمر أن الإختلاف بين النصين (الدولي والداخلي) جوهري ولا يتم حسمه إلا بتنسيق نص على آخر.

أثارت مراقبة مطابقة القوانين للمعاهدات الدولية جدلا حادا بين الفقهاء وانعكس هذا النقاش على فقه القضاء، إذ أن أهم الإعتراضات التي أقصت اختصاص القاضي العادي أو الإداري في مراقبة مطابقة القوانين للمواثيق الدولية، أسست موقفها على أن طبيعة هذه المراقبة تفرض عليه التخلي عن هذه المهمة للقاضي الدستوري، إذ ساند العديد من الفقهاء الرأي الذي يذهب إلى توطد العلاقة بين مراقبة دستورية القوانين وبين مراقبة مطابقتها للمعاهدة،[1]فالاعتراف بهذا الاختصاص للقاضي الغير دستوري يؤدي إلى الإنزلاق بهذه المراقبة إلى ما يسمى " بحكومة القضاة"،[2] فالقاضي العادي هو ملزم بحكم إختصاصه بتطبيق القانون ولا بمراقبته، وهو أشار اليه الفقيه (*Nguyen Quoc Dinh*).[3]

ويضيف، أنصار هذا الرأي، الرافض لإضطلاع القاضي غير الدستوري بمهمة مراقبة مطابقة القانون للمعاهدات، أن مبدأ علوية المعاهدات الدولية على القوانين مكرس ضمن مقتضيات الدستور، وبالتالي، فإن القانون الذي يخرق أحكام معاهدة دولية صادقت عليها البلاد، يكون قد خرق آليا مقتضيات الدستور، وبالتالي، يصير قانونا غير دستوري، و عليه فإن المحكمة الدستورية ، وحدها ، المؤهلة لمقاضاة ذلك القانون دون غيرها من المحاكم.

وفي حقيقة الأمر، يذكر الفقهاء، أن المقاربة بين مراقبة دستورية القوانين ومراقبة مطابقتها للمعاهدات، يظهر على الأقل، في ثلاث مستويات:

المستوى الأول: إذا اضطلع القاضي العادي بهذه المراقبة، فإنه يقوم بالتثبت من الصحة القانونية للنص التشريعي، وهو نفس ما يقوم به القاضي الدستوري إذا ما قام بمراقبة دستورية القوانين.

المستوى الثاني: هذه المراقبة ترتب الجزاء على خرق أحكام الدستور.

المستوى الثالث: التشابه في المضمون بين القواعد الدستورية وبعض القواعد الدولية كالقواعد الدولية المتعلقة بحقوق الأفراد.

---

[1] - *Contrôle de constitutionnalité des lois et contrôle de conventionnalité des lois .*

[2] - *La jurisprudence française actuelle et le contrôle de de la conformité des lois aux traités NQ.Dinh.AFDI1975 Pg .861*

[3]- بقوله متحدثا على القضاة العاديين: *« Ils sont les serviteurs de la loi et non ses censeurs ».*

فكان هذا الطرح الذي يقرب المراقبة الدستورية من المراقبة الخاصة بالتطابق مع المعاهدات هو المتبع، وعلى أساسه، رفض القاضي العادي ممارسة مراقبة مطابقة القانون للمعاهدة.[1]

لم يصمد هذا الرأي في القانون الفرنسي على إثر قرار شهير صدر عن المجلس الدستوري الفرنسي مؤرخ في 15 جانفي 1975 متعلق بالإجهاض،[2]وفيه أعلن المجلس الدستوري عن عدم إختصاصه بالنظر في مطابقتها لمعاهدة دولية، وقد استند في ذلك على نقطتين:

فيما يخص النقطة الأولى: أشار المجلس الدستوري الفرنسي في قراره؛ أن مراقبة دستورية القوانين تؤدي إلى إتخاذ أحكام لها صبغة مطلقة وباتة وتشل تطبيق كل المقتضيات الغير دستورية من القانون بصفة قطعية بينما مراقبة مطابقة القوانين للمعاهدات لها صبغة نسبية لأنها محصورة في ميدان تطبيق المعاهدة المعينة وخاضعة لمقتضيات مبدأ المعاملة بالمثل فيقول المجلس الدستوري في أهم حيثية في القرار:

« Les décisions prises en application de l'article 61 de la constitution revêtent un caractère absolu et définitif aussi qu'il résulte de l'article 61 qui fait obstacle à la promulgation et à la mise en application de toute disposition déclarée inconstitutionnelle ; qu'au contraire la supériorité des traites sur les lois dont le principe est posé dans l'article 55 précité présente un caractère à la fois relatif et contingent , tenant , d'une part , à ce qu'elle est limitée au champ d'application du traite , et d'autre part à ce qu'elle est subordonnée à une condition de réciprocité dont la réalisation peut varier selon le comportement du ou des Etats signataires du traité et le moment où doit s'apprécier le respect de cette condition » .

تغني هذه الحيثية عن كل تعليق، ضرورة أنها فرّقت بكل صرامة بين هذين النوعين من المراقبة، وما يمكن إستخلاصه منها، أن المجلس الدستوري الفرنسي، يرى؛ في مراقبة المعاهدتية مراقبة تطابق القوانين تطبيقا للمعاهدة المعنية: فالقانون الداخلي المخالف لأحكام معاهدة دولية لا يخرق هذه المعاهدة إلا إذا كانت نافذة المفعول وقتها، و تقدير عناصر نفاذها، وأهمها مبدأ المعاملة بالمثل، غير مستقر بل يتغير بتغير حال العلاقات بين الدول الأطراف، ونتيجة لذلك، قد يكون هذا القانون الداخلي المخالف لها، قابلا للتطبيق إذا تبين أن المعاهدة المعينة غير نافذة.[3]

أما بخصوص النقطة الثانية، والمتعلقة باختلاف القاعدة المرجع في كل نوع من المراقبة، جاء في قرار المجلس الدستوري في الحيثية الخامسة أن القانون المخالف لأحكام اتفاقية دولية ليس بالضرورة مخالفا للدستور، إذ يقول القاضي الدستوري الفرنسي:

« Considérant qu'une loi contraire à un traité ni serait pas pour autant contraire à la constitution ».

إن ما قصده المجلس الدستوري، في هذه الحيثية؛ هو إقصاء احتمال إدماج المعاهدات الدولية صلب كتلة القواعد الدستورية(*Le bloc de constitutionnalité*)، فالنصوص الدستورية، واضحة ومحددة، ولا يقتضي التوسيع في نطاقها لإقحام المعاهدات الدولية ضمنها.

---

[1] - CE syndicat général de fabricants de semoule de France 1er mars 1968.

[2] - Décision du conseil constitutionel N°.74 –54 DU 15/1/1975, relative à l'interruption volantaire de grossesse RCDIP 1975.Pg.124.

[3] - La jurisprudence francaise actuelle est le contrôle de la conformité des lois aux traités .Pg 868 à 870

بالتالي، فإن عدم مراعاة أفضلية المعاهدات المنصوص عليها صلب المادة 154 من الدستور الجزائري، لا ينتج عنها عدم دستورية القوانين، كما أن الإتفاق الذي وقع خرقه ليس له قيمة دستورية.

يكون، بذلك المجلس الدستوري، قد حدد القاعدة المرجع لمراقبة مطابقة القانون للمعاهدات، وهي المعاهدة نفسها وليس الدستور. ويمكن إعتبار عملا بمقتضى الحكم بعدم إختصاص المحكمة الدستورية في مراقبة مطابقة القوانين للمعاهدات، اعتبار ذلك، إقرارا ضمنيا باختصاص القاضي الإداري و العادي بذلك.

و في الحقيقة، اعتبر الفقهاء أن الإعتراف بهذا الإختصاص للقاضي الغير دستوري يتوافق مع مصالح الأفراد الذين بإمكانهم ، للدفاع عن حقوقهم ، رفع سائر الدعاوى أمام القاضي العادي والتمسك بخرق الأحكام الدولية أمامه، وهو ما قد لا يتاح لهم إذا ما تعلق ذلك الإختصاص بالقاضي الدستوري، لأن رفع الدعاوى أمام هذه الحكمة ليس مفتوح للعموم.

لقد كان إقرار المجلس الدستوري في جانفي 1975، الصدى الكبير لدى المحاكم العادية الفرنسية، فبعد أشهر قليلة أصدرت فيها محكمة النقض الفرنسية قرارا مؤرخا في 24 ماي 1975، متعلق بقضية (*Administration des douanes c / Société Café Jacques Vabre*)،[1] وقد أكدت فيه هذه المحكمة، التوجه الذي سار عليه المجلس الدستوري، فقامت المحكمة، تبعا لذلك، إقرار أسبقية تطبيق معاهدة روما المؤرخة في 1975 على المادة 265 من قانون الجمارك، بالرغم من أن هذا القانون لاحق في التاريخ، باعتباره صادرة في 1966، فقد جاء في الحيثية الأساسية لهذا القرار:

« Attendu que le traite de 25 Mars 1975 , qu'en vertu de l'article susvisé de la constitution à une autorité supérieure à celle des lois… que des lors c'est à bon droit et sans excéder ses pourvois que la cour d'appel a décidé que l'article 95 du traité devait être appliqué dans l'espèce à d'exclusion de l'article 265 du code de douanes ; bien que ce dernier fût postérieur »

وانطلاقا من هذا القرار، استقر إتجاه فقه القضاء العادي على إقرار علوية المعاهدات الدولية على القوانين حتى اللاحقة لها.[2]وعلى إثر هذا التراجع، في فقه قضاء هذه المحاكم، بقي مجلس الدولة الفرنسي في عزلة، لأنه رفض هذا الإختصاص، ولعله وجد في كل من قرار المجلس الدستوري ومحكمة النقض، من الإعتبارات ما حمله على تغيير موقفه، لاحقا، وأعلن ذلك في قرار شهير : (*Nicolo*)، المؤرخ في 20 أكتوبر 1989.[3]

و من أهم النتائج القانونية التي ترتبت عن تغير موقف مجلس الدولة الفرنسي من مسألة مراقبة مطابقة القوانين للمعاهدات الدولية المصادق عليها، هي سقوط نظرية القانون الحاجب الذي كانت تمنع القاضي الإداري من ممارسة اختصاصه في إلغاء القرارات الادارية، في الحالة التي يكون فيها هذا القرار تطبيقيا لنص تشريعي متعارض مع مقتضيات معاهدة دولية دخلت حيز التنفيذ قبل القانون. فبعد قرار (*Nicolo*)، أصبح اختصاص القاضي الإداري يمتد إلى التثبت في علاقة القانون بالمعاهدة قبل النظر في علاقة القرار الإداري بالقانون.

و بالرجوع إلى فقه القضاء التونسي، نجده، أيضا، سائرا في اتجاه فقه القضاء الفرنسي، فإقرار اختصاص القاضي العادي لمراقبة مطابقة القوانين اللاحقة للمعاهدات، لم يعد قابلا للشك فيه، ففي قرار

---

[1] *- Arrêt , chambre mixte du 24 Mai 1975 : Administration des douanes C/ Société de cafés jacques Vabre , JDI , 1975, p 801 .*

[2] *- Cassation commerciale 9 mai 1995 , société soloma c/ Sezvic Boulletin civil IV n°135. et Cassation civile 5 octobre 1994 , Bulletin civil , I , N°266.*

[3] *-CE , Assemblée, 20 octobre 1989. Les grands arrêts de la jurisprudence administrative Sirey 10ème edition 1993.Pg 742 .*

صادر عن الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب مؤرخ في 10 ديسمبر 1991، أقرت محكمة التعقيب مبدأ علوية المعاهدات الدولية على القانون الداخلي عامة، سواء كان سابقا لتاريخ المصادقة على المعاهدة، أو لاحقا لذلك التاريخ، إذ تقول المحكمة:" أما في صورة وجود اتفاقية فإن العمل بأحكامها أمر حتمي باعتبارها أعلى مرتبة من القانون".

و في قرار لاحق عدد 62380 مؤرخ في 7 جانفي 1998، طبقت محكمة التعقيب أحكام اتفاقية فرسوفيا الخاصة بالنقل الجوي المصادق عليها منذ 1933، واستبعدت، في قضية الحال، تطبيق أحكام فصول المجلة التجارية التونسية اللاحقة في الزمن.

إن هذه القرارات، وإن كانت تعترف بأسبقية تطبيق المعاهدات الدولية على القانون الداخلي، إلا أنها لا تتوسع في تحليل المرتكزات القانونية التي انبنى عليها هذا الحل بل أنها في أحيان أخرى لا تذكر المستندات القانونية التي اعتمدتها لإقرار مبدأ أسبقية القانون الدولي.

أما بالنسبة لفقه القضاء الإداري التونسي، فلقد تعرضت المحكمة الإدارية لهذه الإشكالية في قرارها عدد 3643، تجاوز سلطة مؤرخ في 21 ماي 1996: الرابطة التونسية للدفاع عن حقوق الإنسان ضد/ وزير الداخلية، ففي هذا القرار أجابت المحكمة عن دفع أثارته الإدارة ينفي اختصاص القاضي العادي في مراقبة مخالفة القوانين للمواثيق الدولية التي أبرمتها أو إنظمت إليها الجمهورية التونسية ضرورة أن تنظيم مؤسسات الدولة التونسية لم يسند وظيفة مراقبة دستورية القوانين إلى السلط القضائية وإنما خص بها المجلس الدستوري.

فكان، رد المحكمة الإدارية، مناقضا لهذا الطرح، وذلك، في اتجاه إقرار هذا الاختصاص للقاضي العادي، فجاء في أهم حيثيات القرار قولها:" وحيث دفعت الجهة المدعى عليها بعدم قبول هذا الطعن بعلة أن النظر فيه من شأنه أن يؤدي بالقاضي الإداري إلى الخوض في مدى مطابقة القوانين للدستور، والحال، أنها مسألة تتجاوز اختصاصه.

وحيث اقتضى الفصل 32 من الدستور أن المعاهدات الدولية المصادق عليها بصفة قانونية أقوى نفوذا من القوانين **<u>الأمر الذي يخول للقاضي الموكول له وطبقه تطبيق القانون السهر على احترام تلك الأفضلية</u>**.

وحيث أنه ثابت في قضية الحال أن الجمهورية التونسية قد صادقت بمقتضى القانون عدد 30 لسنة 1968، المؤرخ ف 29 نوفمبر 1968 على الميثاق الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية... وترتيبا على ذلك وعملا بالفصل 32 من الدستور يكون لهذا الميثاق أفضلية التطبيق على القانون عدد 25 لسنة 1992، المشار إليه أعلاه".

و الملاحظ، أن القاضي الإداري، وإن أسس مبدأ افضلية تطبيق القاعدة الدولية على القانون الداخلي اللاحق على الفصل 32 من الدستور، إلا أنه لم يتوسع في تحليل المقارنة بين الرقابة الدستورية ورقابة مطابقة القوانين للمعاهدات، وهو ما كان مطلوبا منه للرد عن مطعن الإدارة الذي يخلط بينهما.

وصفوة القول؛ أنه ما من شك يحوم اليوم في فقه القضاء التونسي – سواء الإداري أو العدلي- حول تكريس مبدأ علوية المعاهدات الدولية على القوانين الداخلية.

ولعل تفتح القاضي التونسي على محيط القانون الدولي يجعل السؤال حول إمكانية تسبق أحكام بعض المعاهدات على مقتضيات الدستور مشروعا، وهو ما نشك في إمكانية إقراره.

الفرع الرابع: علوية المعاهدات تقف عند حدود النص الدستوري.

يجب، التذكير، أن علوية المعاهدات الدولية – وعموما القانون الدولي- على الدستور مكرسة على مستوى النظام القانوني الدولي، وقد يخصها قرار دولي تحكيمي مؤرخ في 26 جويلية 1875، في قضية (*Montijo*)، إذ تقول الهيئة التحكيمية بعبارات قاطعة:

« Un traité est supérieur à la constitution, la législation de la république doit s'adapter au traité non le traité à la loi » [1]

إلا أنه على مستوى النظم القانونية الداخلية، ليست هذه المسألة محسومة بالقدر الذي هو عليه في النظام القانوني الدولي سواء في اتجاه إقرار هذه العلوية أو في اتجاه نفيها. فعلى مستوى القانون المقارن، يذكر الفقيه (*Mosler*)، أن حل هذه المسألة تم في ثلاث اتجاهات متباينة:

أما الاتجاه الأول، ويتزعمه القانون الأمريكي، حيث أن فقه القضاء هناك يمتنع عن تطبيق كل معاهدة دولية، كلما تبين للمحكمة، أنه بالرغم من محاولة التنسيق بينها وبين مقتضيات الدستور، تبقى أحكامها لا تتطابق مع النص الدستوري، وهو، بالتالي، يعطي أفضلية التطبيق في كل الأحوال إلى الدستور.[2]

بينما، الإتجاه الثاني، يعتبر مسألة مراقبة دستورية المعاهدات لا ترجع لإختصاص القاضي العادي، و في هذه الحالة، فإن القاضي الدستوري، بعد إحالة من القاضي العادي، هو المؤهل باستبعاد المعاهدات غير المطابقة مع المبادئ الدستورية، وهو ما درج على اتباعه فقه القضاء الألماني.

وأخيرا، الإتجاه الثالث، وهو الاتجاه التحرري، ويمثله الدستور الهولاندي الذي يكرس علوية مطلقة للمعاهدات داخل النظام القانوني الهولاندي، إذ اقتضت المادة 63 منه، أنه إذا اقتضى ذلك تطور النظام القانوني الدولي ، يمكن لاتفاق دولي ان يخالف مقتضيات الدستور.

يعد تصادم مقتضيات الدستور مع أحكام الاتفاقيات الدولية إشكالا واردا يمكن أن يعترض القاضي، فماذا يكون موقفه عندما يتفطن إلى وجود بند في المعاهدة بخرق بشكل واضح مبدأ دستوريا معينا، فأي القاعدتين (الدولية أم الدستورية) يفضل تطبيقها ؟.

هناك وضعيتين يتعين التمييز بينهما: المعاهدة قد تكون لاحقة للدستور، كما قد تكون سابقة له:

في الحالة الأولى، أي عندما تبرم الدولة معاهدة دولية تكون خارقة لأحكام دستورية سابقة الوضع؛ يمكن –مبدئيا- للقاضي أن يزيح القواعد الدولية، ومستنده في ذلك، القواعد العامة للقانون، إذ أن قبول تطبيق المعاهدة الدولية، في هذه الحالة، يعني ضمنيا؛ أن الدستور يمكن أن تنقّح أحكامه عن طريق معاهدة دولية، وهو ما لا يقبله المنطق القانوني، ضرورة أنه لا يمكن لقاعدة قانونية أن تنقح قاعدة أخرى، إلا اذا كانت من نفس الدرجة القانونية أو أعلى منها، فالدستور لا يمكن تنقيحه إلا باتباع الإجراءات التي ينص عليها الدستور نفسه.

في الحالة الثانية، أي عندما تكون المعاهدة سابقة لوضع الدستور؛ فهذه الحالة لا تشكل مبدئيا إشكالا عويصا، ذلك أنه، يمكن للقاضي أن يستند إلى مبدأ قانوني عام، وهو أن السلطة التأسيسية لها مطلق الحرية في وضع القواعد الدستورية التي قد تخرق في أحكامها معاهدة دولية سبق للدولة أن صادقت عليها، ويمكن له، بالتالي، استبعاد تطبيق المعاهدة الدولية.

وصفوة القول؛ أن الرأي الذي يذهب إلى إمكانية تسبيق الأحكام الدولية على نصوص الدستور نفسها يبقى مستبعد، لسبب هام، متعلق بمبادئ دولة القانون، إذ يجب أن يضع القاضي في خلده خطرا يمكن

---

[1] - *Répertoire élémentaire de la jurisprudence internationale. CERP 1993 , Pg.78*

[2] - *Droit international. D. Carreau Pg 55 N° 124.*

أن يتحقق إذا إبتعد عن تطبيق الأحكام الدستورية التي تعلو جميع القواعد الداخلية الأخرى، لأن مصدرها هو الشعب (الذي انتخب السلطة التأسيسية)، وتمسك بتطبيق الأحكام الدولية التي هي في نهاية المطاف مصدرها السلطة التنفيذية (جهة إبرام المعاهدات)، وأغلب أعضائها معينين وغير منتخبين.وهو، ما يعني؛ أن تسبيق تطبيق المعاهدات الدولية على الدستور يعد تخليا عن مبادئ دولة القانون.[1]

يبدو، أن تطبيق هذا الرأي، في نظامنا القانوني، قابل للنقاش، فهذا الإتجاه، يجد معارضة من بعض الفقهاء الذين يرون أنه؛ بتمام المصادقة على الإتفاقية بصفة قانونية، فهي تطبق، ولو تضمنت أحكاما غير دستورية، ذلك أنه، لايعرف بالقانون الجزائري نظاما لمراقبة قضائية لاحقة لدستورية النصوص القانونية التي هي دون الدستور، فليس للقاضي العادي مراقبة دستورية المعاهدات.

إن ما يمكن استخلاصه، من أثر تطبيق المعاهدات الدولية، في النظام القانوني الداخلي، هو أن التصادم المحتمل بين المقتضيات الدولية المصادق عليها، وأحكام القانون الداخلي، قد عالجه فقه القضاء بالرجوع إلى أحكام الدستور المنظمة للتنازع في المضمون بين هاتين القاعدتين، وبالتالي، فإنه بوّأ المعاهدات مكانة فوق تشريعية، ويمتعها بأسبقية التطبيق على القانون (السابق و اللاحق)، وكذلك، على القواعد القانونية الأدنى من التشريع كالقرارات الإدارية، وعلى الأحكام القضائية، إلا أن هذه العلوية تقف عند حد القاعدة الأسمى في النظام القانوني الداخلي ألا وهي " الدستور " .

[1] *- Le juge administratif et le droit international AJDA N°6 – 1995. Pg. 62.*

المبحث الثاني: استبعاد تطبيق الاتفاقيات الدولية.

إن دراسة مسالة إقحام المعاهدات صلب النظام القانوني الداخلي لا يخفي في حقيقة الأمر جدلا نظريا بخصوص علاقة القانون الدولي بالقانون الداخلي، فبالنظر إلى الطبيعة المختلفة للقاعدتين : الدولية والداخلية ظهرت نظريتان كلاسيكيتان لتؤسسا العلاقة بينهما، نظرية وحدانية القانون (*La conception moniste*)، والثانية نظرية ازدواجية القانون (*La conception dualiste*)، وبالرجوع إلى نظرية ازدواجية القانون،[1]نجد أن منظريها يتمسكون بوجود تباعد تام وكامل بين النظام القانوني الداخلي الدولي وهو ما يجعلنا أمام نظامين، ومن هنا تأتي الازدواجية، وهذا المادة يمنع القاضي من كل إمكانية لتطبيق القواعد ذات المصدر الدولي كالمعاهدات إلا بعد عملية تحويل القاعدة الدولية إلى قاعدة داخلية (*La transformation*)، ويتم ذلك بنص قانوني، وهذا ما يسمى بقاعدة الاستقبال القانوني (*L'acte juridique de reception*) ، والمثال الدائم الذكر في هذا المجال هو القانون الإيطالي فهذه النظرية مكرسة في دستور 1947.

بالمقابل نجد نظرية وحدة القانون،[2]التي تعتبر النظم القانونية الداخلية جزئية إذ أنها تنصهر داخل نظام قانوني أعم وهو النظام الدولي، ومن أهم تبعات هذه النظرية هو إمكانية التطبيق المباشر للقاعدة الدولية صلب النظام القانوني الداخلي دون حاجة لقاعدة قانونية لاستقبالها وهي النظرية المهيمنة اليوم في اغلب النظم.

ومن هذا المنطلق، برز واجب محمول على القاضي بتطبيق المعاهدات فهي من المهام الطبيعية والعامة المكلف بها باعتبار أنه يرجع له تطبيق القانون ومن المعلوم أنه حالما تدمج المعاهدة داخل نظامه القانوني تصبح قانونا وطنيا،[3] ويحمل على القاضي واجب تطبيقها.

ويمكن أن نستخلص من كل هذا التحليل، أن التزام القاضي بتطبيق المعاهدات الدولية هو نفسه المحمول عليه عند تطبيقه للقانون الداخلي، ولكن إذا كان واجب التطبيق يطرح بنفس الإلحاح، فإن كيفية التطبيق هي التي تختلف بحسب ما إذا كان الأمر يتعلق بقانون داخلي أوقاعدة دولية، وذلك بالنظر إلى الطبيعة المختلفة المتأتية من الخاصية الدولية لهذه الأخيرة .

وما يمكن تأكيده من خلال هذا المبحث الثاني، هو أن جزاء الاستبعاد الكل أو الجزئي للمعاهدة أو الاتفاقية الدولية يختلف تماما عن جزاء عدم الدستورية، وخصوص أن الاستبعاد يتعلق أساسا بتطبيق مقتضيات آلية التحفظ المرتبطة بفكرة النظام العام أو بفكرة النظام العام في حذ ذاتها. وهذا ماسوف نتطرق له بعد بيان أثر التطبيق القضائي للمعاهدات على تطوير القواعد القانونية الدولية.

---

[1] *-Jean COMBACAU; Droit des traités ،←Paris ،PUF ،1991 ،Pg 77.*

[2] *-Abdelkader Boye ; droit international : bilan et perspectives ،pg 303.*

[3] - ." ... وأن المدعية ليست مجبرة بالادلاء بنسخة من الاتفاقية ضرورة أنه تمت المصادقة عليها بتونس واصبحت قانونا وطنيا واالقاضي محمول على معرفته ولا يمكنه المطالبة به ...". حكم استئنافي، العدد الخامس، المؤرخ في 8 مارس 1995، مجلة القضاء والتشريع، تونس، 1996، ص 121.

المطلب الأول: أثر التطبيق القضائي للمعاهدات على تطوير القواعد القانونية الدولية.

إن أهمية دور القاضي في تطوير قواعد القانون الدولي عامة وإثراءها ليست محل جدل إذ أن العديد من مؤلفات القانون الدولي تجعل من المحاكم الداخلية هي الحلقة الأساسية واللازمة لتطوير القانون الدولي عامة وبالأخص المعاهدات الدولية إذ يقول ف هذا الصدد الفقيه (*D.Carreau*):

« Les tribunaux de l'ordre interne jouent un rôle non négligeable dans l'élaboration du droit international… les tribunaux de l'ordre interne remplissent une fonction essentielle au niveau de l'application du droit international »[1].

إن أهمية دور المحاكم في تطبيق الإتفاقيات الدولية يظهر في مستويين: أولا على مستوى تقارب أو توحيد الحلول القانونية وثانيا على مستوى إعطاء أكثر نجاعة للقاعدة القانونية الدولية.

الفرع الأول: توحيد الحلول القانونية.

لم يعد، اليوم، دور المعاهدات في توجيه العلاقات الدولية، محل نقاش إذ أن الاتفاقيات الدولية أصبحت تشمل معظم فروع القانون الخاص والعام، و هذه المعاهدات هي حصيلة إتفاق وتوفيق بين مختلف النظم القانونية الداخلية إذ أنها عادة ما تكون مسبوقة بدارسات مقارنة معمّقة لمختلف الحلول القانونية الداخلية للدول الأطراف أو غيرها والتي تهم موضوع المعاهدة، فإلى حين الصياغة النهائية للمعاهدة الدولية، يقع الملائمة بين التقاليد القانونية السائدة للخروج بحل قانوني يكون محل قبول وإنضمام من قبل الدول الاطراف ولو تضمن بعض الاستثناء من قواعد القانون الداخلي .

و هذا الجهد التوفيقي يظهر خاصة في المعاهدات المتعلقة بقانون العائلة عموما إذ أن مادة الاحوال الشخصية تتنازعها تيارات قانونية متنوعة، فنجد نظام أحوال شخصية خاص بالدول الإنجلوسكسونية ونظام قانون العائلة الأوروبي وكذلك نظام العائلة الإسلامي.[2]

و في حقيقة الأمر، لا يمثل هذا التوجه نحو توحيد القواعد القانونية، على المستوى الدولي سوى مظهر من مظاهر تقارب الشقة بين دول المجتمع الدولي وتكثف العلاقات القانونية بين مختلف رعايا هذه الدول وذلك بفضل تطور وسائل الاتصال الحديثة واختصار وقتها. فلم نعد اليوم نتحدث إلا على حدود إفتراضية بين مختلف دول العالم إذ بات اليوم بالإمكان ربط علاقات قانونية دولية عبر وسائل حديثة تجعل من هذه العملية غير مادية فنتحدث عن التجارة الإلكترونية والعقد اللامادي ... .

و في خضم هذه التحولات، تحتاج العلاقات الدولية إلى الأمان والإستقرار وهو ما تسعى إليها الدول من خلال حرصها على تغطية فروع القانون الخاص بقواعد دولية تجد مصدرها في إتفاقيات دولية.

---

[1] - *Droit international Pg 590.N° 1469.*

[2] - *la codification par traités en droit international privé dans le cadre de la conférence de Lahaye – Par M.H.Van HoogstratenRCDIP : 1967، III ; Pg 343.*

لكن يبقى كل هذا التمشي نظريا إذا لم يقع تطبيق هذا المعاهدات، وبالتالي، تبقى حلقة التطبيق القضائي لهذه القواعد الدولية هي الوسيلة الأساسية لتكريس تقارب الحلول القانونية بين مختلف الأنظمة القانونية.

و الأمثلة كثيرة عن أهمية مساهمة المحاكم الداخلية عند تطبيقها المعاهدات الدولية في توحيد الحلول القانونية، فنجد معاهدة فيانا المتعلقة بعقود البيع الدولية والمؤرخة في 11 أفريل 1980، فهي تندرج في إطار السعي نحو توحيد الحلول القانونية، خاصة تلك المتعلقة بتكوين العقد الدولي .[1]

و يضمن تطبيق القاضي لهذه المعاهدة إستقرار العلاقات التعاقدية الدولية إذ أنه لا يمكن تصوّر أحد أطراف العقد يفاجئ الطرف الآخر بتطبيق قاعدة قانونية يجهلها هذا الاخير .

كما يمكن أن نجد هذا التوجّه في اتفاقية حقوق الطفل المؤرخة في 1989،[2]إذ أن تطبيق هذه الإتفاقية من قبل محاكم الدول الأطراف وخاصة في الجزء المتعلق بزجر إنحراف الأحداث يؤدي إلى توحيد الحلول القانونية فيما يخص إجراءات المحاكمة،[3]والضمانات للطفل الجانح ونوعية العقوبات المسلطة عليه عند الإدانة، وبالتالي، فإن التطبيق القضائي لهذه الإتفاقية يساهم في توحيد السياسة الجزائية على الأقل فيم يخص الأحداث.

في الواقع، لا نجد مجالا يتحقق فيه تقارب الحلول القانونية مثل ميدان حقوق الإنسان والحريات الأساسية. ففي هذا الإتجاه تحققت أشواط كبيرة في مجال تكريس حقوق الأفراد عبر العديد من المعاهدات ولو أن المجال لا يتسع إلى حصرها ويمكن القول أن من أهم الاتفاقيات تلك المتعلقة بالحقوق المدنية والسياسية أو الميثاق الدولي المتعلق بالحقوق الاجتماعية والإقتصادية والثقافية عندما تتقيد المحاكم بتطبيق هذه الاتفاقيات، فإنها تجعل من هذه القيم والحقوق محترمة بنفس القدر ومكرسة بنفس المستوى بين جميع الدول الأطراف، لذا فإن الفقهاء يتحدثون في هذا المجال عن كونية تلك الحقوق أكثر من تقارب أو توحيد الحلول القانونية.

و نتحدث؛ في هذا الصدد، عن " تقارب أو توحيد " ضرورة العديد من فقهاء القانون الدولي يؤكدون على أن التوجه نحو توحيد القواعد القانونية يعد أمرا يصعب تحقيقه فالمعاهدات الدولية تكتفي بتقريب الحلول القانونية إذ أن توحيد الحلول بين مختلف الأنظمة القانونية تعترضه العديد من العوائق .[4]

و أوّل هذه الحدود تتعلق بالتأويل، إذ لا شك، أن القاعدة الدولية عندما يقع تطبيقها من قبل المحاكم الداخلية تخضع إلى مجهود تأويلي على أنه لا شيء يضمن أن يكون التأويل هو نفسه بين جميع محاكم الدول الأطراف، بل إن الأمر يكاد يكون حتميا في كون التأويلات ستختلف من محكمة إلى أخرى، وهو سوف يضعف التوجه التوحيدي للقواعد الدولية، لكن يتجه تنسيب هذا القول، ضرورة اتفاقية فيانا لقانون المعاهدات 1969، قد ضبطت وسائل وكيفية تأويل أحكام المعاهدات الدولية ولعل التزام المحاكم باحترام تلك الضوابط عند تأويلها لها يضعف نسبيا من حدة الإختلاف بين التأويلات. و يضيف العديد من الفقهاء أن صعوبة مسألة توحيد القواعد القانونية تعود إلى سبب جوهري يتمثل في وجود بعض الحلول القانونية

---

[1] *-Unification internationale des règles et désignation du droit applicable par B.Knapp Mélanges en l'honneur de Y Loussouarn . Dalloz 1994 . Pg221*

[2] *- L'internationalisation du droit pénal français de l'enfance pour la convention internationale sur les droits de l'enfant. J.Y. Chevalier – Melanges de Y Loussouren. Dalloz, Pg 94.*

[3] - المادة 40 من الإتفاقية.

[4] *- La codification de lahaye – RCDIP 1967 P 405.*

التي تصعب الملائمة بينها إذ لا يمكن أن نتجاهل وجود بعض الإختلافات العميقة (خاصة فيم يخص قانون العائلة) بين مختلف الأنظمة القانونية، وحتى وإن استطاعت المعاهدة أن تجمع انضمام العديد من الدول، فإن المحاكم الداخلية يمكنها استبعاد أحكام هذه المعاهدة التي تخرق مبدأ جوهريا في القانون الداخلي، وذلك بالالتجاء إلى مفهوم النظام العام، إذ يقول الفقيه (*Y. Lequette*) :

« L'aupposition entre les systèmes est au demeurant , parfois tellement profonde que , même poussé à l'extrême l'art du compromis ne suffit plus , à lui seul , à élaborer un instrument acceptable par tous ». [1]

لكن يبقى دور فقه القضاء الداخلي هو الأساس للإنفتاح على المحيط القانوني الدولي وإعطاء بعد دولي للقواعد القانونية المطبقة يتماشى والمتغيرات الدولية وذلك لتجاوز التباعد بين الحلول القانونية.

و لا تقتصر آثار التطبيق القضائي للمعاهدات على تقريب الحلول القانونية بين مختلف الأنظمة القانونية بل بتعداد إلى إعطاء أكثر نجاعة للقاعدة الدولية .

الفرع الثاني: جعل القاعدة الدولية قاعدة فعلية.

في هذا الإطار، سوف يقع التطرق إلى كيفية مساهمة فقه القضاء الداخلي في تطوير القاعدة القانونية الدولية وإعطاءها صبغة عملية أكثر.

أن ما نقصد به من عبارة فعلية (*Effectivité*)، هو درجة تطبيق القاعدة الدولية وهو تفترض إذا و جود قاعدة قانونية، فهو، بالتالي، مفهوم يتجاوز الصحة القانونية للقاعدة إلى تواتر تطبيقها. يقول الأستاذ سليم اللغماني في هذا الصدد:

> *" Le concept d'effectivité suppose l'existence d'une norme et pose le problème du degré de son application . Est effective une norme qui se traduit dans les faits par des comportements observables et conformes au dispositif de la norme en question .Le jugement d'effectivité est de ce fait un jugement d'existence et non pas un jugement de valeur ".*[2]

إن الحديث عن فعلية القاعدة الدولية، يجعل السؤال مشروعا حول الأسباب التي تجعل القاعدة الدولية تختلف في هذا الصدد عن القاعدة القانونية الداخلية. في الحقيقة، إن هذا السؤال يحيل على تسائل آخر يتعلق بمميزات القاعدة الدولية بالمقارنة مع القاعدة الداخلية.

في البداية، يقتضي تحليل هذه المسألة، التذكير، بأن النظام القانوني الذي نشأت فيه القاعدتان مختلف تمام الإختلاف، فالقاعدة القانونية الداخلية نشأت في نظام قانوني متميز، إذ يحتكر فيه المشرع إصدار قواعد قانونية عامة وملزمة، كما تنتصب هيئات حكمية بكون الالتجاء إليها أمرا وجوبيا، وهي التي تسهر على تطبيق كل القواعد القانونية التي يتكون منها هرم الشرعية، وفي هذه الحالة، لا يطرح

---

[1] - *De L'utilitarisme dans le droit international privé conventionnel de la famille - Par Y. Lequette. Melanges en l'honneur de Y. loussouarn Dalloz 94. Pg 246.*

[2] - *L'efficacité des sanctions des violations des droits fondamentaux : Développements recents Par S.Laghami.* المجلة القانونية التونسية، الجزء الفرنسي، 1993، ص275.

إشكال بخصوص إلزامية القواعد الداخلية فهي تتمتع بالإلزامية المباشرة، بمعنى؛ أنها لا تشترط مبدئيا موافقة المنظورين حتى تكون ملزمة.

فلذا، يمكن القول، بأن النظام القانوني الداخلي هو نظام قانوني كامل وتام « *L'ordre interne est système juridique parfait et complet* »، فهو كامل، بمعنى؛ أنه تركزت فيه سلط تحتكر إصدار القوانين وتطبيقها وهو تام، بمعنى؛ أننا لا نجد فيه فراغا تشريعيا، فلا مجال للقاضي الداخلي أن يرفض حل نزاع معين بدعوى غياب نص قانوني يحكم النازلة فالقانون الداخلي يجرّم نكران العدالة.

بينما الوضعية على غير تلك الصورة تماما، فيما يخص النظام القانوني الدولي، ففقهاء القانون الدولي يعرفون هذا النظام على أساس أنه نظام قانوني غير كامل وناقص (*un système juridique imparfait et incomplet*)، فعلي مستوى إصدار القواعد القانونية لا نجد سلطة تشريعية إذ لا يوجد " مشرع دولي "، أي أن الدول – أهم أشخاص القانون الدولي- هي في الآن نفسه المصدرة والخاضعة للقانون. يقول الفقيه (*D.Carreau*) معلقا على ذلك:

« De ce point de vue, le droit international se présente comme un système très décentralisé au sein duquel, les auteurs des normes en sont aussi le plus souvant, les seuls destinataires »[1]

ولا يسعنا هنا، إلا التركيز، بأن المبدأ المهيمن على كل مصادر القانون الدولي وبالأخص المعاهدات الدولية هو مبدأ سلطان الإدراة . فلا يمكن لأي قاعدة قانونية دولية أن تلزم دولة ما إلا إذا عبّرت هذه الأخيرة عن إرادتها بالإلتزام بأحكامها (إذ استثنينا طبعا القرارات الملزمة لمجلس الأمن الدولي).

أما العامل الثاني الذي ينقص من حظوظ احترام القواعد الدولية عامة، وبالتالي، من تطبيقها هو غياب سلطة تراقب تطبيق هذه القواعد.

وقد يعارض البعض هذه الفكرة بدعوى وجود قاضي دولي ممثلا في محكمة العدل الدولية، المكلّفة بتطبيق القانون الدولي، لكن لا يجب أن يغيب عنا أن الإلتجاء إلى هذه المحكمة خاضع بدوره إلى مبدأ الإرادة فلا يمكن إلزام الدول بالإلتجاء إلى هذه المحكمة كما لا يمكن إلزامهم بالقرارات التي تتخذها مادامت لم تعبّر الدول عن رضاءها بذلك .

ولقد أرجع بعض الفقهاء هذه الطبيعة الخاصة للقاعدة الدولية إلى كيفيّة صياغة أحكامها: فالأحكام الدولية تتمتع بأثر مباشر محدود وهذا يظهر على مستويين: المستوى الأول، يخصّ محتوى القاعدة الدولية، فعادة ما تورد أحكام المعاهدات الدولية في صبغة عاما وينقصها الوضوح والدقة، في هذه الحالة، لا يمكن لتلك الأحكام الدولية أن تنشئ حقوقا مباشرة يمكن للأفراد التمسّك بها أمام المحاكم الداخلية وهو ما يقلل من فرص تطبيقها.

أما المستوى الثاني، فيخصّ كيفية تطبيق أحكام المعاهدات الدولية فعادة ما تفوّض هذه الإتفاقيات إلى الدول الأطراف إتخاذ التدابير اللازمة لتطبيق أحكامها. وقد يتأخر تنفيذ هذا الالتزام المحمول على

[1] - *Droit internationale Pg. 34 N° -71.*

الأطراف، والنتيجة، أن الأحكام الدولية تبقى غير قابلة للتطبيق وهو ما من شأنه أن يضعف من فعاليتها، وبالتالي، فإن القاضي الداخلي يجد نفسه مجبرا على استبعاد تطبيق الأحكام الدولية رغم أن دولته مصادقة عليها.

وأخيرا، إن ما يجعل الأحكام المضمنة في المعاهدات الدولية لا تجد تطبيقا واسعا كالقواعد الداخلية هو خضوع تطبيقها لشروط يعتبرها بعض فقهاء القانون الدولي "مجحفة"، أهمها شرط المعاملة بالمثل، وكذلك الحضوة التي تتمتع بها القاعدة القانونية الدولية بداخل النظام القانوني الداخلي. فبخصوص شرط المعاملة بالمثل، فهو كما تم تحليل ذلك آنفا، يضع تطبيق الطرف الآخر للمعاهدة شرطا أساسيا لتطبيقها من طرف القاضي، وهو يعد بالتالي مكبحا أمام التطبيق التلقائي للقواعد الدولية. ثم أن الحضوة التي يجدها القانون الدولي صلب النظام القانوني الداخلي تأثر على مدى تطبيقه. فالنظم القانونية الداخلية التي لا تعترف سوى بقيمة قانونية تشريعية أو دون التشريع للمعاهدات الدولية لا يمكن للقانون الدولي أن يجد تطبيقا واسعا فيها ضرورة أن تلك الرتبة القانونية تجعل من الإتفاقيات الدولية سهلة النسخ بالأحكام الداخلية وهو ما قد يفرغ القاعدة الدولية من كل جدوى.

في هذا الإطار، لا يكون دور القاضي الداخلي إلا أساسيا لتوفير أكثر الفرص تطبيق أحكام المعاهدات الدولية المصادق عليها بلاده، وبالتالي، إذكاء نجاعة القاعدة الدولية. و من المعلوم أن القاضي محمول على معرفة القانون عامة ومطالب بتطبيقه بما أن مصادقة الدولة على معاهدة دولية تجعل من تلك الأحكام بمثابة القانون الداخلي، فإن واجب التطبيق يمتد وبنفس القدر إلى هذه الأحكام الدولية.

وعليه، فإن مساهمة القاضي الداخلي في تطوير أحكام المعاهدات الدولية تتمثل أساسا في ذلك الجهد في التقصّي والبحث عمّا إذا كان النزاع المطروح أمامه تحكم فصله معاهدة دولية ما فلا ينتظر، بالتالي، إثارة الأطراف لتطبيق أحكام هذه المعاهدة لأن المتقاضي قد تعوزهم الإمكانيات للإطلاع على الاتفاقات الدولية والإستناد إليها لحماية حقوقهم .

و يجب الإشارة، هنا، إلى أن إثارة تطبيق معاهدة دولية من قبل الأطراف المتنازعة لم يعد أمرا نادرا بل بالعكس فالمتقاضين اليوم كثيرا ما يستندون إلى أحكام دولية يرون فيها ركيزة قانونية هامة لتأسيس حقوقهم والدفاع عنها أمام المحاكم الوطنية.

و في المقابل، نجد اليوم القاضي الجزائري يسعى نحو تفتح فقه قضائه على محيط القانون الدولي، وذلك يظهر، خاصة، في تطبيق أحكام معاهدات دولية، ولو أن تصنيفها ضمن المعاهدات محل جدل، والمثال على ذلك، هو الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المؤرخ في 10 ديسمبر 1948، وهي خطوة هامة في مجال توفير أكثر الحظوظ لتطبيق القواعد الدولية وتطويرها والزيادة في نجاعتها .

ومواصلة في تحليل الأبعاد الدولية للتطبيق القضائي للمعاهدات الدولية تثار مسألة هامة تتعلق بمدى إختصاص القاضي الداخلي في ضمان وتكريس احترام أحكام المعاهدات الدولية من قبل الدول الأجنبية عند تشريع قوانينها.

المطلب الثاني: شروط التطبيق القضائي للمعاهدات الدوليّة.

تمكن أهمية وظيفة القاضي عند مراقبة توفر شروط تطبيق المعاهدة داخل نظامه القانوني في ارتباطها الوثيق بمسألة السيادة، فالفكرة السائدة، أن تطبيق المعاهدة الدولية هو تخلي من الدولة عن أهم صلاحيتها المعبرة عن السيادة، ألا و هو احتكار التشريع.

إلا أن هذا التحليل لم يعد مقنعا اليوم، إذ أن إبرام المعاهدات الدولية هو – في حقيقة الأمر – تكريس لسيادة الدولة و تدعيم لاختصاصاتها على المستوى الدولي، كما جاء ذلك في قرار محكمة العدل الدائمة الدولية في 1923. [1]

و باعتبار أنّ مسألة إبرام المعاهدات هي في الحقيقة – صلاحية لتدعيم سيادة الدولة فإن إجراءات إدماج هذه القواعد الدولية صلب الهرم القانوني الداخلي هي أيضا مسألة تهم سيادة الدولة، و بالتالي، فلكل دولة حرية تنظيم هذه المسألة إذ لا نجد أحكاما دولية ملزمة تفرض على الدول شكلا مخصوصا لإقحام المعاهدات صلب النظام القانوني الداخلي فهي إذن مسألة متروكة للتشريع الداخلي لتنظيمها.[2]

و من ثمة، فإن النتيجة، هي تنوع شروط إدماج المعاهدات صلب النظم القانونية الداخلية باختلاف الدول. هذا الاختلاف يترجم عن درجة انفتاح النظام القانوني الداخلي على المحيط القانوني الدوليّ، فكلّما تعدّدت الشروط إلاّ و دّل ذلك عن انغلاق النظام القانوني الداخلي نظرا لصعوبة إقحام القواعد الدولية داخله، و على عكس ذلك، فإن سهولة إدماج المعاهدات الدولية إلى جانب القواعد الداخلية وراء التواصل و تبادل التأثير بين النظامين القانونيين الداخلي و الدوليّ.

إن أمر تحديد هذه الشروط، علاوة على أنها متروكة للدول، فإنه في أغلب الحالات تضبط الدّول هذه الشروط في أعلى هرم القواعد القانونية ألا و هو الدستور، فمثلا في القانون الفرنسي وقع ضبط شروط تطبيق المعاهدة القانونية من قبل القاضي بالمادة 55 من دستور 1958، [3] وهو بالتالي، يضع على عاتقه التثبت من أمرين: أولهما وقوع المصادقة على المعاهدة الدولية و ثانيهما نشر أحكام المعاهدة بالمجلة الرسمية.

نجد في القانون البريطاني أن إدماج المعاهد الدولية يقع عن طريق إعادة صياغة الأحكام الدولية في شكل قانون يتخذه البرلمان. أما في القانون الأمريكي فإن الإعلان الرئاسي المصاحب بأحكام المعاهدة هو من الإجراءات الأساسية حتى تصبح المعاهدة سارية المفعول و يطبقها بذلك القاضي داخل نظامه القانوني.

بالنسبة للقانون الجزائري، فإن المادة 154 من دستور 1996، المعدل، هو المرجع بالنسبة للقاضي للتثبت من الشروط التي يتعين تحققها حتى يقوم بتطبيق أحكام المعاهدة الدولية.

أما في القانون التونسي، فقد أكد الفصل 32 من الدستور على الشروط التي يجب توافرها لتطبيق الاتفاقيات الدولية، و لقد أصبح هذ الفصل ينص بعد التنقيح بالقانون الدستوري عدد 65 لسنة 1997 المؤرخ في 27 أكتوبر 1997،[4]على ما يلي: "المعاهدات لا تعد نافذة المفعول إلا بعد المصادقة عليها و المعاهدات المصادق عليها بصفة قانونية أقوى نفوذا من القوانين شريطة تطبيقها من الطرف الأخر"

إن تحليل هذا المادة ينتهي بنا إلى القول؛ بأن القاضي أمام و جود نزاع تحكمه قواعد دولية موجودة صلب معاهدة، فإنه مطالب بأمرين: أولهما التثبت من وجود المعاهدة الدولية المذكورة، و هو ما أشارت

---

[1]-« *La cour se refuse à voir dans la conclusion d'un traité quelconque par lequel un Etat s'engage à faire ou à ne pas faire quelque chose un abondon de la souveranité … Mais la faculté de contracter des engagements internationaux est precisement un attribut de la souverainete de l'Etat . ». CPJI ; Affaire du vapeur wimbeldon .serie A ; Pg 25*

[2]- *la constitution tunisienne du 1 er juin 1959 et les traités – Par J Verges . RTD 75. Pg.92.*

[3] *-Article 55 : les traités ou accords regulierement ratifiés ou approuvés ont dés leur publication، une autorité superieure à celle des lois، sous réserves، pour chaque accord ou traité de son application par l'autre partie.*

[4] - بموجب تعديل الدستور التونسي وقع اضافة شرط المعاملة بالمثل فتم اضافة عبارة:"... شريطة تطبيقها من الطرف الاخر "

إليه المادتين 154 و 171 من الدستور الجزائري من خلال اشتراط المصادقة (الفرع الأول)، و لكن يبقي شرط وجود معاهدة مصادق عليها غير كاف لكي يطبقها القاضي، فبعد التأكد من وجودها، فإنه مطالب بالتثبت من نفاذها داخل نظامه القانوني (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تثبت القاضي من وجود المعاهدة الدولية.

إن دور القاضي في مراقبة تحقق شروط تطبيق اتفاق دولي ينطلق من هذه المرحلة الأولى: التثبت من الوجود المادي للقاعدة الدولية – و لو أن في هذا السياق هناك ملاحظتان من الممكن الالماع إليهما:

الأولى: من الممكن – و لو نظريا – أن تثار أمام القاضي مسألة تكييف قاعدة دولية مكتوبة حتى يصبغ عليها صفة المعاهدة الدولية أو ينزعها عنها.[1]

مبدئيا، لا يوجد مانع يحول دون قيام القاضي بهذه العملية الذهنية، خاصة و أن المادة 154 من الدستور الجزائري المعدل لا تعطي امتياز أسبقية التطبيق للقواعد الدولية على القوانين الداخلية، بل هي مقتصرة فقط على المعاهدات الدولية، كما نجد أن المادة 171 من الدستور الجزائري تنص على أنه:" يلتزم القاضي في ممارسة وظيفته بتطبيق المعاهدات المصادق عليها....". و هو ما يجعل سعي القاضي وراء البحث ما إذا كانت القاعدة الدولية المتمسكة بها هي من قبيل المعاهدات أو غيرها من مصادر القانون الدولي في اتجاهه.

و هو ما نزع إليه القاضي الإداري التونسي في قرار عدد 3097 (تجاوز سلطة) مؤرخ في 8 أكتوبر 1996 : عبد الوهاب الميري ضد / وزير الدفاع الوطني، إذ نعى طالب الإلغاء في قضية الحال على القرار الإداري خرقه للإعلان العالمي لحقوق الإنسان. و أمام هذا الطعن كان على القاضي تكييف هذا النص الدولي حتى يمتعه بالأسبقية في التطبيق المشار إليها في المادة 32 من الدستور التونسي. و هو ما قام به في حيثية جاء فيها :

" حيث لئن كان الإعلان العالمي لحقوق الإنسان يعبر عن الآمال المشتركة للشعب في مجال تطوير حقوق الإنسان و حمايتها على الصعيد الدولي، فإنه لا يشكل بذاته نصا له نفوذ قانوني إلزامي و بالتالي فهو ليس معاهدة دولية على معنى المادة 32 من الدستور، و لا يندرج بصفته تلك ضمن النظام القانوني الداخلي للبلاد التونسية مما يكون معه هذا الطعن في غير طريقه و يتعين رده على هذا الاساس ".

لم تذهب المحاكم العدلية التونسية في اتجاه إقصاء الاعلان العالمي لحقوق الانسان من النظام القانوني الداخلي للبلاد التونسية، إذ انها استندت إليه في كثير من القرارات. ففي قرار(غير منشور) صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس تحت عدد 7602 مؤرخ في 18 ماي 2000، إرتكزت عليه المحكمة لاقرار مبدا عدم الميز على أساس الاعتبارات الدينية فجاء في حيثية هامة:"وحيث أن منع التمييز لاعتبارات دينية هو من المبادئ التي تأسس عليها النظام القانوني التونسي فهو من مستلزمات الحرية الدينية كما كرست بالمادة الخامس من الدستور وكما وقع تضمينه في المواد 2 و 16 و 18 من الاعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948، وفي الفقرة الثانية من المادة الثانية من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية."

ونجد نفس الموقف، أيضا، في قرار لاحق صادر عن نفس المحكمة تحت عدد 34179 و المؤرخ في 27 جوان 2000 (غير منشور) .

---

[1] - *Droit international et juridiction judiciaire. Par JF Lauchaume. Repertoire international .Dalloz 1998 n°12 à 19.*

طرح نفس الإشكال المتعلق بالطبيعة القانونية للإعلان العالمي لحقوق الإنسان أمام القضاء الفرنسي، وكان موقف محكمة النقض الفرنسية مخالفا لما ذهب إليه مجلس الدولة.

ففي قرارها الجزائي المؤرخ في 29 جانفي 1997،[1] اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن الاعلان 10 ديسمبر 1948، اتفاقا دوليا وله نفوذ قانوني ملزم في النظام القانوني الفرنسي بينما اعتبر مجلس الدولة الفرنسي في قرار مؤرخ في 23 ديسمبر 1984،[2]أن نشر هذا الاعلان في الجريدة الرسمية لا يمكّن من إضفاء صبغة الاتفاق الدولي المصادق عليه بصفة قانونية على هذا الاعلان، ويمكن للقاضي أن يستأنس في ذلك برأي وزارة الشؤون الخارجية.[3]

أما الملاحظة الثانية، تبرز أن عملية مراقبة القاضي لشروط تطبيق المعاهدة الدولية تنطلق من التثبت من وجودها دون أن يمتد إلى مراقبة الصحة القانونية لاجراءات المفاوضات والتوقيع على الاتفاق الدولي، وبالتالي، كلما يثار هذا الدفع أمام القاضي إلا وكان عليه رفضه، ذلك أن هذه العناصر متصلة بأعمال السيادة التي لا تطالها المراقبة القضائية. [4]

و بالاعتماد على المادتين 154 و 171 من الدستور الجزائري، فإن القاضي يتحقق من وجود الاتفاق الدولي بالتثبت من وقوع مصادقة من عدمه، فتكون بذلك المصادقة هي الشرط الاساسي للصحة القانونية الداخلية للاتفاقية الدولية.

على أنه بمراجعة فقه القضاء المقارن نعثر على تقنية ثانية يقع بواسطتها اقحام الاتفاقيات الدولية صلب النظام القانوني الجزائري ألا وهي الانضمام. وعليه، تكون بذلك المصادقة أو الانضمام الاجراء الاساسي لسريان أحكام المعاهدة أداخليا (أولا).

و يبقى بعد ذلك التعريج على مسالة شائكة تتعلق بنشر احكام المعاهدة فعلى خلاف بعض الانظمة القانونية المقارنة فإن هذا الشرط غير ضروري ليكون بذلك نشر قانون المصادقة أو الانضمام في اتفاقية دولية كاف لوحده ليطبقها القاضي (ثانيا).

أولا- المصادقة أو الانضمام: الإجراء الأساسي للتثبت من وجود المعاهدة الدولية داخل النظام القانوني الجزائري.

بالاستناد إلى المادتين 154 و 171 من الدستور، فإن القاضي يكتفي بمراقبة وقوع مصادقة الدولة الجزائرية على الإتفاق الدولي -الذي تكون أحكامه موضوع نزاع بين الأطراف أمامه – حتى يتثبت من وجوده.

ونفس الأمر بالنسبة للقضاء في تونس، فالقاضي يكون كذلك متقيدا بحرفيّة الفصل المذكور آنفا الذي ينصّ على أن: " المعاهدات لا تعدّ نافذة المفعول إلا بعد المصادقة عليها..."

وبالإطلاع على فقه القضاء الإداري التونسي، نجد أنه، كلما اقتضى النزاع تطبيق اتفاق دولي فإن تمشّي المحكمة الإدارية هو نفسه في أغلب القرارات : إذ تذكر في حيثّية أولى ارتباط حل النزاع المعروض أمامه بأحكام دولية موجودة صلب اتفاقية دولية ثم و في حيثية ثانية تتولى المحكمة إقامة

---

[1] - Cass. criminelle، 29 janvier 1997، Bulletin criminel N°40.

[2] -CE Assemblée 23 Novembre 1984، AJDA 1985 pg 216.

[3] CE 27 Mars 1968، Moraly et la société maison Moraly – Receuil CE. Pg 205

[4] - CA – Paris 18، juin 1968، Klarsfeld c/ office franco allemand pour la jeunesse – AFDI 1969 ، note Lachaume – Pg 833.

الدليل على وجود المعاهدات بالتثبت من تحقق المصادقة التشريعية لتنتقل في حيثية موالية إلى تطبيق أحكام المعاهدة الدولية.

ففي قرار صادر عن المحكمة الإدارية بتاريخ 10 أفريل 1996، تحت عدد: 3970 (تجاوز سلطة) : رضا خديم الله ضدّ / وزير التعليم العالي (غير منشور)، نلاحظ بوضوح هذا التمشي، إذ تقول المحكمة:

" حيث تمسّك المدعي بتطبيق مقتضيات الاتفاقية المتعلقة بالاعتراف بدراسات التعليم العالي و شهاداته و دراسته العلمية في الدول العربية...

و حيث تم التوقيع على الإتفاقية المذكورة باسم البلاد التونسية بمقر منظمة الأمم المتحدة للتربية و الثقافة و العلوم بباريس في 5 نوفمبر 1983،كما تمت المصادقة عليها بالقانون عـ58ـدد لسنة 1985 المؤرخ في 29 جوان 1985، و القاضي بنشرها و تنفيذها كقانون من قوانين الدولة و حازت بذلك على نفوذ أقوى من القوانين عملا بأحكام المادة 32 من الدستور. و نجد نفس التمشي في قرارات أخرى.[1]

يسلك القاضي العدلي نفس المنهج إذ كلما تعلق نزاع بإحكام اتفاق دولي الا و خصص حيثية كاملة للتدليل على المصادقة ليتولى في حيثية موالية تطبيق أحكام المعاهدة.[2]

نستخلص من كل ما تقدم حرص القاضي على التثبت من مسألة المصادقة حتى يتأكد من الوجود القانوني للمعاهدة داخل نظامه القانوني، فكيف يمكن تعريف المصادقة ؟

المصادقة – أو التصديق : (*Ratification*)،[3] هو إجراء أو عمل قانوني – من نظر السلطات التي يعينها القانون الدستوري الداخلي – بواسطتها تعبر الدولة عن إرادتها بان ترتبط ، نهائيا ،بإلتزامات تتضمنها اتفاقية دولية.

عرّف الفقيه الفرنسي : (*Charles Rousseau*)، بدوره المصادقة بكونها الموافقة الممنوحة من قبل السلط الداخلية المختصة على معاهدة دولية حتى تلزم الدولة دوليا .[4]

هناك مفاهيم مجاورة تقترب من المصادقة ومن ذلك التوقيع : (*La signature*)، و يتم عن طريقه قبول المعاهدة الدولية قبولا موّقتا بوضع التوقيع أسفل نصوص المعاهدة من جانب الدول الموقعة و هو ما يقرب أثاره من المصادقة إلا أنه لا يكفي – مبدئيا – لالتزام الدول بتنفيذ أحكام المعاهدة و ذلك لأن التوقيع يعتبر عادة بمثابة قبول مؤقت و يجب أن يليه إجراء آخر يفيد قبول المعاهدة قبولا نهائيا : المصادقة .

يحكم النظام القانوني للمصادقة مبدأ هام هو أن السلطة المؤهلة للمصادقة يحددها االقانون العام الداخلي لكل دولة : ففي النظام الدستوري السويسري، تعرض الاتفاقات الدولية المبرمة لأجل غير محدد أو لأجل يفوق 15 عاما على الاستفتاء الشعبي بشروط معينة. أما في النظام القانوني الفرنسي ، نجد دستور 1958 ينص على تقاسم الاختصاص بين السلطة التشريعية و السلطة التنفيذية ، فالمادة 53 فقرة أولى منه يحدد الاتفاقات الدولية التي تستوجب المصادقة التشريعية ومنها نذكر المعاهدات الدولية المنقحة

---

[1] - قرار تعقيبي عدد 43 مؤرخ في 10 ديسمبر 1991(دوائر مجتمعة)، قرارات الدوائر المجتمعة من 1961 إلى 1992، ص 52 و ما بعدها.

[2] - قضية عدد 4314 مؤرخ في 26 جوان 1996، تس: ناصر إبراهيم ضد / وزير التعليم العالي.

[3] - المفرد الذي يستعمله فقهاء المشرق.

[4] – *Droit international public 11ème édition Précis Dalloz Pg 31.*

للقوانين الداخلية أو المعاهدات المنشاة لمنظمة عالمية و بعض المعاهدات الأخرى الهامة كمعاهدات السلم و التجارة... .[1]

أما في النظام القانوني التونسي، فإن المادة 33 من الدستور حدّد السلطة المؤهلة للمصادقة على المواثيق الدولية التي تبرمها الدولة التونسية و هي السلطة التشريعية إذ جاء ناصا: " تقع المصادقة على المعاهدات بمقتضى قانون".

و بناءا على هذا المادة، تكون مهمة القاضي التثبت من وجود قانون المصادقة و هو ما يعني أن القاضي هو الذي يتولى إقامة الدليل على وجود المصادقة التشريعية.

و السند القانوني في ذلك، هو أنه بوقوع المصادقة التشريعية تصبح الإتفاقية منضوية في المنظومة القانونية الداخلية للقانون التونسي و بالتالي فإن القاضي محمول على معرفتها و تطبيقها فالوقائع محمول عبئ إثباتها على الأطراف بينما يحمل عبئ إقامة الدليل على وجود القاعدة القانونية على القاضي عملا بالمبدأ اللاّتيني: *Da.mi.hi.factum...*

هذا المبدأ كرس القاضي العدلي في حيثية بالغة الأهمية في الحكم الاستانفي عدد 5 المؤرخ في 8 مارس 1995 جاء فيه " و حيث و خلافا لما ذهب إليه نائب حكومة عليها الأولى عندما تمسك بأسبقية النشر فإن المدعية من حقها القيام بعدة مطالب إكتساء بالصيغة التنفيذية في عدة دول إن كان للمحكوم عليه أموال موجودة بها دون محاسبتها لسابقية النشر لأن الأمر يتعلق بالتنفيذ و لا بالقضاء في الأصل و هو ما تجيزه اتفاقية نيورك لسنة 1958 المصادق عليها بالبلاد التونسية بموجب القانون عدد 33 لسنة 1966 و ان المدعية ليست مجبرة بالإدلاء بنسخة من الاتفاقية ضرورة أنه تمت المصادقة عليها بتونس و أصبحت قانونا و طنيا و القاضي محمول على معرفته و لا يمكنه المطالبة به "[2]

و لكن هذا لا يعني أن أطراف النزاع لا تلعب إلا دورا سلبيّا في مجال لإقامة الدليل على وجود المصادقة التشريعية على إتفاق دولي ما إذ بإمكانهم ان يقدموا للقاضي ما يفيد و قوع المصادقة (بعدد و تاريخ القانون و الرائد الرسمي المنشور فيه ذلك القانون)، و بعد إثارة هذا الدفع فإن القاضي يتولى بنفسه التثبت من ذلك فيطبق المعاهدة إن ثبتت المصادقة عليها ورفض ذلك في الحالة المعاكسة.[3]

و لكن قد يعسر على القاضي الالمام بكل المعاهدات الدولية التي وقعت المصادقة عليها نظرا لأهمية عددها، فيمكنه أن يستشير مسبقا وزارة الشؤون الخارجية للتأكد من إتمام إجراءات المصادقة.[4] بالرجوع إلى أحكام المادة 32 من الدستور التونسي نجد أنه يقرن علوية المواثيق الدولية على القوانين الداخلية بشرط صحة المصادقة إذ جاء فيه... " و المعاهدات المصادق عليها بصفة قانونية أقوى نفوذا من القوانين شريطة تطبيقها من الطرف الأخر".[5]

و يمكن أن نستخلص من عبارة "بصفة قانونية" دعوة من الدستور موجهة إلى القاضي قصد التثبت من الصحة القانونية للمصادقة : فهل إنقاد القاضي إلى هذا الاتجاه في التأويل ؟

---

[1] - *L'article 53 dispose : « les traités de paix، les traités de commerce، les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale ; ceux qui engagent la finance de l'Etat ; ceux qui modifient des dispositions de nature législative ; ceux qui sont relatifs à l'état des personnes ; ceux qui comportent cession، échange ou adjonction de territoire ، ne peuvent être ratifiées ou approuvés qu'en vertu d'une loi… »*

[2] - مجلة القضاء والتشريع، العدد السابع، جويلية 1996، ص 121 .

[3] - المحكمة الادارية، تس، قضية عدد 859، بتاريخ 1986 .

[4] - ونفس الحل الذي ينتهجه القاضي الفرنسي: *T.Commercial :Paris 4 decembre 91(Clunet 92 Pg 692)*

[5] - وهو ما لا نجده في الدستور الجزائري.

بمراجعة فقه القضاء الإداري و العدلي نجد أن القاضي يكتفي بالتثبت من وجود المصادقة من عدمه دون الخوض في مسألة الصحة القانونية لهذا الإجراء فيكون بذلك القاضي التونسي متخذا نفس موقف القاضي الفرنسي : إذ بعد قرار الدوائر المجتمعة بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 11 مارس 1953 (*Affaire Gambino C/Arcens*)،[1]أصبح القاضي العدلي يمتنع عن كل مراقبة للصحة القانونية للمصادقة و مستنده في ذلك نظرية : أعمال السيـادة.

وهو موقف ناصره بعض الفقهاء، متعللين بأن مراقبة الصحة القانونية للمصادقة هو تدخل للقاضي في مسألة العلاقات الدولية للحكومة و هو ما لا يسمح به مبادئ استقلالية القضـاء و الفصل بين السلطات، لكن يرى شق آخر من الفقهاء،[2] أن هذه المراقبة ضرورية إذ لا يمكن للقاضي أن يطبق معاهدة دولية تخرق دستور البلاد.

إن هذه المسألة تحيلنا إلى تحليل إشكال آخر قد يعترض القاضي و هو مسألة المصادقة المخالفة للقيود الدستورية: (*Les ratifications imparfaites*).

لقد سبق الإلماع، إلى أن دساتير الدول تضع قيودا مختلفة للمصادقة على المعاهدة الدولية، و هذا الإشكال لا يثار إلا في الحالة التي التي يقتضي فيها الدستور تقاسم الإختصاص بين السلطة التشريعية و التنفيذية.

فيثور البحث عن الحكم في حالة تجاوز رئيس الدولة لهذه القيود الدستورية المفروضة على اختصاصه كالمصادقة على المعاهدة قبل الحصول على موافقة البرلمان أو رغم اعتراض هذا الأخير عليها.

على المستوى الدولي ، ظهرت ثلاث اتجاهات في الفقه الدولي لحلّ هذه المسألة:

فيذهب الفقيه (*Carré de Malberg*)، إلى وجوب الاعتداد بتصديق رئيس الدولة و لو كان مخالفا لأحكام دستوره الوطني. و أهم حجة يعتد بها هذا الاتجاه مبناها كون القانوني الدولي انما يهتم بإعلان إرادة الدولة و لا يعنيه مدى استيفاء هذا الإعلان للشروط الدستورية.

أما الرأي الثاني، وهو المهيمن اليوم يذهب إلى كون التصديق يعد باطلا كلما كان مخالفا للقيود الدستورية، وبالتالي، لا ينتج آثاره ، و يؤسس هذا الاتجاه رأيه على مفهوم الاختصاص، فبالرجوع إلى تعريف المصادقة نفسه نجد أنها موافقة صادرة من السلطات المختصة دستوريا، و بالتالي، فإذا تم خرق هذه الشروط فلا اعتداد بهذه المصادقة، و إن ما يأتيه رئيس الدولة خارج نطاق اختصاصه الدستوري لا يلزم دولته.

أخيرا، و هو اتجاه توفيقي، يرى أصحابه أمثال : (*Anzilotti*)، اعتبار التصديق باطلا مع تقرير مسؤولية الدولة التي قام رئيسها بالتصديق الباطل.

على المستوى الداخلي، فإن فقه القضاء الجزائري لم يتعرض إلى هذه المسألة – على حدّ علمنا- ويمكن رد سكوت القاضي إلى تطبيق ضمني لنظرية أعمال السيادة التي تمنع القاضي من أن يتدخل لمراقبة العلاقات الدولية الحكومية.

---

[1] - *Clunet 1953 . Pg. 636.*

[2] - رأي الفقيه الفرنسي (*Roger Pinto*) في مؤلفه:

. *Le contrôle de la régularité des conventions internationales par les juridictions francaises.*

أما في فرنسا، فإن الاتجاه السائد مختلف بين فقه القضاء العادي وفقه القضاء الإداري، فإذا كان القاضي الفرنسي العادي يرفض تطبيق كل معاهدة دولية لم تقع المصادقة عليها بصفة قانونية، فإن القضاء الإداري الفرنسي قبل تطبيق معاهدة دولية كان القانون المصادق عليها مخالفا لأحكام دستور لسنة 1948.

يطلق الفقهاء على هذه المسألة تسمية "الدستورية الخارجية المعاهدات" (*La constitutionalité externe des traités internnationaux*)، أي مطابقة المعاهدة للدستور من حيث احترام القانون المصادق عليها للإجراءات الدستورية، وذلك لتمييزها عن الدستورية الداخلية المعاهدة (*La interne des traités internationaux constitutionnalité*)، أي احترام المعاهدة – في الأصل – للأحكام الدستورية.

هناك مبرران على الأقل يؤسسان اختصاص القاضي لمراقبة الدستور الخارجية للمعاهدات:

أولا- تكون المعاهدة في هذه الحالة لاحقة للدستور و بحكم أن القاعدة الدستورية أعلى قاعدة قانونية في الهرم التشريعي الداخلي فهو القاعدة القانونية – المرجع التي يجب على القاضي دائما صيانة علويتها و الحرص على تطبيقها.

ثانيا- بالرجوع إلى المادة 46 من اتفاقية فيانا لقانون المعاهدات التي تنص على أنه إن كان التصريح بإرادة الدولة عند إبرام معاهدة دولية يخرق أحكاما من قانونها الداخلي متعلقة بالاختصاص عند المصادقة، فإن هذا الطعن لا تتمسك به مبدئيا هذه الدولة للتفصي من المعاهدة إلا إذا كان الخرق واضحا و يتصل بقاعدة من قانونها الداخلي ذات أهمية مطلقة .

إذا الحكم الذي أقرت به هذه الاتفاقية يسمح بإبطال المعاهدات - بالشروط المشار إليها – عندما يتفطن القاضي إلى الادستورية الخارجية للمعاهدة.

و من البديهي القول؛ بأن هذا الجزاء يسلط على مستوى النظام القانون الدولي.

في النظام القانون الداخلي – و إن كان لا يمكن للقاضي أن يسلط على المعاهدة ذلك الجزاء – فإنه يمكن له أن يكتفي باستبعاد تطبيقها في القضية المعروفة أمامه.

لكن، يظهر، أن هذا الرأي – على الرغم من الآفاق التي يفتحها لتدعيم اختصاصات القاضي – لا يحضى من هذا الأخير بالقبول لديه، فالقاضي الإداري الفرنسي في قرار: (*CE 19 mars 1966 : Cartel d'action morale et sociale et l'union féminine civique et sociale*)،[1] أخرج من دائرة إختصاصه مراقبة صحة الإجراءات المتبعة للمصادقة على هذه المعاهدة الدولية و مستند القاضي في ذلك أنه لا يتدخل في العلاقات الخارجية التي تبرمها دولته مع غيرها من الدول لأنها من أعمال السيادة المحصنة من كل رقابة قضائية .

ثم أن مراقبة القاضي للدستورية الخارجية المعاهدة الدولية هي رقابة دستورية قاعدة فوق التشريعية (*Une régle supra législative*)، و عليه و عملا بالمبدأ القانوني : من يمكنه الأكثر أمكنه

[1] - جاء في القرار :

Il n'appartient pas au conseil d'Etat statuant au contentieux d'apprecier la régularité de la procedure suivie pour la ratification des traités internatinaux… Receuil Lebon pg 212.

الأقل ، فإن هذه المراقبة تفتح المجال أمام مراقبة القوانين العادية، و هو ما استبعدته محكمة النقض التونسية بكل وضوح من اختصاص القاضي في قرارها عدد : 27971 و المؤرخ في غرة جوان 1988.[1]

و مجمل القول، إذا إن إقحام المعاهدة الدولية صلب النظام القانون الجزائري وبعض التشريعات المقارنة مشروط بحصول المصادقة عليها، و لكن هل أن المصادقة هي التقنية الوحيدة لذلك ؟

بمراجعة فقه القضاء المقارن في هذا المجال، نجد أن إدماج المعاهدة إلى جانب القواعد القانونية الداخلية يمكن أن يتم كذلك عن طريق الانضمام.

في قرارها عدد 32523 المؤرخ في 10 نوفمبر 1993، طّبقت محكمة النقض التونسية أحكام الاتفاقية الخاصة بالاعتراف بالقرارات التحكيمية الأجنبية و بتنفيذها المبرمة في نيويورك بتاريخ 10 جوان 1958، مستندة إلى حصول الإنضمام فيها بمقتضى القانون عدد 12 لسنة 1967 المؤرخ في 10 أفريل 1967.[2]

كيف يمكن تعريف هذه التقنية التي تقترب من المصادقة دون أن تكون لها المعني نفسه ؟

إن الإنضمام: *(Adhésion ou accession)*، كما عرّفه الفقيه الفرنسي شال روسو هو العمل القانوني الذي بواسطة تنضوي دولة لم تكن طرفا موقعا على المعاهدة الدولية تحت أحكام هذه المعاهدة.[3]

فإذا سبق للدولة أن قامت بتوقيع اتفاقية دولية، فإنه يشترط لدخولها حيز التنفيذ أي تخضع للمصادقة ، أما في صورة الاتفاقيات الجماعية المفتوحة للانضمام الدول غير المشاركة في صياغتها أو في اعتمادها في ندوة المفوضين، فإنه يمكن للدول أن تصير طرفا كامل الحقوق فيها وذلك بطريق الانضمام. [4]

إن إمكانية الانضمام إلى المعاهدات الدولية غير واردة إلا في الاتفاقيات التي تقبل ذلك، إذ أن بعض الاتفاقات الدولية تضع شروطا لانضمام الدول إليها كالانتماء إلى منطقة جغرافية محددة وهي الاتفاقيات المغلقة.

مثل المصادقة، يتم الانضمام بقانون يختمه رئيس الجمهورية بعد ترخيص مجلس النواب وبالتالي فإن التثبت من وجود الانضمام من عدمه يكلف القاضي البحث عن قانون الانضمام.

وكما سبق تحليل هذه النقطة، فإن القاضي أمام تضخم عدد المعاهدات فإنه بإمكانه استشارة وزارة الشؤون الخارجية حول وقوع الانضمام من عدمه. فإذا لم يثبت الانضمام فإن القاضي يرفض تطبيق الاتفاق الدولي المتمسك به.[5]

أمام تطور العلاقات الدولية وتضخم حجم المعاملات بين الدول، ظهرت صيغ جديدة لإدماج المعاهدات صلب النظام القانوني الداخلي. أهم سمة تتصف بها هذه الصيغ هي بساطة إجراءاتها لذلك تسمى الاتفاقات ذات الشكل المبسط : *(Accorrds en forme simplifiée)*، فأمام الشكل الرسمي الذي

---

[1] - قرار عدد 2971 مؤرخ في 1 جوان 1988، نشرية محكمة التعقيب، 1988، ص 88 .

[2] - قرار تعقيبي عدد 32523 مؤرخ في 10 نوفمبر 1993، مجلة القضاء والتشريع، عدد 10 ، دسيمبر 1994، ص 88 .

[3] - *Droit international public. 11ème édition. Precis Dalloz. Pg 45.*

[4] - صلاح الدين الضميري، قانون المعاهدات، مجلة القضاء والتشريع، جوان 1988، ص 97.

[5] - محكمة الاستئناف بتونس، قضية عدد 56392 بتاريخ 27 نوفمبر 1963، مجلة القضاء والتشريع، عدد 2 / 1964 : " حيث أنه لم يثبت انخراط البلاد التونسية سواء مباشرة أو بواسطة دولة الحماية قبل الاستقلال في اتفاقية بروكسال المؤرخة في 25 أوت 1924"

تتخذه المصادقة أو الانخراط وصيغها المعقدة، أخذت هذه الأخيرة في التقهقر فاسحة المجال أمام صيغ أبسط منها القبول والموافقة و كلاهما يشكلان تشكل صيغة يستعاض بها عن المصادقة لكونها لا تتطلب الرجوع إلى السلطة التشريعية. تختلف صيغة القبول والموافقة على بقية الصيغ المبسطة لإقحام المعاهدات بكون الاتفاقات ذات الصيغ المبسطة لا تدخل بطبيعتها في مجال اختصاص السلطة التشريعية حال أن صيغ القبول والموافقة تتعلق باتفاقات متصلة بالميدان التشريعي.

ضبط الفقيه *(Charles Rousseau)* معيار التمييز بين الصيغ القديمة والصيغ الجديدة وهو أن هذه الإتفاقات المبسطة تدخل حيز التنفيذ بمجرد توقيع ممثلي الدولة على المعاهدة فهي لا تخضع للإجراءات الدستورية التي تقتضيها المصادقة.

على صعيد القانون الدولي، ليست شرعية هذه الصيغ محلا للنقاش فقد اعتمدتها رسميا المادة 11 من اتفاقية فيانا حول قانون المعاهدات، التي اعتبرت أن للدولة أن تعبر كذلك عن رضاءها بالالتزام بمعاهدة مّا عن طريق القبول أو الموافقة أو بأي وسيلة أخرى و يتفق عليها.

على صعيد القانون الداخلي، لم يتعرض دستور 1959 إلى الاتفاقات في شكل مبسط لكن هذا الصمت الدستوري لا يعني منعا لصيغ القبول أو الموافقة بل بالعكس فإن الدولة التونسية –في التطبيق - تلجأ كثيرا إلى مثل هذه الصيغ لإبرام الاتفاقيات الدولية وذلك في شكل تبادل رسائل أو مذكرات *(Echange de lettres ou de notes)* أو بيانات مشتركة *(Déclarations communues)*.[1]

إن إجراءات هذه الصيغ الجديدة تطرح إشكالا هاما، ذلك انها تعسّر من مهمة القاضي في التثبت من وجود معاهدة مدمجة في النظام القانوني التونسي لأن إذا كانت المصادقة أو الانخراط تترك أثرا ماديا – وهو قانون المصادقة – فإن هذه الصيغ الجديدة تجعل من المعاهدة تدخل حيز التطبيق بمجرد الإمضاء من قبل الأعضاء المفوضين لذلك، وهو ما قد يصعب إثباته. لكن ينبغي على القاضي استشارة وزارة الخارجية - جهة الإبرام – للتثبت من صدور موافقة الدولة التونسية على الإتفاقية الدولية.

إن المصادقة وإن كانت الإجراء الأساسي لدخول المعاهدة حيز التنفيذ، فإنها ليست الإجراء الوحيد، ذلك أن المصادقة تستلزم تبادل وثائق المصادقة. يختلف هذا الإجراء بحسب ما إذا كانت المعاهدة ثنائية أو متعددة الأطراف. يتم ذلك بالنسبة للاتفاقات الثنائية بالتقاء ممثلي الدولتين الطرفين وبتبادل وثائق المصادقة وإعداد محضر جلسة في الغرض يتسلمه الطرفان بينما فيما يخص المعاهدات الجماعية فإن الدولة الطرف تودع وثائق مصادقتها لدى دولة طرف أخرى يقع الاتفاق عليها مسبقا وتعلم بذلك كافة الدول الأطراف الأخرى.

وبمراجعة القانون المقارن، نجد أن المعاهدات الدولية لا تدخل في النظام القانوني الفرنسي بمجرد المصادقة بل يجب أن يتبعها إجراء آخر ألا وهو نشر أحكام المعاهدة الدولية.[2]

هذا الإجراء الأخير لا يشترطه النظام القانوني التونسي حيث يكفي وجود المصادقة القانونية لتدخل بذلك أحكام المعاهدة إلى جانب القواعد القانونية الداخلية ونشر قانون المصادقة إنما هو شرط للاحتجاج بها *(L'opposabilité)* فقط.

---

[1] *-La constitution tunisienne du 1 juin 1959 et les traités Par J. Vergés RTD – 1975 – pg 11.*

[2] - المادة 55 من الدستور الفرنسي تنص :

Les traités ou accord régulièrement rectifiés ou approuvés ont dés leur publication une autorité supérieure à celle de lois sous réserve pour chaque accord ou traité de son application par l'autre partie.

ثانيا- نشر قانون المصادقة: شرط كاف لتطبيق المعاهدة المتعلقة به.

سبقت الإشارة، إلى مبدأ هام في القانون الدولي يترك للدول حرية ضبط الشروط اللازمة لدخول المعاهدة في النظام القانوني الداخلي، إذ أن القانون الدولي لا يضع شروطا محددة في هذا المجال عدا مبدأ حسن النية في تطبيق أحكام الاتفاقات الدولية.

ونتيجة، لهذا التحليل، تبقى مسألة اشتراط نشر أحكام المعاهدة الدولية نفسها حتى تتدخل المعاهدة حيز التطبيق غير واردة في كل الأنظمة القانونية المقارنة.

ففي النظام القانوني الفرنسي، تجعل المادة 55 من دستور 1958، من نشر الاتفاقات الدولية شرطا أساسيا لإمكانية تطبيق أحكامها. لذا فإن القاضي الفرنسي يتثبت من اكتمال شرط النشر و يرفض مبدئيا تطبيق كل معاهدة غير منشورة .[1]

أما في النظام الدستوري التونسي، و بالرجوع إلى أحكام المادة 32 من الدستور نلاحظ أنه لا يربط تطبيق أحكام المعاهدة الدولية بنشرها بل يكتفي بشرط حصول المصادقة عليها، وهو نفس ما هو منصوص عليه في المادة 154 من الدستور الجزائري.

بمراجعة فقه القضاء التونسي، في هذا المجال، نلاحظ أن القاضي سواء الإداري أو العدلي يكتفي بالتثبت من وقوع المصادقة من خلال قانون المصادقة نفسه دون أن يعير أي اهتمام لمسألة النشر، فقلة هي القرارات التي يتولى فيها القاضي التونسي التثبت من هذا الإجراء. و هو ما يعد تطبيقا حرفيا للفصل 32 من الدستور.

إلا أن بعض الفقهاء لم تتفق مع التحليل الذي ذهب إليه القاضي إذ أكدوا على أن إجراء نشر أحكام الاتفاق الدولي بالرائد الرسمي هو إجراء أساسي لدخول المعاهدة في النظام القانوني التونسي بل هو الإجراء الأساسي الوحيد لذلك إذ يذكر الأستاذ (*Jean Vergés*):

"La publication au journal officiel de la république tunisienne constitue <u>la véritable procédure d'introduction du traité dans l'odre juridique tunisien</u>… »[2]

يستند هذا الرأي إلى معطيين: معطى له علاقة بغيره من النصوص القانونية التي تلزم بنشر أحكام المعاهدة الدولية و التي تفرض بالتالي على القاضي عدم تطبيق المعاهدات الغير المنشورة و الإكتفاء بتطبيق المنشور منها.

جاء في المادة 52 من الدستور" يختم رئيس للجمهورية القوانين الدستورية و الأساسية و العادية و يسهر على نشرها بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية في أجل لا يتجاوز خمسة عشر يوما إبتداءا من بلوغها إليه من طرف رئيس مجلس النواب..."

فإذا كانت المادة 32 من الدستور لا توجب نشر أحكام المعاهدات، فإن المادة 52 يمكن أن يجد فيه القاضي أساسا لاعتبار نشر أحكام الاتفاقيات الدولية شرطا أساسيا لتطبيقها.

أما بالنسبة للدستور الجزائري، فإن القاضي يمكن أن يجد سنده في مضمون المادة 148 منه، والتي تنص على أنه:" يصدر رئيس الجمهورية القانون في أجل (30) يوما، ابتداء من تاريخ تسلمه إياه.

---

[1] *-CE 16 novembre 1956 ، arrêt villa. Recueil du CE Pg .433. Cassation ، assmblée pleniére ، 11 mars 1953، Gambino c/ Arcens .*

[2] *- La Constitution tunisienne du 1 juin 1959 et les traités .Par J vergés. RTD 1975 1 er sem .Pg 85 et suivants.*

غير أنه إذا أخطرت سلطة من السلطات المنصوص عليها في المادة 193 أدناه المحكمة الدستورية، قبل صدور القانون، يوقف هذا الأجل حتى تفصل في ذلك المحكمة الدستورية وفق الشروط التي تحددها المادة 194 أدناه".

و يضيف أصحاب هذا الرأي أساسا قانونيا ثانيا، و هو منشور صادر عن الوزير الأول التونسي، عدد 86، مؤرخ في 4 نوفمبر 1988، جاء فيه بالفقرة (ب) حوّل نشر المعاهدات و الاتفاقيات المصادق عليها:

"... أؤكد أنه على الوزارات المعنية اتخاذ الإجراءات اللازمة حتى يتم إرسال مشاريع أوامر نشر المعاهدات و الاتفاقيات المصادق عليها إلى الوزارة الأولى في أجل لا يتعدى الشهر من تاريخ إصدار القوانين المصادق عليه ، مشفوعة بتأشيرة الوزارات المعنية..."

و يمكن للقاضي أن يأخذ هذا النص بعين الاعتبار لرفض تطبيق معاهدة لم تنشر إذ أن في حث السلطة التنفيذية على نشر المعاهدات المصادق عليها دليل على أهمية العملية و تأثيرها على دخولها حيز التطبيق في النظام القانوني التونسي.

أما المستند الثاني، فهو يتعلق بالمبادئ العامة للقانون الداخلي و حتى الدولي. فإذا كان الجاهل لا يعذر بجهله للقانون، يجب قبل ذلك أن يكون قد حصل له العلم بهذا القانون، إذ لا يمكن أن نطالب المخاطب بالقانون باحترام قاعدة قانونية إلا إذا كانت أحكام هذه القاعدة قد أحيطت بالإشهار الكافي و الإشهار في القانون يتم عن طريق النشر بالجريدة الرسمية.

كما أن المبادئ الدولية التي كرسها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 10 ديسمبر 1948، تمنع من تطبيق قاعدة قانونية مخفية لم تظهر للأطراف الموجهة لهم إلا عند تولي القاضي تطبيقها،[1]فضمان أمن العلاقات القانونية لا يتم إلا عبر إشهار القواعد القانونية المنظمة لها.

يتوحد مغزى كل هذا المستندات، في كون القاضي مطالب بالتثبت من نشر أحكام الاتفاق الدولي قبل الشروع في تطبيقه، إلا أن هذا التحليل لا يمكن أن يقنع القاضي لعدة أسباب:

السبب الأول: هو أن المادة 52 من الدستور المتمسك به و أن كان يلزم رئيس الجمهورية بنشر القوانين الدستورية و الأساسية و العادية فإن ميدان تطبيق هذا المادة لا يعدو سوى القوانين الداخلية التي أشار إليها النص ذاته. والقول؛ بأن المادة 52 هو أساس قانوني يلزم القاضي برفض تطبيق معاهدة لم يقع نشرها، إنما هو تأويل يتجاوز مدلول و عبارة النص فإذا كانت عبارة النص واضحة فلا موجب لأي تأويل توسعي.

ثم إنّ أحكام المنشور الوزاري بالنظر الى طبيعته القانونية تفقد قيمة حجيته: إذ أن هذا المنشور لا يعدو سوى قرار إداري لا يمكن بأية حال أن يكون مصدرا لإلزام القاضي بالاكتفاء بتطبيق المعاهدات المنشورة فاختصاصات القاضي لا يحددها سوى القانون أو قاعدة فوق قانونية.

زيادة على هذا، إن أحكام المنشور ترمي أكثر إلى الحث على نشر الاتفاقات المبرمة لما لوحظ من عدم انتضام نشرها بسبب غياب الإلزام القانوني بذلك.

---

[1] - *Le juge et les traités non publiés de la France – Par Roger Pinto – Melanges offerts. à M .waline Tome 1. Pg 233 .*

أخيرا، و بالاطلاع على القانون عدد 64 لسنة 1993 المؤرخ في 5 جويلية 1993، نجده حصر النصوص القانونية الواجب نشرها و لا توجد المعاهدات الدولية ضمن القائمة.

السبب الثاني، هو ان المتفحص في قائمة المعاهدات الثنائية و الجماعية التي أبرمتها الجمهورية التونسية[1] يتأكد من أن عددا هاما منها لم ينشر بعد، فلو يذهب القاضي في إتجاه إشتراط النشر لتطبيق الإتفاقات الدولية لآل ذلك إلى تجميد جزء هام منها و الحد من الطبيعة الإلزامية لأهم مصدر من مصادر القانون الدولي.

هذا هو الخطر الذي أشار إليه الفقهاء الفرنسيين من تناقص بين و جود القاعدة الدولية من جهة، و عدم إمكانية التمسك بها أمام المحاكم الفرنسية لعدم نشرها.[2]

بعدم إشتراطه نشر أحكام المعاهدة الدولية لتطبيقها، يدعّم الدستور الجزائري مكانة القانون الدولي في نظامنا القانوني، إذ أن الإبتعاد عن هذا الاجراء يوفر أكثر حظوظا لتطبيق القاعدة القانونية الدولية.

لكن ما هو موقف المحاكم الجزائرية من الإشكال المتمثل في معرفة مضمون المعاهدات الدولية في غياب نشرها ؟

في ظل غياب اجتهادات قضائية في هذا المجال، يمكننا الاستئناس بفقه القضاء المقارن، حيث عالجت المحاكم التونسية هذا الإشكال بصفة مختلفة بين المحاكم العدلية و المحكمة الإدارية. ففي قرارها عدد 5 المؤرخ في 8 مارس 1995، اعتبرت محكمة الاستئناف أنه بحصول المصادقة أصبحت المعاهدة الدولية قانونا وطنيا، وبالتالي، فإن القاضي محمول على معرفته و لا يمكن مطالبة الأطراف بإثبات مضمونها.[3]

إذن، المنطق الذي اتبعه القاضي التونسي ينطلق من كون كل القواعد القانونية المكونة للهرم التشريعي – حتى و لو كانت ذات صبغة دولية – محمول عبء إثبات فحواها على القاضي نفسه، وهو ما يمثل تدعيما هاما لتطبيق القواعد القانونية الدولية في النزاعات أما م المحاكم التونسية، إذ بذلك يسهل على الأطراف التمسك بأحكام معاهدة دولية مصادق عليها بصفة قانونية من قبل الجمهورية التونسية.

لكن يظهر أن هذا الحل لم يحض بإقناع القاضي الإداري إذ أن المحكمة الإدارية تعتبر أن أحكام المعاهدة الدولية ليست بقانون بل هي و قائع، وعليه فإن إثباتها متروك للطرف الذي تمسك بها. ففي قرارها: عدد 3411 المؤرخ في 6 مارس 1996 (ت/س) علي الضاوي ضد / الصندوق القومي للضمان الاجتماعي، أوقفت المحكمة الإدارية النظر في القضية على إثر تمسك الصندوق باتفاقية تونسية-ليبية للضمان الإجتماعي فصدرت حكما تحضريا يقضي بإرجاع القضية إلى طور التحقيق لمطالبة الادارة بالإدلاء بالإتفاقية المتمسك بها، كل ذلك على الرغم من أن هذه الإتفاقية منشورة بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 52 لسنة 1974.

يبدو أن موقف المحكمة الإدارية يميل بإفراط إلى تكريس حياد القاضي في المنازعة الإدارية. يظهر أن القاضي العدلي يتمسك بتوفير أكثر الحظوظ لتطبيق القاعد القانونية الدولية حيث يضع دائما في خلده المسؤولية الدولية للدولة (*La responsabilité internationale de l'Etat*)، فمن المعلوم، أنه طالما

---

[1] - قائمة المعاهدات والاتفاقات والاتفقيات المبرمة من قبل الجمهورية التونسية – وزارة الشؤون الخارجية – إدارة الشؤون القانونية – تونس 1995.

[2] *- Le juge devant les traités non publiés de la France. Par R .Pinto.*

[3] - محكمة الاستئناف (تونس): قضية عدد 5 مؤرخة في 8 مارس 1995، مجلة قضاء وتشريع، عدد 7، جويلية 1996، ص 121 .

أبدت الدولة موافقتها على الإلتزام بأحكام معاهدة دولية فعليها تطبيقها حسب مبدأ حسن النية،[1]هذا المبدأ الذي يحتم على كل السلطات المكونة للدولة السهر على تطبيقها واحترام قواعدها، بما في ذلك السلطة القضائية،[2]وأي إخلال بهذا الإلزام يعمر ذمة الدولة عن طريق قيام مسؤوليتها الدولية.

لذا، وعيا منه بأهمية دور القاضي في تطبيق المعاهدات و تأثيرها على السمعة الدولية لبلاده، فكلما تحقق شرط المصادقة على الاتفاق الدولي إلا و سعى القاضي التونسي إلى تذليل كل الاشكالات الأخرى أمام تطبيقه.ولسائل أن يسأل ما الذي يجعل من النشر اجراءا له صعوبة خاصة في مادة الاتفاقات الدولية ؟

بمتابعة نسق نشر المعاهدات الدولية المصادق عليها بصفة قانونية يمكن التطرق إلى ملاحظتين:

الأولى: هي ان أغلب المعاهدات الدولية وخاصة منها الثنائية غير منشورة بالرائد الرسمي و هو ما يحمل على القول؛ بأن عدم النشر هو الأصل و النشر يعد استثناءا إذ يقتصر على الاتفاقات الهامة فحسب.

أما الثانية: هي أنه وحتى في الحالات التي يقع فيها نشر أحكام معاهدة دولية، فإننا نلاحظ، في بعض الحالات تفاوتا هاما بين تاريخ نشر قانون المصادقة أو الانخراط وتاريخ نشر أحكام المعاهدة الدولية، ويمكن إن نجد مثالا لذلك: انخرطت تونس في العهد الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والعهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية نيويورك 1965، بمقتضى القانون عدد 30 لسنة 1968 المؤرخ في 29 نوفمبر 1968، و لم يقع نشرها إلا بعد 15 عاما من تاريخ المصادقة عليها بمقتضى الأمر عدد 1098 لسنة 1983 المؤرخ في 21 نوفمبر 1983.[3]

و يمكن رد الصعوبات التي تقف وراء عدم نشر أحكام المعاهدات الدولية أو التأخير الهام في نشر إلى سبب فني بالأساس متعلق بإمكانيات المطبعة الرسمية التي تمنح الأولية للنصوص القانونية و الترتيبية التي لا تحتمل تأخير نشرها، حال أن المعاهدات تعد نافذة حتى بدون نشرها.

وقد تفهّم القاضي التونسي هذه الوضعية فأقصى شرط نشر احكام المعاهدة بتطبيها مقتصرا على وجود قانون للمصادقة أو الانخراط حتى يعارض العموم بها.

إذن، يمكن القول؛ بأن المعارضة بالأحكام الدولية لا تجد أساسها في نشر احكام الاتفاقية نفسها بل بصدور القانون الداخلي المصادق عليها، فإذا حصلت المصادقة دخلت المعاهدة حيز التنفيذ.

إن تاريخ دخولها حيز التنفيذ ينطلق مبدئيا من تاريخ قانون المصادقة عليها، إنه يتعين الاشارة، إلى أن دخول المعاهدة الدولية حيز التطبيق داخليا مرتبط أيضا بدخولها حيز التطبيق في النظام القانوني الدولي بمعنى؛ أن القاضي عليه أن يتثبت في شروط دخول المعاهدة حيز التطبيق الواردة بالمعاهدة نفسها. ومثال ذلك، المعاهدات التي تشترط لدخولها حيز التطبيق على المستوى الدولي بلوغ عدد معين من الدول الموقعة عليها، فإذا صادقت الجزائر على هذه المعاهدة فتدخل بذلك حيز التطبيق داخليا. لكن القاضي لا يطبقها فعلا إلا بعد التاكد من الوصول الى العدد الذي اشترطته المعاهدة بنفسها من الدول الموقعة.

وصفوة القول، أن القاضي الجزائري أو بعض القضاء المقارن بعد التثبت من استيفاء المعاهدة شرط المصادقة، فإنه يطبقها مبدئيا انطلاقا من تاريخ القانون المصادقة عليها، ولكن يجب كذلك على

---

[1] - الفصل 26 من اتفاقية فيانا لقانون المعاهدات 23 ماي 1969.

[2] - الفصل 27 من اتفاقية فيانا لقانون المعاهدات.

[3] - قائمة المعاهدات والاتفاقيات والاتفاقات المبرمة من قبل الجمهورية التونسية، وزارة الشؤون الخارجية، ص 204.

المشرع الجزائري أن يأخذ بالحسبان ماجاء في الفقرة الأخيرة من المادة 34 من الدستور الجزائري، والتي تنص على أنه:".... تحقيقا للأمن القانوني، تسهر الدولة، عند وضع التشريع المتعلق بالحقوق والحريات، على ضمان الوصول إليه ووضوحه واستقراره".

لكن يجب على القاضي الرجوع الى الشروط التي تضبطها المعاهدة لسريان آثارها القانونية، وهو ما يعني ضمنا؛ إمكانية التطبيق الرجعي لأحكام المعاهدة أي قبل تاريخ المصادقة عليها.

طرح هذا الاشكال على القاضي الفرنسي واهتدى الى الحل المذكور ذلك في قرار مبدئي صادر عن محكمة النقض مؤرخ في 15 ماي 1984:

« Si l'article 55 de la constitution subordonne l'application en France des conventions internationales à leur ratification et à leur publication, il reste que ces conventions, une fois publiées, doivent être appliquées dans toutes leurs dispostions y compris celles qui leur confèrent un caratère retroactif …. » [1].

إلا أن هناك إستثناء هام يجب على القاضي – و بالأخص القاضي الجزائي – التنبه إليه، إذ أن التطبيق الرجعي لأحكام المعاهدات لا يأخذ به في كل الحالات: و نقصد بذلك المعاهدات ذات الصبغة الجزائية التي إما تجرم فعلا كان إتيانه مباحا قبلها أو التي تشدد في صنف الجريمة على مرتكب الجناية.

فهذه الصورة تصطدم بمبدأ دستوري هام وهو عدم رجعية القانون الجزائي المكرس صلب المادة 43 من الدستور الذي ينص:" لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم". فلا يمكن للقاضي الجزائي و إن خرق أحكام المعاهدة الدولية أن يعاقب شخصا من أجل جريمة استحدثتها هذه المعاهدة، وكان هذا الشخص قد إقترفها قبل دخول المعاهدة حيز التطبيق في النظام القانوني الجزائري، أي قبل تاريخ المصادقة عليها حتى و إن اشترطت المعاهدة ذلك، فأحكام الدستور تقف حاجزا أمام التطبيق الرجعي للأحكام الجزائية الدولية المشار إليها في الحالتين المذكورتين.

وقد أكد المجلس الدستوري الفرنسي هذا الحل في قراره عدد 307 لسنة 42 المؤرخ في 29 فيفري 1992،[2] ولكن و على عكس ذلك، فإنه يمكن تطبيق الأحكام الجزائية الدولية بصفة رجعية، أي؛ على القضايا المنشورة قبل تاريخ المصادقة عليها إذا جاءت بحكم أرفق على الجاني عملا بالمبدأ الذي يقضي بتطبيق القانون الأصلح على المتهم.

وأخيرا، يتعين الاشارة، إلى أن القاضي مقيد بأسباب انقضاء أحكام المعاهدة الدولية وهو ما يوجب عليه التثبت ما إذا تعلق بسريانها أحد أسباب انقضاء أو تعليق الالتزامات الدولية.

و خلاصة القول، في هذا المجال، هو أنه بالرغم من الأهمية – العملية و حتى النظرية – لإجراء النشر، و خلافا لما ذهب إليه شق من دارسي النظام الدستوري التونسي، فإن المصادقة أو الإنضمام هي الإجراء الأساسي لدخول المعاهدة في النظام القانوني التونسي و هو ما يلزم القاضي من التثبت من وقوعها، و تبقى الوسيلة للتأكد من تحققها هو الإطلاع على قانون المصادقة.

يبقى إشكال إطلاع العموم على مضمون المعاهدة مسألة واقعية، فيمكن للأطراف وحتى القاضي في تونس، إستشارة وزارة الشؤون الخارجية التي تمثل جهة الإبرام حسب صريح المادة 6 من أمر 1242 سنة 84، الذي يضبط مشمولات وزارة الخارجية كما يمكنهم الإطلاع على أحكامها عن طريق منشورات

---

[1] *-cass، civ، 15 mai 1984 ،Tran Tho Dang - RGDIP1985 – p 811.*

[2] *- decision : Zones de transit – RFDA 1992 Pg 656.*

هذه الوزارة أو مجموعة المعاهدات التي تنشرها منظمة الأمم المتحدة. وهذا ما يمكن الاتجاه إليه كذلك في الجزائر.

لقد سبق الإلماع، إلى كون القاضي عندما يتولى الشروع في تطبيق معاهدة دولية، فإنه يفرض منه ذلك إتباع منهج منطقي، والخطوة الأولى في ذلك، من التثبت من وجود القاعدة القانونية الدولية المتمسكة بها، أي؛ الصحة القانونية للمعاهدة الدولية في داخل نظامه القانوني.

أما الخطوة الموالية فهي التثبت من إمكانية تطبيقها على الصعيد الداخلي (*son applicabilité*).

في تحليل ممتاز للصبغة الخاصة للقاعدة الدولية، إشارة الفقيه الفرنسي(*Achille Mestre*)، أن طريقة تطبيقها من قبل السلطة القضائية خاصة ومختلفة تماما عن تطبيق أحكام القواعد الداخلية. و هذه الخصوصية، تظهر جلية في التثبت من إمكانية تطبيق أحكام معاهدة دولية في النظام القانوني الداخلي من قبل القاضي، فوجود القاعدة الدولية لا يعني إمكانية تطبيقها الآلي، الأمر الذي تنفرد به الأحكام الدولية على الأحكام القانونية الداخلية.[1]

الفرع الثاني: نفاذ أحكام المعاهدات الدولية.

بعد تيقن القاضي من وجود معاهدة دولية، سارية المفعول، ينتقل إلى الخطوة الموالية من التمشي المنطقي الذي يحكم تطبيق المعاهدات الدولية، هذه الخطوة الثانية تتلخص في التثبت من قابلية تطبيقها.

إنّ ما سنتولى تحليله في هذه الفقرة، هو إقامة البرهان على الصبغة الخصوصية في تطبيق الأحكام الدولية التي تميزها على تطبيق الأحكام القانونية الداخلية، فيكتفي القاضي عند توليه تطبيق قانون داخلي بالتثبت من وجود قاعدة قانونية سارية المفعول لتطبيقها مباشرة. إلا أن هذه الآلية في التطبيق غير واردة عندما يتولى القاضي تطبيق المعاهدة الدولية.

إن هذه الصبغة الخاصة تجد أساسها في حقيقة الأمر في تفريق دأب فقهاء القانون الدولي على تكريسه بين الصحة القانونية أو الوجود القانوني للقـــاعدة (*La validité*)، من جهة و النجاعة في تطبيقها أو تطبيقها الفعلي (*l'efficacité*)، من جهة أخرى.

فالقاعدة الدولية تكتسب صحتها القانونية عندما تترجم بكل وضوح عن ارادة الدولة بأن تلتزم باحترام احكام دوليّة معينة، إلا أنها لا تكون قابلة للتطبيق فعليا إلا اذا نزعت عنها الصبغة المجردة و أصبحت قاعدة آمرة و ينجر عن خرق أحكامها جزاء مادي و ليس معنوي، تماما مثل القواعد القانونية الداخلية الآمرة.[2]

إن هذا المرور من بوتقة الوجود القانوني إلى بوتقة التطبيق الفعلي له من الأهمية ما يجعل فقهاء القانون الدولي[3] منشغلين به، لأن تدعيم مكانة القانون الدولي و تكريس صبغته الالزامية لا يتم إلا عبر التطبيق الفعلي حتى لا تبقى أحكام الإتفاقيات الدولية مجرد إلتزام معنوي أو على حد تعبير الفقيه (*Achille Mestre) : " un document platonique* ".

في هذه المرحلة يتفحصّ القاضي أحكام المعاهدة الدولية المتمسك بها ليتمكن من التثبت إن كانت من صنف المعاهدات التي تتضمن أحكاما تطبق بصفة مباشرة، ولا حاجة له في ذلك إلى قواعد داخلية

---

[1] - *A. Mestre. les traités et le droit interne. RCADI 1931. Pg 237.*

[2] - *Les règles d'application indirecte en droit international. Par Marco G Marcoff ، RGDIP ، 1976 ، Pg; 393.*

[3] - *Droit international – Dominique Carreau – 1988 Pedone pg 444 et suivants.*

أخرى لتكريس مضمونها، و هو ما يسميه الفقهاء بالأثر المباشر للمعاهدة الدولية، و تزداد مهمة القاضي أهمية عندما يتولى البحث عمّا إذا كانت إرادة الدولة متجهة نحو التطبيق، وهو ما لا يعني؛ أن القاضي سيتدخل لمراقبة السياسة الخارجية للدول بل أن المسألة مرتبطة بمفاهيم من القانون الدولي يجب على القاضي الإحاطة بها حتى يحصل له إقتناع برغبة الدولة في تطبيق الإتفاق الدولي.

تعتبر مسألة الأثر المباشر للقواعد التي جاءت بها اتفاقية دولية من المسائل الكلاسيكية التي تعترض القاضي الداخلي و تمنحه سلطة التحري فيما إذا كانت أحكام المعاهدة تنشئ – دون اللجوء إلى قواعد قانونية أخرى – آثارا مباشرة على الوضعية القانونية للأفراد سوى بالسلب (التزامات) أو بالإيجاب (حقوق)، و تمكنهم من التمسك بها وإثارتها أمام الحاكم الداخلية، وتحيل هذه المسألة على تقسيم عادة ما يذكر في هذا الإطار للمعاهدات الدولية بين تلك التي لا ترتّب سوى التزامات متبادلة بين الدول الأطراف، و هي لا تهم القاضي الداخلي، و بين المعاهدات التي وإن كانت موقعة بين دول إلا أن لها تأثير على حقوق رعايا تلك الدول و هي التي تهم القاضي الداخلي باعتباره معنيا بتطبيقها.

لقد ساد اعتقاد بأن المعاهدات الدولية لا تنشئ آثارا قانونية مباشرة الا بين الدول الأطراف، بينما يبقى رعايا هذه الدول "غير" و لا تطبق عليهم مبدئيا المعاهدة. إلا أنه بعد تعزز مكانة الفرد في القانون الدولي بدأت هذه النظرية في التقهقر وأصبح بالإمكان الحديث اليوم عن معاهدات دولية تهم الأفراد مباشرة يحق لهم التمسك بها أمام محاكمهم الداخلية تماما مثل القواعد القانونية الداخلية.

ليس لنظرية الأثر المباشر أسسا قانونية، بمعني؛ أنه ليس هناك نص قانوني داخلي أو دولي يوجب التثبت من الأثر المباشر لأحكام إتفاق دولي قبل تطبيقها بل إن لها جذور فقه قضائية، فمنذ 1829 تعرض القاضي الأمريكي (*Marshall*) لهذه المسألة في قضية(*Foster et Edam Versus/Neilson*)،[1]حيث أكد فيها أنه بالرغم من أن دستور 1787 أكد على وجوب اعتبار المعاهدات الدولية قوانين داخلية للدولة الا أن هذا الحكم لا يلزم الا السلطة السياسية و ليس القضائية، فهذه الأخيرة لا تطبق الا أحكاما واضحة تمنح الأفراد بصورة جلية بحقوق يمكن لهم المطالبة بها أمام القضاء.

و هذه الجذور الإنجلوسكسونية جعلت من عبارة (*self-executing*)، هي السائدة في المراجع الفقهية التي تتحدث عن الأثر المباشر لمضمون المعاهدات الدولية.

لقد تدعم تكريس هذه النظرية بالرجوع في إلى فقه القضاء الدولي حيث أقرت محكمة العدل الدولية الدائمة في استشارة قدمتها بتاريخ 3 مارس 1928، قرينة مفادها أن الأحكام الموجودة في اتفاق دولي لا تقبل التطبيق الفوري إذ تقول المحكمة:

« Selon un principe droit international bien établi, <u>un accord international ne peut comme tel créer des droits et des obligations pour les particuliers</u>. Mais on ne saurait contester que l'objet même d'un accord, dans l'intention des parties contractantes, puisse être l'adoption par les parties des régles determinées créant des droits et obligations pour des individus et suscptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux ». [2]

إن ما ذهبت إليه المحكمة الدولية هو إقرار مبدأ – و لو أنه ليس مطلق – عدم تمتع الأحكام الموجودة في اتفاقيات دولية بخاصية التطبيق المباشر.

---

[1] *-Les règles d'application indirecte en droit international ، Par Marcoff، pg ; 398 .*

[2] *- CPJI – Avis – Affaire de la competence des tribunaux de Dantzig. Série B –N15 Pg 17et 18.*

أمام غياب تعريف قانوني لهذه النظرية، تعددت المحاولات لحصر مفهوم الاثر المباشر لأحكام المعاهدات الدولية إلا أنها تمحورت جلها حول نفس الأفكار.

فالأحكام التي تتمتع بقابلية التطبيق المباشر هي التي تنشأ نفس الآثار القانونية للقوانين الداخلية داخل النظام القانوني للدول الأطراف دون حاجة إلى قاعدة لاحقة من القانون الداخلي سواء كانت ذات صبغة تشريعية أو ذات صبغة ترتيبيّة. هذه الأحكام القابلة للتطبيق المباشر تجعل المحاكم الداخلية متعهدة بضمان الحقوق التي تنشئها.[1]

و على عكس ذلك، فإن القواعد التي ليست لها اثر مباشر لا تسمح للقاضي باستنتاج أنها منشأة لحقوق الافراد بل هي تبقى في عداد الالتزامات المحمولة على الدول لا غير وبالتالي فإن تطبيقها يخرج عن اختصاص القاضي الداخلي.

لقد برزت هذه القواعد التي لا تتمتع بالأثر المباشر على إثر ظهور حركة تقنين القواعد العرفية الدولية وبروز معاهدات جماعية ذات صبغة كونية، ونظرا للأهمية العملية لهذه المعاهدات فقد إستقطبت دول كثيرة ذات انظمة سياسية واقتصادية واجتماعية مختلفة (خاصة في الستينات)، وفي بعض الاحيان متناقضة، وهو ما أثّر على طريقة تحرير أحكامها. فحتى تحضى بموافقة أغلبية الدول كان مضمون هذه المعاهدات لا يتعدى مستوى المبادئ و غارقا في العمومية والمفاهيم التي تحتمل المعنى ونقيضه في آن، وهو ما سنح عند تاويل المعاهدات بوجود اختلافات جوهرية بين مختلف الدول.

لكن، الوضع اليوم، يسمح بالقول؛ بأن المعاهدات التي تتمتع بالاثر المباشر عند تطبيقها هي في ازدياد مطرد مما يوفر أكثر حظوظا لتطبيقها لدى المحاكم الداخلية.

لذا، فإن القاضي يرجع عند ما يقع التمسك أمامه باحكام معاهدة دولية ما للبحث، ولو كلفه ذلك تأويل المعاهدة نفسها، ما إذا كانت هذه الأحكام قابلة للتطبيق مباشرة وتنشئ آثارا قانونية معدلة للوضعية القانونية للأفراد.

و لكن، هذا البحث يصطدم مباشرة بالصعوبة المتمثلة في تحديد معيار يستأنس به القاضي الداخلي للتمييز بين المعاهدات ذات الأثر المباشر وبين تلك التي تفتقد هذا الاثر.

وتلك ليست الصعوبة الوحيدة، فما موقف القاضي إذا تراءى له أنه في نفس المعاهدة الدولية هناك أحكام قابلة للتطبيق المباشر واخرى لا ؟

إن الاجابة على هذه الاسئلة تدعونا إلى القول؛ بأنه لا توجد إلى حد هذا التاريخ معايير بسيطة وواضحة تمكن القاضي من التفريق بصفة قطعية بين هاذين الصنفين من الاتفاقات الدولية، وهذا ليس من قبيل الاشكالات النظرية بل أن الأمر هو محل اختلاف بين المحاكم، ففي فرنسا آثار إشكال تطبيق اتفاقية حقوق الطفل المؤرخة في 26 جانفي 1990، جدلا قانونيا هاما بين محاكم الأصل ومحكمة النقض الفرنسية من جهة، والمحاكم العادية والمحاكم الادارية من جهة أخرى.[2]

و لقد حاول فقهاء القانون الدولي ضبط معايير للتطبيق المباشر لأحكام المعاهدات الدولية، ويمكن ردها الى معيارين اثنين: الأول موضوعي، والثاني ذاتي.

---

[1] - *Les règles d'application indirecte en droit international – Par MG. Marcoff. Pg 408 -*

[2] - *Droit international et juridiction judiciaire Par JF.Lachaume N° 87.*

فبالنسبة للمعيار الموضوعي، فهو يحتم على القاضي تفحص طريقة تحرير أحكام المعاهدة الدولية، فيتثبت أن كانت الصيغة التي جاءت بها هذه الاحكام تسمح بالقول؛ بأنها ليست التزامات محمولة على عاتق الدول، بل تتعداها الى امكانية التمسك بها أمام المحاكم الداخلية بحكم تضمنها لقواعد عملية قابلة للتطبيق، وهي بالتالي، لا تثير اشكالات عند ما يتولى القاضي تطبيقها لما يتميز به من الوضوح والدقة، و يمكن إيراد مثال عن ذلك فالمادة 28 من إتفاقية حقوق الطفل جاء ناصا: " تعترف الدول الأطراف بحق الطفل في التعليم، و تحقيقا للإعمال الكامل لهذا الحق تدريجيا و على أساس تكافؤ الفرص تقوم بوجه خاص بما يلي:

أ – جعل التعليم الإبتدائي إلزاميا و متاحا مجانا للجميع ..."

لا يمكن للقاضي أمام وضوح هذه الأحكام الا أن يطبق هذه المادة مباشرة، اذ أن صياغتها الدقيقة لا تحتاج الى قاعدة قانونية اضافية لتضبط طرق تطبيقها.

وعلى عكس ذلك، فإن المادة 18 من نفس الاتفاقية لا تتمتع بهذه الخاصية، بالنظر كذلك إلى طريقة تحريرها، إذ جاء في فقرتها الأولى:" تبذل الدول الأطراف قصارى جهدها لضمان الاعتراف بالمبدأ القائل أن كلا الوالدين يتحملان مسؤوليات مشتركة عن تربية الطفل ونموه. وتقع على عاتق الوالدين أو الأوصياء القانونيين، حسب الحالة، المسؤولية الأولى عن تربية الطفل ونموه. وتكون مصالح الطفل الفضلى موضع اهتمامهم الأساسي". لا يمكن أن يستفيد القاضي من هذه المادة سوى أنها التزامات بين الدول الأطراف في علاقاتهم المتبادلة و يكون المطلوب من الدول في هذه الحالة تقنين المبدأ المذكور.

يضاف الى عنصر الصياغة، عنصر ثان، وهو موضوع المعاهدة نفسها، فانطلاقا من محل المعاهدة ككل يمكن للقاضي أن يضعها في أحد الصنفين المشار اليهما آنفا.

فإذا تعلق الاتفاق باحداث مؤسسة داخل التراب الجزائري، أو بإسناد قرض، فهو ليس مبدئيا من صنف الاتفاقات ذات الأثر المباشر، بينما إذا تعلق الاتفاق باسناد حقوق لرعايا الدول، فهو مبدئيا من صنف الاتفاقات ذات الاثر المباشر. لكن هذا ليس المعيار الوحيد الممكن إعماله، اذ ينضاف إليه معيار ذاتي متصل إما بنية الاطراف أو الهدف الذي يرمي إليه الطراف من وراء إنشاء هذه المعاهدة.

فإعمال المعيار الشخصي، يؤدي الى الكشف ما اذا كانت نية الدول الأطراف واضحة ومتجهة نحو الاعتراف لرعاياهم بالحقوق المشمولة داخل المعاهدة الدولية حتى يتمكنوا من مطالبة المحاكم الداخلية بحمايتها، وفي هذه الحالة، يطبق القاضي أحكامها مباشرة .

لكن الفقهاء يؤكدون، على خطر التعسف في استعمال هذا المعيار الاخير، خوفا من أن ينقلب القاضي إلى محلل سياسي ليبدي آراءه في مجال علاقات الدولة الخارجية.[1]

حول كيفية تطبيق المعيار الشخصي والمعيار الموضوعي، يجب التأكيد أن القاضي لا يعملهم بصفة تناوبية، فاعمال المعيار الذاتي لا يترتب عنه اقصاء المعيار الموضوعي، بل يجب استعمالهما بالجمع بينهما، إذ يبحث القاضي عن قرائن متضافرة ومتماسكة تذهب في اتجاه اعتبار أحكام المعاهدة الدولية من قبيل القواعد المتمتعة بالأثر المباشر داخل نظامه القانوني حتى يتولى تطبيقها في المنازعة القائمة امامه .[2]

---

[1] *-Les règles d'application indirecte en droit international Par MG Marcoff Pg 407*

[2] *- Droit international et juridiction juridiciaire. N° 89.*

لكن هل يعني ذلك، أن القاضي – بإعماله لهذه المعايير – يجد الجواب القاطع حول الطبيعة القانونية لأحكام المعاهدة الدولية؟

يبدو أن الجواب بالنفي، هو الأنسب، إذ هناك من الحالات التي يصعب فيها وضع احكام معاهدة معينة صلب أحد الصنفين، و سنسوق في هذا الإطار أمثلة متعددة:

المادة السابعة من اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1990 جاء في فقرتها الاولى : "يسجل الطفل بعد ولادته فورا ويكون له الحق في اكتساب جنسية، ويكون له قدر الإمكان الحق في معرفة والديه وتلقي رعايتهما".

إن مضمون هذه المادة واضح، إذ أنها تقر حقا للطفل في معرفة والديه، وليس في ذلك أي لبس. لكن هل يعني أن القاضي يمكنه تطبيقها مباشرة؟

يصعب قول ذلك، إذ أن المادة بحاجة إلى قوانين داخلية وتراتيب اضافية لضبط طرق تطبيقها وملائمتها مثلا مع التشريع الخاص بالنسب، وحالة الانجاب بالمساعدة الطبية و كراء الأرحام.[1]

المثال الثاني: هو المادة التاسعة من هذه الاتفاقية الذي جاء في فقرتها الأولى:"تضمن الدول الأطراف عدم فصل الطفل عن والديه على كره منهما، إلا عندما تقرر السلطات المختصة، رهنا باجراء اعادة نظر قضائية، وفقا للقوانين والاجراءات المعمول بها، أن هذا الفصل ضروري لصون مصالح الطفل الفضلى. وقد يلزم مثل هذا القرار في حالة معينة مثل حالة اساءة الوالدين معاملة الطفل أو اهمالهما له، أو عندما يعيش الوالدان منفصلين ويتعين اتخاذ قرار بشأن محل إقامة الطفل.

فبالرغم من طريقة تحرير هذه المادة التي تتوجه بالخطاب إلى الدول الا أن ذلك لا يعني أن مضمونها لا يعدوا سوى التزاما دوليا لا غير، بل بالعكس، فقد جاءت المادة بقاعدة تنشئ حقا قابلا للتمسك به أمام المحاكم الداخلية اذ لا حاجة لتطبيقه إلى تشريع داخلي إضافي. هناك ملاحظة منهجية تفرض نفسها، إذ يجب على القاضي عند تقديره لمسألة تمتع أحكام معاهدة دولية مّا بالأثر المباشر أن يتولى دراسة مضمون كل مادة من المعاهدة على حدة ولا بصفة اجمالية.

و هو ما جعل الفقهاء ينتقدون موقف محكمة النقض الفرنسية في قرارها المؤرخ في 10 مارس 1993 في قضية: *(Le jeune C/sorel)*،[2]الذي اعتبرت فيه أن مجمل أحكام اتفاقية حقوق الطفل 1990، لا تنشئ الا التزامات محمولة على عاتق الدول و لا يمكن تطبيقها مباشرة دون تدخل لقواعد داخلية أخرى لمزيد تفصيلها و توضيحها.

كان موقف مجلس الدولة الفرنسي كان أكثر دقة متأثرا بتحاليل الفقهاء، إذ اعتبر بعض الأحكام دون غيرها تتمتع بقابلية التطبيق المباشر كالمادة 3 و 16 من الاتفاقية.[3]

إن هذا المنهج هو الأسلم، لأنه الأكثر احتراما لإرادة ونية الدول الأطراف، لذا فإن القاضي الجزائري محمول أيضا على اتباعه كلما ثار إشكال حول مدى قابلية التطبيق المباشر لهذه المعاهدة التي صادقت عليها الجمهورية الجزائرية أو لغيرها من المعاهدات الأخرى.

---

[1] - *Le mise en oeuvre du droit international privé conventionnel – Par ML Nibyet Hoegy – Melanges en l'honneur de Roger Pinto – Dalloz Pg. 321 .322 .*

[2] - *Cassation ، 1er chambre civile ، 10 Mars 93. RCDIP –1993 P.449.*

[3] - *CE 10mars 1995 affaire demiprence RGDIP 1995 – Pg. 1013.*

على مستوى القانون الدولي، فإن أحكام المعاهدات المصادق عليها و التي لا تقبل التطبيق المباشر فإنها تضع التزاما على الدول الأطراف فيها، و بالتحديد على السلطة التشريعية و التنفيذية فيها، بحسب ميدان تدخل كليهما، بإصدار القوانين أو التراتيب الإدارية اللازمة حتى يتسنى للمحاكم الداخلية تطبيقها، وكل امتناع عن ذلك، يعد سببا لإثارة المسؤولية الدولية للدولة المعنية.[1]

إن هذه الأحكام الدولية التي لا تتمتع بالأثر المباشر و التي تحتاج إذن إلى قواعد داخلية لتطبيقها تطرح اشكالين على الأقل يصعب تذليلها:

فالإشكال الأول، يفتح نقاشا آخرا، يتعلق بمطابقة هذه القوانين أو التراتيب الداخلية او ملائمتها للمعاهدة المعنية.

أما الإشكال الثاني، يتعلق بصورة امتناع الدولة عن إصدار هذه القواعد الداخلية، فإن كان على المستوى الدولي هناك جزاء ترتّبه المسؤولية الدولية للدولة، فإنه على المستوى الداخلي، تبقى الدولة في حل من كل التزام إذ تسترجع حريتها كاملة، و هو ما يشكك في صدق نوايا هذه الدولة بتطبيق المعاهدة التي التزمت دوليا بتنفيذها.

هناك مسألة ثانية يتعين على القاضي مراقبتها للتأكد من نفاذ المعاهدة، و تتعلق بتطبيق الطرف الأخر لها.

الفرع الثالث: مسألة المعاملة بالمثل.

أضيف بمقتضى القانون الدستوري عدد 65 لسنة 1997 المؤرخ في 27 اكتوبر 1997 إلى المادة 32 من الدستور التونسي عبارة "...شريطة تطبيقها من الطرف الآخر ". و هي تلخص مبدأ المعاملة بالمثل في القانون الدولي (*La réciprocité*).

إن بساطة هذه الصيغة تخفي في الحقيقة اشكالات عويصة سكت النص الدستوري عن حلها، فبقيت هذه المهمة مناطة بعهدة القاضي، و هو ما جعل بعض فقهاء القانون الدولي يعتبرونها مصدر لعدة صعوبات.[2]

إن دراسة مسألة المعاملة بالمثل يقتضي تسليط الاهتمام على النظام القانوني لهذا المبدأ (أولا)، لكن قبل ذلك يتعين تحديد مفهوم نطاق إعمال هذا المبدأ (ثانيا).

أولا- مفهوم و نطاق مبدأ المعاملة بالمثل:

قبل الخوض في ميدان تطبيق مبدأ المعاملة بالمثل يجب الوقوف عند تعريف هذا المبدأ، حيث عرفه الفقيه *(Paul Lardy)*:

"Une réciprocité dans l'exécution, Une réciprocité de fait, ne concernant strictement que la mise en œuvre du traité dont l'application est envisagée ".[3]

و يمكن أن نستقي من هذا التعريف الملاحظات التالية:

---

[1] *- les règles d'application indirecte en droit international. MG Marcoff ; Pg. 399.*

[2] *- La reciprocité en droit international – Par Emmanuel Decaux – LGDJ 1980 – P. 171.*

[3] *- Paul Lardy, La force obligatoire du droit international en droit interne, LGDJ; 1966 Pg; 134.*

1- لا يهم مبدا المعاملة بالمثل إلا تنفيذ الالتزامات المتضمنة في معاهدة دولية و لا يهم قبول هذه الالتزامات بالمصادقة و الانخراط فقط و هو ما يعني أن لمبدأ المعاملة بالمثل الدستوري مفهوم تطبيقي قبل كل شيء فلا يكفي التعبير عن الإرادة بالالتزام بالمعاهدة الدولية.

2- المبدأ الدستوري للمعاملة بالمثل يختلف عن المعاملة بالمثل القانوني و هو ما يعبر عنها الفقهاء بـ : (*La réciprocité législative*)، وتتمثل هذه الأخيرة، في صورة منح قانوني دولتين لرعايا الدولة الطرف الأخر حقوقا وامتيازات في ميدان معين متساوية مع المواطنين.

و يمكن أن نذكر مثالا عن المعاملة بالمثل في القانون التونسي، فالمادة 57 من قانون 24 مـاي 1994، و المتعلق بالملكية الفكرية يضع القاعدة التالية: الإبداعات الفكرية للأجانب تتمتع بنفس الحماية التي تتمتع بها الإبداعات الفنية التونسية في ذلك البلد.

الاختلاف واضح بين المبدئين، ذلك أن، المبدأ الأول له مفهوم واقعي و تطبيقي، بينما الثاني، لا يستلزم سوى الإعتراف الشكلي بالحقوق، إذ يكفي لتحقق هذا الشرط، أن يكون القانون الأجنبي معترفا بهذه الحقوق.

3- مبدأ المعاملة بالمثل الدستوري يختلف عن مفهوم قريب للغاية وهو المعاملة بالمثل الاتفاقي، وهو مبدأ لا يكرسه الدستور بل تكرسه معاهدة دولية معينة في أحد فصولها، ويقتضي أن الحقوق التي جاءت بها هذه المعاهدة لا يتمتع بها الاجنبي الا عند معاملة رعايا الدولة الطرف الأخرى بالمثل في بلد ذلك الاجنبي .

فمبدأ المعاملة بالمثل الدستوري له نطاق عام وشامل، على عكس المعاملة بالمثل الإتفاقي الذي لا يطبق الا في نطاق المعاهدة التي ورد فيها.

ويتدعم هذا الفرق بالقول؛ بأنه على عكس المعاملة بالمثل الدستورية، فإن شرط المعاملة بالمثل الإتفاقي يعتبر متحققا بالانخراط في هذه المعاهدة فقط دون المضي إلى التطبيق الفعلي لأحكام هذه المعاهدة.

إذن المعاملة بالمثل الدستورية تقتضي تطبيقا ملموسا وفعليا للالتزامات الدولية، وهذا التطبيق يهم كل السلطات التي تضمها الدولة: السلطة القضائية والتنفيذية والتشريعية. وهو كذلك موقف المجلس الدستوري الفرنسي في قراره 8 ديسمبر 1986.

فالسلطة التشريعية مكلفة:

-باصدار القوانين اللازمة لضمان تطبيق المعاهدة المصادق عليها خاصة عند ما تكون احكامها غير قابلة للتطبيق المباشر وذلك في حدود الاختصاصات الراجعة لها .

-باحترام أحكام المعاهدة الدولية المصادق عليها عند اتخاذ قوانين لاحقة حتى لا يفزع احكام هذه المعاهدة من كل محتوى .

بالنسبة للسلطة التنفيذية، فهي التي بيدها تملك السلطات والوسائل لضمان تنفيذ الاحكام الدولية. أما عن دور السلطة القضائية فهو بالأساس تطبيق الأحكام الدولية المصادق عليها كلما تبين للقاضي أنها ذات آثار مباشرة داخل نظامه القانوني.

وكل امتناع عن تطبيق المعاهدة الدولية من احدى هذه السلطات تجعل من شرط المعاملة بالمثل غير متحقق مما يمكن الدولة المعاقدة معها أن ترفض تطبيق هذه المعاهدة داخل نظامها القانوني. يجدر هنا، الإلماع إلى ملاحظة هامة تخص عدم التطبيق القضائي للمعاهدة كسبب لعدم تحقق شرط المعاملة بالمثل.

هنا يجب التفريق بين الامتناع عن التطبيق غير المؤسس والامتناع عن التطبيق المؤسس على تأويل معين لأحكام المعاهدة. فإذا رفض القاضي تطبيق معاهدة دولية لأنه بتأويله وتفسيره لأحكام المعاهدة، اتضح له أنها لا تنطبق في مجال معين لا يمكن للملزمين بنفس المعاهدة أن يستندوا الى هذا الامتناع لتطبيق مبدأ المعاملة بالمثل والإمتناع بدورهم عن تطبيق هذه المعاهدة.

وقد تنبه الفقهاء لهذا الاشكال خاصة في قرار مؤرخ في 18 سبتمبر 1974 صادر عن محكمة (*Tribunal de Grande Instance Nanterre*)، اذ استندت المحكمة الى عدم تطبيق معاهدة سويسرية – فرنسية من قبل القاضي السويسري حتى تزيح تطبيق هذه المعاهدة.[1] فاعتماد هذا المبدأ عند وجود اختلاف في التـأويل بين المحاكم محل رفض ونقد من الفقهاء، إذ يقول *(Paul Lagarde):*

« Il reste certes souhaitable que les tribunaux des Etats contractants, recherchent une interprétation aussi uniforme que possible, mais il est inopportun de faire dépendre celle-ci de la règle constitutionnelle de réciprocité dans l'application des traités ».[2]

و في تعليق لبعض الفقهاء على التحوير الدستوري للفصل 32 سنة 1997، أكدوا أن اضافة هذا المبدأ هو غير ضرورية، ثم أن اقحامه بتلك الصيغة لا يراعي لبعض الانواع من المعاهدات التي لا تتلائم مع إعتماد هذا المبدأ:

أ-هو تعديل غير ضروري إذ أن الفقهاء يرجعون الى جذور مبدأ المعاملة بالمثل، فيعتبرون أن هذا المبدا هو عرف دولي تام الأركان، وهو بالتالي منطبق حتى وان لم يقع التنصيص عليه بالدستور، اذ لا يمكن لدولة مطالبة دولة أخرى بتطبيق معاهدة صادقا عليها اذا كانت هي ذاتها لم تنفذ الالتزامات الدولية المحمولة على عاتقها.

هذا المبدأ وقع تكريسه في " اتفاقية فيانا " لقانون المعاهدات المؤرخــة في 23 ماي 1969، و ذلك بالمادة 60 منها، فالقاضي محمول على تطبيقه حتى وان لم يأت به الدستور باعتبـار و أن تونس مصادقة على هذه الاتفاقية.

ب- هو تعديل غير مراع لبعض الأنواع من المعاهدات التي قد لا تتلائم مع إعمال هذا المبدأ، إذ أن الصياغة التي جاء بها تسمح بالقول؛ بأن هذا المبدأ يطبق بصفة مطلقة، إلا أن القانون الدولي جاء بعدة استثناءات هامة يجب على القاضي أن يأخذ ها بعين الاعتبار:

الاستثناء الأول: متعلق بالمعاهدة - القانون وهي التي تتضمن قواعد قانونية تلزم الدول بتطبيقها مثل اتفاقية جينيف المبرمة في 28 جويلية 1951، والمتعلقة بنظام اللاجئين،[3]فطبيعة هذه المعاهدات لا تحمل في طياتها إلتزامات متقابلة بين الدول الأعضاء، بل بالعكس، هي معاهدات تنشئ جملة من القواعد القانونية، و تعمل الدول على توحيد تطبيقها داخل نظمهم القانونية، هذا الهدف يمنع من إعمال هذا المبدأ و إلا صارت المعاهدة غير ذات جدوى.

---

[1]- *RCDIP, 1975 ; Pg. 120.*

[2]- *La condition de réciprocité dans l'application des traités internationaux ، son appreciation par le juge interne –Par P lagarde RCDIP – 1975 N° 22.*

[3] - صلاح الدين الضمبري، قانون المعاهدات، قلم مجلة القضاء والتشريع، جوان 1998.

أما الإستثناء الثاني: فيقصي تطبيق مبدأ المعاملة بالمثل عندما يتعلق الأمر بالمعاهدات التي تحمي حقوق الإنسان و الحريات العامة، و هي في حقيقة الأمر من أهم الإستثناءات: إذ أن هذه المعاهدات لا تنشئى هذا الحق بل تكتفي بإقراره بها ضرورة أنها ملاصقة للذات البشرية، و لا يمكن للقاضي أن يتوقف عن تكريسها داخل نظامه القانوني بالاستناد إلى انتهاكات حقوق الإنسان داخل دولة أخرى. و نعتقد أن التفسير الصحيح لذلك؛ هو أن المعاهدات لا تمثل مجمل هذه الحقوق، بل أنها مندمجة في صف آخر من مصادر القانون الدولي، وهي المبادئ العامة للقانون الدولي، فإذا خرقت دولة مّا حقوقا إلتزمت بحمايتها داخل معاهدة ما فإنها قد خرقت بالأحرى مبدأ عام للقانون الدولي، و هي مبادئ راسخة لا تقبل أي إستثناء.[1]

فالقاضي يطبق المعاهدة المتعلقة بحقوق الإنسان والحريات الأساسية، و هي في حل من كل إشكال يتعلق بتطبيق لنفس المعاهدة في الدولة الأخرى للأطراف، و لا يمكن أن يتمسك بأحكام المادة 32 من الدستور لاستبعاد تطبيقها.

أما الإستثناء الأخير: فهو متعلق ببعض المعاهدات الجماعية التي تنص على نظام معين للعقوبات ضد كل دولة لا تلتزم بأحكام تلك المعاهدة، وهو ما يعني؛ أنه بمصادقة الدول على هذا النوع من المعاهدات، فإنها تعمل على تطبيقها و تستغني عن إعمال مبدأ المعاملة بالمثل، ذلك، أن هذه المعاهدة نفسها تضع قواعد خاصة لمراقبة تطبيق الالتزامات المحمولة على الدول و تخضعهم للتدابير المنصوص عليها صلب المعاهدة.

و المثال النموذجي هو المعاهدات المصادق عليها تحت إشراف منظمة العمل الدولية، فالدول عندما تلاحظ خرقا لأحكام معاهدة شغل في هذا الإطار فإنها لا تمتنع عن تطبيقها استنادا لمبدأ المعاملة بالمثل، بل تقدم شكاية لتلفت نظر المنظمة و تتولى لجنة تطبيق المعاهدات – و هي احدى هياكل منظمة العمل الدولية - التثبت من وجود الانتهاكات واتخاذ التدابير اللازمة عند التحقق من ذلك.

و بمراجعة ما كتب حول أهمية مبدأ المعاملة بالمثل يتبين أن الفقه انقسم إلى مناهض و مناصر و في الحقيقة، تختلف مسألة الأهمية بحسب تحليلها كلما حللناها من منظور القانون الدولي العام أو من منظور القانون الدولي الخاص.

فيرى فقهاء القانون الدولي العام في تكريس هذا المبدأ أهمية كبرى، إذ أنه يدعم سيادة الدول و خاصة مبدا المساواة بين الدول الذي جاء به ميثاق الأمم المتحدة، فالدول الأطراف تقف على قدم المساواة أمام المعاهدات الدولية و ليس هنالك فرق يسمح لدولة أن تخرق أحكامها بينما تبقى الدول الأخرى ملتزمة بها.

بينما لا نجد لهذه الأفكار أثرا في ذهن فقهاء القانون الدولي الخاص الذين يرون في هذا المبدأ مكبحا لتطور العلاقات القانونية الدولية، و عائقا هام أمام توحيد القوانين في العالم، وبالتالي، يرون؛ أن هذه القاعدة لا تجد لها مكانا في العلاقات الدولية الخاصة.[2]

يجب تنسيب هذا التحليل، ذلك أنه – خاصة في مجال تنازع المحاكم – تظهر فكرة المعاملة بالمثل بقوة، فإذا قبلت دولة مّا تخلي محاكمها عن اختصاصاتها فإنها تنتظر طبعا المعاملة بالمثل في الحالة المعاكسة، و هو ما يظهر بصفة جلية في إتفاقيات تسليم المجرمين، فإذا كان الهدف الأسمى منها هو

---

[1] - *Pierre Henri Imbert : les obligations imposées sont absolues ;; chacun s'engage à respecter une norme en elle – même et non pas uniquement dans ses rapports avec tel ou tel Etat ...Dupuy (RJ) Humanité et droit international. Pedone 1991. Pg ; 105.*

[2] - *L'application par le juge interne des conventions de droit international privé – Par Alfred E . Von Overbeck – RCADI. 1971 N°28.*

تطوير العلاقات بين سلط التتبع و التحقيق بين الدول في سبيل تطويق الجرائم و مؤاخذة المجرمين الدوليين، فإنها على صعيد التطبيق تخضع إلى مبدأ المعاملة بالمثل أكثر من غيرها من المعاهدات، فالقاضي الجزائي هو الأكثر حرصا على تطبيق هذا الشرط.

و علاوة على هذه الإشكالات النظرية التي يطرحها مبدأ المعاملة بالمثل، فإنه على بساط التطبيق تزداد هذه الإشكالات تعقيدا، و ذلك راجع بالأساس إلى اقتضاب الصيغة التي جاء بها هذا الشرط في المادة 32 من الدستور التونسي، و بالتالي، يكون القاضي – كعادته – هو المكلف برفع هذه الاشكالات و سد الفراغات القانونية.

ثانيا- النظام القانوني لهذا المبدأ:

إن دراسة النظام القانوني لمبدأ المعاملة بالمثل تقتضي الوقوف على كيفية إعمال هذا المبدأ و الآثار المترتبة عن تطبيقه:

1- إجراءات إعمال هذا المبدأ:

على مستوى التطبيق، قد يثار إشكال متعلق بكيفية تطبيق هذا المبدأ. هذا الإشكال يتفرع بدوره إلى مسألتين: الأولى، متعلقة بمن يثير عدم المعاملة بالمثل، والثانية، متعلقة بالتثبت من تحقق هذا الشرط من عدمه.

فيما يخص مثير مسألة المعاملة بالمثل، فقد صمت الدستور عن تحديد الجهة التي تثير مسألة المعاملة بالمثل. ولا يخرج هذا الإشكال من ثلاث احتمالات: إما الأطراف هم الذين توكل اليهم المهمة، أو القاضي يثيرها بنفسه، أو بمبادرة من الحكومة.

ويمكن القول؛ بما أن الدستور ضبط بوضوح شرط المعاملة بالمثل، فإن القاضي لا يملك سوى التثبت من تحقق هذا الشرط. فهو اختصاص ينضاف إلى جملة اختصاصات القاضي التي تفرضها عليه المادة 32 من الدستور، اذن هو تدعيم هام لإختصاصاته في هذا المجال، إلا أن هذا الرأي لا يقنع بعض الفقهاء، ومنهم الفقيه (*Paul Lagarde*)، الذي ينتقد هذا الحل قائلا :

"L'arme de reciprocité en matière des traités ne doit pas être mise entre les mains du juge".[1]

يجد هذا الرأي أساسه في القول؛ بأن القاضي إذا تمسك بهذا الطعن من تلقاء نفسه، فإنه يخرق بذلك مبدأ دستوريا هاما، وهو مبدأ الفصل بين السلطات، الذي يمنع القاضي من التدخل في العلاقات الدولية لدولته، وبالتالي، تكون السلطة الإدارية هي المختصة بإثارة هذا الطعن، لأنها في نهاية الأمر هي جهة الابرام، والجهة الأكثر دراية بتطبيق المعاهدات الدولية في الخارج.

هناك رأي ثالث، يذهب في اتجاه القول؛ بأن على القاضي أن ينتظر إلى الحين الذي يثير فيه الأطراف هذا الطعن أمامه حتى يأخذه بعين الاعتبار.

وهذا الرأي، هو أيضا محل نقد من قبل الفقهاء، ذلك أن ثبوت عدم المعاملة بالمثل يجعل من المعاهدة تفقد قوتها الالزامية أو تتدحرج في قيمتها القانونية.

[1] -« *La condition de reciprocité dans l'application des traités ...* » *Pg 28. n°4.*

ونظرا لخطورة هذه النتائج، فإن هذا الطعن لا يمكن تركه لمبادرة الأطراف،كما أن الافراد تعوزهم الامكانيات لإثارة طعن جدي في اتجاه إثبات عدم المعاملة بالمثل.

لا يعطينا موقف فقه القضاء حلا واضحا لهذه المسألة، فالدوائر الجزائية لدى محكمة النقض الفرنسية تعطي الاختصاص للقاضي بأن يثير مسألة عدم احترام مبدأ المعاملة بالمثل، وذلك في قرار مؤرخ في 29 جوان 1972.[1]

أما موقف الدوائر المدنية لمحكمة النقض الفرنسية فهو أكثر إثارة، ففي قرار مؤرخ في 6 مارس 1984، اعتبرت انه اذا لم تبادر الحكومة بالانسحاب من المعاهدة الدولية أو تعليق مفعولها، فلا يمكن للقاضي أن يثير هذا الطعن من تلقاء نفسه أو بطلب من الأطراف. و تعتبر محكمة النقض، بالتالي، أن شرط المعاملة بالمثل متحقق ما دامت الحكومة لم تتخذ أي من تلك الإجراءات.[2]

يختلف فقه القضاء الإداري الفرنسي عما ذهبت إليه محاكم القضاء العادي، فمجلس الدولة يعتبر أن إثارة هذه المسالة لا ترجع الى القاضي انما هي راجعة إلى أطراف النزاع، وهو بدوره يحيل الأمر الى الحكومة لتقدير وجاهة هذا الطعن.[3]

إن فقه القضاء التونسي حديث العهد بمسألة المعاملة بالمثل وهو ما يفسر ندرته الا اننا نعثر على قرار حديث نسبيا للمحكمة الابتدائية بتونس التي تنظر بوصفها محكمة استئناف في قرار عدد 11 /34735 المؤرخ في 12 ديسمبر 1997.

وتتمثل وقائع القضية، في وجود عقد بيع عقار بين تونسي و جزائري، بالتالي، يحتاج مبدئيا إلى رخصة الوالي، لكن عملا باتفاقية تونسية – جزائرية مؤرخة في 26 جويلية 1963 مصادق عليها في 3 جوان 1966، تضمنت في فصلها الخامس معاملة التونسيين و الجزائريين في كل البلدين مثل المواطنين الأصليين في كل الحقوق و الواجبات، بما في ذلك حق الملكية العقارية، مما يصير الجزائريون في مرتبة التونسين.

و بمقتضى المرسوم المؤرخ في 21 ديسمبر 1977 أعفى التونسيين من رخصة الوالي عند التعاقد فيما بينهم عندما يكون الموضوع عملية عقارية، و نتيجة لذلك، وقع إعفاء الجزائريين عمليا من رخصة الوالي عند قيامهم بعمليات عقارية على التراب التونسي.

لكن تمسك المستأنفون بأن الاتفاقية تشترط لتطبيقها المعاملة بالمثل، ذلك أن السلطات الجزائرية لا تعامل التونسيين مثلما تعامل به السلطات التونسية مواطني الجمهورية الجزائرية، فالشرط إذن مفقود، و هو ما يلغي الاتفاقية الدولية، وبالتالي، يجعل رخصة الوالي لازمة و يطلبون على أساسه التصريح ببطلان عقد البيع لافتقاده تلك الرخصة.

فكان رد المحكمة في الحيثية التالية:

" و حيث يتضح بالرجوع إلى إجراءات القانون الدولي العام أن مفعول الاتفاقيات المصادق عليها لا يمكن الرجوع فيه إلا بعد المصادقة على ذلك من طرف مجلس النواب، الذي سبق أن أعطى القوة الملزمة للإتفاقية بعد المصادقة عليها، بناء على ذلك، فإنه لا يمكن التمسك قانونا بعدم احترام الجمهورية الجزائرية لمبدأ المعاملة بالمثل لابعاد اتفاقية الاستطان التي يجب تطبيقها في قضية الحال".

---

[1] - *Cour de cassation، Administration des douanes c/ Kamolpraimpna et autres.*

[2] - *Cass. Civile : Kryla C/ Kappy Epouse Lisak – RGDIP 1985 Pg 108 .*

[3] - *CE . 29 mai 1981 ، Rekhou – RCDIP 1982.- Pg. 78*

يبدو أن القاضي التونسي متجه نحو نفس موقف الدوائر المدنية لمحكمة النقض الفرنسية، فإذا لم تبادر السلطات بالانسحاب من معاهدة او تعليق مفعولها، فلا يمكن للقاضي او الاطراف إثارة استثناء عدم المعاملة بالمثل.

أما فيما يتعلق بالاشكال الثاني، المتمثل في الجهة المكلفة بتقدير وجود المعاملة بالمثل من عدمه، فإننا بمراجعة المادة 32 لا نجد حلا لهذا الأشكال أيضا.

تتنازع هذا الاختصاص جهتان: الجهة الإدارية أو الجهة القضائية.

فاختصاص الحكومة ممثلة – مبدئيا – في وزارة الشؤون الخارجية يجد له أسسا عديدة، حيث أن الطبيعة السياسية لهذا الاختصاص تجعل من هذه الوزارة مكلفة بالتثبت من موقف دولة ما من تطبيق معاهدة دولية، وبالتالي، و عملا بمبدأ الفصل بين السلطات، فإنه لا يمكن للقاضي التدخل في مجال العلاقات الخارجية للدولة، لأن ذلك ما قد يضايق العلاقات الديبلوماسية بين دولته و الدول الأطراف الأخرى.

ثم أن الحكومة بالنظر إلى قنوات الاتصال الموضوعة تحت ذمتها يمكنها الوصول بسهولة إلى معرفة هل أن الدولة الأجنبية تطبق أم لا الاتفاقية موضوع النزاع أمام القاضي. فهذا الأخير تعوزه هذه الإمكانيات و هو يؤثر سلبا على نتيجة البحث. و يكون بذلك الإجراء المعمول به وهو إيقاف النظر إلى حين رفع موضوع المسألة التوقيفية على الجهة الإدارية المختصة .

و مما يؤكد هذا الرأي وجود قسم خاص في هيكلة وزارة الشؤون الخارجية كما نظمها أمر عـدد 1982/91 المؤرخ في 28 أوت 1991، مكلف بمراقبة تطبيق مبدأ المعاملة بالمثل. لكن هل يعني ذلك أن تقرير وزارة الشؤون الخارجية في الموضوع يقيد رأي القاضي أم يبقى مجرد رأي يستأنس به ؟

إنّ مبدأ حياد القاضي واستقلاليته عن بقية السلط تفرض عليه عدم التقيد برأي الحكومة،[1]ثم إن مسألة التقدير لها وجهان : و جه سياسي وآخر قانوني و هذا الوجه الأخير هو من اختصاص المطلق للقاضي فهو الذي يتثبت في خطورة خرق أحكام المعاهدة من طرف الدولة الأجنبية و أهمية الأحكام الدولية التي و قع خرقها و الظروف الخاصة التي تمكن وراء عدم احترام المعاهدة الدولية من قبلها.

و هذا هو الاتجاه السائد في فقه القضاء سواء الإداري أو العادي في فرنسا،[2]و هو ضمنيا، الاتجاه الذي ذهبت إليه المحكمة الابتدائية بالقرار المشار إليه آنفا، إذ أن المحكمة لما لاحظت تضاربا بين مكاتبات وزير أملاك الدولة و مراسلة وزير المالية، ومراسلة وزير الخارجية، استنتجت بمفردها أن الاتفاقية المتمسكة دخلت حيز التنفيذ و يجري العمل بها في البلدين .

المطلب الثالث: ارتباط آلية التحفظ بمسألة النظام العام.

إن علاقة الأحكام الدولية المصادق عليها بأحكام القانون الداخلي ليست دائما علاقة تجانس فالقاضي عادة ما تعترضه صعوبة في تنسيق هاته الأحكام . ولئن أوجد المؤسس الجزائري ، في المادة 154 من الدستور ، حلا يسبّق فيه أحكام المعاهدة الدولية على القانون الداخلي إلا أنه على القاضي قبل المرور إلى ذلك الحل أن يتثبت ان كانت دولته لم تبد احترازا في خصوص الاحكام الدولية التي يري انها تتصادم مع بعض المبادئ القانونية المكرسة في نظامه القانوني .

---

[1] - *L'article 55 de la constitution et les juges – Par S.Regourd – RGDIP 1983 Pg. 798 et 799.*

[2] - *CE ، 17 novembre 1980، Reheb kheloudja – RCDIP 1982 – pg 78 .*

وبما أن الدول عادة ما تحتاط لإمكانية هذه الاحكام، فإنها تصاحب مصادقتها على تلك المعاهدات ببعض التحفظات وعلى القاضي أن يأخذها بعين الإعتبار لمعرفة الأحكام التي يتعين عليه تطبيقها.

في هذا الصدد يقول الفقيه الفرنسي (*J J.F Lachaume*):

« ...le juge doit prendre, eventuellement , en considération les résèrves dont (la France ou l'autre Etats) ont pu assortir leur ratification ou leur adhédin afin de vérifier que les rapports conventionnels existent bien entre eux dans le domaine où le litige est né »[1].

إن تأكيد الفقهاء على ضرورة مراعاة القاضي للتحفظات التي ابعدتها دولته دليل على أهمية آثار هذه التقنية، و هو ما يقضي منا دراسة نظامها القانوني.

الفرع الأول: مدلول التحفظ.

عرّف الفقهاء التحفظ بكونه فعل التصريح لدى توقيع الاتفاق أو عند ايداع وثيقة المصادقة أو الانضمام، بكون الدولة الموقعة أو المصادقة لا تعتبر بعض الأحكام الاتفاقية ملزمة لها، أو بظبط مفهومها لبعض هذه الاحكام أو حتى بتحديد الأقاليم الترابية التابعة لها والتي تحصر فيها تطبيق الاتفاق، إذا ما كان لهذه الدولة شكل فدرالي.[2]

الفقيه الفرنسي(*Charles Rousseau)* يعرف بدوره التحفظ كالتالي :

« La résèrve est une déclaration faite par un Etat partie a un traité et indiquant que cet Etat entend exclure telle disposition de ce traité , en modifier la portée ou lui attribuer un sens déterminé . C'est , si l'on veut , une stipulation dérogatoire a la réglementation conventionnelle».[3]

تناول مفهوم التحفظ، أيضا، الفقيه الدكتور محمد حافظ غانم، على أنه:"تصريح رسمي تصدره دولة من الدول عند قبولها لمعاهدة سواء عند توقيعها على المعاهدة أو تصديقها عليها أو انضمامها إليها وتعلن فيها ارادتها في تقييد آثار المعاهدة بالنسبة لها سواء عند طريق وفضها لبعض احكام المعاهدة أو عند طريق تحديد بعض هذه الأحكام تحديدا معينا أو من طريق اشتراطها لبعض الشروط التي تضيق من نطاق التزاماتها فيما يتعلق بعلاقة الدولة التي أبدت التحفظ مع باقي أطراف المعاهدة، وبعبارة أخرى يكون القصد من التحفظ إعلان إرادة أحد اطراف المعاهدة في تحديد آثار المعاهدة التي سبق صياغة نصها بالإتفاق بين الدول والأطراف وذلك بالنسبة لهذا الطرف".[4]وهو نفس المفهوم تقريبا الذي وضعته إتفاقية فيانا لقانون المعاهدات 1969 في المادة الثاني فقرة أولى منه.

وقد أبدت الدولة التونسية عند توقيعها للإتفاقية في شأن الحقوق السياسية للمرأة الؤرخة في 31 مارس 1953 احترازا في خصوص أحكام المادة التاسع منها، كما أبدت عند توقيعها لإتفاقية نيويورك

---

[1] - *Droit international et juridiction judiciaire – Par J .F.lachaume – N 79.*

[2] - صلاح الدين الضميري، قانون المعاهدات مجلة القضاء والتشريع، جوان 1998، ص 99.

[3] - *droit international public – charles Rousseau ; 11 èmme édition، pg 49.*

[4] - محمد حافظ غانم المعاهدات، دراسة لاحكام القانون الدولي ولتطبيقاتها في العالم العربي، المرجع السابق، ص 80.

بشأن المرأة المتزوجة تحفظا بخصوص تطبيق أحكام المادة العاشر من تلك الإتفاقية، وهونفس مع حصل مع الجزائر.

وعندما صادقت تونس على اتفاقية حقوق الطفل في 29 نوفمبر 1991 صرحت الحكومة التونسية أنها لن تتخذ تطبيقا لهذه المعاهدة أي نص تشريعي أو قرار إداري يتعارض مع دستور البلاد.

الفرع الثاني: شروط صحة التحفظات.

يجب الإشارة قبل المضيّ في ضبط شروط صحة التحفظات، إلى مبدأ هام وهو الحق الذي تتمتع به كل دولة في إبداء التحفظات التي تراها مناسبة عند قبولها أو مصادقتها أو إنضمامها للمعاهدة الدولية، وهو المبدأ الذي جاء تكريسه في المادة 19 من اتفاقية فيانا لقانون المعاهدات. هذا المبدأ أكدته محكمة العدل الدولية في قضية مؤرخة في 28 ماي 1958 :

« Réserves à la convention pour la préventation et la repression du crime de genocide ».[1]

وبالتالي، فإن سكوت النص الدولي عن إمكانية إبداء تخفظات لا يعني منعا لذلك، لكن قد يقع الحدّ من حق كل دولة في إبداء تحفظات بالتنصيص صلب المعاهدة أن أي تحفظ غير مقبول، أي؛ أن المعاهدة تستوجب مصادقة لا يصحبها أي احتراز. وفي بعض الحالات الأخرى، قد نجد المعاهدة تنص على إمكانية إبداء تحفظات لكن في حالات معينة تحددها المعاهدة نفسها، وفي هذه الحالة، تكون الدولة ملزمة إن رأت موجبا لإبداء تحفظ أن يكون ذلك التحفظ مراعيا للحالات المنصوص عليها وهو ما نص عليه المادة 19 من اتفاقية فيانا لقانون المعاهدات في الفقرة أ و ب.

و بالنظر للأهمية التي تكتسيها التحفظات، بإعتبارها تؤدي إلى شل جزء من الإتفاقيات، كان لا بد من إخضاع هذه الإمكانية لشروط حتى يكون التحفظ صحيحا، وبالتالي، مفرزا للأثر المطلوب، وهما شرطان أساسيان ومتلازمان: فالشرط الأول، وهو جوهري يقتضي أن لا يكون التحفظ متعارض كليا او جزئيا مع تحقيق الهدف المنشود من المعاهدة، والشرط الثاني، وجوب قبول التحفظ من جانب الدول الاطراف الأخرى.

أولا- إشتراط مطابقة التحفظ الموضوع وهدف المعاهدة الدولية :

نصت على هذا الشرط الفقرة (ج) من المادة 19 من اتفاقية فيانا لقانون المعاهدات، وهو ينطبق في صورة سكون المعاهدة الدولية عن إمكانية التحفظ. في هذه الحالة، وجب الرجوع إلى المبدأ الذي سبق الإشارة إليه، بإقرار حق كل دولة في إبداء ما شاءت من التحفظات لكن مع إحترام هذا الشرط المتمثل في مراعاة أهداف وموضوع المعاهدة المعنية.[2]

و نسجل في هذا الصدد، تطور القانون الدولي في مجال إقرار إمكانية التحفظ حتى عند سكون النص الدولي. ففي البداية كان الرأي السائد انه في غياب تنصيص واضح على إمكانية إبداء تحفظ في شأن معاهدة دولية لا يمكن للدول تسجيل إحترازها.

---

[1] - *Recueil CIJ. 1951 .Pg 15 et suivant.*

[2] - *Les réserves aux traités multilatéraux – Par Pièrre HENRI Imbert – Pedone 1978 Pg. 90 et suivant.*

أما اليوم، فإننا نشهد تبدلا كليا لهذه القرينة في إتجاه إفتراض ترخيص المعاهدة الدولية في ذلك. إن هذا الشرط يقتضي أن يكون التحفظ متطابقا مع أهداف و موضوع المعاهدة حتى لا تنعدم الفائدة المرجوة منها.

و يطرح في هذا الصدد السؤال المتعلق بكيفية تقدير هذه المطابقة ؟

فمن الممكن أن يكون الحل هو الإلتجاء إلى القاضي الدولي، إذ يمكن للدول الأطراف رفع الأمر لمحكمة العدل الدولية التي لها ان تصرح بإمكانية قبول التحفظ من عدمه بالرغم من أن هذا الحل يوفر ضمان الموضوعية عند النظر في صحة التحفظات، إلا أنه لا يستطيع أن يحل كل الإشكالات التي قد تطرح.

فلو صرح القاضي الدولي؛ بأن التحفظ يتطابق مع أهداف وموضوع المعاهدة. فكيف يمكن تحديد آثار قراره إذا عارضت دولة طرف (أو دول اطراف) هذا التحفظ، فهل أن قراره يعد الزاما بأن تسحب هذه الدولة المعترضة اعتراضها ؟

يبدوا أن هذا الحل غير مقبول، لأنه يتعارض مع مبدأ سيادة الدول الذي يهيمن على كل القانون الدولي.

ثم ان مسألة مراقبة التطابق بين التحفظ وأهداف المعاهدة وموضوعها لا يرجع فقط إلى دراسة المسألة من الناحية القانونية، بل يجب أيضا، اعتبار العناصر السياسية التي تتدخل في هذا الإطار.[1]

وهذا ما جعل التقدير القضائي لهذا الشرط مرفوض، واتجهت الأراء نحو الإعتراف بهذا الإختصاص للدول الأطراف، ذلك انهم الاطراف المعنية بالمسألة، فقبول كل الدول الاطراف أو أغلبيتهم للتحفظ الذي أبدته دولة اخرى طرف هو حل عملي أكثر من الحل القضائي.

و في المقابل، فإن هذا القبول لا يتطابق بالضرورة مع الواقع، بمعنى؛ أنه بالإمكان ان يقع قبول تحفظ مّا دون ان يكون ذلك التحفظ متماشيا مع أهداف المعاهدة والعكس أيضا صحيح. وهو ما يجعلنا نتنقل إلى الشرط الثاني.

ثانيا- قبول التحفظ من جانب الدول الاطراف الاخرى:

نصت المادة 20 من اتفاقية فيانا على هذا الشرط وهو يتناول قبول التحفظ والإعتراض عليه. في واقع الامر، وقبل تقنين هذا الحل، أشارت محكمة العدل الدولية إلى ذلك في الرأي الذي أبدته في قرار:

Résèrves à la convention pour la prévention et la repression du crime de génoride.

إذ تقول المحكمة في إحدى حيثيات قرارها:

[1] - *Les réserves aux traités multilatéreaux. Pg.94*

« Un Etat ne peut , dans ses rapports conventionnels , être lié sans consentement et (...) en conséquence aucune réserve ne lui est opposable tant qu'il na donné son assentiment » [1].

إن اشتراط قبول التحفظ من جانب الدول الأخرى يجد أساسه في الطبيعة القانونية للتحفظ، فهو يفضي إلى تغيير في مضمون الالتزام أو الى تحديد مداه بالنسبة للدولة المتحفظة. و لا يمكن، بالتالي، للتحفظ أن يكون مصدر إلتزام بالنسبة للدول الأخرى إلا بعد الموافقة عليه.

و لا يعني شرط موافقة بقية أطراف المعاهدة الدولية على التحفظ، بالضرورة، أن القبول يجب أن يعبّر عنه صراحة إذ يمكن أن يكون ضمنيا . إذ نصت المادة 20 فقرة 5 من اتفاقية فيانا على أن التحفظ يعتبر مقبولا من قبل الدول الاطراف الاخرى إذا لم تعترض هذه الأخيرة عليه في نهاية الإثني عشر شهرا التي تتلو بلوغه إلى علمه بالتحفظ كما تعتبر الدولة قابلة للتحفظ إذ لم تعترض عليه إبان موافقتها على الإلتزام بإحكام المعاهدة .

عالجت اتفاقية فيانا مسألة كيفية قبول التحفظ، فيمكن أن يكون القبول جماعيا أو فرديا، فبخصوص القبول الجماعي، من الممكن أن يكون قبولا من كل الدول الأطراف في المعاهدة إذا تبين من موضوع وهدف هذه المعاهدة أنها تستوجب تطبيق كل أحكامها بدون إستثناء.

تتعرض الفقرة الرابعة من المادة 20 من اتفاقية فيانا إلى القبول الفردي إذ تقتضي أن قبول الدولة لتحفظ أبدته دولة طرف أخرى يجعل هذا التحفظ ساريا في حق الدولة القابلة له.

و يجب التأكيد في هذا الصدد، أن اعتراض دولة طرف في معاهدة دولية على تحفظ أبدته دولة أخرى طرف لا ينتج إلا آثارا نسبية، أي؛ بالنسبة للدولة المعترضة على ذلك التحفظ فحسب.

و هذا الأثر النسبي للاعتراض على التحفظ يفسّر إمكانية رفض تحفظ أبدته دولة طرف من وان كان هذا التحفظ محل قبول من طرف باقي الدول الأعضاء في المعاهدة الدولية[2].

و تجدر الإشارة، إلى كون الدولة التي أبدت تحفظا عليها ايداعه لدى الجهة المودعة لديها الاتفاقية والتي تتولى بدورها إعلام بقية الدول الاطراف .

إذا اجتمع الشرطان السابق الالماع إليهما ينتج التحفظ آثارا قانونية هامة يجب على القاضي مراعاتها عند تطبيقه للأحكام الدولية.

---

[1] - *Recueil CIJ –1951 Pg.21.*

[2] - *Droit international –Par D . Carreau. 2ème édition 1988 – Pedone. Pg 119-123 .*

الفرع الثالث: آثار التحفظ.

تغيّر التحفظات من مضمون الالتزامات وذلك بالنسبة للدول التي أبدت هذه التحفظات، كما تغير العلاقات بين كل الدول الأطراف في المعاهدة. وقد جاءت بتحليل هذه الآثار المادة 21 من اتفاقية فيانا.

أولا- التحفظات تعدل الاتزامات الدولية المحمولة على الدول التي أبدتها:

ننص الفقرة الأولى ج من المادة 21 من معاهدة فيانا على أن التحفظ يغير بالنسبة للدولة المتحفظة أحكام الاتفاقية إلى تعلق بها التحفظ. وهو ما يعني؛ أن الدولة التي أبدت التحفظ تحد من الالتزامات المحمولة عليها طبقا لاحكام الاتفاقية.

و يقسّم الفقهاء محتوى التحفظات إلى صنفين: فهناك التحفظات بالاستبعاد (*Les réserves d'exclusion*)، وهناك صنف آخر وهو التحفظات بالتحديد (*Réserves limitatives*).

بالنسبة للصنف الأول من التحفظات، يمكن للدول عند قبولها أو مصادقتها على معاهدة دولية أن تصرح بأنها تستبعد تطبيق بند أو بنود محددة من الإتفاقية، و تعتبر هذه التحفظات الأكثر تطبيقا على المستوى الدولي.

و في هذا الإطار، تجدر الإشارة، أن هذه التحفظات التي ترفض من خلالها الدول تطبيق بعض أحكام المعاهدة تمكّن هذه الدول من تفادي تعارض أحكام هذه المعاهدة مع أحكام قانونها الداخلي التي ترى أن لها من الأهمية ما لا يسمح باستبعادها.[1]

و يمكن، في هذا الإطار، أن نسوق مثالا على ذلك، فنجد الحكومة الجزائرية أبدت تحفظا في خصوص المادة التاسعة من اتفاقية نيويورك للحقوق السياسية للمرأة، ولذلك، فإن الدولة ليست ملزمة باحترام وتطبيق ذلك المادة والقاضي الجزائري يطبق كل أحكام المعاهدة المذكورة باستثناء أحكام المادة الذي تعلق به التحفظ .

و في نفس هذا الصنف الأول، يمكن أن تبدي الدولة احترازا يقضى بتعليق كل أثر قانوني للمعاهدة في مجملها، وعلى خلاف التحفظات التي تتعلق باستبعاد بند محدد، فإن هذا التحفظ يتضمن إقصاءا لكل نص المعاهدة. فهناك من التحفظات التي تقصي كامل نص المعاهدة في ميادين محددة أو عند وقوع حدث معين، عادة ما يقع التنصيص عليه وذكره في المعاهدة نفسها. ومثال ذلك، قيدت البلاد التونسية مصادقتها على إتفاقية حقوق الطفل بإحتراز مفاده أنها لا تطبق أحكام المعاهدة المذكورة فيما يتعارض مع أحكام الدستور التونسي، كما يمكن أن يتعلق التحفظ بتجديد الإقليم الترابي الذي تحضى فيه الدولة تطبيق الإتفاق الدولي، وبالتالي، فإن الدولة تستبعد كليا تطبيق المعاهدة إذا تعلق الأمر بمجال جغرافي آخر (خاصة بالنسبة للدول الفيدرالية أو ذات الأقاليم المختلفة).

أما في خصوص الصنف الثاني من التحفظات، وهي التحفظات بالتحديد، فهي لا تهدف إلى استبعاد بعض أو كل أحكام معاهدة بل تقتصر على تحديد مدى الالتزام.

[1] - *Les réserves aux traités multilatéraux Pg.234.*

ففي هذا الإطار، من الممكن أن تحد الدولة من نطاق الالتزامات عليها طبقا للمعاهدة، وذلك بحصر مفهومها لبعض الاحكام الدولية. من ذلك مثلا، قيدت البلاد التونسية إنخراطها في الإتفاقية الخاصة بالإعتراف بالقرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها باحتراز مفاده أنها لا تطبّقها إلا في خصوص النزاعات المترتبة عن علاقات قانونية تعاقدية أو غير تعاقدية ولها صبغة تجارية في نظر القانون التونسي، وبالتالي، فإن القاضي وقبل المرور الى تطبيق هذه الإتفاقية، فإنه يتأكد من أن القرار التحكيمي الأجنبي يتعلق بعلاقة قانونية لها صيغة تجارية حسب المجلة التجارية التونسية.

ثانيا- التحفظات تغير من طبيعة العلاقات بين الدول الأطراف :

في الواقع، لا يمكن تصوّر التحفظات إلا في حالة الإتفاقيات متعددة الأطراف، حيث تتعدد المواقف والآراء عند وضعها ويصعب أحيانا تحقيق إتفاق تام بشأن مجمل أحكام المعاهدة. أما في الإتفاقيات الثنائية فلا نصادف فيها مجالا للإحترازة، لا لشيء سوى لكونها لا تبرم إلا إذا حصل إتفاق تام وتطابق كامل في وجهات النظر بين الطرفين المتعاقدين.[1]

مثلما يفرز الإتفاق أثرا نسبيا بين الدول المتعاقدة فحسب، فإن للتحفظ كذلك أثرا نسبيا لا يتجاوز إطار الدولة المتحفظة والدولة القابلة للتحفظ. ونجد أن اتفاقية فيانا لقانون المعاهدات نصت على قاعدة نسبية آثار التحفظات في المادة 21 منها.[2]

و تهيمن قاعدة المعاملة بالمثل على العلاقة بين الدولة المتحفظة والدولة التي قبلت هذا التحفظ، وتطبيق هذا المبدأ يستند إلى في مبدأ أعم وهو مبدأ المساواة بين الدول. فالدولة التي وافقت على تحفظ أبدته أخرى، فإنها تنتظر بالمقابل أن تتمتع بنفس الإمتياز في علاقتها مع الدولة المتحفظة، وبالتالي، فإن الدولة يمكن لها أن تتمسك باحتراز وافقت عليه في علاقتها بالدولة المتحفظة. أما الدولة المتحفظة، فلا يحق لها أن تطالب بقية الأطراف بتطبيق أحكام دولية كانت قد استبعدتها من نطاق التزاماتها.

و في خصوص العلاقة بين الدولة المتحفظة والدولة المعارضة لهذا احفظ، فيمكن أن تعتبر الدولة المعارضة للتحفظ أن المعاهدة غير نافذة المفعول بينها وبين الدولة المتحفظة فيما وقع عليه الاحتراز، وفي هذه الحالة، فإن القاضي الداخلي مطالب بأن يتثبت إن كانت دولته تعتبر دولة أخرى طرفا في الإتفاق الدولي لم لا عند ما يطلب أحد مواطني هذه الدولة الأجنبية تطبيق الإتفاق المذكور على نزاعه. وهو ما أكده الفقيه *(J.F Lachaume)*، بقوله:

« Les difficultés surgissent également lorsque les Etats… assortissent leur ratification ou leur adhesion de réserves qui font que ces deux Etaتtts liés par une convention peurent ne pas l'être ou l'être sous certains conditions pour une ou plusieurs disposition à propos des quelles ils sont émis des réserves ».[3]

و قد يزيد تعقدا الإشكال المتعلق بملائمة القواعد الدولية المضمنة في المعاهدات الدولية مع الأحكام الداخلية إذا تبين للقاضي الداخلي أن دولته لم تبْد احترازا بخصوص تطبيق الأحكام الدولية التي

---

[1] - قانون المعاهدات، المرجع السابق، ص 99 و 100.

[2] - *L'article 21- 2 : « La réserve ne modifie pas les dispositions du traité pour les autres parties du traité dans les rapports inter se … . »*

[3]- *Droit international et juridiction judiciaire – Repertoire international – Dalloz N°82 P13.*

تتعارض مع القانون الداخلي. ففي هذه الحالة، يكون القاضي مكلفا بوظيفة التنسيق بين هذه الأحكام لتطبيق القواعد القانونية المناسبة لحل النزاع المعروض أمامه.

وقد أقر الدستور الجزائري في المادة 54 منه، علوية المعاهدات الدولية على القوانين الداخلية، وبالتالي، فإن القاضي بهذا المبدأ يوفر مبدئيا الحل المناسب عند تنازع هذه الأحكام.

المطلب الرابع :تقيد القاضي الداخلي بأسباب إنقضاء وتعليق المعاهدات الدولية.

إن القاضي ملزم بالتثبت من أن الاتفاقية الدولية، المتمسك بها من الأطراف أو التي استند إليها من تلقاء نفسه لتطبيقها على النزاع، نافذة المفعول وآثارها القانونية ما تزال سارية في النظام القانوني الدولي.

وتجدر الإشارة، إلى ملاحظة هامة، في هذا الإطار، تتعلق بتاريخ تقدير سريان الآثار القانونية للمعاهدة الدولية المطبقة في النزاع، فيجب التمييز بين حالتين:

- إذا كان الأمر متعلقا بتحديد اختصاص القاضي الداخلي في العلاقات الدولية فإن تاريخ تقدير سريان مفعول المعاهدة الدولية هو تاريخ رفع الدعوى وقد ذهب فقه القضاء الفرنسي في هذا الاتجاه في عدة قرارات تذكر منها قرار مؤرخ في 15 أكتوبر 1994.[1]

- أما إذا كان الأمر متعلقا بالأصل فان القاضي الداخلي سون يرجع إلى تاريخ حصول الوقائع لتقدير سريان مفعول المعاهدة على المستوى الدولي من عدمه. [2]

فعلى القاضي الرجوع إلى أحد هاذين التاريخين للتثبت إن لم يتعلق بالمعاهدة أحد أسباب الانقضاء أو التعليق.

ويقتضي التحليل التذكير بأن أسباب انقضاء أو تعليق الالتزامات الدولية تعد جزءا هاما من قانون المعاهدات وهو ذو صبغة عرفية بالأساس إلى أن تولت معاهدة فيانا لقانون المعاهدات تقنين جزء هام منه. وذلك في الجزء الخامس منها تحت عنوان: " بطلان وانقضاء وتعليق تطبيق الاتفاقيات"، وذلك من المادة 42 إلى حدود المادة 72. وتتمحور هذه الفصول حول تحديد أسباب انقضاء وتعليق تطبيق الاتفاقيات الدولية والآثار المترتبة عن ذلك والإجراءات الواجب إتباعها لإثارة تلك الأسباب و التمسك بها.

وقبل المضي في تحليل هذه الأسباب بكل توابعها (من الآثار والإجراءات)، يتعين، الوقوف عند تعريف انقضاء الالتزامات الدولية و تعليقها. إن ما يقصد بانقضاء الاتفاق الدولي هو توقف سريانه بمعنى أنه يتوقف عن إنتاج آثاره القانونية ، فالحقوق التي أنشاها هذا الاتفاق و الالتزامات التي جاء بها والوضعيات القانونية التي أحدثها تنتهي مفعولها بتدخل أحد أسباب انقضاء الاتفاق الدولي.

---

[1] - *Cass. Civ –5 octobre 1994- Fluckiger c/ societe Escofier technologie : Bulletin civil I N°265.*

[2] - *Cass Civ 2 Mai 1990 République du Guatimala C/SINCAFC et autres : RCDIP، 1991 Pg. 378.*

وتنص المادة 70 من اتفاقية فيانا أن انقضاء المعاهدات الدولية ليس له مفعول رجعي، بمعنى؛ أن توقف سريان المعاهدة الدولية لا ينال من صحة الحقوق المنشأة قبل ذلك التاريخ، وهو ما يساعد على استقرار المراكز القانونية.

و المفعول الرجعي إنما هو الذي يميز انقضاء الالتزامات الدولية عن بطلانها، فإذا كان مفعول الانقضاء لا يسرى إلا من تاريخ حصوله فإن بطلان المعاهدات الدولية لها آثار رجعية تنال من الحقوق التي نشأت منذ تاريخ تكوين الاتفاق الدولي .

وقد ينال الانقضاء من كامل أحكام المعاهدة الدولية وبالتالي تسرى الآثار القانونية على كل أجزاء المعاهدة وتصبح بالتالي غير موجودة إلا أن الانقضاء يمكن أن يكون جزئيا وهو ما يسمح بالإبقاء على بعض الآثار القانونية للاتفاق الذي شمله الانقضاء.

ويجب الإشارة، أن الانقضاء الجزئي ينال من مبدأ وحدة أحكام الاتفاق الدولي كما وضعته المادة 44 من اتفاقية فيانا 1969. غير أن هذا المبدأ يقبل الاستثناء في حدود ثلاث : وهي أن سبب الانقضاء يجب أن يشمل بعض بنود المعاهدة ولا مجملها وأن لا تكون تلك البنود هي السبب المباشر لقبول الدول لأحكام المعاهدة ، وأخيرا يجب أن تكون هذه البنود قابلة للفصل عن بقية أجزاء المعاهدة بمعنى أن تكون الأجزاء المتبقية منها قابلة للتطبيق بمعزل عن الأجزاء المنقضية .

و لقد طرحت اتفاقية فيانا مسألة تعليق تطبيق المعاهدات مع مسألة انقضاء الالتزامات الدولية، وذلك يفسر بتماثل النتائج المترتبة عنهما، فكلاهما يؤديان إلى إيقاف سريان الآثار القانونية للمعاهدة الدولية، كما أن الأسباب التي تؤدي إلى الانقضاء والتعليق متماثلان أيضا .

بينما تبقى الصبغة الوقتية للتعليق هي وجه التفرقة بينها وبين الانقضاء، فتعليق تطبيق الأحكام الدولية يتم بصورة وقتية، وهو ما يعني؛ أن التعليق يبقى على الوجود القانوني للمعاهدة الدولية طيلة فترة التعليق على أن نسترجع هذه المعاهدة جملة آثارها القانونية بعد توقف فترة التعليق.

إن أسباب انقضاء وتعليق تطبيق المعاهدات الدولية متعددة وهو ما يحتم تصنيفها لذا نجد الكتب الفقهيه تصنف هذه الأسباب حسب معايير متعددة، فهناك من يصنفها حسب طبيعة القاعدة الدولية التي تنص على السبب فيقع التمييز بين أسباب القانون الدولي العام (كاستحالة التنفيذ) وأسباب خاصة (كحلول الأجل) .

ويميز الفقيه الإيطالي *(Francesco Capotorti)* بين ثلاث مجموعات من أسباب انقضاء أو تعليق الالتزامات الدولية: الأسباب التي تنص عليها المعاهدة نفسها، والأسباب المتصلة بوجود إرادة لاحقة للدول الأطراف، وأخيرا الأسباب المتعلقة بوقائع قانونية أو اتفاق من جانب واحد منصوص عليها ضمن مبادئ القانون الدولي العام.[1]

إن ما سنعتمده في هذا التحليل هو التصنيف الذي يقوم على فكرة محورية في قانون المعاهدات وهو معيار " إرادة الدول"، وعلى أساسه نميز بين أسباب انقضاء وتعليق تطبيق المعاهدات الدولية المتصلة بإرادة الدول الأطراف وبين الأسباب التي تنقض أو تعلن الإلتزامات الدولية على أساس

[1] - *L'extinction et la suspension des traités – Par Francesco Capotorti - RCADI 1971 Pg. 419.*

ظروف لم يرد نصها في الإتفاق الدولي المعني. وبالتالي، لم تكن لإرادة الدول الأطراف دورا في نقض أو تعليق الالتزامات الدولية.[1]

الفرع الأول: إنقضاء أو تعليق تطبيق المعاهدات الدولية على أساس إرادة الدول الأطراف.

بالرجوع إلى أحكام المواد 54 و 57 من إتفاقية فيانا 1969، نتبين أن انقضاء أو تعليق العمل بأحكام اتفاق دولي قد يتم بالإستناد إلى نص الاتفاق نفسه أو بإرادة كل الأطراف بعد إنشائه، و يمكن أن نستنتج من ذلك، أن الإنقضاء والتعليق قد يكون بمقتضى إرادة الأطراف الأصلية أو بمقتضى إرادة الدول الأطراف اللاحقة.

أولا- إرادة الدول الأطراف الأصلية:

ويقصد بإرادة الأطراف الأصلية هي أحكام المعاهدة نفسها (موضوع الإنقضاء أو التعليق)، ويمكن للدول إبرام معاهدة دولية غير محددة المدة، و يقع تطبيقها دون أن يكون ذلك مقتصرا على فترة معينة. لكن هناك معاهدات دولية أخرى تحتوي على بنود اتفاقية تتعلق بانقضاءها أو تعليق أحكامها وتكون إما في شكل بند فاسخ أو بند انسحاب من المعاهدة أو بند تعليقي.

ثانيا- البند الفاسخ والأجل: *(Clause resolutoire et terme).*

يمكن أن نستعير نفس التعريف الذي ينطبق على الشرط الفاسخ في العقود في القانون الداخلي، فهو حدث مستقبلي وغير محقق الوقوع، و إذا حصل، فإنه يوقف كامل الاثار القانونية للإتفاق الدولي.

في القانون المدني، للشرط الفاسخ مبدئيا مفعولا رجعيا، بمعنى أنه؛ إذا تحقق يستند العمل به من تاريخ الالتزام ولا من تاريخ حصوله.

إلا أن هذا المفعول الرجعي، لا يشكل القاعدة في القانون الدولي، فأثر البند الفاسخ بتعيين تقديره بالرجوع إلى إرادة الدول الأطراف فحسب، وتبقى القاعدة العامة في هذا المجال هو أن البند الفاسخ ليس له مفعول رجعي بل إن تقدير أثاره يتم بالرجوع إلى تاريخ تحقق ذلك الشرط.

على مستوى التطبيق، تربط الدول الشرط الفاسخ بعدة ظروف، فيمكن أن تذهب إرادة الدول الأطراف في معاهدة جماعية إلى اعتبار تراجع عدد الدول المصادقة على المعاهدة إلى عدد معين كشرط فاسخ تنقضي به المعاهدة على أثر حصوله. مثال ذلك: البند الثامن الفقرة 2 من إتفاقية بنيويورك في شأن الحقوق السياسية للمرأة 1953.

تشير بعض الاتفاقيات المبرمة في إطار منظمة العمل الدولية، إلى أن تطبيق الإتفاقية المصادق عليها من قبل دولة مّا ينقضي إذا ما صادقت هذه الدولة على إتفاقية لاحقة معدلة للإتفاقية الأولى، و من الممكن كذلك، أن يربط الدول انقضاء المعاهدة الدولة بانقضاء معاهدة أخرى تكون مرتبطة بها .

[1] - نفس التقسيم اعتمده الفقيه *(N.Q Dinh)*، في مؤلفه:*Droit international public. 6ème édition 1999 LGDJ*

وتجب الإشارة، إلى أن الشرط الفاسخ لا يتعلق ضرورة بكامل أحكام المعاهدة فقد تقتصر أثاره على بعض البنود من الإتفاق الدولي دون غيره. كما يمكن أن يرتبط إنقضاء الالتزامات الدولية بحلول أجل معين وقع تعيينه في المعاهدة نفسها.

ويختلف الأجل عن الشرط الفاسخ، ذلك أنه يتعلق بحادثة متحققة الوقوع في المستقبل فقد يتعلق هذا الأجل بتاريخ معين يقع ضبطه من قبل الدول الأطراف، لكن في أكثر الحالات، يتم ذلك عن طريق ضبط عدد الأعوام التي ستبقى فيها المعاهدة نافذة المفعول، وبالتالي، تنقضي أحكام المعاهدة بمرور تلك المدة.

ويتعين، على القاضي الداخلي، وقبل تطبيق المعاهدة الدولية على النزاع المعروض أمامه، أن يتثبت من حلول ذلك الأجل المضبوط في المعاهدة، فمحكمة النقض الفرنسية تفرض على قاضي الأصل في العديد من القرارات مراقبة سريان مفعول المعاهدة المطبقة على المستوى الدولي.[1]

ثالثا- بند متعلق بالإنسحاب من المعاهدة:

يمكن تعريف الإنسحاب بأنه:" عمل قانوني تقوم به السلطات المختصة من جانب واحد داخل دولة طرف في معاهدة وتهدف من وراءه إلى توقيف العمل بالإتفاق الدولي" .

ويتعين، في هذا الصدد، التمييز بين المعاهدات الثنائية والمعاهدات متعددة الأطراف، فالإنسحاب من معاهدة ثنائية يؤدي منطقيا إلى إنقضاءها، أما بالنسبة للإتفاقات الجماعية، فالأمر يختلف، فقد يأدي الإنسحاب إلى إنقضاء المعاهدة في مجملها، لكن قد يؤدي، في حالة أخرى، إلى إيقاف أثر المعاهدة بخصوص الدولة المنسحبة فقط.

وتمنح بنود الإنسحاب للدول الأطراف إمكانية إيقاف مفعول المعاهدة في كل وقت، لكن وفي كثير من الأحيان تكون هذه الإمكانية مضبوطة في حدود معينة حتى لا يؤدي ذلك سوء أو إفراط في استعمال هذه الصلاحية.

ويمكن أن نسوق أمثلة عن تلك القيود: فبعض المعاهدات الدولية تقتضي أن لا يقع الإنسحاب منها إلا بعد مرور مدة معينة تنطلق من تاريخ دخولها حيز التنفيذ، مثال: المادة 13 من الاتفاقية المتعلقة بالطيران المدني الدولي الذي ينص على أن كل دولة طرف لا يمكن لها الإنسحاب من المعاهدة إلا بعد مرور 3 سنوات من تاريخ دخولها حيز التنفيذ .

وتلزم بعض المعاهدات الأخرى الدول التي تنوي الإنسحاب من المعاهدة أن تشعر بقية الدول الأطراف بتنبيه مكتوب، ومثال ذلك المادة 13 من اتفاقية البريد العالمية.

لكن هل أن أثر الإنسحاب فوري ؟ بمعنى؛ هل يحدث آثاره بمجرد حصول علم بقية الأطراف بموقف الدولة المنسحبة؟

إن أثار قرار الإنسحاب ليس له أثرا فوريا، بل بالعكس، ففي أغلب الأحيان لا تسري أثار هذا القرار الأحادي الجانب إلا بعد مرور مدة من الزمن تحددها المعاهدة.

---

[1] *-Lachaume ; Droit international et juridiction judiciaire : Cass Civ 1994 société hilmarton ltd c/société Omnuim et Cassation Crim 6 Octobre 1986.*

و على سبيل الذكر، تنص المادة 21 من الإتفاقية المتعلقة بالقضاء على جميع أشكال الميز العنصري 1965، على أن أثار الإنسحاب من المعاهدة لا تسري إلا بعد مضي عام من تاريخ ورود الإعلام للأمين العام للأمم المتحدة.

إن ممارسة صلاحية الإنسحاب يقتضي من الدولة احترام إجراءات معينة وأتباع طرق محددة، وتتمثل في إجرائين أساسيين: الأول، يوجب التعبير عن إرادة الإنسحاب بوثيقة مكتوبة. والثاني، يتمثل في توجيه الإعلام بهذه الوثيقة إلى الدولة الطرف الأخرى (معاهدة ثنائية) أوالي بقية الدول الأطراف (معاهدة جماعية).

ويجب الإشارة، إلى أن الإنسحاب لا يشمل بالضرورة كل أحكام المعاهدة الدولية بل يمكن أن يتعلق بنقاط محددة من الإتفاق شريطة أن يسمح الإتفاق بذلك أو أن يوافق على ذلك بقية الأطراف. من الممكن أن يثار سؤال حول إمكانية الإنسحاب من معاهدة دولية في غياب بند صريح يسمح بذلك.

يوجد العديد من الإتفاقات الدولية التي لا تحتوي على أية إشارة أو بند صريح يضع قواعد الإنسحاب من المعاهدة . فهل يعني ذلك أن هذه المعاهدة جامدة ولا يمكن للدولة ان توقف العمل بها ؟ إن مبدأ العقد شريعة الطرفين (*Pacta Sunt Servanda*)، لايسمح بالتنصّل من الالتزامات الدولية إلا إذا سمحت المعاهدة بذلك، لكن في المقابل، ليس من المنطقي أن تبقى الدولة " حبيسة " المعاهدات التي صادقت عليها لمدة تتجاوز الحد المعقول، فالنزاعات الأبدية لم تعد مقبولة. إلا أن ذلك يطرح إشكالا بخصوص تأويل أحكام الإتفاق الدولي للوقوف عند إمكانية الإنسحاب منها، فالمادة 56 من إتفاقية فيانا تقتضي الرجوع إلى نيه الأطراف لقبول إمكانية الإنسحاب من عدمه، وكذلك إلى طبيعة المعاهدة نفسها، و يتعين بالتالي، الرجوع إلى أحكام المادة 31 من معاهدة فيانا الذي تضبط وسائل التأويل، في هذه الحالة، كالسياق العام، والرجوع إلى الوسائل التكميلية كالأعمال التحضيرية للوقوف عند جدية وجود ترخيص ضمني يسمح للدول الأطراف في المعاهدة من الإنسحاب منها.

ويطرح الإنسحاب من المعاهدات إشكالا جديا بالنسبة للقاضي الداخلي، فقد تذهب المحكمة إلى كون المعاهدة الدولية لم تعد نافذة المفعول، والحال، أن دولته لم تنسحب من هذه المعاهدة، وهو ما ذهبت في إتجاهه بعض محاكم الإستئناف في فرنسا كالقرار المؤرخ 26 مارس 1979، الصادر عن محكمة (*Rennes*)، الإستئنافية، إلا أن محكمة النقض الفرنسية تنقض مثل تلك الأحكام مؤسسة موقفها على أنه ليس للقاضي مناقشة مسألة الإبقاء على معاهدة دولية وطالما لم تنسحب الدولة منها، إذ تقول محكمة النقض في قرار جزائي مؤرخ في 7 جويلية 1980 متحدثة عن قضاة الأصل:

« Qu'il ne leur appartient pas de se prononcer sur le maintien en vigueur d'une convention internationale non denoncée » [1].

يظهر، أن هذا الموقف صائب ومتجه إتباعه من قبل فقه القضاء الجزائري، ضرورة أن القاضي لا يتمتع بصلاحية التثبت من إهمال القواعد الدولية، ويقتضي منه ذلك، إستشارة وزارة الشؤون الخارجية حول مصير الإتفاق الدولي موضوع النزاع كلما حام شك حول سريان مفعوله.

يكون الإنسحاب من إتفاق دولي بمقتضى قرار حكومي، وهو قرار يلزم القاضي الداخلي شريطة أن يصدر هذا القرار عن سلطة وطنية مكلفة بإبرام الاتفاقات الدولية التي تلزم الدولة.

[1] - *Cass ، Crim 7 juillet 1980 ، Gazette du Palais 1981. I Pg 106.*

وهناك العديد من قرارات محكمة النقض الفرنسية التي تؤكد على وجوب توفر هذا الشرط مع الإشارة إلى أنها تعتبر الحكومة وحدها هي التي ترجع إليها مثل هذا الاختصاص:

ومن ذلك: قرار تعقيبي مدني مؤرخ في 6 مارس 1984 في قضية (*Kryla C/ Lisak*)،[1]و من الممكن أن يثار تساؤل حول شرط نشر قرار الإنسحاب بالجريدة الرسمية حتى تسري آثار الإنسحاب في النظام القانوني الداخلي.

لقد ذهب فقه قضاء مجلس الدولة الفرنسي في إتجاه إقرار شرط إشهار قرار الإنسحاب بالرائد الرسمي وذلك في قرارات عديدة نذكر منها قرار مؤرخ في 18 ديسمبر 1992 (*Prefet de la Girande CE C/Mhamdi*)، و (*CE : Prefet des Alpes Maritimes C/Gachar*)، مؤرخ في 19 مارس 1993.[2]

و يتعين، التذكير في هذا الصدد، أن هناك أمر في فرنسا يلزم الحكومة بنشر قرارات الإنسحاب من المعاهدات.[3] فهل يمكن تطبيق هذا الحل في النظام القانوني الجزائري؟.

عملا بمبدأ توازي الاجراءات، يتم الانسحاب من المعاهدة الدولية بقانون (شأنه في ذلك شأن المصادقة)، ومن المعلوم أن القوانين تنشر وجوبا بالجريدة الرسمية عملا بمقتضيات القانون. فلا يطرح إذا إشكال في النظام القانون الجزائري متعلق بنشر قرارت الانسحاب من المعاهدات الدولية.

و أخيرا، هناك ملاحظة هامة، أخيرة، وهي أنه ليس على القاضي بعد التأكد من وجود قرار الإنسحاب من المعاهدة أن يتوسع في مراقبته إلى صحة هذا القرار من منظور القانون الدولي، وقد استقر فقه القضاء الفرنسي حول هذا الاتجاه، وهو الرأي المتجه إتباعه من قبل القاضي الجزائري، ذلك لأنه على المحكمة الالتزام بإرادة دولته، ومتى تبين لها أن هذه الإرادة تذهب في اتجاه الإنسحاب من المعاهدة، فليس عليها أن تتجاوزها بالدخول في مسائل أخرى قد تغير من إتجاه إرادة دولته .

رابعا-البند التعليقي:

على صعيد التطبيق، إن كانت هناك معاهدات قليلة تنص في أحكامها على إمكانية تعليق تطبيق كامل المعاهدة، فإننا نعثر على العديد من المعاهدات، وخاصة منها، الإقتصادية التي تنص على إمكانية تعليق بند أو بعض البنود المعينة من الإتفاق.

تنص المادة 59 من اتفاقية فيانا 1969، على الصورة التي يشمل فيها التعليق جميع إجراء الإتفاق الدولي أو جزء معين منه فحسب.

و ينبغي، على الدولة التي تنوي ايقاف تطبيق المعاهدة وقتيا، أن تعبّر صراحة عن إرادتها في تعليق تنفيذ التزاماتها الدولية، وتتوقف آثار هذا التعليق على أثر قرار من الدولة المعينة بالرجوع إلى تنفيذ أحكام المعاهدة موضوع التعليق .

---

[1] - *Cass، Civ 6 Mars 1984 ، Kryla c/ Lisak. RCDIP 1985 Pg109.*

[2] - سلسلة من القرارات ذكرها الفقيه *(Lachaume)*، في مقاله المذكور مع مصادرها في:
Droit international et juridiction judiciaire. N°70

[3] - أمر عدد 86-707 مؤرخ في 11 أفريل 1986.

ولقد تساءل فقهاء القانون الدولي؛ حول إمكانية ضبط وتحديد المدة القصوى التي يبقى فيها تطبيق المعاهدة معلقا؟ لأنه ليس من المعقول أن يتواصل هذا التعليق مدة غير محدودة.

هناك من يرى؛ أنه على الدولة التي تنوي تعليق تنفيذ التزاماتها الدولية أن تحدد مدة التعليق اللازمة لذلك وعلى إثر مرور هذه المدة بإمكان هذه الدولة الإختيار إما بالإنسحاب من المعاهدة أو العودة إلى تطبيق أحكامها.

و هناك بعض المعاهدات التي لا تقبل أحكامها التعليق (ومن باب أولى وأخرى الإنسحاب منها)، وهي بالأساس المعاهدات المتعلقة بحقوق الإنسان والحريات الأساسية.

إن أسباب الإنقضاء والتعليق التي تم ذكرها تقوم على أساس الإتفاق نفسه، إلا أنه بإمكان الدول الأطراف أن تتولى ايقاف العمل بالمعاهدة بمقتضى اتفاق لاحق.

الفرع الثاني: انقضاء أو تعليق تطبيق المعاهدات الدولية على أساس الإرادة اللاحقة.

قد تبرم الدول الأطراف في معاهدة دولية اتفاقا دوليا آخر يلغى أحكام الإتفاق الأول كما قد تتفق دولة طرف مع بعض الدول الأطراف الأخرى على تعليق التزاماتها الدولية.

أولا- الإتفاقات الناسخة :

إن القاعدة العامة، في هذا الإطار، تتلخص، في أن كل اتفاق لاحق يمكن أن ينسخ أحكام اتفاقية سابقة له شريطة أن يكون هذا الاتفاق نابعا من إرادة كل الدول الأطراف في المعاهدة الأولى.

و ترتكز هذه القاعدة على استنتاج، مفاده، أن كل المعاهدات الدولية مهما كان الشكل الذي تتخذه لها بفش القيمة القانونية في منظور القانون الدولي ، فيمكن بالتالي ان تنسخ بعضها البعض.

و قد تكون الإتفاقات الناسخة صريحة أو ضمنية: فبخصوص الإتفاقات الصريحة فيمكن أن تتم في صورتين:

- الصورة الأولى: هي ابرام اتفاق لاحق الهدف الوحيد منه هو إنهاء مفعول أحكام معاهدة سابقة لا غير .

-أمّا الصورة الثانية: فهي تتمثل في إدراج بند في اتفاقية لاحقة تنص صراحة على نسخ أحكام الاتفاق أو الاتفاقيات السابقة. ويكون الهدف الأساسي من هذه الاتفاقية اللاحقة عادة هو وضع قواعد قانونية دولية جديدة في نفس ميدان الاتفاق المنسوخ، وبالتالي فإننا أمام حالة مراجعة (*Revision*)، وقد تكون كاملة أو جزئية.

تنقضي آثار أحكام المعاهدة الدولية السابقة موضوع النسخ بصفة آلية انطلاقا من يخول المعاهدة الدولية اللاحقة حيّز التطبيق. وتنص المادة 54 من اتفاقية فيانا 1969، على ضرورة استشارة الدول الأخرى المتعاقدة و يعني بذلك الدول التي قبلت الالتزام بالمعاهدة المنسوخة لكن هذه المعاهدة لم تدخل بعد حيز التنفيذ بالنسبة إليهم.

وقد جاءت هذه الأحكام لتدعم ما جاءت به المادة 40 في فقرتها الثانية، التي تقتضي ضرورة إعلام كل الدول الأطراف، وحتى الدول المتعاقدة، بكل إقتراح يهدف إلى تعديل إتفاق دولي متعدد الأطراف .

إهتم القانون الدولي بوضعية الدولة الغير التي قد تكون تعلقت بها بعض الحقوق من المعاهدة المنسوخة عند تعديل أحكام المعاهدة. فهناك بعض فقهاء القانون الدولي من يذهب في إتجاه إعتبار أن الحقوق التي نشأت للدولة الغير قابل للرجوع فيها من قبل الدول الأطراف في المعاهدة إلا أن اتفاقية فيانا لقانون المعاهدات ذهبت في إتجاه تشريك هذه الدولة الغير في إجراءات التعديل ولكن إذا توفرت شروط ذلك، وهي:

- أن تكون للدولة الغير حقوقا ثابتة، وهو ما يفترض من هذه الدولة، حسب القانون الدولي، أن تكون قد قبلت صراحة أو ضمنيا هذه الحقوق.

- أن تكون المعاهدة المنسوخة قد منحت الدولة الغير حقا غير ممكن الرجوع فيه ولا يقبل التعديل من قبل الدول الأطراف.

فإذا تحقق هذان الشرطان، فإن ذلك يسمح لهذه الدولة الغير بالمشاركة في تعديل هذا الإتفاق، بل إن المادة 37 في فقرتها الثانية من معاهدة فيانا 1969، تنص على أن نسخ هذا الإتفاق لا يتم إلا بموافقة هذه الدولة الغير.

وقد يكون هذا النسخ ضمنيا، ويتم ذلك في صورتين جاءت بهما المادة 59 من اتفاقية فيانا 1969، تتعلقان بمفهوم تعاقب المعاهدات الدولية (*Succession d'un traite à un autre*).

تفترض هذه المادة إبرام معاهدة لاحقة من قبل جميع أطراف المعاهدة المنسوخة، ويمكن إستنتاج انقضاء مفعول المعاهدة الأولى إذا:

- ثبت من المعاهدة اللاحقة أن نية الأطراف اتجهت الى تنظيم نفس ميدان المعاهدة السابقة.

-إذا ثبت أن الأحكام التي جاءت بها المعاهدة اللاحقة لا تتطابق مع الحلول القانونية التي جاءت بها المعاهدة السابقة إلى درجة أنه يستحيل معه أن يقع تطبيق المعاهدتين في آن واحد.

إن هذه الصورة الثانية، وإن كانت تعتمد معيارا موضوعيا يتصل بعدم التطابق للوقوف عند المفعول الناسخ، إلا أنها تطرح إشكالات في خصوص تأويل هذه الأحكام، لذلك تشترط المادة 59، أن تبلغ عدم المطابقة حدا لا يمكن معه تطبيق كلا المعاهدتين، وهو ما يشكل نسخا ضمنيا كاملا .

ثانيا- التعليق الإتفاقي:

يمكن للأطراف عوضا أن يوقفو العمل باتفاق سابق، أن ينشؤوا إتفاقا جديدا يعلقون فيه تطبيق المعاهدة سابقة لمدة محددة.

ومن الممكن للأطراف إفراد اتفاق دولي كامل لهذه المسألة و يكون الغرض منها التوقيف الوقتي بالعمل بالمعاهدة وأن يضّمنوا إرادتهم في بند من بنود معاهدة لاحقة، كما يمكن أن تكون هذه الإرادة ضمنية.

ويمكن أن نسوق مثالا عن التعليق الاتفاقي، وهو المعاهدة المبرمة بين هولاندا والولايات المتحدة الأمريكية المؤرخة في 1947، تعلق فيه تنفيذ معاهدة سابقة تتعلق بالتجارة مؤرخة في 1935، وذلك طيلة المدة التي يكون فيها الدولتان طرفين في الإتفاقية العامة للتعريفات الجمركية.

ورد ذكر التعليق الصريح لتنفيذ أحكام المعاهدات الدولية في المادة 57، من اتفاقية فيانا، ولا يستدعى ذلك تحليلا خاصا، ضرورة أنه جاء بنفس الأحكام التي تنظم الاتفاق الناسخ المنظم بالمادة 54، بينما التعليق الضمني ورد ذكره بالمادة 59، فقرة ثانية من نفس المعاهدة.

إن أهم ما يميز إجراءات التعليق الاتفاقي عن الاتفاق الناسخ، هو أن الأول لا يستلزم موافقة جميع الدول الأطراف، فتعليق الالتزامات الدولية يمكن أن يتم الاتفاق في شأنه بين بعض الأطراف فقط « *Un accord inter se* » .

ويغلب على هذه الصورة مبدأ نسبية آثار المعاهدات الدولية، فبمقتضى إتفاق يمكن لبعض الأطراف فقط تعليق العمل باتفاق متعدد الأطراف سابق و لا تسري آثار الإتفاق اللاحق إلا على الدول الأطراف فيه فقط دون أن تمتد إلى بقية الدول الأطراف في المعاهدة السابقة.[1]

و تضع المادة 58 من اتفاقية فيانا 1969، قيودا لإبرام مثل تلك الاتفاقيات، فلا يقبل الاتفاق على تعليق أحكام معاهدة دولية بين بعض الأطراف فقط إلا إذا نصّت المعاهدة على ذلك صراحة أو في صورة سكون النص، إذا لم يضر هذا التعليق بمصالح بقية الأطراف ويعطل من تطبيق المعاهدة المعنية،كما تفرض هذه المادة أن لا يكون التعليق متعلقا بأحكام جوهرية في الإتفاق وهي الأحكام التي لها صلة وطيدة بموضوع وهدف المعاهدة .

تشترك كل هذه الأسباب في كونها تستمد أساسها من إرادة الاطراف مباشرة إلا أنه يمكن ان تنقضي او تعلق أحكام الاتفاقات الدولية نتيجة أسباب خارجة عن إرادة الأطراف وهو موضوع الفقرة الموالية .

الفرع الثالث: إنقضاء وتعليق تطبيق المعاهدات الدولية لأسباب خارجة عن إرادة الدول الأطراف.

يعتبر بعض الفقهاء هذه الأسباب موضوعية لأنها لا ترتبط بالإرادة الذاتية للأطراف كالأسباب الواردة في الفقرة السابقة بل أن تصرف الدول الأطراف لم يذهب في إتجاه تعليق أو ايقاف العمل نهائيا بالمعاهدة الدولية حتى وان كان هذا السلوك إراديا.[2]

هناك أسباب مختلفة يمكن أن تتدخل فتتسبّب في إيقاف تطبيق المعاهدة وقتيا أو نهائيا، وبالإمكان تصنيفها إلى أسباب متصلة بسلوك الدول الأطراف، وأسباب متعلقة بظروف خارجية تماما.

---

[1] *-Bref autant le premier que le deuxième accord sont valablement en vigueur ، chacun dans sa sphère d'efficacité ...506. L'extinction et la suspension des traités.*

[2]- *Droit international Public . N.Q. Dinh، Pg،306، N° 193 .*

أولا- الأسباب المتصلة بسلوك الدول الأطراف:

وإن كان سلوك الدول الأطراف في هذا الإطار إراديا إلا أن هذه الإرادة لم تتجه إلى ايقاف نفاذ المعاهدة الدولية سواء بصفة موقتة أو نهائية. و تتمثل هذه الأسباب في إنتهاك أحكام معاهدة دولية والنزاع المسلح والعرف الناسخ.

1- انتهاك أحكام معاهدة دولية:

يتمثل هذا السبب في خرق أحكام المعاهدة، وذلك بالإمتناع عن تنفيذ مقتضياتها من قبل دولة طرف أو عدة دول أطراف، ونجد مقابلا لهذا السبب في القانون الداخلي للالتزامات، إذ لا يمكن إلزام طرف متعاقد بتطبيق عقد لم يلتزم الطرف الآخر بتطبيقه.

و لا ضرورة للتركيز على مبررات هذا السبب، لأنها منطقية، فجوهر الإتفاق هو التوازن التعاقدي بين الأطراف وللمحافظة على هذا التوازن يتعين أن يكون هناك تناظرا بين التزامات الدول الأطراف، فإذا اختل هذا التوازن كان مآل الاتفاق هو التعليق أو الإنقضاء تماما.

و هناك من الفقهاء من يؤسس هذا السبب على مبدأ المعاملة بالمثل، وهو مبدأ عام يسمح للدولة أو الدول الأطراف بأن تتمسك بخرق اتفاق دولي من قبل دولة طرف لتمتنع بدورها من الإلتزام بهذا الإتفاق .

و إذا كان الفقه الدولي مستقر على إقرار هذا السبب، إذ هو ليس محل جدل، فلقد حام النقاش حول ثلاث مسائل متعلقة بهذا السبب: أولها، متصل بخصائص خرق المعاهدة الدولية. أما الثانية، فهي متعلقة بإقرار الجزاء المناسب، إما التعليق أو ايقاف العمل بها نهائيا. أما المسألة الأخيرة، فتتصل بضبط المعيار المعتمد لتحديد إن كان ايقاف العمل يشمل كامل الإتفاق الدولي أو بعض أجزاءه فحسب.

أما بالنسبة للنقطة الأولى، سيقع التركيز على طبيعة وخصائص خرق المعاهدة الدولية حتى تكون سببا من أسباب تعليق الإتفاق أو ايقاف تطبيقه نهائيا.

فبالرجوع إلى أحكام المادة 60 من اتفاقية فيانا 1969، نجده يؤكد على أن يكون خرق المعاهدة جوهريا (*une violation substentielle*)، وهو ما يعني ان يبلغ هذا الخرق درجة من الخطورة بما يرخص لبقية أطراف المعاهدة في التمسك به للإمتناع بدورهم عن تنفيذها .

ولقد جاءت الفقرة الثالثة من المادة 60 ناصة على صور الخرق الجوهري : فهو يقوم إما برفض غير مشروع لتنفيذ الإلتزامات الدولية وهي تضم كل إدعاء غير مؤسس قانونيا بالإنسحاب من معاهدة دولية أو كل إعتراض غير مشروع على الصحة القانونية للمعاهدة كما تقتضي نفس الفقرة الثالثة أن الخرق الجوهري يتم بإنتهاك بند أساسي لتحقيق هدف أو موضوع المعاهدة وهو ما يطرح إشكال تأويل المعاهدة الدولية للتثبت من وظيفة البند المنتهك ان كانت أساسية لتحقيق الهدف من المعاهدة.

و بالرجوع إلى النقطة الثانية بخصوص الخيار بين التعليق وانقضاء المعاهدة الدولية ،نجد انه من الضروري الإشارة أن هذا الخيار لم نصادفه بعد بصورة واضحة لكن هناك من يرى أن تعليق تنفيذ الإلتزام الدولي لمدة معينة بتعلق برد على إنتهاك لم يبلغ من الخطورة ما يسمح بإتفاق العمل به نهائيا ،

كما أن بعض الفقهاء يعتبرون أن تعليق تطبيق الإتفاق الدولي يمثل وسيلة ضغط على الدولة المنتهكة لأحكام هذا الإتفاق حتى ترتدع وتقتنع بضرورة إحترام الإلتزامات التي صادقت عليها .

وأخيرا، بخصوص إمكانية تحديد آثار التعليق أو الاتفاق على بعض أجزاء المعاهدة دون مجملها، فهناك إتجاه فقهي يذهب إلى ضرورة تطبيق مبدأ التناسب (*Principe de proportionnalité*)، حتى يكون قرار الدولة أو الدول الأطراف المتضررة متوافقا مع خطورة الإنتهاك. إلا أن هناك إتجاه آخر يقر بضرورة ترك المجال للدولة التي تضررت مصالحها لتقدير القرار الأنسب كرد عن هذا الإنتهاك.

أما فيما يتعلق بقابلية المعاهدة للتجزأة فيجب الرجوع إلى أحكام المادة 44 الذي لا ينطبق في هذه الصورة، وبالتالي، فإن الدولة التي تضررت مصالحها لها أن تقدر بكل حرية إن كان قرار الإنسحاب أو التعليق ينسحب على كامل الاتفاق أو يقتصر على بعض البنود لاغير .

أما فيما يتصل بالنظام القانوني الخاص بانتهاك أحكام المعاهدة الدولية كسبب من أسباب انقضاء أو تعليق الإلتزامات الدولية، فإن دراسته تستلزم التمييز بين المعاهدات الثنائية والمعاهدات متعددة الأطراف.

بخصوص المعاهدات الثنائية، فيسمح خرق أحكامها للطرف المقابل بالتمسك بذلك كسند لإيقاف العمل بالمعاهدة أو تعليقها. ويتعين الإشارة، إلى أن الانتهاك يمنح فقط الحق في طلب ايقاف أو تعليق المعاهدة إذ أن الإنقضاء أو التعليق ليس آليا وهو ما يمكن إستنتاجه من قراءة المادة 65 من معاهدة فيانا 1969 .

و يضيف فقه القضاء الدولي شرطا آخر لإمكانية تمسك الدولة التي تضررت مصالحها بالإنتهاك وهو أن لا تكون هذه الدولة قد سبق لها أن إتبعت سلوكا غير مشروع قبل الانتهاك هو ما جاء به قرار حديث نسبيا صادر عن محكمة العدل الدولية مؤرخ في 25 سبتمبر 1997 في قضية : (*Projet Gabcikovo – Nagymaros*).

أما بالنسبة للمعاهدات المتعددة الأطراف فيمكن أن يكون رد الفعل إزاء انتهاك أحد الدول الأطراف لمقتضيات اتفاق دولي جماعي أو فردي ، فيمكن لبقية الأطراف في المعاهدة أن يعلقوا تطبيق المعاهدة الدولية وفي علاقتهم مع بعضهم وهي الصورة التي جاءت بها الفقرة الثانية من المادة 60. كما يمكن للطرف الذي تضرر بصفة خاصة من انتهاك أحكام الإتفاق الدولي التمسك بذلك ليعلق تطبيق المعاهدة لكن في حدود علاقته بالدولة المنتهكة للإتفاق دون أن يتجاوزه إلى بقية الدول الأطراف .

و هناك بعض الإتفاقيات التي تترك للأطراف حرية إتخاذ القرارات المناسبة تجاه الدولة التي تخرق أحكام المعاهدة الدولية ونذكر منها بالأخص الإتفاقية العامة للتعريفات القمرقية . فالولايات المتحدة الأمريكية اتخذت عدة قوانين أهمها: (*L'omnibus trade and competétiveness Acts*)، مؤرخ في 23 أوت 1988 والذي ينص على جملة من الإجراءات المضادة تجاه كل دولة طرف تنهك الإلتزامات المقررة في تلك الإتفاقية .

وينص المادة 60 من اتفاقية فيانا 1969، على استثناء لمبدأ إمكانية انقضاء المعاهدات الدولية إذا تم خرقها من قبل أحد الدول الأطراف وهي المعاهدات التي تتعلق بحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية . إن هذا الإستثناء يجد أساسه في كون هذه المعاهدات الدولية تحمل قواعد دولية آمرة (*Jug*

Cogens)، وهي قواعد لايقبل تطبيقها أي إستثناء وبالتالي فإن انتهاك دولة لإتفاق دولي متعلق بالحقوق الإنسانية لا يمكن أن يشكل مبررا لإيقاف العمل بها وقتيا ومن باب أولى نهائيا .

2- النزاع الدولي المسلح:

تعتبر هذه المسألة من المواضيع الكلاسيكية التي تطرح في مجال قانون المعاهدات و ينبغي في هذا الصدد التمييز بين تكييف النزاع المسلح كعمل غير شرعي من منظور القانون الدولي وبين تحديد الآثار القانونية التي قد ينتجها هذا التصرف .

إن تحليل النزاع الدولي المسلح كسبب من أسباب إنقضاء أو تعليق الالتزامات الدولية يتصل بتحديد آثار الحروب على سريان مفعول الإتفاقات الدولية القائمة بين الدول المتنازعة وذلك بقطع النظر عن شرعية هذه النزاعات.

ولقد أشار المادة 73 من اتفاقية فيانا 1969، باحتشام شديد إلى هذا السبب وبالتالي فإنه يتحتم علينا الرجوع إلى العرف الدولي الجاري به العمل.

إن تحديد آثار النزاعات الدولية على سريان مفعول المعاهدات يقتضي التمييز بين المعاهدات الثنائية والمعاهدات المتعددة الأطراف.

بالنسبة للاتفاقات الثنائية: هناك اتجاه فقهي يذهب إلى كون النزاعات المسلحة بين دولتين طرفين في المعاهدة يؤدي إلى انقضاءها .

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية في قرارات عديدة على أن الإتفاقيات الثنائية تنقض وجوبا على أثر إعلان حالة الحرب بين طرفي الإتفاق كقرار (*Lovera C/Rinaldi*)، مؤرخ في 22 جوان 1949 أو قرار (*Nari et orso C/Sevastoup*)، المؤرخ في 19 أكتوبر 1956.[1]

أما بخصوص الإتفاقات متعددة الأطراف، فإن أثر النزاع المسلح يتمثل في تعلين تطبيق أحكام الإتفاقية بين الدول المتنازعة فقط لتبقى سارية المفعول في العلاقات بين بقية الدول الأطراف .

و يميّز القاضي الفرنسي بين الدول المتنازعة وغير المتنازعة لتحديد آثار الحروب على الاتفاقات الدولية وهو ما نجده في قرار صادر عن محكمة الإستئناف *Aix-en- Provence* مؤرخ في 7 ماي 1951.[2]كما يمكن أن تنقضي آثار المعاهدات على أثر تكون عرف دولي مخالف لأحكامها.

3- العرف الناسخ:

يعتبر العرف الدولي من المصادر الأساسية لتكوين القاعدة القانونية الدولية إلى جانب الإتفاقات الدولية ، و هذا التساوي في الأهمية يتبعه تساو في القيمة القانونية ضرورة أننا لا نتحدث في النظام القانوني الدولي عن تدرّج في القيمة القانونية بين مختلف مصادر القانون الدولي.[3]

[1] - *Droit international et juridiction ، judiciaire – JF Lachaume N° 68.*
[2] - *Droit international et juridiction judiciaire – Lachaume N°68.*
[3] - *Droit international D carreau; p 63.*

و النتيجة المنطقية لذلك هو أن العرف الدولي اللاحق في الزمن يمكن أن ينسخ أحكام اتفاقية دولية اذا جاء العرف بحلول قانونية جديدة ومخالفة لما اقتضته تلك المعاهدة وذلك عملا بالمبدأ القانوني القاضي بان القاعدة اللاحقة في الزمن تنسخ التي سبقتها : « *lex postérior derogat priori* » و يجب التذكير أن تكوّن العرف الدولي يخضع لسلسلة من الشروط الأولى تتعلق بالممارسة والثانية متعلقة بالجانب النفسي فتكوّن العرف الدولي يفترض وجود ممارسة دولية عريقة ، عامة ، متواترة بنفس الشكل ومستقرة في الزمن. أما الجانب النفسي فهو يفترض وجود قبول عام للصبغة الوجوبية لتطبيق العرف المعني.

لم تتناول اتفاقية فيانا 1969، هذا السبب في باب عوامل انقضاء المعاهدات الدولية لأن المسألة تتعلق بعلاقة المعاهدات بالعرف وقد إعتبرها الفقهاء تتجاوز إطار معاهدة فيانا.

إن اثر العرف الدولي على المعاهدة يمكن أن يتمثل في صورتين صورة النسخ أو الإهمال:

- ففي الصورة الأولى: يأتي العرف الدولي بحلول قانونية مخالفة لمقتضيات معاهدة دولية سابقة، وبالتالي، بأن تلك المعاهدة ستنقضي بمقتضى النسخ.

- أما الصورة الثانية: فتهجر أطراف المعاهدة ودون اتفاق مسبّق تطبيق المعاهدة.

وتتواصل هذه الممارسة دون أن يحتج على ذلك بقية الدول الأطراف، وذلك مدة من الزمن كافية لتكوّن عرف دولي قائم الذات، حتى يحصل اقتناع لدى الدول الأطراف، بأن مقتضيات تلك المعاهدة لم تعد تلزمهم في شيء حتى تصبح معاهدة مهملة التطبيق وتنقضي بالتالي بمفعول هذا العرف.

و السؤال المطروح هو: هل بإمكان القاضي الداخلي أن يتمسك بوجود عرف دولي ليستبعد تطبيق معاهدة دولية صادقت عليها بلاده ؟

طرح هذا الإشكال في القضاء الفرنسي، في قضية اعتبرت فيها محكمة الأصل، أن معاهدة متعلقة باستغلال الثروات البحرية داخل المنطقة الإقتصادية الخالصة مبرمة بين فرنسا واسبانيا في 29 افريل 1958، قد تم نسخها بمقتضى أعراف جديدة تهم قانون البحر إلا أن محكمة النقض نقضت هذا القرار وعارضت هذا التمشي مستندة إلى أنه لا يدخل في صلاحيات القاضي إثارة إشكال بقاء معاهدة من عدمه إذا لم تبرز الدولة إرادتها في ايقاف العمل بذلك الإتفاق.[1]

إن ما يجمع بين هذه الاسباب الثلاث: العرف الناسخ والنزاع المسلح وانتهاك أحكام المعاهدات هو أنها تتصل بسلوك الدول الأطراف وتؤثر بطريقة غير مباشرة على سريان مفعول المعاهدات، بينما هناك سلسة أخرى من الأسباب لا علاقة لها بسلوك الأطراف بل تتصل بظروف وتخرج تماما عن إرادة الأطراف.

[1] - *Cassation ، crim – 7 juillet 1980. Gazette du Palais 1981، 1 Pg 106. « la solution de la chambre doit être approuvée car iln'appartient car il n'appartient pas aux juge de statuer sur la desuetude des règles. conventionelles et en cas de doute serieux sur cette dessutude la solution paraissant le mieux adoptée est celle qui consiste à interroger le ministre des affaires étrangeres …. ».*

ثانيا- الظروف الخارجية التي تؤثر على سريان آثار المعاهدات الدولية مؤقتا أو نهائيا:

يمكن حصر هذه الظروف في ثلاث عوامل: أولها متعلق باستحالة تنفيذ الالتزامات المنصوص عليها في المعاهدات وآخر متصل بتغير جذري في الظروف وأخيرا عامل يتعلق بظهور قاعدة دولية آمرة.

1- استحالة تنفيذ الالتزامات الدولية:

إن القاعدة العامة المطبقة هي أنه لا يمكن الزام دولة طرف بما يستحيل تنفيذه وتجب الإشارة في البداية أن هذه الإستحالة لا تتعلق بوقت انشاء المعاهدة الدولية لأنه في هذه الحالة يكون الإتفاق باطلا من أساسه بل باستحالة متعلقة بالتزام كلن تنفيذه ممكنا إبان ابرام الاتفاقية إلا أن تنفيذه صار لاحقا مستحيلا.

و لقد إعتبر المادة 61 من إتفاقية فيانا لقانون المعاهدت هذا العامل سببا لإنقضاء المعاهدة الدولية إذا تعلق الأمر باستحالة دائمة أو سببا لتعليق تنفيذ الإلتزمات الدوليـــة إذا كانت الإستحالة وقتية.

و من الممكن التمييز بين المعاهدات الثنائية و المعاهدات المتعددة الأطراف، فإذا تعلقت الاستحالة بايقاف ثنائي، فإن النتيجة الحتمية، هو انقضاء ذلك الاتفاق، أما في حالة الاتفاقات الجماعية، فإنه بإمكان أن نحصر إنقضاء الإتفاق تجاه الدولة أو بعض الدول فقط التي تتمسك بهذه الاستحالة دون أن يؤثر ذلك على وجود الاتفاق الدولي.

و يظهر بدراسة المادة 61 من إتفاقية فيانا أنه اعتمد مفهوما ضيقا لاستحالة تنفيذ الالتزام الدولي، ذلك، أنه قرن هذه الإستحالة بهلاك أو فقدان محل المعاهدة وكان هذا المحل ضروريا لتنفيذ أحكامها، فهو إذن قصر مفهوم الإستحالة في الإستحالة المادية فحسب.

إن الأخذ بالمفهوم الضيق للإستحالة كان محل نقد من بعض فقهاء القانون الدولي، ذلك، أنهم يعتبرون، أنه إذا كانت العلاقات الديبلوماسية أو القنصلية ضرورية لتطبيق معاهدة دولية، فإن قطع هذه العلاقات يعد صورة من صور استحالة التنفيذ بالرغم من أن الاستحالة في هذه الحالة ليست مادية.

غير أن هذه الإستحالة لا ينتج عنها سوى تعليق تطبيق أحكام المعاهدة المعنية إلى حين عودتها، تجدر الإشارة، أخيرا، أن استحالة تنفيذ مقتضيات معاهدة دولية لا يؤدي آليا إلى انقضاءها، إذ أن المادة 61 من إتفاقية فيانا يكتفي بمنح الدول المعينة بهذه الاستحالة سلطة التمسك بهذا السبب، ضرورة أنه يمكن أن يكون وجود الإستحالة من عدمه محل جدل ومنازعة جدية مع بقية أطراف المعاهدة الذين قد يعتبرون أن هذه الإستحالة ليست إلا صعوبة يمكن تجاوزها، بالتالي، فإن إتفاقية تفتح إمكانية مناقشة هذا الدفع وذلك ضمن إجراءات نضمها المادة 66 منها.

2- التغير الجذري في الظروف:

يعد هذا السبب قاعدة قانونية عامة ، فتغير الظروف بالمقارنة مع ما كانت عليه ابان تكوين العقد يمكن ان يكون سببا لانقضاء الالتزام أو تعليقه .

و لقد تناول فقه القضاء الدولي في العديد من المناسبات هذا السبب وأعتبر أن التغير الجذري في الظروف ينقص الالتزام الدولي أو يعلقه بحسب الحالات وذلك في قرارات عديدة نذكر منها قرار مؤرخ في 2 فيفري 1973 متعلق بقضية (*La competence en matière de pêcheries*)، أو قرار مؤرخ في 1997 متعلق بقضية : (*Projet Gabcikovo-Nagymoros*). [1]

قبل تحديد النظام القانوني المتعلق بهذا السبب يقتضي التحليل الوقوف على الأسس التي يقوم عليها عامل التغيير الجذري في الظروف . هناك من فقهاء القانون الدولي من يرى أن هناك بند ضمني في كل معاهدة ينص على أن الصبغة الإلزامية للمعاهدة نبقى مع بقاء الظروف التي نشأت فيها هذه المعاهدة على حالها ، وهو ما يطلق عليه بند (*Rebus Sic Stantibus*)، هناك شق آخر من الفقهاء يرى؛ أن هذا السبب ليس بندا ضمنيا بل هو، بالأحرى، قاعدة عامة موضوعية، فهم يعتبرون، أن القواعد القانونية هي إنعكاس للظروف الإقتصادية والإجتماعية والسياسية ...، فإذا فقد هذا الترابط بين الواقع الجديد والقاعدة القانونية الدولية فإذا ذلك يسمح بالإمتناع عن تنفيذ الإلتزام الدولي وهو يؤدي مباشرة إلى انقضاء الإتفاق المعني.[2]

إن دراسة النظام القانوني للتغير الجذري في الظروف يفترض تحليل ثلاث نقاط تتصل بشروط إعمال هذا السبب ثم كيفية معاينته وأخيرا تحديد آثار هذا التغيير.

بخصوص الشروط المستوجبة لقيام هذا السبب، يتعين الرجوع إلى أحكام المادة 62 من إتفاقية فيانا 1969، وهو يشترط أن يكون هذا التغيير مقترنا بثلاث خصائص:

أولا- ينبغي أن تكون الظروف (قبل تغيرها) هي الركيزة الأساسية التي قام عليها قبول الالتزام بأحكام المعاهدة.

ثانيا- ينبغي أن يكون هذا التغيير طارئا ولم يكن للأطراف التنبىء بحصوله.

ثالثا- تقتضي المادة 62 أن يكون التغير جذريا، بمعنى آخر؛ يتمثل آثار هذا التغير في تبديل كلي لنطاق ومدى الالتزامات.

أشار فقه القضاء الدولي إلى هذه الشروط، فتقول محكمة العدل الدولية في هذا الصدد:

« ...Les changement de circonstances qui doivent être considérés comme fondamentaux ou vitaux, sont ceux qui mettent en péril l'existence ou le développement vital de l'une des parties ... le changement doit avoir entraîné une transformation radicale de la portée des obligations qui restent à exécuter. Il doit avoir rendu plus lourdes ces obligations, de sorte que leur exécution devienne essentiellement différentes de celles qui restent a exécuter » [3].

وما يمكن استخلاصه، هو أن هذه الشروط تتقسم بالصرامة والشدة. ولعل ذلك ما يفسر، أنه لا يوجد إلى حد هذا التاريخ قرارا صادرا عن محكمة دولية أو قرارا تحكيميا أقر وجود تغير جذري في الظروف حتّم اتفاق تطبيق معاهدة دولية.

---

[1] *-Droit international public. Par N.Q. Dinh، Pg. 312.*

[2] *- Droit international public، Par N.Q. Dinh، Pg.311.*

[3] *- CIJ، Arrêt، 2 fevrier 1973، Affaires relatives à la compétence en matière de pêcheries. in Receuil 1973.Pg. 19 à 21.*

أما فيما يخص كيفية معاينة التغير الجذري في الظروف، يجب التذكير، بأنه على مستوى التطبيق كثيرا ما تستند الدول إلى هذا السبب للتنصّل من التزاماتها المحمولة عليها بموجب اتفاق دولي.

إن امكانية التمسك بهذا السبب يشترط أن لا تكون الدولة بعد أن حصل لها العلم بتغير الظروف قد عبرت صراحة عن قبولها تطبيق المعاهدة رغم ذلك أو كان سلوكها دالا على ذلك ضمنيا.

ومن الممكن أن يقع التمسك بهذا السبب في خصوص بعض بنود الاتفاق دون غيرها إذا تبيّن أن تغير الظروف لم يشمل سوى جزءا فقط من المعاهدة وذلك كلما توفرت الشروط التي جاء بها المادة 44 من إتفاقية فيانا المنظم لقواعد تجزئة أحكام المعاهدة.

ومن الممكن أن ينازع بقية أطراف المعاهدة في جدية هذا الدفع المتمسك به و في هذه الصورة من الممكن للأطراف الإلتجاء إلى لجان توفيقية أو إلى هيئة تحكيمية أو إلى محكمة العدل الدولية حسب الإجراءات التي تضمّنتها معاهدة فيانا في المادة 66 منها.

أخيرا، وبخصوص آثار التغيير الجذري في الظروف، يمكن القول؛ أن النتيجة الحتمية لذلك، هو إنقضاء المعاهدة الدولية المعنية، وبالتالي، يمكن الدولة الطرف التي تتمسك بذلك التغير الانسحاب منها، على أن نفس المادة 63، تمكّن كل دولة طرف من أن تعلق تنفيذ التزاماتها لمدة معينة من الزمن في انتضار عودة الظروف إلى ما كانت عليه بما يسمح بتطبيق الاتفاق الدولي.

هناك شق من فقهاء القانون الدولي، من يرى؛ أن الحل في هذه الصورة هو تحوير أحكام المعاهدة بما يجعلها متأقلمة مع الظروف الجديدة.

3- ظهور قاعدة آمرة من القانون الدولي العام.

بالرجوع إلى أحكام المادة 64 من إتفاقية فيانا لقانون المعاهدات، نتبين، أن ظهور قاعدة آمرة من القانون الدولي العام ينهي العمل بكل معاهدة دولية تتعارض أحكامها مع محتوى هذه القاعدة.

تمثل المادة 64 نظيرا للمادة 53 من نفس الإتفاقية، التي تنص على بطلان كل اتفاق دولي تتعارض أحكامه – عند إنشاءه – مع هذه القواعد الآمرة. يجب الوقوف عند مفهوم هذه القواعد، وهو من نصت عليه المادة 53 من إتفاقية فيانا:

« Aux fins de la présente convention, une norme impérative de droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifieé que par une nouvelle norme de droit international général ayant le même caractère ».

ومن الممكن، أن نعرض بعض أمثلة عن هذه القواعد: كحضر الإتجار بالرق، حضر الإتجار بالنساء، حضر الإبادة الجماعية، حضر القرصنة ... .

وتعكس هذه القواعد إتفاق أغلبية الدول المكونة للمجموعة الدولية المنتمين إلى أنظمة سياسية واقتصادية واجتماعية مختلفة، على تكريس مبدأ عام لا يقبل أي استثناء. تنص إتفاقية فيانا 1969، على

أن النزاعات المتعلقة بانقضاء المعاهدات نتيجة تعارضها مع أحكام دولية آمرة من القانون الدولي العام تختص بها محكمة العدل الدولية.

وهناك العديد من الفقهاء الذين ينتقدون العبارة الواردة بالمادة 64، والمتعلقة ببطلان المعاهدة على إثر ظهور قاعدة آمرة من القانون الدولي العام، ضرورة أن البطلان ليس الجزاء الصائب لأن المعاهدة نشأت صحيحة، فعند تكوينها لم تكن هذه القاعدة الآمرة موجودة، إذ أنها ظهرت لاحقا، وبالتالي، فهي سبب لإنقضاء الالتزامات الدولية ولا لبطلانها.

وما يدعم هذا الرأي، هو أن المادة 72 من إتفاقية فيانا 1969، ينص على أن الآثار القانونية لظهور هذه القاعدة الآمرة لا تسرى على الوضعيات القانونية التي نشأت في تاريخ سابق.

أخيرا، تجدر الإشارة، أن تعارض مقتضيات معاهدة دولية مع قاعدة دولية آمرة لا ينجرّ عنه حتما إنقضاء المعاهدة الدولية في مجملها، بل يقتصر ذلك، على البند أو جملة البنود المخالفة لهذه القاعدة الآمرة دون أن يسري هذا الجزاء على بقية البنود الأخرى.

المبحث الثالث: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي.

لقد سمح المشرع الجزائري للقاضي بتطبيق القوانين الأجنبية في الجزائر إذا ما أشارت باختصاصها قواعد الإسناد الوطنية، بشرط أن لا يكون مضمونها متعارض مع المبادئ التي يقوم عليها المجتمع، لذلك شبه بعض الفقهاء الدور الذي يلعبه النظام العام بالنسبة للقوانين الأجنبية المختصة بصمام الأمن.

قد تشير قاعدة الإسناد في قانون القاضي بتطبيق قانون دولة أجنبية فلما يتعرف القاضي على مضمونه يجده يتعارض مع المبادئ الأساسية السائدة في دولته فيستبعد تطبيقه باسم النظام العام، أي أن الاختصاص ينعقد للقانون الأجنبي بحكم النزاع بموجب قاعدة الإسناد الوطنية التي تشير بتطبيقه بوصفه القانون الأنسب لحكم العلاقة القانونية محل النزاع، غير أن مضمون هذا القانون قد يتعارض مع المفاهيم الأساسية والمبادئ القانونية المستقر عليها في دولة القاضي وهنا على القاضي استبعاده بسبب مخالفته للنظام العام.[1]

إن معظم التشريعات في العالم قد أوجبت على القاضي الامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي إذا خالف النظام العام، ومنها المشرع الجزائري الذي ينص في الفقرة الأولى من المادة 24 من القانون المدني على أنه: " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر".[2]

وقبل الخوض في مسألة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي، يجب علينا تحديد طبيعة القانون الأجنبي ليتسنى لنا الحديث عن مسألة استبعاده.

المطلب الأول: تحديد طبيعة القانون الأجنبي.

الواقع، أن هناك اختلاف في الفقه والقضاء حول تحديد طبيعة القانون الأجنبي، فذهب البعض وعلى رأسهم قضاء الدول الأنجلوساكسونية إلى اعتبار القانون الأجنبي مجرد واقعة يقع عبء إثباته على الخصوم، بينما يذهب رأي آخر، إلى احتفاظ القانون الأجنبي بطبيعته القانونية أمام القضاء الوطني ويرتب كافة النتائج المترتبة على هذه الصفة، كما أكدوا على ضرورة الفصل بين طبيعة القانون الأجنبي و معاملته من الناحية الإجرائية، وينتج عن هذا الاختلاف تباين في نظرة الفقهاء إلى كيفية تطبيق هذا القانون، فهل يتوجب على القاضي تطبيقه من تلقاء نفسه بموجب ضابط الإسناد الوطني، أو يجب على الخصوم أن يطلبوا تطبيقه، وأن يثبتوه ويقدموا له أحكامه جاهزة؟.[3]

الفرع الأول: القانون الأجنبي عنصر من عناصر الواقع.

يرى جانب من الفقه الفرنسي؛ أن القانون الأجنبي عند تطبيقه على النزاع المعروض أمام القاضي الوطني يتحول إلى عنصر من عناصر الواقع، و تفقد القاعدة القانونية الأجنبية صفتها القانونية.[4]

ويعلل، هذا الاتجاه، موقفه على أساس؛ أن القاعدة القانونية تتكون من عنصرين: الأول هو مضمون القاعدة القانونية، والثاني هو عنصر الأمر أو الإلزام الذي تستمد منه القاعدة القانونية قوتها، و

---

[1] - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، الطبعة الثامنة، دار هومة،الجزائر، 2006، ص 165.

[2] - الفقرة الأولى من المادة 24 من القانون المدني الجزائري.

[3] - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، تنازع القوانين، الجزء الأول، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000، ص 233.

[4] - *Hennry batiffol " Aspects philosophiques du droit international prive, Édition 1956; p 104,105.*

يقول هذا الرأي أن القاعدة القانونية الأجنبية تفقد عنصرها الثاني - الإلزام و الأمر- في حالة تطبيقها أمام القاضي الوطني، حيث يرى هذا الرأي أن عنصر الأمر أو الإلزام لا يخرج عن حدود الإقليم الذي يزاول فيه الشارع سيادته، فالمشرع لا يستطيع فرض سيادته خارج حدود إقليم دولته، وعليه لا يتبقى للقاعدة القانونية الأجنبية سوى العنصر الأول وهو مضمون القاعدة، وتنتفي بذلك الصفة القانونية عن القاعدة الأجنبية.[1]

كما أن القضاء في الدول الأنجلوسكسونية يتشدد في اعتبار القانون الأجنبي مجرد واقعة ويعامله على هذا الأساس، ويجد تفسيره لدى الفقه هناك في نظرية الحقوق المكتسبة، حيث ترى هذه النظرية أن القانون الأجنبي لا يطبق أمام القضاء بوصفه قاعدة قانونية آمرة وإنما يطبق احتراما للحقوق المكتسبة التي اكتسبت في ظل هذا القانون، فالقاضي في نظرهم لا يطبق القانون الأجنبي كما يظهر لأول وهلة وإنما هو يعترف بالحق الذي اكتسب في ظل القانون الأجنبي، وبالتالي، فإن القانون الأجنبي يعتبر في نظر القاضي مجرد عنصر في واقعة هي الحق الذي نشأ في ظل هذا القانون.[2]

ورتب هذا الاتجاه، على القانون الأجنبي، باعتباره واقع، جميع النتائج التي تترتب على هذه الصفة ، فقرر أنه لا يجوز للقاضي تطبيقه أو البحث عن مضمونه من تلقاء نفسه، بل يتعين على الخصوم التمسك به وإثبات أحكامه، شأنه في ذلك شأن سائر وقائع الدعوى، وإذا أخطأ القاضي في تطبيق القانون الأجنبي أو تفسيره، لا يخضع هذا الخطأ وفقا لهذا الرأي إلى رقابة محكمة النقض على اعتبار انه واقع. و قد أيد جانب من الفقه المصري هذا الاتجاه الذي يقول أن القانون الأجنبي من مسائل الواقع لا من مسائل القانون، وبالتالي، لا يفترض في القاضي العلم به، ذلك لأن من المستحيل على القاضي أن يقف على كل القوانين الأجنبية.[3]

أخذ على هذا الاتجاه، أنه بدأ من نقطة خاطئة، فإذا كان صحيحا أن عبور القاعدة القانونية الحدود من بلد إلى أخرى يفقدها عنصر الإلزام، لأن المشرع الوطني لا يمارس سيادته إلا داخل إقليم دولته، إلا أن قاعدة الإسناد الوطنية التي أشارت إلى تطبيق هذا القانون ترد للقانون الأجنبي صفة الإلزام و الأمر التي فقدها.[4]

كما أن نظرية الحقوق المكتسبة منتقدة لمحدوديتها، فهي لا تفسر تطبيق القانون الأجنبي إلا في الحالة التي ينشأ فيها الحق في الخارج، مع أن الغالب هو أن ينشأ الحق في دولة القاضي طبقا للقانون الأجنبي.

وتجدر الإشارة، إلى أن الموقف السابق لمحكمة النقض الفرنسية كان يتبنى هذه الوجهة، وذلك انطلاقا من حقيقة أن القانون الأجنبي ليس بقوة القانون الوطني، وإنما هو بمثابة واقعة لأن القانون قوته تكمن في حدود الدولة التي أصدرته، وهذا ما أكده القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1959/05/12 في" قضية بيس بال"، والتي تتلخص وقائعها في أن زوجين من جنسية إسبانية تقدما بطلب الطلاق أمام محكمة فرنسية دون أن يتمسكا بتطبيق قاعدة التنازع الفرنسية التي تعين القانون الإسباني كقانون واجب التطبيق، وقد اعتبرت المحكمة في هذا القرار بأن قاعدة التنازع الفرنسية ليست من النظام

---

[1] - شمس الدين الوكيل، دراسة مقارنة في إثبات القانون الأجنبي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1964، ص 03 إلى 04.

[2] - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، ط 9، 1986، ص 574.

[3] - توفيق حسن فرج، مذكرات في قانون الإثبات، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، 1969، ص 21 و22.

[4] - حمدان بن درويش الغامدي، دور القاضي الوطني في إعمال القانون الأجنبي وإثباته، مجلة كلية الشريعة والقانون، الجزء الرابع، طنطا، مصر، العدد الخامس والثلاثون، 2020، ص 764.

العام طالما أنها تأمر بتطبيق القانون الأجنبي، بمعنى؛ يجب على الأطراف طلب تطبيقه ولا مؤاخذة لقضاة الموضوع إذا لم يقوموا بذلك من تلقاء أنفسهم.

ولكن هذا الموقف منتقد طالما أنه يؤدي إلى ترك مسألة تطبيق القانون الأجنبي الذي يحكم النزاع إلى محض إرادة قضاة الموضوع فبإمكانهم إثارة أو عدم إثارة ذلك التطبيق وخاصة في مسائل تخرج أساسا في تنظيمها عن إطار الإرادة ودورها في النزاع.[1]

وقد تبنت محكمة النقض المصرية نفس الموقف، وذلك في قرارات عديدة لها حيث نصت بصريح العبارة في قرار لها صادر بتاريخ 1970/04/14، إلى أن "التمسك بتشريع أجنبي أمام المحكمة لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب إقامة الدليل عليها".[2]

ويترتب على اعتبار القانون الأجنبي مجرد واقعة النتائج التالية:

- لا يطبقه القاضي إلا إذا تمسك أحد الأطراف به، وأثبت اختلاف مضمونه على القانون الوطني.
- كما أنه إذا اتفق الأطراف على مضمون القانون الأجنبي فإن القاضي يطبقه دون حاجة إلى وسيلة أخرى لإثباته.
- ولا يجوز لمحكمة الموضوع أن تحكم بعلمها الشخصي بمضمون القانون الأجنبي، كما أنها تتمتع بسلطة تامة في إثبات وتفسير القانون الأجنبي ولا تخضع لرقابة محكمة النقض.[3]

الفرع الثاني: القانون الأجنبي عنصر قانوني.

أكد، الفقه الراجح في فرنسا و مصر، على احتفاظ القانون الأجنبي بصفته القانونية عند تطبيقه أمام القضاء الوطني، مؤكدا، أنه ليس واقع من وقائع الدعوى. إلا أن هذا الاتجاه انقسم إلى رأيين؛ رأي يرى أن القانون الأجنبي عندما تشير إليه قاعدة الإسناد فإن قواعده تتداخل مع القانون الوطني، ويعتبر جزء منه، وبذلك يظل للقانون الأجنبي صفته القانونية ولكنه يفقد صفته الأجنبية، و يصبح جزء من القانون الوطني.

ورأي آخر، يرى، باحتفاظ القانون الأجنبي بصفتين هما: القانونية والأجنبية معا. وفيما يلي عرض لهذين الرأيين مع شيء من التفصيل:

الرأي الأول: يعطي القانون الأجنبي الصفة القانونية و ينكر عنه الصفة الأجنبية:

اعتنق هذا الرأي الفقه الإيطالي، قائلا: بأن القانون الأجنبي يندمج مع القانون الوطني ليصبح جزء منه، وبذلك ينكر هذا الرأي عن القانون الأجنبي صفته الأجنبية عند تطبيقه على منازعة منظورة أمام القاضي الوطني.

و يقول، هذا الرأي: أن قاعدة الإسناد عبارة عن قاعدة بيضاء أو فارغة المضمون تمتص وتستقبل مضمون القانون الأجنبي التي تشير إليها هذه القاعدة، فقاعدة الإسناد وفقا لهذا الرأي قاعدة مباشرة تطبق على النزاع مباشرة.[1]

---

[1] - سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص: طرق حل النزاعات الدولية الخاصة- الحلول الوضعية لتنازع القوانين- الجنسية، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1995، ص 119.

[2] - ممدوح عبد الكريم عرموش، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين (الاختصاص القضائي الدولي- تنفيذ الأحكام الأجنبية)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005، ص 219.

[3] - ممدوح عبد الكريم عرموش، نفس المرجع، ص 218.

وقد آمن بهذه النظرية جانب من الفقه المصري، إذ اعتبروا، أحكام القانون الأجنبي التي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية جزء من القانون الوطني بالنسبة للقضية التي يطبق عليها.[2]

و يسلم هذا الرأي بجميع النتائج التي تترتب على اعتبار الصفة القانونية الوطنية للقاعدة الأجنبية؛ من تطبيق القاضي لذلك من تلقاء نفسه و خضوع تفسيرها إلى رقابة محكمة النقض.

إلا أنه، قد أخذ على هذا الرأي، أنه يؤدي إلى نتائج غير مقبولة في شأن الإثبات و تفسير القانون الأجنبي، و ذلك من ناحتين:

أولا- أنه من المستحيل علم القاضي الوطني بكل القوانين الأجنبية، فعندما نكلفه بتطبيق هذا القانون من تلقاء نفسه فإننا نكلفه بالمستحيل.

ثانيا- ومن ناحية أخرى، أن تفسير القاضي الوطني للقانون الأجنبي على النحو الذي يفسر به القانون الوطني، فيه تجاهل كبير للظروف البيئية التي نشأت فيها القاعدة الأجنبية، و الغرض الذي وضع من أجله هذا القانون، و الظاهرة الاجتماعية التي ظهرت في المجتمع الأجنبي التي دفعت المشرع الأجنبي إلى سن هذا القانون.[3]

الرأي الثاني: يعطي للقانون الأجنبي الصفة القانونية و الأجنبية معا.

ويعد هذا الرأي هو الرأي الراجح على الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي، علاوة على اعترافه بالصفة الأجنبية لهذا القانون عند تطبيقه أمام القاضي الوطني، مبررا أنه إذا كان انتقال القاعدة الأجنبية من بلد إلى أخرى يفقدها عنصر الأمر و الإلزام، فقد رأينا دور قاعدة الإسناد الوطنية و هي ترد للقاعدة

---

[1] - هشام صادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1999، ص 1992.

[2] - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، نقابة المحامين، مصر، 2007، ص 48، 49.

حيث قرر العلامة السنهوري أن القاضي عليه أن يبحث من تلقاء نفسه على أحكام القانون الأجنبي واجبة التطبيق على القضية المعروضة عليه ، و له أن يصدر في هذه الأحكام عن علمه الشخصي . ولا يجوز له أن يمتنع عن تطبيق أحكام القانون الأجنبي بدعوى انه لم يستطيع الوصول إليها و إلا عد امتناعه نكولا عن أداء العدالة. بل ويكون في تطبيقه لأحكام القانون الأجنبي كما هو في تطبيقه لقاعدة الإسناد التي أمرته بتطبيق هذه الأحكام خاضعا لرقابة محكمة النقض. و تفسر هذه المحكمة القانون الأجنبي لا طبقا لرأيها الشخصي بل وفقا لما تفسره به محاكم البلد الذي ينسب اليه هذا القانون و بخاصة المحكمة العليا . فهو يرى أنه لا يصح أن تتغير طبيعة هذا القانون فيصبح واقعا سواء كان هذا القانون قانون وطني او كان قانون أجنبي يأمر القانون الوطني بتطبيقه فيصبح جزء منه في = حدود التطبيق . وقرر السنهوري انه قد يصعب في بعض الأحوال أن يهتدي القاضي من تلقاء نفسه إلى أحكام القانون الأجنبي و من ثم كان تكليف الخصوم بإثبات أحكام القانون الأجنبي تيسيرا لمهمته . ولكن هذه الحجة لا تصلح سببا لتغيير طبيعة القانون و يبقى القاضي هو صاحب القول الفصل في التعرف على أحكام القانون الأجنبي خاضعا في ذلك لرقابة محكمة النقض.

إلا أن الدكتور توفيق حسن فرج قد خالف هذا الرأي، حيث رجح الرأي القائل بان القانون الأجنبي مسألة واقع و ليس قانون ذلك، انه يستحيل على القاضي الوقوف على كل القوانين الأجنبية، و القول بأنه: "لا يصح أن تتغير طبيعة القانون ليصبح واقعا سواء كان هذا القانون قانون أجنبي أو قانون وطني"، ذلك أنه يفترض في القاضي العلم بالقانون الوطني بل هذا واجب عليه إما افتراض علمه بالقوانين الأجنبية فإنه أمر لا يخلو من المبالغة و مخالفة الحقيقة و الواقع ولا يصح الاحتجاج في هذا الصدد بان العصر الحديث أصبح فيه من الوسائل التيسير و الاتصال ما يمكن القاضي من الوقوف على القوانين الأجنبية ، ذلك أنه، إذا كان من الميسور في بعض الحالات بالنسبة للدول الكبرى التي يسهل الوقوف على لغاتها، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة لقوانين بلاد أخرى كثيرة يصعب الوقوف على لغتها و قوانينها و لذلك يرى الدكتور توفيق حسن فرج انه يتعين ترك للخصوم أنفسهم إثبات القانون الأجنبي إذ من المستحيل على القاضي أن يعلم بكل القوانين الأجنبية التي تحيل إليها قاعدة الإسناد الوطنية. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 21 و22.

[3] - حمدان بن درويش الغامدي، المرجع السابق، ص 767.

الأجنبية عنصر الإلزام الذي فقدته، فيبقى القانون الأجنبي محتفظا بصفته القانونية و الأجنبية معا، وذلك لأن تشكيل مضمون القاعدة القانونية قد تم بعيدا عن المشرع الوطني.[1]

وقد شبه هذا الرأي، القاعدة الأجنبية بالعرف،[2]فالعرف ينشأ بعيدا عن أجهزة الدولة، و مع ذلك، فإن هذه النشأة لا تفقده طبيعته القانونية و التي تتأكد له بمجرد توافر الإحساس العام بإلزامه.[3]

و يرى اتجاه في الفقه المصري؛ أنه لا يلزم بالضرورة أن يعامل القانون الأجنبي من الناحية الإجرائية نفس معاملة القانون الوطني. هذا، و قد أدت هذه الآراء إلى تراجع جانب من الفقه الفرنسي عن رأيه الذي اعتبر القانون الأجنبي عنصر من عناصر الواقع، مقررا أنه من الضرورة الفصل بين طبيعة القانون الأجنبي و بين معاملته الإجرائية.[4]

وعليه، نخلص من الآراء الفقهية في فرنسا و مصر، إلى أن القانون الأجنبي من حيث طبيعته، هو قانون، ولكنه يعامل معاملة إجرائية تختلف عن معاملة القاضي للقانون الوطني لظروف فرضها الواقع، وهي استحالة علم القاضي بجميع قوانين العالم، فالقانون الوطني يفترض في القاضي العلم به لخروجه من مشرعه الوطني و نشره في الجريدة الرسمية، و هو ما لا نجده في القانون الأجنبي، لأن من يقول؛ أن القانون الأجنبي واقع، فهو يقول؛ أن القاضي عندما يطبق القانون الأجنبي على الوقائع فهو يطبق واقع على واقع وهذا غير متصور.

والواقع أن الضروريات العملية في تطبيق القانون الأجنبي هي التي اقتضت هذا الموقف التوفيقي القائم على وجوب معاملة القانون الأجنبي معاملة خاصة بحيث اعترف له بصفة القانون ولكن يختلف عن القانون الوطني من ناحية خلوه من قوة الإلزام والأمر.[5]

وتظهر المعاملة الإجرائية المختلفة للقانون الأجنبي عن القانون الوطني عند البحث عن مضمونه، و هو ما يظهر جليا عند بحث دور القاضي في البحث عن مضمون القانون الأجنبي. وقد أظهرت محكمة النقض الفرنسية و المصرية هذه المعاملة المختلفة للقانون الأجنبي عن القانون الوطني في أحكامها، وهنا لابد أن نوضح موقف محكمة النقض الفرنسية و المصرية من دور القاضي الوطني في البحث عن مضمون القانون الأجنبي.

الفرع الثالث: موقف القضاء الفرنسي من دور القاضي في البحث عن مضمون القانون الأجنبي.

قرر القضاء الفرنسي في أحكامه أن البحث عن مضمون القانون الأجنبي أو إثباته يقع على عاتق من يتمسك بتطبيقه، وأن القاضي يملك البحث عن مضمون القانون الأجنبي من تلقاء نفسه إذا أراد، وذلك إذا عجز الخصوم عن إثباته.[6]فالمبدأ المستقر أمام القضاء الفرنسي؛ هو حرية القاضي المطلقة في التصدي تلقائيا للكشف عن مضمون القانون الأجنبي، والإلمام بقواعده، فهي رخصة له إن شاء استعملها، و إن

---

[1] - شمس الدين الوكيل، دراسة مقارنة في إثبات القانون الأجنبي، المرجع السابق، ص من 03 إلى 05.

[2] - العرف هو اضطراد التقليد على إتباع عادة معينة في العمل مع الاعتقاد في وجوب احترامها كقاعدة قانونية، ويتكون العرف من ركنين؛ الأول مادي ويشترط لتوافر هذا الركن أربعة عناصر العموم، الاضطراد ، القدم و عدم مخالفة النظام العام و الآداب العامة، و الركن الثاني معنوي، و يتمثل في اعتقاد من يتبعون القاعدة العرفية بأنها ملزمة لهم، وأنه يجب عليهم احترامها كقاعدة قانونية. محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدني في ضوء الفقه و القضاء، مصادر الالتزام، مكتبة وهبة للطباعة والنشر،القاهرة، مصر، 2003، ص 167.

[3] - هشام صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 194.

[4] - حمدان بن درويش الغامدي، المرجع السابق، ص 768.

[5] - زروتي الطيب، قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين الدولي في الجزائر بقانون 10/05، قسم الوثائق، مجلة المحكمة العليا، المحكمة العليا، الجزائر، العدد الأول، 2006، ص 95.

[6] - شمس الدين الوكيل، دراسة مقارنة في إثبات القانون الأجنبي، المرجع السابق، ص 37 و 38.

شاء تركها، فإذا عجز الخصوم عن إثبات مضمون القانون الأجنبي، و عجز القاضي عن إثباته هو الآخر، أو لم يتصدى له، فعندئذ يحكم وفقا لقواعد القانون الفرنسي.[1]

تجدر الإشارة، إلى أن محكمة النقض الفرنسية قد تراجعت عن موقفها السابق، الذي كان يعتبر القانون الأجنبي مجرد واقعة معلنة جواز لجوء قضاة الموضوع إلى السعي للتعرف على القانون الأجنبي وتحديد أحكامه الواجبة التطبيق، ولو لم يتمسك به الأطراف، ولكنها قضت أيضا بأن التمسك لأول مرة أمام محكمة النقض بقانون أجنبي هو تمسك بمزيج من الواقع والقانون غير مقبول.[2]

فقد جاء في قرار لها صادر بتاريخ 1997/01/13: "إن قاضي الموضوع يطبق ويفسر بكل سيادة القانون الأجنبي، هذا الأخير يبقى رغم غياب رقابة محكمة النقض قاعدة قانونية لا تخضع لأحكام المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية الجديد".[3]

الفرع الرابع: موقف القضاء المصري من دور القاضي في البحث عن مضمون القانون الأجنبي.

تعرضت محكمة النقض المصرية في أحكامها لإشكالية إثبات القانون الأجنبي، و تواترت أحكامها في البداية على أن التمسك بتطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني لا يعدو أن يكون واقعة، يجب إقامة الدليل عليها و يقع عبء إثباتها على الخصم المتمسك بتطبيق القانون الأجنبي.[4]

حيث جاء اتجاه محكمة النقض المصرية مخالف لما استقر عليه الفقه الراجح، من أن البحث عن مضمون القانون الأجنبي هو التزام على القاضي و يعاونه فيه الخصوم. [5]

إلا أن محكمة النقض المصرية قد استجابت للرأي الراجح في الفقه الحديث، حيث قررت أنه " إذا كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن التمسك بقانون أجنبي لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب إقامة الدليل عليها و كان مرد هذا القضاء هو الاستجابة للاعتبارات العملية التي لا يتيسر معها للقاضي الإلمام بأحكام هذا القانون، فإن مناط تطبيق هذه القاعدة أن يكون القانون الأجنبي غريبا عن القاضي يصعب عليه الوقوف على أحكامه و الوصول إلى مصادره ، أما إذا كان القاضي يعلم بمضمونه أو كان علمه به مفترضا . فلا محل للتمسك بتطبيق القاعدة".[6]

و المطالع لهذا الحكم يجد أن محكمة النقض المصرية اعترفت أن القانون الأجنبي من حيث طبيعته هو قانون و ليس واقع، و أن ما قررته من قبل كان الاعتبارات عملية أدي إليها واقع الحال من استحالة إلمام القاضي بجميع قوانين العالم. وعليه فإن البحث عن مضمون القانون الأجنبي هو التزام على القاضي يعاونه في ذلك الخصوم، فهم أصحاب المصلحة في إثبات مضمون القانون الأجنبي المختص بحكم

---

[1] - حمدان بن درويش الغامدي، المرجع السابق، ص 769.

[2] - زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 235.

[3] - المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد " أن القاضي لا يبني حكمه إلا على الوقائع التي تطرح أمامه في الدعوى " وبهذا أرادت محكمة النقض الفرنسية أن تقول أن القانون الأجنبي لا يدخل ضمن هذه الوقائع مما يعني الاعتراف بصفته كقانون.

[4] - نقض 07 يوليو 1955 س 182، 1347- كذلك نقض 26 يوليو 1967 س 224، ص 1493.

[5] - حيث أكد الفقة الحديث أن عدم افتراض علم القاضي بالقانون الأجنبي لا ينفي عنه التزامه القانوني بالبحث عن مضمون هذا القانون. ذلك أن التزامه في هذا السبيل هو أمر تمليه القواعد العامة في قانون المرافعات و التي تقضي بأن يطبق القاضي قواعد القانون على الوقائع دون حاجة إلى أن يتمسك الخصوم بأحكامه أو البحث عن مضمون هذه القواعد. ويشبه القانون الأجنبي في هذا الأمر القواعد العرفية، فالقاضي يطبقها من تلقاء نفسه رغم انه لا يفترض فيه العلم بها. إلا أن التزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي لا يتنافى مع حقه في طلب معاونة الخصوم له في البحث عن مضمون هذا القانون.طلعت محمد دويدار، التعليق على نصوص قانون الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1994، ص 34.

[6] - نقض رقم 983، لسنة 49 ق، جلسة 1984/02/06، حيث جاء هذا الحكم في منازعة بحرية و كان القانون الواجب التطبيق هو القانون الانجليزي.

المنازعة. ولا يتحرر القاضي من هذا الالتزام إلا إذا عجز عن الوصول إلى مضمونه و يجب عليه أن يذكر في أسباب حكمه هذا العجز و يبين أسبابه.[1]

إن القانون الجزائري لم يتطرق لهذه المسألة بوضوح ولم يحدد طبيعة القانون الأجنبي، وفي رأينا أنه من الأفضل أن تكرس الممارسة القضائية في الجزائر ما ذهب إليه الموقف التوفيقي، بمعنى؛ أن يقوم القاضي بمهمة البحث عن مضمون القانون الأجنبي الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الإسناد الوطنية عندما يكون النزاع المطروح أمامه يحتوي على العنصر الأجنبي، كما يفعل بشأن القانون الجزائري، وللأطراف أيضا المشاركة في البحث عن مضمون القانون الأجنبي وإثباته.

مع ذلك، وبالرجوع إلى المادة 385 في فقرتها السادسة، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نجد أن المشرع الجزائري، قد جعل بموجبها الخطأ في تطبيق قانون أجنبي خاص بقانون الأسرة، وجها من أوجه النقض أمام المحكمة العليا في الأحكام والقرارات القضائية، مما يعني؛ أن المشرع الجزائري اعتبر القانون الأجنبي، في هذه الحالة قانونا، شأنه شأن القانون الوطني، أما فيما عداه فهو مجرد واقعة.[2]

المطلب الثاني: تحديد طبيعة آلية استبعاد القانون الأجنبي لمخالفة النظام العام.

يؤكد الفقه الحديث، على أهمية دور النظام العام، كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، إذا ما تعارض مضمونه مع الأسس الجوهرية في مجتمع القاضي الذي ينظر النزاع، وإن فكرة النظام العام فكرة مرنة ومتطورة ويكتنفها الغموض، وعليه، يصعب تحديدها على وجه دقيق، فهي فكرة ذات مفهوم متغير باختلاف المكان والزمان، فما يعتبر متعارضة مع النظام العام في دولة لا يعد كذلك في دولة أخرى، وما يصطدم بالنظام العام في داخل نفس الدولة في فترة معينة قد لا يعد أمرا منافية لهذه الفكرة في وقت آخر.[3]

وعلى اعتبار، أن الدفع بالنظام العام وسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي المخالف له، فقد ثار خلاف بين فقهاء القانون الدولي الخاص حول طبيعة هذا الدفع، وهو ما سوف نتناوله بعد التطرق لتحديد مدلول فكرة النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص.

الفرع الأول: تحديد مدلول فكرة النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص.

لقد ميزت المدرسة الإيطالية للأحوال بين الأحوال المستحسنة والأحوال البغيضة، فبينما يمتد تطبيق الأولى إلى خارج الإقليم تبقى الثانية حبيسته ومن أمثله الأحوال البغيضة تلك التي تقضي بحرمان المرأة من الميراث، وقد رأى الفقه في هذا التمييز البذرة الأولى لفكرة النظام العام، غير أن هذه الفكرة لم تلق تطورها المنشود، ويرجع ذلك، إلى كون التنازع آنذاك لم يكن تنازعا دوليا وإنما هو تنازع بين أحوال المدن المختلفة والتي كانت جلها مستمدة من القانون الروماني الذي هو الشريعة العامة.

وفي القرن التاسع عشر ظهر في إيطاليا الفقيه "مانشيني" رائد مدرسة شخصية القوانين فالشخص في نظره يجب أن يخضع لقانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيتها سواء كان داخل إقليمها أم خارجه، فقانون كل دولة قد وضع لرعاياها غير أن هذا الفقيه أورد عدة استثناءات من بينها القوانين المتعلقة

---

[1] - عكاشة عبد العال، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 363.

[2] -تم النص عليها من قبل المشرع الجزائري في المادة 05/233 من الأمر 154/66 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الجزائري الملغى، وقد احتفظ المشرع الجزائري بهذا النص في القانون رقم 08-09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، وذلك في المادة 06/358، مع استبدال عبارة قانون الأحوال الشخصية بعبارة قانون الأسرة والعبارة الأولى أوسع من العبارة الثانية.

[3] - هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2008، ص 489.

بالنظام العام فقال بأنها تطبق تطبيقا إقليميا فتسري على كل من في الإقليم من وطنيين وأجانب على حد سواء مبررا ذلك بكون هذه القوانين لا تشكل جزءا من القوانين الشخصية كالقوانين المتعلقة بالملكية العقارية والمسؤولية التقصيرية ...الخ.

غير أن فقه مانشيني تعرض للنقد، لأنه يخلط بين فكرة النظام العام التي هي أداة في يد القاضي لاستبعاد القانون الأجنبي المختص بعد اطلاعه على مضمون هذا القانون وبين مبدأ إقليمية القوانين.

وفي ألمانيا نادى سافيني (*Savigny*)، بفكرة الاشتراك القانوني التي تسمح للدول الأوربية بتطبيق قوانين بعضها البعض وذلك لكونها وارثة للقانون الروماني، لكن إذا قام التنازع بينها وبين قوانين دول أجنبية ليس لها اشتراك قانوني معها فعلى القاضي أن يمتنع عن تطبيقها.

يتضح من ذلك؛ أن فكرة النظام العام، عند سافيني، هي أداة لاستبعاد تطبيق قوانين الدول التي ليس بينها وبين الدول الغربية اشتراك قانوني.

إن انتشار حركة التقنين في مختلف دول العالم، وزيادة حركة الأشخاص والتجارة بين الدول، أصبحت حاليا فكرة النظام العام أداة في يد قضاة مختلف الدول لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص الذي يظهر محتواه متعارضا مع المبادئ الأساسية السائدة في دولهم.[1]

لا يمكن، مقدما، حصر مختلف الحالات التي يمكن فيها استعمال فكرة النظام العام لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص وفقا لقواعد الإسناد الوطنية، وذلك لكثرة المعايير التي جاء بها الفقه لفكرة النظام العام، فعند بعض الفقه، يعتبر القانون الأجنبي مخالفا للنظام العام إذا اشتمل على نظم قانونية غير معروفة في قانون القاضي أو كان متعارضا مع السياسة التشريعية للدولة، كما أن النظام العام مفهوم نسبي متطور ومتغير من زمان إلى زمان ومن مكان إلى آخر لتعلقه بالمصالح العليا للمجتمع، والأسس الجوهرية لنظام الحكم، الضمانات الدستورية المقررة للمواطنين، الحلال والحرام، المباح وغير المباح ..الخ.

فما هو محرم في بلد أو في وقت من الأوقات قد يكون مباحا في بلد آخر أو حتى في البلد الواحد نفسه ولكن في زمن آخر، فالطلاق مثلا كان يعتبر مخالفا للنظام العام في فرنسا ويمنعه القانون حتى عام 1884، ثم أجازه، ولا يقتصر اختلاف مفهوم النظام العام باختلاف الزمان فحسب بل يختلف باختلاف المكان أيضا، فالتصرف في التركات المستقبلية يعتبر مخالفا للنظام العام في الجزائر مادام المورث على قيد الحياة وهو لا يعتبر كذلك في سويسرا.[2]

وعرفت المادة 30 من القانون المدني الألماني النظام العام "بأنه القواعد التي تتصل بأصل أسس النظام الاجتماعي أو السياسي أو الاقتصادي للبلاد وبمفهومها في وقت معين، ويكون من طبيعة انتهاكها تهديد للنظام العام وتصديعه".

وعند الدكتور أحمد مسلم: " فإن النظام العام في دولة ما ماهو إلا الكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي لهذه الدولة بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات تتعلق بالأمن، والحرية، والديمقراطية، ومعتقدات اجتماعية تتعلق بالمساواة أمام القانون، أو احترام أفكار دينية أساسية معينة أو عقائد مذهبية أو

[1] - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 168 و 169.
[2] - ممدوح عبد الكريم، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 195 و 196.

اقتصادية كالاشتراكية أو الرأسمالية أو نحوها من المذاهب والأفكار كالعدالة الاجتماعية وتكافؤ الفرص وغير ذلك".[1]

ويلحق بالنظام العام الآداب العامة وهي الأسس القويمة للسلوك الأخلاقي السائد في المجتمع وأن الناس وجدوا أنهم ملزمون بمراعاتها والتقيد بها ولا يسمح لأحد بالخروج عن هذا الطريق القويم وهو وليد المعتقدات الدينية والأعراف المتأصلة في نفوس الناس.

غير أن غالب الكتاب والمشرعين في العالم يفضلون عدم إيراد تعريف جامد بل إيراد جملة تطبيقات عملية، تاركين مبدءا مرنا لنباهة القاضي في تقديره لمدى تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام.[2]

إن فكرة النظام العام معروفة في القانون الداخلي ، فجميع المسائل التي نظمها المشرع بقواعد آمرة تعتبر من النظام العام الداخلي ولا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها غير أنها تختلف في هدفها عن فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص، فإذا كان هدف النظام العام في القانون الداخلي هو استبعاد تطبيق اتفاقات الأطراف المخالفة للنصوص الآمرة، فإن هدفها في القانون الدولي الخاص هو استبعاد القانون الأجنبي المختص وفقا لقواعد الإسناد الوطنية إذا كان تطبيقه يؤدي إلى المساس بالأسس التي يقوم عليها المجتمع الوطني.

وقد أخذ القانون الجزائري بالدفع بالنظام العام بوصفه دفعا عاما وذلك في نص المادة 24 من القانون المدني، إلا أنه لم يعطي تعريفا جامدا للنظام العام، وإنما تركه لتقدير القاضي، يستخلصه من مدى تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام الوطني، غير أن التوسع من استعمال الدفع به والإكثار من اللجوء إليه يؤدي حتما إلى شل المبادلات الدولية وتعطيل قواعد الإسناد الوطنية وانتفاء الحكمة من إقرارها، لذلك يجب اللجوء إليه فقط عندما يتعلق الأمر بمصالح جوهرية لقانون القاضي جديرة بالحماية.

وبالتالي، فإن مهمة القاضي وهو يتفحص بمنظار النظام العام العلاقات الأجنبية المعروضة عليه هي مهمة صعبة ودقيقة، ويجب عليه أن ينظر إلى النظام العام نظرة واحدة وألا يحل أرائه ومعتقداته محل مايعتقده مجتمعه، أي يجب أن يكون معيار الدفع بالنظام العام مبنيا على المنطق والضرورة، وأن تراعى عند استعماله خصوصيات المعاملات الدولية الخاصة وحاجاتها، ويتعين أن يكون القاضي الحاكم متفتحا على القانون الأجنبي ومتفهما لدور قاعدة الإسناد الوطني ودور الدفع بالنظام العام، وهكذا شبه الفقهاء النظام العام بالفرس الجامح الذي يحتاج إلى فارس متمرن لترويضه.[3]

والنظام العام ليس دفعا إجرائيا يهدف إلى إعلان عدم صلاحية المحكمة بتطبيق القانون الأجنبي، وإنما يهدف إلى إعلان عدم صلاحية القانون الأجنبي للتطبيق، كما أنه ليس دفعا بعدم قبول الدعوى دون البحث في موضوعها، وإنما هو دفع بعدم قبول القانون بحكم النزاع بعد البحث في موضوعها، فمركز النظام العام في نظرية تنازع القوانين هي منع تطبيق القانون الأجنبي الذي يتعارض قطعيا مع أحكام قانون قاضي النزاع.[4]

---

[1] - أحمد مسلم، القانون الدولي الخاص المقارن موجز القانون الدولي الخاص المقارن (في مصر ولبنان): الجنسية والموطن - مركز الأجانب - تنازع القوانين، دار النهضة العربية، مصر، 1966، ص 203.

[2] - ممدوح عبد الكريم، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 196.

[3] - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 242.

[4] - سامي بديع منصور، ود. عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، 176 و 177.

الفرع الثاني: تحديد طبيعة فكرة النظام العام في مجال العلاقات الدولية الخاصة.

يعتبر النظام العام مانعا من موانع تطبيق القانون الأجنبي المختص بموجب قواعد الإسناد الوطنية إذا خالف هذا القانون المقومات والأسس الجوهرية التي يقوم عليها كيان مجتمع دولة القاضي، وهنا يثور التساؤل التالي: هل الدفع بالنظام العام تطبيق لمبدأ أصلي لقواعد القانون الدولي الخاص أو أنه مجرد استثناء؟. [1]

تكمن الأهمية في الإجابة على هذا التساؤل، في تحديد نطاق النظام العام وتفسيره، فالقول؛ بأنه مبدأ أصلي يفتح الباب للتوسع في تحديد وتفسير هذه الفكرة، وعليه يصبح الأصل عدم تطبيق القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة التنازع في دولة القاضي، أما مجرد القول؛ بأنه استثناء يرتب نتائج عكسية لما سبق عرضه بحيث يكون التفسير ضيقا للنظام العام ويعدم التوسع في نطاقه ويعدم إثارته.[2]

اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص، وبرز في ذلك اتجاهان، اتجاه قال؛ بأن فكرة النظام العام تطبيق لمبدأ أصلي ولقاعدة عامة - الفقه التقليدي -، واتجاه آخر، قال؛ بأن فكرة النظام العام ما هي إلا استثناء على القاعدة العامة الفقه المعاصر.[3]

أولا- النظام العام تطبيق لمبدأ أصلي:

لقد نشأت هذه الفكرة في عهد مدرسة الأحوال الإيطالية، إذ استخدم الفقه التقليدي في تلك الفترة هذه القاعدة مبدأ أصليا وقاعدة عامة، فقد استخدم الفقيه "بييه" النظام العام أساسا لبناء قاعدة الإسناد لتطبيق القانون تطبيقا إقليمية كأصل وليس كاستثناء وإن النظام العام يعتبر قاعدة وضابطا للإسناد إلى جانب القوانين الممتدة التي يكون تطبيقها شخصيا.[4]

وعليه، فإن قواعد النظام العام، قواعد أصلية، لا ينظر إليها على أنها قواعد استثنائية تمنع تطبيق القانون الأجنبي، فمثلا، قانون الجنسية هو الذي يحكم علاقات الأشخاص، وهناك قواعد في القانون الوطني يجب أن تطبق على جميع العلاقات دون تمييز بين المواطنين والأجانب على حد سواء، ويقصد بذلك، أن قانون الجنسية قد يتلاشى في هذا النوع من العلاقات لكي يترك المجال القانون القاضي استنادا إلى ضرورة احترام سيادة الدول واستقلالها.[5]

وقد وجهت مجموعة من الانتقادات لهذا الاتجاه ومن بينها، إن استخدام فكرة النظام العام بديلا للفكرة المسندة في التنظيم الحالي للتنازع من أجل تبرير تطبيق بعض القوانين إقليمية هو تصور يخلط بين فكرتين مختلفتين تم استعمالهما كمترادفين - فكرة النظام العام وفكرة الإقليمية - مع أن هناك فرقا واضحا بينهما، حيث إنه وإن كانت قواعد النظام العام ذات صبغة وطنية وإقليمية تسري على الجميع سواء أكانوا مواطنين أم أجانب، إلا أن هناك حالات لا تكفي فيها القوانين الوطنية أو الإقليمية إن صح التعبير وحدها

---

[1] - صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص - الجنسية وتنازع القوانين- دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، مصر، ط1، 2008، ص 328.

[2] - صلاح الدين جمال الدين، نفس المرجع، ص 112.

[3] - محمد صالح ملفي القضاة، أثر النظام العام في استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق (دراسة مقارنة في القانون الأردني)، مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات القانونية، المجلد 2، الأردن، الإصدار 3، 2021، ص 90.

[4] - أمين رضا رشيد دواس، تنازع القوانين في فلسطين، دراسة مقارنة، دار الشروق للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2001، ص 230.

[5] - صلاح الدين جمال الدين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الثالثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 112.

لاستبعاد القانون الأجنبي، كأن يتضمن القانون الأجنبي نظاما قانونيا مجهولا بالنسبة لقانون القاضي، وعليه يجب الاستعانة بفكرة النظام العام لاستبعاده.[1]

ومن جهة أخرى، وجه الفقه المعاصر انتقادا لاذعة لهذا الاتجاه، لأنه يرى؛ أن ذلك نظرة تعصبية للنظام العام من شأنها إحداث آثار بالغة بالتعاون القائم بين الدول واطراد العلاقات الخاصة الدولية، بالإضافة، إلى إنكار وظيفة قاعدة الإسناد.[2]

ثانيا- النظام العام استثناء على المبدأ الأصلي:

إن وجود الدولة في المجتمع الدولي يفرض على القاضي الوطني أن يفصل في النزاع المرتبط بأكثر من نظام قانوني وفقا للقانون الأكثر ملائمة للتطبيق، إلا أنه يوجد استثناءات ترد على هذا الالتزام، ومن أبرز هذه الاستثناءات تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام الداخلي الذي يقوم عليه كيان المجتمع، فيتعين على القاضي استبعاد هذا القانون ليتعطل على وجه الاستثناء التطبيق المعتاد لقاعدة الإسناد، بهدف تجنب النتائج غير المقبولة جراء تطبيق هذا القانون الذي تحدد اختصاصه بموجب قواعد الإسناد الوطنية.[3]

ينظر بوضوح، تغير نظرة الفقه لطبيعة النظام العام، وذلك، بعد ما تنبه الفقهاء المعاصرون لخطورة الوضع حيث أصبح النظر إلى النظام العام على أنه استثناء وليس أصلا، ولا يتم اللجوء إليه إلا عند الضرورة التي تتطلبها المحافظة على الأسس الجوهرية والأخلاقية والاقتصادية والدينية للمجتمع، فقاعدة التنازع التي تمنح على سبيل المثال الاختصاص في مسائل الزواج إلى قانون الجنسية، وتبين أن هذا القانون المختص يمنع الزواج على أساس الاختلاف العرقي وتمسك به الزوجان من أجل إبطال هذا الزواج فإنه وهذه الحالة سيتم الدفع بالنظام العام الذي يعد صمام الأمان للمجتمع الذي قد يلحق الضرر بالمجتمع إذا تم إبطال هذا الزواج، وعليه يمكن للقاضي استبعاد هذا القانون ولكن الاستبعاد وهذه الحالة يكون استثنائية وبمقدار التصادم أو التعارض مع النظام العام في دولة القاضي الذي يرفض العمل بالحكم القائم على أساس التمييز العنصري، وفيما عدا ذلك، تبقى قاعدة الإسناد ذاتها والاختصاص في مسائل الزواج يبقى لجنسية الزوجين وقت انعقاد الزواج.

يتضح، مما سبق، أن النظام العام هو صمام الأمان، وشرط تحفظي يقف ضد القانون الأجنبي المختص، إذا ما اصطدم مع مفاهيم الدولة القانونية، والأخلاقية، والدينية، والاقتصادية، ويبرز عند الضرورة وبمقدار التعارض معها، أما إذا انحرف عن هذه الوظيفة أو بالغ القضاء في تقديره والأخذ به فإنه سينحرف عن الهدف الذي وجد من أجله ،فالدفع بالنظام العام يجب أن يكون لأسباب جوهرية ومحقة وهو ما يحتاج إلى قضاة على اطلاع ومعرفة بالقانون الدولي الخاص والأهداف التي رسمها المشرع الوطني لغايات التعاون الدولي وقيام العلاقات الدولية الخاصة من أجل تحقيق الانسجام بين مختلف الدول وتبادل الحلول القانونية.[4]

ولفهم هذه الطبيعة الاستثنائية لفكرة النظام العام بشكل واضح، لا بد من تحديد شروط تطبيقها، هذا، ما سنتناوله في المطلب الثالث.

---

[1] - صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 330.

[2] - بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص(دراسة مقارنة)، بحث لنيل دبلوم الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1986، ص 151.

[3] - صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 330.

[4] - بلمامي عمر، المرجع السابق، ص 152 و 154.

المطلب الثالث: شروط إعمال آلية استبعاد القانون الأجنبي لمخالفة النظام العام.

سبق، وأشرنا، إلى أن دور النظام العام استثنائي وليس أصليا، ويجب أن يكون نطاق إثارته مقتصرة على الحالات الضرورية وذلك بعد استنفاد كافة الوسائل القانونية المتاحة لاستبعاد القانون الأجنبي، وعليه، يجب توافر مجموعة من الشروط لأجل إعمال هذا الدفع لكي لا يتمسك الأطراف والقضاة بالنظام العام في منازعة يشوبها عنصر أجنبي، ولكن يجب تقديم هذا الدفع مشفوعة بأسباب حقيقية تستوجب استبعاد القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد، وسنقوم بذكر الشروط على النحو التالي، مع العلم، أنه لا يمكن حصرها كونها متغيرة بتغير مفهوم النظام العام:

الفرع الأول: وجود قانون أجنبي واجب التطبيق وفقا لقاعدة الإسناد الوطنية.

وجد النظام العام علاجا لاستبعاد القانون الأجنبي المختص بموجب قواعد الإسناد الوطنية إذا ما أدى تطبيقه إلى تصادم مع الأسس الجوهرية والمقومات الأساسية في دولة القاضي، فإذا كان القانون الأجنبي غير مختص فلا داع للتمسك بالنظام العام،[1]وهذا ما أخذت به محكمة التمييز الأردنية بالقرار الصادر عنها بتاريخ 2019/05/17، بقولها: "... وعن السبب الثالث الذي يقوم على تخطئة محكمة الاستئناف بعدم رد الدعوى لمخالفتها أحكام الشريعة الإسلامية والنظام العام والآداب العامة سند لنص المادة (29) من القانون المدني، وفي ذلك تجد المحكمة، أنه بالرجوع إلى نص الاتفاقية الموقعة لدى محكمة الأسرة والمجلس الحسبي فإننا، لا نجد ما يخالف الشريعة أو الآداب العامة، وبالتالي، فإن الأخذ بما جاء فيها موافق للقانون. وحيث توصل الحكم المميز لذلك فقد أصاب صحيح القانون وهذا السبب يتعين رده...".[2]

فلا يتصور التمسك بالدفع بالنظام العام، وإثارته، إذا ما كان القانون الوطني هو الواجب التطبيق، ولا يوجد تزاحم بين القانون الوطني مع قانون أجنبي، أو إذا كان التنازع داخليا ضمن القوانين الوطنية في دولة القاضي، لأن الهدف من الدفع بالنظام العام هو تطبيق قانون القاضي وليس استبعاده، ويستثنى من ذلك حالة الدولة الفدرالية التي يشكل فيها كل إقليم أو ولاية وحدة تشريعية مستقلة، ويوجد فيها اختلاف لمفهوم الأسس يستند إليها النظام التشريعي في تلك الولاية، مما يبرر إعمال فكرة الدفع بالنظام العام بمفهومها المعروف بالقانون الدولي الخاص،[3] كما أنه لا يتصور إثارة الدفع بالنظام العام لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا وجد سبب آخر لاستبعاده،كما لو تم اختيار قانون لا تربطه صلة بالعقد أو بأطرافه ولم يتحقق فيه أي شرط يوجب تطبيقه ضمن قواعد الإسناد.[4]

إذا ما أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى القانون الواجب التطبيق يتوجب عندئذ العمل بمقتضى القانون الذي رسى الإسناد إليه لتطبق قواعده الموضوعية، وبالتالي، ينعقد الاختصاص التشريعي للقانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية.

لكن لا داعي لتحريك الدفع بالنظام العام، مادامت توجد وسائل أخرى عادية لاستبعاده، ومن ذلك، أن يثبت الاختصاص لقانون القاضي باعتباره قانون موقع المال،[5] أوفي حالة كون القانون الأجنبي يرفض الاختصاص ويحيل حكم العلاقة إلى قانون القاضي، وكان هذا الأخير يقبل الإحالة، وهذا ما نصت عليه

---

[1] - قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 2019/1857، الصادر بتاريخ 2020/03/17.

[2] - محمد صالح ملفي القضاة، المرجع السابق، ص 92.

[3] - محمد المبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي، منشورات الجامعة المفتوحة، 1994، ص 81.

[4] - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط5، 2008، ص 152 و 153.

[5] - المادة 17 من القانون المدني الجزائري.

المادة 23 مكرر 1 فقرة 02 :".... غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص".

كذلك، قد يستبعد القانون الأجنبي المختار من المتعاقدين إذا تعلق الأمر بالتصرفات الإرادية، وكان اختيار المتعاقدين غير نزيه بأن انعدمت الصلة بين القانون الأجنبي المختار وأطراف العلاقة القانونية أو موضوعها، حيث تنص المادة 18 من القانون المدني الجزائري، في فقرتها الأولى:"يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد". وبالتالي، يستبعد هذا القانون ويحل محله قانون آخر تتركز في إقليمه العلاقة القانونية بأهم عناصرها البارزة وذلك لتخلف الشروط المطلوبة حسب مبدأ قانون الإرادة.

وحسب القانون المدني الجزائري، فإنه يحل محله قانون الموطن المشترك، أو الجنسية المشتركة، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد حسب الفقرة الثانية والثالثة من نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري، باستثناء العقود المتعلقة بالعقار فيسرى عليها قانون موقعة.[1]

ومن ذلك، ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ:1998/02/17، جاء فيه مايلي: "حيث أن الطاعنة لها الجنسية الجزائرية مادام لم يصدر بشأنها مرسوم نزع جنسيتها الأصلية بعد حصولها على الجنسية الإيطالية، وبالتالي كان على القاضي الأول تطبيق القانون الجزائري وفقا للمادة 13 من القانون المدني(*) عوض القانون الإيطالي كما هو وارد في الحكم المطعون فيه، ولما كان ذلك فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه مما يتعين نقضه".[2]

الفرع الثاني: أن تكون مخالفة النظام العام ذات أثر ملموس.

ويقصد بهذا الشرط؛ ألا يكون التعارض بين أحكام القانون الأجنبي والنظام العام في دولة القاضي مجرد تعرض نظري، بل يجب أن يكون له أثر فعلي على أرض الواقع، وأن يؤثر على قيم ومبادئ المجتمع بشكل واضح وملموس،[3] إذ يجب النظر إلى الأثر الفعلي للقانون الأجنبي، فإذا كانت نتائج تطبيقه تمس بشكل واضح القيم والمثل العليا، يجب استبعاده، أما إذا كان تطبيقه لا يشكل ضررا ملموسا فلا عبرة بهذا الاختلاف ولا يتوجب استبعاده.[4]

الفرع الثالث: توافر مقتضى من مقتضيات النظام العام.

يشترط لإعمال الدفع بالنظام العام توافر مقتضى من مقتضيات النظام العام للامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي المختص، فالمشرع عندما أشار في قواعد الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبي لم يقصد تطبيق هذا القانون على إطلاقه وإنما اشترط عدم اصطدام هذا القانون مع مقتضيات النظام العام في دولته، وقد قدر بعض الفقهاء أنه يمكن حصر هذه المقتضيات مقدمة وتقسيم القوانين إلى قوانين متعلقة بالنظام العام وأخرى غير متعلقة بالنظام العام، إلا أن ذلك لم يكتب له النجاح وفشلت هذه المحاولات وذلك لعدم ثبات

---

[1] - الفقرة الأولى من المادة 17.

[(*)] تنص المادة 13 من القانون المدني قبل تعديلها، على أنه:" يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادة 11 و12 المتعلقتين بصحة وآثار وانحلال الزواج إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت رفع الدعوى".

[2] - الملف رقم 170082، قرار صادر بتاريخ 1998/02/17، المجلة القضائية،المحكمة العليا، الجزائر، 2000.

[3] - فتحية قريقر، النظام العام والتحكيم التجاري الدولي، رسالة لنيل شهادة د. اه،كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 2016-2017، ص 58.

[4] - محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي)، مدار الثقافة للتوزيع والنشر ، عمان الأردن، ط1، 2009، ص 261 و 262.

هذه المقتضيات واختلافها باختلاف الزمان والمكان، فالزواج قد يكون نظاما مدنيا في دولة ونظاما دينيا في دولة أخرى، وقد يكون نظاما دينيا في دولة ثم يصبح نظاما مدنيا في مرحلة لاحقة في ذات الدولة.[1]

ونظرا لكون هذه المقتضيات متغيرة وصعبة التحديد والحصر فقد اتجه الفقه السائد إلى ترك أمر تحديدها إلى القاضي المثار أمامه النزاع مع تقييد سلطته بهذا الشأن لكي لا يغلو في تطبيق قانونه الوطني على حساب القانون الأجنبي، وهذا التقييد يجب أن يحدد بمعيار موضوعي مجرد يلتزم به في إعمال الدفع بالنظام العام،[2] وتجدر الإشارة إلى أن القاضي يتمتع بسلطة واسعة في تقدير مدى التعارض بين أحكام الأجنبي مع مقتضيات النظام العام في دولته لدرجة أنه أصبح مشرعة في هذه الدائرة المرنة كما يقول الفقيه عبد الرزاق السنهوري.[3]

لتحريك هذا الدفع والامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي الذي انعقد له الاختصاص أو الاعتراف بما نشأ تحت سلطانه من آثار لابد وأن يتوافر مقتضى من مقتضيات النظام العام، ويقتضى هذا الشرط بداهة أن يكون القانون الأجنبي مختلفا في حكمه الموضوعي مع نظيره في قانون القاضي اختلافا جذريا بصفة كلية أو جزئية.

غير أن صفتي الآنية والنسبية اللتان يتصف بهما النظام العام تجعلانه يختلف في المكان ويتغير في الزمان، فما هو من النظام العام في مجتمع ما قد يكون غير ذلك في مجتمع آخر، فمثلا طلب الزواج الثاني لمسلم في بلد لا تسمح قوانينه بنظام تعدد الزوجات طلبا مخالفا للنظام العام مع أن قواعد الإسناد لذلك البلد تعطي الاختصاص للشريعة الإسلامية التي تستجيب أحكامها لهذا الطلب.[4]

ويرجع امتناع القاضي عن تطبيق أحكام القانون المختص إلى انتفاء الاشتراك القانوني بين قانونه والقانون المختص، ويتحقق عدم الاشتراك القانوني، لا بمجرد تخلف وحدة الأحكام المقررة بين القانونين الأجنبي والوطني، فاختلاف كهذا هو أمر طبيعي ومنتظر ينجم عن الاستقلال التشريعي لكل دولة، فليس من المستبعد أن يكون هناك اختلاف في تحديد سن الرشد أو في تعيين شروط الزواج، ولكن في اللحظة التي يصل فيها الاختلاف إلى الأصول العامة للقوانين بحيث تصطدم الأحكام الأجنبية بمبدأ جوهري يقرره قانون القاضي، فإن الحد الأدنى للاشتراك القانوني يتصدع، فاعتبار الشخص أنه ناقص الأهلية طالما كان أبوه على قيد الحياة مهما بلغ من العمر واعتبار الزواج بين الخال وبنت الأخت صحيحا هذه الاختلافات تعتبر شذوذا مما لا يمكن للقاضي في دول أخرى كالجزائر من العمل به.[5]

وبالمثل تتغير مقتضيات النظام العام من زمن لآخر في المجتمع الواحد، فقد كان الطلاق محظورا في فرنسا ويمنعه القانون حتى عام 1884، ثم أصبح جائزا، وكانت الإيديولوجية الاشتراكية بكل مضامينها الاقتصادية والاجتماعية في كثير من الأنظمة التي كانت تنتهج الاشتراكية إلى وقت ليس ببعيد من النظام العام ولكنها اليوم ليست كذلك.

ومن هنا، تبدو الصعوبة في ضبط فكرة النظام العام، وكل المحاولات التي بذلت لتقسيم القوانين إلى متعلقة بالنظام العام وغير متعلقة به باءت جميعها بالفشل، ويبقى الأمر متروكا للقاضي، وهو يتمتع فيه

---

[1] - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط 6، 1969، ص 532.

[2] - سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المضمون الواسع المتعدد الموضوعات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2009، ص 738.

[3] - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط3، 2009، ص 437.

[4] - زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 251.

[5] - حسن الهداوي، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 180

بسلطة تقديرية واسعة، فينظر في كل واقعة تعرض عليه ماإذا كان حكم القانون الأجنبي فيها يتعارض مع النظام العام في دولته أو لا يتعارض معه، وعلى القاضي أن يتقيد بمفهوم النظام العام السائد في دولته وقت المنازعة ورفع الدعوى وليس وقت نشوء الحق، فمن الجائز أن يكون الحق مخالفا للنظام العام وقت نشوئه وغير مخالف له عند رفع الدعوى أمام القضاء إذا تغير قانون القاضي، وهذه السلطة التقديرية الواسعة لقضاة الموضوع تقع تحت رقابة المحكمة العليا مادام الأمر يخص مسألة قانونية.[1]

ومثال ذلك؛ ما حكم به القضاء الفرنسي سنة 1936 في قضية تتلخص وقائعها في أن فرنسيين تبنيا طفلا وهما بالخارج قبل سنة 1923، وكان القانون الفرنسي في حينه يشترط لصحة التبني أن يبلغا الزوجان سنا معينة تجعلهما يائسين من الإنجاب، ولما صدر في سنة 1923، قانون أباح التبني حتى بالنسبة لمن لم يتوافر فيه الشرط المذكور طعن أمام القضاء في صحته على أساس أنه مخالف للنظام العام في وقت التبني، لكن القضاء رفض الدعوى على أساس أن التبني أصبح غير مخالف للنظام العام وقت رفع الدعوى، وعبرت محكمة النقض الفرنسية عن ذلك بقولها "إن تحديد معنى النظام العام يتوقف إلى حد كبير على الرأي السائد في كل لحظة في فرنسا". [2]

وما يمكن قوله، في نهاية حديثنا، عن شروط الدفع بالنظام العام، أن الاعتراض أمام المحكمة المرفوع أمامها النزاع عن طريق الدفع بالنظام العام يحرك عادة من قبل المدعى عليه ويحق للقاضي أن يتمسك به من تلقاء نفسه ويجوز إثارته في أية مرحلة من مراحل الدعوى وليس في مقدور أطراف العلاقة الاتفاق على التنازل عن التمسك به.

الفرع الرابع: وجود رابطة بين النزاع المطروح ودولة القاضي.

ذهب جانب من الفقه مدعوما بالقضاء، في كل من ألمانيا وسويسرا، إلى ضرورة توافر شرط وجود صلة أو رابطة كافية بين المنازعة المطروحة ودولة القاضي، فمن غير المقبول، أن يتمسك القاضي بفكرة النظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي المختص في حال انعدام تلك الرابطة أو الصلة،[3] فكيف له أن يتذرع بهذه الفكرة في دولته لكي يعطل عمل قاعدة الإسناد بشأن مسألة لا تعنيه، ولا يمكن لها أن تحيل النزاع إلى قانونه الوطني، حتى لو تم استبعاد القانون الأجنبي، فانعدام المصلحة يؤثر على هذا الدفع، بالإضافة إلى أن هذا الحكم لا يكتسب أي صفة، ولا يكون له فعالية في أرض الواقع لا داخلية ولا خارجية مما يجعل من الصعب تنفيذه.[4]

وقد عجز أنصار هذا الاتجاه عن إثبات مقصدهم من توافر تلك الرابطة أو الصلة بين النزاع المطروح ودولة القاضي، أهي الجنسية أم الموطن أم موقع المال؟

وإزاء تلك الحيرة التي وقعوا بها، ذهب بعضهم، إلى القول؛ إنه في حال انعدام أي رابطة من تلك الروابط فإن مجرد طرح النزاع على الجهات القضائية في هذه الدولة يكفي لقيام تلك الرابطة.[5]

---

[1] - الطيب زروتي ، المرجع السابق، ص 251.

[2] - حكم صادر عن محكمة باريس بتاريخ 1936/01/02 دالوز، 1936 وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا الحكم وعبرت عن ذلك بقولها: "إن النظام العام في فرنسا يتوقف على الرأي السائد في فرنسا في كل لحظة".

[3]- *Paul lagarde, recherches sur l'ordre public en droit international prive' ,the 'se pour ie doctorat Université de paris, faculté de droit, 1959, pp.56-59.*

[4] - أحمد محمد الهواري، الوجيز في القانون الدولي الخاص الإماراتي، الطبعة الأولى ،إثراء للنشر والتوزيع ، عمان الأردن، ط1، 2008، ص 387.

[5] - جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، 2005، ص 200 و 201.

الفرع الخامس: أن تكون المخالفة للنظام العام حالية.

يتعين على القاضي استبعاد القانون الأجنبي المختص إذا كان يصطدم مع مقتضيات النظام العام في بلده، إلا أن هناك تساؤلا مهما يجب طرحه في هذا الصدد "في أي لحظة يجب أن يتقرر ما إذا كان هذا التصادم موجودا أو لا؟" استقر الرأي على أن القاضي يقدر توافر مقتضيات النظام العام من عدمه لحظة الفصل في الدعوى وليس وقت نشوء الحق أو المركز القانوني محل النزاع،[1] وتجدر الإشارة إلى أن حالية النظام العام تعتبر مسألة في غاية الأهمية وقد انتبه القضاء والفقه إليه كثيرة على اعتبار أنها تصنع حدا فاصلا بين المفهوم السابق لفكرة النظام العام والمفهوم الجديد في ظل التطور والتغير المستمر لهذه الفكرة. وهذا الشرط يعتبر أثر لآنية النظام العام ونسبيته من حيث الزمان، فالعبرة من تحديد ما يعد من النظام العام وما يعد مخالفة له هو وقت نظر الدعوى وليس وقت نشوء الحق،[2] وهو ما ذهب إليه القضاء الفرنسي في مجموعه من القضايا ومنها قضية "تبتي" سنة 1936، وقضية إثبات نسب.[3]

ويترتب على شرط حالية النظام العام عدة آثار لعل من أبرزها، إذا كان المركز القانوني الذي نشأ طبقا لقانون أجنبي مختص وكان مخالفا للنظام العام في قانون القاضي عند نشوء النزاع، ومن ثم تغير بعد ذلك قانون القاضي، وأصبح ذلك المركز القانوني لا يصطدم ومقتضيات النظام العام عند النظر في النزاع، فلا يمكن للقاضي أن يعتد بالمخالفة السابقة ويؤثر الدفع بالنظام العام، كذلك، يترتب على هذا الشرط أن الروابط القانونية القائمة في ظل تغير مفهوم النظام العام تخضع للقانون الجديد.[4]

المطلب الرابع: الآثار المترتبة على الدفع بالنظام العام.

إذا ظهر للقاضي أن القانون الأجنبي الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية يصطدم ومقتضيات النظام العام في دولته وتمت إثارة هذا الدفع وتحققت كافة شروطه، فإنه يستبعد هذا القانون في أي مرحلة كانت عليها الدعوى حماية لنظامه القانوني الداخلي وهذا ما جرى العمل على تسميته بالأثر السلبي للنظام العام، ولا شك في أن هذا الاستبعاد سيوجد فراغا تشريعيا مما يوجب على القاضي البحث عن قانون آخر ليحل محل القانون المستبعد وهو ما يطلق عليه بالأثر الإيجابي للنظام العام، ومن المتفق عليه وجوب التحقق من شدة وصرامة الدفع بالنظام العام إذا ما تعلق الأمر بحق اكتسب بالخارج وتم التمسك به في دولة القاضي.

الفرع الأول: الأثر السلبي للنظام العام.

يترتب على إعمال الدفع بالنظام العام أثر سلبي وهو استبعاد تطبيق أحكام القانون الأجنبي المتعارضة أحكامه مع النظام العام في دولة القاضي المثار أمامه النزاع، فالهدف الأساسي لإعمال الدفع بالنظام العام هو عدم السماح القواعد القانون الأجنبي بالاندماج في النظام القانوني الوطني، نظرا للتنافر القائم بينها وبين أساس هذا النظام.

ويثور التساؤل: هل يتم استبعاد القانون الأجنبي بجميع أحكامه وبشكل كلي أو يقتصر الاستبعاد على الجزء المتعارض مع النظام العام الوطني في هذا القانون؟.

---

[1]- *Lerbous, Ageonniere et loussouar, précis de droit international prive, 8em edition, Dalloz, 1962, p.372.*

[2] - بلمامي عمر، المرجع السابق ، ص 141 .

[3] - تتلخص وقائع هذه القضية في أن فرنسيين تبنيا طفلا وهما خارج فرنسا قبل عام 1923، وكان القانون الفرنسي يشترط في ذلك الوقت لصحة التبني أن يكون الزوجان قد بلغا من السن ما يجعلهما يائسين من الإنجاب، ولما صدر في عام 1923، قانون يجيز التبني حتى لمن لم يبلغ سن اليأس من الإنجاب طعنا أمام محكمة باريس في صحته على أساس مخالفته للنظام العام في وقت التبني لأن الزوجين كانا شابين، إلا أن المحكمة رفضت الطعن على أساس أن مثل هذا التبني لم يعد مخالفا للنظام العام وقت رفع الدعوى. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 153.

[4] - زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص، الجزائري ، المرجع السابق، ص 302 و 303.

أولا- الاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام:

ذهب جانب من الفقه،[1]إلى ضرورة استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام بشكل كلي وإلى تطبيق قانون القاضي بدلا منه، وقد استند هذا الجانب إلى قاعدة قد قررتها قاعدة الإسناد في بلد القاضي بحجة منع التعارض مع النظام العام، وبتطبيق القواعد الأخرى في القانون المستبعد قد يؤدي إلى مسخ وتشويه القانون الأجنبي الذي يجب أن يتم التعامل معه كوحدة واحدة، مما قد يؤدي إلى تطبيق هذا القانون في غير الأحوال التي يجب تطبيقه فيها، فضلا عن أن هذا التطبيق قد يخالف الغاية المرجوة من وجود قواعد الإسناد في بلد القاضي التي تهدف إلى تطبيق القانون الأجنبي برمته وكوحدة واحدة وليس اجتزاء أحكامه والأخذ ببعضها دون الآخر. وقد برر أصحاب هذا الاتجاه رأيهم بالحجج التالية:[2]

- إنه يجب النظر في القانون الأجنبي المختص كوحدة واحدة وكل لا يتجزأ، وعليه فإن استبعاد الجزء المخالف وتطبيق أجزاء أخرى منه يؤدي إلى تشويه القانون وتقطيع أوصاله مما يؤدي إلى تطبيقه تطبيقا مخالفا لإرادة المشرع الذي وضعه.[3]

- إن الأخذ بفكرة الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي ينطوي على مخالفة لقاعدة الإسناد الوطنية التي تهدف إلى تطبيق أكثر القوانين اتصالا بالعلاقة وأكثرها قدرة على تحقيق العدالة، وهو ما لا يتحقق إلا بتطبيق القانون الأجنبي كاملا، إذ يكون الأمر على النقيض في حالة الاستبعاد الجزئي.[4]

ومؤدى ذلك كله، أن إعمال فكرة الاستبعاد الجزئي أمر يتناقض مع إرادة كل من المشرع الوطني واضع قاعدة التنازع وكذلك الأمر بالنسبة للمشرع الأجنبي في الدولة المختص قانونها بالانطباق، وأن قاعدة التنازع لا تتحقق إلا من خلال الاستبعاد الكلي وحده.[5]

ثانيا- الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام:

أكد جانب من الفقه، أن الأثر السلبي لإعمال فكرة النظام العام ليس من شأنها استبعاد أحكام القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة الإسناد الوطنية بشكل كلي، وإنما ينحصر الاستبعاد على الجزء المخالف لهذه الفكرة في دولة القاضي دون بقية الأجزاء الأخرى من هذا القانون لعدم توافر العلة والمغزى من استبعادها، وتكون بذلك قد احتفظت للقانون الأجنبي، ولقاعدة الإسناد بأكبر قدر من الفعالية،[6] كما يسمح هذا الحل إلى تفادي عيوب قواعد التنازع دون أن يتم تعطيلها بشكل كامل.[7]

ويبرر أصحاب هذا الاتجاه رأيهم بمجموعة من الحجج لعل من أهمها:

---

[1]- *NiBoyet (J.P.); Traite de droit international prive tomes III, IV etv, Paris 1994, P.522.*

[2] - محمد صالح ملفي، المرجع السابق، ص 96.

[3] - سلطان عبد الله محمود، الدفع بالنظام العام وأثره، مجلة الرافدين للحقوق، العراق، المجلد 12، العدد 43، 2010، ص 94.

[4] - عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، ط1، 2008، ص214.

[5] - عكاشة عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ط1، 2007، ص 598.

[6] - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 177.

[7] - محمد وليد المصري، محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع، 2003، ص 166.

- يجب استخدام الأثر الاستبعادي للنظام العام بحذر شديد وبصورة استثنائية فلا ينبغي اللجوء إليه إلا بالقدر الذي يمس بالقواعد الأساسية لقانون القاضي، على أن يبقى ما دون ذلك محكومة بالقانون الأجنبي المختص أصلا.[1]

- لا يرمي الدفع بالنظام العام إلى إصدار حكم يقيم من خلاله القانون الأجنبي في ذاته وإنما يهدف إلى الحيلولة دون حدوث النتيجة المخالفة للنظام العام الناشئة عن تطبيق بعض أحكامه، فإن أمكن تلافي هذه النتيجة باستبعاد الجزء المخالف من هذه الأحكام فلن يكون هناك مبرر لعدم تطبيق أحكام القانون الأجنبي الأخرى غير المتعارضة مع النظام العام.[2]

الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي هو وحده الذي يحقق المقصود من قاعدة التنازع والوظيفة التي وجدت لتحقيقها بالتصور الذي وضعه المشرع الوطني، كما يحفظ للقانون الأجنبي مكانته باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل، أما من يقول باستبعاد القانون الأجنبي برمته فهو يهدد الهدف والغاية من قاعدة الإسناد ويعصف بروحها، كما أنه يعتدي على القانون الأجنبي صاحب الاختصاص الأصيل.[3]

إن استبعاد أحكام القانون الأجنبي كلية، وتطبيق قانون القاضي بدلا منه يتعارض وحكمة المشرع، كون القانون الأجنبي هو الواجب التطبيق بالأصل، وهو الأكثر ملائمة لحل النزاع،[4]وإن الأثر السلبي، يتمثل في استبعاد الجزء المخالف للنظام العام في القانون الأجنبي دون بقية الأجزاء الأخرى، وعلى القاضي تطبيق أحكام القانون الأجنبي التي لا تتعارض ومفهوم فكرة النظام العام في دولته.[5]

إلا أنه، في بعض الحالات، يصعب تطبيق القانون الأجنبي المختص أو استبعاد جزئية منه للاختلاف الجوهري بأساس النظام العام، ولعدم إمكانية فصل هذه الجزئية لارتباطها الوثيق بأحكام القانون الأجنبي مما يقتضي اللجوء إلى استبعاده كليا.[6]

الفرع الثاني: الأثر الإيجابي للنظام العام.

لا يقتصر دور القاضي على استبعاد القانون الأجنبي المختص الذي تعارضت أحكامه مع النظام العام في دولته، بل يتوجب عليه التصدي للفراغ التشريعي الناتج عن هذا الاستبعاد للفصل في النزاع المعروض عليه فلا يتصور أن تبقى القضية دون قانون يحكمها، وذلك بإحلال قانون بديل عن القانون الأجنبي المستبعد، ويكون إحلال قانون آخر بديلا عن القانون المستبعد هو الأثر الإيجابي للنظام العام، ويعتبر ذلك نتيجة طبيعية لنظرة الفقه إلى النظام العام على أنه دفع من الدفوع الموضوعية، وهو الأمر السائد في غالب التشريعات، إلا أن الأمر مختلف البلاد الأنجلوسكسونية التي تعتبر الدفع بالنظام العام دفعا إجرائيا يستتبع في حال الحكم باستبعاد القانون الأجنبي المخالف أن تحكم المحكمة بعدم اختصاصها، ومن ثم لا تثور مسألة البحث عن بديل للقانون المتبع.[7]

ويثور تساؤل مهم، في هذا الصدد، عن ماهية القانون الذي سيطبق بعد استبعاد القانون الأجنبي على النزاع المعروض أمام القاضي؟

---

[1] - ختام عبد الحسن، موانع تطبيق القانون الأجنبي، مجلة الكلية الإسلامية الجامعية، النجف الأشرف، مجلة علمية اقتصادية محكمة، العراق، العدد، 2009، ص 287.

[2] - محمد صالح ملفي، المرجع السابق، ص 97.

[3] - جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 204.

[4] - هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 266.

[5] - سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 213.

[6] - سعيد يوسف البستاني، نفس المرجع، ص 226.

[7] - حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص المصري، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، دون دار نشر، ص 305.

إن معظم القوانين، ومنها القانون المدني الأردني في المادة 29، والقانون المدني المصري في المادة 280، والقانون المدني العراقي في المادة 32، لم تنص إلا على الأثر السلبي للنظام العام، وعليه وجد الاختلاف للإجابة على هذا السؤال، وذهب الفقه؛ في ذلك، إلى عدة اتجاهات، لعل من أبرزها أن الأثر السلبي للنظام العام لا بد أن يتبعه أثر إيجابي لسد الفراغ التشريعي وعدم اعتبار القاضي منكرا للعدالة عندما لا يحكم في النزاع المعروض عليه بحجة عدم إمكان إعمال القانون الأجنبي المختص لتعارضه مع النظام العام.

وفي الواقع يوجد تلازم بين استبعاد القانون الأجنبي الأثر السلبي والبحث عن قانون بديل ليحل محل القانون المستبعد- الأثر الإيجابي - فالدفع بالنظام العام وجهان يتمثل أحدهما بالأثر السلبي والثاني بالأثر الإيجابي ، وعليه فإن جانبا من الفقه يرى أن استبعاد القانون الأجنبي المخالف لا يكون كافيا دون إحلال قانون بديل عنه، ويدللون على ذلك بالحالة التي يجيز فيها القانون الأجنبي نشوء علاقة لا يسمح بها قانون القاضي، وعليه يجب استبعاد هذا القانون الأجنبي وهذه الحالة دون الحاجة إلى إحلال قانون آخر بدلا منه.[1]

وقد انتقد هذا الرأي بشده، واعتبر غير جدير بالتأييد لوجود ارتباط وتلازم بين الأثر الإيجابي والسلبي، والمتأمل الجيد للمسألة يجد أن استبعاد القانون الأجنبي يحدث فراغا قانونيا يجب سده بالبحث عن قانون بديل يحكم النزاع، وقد يحدث الأثر الإيجابي بحلول قانون محل القانون المستبعد بشكل ضمني أو صريح فلا يترك النزاع بدون قانون يحكمه.[2]

ومن كل ما تقدم، يظهر التلازم بين استبعاد القانون الأجنبي وإحلال قانون بديل عنه، ففي جميع الأحوال يرتب الدفع بالنظام العام أثرين مترابطين أحدهما سلبي والأخر إيجابي، إلا أن المشكلة التي تواجه القاضي عند استبعاد القانون الأجنبي المختص تتمثل في تحديد القانون البديل الذي يملأ الفراغ التشريعي الناتج عن هذا الاستبعاد، ويوجد في هذه المسألة خلاف كبير بين الفقه والقضاء، إذ انقسموا إلى عدة اتجاهات لعل من أبرزها:

أولا- البحث عن البديل في القانون الأجنبي ذاته- مذهب سافييني:

يتمثل مضمون هذا الحل أنه عند استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام يتوجب البحث عن حل ضمن نطاق القانون المستبعد على اعتبار أن الاختصاص بالأصل يعود له ضمن قواعد الإسناد في بلد القاضي ،وذلك من خلال البحث في القانون الأجنبي عن نص بديل ملائم يطبق على المسألة التي كان يحكمها النص المخالف للنظام العام، إلا أن هذا الحل مقيد بشرطين هما: وجود نص بديل يصلح للتطبيق على موضوع النزاع، وأن يكون هذا النص-البديل- غير مخالف للنظام العام الوطني.[3]

ثانيا-تطبيق القانون الأقرب للعلاقة:

ذهب اتجاه من الفقه، إلى أنه يجب تطبيق القانون الأقرب في أحكامه إلى القانون المستبعد، وذلك بموجب قاعدة إسناد احتياطية في قانون القاضي الوطني، ومثال ذلك تطبيق قانون محل الإقامة في مسائل الأحوال الشخصية عندما يكون قانون الجنسية مخالفة في أحكامه للنظام العام في دولة القاضي، ويتم

[1] - عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 217.
[2] - عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 606.
[3] - جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 206.

تطبيق القانون الذي يرتبط بالنزاع بأكثر الروابط صلة وقد يكون وقد يكون هذا القانون أجنبية، وقد يكون قانون القاضي، إذ يطبق منه القاعدة الأقرب في مضمونها للقانون المستبعد.[1]

إلا أن هذا الاتجاه لم يسلم من الانتقاد، ولعل أبرز هذه الانتقادات، هو أن اللجوء إلى الضوابط الاحتياطية في حال استبعاد القانون الأجنبي المختص تشير إلى قانون آخر له صفة البديل الملائم هو أمر غير مجير في حال إذا ما رغب الأطراف بإنشاء علاقة غير مشروعة في دولة القاضي، وهنا تطبيق قانون دولة القاضي هو وحده من يحمي نظامه العام بمنع نشوء تلك العلاقة غير المشروعة، وأي قانون آخر بديل يعجز عن هذه الحماية،[2] وتظهر أيضا في هذا الفرض مشكلة تتمثل في حال إشارة قاعدة الإسناد إلى تطبيق أكثر من قانون يصعب أو يستحيل معها المزج أو التوفيق فيما بينها.

ثالثا- تطبيق قانون القاضي:

لا شك، في أن إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد باسم النظام العام يعتبر أفضل الحلول، كونه يعد أكثر الحلول ملائمة للاعتبارات العملية، على اعتبار أن القاضي الوطني هو أعرف الناس بقانون دولته فيتجنب بذلك كافة الصعوبات التي قد تعترض طريقه عند تطبيق القانون الأجنبي، وكذلك يحقق إحلال قانون القاضي مكان القانون المستبعد أكبر قدر من الحماية والمحافظة على المبادئ الجوهرية لقانونه الوطني، وإن هذا الحل يتماشى مع طبيعة وفكرة النظام العام باعتبارها فكرة وطنية بالإضافة إلى أنه صاحب اختصاص احتياطي عام.[3]

وإن الأخذ بهذا الرأي يستوجب الأخذ بشرطين أساسيين هما: وجود قانون مختص بموجب قاعدة الإسناد في دولة القاضي، وكذلك توافر نص ملائم لطبيعة المسألة المعروضة في قانون القاضي.[4]

وخلاصة القول؛ يترتب على إعمال فكرة الدفع بالنظام العام أثران مهمان ومباشران ومتلازمان هما الأثر السلبي والأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام فلا يتصور أن يبقى النزاع دون قانون يحكمه، ويتمثل الأثر السلبي في استبعاد القانون الأجنبي المختص لمخالفته للنظام العام في دولة القاضي، وأثر إيجابي يعتبر نتيجة حتمية للأثر السلبي السد الفراغ التشريعي الذي ينتج عن هذا الاستبعاد بإحلال قانون بديل (قانون القاضي حسب الرأي الراجح)، مع الإشارة، إلى أنه، في حال ما إذا كانت نصوص قانون القاضي غير ملائمة لطبيعة العلاقة محل البحث أو سكتت هذه النصوص تماما عن إعطاء حل للمسألة فلا مناص عندئذ في قواعد العدالة والقانون الطبيعي وما استقر عليه من مبادئ القانون الدولي الخاص.

المطلب الخامس: اختصاص القاضي في مراقبة الشرعية الدولية للقوانين الأجنبية.

لقد تم إدراج هذا التساؤل الخاص بمدى اختصاص القاضي الوطني في رقابة احترام المعاهدات الدولية من قبل الدول الأجنبية عند تشريع قوانينها في باب الآثار " الدولية "، ضرورة أن التشريع الذي سيراقبه القاضي هو تشريع دولة أجنبية ولا يتعلق الأمر بتشريع وطني، كما أن دراسة هذه المسألة ستتم من منظور القانون الدولي وليس القانون الداخلي، ذلك، أن هذا الأخير لم ينظم هذه المسألة.

و الأثر المراد تحليله، في هذا الصدد، هو توسيع في إختصاص القاضي الداخلي إلى مراقبة تطابق التشريع الأجنبي لمعاهدة كانت قد صادقت عليها الدولة التي سنّت التشريع المذكور. كما أن دراسة هذا

---

[1] - عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 216.
[2] - عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 221.
[3] - هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 308.
[4] - عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 622.

الأثر يفترض منطقيا أن النظام القانوني للدولة الأجنبية يضع المعاهدات الدولية في مرتبة تفوق القانون في هرم القواعد القانونية.

ويجب، الإشارة، إلى أن هذا الإشكال لا يكتسي صبغة نظرية، فحسب، بل إن الأهمية العملية تغلب على هذا الطرح، إذ أن المحاكم تتعرض في كثير من الأحيان إلى مسألة مراقبة الشرعية الدولية للقوانين الأجنبية، لكن كيف تقع إثارة هذا الإشكال؟.

فإذا طبّق القاضي في نزاع دولي قاعدة تنازع القوانين الوطنية وأدى ذلك إلى تطبيق قانون أجنبي إلا أن أحد الأطراف يدفع بأن ذلك القانون مخالف لمعاهدة دولية كانت تلك الدولة الأجنبية قد صادقت عليها.

كما قد تطرح المسألة في الميادين المتعلقة بقوانين الانتزاع أو التأميم خاصة *(Nationalisation)*، والصورة كالآتي: تستغل شركة أجنبية إحدى الثروات في دولة معينة إلا أن هذه الدولة تتخذ قانونا في تأميم هذه الشركة وبالتالي تنتقل ملكية هذه الشركة بتجهيزاتها وأملاكها إلى الدولة المؤمّمة وتصبح بالتالي شركة عمومية : فتقوم هذه الشركة العمومية بمواصلة استغلال نفس النشاط وتقوم بتصدير الإنتاج إلى دولة غير.

فهل يحق للشركة الأجنبية (الأولى) أن تطلب من قضاء هذه الدولة- الغير- إجراء عقلة توقيفية على حمولة السفينة ضرورة أنها ما تزال تملك البضاعة المصدّرة وتدفع بأن قانون الانتزاع أو التأميم غير شرعي لأنه يتعارض مع معاهدة دولية تمنع تأميم الأملاك وتحمي الاستثمار الأجنبي كانت قد صادقت عليها الدولة المؤممة ؟ وهل أن المحكمة التي تعهدت بالنزاع مختصة بمراقبة مطابقة القانون الأجنبي للمعاهدة الدولية إذ ثبت إليها مصادقتها عليها ؟.

يظهر، أن هذا الإشكال له أبعادا تطبيقية هامة، فبعد تأميم الدولة الإيرانية للشركات البترولية الأجنبية في 1951 رفعت الشركات الإنقليزية عدة قضايا و أثارت هذا الدفع أمام المحاكم الإيطالية والألمانية . وعلى إثر تأميم الشركات البترولية البريطانية والأمريكية من قبل الحكومة الليبية في 1971 و 1973 رفع هذا الإشكال أمام المحاكم الإيطالية.[1]

هناك ملاحظة هامة، تفرض نفسها في هذا الصدد، فالقانون الداخلي لم يتدخل لحل هذا الإشكال، سواء في إتجاه إقرار اختصاص القاضي أو نفيه . وعموما لم يجد هذا الإشكال إلى هذا التاريخ حلا متفقا عليه سواء على مستوى الفقه الدولي أو على مستوى فقه القضاء المقارن. وهو ما يبرّر طرح الإشكال في صيغة استفهامية، فالحلول التي طرحت كانت مختلفة بل متناقضة: فالإجابة الأولى، تذهب في اتجاه إمكانية إقرار هذا الاختصاص. وهناك اتجاه ثان، يذهب في اتجاه رفض مثل هذه المراقبة، وكل إتجاه له مؤيداته المقنعة، وهو ما يجعل الحسم في إتجاه معين أمر صعب نسبيا.

يذكر الفقيه *(P.Weil)*: أن الفقه الدولي انقسم إلى اتجاه، يرى؛ ضرورة الاعتراف بهذا الاختصاص للقاضي الداخلي، واتجاه آخر، يرفض إقرار ذلك الاختصاص، مرتكزين في ذلك على سلسلة من الأسانيد:

الفرع الأول: ضرورة الاعتراف بهذا الاختصاص للقاضي الداخلي.

يذهب هؤلاء الفقهاء، إلى أن القاضي الداخلي لا يمكن أن يعترف بآثار قانون يخرق أحكام معاهدة دولية فالقانون الدولي يعلو القوانين الداخلية للدول ، والدولة التي أصدرت ذلك القانون لا يمكن

[1] - *Prosper weil, Le contrôle pur les tribunaux nationaux de la liceité internationale des actes des Etats etrangers, AFDI ; 1977. p 12/13.*

لها التنصل من التزاماتها الدولية التي صادقت عليها وأن تنتظر من محاكم الدول الأخرى تطبيقها دون طرح مسألة مطابقتها للأحكام الدولية التي التزمت باحترامها.

وإن مثل هذه المراقبة لها جانب ردعي لا يستهان به، إذ أن ذلك يدفع الدول إلى احترام المعاهدات الدولية المصادق عليها حتى لا تجد قوانينها هجرا من قبل المحاكم الأجنبية .

يقول في ذلك الفقيه (*D.Carreau*):

« En effet, un Etat étranger peut ainsi être dissuadé d'agir d'une manière contraire aux impératifs du droit international de crainte de voir les effets de sa mesure paralysés devant les for étrangers ».[1]

كما يجب على القاضي الداخلي أن يكون مساهما في تطوير القانون الدولي عامة فهو مكلف بتطبيق المعاهدات الدولية كما أنه مكلف بتأويلها فلما لا يمتد هذا الاختصاص إلى مسألة مراقبة تطبيقها واحترامها وذلك بإستبعاد كل قانون ولو كان أجنبيا مخالفا للاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الدولة مصدرة هذا القانون .

كما يركز الفقهاء المناصرون لاختصاص القاضي الداخلي بمراقبة مطابقة التشريع الأجنبي للمعاهدات الدولية على أسانيد متعلقة بالجدوى ، وذلك أن الأفراد الذين أضر التشريع الأجنبي بمصالحهم لا يمكن لهم الالتجاء للمحاكم الدولية هذه المصالح كما أن الالتجاء لمحاكم الدولة مصدرة التشريع الخارق للمعاهدة الدولية قد لا يضمن محاكمة عادلة ومحايدة فيبقى إذن الالتجاء إلى محكمة دولة –غير هو السبيل الوحيد لحماية تلك الحقوق .[2]

و يعتبر الفقهاء، المحاكم الداخلية، بمثابة المساند للقضاء الدولي على حد عبارة الفقيه *(P.Reuter):*

« Les véritables collaborateurs de la justice internationale ».

وبالتالي، فمن أوكد مهامها، هو إقرار مبدأ علوية الأحكام الدولية وضمان احترامها. ومن أهم النتائج المترتبة عن ذلك؛ هو التعاون بين مختلف المحاكم الداخلية للوصول لإكساب القانون الدولي عامة وخاصة أحكام المعاهدات النجاعة المطلوبة.

الفرع الثاني: رفض اختصاص القاضي الداخلي بمراقبة مطابقة القانون الأجنبي للمعاهدة الدولية:

ويركّز الفقهاء المعارضون لهذا الاختصاص على فكرة محورية وهو مبدأ سيادة الدول وهو يمثل أهم عمدة القانون الدولي وترون أن مثل هذا الاختصاص هو في حقيقة الأمر يخرق تحت غطاء علوية القانون الدولي مبدأ سيادة الدول الذي لا يسمح للمحاكم الأجنبية بتعطيل تطبيق القوانين الوطنية.

ويلفت الفقهاء النظر إلى خطر هام وهو السماح للحاكم التدخل في الشؤون الداخلية للدول إذ تتخذ القوانين في إطار سياسة اقتصادية أو اجتماعية معينة تضبط خطوطها الدولة فإذا سمحت المحاكم الأجنبية لنفسها " الحكم على تلك القوانين " فإن ذلك يعني بعبارة أخرى السماح للمحاكم الأجنبية بإبداء آرائها حول السياسة المتبعة من قبل تلك الدولة وهي النتيجة التي لا تقبلها مبادئ القانون الدولي.

---

[1] - *Abdelkader Boye; Op. Cit. p. 595.N°1480.*

[2] - *Prosper weil, Le contrôle pur les tribunaux nationaux de la liceité internationale des actes des Etats etrangers, AFDI ; 1977, Pg ; 38 et 39.*

ويعتبر مناصرو هذا الرأي؛ أن القاضي يتجاوز اختصاصه ويفرط في استعمال سلطاته إذ ما راقب احترام الدولة الأجنبية للمعاهدات التي صادقت عليها.

كما يذكر الفقهاء، أن إقرار هذا الاختصاص قد يؤدي إلى تناقض في بعض الأنظمة القانونية التي قد لا تسمح للقاضي أن يراقب مطابقة قانونه الوطني مع المعاهدات التي صادقت عليها بلاده فكيف يمكن إقرار هذا الاختصاص فيما يتعلق بالقانون الأجنبي ؟.

لذلك، يجب، أن تتمتع القوانين الأجنبية بقرينة صحة قانونية داخل الأنظمة القانونية الأجنبية وهي قرينة غير قابلة للدحض.

ويضيف الفقهاء، اعتبارات أخرى، تتعلق بجدوى ونجاعة هذا الاختصاص، ففي تعهد القضاء الداخلي بهذه المراقبة لا شيء يضمن توحد آراء المحاكم في خصوص مطابقة أو عدم مطابقة التشريع الأجنبي للمعاهدات الدولية ، وإذا طلب أحد الأطراف إجراء عقلة توقفية على حمولة سفن متعددة ومتواجدة في موانئ مختلفة فهناك احتمال أن يقع الحكم لصالح الدعوى من بعض المحاكم بينما ترفضها محاكم أخرى وهو ما يتسبب في تضارب في الأحكام القضائية . إضافة إلى ذلك ستعترض الأحكام التي تقر بعدم مطابقة التشريع الأجنبي للمعاهدات الدولية إشكالات عويصة بخصوص إجراءات تنفيذ هذا الحكم .

كما يتعين اعتبار الانعكاسات السلبية التي قد تنجر عن مثل تلك المراقبة، إذ لا يجب أن نغفل عن تأثير الأحكام الصادرة بعدم مشروعية تلك القوانين الأجنبية على العلاقات بين الدولة التي أصدرت محاكمها، ذلك الحكم والدولة الأجنبية التي ترى في ذلك اعتداءا عليها.

ويقول الفقيه (*P.Weil*)، معلقا على مثل تلك النتائج:

« Loin d'assurer la sécurité du commerce international, l'exercice du contrôle apparaît aussi à certains comme générateur de tensions ……. A quoi s'ajoute une considération … : une déclaration d'illiceité peut détériorer les relations du gouvernement avec l'Etat qui risque de la ressentir comme une offense ».[1]

وما يمكن، أن يستخلص، من هذا الجدل الفقهي، الذي يدور حول هذه المسألة، هو قوة الأسانيد التي يعتمدها الشقان مما يجعل الحسم في هذا الاتجاه، أو ذاك صعب، ولكن ما يزيد الأمر تعقيدا هو تردد فقه القضاء المقارن في إقرار هذا الاختصاص.

الفرع الثالث: اجتهادات قضائية غير مستقرة.

لا تمكننا مراجعة فقه القضاء المقارن،[2]في هذا الصدد، من الظفر بحل واضح.

في قرارين للمحكمة العليا بالنمسا، الأول، مؤرخ في 1958، والثاني، مؤرخ في 1965، ذهبت المحكمة، في اتجاه أنه، لا يوجد أي مبدأ دولي أو داخلي يسمح للمحاكم الداخلية باستبعاد قانون أجنبي بتعلة خرقه لأحكام معاهدة دولية.

وقد ساندتها في هذا الرأي وعلى أساس نفس السند المحكمة العليا الإنجليزية في قضية *(Herbert Wagg)* مؤرخ في 1955.

---

[1] - *Prosper weil, Op. Cit. p.42.*

[2] - *Prosper weil, Op. Cit. p.31-32.*

اتبعت هذا الموقف محاكم الولايات المتحدة الأمريكية إلى حدود 1964، ففي قرار *(Unerhill V/Fernandez)*، وضعت المحكمة العليا هذا المبدأ في حيثية هامة، رفضت فيها المحكمة اختصاصها في مراقبة صحة قانون حيثية دولة أجنبية داخل إقليمها.

جاء في الحيثية الأساسية لهذا القرار:

« Every Sovereign state is bound to respect the indépendance of every other sovireign state, and the courts of one country will not sit in judgement on the acts of the gouvernement of another done within its own territory ».[1]

وعلى عكس ذلك، تعتبر بعض المحاكم الهولاندية أن القاضي الداخلي يجد نفسه مجبرا بمقتضى قاعدة دولية آمرة على إجراء مراقبة على الشرعية الدولية لقانون الدولية الأجنبية وهو ما يستشف من قرار إصدار عن محكمة مدنية لاهاي مؤرخ في 1962 .

بينما عالجت بعض المحاكم المسألة بطريقة خاصة ذلك أنها تجنبت مراقبة الشرعية الدولية للقاعدة الأجنبية وقامت في المقابل بمراقبة مطابقة هذه الأحكام الداخلية للنظام العام الداخلي لهذه المحاكم واستبعاده إذا تبين مخالفتها له.

وهو اتجاه محكمة التعقيب الفرنسية، ففي قرار صادر في 23 أفريل 1969، اعتبرت المحكمة أن إجراءات نزع الملكية التي اتخذتها الحكومة الجزائرية ضد رعايا فرنسيين تتعارض مع النظام العام الفرنسي وقامت بالتالي باستبعاد القواعد القانونية الجزائرية .

إن استبدال مراقبة القوانين الأجنبية بالنظر لأحكام المعاهدات الدولية بمراقبة مطابقتها للنظام العام الداخلي وإن كان يؤدي مبدئيا إلى نفس النتائج إلا أن التمشي يبقى مختلف جذريا بين الطريقتين.

يتأتى الاختلاف أوّلا من كون القاعدة المرجع مختلفة: فالأولى تتعلق بقواعد قانونية دولية مضمنة داخل اتفاقيات دولية حال أن الثانية تبقى القاعدة – المرجع هي قواعد وطنية داخلية.

ثم إن طرح مسألة المراقبة من منظور النظام العام الداخلي وإن كان يوفر على القاضي الدخول في متاهات شرعية مراقبة مطابقة القانون الأجنبي للأحكام الدولية من عدمها ومسألة شرعية تعهده بهذا الاختصاص من عدمه ، إلا أنه يطرح سلبيات جمّة: إذ أنه يجعل من مسألة الشرعية الدولية للقوانين الأجنبية مسألة محلية مرتبطة بالنظام القانوني الداخلي لدولة معينة وهو ما يطرح مسألة تضارب المواقف بين مختلف المحاكم ضرورة أن النظام القانوني الداخلي تطغى عليه إهتمامات و طنية و تختلف من نظام قانوني إلى آخر.

ويقول الفقيه (*P. Weil*) ، متحدثا عن هذه الانعكاسات السلبية:

« Mesurer la validité de telles lois à l'une des ordres publics internes est dès lors générateur de désordre puisque aussi bien il est difficile à une loi de nationalisation d'être régulière au regard de tous les ordres publics internes ».[2]

كما يضيف الفقهاء، أن مفهوم النظام العام الداخلي هو من المفاهيم المتقلبة و غير الثابتة باعتبار أنها تتعلق بجملة من القيم و الاختيارات السائدة داخل نظام قانوني معين وفي تاريخ معين حال أن المراقبة التي تعتمد على أحكام معاهدة دولية تضمن الاستقرار والمراقبة الأوسع .

[1] - *Prosper weil, Op. Cit. p. 27.*
[2] - *Prosper weil, Op. Cit. p. 25.*

ولقد شهد فقه قضاء الولايات المتحدة الأمريكية تطورا هاما كان في اتجاه إقرار اختصاص القاضي الأمريكي لمراقبة مطابقة القوانين الأجنبية للمعاهدات الدولية.

إذ كان فقه القضاء يرفض مراقبة القوانين الأجنبية بتعلة أنها تخرق مبدأ سيادة الدول وبالتالي فإن القانون الأجنبي يتمتع بحصانة قضائية حال أن القانون الداخلي الأمريكي لا يتمتع بهذا الإمتياز .

لقد استند فقه القضاء إذن على نظرية أعمال السيادة" *Théorie l'acte of state* " للامتناع عن ممارسة تلك المراقبة. فالمحاكم الداخلية في الولايات المتحدة الأمريكية تعتبر أن مثل تلك المراقبة قد تعكّر صفو العلاقات الخارجية للدولة حال أن الدستور الفدرالي لسنة 1787 يجعل من رئيس الدولة المكلف وحده بتيسير العلاقات الديبلوماسية لبلاده مع غيرها من الدول وبالتالي فإن المحاكم تتجنب مضايقة السلطة التنفيذية في ذلك .

في قرار: *(Banco Nacional de Cuba V/Sabbatino)*، وعلى إثر تأميم الدولة الكوبية لممتلكات شركة أمريكية ، قامت هذه الأخيرة بطلب إجراء عقلة على أموال الشركة الحكومية في أمريكا مستندة على كونها لم تتحصل على أي تعويض عن هذا التأميم إلا أن القضاء الأمريكي واصل في رفض اختصاصه فكان هذا القرار محل نقد لاذع ضرورة أن مثل هذا الموقف لا يحمي الاستثمار الخارجي ويشجع الدول على التنصل من التزاماتها الدولية بالاعتراف بقوانين تخرق العهود الدولية .

فتدخل المشرع الأمريكي بقانون *(Hick en looper)*، سنة 1964 ليفرض على المحاكم مراقبة الشرعية الدولية للقوانين الأجنبية المطلوب تطبيقها في النزاعات المطروحة أمامهم . وعلى إثر هذا التعديل استقر فقه القضاء الأمريكي على اقرار هذا الاختصاص، وذلك في قرارات عديدة نذكر منها قرار: *(Ferst National City Bank V/banco Nacional de Cuba)* مؤرخ في 7 جوان 1972، وقرار: *(Alfred Dunhill of London V/Republic of Cuba)*، مؤرخ في 24 ماي 1976 .[1]

ولقد طرح الفقه إمكانية الخروج من هذا الإشكال بحل لترجيح أحد الإتجاهين، كان موقف كل من الفقيه (*D.Carreau*) و (*P. Weil*)، و في اتجاه إقرار اختصاص القاضي الداخلي لمراقبة الشرعية الدولية للقوانين الأجنبية كلما عرضت إمكانية تطبيقها وهي بالتالي تأكيد لدور القاضي الداخلي في تطوير وضمان فعالية تطبيق المعاهدات الدولية والقانون الدولي عامة . وقد استند هؤلاء الفقهاء على غياب قاعدة دولية تمنع القاضي الداخلي من تقدير مطابقة القوانين الأجنبية للمعاهدات الدولية المصادق عليها.

ولكن في المقابل يكون من المبالغ فيه القول بأن المحاكم الداخلية مجبرة على الإضطلاع بتلك المراقبة ضرورة أن القانون الدولي المعاصر يبلغ تلك الدرجة من التطور تسمح بوجود ذلك الالتزام.

في نهاية الأمر، يعتبر اصطحاب هذا الرأي أنه على القاضي أن يعتبر أن القانون الأجنبي المعروض أمامه يتمتع بقرينة صحة ، على أن هذه القرينة ليست مطلقة بل هي نسبية إذ أنها تقبل الدحض بالحجة المعاكسة : فكلما أثبت الأطراف أن أحكام القانون الأجنبي يخرق بشكل واضح أحكاما دولية تثبت مصادقة تلك الدولة عليها فعلى القاضي أن يستبعد تطبيقه حتى لا تسرى آثار اللاشرعية الدولية إلى دولة القاضي نفسه.[2]

إن ما سبق، تحليله، يبرز أن الآثار الدولية للتطبيق القضائي للمعاهدات الدولية تفتح آفاقا واعدة في اتجاه إذكاء نجاعة القواعد الدولية، وذلك عن طريق تدعيم صلاحيات القاضي الداخلي ومضاعفة فرص تطبيقها في النزاعات المطروحة أمامه.

---

[1] - *Abdelkader Boye; Op. Cit. p. 600, N°1491.*

[2]- *Abdelkader Boye; Op. Cit. p. 602.*

إلا أن تحقق هذه الانعكاسات مرتبط بمدة سريان آثار الاتفاقيات الدولية، ذلك أنها مثل العقود في القانون الداخلي، فإن المعاهدات تنشأ وتتواصل آثارها إلى حين حدوث سبب من أسباب تعليق الالتزامات الدولية أو انقضاءها.

خـــــــاتمـــــــة.

أبرزت هذه الدراسة بالتحليل والمناقشة؛ وبالمقارنة أحيانا، و بالمقاربة في أحيان أخرى؛ تسليط البحث على أحد أهم الدفوع ذات الطبيعة المتميزة وهي الدفوع المتعلقة بالنظام العام، والتي تساهم بشكل فعال في حماية فكرة النظام العام في مرحلة المنازعات القضائية.

فموضوع هذه الدراسة متعلق بتحديد مدى تجسيد فكرة النظام العام من خلال الدفوع القضائية، ومن ثم كان إلزاما التعرض في البداية لتحديد مدلول فكرة النظام العام ومدى ارتباطه بمختلف فروع القانون، وقد بينت الدراسة أن أهم هذه الدفوع شأنا وأكثرها أثرا على المنازعات القضائية هي الدفوع المتعلقة بالنظام العام، حيث ظهر جليا أن المشكلة المحورية التي تعاني منها آلية الدفوع القضائية، هي مدى ارتباطها بالنظام العام من عدمه، الأمر الذي يحد من السلطة التقديرية للقاضي حيالها، إن لم نقل يعدمها.

وفي محاولة للغوص بحثا عن جذور هذه الدراسة، كان من الضروري توضيح علاقة الدفوع القضائية بفكرة النظام العام، ومن ثم بيان مظاهر انعكاساتها على المنازعات القضائية كمقصد لحفظ حقوق الأفراد دون قيود تعسفية؛ وحماية مظهر من مظاهر سيادة الدولة ومصالحها العامة.

توصلنا من إلى أن آلية الدفع بالنظام العام لم تتطور إلا مع تطور فكرة النظام العام وتبلور مفهوم الجماعة وفكرة القانون كأداة لتنظيم سلوك أفردها وتوقيع الجزاء عند مخالفتها، وذلك على عدة مراحل، كان أولها في العصور القديمة أو ما يعرف بالمجتمعات البدائية، ومع تطور المجتمع البشري عرفت بعض التجمعات فكرة صياغة القوانين في شكل نصوص مكتوبة على غرار قانون حمو رابي في بلاد الرافدين وقانون الألواح الاثنا عشر في روما و توالى تطور فكرة القانون مرورا بالعصور الوسطى أين ظهرت عدة أنظمة قانونية متباينة هيمن عليها نظامين أساسين هما: نظام قانوني مستمد من القانون الكنيسي من جهة، ونظام قانوني مستمد من الشريعة الإسلامية من جهة أخرى.

كما أن الدفوع المتعلقة بالنظام العام تأثرت بعوامل عديدة، وليس من شأننا هنا أن نبحث في تلك العوامل، إذ هي لا تتناهي ولا تقع تحت حصر، ومن ثم كان أي بحث يستهدف دراستها هو بحث ناقص بالضرورة، ولكن مهمتنا هنا أن نبين العامل الجوهري الذي أثر في نشوء نظام الدفوع المتعلقة بالنظام العام، والتي يرجع أصلها لفكرة النظام العام ذاتها التي يرجع أصلها إلى فلسفة القانون الحديث، التي بدأت إرهاصاتها منذ القرن الثالث عشر الميلادي ، والتي استقرت على يد مدرسة القانون الطبيعي الحديثة.

إن هذه الفلسفة الحديثة قد أحدثت ثورة في مفهوم القانون ، إذ أنها هدمت ما قبلها من مفاهيم قانونية ، وأنشأت مفاهيم حديثة تماما، حيث خلقت مبادئ حديثة في النظر إلى العالم والإله والإنسان والقانون . فبعد أن سادت فكرة القانون الطبيعى الكوني ولزمن طويل ، بدأت في الظهور فكرة حديثة للقانون الطبيعي التي جعلت الإنسان في محور تفكيرها، فبعد أن كان القانون الطبيعي يرتبط بالنظام الموضوعي للكون ، أصبح يرتبط بالطبيعة الإنسانية، والتأكيد على القانون هو عمل إنساني بحت يخضع للإرادة الانسانية.

ومما لا شك فيه، أن المفاهيم الحديثة التي سادت مفهوم القانون قد أثرت في نشأة النظام العام، ويمكننا أن نتتبع العناصر التي تتكون منها الأفكار التي أثرت في نشوء النظام العام، والتي يمكن ردها إلى فكرتين أساسيتين: الأولى؛ تتعلق بالمدلول الحديث للإنسان، والأخرى؛ تتعلق بالمدلول الحديث للمجتمع.

أما بخصوص مصادر الدفع بالنظام العام، فذهب البعض، إلى أن مصدرها القانون، أما في ظل الاتجاهات الحديثة تأكد ارتباط فكرة النظام العام بالتكون من الأسس القانونية الأساسية والمقومات الأساسية له، وبذلك تم الابتعاد عن المفهوم الضيق للنظام العام، الذي يؤكد التلازم بين النظام العام والمنع المنصوص عليه قانونا.

وتطبيقا لذلك، أصبح من الواجب على القاضي أن يبحث عن مصدر النظام العام، وأن يحدد مفهومه، فينظر أولا في القوانين، ليقرر ما إذا كان بإمكانه أن يصفها بهذه الصفة - النظام العام - بالنظر إلى المصلحة التي تحميها أو النظام الذي تقرره.

ومن ثم إذا لم يكن هناك من نص موصوف بالنظام العام أو من الممكن وصفه بهذه الصفة، يبحث عن المبادئ العامة التي يقوم عليها القانون الوضعي والتي يمكن وصفها بأنها تتعلق بالنظام العام بالنظر إلى أهميتها في المحافظة على المصلحة العامة والفردية سواء كانت مصلحة اجتماعية أم أخلاقية أو سياسية أو اقتصادية أو مالية أو معنوية، فالقاضي لا يبتكر النظام العام، ولكن يبحث عنه ويستخرجه من مجموعة المبادئ العامة التي يقوم عليها القانون الوضعي، ويظهره إلى حيز الوجود من خلال إبطال العقود والالتزامات والإجراءات المخالفة له.

كما تتنوع مصادر الدفوع المتعلقة بالنظام العام بتنوع التشريعات القانونية والأنظمة القانونية، وحسب طبيعة وتركيبة كل مجتمع، وقد تكون مصادر هذه الدفوع مصادر الدولية أو مصادر إقليمية أو مصادر داخلية.

ويمكننا أن نرى تجليات واضحة لنظام عام دولي جزائي ذو مصدر اتفاقي في نوعين من النصوص: تلك التي، موضوعها حماية حقوق الإنسان، والتي تحتفظ بنظام قانوني محدد للجرائم ضد الإنسانية التي ارتكبت خلال الحرب العالمية الثانية، وتلك التي، بشكل نهائي قمعي على وجه التحديد، يهدف إلى إتاحة إمكانية مقاضاة الجناة الذين ارتكبوا جرائم خطيرة في جميع أنحاء العالم.

يظهر جليا كذلك، أن أغراض الدفوع المتعلق بالنظام العام تتبع فكرة النظام العام ذاتها من خلال السماح بدخول التيارات الاجتماعية والسياسية السائدة في المجتمع إلى دائرة المعاملات بين الأفراد، مما يستتبع توظيف الدفوع المرتبطة به في مختلف المنازعات القضائية.

لهذه الأسباب مجتمعة وجدت آلية الدفع بالنظام العام في مرحلة المنازعات القضائية، والتي تعمل على حماية النظام العام ذاته، من خلال مساهمتها في حماية حقوق الإنسان من خلال تجسيد مبادئ المحاكمة العادلة، وتأكيد هذا الدور الفعال لهذا النوع من الدفوع بشكل خاص في مجال القضاء الجزائي، وذلك من خلال إضفاء الصفة الإنسانية عليه وتأكيد حرمة وقداسة الخصومة الجزائية، كما تتأكد أ همیتها بشكل عام من خلال الكشف عن القواعد الآمرة في مرحلة الخصومة القضائية، وكذلك من خلال تفعيل دور القاضي في تحديد مضمون النظام العام و حمايته.

وتظهر أهمية الدفوع المتعلقة بالنظام العام من خلال الآثار التي يرتبها على المستويين الدولي والوطني، وذلك من خلال الجزاءات الإجرائية التي يثيرها في القانون الإجرائي أو الموضوعي، فهي بالتالي تثير كل المشاكل الخاصة بفكرة الجزاء، هذه المشاكل تؤسس على الفلسفة التي يتعين على المشرع اعتناقها بالنسبة للجزاءات الإجرائية، حيث يحدد المشرع نظامها الإجرائي ويتعين احترام هذا النظام، كما أن آثارها يحددها المشرع لا الإرادة الفردية للخصوم، وكل ما لهذه الإرادة هو أن تتمسك بهذه الدفوع أولا تتمسك بها، حتى وإن تعلقت بالنظام العام فهي بالنسبة لصاحب الحق فيها تظل حقا إجرائيا، ولهذا، وفي هذه الحالات بالذات قام المشرع بمنح القاضي الحق في إثارة الدفع المتعلق بالنظام العام من تلقاء نفسه، رغم أن القاضي يحكمه مبدأ الحياد، وأنه يقضي في حدود ما يطلبه الخصوم، ويتعين عليه ألا يحكم بما لم يطلب منه، ولا بأكثر مما طلب منه، وإن كان له أن يقضي بأقل مما طلب منه وفقا لتقديره الخاص للمسائل المطروحة عليه.

إن ما يمكن ملاحظته، بشكل عام، حول إدراج شرط الدفع بالنظام العام، أو عدم إدراجه في المعاهدات أو الاتفاقات الدولية، هو أن النظام العام يعد سلاحا ذو حدين يجب الاعتدال في استخدامه، لكي

يضمن من جهة حماية المبادئ الأساسية التي يقوم عليها كيان مجتمع القاضي، ومن جهة أخرى، يجب لا يتحول استخدام النظام العام من طرف القاضي كوسيلة لمنع تطبيق القوانين الأجنبية، دون فحصها، والتأكد من أنها فعلا تنتهك النظام العام في دولته، انطلاقا من معتقدات القاضي السياسية والاجتماعية الخاصة.

كما خلصت هذه الدراسة إلى أن استبعاد أحكام الاتفاقية باسم النظام العام، يجب أن يكون مبني على المنطق ومفاهيم العدالة الاجتماعية والنظم الأساسية التي ينهض عليها كيان مجتمعه، ولاشك أن هذا يتطلب من القاضي أن يكون متفتحا ومتفهما لحاجات القانون الدولي واعيا ومدركا لواقع مجتمعه والمجتمع الدولي حوله بصفة عامة.

والذي يظهر للباحث من خلال هذه الدراسة التأثير الكبير لفكرة النظام العام على نظرية الدفوع القضائية، وانطلاقا من هذا التأثير تم استنتاج وبناء النتائج الآتية:

أولا- أن فكرة النظام العام فكرة لصيقة بالمجتمع، ظهرت بنشأته وتطورت بتطوره؛ واتسع معناها ومداها مع الوقت لتغزو مجالات قانونية واسعة. فهي بذلك فكرة متصلة اتصالا مباشرا بالمجتمع كونها مستمدة من مجموع القواعد المعبرة عن القيم والأسس العليا الكامنة في ضمير الجماعة، مما يجعلها مرآة عاكسة لهوية المجتمع ووسيلة هامة لحفظ ثوابته؛ لما تقوم به من ترجمة لتلك القيم والأصول الدينية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية في صورة قواعد قانونية تسمو وتعلو على القواعد العادية بهدف توفير حماية فعالة تضمن عدم اختراقها من كل تهديد أيا كان مصدره

ثانيا-سمو قواعد النظام العام الشرعي على القوانين الوضعية بحكم مصدرية الوحي في التشريع لأهل الأرض؛ ولهذا صار من المقررات الشرعية أبدية قواعد النظام العام الشرعي؛ خلافا للفكر الغربي حيث يرتبط النظام العام بظروف المجتمع المتغيرة والمتكيفة؛ بل وحسب طبيعة نظام الحكم السائد.

ثالثا- إقرار الباحث بصعوبة تحديد ماهية فكرة النظام العام؛ نظرا لمرونتها ونسبيتها النابعة من صلتها الوثيقة بالمجتمع؛ الأمر الذي يجعلها ترجمة للتنظيم القانوني للجماعة؛ ومرد هذا الارتباط بين القانون والتنظيم الاجتماعي في اعتقاد الباحث - يرجع إلى أن مكونات النظام العام هي بالفعل مكونات الحياة الاجتماعية نفسها، ولما كان القانون هو الذي ينظم سلوك الأفراد في المجتمع، وكان المجتمع بذاته متطورا، كان طبيعيا أن يكون مدلول النظام العام مدلولا مرنا تبعا لتطور فكرة القانون نفسها. ولهذا فان خاصية تطور النظام العام وقابليتها للتكيف مع المجتمع والقانون؛ تضفي عليها صعوبة، يستعصي معها وضع تعريف محدد وجامع أو حتى مستقر وثابت.

ولهذا السبب لم يأت الفقه ولا القضاء ولا المشرع بتعريف يروي غليلا ويشفي عليلا؛ لماهية هذه الفكرة؛ وإنما اكتفوا بتوصيف مضمونه؛ على أنه مجموعة القواعد القانونية السامية؛ والتي تنتظم أسس الجماعة الجوهرية و مصالح المجتمع العليا؛ وتحديد لوظيفتها ومقاصدها في كونها أداة للدولة لحفظ قيمها الإيديولوجية والفلسفية ؛ ومن ثم أدائما الارتكازية لتقييد ومنع الإرادة والحرية من مخالفة فلسفة الدولة ونظامها السياسي والاقتصادي والاجتماعي والخلقي، وهو المعين المقابل لأحكام الواجب والحرام في الشريعة الإسلامية.

رابعا- في تقييم الباحث لمحاولات الفقه في تحديد مضمون الدفع بالنظام العام يلاحظ أن هناك بعض المحاولات الفقهية الجادة التي يجب الإشادة بها والتي ساهمت في تشكيل جوهرها؛ وبيان أدوراها، وتحليل مظاهره وعناصره.

خامسا- رغم اختلاف الفقه في تحديد ماهية الدفع بالنظام العام إلا أنه يجب الاعتراف بأن جميع الفقهاء مقرون بأهمية هذا النوع من الدفوع وبدورها المحوري والجوهري في المنازعات القضائية، و

اعتبارها صمام الأمان الذي يحفظ المصالح العليا للدولة وكيانها؛ مما قد يتهدد أسسها وقيمها ومصالحها الضرورية.

سادسا- تظهر فكرة النظام العام كفكرة مؤطرة لتدخل النيابة العامة في المنازعات القضائية بقصد التنظيم وتحقيق التوازن بين المصالح الخاصة والمصالح العامة في المنازعات القضائية؛ كما تعد أيضا مصدرا لكثير من القيود الواردة على السلطة التقديرية للقضاة بمناسبة ممارسة أعمالهم القضائية؛ مما يجعلها بحق فكرة وثيقة الصلة بفكرة المصالح الجماعية والعامة للمجتمع.

ومع هذه الوظيفة السامية في حفظ قيم المجتمع ودفع حركة أفراده نحو تحقيق أهدافه تكون فكرة النظام العام من أدق الأفكار القانونية من حيث نطاقها وطبيعتها التي لا يساهم فيها رجل القانون وحده في تحديد كنهها وتأطير مضمونها؛ بل يشاركه فيها صائغو ضمير الأمة ومفكروها كل في مجال تخصصه؛ كونها ذات مفهوم قانوني متغير؛ إذ أن المشرع عندما يستعملها ليس للدلالة على مقصد واحد، بل إن معناها يختلف من قانون الآخر، وهي توجد في القانون الخاص كما توجد في القانون العام بل يمكن أن توجد لها تطبيقات حتى في الشريعة الإسلامية الغراء.

إلا أنه رغم هذه الأهمية يلاحظ أن المشرع الجزائري - ورغم كثرة النصوص القانونية التي تتحدث عن حفظ النظام العام على غرار غيره من المشرعين لم يحدد مدلولها، وترك ذلك للفقه والقضاء. وذلك لأنها -في نظره - فكرة تأبي أن يكون التعريف والتحديد أحد خصائصها لمرونتها ونسبيتها، وهو ما يستوجب على الباحثين والفقهاء تحديد ماهيتها إذ بقدر ما يتم تحديد هذه الفكرة بقدر ما نساهم في تحديد ماهية الدفوع القضائية المتعلقة بها.

سابعا- بناء على ما تم تقريره أعلاه من كون الدفوع القضائية المتعلقة بالنظام العام في المنازعات القضائية وحاجتها إلى التنظيم؛ بحيث صارت ملامحها تتحدد في إطار فكرة النظام العام ذاتها، فإن النتيجة الأهم هي أن فكرة النظام العام نفسها يتحدد مضمونها نسبيا لا يتقيد إلا بحدود النظام القانوني للمصالح العامة للدولة والمجتمع؛ ولذلك يجب أن لا يفهم النظام العام كمناهض للمصالح الخاصة للأفراد بل ضامنا لممارستها.

ونتيجة لذلك، لا يكون تقدير إجراء قضائي ما مؤسسا على جدواه للنظام العام فحسب، وإنما يجب أن يكون موضع الاعتبار أيضا مدى الأذى الذي يحدثه هذا الإجراء للمصالح الخاصة للأفراد، إذ لا يجوز للجهات القضائية أن تغفل أبدا أن النظام العام لا يتحقق إلا بتحقق وضمان حماية مجموع المصالح الخاصة، غير أن تحقيق هذا التوازن ليس على إطلاقه؛ لكونه مرتبط كثيرا بالظروف الزمنية والمكانية؛ ومن ثم تكون الأولوية للنظام العام على حساب المصالح الخاصة في ظل الظروف الاستثنائية؛ وذلك بخلاف الظروف العادية.

ثامنا- مما يمكن تسجيله بخصوص العلاقة بين النظام العام والدفوع القضائية كنتيجة لما تقرر أعلاه، هو تأكيد اعتبار فكرة النظام العام هي محرك الدفوع القضائية المرتبطة بها، كما أن فكرة النظام العام هي مصدر هذه الدفوع في المنازعات القضائية.

ومن هنا، يجب على الجهات القضائية في أي دولة أن تحافظ على هذه العلاقة بينهما من حيث كونهما وجهين لعملة واحدة يستحيل الفصل بينهما؛ فالنظام العام شرط كامن في الدفوع القضائية المرتبطة به، متعين الوجود لأجل ممارستها كونه ليس سوى تنظيما لحركة ونشاط الإرادات الفردية داخل الجماعة دون تعارض بينها، فهي ليست إلا أداة لتنظيم الممارسة الحقوقية بما يحقق التوازن في التمتع بكامل الحريات بالمساواة في إطار كليات الجماعة وأصولها الفلسفية.

تاسعا- توصي الدراسة بضرورة منح القاضي سلطة إثارة الدفع بعدم دستورية القوانين الاتفاقيات الدولية والتنظيمات تماشيا مع التشريعات الدولية المقارنة خدمة للصالح العام والخاص، وتجسيدا لبناء منظومة قانونية متكاملة متطورة ودستورية.

وفي نهاية هذه الدراسة لا يسع الباحث إلا أن يحمد الله عز وجل على ما أنعم به وتفضل؛ ثم الشكر من بعده موفور إلى فضيلة أستاذنا الدكتور فرعون محمد الذي تابع هذا العمل؛ فكان بحق نعم المرشد.

قائمـــــــــة المـــــــــــــــراجـــــع:

أولا- معاجم اللغة العربية:

1) ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثامن، باب النون، الدار الحديث، القاهرة، 2002.

2) أبو الحسن علي الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، الباب 20، حققه الدكتور أحمد عبد السلام، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2006.

3) أحمد بن محمد علي المقري الفيومي الرافعي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المطبعة الأميرية، القاهرة، الطبعة الرابعة، 1921.

4) محمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس، بني غازي، ليبيا، دون سنة طبع.

ثانيا- مراجع الفقه الاسلامي:

5) إبراهيم علي أحمد محمد، فقه الأمن والمخابرات في الإسلام؛ جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية؛ الرياض؛ 2006.

6) إبراهيم موسى الشاطبي، الموافقات، الجزء 3، تحقيق مشهور حسن آل سلمان، دار عقان، القاهرة، الطبعة الأولى، 1421ه.

7) إبرهيم مصطفى، فلسفة التشريع؛ دار الرسالة، بغداد، العراق، 1979.

8) ابن القيم: شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين؛ دار الجيل؛ بيروت؛ طبعة 1973.

9) ابن رشد القرطبي: أبي الوليد محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد؛ ج2، دار الكتب؛ دون تاريخ نشر.

10) ابن عابدين، محمد علاء الدين أفندي، قرة عيون الأخيار تكملة حاشية ابن عابدين، دار عالم الكتب، طبعة خاصة، 1423 هـ - 2003م.

11) ابن عاشور الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق محمد الطاهر الميساوي، البصائر للإنتاج الإعلامي، ط1، 1998.

12) أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة الجزء الأول والثاني؛ طبعة دار الفكر 1351ه.

13) أبو الأعلى على المودودي، المصطلحات الأربعة في القرآن الكريم، 1941، ترجمها إلى العربية الأستاذ محمد كاظم سباق، 1955 .

14) أبو حامد الغزالي، إحياء علوم الدين؛ دار القلم؛ بيروت؛ لبنان، دون تاريخ نشر ولا طبع.

15) أبو زهرة محمد، علم أصول الفقه؛ دار الفكر العربي؛ بيروت؛ لبنان، دون تاريخ نشر ولا طبع.

16) أبو زيد مصطفى فهمي، فن الحكم في الإسلام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003.

17) أبو طالب صوفي، تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية، دار النهضة العربية؛ ط4، سنة 2005.

18) أبي عبد الله محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، الجامع الصحيح؛ مطبعة البابي الحلبي؛ مصر؛ ط1؛ سنة 1382ه.

19) أحمد حمد، الضمانات الفردية في الشريعة الإسلامية، دار القلم الكويت، سنة 1401ه- 1981م.

20) أحمد محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دمشق؛ دار القلم؛ سنة 1989.

21) إمام محمد كمال الدين، أصول الحسبة في الإسلام؛ دراسة تأصيلية - دراسة مقارنة- ، طبعة 1986.

22) الآمدي سيف الدين، الأحكام في أصول الأحكام؛ دار المعارف مصر؛ سنة 1914م.

23) أنس جعفر قاسم، ولاية المظالم في الإسلام، دار النهضة العربية؛ القاهرة؛ دون تاريخ نشر.

24) البوطي: محمد سعيد رمضان، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية؛ مكتبة الرحاب الجزائر ط2 سنة 1973م.

25) حامد يوسف العالم، المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، العهد العالمي للفكر الإسلامي، دار الأمان، الرباط، ط2، 1993.

26) حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب المحامي فهمي الحسيني، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة، 1423 هـ - 2003، 211/4.

27) زيدان عبد الكريم، نظرات في الشريعة الإسلامية؛ مؤسسة الرسالة، ط1، سنة 2000.

28) زين العابدين إبن إبراهيم إبن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة؛ مطبعة الحلبي؛ سنة 1387ه

29) سامي صالح الوكيل، السيادة وثبات الأحكام في النظرية السياسية الإسلامية؛ الناشر مركز بحوث الدراسات الإسلامية؛ مكة المكرمة؛ طبعة 1991.

30) الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، دار التراث، القاهرة .

31) الشيخ إبراهيم بك، الالتزامات في الشرع الإسلامي؛ الناشر دار البصائر؛ دون تاريخ نشر.

32) ظافر القاسمي، نظام الحكم في الشريعة و التاريخ الإسلامي (الحياة الدستورية) ؛ دار النفائس، ط1 سنة 1978.

33) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المكتبة السلفية، المدينة المنورة، السعودية ، الطبعة الثالثة، 1967م.

34) عبد المتعال الصعيدي، القضايا الكبرى في الإسلام؛ دار شريفة للتوزيع، الجزائر؛ 1991.

35) عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، دار الكلمة، المنصورة، مصر ، الطبعة العاشرة، 1422 هـ.

36) علي قراعة، الأصول القضائية في المرافعات الشرعية،مطبعة النهضة، مصر، ط2، 1344 هـ -1925م.

37) عماد الدين خليل، مدخل إلى التاريخ الإسلامي الدار العربية للعلوم المغرب ؛ ط 1، سنة 2005.

38) عمار طالبي، ابن باديس حياته وآثاره، دار المغرب الإسلامي، لبنان ، ط2، 1983.

39) الغزالي أبو حامد، المستصفى من علم الأصول، ج1، المطبعة الأميرية، القاهرة، 1937.

40) فهد بن عبد العزيز اليحيى، ملخص بحث الدفوع في نظام المرافعات الشرعية (دراسة مقارنة)، بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير، سلسلة ملخصات الأبحاث القضائية، مكتبة المعهد

العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، العدد التاسع، 1436 هـ.
41) القاسم أبو عبيد، الأموال؛ تحقيق محمد خليل هراس؛ دار الفكر؛ بيروت؛ طبعة 1988.
42) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، 1998.
43) محمد المبارك، الدولة ونظام الحسبة عند ابن تيمية دار الفكر، دون تاريخ نشر ولا طبع.
44) محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح؛ تحقيق مصطفى البغا ؛ دار الهدي؛ عين مليلة؛ ط4 ؛ سنة 1994.
45) محمد حسين هيكل، الصديق أبو بكر، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1964.
46) محمد حسين هيكل، الفاروق عمر، الجزء الأول، دار المعارف بمصر، 1977.
47) محمد صلاح عبد البديع السيد، الأصول الإسلامية للقانون الإداري المعاصر؛ دار النهضة العربية؛ 1999.
48) محمد عبد الله الغبان، فتنة مقتل عثمان؛ مكتبة العبيكان الرياض؛ ط 1، سنة 1999.
49) محمد عمارة، الإسلام وحقوق الإنسان، ضرورات لا حقوق، دار الشروق، مصر، 2015.
50) محمد محمد المدني، اجتهادات الفاروق عمر ؛ دار النفائس؛ بيروت؛ سنة 1990.
51) مصطفى كمال، النظام الدستوري في الإسلام مقارنا بالنظم المعاصرة الناشر مكتبة وهبة ؛ القاهرة ؛ ط2 دون سنة نشر.
52) النسائي، أبو عبد الرحمن بن شعيب، السنن الكبرى، تحقيق عبد القادر البنداري وسيد كسروي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1411 هـ - 1991 م.
53) يعقوب بن إبراهيم أبو يوسف، الخراج ؛ دار المعرفة ؛ بيروت، لبنان، 1979م.

ثالثا- المراجع القانونية العامة:

54) أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الأول، الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال وبعض الجرائم الخاصة -لاسيما تبييض الأموال وجرائم المخدرات، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر ، الطبعة الثانية عشر، 2010.
55) أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة عشر ، 2013.
56) أحمد أبو الروس، أساليب ارتكاب الجرائم وطرق البحث فيها، دار المطبوعات الجامعية. الإسكندرية، 1990.
57) أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، بمقتضى القانون رقم 13 لسنة 1968 وقانون الإثباث رقم 35 لسنة 1968، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2015.
58) أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2015 .
59) أحمد بلقاسم، القانون الدولي، المفهوم والمصادر، دار هومة، الجزائر، الطبعة 2، 2006.

60) أحمد رشيدي، حقوق الإنسان (دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق)، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2003.
61) أحمد عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع ،أسباب كسب الملكية ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1967 .

62) أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، المجلد الثالث، الأوصاف-الحوالة-الانقضاء، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1958 .

63) أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المجموعة الثانية، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.
64) أحمد عبد الكريم أبو شنب، شرح قانون العمل وفقا لأحدث التعديلات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، المكان، عمان، الأردن، الطبعة الثانية، 2006.

65) أحمد عبد الكريم سلامة، أصول المرافعات المدنية الدولية، المكتبة العالمية، المنصورة، مصر، 1984.

66) أحمد عوض بلال، الجرائم المادية والمسئولية الجنائية بدون خطأ ، دار النهضة العربية ،مصر، 1993.

67) أحمد فتحي سرور. أصول السياسة الجنائية. دار النّهضة العربية،القاهرة، مصر، 1972.

68) أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، القاهرة، الطبعة 4، 2006.

69) أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري،الشرعية الدستورية في قانون العقوبات، الشرعية الدستورية في قانون الإجراءات الجنائية، دار الشروق، القاهرة، مصر، الطبعة 2، 2002.
70) أحمد محمد الهواري، الوجيز في القانون الدولي الخاص الإماراتي، إثراء للنشر والتوزيع ، عمان، الأردن، ط1، 2008.

71) أحمد محمد قائد مقبل، المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي- دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2005.

72) أحمد محمود خلف، الصلح وأثره في انقضاء الدعوى الجنائية وأحوال بطلانه، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008.
73) أحمد مسلم، القانون الدولي الخاص المقارن موجز القانون الدولي الخاص المقارن (في مصر ولبنان): الجنسية والموطن - مركز الأجانب - تنازع القوانين، دار النهضة العربية، مصر، 1966.
74) أحمد مليجي، التعليق على قانون المرافعات بآراء الفقه والصيغ القانونية و أحكام النقض، الجزء الأول، بدون طبعة و لا دار نشر.

75) أحمد مليجي، ركود الخصومة المدنية ، بسبب الشطب أو الوقف أو الانقطاع وفقا لقانون المرافعات وآراء الفقه وأحكام المحاكم، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، بدون سنة نشر.

76) إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا الحق و القانون و تطبيقاتها في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1993.

77) أسعد دياب، ضمان عيوب المبيع الخفية، دراسة مقارنة بين القانون اللبناني والشريعة الإسلامية والقوانين الحديثة العربية والأوروبية، الطبعة الثالثة، دار اقرأ، لبنان، 1983.

78) إسماعيل عبد النبي شاهين، أحكام المطالبات المدنيين المتضامنين بالدين في القانون المدني، دراسة مقاربة بالفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2006.

79) أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، الطبعة الثامنة، دار هومة، الجزائر، 2006.

80) أمين رضا رشيد دواس، تنازع القوانين في فلسطين، دراسة مقارنة، دار الشروق للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2001، ص 230.

81) أنس قاسم جعفر، الوسيط في القانون العام، ج1، دار النهضة، القاهرة، 1995م.

82) أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة السادسة، 2012.

83) بخيت محمد بخيت علي، الغرامة التهديدية أمام القضاء المدني- الجوانب الموضوعية والإجرائية، دراسة تحليلية مقارنة في فكرة الحكم التهديدي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008.

84) بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الأولى، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009 .

85) بغدادي جيلالي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للاتصال الإشهار، 1996.

86) بلال أمين زين الدين، دعوى الإلغاء في قضاء مجلس الدولة –دراسة مقارنة-، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2010.

87) بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1984.

88) بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 2006.

89) بوضياف عمار، الوجيز في القانون الاداري، دار ريحانة، الجزائر، دون تاريخ للنشر والطبع.

90) توفيق حسن فرج، مذكرات في قانون الإثبات، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، 1969.

91) توفيق شحاتة، مبادئ القانون الإداري، الجزء الأول، دار النشر للجامعات المصرية، مصر، الطبعة الأولى، 1954-1955.

92) ثروت أنيس الاسيوطي، نشأة المذاهب الفلسفية وتطورها، دراسة في سوسيولوجيا الفكر القانوني، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصاد، كلية الحقوق، بجامعة عين شمس، العدد الأول، السنة الثامنة، مطبعة جامعة عين شمس، مصر، 1966.

93) جلال ثروت ؛ محمد زكي أبو عامر، الإجرام وعلم العقاب، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1983.

94) جلال ثروت، أصول المحاكمات الجزائية، الدار الجامعية للنشر، بيروت، لبنان، 1991.

95) جلال علي العدوي، أصول أحكام الالتزام و الإثبات، منشأة المعارف،الإسكندرية، مصر، 1996.

96) جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005.

97) جندي عبد المالك، الموسوعة الجنائية، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1941.
98) حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.

99) حسن علام، قانون الإجراءات الجنائية مع تعليق فقهي تحليلي للنصوص وقضاء النقض والتعليمات العامّة للنيابات، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1982.
100) حسن كيرة، أصول القانون، دار المعارف، مصر، الطبعة الثانية، 1959-1960.
101) حسن كيرة، المدخل إلى القانون، القانون بوجه عام، النظرية العامة للقانون، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، بدون سنة نشر.

102) حسني محمود عبد الدايم، التقادم وإسقاطه للحقوق، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري،دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2009.

103) حسين الماحي، المسؤولية الناشئة عن المنتجات المعيبة في ضوء التوجيه الأوروبي الصادر 02 يوليو1985، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
104) حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص المصري، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، دون دار نشر.
105) حورية توفيق مجاهد، الفكر السياسي من أفلاطون إلى محمد عبده، المكتبة الأنجلومصرية، مصر، 1986.

106) خلوفي رشيد، القضاء الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002 .

107) دليلة جلول، الوساطة القضائية في القضايا المدنية والإدارية، دار الهدى، عين مليلة ، الجزائر،2012 .
108) دينس لويد، فكرة القانون، تعريب المحامي سليم الصويص، مراجعة سليم بسيسو، عالم المعرفة، الكويت، 1981.

109) رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1995.
110) رؤوف عبيد، المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية؛ مطبعة مصر؛ مصر، 1963.
111) زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، تنازع القوانين، الجزء الأول، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000.
112) ساحلي مايا، أكرون الياقوت، بوروبة سامية، قمودي سهيلة، ساسي سلمى، مزوري ياسين، تطبيق المعايير الدولية المتعلقة بحقوق الطفل في النظام القانوني الجزائري، مصلحة الطفل الفضلى، حق الطفل في النسب وآثاره، حقوق الطفل المحروم من حريته، المدرسة العليا للقضاء و معهد راؤول والينبرغ لحقوق الإنسان والقانون الإنساني، 2017 .

113) سالم محمد رديغان العزاوي، مسؤولية المنتج، في القوانين المدنية والاتفاقيات الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008 .

114) سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص: طرق حل النزاعات الدولية الخاصة- الحلول الوضعية لتنازع القوانين- الجنسية، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1995.

115) سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004.

116) سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد بنصه، وشرحه، والتعليق عليه، وتطبيقه وما إليه، الجزء الأول، دار الهدى، الجزائر، 2011.

117) سعد علي البشير، حقوق الإنسان (دراسة مقارنة بين القانون الأردني والمواثيق الدولية)، دار روائع مجدلاوي، عمان، الأردن، 2002.

118) سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المضمون الواسع المتعدد الموضوعات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2009.

119) سلطان عبد القادر الشاوي و محمد عبد الله الوريكات، المبادئ العامة في قانون العقوبات، دار وائل للنشر، عمان ، الأردن، الطبعة الأولى، 2001.

120) سليمان الطماوي، القضاء الإداري؛ قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي؛ القاهرة، مصر، 1976م.

121) سليمان بارش، شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائري، الجزء الأول، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2006.

122) سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، القسم الأول، الأحكام العامة، المنشورات الحقوقية، بيروت 1992.

123) سليمان مرقس، مدخل للعلوم القانونية، دار النشر للجامعات المصرية، مصر، الطبعة الثانية، 1952.

124) سمير الشناوي، الشروع في الجريمة ،دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، مطبوعات دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.

125) سمير عالية والمحامي هيثم سمير عالية، الوسيط في شرح قانون العقوبات، القسم العام، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1431 هـ - 2010م.

126) سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1974.

127) سيد محمود رمضان، الوسيط في شرح قانون العمل، دراسة مقارنة مع التطبيقات القضائية لمحكمتي التمييز والنقض، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2004.

128) شمس الدين الوكيل، دراسة مقارنة في إثبات القانون الأجنبي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1964.

129) صباح مصباح محمود السليمان، قانون الاختصاص في أصول المحاكمات الجزائية، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2004.

130) صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص - الجنسية وتنازع القوانين- دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، مصر، ط1، 2008.

131) صلاح الدين جمال الدين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الثالثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007.

132) صلاح الدين عامر، القانون الدولي الجديد للبحار، دراسة لأهم أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار 1982، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989.

133) صلاح الدين فوزي، القانون الإداري، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، 1993.

134) طاهري حسين، علاقة النيابة العامة بالضبط القضائي، دراسة مقارنة، دار الهدى ، عين مليلة- الجزائر، بدون سنة نشر.

135) طلعت محمد دويدار، التعليق على نصوص قانون الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1994.

136) عادل جبري محمد حبيب، المفهوم القانوني لرابطة السببية و انعكاساته في توزيع عبء المسؤولية المدنية-دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2003.

137) عامر قاسم احمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك- دراسة مقارنة في القانون المدني والمقارن، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002.

138) عباد قادة، دليل القاضي والمتقاضي في التشريع الجزائي الجزائري، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر، سيدي بلعباس، الجزائر، الطبعة الأولى، 2016.

139) عبد الحميد الشواربي، القرائن القانونية والقضائية في المواد المدنية والجنائية والأحوال الشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون رقم طبعة، 2003.

140) عبد الحميد الشواربي، شرح قانون العقوبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1991.

141) عبد الحميد الشورابي و عاطف الشواربي و عمرو الشواربي، البطلان المدني الاجرائي والموضوعي(البطلان في قانون المرافعات- الجزاء الإجرائي- أحكام البطلان - حالات البطلان- البطلان في القانون المدني -نظرية البطلان- تطبيقات البطلان)، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2010.

142) عبد الحميد الشورابي، الجرائم المالية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1986.

143) عبد الحميد زروال، المسائل الفرعية أمام المحاكم الجزائية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.

144) عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والأنظمة السياسية؛ منشأة المعارف الإسكندرية؛ ط3، 1964م.

145) عبد الرحمان بن نصر بن عبد الله الشيرازي، نهاية الرتبة في طلب الحسبة، حققه ونشره الدكتور الباز العرين، القاهرة، مصر،1947.

146) عبد الرحمان خلفي، القانون الجنائي العام، دراسة مقارنة، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2016.

147) عبد الرحمان علي حمزة، مضار الجوار غير المألوفة والمسؤولية عنها ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار النهضة العربية ، القاهرة، مصر، 2006 .

148) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، نقابة المحامين، مصر، 2007.

149) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط3، 2009.

150) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط 3، سنة 2002.

151) عبد العزيز الجوهري، القضاء الإداري - دراسة مقارنة - دعوى الإلغاء والتعويض، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983.

152) عبد العظيم عبد السلام، الدور التشريعي لرئيس الجمهورية في النظام المختلط (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية ،الإسكندرية، الطبعة الأولى، 1996.

153) عبد العظيم مرسي وزير، افتراض الخطأ كأساس للمسؤولية الجنائية، دار النهضة العربية، بيروت، 1988.

154) عبد القادر عودة، التشريع الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، الجزء الأول، القسم الأول، مكتبة دار العروبة، القاهرة، مصر، الطبعة الثانية، 1378 ه-1959م.

155) عبد الله أوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، التحري والتحقيق، دار هومة، الجزائر، 2003.

156) عبد الله طلبة، القانون الإداري، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة، دمشق، سوريا، 1979.

157) عبد الله أوهايبية، ضمانات الحرية الشخصية أثناء مرحلة البحث التمهيدي-الاستدلال- الطبعة الأولى،الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2004.

158) عبد المنعم البدراوي، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للالتزام والنظرية العامة للحق، دار النهضة العربية، 1966.

159) عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، لبنان، ط1، 2008.

160) العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الواقعة القانونية(الفعل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، والقانون)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1995.

161) العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني –العقد والإرادة المنفردة- ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1995.

162) عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط 6، 1969.

163) عز الين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، ط 9، 1986.

164) عز الدين الديناصوري ، عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه و القضاء، الطبعة السابعة ،المكتب الجامعي الحديث.الإسكندرية، 2002.

165) عصام سليم أنور، المدخل للعلوم القانونية في القانونين اللبناني والمصري، ج 01، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1997.

166) عصام عفيفي عبد البصير، مبدأ الشرعية الجنائية: دراسة مقارنة في القانون الوضعي و الفقه الجنائي الإسلامي، دار الفكر الجامعي، مصر، 2004.

167) عكاشة عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ط1، 2007.

168) علي أبو عطية هيكل، التنفيذ الجبري في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2008.

169) علي راشد، القانون الجنائي، المدخل وأصول النظرية، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الثانية، 1974.

170) علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط5، 2008.

171) علي علي سليمان، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.

172) علي فيلالي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، الطبعة الثانية، موفم للنشر، الجزائر، 2010.

173) علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، كليك للنشر و التوزيع، الجزائر، 2001.

174) علي فيلالي، نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر، 2011.

175) علي محمد المبيضين، الصلح الجنائي وأثره في الدعوى العامة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 1431هـ-2010م.

176) عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني (النشاط الإداري)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002.

177) عمارة بلغيت، الوجيز في الإجراءات المدنية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.

178) عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004.

179) عمر زودة، الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء و أحكام القضاء *édition communication, Encyclopedia*، بن عكنون، الجزائر، بدون سنة نشر.

180) عمور سيلامي، الضبط الإداري البلدي في الجزائر، مذكرة ماجستير، الإدارية والمالية معهد العلوم القانونية والإدارية – بن عكنون جامعة الجزائر ، 1988 .

181) عين شمس الدين بن مفلح، كتاب الآداب الشرعية، المكتبة العصرية للطباعة والنشر، بيروت 1973، ج 2، ص 17.

182) فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، منشورات أمين، الجزائر، 2009.

183) فؤاد رزق، الأحكام الجزائية العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.

184) قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007 .

185) قروف جمال، الرقابة القضائية على أعمال الضبط الإداري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر.

186) كامل السعيد، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة في القوانين الأردنية والمصرية والسورية وغيرها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005.

187) لحسين بن شيخ آث ملويا، دروس في القانون الجزائي العام، النظرية العامة للجريمة،العقوبات وتدابير الأمن، أعمال تطبيقية وإرشادات عملية، ملحق القانون العرفي لقرية تاسلنت(منطقة آقبو)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2014.

188) ليلى قايد، الصلح في جرائم الاعتداء على الأفراد، فلسفته وصوره وتطبيقه في القانون الجنائي المقارن، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011م.

189) ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1996.

190) مارسو لونغ، بروسييرفيل، غي بريبان، بيار دلقولقيه، برونو جينقوا، القرارات الكبرى في القضاء الإداري، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت، لبنان، 2009.

191) محسن عبد الحميد، أفكرين، النظرية العامة للمسؤولية الدولة عن النتائج الضارة عن أفعال لا يحظرها القانون الدولي دار النهضة العربية، القاهرة 1999.

192) محفوظ لعشب، المسؤولية في القانون الإداري ؛ ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.

193) محمد المبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي، منشورات الجامعة المفتوحة، ليبيا، 1994.

194) محمد بن أبي بكر عيد القادر الرازي، مختار الصحاح ،دار الكتاب العربي،بيروت-لبنان، 1981.

195) محمد حسن دخيل، الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.

196) محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.

197) محمد حكيم حسين الحكيم، النظرية العامة للصلح وتطبيقاتها في المواد الجنائية، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009.

198) محمد حكيم حسين الحكيم، النظرية العامة للصلح وتطبيقاتها في المواد الجنائية، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009.

199) محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، القسم العام، الإسكندرية، 1992.

200) محمد زكي ابو عامر، قانون العقوبات، القسم العام، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، الطبعة الأولى 1986.

201) محمد سعد فودة، النظرية العامة للعقوبات الإدارية، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.

202) محمد سعد فودة، النظرية العامة للعقوبات الإدارية، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.

203) محمد سعيد جعفور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومه، الجزائر، 2002.

204) محمد سعيد نمور، أصول الإجراءات الجزائية، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، 2005.

205) محمد صبري سعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الأولى، 1979 .

206) محمد علي سالم الحلبي، الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1430 هـ -2009 م، الإصدار الثاني، 2009.

207) محمد عيد الغريب، المركز القانون للنيابة العامة، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1979.

208) محمد عيد الغريب، قضاء الإحالة بين النظرية والتطبيق(دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، مصر، 1987.

209) محمد عيد الغريب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، مصر، 1997.

210) محمد فتحي شحتة إبراهيم ذياب، المسؤولية الجنائية لمشيدي البناء، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2015.

211) محمد فؤاد رشاد، قواعد تفسير المعاهدات في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007.

212) محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري، مؤسسة شباب الجامعة، القاهرة، مصر، 1973.

213) محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدني في ضوء الفقه و القضاء، مصادر الالتزام، مكتبة وهبة للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، 2003.

214) محمد نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، دار النقري للطباعة، بيروت، الطبعة الثانية، 1975.

215) محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي)، مدار الثقافة للتوزيع والنشر، عمان، الأردن، ط1، 2009.

216) محمد يوسف علام، الدفع بالجهل أو عدم العلم وأثره في الخصومات القضائية المختلفة، دراسة تحليلية في ضوء القواعد الشرعية والفقه والسوابق القضائية،المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة،الطبعة الأولى، 2014.

217) محمود جلال حمزة، المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، بدون سنة نشر.

218) محمود جمال الدين زكي، دروس في مقدمة الدراسات القانونية، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، مصر، الطبعة الثانية، 1969.

219) محمود داوود يعقوب، المسؤولية الجزائية في القانون الجنائي الاقتصادي، صفحات للدراسات والنشر، دمشق، سورية، الطبعة الأولى، 2001.

220) محمود سامي جمال الدين، القضاء الإداري، المنازعات والدعوى الإدارية، ولاية القضاء الإداري-دعوى الإلغاء-دعاوى التسوية-دعوى التعويض، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008.

221) محمود سيد التحيوي، الصفة غير العادية و آثارها في رفع الدعاوى القضائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002.

222) محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، الطبعة العاشرة، 1983.

223) محمود مصطفى، الحماية القانونية للمتهم في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 1434هـ-2013م.

224) محمود نجيب حسني، الدستور والقانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1992.

225) محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة ، الطبعة 3، 1998.

226) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام. دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1984.

227) مزهر جعفر، جريمة الامتناع، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1999.

228) مصطفى العوجى، القانون الجنائي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2006.

229) مصطفى اليحياوي، المحاولة الإجرامية، دراسة مقارنة على ضوء القانون وفقه القضاء، أوروبيس للطباعة، تونس 1998.

230) مفلح عواد القضاه، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2004.

231) ممدوح عبد الكريم عرموش، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين (الاختصاص القضائي الدولي- تنفيذ الأحكام الأجنبية)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005.

232) منى محمد بلو حسين الحمداني، الصفة في قانون العقوبات، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، مصر، 2015/2014 .
233) مولود ديدان، مباحث في القانون الدستوري والنظم السياسية، دار النجاح للكتاب، الجزائر، 2005.
234) ناصر لباد، القانون الإداري - الجزء الأول - التنظيم الإداري، مطبعة لباد، ط2، 2001.
235) نبيل إبراهيم سعد، أحكام الالتزام والإثبات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011.
236) نبيل إسماعيل عمر، قانون أصول المحاكمات المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2008.
237) نعيم عطية، في النظرية العامة للحريات الفردية، الدار القومية للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، 1965.
238) هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2008.
239) هشام علي صادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1999.
240) يحي الجمل، نظرية الضرورة في القانون الدستوري و بعض تطبيقاتها المعاصرة، دار النهضة العربية، مصر، ط2، سنة 1994.
241) يوسف دلاندة، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، دار هومة، الجزائر، 2009.

رابعا- المراجع القانونية المتخصصة:

242) بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص(دراسة مقارنة)، بحث لنيل دبلوم الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1986.
243) عبد الحميد الشواربي، شريف جاد الله، شائبة عدم دستورية ومشروعية قراري إعلان ومد حالة الطوارئ والأوامر العسكرية، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 2000، ص 76.
244) عيد أحمد الغفلول، فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004.
245) عيد الغريب، النظام العام في العقود المدنية، ومدى الحماية التي يكفلها له القانون الجنائي، دار النهضة العربية، مصر، 2005

خامسا: الرسائل والمذكرات الجامعية.

1-رسائل الدكتوراه:

246) أحمد جلال حماد، حرية الرأي في الميدان السياسي في ظل مبدأ المشروعية - بحث مقارن في الديمقراطية الغربية والإسلام، رسالة دكتوراه، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، بدون تاريخ الطبع والنشر.

247) أحمد ياسين القراله، النظرية العامة للنظام العام وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي، أطروحة الاستكمال متطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في الفقه وأصوله ، بكلية الدراسات العليا من الجامعة الأردنية، غير منشورة، عمان، الأردن، 1999م.

248) الأخضر بو كحيل، الحبس الاحتياطي في التشريع الجزائري المقارن ,رسالة دكتوراه , جامعة القاهرة.

249) إيهاب طارق عبد العظيم، علاقة الفرد بالسلطة في ظل الظروف الاستثنائية - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه؛ جامعة الزقازيق، مصر، 2003.

250) بدران مراد، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية - دراسة مقارنة بين الجزائر وفرنسا؛ رسالة دكتوراه، جامعة الجيلالي اليابس؛ سيدي بلعباس، الجزائر، 2004-2005.

251) بن طيفور نصر الدين، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية الجزائري والضمانات الدستورية للحقوق والحريات العامة – دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه، جامعة الجيلالي اليابس؛ سيدي بلعباس، الجزائر، 2002-2003.

252) بن فاطمة بوبكر، مساهمة اتفاقية التنوع البيولوجي لعام 1992 في حماية الموارد الحية في البحر الأبيض المتوسط، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي ليابس، سيدي بلعباس،السنة الجامعية 2015-2016.

253) حقي إسماعيل بربوتي، الرقابة على أعمال السلطة القائمة على حالة الطوارئ - دراسة مقارنة؛ رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة عين شمس؛ مصر، 1981.

254) حلمي خير الحريري؛ وظيفة البوليس في النظم الديمقراطية؛ رسالة دكتوراه؛ أكاديمية الشرطة؛ القاهرة، مصر، 1989.

255) رائد علي محمد الكردي، الدفوع الشكلية بين الشريعة وقانون أصول المحاكمات المدنية، أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، الأردن، 2006.

256) زرارة عواطف، مسؤولية مالك العقار عن مضار الجوار غير المألوفة في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه في العلوم القانونية، تخصص قانون عقاري ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق ، جامعة الحاج لخضر ، باتنة ، السنة الجامعية 2012-2013 .

257) زكية الصافي، علاقات الجوار، أطروحة دكتوراه دولة عملية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس - 2000 - 2001 .

258) سعد ماضي السيد، الضبط الإداري وهيئاته، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 1992.

259) شريط الأمين، خصائص التطور الدستوري في الجزائر، رسالة دكتوراه؛ جامعة قسنطينة؛ الجزائر، 1991.

260) عبد الحميد عثمان محمد، المسؤولية المدنية عن مضار المادة المشعة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه،كلية الحقوق جامعة القاهرة،1993 .

261) عبد الحميد عثمان محمد، المسؤولية المدنية عن مضار المادة المشعة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه،كلية الحقوق جامعة القاهرة،1993 .

262) عبد الوهاب محمد عبد الوهاب، المسؤولية عن الأضرار الناتجة عن تلوث البيئة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1994.

263) عماد طارق البشري، فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1426 هـ.

264) فوزي خليل، المصلحة من منظور إسلامي ويليه - تطبيقات المصلحة العامة في عصر الخلفاء الراشدين، رسالة دكتوراه، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، جامعة القاهرة، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1، 2003.

265) قوراري مجدوب، الحماية القانونية للجوار من منظور عمراني بيئي- دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2014-2015.

266) محمد أحمد فتح الباب السيد، سلطات الضبط الإداري في محال ممارسة حرية الاجتماعات العامة؛ دراسة مقارنة؛ رسالة دكتوراه؛ جامعة عين شمس؛ مصر، 1993.

267) محمد الوكيل، حالة الطوارئ وسلطات الضبط الإداري- دراسة مقارنة؛ رسالة دكتوراه، الناشر دار النهضة العربية القاهرة؛ مصر، ط1؛ 2003.

268) محمد شريف إسماعيل، سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 1979.

269) محي الدين قاسم، التقسيم الإسلامي للمعمورة؛ دراسة في نشأة وتطور الجماعة الدولية؛ سلسلة الرسائل الجامعية للمعهد العالمي للفكر الإسلامي؛ القاهرة، مصر، 1996.

270) منيب محمد ربيع، ضمانات الحرية في مواجهة سلطات الضبط الإداري، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1981.

271) واعلي جمال، الحماية القانونية للبيئة البحرية من أخطار التلوث (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2009-2010.

272) وناس يحي، الآليات القانونية لحماية البيئة في الجزائر، رسالة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان،2007 .

2- مذكرات الماجستير:

273) أحمد حداد على عافية، نظرية الظروف الاستثنائية دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و النظم الإدارية، مذكرة ماجستير، جامعة طنطا، مصر، 2001.

274) باي عمر راضية، حماية البيئة والتجارة الدولية، رسالة ماجستير، جامعة جيلا لي ليابس، سيدي بلعباس، 2008-2009 .

275) برقوق عبد العزيز، ضوابط السلطة التنفيذية في الظروف الاستثنائية في ضوء النظام القانوني الجزائري الحالي؛ مذكرة ماجستير، كلية الحقوق؛ بن عكنون، الجزائر، سنة 2002.

276) بن لغويني عبد الحميد، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات الأساسية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 2003-2004.

277) بوحرود لخضر، المنظمات الدولية غير الحكومية ؛ مسألة حقوق الإنسان في الجزائر من 92 إلى 99، مذكرة ماجستير في العلوم السياسية، جامعة الجزائر؛ سنة 2002.

278) ساكر عبد السلام، المسؤولية الجزائية عن جرائم التلوث الصناعي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2006.

279) سكينة عزوز، عملية الموازنة بين أعمال الضبط الإداري و الحريات العامة، بحث لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 1992.

280) عبد الرحمن محمود كساب، المسؤولية المدنية الناشئة عن تلوث البيئة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مؤتة، الأردن، 2006 .

281) عبد السلام النصيري، القانون الجنائي وتنظيم التعاقد في المادة الاقتصادية،مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في العلوم الجنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية،تونس، السنة الجامعية 1994 – 1995.

282) فائق حاتم لطيف، ضمانات الأفراد تجاه سلطات الضبط الإداري، مذكرة ماجستير مقدمة إلى المعهد القضائي، بغداد، العراق، 1990.

283) فريد عبد المعز فرج التزامات الجوار كقيد من القيود الواردة على حق الملكية، رسالة مذكرة ماجستير، كلية الشريعة و القانون، القاهرة، مصر، 1979.

284) فريدة تكارلي، مبدأ الحيطة في القانون الدولي، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2005.

285) فهد بن زبن نافع السلمي، الدفع بعدم قبول الدعوى في نظام المرافعات الشرعية السعودي(دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية)، بحث مقدم استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في قسم العدالة الجنائية تخصص التشريع الجنائي الإسلامي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1429 هـ - 2008 م.

286) كليوات السعيد، الضبط الإداري في الجزائر، مفهوما وممارسة، مذكرة ماجستير في العلوم السياسية، جامعة الجزائر؛ 2003/2002.

287) كمال بن عبد الله الماجري، استقلاليّة القانون الجنائي الاقتصادي، مذكرة دراسات معمّقة، تونس، 1996-1997 .

288) كيواني قديم، السلطة التنظيمية في التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2008، مذكرة ماجيستير- فرع قانون المؤسسات-،جامعة الجزائر،كلية الحقوق 1، السنة الدراسية: 2011-2012 م.

289) لقمان بامون، المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي عن جريمة تلويث البيئة، مذكرة ماجيستير، جامعة قاصدي مرباح- ورقلة- كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية: 2010-2011.

290) ليلى البلدي، القيود الواردة على حق الملكية، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، تونس، 1997 – 1998.

291) محمد البشير داعي، التكييف في المادة الجزائية، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في العلوم الجنائية. كلية الحقوق، تونس، السنة الجامعية: 1998 – 1999.

292) مدين آمال، المنشآت المصنفة لحماية البيئة- دراسة مقارنة-، شهادة ماجيستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية: 2012-2013.

293) المر سهام، التزام المنتج بالسلامة- دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق،جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية: 2008-2009.

294) مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقود، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009.

295) موفق الشرعة، المسؤولية المدنية عن تلوث البيئة ، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، الجامعة اللبنانية، بيروت، 2003 .

296) واعلي جمال، المسؤولية المدنية الناجمة عن أضرار التلوث الصناعي في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير،كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية: 2002-2003 .

سادسا-المجلات القانونية:

297) حسام الأهواني، الحماية القانونية للحياة الخاصة في مواجهة الحاسب الآلي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، عين شمس، 1990، ص19، 18.

298) حمدان بن درويش الغامدي، دور القاضي الوطني في إعمال القانون الأجنبي وإثباته، مجلة كلية الشريعة والقانون، الجزء الرابع، طنطا، مصر، العدد الخامس والثلاثون، 2020.

299) ختام عبد الحسن، موانع تطبيق القانون الأجنبي، مجلة الكلية الإسلامية الجامعية، النجف الأشرف، مجلة علمية اقتصادية محكمة، العراق، العدد، 2009.

300) رضا المزغني، السياسة التشريعية لحماية المحيط، المجلة القضائية التونسية، تونس، 1993.

301) رضا خماخم، القانون الجنائي التونسي تشريعا وفقها وقضاء، سلسلة المجلات القانونية المثراة، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، تونس، 1998.

302) رقية عواشرية، الحماية الدولية للبيئة زمن النزاعات المسلحة، مجلة الدراسات القانونية، دار القبة للنشر، والتوزيع الجزائر،2003.

303) زروتي الطيب، قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين الدولي في الجزائر بقانون 10/05، قسم الوثائق، مجلة المحكمة العليا، المحكمة العليا، الجزائر، العدد الأول، 2006.

304) زين ميلوى، التلوث البحري وأحكام المسؤولية الدولية عن الأضرار البيئية، مجلة الندوة للدراسات القانونية ، قسنطينة، العدد الأول، 2013 .

305) عزاوي عبد الرحمن، العقوبة الإدارية سبيل قانوني للحد من سلبيات الوصمة الاجتماعية للعقاب، مجلة العلوم القانونية الإدارية والسياسية، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد السادس، 2008.

306) عيساوي عز الدين، البحث عن نظام عام للنظام العام، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، 06000، بجاية، الجزائر، عدد خاص 2015.

307) الغوثي بن ملحة، حماية البيئة في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 03، جامعة الجزائر،1994.

308) محمد زكي عبد البر، مصادر الحق في الفقه الإسلامي للسنهوري تجربة حاسمة في أسلوب دراسة الفقه الإسلامي ، بحث منشور بمجلة أضواء الشريعة التي تصدرها كلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض ، السعودية ، العدد الثامن، 1397 هـ.

309) محمد صالح ملفي القضاة، أثر النظام العام في استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق (دراسة مقارنة في القانون الأردني)، مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات القانونية، المجلد 2، الأردن، الإصدار 3، 2021.

310) محمد وليد المصري، محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع، 2003.

311) يوسف جيلالي، آثار تطبيق مبدأ الاحتياط، مجلة القانون الاقتصادي والبيئة، مخبر القانون الاقتصادي والبيئة، جامعة وهران، العدد الأول، 2008.

سابعا- قائمة النصوص التشريعية والتنظيمية:

1-النصوص الأساسية:

1) **الدستور الجزائري لسنة 1996 الصادر بتاريخ 16 ديسمبر 1996، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 61، المؤرخة في 16 أكتوبر 1996، المعدل بـ:**
2) -القانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002 الجريدة الرسمية رقم 25 المؤرخة في 14 أبريل 2002.
3) -القانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 الجريدة الرسمية رقم 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008.
4) -القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 7 مارس 2016.
5) المرسوم الرئاسي رقم 20-442، المؤرخ 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق لـ 30 ديسمبر سنة 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 82، الصادرة بتاريخ 30 ديسمبر سنة 2020.

2- القوانـــين العضوية:

1) القانون العضوي رقم 22-19، ممضي في 25 يوليو 2022، يحدد إجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية، الجريدة الرسمية عدد 51 المؤرخة في 31 يوليو 2022، ص 7.
2) القانون العضوي رقم 18-16، يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، الجريدة الرسمية عدد 54 مؤرخة في 05 سبتمبر 2018، الصفحة 10.

3- القوانـــين العادية:

1) القانون رقم 78-12 االمؤرخ في أول رمضان عام 1398 الموافق ل05 غشت سنة 1978 المتضمن القانون الأساسي العام للعامل، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 32، الصادرة بتاريخ 04 رمضان عام 1398 هـ الموافق لـ 08 غشت سنة 1978م.

2) القانون رقم 79-07 المؤرخ في 26 شعبان عام 1399 الموافق لـ 21 يوليو سنة 1979، يتضمن قانون الجمارك المعدل والمتمم، السنة السادسة عشرة، العدد 30، الصادرة بتاريخ 29 شعبان عام 1399 هـ الموافق لـ 24 يوليو سنة 1979م.

3) القانون رقم 03/83 المؤرخ 23 ربيع الثاني عام 1403هـ الموافق ل05 فبراير 1983 المتعلق بحماية البيئة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 06 الصادرة بتاريخ 25 ربيع الثاني عام 1403 هـ الموافق ل 08 فيفري 1983 الملغى بمقتضى القانون10/03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة.

4) القانون رقم 17/83 المؤرخ في 05 شوال عام 1403هـ الموافق ل16 يوليو سنة 1983، المتضمن قانون المياه الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 30 الصادرة بتاريخ 08 شوال عام 1403 الموافق19 يوليو 1983، الملغى بالقانون رقم 12/05، المؤرخ في 28 جمادى الثانية عام 1426 الموافق ل 04 غشت سنة 2005.

5) القانون رقم 12/84المؤرخ في 23 رمضان عام 1404هـ الموافق ل 3 يونيو سنة 1984 المتضمن النظام العام للغابات الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد26 الصادرة بتاريخ 26 رمضان عام 1404هـ الموافق ل26 يونيو 1984، المعدل والمتمم بموجب القانون 20/91 المؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1412 هـ الموافق ل 02 ديسمبر 1991م، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 62، الصادرة بتاريخ 27 ربيع الثاني عام 1412 هـ الموافق ل04 ديسمبر سنة 1991.

6) القانون رقم 17/87 المؤرخ في أول غشت 1987 المتعلق بحماية الصحة النباتية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 32، الصادرة بتاريخ 10 ذو الحجة 1407 هـ الموافق ل05 غشت سنة 1987.

7) القانون رقم 88-07 المؤرخ في 07 جمادى الثانية عام 1408 هـ الموافق لـ 26 يناير سنة 1988 المتعلق بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 04 الصادر بتاريخ 08 جمادى الثانية عام 1408 الموافق لـ 27 يناير سنة 1988م.

8) القانون رقم 28/88 المؤرخ في 80 ذي الحجة عام 1408 الموافق ل 19 يوليو 1988، يتعلق بكيفيات ممارسة الحق النقابي، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد29 الصادرة بتاريخ 06 ذو الحجة عام 1408هـ الموافق ل20 يوليو سنة 1988، الملغى بموجب القانون 14/90 في مادته 64.

9) القانون رقم 31/88 المؤرخ في05 ذي الحجة 19 جويلية 1988 الذي أدخل تعديلات على الأمر 15/74 الصادر في 30 جانفي 1974 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض عن الأضرار، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 29، الصادرة بتاريخ 20 يوليو1988 الموافق ل06 ذو الحجة 1408 هـ.

10) القانون 02/89 المؤرخ في أول رجب عام 1409 هـ الموافق ل07 فبراير 1989يتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك الملغى بالقانون 03/09، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 06 الصادرة بتاريخ 02 رجب عام 1409 هـ الموافق لـ 08 فبراير 1989م. الملغى بموجب القانون 09-03.

11) القانون 90-11 المؤرخ في 26 رمضان عام 1410هـ الموافق لـ 21 أبريل سنة 1990 م المتعلق بعلاقات العمل، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 17 ، الصادرة بتاريخ 01 شوال عام 1410 هـ الموافق لـ 25 أبريل سنة 1990.

12) القانون 14/90 المؤرخ في 09 ذو القعدة عام 1410 هـ الموافق ل02 يونيو سنة 1990 م، المتعلق بكيفيات ممارسة الحق النقابي، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 23، الصادرة بتاريخ 13 ذو القعدة 1410 هـ الموافق ل06 يونيو 1990 م.

13) القانون رقم 90-30 المؤرخ في 14 جمادى الأولى عام 1411 الموافق لـ أول ديسمبر سنة 1990م، المتضمن قانون الأملاك الوطنية المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد رقم 52، الصادرة بتاريخ 15 جمادى الأولى عام 1411 هـ الموافق لـ 02 ديسمبر سنة 1990 م.

14) القانون رقم 90-31 مؤرخ في 17 جمادى الأولى عام 1411 الموافق لـ 4 ديسمبر سنة 1990، يتعلق بالجمعيات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، السنة السابعة والعشرون، العدد 53 الصادرة بتاريخ 18 جمادى الأولى عام 1411هـ الموافق لـ 05 ديسمبر سنة 19990م.الملغى بموجب القانون رقم 12-06 المتعلق بالجمعيات.

15) القانون رقم 98-04 المؤرخ في 20 صفر عام 1419 هـ الموافق لـ 15 يونيو سنة 1998 المتعلق بحماية التراث الثقافي، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد رقم 44 ، الصادرة بتاريخ 22 صفر عام 1419هـ.

16) القانون رقم 10/03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424هـ الموافق ل19 يوليو 2003 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 43 الصادرة بتاريخ 20 يوليو 2003م. المعدل بالقانون 06/07 المؤرخ في 13 مايو 2007 المتعلق بتسيير المساحات الخضراء وحمايتها و تنميتها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 31، الصادرة بتاريخ 25 ربيع الثاني عام 1428هـ الموافق ل13 مايو 2007.

17) القانون رقم 02/04 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق لل 23 يونيو سنة 2004، المحدد للقواعد العامة المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 41 الصادرة بتاريخ 9 جمادى الأولى عام 1425 ه الموافق ل 27 يونيو سنة 2004.

18) القانون 04-08 المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1425هـ الموافق ل14 غشت سنة 2004 يتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 52، الصادرة بتاريخ 02 رجب عام 1425هـ الموافق ل 18 غشت سنة 2004م. المعدل والمتمم.القانون رقم 05-07 المؤرخ في 19 ربيع الأول عام 1426 هـ الموافق لـ 28 أبريل سنة 2005، يتعلق بالمحروقات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 50، الصادرة بتاريخ 12 جمادى الثانية عام 1426 هـ المافق لـ 19 يوليو سنة 2005.

19) قانون رقم 05-12 مؤرخ في 28 جمادى الثانية عام 1426 الموافق 4 غشت سنة 2005، يتعلق بالمياه المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية

الشعبية ، العدد رقم 60 ، الصادر بتاريخ 30 رجب عام 1426 هـ الموافق لـ 04 سبتمبر سنة2005م.

20) القانون05/07 المؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق ل13 مايو سنة 2007، المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق ل26 سبتمبر1975 م والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 31، الصادرة بتاريخ 25 ربيع الثاني عام 1428 هـ الموافق ل13 مايو سنة 2007.

21) القانون رقم 07-06 المؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428 هـ الموافق لـ 13 مايو سنة 2007 م، المتعلق بتسيير المساحات الخضراء وحمايتها وتنميتها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد رقم 31، الصادرة بتاريخ 25 ربيع الثاني عام 1428 هـالموافق لـ 13 مايو سنة 2007م.

22) القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 21، الصادرة بتاريخ 17 ربيع الثاني عام 1429 هـ الموافق لـ 23 أبريل سنة 2008.

23) القانون رقم 08-14 المؤرخ في 17 رجب عام 1429 هـ الموافق لـ 20 يوليو سنة 2008، المعدل والمتمم للقانون رقم 90-30 المؤرخ في 14 جمادى الأولى عام 1411 هـ الموافق للأول من ديسمبر سنة 1990 والمتضمن قانون الأملاك الوطنية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد رقم 44 الصادرة بتاريخ أول شعبان عام 1429 هـ الموافق لـ 03 غشت سنة 2008م.

24) القانون رقم 08-16 المؤرّخ في الأوّل من شعبان عام 1429 هـ الموافق لـ 3 غشت الموافق لـ 3 غشت سنة 2008 ، يتضمّن التوجيه الفلاحي، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد رقم 8 شعبان عام 1429 هـ الموافق لـ 10 غشت سنة 2008 م.

25) القانون 03/09 المؤرخ في 29 صفر 1430الموافق ل 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 15، الصادرة بتاريخ 11 ربيع الأول هـ 1430 الموافق لـ 08 مارس 2009.

26) القانون رقم 12-06 المؤرخ في 18 صفر عام 1433 هـ الموافق لـ 12 يناير سنة 2012م، يتعلق بالجمعيات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 02 الصادرة بتاريخ 21 صفر عام 1433 هـ الموافق لـ 15 يناير سنة2012م.

27) القانون رقم 14-05 المؤرخ في 24 ربيع الثاني عام 1435 هـ الموافق لـ 24 فبراير سنة 2014م، المتضمن قانون المناجم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد رقم 18، الصادرة بتاريخ 28 جمادى الأولى عام 1435 هـ الموافق لـ 30 مارس سنة 2014م.

4-الأوامـــــر:

1) الأمر رقم 66-156 ممضي في 08 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 49، مؤرخة في 11 يونيو 1966.

2) الأمر 17/72 المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1392 الموافق لـ07 يونيو سنة 1972 المتضمن المصادقة على الاتفاقية الدولية المتعلقة بالمسؤولية المدنية حول التعويضات المستحقة عن التلوث بالمحروقات الوقع عليها ببروكسل في 28 نوفمبر سنة 1969 ، الجريدة الرسمية العدد 53 لسنة 1972 .

3) الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق لـ26 سبتمبر1975 م والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 31، الصادرة بتاريخ 25 ربيع الثاني عام 1428 هـ الموافق لـ13 مايو سنة 2007.

4) الأمر رقم 76-80 المؤرخ في 29 شوال عام 1396هـ الموافق لـ23 أكتوبر سنة 1976م، يتضمن القانون البحري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 29 ، الصادرة بتاريخ 21 ربيع الثاني عام 1397 هـ الموافق لـ 10 أبريل 1977م.

5) الأمر رقم 05/96 المؤرخ في 19 شعبان عام 1416 هـ الموافق لـ10 يناير سنة 1996 المتضمن الموافقة على اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار الموقع عليها في مونتيقوباي (جمايكا) في 10 ديسمبر 1982، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 03.

6) الأمر رقم 06 - 05 مؤرخ في 19 جمادى الثّانية عام 1427 الموافق 15 يوليو سنة 2006،يتعلق بحماية بعض الأنواع الحيوانية المهددة بالانقراض والمحافظة عليها ،الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 47، الصادرة بتاريخ 23 جمادى الثانية عام 1427 هـ الموافق لـ19 يوليو سنة 2006م.

7) الأمر رقم 06-08 المؤرخ في 19 جمادى الثانية عام 1427الموافق 15 يوليو سنة 2006، المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 هـ الموافق لـ 16 فبراير سنة 1985، والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 47 الصادرة بتاريخ 23 جمادى الثانية عام 1427 هـ الموافق لـ 19 يوليو سنة 2006م.

8) الأمر رقم 06-10 مؤرّخ في 3 رجب عام 1427 الموافق لـ29 يوليو سنة 2006، يعدل ويتمم القانون رقم 05-07 المؤرخ في 19ربيع الأول عام 1426 هـ الموافق لـ28 أبريل سنة 2005، والمتعلق بالمحروقات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 48، الصادرة بتاريخ 04 رجب عام 1427 هـ الموافق لـ 30يوليو سنة 2006.

9) الأمر رقم 09-03 المؤرخ في 29 رجب عام 14 هـ الموافق لـ 22 يوليو سنة 2009، المعدل والمتمم للقانون رقم 01-14 المؤرخ في 29 جمادى الأولى عام 1422 هـ الموافق لـ 19 غشت سنة 2001 المتعلق بتنظيم حركة المرور عبر الطرق وسلامتها وأمنها المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 45 ، الصادرة بتاريخ 07 شعبان عام 1430 هـ الموافق لـ 29 يوليو سنة 2009م.

5-المـراسيـم الرئاسـيـة:

1) المرسوم رقم 440/82 المؤرخ في 25 صفر عام 1403 هـ الموافق ل11 ديسمبر سنة 1982 يتضمن المصادقة على الاتفاقية الإفريقية حول المحافظة على الطبيعة والموارد الطبيعية، الموقعة في 15 سبتمبر سنة 1986 بمدينة الجزائر، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 51 لسنة 1982.

2) المرسوم رقم 441/82 المؤرخ في 25 صفر عام 1403 هـ الموافق ل11 ديسمبر سنة 1982 يتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية إلى البروتوكول المتعلق بحماية البحر الأبيض المتوسط من التلوث من مصادر برية، المبرم في 17 مايو سنة 1980 بآتينا، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 51 لسنة 1982.

3) الاتفاقية الخاصة بالتجارة الدولية في أنواع الحيوانات والنباتات البرية المهددة بالانقراض الموقعة بواشنطن في 03 مارس 1973 والتي انضمت إليها الجزائر بموجب المرسوم رقم 498/82 المؤرخ في 25 ديسمبر 1982، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 55 الصادرة في 25 ديسمبر1982.

4) الاتفاقية الدولية لحماية النباتات الموقعة في 06 ديسمبر 1951 بروما والمراجعة بموجب القرار رقم 79/14 الصادر عن منظمة الأغذية والزراعة من 10 إلى 29 نوفمبر 1979 والتي انضمت إليها الجزائر بموجب المرسوم رقم 112/85 المؤرخ في 07 ماي 1985، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 55 الصادرة بتاريخ 15 ماي 1985.

5) المرسوم الرئاسي رقم 95-157 المؤرخ في 04 محرم عام 1416هـ الموافق لـ 03 يونيو سنة 1995م، يتضمن المصادقة على اتفاقية حظر استحداث الأسلحة الكيميائية وإنتاجها و خزنها واستعمالها وتدمير تلك الأسلحة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 31، الصادرة بتاريخ 08 محرم 1416 هـ الموافق لـ 03 يونيو سنة 1995م.

6) المرسوم الرئاسي رقم 95 – 163 المؤرخ في 07 محرم عام 1416 الموافق ل 06 يونيو 1995 المتضمن المصادقة على هذه الاتفاقية، الجريدة الرسمية رقم 32 لسنة 1995.

7) المرسوم الرئاسي رقم 123/98 المؤرخ في 21 ذي الحجة عام 1418 الموافق ل18 أفريل سنة 1998 المتضمن المصادقة على بروتوكول عام 1992 المعدل لاتفاقية سنة 1969 ،ج.ر.ع 25 لسنة 1998 .

8) المرسوم الرئاسي رقم 158/98 ، المؤرخ في 16 ماي 1998 المتضمن انضمام الجزائر مع التحفظ إلى اتفاقية بازل بشأن التحكم في نقل النفايات الخطيرة والتخلص منها عبر الحدود ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 32 الصادرة في 19 ماي 1998.

9) المرسوم الرئاسي رقم 02-403 المؤرخ في 21 رمضان عام 1423 هـ الموافق لـ 26 نوفمبر سنة 2002، المحدد لصلاحيات وزارة الشؤون الخارجية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 79، الصادرة بتاريخ 26 رمضان عام 1423 هـ الموافق لت أول ديسمبر سنة 2002م.

10) المرسوم الرئاسي رقم 03-275 مؤرخ في 15 جمادى الثانية عام 1424 هـ الموافق لـ 14 غشت سنة 2003م، يتضمن التصديق على معاهدة الصداقة وحسن الجوار والتعاون بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ومملكة إسبانيا، الموقعة بمدريد في 8 أكتوبر سنة 2002 ،

الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 49 الصادرة بتاريخ 18 جمادى الثانية عام 1424 هـ الموافق لـ 17 غشت سنة 2003م.

11) المرسوم الرئاسي رقم 04-447 المؤرخ في 17 ذي القعدة عام 1425 هـ الموافق لـ29 ديسمبر سنة 2004م، المتضمن نشر اتفاقية حظر استحداث وإنتاج وتخزين واستعمال الأسلحة الكيميائية وتدمير تلك الأسلحة، المحررة بباريس يوم 13 يناير سنة 1993م، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد رقم 03 الصادرة بتاريخ 27 ذو القعدة عام 1425 هـ الموافق لـ 08 يناير سنة 2005م.

12) المرسوم الرئاسي رقم 170/04 المؤرخ في 19 ربيع الثاني عام 1425 الموافق ل 08 يونيو 2004 المتضمن التصديق على بروتوكول قرطاجة بشان السلامة الاحتياطية التابع لاتفاقية المتعلقة بالتنوع البيولوجي المعتمد لمونتريال في 29 يناير سنة 2000، الجريدة الرسمية رقم 34 لسنة 2004 .

13) المرسوم الرئاسي 117/05 المؤرخ في 02 ربيع الأول عام 1426 الموافق ل11 أبريل2005 أبريل 2005، يتعلق بتدابير الحماية من الإشعاعات المؤينة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 27، الصادرة بتاريخ 04 ربيع الأول عام 1426 هـ الموافق ل13 أبريل 2005.

14) المرسوم الرئاسي رقم 206/06 المؤرخ في 07 يونيو 2006 ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 39 الصادرة في 14 يونيو 2006 .

15) المرسوم الرئاسي رقم 07-16 المؤرخ في 25 ذي الحجة عام 1427 الموافق لـ 14 يناير سنة 2007، المتضمن التصديق على تعديل اتفاقية الحماية المادية للمواد النووية ، المعتمد بفيينا في 8 يوليو سنة 2005م، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 06 الصادرة بتاريخ 2 محرم عام 1428 هـ الموافق لـ 21 يناير سنة 2007م.

16) المرسوم رئاسيّ رقم 16-263 مؤرّخ في 11 محرم عام 1438 هـ الموافق لـ 13 أكتوبر سنة 2016 م، يتضمّن التصديق على بروتوكول التعاون بين حكومة الجمهوريّة الجزائريّة الدّيمقراطيّة الشّعبيّة وحكومة الجمهورية البرتغالية في ميادين الرقابة الاقتصادية وقمع الغش وحماية المستهلك، الموقع بالجزائر في 10 مارس سنة 2015م، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 61 الصادرة بتاريخ 17 محرم عام 1438 هـ الموافق لـ 19 نوفمبر سنة 2016.

17) المرسوم رئاسيّ رقم 16-264 مؤرّخ في 11 محرم عام 1438 الموافق لـ 13 أكتوبر سنة 2016، يتضمّن التصديق على مذكرة التفاهم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية البرتغالية في مجال التهيئة العمرانية والبيئة، الموقعة بالجزائر في 10 مارس سنة 2015، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 61 الصادرة بتاريخ 17 محرم عام 1438 هـ الموافق لـ 19 نوفمبر سنة 2016.

18) المرسوم رئاسيّ رقم 16-266 مؤرّخ في 11 محرّم عام 1438 الموافق 13 أكتوبر سنة 2016، يتضمّن التصديق على مذكرة التفاهم في مجال الموارد المائية بين حكومة الجمهوريّة الجزائريّة الديمقراطية الشّعبيّة وحكومة جمهورية كوبا، الموقّعة بهافانا بتاريخ 7 أكتوبر سنة 2015، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 62 الصادرة بتاريخ 21 محرم عام1438 هـ الموافق لـ 23 أكتوبر سنة 2016.

19) المرسوم الرئاسي رقم 16-309 المؤرخ في 28 صفر عام 1438 هـ الموافق لـ 28 نوفمبر سنة 2016 م، يتضمن تشكيلة المجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي وسيره، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 69 الصادرة بتاريخ 06 ربيع الأول عام 1438 هـ الموافق لـ06 ديسمبر سنة 2016م.

20) المرسوم الرئاسي رقم 17-01 المؤرخ في 03 ربيع الثاني عام 1438 هـ الموافق لـ 02يناير سنة 2017 ، يتضمن مهام المصلحة الوطنية لحرس السواحل وتنظيمها، الجريدة الرسمية للجمهوية الجزائرية، العدد01 ، الصادرة بتاريخ 05 ربيع الثاني عام 1438 هـ الموافق لت 04 يناير سنة 2017م.

6-المراسيم التنفيذيـة:

21) المرسوم 131/88 المؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1408 هـ الموافق ل04 يوليو1988 المتعلق بتنظيم العلاقات بين الإدارة و المواطن، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 27، الصادرة بتاريخ 22 ذي القعدة 1408هـ الموافق ل06 يوليو سنة 1988.

22) المرسوم تنفيذي رقم 90-30 مؤرخ في 03 رجب عام 1410 هـ الموافق لـ 30يناير سنة 1990 ، يتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، السنة السابعة والعشرون، العدد05، الصادرة بتاريخ 04 رجب عام 1410 هـ الموافق لـ 31 يناير سنة 1990م، المعدل والمتمم.

23) المرسوم التنفيذي 90-78 المؤرخ في 27 فبراير 1990 المتعلق بدراسات مدى التأثير في البيئة،ج ر، عدد 10، الملغى بالمرسوم التنفيذي 07-145 المؤرخ في 19 ماي 2007.

24) المرسوم التنفيذي رقم 90-290 المؤرخ في 10 ربيع الأول عام 1411 الموافق ل 29 سبتمبر سنة 19990 يتعلق بالنظام الخاص بعلاقات العمل الخاصة بمسيري المؤسسات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 42، الصادرة بتاريخ 14 ربيع الأول عام 1411 هـ.

25) المرسوم التنفيذي رقم 94-414 المؤرخ في 19 جمادى الثانية عام 1415 هـ الموافق لـ 23 نوفمبر سنة 1994، المتضمن إحداث مديريات للثقافة في الولايات وتنظيمها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد رقم 79، الصادرة بتاريخ 26 جمادى الثانية عام 1415 هـ .

26) المرسوم التنفيذي رقم 97- 41 المؤرخ في 09 رمضان عام 1417 الموافق لـ 18 يناير سنة 1997 ، يتعلق بشروط القيد في السجل التجاري ،الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد رقم 05، الصادرة بتاريخ 10 رمضان عام 1417 هـ الموافق لـ 19 يناير سنة 1997، الملغى بموجب المرسوم التنفيذي رقم 15-111 ممضي في 03 مايو 2015 المحدد لكيفيات القيد والتعديل والشطب في السجل التجاري الجريدة الرسمية عدد 24 المؤرخة في 13 مايو 2015، الصفحة 4.

27) مرسوم تنفيذي رقم 97-290 مؤرخ في 22 ربيع الأول عام 1418 هـ الموافق لـ 27 يوليو سنة 1997 ، يتضمن تأسيس لجان التنسيق والفرق المختلطة للرقابة بين مصالح وزارة المالية

ووزارة التجارة وتنظيمها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، السنة الرابعة والثلاثون، العدد 50 ، الصادرة بتاريخ 25 ربيع الأول عام 1418 هـ الموافق لـ 30 يوليو سنة 1997.

28) المرسوم التنفيذي 04-189 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1425 هـ الموافق لـ 07 يوليو سنة 2004 م المحدد لتدابير حفظ الصحة والنظافة المطبقة على منتوجات الصيد البحري وتربية المائيات ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 44 ، الصادرة بتاريخ 23 جمادى الأولى عام 1425 هـ الموافق لـ11 يوليو 2004 م.

29) المرسوم التنفيذي رقم 04-188 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1425 هـ الموافق لـ 07 يولية 2004،المحدد لكيفيات قنص الفحول واليرقانات والبلاعيط والدعاميص ونقلها وتسويقها وإدخالها في الأوساط المائية وكذا كيفيات قنص ونقل واستيداع واستيراد وتسويق منتوجات الصيد البحري وتربية المائيات التي لم تبلغ الأحجام القانونية والموجهة للتربية أو الزرع أو البحث العلمي، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، العدد 44 ، الصادرة بتاريخ 23 جمادى الأولى عام 1425 هـ الموافق لـ 11 يوليو 2004م.

30) المرسوم التنفيذي 04-189 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1425 هـ الموافق لـ 07 يوليو سنة 2004 م المحدد لتدابير حفظ الصحة والنظافة المطبقة على منتوجات الصيد البحري وتربية المائيات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 44، الصادرة بتاريخ 23 جمادى الأولى عام 1425 هـ الموافق لـ11 يوليو 2004 م.

31) المرسوم التنفيذي رقم 05-495 المؤرخ في 24 ذي القعدة عام 1426 الموافق لـ26 ديسمبر سنة 2005 المتعلق بالتدقيق الطاقوي للمنشآت الأكثر استهلاكا للطاقة ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 84 ، الصادرة بتاريخ 27 ذو القعدة عام 1426 هـ الموافق لـ 26 ديسمبر سنة 2005 م.

32) المرسوم التنفيذي رقم 05-79 المؤرخ في 17 محرم عام 1426 هـ الموافق لـ 26 فبراير سنة 2005م، المحدد لصلاحيات وزير الثقافة. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد رقم 16 ، الصادرة بتاريخ 21 محرم عام 1426 هت الموافق لـ 02 مارس سنة 2005م.

33) المرسوم التنفيذي رقم 05-80 المؤرخ في 17 محرم عام 1426 هـ الموافق لـ 26 فبراير سنة 2005م، المتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة الثقافة. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد رقم 16 ، الصادرة بتاريخ 21 محرم عام 1426 هت الموافق لـ 02 مارس سنة 2005م.

34) المرسوم التنفيذي رقم 06-138 المؤرخ في 16 ربيع الأول عام 1427 هـ الموافق لـ15 أبريل سنة 2006، ينظم لانبعاث الغاز والدخان والبخار والجزيئات السائلة والصلبة في الجو وكذا الشروط التي تتم فيها مراقبتها الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 24 ، الصادرة بتاريخ 17 ربيع الأول عام 1427 هـ الموافق لـ 16 أبريل سنة 2006م.

35) المرسوم التنفيذي رقم 06-141 المؤرخ في 20 ربيع الأول عام 1427 هـ الموافق لـ 19 أبريل سنة 2006، الضابط للقيم القصوى للمصبات الصناعية السائلة ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد رقم 26 ، الصادرة بتاريخ 24 ربيع الأول عام 1427 هـ الموافق لـ 23 أبريل سنة 2006.

36) مرسوم تنفيذي رقم 07-222 مؤرخا في 29 جمادى الثاني عام 1428 الموافق لـ 14 يوليو سنة 2007 م.يحدّد كيفيات ممارسة رجال الفن حق تفقد الممتلكات الثقافية المنقولة المصنفة والتحري بشأنها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 46، الصادرة بتاريخ 30 جمادى الثانية عام 1428 هـ الموافق لـ 15 يوليو سنة 2007.

37) المرسوم التنفيذي رقم 08-232 المؤرخ في 19 رجب عام 1429 هـ الموافق لـ 22 يوليو سنة 2008، المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين إلى الأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالبيئة وتهيئة الإقليم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 43، الصادرة بتاريخ 27 رجب عام 1429 هـ الموافق لـ 30 يوليو سنة 2008.

38) المرسوم التنفيذي رقم 412/08 المؤرخ في 26 ذي الحجة عام 1429 هـ الموافق ل 24 ديسمبر 2008، يحدد تدابير الحماية للمحافظة على أصناف الحيوانات المحمية وعلى مواطنها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 01، الصادرة بتاريخ 09 محرم عام 1430 هـ ل 06 يناير سنة 2009 م.

39) المرسوم التنفيذي رقم 09-19 المؤرخ في 23 محرم عام 1430 هـ الموافق لـ 20 يناير سنة 2009، المتضمن تنظيم نشاط جمع النفايات الخاصة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية لاشعبية، العدد رقم 06، الصادرة بتاريخ المؤرخ في 28 محرم عام 1430 هـ الموافق لـ 25 يناير سنة 2009.

40) المرسوم التنفيذي رقم 12-439 **المؤرخ** في 12 صفر عام 1434 هـ الموافق لـ 26 ديسمبر سنة 2012 م، يحدد قائمة المناصب العليا للمديريات الولائية للبيئة وشروط الالتحاق بهذه المناصب وكذا الزيادة الاستدلالية المرتبطة بها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 71، الصادرة بتاريخ 12 صفر عام 1434 هـ الموافق لـ 26 ديسمبر سنة 2012م.

41) المرسوم التنفيذي رقم 15-111 ممضي في 03 مايو 2015 المحدد لكيفيات القيد والتعديل والشطب في السجل التجاري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 24، المؤرخة في 13 مايو 2015.

ثامنا- المراجع الأجنبية.

1- Les OUVRAGES

1. *G. VEDEL; droit constitutionnel et institutions politique . 1959-1960.*
2. *les libertés publiques*
3. ***De LAUBADERE: Traite elementaire de droit administratif. 7 ed , Paris 1976 .***
4. ***(J) Rivero:**- Droit administratif, Paris Dalloz, 8e Ed, 1977, p: 401.*
5. *C. Colliard; Libertés publiques. 5 et. Paris Dalloz .1975.*
6. ***Charles debbashe :**droit administratif, 3éme éd. Cujas, paris, 1971. VEDEL (G) Et DELVOLVE (P); Droit administratif .11 et .paris, 1990.*
7. *D.Roland DRAGO; L'état d'urgence.(Lois du .....Avril et 7 Aout 1955) et les libertés **publiques R.D.P, 1955.***
8. ***De Laubadere (A. de) et Venezia (j.c) et Gaudemet (y),** Traité de Droit administratif, Paris, L. G. D. J, T1, 10° Ed, 1988.*
9. *Georges Burdeau : **traité de science politique ; 1948.***
10. *J.BURDEAU; Droit constitutionnel et institutions politiques 1976. Jaque Robert ; Les situations d'urgences en droit administratif in « Revue international de droit compare. N° 02 Avril Juin 1990.*
11. *M.long. P.Weil. P.Delvolve G. Braibant. B. Genevois - les Grand arrêts: 15é édition Dalloz:,2005.*
12.

2- LES THESES

1. *Michèle VOISSET.- L'article 16 de la constitution du 4 octobre 1958 . thèse , droit , Paris L.G.D.J.. 1969.*
2. *(J).CASTAGNE: Le contrôle juridictionnel et la légalité des actes de police administratif. Droit paris 1964.*
3. *Blavoet : des recoures juridictionnelles contre les mesures de police, thèse ; Paris, 1908.*

4. *-Paul Bernard; la Notion d ordre publique en droit administratif.. these. 1962.*

3-LES REVUES

1. *André de Laubadère;Traité de droit administratif, 7eme édition, paris, 1967, LGDG.*
2. *Annick DORSNER - DOLIVET et Thierry BONNEAU, l'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure. D. chronique, 1986.*
3. *Ayrault (Pierre) : " De L' ordre et instruction Judiciaire dont les anciens Grecs et Romains ont usé en accusations Publiques Conféré à l'usage de Notre France, Paris 1576 ; Devenu : Lordre , Formalite et Instruction Judiciaire dont les Anciens Grecs et romains ont usé en accusations Publiques , Paris 1588.*
4. *Blavoet :des recoures juridictionnelles contre les mesures de police, thèse ; Paris, 1908.p 15.*
5. *Bosquillon : Code nationale dédié, aux Etats généraux , Génève 1788,*
6. *Brimo (A.) : " Les grands Courants de La Philosophie du driot et de L'Etat" 3éd. Paris , EDITIONS A. PEDONE Librairie de la cour d'appel et de l'ordre des avocats 13, rue SOUFFLOT, PARIS, 1978, P. 88.*
7. *Buchez (B.) et Roux (P.): Histoire Parlementaire de la révolution Française, Paris 1834, Vol. 1.*
8. *ch. XV111, P. 165 et s.*
9. *Chaouche Ben-YELLES; Liberté de communication et ordre public . Revue Algerienne Des Sciences Juridiques....Sommaire n°01.1998.*
10. *Charles debbash, droit administratif, 3eme éd. Cujas, paris, 1971, P 232.*
11. *Chevallier (J.J.) : Les Grandes Oeuvres Politiques de Machiavel à nous Jours , 10éme éd. Paris 1968 . P. 153.*
12. *Dérathé (R.): J.J. Rousseau et la Science Politique de son Temps , 2éme*
13. *Du Boys (A.): Histoire du droit Criminel de la France depuis le XV1 éme S. Jusqu , au X1X éme S. , 2 vol., Paris 1874.*
14. *Dupaty (CH.) : " Lettres sur la Procedure Criminelle de la France" ; 1788 .*
15. *éd. Paris - Vrin 1970 , P. 28.*
16. *Eisnman (CH.) : " L' esprit des Lois et la Séparation des Pouvoires , in Mélanges Carré de Malberge, Paris 1933 , P. 190 ets., Goyard Fabre (S. : la Philosophie du droit de Montesquieu , Paris 1973, P. 310 a 355.*

17. *F. Desportes et F. Le Gunehec, Droit pénal général, Economica, 16e éd., 2009, no 371.*
18. *G. Maleville, Jurisclasseur administratif, fasc. 616, No 257).*
19. *J-M AUBY et R. DRAGO, traité du contentieux administratif. 1984, tome. 2 P. 241.*
20. *L' esprit des Lois , Livre XI , Chap VI*
21. *L. Chatin, B. Sturlèse, Recueil pratique de conventions sur l'entraide judiciaire internationale, La Documentation française, 3e éd., 1990.*
22. *Paris Esmein (A.) : Histoire de la Procédure Criminelle en France", 1882; Laingui (A) et Lebigre (A.):" Histoire de droit Pénal", Vol. 11 la Procédure Criminelle , Paris 1980 .*
    A. PEPY, Jurisclasseur de procédure pénale, articles 567 à 621, Fasc. X.
23. *Prélot (M.) et Lescuyer (G.) : Histoire des Idées Politiques " , 6éme éd, Paris 1977, P. 335.*
24. *Rocquain (F) : " L'esprit révolutionnaire avant la révolution", Paris, 1878.*
25. *Stefani, Levasseur et Bouloc . : Procédure Pénale, 2000, Précis Dalloz,17 Edition ., No. 71.*
26. *SWEPSTON Lee, «Droits de l'homme et libertés syndicale: évolution sous le contrôle de l'OIT», Revue internationale du Travail, vol. 137, 1998.*
27. *Villey (M.): "philosophie du droit" 2 éme , éd. Paris 1978, p. 132 et 133 .*
28. *Villey (M.):" Leçons d'histoire de La Philosophie du droit" , 2 ème ed. Paris , 1962, P. 46 et 47.*

فـــهـــرس الرســـالـــــة:

| العنـــــــ

الفرع الثاني: مدلول النظام العام في التشريع.	17
الفرع الثالث: مدلول النظام العام في الفقه القانوني.	18
أولا- في الفقه القانوني الغربي.	19
ثانيا- في الفقه العربي.	21
الفرع الرابع: مدلول النظام العام من منظور القضاء.	23
المطلب الثالث: المدلول المركب للدفع بالنظام العام.	24
الفرع الأول: مدلول الدفع بالنظام العام في قانون الإجراءات المدنية.	24
الفرع الثاني: مدلول الدفع بالنظام العام في قانون الإجراءات الجزائية.	24
الفرع الثالث: مدلول الدفع بالنظام العام في قانون الإجراءات الإدارية.	25
الفرع الرابع: المدلول المركب المقترح.	25
المبحث الثاني: تطور آلية الدفع بالنظام العام.	27
المطلب الأول: الفكر الفلسفي لمفهوم النظام العام.	29
الفرع الأول: المدلول الجديد للإنسان.	29
أولا- مدلول الإنسان في ظل فكرة القانون الوضعي الإنساني :	30
ثانيا- المدلول الحديث للإنسان في ظل مدرسة القانون الطبيعى الحديثة:	31
الفرع الثاني: المدلول الجديد للمجتمع.	32
أولا- فكرة العقد الاجتماعي عند هوبز:	33

ثانيا- فكرة العقد الاجتماعي عند لوك :	34
ثالثا- فكرة العقد الاجتماعي عند روسو :	35
الفرع الثالث: مبدأ الفصل بين السلطات.	36
المطلب الثاني:الانتقادات الموجهة للنظام العام الإجرائي القديم.	37
الفرع الأول: الانتقادات الموجه إلى أمر سنة 1539.	37
الفرع الثاني: تعديلات الأمر الصادر سنة 1670.	39
الفرع الثالث: تعديلات لويس السادس عشر.	42
المطلب الثالث: تأثير الثورة الفرنسية على النظام العام.	43
الفرع الأول: تعديلات القانون رقم 16-29.	44
الفرع الثاني: تعديلات قانون 07 بلوفواز السنة التاسعة.	44
الفرع الثالث:تعديلات مرسوم 1808.	45
المطلب الرابع: تطور النظام العام في التشريع الجزائري.	45
الفرع الأول: النظام العام الاشتراكي.	45
الفرع الثاني: النظام العام الرأسمالي.	46
المبحث الثالث: مصادر الدفع بالنظام العام.	47
المطلب الأول: المصادر الدولية.	48

الفرع الأول: أسبقية المعايير الدولية.	**48**
الفرع الثاني: التحفظات الاتفاقية واستثناءات النظام العام.	**50**
أولا- في مجال التعاون القضائي والتحكيم:	**50**
ثانيا- في مجال الحالة المدنية والأهلية وقانون الأسرة.	**50**
ثالثا-التحفظات الاتفاقية واستثناءات النظام العام في اجتهادات محكمة النقض الفرنسية.	**52**
الفرع الثالث: النظام العام الدولي في المسائل الجنائية.	**56**
أولا- الجرائم ضد الإنسانية:	**56**
ثانيا- فيما يتعلق بالولاية القضائية العالمية:	**57**
المطلب الثاني: المصادر لأوروبية.	**59**
الفرع الأول: قانون الاتحاد الأوروبي.	**59**
أولا- المبادئ التي أرساها ميثاق الحقوق الأساسية:	**59**
ثانيا- المبدأ العام لعدم التمييز:	**61**
ثالثا- النظام العام في السوابق القضائية لمحكمة العدل التابعة للاتحاد الأوروبي:	**62**
رابعا-أسبقية قانون الاتحاد الأوروبي مسألة ذات أولوية دستورية:	**63**
الفرع الثاني: القانون الإتفاقي.	**63**
المطلب الثالث: المصادر الدستورية.	**64**

الفرع الأول: أسبقية الدستور.	64
الفرع الثاني: سيادة المعاهدات.	66
الفرع الثالث:مبدأ السياسة العامة لفصل السلطات الإدارية والقضائية.	67
المطلب الرابع: التشريعات الداخلية العادية.	68
الفرع الأول: سير الإجراءات.	68
الفرع الثاني: الصلاحيات الإجرائية لقاضي النيابة ضامن النظام العام.	70
المطلب الخامس: مبادئ الشريعة الإسلامية.	76
الفرع الأول: مدلول مبادئ الشريعة الإسلامية.	76
الفرع الثاني: مرتبة مبادئ الشريعة الإسلامية.	77
المبحث الرابع: أغراض الدفع بالنظام العام.	80
المطلب الأول:مساهمة الدفع بالنظام العام في حماية حقوق الإنسان.	81
الفرع الأول: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.	82
الفرع الثاني: العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.	83
المطلب الثاني: وظائف الدفع بالنظام العام في الجانب الجزائي.	85
الفرع الأول:إضفاء الصفة الإنسانية على القضاء الجزائي.	85
أولا ـ أسباب إضفاء الصفة الإنسانية على القضاء الجنائي :	85
ثانيا- وسائل إضفاء الصفة الإنسانية على القضاء الجنائي:	87

الفرع الثاني: حرمة أو قداسة الخصومة الجنائية.	89
أولا - أسباب تقديس الخصومة الجنائية:	90
ثانيا- وسائل تقديس الخصومة الجنائية:	91
المطلب الثالث: الكشف عن القواعد الآمرة في مرحلة الخصومة القضائية.	94
الفرع الأول:التكليف بمفهوم فكرة النظام العام يحمل إلزاما بفعل حتمي أو إلزاما بترك حتمي.	97
الفرع الثاني: النظام العام معيار للتمييز بين القواعد القانونية الآمرة والمكملة.	101
الفرع الثالث: تفعيل دور القاضي في حماية النظام العام.	103
الفرع الرابع: تفعيل دور القاضي في تحديد مضمون النظام العام.	106
الفصل الثاني: دور فكرة النظام العام في تحديد نطاق الدفع.	111
المبحث الأول: الدفع بالنظام العام دفع شكلي.	112
المطلب الأول: مدلول الدفع الشكلي.	112
الفرع الأول: المدلول الفقهي للدفع الشكلي.	112
الفرع الثاني: المدلول الاصطلاحي للدفع الشكلي.	112
الفرع الثالث: المدلول القانوني للدفع الشكلي.	115
المطلب الثاني: شروط قبول الدفع الشكلي.	116

الفرع الأول: الصفة.	116
الفرع الثاني: المصلحة.	117
المطلب الثالث: أنواع الدفوع الشكلية.	**117**
الفرع الأول: التقسيم الفقهي للدفوع الشكلية.	118
أولا- الدفوع الشكلية النسبية.	118
ثانيا- الدفوع الشكلية المطلقة.	120
الفرع الثاني: تقسيم المشرع الجزائري للدفوع الشكلية.	120
أولا- الدفع بعد الاختصاص الإقليمي.	120
ثانيا- الدفع بوحدة الموضوع والدفع بالارتباط.	121
ثالثا-الدفع بإرجاء الفصل.	122
رابعا- الدفع بالبطلان.	122
المطلب الرابع: المبادئ التي تحكم الدفوع الشكلية.	**123**
الفرع الأول: وقت إبداء الدفع الشكلي.	123
أولا- القاعدة.	123
ثانيا- الاستثناء.	123
الفرع الثاني: الجمع بين الدفوع الشكلية.	124
الفرع الثالث: سقوط الدفوع الشكلية.	124

الفرع الرابع: حسن النية في ميدان الدفوع الشكلية.	126
المطلب الخامس: آثار التمسك بالدفوع الشكلية.	**128**
الفرع الأول: كيفية الفصل في الدفوع الشكلية.	128
أولا- الفصل في الدفع الشكلي على استقلال.	128
ثانيا- ضم الدفع الشكلي للموضوع.	129
الفرع الثاني: الحكم الصادر في الدفع الشكلي.	129
أولا- طبيعة الحكم الصادر في الدفع الشكلي.	129
ثانيا- عدم استنفاذ المحكمة لولايتها في الدفع الشكلي.	130
المطلب الخامس: مدى تعلق الدفوع الشكلية بالنظام العام.	**132**
الفرع الأول: الدفع بعدم الاختصاص.	132
أولا- الدفع بعدم الاختصاص النوعي:	132
ثانيا- الدفع بعدم الاختصاص المحلي:	134
الفرع الثاني: الدفوع المتعلقة بالإحالة.	138
أولا- الدفع بالإحالة لوحدة الموضوع:	139
ثانيا- الدفع بالإحالة للارتباط:	145
ثالثا- الإحالة بالضم.	150
الفرع الثالث: الدفوع الشكلية المتعلقة بإجراءات وعوارض الخصومة.	153

أولا- الدفع بالبطلان المتعلق بمخالفة إجراءا ت الخصومة.	153
ثانيا- الدفع بالبطلان المتعلق بعوارض الخصومة.	164
المبحث الثالث: الدفع بالنظام العام دفع موضوعي.	171
المطلب الأول: مدلول الدفع الموضوعي.	172
الفرع الأول: المدلول التشريعي للدفع الموضوعي.	172
الفرع الثاني: المدلول الفقهي للدفع الموضوعي.	172
المطلب الثاني: مضمون الدفوع الموضوعية.	175
الفرع الأول: الإقرار والإضافة.	175
الفرع الثاني: الإنكار المجرد.	176
الفرع الثالث: الإنكار والإضافة.	177
المطلب الثالث: خصائص الدفوع الموضوعية وأهمية التمييز بينها وبين الدفوع الشكلية.	178
الفرع الأول: خصائص الدفوع الموضوعية:	178
الفرع الثاني: أهمية التمييز بين الدفوع الموضوعية والدفوع الشكلية.	179
المطلب الرابع: مدى تعلق الدفوع الموضوعية بالنظام العام.	181
الفرع الأول: الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص.	181
الفرع الثاني: الدفع بالنظام العام الاقتصادي.	182

الفرع الثالث: الدفع بالنظام العام الاجتماعي.	183
الفرع الرابع: الدفع بالنظام العام العمراني.	184
المبحث الثالث: الدفع بالنظام العام دفع بعدم القبول.	**190**
المطلب الأول: مدلول الدفع بعدم القبول.	**190**
الفرع الأول: مدلول الدفع بعدم قبول الدعوى في اللغة.	190
الفرع الثاني: المدلول الفقهي للدفع بعد القبول.	191
الفرع الثالث: المدلول التشريعي للدفع بعد القبول.	192
الفرع الرابع: المدلول القضائي للدفع بعدم القبول.	192
المطلب الثاني: التمييز بين الدفع بعدم القبول و باقي الدفوع.	**193**
الفرع الأول: من حيث ميعاد تقديم الدفع.	193
الفرع الثاني: من حيث العنصر الموجه إليه الدفع.	194
الفرع الثالث:من حيث الهدف من الدفع في حد ذاته:	194
الفرع الرابع: من حيث استنفاذ المحكمة لولايتها.	194
المطلب الثالث: مدى تعلق الدفع بعدم القبول بالنظام العام.	**195**
الفرع الأول: الدفوع بعدم القبول المتعلقة بالنظام العام.	195
الفرع الثاني: الدفوع غير مرتبطة بالنظام العام.	195

المبحث الرابع: الدفع بالنظام العام دفع ذو طبيعة خاصة.	**198**
المطلب الأول: النظام القانوني للدفوع المتعلقة بالنظام العام (خصائص الدفع بالنظام العام).	**199**
الفرع الأول: الدفع بالنظام العام يمكن إثارته في جميع مراحل الدعوى.	**199**
الفرع الثاني: الدفع بالنظام العام لا يمكن لأطراف الدعوى العدول عنه.	**199**
المطلب الثاني: التزام القاضي حيال الدفع بالنظام العام وشروط إعماله.	**200**
الفرع الأول: الدفع بالنظام العام يلتزم القاضي بإثارته من تلقاء نفسه.	**200**
الفرع الثاني: مضمون التزام القاضي بإثارة الدفوع المتعلقة بالنظام العام.	**201**
الفرع الثالث: الشروط الواجب توافرها لقيام القاضي بإثارة الدفوع المتعلقة بالنظام العام.	**203**
الباب الثاني: الآثار المترتبة على الدفع بالنظام العام بين التشريع الوطني والقانون الدولي.	**205**
الفصل الأول: الآثار المترتبة على الدفع بالنظام العام في التشريع الوطني.	**206**
المبحث الأول: عدم الاختصاص.	**207**
المطلب الأول: مدلول الاختصاص القضائي.	**207**
الفرع الأول: مدلول الاختصاص.	**207**

أولا- مدلول الاختصاص في اللغة.	207
ثانيا- مدلول الاختصاص اصطلاحا.	208
الفرع الثاني: مدلول القضاء.	210
أولا- مدلول القضاء في اللغة:	210
ثانيا- مدلول القضاء في الاصطلاح:	213
الفرع الثالث: المدلول المركب للاختصاص القضائي.	216
المطلب الثاني: أهمية نظرية الاختصاص وحدودها.	217
الفرع الأول: أهمية نظرية الاختصاص.	217
الفرع الثاني:حدود نظرية الاختصاص.	219
المطلب الثالث: معايير توزيع الاختصاص القضائي.	220
الفرع الأول: المعيار الوظيفي.	221
الفرع الثاني: المعيار النوعي.	224
الفرع الثالث: المعيار القيمي.	226
الفرع الرابع: المعيار المكاني.	226
الفرع الخامس: المعيار الموضوعي.	227
الفرع السادس: المعيار الشخصي.	228
الفرع السابع: المعيار الزماني.	229

المطلب الرابع: التقدير القضائي لعيب الاختصاص.	230
الفرع الأول: طبيعة قواعد الاختصاص.	231
الفرع الثاني: التقدير القضائي لمسألة الاختصاص في شقه السلبي.	232
المبحث الثاني: البطلان.	239
المطلب الأول: مدلول البطلان الإجرائي و أنواعه.	239
الفرع الأول: مدلول البطلان.	240
ثانيا- المدلول القانوني للبطلان.	240
أولا-المدلول اللغوي للبطلان.	240
الفرع الثاني: أنواع البطلان الإجرائي.	241
المطلب الثاني : تمييز البطلان عن الجزاءات الشبيهة به.	242
الفرع الأول: البطلان والسقوط.	242
الفرع الثاني: تمييز البطلان عن الانعدام.	243
الفرع الثالث:البطلان والدفع بعدم القبول.	244
المطلب الثالث: الاتجاهات المختلفة في البطلان.	245
الفرع الأول: البطلان في القانون الفرنسي.	245
الفرع الثاني: البطلان في القانون المصري.	247
الفرع الثالث: البطلان في القانون الجزائري.	247

المطلب الرابع: العمـــل الإجرائي كمحل للبـــــطلان.	249
الفرع الأول: مدلول العمل الإجرائي.	250
الفرع الثاني: شروط العمل الإجرائي.	250
الفرع الثالث: عناصر العمل الإجرائي.	251
أولا- شكل العمل الإجرائي:	251
ثانيا- موضوع العمل الإجرائي:	253
المطلب الرابع: التمسك بالدفع بالبطلان.	253
الفرع الأول:حق التمسك بالدفع بالبطلان.	254
أولا- بالنسبة للبطلان المتعلق بالمصلحة الخاصة:	254
ثانيا- بالنسبة للبطلان المتعلق بالمصلحة العامة:	254
الفرع الثاني: مسقطات التمسك بالبطلان والتنازل عنه.	256
أولا-مسقطات التمسك بالدفع بالبطلان:	256
ثانيا- التنازل عن الدفع بالبطلان:	257
المطلب الخامس: تصحـيح الـبطـلان.	258
الفرع الأول: التصحيح وحكمه في التشريع الجزائري.	258
أولا-التصحيح بتحول العمل الإجرائي.	259
ثانيا- التصحيح بانتقاض العمل الإجرائي.	260

ثالثا- تصحيح البطلان بالتكملة:	260
رابعا- إزالة البطلان بوقائع قانونية لاحقة:	260
الفرع الثاني: سلطة القاضي في إجراء التصحيح.	261
المطلب السادس: الحكـــم بالبـــطلان وآثاره.	261
الفرع الأول: الحكـــم بالبـــــطلان.	261
الفرع الثاني: أثار البـــــــــطلان.	263
المبحث الثالث: عدم دستورية القوانين.	265
المطلب الأول: الدفع بعدم الدستورية في الأنظمة الدستورية المقارنة.	266
الفرع الأول: الدفع بعدم الدستورية في الأنظمة الدستورية التي تأخذ بالرقابة القضائية.	266
الفرع الثاني: الدفع بعدم الدستورية في الأنظمة الدستورية التي تأخذ بالرقابة السياسية.	267
المطلب الثاني : تكييف طبيعة الدفع بعدم الدستورية.	268
الفرع الأول: الدفع بعدم الدستورية مسألة أولية موقفة للحكم في الدعوى.	269
الفرع الثاني: الدفع بعدم الدستورية مسألة فرعية موقفة لسير الدعوى.	270
المطلب الثالث: شروط قبول دعوى الدفع بعدم الدستورية.	273
الفرع الأول: الشروط الشكلية.	273
الفرع الثاني: الشروط الموضوعية.	274

المطلب الرابع: الآثار القانونية للدفع بعدم الدستورية على سير الدعوى الأصلية.	279
الفرع الأول: إلزامية التوقف عن السير في الدعوى الأصلية.	279
الفرع الثاني : الاستثناءات الواردة على وجوبية استمرار الجهة القضائية في السير في الدعوى الأصلية.	282
المطلب الرابع: إجراءات تصفية طلبات الدفوع بعدم دستورية القوانين.	284
الفرع الأول: التصفية على مستوى الجهات القضائية الدنيا.	284
الفرع الثاني: التصفية على مستوى المحكمة العليا أو مجلس الدولة.	285
الفرع الثاني: الأحكام المطبقة أمام المحكمة الدستورية.	288
الفصل الثاني: الآثار المترتبة على الدفع بالنظام العام في القانون الدولي.	290
المبحث الأول: عدم دستورية الاتفاقيات الدولية.	291
المطلب الأول: القيمة القانونية للاتفاقيات الدولية في الدساتير المقارنة.	291
الفرع الأول: مدلول الاتفاقيات الدولية.	292
أولا- التعريف الاتفاقي للمعاهدة:	292
ثانيا- التعريف الفقهي للمعاهدة الدولية:	292
ثالثا- الاصطلاحات المستخدمة لوصف المعاهدات الدولية:	293
الفرع الثاني: أنواع الاتفاقيات الدولية.	294

المعيار الأول: موضوع المعاهدة:	294
المعيار الثاني: عدد أطراف المعاهدة.	295
الفرع الثالث: المعالجة الدستورية للاتفاقيات الدولية.	296
المطلب الثاني: علاقة الاتفاقيات الدولية بأحكام القانون الداخلي.	298
الفرع الأول: التوافق بين مضمون الاتفاقيات الدولية واحكام القانون الداخلي.	298
الفرع الثاني: التنازع بين مضمون الاتفاقيات الدولية واحكام القانون الداخلي.	301
المطلب الثالث: تكريس القضاء لمبدأ علوية الاتفاقيات الدولية على أحكام القانون الداخلي.	305
الفرع الأول: علوية المعاهدات الدولية على القرارات الإدارية.	307
الفرع الثاني: خضوع الأحكام القضائية لمقتضيات المعاهدات الدولية.	309
الفرع الثالث: اتجاه الفقه نحو إقرار أفضلية تطبيق المعاهدات الدولية على القانون.	310
الفرع الرابع: علوية المعاهدات تقف عند حدود النص الدستوري.	316
المبحث الثاني: استبعاد تطبيق الاتفاقيات الدولية.	319
المطلب الأول: أثر التطبيق القضائي للمعاهدات على تطوير القواعد القانونية الدولية.	320
الفرع الأول: توحيد الحلول القانونية.	320

الفرع الثاني: جعل القاعدة الدولية قاعدة فعلية.	322
المطلب الثاني: شروط التطبيق القضائي للمعاهدات الدوليّة.	325
الفرع الأول: تثبت القاضي من وجود المعاهدة الدولية.	326
الفرع الثاني: نفاذ أحكام المعاهدات الدولية.	342
الفرع الثالث:مسألة المعاملة بالمثل.	348
المطلب الثالث: ارتباط آلية التحفظ بمسألة النظام العام.	355
الفرع الأول: مدلول التحفظ.	356
الفرع الثاني: شروط صحة التحفظات.	357
الفرع الثاني:آثار التحفظ.	359
المطلب الرابع :تقيد القاضي الداخلي بأسباب انقضاء وتعليق المعاهدات الدولية.	362
الفرع الأول: انقضاء أو تعليق تطبيق المعاهدات الدولية على أساس إرادة الدول الأطراف.	364
الفرع الثاني: انقضاء أو تعليق تطبيق المعاهدات الدولية على أساس الإرادة اللاحقة.	368
الفرع الثالث: انقضاء وتعليق تطبيق المعاهدات الدولية لأسباب خارجة عن إرادة الدول الأطراف.	371
المبحث الثالث: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي.	380
المطلب الأول: تحديد طبيعة القانون الأجنبي.	380

الفرع الأول: القانون الأجنبي عنصر من عناصر الواقع.	**381**
الفرع الثاني: القانون الأجنبي عنصر قانوني.	**383**
الفرع الثالث: موقف القضاء الفرنسي من دور القاضي في البحث عن مضمون القانون الأجنبي.	**386**
الفرع الرابع: موقف القضاء المصري من دور القاضي في البحث عن مضمون القانون الأجنبي.	**386**
المطلب الثاني: تحديد طبيعة آلية استبعاد القانون الأجنبي لمخالفة النظام العام.	**388**
الفرع الأول: تحديد مدلول فكرة النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص.	**388**
الفرع الثاني: تحديد طبيعة فكرة النظام العام في مجال العلاقات الدولية الخاصة.	**391**
أولا- النظام العام تطبيق لمبدأ أصلي:	**391**
ثانيا- النظام العام استثناء على المبدأ الأصلي:	**392**
المطلب الثالث: شروط إعمال آلية استبعاد القانون الأجنبي لمخالفة النظام العام.	**393**
الفرع الأول: وجود قانون أجنبي واجب التطبيق وفقا لقاعدة الإسناد الوطنية.	**393**
الفرع الثاني: أن تكون مخالفة النظام العام ذات أثر ملموس.	**395**
الفرع الثالث: توافر مقتضى من مقتضيات النظام العام.	**395**

الفرع الرابع: وجود رابطة بين النزاع المطروح ودولة القاضي.	**397**
الفرع الخامس: أن تكون المخالفة للنظام العام حالية.	**398**
المطلب الرابع: الآثار المترتبة على الدفع بالنظام العام.	**399**
الفرع الأول: الأثر السلبي للنظام العام.	**399**
أولا- الاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام:	**399**
ثانيا- الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام:	**400**
الفرع الثاني: الأثر الإيجابي للنظام العام.	**401**
أولا- البحث عن البديل في القانون الأجنبي ذاته- مذهب سافييني:	**403**
ثانيا-تطبيق القانون الأقرب للعلاقة:	**403**
ثالثا- تطبيق قانون القاضي:	**403**
المطلب الخامس: مدى اختصاص القاضي الوطني في رقابة احترام المعاهدات الدولية من قبل الدول الأجنبية.	**404**
الفرع الأول: إقرار اختصاص القاضي الداخلي بمراقبة مطابقة القانون الأجنبي للمعاهدة الدولية.	**405**
الفرع الثاني: رفض اختصاص القاضي الداخلي بمراقبة مطابقة القانون الأجنبي للمعاهدة الدولية.	**406**
الفرع الثالث: اجتهادات قضائية غير مستقرة.	**407**
خـاتمـــــــــــــــة.	**411**

قائمـــة المراجـــع:	416
الفـــــــــــــهرس.	450

فـــهـــرس الرســالـــــة:

العنـــوان:	الصـــفـحـــة
المقـــــــــــــدمـــــة:	01
إشكالية الدراسة:	02
أهمية الدراسة:	03
منهجية الدراسة :	03
الباب الأول: تأصيل آلية الدفع بالنظام العام.	05
الفصل الأول: ضرورة ضبط مفهوم الدفع بالنظام العام.	06
المبحث الأول: تحديد مدلول الدفع بالنظام العام.	07
المطلب الأول: مدلول الدفع.	07
الفرع الأول: مدلول الدفع لغة.	07
الفرع الثاني: مدلول الدفع في الفقه الإسلامي.	08
الفرع الثالث: مدلول الدفع في الفقه القانوني.	13
المطلب الثاني: مدلول النظام العام.	14
الفرع الأول: النظام العام في اللغة.	15
الفرع الثاني: مدلول النظام العام في التشريع.	15
الفرع الثالث: مدلول النظام العام في الفقه القانوني.	16

أولا- في الفقه القانوني الغربي.	16
ثانيا- في الفقه العربي.	18
الفرع الرابع: مدلول النظام العام من منظور القضاء.	20
المطلب الثالث: المدلول المركب للدفع بالنظام العام.	21
الفرع الأول: مدلول الدفع بالنظام العام في قانون الإجراءات المدنية.	21
الفرع الثاني: مدلول الدفع بالنظام العام في قانون الإجراءات الجزائية.	21
الفرع الثالث: مدلول الدفع بالنظام العام في قانون الإجراءات الإدارية.	21
الفرع الرابع: المدلول المركب المقترح.	22
المبحث الثاني: تطور آلية الدفع بالنظام العام.	23
المطلب الأول: الفكر الفلسفي لمفهوم النظام العام.	25
الفرع الأول: المدلول الجديد للإنسان.	25
أولا- مدلول الإنسان في ظل فكرة القانون الوضعي الإنساني :	25
ثانيا- المدلول الحديث للإنسان في ظل مدرسة القانون الطبيعى الحديثة:	27
الفرع الثاني: المدلول الجديد للمجتمع.	28
أولا- فكرة العقد الاجتماعي عند هوبز:	28
ثانيا- فكرة العقد الاجتماعي عند لوك :	29
ثالثا- فكرة العقد الاجتماعي عند روسو :	30

الفرع الثالث: مبدأ الفصل بين السلطات.	31
المطلب الثاني:الانتقادات الموجهة للنظام العام الإجرائي القديم.	32
الفرع الأول: الانتقادات الموجه إلى أمر سنة 1539.	32
الفرع الثاني: تعديلات الأمر الصادر سنة 1670.	33
الفرع الثالث: تعديلات لويس السادس عشر.	36
المطلب الثالث: تأثير الثورة الفرنسية على النظام العام.	37
الفرع الأول: تعديلات القانون رقم 16-29.	38
الفرع الثاني: تعديلات قانون 07 بلوفواز السنة التاسعة.	38
الفرع الثالث:تعديلات مرسوم 1808.	39
المطلب الرابع: تطور النظام العام في التشريع الجزائري.	39
الفرع الأول: النظام العام الاشتراكي.	39
الفرع الثاني: النظام العام الرأسمالي.	40
المبحث الثالث: مصادر الدفع بالنظام العام.	41
المطلب الأول: المصادر الدولية.	42
الفرع الأول: أسبقية المعايير الدولية.	42

الفرع الثاني: التحفظات الاتفاقية واستثناءات النظام العام.	**43**
أولا- في مجال التعاون القضائي والتحكيم:	**43**
ثانيا- في مجال الحالة المدنية والأهلية وقانون الأسرة.	**44**
ثالثا-التحفظات الاتفاقية واستثناءات النظام العام في اجتهادات محكمة النقض الفرنسية.	**45**
الفرع الثالث: النظام العام الدولي في المسائل الجنائية.	**48**
أولا- الجرائم ضد الإنسانية:	**48**
ثانيا- فيما يتعلق بالولاية القضائية العالمية:	**49**
المطلب الثاني: المصادر الأوروبية.	**51**
الفرع الأول: قانون الاتحاد الأوروبي.	**51**
أولا- المبادئ التي أرساها ميثاق الحقوق الأساسية:	**51**
ثانيا- المبدأ العام لعدم التمييز:	**54**
ثالثا- النظام العام في السوابق القضائية لمحكمة العدل التابعة للاتحاد الأوروبي:	**54**
رابعا-أسبقية قانون الاتحاد الأوروبي مسألة ذات أولوية دستورية:	**55**
الفرع الثاني: القانون الإتفاقي.	**55**

المطلب الثالث: المصادر الدستورية.	**56**
الفرع الأول: أسبقية الدستور.	**56**
الفرع الثاني: سيادة المعاهدات.	**57**
الفرع الثالث:مبدأ السياسة العامة لفصل السلطات الإدارية والقضائية.	**58**
المطلب الرابع: التشريعات الداخلية العادية.	**59**
الفرع الأول: سير الإجراءات.	**59**
الفرع الثاني: الصلاحيات الإجرائية لقاضي النيابة ضامن النظام العام.	**61**
المطلب الخامس: مبادئ الشريعة الإسلامية.	**65**
الفرع الأول: مدلول مبادئ الشريعة الإسلامية.	**65**
الفرع الثاني: مرتبة مبادئ الشريعة الإسلامية.	**66**
المبحث الرابع: أغراض الدفع بالنظام العام.	**70**
المطلب الأول: مساهمة الدفع بالنظام العام في حماية حقوق الإنسان.	**71**
الفرع الأول: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.	**71**
الفرع الثاني: العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.	**72**
المطلب الثاني: وظائف الدفع بالنظام العام في الجانب الجزائي.	**74**
الفرع الأول: إضفاء الصفة الإنسانية على القضاء الجزائي.	**74**

أولا ـ أسباب إضفاء الصفة الإنسانية على القضاء الجنائي :	74
ثانيا- وسائل إضفاء الصفة الإنسانية على القضاء الجنائي:	76
الفرع الثاني: حرمة أو قداسة الخصومة الجنائية.	78
أولا ـ أسباب تقديس الخصومة الجنائية:	79
ثانيا- وسائل تقديس الخصومة الجنائية:	80
المطلب الثالث: الكشف عن القواعد الآمرة في مرحلة الخصومة القضائية.	82
الفرع الأول: التكليف بمفهوم فكرة النظام العام يحمل إلزاما بفعل حتمي أو إلزاما بترك حتمي.	85
الفرع الثاني: النظام العام معيار للتمييز بين القواعد القانونية الآمرة والمكملة.	88
المطلب الثالث: تفعيل دور القاضي في حماية النظام العام.	90
المطلب الرابع: تفعيل دور القاضي في تحديد مضمون النظام العام.	93
الفصل الثاني: دور فكرة النظام العام في تحديد نطاق الدفع.	97
المبحث الأول: الدفع بالنظام العام دفع شكلي.	98
المطلب الأول: مدلول الدفع الشكلي.	98
الفرع الأول: المدلول الفقهي للدفع الشكلي.	99
الفرع الثاني: المدلول الاصطلاحي للدفع الشكلي.	99

الفرع الثالث: المدلول القانوني للدفع الشكلي.	100
المطلب الثاني: شروط قبول الدفع الشكلي.	**102**
الفرع الأول: الصفة.	102
الفرع الثاني: المصلحة.	102
المطلب الثالث: أنواع الدفوع الشكلية.	**102**
الفرع الأول: التقسيم الفقهي للدفوع الشكلية.	103
أولا- الدفوع الشكلية النسبية.	103
ثانيا- الدفوع الشكلية المطلقة.	105
الفرع الثاني: تقسيم المشرع الجزائري للدفوع الشكلية.	105
أولا- الدفع بعد الاختصاص الإقليمي.	105
ثانيا- الدفع بوحدة الموضوع والدفع بالارتباط.	105
ثالثا-الدفع بإرجاء الفصل.	106
رابعا- الدفع بالبطلان.	107
المطلب الرابع: المبادئ التي تحكم الدفوع الشكلية.	**107**
الفرع الأول: وقت إبداء الدفع الشكلي.	107
أولا- القاعدة.	107
ثانيا- الاستثناء.	108

الفرع الثاني: الجمع بين الدفوع الشكلية.	108
الفرع الثالث: سقوط الدفوع الشكلية.	109
الفرع الرابع: حسن النية في ميدان الدفوع الشكلية.	110
المطلب الخامس: آثار التمسك بالدفوع الشكلية.	112
الفرع الأول: كيفية الفصل في الدفوع الشكلية.	112
أولا- الفصل في الدفع الشكلي على استقلال.	112
ثانيا- ضم الدفع الشكلي للموضوع.	112
الفرع الثاني: الحكم الصادر في الدفع الشكلي.	113
أولا- طبيعة الحكم الصادر في الدفع الشكلي.	113
ثانيا- عدم استنفاذ المحكمة لولايتها في الدفع الشكلي.	113
المطلب الخامس: مدى تعلق الدفوع الشكلية بالنظام العام.	115
الفرع الأول: الدفع بعدم الاختصاص.	116
أولا- الدفع بعدم الاختصاص النوعي:	116
ثانيا- الدفع بعدم الاختصاص المحلي:	117
الفرع الثاني: الدفوع المتعلقة بالإحالة.	121
أولا- الدفع بالإحالة لوحدة الموضوع:	122
ثانيا- الدفع بالإحالة للارتباط:	127
ثالثا- الإحالة بالضم.	132
الفرع الثالث: الدفوع الشكلية المتعلقة بإجراءات وعوارض الخصومة.	134
أولا- الدفع بالبطلان المتعلق بمخالفة إجراءا ت الخصومة.	134

ثانيا- الدفع بالبطلان المتعلق بعوارض الخصومة.	144
المبحث الثالث: الدفع بالنظام العام دفع موضوعي.	151
المطلب الأول: مدلول الدفع الموضوعي.	151
الفرع الأول: المدلول التشريعي للدفع الموضوعي.	151
الفرع الثاني: المدلول الفقهي للدفع الموضوعي.	152
المطلب الثاني: مضمون الدفوع الموضوعية.	152
الفرع الأول: الإقرار والإضافة.	154
الفرع الثاني: الإنكار المجرد.	155
الفرع الثالث: الإنكار والإضافة.	156
المطلب الثالث: خصائص الدفوع الموضوعية وأهمية التمييز بينها وبين الدفوع الشكلية.	157
الفرع الأول: خصائص الدفوع الموضوعية:	157
الفرع الثاني: أهمية التمييز بين الدفوع الموضوعية والدفوع الشكلية.	157
المطلب الرابع: مدى تعلق الدفوع الموضوعية بالنظام العام.	159
الفرع الأول: الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص.	160
الفرع الثاني: الدفع بالنظام العام الاقتصادي.	160

الفرع الثالث: الدفع بالنظام العام الاجتماعي.	161
الفرع الرابع: الدفع بالنظام العام العمراني.	162
المبحث الثالث: الدفع بالنظام العام دفع بعدم القبول.	168
المطلب الأول: مدلول الدفع بعدم القبول.	168
الفرع الأول: مدلول الدفع بعدم قبول الدعوى في اللغة.	168
الفرع الثاني: المدلول الفقهي للدفع بعد القبول.	169
الفرع الثالث: المدلول التشريعي للدفع بعد القبول.	170
الفرع الرابع: المدلول القضائي للدفع بعدم القبول.	170
المطلب الثاني: التمييز بين الدفع بعدم القبول و باقي الدفوع.	171
الفرع الأول: من حيث ميعاد تقديم الدفع.	171
الفرع الثاني: من حيث العنصر الموجه إليه الدفع.	171
الفرع الثالث:من حيث الهدف من الدفع في حد ذاته:	172
الفرع الرابع: من حيث استنفاذ المحكمة لولايتها.	172
المطلب الثالث: مدى تعلق الدفع بعدم القبول بالنظام العام.	172
الفرع الأول: الدفوع بعدم القبول المتعلقة بالنظام العام.	172
الفرع الثاني: الدفوع غير مرتبطة بالنظام العام.	173
المبحث الرابع: الدفع بالنظام العام دفع ذو طبيعة خاصة.	175

المطلب الأول: النظام القانوني للدفوع المتعلقة بالنظام العام (خصائص الدفع بالنظام العام).	**175**
الفرع الأول: الدفع بالنظام العام يمكن إثارته في جميع مراحل الدعوى.	**175**
الفرع الثاني: الدفع بالنظام العام لا يمكن لأطراف الدعوى العدول عنه.	**176**
المطلب الثاني: التزام القاضي حيال الدفع بالنظام العام وشروط إعماله.	**176**
الفرع الأول: الدفع بالنظام العام يلتزم القاضي بإثارته من تلقاء نفسه.	**176**
الفرع الثاني: مضمون التزام القاضي بإثارة الدفوع المتعلقة بالنظام العام.	**178**
الفرع الثالث: الشروط الواجب توافرها لقيام القاضي بإثارة الدفوع المتعلقة بالنظام العام.	**179**
البـــاب الثـــــاني: الآثار المترتبة على الدفع بالنظام العام بين التشريع الوطني والقانون الـــــــدولي.	**181**
الفصل الأول: الآثار المترتبة على الدفع بالنظام العام في التشريع الوطني.	**182**
المبحث الأول: عدم الاختصاص.	**183**
المطلب الأول: مدلول الاختصاص القضائي.	**183**
الفرع الأول: مدلول الاختصاص.	**183**

أولا- مدلول الاختصاص في اللغة.	183
ثانيا- مدلول الاختصاص اصطلاحا.	184
الفرع الثاني: مدلول القضاء.	185
أولا- مدلول القضاء في اللغة:	185
ثانيا- مدلول القضاء في الاصطلاح:	188
الفرع الثالث: المدلول المركب للاختصاص القضائي.	191
المطلب الثاني: أهمية نظرية الاختصاص وحدودها.	191
الفرع الأول: أهمية نظرية الاختصاص.	191
الفرع الثاني:حدود نظرية الاختصاص.	192
المطلب الثالث: معايير توزيع الاختصاص القضائي.	194
الفرع الأول: المعيار الوظيفي.	195
الفرع الثاني: المعيار النوعي.	198
الفرع الثالث: المعيار القيمي.	199
الفرع الرابع: المعيار المكاني.	199
الفرع الخامس: المعيار الموضوعي.	200

الفرع السادس: المعيار الشخصي.	201
الفرع السابع: المعيار الزماني.	202
المطلب الرابع: التقدير القضائي لعيب الاختصاص.	202
الفرع الأول: طبيعة قواعد الاختصاص.	203
الفرع الثاني: التقدير القضائي لمسألة الاختصاص في شقه السلبي.	205
المبحث الثاني: البطلان.	210
المطلب الأول: مدلول البطلان الإجرائي و أنواعه.	210
الفرع الأول: مدلول البطلان.	210
ثانيا- المدلول اللغوي للبطلان.	210
أولا-المدلول القانوني للبطلان.	210
الفرع الثاني: أنواع البطلان الإجرائي.	211
المطلب الثاني : تمييز البطلان عن الجزاءات الشبيهة به.	212
الفرع الأول: البطلان والسقوط.	212
الفرع الثاني: تمييز البطلان عن الانعدام.	213
الفرع الثالث:البطلان والدفع بعدم القبول.	214
المطلب الثالث: الاتجاهات المختلفة في البطلان.	215
الفرع الأول: البطلان في القانون الفرنسي.	215
الفرع الثاني: البطلان في القانون المصري.	216
الفرع الثالث: البطلان في القانون الجزائري.	217

المطلب الرابع: العمـــل الإجرائي كمحل للبـــــطلان.	219
الفرع الأول: مدلول العمل الإجرائي.	219
الفرع الثاني: شروط العمل الإجرائي.	219
الفرع الثالث: عناصر العمل الإجرائي.	220
أولا- شكل العمل الإجرائي:	220
ثانيا- موضوع العمل الإجرائي:	221
المطلب الخامس: التمسك بالدفع بالبطلان.	222
الفرع الأول:حق التمسك بالدفع بالبطلان.	223
أولا- بالنسبة للبطلان المتعلق بالمصلحة الخاصة:	223
ثانيا- بالنسبة للبطلان المتعلق بالمصلحة العامة:	223
الفرع الثاني: مسقطات التمسك بالبطلان والتنازل عنه.	224
أولا- مسقطات التمسك بالدفع بالبطلان:	224
ثانيا- التنازل عن الدفع بالبطلان:	225
المطلب السادس: تصحـيح البطـلان.	226
الفرع الأول: التصحيح وحكمه في التشريع الجزائري.	226
أولا-التصحيح بتحول العمل الإجرائي.	227
ثانيا- التصحيح بانتقاض العمل الإجرائي.	228
ثالثا- تصحيح البطلان بالتكملة:	228
رابعا- إزالة البطلان بوقائع قانونية لاحقة:	228
الفرع الثاني: سلطة القاضي في إجراء التصحيح.	228

المطلب السابع: الحكـــم بالبـــطلان وآثاره.	229
الفرع الأول: الحكـــم بالبـــــطلان.	229
الفرع الثاني: أثار البـــــــــطلان.	231
المبحث الثالث: عدم دستورية القوانين.	232
المطلب الأول: الدفع بعدم الدستورية في الأنظمة الدستورية المقارنة.	233
الفرع الأول: الدفع بعدم الدستورية في الأنظمة الدستورية التي تأخذ بالرقابة القضائية.	233
الفرع الثاني: الدفع بعدم الدستورية في الأنظمة الدستورية التي تأخذ بالرقابة السياسية.	234
المطلب الثاني : تكييف طبيعة الدفع بعدم الدستورية.	235
الفرع الأول: الدفع بعدم الدستورية مسألة أولية موقفة للحكم في الدعوى.	235
الفرع الثاني: الدفع بعدم الدستورية مسألة فرعية موقفة لسير الدعوى.	236
المطلب الثالث: شروط قبول دعوى الدفع بعدم الدستورية.	239
الفرع الأول: الشروط الشكلية.	239
الفرع الثاني: الشروط الموضوعية.	240
المطلب الرابع: الآثار القانونية للدفع بعدم الدستورية على سير الدعوى الأصلية.	244
الفرع الأول: إلزامية التوقف عن السير في الدعوى الأصلية.	245

الفرع الثاني : الاستثناءات الواردة على وجوبية استمرار الجهة القضائية في السير في الدعوى الأصلية.	**247**
المطلب الرابع: إجراءات تصفية طلبات الدفوع بعدم دستورية القوانين.	**249**
الفرع الأول: التصفية على مستوى الجهات القضائية الدنيا.	**249**
الفرع الثاني: التصفية على مستوى المحكمة العليا أو مجلس الدولة.	**250**
الفرع الثالث: الأحكام المطبقة أمام المحكمة الدستورية.	**252**
الفصل الثاني: الآثار المترتبة على الدفع بالنظام العام في القانون الدولي.	**254**
المبحث الأول: عدم دستورية الاتفاقيات الدولية.	**255**
المطلب الأول: القيمة القانونية للاتفاقيات الدولية في الدساتير المقارنة.	**255**
الفرع الأول: مدلول الاتفاقيات الدولية.	**255**
أولا- التعريف الاتفاقي للمعاهدة:	**256**
ثانيا- التعريف الفقهي للمعاهدة الدولية:	**256**
ثالثا- الاصطلاحات المستخدمة لوصف المعاهدات الدولية:	**257**
الفرع الثاني: أنواع الاتفاقيات الدولية.	**258**
المعيار الأول: موضوع المعاهدة:	**258**
المعيار الثاني: عدد أطراف المعاهدة.	**258**
الفرع الثالث: المعالجة الدستورية للاتفاقيات الدولية.	**259**

المطلب الثاني: علاقة الاتفاقيات الدوليـة بأحكام القـانون الـداخلي.	**261**
الفرع الأول: التوافق بين مضمون الاتفاقيات الدوليـة واحكام القـانون الـداخلي.	**261**
الفرع الثاني: التنازع بين مضمون الاتفاقيات الدوليـة واحكام القـانون الـداخلي.	**263**
المطلب الثالث: تكريس القضاء لمبدأ علوية الاتفاقيات الدولية على أحكام القانون الداخلي.	**267**
الفرع الأول: علوية المعاهدات الدولية على القرارات الإدارية.	**268**
الفرع الثاني: خضوع الأحكام القضائية لمقتضيات المعاهدات الدولية.	**270**
الفرع الثالث: اتجاه الفقه نحو إقرار أفضلية تطبيق المعاهدات الدولية على القانون.	**272**
الفرع الرابع: علوية المعاهدات تقف عند حدود النص الدستوري.	**277**
المبحث الثاني: استبعاد تطبيق الاتفاقيات الدولية.	**279**
المطلب الأول: أثر التطبيق القضائي للمعاهدات على تطوير القواعد القانونية الدولية.	**280**
الفرع الأول: توحيد الحلول القانونية.	**280**
الفرع الثاني: جعل القاعدة الدولية قاعدة فعلية.	**282**
المطلب الثاني: شروط التطبيق القضائي للمعاهدات الدوليّة.	**284**

الفرع الأول: تثبت القاضي من وجود المعاهدة الدولية.	**286**
الفرع الثاني: نفاذ أحكام المعاهدات الدولية.	**299**
الفرع الثالث:مسألة المعاملة بالمثل.	**304**
المطلب الثالث: ارتباط آلية التحفظ بمسألة النظام العام.	**310**
الفرع الأول: مدلول التحفظ.	**311**
الفرع الثاني: شروط صحة التحفظات.	**312**
الفرع الثاني:آثار التحفظ.	**315**
المطلب الرابع :تقيد القاضي الداخلي بأسباب انقضاء وتعليق المعاهدات الدولية.	**317**
الفرع الأول: انقضاء أو تعليق تطبيق المعاهدات الدولية على أساس إرادة الدول الأطراف.	**319**
الفرع الثاني: انقضاء أو تعليق تطبيق المعاهدات الدولية على أساس الإرادة اللاحقة.	**323**
الفرع الثالث: انقضاء وتعليق تطبيق المعاهدات الدولية لأسباب خارجة عن إرادة الدول الأطراف.	**325**
المبحث الثالث: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي.	**334**
المطلب الأول: تحديد طبيعة القانون الأجنبي.	**334**
الفرع الأول: القانون الأجنبي عنصر من عناصر الواقع.	**334**

الفرع الثاني: القانون الأجنبي عنصر قانوني.	**336**
الفرع الثالث: موقف القضاء الفرنسي من دور القاضي في البحث عن مضمون القانون الأجنبي.	**338**
الفرع الرابع: موقف القضاء المصري من دور القاضي في البحث عن مضمون القانون الأجنبي.	**339**
المطلب الثاني: تحديد طبيعة آلية استبعاد القانون الأجنبي لمخالفة النظام العام.	**340**
الفرع الأول: تحديد مدلول فكرة النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص.	**340**
الفرع الثاني: تحديد طبيعة فكرة النظام العام في مجال العلاقات الدولية الخاصة.	**343**
أولا- النظام العام تطبيق لمبدأ أصلي:	**343**
ثانيا- النظام العام استثناء على المبدأ الأصلي:	**344**
المطلب الثالث: شروط إعمال آلية استبعاد القانون الأجنبي لمخالفة النظام العام.	**345**
الفرع الأول: وجود قانون أجنبي واجب التطبيق وفقا لقاعدة الإسناد الوطنية.	**345**
الفرع الثاني: أن تكون مخالفة النظام العام ذات أثر ملموس.	**346**
الفرع الثالث: توافر مقتضى من مقتضيات النظام العام.	**346**

الفرع الرابع: وجود رابطة بين النزاع المطروح ودولة القاضي.	**348**
الفرع الخامس: أن تكون المخالفة للنظام العام حالية.	**349**
المطلب الرابع: الآثار المترتبة على الدفع بالنظام العام.	**349**
الفرع الأول: الأثر السلبي للنظام العام.	**349**
أولا- الاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام:	**350**
ثانيا- الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام:	**350**
الفرع الثاني: الأثر الإيجابي للنظام العام.	**351**
أولا- البحث عن البديل في القانون الأجنبي ذاته- مذهب سافييني:	**352**
ثانيا-تطبيق القانون الأقرب للعلاقة:	**352**
ثالثا- تطبيق قانون القاضي:	**353**
المطلب الخامس: مدى اختصاص القاضي الوطني في رقابة احترام المعاهدات الدولية من قبل الدول الأجنبية.	**353**
الفرع الأول: إقرار اختصاص القاضي الداخلي بمراقبة مطابقة القانون الأجنبي للمعاهدة الدولية.	**354**
الفرع الثاني: رفض اختصاص القاضي الداخلي بمراقبة مطابقة القانون الأجنبي للمعاهدة الدولية.	**355**
الفرع الثالث: اجتهادات قضائية غير مستقرة.	**356**

خـاتمـــــــــــــــة.	**360**
قائمـــة المراجـــع:	**365**
الفـــــــــــــهرس.	**397**