وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد خيضر بسكرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

أطروحة مقدمة لنيل الدكتوراه في: الحقوق

تخصص: قانون عام

الموسومة بـ:

كفالة حق التقاضي بين المبادئ الدولية والتشريع الجزائري

من إعداد الطالب

الجومي عبد السلام

تحت إشراف

الأستاذ الدكتور : حوحو رمزي

أمام لجنة المناقشة المتكونة من:

الرقم	الاسم واللقب	الرتبة	المؤسسة	الصفة
01	فضيل خان	أستاذ	جامعة بسكرة	رئيسا
02	رمزي حوحو	أستاذ	جامعة بسكرة	مشرفا مقررا
03	مالك عليان	أستاذ	جامعة الجزائر 3	مناقشا
04	وليد كحول	أستاذ	جامعة قسنطينة	مناقشا
05	زرزور بن نولي	أستاذ محاضر "أ"	جامعة الطارف	مناقشا
06	زوليخة زوزو	أستاذ محاضر "أ"	جامعة بسكرة	مناقشا

السنة الجامعية: 2026/2025



﴿ٱقۡرَأۡ بِٱسۡمِ رَبِّكَ ٱلَّذِي خَلَقَ (1) خَلَقَ ٱلۡإِنسَٰنَ مِنۡ عَلَقٍ (2) ٱقۡرَأۡ وَرَبُّكَ ٱلۡأَكۡرَمُ (3) ٱلَّذِي عَلَّمَ بِٱلۡقَلَمِ (4) عَلَّمَ ٱلۡإِنسَٰنَ مَا لَمۡ يَعۡلَمۡ(5) ﴾.

سورة العلق.

إهداء

إلى روح المرحوم والدي الذي أخذ بيدي يوم دخولي المدرسة، وزرع فيّ حب العلم والمثابرة، رحمه الله وغفر له.

إلى والدتي الغالية، سندي الدائم ودعمي خلال مسيرتي الدراسية الطويلة، أمد الله في عمرها ، وجزاها خير الجزاء.

إلى جميع أفراد أسرتي الذين ساندوني بكل دعم خلال كافة الأطوار التعليمية عرفان بتضحياتكم.

إلى أساتذتي الأفاضل ...

إلى أصدقائي ...

الى كل من مد لي يد العون لأتمام هذ العمل .

أهديكم هذا العمل نظير جميل مساندتكم لي .



الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وبفضله وتوفيقه ينال المراد وتتحقق الغايات احمده سبحانه على ما أنعم به من عون وتيسير، أتاح لي إتمام هذه الأطروحة، وأسأله القبول والإخلاص في القول والعمل.

وأتوجه بأسمى عبارات الشكر والعرفان إلى أستاذي الفاضل الأستاذ الدكتور حوحو رمزي على إشرافه الكريم، وتوجيهاته السديدة، وصبره الجميل وتفانيه في متابعة هذا العمل منذ بدايته حتى اكتماله ، لقد كان نموذجا في الأخلاق والعلم والنبل الأكاديمي، فجزاه الله خير الجزاء وجعله من المقبولين ..

كما أتقدم بجزيل الشكر والامتنان إلى جامعة محمد خيضر ببسكرة ، وخاصة أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ،لما بذلوه من جهود في توفير بيئة علمية محفزة ساهمت في اختياري لهذا الموضوع بناءا على أعمال الملتقى الدولي التاسع: " الحق في التقاضي في الأنظمة المغاربية – المنشورة بمجلة الاجتهاد القضائي العدد التاسع مارس 2013.

ولا يفوتني أن أخص بالشكر والتقدير السادة الأفاضل رئيس وأعضاء لجنة المناقشة المحترمين، على تفضلهم بقراءة هذه الأطروحة، وتجشمهم عناء مناقشة آرائها وتقديمها وبما يتكرمون به من ملاحظات بناءة ومناقشات علمية تثري هذا العمل وتوجهه نحو مزيد منالدقة.

فلكم من الله الجزاء ومني الشكر والعرفان .

قائمة لأهم المختصرات:

1. باللغة العربية:

- ج ر ج ج : الجريدة الريسمية للجمهورية الجزائرية
- ج : جزء
- ك : كتاب
- دس ن : دون سنة نشر
- دب ن : دون بلد نشر
- دم ج : ديوان المطبوعات الجامعية
- ص : صفحة
- ط : الطبعة
- م : مجلة
- ع : عدد
- ع خ : عدد خاص

2. باللغة الفرنسية:

- **éd** : Edition.
- **L.G.D.J** : Librairie Générale du Droit et de Jurisprudence .
- **N°** : Numéro
- **P** : page

مقدمة

مقدمة

يُعدّ الاجتماع البشري نتيجة حتمية لحاجة الإنسان، بوصفه كائناً مدنياً بطبعه، إلى العيش ضمن جماعة يمارس في إطارها نشاطه وتبادل مصالحه، فلا يمكنه الانعزال عن بني جنسه مهما بلغ من الاكتفاء الذاتي الفردي. هذا الاحتكاك الدائم بين الأفراد يفضي بالضرورة إلى قيام علاقات متشابكة تتصادم فيها الرغبات وتتعارض المصالح، إذ يسعى كل شخص بطبيعته إلى تغليب مصلحته ولو على حساب غيره، مما يجعل النزاع ظاهرة ملازمة للحياة الاجتماعية.

ومع اختلاف المجموعات البشرية في كيفية التعامل مع هذه النزاعات، برز في المراحل الأولى أسلوب القوة كوسيلة لحسم الخصومات، غير أنّ التطور الاجتماعي أفرز حاجة ملحّة إلى وسائل أكثر مدنية، فمال الأفراد إلى الاحتكام إلى شخص يُرجع إليه الخلاف، ونشأت عبر الممارسة مجموعة من العادات والتقاليد تنظّم فض المنازعات، واكتسبت مع مرور الزمن حجية واحتراماً جعلاها واجبة الإتباع، ثم جاءت التعاليم الدينية اللاحقة لتكرّسها وتضفي عليها طابعاً شبه مقدّس لدى الجماعة.

ولم يكن منطق القوة بعيداً تماماً عن هذه التطورات، إذ انتقلت سلطة توقيع الجزاء من الأفراد إلى رئيس القبيلة أو الجماعة الذي احتكر، بفعل مركزه الاجتماعي ودهائه ونفوذه وربما إمكاناته المالية، الإشراف على استعمال الإكراه باسم الجماعة، غير أنّ هذه المرحلة لم تدم طويلاً، إذ مهّد هذا التحول لظهور فكرة التحكيم كآلية أرقى لتنظيم حسم النزاعات.

ومع تطور المجتمعات وظهور الدول في صورتها الحديثة، وما رافق ذلك من احتكارها لوسائل الإكراه المادي، أصبح من الضروري أن تبسط الدولة إشرافها على جميع النزاعات التي تنشأ داخل إقليمها، وأن تُنشئ مؤسسات متخصصة تُعنى بالفصل فيها.

فإقامة نظام قضائي فعّال يقتضي مراعاة جملة من الاعتبارات، في مقدمتها حماية سلطة الدولة وهيبتها وعدم السماح بالتشكيك فيها، إلى جانب تعزيز المبادئ القانونية التي تلتزم الدولة بصونها، وضمان احترام قواعدها التشريعية وتفعيلها في الواقع العملي بما يكفل حماية الحقوق القانونية للأفراد.

ومن هذا المنطلق، تتجلى مصلحة الدولة حتى في الحالات التي يتّجه فيها الأطراف إلى تعديل مراكزهم القانونية باتفاقات رضائية بإرادتهم ، إذ إن الطرق الودية لحل النزاعات – على غرار الصلح والوساطة– وإن كانت تقوم على تنازل متبادل للحقوق محل النزاع، إلا أنها تظل مرتبطة بمنظومة قانونية عامة تحكم مشروعيتها وحدودها.

لقد تطورت وظيفة الدولة، غير أنّها لم تترك الوظيفة القضائية برمتها لمشيئة الأفراد، لأن القضاء – إلى جانب الأمن والدفاع – يُعدّ من أهم مبررات وجود الدولة، وبفضله أصبح الأفراد يتمتعون بحماية جهاز قضائي يسهر على صون حقوقهم وحرياتهم.

ومع استقرار الدولة، تحوّلت وظيفة القضاء والفصل بين الناس إلى وظيفة عامة تمارسها الدولة بواسطة هيئات قضائية متخصصة، وأضحت سلطة إصدار الأحكام جزءاً لا يتجزأ من السيادة، ومظهراً أساسياً من مظاهرها ، وبالنتيجة أشرافها على جميع النزاعات التي تقع فوق إقليمها.

يُعدّ ضمان الحق في اللجوء إلى القضاء ركيزة أساسية لسيادة القانون، إذ يُمثّل هذا الحق الآلية الجوهرية لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم من أي انتهاك. فبدون ضمان فعّال لهذا الحق، تفقد الدولة شرعيتها القانونية، ويتحوّل النظام القضائي إلى مجرد إجراء شكلي عاجز عن تحقيق العدالة ، ولا يمكن لسيادة القانون الحقيقية أن تتحقق إلا إذا التزمت بتوفير قضاء مستقل قادر على جبر انتهاكات الحقوق، كما تؤكد ذلك الدساتير الحديثة ومبادئ حقوق الإنسان الدولية.

في السياق الديمقراطي، لا يُعتبر أي نظام حكم ديمقراطياً ما لم يُوفر لمواطنيه قضاءً قوياً يحميهم من تجاوزات السلطات العمومية ، مما يُعزز الثقة في المؤسسات ويمنع الانزلاق نحو الاستبداد، إن استقلال القضاء ليس ترفاً، بل شرط أساسي للتطور الديمقراطي، فهو بمثابة راعٍ للحريات العامة والخاصة، ويُرسخ مبدأ سيادة القانون فوق كل اعتبار.

ومع ذلك، ورغم أن القضاء مؤسسة عامة تضطلع بدور محوري في حماية الحقوق والحريات، فقد عرف في السنوات الأخيرة أزمة في قدرته على تحقيق العدالة في صورتها المنشودة؛ إذ أسهم تدهور البنى الاجتماعية وتفكك الروابط الأسرية والاجتماعية في تفاقم النزاعات، في مقابل تراجع الآليات غير الرسمية والرضائية التي كانت تمتص العديد من الخلافات قبل وصولها إلى القضاء.

وقد أدى هذا الوضع إلى تراكم القضايا أمام المحاكم، ما دفع المشرّع الجزائري إلى إعادة الاعتبار لمؤسسة الصلح واستحداث نظام الوساطة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، في محاولة للتخفيف من وطأة هذه الأزمة عبر إعادة تفعيل الأطر الرضائية لكن تحت رقابة القضاء.

وتزداد أهمية هذه المسألة في ضوء المكانة المحورية التي يحتلها الحق في التقاضي ضمن المنظومة الحقوقية المعاصرة، إذ اعتبرته دساتير الدول الحديثة حقاً أساسياً، ومنحته مواثيق وإعلانات دولية عديدة – مثل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية – مكانة متميزة بوصفه وسيلة جوهرية لضمان باقي الحقوق وصيانتها من الانتهاك.

كما كرّست الاتفاقيات الإقليمية هذا الحق، وأكدت على ضرورة تمكين الأفراد من الوصول إلى قاضيهم الطبيعي دون قيود تعسفية. وتتجسد أهمية كفالة الحق في التقاضي، خاصة في المسائل المدنية، من خلال عمق محتواه وتعدد مصادره، مما جعله محور اهتمام فقهاء القانون والباحثين الذين نظروا إليه باعتباره حقاً أصيلاً وغير قابل للتصرف، وأفردوا له دراسات وكتابات تناولت أسسه النظرية وطبيعته القانونية وقيمته الإنسانية.

غير أنّ البحث في ضمانات هذا الحق لا يقتصر على البعد النظري فحسب، بل يمتد إلى الجانب العملي الذي يقتضي عقلنة استعماله، واستشراف سبل توجيهه في المستقبل، وطرح البدائل الكفيلة بحمايته من الإفراط والتعسف، خصوصاً في ظل الأزمة التي تشهدها الأجهزة القضائية.

ومع انتشار الوعي القانوني واتساع الثقافة الحقوقية، تراجع الجهل بالقانون بين الأفراد، الأمر الذي انعكس في تزايد اللجوء إلى القضاء وازدحام جداول المحاكم بالقضايا، مما عمّق أزمة الحق في التقاضي وأثر في نوعية الأحكام وسرعة الفصل في النزاعات، وفرض على الدولة أعباء مالية إضافية لتشييد المقرات وتوظيف القضاة والموظفين لمواجهة هذا التدفق الكبير للقضايا، ولا سيما في ظل التحوّلات العميقة التي يعرفها العالم اليوم، من تسهيل التواصل وتحرير التجارة وما يرتبط بذلك من حاجة إلى السرعة والائتمان في التعاملات.

وفي مواجهة هذه التحديات، برزت ضرورة البحث عن مقاربات جديدة لمعالجة الأزمة التي تعترض ممارسة الحق في اللجوء إلى القضاء، ضماناً لفعاليته كحق من حقوق الإنسان، وتوجّه التفكير نحو اقتراح حلول من شأنها التخفيف من الضغط على الهيئات القضائية الرسمية.

وفي هذا السياق، يبرز أحد المحاور الأساسية المتمثل في مراقبة الممارسة السليمة والجادة للحق في التقاضي، من خلال التصدي لمختلف صور التعسف في استعماله، حيث ساهم الاجتهاد القضائي في بناء وتطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق في التقاضي، رغم غياب نص تشريعي خاص يحظر هذه الممارسات الإجرائية التعسفية.

فإساءة استعمال هذا الحق تتخذ صوراً متعددة، تتراوح بين رفع الدعاوى الكيدية أو التمسك بطرق الطعن دون جدية بهدف الإضرار بالخصم، وبين استغلال الإجراءات لإطالة أمد النزاع بلا مبرر مشروع، مما ينعكس سلباً على حسن سير العدالة ويضر بالمرفق القضائي والمتقاضين في آن واحد.

كما أن الخلل الذي أصاب الممارسة اليومية للحق في التقاضي، وما نجم عنه من إرهاق للمؤسسة القضائية، ساهم في تعزيز الدعوة إلى اعتماد بدائل ودية لحل النزاعات – كالصلح والوساطة – للتخفيف من العبء الواقع على عاتق القضاء، وتقديم حلول أكثر مرونة وسرعة تحفظ استقرار المعاملات والعلاقات الاجتماعية

والاقتصادية، وهو ما استجاب له التشريع الجزائري بإدراج هذه الآليات ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتحديثها في ضوء التحولات الاقتصادية والاجتماعية.

إن ضمان الحق في اللجوء إلى القضاء يشهد حالياً تطورين متوازيين: من جهة، إرساء هذا الحق وتكييفه مع التغيرات الاجتماعية السريعة، مثل تزايد النزاعات وتشعبها وازدحام جداول المحاكم بالقضايا، ومن جهة أخرى، من الضروري وضع رؤية جديدة لممارسة الحق ، تقوم على أقصى درجات الجدية لتجنب أي إساءة استخدام، مع دعمها بآليات بديلة مثل الوساطة والتحكيم لتسريع تسوية النزاعات دون إرهاق النظام القضائي.

هذا الحق يتعرض حاليا لضغوط شديدة، حيث يعاني النظام القضائي من زيادة النزاعات والإجراءات التي لا تنتهي، مما يمنع الفئات المهشمة من الوصول إلى القضاء، في حين أن الآليات البديلة تمثل حلاً فعالاً لتحسين الكفاءة مع الحفاظ على جوهر هذا الحق ف باعتباره حجر الزاوية في حماية كافة الحقوق وفي سيادة القانون.

لذلك، فإن هذا الواقع يدفعنا لمواجهة **الإشكالية المركزية** للدراسة كما يلي :

إلى أي مدى تُعزّز كفالة حق التقاضي فعاليته كآلية لتكريس الحقوق والحريات، في ضوء قيد عدم التعسّف في استعماله؟ ، وما مدى مساهمة الوسائل البديلة (الوساطة والصلح) في معالجة أزمته ؟.

تكمن أهمية الموضوع في ثراء مضمونه الفقهي والقانوني، لارتباطه الوثيق بقضايا مدنية جوهرية تُشكل حجر الزاوية في سيادة القانون ، فهو ليس مجرد حق إجرائي، بل ضمانة دستورية تجمع ببراعة بين البُعدين النظري والعملي ، نظريًا، يعتبره فقهاء القانون حقًا أصيلًا لا يُمكن التنازل عنه أو تقييده إلا في ظروف استثنائية، وقد خُصصت دراسات أكاديمية واسعة النطاق لبحث جوانبه الخلافية، كحدود التقاضي واستقلال القضاء، كما يتضح من أعمال الفقه الإسلامي، الذي يستند إلى مبدأ "العدل لله".

عمليًا يمتد تأثيره إلى تطوير سياسات قضائية رشيدة تعالج الأزمات المؤسسية، لا سيما في ظل تزايد الدعوات إلى مراجعة آليات التنفيذ في ضوء التحديات الراهنة، كعبء العمل على القضاة والدعوات الى عدم التدخل السياسي، وهذا ما يجعله ركيزة أساسية للإصلاح، يُعزز ثقة الجمهور في النظام القضائي.

ويتجلى ثراء مصادر الحق في اللجوء إلى القضاء في تنوع أصوله التاريخية والمعاصرة، بدءًا من تراث طويل من الفقه الإسلامي وصولًا إلى الدساتير الوطنية الحديثة، كالدستور الجزائري الذي يربط هذا الحق بسيادة القانون، أساس النظام السياسي.

يفتح هذا التنوع آفاقًا واسعة للدراسات المقارنة، التي تكشف عن التباينات بين النصوص النظرية وتطبيقها العملي، وفي السياق الراهن، تواجه المؤسسات القضائية تحديات هيكلية، كتراكم القضايا وضعف الأطر

الإجرائية، مما يجعل الحق في اللجوء إلى القضاء أداة استراتيجية لاقتراح إصلاحات هادفة تركز على التحديث الرقمي والتطوير المهني للقضاة، مع الالتزام التام بمبادئ المحاكمة العادلة.

لذا، يتجاوز هذا الموضوع النطاق النظري والأكاديمي ليصبح ضرورة عملية ملحة، تتطلب استعادة ثقة الجمهور في القضاء، الضامن الأساسي للحريات الفردية والجماعية، ويتجلى ذلك بوضوح في سياق التحولات نحو ديمقراطيات أكثر نضجًا، حيث يُقاس تقدم المجتمعات المدنية بقدرتها على ترجمة القانون إلى عدالة ملموسة وفعّالة ، ولذلكمن الضروري تطبيق سياسات إصلاحية تجمع بين تعزيز المؤسسات لتحويل الوعود الدستورية إلى واقع يعكس سيادة القانون حقًا.

كما يتميّز هذا الحق بأسبقيّته على غيره، إذ يُتيح لكلّ فرد الوصول إلى حماية قضائيّة عادلة تضمن المساواة والعدالة، وتُساهم في تعزيز الأمن والسلم الاجتماعيّين، في وقت تواجه فيه المحاكم ازدحامًا هائلًا بنزاعات متعدّدة أدّت إلى تطفُّل المطالبات غير الجادّة، أو الطعون الانتقاميّة، أو إجراءات المماطلة المتعمّدة دون أساس مشروع، مُلحقة الضرر بالمتقاضين والقضاء على حدّ سواء. وهذا الاختلال بدوره دَفَعَ إلى استكشاف بدائل وديّة مرنّة وسريعة، تُخفّف العبء عن القضاء وتُحافظ على استقرار المعاملات الاجتماعيّة والاقتصاديّة.

جاء اختيار الموضوع مدفوعًا بأسباب **شخصيّة** ترتبط باهتمام وتجربة مباشرة مع ممارسة هذا الحقّ الحيويّ، إلى جانب الحاجة لاستكشاف إشكاليّته المزدوجة بين تيسير الوصول إليه وبين الإفراط في استعماله أمام تنامي النزاعات، مع التركيز على **موضوعيّته** الناتجة عن ندرة الدراسات الجزائريّة السابقة؛ فقد ركّزت معظمها على الحقّ كمكتسب دستوريًّا وقانونيًّا، دون الخوض في قيوده وضوابطه لمنع الإساءة، مما يُبرز فراغًا يسعى هذا البحث لسدِّه من خلال ربط المرونة الإجرائيّة بالأزمة القضائيّة، واستعراض وسائل العلاج وفوائد الطرق الوديّة كبدائل للحدّ من التعسُّف.

وفيما يخص **الدراسات السابقة** ، فقد لقي موضوع ضمانات الحق في التقاضي اهتماما بالغا في الدراسات القانونية نظرا لطبيعته الحمائية لباقي الحقوق كحق دستوري مكفول للجميع، حيث ناقشت أسسه النظرية وطبيعته ومصادره وقيمه الإنسانية، مقتصرة على مرتكزاته كحق مكرس في القوانين الداخلية والدولية دون ربطها بالقيود المقيدة أو الانحرافات في ممارسته، ومن أهمها:

1- أمال الفزاريي كلية الحقوق جامعة الزقازيق، ضمانات التقاضي، دراسة تحليلية مقارنة، محاولة للتنظير العلمي .
2- أشرف اللمساوي ، كفالة حق التقاضي ، في الشريعة الاسلامية والمواثيق الدولية وموقف الرقابة القضائية الدستورية منها .

3- أحمد قطب عباس ، اساءة استعمال الحق في التقاضي ، بين النظام الاسلامي والانظمة القانونية.

4- عبد العزيز بن عبد الله عبد العزيز الصعب، التعسف في أستعمال الحق في مجال الاجراءات المدنية، أطروحة دكتوراه في العلوم الامنية ، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية كلية الدراسات العليا ، قسم العدالة الجنائية، الرياض.

5- غسمون رمضان، المؤسسة القضائية بين الوظيفة والسلطة، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه علوم، قانون عام، جامعة الاخوة منتوري قنسطينة، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2016-2017.

6- أنور أحمد أرسلان، كفالة حق التقاضي بين الحقوق والحريات، الديمقراطية بين الفكر الفردي والفكر الاشتراكي ، رسالة دكتوراه ، كلية جامعة القاهرة ، 1981.

7- ياسين شامي ، عشار غالم ، كفالة حق التقاضي في التشريع الجزائري .

8- عبد الله رحمة الله البياتي ، كفالة حق التقاضي، دراسة دستورية مقارنة .

9- عبد الغني بسيوني عبد الله، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي، .

10- نجيب أحمد عبد الله تابث الجبلي ، التعسف في استعمال الحق الاجرائي، . .

11- أحمد ابراهيم عببد التواب ، الاساءة في اجراءات التقاضي والتنفيذ، في قانون المرافعات المصري والفرنسي ، دراسة تأصيلية .

12- هناء عبد الحميد إبراهيم بدر ، حق التقاضي بين الضمانات والقيود الإجرائية ، من منظور العدالة والمساواة .

13- هناء عبد الحميد إبراهيم بدر، حق التقاضي بين الضمانات والقيود الإجرائية، من منظور العدالة والمساواة.

وعلى الرغم من الفائدة العلمية التي جنيتها من الدراسات السابقة التي تناولت ضمانات الحق في التقاضي أو إساءة استخدام هذا الحق من قبل المتقاضين – سواء من منظور دستوري، أو من وجهة نظر الاتفاقيات الدولية، أو من خلال الأسس النظرية لنظرية إساءة استخدام الحقوق – فإن معظم هذه الدراسات محدودة في نطاقها التحليلي باعتبار أن الحق في التقاضي حق مكرس .

فركزت أغلبها على إبراز الحق كحق دستوري مكفول، دون التطرق إلى تطبيقه العملي أو التوفيق بين حرية التقاضي وقيوده الإجرائية ، وقد اقتصرت اغلب هذه الدراسات على فحص الحدود القانونية لهذا الحق

دون التطرق الى القيود الحصرية المفروضة على ممارسته عندما ينحرف عن غرضه المشروع نحو إساءة استخدام العدالة أو عرقلة سيرها.

وعلى الرغم من القيمة العلمية المعتبرة للدراسات السابقة التي تناولت ضمانات الحق في التقاضي أو تعسف الخصوم في استعماله، سواء من زاوية الحماية الدستورية أو من منظور المواثيق الدولية أو من خلال التأصيل الفقهي لنظرية التعسف في استعمال الحق، فإنّ معظم هذه الأعمال لم تنطلق من واقع القانون الجزائري بشكل معمّق، أو اقتصرت على إبراز الحق في التقاضي كحق مكتسب ومكرّس في النصوص دون أن تقرن ذلك بدراسة ضوابطه وحدوده والقيود التي تُفرض على ممارسته متى انحرف عن غايته المشروعة.

كما أنّ قسماً معتبراً من هذه الدراسات اتجه إلى تناول الحق في التقاضي أو التعسف في استعماله كلٌّ على حدة، من دون الجمع بينهما في إطار تحليلي واحد يربط بين كفالة هذا الحق وضمان فعاليته من جهة، وبين ضرورة ضبطه والحد من إساءة استعماله من جهة أخرى، خاصة في ظل الدعوة إلى مراجعة تنظيمه على ضوء الأزمة التي تمر بها المؤسسات القضائية.

تُبرز هذه الفجوة في تلك الدراسات القانونية الحاجة المُلحة إلى إعادة صياغة منهجية تربط بين النظرية والتطبيق في السياق الجزائري ، إن الحق في اللجوء إلى القضاء، شأنه شأن أي حق أساسيي ، يتطلب توازناً دقيقاً بين تأمين أقمته وفي نفس الوقت منعه من أن يصبح أداةً للاستغلال أو هدراً للموارد القضائية.

في مواجهة التحديات المعاصرة، كانتشار الدعاوى القضائية غير المبررة أو توظيف التقاضي لأغراض سياسية أو شخصية، من الضروري استكشاف الضمانات القانونية والفقهية التي تحد من التجاوزات، مع الاعتماد على مبادئ العدالة الإجرائية لجميع الإطراف، لذا، تُسهم هذه الدراسة في سد هذه الفجوة من خلال تحليل معمق يجمع بين الأسس النظرية ومقترحات الإصلاح، بهدف تعزيز فعالية الحق في اللجوء إلى القضاء، وهو حجر الزاوية في سيادة القانون، دون المساس ببعده كحق أساسي.

ومن هنا برزت الحاجة إلى دراسة تجمع بين بعدين متكاملين: الأول يتعلق بتأصيل كفالة الحق في التقاضي واستجلاء مصادره ومضمونه في التشريع الجزائري على ضوء المعايير الدولية، والثاني يخص تقييد ممارسته بمنع التعسف فيه، وبيان دور البدائل الودية – وعلى رأسها الصلح والوساطة –لعلاج أزمته الوظيفية.

ترتكز منهجية البحث على توظيف مناهج متعددة تتناسب مع طبيعة الموضوع، وانسجاماً مع تشعبه واتساع دوائره، فتستند هذه الدراسة إلى منهجية مركّبة توظّف أكثر من منهج علمي، حيث يعتمد كل منها لتغطية جوانب محددة من دراسة ضمانات الحق في التقاضي والحد من إساءة استعماله والبدائل الودية.

المنهج المقارن: يعد الأمثل لاستكشاف ضمانات الحق في التقاضي من خلال مقارنة المعايير الدولية الواردة في الإعلانات والعهود والاتفاقيات الدولية التي تكرس هذا الحق، مع النصوص الدستورية والتشريعية الجزائرية مثل قانون الإجراءات المدنية والإدارية والممارسات القضائية ذات الصلة.

المنهج القانوني التحليلي: يركز به على تفكيك النصوص القانونية التي تحدد حدود ممارسة الحق في التقاضي، لا سيما المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري وقانون الاجراءات المدنية والادارية، مع تحليل نقدي للسوابق القضائية المرتبطة، وابراز حالات الاساءة وتاثيرها على سير العدالة وحقوق المتقاضين.

المنهج الوصفي التحليلي: يستخدم خاصة لدراسة دور البدائل الودية كالصلح والوساطة، من خلال وصف وتحليل القوانين المنظمة لها في قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري.

قد واجهت الدراسة، بحكم امتداد موضوعها إلى مستويات دولية ودستورية وتشريعية وقضائية، جملة من الصعوبات ، ويمكن تصنيف الصعوبات التي واجهت إنجاز البحث في فترة زمنية معقولة إلى موضوعية وشخصية، حيث تعكس الثانية تحديات الإدارة اليومية أما الأولى فترتبط بتعقيد الموضوع نفسه.

من **الصعوبات الموضوعية** تحديد حدود الدراسة لضمانات الحق في التقاضي، الذي يشمل نصوصا دولية ودستورية وتشريعية متعددة، حيث يستحق كل عنصر منها دراسة مستقلة كأطروحة دكتوراه، بالاضافة الى صعوبة التمييز بين المعلومات الأساسية والثانوية والدراسات السابقة لتحديد الفجوة البحثية التي تملأها الدراسة وتضيف قيمة علمية فريدة، وفي مرحلة اختيار الموضوع الأولية صعوبة ضبط نطاق الدراسة لتجنب التكرار أو التشعب الزائد الذي يعيق الإحاطة الكاملة به.

تكمن إحدى أبرز **الصعوبات الموضوعية** في دراسة ضمانات كفالة الحق في التقاضي في تحديد نطاقها بدقة ، اذ يشمل هذا النطاق مجالات واسعة، بما في ذلك النصوص الدولية والدستورية والتشريعية المترابطة، وكل عنصر منها يستدعي تحليلاً معمقاً قد يشكل أساساً لأطروحة دكتوراه متكاملة.

وتتفاقم هذه الصعوبة بسبب صعوبة التمييز بين المصادر الأولية والثانوية في الأدبيات القانونية الموجودة، مما يعيق تحديد الثغرات البحثية بدقة ، وعلاوة على ذلك، تتطلب مرحلة اختيار الموضوع الأولية تحديداً دقيقاً للنطاق لتجنب التكرار والاستطرادات المفرطة، التي تُضعف شمولية النقاش وتُشتت التركيز عن القضايا الجوهرية لهذا الحق .

أما **الصعوبات الشخصية** فتتمثل في إدارة الوقت والجهد بين الالتزامات المهنية والأكاديمية، مما أدى الى التسويف والتأخير في التقدم البحثي، وكذلك العودة الى الكتابة بعد انقطاعات ناتجة عن تضارب الالتزامات، مع صعوبة الحفاظ على روتين يومي منتظم للقراءة والكتابة، مما جعل الاستئناف والعودة عسيرا .

أما **الصعوبات الشخصية**، فتنبع أساسًا من تحدي التوفيق بين الوقت والجهد المبذولين في الالتزامات المهنية والأكاديمية، مما يؤدي إلى التسويف وتأخيرات كبيرة في عملية البحث ، علاوة على ذلك، فإن استئناف الكتابة الأكاديمية يتعثر بسبب الانقطاعات المتكررة نتيجة لتضارب هذه الالتزامات، فضلًا عن صعوبة وضع روتين يومي منتظم للقراءة والتحليل والكتابة ، وبالتالي، فإن استئناف واستعادة وتيرة بحث مستدامة شكل مهمة شاقة، تتطلب إرادة لأستمرار البحث والقراءة والكتابة .

ومع ذلك، يُرتقب أن تسهم هذه الدراسة في رسم بعض معالم مقاربة متوازنة بين مقتضيات كفالة الحق في التقاضي بما يضمن الحماية القضائية الفعالة للحقوق والحريات، وبين ضرورة وضع ضوابط لممارسته تحول دون إساءة استعماله وتعميق أزمة القضاء، وذلك عبر إبراز الدور التكميلي الذي يمكن أن تضطلع به البدائل الودية في التخفيف من حدة هذه الأزمة وتحقيق قدر أكبر من المرونة والسرعة في تسوية النزاعات، بما يحافظ في النهاية على الأمن والسلم الاجتماعي واستقرار المعاملات.

لتجاوب على الإشكالية المطروحة ولطبيعة الدراسة المتشعبة نتطرق لتأصيل مبدأ كفالة الحق في التقاضي في فصل تهميدي يقسم الى مبحثين :

الأول ماهية كفالة الحق في التقاضي الثاني مبررات كفالة حق التقاضي .

حيث يعرض هذا الفصل الإطار العام للدراسة ويرسم جسرا يربط بين العرض العام للمشكلة في المقدمة والتفاصيل المنهجية والتحليلية في الفصول اللاحقة وتتمثل وظيفة هذا الإطار في تحديد مجال البحث وطبيعته والسياق العلمي والقانوني الذي يندرج ضمنه مما يتيح فهم منطق بناء الأطروحة قبل الخوض في التفاصيل وذلك بالانتقال من العام إلى الخاص ومن العرض التمهيدي إلى المعالجة التفصيلية.

ولآجل التعمق في دراسة كفالة الحق نقسم صلب الموضوع الى **بابين:**

الباب الأول نتناول فيه مصادر ومضمون كفالة الحق في التقاضي ، ويتم تقسيمه إلى**فصلين الأول** مصادر كفالة الحق في التقاضي **والثاني** مضمون كفالة الحق في التقاضي وفي هذا الباب سنقوم بعرض هذا الحق الأساسي الممنوح قانونا لكل شخص طبيعي أو معنوي للحصول على حماية قضائية عادلة برصد مصادره الدولية والوطنية بما يمنع من الإخلال به أو تقييد الوصول الى القضاء بما يهدد هذا الحق في حد ذاته.

أما الباب الثاني نتطرق فيه لدراسة تقييد كفالة حق التقاضي بعدم التعسف فيه وأقرار بدائله الودية للتخفيف من أزمته ويتوزع على **فصلين** :

الأول منع التعسف في استعمال حق في التقاضي ببيان الاطار العام للتعسف في استعمال الحق كأساس نظري عام للتعسف في استعمال الحق في التقاضي ثم تفصيل عناصر التعسف في استعمال الحق في التقاضي للتقليل من الاسراف في اللجوء للقضاء بدون مسوغ جدي .

الثاني الطرق البديلة كخيار ودي كعلاج للتخفيف من أزمة التقاضي بهدف تسوية النزاعات بمنأي عن الإجراءات التقليدية مع الحفاظ على الرضى الطوعي لهذه الآليات.

وفي الختام ننتهي برصد الاستنتاجات المتولدة من هذه الدراسة الى جانب الاقتراحات المتوصل اليها.

الفصل التمهيدي:

تأصيل مبدأ كفالة الحق في التقاضي.

الفصل التمهيدي: تأصيل مبدأ كفالة الحق في التقاضي.

يقول عبد الرحمان ابن خلدون في مقدمته: "**العدل أساس الملك**" وبأن،"مهمة القضاء هي الفصل بين الناس في الخصومات حسمًا للتداعي وقطعًا للتنازع"، ومن حقوق الإنسان الأساسية التي كرستها العهود والمواثيق الدولية، حق كل فرد في اللجوء إلى القضاء لإقرار حقوقه وصونها من الغير1، وبذلك نخلص الى أنه لايمكن تجسيد هذه الغايات السامية الا بإقرار حق التقاضي.

فمن بداية تكوين التجمعات البشرية كان تحقيق العدالة مقصدًا منشوداً تسعى اليه النظم القانونية والقضائية، ولكن مع تطور وتداخل التعاملات والمصالح برزت عوائق متسجدة حتمت تنظيم التداعي والخصام وعالجت المشكل بطريقة علمية دقيقة ومنظمة، لاستيعاب ما يطرأ في حياة الناس من اصطدام في علاقاتهم وما يستشكل في عالم القانون.

إنّالحق في التقاضي من الحقوق الضرورية والأساسية للفرد داخل المجتمع، حتى يستطيع ان يعلم ما له من حقوق وما عليه من واجبات، ويعلم الجميع بان هناك قضاء يضمن المحاسبة، وإعطاء كل ذي حق حقه، وان لكل فرد من هذا المجتمع من حقه المثول امام هذا القضاء دون قيد او شرط .2

يرتبط الحق في التقاضي ارتباطا وثيقا بطبيعة الفرد، باعتباره الضامن والكفيل لجميع الحقوق الأخرى وبذلك اقرته الشرعة الدولية لحقوق الإنسان والدساتير والقوانين، لذلك فإنّ معظم التشريعات المقارنة، توليه أهمية قصوى من كافة الجوانب الإجرائية منها والهيكلية، ولقد شهد عصرنا هذا بزوغا متألقا لحقوق الإنسان، ولايزال في تصاعد واتساع ، فحقالتقاضي يشكل ضمانا بحد ذاته لحماية وجود وممارسة الحقوق الأخرى.3

وتستوجب دراسة كفالة الحق في القاضي، تحديد ماهيته(المبحث الأول)، ومبررات أقراراه، (المبحث الثاني).

---

1 رضا احمد المزغني،اللجؤ الى العدالة: المجانية والمساعدة، مجلة القضاء والعدالة ج 1، دار حامد للنشر والتوزيع الطبعة الأولى 2014، ص 233.

2 عبد الله رحمة الله البياتي، كفالة حق التقاضي، دراسة دستورية مقارنة، الطبعة الأولى 2002، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان وسط البلد، ص94.

3 عبد الله رحمة الله البياتي، كفالة حق التقاضي، دراسة دستورية مقارنة،ط 1 2002، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان وسط البلد، ص 07.

الفصل التمهيدي :ـــــــــــــــــــــتأصيل مبدأ كفالة الحق في التقاضي.

المبحث الاول: ماهية كفالة الحق في التقاضي.

مجال دراسة الحق في التقاضي كضمانة أساسية لجميع الحقوق الأخرى المعترف بها للأفراد، تتعلق بالنزاعات المتعلقة بالحقوق او بالالتزامات ذات الطابع المدني بالأساس أجمالا، وقبل الخوض في تبيان عناصرهذا الموضوع المهم والمتشعب، يستوجب الأمر الوقوف على الإطار العام لمدلول الحق في التقاضي من مختلف النواحي، ويكون من اللزوم تحديد مفهومه (المطلب الأول)، وطبيعته(المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الحق في التقاضي.

انتقل حق الدولة في إيجاد جهاز قضائي يسهر على فض النزاعات بين مواطنيها إلى حق محمي قانونا، وبات الفرد محصن بوجود جهاز قضائي يسهر على حماية حقوقه وبإمكانه الاحتماء به، وبذلك يستوجب تعريف هذا الحق (المطلب الأول)، وطبيعته(المطلب الثاني).

الفرع الأول: تعريف الحق في التقاضي.

لا يوجد في اللغة العربية ما يقابل مصطلح (حق التقاضي)، فهو مركب من كلمتين الأولى كلمة (الحق)، والثانية كلمة (التقاضي)1 ،الأمر الذي يستوجب تحديد مفهوم كل واحدة على حدا ثم الجمع بينهما للوقوف على التعريف القانوني للحق في التقاضي، ولإدراك مدلول الحق في التقاضي، يتطلب الأمرضبط تعريفه (أولا)، تعريف حق التقاضي في الشريعة والقانون (ثانيا).

أولا: ضبط تعريف كفالة الحق في التقاضي:

على الرغم من استقرار فكرة الحق لدى الغالبية العظمى من الفقهاء، من جهة وفي سائر القوانين من جهة أخرى، فان الخلاف مع ذلك موجود في القضايا التفصيلية فيه، ويرجع السبب في ذلك إلىصعوبة وضع تعريف محدد لظاهرة قانونية معينة، لاسيما إذا كانت هذا الظاهرة تتمتع بوصف التجريد الذي يجعلها تنطبق على حالات فردية لايمكن حصرها، وقد يرجع السبب الى كثرة الحقوق وتنوعها مع ما يميز كل منهاعلى الخصائص الموجودة في الأخرى.2

---

1 كريم خميس خصباك البديري، حق التقاضي في الدعوى الجزائية، مكتبة زين الحقوقية، ومكتبة السنهوري بغدادالعراق، ط 1 سنة 2013 ص 91.

2عمر فخري الحديثي، تجريم التعسف في استعمال الحق، بوصفه سببا من أسباب الاباحة، دراسة مقارنة، دار الثقافة عمان الأردن، 2011، ص 23.

الفصل التمهيدي :ـــــــــــــــــــــــتأصيل مبدأ كفالة الحق في التقاضي.

فكرة الحق قديمة قدم المجتمع، والواقع أنها فكرة معقدة، لذا تصدى الفلاسفة والفقهاء القانونيين لتعريف مصطلح الحق1، ولتعريف كفالةالحق في التقاضي، ينبغي ان نقف على المدلول اللغوي والفقهي .

1: كفالة الحق في التقاضي.

أ – **في اللغة** : كفالة والكافل والكفيل: الضامن.. وكفلها زكرياء، أي ضمنها أياه حتى تكفل بحضانتها، ومن قرأ : وكفلها زكرياء، فالمعنى ضمن القيام بأمرها، وكفل المال ضمنه2، ويقال ضمنت الشئ ضمانًا، كفلت وتكفلت به، فأنا ضامن وضمين3، حصن المكانة يحصن حصانة، فهو حصين، والحصن كل موضع لا يوصل الى ما في جوفه، ويقال تحصن الفرد بالشيء أي احتمي به 4.

ب– اصطلاحا: تعني ضمان تمكين الأفراد من اللجوء الى القضاء للمطالبة بحقوقهم أو الدفاع عنها، دون عوائق غير مشروعة .5

2 : الحق.

أ–الحق لغة: فالحق لغة كما عرفه إبن منظور في مؤلفه لسان العربّ الحق : نقيض الباطل، وجمعه حقوق، وليس له بناء أدني عدد، ... حق الأمر يحق، ويحق حقا وحقوقا، صار حقاً وثبت.6

والحق لغة أيضًا ضد الباطل، والحق مفرد وجمعها حقوق، واصلها في لغة العرب يرجع إلى الوجوب والثبوت، وحق الأمروحقوقا: صح وثبت ويقال يحق عليك أن تفعل كذاوكذا، بمعني يجب عليك فعله، والحاقة هي القيامة لان بها حوق الأمور، وحاقه بمعنى خاصمه . وادعى كل واحد منهما الحق فاذا غلبه قيل: حاقه والتحاق هو التخاصم والاحتقاق هو الاختصام.7

---

1 مجد العنكبي، فكرتا المصلحة والحق ، مجلة الدراسات القانونية، بيت الحكمة ، بغداد العدد الاول ، سنة أولى، ص 37

2 ابن منظور لسان العرب، مرجع سابق الفصل العاشر، ص 481.

3عبد المنعم نعيمي، الضمانات الدستورية لاستقلالية القاضي بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية،جامعة الحاج لخضر باتنة، 2005–2006، ص 2، عن الجوهري: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، ج 6، ص 18، مجمل اللغة، مج 1، د2 ص 566.

4 أبن منظور، لسان العرب، المجلد الثالث عشر: نشر دار صادر بيروت 1994، ص 119.

5 دكتور عبد الغني بسيوني عبد الله، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص. 77.

6 انظر لسان العرب لابن منظور، المجلد العاشر، دار صاد ودار بيروت للطباعة والنشر، بيروت 1976، ص 49.

7 محمد بن ابي بكر عبد القادر الرازي – مختار الصحاح – ط 1 دار الرسالة الكويت 1983، باب الحاء مع القاف ص 146 و147.

ب – الحق شرعا.

لايخرج تعريف الحق عند الحق شرعًا فهو اسم من أسماء الله تعالى ومن صفاته، كما جاء في قوله تعالى " الله الملك الحق "1 وبمعنى ضد الباطل " ولا تلبسوا الحق بالباطل"2 بمعنى الثبوت "لقد حق القول على أكثرهم فهُم لاَ يُؤمنُون" 3 "إنّاأنزلناَ عليكَ الكتابَ للنّاس بالحَق "4، والوَزن يومَئذاً الحق"5، كما الحق بمعنى الصدق، "نزلَ عليكَ الكتاب بالحَق"6 كما عرف الحق فقهاء الشريعة بأنه : (مصلحة مستحقة شرعاً)7 .

والحق في التقاضي في الشريعة الإسلامية أحتوى تعريف القضاء معنى التقاضي، فيرد بمعنى المحاكمة والحكم بين الخصمين، والإلزام والقطع في الأمور والفصل فيها والحكم بين الناس، حيث ورد في تعريف الحنفية، بأنه الفصل بين الناس في الخصومات حسما للتداعي وقطعًا للنزاع بالأحكام الشرعية، من ذلك يتبين أن التقاضي هو وضع القضاء موضع التطبيق، ووسيلته أنما هي الدعوى التي يتقدم بها المدعي الى القاضي ليفصل فيها بحكم ملزم يوضع موضع التنفيذ8 .

ولايخرج عن هذا المعني، على انه ما يثبت للإنسان بمقتضى الشرع من أجل مصالحه، ويرد على كل عين أو منفعة يكون للإنسان الحق في المطالبة بها، كما عرفه أيضا بأنه قدرة أثبتها الشرع للشخص والمجتمع، أو لجهة حكمية على الاستئثار بمصلحة شرعية . 9

4– في القانون الوضعي :

انعكست الاختلافات بين المذاهب السياسية والاقتصادية على مجال القانون وهو ما اثر أيضا على تعريف فكرة الحق وتحديد جوهره وكذا تحديد مضمونه، فمنهم من اهتم بصاحب الحق، (المذهب الشخصي)، ومنهم

---

1 سورة طه،الاية114.

2 سورة البقرة،الاية42.

3 سورة يس،الاية 07 .

4 سورة الزمر ،الاية:41.

5 سورة الأعراف،الاية: 08 .

6 سورة سورة آل عمران،الاية: 03 .

7 كريم خميس خصباك البديري، مرجع سايق، ص 93 .

8 أحمد قطب عباس، إساءة استعمال الحق في التقاضي، بين النظام الإسلامي والانظمة القانونية دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2006، ص 51 .

9 نجيب أحمد عبد الله تابث الجبلي، التعسف في استعمال الحق الاجرائي، المكتبة الجامعي الحديث صنعاء اليمن 2006، ص 10.

من ركز على محل الحق (المذهب الموضوعي)، بينما سلك فريق ثالث اتجاهًا وسطًا ادمجفيه الاتجاه الشخصي والموضوعي، وظهر أخيرًا مذهب حديث، نستعرضها كما يلي:

أ _ الاتجاه الشخصي.

يعتبر الاتجاه الشخصي من أقدم المذاهب في تعريف الحق، ويسمى بالنظرية الشخصية التقليدية، أو نظرية الإرادة1،أي إن الحق هو سلطة الإرادة، وعرف أصحاب هذه الرأي الحق بأنه القدرة أو السلطة الإرادية التي يخولها القانون لشخص من الأشخاص في نطاق معلوم2 .

والحقيقة فأن هذا التعريف يعتمد على المذهب الفردي وما يتفرع عنه من سلطان الإرادة الذي يقتضي بأن إرادة الشخص هي التي تملك خلق الحقوق بالقول بان الحق قدرة إرادية يتنافى مع ما هو متسق في كل الشرائع من إن لعديمي الإرادة حقوق كما لحائزيها سواء بسواء، كذلك قد يكتسب شخص الحقوق دون علمه كالغائب مثلاً3، فأصحاب هذا الرأي ينظرون للحق من خلال صاحبه، فهم يرون بان الحق صفة تلحق بالشخص فيصبح قادرا على الاتيان بأعمال معينة، فهو قدرة إرادية4.

يتزعم هذا المذهب الفقيه سافينيSAVIGNY، وينظر للحق من منظور شخصي، أي بالنظر لصاحب الحق، فيعرفه "بأنه قدرة أو سلطة إرادية تثبت للشخص يستمدها من القانون " 5، ويرى بذلك سافينيإلىإنالإرادة هي التي تنشأ الحق، وتعدله وتنهيه .

ويرى البعض بأن زعماء هذا المذهب وهم سافينيsavigny، وندشايد، windscheid ، قد قاما دفاعا عن مصلحة الأفرادخلال النصف الأول من القرن التاسع عشر، ثم مصالح الرأسمالية بعد إن علا شأنها في الاقتصاد الألماني منذ النص الثاني من القرن العشرين .6

وقد وضح وندشايد، windscheidهذا الاتجاه حيث يقول في طبعاته المتتالية لموسوعة (البنديكت)، أن الحق سلطة ارداية أو سلطة سيادية يتعرف بها النظام القانوني، فالنظام القانوني تجاه مضمون ثابت لإرادة معينة يفرض على الإرادات المضادة لصاحب الحق أن تحترم هذا المضمون، وكان مؤدى هذا الاتجاه أن

1كريم خميس خصباك البديري، مرجع سابق، ص94.

2 حسن كيره أصول القانون، القاهرة مصر 1957، ص 553.

3 نحيب احمد عبد الله تابثالجبلي، التعسف في استعمال الحق الاجرائي، مرجع سابق، ص 11.

4 عمر فخري الحديثي، تجريم التعسف في استعمال الحق، بوصف سببا من أسباب الاباحة، دراسة مقارنة، دار الثقافة للتوزيع والنشر عمان الأردن،2015، ص 24.

5 زواوي فريدة، المدخل للعلوم القانونية كلية الحقوق والعلوم الإدارية جامعة الجزائر، CEDOC ، بدون تاريخ، ص 05.

6 شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق، طبيعته ومعياره في الفقه والتشريع والقضاء، درا الشروق 1998 ص 65.

حدد سافيني فكرة الملكية بأنها "سلطان غير محدد لشخص على شيء، مقصور عليه دون غيره1، وقد وجدت الملكية مفهومها في ظل هذا الاتجاه، فهي حق التمتع والتصرف في الأشياء، بطريقة مطلقة إلى أقصى إطلاق ، كما إن لسلطان الإرادة دوره الأول في أنشاء الالتزام وتحديد مضمونه، وتأسست نظرية العقد على هذا المبدأ المطلق .

إلا أن هذه النظرية انتقدت، بأنه قد يثبت الحق دون دخل للإرادة، كالمجنون، والصبي غير المميز، والجنين...، وأحيانا حتى دون علم الشخص كالغائب والوارث.

ب _ الاتجاه الموضوعي.

تعتمد هذه النظرية على معيار ما يسمى بالنظرية الموضوعية او نظرية المصلحة، ويعرف الحق بالاستناد إليها على أساس موضوع الحق أوالمصلحة، فيعرف الحق بأنه "مصلحة يحميها القانون" 2.

وتزعم هذا الاتجاه الفقيه الألماني "اهرينغ"، الذي كان من أشد المهاجمين لنظرية الإرادة في تعريف الحق وتحديد مضمونه، حيث يرى قبل كل شيء أن الحقيقة التي يتضمنها الحق ليست هي الإرادة وإنما المنفعة، فالأطفال والمجانين لديهم الحقوق، ورغم عدم وجود إرادة لأي منهم فاستعمال الحق وحمايته ليس إلا مظهر شكليا وتأكيدا لموضوعه أما حقيقته في المصالح المحمية قانونا 3.

ينظر هذا الاتجاه للحق من حيث موضوعه وليس بالنظر لشخص صاحبه ، كما تعرف هذه النظرية بنظرية المصلحة ، وعرف اهرينع الحق بأنه "مصلحة يحميها القانون"4 وبحسب هذه النظرية، فان الحق يتكون من عنصرين ، الأول جوهري هو المصلحة، وعنصر شكلي، وهو الحماية القضائية المتمثلة في الدعوى ، والتي بواسطته يمكن للفرد صاحب الحق الدفاع عن حقه، وقد تأثر جانب من الفقه الحديث بهذا الاتجاه في تعريف الحق ، وتحديد مضمونه ، فيرى الأستاذ الدكتور السنهوري، ان المال في نظر القانون يتكون من حقوق، والحق في المعاملات مصلحة ذات قيمة مالية يقرها القانون للفرد وهو إما حق عيني أو حق شخصي.5

غير أن هذه الاتجاه لم يصمد أيضا من الانتقادات التي جوبها بها ومنها بأنه لم يعرف الحق بجوهره وإنما بالمقصود منه، ولا ينبغي الخلط بين الحق وغايته، فالحق ما هو إلا وسيلة لتحقيق المصلحة وليس جوهر الحق هو المنافع التي يحصل عليها صاحبه.6

---

1 شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق، طبيعته ومعياره في الفقه والتشريع والقضاء، مرجع سابق، ص 66.

2 عمر فخري الحديثي، تجريم التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق ص 25.

3 شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق،مرجع سابق ص 67 .

4زازوي فريدة، المدخل للعلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية،جامعة الجزائر، مرجع سابق ص 06 .

5 كريم خميس خصباك البديري، مرجع سابق،ص 95 .

6 عمر فخري الحديثي، تجريم التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق ص 26 .

ج _ النظرية المختلطة.

بفشل المذاهب والاتجاهات السابقة، لكثرة الانتقادات التي وجهت لها، برز هذا الاتجاه لتفاديالانتقادات التي وجهت إلى النظريتين الشخصية والموضوعية، وأبرز من يمثل هذا الاتجاه جلنك (jellinck)، وسالي (saleilles) وميشو (Michoud)، وفرارًا (Ferrara)، ويجمع بين الاتجاهين السابقين فينظر الى الحق من خلال صاحبه وموضوعه معا، لذلك يسمى بالمختلط لجمعه بين فكرتي القدرة الإرادية والمصلحة1.

يعرف أنصار هذه النظري الحق،بأنه سلطة إرادية، وهو في ذاته مصلحة يحميها القانون، فيعرف الحق بالقدرة الإرادية المعطاة لشخص في سبيل تحقيق مصلحة يحميها القانون، وهي محاولة لإصلاح ما ذهب اليه اهرينغ من اعتبار الحق مصلحة، واعتبار الإرادة خادمة للحق وإمكان استبعاد الإرادة كلية .

وقد نادي جانب من الفقه الفرنسي بهذا الاتجاه، فيعرف الأستاذ هنري كبيتان capitant ، الحق الشخصي بأنه مصلحة مادية أو أدبية محمية بواسطة القانون الذي يمنحها لشخص إزاء سلطة إجراء التصرفات الهامة او الأساسية لإشباع او تحقيق هذه المصلحة 2.

كما تزعم الفقيه الإيطالي ferrara ، هذه الاتجاه في الفقهالإيطالي، ولكنه غلب عنصر المصلحة على الإرادة في تحديد مضمون الحق ، أذا يرى ان القانون بصفة غالبة لايحمي الإرادة المطلقة،وأنما يحميها اتجاه ما تبحث عن تحقيقه من مصلحة، وهذا منظقي مع النتيجة التي يؤدي إليها القانون وهي قوة الإرادة المتجهة نحو إشباع مصلحة محمية بواسطة الحق، وليس العكس، فالحق ليس إلا مصلحة محمية بواسطة قدرة أو سلطة الإرادة 3.

وقد وجهت لهذه النظرية الانتقادات التي وجهت للنظريتين السابقتين.4

د _ النظرية الحديثة.

نتيجة لما لاقته النظريات السابقة من انتقادات، ظهرت النظرية الحديثة، وقد تزعمها الفقية البلجيكي، "DABIN"، وبذلك حاول الفقه الحديث، ان يعرف الحق تعريفًا يكشف عن خصائصه المميزة له، وعرفه "دابان"، بأنه: " ميزة يمنحها القانون لشخص ما وتحميها طرق قانونية، وبمقتضاها بتصرف الشخص متسلطا

1 توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية، مؤسسة الثقافة القانونية، ط 2 القاهرة د س ن ، ص 449

2 شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق ، مرجع سابق ص، 79.

3شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق ، مرجع سابق ص ، 80 .

4 محمدي فريدة (زواوي) ، المدخل للعلوم القانونية ، مرجع سابق ص 10 .

على مال معترف له به، بصفته مالكا له، أو مستحقاً له... "1 ، فيكون لذلك الشخص ميزة أو مكنة يسندها له القانون ويضفي عليها حمايته، وبذلك خلص دابان بأن العناصر التي يتكون منها الحق تنحصر في ضرورة وجود الاستئثار والتسلط، ومنها يلتزم الكافة باحترام استئثار صاحب الحق، وتسلطه، ويكون له ان يطالب باحترام حقه 2، كما انتهي الدكتورتوفيق حسن فرج الى ان الحق بأنه استئثار بشيء أو بقيمة استئثار يحميه القانون.3

ويقوم هذا الرأي على أربعةعناصر:

1. **الاستئثار:** فجوهر الحق هو الاستئثار بقيمة معينة، قد تكون مالية، أو في عمل، وقد تكون غير مالية مثل الحرية وسلامة الجسم، وكذلك الأشياء المعنوية من نتاج الذهن مثل أفكار المؤلف.
2. **التسلط:** ويقصد به القدرة على التصرف، فهو كفالة مباشرة السلطات اللازمة لتحقيق الاستئثار.
3. احترام الغير للحقوق .
4. الحماية القانونية.4

والحقيقة فان الفكر القانوني لم يعرف خلافا حول معني كلمة "الحق" التي تعددت مجالات استعمالها، وازدحمت التعريفات التي أعطيت لها، تبعا للخلفية الأيديولوجية والفلسفية التي يتم الانطلاق منها، فبحسب المذهب الاجتماعي فان الفرد لا يستمد حقوقه إلا من الجماعة، فالحق عندهم ليس سلطة بل مصلحة يحميها القانون، بينما معتنقي المذهب الفردي فبرؤيتهم أن الفرد هو غاية المجتمع وأساس لكل تنظيم قانوني، لأنه يتمتع بحقوقه الطبيعية السابقة على قيام الجماعة المنظمة، فحصروا وظيفة القانون في الكشف عن الحقوق الطبيعية وتمكين الفرد منها، وبين الرأيين تصدى آخرون معرفين الحق بأنه قدرة إرادية منحت للفرد لتحقيق مصلحة يحميها القانون، أي مصلحة محمية، كما تم تعريف الحق بانه قدرة على السلوك بصور معينة ، يمنحها القانون ويحميها تحقيقا لمصلحة يقرها القانون 5.

---

1 جابر إبراهيم الراوي، حقوق الانسان وحرياته الأساسية في القانون والشريعة الإسلامية، دار وائل للطباعة والنشر، ط 1 عمان 1999 الاردن، ص 160.

2 توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، مؤسسة الثقافة القانونية، ط 2 القاهرة دونسنة، ص 161 .

3توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص 162 .

4 عمر فخري الحديثي، تجريم التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق ص 28 .

5معجم القانون، مجمع اللغة العربية، مصر الهيئة العامة لشؤون المطابع الاميرية القاهرة 1999 ، ص 83.

4 _ معنى التقاضي.

أ – لغة : التقاضي مصطلح مأخوذ من الفعل الثلاثي (قضى)، والقضاء لغة يعني الحكم والفصل والقطع ، وأما فكلمة القضاء لغة، مصدر وجمعها اقضية ، وفعلها قضى يقضي أي حكم 1 ، وهو الحكم ، وقضى أي قضيت الشيء .

وقد أطلق معنى القضاء في اللغة أيضا على عدة معاني، من أهمها ما يلي :

بمعني الأمر : كقوله تعالى (وقضَى ربُّك ألاَّ تعبدوا الا أياهُ) سورة الاسراء الآية 23..

بمعنى الأداء والانهاء:(فاذا قضَيتم مناسكُكم) سورة البقرة الآية 200،(وقضينا اليه ذاك الأمر)، سورة الحجر الآية 66 .

بمعنى الهلاك والفراغ : فوكزه موسى فقضَى عليه) سورة القصص الآية 15، (فمنهم من قضا نحبه) سورة الاسراء الآية 23 .

بمعنى الصنع والتقدير: (فقاضهُن سَبع سمَوات في يومين)، سورة الأحزاب الآية 23.

والقضاء الحكم واصله قضاء لأنه من قضيت والجمع الاقضية أو القضايا، وقاضاه إلى الحاكم مقاضاة أي رافعه اليه، وحاكمه على مال ونحوه، واقتضى الدين وغيره، افتضاه: طلبه2 والقاضي القاطع للأمور المحكم لها، الذي يقضي بين الناس بحكم الشرع 3 .

ب _ شرعًا :

أما مفهوم القضاء شرعا فانه يرد على وجود كثيرة منها الوجوب والوضوح، كما في قوله تعالي:(قضى الأمر الذي فيه تستفتيان)4، وبمعني الحكم، كما في قوله تعالى، (فاقضي ما أنت قاض) 5، وقوله تعالى، (والله يقضي بالحق)6 ، ويرد أيضًا لفظ القضاء بمعاني عديدة، وقد اختلف الفقهاء حول تعريف القضاء في الاصطلاح الشرعي فعرف بأنه : (إنهاء الخصومات وقطع المنازعات على وجه خص) 7،.

1محمد الزحيلي، تاريخ القضاء في الإسلام، دار الفكر دمشق سوريا، الطبعة الأولى، 1995 ، ص09 .

2 هناء عبد الحميد إبراهيم، مرجع سابق، ص13 .

3ابن منظور، لسان العرب دار بيروت للطباعة والنشر، بيروت 1968، ص 47 و 49 .

4سورة يوسف الآية: 41 .

5سورة طه : الآية 72 .

6سورة غافر : الآية 20 .

7الفقيه ابن عابدين الحنفي ، حاشية رد المختار على الدار المختار ج5 ، ط2 مطبعة مصطفى الحلبي ، 1386 ، ص 352.

وعرفه فقهاء الشافعية بقولهم : (القضاء هو فصل الخصومات بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى)، وقالوا أيضا: (هو إمضاء الشيء وإحكامه)، وعرفه ابن راشد المالكي وهو من تلاميذ مدرسة العلم الفقهي ، الإمام مالك بأنه : (الأخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام)1،ونقل هذا التعريف ابن فرحوم ووافقه عليه2 .

وعرفه العلامة قاسم من تلاميذ الإمام الأعظم أبو حنيفة النعمان بأنه (أنشاءالإلزام في مسائل الاجتهاد المتقاربة فيما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا)، وعرفه فقهاء الحنابلة بأنه (الإلزام بالحكم الشرعي وفصل الخصومات) .3

كما يرد القضاء بمعنى المحاكمة والحكم بين الخصمين، والإلزام والقطع في الأمور، والفاصل فيها والحكم بين الناس، وهي معاني تدل على الحكم في دعوى بين طرفينأوأكثر وقطع هذه النزاع بحكم فاصل وملزم 4 .

فرغم تقارب هذه التعاريف فأنها اجتمعت على إن القضاء هو : (إلزام المتخاصمين بالحكم الشرعي والتنفيذي عليهم)5 ، ويؤيد البعض ما سبقه اليه غيره ، في تعريفهم للقضاء: (بأنه فصل الخصومات وقطع المنازعات بالحكم الشرعي على وجه مخصوص).6

وهذا التعريف يخصص الفصل في المنازعات بين الخصوم، دون تضمين باقي الولايات مثل الامامة والافتاء وغيرها من الولايات، وينصرف الأمر هنا الى فصل القاضي فيما شجر بين الخصوم بما أمر الله به وأقره الشرع .

أما التقاضي، هو ما يقع من إجراءات أمام أجهزة منظمة تنظيما قضائيا ومعدة أساسا لممارسة الوظيفة القضائية، وتقوم هذه الأجهزة وفق ما توفره من ضمانات اتجاه المتقاضين.

ومن المؤكد ان حق التقاضي من الحقوق الطبيعية للإنسان وان لكل فرد وفع الاعتداء على حق من حقوقه، بان يلجأ الى القضاء لرد ذلك الاعتداء والانتصاف لنفسه ممن ظلمه وسلبه حقه.7

---

1 هاني محمد كامل المنايلي، السلطة القضائية في النظام الإسلامي ، دار الكتب القانونية ، ودار شتات للنشر والبرمجيات مصر 2010 ص 20 .

2 محمد الزحيلي ، تاريخ القضاء في الإسلام ، دار الفكر المعاصر بيروت لبنان ، ودار الفكر دمشق سورية ، ط 1، 1995، ص 11.

7 هاني محمد كامل المنايلي، السلطة القضائية في النظام الإسلامي ، مرجع سابق ، ص 20 و 21 .

4 احمد قطب عباس ، اساءة استعمال الحق في التقاضي ، مرجع سابق ص 49 .

5 عباس العبودي، تاريخ القانون ، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن ، ط 6 2017 ، ص 264.

6هاني محمد كامل المنايلي ، السلطة القضائية في النظام الإسلامي ، مرجع سابق ص 22 .

7 عبد الغني بسيوني عبد الله ، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان ط 2 2001 ص 31 .

الفصل التمهيدي :ـــــــــــــــــــــــتأصيل مبدأ كفالة الحق في التقاضي.

لا يوجد في اللغة العربية ما يقابل مصطلح (حق التقاضي)، فهو مركب من كلمتين، الأول (الحق)، والثانية (التقاضي)، مما يتطلب منا تحديد مفهوم كل منهما على حدي، ثم دمعهما لادرك المعني القانوني لحق التقاضي.1

أما التقاضي فأصلها مشتقة من قضى أي قطع وفصل، والقضاء هو القطع والحكم في الأمر، ويقال أقتضيت مالي أي قبضته واخذته.

اصطلاحا فحق التقاضي، هو حق الشخص أو المجموعة أو الدولة في اللجوء إلى القضاء أي المحاكم المختصة المنتصبة في الدولة أو خارجها للفصل في القضايا والنزاعات التي يمكن أن تنشأ بين المواطنين.

ولئن كان هذا الحق يشمل في الواقع كل الأشخاص طبيعية كانت أو معنوية كالشركات والجمعيات والدول طالبين كانوا أو مطلوبين، فإنه من واجبنا الاقتصار على الصنف الثاني من الأشخاص والتعرض لحق التقاضي بالنسبة للأفراد في إطار حقوق الإنسان.

وقد **عرف** الحق في التقاضي بانه " حق الشخص باللجوء الى القضاء طالبا الحماية له ، أو مصلحة أو مركز قانوني، وطالبا رد الاعتداء عليه ،أو استرداده اذا سلب منه.2 وعرف أيضا بانه حق الانسان في الالتجاء الى القضاء ليعرض عليه ادعائه عن طريق الدعوى 3.

وعرفه جانب من الفقه بانه يعني ان لكل شخص في الدولة حق المطالبة امام القضاء بالحماية القانونية ، وأن له حق الدفاع عما يطلبه او يطلب منه أمام المحاكم .4 وعرفه اتجاه آخر بانه تلك المكنة او السلطة أو الرخصة التي يقررها القانون للناس كافة بقصد الحصول على الحماية القضائية، وعرفه البعض بتسمية الحق الاجرائي ، كما يلي : الحق في المجال الاجرائي يتمثل في حق الادعاء ، وحق الدفع أمام القضاء ، والدعوى هي الوسيلة الوحيدة لأثبات حق الغير أمام القضاء ، او الجهات شبه القضائية .5

---

1 كريم خميس خصباك البديري حق التقاضي في الدعوى الجزائية، مكتبة زين الحقوقية ط 1 ،2013، ص 91.

2 سعدون ناجي القشطيني ، شرح أحكام المرافعات ، ج 1 مطبعة المعارف بغداد، 1972، ص 36 – 37 .

3 أحمد قطب عباس،أساءة استعمال الحق في التقاضي بين النظام الإسلامي والأنظمة القانونية دار الجامعة الجديدة الإسكندرية2006 ص 48 .

4 خالد سليمان شبكة، كفالة حق التقاضي ، دار الفكر الجامعي ، شركة الجلال للطباعة، الإسكندرية ، ط 1 2005 ، ص 33، 34.

5 عبد العزيز بن عبد الله عبد العزيز الصعب ، التعسف في استعمال الحق في مجال الإجراءات المدنية، دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية ، أطروحة دكتوراه ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا ، الرياض 2010 ، ص 10 ، موقع https://download-policies-laws-pdf-ebooks.com/30324-free-book ، بتاريخ : 2019/12/02 ، الساعة : 23:19 .

الفصل التمهيدي :ـــــــــــــــــــــــتأصيل مبدأ كفالة الحق في التقاضي.

من المؤكد أن حق التقاضي من الحقوق الطبيعية للإنسان، وأن لكل فرد وقع عليه اعتداء على حق من حقوقه أن يلجأ الى القضاء لرد ذلك الاعتداء والانتصاف لنفسه ممن ظلمه وسلبه حقه، فهو المدخل الى حماية الحقوق والحريات والذود عنها في حالة الاعتداء عليها ، سواء المنصوص عليها في الدستور أو التي تكفلها القوانين الأخرى 1 .

فهو المكنة التي تقرها الدساتير والقوانين للإفراد جميعهم على حد سواء بالحق في اللجوء الى القضاء وعرض ما يدعونه من حقوق أو مراكز قانونية تم الاعتداء عليها أو أنكارها، وهذا الحق التزام على الدولة ان تكفله لجميع الافراد المقيمين على اقليمها، ذلك بانه أذا منعت هؤلاء الافراد ان يأخذوا حقوقهم بأنفسهم فأنه منعا للعدالة الخاصة.

وهذا الحق من الحقوق التي يتوقف استعمالها على وسيلة اقتضائها، بمعني أنه يستحيل استخدام الحق في التقاضي الا بالالتجاء للقضاء، فاذا تم منع وتقييد صاحب الحق من استعمال تلك الوسيلة فقد حرم أصل الحق 2 ، كما عرف الحق في التقاضي، بانه حق كل فرد في اللجوء الى قاضيه الطبيعي، عندما تعرض أي من حقوقه او حرياته او مصالحه المعترف بها عموما للمساس، أو التهديد بغض النظر عن مصدر هذا المساس او التهديد .3

وقد أكد هذا الحق التشريع الجزائري، بالمادة الثالثة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، بنصها ، على أنه " يجوز لكل شخص يدعي حقا رفع دعوى أمام القضاء للحصول على ذلك الحق أو حمايته "، فيجوز لكل مدع بحق سواء كان ذلك الحق شخصيا أو عينيا، يستند الى وثائق أو بدونها التوجه للقضاء المختص من أجل شرح دعواه وعرض الأسباب لأجل استعادة ذلك الحق او حمايته4 .

وبالنتيجة فهو حق مقرر لكل الافراد، وغير محدد بأشخاص معينين، او فئة دون أخرى ، لان المسلم به أن الحقوق العامة والطبيعية اللصيقة بشخص الانسان، وانها لا تنفك عنه أبدأ، لأنها مستمدة من القانون الطبيعي السابق عن كل قانون وضعي، ولهذا فأن هذا القانون لا يجوز المساس به 5.

---

1 عبد الغني بسيوني عبدالله، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية مصر، ط 3 ص 31 .

2 عبد الغني بسيوني ، مبدأ المساواة أمام القضاء، مرجع سابق ص 191 .

3شهرزاذ بوسطلة ، التطور التاريخي للحق في التقاضي ، مقال منشور بمجلة الاجتهاد القضائي ، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، العدد التاسع 2013 أعمال الملتقى الدولي التاسع ، " الحق في التقاضي في الأنظمة المغاربية" ص، 138 .

4 عبد الرحمان بربارة ، شرح قانون الاجراءت المدنية والإدارية ، منشورات بغدادي 2009 ، ص20 .

5 أنور أحمد أرسلان، كفالة حق التقاضي بين الحقوق والحريات، الديمقراطية بين الفكر الفردي والفكر الاشتراكي ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة القاهرة ، 1981 ، ص 245 .

إضافة إلى ذلك فالحق في التقاضي لا يعني اللجوء إلى المحاكم عند وجود نزاع فقط بل حتى في غيابه مثل الأعمالالولائيةللقضاءوالأذون على العرائض والإجراءات الخاصة بالتسجيل العقاري. ومن نتائج ممارسة هذا الحق إلتزام السلطة القضائية بالنظر في الدعوى المرفوعة أمامها والبت فيها ، وهكذا يعد الحق في التقاضي حقا عاما يعترف به قانونا لكافة المواطنين بما يجعله سلطة قانونية دائمة، تضمن اقامة العدل والمساواة.

كما **يعرف**الحق في التقاضي أيضًا اعلى انه الحق في اللجوء الى المحاكم القائمة للفصل في القضايا والنزاعات، التي يمكن ان تنشأ بين الناس ويكون اللجوء الى المحكم عن ممارسة الدعوى، وفي هذا الاطار عرف الأستاذ سوليسsolus، الدعوي بانها سلطة الالتجاء الى القضاء للحصول على حق او لحماية حق1، وعرفها الأستاذ vincent، أنها سلطة الالتجاء الى القضاء بقصد الوصول الى احترام القانون،2

فالتقاضي هو ما يقع من إجراءات امام أجهزة منظمة تنظيما قضائيا ومعدة أساسا لممارسة الوظيفة القضائية ، وتنصب هذه الأجهزة وفق توفره من ضمانات تجاه المتقاضين ، غير أن هذا المفهوم وأن ساعد على تمييز الاعمال القضائية عن غيرها من الاعمال ورسيما الادارية منها، فانه بات غير قابل لاستيعاب جميع الاعمال التي تباشرها المحكمة ، ذلك بان يكون كذلك حين وجود خصومة او نزاع لزوما ، فالمحكمة كذلك لها العديد من الاعمال ذات الصبغة الولائية ، ولا تتوفر على نزاع او خصومة مثلما هو الامر بالنسبة للأوامر على العرائض ، وهنا الامر لا يهدف لتسوية نزاع بل للحصول على خدمات من مرفق القضاء ، وهنا تكون الاجهزة القضائية مشابهة للأجهزة الأخرى التي تسخر على تقديم خدمات مرفقية للمرتفقين.

ولقد قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية، حكما يوضح مفهوم الحق في التقاضي ، أذ قضي الحكم بأن التقاضي يتكون من ثلاث حلقات :

الاولـــي: تمكـين كـل متقـاض مـن النفـاذ إلـي القضـاء نفـاذا ميسـرا لا تثقلـه أعبـاء ماليـة.
الثانيـــــــــــة: حيـــــــدة المحكمـــــــــة واســـــــــتقلالها وحصـــــــــانتها.
الثالثة: وجوب أن توفر الدولة للخصومة حلا منصفا يمثل التسوية التي يعمد من يطلبها إلي الحصول عليها بوصـــــــــفها الترضـــــــــية القضـــــــــائية التـــــــــي يســـــــــعي إليهـــــــــا.3

اما العدالـة فالمقصـود بهـا هـو الانصـاف والعـدل ، كمـا يتصـوره الفقـه بغـض النظـر عـن احكـام القـانون

1Soulus(henry) K et perrot (roger) : droit judiciare privée T 1 1961 paris : siery .
2Vincent (jean) : procédure civile 11 éd ; 1969 paris dalloz.
3 جامعة مينوسوتا مكتبة حقوق الانسان ، حكم المحكمة الدستورية العلياالمؤرخ في : 1993/04/03،الموقع الالكتروني : http://hrlibrary.umn.edu/arabic/Egypt-SCC-SC/ ، بتاريخ : 2019/01/18، الساعة 19.45.

الوضعي ، 1 فالقضاء وفقا قواعد العدل والانصاف يعني الفصل في أمر معين طبقا لما يقتضيه الضمير ، والمنطق وطبيعة الأشياء ، وتكون هذه الاحكام مستمدة من القانون الطبيعي وليس من القانون الوضعي 2 ، كما عرف العدل بمعنى اعطاء كل ذي حق حقه، وهو مصدر بمعنى العدالة ، أي الاعتدال والاستقامة والميل الى الحق 3.

ثانيا: تعريف حق التقاضي في الشريعة الاسلامية:

أورد الحنفية تعريف للحق في التقاضي بانه " الفصل بين الناس في الخصومات حسما للتداعي وقطعا للنزاع بالأحكام الشرعية 4، فهم يقررون الفصل بين الناس فيما يتداعون به من حقوق يتنازعون عليها وذلك في صورة خصومة دعوى، وذلك بالأحكام الشرعية المنازلة من عند الله ، وهو نفس المعني عن الشافعية بقولهم بان "القضاء فصل في الخصومات بين خصمين فاكثر بحكم الله تعالى، وأما المالكية فيعرفونه بانه " الاخبار عن حكم شرعي على سبيل الالزام 5 .

فالقضاء جزء من أجزاء الشريعة الإسلامية وينطبق عليه ما ينطبق على الشريعة عامة من الصفات والخصائص والميزات والقضاء باب من أبواب الفقه الإسلامي الذي يعرضه الفقهاء والعلماء في كتب الفقه المختلفة في جميع المذاهب.

وقال ابن تيمية رحمه الله تعالى " ان الله أرسل الرسل، وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط ، وهو العدل الذي قامت به الأرض والسموات، فذا ظهرت امارات العدل ، وأسفر وجهه بأي طريق كان فتم شرع الله ودينه.6

ويهدف القضاء الى إقامة العدل ، وتحقيق القسط وحفظ الحقوق والأموال والانفس والاعراض، وحماية الحقوق العامة ، وتطبيق احكام الشرع وآدابه، ويقيم حدود الله تعالى ، ويصون القيم والأخلاق، ويمنع العدوان والظلم والبغي بمختلف اشكاله وصنوفه 1 .

---

1 علي فيلالي مقدمة في القانون، مرجع سابق ، ص 213 .

2 على فيلالي ، الالتزامات النظرية العامة للعقد، طبعة منقحة ومعدلة ، موفم للنشر الجزائر 2010 ، ص 368 ، حسين كيرة المدخل للقانون ، منشأة المعارف ص 158، ، سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، منشاة المعارف ، 1968 ، ص 141 .

3 المستشار محمد رشدي ، ملخص في آداب القاضي في الشريعة الإسلامية، ملحق بكتاب فن القضاء للقاضي الفرنسي جورج رانسون ترجمة محمد رشدي ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى الثاني الحبلي وابناؤه بدون سنة ص 167 .

4 احمد قطب عباس، اساءة استعمال الحق في التقاضي ، مرجع سابق ، ص50

5 احمد قطب عباس ، اساءة استعمال الحق في التقاضي، مرجع سابق ، ص50 .

6 محمد الزجيلي ، مرجع سابق ص 14 .

الفرع الثاني: تمييز بين الحق في التقاضي، عن بعض المصطلحات القانونية.

يتميز الحق في التقاضي عن بعض المصطلحات الاخرى، كالحق في الدعوى والخصومة.

اولا: التمييز بين الحق في التقاضي والحق في الدعوى.

من حيث المدلول اللغوي للدعوى يقول ابن منظور 2، أدعيت الشي زعمته لي حقا كان أو باطلا فيكون معنى الدعوى الزعم صدقا كان أو كذبا كما قد تفيد الطلب مصادقا لقوله تعالى في سورة يس الآية 57 " لهم فيها فاكهة ولهم ما يدعون "، وهنا بمعني الطلب والتمني.

أما في الفقة الإسلامي فلها مدلولات ثلاثة **أولها** ان الدعوى هي المطالبة تأسيسا على ارتكازها على فكرة الطلب ، فهي مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته3 ، ، **وثانيها** أن الدعوى هي قول مقبول على القاضي يقصد به طلب حق لنفسه قبل غيره ، او دفعه عن حق نفسه مع اشتراط ان تتوفر في الدعوى الشروط اللازمة لصحتها ، **وثالثها** ان الدعوى هي مطالبة الانسان الذي لنفسه استحقاق شيء في يد غيره أو في ذمته وهو مذهب الحنابلة، الا انه يعاب عليه انحصار نطاقه في الدعاوي الاستحقاقية 4، كما عرفت الدعوى بانها طلب شخص حقه من اخر امام القضاء ، وهذا التعريف مقتبس من الفقه الإسلامي الذي تتصف يفه فكرة الدعوى بالوضوح التام 5، وتفيد أيضا لدى فقهاء الشريعة الإسلامية ، " الأخبار عن وجوب حق على الغير عند حاكم ". 6

اما مفهوم الدعوى في القانون **الوضعي** فيستدعي التعرض الى النظرية الذاتية والموضوعية وبيان الاتجاه الحديث في تعريف الدعوى .

---

1 محمد الزحيلي، تاريخ القضاء في الإسلام ، دار الفكر المعاصر بيروت لبنان ، ودارالفكر دمشق سورية ، ط 1 1995 ، ص 14 .

2ابن منظور لسان العرب ج1 دار لسان العرب ص 887 .

3 وهذا تقريبا ما بينته المادة 03 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، من بانه : يجوز لكل شخص يدعي حقا ، رفع دعوى امام القضاء للحصول على ذلك الحق أو حمايته.

4عبد الله الاحمدي ، القاضي والاثبات في النزاع المدني ، شركة أوربيس للطباعة تونس جوان 1991 ، ص 26 وما يليها .

5 هناء عبد الحميد إبراهيم بدر ، حق التقاضي بين الضمانات والقيود الإجرائية ، من منظور العدالة والمساواة ، المكتب الجامعي الحديث 2017، الإسكندرية ص 14 ، د سعيد عبد الكريم مبارك ، المرافعات المدنية، طبعة 1984، ص 51

6 عبد العزيز بن عبد الله عبد العزيز الصحب أرطوحة دكتوراه ، مرجع سابق ص 10 ، نقلا عن الفيروز آبادي ، محمد جلال الدين بن يعقوب ص 10 ، الفيروز آبادي ، مجد الدين بن يعقوب ، 1998 ، القاموس المحيط ، تحقيق مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة ، بأشراف محمد نعيم العرقوسي ط6 بيروت مؤسسة الرسالة 329/4 باب الواو والياء فصل الدال .

فالنسبة للنظرية الذاتية، يرى أصحابها ، ومنهم الفقيه، Demelombe ، الدعوى ليست سوى الحق الذاتي في حالة حركية ، وبالتالي فالحق والدعوى شيء واحد للترابط العضوي بينهما ، في هذا المعني يرى الأستاذGlasson ، وMorel، وTissier ،ان الدعوى هي قدرة صاحب الحق على الظفر بحمايته من طرف القاضي1.

لكن وجه النقد لهذه النظرية وظهرت **النظرية الموضوعية** التي أسسها فقهاء القانون العام ومنهم الأستاذ Duguit2،الذي نفى وجود الحقوق الذاتية ورفض هذا المفهوم وتحدث عما أسماه بالمراكزاو الوضعية القانونية، Situation juridique، ورأى الأستاذ Hebraud ،ان الدعوى معدة بطبيعتها لحماية المصالح المحسوسة .3

بيد أن أهم مفهوم للدعوى برز مع ظهور النظرية الحديثة للدعوى القائمة على فكرة القدرة القانونية pouvoir légal ، على الالتجاء للقضاء ، وعرفها الاستاذان Vincent و Guinchard ، بأنها القدرة الممنوحة للخواص للتوجه للقضاء للحصول على احترام حقوقهم ومصالحهم الشرعية 4 ، وتبني الأستاذ perrot تقريبا نفس المفهوم.

على ان وضوح هذا التعريف لم يمنع سلامته من النقد اذ يرى الأستاذ Vincent ، ان تعريف الدعوى بانها حق ليس مرضيا اذ يؤدي الى الاعتقاد بوجود حق ذاتي خاصة في الحالات التي يروم فيها الخصوم سماعهم في الأصل فحسب .

وعليه تكون العلاقة بين الدعوى القضائية ، والحق في التقاضي كعلاقة النظرية بالتطبيق أن ان الدعوى بعد أن كانت مجرد تصور ذهني أضحت بالحق في التقاضي امرا حسيا ملموسا بعبارة أخرى اعطى الحق في التقاضي للدعوى شهادة ميلادها .

وفي هذا الصدد قارن الفقه الغربي بين الدعوى والحق في التقاضي واستنتج أن الحق في التقاضي يعني الاعمال الإجرائية والضمانات التي بموجبها يمارس الشخص قدرته القانونية في اللجوء الى القضاء ، أي عمل افتتاح المواجهات على حد تعبير Morel ، وكما أورده الأستاذ Perrot ، اذ أن الحق في التقاضي بأنه حق الافراد باللجوء الى القضاء فيما يدعونه من حقوق .5

1Morel, Tissier , Glasson ; Traité théorique et pratique d'organisation judicaire , de compétence et de procédure civile 3e éd , sirey 1925-1936 , T.1 , p 423.
2Duguit traite de droit constitutionnel 3e éd T 1 , p 305 .
3Hebraud , Rev . trim , Droit civil 1954 , p 344 .
4 S Guinchard, et , J Vincent , procédure civile op . cit p 121.
5 نصرت متلاحيدر، مدى دستورية القوانين التي تحجب حق التقاضي، مقال منشور في مجلة المحامون السورية ، ع 12، 1986 ص 236 .

الفصل التمهيدي :ـــــــــــــــــــــــتأصيل مبدأ كفالة الحق في التقاضي.

ويعتبر الحق في اللجوء الى القضاء من الحقوق اللصيقة بالشخصية يثبت لكل شخص بمقتضى أهلية الوجوب، فهو من الحريات العامة التي يكفلها الدستور للناس كافة ، ويخول لهم جميعا مكنات دون أن تكون محل استئثار لأحد 1 ، فيحين الدعوىهي تصرف ارداي مكتوب يلزم التقدم به الى القاضي، كي يتمكن الفرد من توفير الحماية القضائية لمن يطلبها من الخصوم، 2.

وعرف الأستاذ سولوس ، " solus" الدعوى، بانها " سلطة الالتجاء الى القضاء بقصد الوصول الى احترام القانون 3، كما عرفت الدعوى القضائية ،ب : الدعوى هي طلب شخص حقه من أخر أمام القضاء ، وهذا التعريف مقتبس من الفقه الإسلامي الذي تتصف فيه فكرة الدعوى بالوضوح التام 4، وعرفت المادة 30 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الدعوى ب : الدعوى بالنسبة للمدعي هي الادعاء في أن يسمع القاضي حقيقة ادعائه من حيث الموضوع ليبت في صحته ، أوعدم صحة هذا الادعاء ، أما بالنسبة للخصم فهي حقه في أن يناقش أساس وصحة هذا الادعاء .

وقد حذا المشرع الجزائري ، حذو المشرع الفرنسي ، وتطرق أيضا الى تعريف الدعوى القضائية ، في الماد 03 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث جاء فيها ما يلي : " يجوز لكل شخص يدعى حقا ، رفع دعوى امام القضاء للحصول على ذلك الحق أو حمايته "، وعلى هذا المنوال هناك من عرف الدعوى ، بأنها : قول مقبول في مجلس القضاء، يقصد به طلب حق له أو لمن يمثله .5

والحق في الدعوى لا يتقرر الا لشخص ينفرد به، ويدعيه ويطلبه من القضاء أن يفيده بالحماية اللازمة بسبب الاعتداء على حقه أو مركزه القانوني، ومن تمة تنشا له مكنة قانونية على سبيل الاستئثار والانفراد دون الناس6 ، فالدعوى هي وسيلة قانونية لحماية الحق ، أما الحق في التقاضي فهو وسيلة حمايته هي الدعوى، والحق عنصر من عناصر الدعوى 7 .

ومهما تكن صلة الدعوى بالحق الذي تحميه ، فانه يجب التمييز بين الحق في الدعوى كحق من الحقوق الخاصة الذي تنظم قواعد أصول المحاكمات ، وحق الالتجاء الى القضاء – حق التقاضي – الذي هو حق

---

1 د نبيل عمر إسماعيل ، الطعن بالاستئناف واجراءاته ، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط 1980 ، ص 194 .

2 آدم وهيب النداوي ، المرافعات المدنية ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، جمعة بغداد كلية القانون ، سنة 1988 ، ص 33 .

3SOLUS Henry et perrotroger, droit judicaire privée ; T1 , 1961 , paris , p 325 .

4 هناء عبد الحميد إبراهيم بدر ، حق التقاضي بين الضمانات والقيودالاجرائية ، مرجع سابق ، ص 14 ، نقلا عن د سعيد عبد الكريم مبارك ، المرافعات المدنية ، ط 1984 ، ص 51 .

5 محمد أبراهيم البدرين ، الدعوى بين الفقه والقانون ، دار الثقافة للشنر والتوزيع ، عمان الأردن ، ط 1 2010، ص 39 .

6 أ زودة عمر الإجراءات المدنية والإدارية ، في ضوء أراء الفقهاء وأحكام القضاء ، انسكلوبيديا ،د س ن ، ص57 .

7 هناء عبد الحميد ، حق التقاضي ، بين الضمانات والقيود الإجرائية، من منظور العدالة والمساواة ، مرجع سابق ص 14 .

تنظمه قواعد القانون العام، وتحميه نصوص الدستور فيما تنظم وتحمي من الحقوق العامة للأفراد ، ومن نتائج تلك التفرقة بان لصاحب الدعوى التنازل عن رفعها امام القضاء ، لأنه تنازل عن حق خاص له ، أما التنازل عن الحق في التقاضي فلا يكون صحيحا لأنه تنازل عن حق من الحقوق العامة ، فيكون مخالفا للنظام العام1.

فالحق في التقاضي يعني الحق في اللجوء الى المحاكم للفصل في النزاعات التي تنشأ بين الافراد ، ويتم ذلك عن طريق استعمال الدعوى، فالدعوى هي القدرة الممنوحة للخواص ، للتوجه الى القضاء – التقاضي– للحصول على احترام حقوقهم المشروعة .2

ولذلك يجب التمييز بين الحق في الدعوى ، وحق الالتجاء الى القضاء (حق التقاضي) ،فأن كان الادعاء على أساس ، فيعد ذلك استعمالا للحق في الدعوى، أما اذا كان الادعاء على غير أساس ، أي ان الطلب القضائي لايستند الى الحق في الدعوى، فيعد ذلك مجرد استعمال الحق في الالتجاء الى القضاء 3 .

والحقيقة فان الحق في التقاضي من الحقوق التي يتوقف استعمالها على وسلية اقتضائها ، بمعني انه يستحيل استخدام الحق في التقاضي الا بالالتجاء الى القضاء عن طريق دعوى قضائية ، فاذا حرم صاحب الشأن من استعمال تلك الوسيلة فقد حرم من أصل الحق نفسه4 ، ذلك بأن السلطة القضائية لا تملك التصدي للخصومات من تلقاء نفسها ، بل يتعين عليها أن تظل في مكانها الذي حددها لها لقانون الى أن تعرض عليها هذه الخصومة في صورة دعوى قضائية ، ولا يمكن أن يتم ذلك الا عن طريق مباشرة الافراد لحقهم في الالتجاء الى القضاء 5.

ثانيا: التمييز بين الحق في التقاضي والخصومة القضائية .

يتم استعمال الحق في الدعوى بواسطة الطلب القضائي ، وبإيداع هذا الأخير بأمانة ضبط المحكمة ، يتولد عنه مركز قانوني اجرائي يسمى بالخصومة القضائية.

---

1 مفلح عواد القضاة ، أصول المحاكمات المدنية ، والتنظيم القضائي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان الأردن 2008 ، ص 169 .

2عبد الغني بسيوني عبد اللهمبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي منشورات الحلبي الحقوقيةبيروت لبنان ط2 2001، ص 192 .

3 زودة عمر مرجع سابق ، ص 57 .

4عبد الغني بسيوني ، مبدأ المساواة أمام القضاء ، مرجع سابق ص 191.

5 فؤاد العطار ، كفالة حق التقاضي ، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، ع 2 س أ ،القاهرة 1959 ، ص 750 ، نقلا عن د ، عبد الله رخمة الله البياتي ، كفالة حق التقاضي دراسة دستورية مقارنة ، مرجع سابق ص 19 .

والخصومة : لغة هي النزاع او الخلاف بين شخصين أو أكثر ، وعرفها بعضهم 1بانها الجدل ، وتعني هذه الكلمة مقابلة الحجة بالحجة ، وفي الاصطلاح القانونية تطلق على النزاع عندما يعرض على القضاء ، وتطلق أيضا على النزاع في ذاته .

وتعني الخصومةL'instance، الفترة الفاصلة بين تاريخ رفع الدعوى وتاريخ صدور الحكم فيها ، أي أنها مجموع الاعمال الإجرائية التي تتم أثناء تلك الفترة ، وكذلك المراكز القانونية التي تنشأ بين الأطراف ، وما يترتب عن ذلك من أثار بينهم واتجاه القاضي ، وهو ما يعبر عنه برابطة الخصومة .

كما تعرف بانها الحالة القانونية التي تنشأ منذ عرض النزاع على القضاء، كما تطلق على النزاع في مظهره في صورة سلسلة من الاعمال المختلفة يوجب القانون القيام بها لتصل الى نهايتها2 ، **فالمخاصمة:** هي السبب الذي تقوم من اجله الدعوى .

وعلى هذا الأساس فان الدعوى لا تختلف عن الخصومة ، فالثانية هي امتداد اجرائي للأولى ، أي أن الدعوى بمجرد رفعها تتخذ شكل الخصومة ، فالدعوى حالة ذهنية افتراضية، اما الخصومة فهي تجسيد وتشخيص واقعي ومادي ملموس، ولا جدال في نهاية الامر في أن لفظ رفع دعوى يعني المطالبة القضائية.

والمطالبة القضائية : هي البيانات التي يتقدم بها كل طرف في الدعوى وفقا لإجراءات التقاضي 3 ، وبذلك تختلف المطالبة القضائية عن الحق في التقاضي باعتبارها تمثل الوسيلة القانونية لرفع الدعوى الى القضاء ، أي الاجراء الذي تقدم به الدعوى الى المحكمة، وهي الوسيلة التي يباشر بها الشخص حسب الأحوال حقه في الدعوى أو حقه في الالتجاء الى القضاء 4 ، فالمطالبة القضائية هي البيانات التي يتقدم بها الى القضاء ،كل طرف في الدعوى وفقا لإجراءات التقاضي 5، وهو ما نصت عليه المادة 14 من قانون الإجراءات المجنية والإدارية ، بانه : ترفع الدعوى امام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة ومؤرخة تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي او وكيله او محاميه ، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف.

وتشمل المطالبة القضائية أو الطلب القضائي الذي يعتبر سوى أداة من أدوات استعمال الحق في الدعوى ، وهو يتكون من عنصرين، عنصر مادي وهو الادعاء بحق معين ، وعنصر شكلي يقصد به ان يستعمل الحق في الدعوى طبقا للوسيلة التي حددها قانون الإجراءات المدنية 6، وهو الاجراء الذي يعبر عن هذا

---

1 أبن منظور: لسان العرب ، مرجع سابق المجلد الأول ، ص 843 .

2 عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية ، مرجع سابق، ص 55 .

3هناء عبد الحميد إبراهيم بدر، حق التقاضي، بين الضمانات والقيود الإجرائية، مرجع سابق ، ص 14 .

4إبراهيم نجيب سعيد، القانون القضائي الخاص ، منشاة المعارف بالإسكندرية 1980 ص 137 .

5 هناء عبد الحميدإبراهيم، حق التقاضي بين الضمانات والقيود الإجرائية ، مرجع سابق ، ص 14 .

6 إبراهيم نجيب سعد ،القانون القضائي الخاص ، منشاة المعارف ، الإسكندرية ج1 , ص 136 .

الادعاء ، فذا توافر العنصران المادي والشكلي ، فأن المتقاضي يباشر حقه في الدعوى ، أما اذا وجد العنصر الشكلي دون العنصر المادي فالمطالبة تجسد حقا عاما هو حق التقاضي .

أما المرافعات : لغة هي الشكوى الى القاضي ، وقد جاء في القاموس المحيط ، رافعه الى الحاكم شكاه 1، أما الأصل الاشتقاقي للمرافعة ففعل رفع وهو ذو معاني كثيرة ومتعددة، ويقال ترافعا الى الحاكم أي تحاكما بمعنى قدم احدهما خصمه اليه ليحاكمه ،2 .

اما **اصطلاحا** فهي الخطاب الشفوي الذي يلقيه الخصم او من ينوب عنه في ساحة القضاء 3 ، كما عدت المرافعة أسما اشتقاقيا من الاسم الاعجمي القديم : plaidoyer ، وهي في معناها الادعائي العرض الشفهي عند حرم المحكمة (الحاجز الخشبي) ، لوقائع الحالة وادعاء المتقاضي ودعم وتعزيز الادعاءات بالأدلة والأسباب والبرهنة على الفرضية 4 ، أما في معناها التواجهي فهي مرافعة المدعي والمدعى عليه وأسئلة القاضي التوضيحية والاجوبة على تلك الأسئلة كما تتضمن ملاحظات النيابة العامة او محافظ الدولة في الشأن الإداري وشرح الخبير ومواجهة الشهود ، وقد عرف الاستاذان solus ، و perrot المرافعات بانها مجموعة القواعد الحاكمة لتنظيم وسير العدالة بغاية ضمان واحترام الحقوق الذاتية للأفراد في مادة القانون الخاص 5 ، أما الاستاذان Vincent و Guinchard ،فيعرفان المرافعات بأنها مجموعة الشكليات التي بمقتضاها يتحدد نظر المحكمة في مسالة تهم النظام القضائي 6 ، ويعرفها الدكتور احمد هندي ، بأنها القانون الذي يعني بتنظيم السلطة القضائية التي بمقتضاها يتحدد نظر المحكمة في مسالة تهم النظام القضائي 7.

والمرافعة في وصفها الفردي لا تختلف في وصفها جمعا أذ تعني المرافعات ، المرحلة الختامية للدعوى المجسدة للنقاش الشفهي بين الخصمين، سواء كانا متقاضين ، أو متقاض في مواجهة النيابة العامة لما تكون الأخيرة طرفا اصليا في الدعوى، ومنه تكون المرافعات جزء من الاجراء المدني ، الذي يحدد قواعد التنظيم القضائي والتحقيق في الدعوى.

---

1 أورده احمد مسلم ، أصول المرافعات، دار الفكر العربي القاهرة ، 1971، ص 9 والهامش رقم 02 .

2 أمال احمد احمدالفزايري، مواعيد المرافعات ، منشاة المعارف بالإسكندرية ، ص 6 رقم 1.

3 احمد مسلم ، أصول المرافعات، أصول المرافعات ، دار الفكر العربي القاهرة 1071 ، ص 9.

4 جيرار مورنو ، معجم المصطلحات القانونية ، ترجمة منصور القاي ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، ص 1453 .

5Solus (H) et perrot R ; droit judicaire privé , t 1 1996 n° 4 , p 13 .

6Vincent J etGuinchard serge , procédure civile 25e éd , 1999 précis Dalloz , p 6 n° 1 .

7 أحمد هندي ، أصول المحاكمات المدنية والتجارية ، منشورات الدار الجامعية، 1989 ، ص 10 .

كما ان هناك اختلاف بين الحق في التقاضي والحق الذي يحميه ، من حيث السبب المنشئ لكل واحد منهما، فالاتفاق حاصل على ان سبب نشوء الحق ،أما أن يكون عقدا أو شبه عقد، جنحة او شبه جنحة ، او التزاما أحادي الجانب ، أما حق التقاضي فهو ينشأ عند وجود نزاع الخصوم حول الحق.

وقد يمارس حق التقاضي شخص معين ، في حين ان الحق المراد حمايته ملك لشخص أخر ، وهي صورة الولي أو المقدم الذي يباشر الدعوى نيابة عن فاقد الاهلية .

ويمتد حق التقاضي ليشمل الدعاوى امام محكمة اول درجة وجهة الاستئناف وجهة النقض ، شريطة ألا يتحول هذا الحق الى سبيل للاضرار بالغير كأن رتفع دعوى استنادا الى سبب تافه أو غير جدي أو يطعن في حكم بعد مرور مدة طويلة عن اكتساب السند قوة الشيء المقضي فيه 1.

ويذلك فأن حق التقاضي والحقوق الأخرى من نوعه التي يتمتع بها الافراد يطلق عليها الحقوق العامة ، و وكانت قد شاعت تسمية هذه الحقوق في القرن الثامن عشر في فرنسا باسم الحقوق المدنية ، (Droits Civils) ، وانتشرت تسميتها بفرنسا فيما بعد باسم الحقوق العامة او الاجتماعية2 فالحق في التقاضي من الحقوق الطبيعية للإنسان، وبان لكل فرد وقع عليه اعتداء على حقه ان يلتجأ الى القضاء لرد ذلك الاعتداء، الا ان الآراء تباينت حول ماهيته، هل هو حق أو حرية ؟.

المطلب الثاني: طبيعة الحق في التقاضي في الشريعة والقانون.

الحق في التقاضي أهم حق تكفل بواسطته سائر الحقوق، لذلك اولته القوانين الوضعية أهمية خاصة حول طبيعته (الفرع الاول)، ولم تتخلف الشريعة الاسلامية في ايلائه مكانته باعتباره اداة لتجسيد العدل في الارض وتطبيق احكام الشرع بين العباد (الفرع الثاني)، وبذلك تكون أقامة العدالة القاسم المشترك بين النظامين في طبيعة هذا الحق.

الفرع الاول: في القانون الوضعي

اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية للحق في التقاضي، ففي حين يذهب جانب من الفقه المصري ، والفرنسي، الى أن حق التقاضي رخصة أو حرية من الحريات العامة التي تثبت للكافة، وبانه لايصل الى مستوى الحق الا فيما يسمى بالحقوق الإجرائية3 ، ويذهب جانب من الفقه الى أن جميع الحقوق قبل

1 بربارة عبد الرحمان ، شرح قانون الإجراءات المدنية ، مرجع سابق ص 21 .

2 عبد الله رحمة الله البياتي، مرجع سابق ص 12 .

3 أحمد حشيش ، قانون المرافعات كلية الحقوق، جمعة طنطا 1990، ص 50 .

استعمالها من ذوات أصحابها تعتبر من الحريات العامة واذا استعملها الشخص انتقلت من مرحلة الحرية العامة الى مرحلة الحق الشخصي او الرخصة أي أنها (الحريات)، حقوق مشخصة أوصاف محددة 1.

ويضيف الدكتور احمد قطب عباس بأن هذا الفقه يقرر بحق أن فقهاء القانون العام والقانون الدولي يتوسعون في مفهوم الحقوق ويضيقون من مفهوم الرخص، على عكس فقهاء القانون الخاص ، فهم يضيقون من دائرة مفهوم الحق ويتوسعون من مفهوم الرخص والحريات وهذه حقيقة فعلا 2 ، ولعل هذه ما دعا هذا الجانب من الفقه من أضفاء تسمية الحق في التقاضي بالحقوق الإجرائية 3 .

وبمعنى أخر أن حق التقاضي باعتباره حرية يعني حرية الشخص أن يستعمل هذا الحق في الوقت المناسب له وبالنسبة لمن يشاء من الأشخاص على قدم المساواة بمعني عدم جواز حرمان أي شخص من هذا الحق ، وبصورة الحماية القانونية التي يراها مناسبة له ودون اتباع إجراءات أو اشكال محددة 4 ، وعلى ذلك يمكن القول بأنه حق وليس حرية او رخصة اخذا برؤية فقه القانون العام وهو ما أخذ به أو ما نحوه قانون المرافعات الفرنسي الجديد ... وذهب هذا الاتجاه ان التعسف يرد على حق التقاضي ذاته واخذا بمفهوم الموافقة فانه اذا كان التعسف يرد عليه انه يكون حق ، وليس حرية5 ، والحقيقة فان الحق في الدعوى هو وسيلة لاستعمال الحق في التقاضي فلا يمكن مباشرة حق التقاضي دون استعمال الأداة المتمثلة في حق الدعوى القضائية ، والأخيرة كما يقر بذلك الفقه الاجرائي هي ملك لصاحبها ، والنتيجة فانه لا يمكن فك الارتباط بين الحق في التقاضي والحدق في الدعوى القضائية.

ويري بعض الكتاب بان الحق في التقاضي هو الحرية القانونية الأولى ، 6 ويقصد بذلك أن أي اعتداء على حرية الافراد في اللجوء الى القضاء ينطوي على اعتداء على حريات الافراد الاخرين 7 .

وأخيرا نعود فنقول، أن مبدأ حرية الفرد في اللجوء الى القضاء لحماية الحقوق التي يتمتع بها أو يمتلكها هو حق من حقوق الفرد ، تصونه الدولة وترعاه وتضع القواعد التي تؤدي الى حماية حقه باللجوء الى السلطة القضائية والاطمئنان الى ما تصدره من أحكام ملزمة.8

---

1 أحمد قطب عباس مرجع سابق ، ص 61 .

2 احمد قطب عباس مرجع سابق ، ص50 .

3 احمد قطب عباس مرجع سابق ص 61 ,

4 أمينة مصطفى النمر ، قوانين المرافعات ، منشاة المعارف الإسكندرية ، 2000 ، ص 46 .

5 احمد قطب عباس . أساءة استعمال الحق في التقاضي ، مرجع سابق ص 62 .

6 محمد عصفور ، استقلال السلطة القضائية ، مطبعة أطلس ، القاهرة ، ص 202 .

7 عبد الله البياتي ، كفالة حق التقاضي ، مرجع سابق ص 19 ، نقلا عن الأستاذ نصرت منلا حيدر مدى دستورية القوانين التي تحجب حق التقاضي ، مقال منشور في مجلة المحامون السورية الاعداد ، (10 ، 11، 12) 1976 ص 253 .

8عثمان خليل ، القانون الدستوري، الكتاب الأول ، مطبعة مصر الفاهرة 1967 ، ص 123.

الفصل التمهيدي :ـــــــــــــــــــــــتأصيل مبدأ كفالة الحق في التقاضي.

كما الحق في التقاضي من حقوق الانسان، التي تعتبر تتجسد في تلك المبادئ والحقوق المعترف بها وطنيا وعالميا ، والتي ترتكز على التوفيق بين إقرار الكرامة البشرية وحمايتها من جهة ، وحماية النظام العام من جهة أخرى ، وقد عرفها الدكتور محمد سعيد مجدوب ، بانها " مجموعة من الحقوق الطبيعية التي يمتلكها الانسان واللصيقة بطبيعته والتي تظل موجودة وام لم يتم الاعتراف بها 1.

وقد تضمنت جميع الصكوك والاعلانات الدولية حق الفرد في اللجوء الى القضاء لتنظر قضيته وتفصل فيها محكمة مستقلة ، كما ان الاتفاقيات الدولية أيضا أقرت هذا الحق واكدته في نصوصها التي صادقت عليها الدول ، وليس ذلك فقط بل أيضا حتى الاتفاقيات الإقليمية اكدت من جهتها التنصيص على هذه المكنة التي توفر للافراد سواء كانوا مواطنين أم غير مواطنين الاستفادة من حماية القضاء عند الاعتداء على حقوقهم وحرياتهم ، باعتبار ذلك ادني ما يمكن توفيره من حقوق الانسان التي باتت معترف بها من الجميع ، ولم يتخلف أي دستور من دساتير العالم على إقرار الحق في التقاضي، وذلك على اختلاف الأنظمة الدستورية .

فالقضاء حصن للحريات في الدولة ، وللأشخاص اللجوء اليه ، لاقتضاء حقوقهم ورد الاعتداء الواقع عليها وحمايتها، كما يكون للأشخاص المطالبة أيضا بالحماية القضائية ، ولم لم تكن لهم حقوق بالمعني القانوني ، وانما مجرد رخص ، أو كانوا فحسب في مراكز قانونية ام مادية تمنحهم الحق في الحصول على حمايتها.2

يمنح الحق في التقاضي لكل شخص الحرية في اللجوء الى القضاء ، ولايكون الشخص ملزما بممارسة هذا الحق بل تبقى له الحرية في اختيار الوقت الذي يراه مناسبا ، وضد الشخص الذي يريد مقاضاته ولا يمكن لأحد إلزامه بالتوجه الى المحكمة لعرض نزاعه عليها.

فالحق في التقاضي يقوم مقام الحريات المضمونة قانونا ولا يمكن الحرمان منها ، فهو حق اختياري يمكن ممارسته أو عدم ممارسته بإعتبار أن الدعوى المدنية إنما تحمي حقوقا قابلة للترك والتنازل رغم أن بعض الفقهاء و منهم الفقيه الألمانيIHRINGاعتبر أن الحق في التقاضي ليس حقا اختياريا وإنما هو من الواجبات الواقعة على الفرد، واعتبر أن هذا الحق مفروض على كل شخص تجاه نفسه من ناحية واتجاه الدولة من ناحية أخرى حتى يساهم في الحد من الاعتداء على الحقوق3 .

والحقيقة وان كانت هذه الفكرة تبدو مثالية ، فان الواقع يجعل من الصعب تحقيقها فالأخذ بها يقتضي نظاما قضائية محكم الوضع يصل عن طريقه صاحب الحق الى حقه بغير كلفة وعناء ، كما أنها تفترض حكما صحيحا وعادلا، وهذه درجة من الكمال لم يصلها أي نظام من النظم القضائية بعد .4

---

1 محمد سعيد مجذوب ، الحربات العامة وحقوق الانسان ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان ط 1988 ، 37 .

2أمينة النمر ، قوانين المرفاعات الكتاب الأول ، مؤسسة الثقافة القانونية ، 1982 ، ص 45

3IHRING ; " la lutte pour le droit " tradition par Meularaere , paris p 54 .

4محمود محمد فهمي ، قانون القضاء المدني ، ج1 ، دار الفكر العربي ، 1946 ، ص 34 و34.

ويقسم اغلب الفقهاء الحقوق، الى نوعين:

حقوق تتعلق بالحريات العامة، التي تمنح لكل الناس على حد سواء، والتي ضمنتها لهم الدساتير، مثل الحق في التقاضي.

وحقوق يضبطها القانون الخاص،وتعرف، بأنها مصلحة معينة يحميها القانون لفائدة شخص معين كحق الملكية.

يرى بعض الكتاب أن حق التقاضي هو الحرية القانونية الأولى 1 ، ويقصد بذلك بأن أي اعتداء على حرية الافراد في اللجوء الى القضاء ينطوي على اعتداء على حريات الافراد 2 ، وعرفها الأستاذ VINCENT ،بأنها " سلطة الالتجاء الى القضاء بقصد احترام القانون .3

أن الحق في التقاضي يقوم مقام الحريات العامة التي ضمنها الدستور والقانون ، والتي :

- لا يجوز حرمان أي مواطن منها ، فهو حق اختياري .
- لايجوز قصر هذا الحق على فئة دون أخرى لأنه من الحقوق الشخصية ، فلا يجوز حرمان شخص منه.
- لايجوز التنازل عنه أو تقييده ، والا اعتبر ذلك مخالفا للنظام العام ولا يعتد به ولا يقيد صاحبه .
- لايجوز للدولة ان تجحد على غير مواطنيها ، فضلا عن مواطنيها ، حق الدفاع عن حقوقهم وحرياتهم – سواء كانوا أشخاص طبيعيين أو معنويين – التي تكفلها لهم القوانين الوطنية 4.
- ويتوجب على الدولة ان توفر الظروف الملائمة لتيسير ممارسة المواطن لحقه في اللجوء الى مرفق العدالة ، ولا يتجسد ذلك الا بإقامة نظام قضائي ملائم وتكريسه على صعيد الواقع ، ولا يتردد الكثير من الفقهاء في القانون في التأكيد على الفكرة المتمثلة في كون الدولة في أطار هذا الالتزام تبقى مدينة للمواطن ذلك ان الدستور كلفها بإتاحة إمكانية تيسير الوصول لمرافق العدالة للمطالبة بحق او لحماية هذا الحق5 .

---

1 محمد عصفور ، استقلال السلطة القاضائية ، مذبعة الاطلس القاهرة، ص 202 .

2 نصرت منلا حيدر ، مرجع سابق ، ص 203 .

3Vincent Jean ; procédure civile, 11 éd , 1969 , paris Dalloz , p 432 .

4 احمد قطب عباس ، إساءة استعمال الحق في التقاضي ، مرجع سابق ص 49 .

5 عبد السلام ذيب ، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، موفم للنشر 2009 ، الجزائر ، ص 19 .

وفي نهاية المطاف هناك من يرى أيضا الحق في التقاضي هو حق وليس حرية ، ذلك بان التعسف لا يرد الا على استعمال الحق دون استعمال الحريات أو الرخص العامة 1 .

أن ما يميز حق التقاضي في المواد المدنية من عمق وثراء في المضمون ، جعل من دراسته تكتسي أهمية بالغة على المستوى النظري والعملي ، فحصل الاتفاق على المستوى النظري باعتباره حق من حقوق الانسان الأساسية ، ومطلب أساسي وجوهري في كل مجتمع ديمقراطي ، أما على المستوى العملي وإزاء الازمة التي تعيشها المؤسسات القضائية ، فلم يعد يكفى الإقرار بحق التقاضي وتكريسه كحق مطلق ، بل يجب تقييده بشروط أصلية وشكلية يقتضها تنظيم القضاء وحسن سير العدالة ومصلحة الخصوم ، أضافة الى خضوعه الى مبدأ التعسف في استعماله ، لمراقبة الممارسة الجدية للحق ويساهم في التصدي للقضايا الكيدية .

ذلك بان الوظيفة الاجتماعية للحقوق ، لاتقتضي دعم اقراره كحق مطلق بل تخضعه الى قيود يجب أن يخضع لها ، ذلك بان الثابت فان الحق لمن يملكه ولكن تحت طائلة تحمل المتقاضي نتائج استعمالتلك المكنات والسلطات في حدود المشروعية .2

الفرع الثاني : في الشريعة الاسلامية .

القضاء في الإسلام يعني الفصل في الخصومات التي تقع بين الناسبالأحكام الشرعية ، وفي عهد الرسول ﷺ ، كان هو يتولى الفصل في الخصومات بنفسه في المدينة ، وكان يمثل بذلك الجهة القضائية الوحيدة، وهو ما يحقق وحدة القضاء ، ويرجع ذاك الى ضيق حدود الدولة الإسلامية في ذلك الوقت من ناحية، ومن ناحية ، وقلة عدد القضايا التي كانت ترفع اليه من ناحية أخرى.[3]

منذ بداية نزول الوحي على الرسول المصطفى عليه الصلاة والسلام، ومنذ بداية عهد الإسلام ، وبدأت المسائل التي تواجه المسلمين في حياتهم اليومية وتهاملاتهم المادية، وكلن الرسول (صلى الله عليه وسلم)، نعم القاضي لهم ، وكذلك الصحابة من بعده [4] .

ولما أتسعت رقعة الدولة الإسلامية في عهد عمر بن الخطاب، عين القضاة في الأمصار ، فولى أبا الدرداء قضاء المدينة، وولى شريحا قضاء البصرة ، وولى أبو موسى الأشعري قضاء الكوفة، وكتاب عمر الى أبي موسى من جوامع الكلم التي أرسى فيها نظم القضاء وقواعده 1.

---

1 حسين كيره ، مرجع سابق أصول القانون ، القاهرة مصر 1957 ، ص 1167 .

2 احمد قطب عباس ، أساءة استعمال الحق في التقاضي، مرجع سابق، ص 67 .

3 عبد الغني بسيوني عبدالله ، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي ، ص 55 ، عن : عمر ممدوح مصطفى ، أصول تاريخ القانون ، دار المعارف 1963 ، ص392 .

4أشرفاللمساوي، كفالة حق التقاضي ، في الشريعة الإسلامية ، والمواثيق الدولية والدستورية، وموقف الرقابة القضائية الدستورية منها، المركز القومي للإصدارات القانونية ، ط1، 2007 ، ص 95 .

الفصل التمهيدي :ـــــــــــــــــــــــتأصيل مبدأ كفالة الحق في التقاضي.

وقد أورد ابن خلدون[2] في مقدمته في الفصل الحادي والثلاثون ، من الباب الثالث المتعلق بالعمران السياسي، ما يلي: و أما القضاء فهو من الوظائف الداخلة تحت الخلافة لأنه منصب الفصل بين الناس في الخصومات حسماً للتداعي و قطعاً للتنازع إلا أنه بالأحكام الشرعية المنتقاة من الكتاب و السنة، فكان لذلك من وظائف الخلافة و مندرجاً في عمومها و كان الخلفاء في صدر الإسلام يباشرونه بأنفسهم و لا يجعلون القضاء إلى من سواهم. و أول من دفعه إلى غيره و فوضه فيه عمر رضي الله عنه فولى أبا الدرداء معه بالمدينة و ولى شريحاً بالبصرة و ولى أبا موسى الأشعري بالكوفة ،و كتب له في ذلك الكتاب المشهور الذي تدور عليه أحكام القضاة و هي مستوفاة فيه ، وبهذه الرسالة اجمع الفاروق في رسالته من مبادئ وأصول واجراءات التقاضي ما لم يحتوى عليه كتاب من قبل [3] ، وهي رسالة في سياسة القضاء، او هي دستور القاضي ، وقد اشتملت على كثير من المبادئ القانونية العامة التي تقلنها القضاة عن أساتذتهم العصريين ، كما اشتملت على كثير من أحكام قانون المرافعات 4، ولعل هذه الرسالة التي بعث بها عمر بن الخطاب الى عبد الله بن قيس الاشعري، تعد دستور قضائي متكامل في إقرار الحق في التقاضي والمساواة بين الخصوم والاحتكم الى كتاب الله وسنته ومراجعة الاحكام والآجال، والتذكير بثواب الله عز وجل ، وهي سابقة لم يعرف عن مثيلتها 5.

---

1 علي علي منصور ، المدخل للعلوم القانونية والفقه الإسلامي ، مقارنة بين الشريعة والقانون ، مرجع سابق ص 177 .

2 العلامة ولي الدين عبد الرحمان بن محمد ، ابن خلدون، تحقيق عبد الله محمد الرويش ، دار يعرب 2004 ، ص 402 .

3 عبد الغني بسيوني عبد الله، مبدأ المساواة أمام القضاء، وكفالة حق التقاضي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ط 3 2001 ، ص 25 .

4 جورج رانسون، فن القضاء شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابيالحبلي وأولاده القاهرة مصر، ترجمة المستشار محمد رشدي،، ط 1912 ص 171.

5يقول أما بعد: فإن القضاء فريضة محكمة و سنة متبعة فافهم إذا أدلي إليك فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له و آس بين الناس في وجهك ومجلسك و عدلك حتى لا يطمع شريف في حيفك و لا ييأس ضعيف من عدلك البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر. والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً و لا يمنعك قضاء قضيته أمس فراجعت اليوم فيه عقلك وهديت فيه لرشدك أن ترجع إلى الحق فإن الحق قديم ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل الفهم الفهم فيما يتلجلج في صدرك مما ليس في كتاب و لا سنة ثم اعرف الأمثال والأشباه و قس الأمور بنظائرها و اجعل لمن ادعى حقاً غائباً أو بينةً أمداً ينتهي إليه فإن أحضر بينته أخذت له بحقه و إلا استحللت القضاء عليه فإن ذلك أنفى للشك وأجلى للعمى. المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجلوداً في حد أو مجرى عليه شهادة زور أو ظنيناً في نسب أو ولاء، فإن الله سبحانه عفا عن الإيمان و درأ بالبينات. وإياك و القلق و الضجر و التأفف بالخصوم فإن استقرار الحق في مواطن الحق يعظم الله به الأجر و يحسن به الذكر و السلام. انتهى كتاب عمر .

وقد خطب عمر بن الخطاب بعد اختياره خليفة للمسلمين، " أيها الناس انه والله ما فيكم أحد قوي عندي من الضعيف حق أخذ الحق له، ولا أضعف عندي من القوي حتى أخد الحق منه .[1]

وكتب على ابن ابي طالب الى الاشتر النخعي ، عندما عينه واليا على مصر قائلا " أنصف الله وأنصف الناس من نفسك ومن خاصة أهلك، ومن لك فيه هوى من رعيتك ، فأنك الا تفعل تظلم ، ومن ظلم عبد الله كان الله خصمه دون عباده، ومن خاصمه الله أدحض حجته ، وكان لله حربا حتى ينزع أو يتوب .[2]

وقد كان النظام الإسلامي اول نظام حد من سلطات الحاكم ، وجعل من حقوق الافراد حاجزا منيعا امام تلك السلطات، وطان الإسلام مبتدعا في هذا المجال ، أذ ظهر في وقت كان مبدأ السلطة في اشد قوته ، وحقوق الافراد لا وجود لها ، فلما جاء الإسلام اعترف بالفرد بوصفه انسان له شخصيته ووجوده المستقل عن الجماعة التي يعيش فيها وكفل له الحقوق الخاصة به لا قبل الافراد الاخرين فقط كما كان الشأن عند الرومان .[3]

فلم يحد التشريع الإسلامي عن إقرار حق التقاضي بشكل واضح وجلي ، فكفل لكل انسان دون تمييز او تفرقة بسبب الأصل او الجنس او الطبقة او اللون الحق في التقاضي، كما دعت الشريعة الإسلامية الى إقامة العدل والمساواة عند القضاء بين الناس، وفي ذلك يقول عز وجل « إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ۚ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِ ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا . [4]

وكان الرسول ﷺ ، في مرحلة أولى يمثل الجهة القضائية، الوحيدة الملزمة ، الواجب اللجؤ اليها لفض النزاعات، الا انه باتساع الدولة الإسلامية ، وانتشار الإسلام أصبحت ولاية القضاء من الولاية العامة التي يقوم بها الولاة ، ثم تطور الوضع الى ان اصبح القضاء جهازا مستقلا بداته، يشرف عليه قضاة مستقلون مثلما هو الحال اليوم .

وأكد العلامة ابن خلدون ، بأن القاضي إنما كان له في عصر الخلفاء الفصل بين الخصوم فقط ثم دفع لهم بعد ذلك أمور أخرى على التدريج بحسب اشتغال الخلفاء و الملوك بالسياسة الكبرى، و استقر منصب القضاء آخر الأمر على أنه يجمع مع الفصل بين الخصوم استيفاء بعض الحقوق العامة للمسلمين بالنظر في أموال المحجور عليهم من المجانين و اليتامى و المفلسين و أهل السفه ، و في وصايا المسلمين و أوقافهم و تزويج الأيامى عند فقد الأولياء على رأي من رآه ، و النظر في مصالح الطرقات و الأبنية و

---

1 عبد الغني بسيوني عبد الله، مبدأ المساواة أمام القضاء، وكفالة حق التقاضي مرجع سابق ، ص 51 .

عبد الغني بسيوني عبد الله، مبدأ المساواة أمام القضاء ، وكفالة حق التقاضي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ط 3 2001، ص53 .2

3 عبد الله رحمة الله البياتي ، مرجع سابق ، ص 30 .

4 سورة النساء الاية 58 .

تصفح الشهود و الأمناء و النواب و استيفاء العلم و الخبرة فيهم بالعدالة و الجرح ليحصل له الوثوق بهم و صارت هذه كلها من تعلقات وظيفته و توابع ولايته. [1]

وتضمن نصوص الشريعة الإسلامية وتؤكد الحق في التقاضي ، بحيث ان كل مشكلة يتعرض لها الشخص يجد لها القاضي الإسلامي حلا في شرع الله ، كما انها لم تضع حواجز او عراقيل تمنع المواطنين من اللجوء الى القضاء ، ولا يوجد ما يمنع القضاء من التعرض لمشكلة ذلك المتقاضي ، ففي حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ، لمعاذ بن جبل عندما ارسله قاضيا الى اليمن قال له بما تحكم ؟ قال بكتاب الله فقال فان لم تجد؟ قال بسنة رسول الله ، فقال فان لم تجد ؟ قال اجتهد برأي ولا آلو ، فضرب النبي ﷺ ، وقال: "الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضى الله ورسوله .[2]

وللعدالة في الإسلام أهمية بالغة باعتبارها من المبادئ التي يقوم عليها نظام الحكم في ، وهذا ما أكده كتاب الله وسنة رسوله ، فقد وردت كثير من الآيات القرآنية في الحث على الاخذ بالعدالة لا باعتبارها مجرد فضيلة من الفضائل بل باعتبارها جزءا من الشرع أو الدين، فحيث تكون العدالة يكون الشرع.[3]

ونذكر من هذه الآيات الكريمة قوله تعالى: " (ان الله يأمر بالعدل والإحسان)[4] ، (واذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل) [5]، (واذا قلتم فاعدلوا ولو كان ذل قربى) [6] ، وتأكيدا لهذا المعنى يقول النبي صلى الله عليه وسلم ، (ان أحب الناس الى الله يوم القيامة ، وأقربهم منهم مجلسا أمام عادل ، وان ابغض الناس الى الله واشدهم عذابا امام جائر).[7]

أن التشريع الوضعي مبني على بعض قواعد تخالف التشريع الإسلامي ، فالفكر الغربي مثلا مبني على تأطير الحرية الفردية ودعمها { تؤدي هذه الحرية الفردية في النهاية الى سيادة القانون والثروة وتعظيم مصالح فئة محدودة على حساب مصالح الامة } ، في حين يجعل التشريع الإسلامي أفعال العباد مناط التشريع .....، أي ان الشارع لم يقصد من وضع الشريعة مراعاة الحرية لذاتها كالفكر الغربي ، بل قصد

---

1 العلامة ولي الدين عبد الرحمان بن محمد ابن خلدون ، مرجع سابق ، ص 403 .

2 اشرف اللمساوي ، مرجع سابق ، ص 96 .

3 الامام ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، طبع القاهرة 1961، ص 14 .

4 سورة النحل ، الاية 90 .

5 سورة النساء ، الاية 58 .

6 سورة الانعام ، الاية 152 .

7 عباس العبودي ، تاريخ القانون ، دار الثقافة عمان الأردن ، ط 6 2017، ص 260 .

التشريع إقامة المصالح الضرورية الأخروية و والفعالية الدنيوية ، ويستوي في ذلك ما كان من قبيل الضروريات أو الحاجيات أو التحسينات [1].

وقد أعطت الشريعة الإسلامية أهمية قصوى للقضاء والقضاة لان دماء المسلمين وأموالهم بيد القضاة ، كما كان ولاة الأمور والحكام يشدون من أزر القضاة ويحفظ للعدالة هيبتها ورونقها ، ولم يشهد التاريخ ومنذ عهد آدم عليه السلام الى اليوم بأن مملكة أقامت العدل وحكمت بهواحقت الحق الا ودام ذلك الملك والسلطان لسنوات كثيرة فقد كان ينادي في الأسواق والمناسبات العامة بأن الحاكم برئ من دم كل من يمنع احد من عرض حاجته عليه .

ومما يستشهد به على حرص الخليفة علي ابن ابي طالب رضي الله عنه ، ما كتبه الى "الاشتر النخعي " واليه على مصر ، حيث كان قد فوض اليه ولغيره من الولاة اختيار القضاة لتوسع نطاق الدولة : " ثم أختر للحكم بين الناس أفضل رعيتك في نفسك ، ممن لا تضيق به الأمور ولا تمحكة الخصومة ، ولا يتمادى في الذلة، ولا يحصر من الفيء الى الحق أذا عرفه ، ولاتشرف نفسه على طمع ، ولا يكتفي بأدني فهم دون أقصاه، وأدقهم في الشبهات ، وأخذهم بالحجج ، وأقلهم تبرما بمراجعة الخصم ، وأصبرهم على تكشف الأمور، وأصرمهم عند أتضاح الحكم ممن لا يزدهيه اطراء ..، ولا يستميله اغراء) 2.

وعرف القضاء في الإسلام نظام التخصص بالمكان والزمان والأقضية ، وكان المسجد هو مكان التقاضي، لما يجب للجلسة من علانية ، وليتدخل في الخصومة من يرى انها تتعدى اليه ، وكانت تخصص للقاضي أيام معينة يجلس فيها ، وكان يخصص القضاء في البلد الواحد المعين قاضي معين ، وعرف أيضا الاختصاص النوعي ، فقاضي يخصص للأحوال الشخصية وآخر للمعاملات ، وثالث للأنكحة والطلاق ، وقاضي للمظالم واختصاصه شبيه باختصاص القضاء الإداري بمجلس الدولة ، وكان هناك قاضي للجند وقاضي لاقامة الحدود، وعرف الإسلام قاعدة تعدد درجات التقاضي ، ومعنى الدعوى العمومية ، وأصول التحقيق الجنائي 3.

وفي نهاية المطاف، فأن أهمية القضاء باعتباره جزء من أجزاء الشريعة ، ينطبق عليه أيضا ما ينطبق على الشريعة عامة من الصفات والخصائص والمميزات ، والقضاء باب من أبواب الفقه الإسلامي الذي يعرضه الفقهاء والعلماء في كتب الفقه المختلفة في جميع المذاهب.[4]

---

1 علي علي المصري ، دور القضاء في تسوية النزاعات ، مجلة القضاء والعدالة ، مجموعة مؤلفين ، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية ، دار الحامد للنشر والتوزيع ، ط1 ،2014 ، الأردن ، ص 151 .

2 علي علي منصور ، مدخل للعلوم القانونية والفقه الإسلامي ، مقارنة بين الشريعة والقانون ، مرجه سابق ، ص 177 .

3علي علي منصور ، مدخل للعلوم القانونية والفقه الإسلامي ، مقارنة بين الشريعة والقانون ، مرجه سابق ، ص 179 .

4 محمد الزحيلي ، تاريخ القضاء في الإسلام مرجع سابق ص 13.

المبحث الثاني: مبررات اقرار الحق في التقاضي.

الإنسان مدني بطبعه ، مقولة للعلامة ابن خلدون برر بها أن الانسان لا يمكنه العيش منعزلا عن بني جنسه، وهو في حاجة الى مجموعة بشرية ليمارس من خلالها نشاطه ويتبادل مع عناصر افرادها علاقات ومنافع متعددة ،1 الا ان هذه العلاقات ينتج عنها صراعات وتضارب للمصالح بين الافراد،وعلى أثرها تولدت نزعة الاستئثار والغلبة والأنانية ، فكل تواجد للاجتماع البشري يترتب عنه بالضرورة حدوث نزاعات مختلفة ، ويذهب بيروPERROT ، الى اعتبار النزاع ليس الا نقطة تصادم في الحياة القانونية 2.

ولان هذا التصادم أمر لا مفر منه ، فان الحاجة باتت ملحة لإعمال نظم وقوانين تكفل سير العلاقات على هداها لتستقر العلاقات الإنسانية ، ووضع حد للنزاعات ،ذلك بان الضرورة تقتضي أن لايترك أمر تحقيق الانضباط في المجتمع لتقدير الأشخاص وفقا لمشيئتهم ، حتى لاتسود الفوضى في الواقع الاجتماعي ، ويكون الضعيف عاجزا عن حماية حقوقه اتجاه القوي، واقتنعت البشرية بانه لابد من إيجاد سلطة تكفل للقانون احترامه وتمنحه فاعليته، ولزومه وتعمل على إزالة ما يعوق هذه الاحترام وما يعرقل النفاذ، وذلك بجبر الافراد على احترام القانون ،وتنفيذ قواعده في سلوكهم، ليسود الامن والاستقرار، وتتمثل هذه السلطة التي تصبوا الى تطبيق القانون وإقامة العدل بين الناس، في القضاء، فالقضاء ضرورة اجتماعية3 فمن حق الافراد إشباع حاجتهم من الحماية القضائية لمصالحهم ، (المطلبالثاني)، ويعمل على تفادي العدالة العدالة الخاصة(المطلب الاول).

المطلب الاول: تفادي العدالة الخاصة.

في غياب اية مؤسسة قانونية في المجتمعات البدائية ، تقوم بتحديد كيفية حل الخلافات والنزاعات عند حصولها ، كان الأصل هو العدالة الخاصة ، فيعود لكل شخص تضررت حقوقه وممتلكاته ان يستوفي حقه بنفسه.

فكانت القوة في الجماعات البدائية هي التي تحسم كل نزاع بين الافراد ، فكان الشخص يقتضي حقه بنفسه ويستعين في ذلك بعائلته او القبيلة التي ينتمي اليها ، وكان مقتضى هذا النظام – نظام القضاء الخاص غلبة القوي على الضعيف، ونتيجته شيوع الفوضى واضطراب الامن.4

---

1 الانسان مدني بطبعه، مقولة للعلامة ابن خلدون.

2ROGER PERROT :« institutions judicaire » 4éme éd , MONTERSTIEN . 1995 . P 3 .

3عمر زودة، الاجراءات المدنية والإدارية، في ضوء احكام الفقة واحكام القضاء، انسيكلوبيديا، بن عكنون الجزائر، د ،س،ص . 05

4 أحمد هندي ، المحاكمات المدنية والتجارية ، ، دراسة في التنظيم القضائي – الاختصاص– الدعوى – المحاكمة – الاحكام وطرق الطعن فيها – التحكيم ، جامعتي الإسكندرية وبيروت العربية ، الدار الجامعية بيروت1989 ص 09 .

الفصل التمهيدي :ـــــــــــــــــــــــتأصيل مبدأ كفالة الحق في التقاضي.

قد حصل الاجماع على ان العدالة الخاصة، وسيلة يتمكن بها صاحب الحق من حماية وتنفيذ حقوقه بنفسه ، دون حاجة الى الالتجاء الى السلطات المختصة ، ذلك بانه في زمن الفطرة الأولى كانت القوة هل التي تخلق الحق وهي التي تحميه1 .

ان الحماية القضائية، تكفل احترام الحقوق و من هذا المنطلق فان استرجاع أي حق مسلوب يدعيه أي شخص لايمكن ان يستند لمنطق القوة ، أي الاخذ بالثأر او السعي لنيل ذلك الحق بالوسائل الخاصة2 .

ترسخ في الاذهان اقتران فكرة العدالة الخاصة بفكرة الحرب والانتقام الخاص والفوضى ، وانعدام النظام ، وقد اثار الفقية فاليمورسكو ، vallimaresco ، في اعتبار العدالة الخاصة مجرد مسألة تاريخية بحثة ، لان لهذه الوسيلة أثر في الانظمة القانونية الحديثة بالرغم من وجود مبدأ قانوني سائد يمنع الالتجاء الى العدالة الخاصة لحماية الحقوق ، ولاتزال هذه الوسيلة تتوسع في التشريعات المقارنة سواء تلك المكتوبة او العرفية ،ولاسيما في القوانين التي تحكمها القوانين النابليونية3 .

وما ينبغي الإشارة اليه، فانه وعلى الرغم من تكريس واعمال الحق في التقاضي في جل الدساتير والتشريعات والقوانين المقارنة ، وفضلا عن ذلك الاجماع الحاصل حول أهمية الاحتماء بالقضاء المنظم ، لاجل حماية الحقوق والحريات، أو لاجل استحقاقها عند تعرضها للعدوان ، فانه لايوجد نص يقر قاعدة عامة تحرم صراحة اللجؤ الى العدالة الخاصة ، بل ان العكس منه فان هناك بعض التشريعات من شرع إمكانية اللجؤ الى العدالة الخاصة .

ويرى vallimarescoبأن هناك عدة اشكال للعدالة الخاصة، لكل واحدة منها أسبابها ، وتشكلها ، وبحسبه، فان **النوع الأول** هو العدالة الخاصة الفوضوية، la justice privée anarchique ، يلتجا اليها الفرد عندما تكون فيها السلطة ضعيفة أو منعدمة ، وفي غياب هذه السلطة يندفع الافراد الى حماية مالهم من حقوق باستعمال قوتهم الخاصة ، هذا النوع سيطر على المجتمعات البدائية ، وتطور في شكل حروب بين القبائل والدول ، ولكن هذا النوع اضمحل مع ظهور وتشكل الدول بمظهرها الحديث ، التي باتت تحتكر جميع وسائل الاكراه باجهزتها الساهرة على تطبيق القانون .

1أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنيةوالتجارية، دار المعارف بمصر ، الطبعة العاشرة ، 1970 ، ص 14.

2 شاكر مزوغي، كلية العلوم القانونية والسياسية ، والاجتماعية ، جامعة تونس قرطاج، حق التقاضي ودولة القانون ، مقال منشور بمجلة الاجتهاد القضائي ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، ع 9 ،2013 أعمال الملتقى الدولي التاسع ، " الحق في التقاضي في الأنظمة المغاربية " ص ، 56 .

3Vallimarescoalexendre, la justice prive en droit moderne, thèse paris1926, p 8 .

أما النوع **الثاني** من العدالة الخاصة، فيمكن تسميته بالعدالة الخاصة الثانوية،la justice privée subsidaire ، وهذا النوع يكون مكمل لعدالة الدولة، ويكون لمعالجة النقائص الاستثنائية ، او ضعف العدالة العمومية ، ويمكن ان يتواجد هذا النوع في الدول العصرية والمنظمة، وذلك عند استحالة الالتجاء الى حماية قضاء الدولة1.

كما انه أيضا توجد نوع **ثالث** من العدالة يضمن الانتقال العادي بين النوع الأول والثاني، ويسمى بالعدالة الانتقالية وهي مسار متكامل من الاليات والوسائل المعتمدة لفهم ومعالجة ماضي من انتهاكات حقوق الإنسان بكشف حقيقتها ومساءلة ومحاسبة المسؤولين عنها وجبر ضرر الضحايا ورد الاعتبار لهم، بما يضمن المصالحة الوطنية ويحفظ الذاكرة الجماعية ويوثقها ، ويرسي ضمانات عدم تكرار الانتهاكات ، والانتقال من حالة الاستبداد الى نظام ديمقراطي يساهم في تكوين منظومة حقوق الإنسان .2

فالعدالة الخاصة الفوضوية او الانتقامية تبقى اخطر انوع العدالة لما تتميز به من انعدام النظام والاضطرابات الاجتماعية التي تتحكم عن طريق التحكم والقوة ، وهذا النوع بات غير متوافق مع المجتمعات المتحضرة ، ووجود سلطة عامة قوية، والحقيقة فانه اختفى مع التنظيم وتقوية سلطة الدولة ، وما يمكن أيضا ملاحظته هو انه في كل مرة تضعف فيها السلطة المركزية او تختفي تظهر على الفور العدالة الخاصة الفوضوية .

وعلى الرغم من اختلاف اشكال الالتجاء الى العدالة الخاصة، فان الفقه اجمع على عدم جواز الالتجاء اليها بصورة مطلقة ، لخطورة هذه الوسيلة ، وما يمكن ان تؤدي اليه من خلل اجتماعي ، بالرغم من انه يمكن ان يكون الالتجاء لهذه الوسيلة ضرورة مردها حالات يكون الشخص مدفوعا بغريزته الطبيعية الى تنفيذ واعمال ما له من حقوق في غياب السلطة ، او عند انعدام المقدرة على الالتجاء الى القضاء ، لكن عندما تكون هي الوسيلة الوحيدة لحماية الحقوق فانه لا محالة تنتهي بالفوضى .

وفي الحقيقة ، فان هذه العدالة الخاصة ، تطبق تحت رقابة المحاكم ، ولا ترخص الا لهؤلاء الذين لهم الحق فيها، وتجازى كل التجاوز أو الأخطاء ، فالأمر لا يعني انتصار للقوة ، وتتضمن كل ضمانات العدالة العمومية، دون وجود سلبيات المصاريف والبطء .3

1Vallimarescoalexendre, op , cit , p ;12 .

2بوعجبوط المصطفى ، تجربة العدالة الانتقالية في تونس ما بعد الربيع العربي: قراءة في مسار الأنظمة القانونية لهيأة الحقيقة والكرامة، مجلة الجيل العدد الخامس يناير 2018 ، ص 39 .

3Vallimarescoalexendre, op , cit , p ;23 .

وقد أجاز القانون الجزائري ، للأفراد وفي ظروف محددة حصرا ، مكنة حماية حقوقهم بأنفسهم ، كحالة الدفاع الشرعي، المنوه عنه بالمادة 128 من القانون المدني ، " من احدث ضررا وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه او عن ماله او نفس الغير او عن ماله ، كان غير مسؤول على ان لا يتجاوز في دفاعه القدر الضروري .

كما نص القانون المدني الجزائري الحق في الحبس ،1 هذا الحق مكنه القانون للمدين لضمان الوفاء الدين من مدينه دون حاجة للقضاء ، فهو وسيلة يضمن بها الدائنين الوفاء بدينهم ، بحيث يكون لطرفي الرابطة القانونية صفتا الدائن والمدين ، فيكون للدائن ان يمتنع عن الوفاء بالتزامه حتى يستوفي ماله من حق مترتب على المدين ،متى كان هناك ارتباط بين حقه في ذمة مدينه والتزامه بالأداء له ، 2 ولقد أثيرت بشان الحق في الحبس أيضا العديد من التساؤلات ، منها هل انه يتعارض مع بعض القواعد الكلية ، كقاعدة عدم إمكانية الانسان الانتصاف بنفسه لنفسه، ولكن ليس للحابس بيع الشيء الا عن طريق القضاء ،3.

كما ان المادة 501 من القانون المدني المعدل بموجب القانون 05/07 ، المؤرخ في : 2007/05/13، أعطت الحق للمؤجر ضمانا لحقوقه الناشئة عن الايجار ان يحبس جميع المنقولات للحجز الموجودة في العين المؤجرة ما دامت مثقلة بامتياز المؤجر ، ولو لم تكن مملوكة للمستأجر ، الى جانب الحق في الاضراب ،4وذلك من قبيل العدالة الخاصة، الا ان المشرع قيد اللجوء الى تلك الوسيلة ، منعا للغلو والشطط المحتمل وقوقعه بين الافراد ،والمؤدي الى عدم الاستقرار في المجتمع .

وفي التشريع الإسلامي ، ولئن اتفق الفقهاء على منع اللجوء الى العدالة الخاصة ، الا ان ذلك المنع لم يكن مطلقا ، ووقع الاختلاف حول الحقوق التي من الممكن تحصيلها بدون اللجؤ الى القضاء ، ومما يحصل الاجماع حوله، بانه يجوز تحصيل الاعيان المستحقة بغير قضاء ، ومثاله ان العين المغصوبة يمكن استردادها قهرا ، ومنهم من عمم هذه الحكم على كل حالة يكون فيها للشخص عين عند أخر سواء كانت مغصوبة او مستحقة باي سبب من سباب الاستحقاق كالشراء او الإرث او الوصية ، فمن وجد سلعته التي

1المادة 200 من الامر 58/75 ، المؤرخ في 1975/09/26 ، المتضمن القانون المدني ، المعل والمتمم.

2 عدنان هاشم جواد الشروفي ، الحق في الحبس للضمان ، دراسة مقارنة ، منشوارت زين الحقوقية ، ط1 2010 ، بيروت لبنان.

3 المادة 201 ، من الامر 58/75 ، المؤرخ في : 1975/09/26، المتضمن القانون المدني ، المعدل والمتمم .

4 المادة 24 من القانون 02/90 ، المعدل والمتمم بالقانون 27/91 ، والمتعلق بالنزاعات الجماعية في العمل ، وتسويتها وممارسة حق الاضراب ، " أذا استمر الخلاف بعد استنفاد إجراءات المصالحة والوساطة المنصوص عليها الاعلاه ، وفي غياب طرق أخرى للتسوية ، قد ترد في أي عقد او اتفاقية بين الطرفين، يمارس حق العمال في اللجؤ الى الاضراب وفقا للشروط والكيفيات المحددة في هذا القانون .

اشتراها او روثها، فأخذها دون اذن من القاضي فلا شيء عليه .1 كما ان الاجماع حصل في أخذ الزوجة نفقتها ونفقة أبنائها دون اذن زوجها ، عند امتناعه من القيام بواجبه في الانفاق على عائلته ، واستدل الفقهاء على بذلك بما ورد في حديث عائشة رضي لله عنها ، عن الرسول ﷺ ،الذي أشار على امرأة جاءت تشتكيه الى إمكانية أخذ ما يلزمها لنفقتها ونفقة أبنائها من مال زوجها حتى بدون اذنه عند امتناعه عن الانفاق على العائلة ، تقول عائشة رضي الله عنها : دخلت هند بنت عتبة أمرأة ابي سفيان على الرسول ﷺ ،فقالت " يارسول الله ان أبا سفيان رجل شحيح لايعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني الا ما اخذت من ماله بغير علمه ، فهل على جناح ؟ فقال الرسول ﷺ " خذي من ماله بالمعروف ما يكفيكي ويكفي بنيك 2. "

كما أجاز المذهب الحنفي للمؤجر ، في حالة غياب المستأجر لمدة سنة ولم يرجع المفتاح الى المؤجر ، فيمكن للأخير ان يتخذ مفتاح آخر ويفتح به العين المؤجرة ويسكن فيها أو يؤجرها لمن يشاء ،أماالمتاع ان وجد فيضعه في ناحية معينة الى حين حضور صاحبه ، ولايتوقف ذلك على اذن من القاضي .3

واذا كان حق التقاضي مكفولا، فانه لا يجوز لفرد اقتضاء حقه بنفسه عند وقوع اعتداء عليه، وانما يجب عليه الالتجاء الى المحاكم لرد الاعتداء، والتعويض عنه، حتى لاتسود شريعة الغاب ، التي تقوم على اعلاء الغرائز وتحكيم القوة والبطش ، وما يعنيه ذلك من اهدار للعدالة وهدم مبدأ المساواة بين الناس 4.

وفيالحقيقة العدالة الخاصة لاتزال تمارس بمراقبة المحاكم، ويتمتع بها أولئك الذين لهم الحق في استعمالها، وتتم معالجة كل خطأ أو تجاوز ، ويستخلص منه بانه لا يعد ذلك أستعمالا للقوة ، لان كل الضمانات المقررة للعدالة الرسمية تكون متوفرة .

غير أنه وبعد أن تطورت الجماعة الإنسانية ، وجدت ان القوة ، المادية ليست خير وسيلة لإنهاء الصراع بين افراد هذه الجماعة، لأنه قد يصبح القوي ضعيف والضعيف قويا مما دعاها الى أن تعيد النظر في نظامها الاجتماعي القائم على القوة والقصاص الخاص .5

---

1 عبد الودود محمد السريتي : استيفاء الحقوق بغير القاضي في الشريعة الإسلامية ، مؤسسة الثقافة الجامعية الإسكندرية ، ص 55 وما بعدها .

2 محمد الزحيلي : التنظيم القضائي في االفقة الإسلامي، دراسة مقارنة ، دار الفكر دمشق ، 2003 ، ط 3 ص 432 .

3 عبد الودود محمد السريتي ، مرجع سابق ص 56 .

4 هناء عبد الحميد إبراهيم بدر، حق التقاضي بين الضمانات والقيود الإجرائية، من منظور العدالة والمساواة ، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية ، ط 1 2017 ، ص07 .

5 زودة عمر، الإجراءات المدنية والادارية في ضوء أراء الفقهاء وأحكام القضاء ، مرجع سابق ، ص06 .

ويعتبر منع اللجوء الى العدالة الخاصة، وإقامة قضاء تابع للدولة تتوفر فيه العديد من الضمانات، خير ضامن لإقامة العدل والمساواة بين الناس وهو ما يؤدي الى بالضرورة الى تحقيق السلم الاجتماعي في المجتمع ، فالعدل ليس كمثله شيء في توطيد السكينة والطمأنينة والشعور بالأمان . 1

ومن هنا ظهرت الحاجة الى ان تتولى الدولة فض النزاعات بين الافراد، فبات القضاء قضاء عاما تتولاه هيئة عامة " السلطة القضائية" واختفت تدريجيا فكرة القضاء الخاص، وكرس الحق في التقاضي كضرورة اجتماعية.

المطلب الثاني: اشباع حاجة الافراد من الحماية القضائية .

تسن القوانين لأجل توفير حماية قانونية للحقوق المقررة، وقد لا يكون الافراد بحاجة الى اعمال تلك الحماية عند يقع الانصياع لقواعد القانون طواعية، ولكن تلك الحماية تبقى نظرية وغير كافية أذ وقع انكار لتلك الحقوق المحمية بنص القانون او وقع التشكيك فيها من الغير، وهنا يجب اعمل وتحريك الحماية المقررة قانونا عن طريق استعمال الحق في التقاضي، ولا يكون ذلك الا باللجوء الى القضاء طالبين توفير الحامية لهم من الاعتداء على حقوقهم، ولا يتم اشباع حاجتهم تلك الا عن طريق القضاء.

تقتضي الحياة الاجتماعية أنشطة وعلاقات ، واحيانا وجود مصالح متعارضة مما يجعل وجود القانون لحكم وتنظيم هذا المصالح والتوفيق بينها ضروريا ، أذ بدون القانون سوف يحاول كل فرد كان في المجتمع تغليب مصالحه على مصالح غيره ، فرد كان او جماعة، وتكفي هذه المحاولة لخلق الاضطراب وتهديد كيان المجتمع، فالحياة في المجتمع تقتضي بالضرورة حكمها بالقانون أي تقتضي أن يخضع الأشخاص لمجموعة قواعد تحدد سلوكهم في معاملاتهم وتقيم التوازن بين مصالحهم المختلفة 2، ومع ذلك فان هذه القواعد تتطلب الالتزام باحترامها من قبل الافراد ولو باستعمال القوة عن طريق سلطة عامة لإكراه الجميع على ذلك الالتزام ، والسلطة التي تتولى الاكراه في المجتمع لفرض الانضباط بالقانون هي القضاء .

ذلك بان الانسان مفطور على الشر، والنزوح عن الحق، والتجاوز للحد، والاعتداء على الغير ، والطمع بما في يده، والتهرب من أداءواجبه، والتعسف في استعمال حقه، ولذلك كانت الحاجة الى القضاء ماسة وضرورة وحتمية.3

1 محمد الصالح بن عياد ، دور القضاء في تحقيق السلم الاجتماعي ، م ق تنوفمير 1998 ، ص 9 .

2 عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للقانون، دار هومة للنشر والتوزيع ، دون سنة ص 08

3محمد الزحيلي، تاريخ القضاء في الإسلام، مرجع سابق صفحة 14.

الفصل التمهيدي :ـــــــــــــــــــــتأصيل مبدأ كفالة الحق في التقاضي.

فالقضاء من الأمور المقدمة عند كل الأمم مهما بلغت درجة حضارتها .....، أذ الخصومة البشرية وتنازع البقاء سنة الكون، ولولا الوازع الذي ينصف الضعيف من القوي والمظلوم من الظالم لاختل النظام وعمت الفوضى.1

والعدالة كمطلب قيمي مهم في المجتمع، لان مقصد تحقيق العدالة ، هو تحقيق كرامة الانسان مطلب لأداء وظيفته الاستخلافية وفق الرؤية الإلهية في الأرض ليقيم المشروع الإلهي فيها، فوفق مقولة العدالة تحقق الحريات ، بما يحقق العدالة وتنتظم لذلك مجموعة الحقوق والواجبات وفق ما تفتضيه العدالة، فاذا تحققت هذه القيم، تحقق بذلك كل مقومات الكرامة الإنسانية 2 ، ويعتبر الحق في التقاضي احد الحقوق الإنسانية الطبيعية التي جاء لتضع حد للوضع السابق والقصاص الفردي وتسمو بالفرد من الوضع الفوضوي والهمجي الذي كان يعيشه، وترتقي به .

ان وجود حق التقاضي واحترامه ضمان لحقوق الافراد وحرياتهم .... وضمان ذلك كله في امتلاكه لحق اللجوء الى القضاء أذا مست أي من هذه الحقوق، ومن دون هذا الحق يستحيل على الافراد أن يأمنوا على حرياتهم أو يردوا ما يقع عليهم من اعتداء.3

ولقد انتقل واجب الدولة في إيجاد جهاز قضائي يسهر على وضع حد للنزاعات اجاه مواطنيها الى حق محمي قانونا، فحق الفرد مكفول بوجود جهاز قضائي يسهر على حماية حقوقه وبإمكانه الاحتماء به.

ان الحق هو مفهوم اجتماعي يتحقق وجوده داخل المجتمع، فالشخص الذي يعيش في جزيرة او في غابة مثل حي بن يقظان لاتوجد لديه فكرة الحق، فهو يتعامل مع الأشياء كأشياء خارجة عن سياقها الاجتماعي والتاريخي، وتنعدم أيضا لدى هذا الشخص فكرة الحرية، لان الأخيرة لايمكن ادراكها والاحساسبها الا داخل المجتمع.4

ويعتبر القانون ضرورة اجتماعية، واعماله لايقل أهمية أيضا عن وجوده، ذلك بانه يقوم النظامالاجتماعي بالخضوع للقانون مالم تنفذ القواعد القانونية واقعيا، فاذا كان هناك مجتمع به قانون لاينفذ، فان الامر سيان مع تواجد مجتمع بدون قانون.

---

1 علي علي المصري، دور القوانين في تسوية النزاعات ، مجلة القضاء والعدالة ج1 ، دار الحامد للنشر ، 2014، ص 153.

2 هناء عبد الحميد بدر، حق التقاضي بين الضمانات والقيود الإجرائية، من منظور العدالة والمساواة،الطبعى الأولى 2016، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ص 07 .

3 عبد الله رحمة الله البياتي، مرجع سابق، ص 23 .

4 زودة عمر الإجراءات المدنية والإدارية، في ضوء اراء الفقهاء واحكام القضاء،انسكلوبيديا حي المجاهدين بن عنون الجزائر بدون سنة ص06.

وبذلك يكتسي الحق في التقاضي أهمية بالغة بالنظر الى الدور الاجتماعي الذي يحققه، وهو بذلك يضع حد لاستعمال القوة واللجوء الى العدالة الخاصة، وبالنظر الى هذا الدور الفعال تسعى الدول الى تكريسه، وعلى أساس تكريس هذا الحق تقوم دولة القانون.1

كما تقتضي الضرورة ان لايترك امر اعمال القانون في الحياة الاجتماعية لتقديرات ومشيئة الافراد، لان النتيجة سواد الفوضى بينهم، واغتصاب للحقوق ويبيت الضعيف غير قادر على حماية حقوقه في مواجهة من هو اقوى منه، ولايستقيم الامر الا بإيجاد قوة،او سلطة تكفل ذلك الاحترام للقانون وتهبه فاعليته والزامه، وابعاد معوقاته، بالزام الافراد على احترام القانون في حياتهم وتصرفاتهم ، وسلوكهم، غايته العدل والمساواة بينهم لاستقرار المجتمع، وتتمثل هذه السلطة في القضاء، فلايجوز لاحد ان يقتضى حقه بنفسه،2 ويلعب الحق في التقاضي دورا أساسيا في حماية كافة الحقوق الأخرى ، التي يقرها القانوني للإفراد ، فلا يمكن تحقيق حماية جادة لتلك الحقوق في غياب حماية قضائية لها .

فلكل إنسان الحفاظ على سلامته،وصيانة أمواله وحمايتها، وصون عرضه والدفاع عنه بالوسائل المشروعة، وذلك باللجوء الى القضاء لأجل استرجاع الحق المسلوب منه 3.

وللعدل في القضاء مقياس هو الان محل اجماع الفقه ورجال القضاء والقانون، وبهذا المقياس سيصبح القضاء، عملية موازنة بين مصلحتين متنافرتين، هما إيصال الحقوق إلى أصحابها وهو العدل المجسم ، أو الانصاف من جهة وضمان الامن والاستقرار في المجتمع بالمساواة بين الافراد أما القانون وهو العدل المجرد من جهة أخرى.4

ولايمكن تصور وجود استقرار واطمئنان عام في أي مجتمع يفتقد نظامه القانوني وجودحقالتقاضي، ولاتكن مؤسساته وأفراده الاحترام الكافي لهذا الحق، بل ان مثل هذا المجتمع سينحدر لاريب الى دروب تقربه من شريعة الغاب عندما يبادر كل فرد فيه مست حقوقه الى أخذ حقه بنفسه.5

ان دور القضاء في حماية واستقرار المجتمع،لاينحصر فقط في الحالات التي يثار فيها نزاع بين الافراد، بل كذلك حينما لايكون هناك نزاع أصلا، ففي اغلب الحالات يحترم الفرد القانون وحقوق الغير، ويوفي بالتزاماته اتجاه الاخرين اختيارا، ويرجع الفضل في ذلك الى قيام مؤسسات قضائية فعالة صارمة

---

1 شاكر مزوغي، مرجعسابق، ص .57 .

2قاعدة «لايجوز لاحد ان يقتضي حقه لنفسه" ، سمير تناغو ، النطرية العامة للقانون،الاسسكندرية ، ص 62 .

3منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، ط1 ، 2010، ص 106 – 107 .

4 الحسين السالمي، تطور التقاضي على درجتين: الاستئناف اعمال ملتقى كلية الحقوق بتونس 19– 20 ماي 1998 ، تونس 1993 ص 15 .

5 عبد الله رحمة الله البياتي، مرجع سابق ، ص 24 .

وعادلة، ويكون الافراد حينها على قناعة بانه بعدم احترام حقوق الغير، فان القضاء قادر على اكراهه على ذلك، وبالنتيجة فان وجود القضاء، وكفالة الحق في التقاضي من الأسباب الحيوية في شيوع السلام بين الناس .

ولما كان القانون أيضا ضرورة اجتماعية لتنظيم سلوك أفراد المجتمع، فأن هذه الضرورة تفرض أول ما تفرضه تدخل القاضي ليبعث في هذه القواعد روح القوة والالزام، ذلك أنه لا يمكن لتشريع مدني، أو جنائي أو غيره أن يسود في مجتمع ما ويجد تطبيقه بين الافراد دون تدخل من القاضي.1

مما يهدف اليه الحق في التقاضي تحقيق العدالة الاجتماعية وجهل العلاقات بين الناس مبنية على أساس العدل والمساواة والامن على النفس والعرض والمال ، وهو في حقيقة الامر ليس بالأمر الهين بل يقتضي الامر من الدول ان تسعى دوما وبصفة مستمرة وتحديث مؤسساتها القضائية ، ليتمكن الافراد والمتقاضين من اشباع حاجاتهم من الحماية القضائية ، فتعدل القوانين الإجرائية والموضوعية ، والمنظمة لنشاط العمل القضائي وادارته لجعله في متناول الجميع اخذا في الاعتبار ما تتطلبه الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية من سرعة الفصل واستقرار المعاملات بين الافراد .

يعد حق المواطن في اللجوء الى العدالة في حد ذاته تطورا مهما، لما كان سائدا في بعض المجتمعات القديمة ، التي كانت قائمة على قاعدة الفوارق الاجتماعية ، فاصبح حق التقاضي من الحقوق المشروعة لكل مواطن، دون حاجة الى ترخيص مسبق من أي جهة كانت كما لايخضع الى اية شروط تمييزية ، عدا تلك الشروط التي تحددها الأنظمة ، ويتساوى فيها الجميع ، .2 ذلك بانه لما تطورت المجتمعات ونمت المدينة ، وتأسست الحضارة احتكم الناس الى القوانين وتولد عن القوانين أصول المحاكمات وتكريس الحق في الوصول الو القضاء بإجراءات معروفة مسبقا ومتوقعة النتائج.

وحصيلة الأمر فأن وظيفة القضاء لم يعرف وان تخلت عنها الدولة منذ نشأتها ، او فوضتها للخواص بل تسمكت بها ليس فقط لأهميتها او مخافة الشطط في استعمالها ، وانما أيضا باعتبارها جزء من مكوناتها كسلطة من سلطاتها ومثل ذلك الأمن والدفاع .

1عمار بوضياف مرجع سابق ص 129 .

2 رضا احمد المزغني مرجع سابق ، ص 233 .

المطلب الثالث: كفالة الحق في التقاضي تجسيدا لدولة القانون.

ظهر مصطلح دولة القانون في العهود التي شهدت تنظيما سياسيا تجاوز مستوى القبيلة ليكون بناء جامعا ومنتظما ، وهو أمر يختلف بشأن بدايته، الا ان العهود الرومانية قد شهدت بناءات فيها تنظيم مقبول ومتفق مع بعض الأسس المتعارف عليها في كيان الدولة القائمة حاليا.1

وباعتبار الدولة شخص افتراضي ، يجمع بين اعتباره مجرد فكرة ، وبين تجسيده في الواقع ، فأن العميد " بيردو " يقول بأن الواقع اليومي يكشف عن أن أي أحد لم ير الدولة ، ولم يدع أي منهم بأنه جلس معها لتناول فنجان قهوة ، فهي ظاهرة غير قابلة للملاحظة ، قلا يكاد احد يعثر عليها ، مما يدفع بالقول بأنها ظاهرة غريبة ، لا تتمتع بحقيقة واقعية ، غير أنه يمكن الإحساس بها عند رؤية الحكام ، ورجال الشرطة ، ودخول المباني الحكومية ، وعند الانتفاع بالمرافق العامة ، وتزداد أساسا وقربا منها عند تطبيق القواعد القانونية عليها حال مخالفتها في ساحات المحاكم من قبل رجال القضاء .2

والواقع أن مسألة اقتران العلاقة بين الدولة والقانون، كانت محط اهتمام فقهاء القانون، والنقطة المركزية فيها هي أن الدولة شخص مسؤول، ومسؤوليتها تقع في امتلاكها حق إدارة المجتمع، هذا عدا عن احتكارها للقوة، ولسلطة تشريع القانون.3

وتقوم الدولة على أساس وجود مجموعة من الافراد يمارسون نشاطهم على إقليم جغرافي محدد، ويخضعون لتنظيم معين، ويحددها آخرون على أنها شخص قانوني عام أقليمي، ومهما حصل من اختلاف في تعريف الدولة فجوهرها لا يخرج عن وجود أفراد على أقليم في ظل تنظيم معين . 4

ويرى الدكتور سمير تناغو، بان العدل هو القانون الطبيعي الذي يجب ان توضع على أساسه القوانين الصادرة عن ارادة المشرع، كما ان العدل هو الأساس الذي تستمد منه هذه القوانين قوتها الملزمة للافراد، فالعدل يقتضي اطاعة القوانين التي تسنها الدولة .5

---

1 احمد عبد الزهرة الفتلاوي ، استقلال السلطة القضائية، واثره في نظام دولة القانون ، دراسة مقارنة ، منشورات زين الحقوقية بيروت لبنان ، ط 1 ، 2018، ص135 .

2 احمد سرحان ، القانون الدستوري والنظم السياسية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان ، ط1 ، 2002 ، ص 13 .

3 احمد عبد الزهرة الفتلاوي ، استقلال السلطة القضائية، واثره في نظام دولة القانون ، دراسة مقارنة ، مرجع سابق ص 140.

4 عبد الله رحمة الله البياتي ، كفالة حق التقاضي، مرجع سابق ، ص23 .

5 سمير تناغو ، جوهر القانون ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، الطبعة الأولى 2014 ، ص 27 .

ويقصد بدولة القانون خضوع المعاملات والعلاقات التي تبرط الافراد سواء ببعضهم البعض أو بالسلطات العامة الى المنظومة القانونية للدولة ، فسيادة القانون أهم الأسس التي تنهض عليها دولة القانون ، وباعتبار الدولة الديمقراطية تقوم على جملة من المؤسسات تتقاسم فيما بينها السلطة ، ومن بينها جهاز قضائي يتسم بقدر من التنظيم والفعالية ، كما يقصد بدولة القانون خضوع الحاكم والمحكوم على السواء الى قانون الدولة ، وأن هذا الأخير هو الذي يتولى تنظيم العلاقات بين مؤسسات الدولة من جهة ، وبين مؤسسات الدولة والافراد من جهة ثانية ، وبين أفراد الدولة ذاتها، ولا مجال لاقرار حقوق أو التزامات خارج اطار القانون ، وان أي عمل كان لايخضعلاحكام قانون الدولة يعد باطلا وغير ذي تأسيس قانوني يستوجب الغائه 1.

والهدف الذي تسعى اليه كل دولة بحسب طبيعة الأشياء، ليس هو حماية أفرادها من الاعتداءات الخارجية ، وليس هو تبادل السلع الخدمات، والا أصبحت كل الدول التي تعقد فيما بينها اتفاقات عدم اعتداء او اتفاقات تجارية دولة واحدة ، والواقع غير ذلك ، ولكن الهدف من كل دولة هو تحقيق الخير العام للجميع ، أي أن يعيش كل فرد حياة أفضل ، فالإنسان لا يوجد داخل الدولة لمجرد ان يعيش مع غيره ، بل ليعيش مع غيره بطريقة أفضل ، وكل المؤسسات داخل الدولة ليست سوى وسائل لإدراك هذا الهدف.2

ففي ظل سيادة القانون "تعمل السلطة القضائية على أساس حقوق ثابتة وقابلة للتحديد ومتوقعة، عوض عن التقدير الشخصي غير المحدود "3 ومنه تساهم المؤسسة القضائية في ظل سيادة القانون في قابلية التوقع والاستقرار للأوضاع في المجتمع وكذا المسائلة وتحقيق العدالة بوجه عام .

لا يعقل وجود دولة بلا قانون ، ولا قانون بلا قضاء، ولا قضاء بلا عدل ولا عدل بلا مقاضاة ، فهو حق لكل شخص سواء كان طبيعيا أو معنويا ذكر أوأنثى ، صغير أو كبير مواطنا أواجنبيا4 .

ولقد تطور مفهوم حق التقاضي بتطور فكرة الدولة، ونضج فكرة السلطة، فاصبح هذا الحق يعني أن ولاية القضاء تضمن الحماية لكل من يطلبها عن طريق قبول دعواه على أي شخص طبيعي أو معنوي خاص أو عام ، بما في ذلك الحكومة بوصفها شخص معنوي عام .5

---

1 رمضان غسمون، الحق في محاكمة عادلة ، من خلال التشريع الوطني الجزائري والتشريع الدولي ، الالمعين للنشر والتوزيع، ط 1 2010 ، الجزائر ، ص 22 .

2سمير تناغو ، جوهر القانون ، مرجع سابق ص 25 .

3سوجيتشودري ، كاثرين غلين بايس ، المحاكم الدستورية بعد الربيع العربي ، آليات التعيين والاستقلال النسبي ، مركز العمليات الانتقالية الدستورية ، كلية الحقوق جامعة نيويورك، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات ، 2014 ، ص 21.

4بوبشير محند أمقران ، قانون الإجراءات المدنية، ج1 ط1 سنة 2002 ، دار الامل للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر ص 32 .

5عبد الله رحمة الله البياتي ، مرجع سابق ص 11.

الفصل التمهيدي :ـــــــــــــــــــــتأصيل مبدأ كفالة الحق في التقاضي.

فالقضاء ركن من اركان الدولة، وجزء هام من مقومات المجتمع، وتقع على مسؤوليته حماية الانفس والارواح والأموال والحقوق، وتطبيق الأنظمة والاحكام ، ليؤمن الطمأنينة والهدؤ والسلام والعدل في المجتمع.1

ان مفهوم الدولة يحتل مكان الصدارة في دائرة المعارف القانونية، ويحظى بنظرية عامة مستوفية الأركان والشروط، تعود النظرية العلمية للدولة في أصولها الى الفيلسوف الألماني فهيجل الذي بحث التاريخ مطولا قبل ان يهتدي الى تعريف موضوعي للدولة.

وتوصف بدولة القانون تلك الدولة التي تبدوا فيها السلطة منظمة ومحددة بموجب القانون ، أي الدولة التي تخضع جميع سلطاتها العامة تشريعية وتنفيذية، وقضائية، لحكم القانون ، وتوصف بالدولة البوليسية ، تلك الدولة التي تستند الى رغبة الحاكم ، ولاتوضع فيها حدودا حقيقية لنشاط الدولة .2

ويعرف هيجل الدولة بأنها فكرة أو روح موضوعية تتجلي واعية بذاتها تدرك ذاتها ، وتتصرف بكل حرية لانها تعرف 3 ، فدولة القانون اليوم هي : مؤسسة شرعية تحكم، وتحكم بالقانون "4

وظهر مفهوم دولة القانون في المانيا في نهاية القرن19 ، قصد حماية المجتمع ضد تركيز السطلة والتعسف في استعمالها من جهة، وحماية الحقوق الأساسية والحريات العامة من جهة أخرى ، وفي نهاية القرن العشرين تشبع المفهوم المذكور بالأيديولوجية الليبرالية وساعده في ذلك خاصة التطور الاقتصادي الذي عرفته الدول التي تعرف باسم " الديمقراطيات الحديثة" ، وهو ما جعله يتحقق حسن ضمن استقلال القضاء ونزاهة الانتخابات، حماية حقوق الانسان، واقتصاد السوق .5

والدولة هي المصدر الوحيد للقانون ، وبذلك ارسى الفقيه الألماني اهرينكIhering(1818-1892) ،في كتابه "la lutte pour le droit " فكرة أساسية مؤداها هو : أن القانون مجموعة الضوابط التي بواسطتها يمارس الاكراه في الدولة، وبان النظام لايحترمولايضمن الا أذا احترمت الدولة ذاتها هذا النظام الذي أنشأها".6

1محمد الزحيلي ، القضاء في السلام ، مرجع سابق ص ، 15 .

2بوبشير محند امقران ، أنتقاء السلطة القضائية، دار النهضة العربية ، بيروت ، ص36 .

3 خروع أحمد دولة القانون ، في العالم العربي – الإسلامي بين الأسطورة والواقع ، د م ج الجزائر 2004 ، ص 71 .

4 خروع أحمد دولة القانون، في العالم العربي – الإسلامي بين الأسطورة والواقع ، مرجع سابق ، ص 79 .

5بوبشير محند امقران،أنتقاء السلطة القضائية، دار النهضة العربية ، بيروت ، ص36 .

6 ميشال بونشير، مدخل للقانون ، ترجمة محمد ارزقي نسيب ، دار القصبة للنشر ، 2004، ص28 .

ويذهب جانب من الفقه ، الى انه وبدراسة تاريخ القضاء يستنتج انه ومنذ ان ظهرت المجتمعات البشرية ، كان من الطبيعي ان يوجد قانون لينظم العلاقات المختلفة، ولتطبيق هذا التنظيم وجدت سلطة اذعان واكره ،1وذهب الفقيهاهرينغihring، الى اعتبار ان السلطة القضائية ، هي احسن وسيلة للإكراه .2

واجمع فقهاء القانون،أن القانون والقضاء امران لازمان ومتلازمان في كل مجتمع متمدن ، فلا معني لوجود القانون دون قضاء لآن الغرض من النص بعد إصداره تنفيذه، وان القضاء هو من يضطلع بمهام التنفيذ بأسلوب خاص ومتميز وبدور يختلف تماما عن دور السلطة التنفيذية.3

أن الدولة التي منعت على الافراد استعمال القوة والانتقام الفردي يقع على عاتقها تولي فض المنازعات بين الافراد بنفسها عن طريق مؤسساتها القضائية، وبات يقع على كاهلها واحب إقرار حق عام لجميع الافراد في الالتجاء الى القضاء دون تمييز بينهم لاي سبب من الأسباب الى جانب توفير الاليات والضمانات اللازمة ليكون هذا الحق فعليا وحقيقيا.

ويقترن الحق في التقاضي بدولة القانون فلا يمكن الحديث عن دولة القانون الا بضمانها لحق التقاضي ، كما لايمكن ان يعتبر نظام الحكم في دولة ما أو مجتمع ديمقراطيا الا اذا وفر لأفراده قضاء قادر على رد ما يتعرضون له من تعد على حقوقهم وحرياتهم .

كل ذلك دفع بالدول الى الاهتمام بتكريسه والاعلان عنه سواء كان ذلك في دساتيرها وقوانينها الداخلية أو في الإعلانات والاتفاقيات العالمية والإقليمية، وهو الامر المنوه عنه في عرض الأسباب لمشروع قانون الإجراءات المدنية والإدارية 4 ، من ان دولة القانون هي قبل كل شيء الدولة التي تمكن كل مواطن او مجموعة من المواطنين، من معرفة حقوقهم وواجباتهم بصفة لا لبس فيها ، وتسهل عليهم اللجوء الى العدالة دوا أي عائق وكلما دعت الحاجة ، بغية الحصول على قرار له القوة التنفيذية ، من شانه ان يضع حدا لانتهاك حق يملكه او تمكينه من حق يطالب به .

يقترن الحق في التقاضي بدولة القانون ، فلا يمكن الحديث عن دولة القانون ، الا بضمانها الوصول الى القضاء، وبات المعيار المحدد لاعتبار نظام الحكم في اية دولة او مجتمع ، ديمقراطيا الا اذا وفر لافراده جهازا قضائيا ، قادرا على وقف العدوان الواقع على حقوقهم وحرياتهم ، لان ممارسة القضاء هي وظيفة الدولة.

وباعتبار ان من عناصر الدولة القانونية ، الاعتراف بالحقوق الفردية ، وتنظيم رقابة قضائية :

1Vallimarescoalexendre , op , cit , p ;28 .

2Ihring ; " la lutte pour le droit " traduction fr par MEULARARE. PARIS 1890 " T. 1 , .120 .

3 د عمار بوضياف، دور القاضي في المجتمعات الحديثة، نشرة القضاة وزارة العدل ع 48 ، ص 125 .

4القانون رقم 08-09 ، المؤرخ في : 2018/02/25، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

فالعنصر **الأول:** الحقوق الفردية ، لايمكن ان يتحقق دون وسيلة ضمانه الأولى ، وهي حق اللجؤ الى القضاء للدفاع عنه اذا ما اعتدي عليه .. اذن أهمية حق التقاضي لهذا العنصر تعادل أهميته لوجود الدولة القانونية ذاتها.

والعنصر **الثاني** : تنظيم رقابة قضائية : وهو في حقيقته سوى حق التقاضي نفسه ،.. أن حق التقاضي ما هو الا عنصر من عناصر وجود واستمرار الدولة القانونية .1

تجسد القوة التنفيذية للأحكام القضائية سلطة امر ، وليس فقط سلطة قول الحق ،ويترجم ذلك دور القضاء في ضمان تطبيق القانون ، الذي يتجاوز المستوى النظري المتمثل في التصريح بقول القانون في نزاع معين الى مستوى التطبيق الفعلي والواقعي للقانون من خلال تلك القوة التنفيذية للأحكام الصادرة عنه ، والتي تنفيذ ولو باستعمال القوة العامة لتمكين المحكوم له صاحب الحق من حقه، وهو الهدف الاسمى للقانون .

فحق التقاضي حق اصيل ، وبدونه يستحيل على الافراد أن يأمنوا على حرياتهم أو يردوا ما يقع عليها من اعتداء ، ولايمكن ان يتعتبر نظام الحكم في دولة ما ديمقراطيا، الا بكفالته لحق التقاضي الذي يطمئن الافراد على حياتهم ، ويزيل من نفوسهم الشعور بالظلم 2 ، وأن أي تقييد أو مصادرة لحق التقاضي لا بد وأن ينعكس وبذات القدر على الرقابة القضائية 3، والامر نفسه ينعكس على مدى الثقة والايمان بالعدل والاحساس بالطمأنينة لدى المتقاضين.

وباعتبار القضاء من مقومات دولة القانون وأيضا رمز سيادتها على اقليمها ، يجب ان يرجع للدولة وحدها احتكار الوظيفة القضائية ، فلها وحدها حق اصدار الاحكام عن طريق مؤسساتها القضائية ، ولها اوحدها الاذن بتنفيذ تلك الاحكام عن طريق اصباغها بالصيغة التنفيذية ، ووتولى وحدها تعيين القضاة وتكوينهم ودفع اجورهم ومرتباتهم ، فالقضاء من مقتضيات سيادة الدولة وبالتالي يجب ان تتكفل به حماية لسيادتها.

وبذلك منعت الدول الافراد اللجوء الى القوة والانتقام والقصاص الفردي ، وذلك لتتولى هي بنفسها ، وعن طريق مؤسساتها القضائية الفصل في الخصومات التي تقع بين افرادها ، وبذلك يقع عليها واجب تكريس حق لجميع الافراد في الالتجاء الى القضاء ، دون تمييز بينهم لاي سبب كان ، وزيادة على ذلك توفير الأدوات والضمانات اللازمة ليعود هذا الحق حقيقة .

---

1 عبد الله رحمة الله البياتي، مرجع سابق ص 25 .

2 عبد الغني بسيوني عبد الله ، مرجع سابق ، ص 32 .

3 سعيد عصفور، النظم الدستوري المصري ، دستور 1981 ، منشأة المعارف الإسكندرية ، ص 317 .

وبذلك احتكرت الدولة القضاء ولم تعد العدالة عملا خيريا للملك بل واجب الدولة ،العناية به كمرفق عام ، تتكفل به الجماعة الوطنية ، فهي تمارس " باسم الشعب الفرنسي" وعندما تمارس العدالة تبرز سلطتان واللتان تترجمان بمصطلحين (القاضي ينطق بالقانون) ، و (القاضي سلطة القيادة) ، أذ ان قراره قد ينفذ – عند الاقتضاء – بمساعدة القوة العمومية ، من هنا نفهم بأن الدولة وحدها هي التي تسند سلطة أصدار الحكم الى شخص معين1 ، وحصيلة الامر فأن تلك النتيجة اكسبت الدولة احتكار ممارسة سلطة القضاء وبات مبدأ غير قابل للنقاش .

وتقتضي سيادة الدولة ان يكون القضاء موحدا تابعا للدولة وليس مشتتا، ذلك بأن تعدد الجهات القضائية وإخضاع كل فئة أو طائفة من الأشخاص لمحكمة خاصة تنتج عنه أثار سلبية على النظام القضائي وهيبته،لأن علوية القانون من مقتضيات سيادة الدولة ، ولن يتسنى ضمان تلك العلوية الا بضمان تطبيق القانون .

ان غياب نظام قضائي قوي في الدولة، يعتبر احد مسببات ضعفها وانهيارها ، وانتشار الفوضى وإضاعة الحقوق ، وشيوع النزاعات والفتن ، وبذلك كان الهدف من بناء جهاز قضائي قوي وناجز للوصول الى مجتمع مسالم ومؤمن بسيادة القانون .

ولامعنى لوجود القانون دون الخضوع لأحكامه من قبل المجتمع والسلطة أيضا، لان الأخيرة هي من سن القانون بواسطة أجهزتها ، ويجب عليها أيضا الخضوع له ، وما يكفل ويضمن ذلك الانصياع للقانون هو رقابة القضاء ، او الحق في اللجوء الى القضاء لأعمال عنصر الالزام بطلب من أي شخص تأثرت مصالحه بتصرف صادر من السلطة او الافراد.

وتأسيسا على ذلك فأن للقاضي دورا قياديا وأساسيا في أعمال وحماية مبدأ سيادة القانون، فهو من يظهره لحيز الوجود وهو من يعمل على تطبيقه، ولا يمكن لهذا المبدأ ان يرى النور الا عن طريق القضاة أنفسهم، فهم العاملون على تجسيده في أرض الواقع.2

وحصيلة الامر، فان القضاء عند الأمم رمز لسيادتها واستقلالها، والأمة التي لا قضاء فيها لاحق ولاعدل فيها ، وتاريخ القضاء في كل أمة عنوان علىمجدها، ودلالة على تطور العقل فيها ودرجة التفكير الذي وصلت اليه ، والقضاء والعدل يدلان على أشكال الدول والحكومات ، ويظهران مدى استقرار الأشخاص في الحكم ونظرتهم الى الامة، وهما المعيار الدقيق والحاسم للحكم على الحكام والقادة والمسؤولين .3

---

1 ميشال بونشير ، مدخل للقانون ، ترجمة محمد ارزقي نسيب ، دار القصبة 2004، ص 78 .

2 عمار بوضياف مرجع سابق ص 126 .

3محمد الزحيلي ، تاريخ القضاء في الإسلام، مرجع سابق ، ص 15 .

فإيجاد الوظيفة القضائية له أيضا العديد من المدلولات وأهمها ان لا تكون سلطة الدولة مشكوك فيها بأن تتواجد في الدولة قوى منافسة لسلطة الدولة، واضافة الى هذا الاعتبار فان وجود الجهاز القضائي يساهم بشكل كبير في حماية القاعدة القانونية التي تتولى الدولة ذاتها أنشائها وفق سياستها التشريعية.

وفي خضم ازمة الدولة الحديثة هناك ظاهرتان تسترعيان الانتباه وجديرتان بالدراسة بصفة معمقة أولهما ، التطور الملحوظ للمجتمع المدني، وثانيهما ، هو انفصام علاقة الثقة بين المواطن والمؤسسات السياسية والسياسيين مما أدى الى تنامي نفوذ السلطة القضائية التي أصبحت في الآن ذاته سلطة مستقلة متعددة الوظائف وتحتل مكانة مركزية في هيكل الدولة والمجتمع المدني .1

فالظاهر انه وفي الدول الحديثة بروز ظاهرتين باتت بادية للعيان، وكان ذلك بسبب تطور وسائل الاتصال وشبكات التواصل الاجتماعية، أولهما بروزقوة المؤسسات غير الرسمية المكونة للمجتمع المدني، من جهة واهتزاز العلاقة بين المواطنين والمؤسسات السياسية التي تدير المجتمع ، واهتزت الثقة في رجال السياسة، وقد ادى ذلك الى ترسيخ مكانة السلطة القضائية التي بات يدافع عن استقلالها أيضا المجتمع المدني ، كما تعددت أيضا مهامها وبذلك اكتسحت حيزا هاما ومكانة حيوية في الدولة والمجتمع .

كما ان كفالة حق التقاضي تعني ضمان الدولة الحق لكل فرد في اللجوء إلى القضاء لحماية حقوقه أو الدفاع عن نفسه، الا انه رغم كفالته، قد تُقيّده بعض القيود الواقعية كالفقر، الجهل القانوني، أو ضعف البنية القضائية، وهنا يبرز دور الدولة في تيسير التقاضي عبر المساعدة القضائية المجانية أو تبسيط الإجراءات.

وبالنتيجة فأن كفالة حق التقاضي ليست مجرد مبدأ نظري، بل ضرورة عملية لحماية الحقوق وضمان العدالة، ومن دون هذا الحق، يصبح القانون عاجزًا عن حماية الأفراد، ويُفتح المجال أمام الظلم والاعتداءات بلا رادع، لذلك، يجب على الدول أن لا تكتفي بالنص عليه، بل تسعى إلى تجسيده فعليًا عبر سياسات وإصلاحات قضائية حقيقية .

1le juge aujourd'hui , in mélange offert au Doyen Abdelfattah AMOR , centre de publications universitaire, tunis , 2005 , p 55, https://www.academia.edu/11040614/M%C3%A9langes_offerts au_Doyen , le 09-05-2020 , 00h 30 .

الفصل التمهيدي :ـــــــــــــــــــــتأصيل مبدأ كفالة الحق في التقاضي.

خلاصة الفصل التمهيدي.

لطالما مثّلت العدالة حاجة إنسانية أساسية منذ القدم. فبينما كانت تُمارس في البداية بالقوة، كما في حالة العدالة الخاصة، أتاح ظهور الدولة إنشاء مؤسسة عامة – القضاء – لتلبية حاجة المواطنين لحماية حقوقهم، كما ينص عليها القانون. وقيل قديما أنه عندما ينشأ نزاع بين الناس، فإنهم يلجؤون إلى القاضي". واللجوء إلى القاضي هو اللجوء إلى العدالة.

إن الدولة، التي تحظر على الأفراد استخدام القوة والانتقام الفردي، والتي تنتزع لنفسها الحق، من خلال مؤسساتها القضائية، في تسوية النزاعات بين الأفراد، يقع على عاتقها واجب إرساء حق عام لجميع الأفراد في اللجوء إلى العدالة دون تمييز من أي نوع، بالإضافة إلى ضرورة توفير الآليات والضمانات اللازمة ليكون هذا الحق فعالاً وحقيقياً.

إن الحق في اللجوء إلى القضاء مرتبط ارتباطًا وثيقًا بسيادة القانون. فلا يمكن لدولة أن تقوم دون ضمان هذا الحق، ولا يُمكن اعتبار أي نظام حكم، مهما كانت طبيعته، ديمقراطيًا إذا لم يمنح الأفراد سلطة قضائية قادرة على حماية حقوقهم وحرياتهم عند انتهاكها. ولذلك، تسعى الدول جاهدةً إلى ترسيخ هذا الحق وإعلانه، سواء في دساتيرها وقوانينها الوطنية أو في الإعلانات والاتفاقيات الدولية والإقليمية.

الباب الأول:

مصادر ومضمون كفالة الحق في التقاضي

الباب الأول: مصادر ومضمون كفالة الحق في التقاضي.

لايكفي الاعتراف بوجوب تكرس الحق في التقاضي كأحد أهم المبادئ القانونية التي تجسد سيادة القانون،وباعتباره من الحقوق الأساسية للافراد التي تمكنهم من الدفاع وحماية حقوقهم واحترام حرياتهم أمام القضاء، بل زيادة على ذلك تكريس الوسائل وسن الاجراءات لحسن ممارسته بعيدا عما يكدر تلك الممارسة من عوائق مادية أو حتى قانونية، وبذلك فأن الأمريتطلب دراسة مضمون ومصادر هذا الضمان على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية،والنصوص الدستورية والقوانين الداخلية، فضلا عن الاتفاقيات والمبادئ الدولية.

وعلى ذلك فان تناول موضوع مصادر كفالة حق التقاضي (الفصل الأول) ومضمونه (الفصل الثاني)، يشكل خطوة حيوية لفهم مدى التزام الدفاع عنها. الدولة بكفالة هذا الحق ومن ثمة تمكين الأفراد من اللجوء الى قاضيهم الطبيعي للمطالبة بحقوقهم أو للمحافظة على حرياتهم.

الفصل الأول:

مصادر الحق في التقاضي

الفصل الأول: مصادر الحق في التقاضي.

الاهتمام الدولي لحقوق الانسان يعتبر من المسائل الحديثة العهد نسبيا، أذا أنه حتى وقت قريب لم يكن القانون الدولي يهتم بغير العلاقات بين الدول كأشخاص مستقلة ذات سيادة ، ولم يعتبر الفرد شخصا دوليا، ولايخاطبه بحقوق ولايفرض عليه التزامات، ومع ذلك لم يتأخر المجتمع الدولي ، ولاسيما بعد الجرائم الجسيمة التي ارتكبتها العديد من الدول ضد الفرد وإنسانيته ، وبعد الخرق المستمر للحقوق والحريات، ومع بداية هذا القرن وجد جانب من الفقهاء من يقول " بأن الفرد يتمتع بشخصية دولية"، ولم يصل المجتمع الدولي الى هذا الوضع الا بعد تطورات عميقة كان للمنظمات الدولية العالمية، ولعديد من الجهود الدولية اثرها البالغ ، ومثل ميثاق الأمم المتحدة نقطة انطلاقة جديدة في مجال الاعتراف بالفرد، ذلك أن اصدار الإعلان العالمي لحقوق الانسان كوثيقة رسمية جعلت مختلف المجموعات الإقليمية والتكتلات الرئيسية في العالم تتخذ وثيقة مماثلة .

يتميز الحق في القاضي بأهمية بالغة بالنظر الى الدور الذي يحققه ،1 فالهدف النبيل للحق في التقاضي، يتمثل في حماية الحقوق والحريات واستقرار الأوضاع في المجتمع ، وإقامة العدل والمساواة بين الناس، ويوفر للناس من الاطمئنان على انفسهم واموالهم من كل عدوان او انكار لها ، وبفرض علاوة على ذلك سمو القانون والزام خضوع الافراد لذلك، وبذلك فان هذا الدور الحيوي لكل مجتمع، قد كرسته جل الدول في دساتيرها وقوانينها الأساسية .

الاعتراف بالحق في الوصول الى القضاء ، تم في واقع الامر عبر هيئات دولية ، وأيضا عبر القوانين الداخلية، التي أطرت هذا الحق ، ونتيجة للتطور الذي شاهدته حقوق الانسان، وما أصبحت تتميز به من طابع العالمية ، حتى بات الانسان او الفرد موضوع القانون الدولي، بعد ان كان موضوعا للقوانين الوطنية فقط ، مما جعل من الاتفاقيات الدولية ، والإقليمية مصدرا دوليا لهذا الحق ، (المبحث الاول)، كما نظمت القوانين الوطنية آليات ممارسته لتضفي عليه اكثر نجاعة في النصوص الداخلية ، (المبحث الثاني) .

1 Thiery s renoux ; " droit au recours juditionnel " j c p .1993 , 1 3675 , p 211 .

المبحث الأول: الحق في التقاضي في النصوص فوق التشريعية – الدولية.

يعتبر الحق في التقاضي حق طبيعي وانساني يخول لكل شخص التوجه نحو قاضيه الطبيعي، طالبا الحماية التي يعترف بها القانون، وهو حق عالمي تقره المبادئ الدولية، والاتفاقيات، وتسعى الدول لتدعيمه .

وقد اهتمت الدول بكفالة حق التقاضي، حيث لم يخل اعلان عالمي لحقوق الانسان منه، كما ان المواثيق الدولية اهتمت به أيضا، وهذا الاهتمام لم يكن بكفالة حق التقاضي فقط ، بل الاهتمام بحقوق الانسان وحرياته ، وهذا الاهتمام ربما يكون قدمه قدم البشرية ، فمنذ قديم الزمان كان الاهتمام بحقوق الانسان وحرياته الأساسية، فاليونان في مآثرهم الشهيرة تناولوا حق الانسان في الحياة ، وفي حرية التعبير، وفي المساواة أمام السلطة، وغير ذلك من الحقوق الطبيعية التي اعتبرها مفكروهم البنية الأساسية في بناء المجتمع والدولة الفاضلة . 1

أشار الفقيه سيرج قينشار، الى ان هناك تناقض بخصوص المصادر الدولية، للقانون الاجرائي ففي الوقت التي تعتبر فيه هذه الإجراءات (التقاضي) ، ذات بعد وطني داخلي لان هدفها هو توجيه محاكمة داخل هيئة قضائية وطنية ، بينما سيادة الدول تتجسد من خلال نشاط قضاتها2 .

ولا يمكن الحديث عن الحق في التقاضي، دون الرجوع الى الاتفاقيات الاصلية التي اقرته، والتي تشكل الاطار الشرعي المكتوب، وذلك بغية تحقيق حماية اكثر فاعلية لحقوق الانسان، تتجاوز الحماية الداخلية ، عن طريق مسعى في نطاق مجموعة من الدول .

ومنذ انتهاء الحرب العالمية الثانية، والى الان لم تتوقف الأبحاث في حماية حقوق الانسان في نطاق هيئة الأمم المتحدة ، والجمعيات الدولية ، والمنظمات والمؤتمرات الاهلية وغيرها .3

1احمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الانسان، دار النهضة العربية، القاهرة ، ط 1993 ، ص 30 .

2SERGE Guichard et autres, droit processuel, droits fondamentaux du procès, Dalloz, 7° éd, 2013 ; p .111.

3أشرفاللمساوي، مرجع سابق ص ،112 .

المطلب الاول: الإعلانات الدولية.

تجنبا للتغيرات السياسية والاجتماعية التي من الممكن ان تتعرض لها المجتمعات، كان لزاما إقرار نصوص ثابته، تضمن لكل شخص حق اللجوء الى القضاء لحماية حقوقه كلما كانت موضع انتهاك وذلك بغرض ديمومة هذا الحص وثباته بمنأى عن الهزات والتقلبات المتنوعة التي تتعرض لها الدول والأنظمة.

ومن اقدم وابرز المواثيق التي كرست الحق في التقاضي الميثاق الأكبر (great charter) ، أو العهد الأعظم أو الماغناكارتا، (Magna Carta) ، والذي صدر في إنكلترا عام 1225، حيث فرضه البارونات على الملك جون (جون لاكلاند)، وضمنوه ضمانات لحقوق معينة ، منها حق التقاضي، ومما جاء فيه ، (لن نبيع العدالة ولا الحقوق لأحد) ،وايضا (لن ننكر على أحد حقا في الالتجاء الى القضاء) و (لن نؤخر حصول أحد على حقه) .1

كما جاء في الميثاق الأكبر بانه " لايجوز اخذ شخص أو حبسه الا وفقا لقانون البلاد ، أي انه لايجوز حرمان شخص من حريته الا بناء على قرار اتهام صادر من رجال عدول" 2ولاي يجوز اعتبار شخص خارج عن القانون أي حرمانه من حماية القانون الا وفقا لقانون البلاد، وأضافت بانه لا يجوز ادانة شخص سواء في محكمة منصة الملك أو امام أي قاض آخر الا بناء على حكم يصدر عليه، أي قرناؤه ، او وفقا لقانون البلاد .

وبناء على ما سبق بيانه يستطيع كل من أصابه ضرر في شخصه أو ممتلكاته ان يلجا للقاضي للحصول على حقه ، وتعويض ما أصابه من ضرر مجانا وكاملا وبدون ابطاء 3 ، وكانت هذه الوثيقة – الماغناكارتا، (Magna Carta) – ترمي الى الحد من سطلة ونفوذ الملك ، وحماية امتيازات البارونات بصفة قانونية.

للوقوف على الضمانات الأساسية للحق في التقاضي يستوجب الامر، الرجوع الى الإعلانات الدولية، والتي كانت نتيجة أيضا لإعلانات حقوق الانسان كان أولها اعلان حقوق الانسان والمواطن في : 1789/08/06 ، والذي اذاعته الجمعية الوطنية الفرنسية، في اعقاب ثورة عاتية اندلع لهيبها نتيجة لفساد الحكم في فرنسا وتفاقم الازمة المالية فيها ، كما عرفت أيضا إنجلترا عددا من إعلانات الحقوق في صورة وثائق تاريخية قديمة جدا ، وتحد من سلطان الملك ليس فقط كما اشرنا الى العهد الأعظم (الماجناكارتا) ،سنة 1215 ،في عهد الملك جون، وانما أيضا ملتمس الحقوق سنة 1628

1عبد الله رحمة الله البياتي ، كفالة حق التقاضي، دراسة دستورية مقارنة ، مرجع سابق، ص 138 .

2عبد الغني بسيوني عبد الله ، مبدا المساواة امام القضاء وكفالة حق التقاضي، مرجع سابق ص 125 .

3روسكو ياوند ، المرجع السابق ص 126.

، ولائحة الحقوق سنة 1679، وقانون التسوية1، كما تعتبر " وثيقة الحقوق الانجليزية، English bill of rights"،الصادرة بتاريخ 1688/02/23 من البرلمان المنتخب بعد وفاة الملك جيمس الثاني، تشكل اعلانالحقوق والحريات التي يجب بن يتمتع بها الشعب الإنجليزي .2

والحقيقة فأن : حقوق الانسان ماهي الا ضمانات قانونية عالمية التي تخص كل البشر، وتحمي الافراد والمجموعات من الأفعال أوالامتناع عن الأفعال مما يؤثر على كرامتهم الإنسانية3، واهمها الإعلان العالمي لحقوق الانسان .

الفرع الأول: الإعلان العالمي لحقوق الانسان.

اعتمد ونشر الإعلان العالمي لحقوق الانسان، في 1948/12/10 ، بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، والذي نصت المادة 11 من دستور الجزائر ، لسنة 1963 ، بانه : " تمنح الجمهورية الجزائرية موافقتها للإعلان العالمي لحقوق الانسان ... " 4 .

وللحديث عن محتوى هذه الإعلان، فانه ينقسم الى أربعة أعمدة، فنلاحظ ان **الأولى** تتعلق بالحق في الحياة، وحرية الجسد، والامن القانوني للشخص ، **ثانيا** : يتعلق بعلاقة الفرد مع المجموعات ، العائلة، والأمة، والعلاقة مع الأماكن ومنها السكن ، التنقل ، التملك ، **الثالثة** ، تتلق بالجانب الروحي، وكذا الحقوق الاقتصادية، والاجتماعية ، لاسيما تلك المتعلقة بالعمل ، الضمان الاجتماعي التربية ، والحياة الثقافية.

وقد تضمنت المادة الثانية منه، على ان : لكل انسان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات المذكورة في هذا الإعلان دون تمييز من أي نوع، ولاسيما التمييز بسبب العنصر، او اللون، أو الجنس ، أو اللغة، أو الدين، أو الرأي سياسيا أو غير سياسي، أو الأصل الوطني، او الاجتماعي، أو الثروة ، أو المولد، أو أي وضع أخر .

أما بالنسبة للمحتوى الاجرائي لهذا الإعلان والذي يمثل مصدرا لضمان الحق في التقاضي، بصفة عامة، فقد حددته المواد 08، الى 11 .

1أشرفاللمساوي، مرجع سابق، ص 112 .

2 عبد الغني بسيوني عبد الله، مبدأ المساواة امام القضاء وكفالة حق التقاضي، مرع سابق ص ، 128.

3بوعشوافية، قيمة حقوق الانسان بين مبدأي التدرج وعدم التجزئة، عن حسين شفيق، حقوق الانسان في المجال الإعلامي والانترنت، دار الفكر والفن ،ى د . د .ن 2009 ص 11 ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، عدد خاص، دون سنة النشر ، ص 09 .

4غبوشنعمان، معاهدات دولية لحقوق الانسان تعلو القانون، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2008، ص 37 .

فقد كرست المادة الثامنة، على انه « لكل شخص حق اللجوء الى المحاكم الوطنية المختصة لأنصافه الفعلي، من أية أعمال تنتهك الحقوق الأساسية التي يمنحها إياه الدستور او القانون " وتعتبر هذه المادة المصدر الأساسي للحق في التقاضي، لأنها تعرضت للحق بصفة صريحة وواضحة.

ان مجرد إقرار الحق في التقاضي لا يكفي لفرض احترامها وتطبيقها، بل لابد من توفير جهاز قضائي كفيل بضمان تحقيق العدالة، وفي هذا المنوال اقر الإعلان العالمي لحقوق في المادة 10 منه، " لكل أنسان على قدم المساواة التامة مع الاخرين، الحق في ان تنظر محكمة مستقلة ومحايدة، نظرا منصفا وعلنيا، للفصل في حقوقه والتزاماته، وفي أي تهمة جزائية توجه اليه ، وركزت المادة 11 من الإعلان على أهمية حق الدفاع في كفالة محاكمة عادلة .

وعلى العموم يظهر مما سبق بيانه بان هذه المبادئ كلها باتت اليوم تحكم القضاء وحازت على موافقة اغلب الدول بما فيها الجزائر، وبالنتيجة باتت هذه الوثيقة تصبغ الطابع الإنساني على الحق في التقاضي، بغض النظر عن اية صفة أخرى، وتتساوق هذه المبادئ مع نصت عليه المادة 55 من ميثاق الأمم المتحدة، والتي اشارت الى ان هدف المنتظم الاممي ، هو ان يشيع احترام حقوق الانسان والحريات الأساسية للجميع في العالم، بدون تمييز بسبب الجنس او اللغة او الدين .

ولغياب أجهزة مراقبة، وقوة الزام في القانون الداخلي، وأيضا الاخذ بهذه المبادئ من قبل آليات دولية أخرى قلل بصفة معتبرة فائدته العملية ، وبطرق شتى بقى الإعلان العالمي لحقوق الانسان نص ذو قيمة رمزية ، وشكل النواة الصلبة لادوات دولية أخرى ، مع بقاء بقاء إشكالات وضعه حيز التنفيذ،1 الا ان مجرد توصل الدول ذات الأيديولوجيات المختلفة الى الاتفاق على نص معين يعتبر شيئا عظيما.2 ، ويرى الأستاذ قينشار، بان هذا الإعلان يعدوا أن يكون ذا قيمة معيارية ، ببنما يراه مجلس الدولة، مجرد فكرة يرتجي الوصل اليها 3.

ويثير الدكتور يوسف حاشي تساؤلا وجيها ، " واذن كيف نفسر فلسفة نص لم يضمن لحقوق ينص عليها الزامية الالتزام بها ومن ثمة قابليتها للتقاضي .... الا اذا سلمنا بما جاء في ديباجة هذا الإعلان قوله أنه يهدف الى إرساء " فهم مشترك " للحقوق والحريات "وتأكيد الايمان بها ' و " بكرامة الانسان " و" بتساوي الرجال والنساء " فيها، و" بحماية النظام القانوني للدول لها"، في هذا الإطار

1Serge guinchard, droit processuel, droit fondamentaux du procès opcit . P 117 .

2 كريم يوسف احمد كشكاش، " الحريات العامة في الأنظمة السياسية المعاصرة " منشأة المعارف الاسكندرية، 1987 ، ص 440 .

3Serge guinchard, droit processuel, droit fondamentaux du procès opcit. P 117

يمكننا فهم ذلك.[1] والاعلان الأممي لسنة 1948 ورغم أهميته البالغة، الا انه لم يكن ملزما مبدئيا لأي من الموقعين عليه ، كما انه لم يتمضن ما يكفل له ذلك، وفي الوقت ذاته فأن المادة 8 تنص صراحة على " حق اللجوء الى المحاكم لأجل رد أي انتهاك لحق من الحقوق الأساسية .[2]

ومع ذلك هذا الإعلان يبقى نص مرجعي بالنسبة لباقي الاليات الدولية لحماية حقوق الانسان، كما يعتبر هو المصدر أيضا للعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسيةالمؤرخ في : 1966/12/19 ، والاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الانسان والحريات الأساسيةومصدر الهام لتفسير هذه النصوص.[3]

الفرع الثاني: اعلان الأمم المتحدة للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري.

اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة (1904 – 18) ، في 20 نوفمبر 1963 ، ويعتبر هذا الإعلان من أهم الوثائق التي كرست الحق في التقاضي كحق انساني ، وهو ما يبرر حرص المجموعة الدولية على حماية هذا الحق وضماناته، لما يمثله من دور اجتماعي أساسي في تحقيق السلم الاجتماعي واستقرار الأوضاع في المجتمع ، ولتفادي اللجؤ الى القوة والعدالة الخاصة والانتقام الفردي كما كان سائدا في المجتمعات البدائية الامر المناقض للديمقراطيات الحديثة ، والمفلت للانتباه بان هذا الإعلان قد أحال في ديباجته الى ميثاق الأمم المتحدة، والاعلان العالمي لحقوق الإنسان الذين أقرا المساواة بين الناس في التمتع بالحقوق ومنها الحق في التقاضي، " فالجميع سواء أمام القانون ، ودون تمييز في حماية القانون.

وقد اكدت المادة 07 على :

01 : لكل إنسان حق في المساواة أمام القانون وفي العدالة المتساوية في ظل القانون. ولكل إنسان، دون تمييز بسبب العرق أو اللون أو الأصل الاثني، حق في الأمن علي شخصه وفي حماية الدولة له من أي عنف أو أذى بدني يلحقه سواء من الموظفين الحكوميين أو من أي فرد أو أية جماعة أو مؤسسة.

---

1 يوسف حاشي، مكانة الحقوق الأساسية من القضاء، مرجع سابق ص 211 ، مضيفا " لقد تساءل المؤتمرون حول ما اذا كان من اللازم اعتبار الوثيقة لأول وهلة ذات طبيعة قانونية ملزمة (à caractère juridique) ، لكل الافراد على شاكلة المعاهدات الدولية أم الاكتفاء باعتبارها " نمط سلوك " تلتزم به الدول قدر المستطاع.

علما بأن مصادر الوثيقة الدولية لحقوق الانسان 1948 ، كانت :

- الإعلان الفرنسي لحقوق الانسان والمواطن .
- الوثيقة الامريكية لحقوق الانسان .
- المشاريع المعتمدة من طرف الحكومات.
- المشاريع المعتمدة من طرف المنظمات غير الحكومية .

2 يوسف حاشي، مكانة الحقوق الأساسية من القضاء ، مرجع سابق ص 2010 .

3Serge guinchard, droit processuel, droit fondamentaux du procès opcit . P 117 .

02 : لكل إنسان يتعرض في حقوقه وحرياته الأساسية لأي تمييز بسبب العرق أو اللون أو الأصل ألاثني، حق التظلم من ذلك إلي المحاكم الوطنية المستقلة المختصة التماسا للإنصاف والحماية الفعليين.

أما المادة 11 من الإعلان ، فقد اقرت على أن " تقوم كل دولة بتعزيز احترام ومراعاة حقوق الإنسان والحريات الأساسية وفقا لميثاق الأمم المتحدة وبالالتزام التام الدقيق لأحكام هذا الإعلان والإعلان العالمي لحقوقالإنسان ".

وهكذا كرست هذه المادة الحق في التقاضي، الامر الذي يبرر أهمية الإعلان.

وتجدر الإشارة الى ان هذا الإعلان اقتصر على إقرار الحماية من طرف القضاء الوطني ضد كل اشكال التمييز وبانه واثناء سير الاعمال التحضيرية الخاصة هذا الإعلان مسألة إمكانية توسيع الحماية القضائية حتى تصبح دولية، ولكن وقع العدول عن هذا الرأي بسبب معارضة العديد من الأطراف، ذلك بان إقرار مثل هذه الحماية الدولية من شأنه المساس باستقلالية وسيادة الدول .1

وهو الامر الذي يحد من فعالية إعلانات الأمم المتحدة مقارنة بالاتفاقيات الأوروبية التي تضمنت التزام الدول بالامتثال لنصوصها ، ووضعت جهازا قضائيا يتولى مراقبة مدى احترام الدول الأوروبية، ويبقى لها اتخاذ الإجراءات اللازمة لوضع حد للانتهاكات ، وبالرغم من رفض المجلس الدستوري الفرنسي تطبيق الاتفاقية بصفة مباشرة في القانون الفرنسي، الا انه أقر بأن المشرع يبقى ملزما باحترامها والامتثال لها .2

الفرع الثالث : الإعلان المتعلق بحقوق الانسان للأفراد الذين ليسو من مواطني البلد الذين يعشون فيه.

وقد اكدت المادة **05** منه فقرة ج ، " الحق في المساواة أمام المحاكم بجميع أنواعها وأمام سائر الهيئات والسلطات المختصة بإقامة العدلوالحق عند الضرورة، في الاستعانة مجانا بمترجم شفوي في الإجراءات القضائية والإجراءات الأخرى التي ينص عليها القانون".3

فيما يتعلق بالأمور التي تتناولها الفقرة 2، يمنح كل لاجئ في غير بلد أقامته المعتاد من بلدان الدولة المتعاقدة، نفس المعاملة الممنوحة فيها لمواطني بلد أقامته المعتادة.

1Pierre mertere ; " les droit de recours effectif devant les instances nationales en cas de violation d un droit de l homme " 1973 ; p 42.

2Donatienne de bruyn ; " le droit à un recours effectif " mélange p , lambert , bruylant , bruxelles 2000 , p 185 .

3 اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، رقم 144/40 ، المؤرخ في : 1985/12/13 .

المطلب الثاني: العهود والاتفاقيات الدولية والاقليمية.

هي عهود تكرس حملة من الحقوق اللصيقة بكرامة الإنسان وصيانة حياته بجملة من الاحكام التي باتت مرجع ايضا لضمان الحق في التقاضي، لما تضمنه من قيم ومبادئ تؤطر ذلك الحق وتحميه، ويقع على عاتق الدول احترامه ايضا في تشريعاتها الوطنية والعمل به على أثر تصديع الدقول وموافقتها على هذه النصوص التي تسهل وصول الافراد الى حماية حقوقهم وحرياتهم بواسطته.

الفرع الأول: العهود والاتفاقيات الدولية.

تعبتر العهود والمواثيق الدولية والاقيلمية ذات قيمة حيوية لاقرار وتكريس الحق في التقاضي، وهذه الاليات باتت مرجعا ايضا للقوانين الوطنية، وباتت مكانة هذه النصوص تحتل الصدارة لكفالة الحق في التقضي ووصول الافراد الى العدالة.

أولا :العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية.

بعد اصدار الإعلان العالمي لحقوق الانسان اتجهت الأمم المتحدة الى المهمة الأكثر صعوبة، وهي تحويل المبادئ التي وردت في ذلك الإعلان الى مواد اتفاقية تفتقر التزامات قانونية من جانب كل دولة مصادقة عليها، وتقرر في نهاية الامر أن تكون هناك اتفاقيتان1 ، الأولى تتناول الحقوق الحقوق الاقتصادية وبالاجتماعية والثانية الحقوق المدنية والسياسية، وبالنتيجة فأن العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، جاء تفصيلا لمبادئ عامة وردت بالإعلان العالمي لحقوق الانسان .2

نظرا لاعتبار الإعلان العالمي لحقوق الانسان ذو قيمة أدبية فقط وغير ملزم التطبيق، راحت الأمم المتحدة نحو تحويل المبادئ الى جاء بها ذلك الإعلان الى مواد اتفاقية تقرر التزامات قانونية من قبل كل دولة مصادقة عليه ، لأجل توفير حماية فعلية لحقوق الانسان وحرياته تكفل له الاطمئنان والأمن وتدفع عنه مت قد يتعرض له من بطش الحكومات أو تعسفها، وبذلك صدر العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، والذي يشكل النواة الصلبة للقانون الاجرائي الدولي .3

1جاءت المادة 02 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، لعام 1969 بما يلي : أن المعاهدة هي اتفاق مكتوب يتم بين اشخاص القانون الدولي العام بقصد ترتيب أثار قانونية معينة وفقا لقواعد القانون الدولي العام ، سواء أفرغ هذا الاتفاق في وثيقة واحدة أو عدة وثائق ، وأيا كانت التسمية التي تطلق عليها : الاتفاقية – الميثاق – النظام – التصريح – البروتوكول .

2 اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، 2200 ، ألف (د 21) المؤرخ في: 1966/12/16 ، تاريخ بدا النفاذ في 1976/03/23 ، وقفا للمادة 49، وقعت عليه الجزائر في 1968/12/10، تاريخ تسليم صك التصديق من طرف الأمم المتحدة في 1982/09/12 ، وصادقت عليه الجزائر وتم نشره بموجب أمر رئاسي رقم: 67/89 ، من رئيس الجمهورية، ج ر رقم 20، بتاريخ 1989/05/17 ، ودخل حير التنفيذ بالنسبة للجزائر، في 1989/12/12 .

3Serge guinchard, droit processuel, droit fondamentaux du procès opcit . P 118 .

لا يعتبر هذا العهد الالية الوحيدة ولكن لديه ميزة تغطية مجال مادي وعملي ولديه هيئة مراقبة، وهي لجنة حقوق الانسان للأمم المتحدة " CDH " ، وهو ما اقرته المادة 1/28 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، وقد اضيف البروتوكول الاختياري الأول كملحق بالعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية ، بشأن تقديم شكاوي من قبل الافراد .1

وما يهمنا في هاته الدراسة، هي المادة 14 ، التي تضمنت الحق في محاكمة عادلة ، مع كل الضمانات الإجرائية ، الواجب الاعتراف بها للمتقاضين ، والتي تطبق في على السواء في المواد المدنية والجزائية، ونفس الامر بالنسبة للمنازعات الدستورية، والمساعدة القضائية 2 .

واقر العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية ، الحق في التقاضي باعتباره من الحريات الأساسية ، وفقا للمفهوم المعاصر للحرية ، ويعتبر الزام على عاتق الدولة بتوفير الوسائل المادية والقانونية اللازمة لتمكين الافراد من ممارسة حقهم في التقاضي ، وقد اكدت المادة الثانية منه ، " بان تتعهد كل دولة طرف في هذا العهد باحترام الحقوق المعترف بها له ، وبكفالة هذه الحقوق لجميع الافراد الموجودين في اقليمها والداخلين في ولايتها، دون تمييز بسبب العرق ، أو اللون ، أو الجنس، أو اللغة ، او الدين، أو الرأي سياسيا ، أو غير سياسي ، أو الأصل القومي أ, الاجتماعي أو الثروة ، أو النسب ، أو غير ذلك من الأسباب .

لم يخلو العهد المذكور من الاهتمام الواضح بالحق في التقاضي كحق من حقوق الانسان، وهو ما يمكن ملاحظته من المادة الثانية، الفقرة الثالثة:بان تتعهد كل دولة في هذا العهد ، بأن تكفل توفر سبيل فعال للتظلم لأي شخص انتهكت حقوقه أو حرياته المعترف بها في هذا العهد، حتى ولو ثذر الانتهاك عن اشخاص يتصرفون بصفتهم الرسمية .

ومما يلاحظ بان هذه المادة أقرت حق كل فرد انتهكت حقوقه، في اللجوء الى القضاء، وهو المقصود بلفظ " التظلم " والأكثر من ذلك حمل العهد لكل دولة صادقت على هذا العهد التزام احترام الحقوق المعترف بها، ومن ضمنها الحق في اللجوء الى القضاء لجميع الافراد الموجودين في اقليمها والداخلين في ولايتها ، دون تمييز بسبب العرق او اللون أو اللغة أو الدين او أو الرأي سياسيا كان أو غير سياسي أو غير ذلك من الأسباب.

1اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق الانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، 2200 ، ألف (د 21) :في 1966/12/16 ، وصادقت عليه الجزائر وتم نشره بموجب أمر رئاسي رقم: 67/89 ، من رئيس الجمهورية ، ج ر رقم 20، بتاريخ 1989/05/16 .

2Serge guinchard, droit processuel, droit fondamentaux du procès droit op cit . P 122 .

وقد جاءت المادة التاسعة من العهد المذكور مندرجة في هذا المنطق التقريري لحماية الحق في اللجوء الى القضاء، أذ نصت على أن : لكل شخص حرم من حريته بالتوقيف أو الاعتقال من حق الرجوع الى المحكمة..." وان كانت هذه المادة تتعلق بالقضاء الجزائي، فأن أهميتها بالنسبة لنطاق موضوعنا هي انها كرست فعلا الحق في اللجوء الى القضاء.

وتتوزع إجراءات مراقبة تطبيق العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، الى ما:

أولا : :تلزم الدول الأعضاء بتقديم تقارير دورية، للجنة حقوق الانسان للأمم المتحدة1 ثانيا :ان تعترف كل دولة طرفا في البروتوكول باختصاص اللجنة في استلام ونظر السرائل المقدمة من قبل الافراد الداخلين في ولاية تلك الدول الطرف 2 ، ثالثا وأخيرا نظم البروتوكول الاختياري حق الافراد الذين يدعون ان حق من الحقوق الذمورة في العهد قد انتهك ، والذيم يكونون قد استنفدوا جميع طرق التظلم المحلية ، في تقديم رسالة كتابية الى اللجنة للنظر فيها.3

ثانيا : الاتفاقية الخاصية بوضع اللاجئين.

بموجب بالمادة 16 من الاتفاقية المعروفة باتفاقية جنيف4 ، وعنوانها " حق التقاضي أمام المحاكم " ، وبرسم الحق في التقاضي أمام المحاكم، اقرت بانه:

- 1 . يكون لكل لاجئ على أراضي جميع الدول الأعضاء المتعاقدة، حق التقاضي الحر أمام الماحكم.

- 2 . يتمتع كل لاجئ في الدولة المتعاقدة محل اقامته المعتاد، بنفس المعاملة التي يتمتع بها المواطن من حيث حق التقاضي أمام المحاكم،مبا في ذلك المساعدة القضائية، والاعفاء من ضمان أداء المحكوم به.

- 2 . في ما يتعلق بالامور التي تناولتها الفقرة السادسة ، لمنح لكل لاجئ ، في غير بلد أقامته المعتادة من بلدان الدول المتعاقدة ، نفس المعاملة الممنوحة فيها لمواطني بلد أقامته المعتادة .

ثالثا : الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع اشكال التمييز العنصري.

---

1 تتكون اللجنة من 18 عضو مستقلين ينتخبون من قبل الدول المصادقة على العهد .

2 المادة الأولى من البروتوكول الاختياري الأول ، الملحق بالعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية .

3المادة الثانية من البروتوكول الاختياري الأول، الملحق بالعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية .

4 اعتمدها مؤتمر الأمم المتحدة للمفوضين بشأن اللاجئين وعديمي الجنسية، بتاريخ : 1951/07/28، والذي دعته الجمعية العامة للأمم المتحدة الى الانعقاد بمقتضى قرارها رقم: 429 (د – 5) ، المؤرخ في 1950/12/14 ، تاريخ بدأ النفاذ في 1954/04/22 ، وفقا للمادة 43.

رغبت من الدول الاطراف في هذه الاتفاقية في تنفيذ المبادئ الواردة في اعلان الأمم المتحدة للقضاء على التمييز العنصري بكافة اشكاله، وفي تأمين اتخاذ التدابير العملية اللازمة في اقرب وقت ممكن لتحقيق ذلك.1

ووفقا لأحكام المادة الأولى ، تعد الاصدار الثالث لحقوق الانسان والغاية منها القضاء ووضح حد لحميع اشكال التمييز العنصري ، وقد احتوت هذه الاتفاقية2على 19 مادة، وتضمنت هذه الاتفاقية الدولية للقضاء عى جميع اشكال التمييز العنصري ، وتساوقت الاتفاقية مع ما سارت عليه الجمعية العامة للأمم المتحدة ، بشأن شجب سياسات الفصل العنصري وممارساته ، ووصفتها بأنها جرائم ضد الإنسانية ، من شأنها تعكير وتهدد السلم والأمن الدوليين.

وكانت هذه الاتفاقية إضافة لإقرار حق وضمان الحق في التقاضي ، على غرار الاتفاقيات المختلفة ، لدوره الفعال في كفالة وحماية باقي حقوق الانسان الأخرى ، ومنها الحماية من التمييز العنصري ، وبلذلك اقرت المادة 05 ، من الاتفاقية ، الحق في المساواة أمام القانون دون تمييز بسبب العرق أو اللون أو الأصل القومي أو الانثى ، والحق في معاملة على قدم المساواة امام المحاكم ، وجميع الهيئات الأخرى التي تتولى إقامة العدل ،وبأن تكفل الدول الأطراف لكل انسان داخل ولايتها حق الرجوع الى المحاكم الوطنية وغيرها من مؤسسات الدولة المختصة لحمايته ورفع الحيف عنه على نحو فعال بصدد أي عمل من أعمال التمييز العنصري يكون انتهاكا لما له من حقوق الانسان والحريات الأساسية يتنافى مع هذه الاتفاقية ،وكذا الرجوع الى الماحكم المذكورة التماسا لتعويض عادل ومناسب أو ترضية عادلة ومناسبة عن أي ضرر لحقه كنتيجة لهذا التمييز 3.

وهكذا بات الحق في التقاضي سبيلا فعالا لرفع الظلم الناتج عن الممارسات العنصرية، كما تبرز أهمية حق التقاضي في الانسان من التمييز العنصري، اعتبار إقرار الحق في التقاضي من أهم الالتزامات الواقعة على الدول الأطراف في هذه الاتفاقية.

1ديباجة الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع اشكال التمييز العنصري .

2اعتمدت وفتح باب التوقيع والتصديق ، عليها بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ، 2106، ألف (د 20)، المؤرخ في: 1965/12/21، وتم التوقيع على الاتفاقية من قبل الجزائر في : 1966/12/09، تتريخ استلام صد التصديق من الأمم المتحدة، في : 1972/02/14، ونشرت بموجب مرسوم رئاسي، رقم 66/348 ، المؤرخ في : 1966/12/15 ، ج ر ، رقم 110، المؤرخة في : 1966/12/30 .

3المادة 6 من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع اشكال التمييز العنصري.

ثالثا: الاتفاقية بشأن وضع الأشخاص عديمي الجنسية .

بعنوان " حق التقاضي أمام المحاكم " ، نصت المادة 16 من هذه الاتفاقية **1** على :

1. يكون لكل شخص عديم الجنسية، علي أراضي جميع الدول المتعاقدة، حق التقاضي الحر أمام المحاكم.
2. يتمتع كل شخص عديم الجنسية، في الدولة المتعاقدة محل إقامته المعتادة، بنفس المعاملة التي يتمتع بها المواطن من حيث حق التقاضي أمام المحاكم، بما في ذلك المساعدة القضائية والإعفاء من ضمان أداء المحكوم به.
3. في ما يتعلق بالأمور التي تتناولها الفقرة 2، يمنح عديم الجنسية، في غير بلد إقامته المعتادة من بلدان الدول المتعاقدة، نفس المعاملة الممنوحة فيها لمواطني بلد إقامته المعتادة.

تُعدّ هذه المادة من اتفاقية عام 1954 المتعلقة بوضع الأشخاص عديمي الجنسية أساسية لضمان حق هذه الفئة الضعيفة في محاكمة عادلة، وتمنح الفقرة 1 كل شخص عديم الجنسية الحق في التقاضي أمام محاكم جميع الدول المتعاقدة، دون أي قيود تمييزية، مما يعكس الالتزام الدولي بمبدأ المساواة أمام القانون.

وتنص الفقرة 2 على أن الأشخاص عديمي الجنسية، في بلد إقامتهم المعتادة، لهم الحق في المعاملة نفسها التي يتمتع بها مواطنو ذلك البلد، بما في ذلك الحصول على المساعدة القانونية والإعفاء من الالتزام بتقديم ضمان مالي لتنفيذ الأحكام، مما يعزز قدرتهم على الدفاع عن حقوقهم دون عوائق اقتصادية.

توسع الفقرة 3 نطاق هذه الحماية ليشمل ما هو أبعد من بلد إقامتهم المعتادة، إذ تضمن للأشخاص عديمي الجنسية في الدول المتعاقدة الأخرى المعاملة نفسها التي يتمتع بها مواطنو بلد إقامتهم المعتادة، مما يضمن استمرارية الحقوق في المنازعات العابرة للحدود.

الفرع الثاني : الاتفاقيات الإقليمية .

تشمل الاتفاقيات الإقليمية المواثيق العامة التي ينحصر تطبيقها في أقليم معين وعادة في ظل منظمة دولية إقليمية 1 ، واكد الاستاذ قينشار بانه تم وضع اتفاقيات دولية بصفة متسترة ، معايير

1 مؤرخة في : 27 سبتمبر 1954 .

للمحاكمة العادلة وضمانات لعدالة جيدة ، تضمنت عدة قوانين إجرائية جهوية، ولم تبتعد عما جاء في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية 2 ، ومنها :

أولا : الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان.

بعد اقل من عامين من الإعلان العالمي لحقوق الانسان ، ابرم الاتفاق الأوروبي في روما في 04 نوفمبر 1950، لحماية حقوق الانسان والحريات الأساسية والتي وقعته نفس الدول الأوروبية المنظمة للمجلس الأوروبي ، وأوردت ديباجة ألاتفاقية بان الحكومات الوقعة على الاتفاقية باعتبارها أعضاء في مجلس أوروبا ، مراعاة منها للإعلان العالمي لحقوق الانسان، الذي يهدف الى ضمان العالمية والاعتراف الفعال ورعاية الحقوق الموضحة به ... وبأن حماية حقوق الانسان والحريات الاساسية وتحقيق المزيد منها أحد وسائل بلوغ هذه الهدف .

وقد نصت المادة السادسة من الاتفاقية، بأنه : لكل شخص عند الفصل في حقوقه المدنية والتزاماته ... الحق في مرافعة علنية عادلة خلال مدة معقولة أمام محكمة مستقلة غير منحازة مشكلة طبقا للقانون ، وبموجب هذه المادة تكون الاتفاقية الأوروبية لحقوق الاسنان قد اقرت الحق في التقاضي، كحق أكيد من حقوق الانسان ، مع توفر الضمانات الواجبة من أجل محاكمة عادلة ومنصفة، وتمثلت هذه الضمانات في استقلال القضاء ، علنية الجلسات، والفصل في الآجال المعقولة .

واعتبرت اللجنة الأوروبية أن المقصود " بالمدة المعقولة " أمر متغير ولا يخضع لقواعد ثابتة ، ويتوقف على حرص القائم بالدعوى في تتبع دعواه، وبحسب اختلاف موضوع الدعوى.3

كما نصت المادة 13 من الاتفاقية، "بانه لكل أنسان انتهكت حقوقه وحرياته المحددة في هذه المعاهدة، الحق في وسيلة انتصاف فعالة أمام سلطة وطنية، ولوكان هذا الانتهاك قد وقع من أشخاص يعملون بصفة رسمية" .

ولضمان احترام الالتزامات التي تعهدت بها الأطراف، المتعاقدة في هذا المعاهدة ، أنشأت :

أ – لجنة أوروبية لحقوق الانسان .

ب – محكمة أوروبية لحقوق الانسان .

---

1 محمود شريف بسيوني " حقوق الانسان" دراسات حول الوثائق العالمية والإقليمية، المجلد 2 ، دار العلم للملايين ، بيروت، ط1 1988 ص 28 .

2GuincherdSerge, droit processuel, droits fondamentaux du procès op cit p 131 .

3 عبد العزيز محمد سرحان " الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان، والحريات الاساسية«، دار النهضة العربية ،1966 ، ص 387 .

وبذلك وضعت الاتفاقية التزاما على الدول الأطراف بتكريس الحق في لتقاضي فعليا وجعله في متناول الافراد، بالتنصيص بموجب المادة 19، على المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان ، والتي تتولى مراقبة احترام الدول لالتزاماتها ، ويمكن لأي شخص يعتقد أن حقه في التقاضي قد وقع انتهاكه، أو تقييده أن يلجأ الى المحكمة الأوروبية للحصول على الحماية الفعلية.

ولقد أدى اجتهاد المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان، بواسطة قراراتها دورًا مهما في في القانون الاجرائي، سواء في المجال المدني أو الجزائي، وقد اعتبرت هذه الهيئة ، بأن الحقوق التي تقوم بحمايتها، ليست نظرية أو وهمية ، ولكنها فعلية .1

ويمكن للقضاة الداخليين للدول الأعضاء استبعاد نص داخلي لعدم مطابقته للاتافقية الأوروبية لحقوق الانسان، وباتت هذه الأداة مكنة بين ايادي القضاة الداخليين، وليس فقط هؤلاء القضاء الاوروبيين.2

ولم يقف الامر عند ذلك بل ان لجنة حقوق الانسان المختصة بتطبيق الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان، وتأكيدا منها على ضمانة حق التقاضي ، أكدت ضرورة أن تتم المحاكمة أمام القاضي الطبيعي، ويجب ان تحتسب مدتها قبل دخول الدعوى حوزة المحكمة . 3

ثانيا : الاتفاقية الامريكية لحقوق الانسان.

هذه الاتفاقية اعدت في أطار منظمة الدول الامريكية، ووقعت في سان خوسيه، بتاريخ : 1969/11/22 ، وقد اشارت الى الإعلان العالمي لحقوق الانسان.

وبعنوان الحماية القضائية، كرست الماة 25 من الاتفاقية4، بانه " لكل أنسان الحق في لجوء بسيط وسريع – أو أي لجؤ فعال آخر – الى محكمة مختصة لحماية نفسه من الاعمال التي تنتهك حقوقه الأساسية المعترف بها في دستور دولته أو قوانينها أو في هذه الاتفاقية، حتى ولو ارتكب ذلك الانتهاك أشخاص يعملون أثناء تأديتهم واجباتهم الرسمية.

واضافت الفقرة الثانية من نفس المادة: " تتعهد الدول بأن تضمن كل من يطالب بتلك الحماية ستفصل في حقه هذه السلطة المختصة التي يحددها القانوني للدولة، وبأن تنمي حماية الإمكانيات القضائية، وبأن تضمن أن السلطات سوف تنفيذ تدابير الحماية المشار اليها، عندما يتم منحها.

1Guinchard, serge, processuel, droits fondamentaux du procès opcit p 139 .

2Guinchard, serge, processuel, droits fondamentaux du procès opcit p 139.

3 احمد فتحي سرور ، الشرعية الدستورية ، وحقوق الانسان في الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ص 361 .

4 جامعة مينوسوتا ، مكتبة حقوق الانسان، http://hrlibrary.umn.edu/arab/am2.html ، ليوم2018/11/17 ، الساعة 11:39.

وتكون بذلك الاتفاقية الامريكية لحقوق الانسان، قد جعلت من حق التقاضي باعتباره حق من حقوق الاسنان يرتقي الى مستوى الالزام، الواقع على كاهل الدول بموجب هذه الاتفاقية.

وحصيلة الامر فأن تعدد الاتفاقيات بين الدول سواء الثنائية منها أو الإقليمية في مجال القضاء يبرر أهمية حق التقاضي كحق من حقوق الانسان ، أذ تسعى الدول والمجتمع الدولي عبر هذه الاتفاقيات الى حماية الافراد الموجودين سواء في الإقليم الوطني ، او في دول أخرى عبر تمكينهم من حق التقاضي مثلهم مثل مواطني تلك الدول الذين يتمتعون بهذا الحق بموجب القانون الداخلي ، ليعود هذا الحق مبدأ عالمي مصون وملتزم به من قبل الدول.

ثالثا: الاتفاقيات العربية.

عقدت الدول العربية اتفاقيتين تضمنت كل واحدة التزامات على عاتق الدول المتعاقدة لضمان وكفالة الحق في التقاضي ، وهما:

1 – اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول اتحاد المغرب العربي .

من أهم الاتفاقيات الإقليمية التي صادقت عليها الجزائر ، وتعتبر قانونا مصدرا للحق في التقاضي في القانون الجزائري، ومما جاء في ديباجة الاتفاقية [1]، بأنه ورغبة من الدول الأطراف في تقوية الحماية القضائية للأشخاص المقيمين بترابها وحرصا على سلامة مجتمعاتها وضمان لاستقرارها، واعتبارا لما يحققه تبسيط إجراءات التقاضي .

وقد جاء المادة 9 من القسم الثاني المعنون ب: ضمان حق التقاضي ، بأن يتمتع مواطنو كل طرف متعاقد بحق التقاضي اما الجهات القضائية ببلدان الأطراف الأخرى ، للمطالبة بحقوقهم والدفاع عنها، وأضافت المادة 11 ، بأن يتمتع مواطنو الأطراف المتعاقدة ببلد كل منها ، في الحصول على المساعدة القضائية، أسوة بمواطنيه وفقا للتشريع النافذ فيه.

وجاءت هذه الاتفاقية لتسهيل الوصول الى القضاء ، وإزالة المعوقات المادية والاجرائية، وتحقيق مبدأ المساواة بين المتقاضية في بلدان المغرب العربي ، حتى لا يكون هذا الحق مقتصرا على اشخاص دون اخرين ، ولكن ما غاب عن هذه الاتفاقية هو التنصيص على ضمان محاكمة منصفة، ومحايدة ومستقلة ، كما اقرته الاتفاقيات الدولية ، والعهود والمواثيق .

1 موقعة بتاريخ : 09 و10 مارس 1991، برأس لانوف ليبيا ، والمصادق عليها من قبل الجزائر، بموجب المرسوم الرئاسي، رقم 94/181، والمؤرخ في : 1994/06/27 .

2- اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي .

مكنت هذه الاتفاقية مواطنو الأطراف المتعاقدة داخل حدود كل منها بحق التقاضي أما الهيئات القضائية للمطالبة بحقوقهم والدفاع عنها ، كما يتمتع مواطنو الأطراف المتعاقدة داخل حدود كل منها بالحق في الحصول على المساعدة القضائية، ومن شان ذلك أن يساعد على تذليل العقبات المادية التي تحول دون اللجوء الى المحاكم، وهو ما يشكل ضمان من ضمانات الحق في التقاضي.

المطلب الثالث: التزام الدولة بالاتفاقيات.

الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الانسان، تصرح بالتزامات دولية تعني الدول فقط، غير أنها تفسح لها المجال لتنفيذ التزاماتها كون القانون الدولي لوحده غير قادر لوحده لتنفيذ أو مراقبة تنفيذ ما جاءت به هاته المعاهدات، لعدم وجود سلطة تنفيذ دولية بأتم معنى الكلمة، فإرادة الدول وسلطاتها متساوية، ويثور التساؤل دوما حول القيمة القانونية، لإعلانات الحقوق، داخل الدول، فيما اذا كان لهذه الإعلانات والحقوق قيمة قانونية، وقد تفرقت الآراء بذا الشأن كما يلي :

الرأي **الأول** يمنحها قيمة دستورية، فيرى جانبا من الفقه، لاسيما العميد ديجيDuguit بأن الاعلانات الحقوق قيمة قانونية تعلو الدستور، ويرى بأن نظام 1789 ، يتضمن ثلاث أنواع من القوانين ، التي تدرج في قوتها، أولها إعلانات حقوق الانسان، وثانيها القوانين الدستورية ، ثم القوانين العادية 1 .

ويرجع مرد هذا السمو الى اعتبار بن هذه الإعلانات تحتوى على المرتكزات التي تؤسس عليها الدساتير، وقد ذهب العميد ديجي الى ان اعلان الثورة الفرنسية لحقوق الانسان يلزم المشرع، لأنه يعبر عن قواعد قانونية أعلى مرتبة من القوانين العادية، بل أعلى من القانون الدستوري نفسه.2

ثانيا : الرأي **الثاني**، يري بأنها تعادل النصوص القانونية العادية، وبالنتيجة، فأن الافراد يمكنهم الاحتجاج بها، مباشرة امام القضاء، دون الحاجة الى أي تدخل تشريعي .

فتعد الاتفاقيات بالمعني الواسع المصدر الأول للقانون الدولي، والالتزامات الدولية ، وتلتزم الدول التي تدخل في اتفاقية فيما بينها باحترام احكام هذه الاتفاقيات وتنفيذ الالتزامات الواردة بها ، تطبيقا

1 أشرف اللمساوي، كفالة حق التقاضي، مرجع سابق ، ص 128 .

2عبد الحميد أبو زيد ، دوام سير المرافق العامة، دراسة مقارنة ، ط 2، 1998، ص 26 .

لقاعدة (أن المتعاقد عند تعاقده)، وتعد هذه القاعدة من القواعد الأساسية في القانون الدولي ، بل وفي الأنظمة القانونية كافة، ويبني عليها أن احترام الاتفاقيات أمر يعلو على إرادة الدول المتعاقدة 1 .

وقد أقرت المحكمة الدائمة للعدل الدولي صراحة في الحكم الذي أصدرته في :

1932/08/07 ، (انه لا يمكن للدولة ان تحتج بتشريعها الداخلي لتحد من مدى التزاماتها الدولية)2.

وقد أقرت المادة 154 من دستور الجزائر، لسنة 2020، بأن (المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القوانين) .

وجاء في ديباجة دستور المملكة المغربية، لسنة 2011، ما يلي: (جعل الاتفاقيات الدولية ، كلما صادق عليها المغرب وفي نطاق احكام الدستور ، وقوانين المملكة، وهويتها الوطنية الراسخة، تسمو فور نشرها ، على التشريعات الوطنية، والعمل على ملائمة هذه التشريعات مع ما تتطلبه تلك المصادقة.

ونص الفصل 20 من دستور الجمهورية التونسية لسنة 2014 ، (المعاهدات الموافق عليها من المجلس النيابي والمصادقعليها، أعلى من القوانين وادنى من الدستور).

في الحقيقة يمكن القول بان مكانة واهمية حق التقاضي وجدت تقديرها في وقت مبكر في مصادر وفروع القانون الدولي، وسبقت ربما الكثيرمن القوانين الداخلية للدول في إعطائها الحظوة لهذا الحق الإنساني المهم، حتى صارت في كثير من الأحيان الرائد والقدوة للقوانين الداخلية في هذا المجال، حيث اتبعت الأخيرة خطوة القانون الدولي أن اختيارا او الزاما وتنفيذا.3

ومما ينبغي الإشارة اليه في هذا السياق فان حق التقاضي بالرغم من أهميته شهد العديد من العراقيل عبر مختلف الحقب الزمنية ، ولم يكن متوفرا للكافة أو مقررا لجميه الافراد ، فالمرأة والعبيد لم يكن لهم الحق في التقاضي ، وعلى الرغم من الدفع القوي للحقوق الذي كرسه اعلان الحقوق في فرنسا سنة 1789 ، من خلال إقرار للحقوق وحمايتها بصفة عامة، ألا ان الحق في التقاضي لم يصبح حينها حقا عالميا، الا منذ الإعلان العالمي لحقوق الانسان لعام 1948 ، ويمثل هذا

---

1 عبد الله رحمة الله البياتي ، مرجع سابق، ص 147 ، نقلا عن د عبد الواحد محمد يوسف الفار ، أسرى الحرب ، دراسة فقهية وتطبيقية في نطاق القانون الدولي العام والشريعة الإسلامية ، عالم الكتب القاهرة 1975 ، ص 451 .

2 عبد الله رحمة الله البياتي، مرجع سابق ، ص 138 .

3عبد الله رحمة الله البياتي ، كفالة حق التقاضي ، دراسة دستورية مقارنة ، مرجع سابق ص 28 .

الاعلاننبراسا لنصوص حقوق الانسان الدولية والاقليمية ، وايضا للتشريعات الداخلية وهو موضوع المبحث الثاني.

المبحث الثاني: المصادر الداخلية.

يعتبر الحق في التقاضي حقا مقدسا ، بل انه من اهم المميزات الممنوحة للإنسان منذ القدم لصيانة حياته وحماية أمواله ، وعلى أساس تكريس هذا الحق يقوم النظام الاجتماعي عند الأمم العريقة في التمدن والحضارة 1 ، ولئن رفعته غالبية الدول الى مرتبة المبادئ الأساسية .

كما يمكن هذا الحق من وضع حد لاستعمال القوة واللجوء الى العدالة الخاصة، وفرض احترام وعليو القاعدة القانونية وخضوع الأفراد لها ، وبه يقوم النظام الاجتماعي لاسيما لدى الأمم العريقة في التمدن والحضارة ، وبذلك اقرته النصوص الداخلية مجسدة في الدساتير(المطلب الأول)، وفصلته في تشريعاتها (المطلب الثاني) ، وكرسه أيضا الاجتهاد القضائي (المطلب الثالث) .

المطلب الأول: الدستور

سادت النزعة العقلانية لدى مفكري القرن 18 ، وساسته في اوروبا بتقديس العقل كدليل للمعرفة والحكمة ومركز للقيم، (قيم الحق ، والجمال ، والخير والعدل) ، ولم تعد الميتافيزيقا ملكة كل العلوم كما انها لم تعد موضة ذلك العصر، وبات ينظر لها بالازدراء فأبعدت وأهملت [2] ، وعلى اثر ذلك سنت الدساتير المكتوبة لتقييد تصرفات السلطة بعد ان كانت مطلقة ، وأعلنت مواثيق حقوق الانسان والحريات الاساسية ودونت القوانين لتنظيم العلاقات بين افراد المجتمع ، وفضلا عن ذلك اصبحت هذه القواعد القانونية ايديولوجية تؤطر حركة المجتمع نحو المثل العليا ، بفعل تهاوي المرجعية الدينية للقوانين وانتصار تيار العقلانية ، وإعمالا لذلك تم اقرار علوية القانون ووجوب اخضاع الجميع له والتقيد به باعتباره تعبيرا عن ارادة الامة ، كما اشارت الى ذلك المادة 06 من اعلان حقوق الانسان والمواطن لسنة 1789 ، من ان القانون هو تعبير عن الارادة العامة .

وبات الدستور في أي دولة ديمقراطية يتمتع بمبدأ السمو، أي علو القاعدة الدستورية على غيرها من القواعد القانونية الأقل منها في المرتبة القانونية التشريعات العادية .

---

1 جريح خليل ، نظرية حق التقاضي، مجلة القانون التونسي ، أفريل 1962 ، ص 254 .

2عمانوئيلكانط نقد العقل المحض ، ترجمة موسى وهبة ، مركز الانماء القومي، لبنان بيروت، بدون تاريخ ص 25 .

فيوجد الدستور في قمة الهرم التشريعي، ويتضمن الحقوق والمبادئ الأساسية لتنظيم الدولة ، وتضمين الحقوق والحريات ضمن الدستور يهدف الى إضفاء علوية واهمية دستورية عليها، لفرض احترامها وعدم مخالفتها من القواعد القانونية الأقل درجة ، او من قبل مختلف سلطات الدولة.

تطوّر الاعتراف بحق التقاضي في الدساتير الجزائرية مع التجربة الأولى، وهي صدور دستور 8 سبتمبر 1963. أرسى هذا الدستور نظام حكم جمهوري، واعتمد النهج الاشتراكي خيارًا لتنمية البلاد ونهضة الشعب. واعتمد على حزب جبهة التحرير الوطني كأداة وحيدة لتحقيق هذا الهدف. وجاء ترسيخ الحقوق والحريات من منظور اشتراكي، ولم يُخصّص الدستور للقضاء سوى ثلاث مواد تحت عنوان "العدالة"، دون الاعتراف به كسلطة، حتى على المستوى النظري.

وتنص المادة 60 على أن السلطة القضائية تمارس سلطتها باسم الشعب الجزائري وفقًا لأحكام قانون تنظيم القضاء. وتقر المادة 61 بحق الدفاع في القضايا الجنائية، وتنص المادة 62 على أن القضاة لا يخضعون إلا للقانون ومصالح الثورة الاشتراكية، وأن استقلالهم مضمون من قبل المجلس الأعلى للقضاء، وتتميز هذه الأحكام

ندرتها وعدم إدراجها ضمن صلاحيات الدولة، مما يؤكد عدم الاعتراف الدستوري بالسلطة القضائية كسلطة مستقلةفي دستور 1963. 1

ورغم أن معظم الدساتير رفعت حق التقاضي إلى مستوى المبادئ الأساسية، إلا أن دستور 08 سبتمبرلسنة1963 سكت عن الاعتراف الصريح به. ونتيجةً لذلك، لم يعترف دستور عام 1963 بالسلطة القضائية كسلطة مستقلة، ولم ينص صراحةً على حق التقاضي.

حدّد دستور عام 1976 الصادر بالأمر الأمر 97/76 بتاريخ 22 نوفمبر، مهام الدولة بناءً على الوظائف، دون الإقرار بمبدأ فصل السلطات، وجعل القضاء وظيفةً من وظائف الدولة إلى جانب الوظائف السياسية والتنفيذية والتشريعية. وأُسندت الوظيفة السياسية إلى حزب جبهة التحرير الوطني، وأُسندت الوظيفة التنفيذية إلى رئيس الجمهورية، والوظيفة التشريعية إلى المجلس الشعبي الوطني، بينما أُسندت الوظيفة القضائية إلى القضاء لحماية الحقوق والحريات في إطار الشرعية.

---

1 لمين شريط، محاضرات في المؤسسات السياسية في النظام الجزائري، لطلبة ماجيستير في الجامعة الإسلامية الأمير عبد القادر ، قسم الشريعة والقانون ، ص 374 .

لقد أقرت المادة 165 من دستور 1976 على مبدأ المساواة أمام القضاء وإتاحته للجميع، في حين كرست المادة 166 النهج الاشتراكي للعدالة من خلال تحميل القضاء اعباء مسؤولية حماية مكاسب الثورة، بدلاً من التركيز على تحقيق العدالة والإنصاف.

ويلاحظ أيضًا أن هذا الدستور احتوى على مواد أكثر تنظيمًا للقضاء مقارنةً بدستور عام 1963. فقد أكد على ضمان القضاء للجميع، وأنه يكفل الحفاظ المشروع على حرياتهم وحقوقهم الأساسية، معتبرًا الجميع متساوين أمام القضاء، وهو متاح للجميع، ويُحاكم الجميع وفقًا للقانون، سعيًا لتحقيق العدالة والإنصاف 1 ، وبذلك اكد دستور 1976 على الطابع الوظيفي للقضاء وربطه بالثورة الاشتراكية، مما قيّد حريته.

في دستور عام 1989 أُجريت تعديلات جوهرية استجابةً للأحداث التي شهدتها البلاد في الخامس من أكتوبر من العام نفسه. وأُقرّ دستور جديد بنظام ليبرالي، وتعدد الأحزاب، وفصل السلطات، واستقلال القضاء، ونصّت المادتان 129 و130 على استقلال القضاء وحماية الحريات،في حين أكدت المادة 131 على مبادئ الشرعية والمساواة، مشيرة إلى اعتماد بعض عناصر الحق في التقاضي دون أن تنص عليه صراحة، فإن دستور 1989 شكل نقطة تحول من النظام الاشتراكي إلى النظام الليبرالي، وأكد على عناصر استقلال القضاء دون أن ينص صراحة على الحق في التقاضي.

وقد أكد دستور 1996 ما ورد في دستور 1989، وخاصة فيما يتعلق باستقلال القضاء وترسيخ مبدأ ازدواجية القضاء.

في دستور عام 2016 تنص المادة 157 على أن القضاء يحمي المجتمع والحريات ويضمن حقوق الجميع. وتضيف المادة 158 أن الجميع متساوون أمام القضاء، وهو متاح للجميع ويجسد احترام القانون.

وذهب دستور 2020 إلى أبعد من ذلك، حيث خصص الفصل الرابع للقضاء، وتنص المادة 163 صراحة على أن "القضاء سلطة مستقلة، ولا يخضع القاضي إلا للقانون".وذهب دستور 2020 إلى أبعد من ذلك، حيث خصص الفصل الرابع للقضاء، وتنص المادة 163 صراحة على أن "القضاء سلطة مستقلة، ولا يخضع القاضي إلا للقانون".

ونصّت المادة 164 على أن السلطة القضائية تحمي المجتمع وحقوق المواطنين، ونصّت المادة 165 على أن السلطة القضائية تقوم على مبادئ الشرعية والمساواة، وأن التقاضي فيها متاح للجميع. إلا

1غيتري زين العابدين ، مرجع سابق ص 215 .

أن التطبيق العملي لهذه المبادئ يبقى رهنًا بتتفعيل احكام القوانين الأساسية المتعلقة بالسلطة القضائية والمجلس الأعلى للقضاء، مما يعكس الإرادة السياسية ويشكل تحديًا حقيقيًا لترسيخ استقلال القضاء فعليًا.

الا ان ظاهرة عدم ايراد نص صريح يكرس الحق في التقاضي لم ينفرد بها الدستور الجزائري فقط ، بل عمدت دساتير أخرى الى ايراد مواد يتحمل النص فيها معنى ضمان الحق في التقاضي ، وبشكل متفاوت العبد أو القرب على المعنى المراد 1، وتساوقا مع ذلك ارود القضاء المصري مبدأ مهم في احد احكامه ، حين ذكر أن تخويل الدساتير حقوقا للأفراد ، لا تقوم ولا تؤتي ثمارها الا بقيام حق التقاضي ، بوصفه الوسيلة التي تكفل حمايتها والتمتع بها ورد العدوان عنها ، وحيث ذلك يعد اقرارا ضمنيا من هذه الدساتير بكفالة حق التقاضي للأفراد حتى وأن لم تتضمن هذه الدساتير نصا صريحا يكفل هذا الحق .2

تتضمن دستور عامي 2016 و2020 مؤشرات مهمة تُفيد بأن السلطة القضائية مستقلة ، ومسؤولة عن الحماية القانونية للحريات والحقوق ، مع اتساع دائرة الحماية القضائية للحقوق والحريات ، وتم الاقرار بمكانة القضاء نظريا من خلال النصوص، لكن دون التنصيص صراحة وبطريقة مفصلة للحق في التقاضي.

وتنص المادة 118 من الدستور المغربي لسنة 2011 على أن "حق التقاضي مضمون لكل شخص للدفاع عن حقوقه ومصالحه التي يحميها القانون".

وحق التقاضي الدفاع مضمونان وييسر القانون اللجوء الى القضاء ويكفل لغير القادرين ماليا الاعانة العدلية ، وهو المبدأ الذي كرسته المحكمة العليا ، وبانه حق غير قابل التنازل عنه بالقرار التالي : يجوز للشخص ، المتفق مع بنك تحت سلطان الاكراه ، على التنازل على حق اللجوء الى القضاء "أي عن حق التقاضي " المقرر قانونا طلب ابطال الاتفاق .3

وبالنسبة لفرنسا فانه وبعد ان كانت المادة 11 من مشروع دستور 1946، تنص صراحة على حق الفرد فر الالتجاء الى القضاء 4، فانه لم يرد بالنص النهائي لهذا الدستور مادة تنص صراحة على حق الحق، وبرر هذا التراجع الذي اثار جدلا واسعا لدى الفقهاء حول السبب ، وفي محاولة لتبرير سكوت الدستور ذهب البعض5 ، الى القول بانه يعود الى عدم ثقة القانون الفرنسي في القضاء، أو ثقته المفرطة في

1 عبد الله رحمة الله البياتي ، كفالة حق التقاضي ، دراسة دستورية مقارنة ، مرجع سابق ، ص74 .

2عبد الله بسيوني ، مبدأ المساواة ، مصدر سابق ص 193 .

3قرار رقم 0887761 ، مؤرخ في : 2014/04/03، مجلة المحكمة العليا 2014 ، العدد 4 ص 217 ، حمدي باشا عمر مبادئ القضاء في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ، مرجع سابق ص 116 .

4Art 11 ; loi assure à tous les hommes le droit de se faire rendre justice.

5Monique Bandrac: l’action en justice droit fondamental, « mélange Perrot » nouveaux juges, nouveaux pouvoirs, Dalloz 1996, p 7 .

القانون ، بينما يرى البعض الاخر أن الظروف التي مرت بها الثورة هي المبرر الأساسي لعدم التنصيص عليه صراحة في الدستور 1.

هذا السكوت يمكن تبريره بالأهمية التي يوليها القانون الفرنسي لمبدأ المساواة باعتباره جزء من شعار الثورة الفرنسية، لذا نراه يكتفي بإقرار الحق في المساواة امام القانون الذي يحتوي بدوره الحق في المساواة امام القضاء والحق في التقاضي.

وقد عاب العديد من الفقهاء على المشرع الدستور صمته عن التنصيص، عن الحق في التقاضي واعتبروا ذلك نقصا لابد من تلافيه.2

إن صمت الدستور الفرنسي لا يقلل بأي حال من الأحوال من الطبيعة الأساسية والجوهرية للحق في التقاضي وضمان تيسير الوصول إلى العدالة، والذي يمكن أن يستند إلى مبدأ المساواة أمام القانون، ومبدأ الفصل بين السلطات، واستقلال القضاء. كما يمكن اعتباره أحد المبادئ الأساسية المعترف بها في قانون الجمهورية.

وقد حاول المجلس الدستوري في فرنسا تسديد هذه الفرغ الدستوري، حيث اعتبر في احدى قراراته عند النظر في الطعن المرفوع اليه ، ضد قانون 1993 ، المتعلق بالهجرة أن " الأجانب يتمتعون بحق الالتجاء الى القضاء للدفاع عن الحقوق والحريات العامة المنصوص عليها دستوريا، كما هو الشأن بالنسبة للمواطنين المقيمين على التراب الفرنسي3 ، الامر الذي سمح بتجاوز التكريس الضمني لحق التقاضي في الدستور الفرنسي، وان اعتبر صمت للدستور الجزائري على التنصيص صراحة على ضمان التقاضي ملحوظا فكيف تفادى التشريع هذا النقص ؟ .

المطلب الثاني : التشريع .

يقصد بالتشريع في مفهومه الخاص " القانون العادي" الصادر عن السلطة التشريعية وفقا للإجراءات المنصوص عليها ، ويمثل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي ينظم إجراءات المطالبة بالحقوق أهم مصدر تشريعي للحق في التقاضي .

ويتميز الحق في التقاضي بأهمية بالغة اذ اقر حق التقاضي لكل شخص دون تمييز أو استثناء بسبب دين الدين أو اللغة او الجنسية، ويعني ذلك ان الشخص الطبيعي والمعنوي والمواطن والاجنبي والغني والفقير لهم على السواء الحق في التقاضي حسب صيغ قانون وشروطه المقررة سلفا بموجب نصوص القانون ، والتي تسمع بتوقع النتائج التي ينتهي اليها من يسلكها ، لهذا كان للتشريع

1Thierry s , Renoux ; « le droit aux juge naturel , droit fondamental » RTD civil 1992 (1) p 35 .
2Thierry s , Renoux ; « droit aux recours juridictionnel » JCP 1993 , 13675 , P 211 .
3Décision N° . 93 -325 du 13 aout ,crit du D. I. P , 1993 , p ,597.

دور حيوي في ضبط وتنظيم إجراءات التقاضي وما ينبغي على المتقاضي اتخاذه للوصول الى اشباع حاجتهم من الحماية القضائية التي يطلبونها.

وعلى ذلك نص القانون المدني الجزائري ، نص المادة 47 منه والتي نصت على أن : " لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته ، أن يطلب وقف هذا الاعتداء ، والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر" أما المادة 48 من نفس القانون فقد أقرت أيضا على أن : " لكل من نازعه الغير في استعمال أسمه دون مبرر ، ومن انتحل اسمه أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض ، عما يكون قد لحقه من ضرر" ، وبالنتيجة فأن الجهة الوحيدة التي تقوم برد الاعتداء على الحقوق ، هي المحاكم وجهات القضاء العادية سواء أكانت مدنية او جزائية ، أو إدارية .

ويعتبر قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،بأنه مجموعة الإجراءات والشكليات التي يتعين اتباعها عند اللجوء الى القضاء، ومن ثم رفع الدعوى وسيرها، والبت فيها، وتنفيذ الاحكام التي تحوز قوة الشيء المقضي فيه، وقد نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالمادة 67 منه، على الحق في التقاضي ، عند التطرق للدفع بعدم القبول ، جاعلا من شروط قبول الدعوى عناصر الحق في التقاضي، مجانبا لما جرى عليه الفقه وأخلط بين شروط قبول الدعوى القضائية التي تعتبر حق من الحقوق الإرادية الذي ينشا جراء الاعتداء على الحق أو المركز القانوني والذي يخول لصاحبه الحق في الحصول على الحماية القضائية1 ، وبين الحق في التقاضي كأحد الحريات العامة المقررة دستوريا 2 ،وينبغي التمييز بين حق اللجوء الى القضاء ، وشروط الدعوى لأن ليس كل من يلجأ الى القضاء له الحق فيما يدعيه، لذا اشترط المشرع شروط شكلية لقبول الدعوى، وهي ان تكون للمدعي أهلية التقاضي ، والصفة، والمصلحة لان الدعوى ليست الا وسيلة قانونية لحماية الحق وليس الحق نفسه.3

وجاءت المادة 03 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بالنص على ما يلي : " يجوز لكل شخص يدعي حقا ، رفع دعوى امام القضاء للحصول على حقه أو حمايته " وبهذا النص يتجسد

---

1 عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية ، في ضؤ أراء الفقهاء وأحكام القضاء ، انسكلوبيديا للطبع والاتصال ، بن عكنون الجزائر بدون سنة نشر .

2 تقرر المادة 67 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ما يلي : (الدفع بعدم القبول ، هو الدفع الذي يرمي الى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي ، كانعدام الصفة ، وانعدام المصلحة والتقادم ، وانقضاء الاجل المسقط وحجية الشيء المقضي فيه ، وذلك دون النظر في الموضوع) .

3طاهري حسين ، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية ، ط1 2002 ، دار ريحانة للنشر والتوزيع ، الجزائر ، ص 22 .

صراحة وبوضوح الحق في التقاضي وتتميز هذه المادة بأهمية بالغة اذ كرست حق التقاضي لكل شخص دون تمييز او استثناء بسبب الدين او اللغة او الجنسية ، ويحق له اللجوء الى القضاء، ما عدا الشروط المتعلقة بالدعوى ، وهي الاهلية والصفة والمصلحة والتي ترتبط بالدعوى وليس بالحق في التقاضي ،كما يعني ذلك أيضا أن الشخص الطبيعي والمعنوي مواطنا كان او اجبني ، غنيا أو فقيرا لهم الحق تقاضي بحسب على السواء في التقاضي حسب الصيغ التي وضعها القانون وحدد شروطها. وتمثل المادة 03 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، تأصيلا واضحا وجليا للحق في اللجوء الى القضاء، وما ايراده في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي تعد أحد اهم الأطر الإجرائية لممارسة الحقوق والمطالبة بها لدى القضاء في باب الاحكام العامة الا دليل على الاهتمام الواضح الذي أولاه المشرع الجزائري لحق الوصول الى القضاء وسعيه الى تجسيده على مستوى النصوص التشريعية . وفضلا عما سبق بيانه نصت المادة 47 من القانون المدني اشارت الى ان كل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من حقوقه الملازمة لشخصيته ان يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر.

ومما يمكن الإشارة اليه، في المجال التشريعي ، هو تبسيط الإجراءات لتسهيل ممارسة الحق في التقاضي ، ذلك بان تشعب الإجراءات وتعقدها، يشكل عائقا أمام المتقاضين في ممارسة حقهم في الوصول الى حماية القضاء يمكن ام يؤدي الى عدم قبول الدعوى لمخالفتها الإجراءات ، وبالنتيجة ضياع الحقوق بسبب خلل شكلي قد يكون بسيط ، وبسبب ذلك يفرغ الحق من محتواه ويمس بجوهره ، وهو الامر الذي جاء به عرض الأسباب لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، بانه يجب ان تخضع حماية الحقوق والمطالبة بها الى جملة من القواعد المعدة مسبقا، والتي ينبغي الا تتسم بالبساطة فحسب، بل يجب بوجه أخص أن تتسم بالشفافية، كمطلب أساسي للأنصاف الذي يعد أساسا لثقة المواطن في عدالته. 1

ان هذه النصوص وغيرها تقدم دليلا على تكريس الحق في التقاضي في القانون الجزائري، كلما ظهر موجب لذلك بمناسبة المساس بحق أو بمصادرته او الاخلال ببعض الضمانات أو الحقوق الإجرائية التي منحها القانون للشخص.

المطلب الثالث: الاجتهاد القضائي.

يعرف الاجتهاد اللغة بأنه: بذل الوسع، وفي الاصطلاح استفراغ الفقيه الوسع ليحصل له ظن بحكم شرعي وأضاف ، بان الاجتهاد هو بذل المجهود من جهة الاستدلال 2 ، وفي الاصطلاح

1عرض الأسباب لمشروع قانون الإجراءات المدنية والإدارية، (قانون 08-09 المؤرخ في 2008/02/25).

2الفاضل العلامة السيد علي الشريف الجوجاني: كتاب التعريفات، دار الكتاب العلمية، بيروت،طبعة 2010 ، ص 61.

يقول الفقيه الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الفقه القانوني هو المظهر العلمي للقانون ، والاجتهاد القضائي هو المظهر العملي له ، فاذا ذهب احدهما لم يبقى شيء من القانون [1].

لمصطلح الاجتهاد القضائي مفهومان : موسع ويعني جميع القررات الصادرة عن القضاء،ومفهوم ضيق محصور في فئة قليلة من القرارات الصادرة بالخصوص من الجهة الأعلى المكلفة دستوريا بتوحيد الاجتهاد القضائي ، من خلال قواعد قانونية اجتهادية معيارية ، فالقاضي وقاضي المحكمة العليا على الخصوص ، لم يعد يكتفي بتطبيق القانون وترجمته على أرض الواقع ، بل هو يشارك في سد الفراغ التشريعي أو تأويل الغامض من النص .

والاجتهاد تسمية عامة، لان معناها في اللغة الفرنسية، Jurisprudence ، بانها مجموع الاحكام التي تصدرها المحاكم في تفسير المسائل القانونية التي تتضارب فيها الآراء لغموض النص ، أو لأن النص يحتمل وجهين أو اكثر، وأغلب هذه الاحكام تصدرها محكمة النقض والابرام [2].

ويعني بالاجتهاد القضائي الحل الذي تتخذه الجهة القضائية في قضية معروضة امامها في حالتي عدم وجود النص القانوني الواجب التطبيق أو غموضه، أو عدم كفايته فالمشرع يوجب على القضاء الفصل في كل قضية تعرض ترفع اليه .... حتى اذا كان النص القانوني غامضا أو منعدما، ففي الحالة الأولى يتولى القاضي تفسيره، وفي الحالة الثانية يحكم بمقتضي مبادئ الشريعة الإسلامية، أو العرف أو بموجب مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة (م01 ق م)، تحت طائلة اعتباره منكرا للعدالة.[3]

فالتطور الحاصل في المجتمع والعولمة كانت من المؤثرات التي قلصت من سلطة القاضي، قاض لم يكن ملما بمادته، تنقصه الخبرة ولا يكتسب ثقافة متينة ، وفضلا عن ذلك فان دور القاضي أصبح صعبا أمام كثرة القوانين وتفرعها خاصة وان جل النصوص نقلت بخلفياتها السياسية والفلسفية وهو ما نتج عنه تناقضات ومفارقات في الواقع [4].

---

1 عبد العزيز أمقران، باحث في القانون : الامن القانوني والاجتهاد القضائي،رصد للمداخلات التي ألقيت في الملتقى الوطني للأمن القانوني، المنعقد يومي 05، و06 ديسمبر 2012، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق بجامعة قاصدي مرباح ورقلة الامن القانوني والاجتهاد القضائي (الامن القضائي) ، مرجع سابق ص 165 .

2 المستشار محمد رشدي، بكتاب فن القضاء، للقاضي الفرنسي جورج رانسون، المترجم من قبل المعلق مرجع سابق ص 138 .

3بوبشير محند امقران ، تغيير الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق، مجلة المحاماة، لناحية تيزي وز العدد 2 سنة 2004 ص 01.

4قديدير منصور، من اجل نظرة جديدة للقضاء، مجلة المحكمة العليا ، ع 1 1999 ، ص31.

ونظرا لحالة الغموض التي تكتسيه باعتباره مصدر للقانون، مفهوم الاجتهاد القضائي وعبر جميع الأنظمة القانونية ، موجه تحديدا لتخفيض حدة التوتر المتواجدة بين وظيفة التشريع، والقضاء .

والقاضي لا يستطيع أن يستمد سلطته من القانون الا بشرحه، في حالات معينة عندما يأخذ به في الفصل في نزاع ، وهذا ما يندرج في الاجتهاد القضائي، وهنا نعطي بعض الأمثلة، كقرار السيدة مينار (DAME MENARD) لسنة 11889 ، أن هذا القرار لمحكمة النقض الفرنسية صدر نقضا لقرار أبطل حكما قضى ببراءة امرأة فقيرة سرقت خبزا ، وقد جاء في حيثيات القاضي، ان الفقر والظروف المزرية تعتبر حالة ضرورة تبرر ارتكاب سرقة الخبز، وقد خلق هذا الحكم بعد صدوره هلعا في الأوساط المحافظة التي رأت فيه مساسا للملكية الخاصة.

وفضلا عن ذلك ، فان هذا الحكم يعتبر عملا قضائيا جريء لقاضي أراد أن يخرج من المنطق الضيق للقانون ، بهدف تحقيق الانصاف والوصول للعدل ، وهو امر جوهري في حياة البشر .2

فالاجتهاد القضائي وعكس ما هو شائع ، ليس حكرا على المحكمة العليا أو مجلس الدولة ، بل أن كل الجهات القضائية (المحاكم والمجالس)، اجتهادها القضائي الذي تتكفل المحكمة العليا 3ومجلس الدولة بتوحيده، من خلال ما يستقر عليه تفسير كل منهما 4 وهو ما نصت عليه المادة 171 من دستور الجزائري، المعدل بالقانون رقم : 01/16 ، المؤرخ في 2016/03/06، المؤرخ في 07 مارس 2016، ج ر 14 ، كما يلي : تمثل المحكمة العليا الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية، ويمثل مجلس الدولة الهيئة المقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية .

وتضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة، توحيد الاجتهاد القضائي، في جميع أنحاء البلاد ويسهران على أحترم القانون.

فاذا كان القاضي ملزما بالنظر في كل الدعاوي المعروضة عليه، ولا يستطيع الامتناع عن الفصل فيها، فان اصطدامه بإشكالياته غموض النص التشريعي أو عدم دقة المصطلحات أو تناقض القواعد القانونية الواجبة التطبيق على الواقعة الواحدة محل النزاع ، مع قواعد قانونية أخرى ملازمة لها، أقول بأن الاصطدام بهذه الشكليات يحتم على قضاة الموضوع من أجل أيجاد مخرج ، اللجوء الى الاجتهاد بإعمال فكرهم لاستنطاق النصوص والمفاهيم الغامضة والكشف عن المقاصد الحقيقة

1قديدرء منصور ، مرجع نفسه، ص 32 .

2قديدرءمنصور ،مرجع نفسه، ص 32 .

3المحكمة العليا "، أم محكمة التقض، أو محكمة التمييز، هي المختصة بالرقابة على صحة تطبيق المحاكم الأخرى للقانون .

4عبد العزيز أمقران ، الامن القانوني والاجتهاد القضائي ، مرجع سابق ،ص 171.

التي توخاها الشرع وذلك بالاستعانة بالاجتهاد القضائي، او الرجوع اليه والاستنارة به واتخاذه منهجا ينبغي السير عليه .1

ونظرا لان الدولة المركزية نشأت في ظروف تاريخية وسياسية معينة (الثورة الفرنسية)، وان القانون والقضاء على السواء كانا أداتين لهذه المركزية لتوحيد الأمة (فرنسا)، فقد تم الغاء العرف (COTUMES)، منذ القرن السادس عشر، وفي حقبة تاريخية تم أنشاء القضاء الإداري ، وذلك لأن الثوار الفرنسيين لك يكونوا يثقون في قضاء القانون العام بحجة أنه أنشئ في ظل الملكية فيخشون أن يعرقل مسيرة الثورة الفرنسية التي فجرت كل المعتقدات الاقطاعية بهذه توحيد الامة .2

ونتيجة لذك فان بعض الثوريين ومفكري الثورة الفرنسية نادوا بإلغاء كل دور للاجتهاد القضائي، وبان يقتصر عمل القضاة على تطبيق القانون واحكام التشريع بصفة آلية ، وقد سبقهم الى ذلك الفقيه الفرنسي اللامع مونتيسكيو فقال بأن: " ان قضاة الامة ليسوا سوى الفم الذي ينطق بالقانون " ، والحقيقة فان موقف مونتيسكيو حول علاقة القاضي بالنص القانوني كان رائجا في عصره (القرن 18) فقد عبر معاصروه عن ذلك بطرق متقاربة من ذلك ، كما صرح به ماكسيميلينروبسير احد اهم الشخصيات المؤثرة في الثورة الفرنسية بقوله: عبارة الاجتهاد القضائي يجب ان تمحى من لغتنا .... وان الاحكام القضائية الصادرة من المحاكم ذات الدستور والتي لها مشرع ، لا يمكن أن تكون سوى القانون .[3]

وبات ينظر للنظام القانوني على انه نظام متكامل ، وان تعامل القاضي مع القانون يتم بطريقة مضبوطة تعرض فيها الوقائع La mineure ،على النص la majeure ، ثم يستنبط الحكم La conclusion[4].

وفي الحقيقة هو رد على تدخل القضاة الفرنسيين قبل الثورة في أمور التشريع، الا ان هذا الاتجاه ما كان ليتبع لأنهيعمل تجريد القاضي من آلية الاجتهاد والا تعطل عمله واستحال عليه أيضا الفصل في النزاعات المعروضة عليه في كثير من الأحيان .

أما بالنسبة للاجتهاد المقارن فان المجلس الدستور الفرنسي قام بدور هام فأقر حقا أساسيافي اللجوء الى القضاء رغم صمت الدستور ، واصدر العديد من القرارات التي شدت انتباه الملاحظين واثبت فيها الطابع الدستور للحق في التقاضي ، واستند الى المادة 16 من اعلان حقوق الانسان

1 كلمة السيد وزير العدل ، الندوة الدراسية الأولى حول الاجتهاد القضائي 1992 ، بالمحكمة العليا ، المجلة القضائية ع 4 1992، ص 246 .

2 Bernard stirn (:le conseil d'état) ; ed HACHETTE SUPERIEURE P 14 .

3 Roger perrot, institutions judiciaires 14eme editionmonchrestienlextensoeditions paris 2010 p29 .

4 M verpeaux ; la notion revolutionnaire de juridiction, la fonction de juge P U f 1989 p 33 .

والمواطن كأساس لحق كل شخص في رفع دعوه أمام القضاء1 وفي قرار صدر في 21 جانفي 1994 ، ربط الحق في التقاضي بمبدأ الفصل بين السلطات ، كما استند في قرار صدر في 13 اوت 1993 الى دور القضاء في توفير الحماية الفعلية للحقوق والحريات الأساسية لكل الأشخاص المقيمين على تراب الجمهورية .

وبالرغم من أهمية هذه القرارات وعلى كثرتها فأن المجلس الدستوري الفرنسي لم يتعرض للحق في التقاضي بصفة مباشرة ومستقلة، فلم يضفي الطابع الدستوري على الحق في اللجوء الى القضاء، الا أذا كان هذا الأخير يحمي حقا او مبدأ دستورا.2

وللإشارة فانه وبتاريخ: 6 فيفري 2013 ، 3صدر قرار من الغرفة الاجتماعية لمحكمة النقض الفرنسية، التي أقرت حماية الحق في التقاضي والوصول الى العدالة، باللجوء الى قاضي الأمور المستعجلة هذا الأخير الذي يمكنه الامر بإعادة ادماج العامل حينما يكون انهاء علاقة العمل بغير إرادة العامل ، وبذلك عدلت في ممارسة الحق في الوصول الى القضاء، هذا القرار يكتسي ثورة فعلية في الاجتهاد القضائي لمحكمة النقض الفرنسية ، وقبل ذلك كان هناك تحفظ وخشية في هذا المجال وهو الالتجاء الى القضاء الاستعجالي.

وقد بات للاجتهاد القضائي دورا بارزا وحيويا في تبيان كيفية تطبيق النصوص القانونية، ولاسيما حالات غموض او تناقض أو فراغ قانوني ، بل أن الاجتهاد القضائي صار في عالم اليوم ضمانا دستوريا لاحترام القانون 4، وقد صمت المشرع الجزائري على غرار الفرنسي على النص على ذلك ، مما بسط السبيل للفقه ليتوصل الى رأيين مختلفين، يعتبر الأول الاجتهاد القضائي مصدرا شكليا للقانون، بينما يرفضه الرأي الثاني .

وبذلكتعتبر حالة سكوت النص أو نقصانه أعقد الحالات التي تستدعي تدخلا اجتهاديا بالمفهوم الذي يكاد يكون كاملا لخلق قاعدة قانونية، وهذا بديهي لأن القاضي يواجه صمت القانون عن مسألة يحتاج فيها الى الارتكاز، وبقدر ما تكون فيه هذه الحالة مدعاة للحيرة بقدر ما تستدعي الثبات

1Conseil constitutionnel, 9 avril 1996 tire du « droit et liberté fondamentales » , L . Favoreux,Dalloz, 1 ère édition 2000 , p 300 .

2 Monique Bandrac ; l'action en justice, droit fondamental, mélange perrot ; « nouveauxjuges , nouveaux pouvoirs ? . Dalloz 1996 , p9 .

3Xavier Orgerit, Droit d'agir en justice (art , 6 CEDH et art L ; 1121-1 DU code du travail) ; la protection du droit des salariés d'agir en justice contre leur employeur, la revue de droit de L'homme, université de paris ouest, Nanterre la défense 2016 p 2 .

4عبد العزيز امقران، الامن القانوني والاجتهاد القضائي (الامنالقضائي)، مرجع سابق ص 161 .

في الاجتهاد المختار، لأن من الخير أن يقال أن القاضي أبدع قاعدة قانونية واستقر عليها، من ان يقال أنه يصنع القواعد القانونية حسب الطلب.1

ولكن الواقع العملي، دأب على أن الاجتهاد القضائي ، يشكل عامل على استقرار التعامل في المجتمع من خلال الامن القانوني، باعتبار الأخير – الامن القانوني – احد مقومات الدولة القانونية الحديثة القائمة على سيادة القانون، ومؤدي هذا المبدأ أن تقوم السلطات العمومية بضمان قدر من الثبات للعلاقات القانونية وحد أدني من الاستقرار للمراكز القانونية ، كي يتمكن الأشخاص من التصرف باطمئنان على هدى من القواعد والأنظمة القانونية القائمة بأعمالها وترتيب أوضاعهم على ضوئها، دون التعرض لتصرفات مباغتة تهدم توقعاتهم المشروعة وتزعزع استقرار أوضاعهم القانونية وبهذا تساهم فكرة الامن القانوني في تحقيق السلم الاجتماعي، وتشجيع الاستثمار ودعم التنمية عموما اجتماعيا كان أم اقتصادية ، أو ثقافية....2، ومن ذلك فان الاجتهاد القضائي يشكل في نهاية المحصلة الامن القضائي المشكل لأحدى غايات الحق في التقاضي .

وفي هذا المنوال، صدر قرار عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ : 13 جويلية 2016، قضية رقم 387763 قضى بانه لا يجوز ان يتخطى المدعى المدة المعقولة في رفع دعواه، لمل في ذلك من خطورة وهي الاخلال بالأوضاع القانونية الثابتة وبحسن سير العدالة .

وقد جاء في أسباب القرار ، بانه " ... الا أنه ولما كان الثابت ان المدعى اقام دعواه أمام المحكمة الإدارية لمدينة LILE ، بعد مرور اكثر من أثنين وعشرين عاما من تاريخ تسلمه الاخطار بالقرار الإداري، ولما كانت هذه المدة تخطت الميعاد المعقول لرفع الدعوى ، فان الدعوى تضحى غير مقبولة باعتبارها أقيمت بعد الميعاد ، الامر الذي يتعين معه الحكم برفض الطعن .3

وقد اوكل مجلس الدولة الفرنسي مهمة تحديد الاجل المعقول لرفع الدعوى الى القاضي الإداري لكل قضية بغض النظر عن تاريخ وقائعها ، كما بينته أسباب قرار مجلس الدولة الفرنسي ، والغاية من الحفاظ على استقرار الأوضاع في المجتمع ، وأعمالا بمبدأ الامن القانوني، وتجنب

---

1 أحمد مجحودة الرئيس الأول للمحكمة العليا سابقا، رسالة الاجتهاد القضائي في دولة القانون، المجلة القضائية العدد الأول،جانفي1989، ص 11 .

2الامن القانوني، إشكالية الملتقى الوطني المنعقد يومي 05 و 06 ديسمبر 2012، بجامعة قاصدي مرباح، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، ص 06.

3 أنظر القاضي عمرو عبد الحليم ، المستحدث في قضاء مجلس الدولة الفرنسي ، مرجع سابق ص 26 .

الاخلال بمبادئ الانصاف والعدالة بين المتقاضين1 ، أذ يضحى المعيار في هذا الشأن معيارا شخصيا وليس موضوعيا.2

كما أصدر مجلس الدولة في الجزائر بتشكليه الغرف المجتمعة قرارا ، بتاريخ : 2012/07/30 ، أيد فيه قرار الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر، تضمن رفض طعن وزير المالية الرامي الى ابطال عقد توثيقي مسجل ومشهر في شهر جوان 1964، يتعلق ببيع عقار من مواطن فرنسي الى مواطن جزائري، وهو البيع المخالف حسب وزارة المالية للمرسوم 03/62 ، وسبب مجلس الدولة رفض الطعن بالاستئناف بان دعوى المستأنف (...) ، جاءت متأخرة جدا، فلا يعقل إعادة الخوض في أوضاع استقرت منذ اكثر من خمس وأربعين سنة ونتجت عنها حقوق ، وبعد مرور مدة تجاوزت اقصى اجال التقادم المحددة في القوانين السارية حاليا، وهي تلك كان تطبق وقت انعقاد البيع وشهره 3.

كما ان محكمة التنازع في الجزائر وباجتهادها في قضية بين فريق (خ) ، ضد والي ولاية سكيكدة ، ملف القضية رقم 000114 ، قرار مؤرخ في : 2012/01/09 ،[4] متعلق بمسألة التطبيق الفوري لقانون الإجراءات المدنية والإدارية ، الفاصل في تنازع إيجابي في الاختصاص بين المحكمة العليا وبين مجلس الدولة، تعرض صراحة لمبدأ الامن القانوني الذي استندت اليه محكمة التنازع في الفصل في المسالة القانونية المعروضة عليه ، وقد قام التنازع بين القضاء العادي والقضاء الإداري بخصوص الجهة القضائية المختصة في الفصل في نزاع يتعلق بإيجار قائم بين مستأجرين خواص وبلدية سكيكدة، أذ أن النزاع كان من اختصاص القضاء العادي، طبقا للمادة 7 مكرر من قانون الإجراءات المدنية –القديم- ، وصار من اختصاص القضاء الإداري طبقا للمواد 800، 801، 802، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية–الجديد- ، بالرغم من أن النزاع كان مطروحا على القضاء قبل دخول قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيز التطبيق، فان مجلس الدولة تمسك باختصاصه عملا بما جاءت به المادة 2 منه ، والتي تنص على ان احكامه تطبق فور سريانه ، واستثنت منها ما تعلق بالآجال التي يبدأ سريانها في ظل القانون القديم.

---

1 هي مجموعة من المبادئ المثالية المجردة، والتي تستمد من طبائع الأشياء وتفرض وجودها على العقل الإنساني ، أنظر معجم القانون ، مجمع اللغة العربية ، مرجع سابق ،ص 657 .

2 للمزيد راجع ، القاضي عمرو عبد الحليم ، المستحدث في قضاء مجلس الدولة الفرنسي ، مرجع سابق ص 27 .

3 عبد العزيز امقران ، الامن القانوني والاجتهاد القضائي ، (الامن القضائي)، مرجع سابق ص 167

4 مجلة المحكمة العليا قسم الوثائق والدراسات القانونية والقضائية السنة 2012 ، الجزائر ، العدد 02 ، ص 468 .

أهم ما جاء في هذا القرار ، " لقاعدة التطبيق الفوري لقانون الإجراءات المدنية والادارية[1]، ماعدا الآجال التي بدأ سريانها في ظل القانون القديم ، استثناءات أخري غير مذكورة في المادة 02 من نفس القانون، تدخل قواعد الاختصاص النوعي في هذه الاستثناءات، وتندرج ضمن تطبيق مبدأ عدم رجعية القوانين، اذا كانت هذه الرجعية تهدد الاستقرار والأمن القانونيين، او تمس بالحقوق والمراكز القانونية المكتسبة للمتقاضين " .

وقد اجتهدت محكمة التنازع واكملت ما اعتبرته فراغا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وذهبت الى انه كان يتعين على المشرع ان يعالج مسألة تغير قواعد الاختصاص، وأن يستثنيها كذلك من التطبيق الفوري بالنسبة للقضايا المعروضة على القضاء، قبل دخول القانون الجديد حيز التطبيق 2 ، ويعتبر هذا القرار ملزم لكل من القضاء العادي والإداري بما في ذلك قمة الهرم لكل منهما ، المحكمة العليا ومجلس الدولة، وبذلك كان تدخل محكمة التنازع سدا لفراغ قانوني ، ومعززا للثقة في النظام القضائي ، ومانعا من ضياع حقوق او مراكز قانونية مكتسبة أو قائمة .

وقد التزمت المحكمة العليا بتوجيه محكمة التنازع في القرار السابق ذكره والرامي الى عدم تطبيق تغير قواعد الاختصاص النوعي بأثر رجعي أو فوري على القضايا المرفوعة قبل سريان قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، فنقضت بقرار – غير منشور – أصدرته الغرفة التجارية والبحرية بتاريخ : 2013/05/02، قرارا صادر عن مجلس قضائي مؤرخ في : 2011/11/02، صرح بعدم الاختصاص النوعي ، اعمالا للمادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، وذهبت الى ان قضاة المجلس لما راحوا يطبقون قواعد الاختصاص على قضية سجلت في ظل القانون القديم ، يكونون قد عرضوا قرارهم للنقض والابطال .3 .

في نهاية المطاف يظهر جليا بأن الاجتهاد القضائي من أبرز مصادر القانون التي تُسهم في تطوير العدالة وتعزيز حماية الحقوق والحريات، إذ يلعب دورًا محوريًا في تفسير النصوص القانونية وتكييفها مع الوقائع المستجدة، بما يضمن تحقيق العدالة الناجزة والمنصفة ، ومن بين الحقوق الأساسية التي يكرسها الاجتهاد القضائي، يبرز الحق في التقاضي كحق دستوري يتيح لكل فرد اللجوء إلى القضاء للدفاع عن مصالحه، وقد ساهمت الاجتهادات القضائية، سواء على المستوى الوطني أو الدولي، في توسيع مفهوم هذا الحق وتدعيم ضماناته، خاصة ما يتعلق بحقوق الدفاع، المساواة أمام القضاء، وسرعة الفصل في النزاعات. كما أن الاجتهاد القضائي يُعد أداة فعّالة لسد الفراغات القانونية

1تنص المادة من قانون الإجراءات المدنية والادارية على انه : تطبق أحكام هذا القانون فور سريانه ، **باستثناء** ما يتعلق منها بالآجال التي بدأ سريانها في ظل القانون القديم .

2 عبد العزيز امقران ، الامن القانوني، والاجتهاد القضائي ، (الامن القضائي)، مرجع سابق ص 168 .

3عبد العزيز أمقران ، الامن القانوني ، والاجتهاد القضائي، (الامن القضائي)، مرجع سابق ص 169 .

وتجاوز النقص في النصوص، مما يُعزز من فعالية النظام القضائي، وعليه، فإن ما سبق بيانه يبين دور الاجتهاد القضائي في ضمان الحق في التقاضي الذي يُمثل مدخلاً أساسياً لفهم كيفية تحقيق المساواة والعدالة داخل المنظومة القانونية.

فالقاضي اليوم مدعوا أيضا الى الانفلات من قوقعة النص القانوني الجامد ، والاحتكام الى المبادئ القانونية والتفاعل مع التطورات المضطردة في عالم التشريع والقضاء الوطني ، ومسايرة تطور البنيات الاقتصادية والاجتماعية ، وما تعرفه من ديناميكية في التحول الغير مألوف .

المطلب الرابع : الشريعة الاسلامية كمصدر للحق في التقاضي .

يعتبر الحق في التقاضي من الحقوق المكرسة والثابتة في التشريع الإسلامي، بنصوص قطعية الدلالة سواء من القرنالكريم، وهو ثابت أيضا بالسنة الفعلية والقولية للرسول ﷺ حيث ضمن هذا الحق نصوص دستور المدينة المنورة عند تأسيسه للدولة بها ، وثابت أيضا بالإجماع أرسى بيانه الخلفاء الراشدين رضوان الله عليهم ، وصاغ امير المؤمنين عمر رضوان الله عليه كتابه الى أبي موسى الاشعري رشي الله عنه ونص عليه مشروع الدستور الإسلامي للمجلس الإسلامي في العالم 1.

فلم يحد التشريع الإسلامي عن تكريس الحق في التقاضي بشكل واضح وجلي، ذلك بان القضاء احد الميادين الرئيسية لإقامة العدل بين الناس ففي القرآن الكريم ولأهمية هذا الحق وقدسيته فقد نزلت آيات قرآنية تدعوا الى اقامة العدل والمساواة عند القضاء بين الناس، وفي ذلك يقول الله عز وجل، " ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها واذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل ان الله نعما يعظكم به 2.

وكذلك قوله تعالى "يأيها الذين امنوا كونوا قوامين بالقسط لله شهداء بالقسط ولا يجرمنكم شنآن قوم على الا تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى واتقوا الله ان الله خبير بما تعملون 3.

كما أمر الله سبحانه وتعالى رسوله بالحكم بين الناس في قوله تعالى، " وان احكم بينهم فيما أراك الله ولا تتبع اهوائهم" 4، والزم المولى عز وجل المؤمنين بضرورة الاحتكام اليه في قوله تعالى " فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا

1 احمد عباس قطب ، اساءة استعمال الحق في التقاضي، مرجع سابق صحفة 55 .

2 سورة النساء الآية : 58 .

3 سورة المائدة الآية ، 08 .

4 سورة المائدة الآية 49 .

تسليما "1 ، وامر الرسول ﷺ بالحكم بينهم، فقال مخاطبا له " أنا أنزلنا اليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله ولاتكن للخائنين خصميا " 2 .

أما في السنة المطهرة، فقد كان الرسول ﷺ في مرحلة اولى، الجهة القضائية للاشاوقال أو داوود وعبد الله بن لزوبير، قضى رسول الله ﷺ ان الخصمين يقعدان بين يدي الحاكم، وهى عن حكم القاضي وهو غضبان، أي لا يحكم بين اثنين في حالة الغضب "، ورد عن الرسول ﷺ الحديث الشريف، بان " القضاة ثلاث، واحد في الجنة، وأثنان في النار، فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق فقضى به ، ورجل عرف الحق فجار في الحكم فهو في النار، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار" 3 .

وان من مفاخر رسول الله ﷺ، أن نص في الوثيقة الدستورية المعروفة بدستور المدينة على هذا الحق في المادة الثانية والاربعون، حين هاجر الى المدينة، بقوله، " وأنه ما كان بين اهل الصحيفة من حديث أشتجار يخاف فساده، فأن مرده الى الله والى محمد رسول الله، وان الله على اتقى ما في هذه الصحيفة وأبر." 4

وجاء خليفة رسول الله ﷺ أبو بوبكر الصديق ليؤكد سيره على منهاج الرسول في أول خطبة بعد مبايعته بالخلافة، " ان أقواكم عندي الضعيف حتى اخد الحق له، وأضعفكم عندي القوي حتى اخد الحق منه"، وبنفس الأسلوب القويم خاطب الفاروق عمر بن الخطاب بعد اختياره خليفة للمسلمين، " أيها الناس، أنه والله ما فيكم أحد قوي عندي من الضعيف حتى اخذ الحق له ، ولاأضعف عني من القوي حتى اخذ الحق منه" .5

كما كتب على ابن طالب رضي الله الى الاشتر النخعي، عندما عينه واليا على مصر، " أنصف الله وانصف الناس من نفسك ومن خاصة اهلك، ومن لك فيه هوى من رعيتك، فانك الا تفعل تظلم ، ومن ظلم عباد الله كان الله خصمه دون عباده، ومن خاصمه الله ادحض حجته، وكان لله حربا حتى بنزع التوب" .6

---

1 سورة النساء ، الآية 65 .

2 سورة النساء، الآية 105 .

3عبد الغني بسيوني عبد الله، مبدا المساواة أ/ام القضاء وكفالة حق التقاضي ، مرجع سابق ص 50 .

4 احمد قطب عباس، إساءة استعمال الحق في التقاضي، مرجع سابق ص 56 .

5عبد الغني بسيوني عبد الله، مبدا المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي، مرجع سابق ص 51.

6راجع: عبد الغني بسيوني عبد الله، مبدا المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي، مرجع سابق ص 53 ، الاحكام السلطانية والولايات الدينية، لابي الحسن على بن محمد بن حبيب الشهير بالماوردي، الطبعة الثانية،1966، مكتبة ومطبعة البابي الحلبي وأولاده بمصر ص 81 وما بعدها.

وللإشارة فأن الدستور الإسلامي للمجلس الاسلامي العالمي، قد نص على حق التقاضي في نموذج الدستور الذي تم اقراره في اسلام اباد عام 1973، وذلك في الباب الخامس من المواد 35 الى 41 ، وهي تقرر كفالة حق التقاضي وصيانته واستقلال القضاء والقضاة وحظر أنشاء المحاكم الخاصة، وقصر ولاية القضاء العسكري على أفراد القوات المسلحة وحدهم وجرائمهم العسكرية، واعتبار تنفيذ الاحكام واجب على الدولة 1.

1 احمد قطب عباس، إساءة استعمال الحق في التقاضي، مرجع سابق، ص 59 .

خلاصة الفصل الأول

يُعدّ الحق في التقاضي ركيزة أساسية لحماية بقية الحقوق المعترف بها للافراد ، ونظراً للأسس المهمة التي يقوم عليها الحق في الوصول إلى العدالة، فقد سعت معظم الاتفاقيات والمعاهدات الدولية إلى تكريسه، كما فعلت العديد من القوانين الوطنية للدول.

فقد سعت الاتفاقيات الدولية إلى ترسيخه كضمانة للوصول إلى القضاء بطريقة عادلة وفعّالة. تنص المادة 8 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948 على حق كل فرد في اللجوء إلى القضاء الوطني للحصول على تعويض عن الانتهاكات التي لحقت به، بينما تضمن المادة 10 الحق في جلسة استماع عادلة وعلنية أمام محكمة مستقلة ونزيهة. وبالمثل، ينص العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966، في المادة 2(3)، على سبيل انتصاف فعّال في حالات الانتهاكات، ويضمن في المادة 14 مبدأ المحاكمة العادلة أمام محكمة مستقلة، مع حقوق الدفاع والاستئناف.

وتتضمن الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لعام 1950 ضمانات دولية، حيث تنص المادة 6 منها على الحق في محاكمة عادلة وعلنية في غضون فترة زمنية معقولة أمام محكمة مستقلة. وتختص المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بالنظر في الشكاوى. وفي أوقات النزاعات، توفر اتفاقيات جنيف لعام 1949 وبروتوكولاتها الإضافية ضمانات قضائية لأسرى الحرب والمدنيين، رابطةً بين الحق في الوصول إلى العدالة والحق في محاكمة عادلة. وتشكل هذه المعاهدات إطارًا ملزمًا للدول الأعضاء، التي يمكنها الاستعانة بآليات الرصد الدولية لضمان تنفيذها.

على الصعيد الوطني في الجزائر، يكفل الدستور، بتعديلاته التي أُدخلت حتى عام 2020، الحق في اللجوء إلى المحاكم كحق أساسي، ، وتؤكد هذه الوثيقة الاعللى في النظام القانوني الوطني ، استقلال القضاء، والمساواة أمام القانون، والحق في اللجوء إلى المحاكم ،مع حظر أي إساءة استخدام لهذا الحق. ويضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، لكل شخص طبيعي أو اعتباري الحق في الوصول إلى العدالة دون تمييز. على شروط الصفة ،الأهلية والمصلحة، ويؤسس مبدأ اللجوء إلى المحاكم إصدار أحكام مسببة على القانون وحده . علاوة على ذلك، يعزز قانون الإجراءات المدنية والادارية هذه الضمانات بربطها بحق المتقاضين في الولوج الى محراب العدالة ،مما يُظهر تقاربًا بين التشريعات الدولية والوطنية بهدف تحقيق العدالة الشاملة.

الفصل الثاني:

مضمون كفالة الحق في التقاضي

الفصل الثاني: مضمون كفالة الحق في التقاضي.

أدى تطور العلاقة القائمة بين الدولة الحديثة والوظيفة القضائية، الى تكريس حق الدولة في أن لا يتقاضى إلا لدى مؤسساتها، التي اقامتها لذلك لأجل فرض شرعيتها ومحاصرة كل تمظهر للعدالة الخاصة، القائمة على الانتقام والقهروالغلبة، وفرض مبدأ ألا يقتص الشخص لنفسه بنفسه، وبذلك بات من واجب الدولة تأمين الخدمات القضائية، وإشباع حاجة الافراد اللاجئين الى أجهزة العدالة المنصبة للفصل فيما يقع من منازعات بين الافراد.

وبات تأمين الحق في الوصول الى القضاء، التزام على عاتق الدول الحديثة، من خلال تكريسها وإعمالها لمضمون واسع كفيل بأن يشمل كل الضمانات الواجبة ليتمكن المتقاضين من الوصول الى حماية حقوقهم وحرياتهم الاساسية، وهي ضمانات واقع التزام توفيرها على الدولة، بتيسير الوصول الى القضاء، والمساواة أمامه واستقلاله ويجب ان تتمتع بها أجهزتها القضائية فلا يمكن الحديث على ضمان الحق في التقاضي دون التطرق للضمانات السابقة لمباشرة الحق في التقاضي، (المبحث الأول)، وضمانات متعلقة ممارسة الحق في التقاضي (المبحث الثاني) .

المبحث الأول: الضمانات الأولية للحق في التقاضي.

المؤسسة القضائية تمثل جانب عضوي يتمثل في المؤسسات القضائية ورجال القضاء، وجانب وظيفي يتمثل في المهمة والدور المنوط بها، والمبادئ المطبقة ليست فقط تلك المتأتية من القانون الجزائري الداخلي، بل ان هناك عدة اتفاقيات دولية كالإعلان العالمي لحقوق الانسان، العهد الدول للحقوق المدنية والسياسية للأمم المتحدة.

المطلب الأول: مبدأ الفصل بين السلطات كضمانة لاستقلال القضاء.

يُعدُّ مبدأ الفصل بين السلطات أحد المبادئ الدستورية الأساسية التي تُحقق توزيعًا متوازنًا لوظائف الدولة على هيئات مستقلة، بما يمنع تركيز السلطة في يد جهة واحدة ويحول دون الاستبداد بالحكم. ومن هذا المنطلق، يرتبط هذا المبدأ بشكل وثيق بضمان استقلال السلطة القضائية عن غيرها من السلطات. في هذا المطلب سيتم بحث دور مبدأ الفصل بين السلطات كضمانة أساسية لتحقيق استقلال القضاء من خلال جانبين أساسيين: التصور النظري لهذا المبدأ، وبيان مضمون مبدأ استقلال القضاء في إطار الفصل بين السلطات.

الفرع الأول: التصور النظري.

يقوم مبدأ الفصل بين السلطات على توزيع وظائف الدولة التشريعية والتنفيذية والقضائية على هيئات منفصلة، بحيث تختص كل سلطة بممارسة صلاحياتها المحددة دستوريًا دون أن تتغوّل إحداها على اختصاصات الأخرى، ويهدف هذا التنظيم إلى إقامة توازن ورقابة متبادلة بين السلطات المختلفة، للحيلولة دون تركيز جميع السلطات في يد جهة واحدة ومنع نشوء أي شكل من أشكال الاستبداد في الحكم.

على مر التاريخ برزت عدة محاولات تعد فضلا عن جوانبها السياسية ضمانا لاستقلال القضاء، واهمها على الاطلاق مبدا الفصل بين السلطات، فنادي به كل من ارسطو وافلاطون، فقد دعا ارسطو الى التمييز بين وظائف ثلاث : وظيفة المداولة، أي هيئة التشريع، وظيفة الأمر، وتعادل مفهوم الهيئات التنفيذية، وظيفة العدالة أي القضاء.

ثم بعده قام الفيلسوف اليوناني افلاطون الذي وضع الأسس لستة هيئات مستقلة في وظائفها، واختصاصاتها بدل من تركيز السلطات بيد واحدة، وهذه الهيئات هي : مجلس السيادة يمارس التنفيذ، مجلس الشيوخ يمارس التشريع والإدارة، جمعية كبار المشرعين والحكماء تراقب مدى تطبيق الدستور،الهيئةالقضائية: وهي التي تتولى الحسم في المنازعات القائمة. هيئة البوليس : وهي الهيئة

التي تعمل على الحفاظ على الاستقرار والنظام العام والسكينة. هيئةالجيش: وهي الهيئة التي تتولى الدفاع على كيان المؤسسات والدولة.[1]

كما ظهرت بوادر مبدأ الفصل بين السلطات خلال القرنين السادس عشر والسابع عشر عندما بدأت المحاولات للحد من الاستبداد بالسلطة وضرورة توزيعها على هيئات متعددة بحيث تختص كل هيئة بوظيفة محددة نظرا لتركيز السلطات في يد واحدة.

كان كتاب الفقيه الإنجليزي جون لوك الذي نادي بالفصل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، لكنه جعل السلطة القضائية جزء من السلطة التشريعون البرلمان الإنجليزي كان يعهد اليه مهمة الفصل بالمنازعات.

ونادي الفقيه الفرنسي جان جاك روسو بالفصل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، بيد انه جعل السلطة القضائية جزءا من السلطة التنفيذية، وجاء بعده الفقيه الفرنسي مونيسكيو في كتابه روح القوانين الصادر في عام 748 م دعائم استقلال القضاء، ونادي بمبدأ الفصل بين السلطات.[2]

وتعتبر نظرية الفصل بين السلطات نظرية سياسية البحتة، تهدف لرسم حدود جديدة للعلاقة القائمة بين الحكم والمحكوم، تتوزع فيها السلطة بين عدة أجهزة، تنظيمية مستقلة ومختصة بغرض تفتيت سلطة الدولة لمنع تجمعها بيد شخص واحد، وتكون العلاقة بين هذه علاقة مراقبة وتعاون.

أن هذا المبدأ يعني – بأقصى قدر من الاقتصاد في الكلمات – أن تستقل كل سلطة من سلطات الدولة الثلاث باختصاص محدد، مما يحول دون تجاوز أحداها لنصيبها المقدور من الاختصاص أو العبث به .[3]

ويرى مونتسكيو بأن مبرر كل نظام حكم هو ضمان حرية الانسان وصيانة حقوقه، من اجل ذلك يجب الفصل بين السلطات والحفاظ على التوازن بينها[4]، ولد أقرت الدساتير نظرية الفصل بين السلطات، لتحصر اختصاص كل سلطة عامة في الدولة داخل حدود ثابتة . ولتمنع تجمع السلطة في يد واحدة[5].

1وسيم حسام الدين الأحمد، استقلال القضاء، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، ط 1 ، 2012، ص08 و09.

2غسمونرمضان، المؤسسة القضائية بين الوظيفة والسلطة، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه علوم، قانون عام، جامعة الاخوة منتوريقسنطينة، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2016–2017، ص 03.

3 محمد كامل عبيد، استقلال القضاء، دراسة مقارنة، دون دار نشر، ص 23.

4 إبراهيم الزيني،مونتسكيو، كنوز للنشر والتوزيع، 2014 القاهرة، ص 13.

5 أحمد هندي، المحاكمات المجنية والتجارية، الدار الجامعية 1989،بيروت، ص21.

ومن الناحية النظرية، يُنظر إلى استقلال القضاء بوصفه نتيجة حتمية ومكملة لمبدأ الفصل بين السلطات. فاستقلال السلطة القضائية يعني أن لا تخضع هذه السلطة في ممارسة وظيفتها لأي تأثير أو تدخل من السلطتين التشريعية أو التنفيذية، وإنما تحتكم في أحكامها إلى القانون وحده ، ويعرّف فقهاء القانون الدستوري استقلال القضاء بأنه حالة يتمتع فيها القاضي بحرية الفصل في المنازعات المعروضة عليه وفقًا للقانون وإيمانه بالعدالة، دون أي ضغط أو تأثير خارجي، وبناءً على ذلك، يعد استقلال القضاء ضمانة ضرورية لتحقيق مبدأ المشروعية وسيادة القانون، إذ يُمكّن القضاة من تطبيق القانون على الجميع دون خوف أو محاباة.

ويترتب على مبدأ الفصل بين السلطات بانه لا يجوز للسلطتين التشريعية والتنفيذية الفصل في الخصومات التي تنشأ بين الافراد ، كما يجوز لهما تعديل الاحكام التي تصدرها المحاكم ، فلا سلطان على القاضي وهو يؤدي مهمته لغير القانون، وما يمليع عليه ضميره، ولقد أكد الدستور الجزائري بالمادة 156، بأن " السلطة القضائية مستقلة، وتمارس في أطار القانون، أما المادة 107 من الدستور المغربي لسنة 2011، فنصت على " السلطة القضائية مستقلة عن السلطتين التشريعية والتنفيذية ، أما المادة 102، من دستور تونس لسنة 2014، فنصت، " القضاء سلطة مستلقة تضمن إقامة العدل، وعلوية الدستور، وسيادة القانون ، وحماية الحقوق والحريات، القاضي مستقل لا سلطان عليه في قضائه لغير القانون.

وأسهب مونتسكيو في محاولته بيان مساوئ الجمع بين السلطات الى انه اذا اتحدت السلطة الاشتراعية (التشريعية)، كما سماها مع السلطة التنفيذية، في يد هئية حاكمة واحدة، أن يضع الملك لنفسه قوانين جائرة لينفذها تنفيذا جائرا، وكذلك لا تكون الحرية اذا لم تفصل سلطة القضاء عن السلطة الاشتراعية (الشرعية)،والسلطة التنفيذية، فاذا كانت متحدة كان القاضي مشرعاً، ولامكن القاضي أن يصبح صاحبا لقدرة الباغي، وكل شيء يضيع اذا مارس الرجل نفسه أو هيئة الاعيان أو الاشراف أو الشعب نفسه هذه السلكان الثلاث ، سلطة وضع القوانين، وسلطة تنفيذ الأوامر العامة، وسلطة القضاء في الجرائم أو في خصومات الافراد .[1]

ويتفرع عن مبدأ الفصل بين السلطات، ألا تنتقد المحاكم السلطة التشريعية او التنفيذية، أو ان تتدخل في أعمالها بإنشاء قواعد تمنحها صفة التشريع فتمارس كل سلطة جملة من الصلاحيات التي يضبطها الدستور، دون تدخل في السلطة الأخرى.

وقد أكدمونسكيو هذا المنحى، وذلك بالنظر الى الوضع الذي يمكن أن يكون عليه المواطن في هذه الجمهوريات يكون للهيئة الحاكمة، كمنفذة للقوانين، جميع هذه السلطات التي اتخذتها كسلطة تشريعية،

1مونسكيو روح الشرائع، مرجع سابق ص 229.

فيمكنها أن تخرب الدولة بإرادتها العامة، وبما أنها صاحبة سلطة القضاء فأنه يمكنها أن تهلك كل واحد من الأهالي بإرادتها الخاصة.[1]

وبذلك يكون خطراً على الحرية ان تتجمع سلطة التشريع وسلطة التنفيذ في يد شخص واحد أو هيئة واحدة أذ يخشى أن يسن ذلك الشخص أو تلك الهيئة قوانين جائرة ينفذها تحقيقا لمآربه الخاصة، كما تنتفي الحرية اذا لك تكن سلطة القضاء منفصلة عن سلطة التشريع، لان حرية أبناء الوطن وحياتهم تصبحان تحت رحمتها ما دام القاضي هو المشرع،وإذا كانت السلطة القضائية متحدة مع السلطة التنفيذية، فان القاضي يصبح طاغياً[2]، ويرى الفقيه منسكيو بأن من التجارب الازلية ان كل أنسان ذي سلطان يميل الى إساءة استعماله، وهو يسترسل في ذلك حتى يلاقي حدودًا، ومن يقول هذا، حتى ان الحرية تحتاج الى حدود [3]، وقد وفق فعلا مونسكيو في وضع مذهبا سياسيا يجعل الاستبداد متعذرا، وهذا المذهب هو الفصل بين السلطات، وبحسبه ، (فلا بد من أن توقف السلطة لكيلا يساء استعمال السلطان) [4].

وقد برر مونيتسيكو مبدأ الفصل بين السلطات الى صون الحرية ومنع الاستبداد ، ولا يكون ذلك أذا تجمعت السلطات الثلاث في يد واحدة، كما انالفصل بين السطات لا يعني الفصل المطلق لكل تعاون وتكامل بين السلطات ، وهو الامر الذي أشار اليه أيضا مونتسكيو، "وكان على هذه السلطات أن توجد سكونا أو جموداً، ولكن بما أنها مكرهة على السير بحركة الأشياء الضرورية فأنها تسير متوافقة على اضطرار"[5]، معنى هذا المبدأ ان كل سلكة تعمل مستقلة داخل حدود معينة لاتتعداها ، وتحت اشراف السلطة الأخرى التي تمهد لها السبيل وترد غلوائها اذا جمحت، فالسلطة تحد السلطة [6].

وجدير بالذكر التفرقة بين استقلال السلطة القضائية وحياد القضاة؛ فرغم ارتباط المفهومين في إطار ضمان العدالة، إلا أن لكل منهما نطاقه الخاص والمميز، فاستقلال القضاء يتعلق بعلاقة السلطة القضائية بالسلطتين التشريعية والتنفيذية، بمعنى عدم خضوع القضاء لأي سلطة أخرى في أداء مهامه القضائية ، أما حياد القضاة (أو تجردهم) فينصرف إلى سلوك القاضي ذاته أثناء نظره للقضايا، بحيث ينأى بنفسه عن أي تحيز لأي طرف ويتقيد فقط بحقائق القضية وأحكام القانون، وبالتالي، فإن استقلال القضاء يشكل شرطًا موضوعيًا لضمان حياد القضاة؛ لأنه يوفر البيئة المؤسسية

1مونسكيو روح الشرائع، مرجع سابق، ص229.

2 سليمان محمد الطماوي، النظم السياسية والقانون الدستور، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي ، 1998، ص 286.

3مونسكيو روح القوانين، مرجع نفسه، ص 226 .

4مونتسكيو روح القوانين، مرجع نفسه، ص 226 .

5مونسكيو روح الشرائع، مرجع نفسه، ص 239 .

6 أحمد هندي ، أصول المحاكمات المدنية والتجارية، الدار الجامعية 1989، بيروت ، ص 21 .

التي تحرّر القاضي من المؤثرات والضغوط الخارجية، مما يساعده على الالتزام بالحياد التام عند الفصل في الخصومات.

على أن استقلال القضاء ليس مطلقًا من الناحية الواقعية، إذ يبقى القضاء بحاجة إلى تعاون السلطات الأخرى ضمن إطار الشرعية وسيادة القانون. فالقضاء يعتمد على السلطة التشريعية في سنّ القوانين التي يطبقها على المنازعات، كما تستلزم عملياته دعمًا إداريًا وماليًا توفره السلطة التنفيذية لضمان حسن سير مرفق العدالة، وقد أشار جانبٌ من الفقه إلى أن مفهوم الفصل بين السلطات يقوم على استقلال وظيفي لكل سلطة مع وجود قدر من التداخل المنضبط الضروري لضمان وحدة الدولة وانسجام عمل مؤسساتها، ومن ثم، فإن العلاقة بين السلطة القضائية وغيرها من السلطات تتسم بالتوازن الدقيق: فكل سلطة تمارس وظائفها الدستورية باستقلال، ولكن في نطاق ما يرسمه الدستور من ضوابط تكفل تعاونها وتكاملها بما يخدم المصلحة العامة دون إخلال باستقلال كل منها.

وهكذا يتضح من التصور النظري أن مبدأ الفصل بين السلطات يُعدّ من أهم الأسس الكفيلة بتحقيق وضمان استقلال القضاء. فهذا المبدأ يضع حدودًا فاصلة بين الاختصاصات، ويحول دون أي تغوّل لطرف على آخر، الأمر الذي يكفل للقضاء أجواءً ملائمة لممارسة دوره بتجرّد وموضوعية.

الفرع الثاني: مضمون مبدأ استقلال القضاء.

يقصد بمبدأ استقلال القضاء تلك المجموعة من الضمانات والمبادئ الدستورية والقانونية التي تكفل للسلطة القضائية حرية مباشرة وظيفتها بالفصل في المنازعات دون أي تدخل أو تأثير غير مشروع من أي جهة كانت، . ويستمد هذا المبدأ أساسه من فكرة سيادة القانون؛ حيث لا يتحقق خضوع الجميع (حكامًا ومحكومين) لسلطان القانون إلا بوجود قضاء مستقل قادر على فرض حكم القانون على الجميع بلا استثناء، ومن أبرز مضامين استقلال القضاء النصُّ صراحةً في الوثائق الدستورية على استقلالية السلطة القضائية كسلطة قائمة بذاتها إلى جانب السلطتين التشريعية والتنفيذية، وفي هذا السياق، تقرر الكثير من الدساتير الحديثة مبدأ الفصل بين السلطات وتؤكد أن القضاء سلطة مستقلة، بما يعني عدم جواز تدخل السلطتين الأخريين في أعماله أو التأثير على أحكامه.

ويظهر مضمون استقلال القضاء كذلك من خلال ضمان عدم قابلية القضاة للعزل إلا وفق حدود وضوابط قانونية صارمة فهذا المبدأ يقتضي أن يتمتع القاضي بحصانة وظيفية تحول دون عزله أو نقله تعسفيًا من منصبه من قبل السلطة التنفيذية أو التشريعية، وعادةً ما تُنظِّم القوانين أو الدساتير شروط تعيين القضاة وترقيتهم ومساءلتهم تأديبيًا بما يحول دون التحكم السياسي أو الشخصي في مسارهم المهني، ففي العديد من الأنظمة الدستورية، يُنص على أن القضاة لا يُعزلون من مناصبهم إلا

بموجب حكم قضائي أو إجراء تأديبي قائم على قانون يضمن لهم حق الدفاع، مما يحميهم من الضغوط أو التهديدات الناشئة عن إمكانية العزل التعسفي، كما تكفل كثير من التشريعات عدم جواز نقل القاضي من محكمته أو وظيفته القضائية دون رضاه إلا في حالات الضرورة ولأسباب قانونية محددة، ضمانًا لاستقلاله واستقراره الوظيفي، فالمادة 172 من الدستور تنص أن قاضي الحكم غير قابل للنقل الا ضمن الشروط المحددة أدناه، لايعزل القاضي، ولايمكن ايقافه من العمل او اعفائه أوتسليط عقوبة تأديبية عليه اثناء ممارسة مهامه أو بمناسبتها، الا في الحالات وطرق الضمانات التي يحددها القانون بموجب قرار معلل من المجلس الاعلى للقضاء.

فاستقلال القضاء ليس امتيازًا للقضاة، بل هو ضمانة لحماية حقوق المواطنين وحرياتهم في مواجهة تعسف السلطات، وقد أثبتت التجارب المقارنة أن البلدان التي تحترم حق التقاضي أمام قضاء مستقل هي الأقدر على ترسيخ الثقة في مؤسساتها وتعزيز شرعية حكم القانون، وفي المقابل، متى ما خضع القضاء لهيمنة غيره من السلطات، تراجعت قيم العدالة وضعفت الحماية الحقوقية، مما يُبرز الحاجة الدائمة لصيانة استقلال القضاء، وعلى المستوى الدولي، ما فتئت المنظمات والهيئات الحقوقية تؤكد في توصياتها ضرورةَ كفالة استقلال السلطة القضائية كشرط أساسي لضمان سائر الحقوق والحريات، لذا، فإن مبدأ الفصل بين السلطات بما يحتويه من ضمانات سيظل ركيزةً لا غنى عنها لضمان استقلال القضاء وحماية العدالة في الدولة الحديثة، ولا غرو أن مدى احترام استقلال القضاء بات معيارًا رئيسيًا لقياس مدى التزام الدول بمبادئ الحكم الرشيد وسيادة القانون.

وقد ذهبت المحكمة العليا الدستورية في مصر، الى أن استقلال السلطة القضائية مؤداه، أن يكون تقدير كل قاض لوقائع النزاع، وفهمه لحكم القانون بشأنها، متحررا من كل قيد أو تأثير، أو اغراء، أو وعيد، أو تدخل، أو ضغوط، أياكان نوعها أو مدها، أو مصدرها، أو سببها، أو صورتها، ما يكون منها مباشرا، أو غير مباشر.[1]

ويرى الدكتور محمد كامل عبيد، الى أن " استقلال القضاءهو أداة تحقيق العدالة وسمو مكانتها وتحقيق سيادة القانونوعلوكلمته، وهو أيضا ضمان جوهري لاغني عنه لكفالة حقوق المتقاضين، ويضيف، بأنه " أذا كان العدل هو أساس الملك، فأن استقلال القضاء هو أساس العدل، وبغير العدل

1 طلعت يوسف خاطر، استقلال القضاء، حق الانسان في اللجؤ الى قضاء مستقل، دار الفكر والقانون ، المنصورة، ط 1 2014 ، ص12، قرار في 1996/06/01 ، رقم 34 السنة 16 ، مجموعة احكام المحكمة الدستورية ج 7 ، ص 773 ، مجموعة المبادئ التي اقرتها المحكمة العليا ، والمحكمة الدستورية العليا في أربعين عاما ، 1969 – 2009، ص 974 .

يضطرب الطريق وتضحي الحركة فيه ضرب من ضروب التخبط في المجهول أو التحسس في الظلام.[1]

كما ان إنشاء مجالس عليا أو هيئات خاصة تُعنى بإدارة شؤون السلطة القضائية من أبرز معالم مضمون استقلال القضاء ، فهذه المجالس القضائيةالتي غالبًا ما يُحدِّد الدستور أو القانون تشكيلها وصلاحياتها، تساهم في تولي مهام كالتعيينات والترقيات والتفتيش على الأعمال القضائية بمعزل عن تأثير السلطات السياسية ،وفي السياق الجزائري يلعب المجلس الاعلى للقضاء دوروا رئيسيا في حماية القضاة من هذه التدخلات ، وضمان حسن سير مرفق القضاء ويكفل احترام قواعد استقلاله عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، اذا يتولى هذا المجلس – الذي يغلب عليع التمثيل القضائي – ، مهام التعيين والترقية ، والتأديب مما لايعزز الادارة الذاتية للسلطة القضائية ،ويحدّ من هيمنة السلطة التنفيذية على مفاصلها الإدارية، ،وبالتالي، فهي آلية مؤسسية جوهرية لتعزيز استقلال القضاء من خلال إسناد شؤونه لجهة محايدة ومتخصصة، بدلًا من تركها خاضعةً لهيمنة السلطة التنفيذية.

وفي الجزائر عُدِّل الدستور مؤخرًا، ونُشر التعديل في الجريدة الرسمية رقم 82 لسنة 2020، مُدخلًا أحكامًا جديدة في الفصل الرابع، بعنوان "السلطة القضائية". وتتعلق هذه الأحكام الجديدة في المقام الأول بتشكيل المجلس الأعلى للقضاء، مما استلزم مراجعة القانون الأساسي المتعلق بالقضاء والقانون الخاص بتشكيل المجلس وعمله وصلاحياته. وقد صدر القانون الأساسي رقم 22-12 بتاريخ 27 يونيو 2022، مُحددًا إجراءات انتخاب أعضاء المجلس الأعلى للقضاء، فضلًا عن القواعد التي تُنظم عمله. ويتضمن هذا القانون أحكامًا هامة تهدف إلى تعزيز استقلال القضاء. وبموجب هذا القانون، تندرج جميع المسائل المتعلقة بالمسارات الوظيفية للقضاة ضمن اختصاص المجلس الأعلى للقضاء، بالإضافة إلى التشكيل المنصوص عليه في الدستور. وقد زاد عدد الأعضاء، واستُبعد وزير العدل من المجلس، ولم يعد للإدارة تمثيل فيه.

وفيما يتعلق بالقانونالعضوي المتضمن طرق انتخاب أعضاء المجلس الأعلى للقضاء وقواعد تنظيمه وعمله2، الذي فقد تم مت راجعة تشكيل المجلس الأعلى للقضاء لضمان أن تكون أغلبية أعضائه من القضاة المنتخبين3، وباتت جميع المسائل المتعلقة بالتطوير المهني للقضاة تندرج ضمن

1 محمد كامل عبيد، استقلال القضاء، مرجع سابق ص 306.

2القانون العضوي رقم 12/22 المؤرخ في 27 جوان 2022، المتضمن طرق انتخاب أعضاء المجلس الأعلى للقضاء وقواعد تنظيمه وعملهج ر رقم 44 .

3المادة:13، من القانون العضوي المتضمن طرق انتخاب أعضاء المجلس الأعلى للقضاء وقواعد تنظيمه وعمله.

اختصاص المجلس الأعلى للقضاء1، كما ان المجلس الأعلى للقضاء أصبحيتمتع بالاستقلال الإداري والمالي2، ويتولى المجلس صياغة واعتماد ونشر مدونة قواعد السلوك القضائي3.

ومن بين الضمانات المكملة لاستقلال القضاء كذلك حظرُ إنشاء المحاكم الاستثنائية أو الخاصة التي تخرج بعض المنازعات عن ولاية القضاء العادي. فالقاعدة العامة في الدولة القانونية هي وحدة القضاء النظامي وعدم حرمان أي فردٍ من قاضيه الطبيعي الذي يخضع للقانون العام، وقد يُستخدم إنشاء محاكم خاصة كوسيلة للالتفاف على القضاء المستقل، من خلال إحالة قضايا معينة إلى هيئات مؤقتة أو ذات تبعية للسلطة التنفيذية بغرض التأثير في نتائجها، لهذا تؤكد العديد من الدساتير على عدم جواز إحداث محاكم استثنائية إلا في نطاق ضيق جدًا ولضرورات ملحّة، بل إن بعضها يحظرها إطلاقًا ضمانًا لعدم المساس بولاية القضاء العادي،ويُنظر إلى هذا الحظر باعتباره ضمانة لمنع أي محاولة لتجريد القضاء من اختصاصه الأصيل أو الانتقاص من سلطته عبر نقل المنازعات إلى جهة قضائية موازية أقل استقلالًا.

ولا يقتصر مضمون استقلال القضاء على الجوانب المؤسسية فحسب، بل يمتد ليشمل توفير ضمانات مادية ومعنوية تكفل للقضاة استقلالًا فعليًا في عملهم. من ذلك مثلًا ضمان كفاية رواتب القضاة وعدم تأثرها بالتقلبات السياسية، حتى لا يُستخدم تخفيضها أو زيادتها كوسيلة للضغط عليهم، قد كفل الدستورالجزائري ذلك بنص المادة 172 من دستور 2020، " تحمي الدولة القاضي وتجعله في منأي من الاحتياج "

وقد أكدت المواثيق الدولية على أهمية هذه الجوانب؛ فنصَّ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان (1948) في المادة 10 على حق كل إنسان في محاكمة عادلة أمام محكمة مستقلة ومحايدة، وأكد العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية (1966) في المادة 14 على المبدأ ذاته، كما أوجبت "المبادئ الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية" التي أقرتها الأمم المتحدة عام 1985 على الدول توفير الموارد اللازمة لضمان أداء المحاكم لعملها بصورة لائقة وفعالة، وإلى جانب ذلك، تشمل ضمانات استقلال القضاء توفير الحماية للقضاة من أي تعرض شخصي أو انتقام نتيجة أحكامهم؛ إذ يتمتع القضاة بحصانة تكفل عدم مساءلتهم عما يصدر منهم من قرارات ضمن نطاق عملهم إلا في حالات استثنائية محددة قانونًا، فالقاضي يجب أن يشعر بالأمان الوظيفي والمعنوي كي يستطيع

1المادة:50، من القانون العضوي المتضمن طرق انتخاب أعضاء المجلس الأعلى للقضاء وقواعد تنظيمه وعمله.

2المادة: 40، من القانون ذاته.

3المادة: 69، من القانون ذاته.

تطبيق القانون بشجاعة ودون تردد، وهو ما يتحقق عبر حزمة من الضمانات التي تحيط به أثناء تولّيه منصبه.

إضافةً إلى ما تقدم، يؤكد مضمون مبدأ استقلال القضاء على ضرورة امتناع كافة الجهات عن التدخل في سير القضايا أو محاولة التأثير على مجرياتها أو نتائجها بأي شكل كان وبوصف ذلك انتهاكًا لمبدأ استقلال السلطة القضائية، كما جرّمت العديد من التشريعات المقارنة أي فعل يشكل مساسًا بحياد القاضي أو استقلال قراره، مثل محاولات الرشوة أو الضغط أو التهديد المادي أو المعنوي، واعتبرت ذلك جريمة تستوجب عقابًا رادعًا وهو ما اقره قانون مكافحة الفساد بموجب المادة 25 منه.

كذلك تفرض بعض الأنظمة على السلطتين التشريعية والتنفيذية واجب احترام الأحكام القضائية وعدم الامتناع عن تنفيذها [1]،أو التعليق عليها بطريقة تمس هيبة القضاء واستقلاله، ومن هذا المنطلق، فإن استقلال القضاء لا يتحقق بمجرد النص عليه في الدساتير والقوانين بصورة شكلية، بل يستلزم أيضًا وجود ثقافة دستورية وسياسية تُعلي من شأن القضاء وتلتزم باحترام أحكامه بوصفها الفيصل النهائي في الخصومات.

ويُنظر إلى استقلال السلطة القضائية كركن جوهري من أركان دولة القانون والحكم الديمقراطي؛ إذ إن غيابه يؤول إلى اختلال ميزان العدالة وتراجع ثقة الناس في منظومة القضاء برمتها، فالاستقلال القضائي يقترن بضمان حقوق الدفاع والإجراءات العادلة، مما يرسخ مشروعية الأحكام القضائية ويؤكد وجوب نفاذها في مواجهة الجميع دون تمييز.

ومن الجليّ أن مبدأ الفصل بين السلطات يشكِّل الإطار العام الذي يسمح بتحقّق استقلال القضاء وصيانته، فحينما يوزَّع الاختصاص بين سلطات الدولة وتمارس كل منها مهامها باستقلال بموجب الدستور، فإن ذلك يضع أساسًا متينًا لمنع تغوّل أي سلطة على أخرى أو تدخلها في مجالها، وبالتالي، تعد مبادئ التوازن والرقابة المتبادلة بمثابة السياج الدستوري الذي يحمي السلطة القضائية من أي انتهاك أو ضغط قد يمس حريتها في الفصل في المنازعات، بيد أن مبدأ الفصل بين السلطات – رغم جوهريته – ليس الضمانة الوحيدة لاستقلال القضاء، مما يستلزم تعزيز هذا الاستقلال بجملةٍ من الضمانات القانونية والمؤسسية المكملة لضمان فعاليته، دلك بأن النصوص الدستورية المتعلقة بالفصل بين السلطات تظل إطارًا نظريًا ما لم تُعزز بتقاليد ديمقراطية راسخة وممارسات فعلية تحترم استقلال القضاء .

---

[1] المادة 138 مكرر من قانون العقوبات.

ختامًا يتبيّن أن مبدأ استقلال القضاء ليس مجرد شعار نظري، بل هو ثمرة تطبيق عملي لمبدأ الفصل بين السلطات عبر آليات وضمانات متعددة تكفل للسلطة القضائية أداءَ وظيفتها بحرية ونزاهة، فحيثما وُجد قضاءٌ مستقل، وُجد مجتمعٌ تترسخ فيه العدالة وتتأكد فيه سيادة القانون، ومن هنا تبرز أهمية المحافظة على مبدأ الفصل بين السلطات كإطار دستوري يضمن استقلال القضاء، وضرورةُ تعزيز هذا الاستقلال بصورة مستمرة عبر نصوص وتشريعات وإجراءات فعّالة تصون الفصل بين السلطة القضائية وباقي سلطات الدولة.

كما يستخلص مما سبق بان استقلال القضاء كضمان لتعزيز الحق في التقاضي،وشرطًا أساسيًا لضمان ممارسة الأفراد لحقهم في التقاضي بحرية وفعالية، دون خوف من التحيز أو التأثير السياسي، ولاجل تحقيق العدالة يستلزم قضاءً محايدًا لا يخضع لأي ضغط من السلطتين التشريعية أو التنفيذية، مما يُعزز ثقة المتقاضين في نزاهة المحاكم، لانه كلما كانت السلطة القضائية مستقلة تنظيميًا ووظيفيًا وماليًا، كلما كان الحق في التقاضي محميًا من الانتهاكات أو العراقيل الإجرائية، فاستقلال القضاء يُمكّن المواطنين من مواجهة تجاوزات الإدارة أو تعسف السلطة التنفيذية، مما يجعله أداة فعالة لحماية الحقوق والحريات، وفي نهاية المطافرفاحترام استقلال القضاء هو معيار حقيقي لمدى التزام الدولة بسيادة القانون وضمان حق التقاضي كأحد ركائز العدالة في الدولة الحديثة.

وعلاوة على ذلك يرتبط استقلال القضاء ارتباطًا وثيقًا بضمان مبدأ المساواة أمام القانون وتكافؤ الفرص في اللجوء إلى العدالة. فإذا كان القضاء مستقلًا ومحايدًا، اطمأن الأفراد إلى أن حقوقهم وحرياتهم مصونة، وأن الفصل في منازعاتهم سيتم عبر قضاء منصف بعيد عن النفوذ والاعتبارات غير الموضوعية، (المطلب الثاني).

المطلب الثاني: ضمان المساواة أمام القضاة وحياده.

تعد المساواة امام القضاء احد الركائز الاساسية لتحقيق العدالة بين المتقاضين وضمان سيادة القانون في اي مجتمع ديمقراطي ، فهذا المبدأ يتقتضي ان يعامل جميع الافراد على قدم المساواة أمام السلطة القضائية دون تمييز بسبب الجنس، او العرق،أو او الوضع الاجتماعي، أو الاقتصادي، كما يضمن تن تطبق جميع الاجراءات والأجال على الجميع، كما ان حياد القاضي احد المبادئ الجوهرية التي يقوم عليها نظام العدالة، فلا يمكن الحديث عن قضاء حقيقي دون قضاة يصدرون أحكامهم بناءا على القانون والضمير المهني بعيدا عن أي تأثير او ضغط خارجي، وبذلك تبرز أهمية ترسيخ هذه الضمانات في الوقاع القضائي لحماية الحقوق وتعزيز الثقة في منظومة العدالة ،ومن هنا تبرز اهمية هذا المبدأ في تسريخ الثقة في القضاء وتحقيق العدالة بين أفراد المجتمع.

الفرع الأول: ضمان الحق في المساواة بين المتقاضين.

يجب التسوية بين الخصوم في القضاء، لتساوي العلة في حضورهم، وهي المطالبة بالحق أو دفعه عن نفسه، والمساواة والسواء : وهو العدل والوسط بين الفريقين، فتساويا تعني : تماثلا، ويساويه : يعادله ، وسويت الشيء : قسمت الشيء بينمها بالسوية.1

أولا: في القانون الوضعي .

تعني المساواة أمام القضاء ممارسة جميع مواطني الدولة لحق التقاضي على قدم المساواة أمام محاكم واحدة، وبلا تمييز أو تفرقة بينهم بسبب الأصل أو الجنس أو اللون أو اللغة، أو العقيدة، أو الآراء الشخصية. [2]

وقد أعتبر الأستاذPERROT ، بأن المساواة بين المتقاضين تعني أن كل شخص له فرصة التقاضي أمام نفس الجهات القضائية ، وطبق نفس القواعد الإجراءات ، كغيره من المتقاضين دون ادني تمييز[3] ، وتعني أيضا المساواة امام القضاء بالمعنى القانوني للكلمة ، الحق للجميع في ان تتم محاكمتهم من قبل نفس الجهات القضائية والذي تم ارشائه بعد الثورة الفرنسية كرد فعل على الامتيازات القضائية التي لا تحصى المنصوص عنها في القانون القديم ... ، وتم إعطاء معنى أكثر تقييد لمبدأ المساواة أمام القضاء باعطاء كل متقاضي الحق في ان تعالج قضيته على قدم المساواة مع غيره [4].

ويقصد بتطبيق مبدا المساواة أمام القضاء، إقامة العدل بين الافراد وفقا لمبدأ المحاكمة العلنية العادلة، بواسطة جهة قضائية موحدة محايدة ومستقلة يتمتع المتقاضون أمامها دون تفرقة بينهم بكافة حقوق الدفاع اصاله أو بالوكالة ، استهدافها لتحقيق الغاية النهائية له والمتمثلة في دفع المظالم عن أصحاب الحقوق والحريات وانصافهم ممن أجترأ عليها .[5]

---

1 الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، دار الجيل عمان 1998 ، فصل السين ، باب الواو والياء، ج4 /347 ص 313 .

2عبد الغني بسيوني عبد الله ، مبدأ المساواة أمام القضاء، وكفالة حق التقاضي، منشورات الحلبي ط 2 ، 2001 ، ص 19 .

3Perrot roger ;« L'égalité devant la justice , signifie que toute personne à une égale vocation à être jugé par les mêmes juridiction et selon les mêmes règles de protection sans la moindre discrimination » instituions judicaire 14e édition , op cit p 112 .

4Michèle –laure rassat ; « la justice en France » QUE SAIS-JE ? , huitième édition 2007 , p 29 .

5 أحمد قطب عباس ، إساءة استعمال الحق في التقاضي ، مرجع سابق ص 114 .

وبنفس المعنى، يعني المبدأ ممارسة جميع مواطني الدولة لحق التقاضي على قدم المساواة امام محاكم واحدة، بلا تمييز أو تفرقة بينهم بسبب الأصل أو الجنس أو اللون أ،اللغة، أو العقيدة أو الاراءا الشخصية .[1]

ولقد أقر أيضا قانون 16 و24 أوت 1790، المتعلق بالتنظيم القضائي الفرنسي بعد الثورة الفرنسية مباشرة، بموجب المادة 16،2 على حظر والغاء جميع الامتيازات المتعلقة بجهات القضاء، وبان جميع المواطنين بدون تمييز ، المرافعة بنفس الاشكال امام نفس القضاة، وفي نفس الحالات المماثلة3، أما المادة 18 من نفس القانون أنصت على ان جميع المواطنين متساوين أمام القانون ، وحظر جميع اشكال التمييز بحسب الوضع الاجتماعي وبان جميع القضايا تتبع سيرها ويتم الفصل فيها عندما تكون مهيأة لذلك 4.

وقد استمد مبدا المساواة العام مصدره من نص المادة الأولى من الإعلان العالمي لحقوق الانسان ، الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في العاشر من شهر ديسمبر 1948، حيث نصت على أنه :

يؤكد جميع الناس أحرار متساويين في الكرامة والحقوق، وهم قد وهبوا عقلا وضميرا وعليهم ان يعاملوا بعضهم بعضا بروح الاخاء.

ونصت المادة الثانية على: حظر أي تمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو أي وضع آخر ودون تفرقة بين الرجال والنساء.

وقد نصت المادة الأولى من اعلان القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري[5]، " بانه لكل انسان حق في المساواة امام القانون وفي العدالة المتساوية في ظل القانون ، ولكل أنسان دون تمييز بسبب العرق أو اللون ، او الأصل الاثني، حق في الامن على شخصه وفي حماية الدولة له من أي عنف أو أذى بدني يلحقه سواء من الموظفين الحكوميين أو من أي فرد أو أية جماعة او مؤسسة، أما المادة الثانية من نفس الإعلان فقررت " لكل انشان يتعرض في حقوقه وحرياته الأساسية لأي تمييز بسبب العرق او اللون ، أو الأصل الاثني حق التظلم من ذلك الى المحاكم الوطنية المستقلة المختصة التماسا للإنصاف والحماية الفعليين .

---

1 عبد الغني بسيوني عبد الله، مبدأ المساواة أمام القضاء ، وكفالة حق التقاضي ، مرجع سابق ص 110 .

2Article 16 «Tout privilège en matière de juridiction est aboli ; tous les citoyens, sans distinction, plaideront en la même forme et devant les mêmes juges, dans les mêmes cas ».

3**https://mafr.fr/fr/article/lois-des-16-et-24-aout-1790-sur-lorganisation-judi** , le 16-02-2021 , 18h36 .

4Article 18 :« Tous les citoyens étant égaux devant la loi, et toute préférence pour le rang et le tour d'être jugé étant une injustice, toutes les affaires, suivant leur nature, seront jugées lorsqu'elles seront instruites, dans l'ordre selon lequel le jugement en aura été requis par les parties ».

5 اعتمدته الأمم المتحدة واصدرته في 20 نوفمبر 1963 .

اما الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري [1] ، بانه " .... ويضمن حق كل انسان دون تمييز بسبب العرق أو اللون أو الأصل الوطني او اثني، في المساواة أمام القانون ، لاسيما بصدد التمته بالحقوق التالية :

- الحق في التمتع على قدم المساواة أمام المحاكم، وجميع الهيئات الأخرى التي تتولى اقامة العدل.

كما أقرت المادة الحادية عشر من ميثاق حقوق الانسان والشعب في الوطن العربي الصادر عن المعهد الدولي للدراسات في العلوم الجنائية بسيراكوزا ديسمبر 1986 ، على مبدأ المساواة في مجالي القانون والقضاء ما يلي :

- الناس متساوون أمام القانون .
- الناس متساوون أمام القضاء وتكفل الدولة استقلال القضاء وحياده .
- تكفل الدولة استقلال مهنة القضاء .[2]

على ان مبدأ المساواة أمام القضاء، هو امتداد لمبدأ المساواة أمام القانون الذي نصت عليه المادة السادسة السابعة من الاعلان العالمي لحقوق الانسان، من " الناس جميعا سواسية أمام القانون ، وهم يتساوون في حق التمتع بحماية القانون دونما تمييز ، كما يتساوون في حق التمتع بالحماية من أي تمييز ينتهك هذا الإعلان ومن أي تحريض على هذا التمييز " .

كما يستلزم مبدأ المساواة أمام القضاء أن تكون معاملة المتقاضين واحدة بلا محاباة أو تمييز، .. ومسؤولية القضائي جسيمة في هذا المقام، فعليه أن ينصت الى الخصوم ليتبين له وجه الحق في الدعوى، وأن يعطي كل طرف الفرصة لشرح وجهة نظره في القضية، وأخيرا أن يقضي في المنازعة بما يمليه عليه ضميره بعيدا عن الاهواء والمؤثرات [3] .

وقد كرس الدستور الجزائري لسنة 2020 مبدأ المساواة أمام القضاء صراحة، باعتباره اهم الأسس التي تبنى عليها النظم الإجرائية الحديثة، بموجب المادة 158 من بالتنصيص على، " يقوم القضاء على أساس مبادئ الشرعية والمساواة، والقضاء متاح للجميع " ، كما اوجبت المادة 08 من القانون العضوي المتضمن القانون الأساسي للقضاء ، بانه ، " يجب على القاضي أن يصدر احكامه طبقا لمبادئ الشرعية والمساواة ، ولايخضع في ذلك الا للقانون " . كما تم تجسيد هذا المبدأ

1 اعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة وعرضته للتوقيع والتصديق بقرار الجمعية العامة رقم : 2106، المؤرخ في : 21 ديسمبر 1965.

2 أحمد قطب عباس، إساءة استعمال الحق في التقاضي، مرجع سابق ص113 .

3عبد الغني بسيوني عبد الله، مبدأ المساواة أمام القضاء، وكفالة حق التقاضي، مرجع سابق ، ص 69.

الدستور فعليا قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري بالمادة 3 منه بنصها ، " يستفيد الخصوم أثناء سير الخصومة من فرص متكافئة لعرض طلباتهم ووسائل دفاعهم " ويكون اعمال ذلك المبدأ واقع على عاتق القاضي المسير للخصومة والإجراءات ، فنصت المادة 24 من قانون الإجراءات المدنية ، والإدارية على أن " يسهر القاضي على حسن سير الخصومة " وفي ذلك توزيع الأدوار بين الخصمين ، في تبادل المستندات ، ويمنح الآجال ويتخذ كل ما يراه مناسبا لأجل ذلك ، كما نصت على ذلك نفس المادة .

وفي الأخير فأن مبدأ المساواة أمام القضاء غير مكرس كقاعدة عامة في القانون سوى في المحاكمات المتعلقة بالقانون الخاص التي ترتكز على فكرة صرامة وحياد القاضي الذي ينظر في قضية الخصوم على قدم المساواة، ولكن هناك امتيازات بموجب النصوص القانونية تتمتع بها الإدارة أمام الجهات القضائية الإدارية، ونفس الامر بالنسبة للنيابة العامة التي تمثل الدولة امام الجهات القضائية الجزائية، وفي حقيقة الامر فان المساواة أمام القضاء عرفت تطبيقات رائعة في الشريعة الاسلامية.

ثانيا: فكرة القاضي الطبيعي تكريس لوحدة القضاء.

بدأت فكرة القاضي الطبيعي لأول مرة في العهد الأعظم، Mangna carta ، عام 1215 ، ثم تبلورت في النصف الأول من القرن الثالث عشر في صورة انتماء القاضي الى ذات طبقة المتقاضين، فيحاكم رجال الكنيسة أمام نظرائهم ، ويحاكم الاقطاعيون أمام المحاكم الاقطاعية، ثم ما لبث أن تأكدت فكرة القاضي الطبيعي كأصل من الأصول التي تقوم عليها الدولة القانونية ، فعبر عنها الدستور الفرنسي الصادر سنة 1891، في المادة السابعة، بوصفها ضمانا أساسيا للحريات.[1]

ويعرف القاضي الطبيعي ، بانه من له الولاية القضائية العامة للفصل في كافة الخصومات، والمعروف سلفا للخصوم، والذي يتميز عمله بالدوام ويتمتع القضاة في ظله بالاستقلال وعدم العزل ، وصفة الحياد، ويحاط عمله بالضمانات الدستورية والقانونية التي تحمي مصالح الخصوم وتضمن عدالة الاحكام .[2]

1اشرف اللمساوي ، كفالة حق التقاضي ، في الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية والدستورية ، وموقف الرقابة القضائية الدستورية منها، الطبعة الأولى ، 2006 ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ص 07 .

2 هناء عبد الحميد إبراهيم بدر ، حق التقاضي، بين الضمانات والقيود الإجرائية، ، مرجع سابق ص 39 .

وتضمنت الدساتير الفرنسية الصادرة في 1815 المادة الستين،وفي دستور 1830 ، المادة 62، وفي دستور 1834 ، المادة الرابعة، نصوصا تحظر حرمان الشخص من قاضيه الطبيعي ، وقرر دستور 1858 المادة 17 منه ، ان القاضي ضمان أساسي للحريات .1

وأستوجب مبدأ الفصل بين السلطات الذي نادى به الفيلسوف مونتسكيو في مؤلفه روح القوانين سنة 1848 ، استقلال السلطة القضائية عن السلطتين التشريعية والتنفيذية ، فكل تدخل من أي هاتين السلطتين بمناسبة دعوى معينة يعتبر اعتداء على استقلال السلطة القضائية .

ويأتي هذا التدخل في شكل انتزاع الدعوى من قاضيها الأصيل طبقا لحكام القانون الذي حدد اختصاصه أي ولايته على الدعوى ثم جعلها لقاضي آخر .... ومعنى ذلك ان مبدأ القاضي الطبيعي مكمل لمبدأي استقلال القاضي وحياده وان كان مبدا استقلال القضاء هو الأصل العام الذي تفرع عنه مبدأي الحياد ومبدأ القاضي الطبيعي.2

وبذلك أصبح مبدأ المساواة يقتضي تمكين كل شخص من اللجوء الى قاضيه الطبيعي المعين سلفا من طرف الدولة، كما يجب ان يكون التقاضي بالنسبة لجميع المواطنين لدى نفس المحاكم وهو بات يعبر عنه بوحدة القضاء، وهذا أيضا يستلزم بان توجد محاكم خاصة أو استثنائية لأفراد معينين أو لطرائف أو طبقات محددة في المجتمع كما كان سائد في النظم القديمة .

فحتي يتجسد مبدا المساواة أمام القضاء – لابد من ان تكون المحكمة المختصة ولائيا بالدعوى محددة بالقانون في وقت سابق على نشوء الدعوى ، فلا يجوز انتزاع المواطن من قاضية الطبيعي الى محكمة أخرى أقل ضمانا ، تنشأ خصيصًا من أجله ، كما يجب أن تكون ولاية هذا القضاء محددة وفق معايير موضوعية ثابتة غير متوقفة على مشيئة سلطة معينة ، وأن تكون دائمة وان تشكل بكاملها من قضاة مهنيين ، متفرغين يتمتعون بالاستقلال ، ويتحصنون بعدم القابلية للعزل [3] .

ويقصد بوحدة القضاء L'unité de juridiction، أن يكون التقاضي بين جميع المواطنين أمام نفس القضاة الذين هم من نفس الدرجة ، وبدون أية تفرقة أو تمييز بين الافراد أو بين الطبقات الاجتماعية ، ذلك بانه يشترط لوضع مبدا المساواة موضع التطبيق ، فلا بد من تجسيد ذلك اجرائيا.

و تستلزم وحدة القضاء الا توجد محاكم خاصة أو استثنائية لأفراد معينين بذواتهم أو لطوائف أو طبقات اجتماعية محددة،[4] ،.

---

1 احمد رفعت خفاجي، قيم وتقاليد السلطة القضائية، مرجع سابق ص 11 .

2 أحمد رفعت خفاجي ، قيم وتقاليد السلطة القضائية ، مكتبة غريب القاهرة ، مصر دون سنة ص 10 .

3احمد قطب عباس أساءة استعمال الحق في التقاضي ، مرجع سابق ص 121 .

4 عبد الغني بسيوني عبد الله، مبدأ المساواة أمام القضاء ، وكفالة حق التقاضي ، مرجع سابق ، ص 23 .

وذلك بسريان تنظيم موحد للهيئات والمحاكم والمجالس القضائية ، ولايعترف بالمحاكم الاستثنائية أو الخاصة ، وبتطبيق فكرة القضاء الطبيعي بنظر الخصومة أو المنازعة وفقا لطبيعتها الذاتية المميزة دونما اعتبار لاختلاف أطراف الدعوى أو تباين أشخاصهم [1] ، كما يتعين سريان طائفة موحدة ومنطقية من القواعد القانونية والاجرائية والموضوعية النافذة والسابقة على الوقائع دون تفرقة او تمييز بين شخص وآخر أو طائفة أو أخرى [2].

والحقيقة فأن مبدأ المساواة لم يستقر في فرنسا الا بعد الثورة الفرنسية، التي وضعت حد للتمييز واللامساواة التي كانت سائدة في ظل النظام القديم ، فصدر قانون 24 اوت 1790، ونصت المادة 16 منه على أن " تحذف كل الامتيازات القضائية وينظر القضاة في كل النزاعات وطبقا لقواعد شكلية موحدة ، ودون تفريق في ذلك بين المواطنين [3] .

وقد خطى القانون الفرنسي خطوة هامة في مجال تحقيق المساواة بين المتقاضين ، وخاصة في المساواة في المعاملة بين الأجانب والفرنسيين، بعد أن كان قضاء الدولة حكرا وامتيازا لمواطنيها ، وقد كان هذه التطور بالأساس قضائيا بعد أن صدر القرار المبدئي عن محكمة النقض الفرنسية، وهو قرار باتينو ، " Arrêt patino"[4].

وفي هذا القرار كرست محكمة النقض الفرنسية مبدأ المساواة بين الأجانب والفرنسيين في المعاملة في المجال القضائي ، ثم صدر في فرنسا قانون 09 جانفي 1972، والمتعلق بالجنسية ، هذا القانون قضى على جميع اشكال التمييز بين الأجنبي والفرنسي في مجال التقاضي، وخاصة الكفالة التي كان الأجنبي مجبورا على دفعها لممارسة حق التقاضي، وهذه الكفالة تتمثل في دفع مبلغ مالي لتأمين تغطية مصاريف التقاضي .

والسبب في ذلك هو ان توزيع الاختصاص بين المحاكم لم يكن حسب قواعد إجرائية تضبط الاختصاص الإقليمي والنوعي ، وانما كان يزع أحيانا على أساس الانتماء الطبقي للأفراد ، ومن ذلك انه لم يكن ممكنا مقاضاة طبقة النبلاء والاشراف الا لدى محاكمهم الخاصة ، وكان لكل طبقة من هؤلاء محكمة خاصة تفصل في النزاعات الواقعة بينهم تمييزا لهم عن بقية طبقات المجتمع الفرنسي.

ولا يتنافى مبدأ المساواة مع وحدة القضاء ، ووجود قضاء مزدوج أي قضاء اداري يتولى الفصل في النزاعات الإدارية أو الدعاوي التأديبية، وقضاء عادي يختص بالنظر والفصل في المسائل الجنائية ،

---

1 احمد قطب عباس أساءة استعمال الحق في التقاضي، مرجع سابق ص 119 .

2عبد الغني بسيوني عبد الله ، مبدأ المساواة أمام القضاء ، وكفالة حق التقاضي ، مرجع سابق ، ص 16 .

3Perrot roger op cit . p 72 .

4Arretpatino ; cass , civ ; 24 juin 1948 JCP 2 . 4422 .

والمدنية والتجارية والاحوال الشخصية ، لان هذا الازدواج لا يخل بشرط وحدة القضاء المطلوب لتحقيق مبدأ المساواة أمام القضاء ، بل ان العكس من ذلك هو الصحيح ، لان في وجود قضاء أداري مختص ضمان لحماية الافراد ضد أي تعسف من الإدارة أو أية إساءة من جانبها في استعمال سلطتها أو الانحراف بها، كما انه عامل في تحقيق المساواة بينهم فيما يتعلق بهذا النوع من النزاعات [1].

والنتيجة فانه يمكننا قبول المحاكم الخاصة واعتبارها عامل لتحقيق المساواة اذا أخذ المشرع بمعيار طبيعة النزاع لتحديد اختصاص هذا المحاكم ، فلا يتنافى مبدأ المساواة مع وجود قضاء متخصص مثل الأقسام التجارية ، والاجتماعية ، ذلك بان هذا التخصص غايته إضفاء نجاعة ونوعية للعمل القضائي من جهة وحماية لبعض الفئات الاجتماعية.

ولكن وان كانت المحاكم المتخصصة دعما لمبدأ المساواة طالما كانت منشأة على أساس طبيعة النزاع، الا انها تصبح تعديا على هذا المبدأ وانتهاكا له اذا كان اختصاصها معتمدا على اعتبارات شخصية ، وذاتية تتعلق بشخص المتقاضي وحالته، (مثل جنسيته، أو تاريخ ميلاده) ، وفي هذا الاطار تندرج المحاكم العسكرية التي تنظر في كافة الجرائم التي يرتكبها الأشخاص الخاضعين لأحكامها دون التفرقة بين جرائم ذات طابع عسكري وأخرى ذات لا تتسم بالطابع العسكري ، فمثل هذه المحاكم تعتبر تعديا على مبدأ المساواة ، لان الأشخاص ينزعون من امام قاضيهم الطبيعي (القضاء العام)، ليوضعوا أمام محاكم استثنائية لا يخضعون أصلا لأحكامها.

وقد اكدت المادة 25 الفقرة 3 ،من الامر 71-28 المؤرخ في 1971/04/22 ، والمتضمن قانون القضاء العسكري، " بأن تختص المحاكم العسكرية الدائمة خلافا لنص المادة 284 من قانون الإجراءات الجزائية [2] ، بالفصل في الجرائم المرتكبة ضد أمن الدولة وفقا للنص الوارد في قانون العقوبات وعندما تزيد عقوبة الحبس على مدة خمس سنوات ، وعندما تكون الجريمة من نوع جنحة فلا تختص المحاكم العسكرية الدائمة بها ألا اذا كان الفاعل عسكريا أو مماثلا له.

فسلب ولاية القضاء العادي اخصاصه بنظر جرائم قانون العقوبات وغيره من الجرائم الأخرى باعتباره صاحب الولاية في نظرها واحالتها الى القضاء العسكري، فهذا يكون الاخلال الخطير بمبدأ المساواة أمام القضاء واجتثاثه، حيث يمثل اعتداء من السلطة التنفيذية على السلطة القضائية فتقوم بأنشاء هذا القضاء الاستثنائي مسيطرة عليه سواء في وضع قواعده الموضوعية أو تشكيل المحكمة

1 عبد الغني بسيوني عبد الله ، مبدأ المساواة أمام القضاء ، وكفالة حق التقاضي ، مرجع سابق ص 24 .

2 تنص المادة 284 من قانون الإجراءات الجزائية ، " تعتبر محكمة الجنايات الجهة القضائية المختصة بالفصل في الأفعال الموصوفة جنايات ، وكذا الجنح والمخالفات المرتبطة بها والافعال الموصوفة بأفعال إرهابية أو تخريبية المحالة اليها بقرار من غرفة الاتهام.

أو الطعن في هذه الاحكام بحيث تكون تلك المحاكم مجرد آلة لتنفيذ أغراض معينة فيخضع القضاء للسياسة.[1]

وما يمكن الإشارة اليه فأن الأنظمة القضائية المقارنة تتجه الى تقليص اختصاص المحاكم العسكرية، وقصر ولايتها على العسكريين في الجرائم العسكرية البحثة وعدم اختصاصه بتاتا بمحاكمة المدنيين ، بل أن بعض تلك الأنظمة ذهبت الى الغاء المحاكم العسكرية واعطاء هذا الدور للقضاء الأصيل او القضاء النظام ضمانا لمبدأ المساواة [2] .

وتتجاوز مسألة القضاء العسكري المجال القضائي لتصل الى صميم أحترام سيادة القانون ، ففي الكثير من البلدان حول القضاء العسكري وروح الفريق التي تميز المحاكم العسكرية ،الى أدوات حقيقية بيد السلطة العسكرية ، تمارسها ضد السلطة المدنية ، كما أن المحاكم العسكرية كثيرا ما تبعد عناصر القوات المسلحة والمؤسسات العسكرية عن سيادة القانون ومراقبة المجتمع ، أن مقولة الفرنسي جوج كليمنصو، بأن : "القضاء العسكري يمثل بالنسبة للعدالة ما تمثله الموسيقى العسكرية – الجوق العسكري – بالنسبة للموسيقى المدنية"، تعكس الجدل الهائل الذي تثيره المحاكم العسكرية 3.

ويرى الفقه الإنجليزي أن تعطيل القانون العام واحلال القانون العسكري محله ليطبق على المدنيين أمرا لاتقره التقاليد الدستورية ولا يعترف به القانون الإنجليزي، بل لم يعتبر القضاء الإنجليزي المحاكم العسكرية التي قام القادة بتشكليها عند اعلان الحرب محاكم قانونية بل اعتبرها مجرد لجان عسكرية، وان ما تصدره من احكام لاتعدوا أن تكون مجرد قرارات لا تحوز أية حجية تجاه هؤلاء القادة الذين يملكون تخفيف العقوبات المحكوم بها أو استبدالها أو الغائها كلية.[4]

---

1 احمد قطب عباس،اسادءة استعمال الحق في التقاضي مرجع سابق ص، 270 .

2 هناء عبد الحميد إبراهيم بدر ، حق التقاضي بين الضمانات والقيود الإجرائية ، من منظور العدالة والمساواة ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية مصر 2017 ص 58 .

3فيديريكو اندرو غوزمان ، القضاء العسكري والقانون الدولي ، المحاكم العسكرية والانتهاكات الجسيمة لحقوق الانسان، ج1 ، اللجنة الدولية لحقوق الانسان ، جنيف سويسرا 2004، ص 1 ، " جورج كلمنصو : (George benjamin Clémenceau)، رجل دلوة فرنسي ، وطبيب وصحفي ، قاد فرنسا خلال الحرب العالمية الأولى(1917–1920)، وكان أقوى المساهمين في معاهدة فرساي....../

«Il suffit d'ajouter "**militaire**" à un mot pour lui faire perdre sa signification, ainsi la justice militaire n'est pas la justice, la musique militaire n'est pas la musique ». le site : http://www.linternaute.fr/citation/4511/il-suffit-d-ajouter---militaire---a-un-mot-pour--georges-clemenceau . Le 05 janvier 2021.

4احمد قطب عباس ، اسادءة استعمال الحق في التقاضي مرجع سابق ص، 267، ود يس عمر يوسف ، استقلال القضاء استقلال القضاء ، رسالة دكتوراه جامعة عين شمس كلية الحقوق ، 1974 ، ص 65– 66.

ففي فرنسا فأن قانون 261/82 المؤرخ في : 20 جويلية1982، المتعلق بالتحقيق والحكم في الجرائم العسكرية وجرائم أمن الدولة والمعدل أيضا قانون الإجراءات الجزائرية،الغى المحاكم العسكرية الدائمة و المحكمة العليا الدائمة للقوات العسكرية في زمن السلم ، وبالمقابل ابقى على هذه الجهات القضائية العسكرية زمن الحرب .1

وفي الولايات المتحدة الامريكية استقر النظام الدستوري والقانوني على عدم امتداد القانون العسكري أو ولاية المحاكم العسكرية على غير العسكريين الذين يعملون في خدمة القوات المسلحة وقت اجراء المحاكمة، كما الغت المانيا أيضا المحكام العسكرية وقت السلم وإيطاليا والمملكة المتحدة .[2]

ومن المبادئ المقررة قانونا لحماية حق التقاضي أن يكون للقضاء الولاية العامة للفصل في الخصومات والمنازعاتومعناه أن لكل شخص الحق في الالتجاء الى قاضيه الطبيعي، لان القوانين العادية هي التي شرعت بموجبها المسائل والإجراءات التشريعية الاعتيادية والضامنة لحقوق الافراد ، وتتضمن احكاما متوازنة لرعاية المصالح العامة والمصالح الخاصة على حد سواء .

الا انه قد توجد محاكم خاصة بطوائف معينة من المواطنين ، دون أن يعتبر ذلك خرقا لمبدا المساواة رغم كونها مؤسسة على شخص المتقاضي، ومن ذلك محاكم الاحداث التي تختص بالنظر بمحاكمة المجرمين الاحداث عما اقترفوه من جرائم، وتطبق عليهم إجراءات خاصة تختلف عن الإجراءات المتعارف عليها امام المحاكم الخاصة بقصد اصلاحهم وتقويم سلوكهم ورعاية لهم ولمستقبلهم ، الا انه ينبغي عدم التوسع في مثل هذه المحاكم حتى لا تكون ذريعة لإيجاد نوع من التفرقة بين مواطني الدولة الواحدة ، وتصبح وجها من وجوه انتهاك مبدأ المساواة أمام القضاء .[3]

والحقيقة فأن المبادئ الدولية لحقوق الانسان وكذا كل المواثيق ذات الصلة، تكفل للاجني الحق في التقاضي أمام المحاكم التي لا ينتمي اليها هؤلاء بجنسيتهم ، وقد استقر الامر على ذلك باعتباره حد أدني من الحقوق تلتزم به الدولة أتجاه الأجانب المقيمين فوق اقليمها.

ولا يكفي تمكين الأشخاص من الوصول الى نفس القاضي حتي يتحقق مبدأ المساواة في الوصول الى القاضي الطبيعي ، بل يجب فضلا عن ذلك اخضاعهم الى نفس الإجراءات وتطبيق نفس القوانين عليهم، والا فأن مبدأ المساواة يفقد معناه ويمس بحسن سير العدالة ، وبذلك يقتضى الامر وضع قواعد تنظم الجهاز القضائي للدولة وتحدد مسبقا إجراءات التقاضي وطرقه ، وفي هطا الاطار يحدد قانون الإجراءات المدنية والإدارية طرق رفع الدعوى وسيرها ومختلف الإجراءات المتبعة في المواد المدنية ،

1Sénat, Justice militaire , Documents de travail du sénat , série législation comparée , Décembre 2000, le site , https://www.senat.fr/lc/lc83/lc83.html , le 05 janvier 2021 , à 20h53 .

2 احمد قطب عباس،اسادءة استعمال الحق في التقاضي مرجع سابق ص، 268 .

3 د عبد الغني بسيوني ، مبدأ المساواة أمام القضاء، كفالة حق التقاضي ، مرجع سابق ص 20.

سواء امام قاضي الدرجة الأولى أو الاستئناف أو المحكمة العليا ، كما يحدد قانون الإجراءات الجزائرية أيضا وعبر مختلف الدرجات هذه القواعد الإجرائية لكل الأشخاص على قدم المساواة ودون امتيازات خاصة لأسباب غير موضوعية ، فلا يمكن الحديث عن المساواة دون خضوع جميع المتقاضين لنفس القانون ، وتوفير نفس الحماية القضائية لحقوقهم المعترف لهم بها من قبل القانون .

وفي الواقع فأن مبدأ المساواة حاليا محل نقاش ، لأن المطالبة بالمساواة بين الناس امام القانونلا تعدو ان تكون خيالية ، أمام عدم المساواة الاقتصادية والثقافية والاجتماعية بين الخصوم أنفسهم ، وبذلك فان المقصود بمبدأ المساواة لا يقتصر فقط على المساواة في القانون ، وانما يتجاوز ذلك الى المساواة في الواقع ، ذلك بأن صاحب الحق الذي يهدر حقه ولا يجد بنفسه القدرة المالية على اللجوء الى القضاء لرد الاعتداء ، تتدخل الدولة عن طريق جعل القضاء مجانيا، وسن نظام المساعدة القضائية لتغطية مصاريف الدعوى.

ثالثا : مجانية القضاء .

يقوم العامل الاقتصادي والمالي أهم عائق يحول دون الوصول الى القضاء ، وبالنتيجة مانع من ممارسة الحق في التقاضي نظرا للتكاليف الى قد يصطدم بها من يلجأ الى القضاء ، كالرسوم والمصاريف القضائية، واتعاب المحامين والمحضرين، واتعاب الخبراء ونسخ واعداد الوثائق والمستندات المتعلقة بالدعوى .

ففي القانون الفرنسي القديم كان المتقاضون يقدمون لقضاتهم اجورهم في صور هدايا وإتاوات ، ومع قيام الثورة الفرنسية ألغى قانون 16–24 أوت 1790، هذا النظام، وأصبح للقضاة مرتبات يتقاضونها من خزانة الدولة وليس من الخصوم 1 ، وكان في ذلك تأكيدا لمبدأ مجانية القضاء La gratuite de la justice ، باعتباره الأصل في التقاضي .

ومع اعتبار القضاء خدمة عامةوبتقاضي القضاة مرتباتهم من خزانة الدولة ، ظل المتقاضون يتحملون العديد من الرسوم كرسوم التسجيل، والرسوم التي تسدد الى قلم الكتاب ومكافآت مساعدي القضاء ، وذلك توخيا لتحقيق التوزان بين مزيا مجانية القضاء ، ومخاطر فتح باب التقاضي دون أعباء مالية على مصراعيه لأصحاب الدعاوى الكيدية 2.

1 Henry solus et Roger perrot ; institution judicaire op cit p 481 .

2 امال الفزايري ، ضمانات التقاضي ، مرجع سابق ص 50 .

وكان القضاء في الإسلام يقوم على فكررة المجانية الكاملة ، ذلك ان القضاء الإسلامي يقع تكلفته على عاتق الدولة الإسلامية، باعتبار أن القضاء احد سلطاتها ، فلا يلتزم المتخاصمون بدفع رسوم الدعوى ، 1

ويذهب الفقه الإسلامي الى ان من حبس نفسه من أجل المسلمين فعليهم كفايته ومؤونته من بيت المال ، كما ذهب معظم الفقهاء الى وجوب اعانة القضاة حتى لاتمتد أيديهم الى أموال الناس ، ولاتدفعهم الحاجة الى قبول الهدايا والرشوات ، وعلى هذا فالقاضي موظف لحساب الأمة محبوس لصالحها ، فعليه رزقه ، وكفاية معيشته .2

وتعد مجانية القضاء نتيجة حتمية لمبدأ المساواة أمام القضاء ، ذلك أنه باعتبار أن الالتجاء الى القضاء حق لكل مواطن مع عدم التمييز بين المتقاضين لمكانتهم او امكانياتهم المادية ، فيكون من اللازم تيسيره للمواطنين جميعا كخدمة عامة بمعنى ان لا يلتزم المتقاضون بدفع أجور قضاتهم ، وأنماء تتحمل الدولة هذا الأجر ، حتى لا يحرم الفقير من حق الالتجاء الى القضاء .3

فالحديث عن مجانية القضاء هو إساءة لاستخدام المصطلح لان العدالة في الحقيقة جد مكلفة ، ومبدأ المجانية يقتصر على معني ان المتقاضين لا يتحملون تكاليف العدالة لوحدهم ، فاللجوء الى العدالة يستتبع ثلاث حلقات من المصاريف : وهي تلك المتعلقة بأجور الجانب البشري للعدالة وهم : القضاة، وموظفي امانة الضبط ، الى جانب الاستثمارات العمومية المتمثل في البناءات الحاضنة للمصالح القضائية، وتجيهزاتها ، والمصاريف المتعلقة بسريان الاجراءات ، كمصاريف تبليغات العقود القضائية، والمراسلات وأتعاب الخبراء، الى جانب المصاريف المتعلقة بأعوان القضاء كالمحامين والمحضرين القضائييينوغيرهم ، الى جانب مصاريف الصيانة للأجهزة التي تكون على عاتق الدولة .

لقد أصبحت الدول الحديثة وبفعل كثافة مجال تدخلها الحيوي ، مطالبة بجملة من الالتزامات أتجاه العامة، من ذلك أنها ملزمة بتصريف شؤون العدالة ، وتأمين تقديم خدماتها لكل من يطلبها بغرض تجسيد المساواة بين جميع الافراد أمام القضاء .

ذلك بانه لا يخفى على احد أن المؤسسة القضائية مرفق من الموافق العامة تشرف الدولة على ادارتها ، مثل مرفق الصحة، والدفاع ... ، ومن هذا المنطلق فان مرفق العدالة سوف يتأثر بجميع خصائص ومميزات المرافق العامة،ولاسيما المجانية، والمساواة والاستمرارية.

---

1 هاني محمد كامل المنايلي ، السلطة القضائية في النظام الإسلامي ، مرجع سابق ص175 .

2الزجيل محمد مصطفى ، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص63 .

3امال الفزايري ، ضمانات التقاضي ، مرجع سابق ص 47 .

ومفهوم المرفق العام من بين مؤسسات القانون الإداري هو مفهوم حديث نسبيا، ولم يظهر للوجود الا مع صدور قرار محكمة التنازع الفرنسية ، بتاريخ : 1873/02/08 وهو القرار الشهير المعروف بقرار بلانكو .

لكن ما يلاحظ بانه وبالرغم من تدخل الدولة في المجالات الصناعية والتجارية ، لا يمكننا التسليم بأن المجانية خاصية مهيمنة على جميع المرافق العامة ، بل الأكثر من ذلك لا توجد قاعدة عامة تلزم المشرع باقرار المجانية في جميع المرافق العامة الا انه الغالب فان فكرة المجانية مهيمنة على جميع المرافق ذات الصبغة الإدارية ، وبالرغم من هذا فقد سبق لمجلس الدولة الفرنسي ان اعتبر ان قاعدة مجانية المرافق العامة ذات الصبغة الإدارية ليس له أي أساس دستوري ، واعتبر في المقابل أنه لاوجود ما يمنع في أن يساهم مستعملي هذا الصنف من المرافق العامة في المصاريف مقابل تمتعهم بالخدمات [1]، وتطبيقا لهذه القاعدة فقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي ، مثلا أن مرفق التعليم العالي وأن كان مرفقا عاما إداريا، فانه لا يتميز بالمجانية.[2]

أدى التطور القانوني في فرنسا حديثا الى إقرار المجانية ليس فقط لان المرفق ذو صبغة إدارية او غير إدارية، وانما على أساس تحقيق هذا المرفق للضرورة العامة Nécessité publique ، ومن خلال هذا المعيار يكون المرفق الإداري العام مجانيا متى كان النشاط الذي يقوم به والخدمات التي يقدمها لمستعمليه ضرورية ولا يمكن تعويضها ، وليس لأنه يهدف لتحقيق المصلحة العامة.[3]

أن التغافل على عدم التنصيص على مجانية مرفق القضاء ، يمثل مبدأ قائم بذاته وليس في حاجة الى ذلك النص الصريح في قاعدة قانونية ، لان المشرع الجزائري ومنذ الاستقلال اعتمد بالأساس على القانون الفرنسي ، وهو مصدر أقرار مجانية التقاضي كمبدأ عام .

كما التفسير المنطقي الذي يمكن استنتاجه مع عدم التنصيص صراحة على مبدأ مجانية مرفق القضاء، هو ان هذه المجانية لم ترتق بعد الى قاعدة قانونية عامة بخصوص هذا المرفق ، مع التذكير فأن مرفق القضاء يمثل الى غاية اليوم موردا جبائيا مهم للدولة ، من خلال الرسوم القضائية التي تدفع عند ممارسة الحق في التقاضي .

ويقصد بهذا بمبدأ مجانية القضاء، ان القاضي يفصل في النزاعات دون مقابل يأخذه من المتقاضي ، بل يحصل على أجره من خزينة الدولة شانه شان سائر الموظفين [4] ، ذلك بان أول المتطلبات لتحقيق مجانية التقاضي أن يعفى المتقاضون من اجرة القضاة ، ففي القديم كان المتقاضي الذي يربح دعواه

1Varant(J M) , « le droit au juge » , paris 1991 , p 58 .

2Varant(J M)) , « le droit au juge » op cit , p 58 .

3JOEL CABAJO ; « droit des service puplic » p , 2 et s .

4 أحمد أبو الوفاء ، المرافعات المدنية والتجارية ، منشاة المعارف ، الإسكندرية 1990 ، ص 52 .

مجبور على دفع مبلغ مالي معين لفائدة القاضي الذي تولى الفصل في النزاع ، وقد كان الملك الذي يحتكر سلطة القضاء يفوض بدوره هذا الاختصاص الى القضاة مقابل مبلغ مالي ، وقد ظل هذا النظام معمول به في فرنسا الى غاية 1790، مع صدور قانون 24 أوت 1790، الذي ألغى هذا النظام باعتباره يؤثر على استقلالية ونزاهة القاضي ، لأن أقضيته سوف تتأثر بحسب قيمة المبالغ المالية التي يقع عليه دفعها.[1]

ومبدأ مجانية القضاء باعتباره من نتائج المساواة في اللجوء الى القضاء ، ليس المقصود به المجانية باعتبار وان الدولة عادة ما تفرض على المتقاضين دفع مصاريف مقابل التجائهم الى القضاء منها مصاريف الدعوى ، كما يتكبد المتقاضي مصاريف أخرى عند توكيله محامي للدفاع عنه ، مصاريف المحضر القضائي ، واتعاب الخبراء، وكل هذه النفقات من شانها أن تتثقل كاهل المتقاضي وخاصة منهم الفقراء ، مما نتج عنه افراغ لمبدأ مجانية التقاضي من محتواه وهو الامر الذي لايمكن معه من تحقيق المساواة في اللجوء الى القضاء.

وبذلك نلاحظ بانه من الناحية العملية يتحكم الجانب الاقتصادي لكل فرد في قدرته على الالتجاء للحصول على حقوقه المتنازع عليها ، لما يتطلبه ذلك من نفقات ومصاريف تتجاوز قدرته المادية، ولتجنب مثل هذا النتائج السلبية، اتجه المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنةالى اقرار نظام المساعدة القضائية .

رابعا : المساعدة القضائية.

أضحت الدول الحديثة مطالبة برفع العوائق المادية والاجتماعية التي تحول دون تحقيق العدالة، ضمانًا للمساواة وكسبًا لثقة المواطن في مؤسسات الدولة، ومن هذا المنطلق جاءت التشريعات المقارنة لتقرّ نظام المساعدة القضائية كآلية تهدف إلى تقليص التفاوت في إمكانية الولوج إلى القضاء.

ويعد اقرار نظام المساعدة القضائية تطبيقا لمبدأ مجانية القضاء للمعوزين الذين يعجزون عن تحمل نفقات التقاضي أمام المحاكم للدفاع عن حقوقهم [2]، والتي لا يمكن الحصول عليها تلقائيا.

أن السبب الرئيس في تدخل الدولة وحلولها محل المتقاضي في دفع مصاريف التقاضي وتحمل نفقات الدعاوى ، هي حالة العوز او الفقر الذي يهدد حقه بالضياع والتلف بسبب عدم القدرة المادية على دفع مصاريف المطالبة القضائية .

وتعرف المصاريف القضائية على انها النفقات القضائية التي يستلزمها القانون لرفع الدعوى والدفاع عنها امام القضاء والتي يتحملها من خسر الدعوى ،[1] وهو ما نصت عليه أيضا المادة 419 من

1André pouille , « le pouvoir judicaire et les tribunaux » , Masson 1985 , p 108 .

2عبد الغني بسيوني عبد الله، مبدأ المساواة أمام القضاء ، كفالة حق التقاضي ، مرجع سابق ، ص 30 .

قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، وتشمل المصاريف القضائية ، الرسوم المستحقة للدولة ، ومصاريف سير الدعوى، لاسيما مصاريف إجراءات التبليغ الرسمي والترجمة والخبرة ، واجراءات التحقيق ومصاريف التنفيذ كما يحددها التشريع ، الا أن المادة 417 من نفس القانون أعفت المستفيد من المساعدة القضائية من دفع المصاريف القضائية ، فنظام المساعدة القضائية شرع أساسا ، لتطبيق مقتضيات مبدأ المساواة أمام العدالة بعد الزام الدولة بمساعدة الفقير على المطالبة بحقه قضائيا ، تسوية له في ذلك مع المقتدرين.

وينتفع بالمساعدة القضائية الأشخاص الطبيعية والمعنوية التي لا تستهدف الربح طبقا للمادة الأولى من الامر 71-57 المؤرخ في 05 اوت 1971 ، والمتعلق بالمساعدة القضائية ، المعدل والمتمم بالقانون 02/09 المؤرخ في : 2009/02/25 ، والتي جاءت كما يلي : " يمكن أن يستفيد من المساعدة القضائية، الأشخاص الطبيعية والأشخاص المعنوية، التي لا تستهدف الربح، ولا تسمح لهم مواردهم المالية بالمطالبة بالحقوق أمام القضاء او الدفاع عنها ، كما أن هذه المساعدة مقررة أيضا للأجانب أذا توفر فيهم شرط قلة المورد المالي تضيف نفس المادة، وفي ذلك تطبيقا لأحكام الاتفاقية الخاصية بوضع اللاجئين ،وبالمادة 16 من الاتفاقية وبرسم حق التقاضي أمام المحاكم، اقرت بانه : يتمتع كل لاجئ في الدولة المتعاقدة محل اقامته المعتاد بنفس المعاملة التي يتمتع بها المواطن من حيث حق التقاضي أمام المحاكم ، بما في ذلك المساعدة القضائية ، والاعفاء من ضمان أداء المحكوم به.[2]

ويشترط القانون ان يكون الطلب جدي ، ولنفس الغاية جاءت المادة 06 من قانون المساعدة القضائية، بان يرفق طلب المساعدة القضائية بعرض وجيز لموضوع الدعوى او العمل الولائي أو التنفيذ المراد مباشرته ، والغرض من فحص جدية الدعوى أولا ان تكون هذه الدعوى تحمي حقا يعترف به القانون، او يحميه بصفة مجردة ، وأن يقع الاعتداء على ذلك الحق ، وبان لا تستعمل الدعوى لأغراض كيدية ، أو بنية الاضرار بالغير، وكل ذلك يخضع لتقدير لجنة المساعدة القضائية ، بل أن المشرع الفرنسي في قانون 1991/07/10، استعمل صيغة أكثر مرونة من شأنها توسيع عدد المستفيدين بالإعانة القضائية ، بشرط أن لا تظهر في دعواهم إمكانية رفضها، وبمفهوم المخالفة فأن

---

1 حسينة شرون ، ضرورة تدعيم مبدأ مجانية القضاء لكفالة حق التقاضي ، مجلة الاجتهاد القضائي ، جامعة محمد خيضر بسكرة كلية الحقوق والعلوم السياسية ، ع 9 ، مارس 2013 ، ص 110 .

2 اعتمدها مؤتمر الأمم المتحدة للمفوضين بشان اللاجئين وعديمي الجنسية ، بتاريخ : 1951/07/28 ، والذي دعته الجمعية العامة للأمم المتحدة الى الانعقاد بمقتضى قرارها رقم: 429 (د – 5) ، المؤرخ في 1950/12/14 ، تاريخ بدأ النفاذ في 1954/04/22 ، وفقا للمادة 43.

طلب المساعدة القضائية يمكن رفضه أذا تبين للجنة احتمال رفض الدعوى أكبر بكثير من اجتمال ربحها.[1]

وفي نهاية المطاف فأن السلطة التقديرية للجنة في منح المساعدة القضائية مطلقة في تقدير جدية الدعوى، ويمكن أن تؤثر سلبا على حقوق طالبي المساعدة القضائية ، ويحرم الطالب من المساعدة على مجابهة مصاريف ونفقات التقاضي ، وقد يؤثر كذلك على أصل الحق لأنه يذهب في اعتقاد طالب الاعانة أن دعواه غير جدية حتى وان لم تنظر المحكمة بعد في أصل الحق فيتخلى عن حقه في التقاضي .

أما نطاق تطبيق المساعدة القضائية ، فيمكن منح المساعدة القضائية أمام مختلف الجهات القضائية، سواء العادية أو الإدارية، وكذلك في الأعمال الولائية والتحفظية، حسب المادة الأولى من قانون المساعدة القضائية، إجراءات منح المساعدة القضائية ، وبموجب المادة 2 مكرر 1 ، تُستحدث مكاتب للمساعدة القضائية على مستوى الجهات القضائية المختلفة .ويُوجَّه الطلب إلى رئيس المكتب المختص، الذي يكون وكيل الجمهورية أو النائب العام، حسب الجهة القضائية.

ان كان اللجوء الى القضاء يؤمن للأفراد حاجاتهم من الحماية القضائية، فان القدرة الاقتصادية لكل فرد يبقى لها دورا حاسم ، ذلك بان الامر لا يتوقف على تعيين محام او محضر قضائي، وانما أيضا نفقات التنقل وتحضير أوراق القضية، وهي نفقات ليست بالهينة .

وحصيلة الامر فان مجانية القضاء ونظام المساعدة القضائية، تجسد بوضوح تدخل الدولة لكفالة حق التقاضي لذوي الخصاصة المالية من الافراد وتؤمن لهم الوصول الى العدالة بيسر، ولكن تبقى هذه الضمانة مشروطة أيضا بتوفر قضاء نزيه وحياديلايوليالاعتبارات الشخصية أهمية ، ومن هنا يكون حياد القاضي الركيزة الاساسية لتأمين ثقة المتقضين في احكام العدالة.

خامسا: مبدأ المساواة في الشريعة الإسلامية.

الحقيقية فأن مبدأ المساواة عنت به الشريعة الإسلامية عناية فائقة وطبقه قضاتها بطريقة فريدة وفي ادق التفاصيل، كما نقل التاريخ صور مشرفة لهذا الجانب من المساواة أمام القضاء عبر تاريخ القضاء الإسلامي، وقد قرر الإسلام المساواة بين الناس منذ ان اشرق بنوره ،.

ففي القرآن الكريم ، يقول سبحانه وتعالى " يأيهَا الذّين أمنُوا كونوا قوّامينَ بالقسْط شُهداء لله ولَو علىَأنفسكُم أو الوالدِين أو الاقرَبين ان يكُن غَنيًّا أو فقيرًا فالله أولىَ بهمَا فلا تتبعُوا الهَوى أن تعدلوُا وان

1Perrot roger« institution judicaire » , op cit , p 75 .

تلوُوا أو تعرضُوا فانّ الله كانَ بما تعملُون خَبيراً[1]، " ان الله يأمركم أن تأدوا الامَانات الىَ أهلها واذا حكمتُم بين النَاس أن تحكُموا بالعَدل ان الله نعمَا يعظكُم به أن الله كانَ سمِيعًا بصِيرًا .[2]

كما قضى الإسلام على الفواق بين الناس جميعا وأعلمهم جميعا بانهم خلقوا من نفس واحدة ، " يأيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيرا ونساء واتقوا الله الذي تسَاءلون به والارحام ان الله كان عليكم رقيبَا[3] " ، وهذا الخطاب موجه للبشرية جمعاء.

وهذه الآيات في مجملها أمر الهي بالقسط والعدل والنهي عن اتباع الهوى ، وبعدم العدل ومجانبة الجور بسبب التمايز الاجتماعي او الوضع المالي أو علاقة القرب ، فالعدل بين الخصوم لا فضل فيه لكبير على صغير، ولا لعظيم على حقير ولا لشريف على وضيع ، والحقيقة التي يتفق عليها الجميع بان هذا المبادئ عرفت تطبيقا مثاليا من كانوا مكلفين بها ، لكونها التزام وفرض رباني يتقرب به هؤلاء الى الله تعالى فكانت تلك التجربة فترة لامعة في تاريخ القضاء الإسلامي .

مبدأ المساواة من المبادئ الإنسانية التي جاء بها الإسلام تقرير مبدأ المساواة بين الناس، وأساس ذلك أنه ما دام الناس جميعا مخلوقين لله وحده ومكلفين بأن لا يعبدوا الا الله ، يعبرون بهطا متساوين أمام خالقهم[4]، وعلى الرغم من هذا المبدأ يعد صورة من صور العدالة، وسببا ونتيجة لها، فان هذا المبدأ كان جديد بالنسبة للعرب، بل كان يتعارض مع الشعور القبلي الذي كان سائدا لديهم في عصر الجاهلية، كما يتعرف المستشرقون بأن مبدأ المساواة كان من أهم المبادئ التي جذبت قديما نحو الإسلام كثيرا من الشعوب الأخرى ، ومن أهم مصادر القوة للمسلمين الاولين .

فمبدأ المساواة أمام القضاء في الشريعة الإسلامية من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام القضاء في الإسلام فهي لازمة بنصوص القرآن الكريم والسنة وأعمال السلف، حيث لا يعرف النظام الإسلامي تفرقة بين الخصوم بسبب اختلاف مكانتهم.[5]

أما في السنة المطهرة فأنها قررت مبدا المساواة بين الناس جميعا ، وتزخر السنة بالعديد من الأحاديث النبوية القولية والفعلية ، ومن ذلك كما هو معلوم في حادثة المرأة المخزومية الشريفة، التي سرقت حينما طلبوا من أسامة بن زيد حب – رسول الله ﷺ – أن يكلمه في أن يعفيها من تطبيق الحد لمكانتها ومنزلتها في قريش فغضب رسول الله – رسول الله ﷺ – غضبا شديدا وعنف أسامة وقال

1سورة النساء ، الآية 135.

2 سورة الناساء، الآية 58 .

3 سورة النساء، الآية الأولى.

4فؤواد العطار النظم السياسية والقانونية والقانون الدستوري، القاهرة 1974 ، ص 123 .

5عتقية بلجبل، علاقة مبدأ المساواة أمام القضاء، بكفالة حق التقاضي، مجلة الاجتهاد القضائي ، مرجع سابق ، ص 161 .

رسول الله – رسول الله ﷺ – قولته الشهيرة : " أتشفع في حد من حدود الله انما اهلك الذين من قبلكم أنهم كانوا اذا سرق فيهم الشريف تركوه واذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد، أيم والله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها " [1].

كما أوضح الرسول الكريم ﷺ ، للقاضي المسلم كيفية تحقيق المساواة في معاملة الخصوم في مجلس القضاء، من حيث الجلوس وتوجيه الكلام اليهما ، وأيضا من حيث الاستماع لهما لكي يصدر القاضي حكمه العادل ويقضي بالقضاء الصائب الى جانب الحق ، ففي الحديث الشريف أنه قال ﷺ ، " سوي بين الخصمين في لحظك ولفظك " ، كما كتب عمر بن الخطاب رضي الله الى عماله في الامصار" اجعلوا الناس عندكم سواسية، قريبهم كبعيدهم، وبعيدهم كقريبهم، واياكم والرشا ، والحكم بالهوى ، وان تأخذوا الناس عند الغضب ، فقوموا بالحق ولو ساعة من النهار"[2].

وتقضي مبادئ المساواة في القضاء أن يعتبر صحاب الحق قويا وكبيرا حتى يأخذ حقه، وان يعتبر القوي ضعيفا حتى يؤخذ الحق منه ، كما أقرت بذلك عبارة أول الخلفاء الراشدين أبي بكر الصديق رضى الله عنه ، وسيرته وسيرة غيره من الخلفاء وأنماء السلف الصالح من بعدهم، فهذا ابوبكر الصديق رضي الله عنه يقول : (الضّعيفُ فيكُم عندِي قوى حتّى آخذ الحَق لهُ، والقويُّ فيكم عندي ضَعيف حتى آخذَ الحَق منهُ ان شَاء الله)[3].

وقد اتفق علماء المسلمين على انه ينبغي للقاضي أن يسوي بين الخصمين في الدخول عليه، والجلوس بين يديه والاقبال عليهما والاستماع اليهما، والحكم عليهما فجميع المواطنين في الدولة الإسلامية امام القضاء سواء من جهة : المرافعة ، وقواعد الاثبات ، وتطبيق النصوص ، وتنفيط الاحكام ، ووجوب تحري العدالة بين الخصمين، لا فرق بين فرد وفرد ، بل حتى الاعداء يظفرون بعدالة القضاء والمساواة امامه[4].

ومما ورد في الأثر عن التسوية في مجلس القضاء ، بان ادعى رجل على علي عند عمر رضي الله عنهما، وعلى جالس ، فالتفت اليه عمر، وقال له : يا أبا الحسن قم فاجلس مع خصمك، فقام فجلس مع خضمه متناظرا ، وأنصرف الرجل ورجع على الى مجلسه فتبين لعمر التغير في وجه على، فقال يا أبا الحسن مال أراك متغيرا أكرهت ما كان ؟ قال نعم ، قال وما ذلك ؟ قال كنيتنى بحضرة

---

1 أحمد قطب عباس ، إساءة استعمال الحق في التقاضي، مرجع سابق ص 117 .

2 عبد الغني بسيوني عبد الله ، مبدأ المساواة أمام القضاء، وكفالة حق التقاضي، مرجع سابق ، ص 70 .

3 أحمد براك ، مبدأ المساواة في القضاء في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، بدون ناشر ، طبعة 2010 ، ص 3 .

4 هناء عبد الحميد إبراهيم بدر، حق التقاضي بين الضمانات والقيود الإجرائية من منظور العدالة والمساواة ، المكتب الجامعي الحيث 2017 ، ص23 .

خصمي (أي قلت لي يا أبا الحسن)، هلا قلت يا علي قم فاجلس مع خصمك ، فأخذ عمر رأس علي رضي الله عنهما فقبله بين عينيه، ثم قال : بأبي أنت أنتم ، بكم هدانا الله ، وبكم أخرجنا من الظلمات الى النور ، وروي أن عمر رضي الله عنه ، وأبي كعب رضي الله عنه اختصما في حادثة الى زيد بن ثابت ، فألقى زيد وسادة لسيدنا عمر (ليجلس عليها)، فقال سيدنا عمر هذا اول جورك ، وجلس بين يديه.

وحكي عن أبي يوسف رحمه الله، انه في مناجاته عند موته، اللهم ان كنت تعلم أني ما تركت العدل بين الخصمين الا في حادثة واحدة، فاغفرها لي ، قيل وما تلك الحادثة ؟ قال : ادعى نصراني على أمير المؤمنين دعوى فلم يمكني أن آمر الخليفة بالقيام من مجلسه والمحازاة مع خصمه ، ولكني رفعت النصراني الى جانب البساط بقدر ما أمكنني ثم سمعت الخصومة قبل أن أسوى بينهما في المجلس فكان هذا جوري1 ، والامر يتجاوز التسوية في جلسة القضاء الى التسوية أيضا في النظر الى الخصمين والاقبال عليهما.

وينساب من مبدأ التضممساواة امام القضاة ، فكرة تجسد تلك المساواة ، وعدم الانحراف بها او الالتفاف عليها ، وهي أن يحاكم الجميع أمام قاضيهم الطبيعي.

الفرع الثاني: ضمان حياد القاضي.

تقترن الديمقراطية بضمان الحقوق والحريات ويقتضي ذلك من الدولة أن تقيم قضاء ليصدر احكام عادلة ومطابقة للقانون ، وهذه الحق لا يتحقق الا أذا كان النظام القضائي المكلف بنظر القضية محايد وغير منحاز لأحد الاطراف وبذلك يقول أرسطو في هذه السياق " أن القاضي هو تجسيد للعدالة ، وفي شخص القاضي يبحث الانسان عن شخص ثالث غير متحيز " [2]

يقصد بحياد القاضي " ان يزن المصالح القانونية للخصوم بالعدل ، وأن يقف موقفا من الخصومة يجعله بعيدا عن مظنة الكيل لاحد الأطراف "[3] ، ويمكن تعريف الحياد بأنه صفة التقدير او الحكم على شخص أو موضوع او فكرة دون اتخاذ أي موقف مؤيد أو معاكس سلفا.[4]

يمثل مبدأ الحياد للقاضي والنزاهة مكملا لاستقلال السلطة القضائية ، بعدم خضوع القضاة لأي تأثير خارجي يؤثر على أعمالهم التي يجب ان تتسم بالحياد بغية الوصول الى العدالة الناجزة .

---

1 المستشار محمد رشدي ، ملخص آداب القاضي في الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ص175 .

2إبراهيم نجيب سعد " القانون القضائي الخاص " ، منشاة المعارف الإسكندرية 1980 ، ص 235 .

3 عمار بوضياف النظام القضائي الجزائري، جسور للنشر والتوزيع ، الجزائر ، ص 40

4Damien ROET , impartialité et justice pénale , travaux de l’institut de science criminelle de poitier 1997 , ed , cujas , p 13 .

ويرى عدد من الفقهاء بأن الحياد يعني في مفهومه الادبي عدم التحيز [1]،الى طرف وتفضيله عن خصمه أي ان يلازم القاضي موقفا موضوعيا ازاء اطراف النزاع بعيدا عن المؤثرات والعوامل التي قد تجعله قضاء لايعتمد على قواعد العدل والانصاف .

كما ان الشريعة الإسلامية اولت هذا المبدأ عناية دقيقة ، وأهم ما يمكن استخلاصه من رسالة عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، لابي موسى الاشعري ، " و آس بين الناس في وجهك و مجلسك و عدلك حتى لا يطمع شريف في حيفك و لا ييأس ضعيف من عدلك " .

فالحياد او عدم التحيز هو من ابرز المقومات البديهية لوظيفة القاضي، والحقيقة أنه ركن أساسي من اركان القضاء ، يوجب على القاضي أن يزن المصالح الأساسية للخصوم باعمناد قواعد الانصاف والموضوعية دون الاستناد الى علمه الشخصي أو التأثر بما بينه وبين أحدهم من علاقات خاصة ، وأهم سارت عليه المحكمة الأوروبية معتبرة ان المحاكم في المجتمعات الديمقراطية يجب أن تكون محل ثقة المتقاضين.[2]

ووفقا للمعجم القانوني روبار " ROBERT " فان القاضي المحايد هو الذي يمتنع عن اتخاذ موقف والانحياز الى احد الأطراف، على ان هذا التعريف ولئن تضمن مجموعة من الصفات التي يتوجب على القاضي التحلي بها، الا انها تعتبر في حقيقة الامر من مقومات العمل القضائي ولا تقتصر على النزاعات المدنية، ويرى الفقيه موتولسكي بأن التزام القاضي للفصل في النزاع أساسه دعوته للقضاء وفق العدل في أطار المبادئ المسيطرة على النزاع .[3]

ولكن بالرغم من الاجماع حول تقييد القاضي بواجب الحياد ، الا ان ذلك لم يسلم من اختلاف الفقه حل أسس المبدأ والنتائج المترتبة عنه.

أولا: مدلول حياد القاضي.

ينساب من مبدأ حياد مبدا آخر هو نزاهة القاضي: يتدخل هذا المفهوم في العلاقة التي تربط القاضي بأطراف الخصومة، فلا ينبغي للقاضي أن يظهر أي تفضيل من باب أولى، فالقانون وضع احتمال " رد" القاضي المشكوك في نزاهته، بسبب الروابط العائلية، أو النسب، أو وجود روابط المصالح، او

---

1 إبراهيم نجبي سعد : " القانون القضائي الخاص " منشأة المعارف الإسكندرية ، 1980 ، ص 235 .

2jean-claude soyer et michel de salvia ; article 06 pettiti, (LE) , DECAUX (E) et IMBERT (PH) la convontion européenne des droits de L'homme , commentaire article par article, 2éme édition Economia 1995 .« doit se récuser toute juge dont on peut légitimement craindre un manque d'impartialité , il y va de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciable » affaire persaik cour Belgique ; arrêt 1 octobre 1982 .

3Note de motusky« sous civ 6 juin 1962 , j c p 1963 2 13191.

الخضوع، الصداقة العداوة.. الخ، لإن القاضي في أطار النظام الأساسي للقضاء المادة 11 محمي من كل المخاطر والتهديدات التي قد يتعرض لها اثناء تأدية مهامه أو بمناسبة ممارسة وظيفته.[1]

يجب على القاضي أن يترفع عن النظر في قضية أخذ رأي مسبق بشانها، ففي حكم صدر عام 1982، (قضية piersack)، عن المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان ، التي قضت بان الوضع على خلاف ذلك، عندما يكون القاضي قد شغل منصب في النيابة مكنه من معالجة ملف معين، وأخطر بنفس القضية بصفته قاضي محكمة.[2]

ومن اجل ترسيخ هذا المبدأ لجات معظم التشريعات الى وضع قواعد احترازية من شانها أن تحمي القاضي من التأثر هذه الاعتبارات وتبعده عن كل الشبهات، وحين يخل بالتزامه بالحياد يسأل مدنيا وتأديبيا وجزائيا [3].

ونظرا لأهمية مبدأ الحياد في العمل القضائي ذهب فريق من الفقهاء الى القول أن الحياد أمر مطلوب في العمل القضائي وصفة ملازمة له ، ومن هنا يحتاج الى نص يقرره ويثبت وجوده ، فالقاضي ملزم بالحياد ولولم يلزمه الدستور أو القانون الأساسي للقضاء أو قانون المرافعات بذلك.[4]

ويتفرع معني الحاد الى معنى ادبي ويعني عدم التحيز وتفضيل القاضي خصم على أخر ، بل يلازم موقف موضوعي إزاء كل طراف النزاع بعيدا عن المؤثرات والعوامل التي قد تجعله يقضي في النزاع ويعتمد قواعد الانصاف ، ذلك لان المحاكم يجب ان تكون محل ثقة المتقاضين .

أما ما يعنيه الحياد في النزاع المدني هو ان الخصوم هو وحدهم من يحدد الواقعة او مناط النزاع والخصومةلأنه على الخصوم واجب اثبات الواقع، أما القانون فعلى القاضي ولا يجوز للاخير أن يؤسس حكمه على وقائع لم تكن محل المناقشات، بحسب ما قارته المادة 26 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

ومما ينبغي الإشارة اليه فان حصول الاجماع حول تقييد القضائي بواجب الحياد خلق جدال فقهي وقضائي حول أساس المبدأ وكذا النتائج المترتبة عن الاخل به ، وفضلا عن ذلك فان ربط واجب الحياد بالمبادئ الإجرائية ولد أيضا مواقف مختلفة حول طبيعة الدور الذي يضطلع به القاضي المدني حول الدور المنوط بالقاضي ، فهل يلتزم بالسلبية لتعلق النزاع بالخضوم ، أم ان الحياد لايعني السلبية وبانه على القاضي ان يتخد موقف إيجابي ليتسنى له الوصول الى الحقيقة وتحقيق العدالة ، وفي

---

1 ميشال بونشير ، مدخل للقانون، ترجمه محمد ارزقي نسيب، مرجع سابق ، ص 84 .

2 ميشال بونشير ، مدخل للقانون ، محمد .....ص 84 .

3بوبشير محند امقران مرجع سابق ، ج1 ط1 2002 دار الامل للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، ص 76 .

4 عمار بوضايف مرجع سابق ص 13 .

حقيقة الامر هناك اتجاهين ، بين مناد بالتزام القضائي بالسلبية وهو الاتجاه الكلاسيكي، في حين يذهب اتجاه حديث الى ان إيجابية القاضي تجسيدا لتطور مفهوم الدعوى المدنية ، وأي الوقفين سلك القانون الجزائري.

ثانيا : الأسس الفقهية لحياد القاضي .

يعتبر حياد القاضي ركن أساسي لقيام عدالة نزيهة ذلك بان التجاء المتقاضي اليه هو مركزه الحيادي والموقف الوسط الذي يقف فيه بينهما دون ميل او تحيز لأي خصم ، وهذا المبدأ ينساب من مبدأ اخر وهو المساواة بين المتنازعين، فلا تتحقق العدالة والانصاف مالم يكن القاضي منزها حتى عن الهوى والغرض المنافي لروح العدالة ومقاصد الحق والعدل.

01 – الاتجاه الأول: التقليدي.

يرى هذا الاتجاه من الفقه الاجرائي بان حياد القاضي المدني مفاده اقتصار هذا الأخير على مراقبة الجدال والنقاش الواقع بين الخصوم ، ولا يعدوا ان يكون دوره دور الحكم بالمصطلح الرياضي ، وبرر هؤلاء موقفهم باعتبار ان فلسفة النزاع المدني تقوم على اعتبارأنموضوع الخلال يهم مصالح الخصوم دون سواهم ، ومن نتائجه بأن الدعوى المدنية ملك للخصوم، والقاضي لا يبني قناعته الا على عناصر الاثبات التي قدمها هؤلاء ، وبحسب تعبير الفقيه تيسي " أن القاضي بمثابة الآلة التي تزود بمواد القضية لتستخرج فيما بعد حكما " [1]، وقد خلق هذا المفهوم للخصومة المدنية الى اعتبارها بمثابة مبارزة قضائية يسعي كل طرق لكسب نقاط على حساب الطرف الاخر مستفيدا من نقائصه والنقص الذي يحصل له من نقص الأدلة، والقاضي إزاء ذلك يبقى محافظا على موقف الملاحظ ، لأنه في نهاية المطاف ما ستقضي به المحكمة لا أثر له الا على مصالح الخصوم .

وقد تم تبرير سلبية القاضي المدني ، بأن مبدأ الحياد في النزاع يحكمه التناغم بين القواعد الأصولية ، فالمساواة لا يمكن تحقيقها في النزاع المدني اذا ما سمح للقاضي بالتدخل على خلاف القاضي الجزائي أو والإداري ، فالقاضي الجزائي يمكنه التدخل نظرا للدور المتميز للنيابة العامة في مادة الاثبات بما يتوفر لها من إمكانيات في مرحلة التحقيق الابتدائي مقارنة بقدرة المتهم على دفعها مما يجعل من ايجابيته مساعدا للكشف عن الحقيقة .

والامر نفسه بالنسبة للقاضي في النزاعات الادارية ، فالمساواة تقتضي منه موقف إيجابي بالنظر أيضا للموقع المتميز للإدارة باعتبارها غالبا ما تكون الحائزة لوسائل الاثبات مما يعيق الخواص على اثبات حقوقهم وذلك على خلاف النزاعات المدنية التي يكون فيها الخصوم على قدم المساواة في جمع

1Tissier« le centenaire du code de procédure civile » , revu de droit 1906 p 698 , « le juge est une sorte d’automate à qu’on fournit les matériaux du procès pour retirer ensuite un jugement » .

الأدلة ، مما يجعل مساعدة القاضي لاحدهم في أثبات صحة ادعاءاته ترجيحا لكفة أحدهما على الآخر.[1]

وقد عزز هذا الاتجاه رؤيته بتأكيده على ان قواعد الاثبات لاتهم النظام العام، وهو الراي الذي أستقر عليه اغلب الفقهاء ، حيث اعتبروا أن قواعد الاثبات لا يمكن بأي حال من الأحوال ادخالها تحت طائلة القواعد التي تهم النظام العام، وبالنتيجة فان الدعوى المدنية في مجملها ولاسيما قواعد الإثبات تعد أحد أهم هذه عناصر هذه الدعوى لاتهم سوى الخصوم فهي دعوى قوامها المصالح الخاصة .

وفي نفس السياق ظهر في صلب هذا الاتجاه جانب آخر من الفقه يربط حياد القاضي باعتماد النظام الادعائي أو الاتهامي في النزاعات المدنية، ولعل اهم المسائل التي تطرح في هذا الصدد تحديد من يتحمل عبء الاثبات وتعامل القاضي في هذا المجال مع قاعدة " البينة على من أدعى " ، والحقيقة ان هذه القاعدة تجد جذورها في الشريعة الإسلامية ، في قول الرسول ﷺ " البينة على على المدعي واليمين على من أنكرث" ، وقد وقع تكريس هذا المبدأ المستعار من الشريعة الإسلامية في أغلب القوانين، ومنها القانون الجزائري في المادة 323 بقولها " على الدائن أثبات الالتزاموعلى المدين أثبات التخلص منه"، والمادة 1353 من القانون المدني الفرنسي[2]، ونفس الحكم مقرر في قانون الاثبات المصري بالمادة الأولى" على الدائن أثبات الالتزام ، وعلى المدين اثبات التخلص منه "، ونفس الامر بالنسبة لقانون للالتزامات والعقود المغربي بالفصل 399 ، بنصها ما يلي "اثبات الالتزام على من يدعيه".

وبالنتيجة فأنه يترتب على هذه القاعدة اجرائيا أن الخصوم وحدهم يتحملون عبء أثبات صحة ادعائهم عن طريق تقديم الأدلة والحجج وتوضيح صحة ما يدعونه من وقائع يترتب ، وبذلك يتحمل الأطراف هذا العبء الاجرائي ، والقاضي يكتفي بما يقدم له دون سعي منه ، ولقد أشار الأستاذ بيرو perrot ، بقوله " في هذا النظام يلعب القاضي دور الحكم، الذي لايبحث بنفسه عن الحقيقة ، بل أن المتقاضين هم الذين يقومون كل من جهته بالتحقيق في قضاياهم ويجمعون جميع عناصر الاثبات التي من شأنها أن تبرر طلباتهم " [3] .

ويتضح من خلال ما يرمي اليه هذا الاتجاه بان المبادرة تكون بيد المتقاضين والقاضي يقتصر دوره فقط على اعتماد ما يعرض عليه لتكوين قناعته، ونتيجة لذلك فان القاضي يعتبر قد التزام بواجب

1George andré« du principe de la neutralité du juge dans l'instruction des affaires civiles » , thèse paris 1910 , p 15 .

2l'article 1353 du code civile français « celui qui réclame l'exécution d'un obligation doit la prouve, celui qui se prétend libère doit justifier le paiement ou le fiat qui a produit l'exécution de son obligation » .

3Perrot roger , institution judiciaire , op cit p 305 .

الحياد ، وهذه النتيجة عبر عنها أيضا الأستاذ جاك نورمان ، بقوله " الحقيقة أن حياد القاضي ليس سوى نتيجة للصبغة الاتهامية للإجراءات بقطع النظر عن كون نظام الاثبات حرا أو مقيدا .[1]

وللإشارة أن هذا الاتجاه بالرغم من ارتكازه على أسس فلسفة الدعوى المدنية واعتماد أسسه بالمبادئ والقواعد المعتمدة في النزاع المدني، قد وجهت اليه الانتقادات اعتمادا على مفهوم الدعوى المدنية ، وكذا طبيعة العلاقة بين واجب الحياد وبقية المبادئ العامة والقواعد المسيرة للخصومة المدنية .

وحصيلة الامر فأن أصحاب هذا الاتجاه يؤسسون مبدأ حياد القاضي على وجوب حرص القاضي على ضمان المساواة بين أطراف النزاع، ولا يتنسى هذ الا اذا لازم القاضي الحياد وعدم التدخل في البحث عن حجج ومستندات الخصوم ، ذلك بان القاضي يجب أن يتخذ موقفا سلبيا فيما يتعلق بالإثبات لكي يتسنى له النظر في النزاع بكل تجرد وموضوعية.

وفضلا عن ذلك فأن هذه الاتجاه بدا في الانحصار خصوصا مع مطلع القرن العشرين، ومع ظهور الأفكار القائلة بأن القضاء مرفق عام service public ، يهدف الى اقرار الشرعية القانونية الموضوعية لا الى مجرد تسوية النزاعات الخاصة [2] ، أضافة الى أن الحقوق الخاصة لاتعدوا ان تكون أحدى الحقوق المكونة لحقوق المجموعة بحيث ان هذا الترابط تستحيل معه عملية الفصل بين المصالح الخاصة والمصالح العامة فصلا مطلقا ، و ان احتفظت كل واحدة بخصائها ومكوناتها فان التداخل بينهما ثابت وحقيقة لامجال فيها للشك، وذلك مبرر لهجر هذا المبدأ التقليدي.

02 – الاتجاه الثاني: الحديث او المعاصر.

يذهب مؤيدو هذا الاتجاه بأن التداخل والترابط بين المصالح الخاصة والمحصلة الجماعية نتيجة طبيعية لتطور العلاقات والمصالح الاجتماعية، فالدعوى المدنية وان كنت تهدف لحماية الحقوق الخاصة والمحافظة عليها، فان أصحاب تلك الحقوق يشكلون احد خلايا المجتمع بحيث تصبح حماية المصلحة الخاصة محافظة على جزء من المصلحة العامة لترابط مصالح الافراد ببعضها البعض مما يكون معه بان النيل من حقوق الافراد يعتبر أيضا مساسا بالمصلحة العامة والجماعية .

كما ان النظرة الحديثة للقاضي لم تعد تصنفه كمحكم ينحصر دوره في الفصل في النزاعات الخاصة في اطار ما يقدمه له الخصوم ، فبات للقضاء دور اجتماعي وأصبحت غاية القاضي أيضا دوام الاستقرار في المجتمع وفرض النظام وأقامه العدالة وضبط السلوك والمحافظة على القيم في المجتمع ورد الانفلات عن احكام القانون .

1 Jack Normand ; le juge et le litige, L .G .D . J , 1965 p 333 .
2Raymond martin ; « théorie générale du procès » Edition juridique et technique 1984 .

كما لقت النتائج المتأتية من خلال ربط واجب الحياد بالقواعد الإجرائية المنظمة للدعوى القضائية ، فالقول بملكية الافراد للدعوى ينتج عنه حتما سلبية القاضي ، وهذا الحصيلة ناتجة عن الخلط بين تحديد مظاهر السيطرة على الدعوى المدنية وبين مجال اختصاص اطراف النزاع ، فرفع الدعوى من قبل الخصوم وعرض الوقائع وتقديم الطلبات وإمكانية انهاء النزاع هو فعلا تجسيد لملكية الدعوى لأطرافها لان موضوع النزاع يتعلق بحقوقهم الخاصة، ولكن تنظيم سير الدعوى القضائية فهو يدخل ضمن اختصاص القاضي وله في هذا المجال اتخاذ جميع المبادرات التي يعتقد انها ضرورية لتحديد وجه الفصل بشرط أن لايؤدي ذلك الى تغيير موضوع النزاع وسببه[1]، وهو ما يستوجب منه التقيد بحدود طلبات الخصوم ،لأنه خلاف ذلك لا يكون القاضي تجاوز حدود حياده بل تجاوز سلطته.

ومنه فلا يكون القاضي متجاوز لحياده أذا أمر بالتحقيق في الوقائع المثارة من قبل الخصوم ، لكن الواقع يثبت بان الالتباس يقع عادة من الخلط بين الوقائع التي يأتي بها الخصوم وهي ملك لهم وحدهم، وبين وسائل اثبات تلك الوقائع ، ولحسن سير العدالة فانه ينبغي ان يترك للقاضي حرية البحث بشأنها، فالعبرة بشان الحياد هي عدم تغيير الوقائع وتحريفها ، فأجراء خبرة في مسالة فنية تطرحها الوقائع لا يؤدي حتما الى الخروج عن مضمار النزاع ، فالغاية من ذلك أساسا الوصول الى الكشف عن الحقيقة من خلال اثبات صحة الادعاء من عدمه ، وبأنه لا يمكن عرقلة سير الوظيفة القضائيةتحت أي مبرر بالزام القاضي بوقائع غامضة أو مبهمة أو التطرف لجزء معين منها دون كامل الحقيقة ، وبذلك يكون القاضي عاجز على استيعاب جميع المعطيات الضرورية وتقدير وجه الحق والصواب ، وفي ذلك اضرار للعدالة ولحسن سيرها .

ويرى الاستاذ فيزيوز هنري (viviozhenri) ، بان التزام القضاة بواجب الحياد يجد الاطار الأنسب له في الإجراءات المدنية الفرنسية ، في اطار مبدأ المواجهة وهو يقتضي من القاضي اذا ما اثار جوانب قانونية أن يعرضها على الخصوم مسبقا قبل إصداره الحكم ليبدوا حولها ملاحظاتهم ، على معني المادة 16 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديدالفقرة الثالثة[2].

ونتيجة لذلك فان الحياد مرتبط بالضمانات المقررة لضمان حقوق الأطراف ، والقيد الوحيد الواجب اخذه بعين الاعتبار هو الالتزام بالمواجهة ، بغض النظر عن طبيعة ما يتخذه القاضي من مبادرات ، كاللجوء للخبرة تلقائيا، وسماع الأطراف او حضورهم شخصيا، والاستماع والشهود، أنما يشترط فقط إعطاء فرص متكافئة للخصوم لإبداء ملاحظاتهم حولها .

1Motulskyhenri , « la concentration des principes du procès civile par le décret du 9 septembre 1971 ,Dalloz chronique 10811 .

2Art :16 / 3 code de procédure civilefrançais (C P C), « Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observation ».

ولقد سلك قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري مسلك الاتجاه المعاصر، اذا خول القاضي الامر في الجلسة حضور الخصوم شخصيا لتقديم توضيحات يراها ضرورية لحل النزاع ، كما يجوز له أن يأمر شفهيا بإحضار أية وثيقة لنفس الغرض[1]، كما يجوز له أن يأمر تلقائيا باتخاذ أي اجراء من إجراءات التحقيق الجائزة قانونا [2]، وباعتبار ان الواقع من مهمة الخصوم والقانون اختصاص للقاض، فأن القضاء يكيف الوقائع والتصرفات محل النزاع التكييف القانوني الصحيح ، دون التقيد بتكييف الخصوم ، ويفصل في النزاع وفقا للقواعد القانونية المطبقة عليه [3] .

أما بشأن اجراء التحقيقات فانه يمكن للقاضي الامر شفاهة أو كتابة بأي اجراء من إجراءات التحقيق التي يسمح بها القانون [4]، كما يجوز للقاضي أيضا ان يقوم شخصيا بتنفيذ اجراء من اجراءات التحقيق، او يشرف على تنفيذه كما نصت على ذلك المادة 75 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، كما ان المادة 98 من نفس القانون مكنت القاضي فضلا عن ذلك ان يأمر في جميع المواد الخصوم أو احدهم بالحضور شخصيا أمامه .

ويتضح مما سبق بيانه فان أحقاق الحقوق والوصول الى العدالة لا يتناقض من مبدا حياد القاضي، وهو بصدد البحث عن وسائل تكوين عقيدته والركون الى جهة الصواب مما يدعيه الخصوم في نزاعاتهم المنشورة أمامه للفصل فيها .

ويتضح بان القانون الجزائري بان دور القاضي الجزائري في مادة الاثبات دور مختلط، بين النظام الاتهامي اذ لايعقل ان يتقدم المدعى للقضاء وهو خالي اليدين مما يعزز ادعائه ضد خصمه وهنا يلعب القاضي دور الحكم ، كما ان قانون الإجراءات المدنية والإدارية أرسى أيضا النظام الاستقرائي او التنقيبي فيقوم القاضي فيه بكل الإجراءات المتعلقة بحسن سير الدعوى، كما ان الشاهد على ذلك المواد السالفة الذكر والتي جعلت من القانون الجزائري يعتنق بوضوح النظام الثاني .

ويستلزم أيضا الحق في التقاضي بان تقوم المحكمة بتفحص وقائع النزاع والوسائل القانونية والمزاعم القانونية والمطالب المتعلقة بالأدلة التي يدلي بها الخصوم مع احتفاظ المحكمة بسلطتها التقديرية وتقدير ملائمة ومصداقية المزاعم .[5]

1 المادة 27 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

2 المادة 28 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

3 المادة 29 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

4 المادة 75 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

5 عبد السلام ذيب قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، مرجع سابق ص 22 .

غير ان التوجه الحديث منح القاضي المدني دورا أكثر فعالية في تسيير إجراءات الخصومة ، فاصبح بإمكانه الزام الخصوم بالحضور، وتقديم المستندات والامر بإجراء التحقيق، واثارة المسائل القانونية من تلقاء نفسه وحتى إعطاء الوصف الصحيح للدعوى.1

وفي الأخير فان ضمان احترام مبدأ الحياد للقاضي المدني لا ينحصر في ملازمة القاضي لموقف سلبي امام الخصوم وعدم التدخل للبحث عن الأدلة والحجج، بل ان المحافظة على التوزان بين المتقاضين واعطائهم فرصًا متكافئة للدفاع عن حقوقهم يتجسد في اعمال مبدا الوجاهية، أما البحث عن الحقيقة واستقرار التعامل بين أفراد المجتمع وتكريس العدالة فان ذلك لا يتنافى مع حياد القاضي .

ثالثا : كفالة ضمان حياد القاضي .

معظم التشريعات أن لم نقل كلها علمانية كانت أو مستمدة احكامها من المعتقد الديني تقر بوجوب حياد القاضي وتنزهه عن الخصومات ضمانا لمحاكمة عادلة ، وتكريسا لثقة المتقاضي في عدالته مع الحفاظ على السير الحسن للمرفق العام، ولن يتأتى ذلك دون ضبط للحالات التي يجوز فيها رد القضاة والتدابير المنظم للإجراء2 .

ويكون القاضي في حالة عدم إمكانية مشاركته في النظر في القضية كلما وجد تهديدا منطقيا لحياده ، وكلما توفر مبرر يجعله في حالة تتنافى أوما يفرضه عليه الحياد ، وبذلك أقرت التشريعات ضمانة الرد والتنحي (01)، والشبهة المشروعة (02) ، كما انه يعتبر ايضا منافيا لحياد القاضي ، الحكم بناءا على علمه الشخصي (03) .

01 – الرد والتنحي .

يرتكز رد القاضي على قيام سبب يخشى معه عدم التزام القاضي للحياد والموضوعية ، نتيجة لتأثره بعوامل مرتبط بعلاقته مع احد الخصوم ، فاذا لم يقم بالتنحي من تقاء نفسه اذا علم بذلك ، فيمكن لاحد الأطراف التصريح بذلك ، وعلى ذلك قيد المشرع الخصوم بحصر الأسباب التي تؤدي الى طلب رد القاضي ، وحصرها قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، بالمادة 241 ، فلا يمكن الوسع فيها مع انه وطبقا لنص المادة فان الرد جوازيا ،وليس وجوبيا كلما رفع طلب الرد ، وحالات رد القاضي أو مساعده 3هي :

- أذا كانت له أو لزوجه مصلحة شخصي في النزاع .

---

1 عبد السلام ذيب، مرجع سابق . ص 25 .

2 بربارة عبد الرحمان ، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق ص 181 .

3 مساعد القاضي لاسيما في القضايا الاجتماعية، والتجارية حيث يكون لرأي المساعد الأثر في الحكم ، انظر د بربارة عبد الرحمان ، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، مرجع سابق ، ص 183 .

- اذا وجدت قرابة او مصاهرة بينه أو بين زوجه وبين أحد الخصوم، او احد المحامين، او وكلاء الخصوم، حتى الدرجة الرابعة .
- اذا كان له أو لزوجه او أصولهما أو فروعهما خصومة سابقة أو قائمة مع احد الخصوم.
- أذا كان هو شخصيا أو زوجه أو أحج أصوله، أو أحد فروعه دائنا أو مدينا لأحد الخصوم
- أذا سبق له أم أدلى بشهادة في النزاع .
- أّذا كان ممثلا قانونيا لأحد الخصوم في النزاع أو سبق له ذلك .
- أذا كان أحد الخصوم في خدمته .
- أذا كان بينه وبين أحد الخصوم علاقة صداقة حميمية ، أو عداوة بينة .1

يقدم طلب الرد إلى رئيس الجهة القضائية ، قبل أقفال بابا المرافعة ، فبخصوص طلب رد قاضي في المحكمة يوجه الى رئيس المحكمة ، ويبلغ بها القاضي المعني المطلوب رده الذي يجب عليه الرد في خلال ثلاثل (03) أيام بقبول أو رفض التنحي ، مع إجابته على أوجه الرد في حالة الرفض.

وفي هذه الحالة – الرفض – ، او عدم تقديم جواب القاضي المطلوب رده،يرفع الامر لرئيس المجلس القضائي مرفقا بالمستندات المفيدة خلال ثمانية ايام الموالية ، وبعده يفصل رئيس المجلس بمساعدة رئيس غرفة على الأقل في لأقرب الآجال.

وفي حالة كان طلب الرد متعلق بقاضي فالمجلس، فالعريضة تقدم رأسا لرئيس المجلس، وبعد تبليغ القاضي وجب عليه التصريح خلال ثلاث (03) أيام بقبول الرد أو رفض التنحي، وفي الحالة الأخيرة على القاضي ان يجيب على اوجد الرد، ونفس الأمر في حالة الرفض يحال الطلب الى الرئيس الأول للمحكمة العليا مرفقا بالمستندات المفيدة، ويفصل في الطلب بغرفة المشورة تحت رئاسة الرئيس الأول للمحكمة العليا وبمساعدة رئيس غرفة على الأقل وفي أقربالآجال.

غير انه في اذا كان طلب الرد موجه لمساعدا قضائيا، فيقدم الطلب الى رئيس المحكمة المختصة، والأخير يفصل فيه بأمر غير قابل لي طعن.

وفي الحالة التي يكون التي يكون فيها طلب الرد موجه لرئيس المحكمة، يرفع الطلب مباشرة لرئيس المجلس، أما بالنسبة لطلب الرد الموجه ضد رئيس المجلس فيرفع الطلب إلى الرئيس الأول للمحكمة

1 نظمت المواد من : 242 الى 247 اجراءات الرد .

العليا، والذي يفصل في الطلب بغرفة المشورة تحت رئاسة الرئيس الأول للمحكمة العليا وبمساعدة رئيس غرفة على الأقل وفي أقرب الآجال طبقا لمقتضيات المادتين 243 و 242 الفقرة 6 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وفيما يخص رد قضاة المحكمة العليا، فيقدم الطلب إلى الرئيس الأول للمحكمة العيا، وعلى القاضي الرد خلال ثمانية (08) أيام، وفي حالة رفض التنحي عن نظر القضية أو لم يقدم جوابه في الأجل المحدد، يجب أن يفصل في الطلب خلال شهرين بغرفة المشورة، ويختلف الأمر هنا بالنسبة لتشكيلة غرفة المشورة التي يترأسها الرئيس الأول للمحكمة العليا ولكن بمساعدة رؤساء غرف المحكمة العليا.

واهم أثار ينتجه طلب الردهو انه يعتبن على القاضي محل طلب الرد الامتناع عن النظر في القضية إلى غاية الفصل في ذلك الطلب، كما انه أيضا يمكن للقاضي الذي يعلم بقيام إحدى حالات الردالمقررة بالمادة 241 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أن يطلب تلقائيا استبداله من رئيس الجهة القضائية، وفقا للإجراءات المقررة في المواد 242 و 243 و 244 ، من نفس القانون.

وقد أثقر قانون الاجراءات المدنية والادارية، بموجب المادة 247 منه، على عقوبة في حالة رفض الرد، ويحكم على مقدم الطلب غرامة مدنية لاتقل عن شعرة الاف دج (10.000 دج)، ودون المساس بالمطالبة بالتعويض.

02-الاحالة بسبب الشبهة المشروعة.

تعتبر الشبهة المشروعة احد الضمانات المقررة لضمان حياد القاضي، وفي الوقت ذاته حق لمتقاضين لضمان محاكمة عادلة ، وهي حالات يثار فيهالشك مبرر وموضوعي حول نزاههئية القضاء المنشورة أمامها القضية، ويكفي فقط توفر ظروف من شأنها ان تعزز اثارة الشك في حياد الجهة القضائية، او حتى عضوا فهيا.

ولم يتخلف قانون الاجراءات المدنية والادارية في تنظيم هذه الالية لضمان شفافية وحياد الهيئات القضائية في المواد من 249 الى 254 منه،مانحا الجهة الاقضائية الاعلى مكنة النظر والبث في هذه الحالات وتعيين جهة قضائية اخرى في نفس الدرجة للحفاظ على سير العدالة وحيادها.

ولعدم تعطيل الفصل في الدعاوي يشترط قيام شك ظاهر يخدش نزاهة وحياد الهيئة القضائية، يعتمد على الواقع لا مجرد المشاعر والهواجس الكامنة في نفس المتقاضي .

كما يتعين ان يتعلق لذلك الشك الموضوعي بالهيئة القضائية الفاصلة في القضية، او باحد اعضاء تلك الهيئة ، وأن تكون تلك الدواعي والاسباب جديرة بالالتفات اليها لتتمكن الجهة الناظرة في الطلب من تقديرها .

اما عن اجراءات تقديم الطلب، فبحسب المادة 250 من قانون الاجراءات المجدنية والادارية، فانه يتعين ان يفرغ بنفس الطريقة لعريضة أفتتاحالدعوى، ويفصل فيه رئيس الهيئة القضائية في مدة لاتتعدى ثمانية (08) ايام ، فاذا قدر رئيس تلك الهئية بان الطلب مؤسس وجدي فيمكنه أما تشكيل هيئة جديدة، او احالة الطلب للهيئة القضائية الاعلى لتعيين تلك الهيئة.

وفي جميع حالات الاعتراض او الرفض يحال الامر لرئيس الهيئة الاعلى للنظر فيه خلال شهر دون حضور الاطراف، وفي النهاية بقبول الطلب يعفى القضاة من السابقون من نظر القضية.

وعملا باحكام المادتين : 247 و 254 من قانون الاجراءات المدنية والادارية على عقوبة في حالة رفض طلب الرد، ويحكم علي مقدم الطلب غرامة مدنية لا تقل عن عشرة آلاف دج (10.000 دج)، ودون المساس المطالبة بالتعويض .

03 – امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي .

أساس سلطة القاضيالمدني أنه يمتنع عليه تغيير وقائع النزاع، سواء بالزيادة أو بالنقصان ، لان الواقع من اختصاص الخصوم ، فهم المكلفين بإيراده وثابته امام القاضي وتعديله ايضا وما يعود للقاض يمنها هو القانون .

وقاعدة منع القاضي من القضاء بعلمه الشخصي، تعني ان القاضي لايجوز له تأسيس حكمه الا على وقائع مقدمة ومثبتة بواسطة الخصوم، وهذه القاعدة هي :

« Secundumallegata et probatajudexjudicarebebet ».

التي تتحلل الى ادعاء واثبات كلاهما من عمل الخصوم.1

واعمالا بهذه الفكرة، نصت المادة 26 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على أنه " لا يجوز للقاضي أن يؤسس حكمه على وقائع لم تكن محل المناقشات والمرافعات".

ذلك بان الحق المتنازع عليه هو حق خاصفأن الخصوم تبعا لذلك يملكون دعواهم، وهم أسياد في وقائعها لهذا يقال بان الوقائع ملك للخصوم، والقانون ملك للقاضي وهذا المنع مؤسس على مبدأ حياد القاضي بخصوص التقيد بالوقائع التي تمسك بها الخصوم.

وتنساب فكرة امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي، الى عدم جواز تأسيس الحكم على عناصر واقعية غير ثابتة بملف القضية، بل بناءا على معلومات شخصية للقاضي لم يتضمنها ملف النزاع ، كما انه لا يعتبر أيضا القضاء بعلم القاضي الشخصي المعلومات العامة، كطلوع الشمس

1 نبيل إسماعيل عمر ، أمتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، 2004 ، الإسكندرية، ص11 .

والغروب وتباينها في الصيف والشتاء مثلا، لأنها معلومات عامة ومجردة عن النزاع المنشور امام القاضي .

وينساب من فكرة حياد القاضي أيضا أن الخصوم هم من يحدد وقائع الخصومة المدنية ويعرضونها على القاضي، واضعين حدودها الواقعية، ولأنهم مالكين لخصومتهم فلهم التصالح بشأنها أو تركها وهو ما يعبر عنه الفقه بمبدأ سيادة الخصوم لدعواهم.

أي انه بم أن الحق الخاص المتنازع عليه مملوك للخصوم، وبما أنهم أحرار في استعمال وطلب حمايته قضائيا وأحرار في نشأة الخصومة واستمراراها أو أنهائها ، فهم يملكون السيادة عليهاولا يستطيع القاضي ازائها الا الحكم في حدود ما طلبه الخصوم1.

وبالنتيجة فأن مبدأ حياد القاضي ، يعتبر أساسا أيضا لمبدأ منع القاضي من الحكم بعلمه الشخصي ، فيمنع على القاضي نتيجة لذلك ادخال عناصر واقعية على النزاع المدني وعليه ان يتقيد بما يطرحه عليه الخصوم ، دون ان يؤسس حكمه على ما لم يطرح من قبل الأطراف،وبنجرعليه أيضا تأسيس قضائه على علم ذو صلة بالوقائع غير مستمد من العناصر المعروضة عليه وثابت في أوراق ومستندات القضية ، والا كان قد تجاوز حدود الوقائع التي حددها الأطراف ويكون بذلك قد أنتهك مبدأ اجرائيا محاط بقدسية يتعلق بالحياد.

1 د نبيل إسماعيل عمر ،أمتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي ، مرجع سابق ص 125 .

المبحث الثاني: كفالة حق التقاضي أثناء سير الخصومة والحكم فيها.

تُعد كفالة حق التقاضي أثناء سير الخصومة من أبرز ضمانات المحاكمة العادلة، حيث تقتضي تمكين الأطراف من ممارسة حقوقهم القانونية كاملة دون عوائق. ويُعتبر الحق في الدفاع أحد أهم أوجه هذا الضمان، لاسيما في القضايا المدنية التي تستلزم تمكين الخصوم من تقديم دفوعهم ومستنداتهم بكل حرية، كما يتعين على القضاء احترام مبدأ المواجهة بين الخصوم، بما يتيح لكل طرف الاطلاع والرد على أقوال خصمه، ومن جهة أخرى، يشكل الحق في الطعن في الأحكام القضائية امتدادًا طبيعيًا لحق الدفاع، إذ يُمكِّن المتقاضي من تصحيح الأخطاء القضائية المحتملة، لضمان تحقيق العدالة وإنصاف المتضرر من الحكم.

المطلب الأول: الحق في الدفاع.

حق الدفاع أصل من أصول التقاضي مقرر لصالح كل من المدعي والمدعى عليه سواء بسواء ، لأنه يتيح لكل منهما تقديم الأسانيد المثبتة لدعواه أو دفوعه، او التي تدحض أدلة خصمه الموجهة ضده ، ومن خلال استعمال حق كل منهما في الدفاع والاثبات والمرافعة الشفوية والكتابية .1

يعتبر الحق في الدفاع امتدادا للحق في التقاضي، أي الحق في اللجوء الى المحاكم القائمة بالدولة للفصل في النزاعات لقائمة بين الافراد ، ويكون الحق في الدفاع بدون موضوع مالم يتمكن كل طرف في خصومة قائمة من الدفاع عن ما هو مستقر في عقيدته بانه حقا له ، وبان يقدم ادلته للمحكمة لإقناع القاضي والحصول على حكم لصالحه ، كما أن الحق في الدفاع يشمل كل المتقاضين بصرف النظر عن مواقعهم مدعيا كان او مدعى عليه ، او متدخل وتمكينهم من الدفاع عن مصالحهم عبر كامل درجات التقاضي .

فالحق في الدفاع يشمل مجموع الضمانات الأساسية التي قررها القانون للمتقاضين دفاعا عن حقوقهم، وتعتبر من المبادئ الأساسية للإجراءات ، ويريى الفقيه « ERIC LOQUIN »،" ان حقوق الدفاع هي نقيض التعسف أو على الأقل الحصن ضد التعسف ، وهي حقوق يلتجئ اليها كمبدأ عام لزجر كل سلوك تحكمي ويشمل الضامات الأساسية للأطراف "2كما تم تعريف حقوق الدفاع على أساس نزاع تسوده المواجهة، ويكون فيه لكل طرف من المتنازعين الفرص المتكافئة والفعلية لسماعه شخصيا أو بواسطة محاميه3، بينما يرى اخرون بان حقوق الدفاع درجة من درجات حقوق الانسان

1 آمال الفزايري ، ضمانات التقاضي ، مرجع سابق ، ص 69 .

2Ericloquin « l'amiable composition en droit comparé et international » , université de dijon, volume 7 publie par libraire technique paris 1980, p 194 .

3Mauro cappelleti « le pouvoir des juges » ; Economica presse universitaire d'Aix Marseille 1990 , p 75 .

وهو مصطلح مجرد وقع تنظيمه في القانون الوضعي في شكل مجموعة من الواجبات الخاصة يتحلمها اطراف النزاع.1

كما يرى العديد من الفقهاء بأن الحق في الدفاع يستمد جزوره من القانون الطبيعي والأخير سابق للقانون الوضعي، فالحقوق الطبيعية لا تحتاج الى قانون ليوجدها بل أنها موجودة وأن لم يعترف بها ، كما أن المشرع كرس هذه الحقوق الطبيعية بتكريسه للمبادئ العامة للقانون2 .

ويمكن تقسيم حقوق الدفاع الى صنفين الأول يشمل مجموعة المبادئ الرامية الى تحقيق العدالة في النزاع ،مبينة في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي (الفرع الأول)،والثانية على مجموعة من المبادئ والإجراءات تلعب دورا أساسيا في تحضير ومراقبة حسن سير الدعوى(الفرع الثاني) .

الفرع الأول: حقوق الدفاع في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي.

الحق في الدفاع من العناصر ذات الاهمبة البالغة لاقامة العدالة في الشرعة الاسلامية والقانون الدولي ، لارتباطه بالكرامة الانسانية ومنع التحكم والتعسف والقهر على الافراد، وتجسيد توازن مقبول بين مقتضيات العدالة والاعتراف للفرد بحقه في الجماية من الادعاءات والمطالبات غير المؤسسة .

أولا : في الشريعة الإسلامية .

يحق لكل طرف في الخصومة أن يطالب بحقه ، وأن يدافع عن حقوقه ، ان يجيب على كلام الخصم ، اون يطعن في حججه امام القضاء ، بشرط التزام الآداب الشرعية والأخلاق الإسلامية، والمحافظة على نظام القضاء واحترام هيبة القضاء ومجلس الحكم ودون أساءة للخصم او القاضي3.

لقد جاءت الشريعة الإسلامية بمجموعة من القواعد الأساسية الهادفة الى ضمان حقوق الدفاع في النزاعات، ومن مظاهره التأكيد على أهمية المواجهة في النزاع، اذا جاء في قول الرسول ﷺ ، " اذا تقاضى اليك رجلان فلا تقضي للأول حتى تسمع كلام الآخر فسوف تدري كيف تقضي " ،. وقد دعت أيضا الشريعة الإسلامية كل من يتولى القضاء أن يتصف بالنزاهة والابتعاد عن كل الشبهات المؤدية الى التحيز ، وهو ما يمكننا ان نستشفه من الآية الكريمة ، " وأنزلنا اليك الكتاب بالحق مصدقا لما بين يديه ومهيمنا عليه فاحكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهوائهم عما جاءك من الحق 4".

1Sicoyerdiseze , « les droits de la défense au cours de l'information » , université de Bourdeux, 1992 , p 3 .

2Motulsky ; le droit naturel dans la pratique jurisprudentiel, Etude et note de procédure civile,Dalloz , 1973 , P60 .

3 محمد الزحيلي، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق ، ص 315 .

4 سورة المائدة الآية ، 48 .

كما يحق لكل الخصمين ان يعطى مهله كافية لإحضار بينته حتى لا يبقى لاحدهما عذر بعد ذلك، كما جاء في رسالة عمر رضي الله الى أبي موسى الاشعري: " ومن ادعى حقا فاضرب له أمدا ينتهي اليه ، فان بينه اعطيته حقه ، وان اعجزه ذلك استحللت عليه القضية، فان ذلك أبلغ في العذر وأجلى للعمى".1

لذلك قررت أحكام الشريعة الاسلامية تكريس مبدأ جوهري يرتكز على سماع الطرفين وتمكينهما من عرض براهينهم وادلتهم قبل اصدار الحكم ، دون النظر الى الوضع الاجتماعي او العرقي أو اللون أو الجنس ، فالجميع سواسيد في عرض براهينهم والدفاع عن أنفسهم ، باعمال القاعدة الشهيرة " البينة على من ادعى واليمين على من أنكر ".

ثانيا : في القانون الدولي

لجأت الدول لإقامة تعاون بينها في مجالات متعددة وقامت الى جانبها هيئات دولية اهتمت بمشكلات لم تهتم بها الدول او لم تتفق بشأنها ، وذلك بالرغم من التفاوت الفعلي الذي انعكس أيضا على فعالية القانون الدولي، ورغم ذلك تم إقرار مبادئ قانونية عامة تسري على الجميع في مختلف الميادين ومن أهما مجال حقوق الانسان باعتباره اهم عنصر تحتفي به الحضارة الإنسانية في حالتي السلم والنزاع .

وقد ارتبطت حماية حقوق الانسان بحماية حقوق الدفاع باحترام الانسان واعلاء شأنه وجعل دفاع المرء عن نفسه مسألة جوهرية في أي نزاع قائم، فالاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان المادة السادسة بان لكل شخص ان يمنح الوقت الكافي والتسهيلات المناسبة لإعداد دفاعه، وقد أكدت المبدأ المادة الرابعة عشرة من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، بأن يحاكم كل متبع من قبل القضاء حضوريا وان يدافع عن نفسه باسمه او بواسطة محامي من اختياره، وان يخطر بحقه في وجود من يدافع عنه اذا لم يكن له من يدافع عنه، وان تزوده المحكمة كلما كانت مصلحة العدالة تقتضي ذلك بمحام يدافع عنه دون تحميله اجر على ذلك اذا كان لا يملك الوسائل الكافية لدفه هذا الاجر ، وأضافت هذه الاتفاقية في المادة السادسة ضمانة أساسية للحق في الدفاع بانه ،" لكل أنسان الحق في سماعه بصورة عادلة .

كما أقرت المادة السابعة الفقرة ج ، من الميثاق الافريقي لحقوق الانسان والشعوب، بأن " حق الدفاع بما في ذلك الحق في اختيار مدافع عنه، كما ان الاتفاقية الامريكية لحقوق الانسان، نصت بالمادة الثامنة على ضمانة الحق في الدفاع عن الدفاع اتاحة الفرصة للأفراد للدفاع عن أنفسهم ، او بواسطة محامي مختار من طرفهم ، والاتصال به بحرية ودون شاهد أو يتم تعيين محامي تلقائي من قبل الدولة.

1 محمد الزحيلي ، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق ، ص 315 .

كما ان مظاهر حقوق الدفاع بادية في تنظيم إجراءات محكمة العدل الدولية بلاهاي، فقد ورد بالمادة الثامنة والثلاثين الفقرة الرابعة ، من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية 1، بأن " وظيفة المحكمة ان تفصل في المنازعات التي ترفع اليها وفقا لأحكام القانون الدولي، وهي تطبق في هذا الشأن.... مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتمدنة.

وقد وقع فعلا تكريس المواجهة في النزاعات الدولية من خلال إقرار واجب تبادل المستندات، قد نصت المادة الثالثة والاربعون، الفقرة الرابعة ، " كل مستند يقدمه احد اطراف الدعوى ترسل منه الى الطرف الآخر صورة مصادق على مطابقتها للأصل ، وبان الإجراءات الشفوية تشمل استماع المحكمة لشهادة الشهود ، ولأقوال الخبراء والوكلاء والمستشارين والمحامين .

وفضلا عن ذلك تم تكريس مبدأ العلانية في الجلسات، وإجراءات محكمة العدل طبقا للمادة السادسة والاربعون " تكون جلسات المحكمة علنية ما لم تقرر المحكمة خلاف ذلك ، أو يطلب المتقاضون عدم قبول الجمهور فيها "، ذلك بان العلنية تعمل على مراقبة احترام حقوق الدفاع .

الا انه جرى تجسيد حقوق الدفاع في القوانين الداخلية للدول ، وأخذ مساحة أكبر منها في القانون الدولي، وتكفل بذلك التشريع الداخلي الذي عمل على سن العديد من الضمانات الأساسية لحقوق الدفاع ، عر مراحل الدعوى القضائية .

الفرع الثاني : حق الدفاع خلال مراحل الخصومة .

يحتل حق الدفاع في القوانين والتشريعات مكانا هاما بالرغم من التفاوت في طريقة تنظيمه، الا ان الثابت بينها انها نصت على نصوص قانونية تعزز ذلك الحق ، ابتداء من مرحلة تحضير الدعوى (أولا)، وأيضا خلال سيرها (ثانيا).

أولا : حق الدفاع في مرحلة تحضير الدعوى.

لم يتعرض المشرع الجزائري صراحة الى مبدأ حقوق الدفاع الا انه عمل من خلال تنظيم تطبيقات المبدأ الى حماية حقوق الدفاع عبر جميع مراحل النزاع سواء اثناء رفع الدعوى وأيضا اثناء كامل مراحل النزاع.

وباعتبار مبدأ المواجهة جوهريا فقد أوجبت المادة الخامسة عشر من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، وهي قاعدة آمرة ، بأنه يجب أن تتضمن بان عريضة افتتاح الدعوى تحت طائلة عدم قبولها، بيانات تجعل من المدعي وما يطلبه معلوم عند المدعي عليه عند جره الى المحكمة من قبله

1النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية ، جامعة مينسوتا ، مكتبة حقوق الانسان ، الموقع الالكتروني ، http://hrlibrary.umn.edu/arab/a002.html ، بتاريخ : 2019/09/14، الساعة 01:41 دقيقة .

فيجب التعريف بالمدعي، وما يطلبه من خصمه ،ويجب زيادة على ذلك تحديد الجهة المرفوعة امامها الدعو، واسم ولقب المدعى عليه وموطنه ، أما الفقرة الخامسة من نفس المادة فأكدت على تقديم عرض موجز للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى ، أما الفقرة السادسة فأضافت الى ذلك الإشارة عند الاقتضا، الى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى .

فهذه الشكلية والبيانات المفروضة تعتبر شرطا أولي لكل نزاع قضائي يعرض على القضاء مهما كانت طبيعته ونوعه بل ودرجته أيضا، ولذلك أكد الفقيه روجي بيرو بأن هذه الوثيقة القانونية – عريضة افتتاح الدعوى – قد تؤدي في الواقع الى منح النزاع الصفة الرسمية والشكلية.1

كما أوجبت المادة الثامنة عشر من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على واجب اعلان الخصم بالدعوى، ولم يكتفي القانون بهذا الموجب بل عدد البيانات الواجب تبيانها في التكليف بالحضور ، وفوق ذلك نصت أيضا المادة التاسعة عشر، من ذات القانون على كيفيات تسليم التكليف بالحضور الواقع بواسطة محضر قضائي وما يجب ان يتضمنه محضر المحرر من قبله.

والتبليغ كعمل اجرائي غايته احاطة علم الخصم بالدعوى المقامة ضده امام القضاء ، وجره الى العدالة لأجل نشر النزاع القائم مع المدعي ، كما قد يكون هذا التبليغ أيضا أثناء سير الخصومة لإدخال طرف غير الطرفين الأصليين ، وهو في جميع الحالات يتم بواسطة المحضر القضائي وفقا للإجراءات الشكلية والأوضاع المقررة قانونا.

وبالرغم من أنه ليس من وظيفة التشريع وضع التعريفات ، لكن قانون الاجراءات المدنية والإدارية ، عرف التبليغ الرسمي بالمادة 406 كما يلي : "يقصد بالتبليغ الرسمي، التبليغ الذي يتم بموجب محضر يعده المحضر القضائي" ، والتبليغ بهذا المفهوم اجراء ضروري لممارسة حق الدفاع ، اذ بواسطته يتحقق العلم بطلبات الخصم وحججه ، ويتجسد من خلاله مبدأ المواجهة بين الخصوم ، في وقت معقول وبأمانة إجرائية بهدف المساواة بين مراكز الأطراف الإجرائية 2 .

ولإضفاء أداء أحسن في ممارسة حق الدفاع ، فقد أقر قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، وجوبا الاستعانة بمحام امام جهات الاستئناف والنقض ، مالم ينص القانون على خلاف ذلك ، ويكون تمثيل الأطراف بمحام امام المجلس والمحكمة العليا شرطا شكليا لقبول الطعن ، وهو ما نصت عليه المادة العاشرة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، بان " تمثيل الخصوم بمحام وجوبي أمام جهات الاستئناف والنقض ، مالم لم ينص القانون على خلاف ذلك " .

---

1 إبراهيم نجيب سعد ، " القانون القضائي الخاص " منشاة المعارف ، الإسكندرية 1980 ، ص 13 .

2 محي الدين بن عبد العزيز، التبليغ الرسمي في التشريع الجزائري، دراسة تحليلية وتطبيقية مقارنة ، دار هومة 2015، الجزائر ص 15 .

ونفس الالزام أوجبه القانون بموجب المادة 826 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، أمام المحاكم الإدارية ، بان" تمثيل الخصوم بمحامي وجوبي امام المحكمة الإدارية ، تحت طائلة عدم قبول العريضة " ،ونفس الحكم مقرر بالمادة 905 من نفس القانون امام مجلس الدولة ، " يجب أن تقدم العرائض والطعون ومذكرات الخصوم تحت طائلة عدم القبول ، من طرف محام معتمد لدى مجلس الدولة، باستثناء الأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه " ، وهم الأشخاص المعفون من وجوب التمثيل بمحام وهم : الدولة ، والولاية ، البلدية ، المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية .

ونفس الامر سار عليه المشرع الفرنسي في اعماله حق الدفاع أثناء بداية النزاع ، بان الزام المدعي بتحديد طلباته وادعاءاته في عريضة الدعوى حتى يتسنى للمدعى عليه الرد عليها 1، كما أوجبت المادة 56 من نفس القانون ذكر البيانات الواجب توفرها حال تكليف الخصم للجلسة عن طريق محضر قضائي، بل رتب على اهمالها بطلان العريضة، لارتباط البيانات بحق الخصم في أعداد دفاعه .

ثانيا : في مرحلة السير في الدعوى والحكم فيها.

ويقصد بمبدأ احترام حقوق الدفاع، le respect des droits de la défense، أو مبدأ المواجهة le principe contradictoire، أنه لا يجوز للقاضي حسم النزاع الا بعد سماع أقوال الخصوم ، ومنحهم كل المهل والآجال اللازمة لهذا الاستماع ، ولد نص قانون المرافعات الفرنسي الجديد صراحة على هذا المبدأ في باب الاحكام العامة ، ولا يوجد نص مماثل لذلك في قانون المرافعات المصري ، فالمادة 15 منه تنص على أن :

« Les parties doivent se faire connaitre …. En temps utile les moyens de faits ….. les éléments de prouve … et les moyens de droit» .

وتنص المادة 16 من هذا القانون على أن :

« le juge doit, en toutes circonstances, faire observer lui-même le principe de la contradiction » 2

وقد جسد التشريع الاجرائي الجزائري حقوق الدفاع ، وقد عرفت دفعا جديدا خلال التشريع الحالي المكرس في قانون الإجراءات المدنية والإدارية من خلال ابراز هذا الحق في الخصومة القضائية ، باعتبار النزاع القضائي عبارة عن مبارزة بين متقاضين يبادر أحدهما وهو المدعي و يواجهه المدعى عليه ، وذلك هو المقصود بمبدأ المواجهة بين الخصوم.

1 أنظر المادة الرابعة من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

2 نبيل إسماعيل عمر، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي، مرجع سابق ص 143 و144.

وعلى ذلك حدد المشرع إجراءات التقاضي ورسم المسار الواجب اتباعه من قبل المتقاضين لرفع دعواهم للحصول على حماية حقوقهم التي تكرسها النصوص الموضوعية.

وقد نصت المادة الثالثة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، القفرة الثانية ، ما يلي : " يستفيد الخصوم أثناء سير الخصومة من فرص متكافئة لعرض طلباتهم ووسائل دفاعهم " اما الفقرة الثالثة من نفس المادة فنصت صراحة على مبدأ المواجهة بما يلي: " يلتزم الخصوم والقاضي بمبدأ المواجهة " .

وبناء على هذه النصوص يلتزم القاضي والخصوم باحترام مبدأ حقوق الدفاع، فعلى الخصوم يقع التزام متبادل بإخطار بعضهم البعض ، برفع الدوى وتقديم الطلبات والمستندات ، والالتزام بمراعاة مواعيد الحضور ، والالتزام بحسن النية في ممارسة الإجراءات، والتزام بالتمكين المتبادل من الاطلاع على الأوراق .[1]

وقد اعتبر بعض الفقهاء[2] ،بأن مبدا المواجهة ليس الا تطبيقا وتجسيدا لحق أشمل وأعمق هو حق الدفاع، باعتبار أن هذا المبدأ يحتل مكانة حيوية بين الخصوم في المنظومة الإجرائية المدنية عموماً، وقد خصص له قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصا بالمادة الثالثة، بان : " يلتزم الخصوم والقاضي بمبدأ المواجهة ".

وأثناء النزاع الزام أيضا المشرع الفرنسي القاضي ان يعمل على أحتراماالأطراف مبدا المواجهة بين الخصوم، والزمه بان يحترم هو نفسه هذا المبدأ [3]، وللإشارة فقد أصدر مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ : 12أكتوبر 1979 ، قرار تم بموجبه الغاء الفقرة الثالثة من المادة 12 والفقرة الأولى من المادة 16 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على أثر طعون تقدمت بها بعض نقابات المحامين بفرنسا ، على أساس تعارض هذه المواد مع مبدل المواجهة وحقوق الدفاع[4] ، كما مكن الأطراف المحكوم عليهم من الحق في الطعن في الاحكام سواء عن طريق الطعن العادي او غير العادي [5] .

وبقيت هذه المبادئ المتعلقة بحق الدفاع ثابتة في مختلف التشريعات على مختلف الأزمنة والامكنة على اختلافها تلك النظم الإجرائية الا ان ذلك لم يؤثر على تكريسها وتوفير ضمانات لممارسة حق الدفاع في المادة الاجرائية.

---

1 نبيل إسماعيل عمر، مرجع نفسه، ص 145 .

2H ,Motusky ; le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle ; le respect des droits de la défense en procédure civile , mélange roubier , 1961 Tome 2 p 578 .

3 أنظر المواد 14 و 15 ولاسيما 16 و 17 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي .

4Voir note sous C E du 12 -10-1979 , Gazette du paris 1er septembre 1980 p 8 .

5 أنظر المادة 527 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي .

وحرية الدفاع 1 ،كضمانة أساسية للعدالة في أداء العمل القضائي تعد من مفترضات كل من مبدأ المساواة بين الخصوم ومبدأ حياد القاضي، وهذا ما يبرر كون حرية الدفاع حقا مكفولا لكل خصم في مواجهة خصمه من ناحية، وفي مواجهة المحكمة من ناحية أخرى، فعلى المحكمة ان تمنح كل خصم من الخصوم الفرص والمهل اللازمة او المناسبة لغرض ادعاءاته او دفاعه وما لديه من أدلة 2 ، وقد قيل بحق أن على القاضي في هذا الصدد التزاما مزدوجا يتمثل في :

- مراقبة أعمال الخصوم واحترامهم لهذا المبدأ.
- عدم اخلاله – القاضي – باحترام حقوق الدفاع في جميع الاعمال التي يقوم بها ، بما في ذلك عمليه تكوين رأيه واستعداده للحكم3.

ولم يتخلف قانون الإجراءات المدنية والإدارية عن ذلك فبموجب المادة 21 ،نص على أنه " يجب إيداع الأوراق والسندات والوثائق التي يستند اليها الخصوم دعما لادعاءاتهم بأمانة ضبط الجهة القضائية ، بأصولها أو نسخ منها أو نسخ مطابقة للأصل ، وتبلغ للخصم " ، ويقدم الخصوم تلك المستندات المنوه عنها بالمادة 21 أعلاه ، الى أمين الضبط ويقوم الأخير بجردها والتأشير عليها قبل أيداعها بملف القضية ، تحت طائلة الرفض ، ويتم ايداعها بأمانة الضبط مقابل وصل استلام 4 ، والغرض من ذلك تبسيط الإجراءات وربح الوقت بين الجلسات واطلاع الخصم قبل ميعاد الجلسة على الوثائق التي دفع بها خصمه في النزاع ومنحه مكنة الاطلاع والرد عليها ربحا للوقت والفصل في الآجال المعقولة ، لان القانون أجاز للخصوم أن يتبادلوا المستندات المودعة طبقا للمادة 22 المنوه عنها أعلاه ، أما اثناء الحلسة او خارجها بواسطة أمين الضبط 5.

---

1 بلغ من تأكيد هذا الحق ، – حق الدفاع – ان صار يعبر عنه " بحرية الدفاع " لا مجرد " حق الدفاع "، أنظر د احمد مسلم، أصول المرافعات ، القاهرة 1969 ص 376، د امال الفزايري ، ضمانات التقاضي ، مرجع سابق ص 69 .

2 فتحي والي ، قانون القضاء المدني ، الوسيط في اقنون القضاء المدني ، القاهرة 1987 ، ص 260، ود وجدي راغب ، مبادئ الخصومة المدنية ، مرجع سابق ص 241 ، د امال الفزايري ، ضمانات التقاضي ، مرجع سابق ص 69 .

3 أبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص ، مرجع سابق ، ص 219، د أمال الفزايري ، ضمانات التقاضي ، مرجع سابق ص 70 .

4 المادة 22 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

5 المادة 23 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

ويستلزم ذلك أيضا ضمان التساوي في الأسلحة، وحين ذلك اتاحة الفرصة للخصم في النزاع وتمكينه من تقيم مزاعمه ووسائله القانونية ووسائل أثباته لخصمه حتى لا يكون في مركز ضعف في مواجهته، أي انه يجب أن يلتزم الخصوم بالصدق في معاملتهم لبعضهم البعض [1] .

وقد قضت المحكمة العليا في الشأن، ما يلي : " من المبادئ الأساسية في القانون أن تجري الإجراءات في مواجهة الخصم على قدم المساواة ، من حيث توصل الخصم واطلاعه أو معرفته لكل ما يجري بينه وبين خصمه ، لأن قصد المشرع هو اتاحة الفرصة لكل متقاض في أن يتمكن من الدفاع على قدم المساواة مع خصمه حتى لا يتسبب تخلف هذا الاجراء في الحاق ضرر بالخصم الأخر 2.

ولأهمية أعمال مبدأ المواجهة كضمانة اجرائية تجسد حق الدفاع، فانه يمكن للقاضي استبعاد من المناقشة كل وثيقة لم يتم ابلاغها خلال الآجال، وبالكيفية التي حددها واستبعاد الوثيقة هو امر جوازي للقاضي ، بحسب نص المادة 23 الفقرة الأخيرة 3 .

وفي الاخير يظهر بوضوح ان حق الدفاع يعتبر الأساس الذي تبني عليه الخصومة في مراحلها الاولية حتى الحكم فيها، وتأتي الخظوة التالية الحق في الطعن لأجل مراجعة واعادة النظر في تلك الاحكام والقررات لضمان تحقيق العدالة بين المتقاضين.

المطلب الثاني: الحق في الطعن.

اقرت جل التشريعات والمبادئ على إعادة النظر في الاحكام الصادرة ومراجعتها لدى جهات اعلي درجة ، ذلك بانه اذا كان الحق في التقاضي يعني الحق في اللجوء الى المحكمة ، فان المحكمة ليست بالضرورة محكمة الدرجة الأولى فقط ، ذلك بان حق التقاضي يقصد به أيضا الحق في اللجوء الى محاكم الدرجة الثانية والى المحكة العليا وهو ما بات يعرف بحق الطعن ، أذ يحق لكل طرف في الحكم الصادر ان يطعن فيه .

ويقصد بالطعن القضائي : تلك الطرق التي حددها القانون على سبيل الحصر والتي بمقتضاها يتمكن الخصوم من التظلم من الاحكام الصادرة عليهم بقصد إعادة النظر فيما قضت به أو بقصد

1عبد السلام ذيب قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، مرجع سابق ص 22 .

2 قرار مؤرخ في : 1989/03/15 ، رقم 66.640 ، مبادئ الاجتهاد القضائي في مادة الإجراءات المدنية ، حمدي باشا عمر ، دار هومة الجزائر 2015، ص 51 .

3 تنص الفقرة الأخيرة من المادة 23 ،من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ما يلي : يمكن للقاضي أن يستبعد من المناقشة كل وثيقة لم يتم ابلاغها خلال الآجال ، وبالكيفية التي حددها .

الغاؤها بسبب بطلانها أو بطلان الإجراءات التي بنيت عليها مع الغائها 1 ، كما عرف بأنه : اجراء محدد قانونا ، يقوم به اطراف الدعوى يكشفون به عيوب يرونها في الحكم القضائي الصادر بشأنها ، ويستهدفون بها الغاء ذلك الحكم او تعديله 2 ، وطرق الطعن في الاحكام هي وسائل التظلم التي رسمها القانون ليتمكن المحكوم عليه من الاعتراض على الحكم الصادر ضده بقصد الوصل الى ابطاله او الغائه او تعديله لمصلحته 3 .

وقد تبني المشرع الجزائر هذا المسعى الشامل للحق في التقاضي بان فتح الباب على مصراعيه امام المتقاضين فأقر مبدأ التقاضي على درجتين كطريق عادي (الفرع الاول) ، الى جانب طرق غير عادية أخرى (الفرع الثاني).

الفرع الاول: حق التقاضي على درجتين .

مبدأ التقاضي على درجتين معناه البسيط هو كفالة نظر النزاع الواحد بكافة عناصره أمام محكمتين على التوالي ، بمعنى أن الشخص الذي يتضرر من حكم قضائي صادر في نزاع متعلق به يستطيع أن يعيد طرح ذات النزاع مرة ثانية أمام محكمة أخرى اعلى درجة من المحكمة الأولى لكي تعيد النظر فيما حكم فيه لتحقيق العدالة النسبية.4

فاذا تعرضت المحكمة لموضوع الدعوى وأصدرت فيه حكما حاسما للنزاع حول هذا الموضوع، فان سلطتها تنقضي بشان النزاع، ولم تعد لها اية ولاية في إعادة بحثه او تعديل قضائها ولو باتفاق الخصوم، فبمجرد النطق بالحكم تخرج الدعوى من حيازة المحكمة ويصبح الحكم الصادر منها حقا للخصوم، فلا يجوز للمحكمة العدول عنه او تعديله ، وهذا ما تبعر عنه قاعدة أنه " متى أصدر القاضي حكمه استنفد قضائه .5

1احمد أبو الوفاء ، المرافعات المدنية والتجارية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، بدون تاريخ نشر ، ص 797 .

2 علي حسن الشرفي ، حق الطعن بالاستئناف في الاحكام القضائية، القضاء والعدالة ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى 2014، جامعة نايف للعلوم الأمنية ، الاكاديميون للنشر والتوزيع ، عمان الاردن ، دار الحامد للشر والتوزيع عمان الأردن ، ص279 .

3 مصطفى مجدي هرجة، طرق الطعن العادية، في الاحاكم الجنائية والمدنية، دار محمود للنشر والتوزيع ،القاهرة،د س ن ، ص 259 .

4نبيل إسماعيل عمر ، الوسيط في الطعن بالاستئناف ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية 2003، ص690

5 احمد هندي ، مبدا التقاضي على درجتين ، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية ، 2009، ص 43 ، نقلا عن جارسونيةوسيزاربري ، شرح المرافعات 1915 ، ص 184 رقم 102 .

وبذلك فان قاضي اول درجة استنفذ ولايته في نظر النزاع ويرجع الامر في نظر الحكم ثانية هي محكمة الدرجة الثانية ، التي لها الغاء الحكم والفصل في النزاع من جديد ، أو الإبقاء عليه مع تعديله ، وذلك تطبيقا لمبدا التقاضي على درجتين .

كما يمكننا التفرقة بين الحق في الوصول الى القضاء وبين الحق في الطعن ، فالحق في الطعن هو أن لكل شخص إمكانية الاحتجاج على أي تدبير يتخذ في مواجهته ، امام هيئة لها القدرة على تعديل هذه التدابير ، و / أو اصلاح النتائج والاضرار المترتبة عنها 1بينما الحق في التقاضي أكثر عمق ويشمل في القانون الفرنسي الحق في الطعن سواء كان الاجراء ولائي –امام نفس الجهة المصدرة للأجراء المنتقد – ، او امام جهة عليا لتلك التي أصدرت الاجراء المطعون فيه 2.

ولا سبيل الى الغاء احكام القضاء او تعديلها مهما يكن عيبها كبيرا او خطؤها ظاهرا الا بالتظلم منها بطريق الطعن المناسب لها ، فاذا كان الطعن في الحكم بإحدى هذه الطرق غير جائز او غير مجد فلا وسيلة عندئذ للتخلص منها ولو كان هو باطلا لعيب شكلي فيه متعلق بإصداره او تحريره او تشكيل المحكمة التي أصدرته او البيانات الواجب ذكرها فيه او كان مبنيا على اجراء باطل لم يسقط الحق في طلب ابطاله ، اذ لا يقبل الطعن في الاحكام بالبطلان بدعوى عادية مبتدأه أو بدفع 3 ، كما في العقود مثلا 4 .

وبذلك يهدف الطعن الى مراجعة الحكم المطعون فيه من حيث القانون أو من حيث الموضوع والقانون معا ، كما يعتبر الطعن وسيلة قانونية للتعبير عن عدم الرضا لدى الخصم الممارس لهذا الحق الذي يحميه التشريع ، بغية توفير ضمانات كافية للخصوم ، تحميهم من الأخطاء المحتملة5.

فالمقصود من حق التقاضي عل درجتين هو ان الطرف الذي يخسر دعواه أمام محاكم الدرجة الأولى أو لاتتفق عقيدته على ما انتهى اليه حكمها ، يمكنه ان يلتجئ الى محكمة اعلى درجة لعرض النزاع

1Serge guinchard et autre , droit processuel , droits fondamentaux du procès , Dalloz 7éme édition 2013, p539 .

2Serge guinchard et autre , droit processuel , droits fondamentaux du procès , op.cit p 539 .

3 وقد قيل مع ذلك ، أنه اذا لم يكن الحكم باطلا فحسب بل كان معدوم الوجود ، فلا يلزم الطعن فيه بل لا يلزم رفع دعوى بطلب ابطاله ، ، ويكفي الدفع بعدم وجوده في وجه كل من يريد الاحتجاج به ، او يسعى الى تنفيذه ، كالحكم الذي لم يكتب ، او لم يوقع عليه من القاضي الذي أصدره ، والحكم الصادر في مواجهة شخص لا وجود له قانونا كالمتوفي . انظر د محمد حامد فهمي ، المرافعات المدنية والتجارية ، طبعة 1937 ، ص 691 ، و مصطفى مجدي هرجة، طرق الطعن العادية ، في الاحاكم الجنائية والمدنية، مرجع سابق ص 260 .

4 مصطفى مجدي هرجة، طرق الطعن العادية ، في الاحاكم الجنائية والمدنية، مرجع سابق ص 259 .

5 بربارة عبد الرحمان ، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق ، ص 236 .

عليها من جديد واقعا وقانونا ، لأجل تصحيح الحكم الذي أصدرته محكمة الدرجة الأولى ، وقد يكون هذا التصحيح بأحدي الحالات التالية :

- الغاء الحكم الأول الغاء مطلق وشامل.
- تعديله او تغييره جزئيا على ضوء الدفوعات التي تقدم بها الطرف المستأنف.

وفي المجتمعات الحديثة تتعدد المحاكم و وتوزع ولاية القضاء بينها ، بل تتعدد أيضا الدوائر في المحكمة الواحدة، وذلك بغرض التيسير على المتقاضين ، وتحقيقا للسرعة في حسم المنازعات حتى تستقر الحقوق والمراكز القانونية لأصحابها، وتوخيا لحسن سير القضاء في ظل تعدد المحاكم تعتمد التنظيمات القضائية الحديثة تقسيم المحاكم الى درجات .[1]

ومبدأ التقاضي على درجتين يجسد جرائيا من خلال الطعن بالاستئناف (ثانيا) ويتعين أيضا قبل ذلك تحديد مرتكزات هذا المبدأ (أولا).

أولا : مرتكزات حق التقاضي على درجتين .

يعتبر مبدأ التقاضي على درجتين الذي يتجسد في إعادة النظر من جديد في القضية بفرعيها الواقعي والقانوني لدى هيئة أخرى اعلى من الهيئة الأولى ضمانة أساسية لعدالة ناجعة [2]، وهو يعتمد على عدة أسس تاريخية ومنطقية وقانونية.

فالتقاضي على درجتين هو ضمانة جوهرية تمكن المتقاضين من تصحيح وتصويب الاحكام التي تصدرها محاكم الدرجة الأولى وتخطئ فيها ، ومن عرضها على محاكم أعلي درجة وأكثر خبرة، و تظهر القيمة والفائدة في أن احكام الدرجة الثانية لا تتأتى فقط من اعتبارها صادرة من جهة اعلى درجة ، وانما فضلا عن ذلك اعتبارها أيضا تصدر في خصومة سبقت مناقشتها وفحصها أمام محاكم الدرجة الأولى مما يسهل مهمة الدرجة الثانية ويقلل من فرص الوقوع في الخطأ .

ويري الفقيه موتيلسكيMotulsky ، " أنه لايمكن السماح للأطراف بالاتفاق على التنازل على هذا الحق ، اذ أن ذلك يمثل مسا بالنظام العام وخرقا لحقوق الدفاع [3] وفي نفس الاتجاه أقر المشرع الفرنسي الحق في الاستئناف ودعمه المجلس الدستوري وأضفى عليه الطابع الدستوري في قراره الصادر بتاريخ : 19 جانفي 1981، معتبرا كل نص يمس من هذا الحق مخالفا للدستور .[4]

---

1 آمال الفزايري ضمانات التقاضي دراسة تحليلية مقارنة، مرجع سابق ص 87 .

2 Lemercier pierre « observation sur la mise en œuvre de deux instituions commune à la procédure civile et à la procédure pénale » , JCP , 1965 , 1 ; 1909 .

3Motulsky « le droit naturel dans la pratique jurisprudentiel » , Ecrit , Dalloz 1973 , p 83 .

4Conseil constitutionnel , arrêt 19 janvier 1981 , « non conforme à la constitution , contraire au principe d'égalité devant la justice des dispositions aboutissant à supprimer pour l'une des parties

1: المبررات التاريخية للتقاضي على درجتين.

في ظل القانون الفرنسي القديم السابق على قيام الثورة الفرنسية كان نظام الطعن بالاستئناف معتبرا كاداة سياسية مخصصة للملك ، لكي يؤكد بها سلطاته السيادية في مواجهة قضاة المقاطعات والقضاء الكنسي ، وكان يقال عن سلطات الملك في إعادة النظر في الأحكام الصادرة عن هذه الجهات : أن كل قضاء يصدر عن الملك 1 .

وفي الواقع أن سلطة الاقطاعيين في أصدار الاحكام كانت مطلقة بلا معقب عليها من أحد ، ولكن في مرحلة أخرى فقدت هذه السلطة هذا الاستقلال وذلك حين سمح بأستئناف احكامها أمام الملك ، والاستئناف كان من المتصور تكراره بمعنى أنه في نطاق المقاطعة ، وبما للإقطاعي من سلطة أصدرا الاحكام فانه يوجد نظام يسمح بالاستئناف داخل التدرج القضائي الذي كان يوجد في ذات المقاطعة ، وبعد ذلك كان من الممكن الطعن في الاحكام التي تصدر من آخر محاكم المقاطعة أمام محكمة الملك.2

و بعد الثورة الفرنسية فانه لم يصبح الاستئناف جائزا الا مرة واحدة ضد الحكم الصادر من محاكم أول درجة ، وأصبحت الفكرة التي يقوم عليها الاستئناف ضمان حسن سير العدالة ، Une garantiede bonne justice، ومن هنا ظهرت فكرة التقاضي على درجتين،Double degré de juridiction.

فقد كان التقاضي في فرنسا قبل ثورة 1789 يصل الى خمس درجات في بعض أنواع الدعوى، ولكن بصدور قانون 1 اوت 1790 ، وقع تبني مبدأ التقاضي على درجتين الذي كرسته الثورة الفرنسية كنتيجة للنقد الذي وجهه جانب من قادة الثورة الفرنسية الى نظام تعدد درجات التقاضي، ذلك بانهم اعتبروا ان نظام تعدد درجات التقضي وضع بهدف دعم مكانة الملك وتمكينه من وسيلة قانونية بمقتضاها يحكم قبضته على القضاء وعلى الحياة السياسية والاقتصادية آنذاك ، اذ بمقتضى نظام تعدد درجات التقاضي تملك محكمة الملك الغاء أي حكم تصدره محاكم المقاطعات تحقيقا لنفوذه ومحاباة لاتباعه .3

وقد احتد الجدل القانوني بين زعماء الثورة الفرنسية الى الحد الذي اعتبر فيه بعضهم أن التقاضي على درجتين يمس بهيبة الجمهورية، وبالمبادئ القانونية التي قامت من أجلها، اذا كانت الاحكام تصدر باسم الشعب، وبالتالي فلا يجوز ان يستأنف حكم يصدر باسمه .

---

au procès , l'existence d'une double degré de juridiction » , tiré de T renoux , droit en recours juridictionnel J C P 1993 .

1 نبيل عمر إسماعيل، الوسيط في الطعن بالاستئناف، مرجع سابق ص 290 .

2 نبيل عمر إسماعيل، مرجع نفسه، ص 291 .

3 SOLUS ET PERROT « Droit et jurisprudence de la procédure » , T1 P 120 , N 525 octobre et novembre 1974 .

كما ثار الجدل أيضا في عهد نابليون غير ان أصحاب الرأي الذي يعتبر التقاضي على درجتين مكسبا من المكاسب التي لا يجوز التخلي عنها تغلب في نهاية المطاف، ووقع تثبيت المبدأ واستقر العمل به منذ ذلك التاريخ ، وبذلك لم يعرف في فرنسا هذا المبدأ الا في بداية القرن التاسع عشر، وكان الهدف منه في بداية الامر تمكين النظام الملكي من ممارسة رقابة على الاحكام القضائية ، فبما ان العدالة تصدر عن الملك يمكن عرض تلك الاحكم القضائية على المحاكم الملكية [1].

وقد سعت بعد ذلك عدة أنظمة قضائية الى تبني المبادئ القانونية التي كرستها الثورة الفرنسية ، نظرا لما حازته هذه الثورة من المبادئ والنظريات التي جاءت بها ولقت صدى لدى بقية الشعوب والحضارات.

وفي الشريعة الاسلامية يجد مبدا التقاضي على درجتين مشروعيته بما جاء في الدليل على ذلك في القرآن الكريم، في قوله تعالى : " أَوَلَمْ يَرَوْا أَنَّا نَأْتِي الْأَرْضَ نَنقُصُهَا مِنْ أَطْرَافِهَا ۚ وَاللَّهُ يَحْكُمُ لَا مُعَقِّبَ لِحُكْمِهِ ۚ وَهُوَ سَرِيعُ الْحِسَابِ "2 ،وتشير الاية الكريمة بان حكم الله سبحانه وتعالى نهائي وبات، على خلاف احكام البشر قابلة لاعادة النظر والمراجعة واعادة التقييم لاحقاق العدالة.

كما ان اعادة النظر في الاحكام وأقرار المحاكمة القضائية ذات المستويين مدعمة أيضا في القصص القرآني في سورة الانبياء في قوله تعالى:" وداود وسليمان إذ يحكمان في الحرث إذ نفشت فيه غنم القوم وكنا لحكمهم شاهدين، ففهمناها سليمان وكلا آتينا حكما وعلما وسخرنا مع داود الجبال يسبحن والطير وكنا فاعلين ".3

وتروي هاتين الايتين قصة وقعت بين داود الاب وسليمان الابن حول خلاف بينرجلين، اذ دخلت غنم أحدهما حقل الاخر ليلا وأتلفت محاصيله، فقضى داود أن يعطي صاحب الحقل الغنم كتعويض، ولكن سليمان أقترح حلا أكثر مرونة ورحمةويسر، بان تعطى الغنم لصاحب الحق ليستنفع بصوفها وحليبها سنة كاملة، وتعطي المحاصيل لصاحب الغنم ليصلحها حتى تستعاد بالكامل، وبعد ذلك يعاد كل شئ الى صاحبه، فقبل داود هذا الحكم وأقره.4

وعرفت الشريعة الإسلامية اول تطبيق لمبدأ التقاضي على درجتين ، ذلك بأن استئناف الحكم برفعه الى قاضي أعلى درجة له أصوله في القضاء الإسلامي ، فكان الناس يتظلمون الى الرسول – ﷺ – ،

1Motulskyhenri , « la concentration des principes du procès civile par le décret du 9 septembre 1971 ,Dalloz chronique 10815 .

2الآية 41 من سورة الرعة .

3الايتين 78 و 79 سورة الانبياء.

4 محمد الطاهر بن عاشور ، تفسير التحرير والتنوير ، الدار التونسية للنشر تونس، ط2 1996 ص 354 و 355 .

من قضايا الصحابة الذين ولاهم في أماكن بعيدة عن المدنية المنورة ، ويحصل ذلك عادة في موسم الحج واستمر الحال على ذلك في عهد الخلفاء وخاصة عمر بن الخطاب [1] .

وقد قرر الفقهاء جواز الطعن في الاحكام لاحتمال الخطأ فيها لأن القاضي لايخرج عن كونه بشرا ولأن الخطأ وردت الإشارة اليه في قول النبي – ﷺ – " من أجتهد وأصاب فله أجران ومن أجتهد وأخطأ فله أجر واحد " ، وقوله ﷺ فيما رواه البخاري ، " انما انا بشر مثلكم وأنكم تختصمون الي ، ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض .2.

ولقد عرض على مدينة العلم سيدنا علي رضي الله عنه، وكرم وجهه، من الخصوم في اليمن ، فقال لهم ان لم ترتضوا بقضائي ، فلكم ان تعرضوا النزاع على رسول الله عليه الصلاة والسلام ايام الحج ، وقد أجاز المصطفى عليه السلام هذا القضاء بعد ذلك ، عند عرض الخصوم النزاع على الحبيب المصطفى عليه الصلاة والسلام .3.

ذلك بأن الخليفة ولئن عهد بالقضاء الى غيره بالنظر لاتساع رقعة الخلافة الإسلامية ، الا انه أبقى إمكانية مراجعة الاحكام وتلقى المظالم ، وهو ما يمكن أن يحصل من القاضي الذي أصدر الحكم ذاته بما يعني انها لم تكن مرتبطة دائما بهيئة أعلى درجة ، بدليل رسالة عمر بن الخطاب الى أبي موسى الاشعري ، أذ ورد بها ، " لا يمنعك قضاء قضيته اليوم فراجعت فيه عقلك وهديت فيه لرشدك ان ترجع الى الحق ، فأن الحق قديم لا يبطله شيء ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل ، وهو ما يؤكد ارتباط مبدأ مراجعة الاحكام بالسعي نحو تحقيق العدالة وضمان الحقوق فليس من العيب في شيء الاعتراف بإمكانية حصول أخطاء قضائية وإقرار إمكانية مرجعتها عوضا عن التمادي فيتلك الأخطاء.

2 : المبررات التشريعية للتقاضي على درجتين.

تنظيم الطعن في الاحكام يعتبر حق اجرائي بأن ترفع الدعوى ابتداءا امام محكمة اول درجة على ان يكون للمحكوم عليه حق الطعن في الحكم الصادر من محكمة اول درجة امام المحكمة الاستئنافية والتي غالبا ما تمون محكة اعلى درجة تسمى محكمة الدرجة الثانية .

وقد نصت كل التشريعات الدولية والداخلية على مبدا التقاضي على درجتين ، والذي بات يعد من المبادئ الدولية المتعلقة بمادة الإجراءات بفرعيها المدني والجزائي، رغم أن الإعلان العالمي لحقوق

1 احمد السيد صاوي ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع الإسكندرية مصر 2011 ، ط 1 ، ص 59 .

2 أحمد قطب عباس ، إساءة استعمال الحق في التقاضي ، مرجع سابق ، 393 .

3 هاني محمد كامل المنايلي ، السلطة القضائية في النظام الإسلامي ، مرجع سابق ص 180 .

الانسان لم يتضمن أية إشارة لهذا المبدأ ، ولكن العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية أقتصر على حق المحكوم عليه في التقاضي على درجتين جزائيا ، بنص المادة الرابعة عشر بانه " لكل محكوم عليه بأحدي الجرائم ، الحق في إعادة النظر بالحكم والعقوبة بواسطة محكمة اعلى بموجب القانون .

وعلى المستوى الأوروبي ، فلم تنص الاتفاقية الأوروبية ما يفيد تقنين مبدأ التقاضي على درجتين ، وقد اعتبرت المحكمة الأوروبية بان المادة 16 من الاتفاقية تتعلق أساسا بمحاكم الدرجة الأولى ، ولا يشمل وجود محاكم أعلى بحيث أنه لم يتم اقرار المبدأ في المادة الثانية ، ولكن اذا أنشأت الدولة محاكم استئناف أو للنقض يجب عليها ضمان تمتع المتقاضين بضمانات الحق في محاكمة عادلة ، وبالتالي فان المحكمة الأوروبية تراقب مدى توفر شروط المحاكمة العادلة في كافة اطوار التقاضي وبصفة مجملة خاصة وان المحكمة الأعلى درجة تتدارك سوء تطبيق الاتفاقية الأوروبية من قبل المحكمة الأولى.

فيجد الحق في التقاضي امتداده الطبيعي في طرق الطعن التي يفترض فيها أن تكون قضائية ، وهكذا قرر المجلس الدستوري الفرنسي ان سلطات الضبط الإدارية لا يمكن ان تسلط عقوبات مالية ما لم يكن الحق في الطعن امام القضاء مكرس، ويجب ان يعامل المواطنون بالمساواة في لجوئهم لطرق الطعن1.

أما على المستوى الداخلي، فجل التشريعات تحرص على إقرار مبدأ التقاضي على درجتين ، ولقد كرس هذا المبدأ الدستور الجزائري، بموجب المادة 165، بالتنصيص على ان ، " يضمن القانون التقاضي على درجتين ، ويحدد شروط واجراءات تطبيقه "، و جسده أيضا التشريع الاجرائي الجزائري سواءا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، او قانون الإجراءات الجزائرية ، في الحق بالطعن في الاستئناف، هذا الاجراء الذي يجيز إعادة نظر القضية من حيث الوقائع والقانون، بمعني ان القضية تنشر من جديد ولكن امام درجة اعلى، وهذا خلافا لطرق الطعن غير العادية لاسيما التمس إعادة النظروكذا اعتراض الغير الخارج عن الخصومة ، فيكون امام نفس القاضي ونفس المحكمة التي صدر عنها الحكم ، ، أما الطعن بالنقض فالأصل ان يقتصر النظر فيه من حيث القانون فقط .

وقد نصت المادة السادسة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بأن : " المبدأ ان التقاضي على درجتين ، مالم يقرر القانون على خلاف ذلك " ، وبقرارها المؤرخ في : 2017/02/09، تحت رقم 1022612 ، أكدت المحكمة العليا ، في أسباب هذا القرار ، ما يلي :" حيث انه وطبقا للمادة 6 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، فان التقاضي يكون على درجتين وقضاة المجلس بإدخالهم

1 عبد السلام ذيب ، قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، مرجع سابق ، ص 215.

للطاعن في النزاع أمام المجلس والحكم عليه يكونون قد حرموه من درجة من درجات التقاضي ، وهو ما يشكل خرقا للمبدأ الوارد في المادة المذكورة أعلاه ، الأمر الذي يعرض القرار للنقض والابطال " .1

وقد درج أيضا مجلس الدولة الفرنسي على الإشارة الى احترام الحق في الطعن وكان ذلك في منازعة اقتياد الأجانب الذين هم في وضعية غير قانونية الى الحدود ، مؤكدا على الضمانات الواجب توفرها لهؤلاء ولاسيما الغاء حقهم في الطعن ضد هذه الاجراء 2، أما في مجال رخص السياقة بالتنقيطفان سحب النقاط تم تكييفه بأنه امر مطابق للحقوق والحريات المعترف بها بموجب الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان ، بل انه أشار الى عمال آلية الدفع بعدم الدستورية ، لفحص مدى احترام الحق في الطعن في هذه الاجراء.3

ويكون أيضا من المبررات القانونية ، بان التدرج في القضاء هو للحيلولة دون صدور احكام متباينة في القضايا المتشابهة نتيجة لاختلاف المحاكم الاستئنافية المتعددة في فهم القانون وتطبيقه ، وذلك من خلال إيجاد محكمة واحدة عليا تكون على قمة التنظيم القضائي في البلاد هي محكمة النقض تكون مهمتها توحيد تفسير القانون من حلال تقريرها للمبادئ القانونية الصحيحة في الطعن المعروض امامها دون ان تفصل في موضوع الطعن .

ولذا فحكم محكمة النقض اما ان يكون برفض الطعن وهذا يعني ان محكمة الاستئناف المطعون فيه صحصح، واما ان يكون حكم محكمة النقض بقبول الطعن بمعنى نقض الحكم الطعون فيه ، وهنا يكون للخصم صاحب المصلحة ان يعرض دعواه من جديد أمام المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه ، والقاعدة فانه لا يجوز الطعن أمام محكمة النقض الا في الاحكام الصادرة من محاكم الاستئناف.[4]

3 : المبررات الواقعية للتقاضي على درجتين.

يعزى هدف إقرار التقاضي على درجتين الى ان القضاة القائمين على اصدار الاحكام والفصل في المنازعات هم بشر يعتريهم الخطأ والزلل ، لانهم أيضا يحكمون على ظاهر الأمور وما تعتقدهجوارحهم، وقد يقعون نتيجة لذلك في سوء التقدير أما في الواقع أو في القانون ، والامر هنا كجميع الاعمال التي يأتيها البشر تقع بين الصواب والخطأ ، وبذلك يبرر الحق في عرض القضية او

---

1 مجلة المحكمة العليا العدد الأول 2017، ص 105 .

2CE, prés sec . cont , 29 juin 1992 , Madame Ghunsum ; Rec , p 981 .

3CE, 8 Déc. 1995 , arrêt mouvement de défense des automobilistes , RFDA 1996 ; 166, JCP , 96 5 44 .

4 أمال الفزايري ، ضمانات التقاضي ، مرجع سابق ص 93 .

النزاع على جهة أعلى تكون فرصة ثانية للتمحيص وفحص النزاع ممن لم يقتنع بما فصل فيه قاضي الدرجة الأولى .

ذلك بأن صلاحية القاضي تنتهي بمجرد النطق بالحكم وتخرج القضية من ولايته فلا يجوز له تعديله أو الرجوع فيه أو الزيادة عليه ، أن من أهم آثار صدور الحكم تخلي القاضي عن القضية ، وهذا وحده مبرر كافيا لنظام الطعن وخاصة الحق في التقاضي على درجتين، ذلك بأن الخطأ صفة بشرية .

وتكون العدالة فضلا عن ذلك غير كاملة طالما كان الذين يسهرون على اقامتها بشر وهؤلاء بطبيعتهم عرضة للزلل الذي لا يمكنهم تجنبه بصفة كاملة مهما بلغوا من العلم، وسعة المدارك ، وبأي قدر من العناية يكونون قد بذلوا وهو ما اثبتته التجربة بأن تنظيم المحاكم واختصاصاتها كان بصفة متوازنة مع تنظيم طرق الطعن وإعادة النظر في القضايا وبهذا تتجنب العدالة مواطن الخطأ وسوء التقدير مع مكنة التقاضي على درجتين .

ومن ناحية الفوائد – أيضا – التي يمكن ان يحققها التقاضي على درجتين من سلامة حكم ثاني درجة، وتدارك أخطاء قضاة اول درجة –قليلي العدد والخبرة صغيري السن – مما يحقق العدالة على أحسن وجه.1

لقد لخص الاستاذان سولي وبيرو هدف وغاية حق الاستئناف في هدفين أثنين على الأقل :

أولهما : ذو طابع وقائي والمقصود بذلك أن محكمة الدرجة الأولى تعمل على مضاعفة جهودها وتسعى الى ان يكون حكمها عادلا وخاليا مما من شانه ان يعيبه ، وذلك عندما تضع في اعتبارها أن محكمة اعلى درجة ستتولى مراقبة حكمها ، وتعديله أو الغائه عند الضرورة .

الثاني : ذو طابع اصلاحي والمقصود بذلك أن محكمة الدرجة الثانية تتولى اصلاح أو تقويم الحكم الابتدائي وذلك بتخليصه من من الشوائب والنقائص والاخطاء التي أنبي عليها 2.

ونتيجة لذلك فان مبدأ التقاضي على درجتين يحقق فائدة مزدوجة ، لأنه يدفع بقضاة الدرجة الأولى الى الحرص على توخي العدالة وعلى التدقيق والعناية في دراستهم لملف القضية وتطبيق القانون ، كما انه زيادة على ذلك يمكن المتقاضين من تصحيح أحكام الدرجة الأولى من قبل قضاة يفترض فيهم انهم اكثر علما وتجربة من قضاة الدرجة الأولى.

---

1 احمد هندي ، التقاضي على درجتين ، مرجع سابق ص 27 .

2 SOLUS ET PERROT « Droit et jurisprudence de la procédure » , T1 P 493 , N 525 octobre et novembre 1974 .

انتهينا الى ان مبدا التقاضي على درجتين يستند الى اعتبارات تحقيق العدالة ، وكفالة حق الدفاع وحسن سير مرفق القضاء ، وهي اعتبارات تحقيق في مجملها تتصل بالنظام العام ، فحسن سير القضاء يستلزم ان يطرح موضوع النزاع على درجة ثانية أعلى من الدرجة التي سبق ان نظرته حتى تصدر الاحكام متمشية مع القانون ، وخالية من الأخطاء ومستندة الى اتاحة الفرصة كاملة للخصم للدفاع عن نفسه .1

ورغم هذه الضمانات التي يوفرها التقاضي على درجتين فان النظم القضائية المعاصرة رأت بان ذلك غير كاف مما استوجب منها انشاء محكمة عليا تكن الملاذ الأخير للمتقاضين، وتعرف بمحكمة النقض أو المحكمة العليا ، أو محكمة التعقيب أو محكمة التمييز ، وهي لا تعد محكمة درجة ثالثة للتقاضي وانما محكمة قانون يرتبط وجودها بنظام الطعن وتسهر على احترام القانون وحسين تطبيقه قضائيا وتوحيد الاجتهاد القضائي ، فهي لاتنظر في الوقائع التي لايمكن مراجعة النظر فيها الا عند الاستئناف كقاعدة عامة .

وهكذا بات نظام التقاضي على درجتين مبدأ أساسي لكل الأنظمة القضائية ، وضمانة إجرائية لازمة لا يمكن تجاوزها ، لأنها أيضا تعزز الثقة في القضاء كجهاز متدرج يسعى بكل درجاته الى تحقيق العدالة ، بفتح الباب كل متقاضي لم تتفق عقيدته مع ما انتهي اليه ذلك الحكم ، فوجب أن يكفل النظام القضائي للخصوم وسائل للتظلم من الاحكام امام جهة أعلي بغية الوصول الى اصلاح من يمكن ان تتضمنه الاحكام من أخطاء قبل ان تصبح عنوانا للحقيقة ومن غير الجائز إعادة طرح النزاع المتعلق بها امام القضاء ، ورغم وجاهة ومنطقية الاعتبارات التي يبنى عليها نظام التقاضي على درجتين ، الا أنه لم يسلم من الانتقاد وهوجم هذا المبدأ هجوما عنيفا .

ثانيا- الانتقادات الموجهة لحق التقاضي على درجتين.

فرغم وجاهة الاعتبارات التي يقوم عليها مبدأ التقاضي على درجتين فقد وجهت له عدة انتقادات ومآخذ ، مما أدى بالفقه الى الانقسام بشأنه ، واتجهت بعض التشريعات الى تضييق هذا المبدأ، بحصر الاستئناف في أضيق الحدود ، كما هو الحال في التشريعات الانجلوسكسونية، في لا يعترف القانون الإنجليزي بالاستئناف كحق طبيعي يوجد بقوة القانون لمصلحة المحكوم ضده ، ولا يجيزه الا في الحالات التي ينص عليها القانون صراحة ، وبشرط الحصول على اذن من المحكمة التي أصدرت

1 احمد هندي ، التقاضي على درجتين ، مرجع سابق ص 31 .

الحكم او المراد الطعن امامها في الحكم1، حتى التشريع الفرنسي حصر هذه المبدأ وطور وظيفة الاستئناف بإباحة تقديم طوائف عديدة من الطلبات الجديدة امام محاكم ثاني درجة .2

كما ذهب خصوم المبدأ الى القول بانه يؤدي الى إطالة امد التقاضي وزيادة نفقات الفصل في المنازعات، مما يؤدي الى ارتفاع كلفة التقاضي خاصة وأن مبدأ مجانية التقاضي أصبح لامعنى له في ظل الواقع القضائي الحالي ، المتميز بكثرة المصاريف وارتفاعها، فضلا عن اتعاب المحاماة والتحقيقات والخبرات وغيرها .

وفضلا عما سبق بيانه يمكننا أيضا ذكر عدم ضمان صدور حكم من الدرجة الثانية على نحو أفضل من الحكم الأول، الذي قد يكون أكثر مطابقة للقانون ، فقد يحصل في حالات كثيرة أن يكون حكم محكمة الدرجة الأولى أكثر مطابقة للقانون من حكم محكمة الدرجة الثانية .

التقاضي على درجتين لايعتبر ضمانة حقيقية ترمي الى تصحيح أخطاء الحكم الابتدائي، بل بحسب التجربة الفرنسية هو ناتج اجتماعي ، فقد لعب الاستئناف دوره الذاتي في تجميع إدارات العدالة وفي يد واحدة ، لأن ما نشا في فرنسا ما هو الا وسيلة سعي بها الملوك الى التغلب على سلطة القضاء الاقطاعي وتجميع مختلف إدارات العدالة في أيديهم ، فهو اذا تنظيم سياسي أو اداري وأكثر مما هو تنظيم قضائي ، ودوره الذاتي والرئيسي هو الوفاء بالحاجة التاريخية في تحقيق المركزية والربط بين مختلف أعضاء التدرج . 3

ويثار أيضا اشكال وجيه مفاده أنه على فرض ان محكمة الدرجة الثانية سيكون حكمها أفضل من الدرجة الأولى فلماذا اذن لا يقع الاكتفاء بعرض النزاع على محكمة الدرجة الثانية وبالتالي نوفر على المتقاضين مصاريف واتعاب التقاضي لدى محكمة الدرجة الأولى .

وعلى الرغم من هذه الانتقادات فأنها لا يمكن ان تؤثر في أهمية المبدأ أو الأسس التي يقوم عليها، فهو من ناحية أولى يضمن حق الدفاع ويتواصل مع مبدأ المواجهة ، ومن ناحية أخرى جزء من حق التقاضي أو بالأحرى حق التقاضي الأمثل .

وفضلا عن ذلك فانه ولئن ترتب على التقاضي على درجتين إطالة أمد التقاضي فان حسير العدالة يقتضي ذلك دون ان يؤدي الامر الى تأبيد النزاع من خلال درجات أخرى ثالثة ورابعة ،وحتى جهات النقض– المحكمة العليا – فأنها رغم وجودها في قمة الهرم القضائي لا تعتبر مبدأيا درجة ثالثة

1 عبد الخالق عامر، النظام القضائي المدني، الجزء الأول ، المبادئ العامة، 1986 ، ص 149 ، ود احمد هندي ، التقاضي على درجتين ، مرجع سابق ص 25 .

2 احمد هندي ، التقاضي على درجتين ، مرجع سابق ص 26 .

3احمد هندي ، مرجع نفسه، ص 26 و 27 .

للتقاضي، كما انه ورغم الإقرار بإمكانية ان يلغى حكم الدرجة الثانية حكما صحيحا وعادلا لتباين في الاجتهادات بالرغم من ان قضاة الدرجة الثانية أكثر خبرة ، فانه أولا قابل لطعن فيه بالنقض أذا توفرت حالاته ، وثانيا يستمد أسبابه ومنطوقه من دراستين متتاليتين للقضية [1].

ان الفحص المزدوج لذات الإجراءات، والحكمين الصادرين واحدا بعد الآخر في نفس الادعاء ، هما السبب الوجيه الذي يقوم عليه مبدأ التقاضي على درجتين في التشريعات الحديثة ، ان الاستئناف لايرتد الى الرغبة في سيادة قضاء ثاني درجة ، ولا الى الحاجة الى اضعاف قضاة اول درجة ، فهيئة قضاء اول درجة لاتمساذا تايد الحكم ، أمام اذا أخطأ القاضي فالغي حكمه فليس من حقه ان يدافع عن خطئه ، وانما هي خلق مراجعة جدية وكاملة للحكم الابتدائي .2

والحال كذاك فأن الامر وفي جميع الحالات فان الاقتصار على درجة واحدة للتقاضي يكون مدعاة للتعسف ، ويؤدي الى عدم تحقيق العدالة المرجوة من خلال مراجعة الاحكام التي يقتضيها المنطق والصواب ، وهو ما جعل مبدأ التقاضي على درجتين مسلما به على مستوى كل الأنظمة القضائية ، ذلك بان المصاريف والتكاليف التي تدفع لتحقيق العدل أقل من تلك النتائج الناتجة عن عدم تحقيقه.

وهو ما يشكل ضمان من ضمانات التقاضي باعتبار أن حق التقاضي ممكنا امام جميع المحاكم مهما كانت درجتها ، إضافة الى ان الطعن يعد وسيلة أساسية لضمان عدالة الاحكام وهي غاية المتقاضي في نهاية المطاف ، وجل القوانين أجمعت على أهمية وضرورة إعادة النظر في الاحكام الصادرة ومراجعتها لدى هيئات مختلفة واعلى درجة ، وبرز ذلك المبدأ كأحد اهم مبادئ الحق في التقاضي .

الفرع الثاني: طرق الطعن العادية.

طرق الطعن العادية في المواد المدنية حق أساسي من ضمانات الحق في التقاضي، اذا تتيح اعادةى النظر في الحكم الصادر في الدرجة الابتدائية ليعاد نشر النزاع أمام جهة أعلى ، لتدارك الاخطاء الواقعية والقانونية الشائيةبالحكم، ويتميز هذا النوع من الطعن يتميز باجراءات سلسة وذات مرونة ليسلكها الخصوم ، تعكس في الوقت ذاته طبيعتها الدستورية لتحقيق العدالة، وينقلوا بها خصومتهم من الدرجة الاولى الى الثانية أذا تعلق الطعن بالاسئتناف(أولا) او مراجعة الحكم الغيابي اذا اكانت معارضة (ثانيا).

1 أحمد السيد صاوي، مرجع سابق، ص57 .

2 احمد هندي، مرجع سابق، ص 28 .

أولا : مضمون حق الطعن بالاستئناف .

ان مبدأ التقاضي على درجتين، يفتح الطريق أمام دوي المصلحة للطعن بالاستئناف في الاحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية اذا شاب هذه الاحكام خطا من الأخطاء، سواء كان هذا الخطأ في الاجراء او في التقدير، فالطعن بالاستئناف هو تطبيق لمبدأ التقاضي على درجتين 1.

والطعن بالاستئناف هو الترجمة العملية لهذا المبدأ ، أذ بموجبه تتاح الفرصة للخصوم لطرح نزاعهم مجددا علة محكمة أعلى ، لتقوم بإعادة النظر فيه من حيث الواقع والادلة المقدمة ، وكذا الطلبات ، ومن حيث القانون ، بغض النظر عن الحكم الذي انتهت اليه المحكمة التي فصلت في النزاع في اول درجة.2

فالاستئناف هو الطريق العادي للطعن في الاحكام الابتدائية يرفع الى محكمة اعلى ويقص به تجديد النزاع أمامها، والتوصل الى بذلك الى الغاء الحكم المطعون فيه، او تعديله، ويسمى الطاعن مستأنفا، ويسمى خصمه مستأنفا عليه 3.

من التطبيقات التقليدية أن يفرق بين طرق الطعن التي تهدف الى التراجع عن الحكم وهي المعارضة والتماس إعادة النظر ، وطرق الطعن المؤدية للمراجعة وهي الاستئناف، والطعن بالنقض لا يدخل ضمن التصنيف لأن المحكمة العليا لا تعد الحكم في القضية 4.

والطعن بالاستئناف : " هو طريق طعن عادي في الحكم الصادر من محكمة الدرجة الأولى ، بطرح الدعوة من جديد أمام محكمة اعلى منها توصلا الى الغاء هذا الحكم او تعديله 5.

وهذا التقسيم لطرق الطعن الى عادية وغير عادية ، فهو تقسيم فقهي ، واساسه ان طرق الطعن العادية لم يحصر القانون أسبابها، ولم يحدد حالاها ، فيجوز سلوكها لمجرد عدم رضا المحكوم عليه بالحكم، وايا كان سبب عدم رضائه متعلقا بالوقائع او متعلقا بالقانون ما دام هذا الحكم من نوع يقبل الطعن فيه بهذه الطرق ، ومتى توافرت شروط قبول هذا الطعن، .. بينما طرق الطعن غير العادية

1 احمد هندي، التقاضي على درجتين ، مرجع سابق ص 157 .

2 محمد بجاق، مبدأ التقاضي على درجتين ودوره في تحقيق الأمن القضائي، مرجع سابق ص 65 .

3مصطفى مجدي هرجة، طرق الطعن العادية، في الاحاكم الجنائية والمدنية، مرجع سابق ص 457 .

4 عبد السلام ذيب، مرجع سابق، ص 215 .

5 محمود محمود مصطفى، " شرح قانون الإجراءات الجنائية مطبعة القاهرة ، علي حسن الشرفي ، حق الطعن بالاستئناف في الاحكام القضائية، القضاء والعدالة ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى 2014، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الاكاديميون للنشر والتوزيع ، عمان الاردن ، دار الحامد للشر والتوزيع عمان الأردن ، ص 281 .

حصر المشرع أسبابها وحدد حالاتها، ومن ثمة لايقبل الطعن بها الا لعيب من العيوب التي نص عليها القانون.1

ويعتبر الاستئناف طريقا عاديا للطعن 2، يرمي الى مراجعة الحكم أو الغائه ، وهو بذلك يجسد ضمانا أيضا لحسن سير العدالة ، لانه يسمح بتدارك الأخطاء سواء في الواقع او في القانون ، ويتم ذلك امام المجلس القضائي بتشكيلة جماعية لديها خبرة وتجربة قضائية ، كافية لإعادة النظر وتقدير الوقاع والقانون من جديد ، كما ان التشكيلة الجماعية للمجلس وتداولها يعطي للحكم اكثر اطمئنان لدى المتقاضين.

والاستئناف هو الوسيلة التي يطبق بها مبدا التقاضي على درجتين، ومن الناحية النظرية ، يمكن تصور قضاء ثاني درجة اما كوسيلة لمراقبة الحكم ، واما كوسيلة لإعادة نظر نفس القضية بنفس السلطات التي كانت لقاضي اول درجة ، .... وقد نظمت التشريعات الحديثة الاستئناف على أساس فكرة أن حكما واحدا في النزاع لا يقدم ضمانات كافية، فمحل الاستئناف ليس حكم أول درجة ، ولكن نفس القضية التي نظرها قاضي أول درجة ، أما ما يكون في لحكم المطعون فيه من عيوب اتصلت بعدالته او بصحته ، فانها تواجه في الاستئناف بطريق غير مباشرة ، فالمشرع يفترض ان قاضي الاستئناف لا يقع في الأخطاء التي وقع فيها قاضي اول درجة .3

وقد أكدت المادة 332 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بأن " يهدف الاستئناف الى مراجعة وإلغاء الحكم الصادر عن المحكمة "، وهو ما قضت المحكمة العليا في القرار غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ : 2012/04/12، قضية (و،أ) ضد (و، ع)، غير منشور ، بمايلي : حيث ان الاستئناف يهدف طبقا للمادة 332 ، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، مراجعة او الغاء الحكم الصادر عنم المحكمة، وبالتالي فان سلطة قضاة المجلس ، تنحصر طبقا لأحكام هذه المادة في مراجعة او الغاء الحكم الصادر عن المحكمة، و تمتد الى الغاء القرار الصادر عن المجلس الذي ينتمون اليه، ومن ثم فان القضاء من قبلهم لدى إعادة السير في الدعوى بعد الخبرة بإلغاء القرار القاضي بها الصادر عنهم، بتاريخ : 2008/04/15، يعد تجاوز لسلطتهم وعليه فانه يتعين استنادا الى هذا الوجه المثار من قبل الطاعنين ، القضاء بنقض القرار المطعون فيه وبإحالة القضية والطرفين الى نفس المجلس مشكلا من هيئة للفصل فيها من جديد طبقا للقانون " 4.

---

1 مصطفى مجدي هرجة، طرق الطعن العادية ، في الاحاكم الجنائية والمدنية، مرجع سابق ص 457 .

2 أنظر المادة 313 ، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

3 حمدي عطية مصطفة عامر، ضمانات التقاضي الأساسية ، مرجع سابق ص 573 .

4 يوسف دلاندة ، قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، مذيل بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا ومجلس الدولة ، دار هومة طبعة2014 ، ص 88 .

ويتميز الطعن بالاستئناف عن بقية الطعون ، بانه طعن يرفع امام هيئة تعتبر في السلم القضائي هيئة أعلي من المحكمة التي أصدرت الحكم الابتدائي ، على خلاف بقية الطعون مثل التمس إعادة النظر ، أو المعارضة، فأنها ترفع امام نفس المحكمة صاحبة الحكم المراد مراجعته .

ويكون الاستئناف اما اصليا بعد التبليغ الرسمي للحكم ، أو فرعيا من طرف المستأنف عليه في مرجلة لاحقة عن الاستئناف الأصلي ، 1 ويقصد بالاستئناف الفرعي ، الطعن الذي يرفعه المستأنف عليه في الاستئناف الأصلي للرد على الاستئناف الأول ، اذا يجوز للمستأنف عليه استئناف الحكم فرعيا في أية حالة كانت عليها الخصومة ، ولو بلغ رسميا بالحكم دون تحفظ وحتى في حالة سقوط حقه في رفع الاستئناف الأصلي 2 ، وقد قررت هذه الاحكام المادة 337 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

والغاية من الطعن بالاستئناف هي تمكين المتقاضي من عرض قضيته على القضاء اكث من مرة سعيا لتمكين المتقاضي من اكثر الضمانات، وضمان لحسن سير العدالة ، وتقليص هامش الخطأ الذي لايخلو منه أي عمل بشري ، لكن ممارسة هذا الحق يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار تحقيق موازنة بين التمتع بالحق المشار اليه ، وبين ضمان السير الحسن للعدالة بأكبر قدر من السرعة والفعالية .

ولهذا جعل المشرع الجزائري ممارسة الطعن بالاستئناف خاضعا لجملة من الشروط المحددة قانونا ، على ان تتم وفق إجراءات مضبوطة ، ولها أيضا آثار معلومة مسبقا .

1 : شروط الطعن بالاستئناف .

اعتبارا لنظام التظلم بين المحاكم ، لابد من اللجوء الى محاكم الدرجة الأولى قبل رفع الطعن بالاستئناف ، بما يعني عدم إمكانية اللجوء مباشرة الى ماحكم الدرجة الثانية أو المجالس القضائية ، وبذلك يجب ان أن يكون الحكم المطعون فيه بالاستئناف ابتدائي الدرجة ، لان الاحكام النهائية لا تقبل سوى الطعن بالنقض ، أو بالتماس إعادة النظر ، وهي تلك الصادرة عن المجالس القضائية ، وبالتالي فان جميع الاحكام الصادرة عن محاكم الدرجة الأولى قابلة للطعن فيها بالاستئناف امام المجالس القضائية ، بل وحتى وصف الحكم خطأ بانه نهائي فانه لايقبل الطعن فيه بالنقض مباشرة .

فلا يمكن للمتقاضي ان يتقاضى على درجتين بصفة مطلقة، مستعملا آلية الاستئناف، فلا بد من توفر شروط ، ولقد أوردت المواد من 332 ، الى 347 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، شروط تعلق بالأحكام القابة للاستئناف وقواعد تتعلق بالآجال والأثار لضبط الاستئناف .

---

1 بربارة عبد الرحمان ، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، مرجع سابق ص ، 249 .

2 بربارة عبد الرحمان ، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، مرجع سابق ص ، 253 .

أ) – أن يكون الحكم قابلا للاستئناف.

باعتبار ان الطعن بالاستئناف تجسيا لمبدأ التقاضي على درجتين ، اعمالا بالقاعدة العامة ، الرامية الى ان جميع الاحكام الصادرة من ماحكم الردة الأولى ، تبقل الطعن بالاستئناف مالم ينص القانون على خلاف ذلك، فأن أول شرط يستوجبه القانون ،أن يكون موجها ضد حكم قضائي حتى يمكن القول بانه تم التقاضي على درجة أولى ، لان الامر بديهيا فبدون التقاضي على درجة أولى لا يمكن التقاضي على درجة ثانية ، وبالنتيجة لا يمكن الطعن بالاستئناف .

ومعنى ذلك عمليا أن الطعن يجب ان يوجه ضد حكم قضائي فيه أخبار بحكم القانون في النزاع المرفوع أمام المحكمة، وعلى هذا الأساس فأن الاعمال الولائية كالأذن على عريضة ، وغيرها لا تقبل الاستئناف لآنها ليست احكاما بالمعنى المذكور.

ولقد كرس المشرع الجزائري ذلك بالمادة 333 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، بنصها " تكون الاحكام الصادرة في جميع المواد قابلة للاستئناف ، عندما تفصل في موضوع النزاع ، أو في دفع شكلي، أو في دفع بعدم القبول أو أي دفع آخر ينهي الخصومة. مالم ينص القانون على خلاف ذلك ، وقد أوردت المادة 324 من نفس القانون استثناء على ذلك وهو ان الاحكام الفاصلة في جزء من الموضوع أو التي تأمر بالقيام بإجراء من إجراءات التحقيق وتدبير مؤقت ، لاتقبل الاستئناف الا مع الحكم الفاصل في أصل الدعوى برمتها .

وفي نفس السياق نصت المادة 33 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، بأن " تفصل المحكمة بحكم في أول وآخر درجة في الدعاوي التي لا تتجاوز قيمتها مائتي ألف دينار (200.000 دج)، ومنه لا يكون الحكم قابلا للاستئناف أذا كانت الدعوى لا تتجاوز قيمتها الفي دج ، ونفس الامر بالنسبة لحكم الطلاق وبعض الاحكام المتعلقة بقانون العمل ، كما قد يؤجل الاستئناف للحكم الا مع الحكم الفاصل في الموضوع وهو الامر المقرر بنص المادة 81 من قانون الإجراءات المدنية والادارية ، بأنه لا تقبل الاستئناف الاحكام التي تأمر بإجراء من إجراءات التحقيق ، الا مع الحكم الفاصل في موضوع الدعوى، وعلى العموم يكون الحكم قابلا للاستئناف عندما يكون حضوريا او اعتباريا حضوريا ، ونفس الامر ينطبق على الاوامر الاستعجالية الصادرة في اول درجة .

وللإشارة فأن وصف الحكم بانه ابتدائي الدرجة ، أو نهائي الدرجة يستمد صفته تلك من طبيعته، لا بما تضفيه عليه المحكمة التي أصدرته كمن وصف ، ومعنى ذلك بان الحكم القابل للطعن بالاستئناف هو حكم ابتدائي بطبيعته، حتى لو تم وصفع خطا من قبل المحكمة المصدرة له .

فاذا رفع استئناف عن حكم لا يجوز استئنافه ، فان على المحكمة ان تقضي ولو من تلقاء نفسها ، بعدم جوازه، اما اذا قضت بعدم جواز الاستئناف بالنسبة لحكم مما يجوز استئنافه ، فأنها تكون قد خالفت القانون واخطأت في تطبيقه .1

وتم التكريس صراحة لهذا المبدأ ، بموجب المادة 34 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، بانه يكون المجلس القضائي مختصا بالنظر في استئناف الاحكام الصادرة عن المحكمة في الدرجة الأولى وفي جميع المواد ، حتى ولو كان وصفها خاطئا، كان ينطق منطوق الحكم على أنه ابتدائي ونهائي بينما هي في الحقيقة في أخر درجة او العكس، فعلى من يريد ممارسة طريق من الطعن أن يتأكد من الوصف الصحيح للحكم بغض النظر عن الوصف الذي أعطاه له القاضي2 ، فالعبرة بقيمة القضية ، وليس بما يحكم به القاضي ، ذلك انه لو نظر الى قيمة الحكم لاستطاع القاضي جعل احكامه كلها غير قابلة للاستئناف، وذلك عن طريق تجزئة قراره في الدعوى الواحدة ، او الحكم فقط بما يدخل في نصابه النهائي، ولنفس العلة فان قابلية الحكم للاستئناف لا ترتبط بالتكييف الذي يعطيه قاضي اول درجة لحكمه .3

فلا يمكن حرمان المتقاضي من ممارسة حق التقاضي على درجتين بسبب خطأ ارتكب في وصف الحكم، وبالتالي له الحق في الطعن بالاستئناف في الحكم متى كان ابتدائي الدرجة، ولكن بالمقابل نجد انه من البديهي بانه لا يمكن للتقاضي الطعن بطريقة الاستئناف في حكم نهائي ، وصف خطأ بانه ابتدائي، فطبيعة الحال لا يمكن الطعن بالاستئناف في حكم نهائي .

والمشرع الجزائري وان كان يكرس مبدا التقاضي على درجتين فانه لا يسمح بالتقاضي على أكثر من درجتين ، لان ذلك يؤدي حتما الي تأبيد الخصومة واطالة أمد التقاضي وافراغ الاحكام من محتواها،وحتى الطعن بالنقض وبان كان يعتبر في شكله الحالي بدا يتحول الى تكريس مبدأ التقاضي على ثلاث درجات فان ذلك يبقى في نطاق استثنائي ومحدد بنص 4.

ولكن المشرع يعتد أحيانا باعتبارات معينة ترجع معظمها الى اعتبار الملائمة، ويقدر منع الطعن بالاستئناف في بعض الاحكام ، هنا يسلب حق الاستئناف من المحكوم عليه ، ويقتصر التقاضي على

---

1 فتحي والى ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، طبعة 1993 ، ص 817 ، و مصطفى مجدي هرجة، طرق الطعن العادية في الاحاكم الجنائية والمدنية، مرجع سابق ، ص 461 .

2عبد السلام ذيب ، مرجع سابق ص 226 .

3مصطفى مجدي هرجة، طرق الطعن العادية في الاحاكم الجنائية والمدنية، مرجع سابق ، ص 462 .

4 أنظر المادة 374 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، الفقرة الأخيرة : " أذا لم تمثل جهة الإحالة لقرار المحكمة العليا الفاصل في مسألة قانونية يجوز لهذه الأخيرة – المحكمة العليا – وبمناسبة النظر في الطعن بالنقض الثاني البث في موضوع النزاع ، يجب على المحكمة العليا ، أن تفصل من حيث الواقع والقانون عند النظر في طعن ثالث " .

درجة واحدة ، فلا درجة ثانية ، كما هو الحال بالنسبة لبعض احكام القضاء الإداري (مثال) ، على خلاف القضاء المدني فان جيمع الاحكام قابلة للطعن بالاستئناف كقاعدة عامة.

ولكن اخرج المشرع فئة قليلة من الاحكام من مبدا التقاضي على درجتين ، وهي على العموم ذات قيمة ضئيلة ، او لاعتبارات معينة كالأحكام الصادرة في المواد الاجتماعية المتعلقة بالعامل فعلى غرار باقي التشريعات عرف القانون الجزائري حالات يمكن اعتبارها استثناءا من مبدأ التقاضي على درجتين، ذلك بان الحكم يكون نهائي الدرجة ، لكن ما يجب ملاحظته بهذا الخصوص هو ان هذه الحالات تظل استثنائية بل ان هناك اتجاها يذهب نحو تقليلها أو الحد منها بقدر الإمكان .

ب) – توفر الصفة والمصلحة (في المستأنف) .

يشترط القانون لممارسة حق الطعن بالاستئناف توفر المستأنف على صفة التقاضي وعلى المصلحة المشروعة، والصفة يشترطها القانوني في الاجراءات المتخذة امام القضاء ، بينما المصلحة المشروعة تعني حاجة المتقاضي للحصول على حقه أو دفع التشكيك أو انكار ذلك الحق من الغير أو دفع التعدي عنه، وقد قيد القانون الوصول الى القضاء بذلك حتى لاتتخذ الاجراءات عبثا أو بصفة عشوائية ، مما يعزز الحماية الفعلية للحقوق .

ج) – الصفة في الاستئناف :

عرف الفقه الصفة بانها : عبارة عن سلطة بمقتضاها يباشر الشخص الدعوى امام القضاء او انها سلطة لشخص معين يستطيع بمقتضاها ان يزاول الحق في طرح الادعاء على القضاء ، أو انها السند الذي يخول شخص مباشرة الإجراءات أمام القضاء 1 ، وعرفها جانب اخر بأنها : مركز يمنح الشخص حق التقاضي والقيام بإجراءات الخصومة سواء استند هذا المركز على حق اجرائي او الى نص القانون او الى سلطة التمثيل 2.

ونطرا أيضا الى ان الاستئناف يعد في الحقيقة مراجعة لقضية سبق الحكم فيها من محكمة الدرجة الأولى ، فانه يجب أن يكون اطراف الاستئناف هم نفسهم اطراف الدرجة الأولى ، ويستوي في ذلك أن يكون المستأنف مدعيا او مدعى عليه في الحكم المطعون فيه ، وعلى هذا الأساس يعتبر الاستئناف

---

1 على الشحات الحديدي ، ماهية الصفة ودروها في النطاق الاجرائي ، دار النهضة العربية القاهرة، 1996 ص 35 ، نقلا عن عبد الحكيم عباس قرني عكاشة ، الصفة في العمل الاجرائي ، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق عين شمس جامعة القاهرة، 1995، ص 40 .

2أجياد ثامر نايف الدليمي ، الصفة في الدعوى المدنية ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت لبنان الطبعة الأولى 2017 ، ص19 .

حقا لمن كان طرفا في الحكم الابتدائي للدرجة الأولى والا كان مجرد شرط الصفة المنوه عنه بالممادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

ولكن ما ينبغي التنويه اليه هو ان شرط الصفة في الدرجة الاستئنافية أضيق نطاق من شرط الصفة في التقاضي الابتدائي ، ونفس التضييق يمكن لمسه في شرط المصلحة ، فلا بد لمن كان طرفا في النزاع الابتدائي ويريد أن يتقاضى استئنافيا ان تكون له مصلحة من وراء طعنه .

ولد أقرت المادة 335 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، بان حق الاستئناف مقرر لجميع الأشخاص الذين كانوا خصوما على مستوى الدرجة الأولى ، او لذوي حقوقهم ، كما يحق للأشخاص الذين تم تمثيلهم على مستوى الدرجة الأولى بسبب نقص اهليتهم ممارسة الاستئناف اذا زال سبب ذلك، كما يجوز رفع الاستئناف من طرف المتدخل في الأصل أو المدخل في الخصام في الدرجة الأولى ، غير ان " الادخال في الخصومة مباشرة امام المجلس القضائي والحكم على المدخل في الخصام ، هو حرمان من درجة من درجات التقاضي وخرق لمبدأ التقاضي على درجتين 1، وتعتبر المادة 6 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المرجع القانوني لهذا القرار .

فعلى الطاعن ان يطعن بنفس الصفة التي كانت له في الخصومة الأولى، والا حكم بعدم قبول الطعن، كما يلاحظ أن الصفة كشرط لقبول الطعن يجب ان تتوفر فيمن كان خصما، وليس لممثل الخصم، كما تنتقل الصفة في الطعن الى الخلف العام والخاص، والعبرة بتحقيق الخلافة بعد صدور الحكم .

د)-المصلحة في الاستئناف

يختلف مفهوم المصلحة في الاستئناف مفهومها في الدعوى البدائية ، اذا يجب أن يكون المستأنف محكوما عليه ، وهو غير ذلك في الدعوى البدائية، والمراد بالمصلحة أية فائدة مادية او أدبية يفيد بها المستأنف من استصدار حكم من محكمة الاستئناف في مسالة معينة ، يكون فيها الحكم المستأنف قد فصل فصلا مضرا بمصلحته مهما كانت هذه الفائدة قليلة او كثيرة .2

ونظرا لأهمية الطعن بالاستئناف فقد جعله المشرع حقا للخصم صاحب المصلحة ، ضد جميع الاحكام - كقاعدة عامة – فأي حكم يصدر ضد شخص معين ، يصبح لهذا الشخص المحكوم عليه حقا في الطعن ضد هذا الحكم لأي سبب يراه طالما أضر بمصالحه ، ولكن يجب ألا يسئ استعمال هذا الحق في الطعن ، فاذا كان استئناف الاحكام في الحدود المقررة قانونا لاغبار عليه في شيء ،

1 قرار مؤرخ في 2017/02/02، ملف رقم 1032235، مجلة المحمة العليا ع 1 2017، ص 103 .

2 لفته هامل العجيلي ، الطعن بالاستئناف في قانون المرافعات المدنية وتطبيقاتها القضائية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت الطبعة الأولى 2013 ، ص 71 .

الا ان استعمال هذا الحق ليس على اطلاقه ، فيجب الا يرفع الاستئناف بسوء نية ، او للنكاية والكيد 1.

ومعني المصلحة في الطعن ان يكون للمحكوم عليه بشيء لخصمه ويكون الشخص محكوما عليه اذا لم يقضى له كل طلباته اذا كان مدعيا او لم يؤخذ بكل دفاعه اذا كان مدعى عليه ، فاذا قضى للشخص بطلباته لا يجوز له الطعن على الحكم لأنه اغفل دفاعا او رفض دفعا ، او بقصد تعديل الأسباب التي لم تصادف رضاه ، فالعبرة بالتطابق بين طلب الخصم ومنطوق الحكم ، ولو لم يكن هناك تطابق بين أسباب الحكم والأسباب التي استند اليها 2 .

وتكون أيضا المصلحة أساسية لممارسة الاستئناف ، ذلك بانه لايمكن لمن حكم له بكل ما طلب ان يستأنف الحكم ، كما انه لايمكن للمدعى عليه الذي لم يحكم عليه والذي لم يقدم طلبا بالمقابل تم رفضه ان يستأنف لان الحكم لم يضر بمصالحه، غير انه يمكن الاستئناف اذا أنتظر منه امتيازا معينا ولو تعلق بالمصاريف القضائية وتقدير المصلحة يكون بالنظر ليوم الاستئناف ، كما لا يجب ألا يكون الخصم تنازل عن الاستئناف بقبوله الحكم 3 .

والقبول هو الرضا بالحكم صراحة او ضمنا ، بحيث يمتنع على من رضى به الطعن فيه بعدئذ بأي طريق من طرق الطعن في مواجهة من صدر منه الحكم والقبول لمصلحته 4 ، ويكون القبول من قبل الطاعن بالحكم صراحة او ضمنا ، وقد واشترطت الفقرة الأخيرة من المادة 355 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ، بانه يجب أن تتوفر المصلحة في المستأنف لممارسة الاستئناف .

وقد قضت المحكمة بقرار بتاريخ : 2011/07/21، بانه يجوز لشركة التامين باعتبارها ضامنة الطعن وحدها بالاستئناف عند توافر المصلحة،و لا يتوقف قبول استئناف شركة التأمين على ادخال المؤمن له في القضية 5.

وتكون أيضا المصلحة أساسية لممارسة الاستئناف ، ذلك بانه لا يمكن لمن حكم له بكل ما طلب ان يستأنف الحكم ، كما انه لايمكن للمدعى عليه الذي لم يحكم عليه والذي لم يقدم طلبا بالمقابل تم رفضه ان يستأنف لان الحكم لم يضر بمصالحه، غير انه يمكن الاستئناف اذا أنتظر منه امتيازا

---

1 أحمد هندي ، مبدا التقاضي على درجتين ، مرجع سابق ص 158 .

2مصطفى مجدي هرجة، طرق الطعن العادية في الاحاكم الجنائية والمدنية، مرجع سابق ، ص 263 .

3 عبد السلام ذيب ، مرجع سابق ص 228 .

4مصطفى مجدي هرجة، طرق الطعن العادية في الاحاكم الجنائية والمدنية، مرجع سابق ، ص 264 .

5 مجلة المحكمة العليا ، العدد الثاني 2012، ص 137 .

معينا معينا ولو تعلق بالمصاريف القضائية وتقدير المصلحة يكون بالنظر ليوم الاستئناف ، كما لا يجب ألا يكون الخصم تنازل عن الاستئناف بقبوله الحكم.1

2: آجال الاستئناف.

الآجال هي المهل التي حددها المشرع لرفع الطعون في الاحكام ويقع احتساب مهلة الطعن كأية مهلة أجرائية انزلاقا من اليوم الموالي لوقوع الأمر الذي يتعتب مجريا للآجال ، والمبدأ العام في لقانون الجزائري في احتساب الاجال هو اعتماد تاريخ التبليغ الشخصي بالحكم ، وهو الحكم المقرر بموجب المادة 336 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، بنصها، " يحدد أجل الطعن بالاستئناف بشهر واحد (01) ابتداء من تاريخ البتليغ الرسمي للحكم الى الشخص ذاته .

ويمدد أجل الاستئناف الى شهرين (02)، اذا تم التبليغ الرسمي الى موطنه الحقيقي أو المختار.

ولا يسري أجل الاستئناف في الاحكام الغيابية الا بعد انقضاء أجل المعارضة"، "ويوقف طلب المساعدة القضائية أجل الطعن بالنقض " 2 .

فيرفع الاستئناف في اجل شهر اذا وقع التبليغ شخصيا وفي اجل شهرين اذا تم في الموطن الحقيقي او المختار، وكذا فقد ميز القانون بين حالة التبليغ الشخصي وحالة التبليغ الصحيح، ومنح من لم يبلغ رسميا اجلا إضافيا لممارسة حقه في الطعن .

واعتبرت المحكمة العليا ، بأنه : علا قضت المحكمة العليا في القرار غير المنشور والصادر بتاريخ : 2013/04/18، ملف رقم : 0867982 ، قضية بين فريق (ب ع)، ضد (ش خ)، الشركة الجزائرية لتأمينات النقل، الغرفة المدنية القسم الأول ما يلي : المبدأ : حيث أ، ما يثيره الطاعن في هذا الوجه صحيح ، ذلك بان قضاة المجلس 542 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، بدعوى انه جاء حارج الآجال القانونية معتبرين ان المدة قد انقضت دون ان يبرهنوا في قرارهم المنتقد ان الحكم المستأنف وقع تبليغه في أي تاريخ وبأي كيفية ، مع ان المادة 336 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، تحدد بداية اجل الاستئناف من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم ، أذا أنه من المعلوم بالضرورة ان تبليغ الحكم تنجر عنه نتائج لها أهميتها ومن جملتها بداية أجل الاستئناف ونهايته 3.

كما أن المادة 337 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، اجازت للمستأنف عليه استئناف الحكم فرعيا في أية حالة كانت عليها الخصومة ، ولو بلغ رسميا دون تحفظ وحتى في حالة سقوط حقه في رفع الاستئناف الفرعي ، وهو الامر الذي عملت به المحكمة العليا بموجب قرارها المؤرخ في :

---

1 عبد السلام ذيب ، مرجع سابق ص 228 .

2 قرار رقم 1044610، مؤرخ في : 2016/05/19مجلة المحكمة العليا ، العدد الأول 2016، ، ص 27 .

3 يوسف دلاندة ، قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، مرجع سابق ، ص 88 .

2010/10/14 ، ملف رقم 606356 ، في القضية بين (ط ب)، ضد فريق (ر)، كما يلي : المبدأ يجوز للمستأنف عليه استئناف الحكم فرعيا ، في أي حال كانت عليها الخصومة ، حتى في حالة سقوط حقه في رفع الاستئناف الأصلي1 .

كما قضت المحكمة العليا، في قرار مؤرخ في : 2015/11/12، ملف رقم : 1068018، بما يلي: " لايقام الاستئناف الفرعي، الا موازاة مع الاستئناف الأصلي وليس منفصلا عنه .

يجب علم المستأنف الطعن بالنقض ، بعد صدور القرار الفاصل في استئنافه، وليس استئناف الحكم ثانية على شكل استئناف فرعي "2 ، كما قضت المحكمة العليا، بأن : " تحتسب المدة المتبقية من آجال الاستئناف الثاني ، في حالة تبليغ الحكم، من تاريخ صدور القرار القاضي بالشطب وتبقى الآجال مفتوحة ، اذا لم يتم تبليغ الحكم 3،

أما في المواد الإدارية، فأن المادة 449 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، فحددت آجال الاستئناف بشهرين ، بنصها كما يلي : " يحدد اجل استئناف الاحكام بشهرين (02)، ويخفض الى خمسة عشرة (15) يوم بالنسبة للأوامر الاستعجالية ،

وتسري هذا الآجال من يوم التبليغ الرسمي للآمر أو الحكم الى المعني وتسري من تاريخ اقضاء أجل المعارضة اذا صدر غيابيا .

أثار الطعن بالاستئناف:

يترتب على الاستئناف إعادة طرح النزاع ونقل الخصومة برمتها امام جهة الجهة القضائية الناظرة في الاستئناف ، ولكن في حدود لطلبات المقدمة من قبل المستأنف ، ليعاد نشر النزاع ،ثانيا بكل مشتملاته من دفوع وادلة واوجه الدفاع ، ليتنسى لمحكمة الدرجة الثانية الفصل فيه وقاعا وقانونا ، اعمالا لمبدأ التقاضي على درجتين .

وتظهر أهمية التقاضي على درجتين من خلال آثار الطعن بالاستئناف، الذي يؤدي الى إعادة النظر من جديد واقعا وقانونا في النزاع المطروح ، وذلك بالنظر الى مفعوله الناقل ،(ب)، وزيادة على ذلك الأثر الموقف (أ).

1 مجلة المحكمة العليا ، ع 1 2011، ص 129 .

2 مجلة المحكمة العليا ، العدد الثاني ، 2015 ، ص 179 .

3 قرار رقم 1102281، بتاريخ 2016/12/15، ، مجلة المحكمة العليا ، العدد الثاني 2016، 242 .

أ) الأثر الموقف للاستئناف:

يقصد بالأثر الموقف للاستئناف، بان رفع الاستئناف يوقف تنفيذ الحكم الابتدائي الواقع استئنافه الى حين صدور الحكم الاستئنافي بتأييده او بتعديله ، أو بإلغائه .

وهذا الأثر يندرج في حقيقة الأمر في اطار الفلسفة التي يقوم عليها مبدا التقاضي على درجتين ، اذ يتكامل الأثر الناقل والاثر الموقف في تجسيد وتحقيق الغاية الت يمن أجلها أقر مبدأ التقاضي على درجتين ، أي اعتبار الحكم الابتدائي كأن لم يكن ، لتتولى محكمة الدرجة الثانية النظر في النزاع من جديد بصورة مستقلة عن الاتجاه الذي سلكته محكمة الدرجة الأولى .

وقد كرس المشرع الجزائري الأثر الموقف للاستئناف بالمادة 323 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بانه " يوقف تنفيذ الحكم خلال اجل الطعن العادي ، كما يوقف بسبب ممارسته " وبالنتيجة فان استئناف الاحكام الابتدائية يعطل تنفيذها الا فيما استثناه القانون ، وذلك لغاية لصدور الفصل على مستوى الاستئناف بتأييده او بنقضه ، فطالما أن المحكمة ستعيد النظر في القضية واقعا وقانونا فلا موجب اذا لتنفيذ الحكم المطعون فيه بالاستئناف حتى لا يؤدي الأمر الى حالات يصعب تداركها في حالة الغاء الحكم وذلك بغض النظر عما اقره القانون من حالات الاذن بالتنفيذ بدون الالتفات للاستئناف.

وبذلك فان الأثر الموقف للاستئناف بتوقيف تنفيذ الحكم خلال حتى الفصل في النزاع وصدور قرار المجلس بتأييد الحكم أو بإلغائه، يعتبر أثر حتمي وجوهري يكفل لمبدأ التقاضي على درجتين هدفه الأساسي ، ففي بعض الحقوق يفقد الطعن مضمونه وجدواه اذا لم يتمكن المدعى من الحصول على وقف التنفيذ ، وقد أخضع المشرع هذا الأثر لقيود ، حتى يكون الطعن بالاستئناف متناسبا مع ما تفتضيه الحقوق .

ولكن المشرع وضع مبدأ عاما للأثر الموقف للاستئناف وكذلك استثناء ، فالمبدأ فهو بمجرد استئناف الحكم يؤخر تنفيذه ، والاستثناء هو استمرارية تنفيذ الحكم ، اذا كان مشمولا بالنفاذ المعجل ، الا اذا قررت محكمة الاستئناف الغاء القرار الصادر بالاستئناف .1

وذلك على معني الفقرة الثانية من المادة 323 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بنصها على" باستثناء الاحكام الواجبة التنفيذ بقوة القانون 2، يؤمر بالتنفيذ المعجل رغم المعارضة والاستئناف ، عند

1لفته هامل العجيلي ، الطعن بالاستئناف ، في قانون المرافعات المدنية وتطبيقاته القضائية ، مرجع سابق ص 105.

2 كما تنص على ذلك المادة 303 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بأن الامر الاستعجالي معجل النفاذ بكفالة او بدونها .

طلبه في جميع الحالات التي يحكم فيها بناء على عقد رسمي أو وعد معترف به، او حكم سابق حاز قوة الشيء المقضي به ، او في مادة النفقة ومنح مسكن الزوجية لمن أسندت اليه الحضانة .

كما يجوز للقاضي في جميع الأحوال الأخرى ، أن يأمر في حالة الاستعجال بالنفاذ المعجل بكفالة أو بدون كفالة "، وفي جميع الحالات المذكورة يجوز لرئيس المجلس القضائي أن يوقف النفاذ المعجل في حالة الاعتراض ، ويرجع للقاعدة العامة المتعقلة بالأثر الموقف للاستئناف مفعولها .

وهذا الحالات المستثناة من الأثر الوقف للاستئناف جاءت مقيدة وتحت رقابة القاضي ، بما يكفل أيضا جدوى مبدأ التقاضي على درجتي، تبعا للحالات التي تفرزها طبيعة النزاع والحق المراد حمايته، من وجهة ومن جهة ثانية تتصل هذه الاستثناءات بحالة التأكد التي تستدعي تنفيذ لحكم الابتدائي بغض النظر عن الاستئناف ، وعنصر التأكد هذا يمكن أن يكون متصلا بالصيغة المعاشية للنزاع كما في القضايا الاجتماعية ، أو يكون عنصر التأكد هذا متصلا بحماية حقوق ومصالح المحكوم له ابتدائيا ، الذي يكون موقعه في النزاع قويا كوجود حكم سابق مثلا .

ب) : الأثر الناقل للاستئناف .

اذا كانت محكمة اول درجة تحتفظ بولايتها كاملة على النزاع منذ لحظة رفع الدعوى حتى لحظة النطق بالحكم ، فإنها تفقد ولايتها بمجرد اصدار الحكم الحاسم لهذا النزاع " تستنفد ولايتها " وان كانت تحتفظ بولاية تكميلية تسمح لها بتفسير هذا الحكم اذا كان غامضا وبتصحيح ما شابه من خطأ مادي بحث اذا قام هذا الخطأ ، الا انه بمجرد الطعن بالاستئناف فان محكمة الدرجة الأولى لا يسمح لها أي صلة بهذا النزاع ، حيث تفقد كذلك تلك الولاية .1

ومعنى ذلك فان محكمة أول لدرجة بمجرد النطق بالحكم الفاصل في موضوع النزاع ، فإنها ترفع يدها على القضية بشان موضوع النزاع ، وبتوقيع الطعن في الحكم ينعقد الاختصاص لمحكمة الدرجة الثانية وحدها بكل ما يتعلق بالحكم ، ذلك بان اختصاص كل جهة قضائية وكل درجة للتقاضي من النظام العام ومناطه السير الحسن للعدالة وعدم اعتداء محكمة أقل درجة على محكمة الدرجة الأعلى.

اذا كان سلب الولاية تماما من قضاة أول درجة هو الوجه السلبي للطعن بالاستئناف، فأن تأكيد اختصاص قضاة الدرجة الثانية بنظر النزاع هو الوجه الإيجابي لهذا الطعن ، حيث ينقل النزاع اليهم، ويصبح من حقهم وحدهم التصدي لأي مشكلة تنصب على موضوع الحكم المطعون فيه.2

---

1 أحمد هندي ، التقاضي على درجتين ، مرجع سابق ص 164 .

2أحمد هندي ، التقاضي على درجتين ، مرجع سابق ص 166 ، نقلا عن جارسونيةوسيزاري الشرح 6 1915 ، ص 185 رقم 102 .

لقد حدد الفقيه المصري احمد أبو الوفاء مفهوم الأثر الناقل للاستئناف بالقول " يترتب على رفع الاستئناف طرح النزاع المرفوع عنه بحالته التي كان عليها قبل صدور الحكم المستأنف على محكمة الدرجة الثانية ، لتفصل فيه من جديد ولها كل ما لمحكمة الدرجة الأولى من سلطة في هذا الصدد ، فهي تبحث وقائع الدعوى وتقوم باتخاذ ما تراه من إجراءات الاثبات ، وتعيد تقدير الوقائع من واقع ما قدم اليها من مستندات ومن واقع دفاع الخصوم ، ثم هي أخيرا تطبق القاعدة القانونية التي تراها صحيحة على وقائع الدعوى 1.

وبذلك فان المفعول الناقل للاستئناف نقل الدعوى واقعا وقانونا ، وهو أيضا مبدأ أساسي لنظام التقاضي على درجتين ، فهو أيضا مبدأ استقرار النزاع الذي يقضي بان مناط التقاضي أمام محكمة الدرجة الثانية يتحدد بموجب الدعوى الأصلية ، والطلبات العارضة كما وقع رفعها أمام محكمة الدرجة الأولى .

وبالنتيجة فأن الأثر الناقل للاستئناف يقتضي أن تتولى محكمة الدرجة الثانية الفصل في النزاع دون ان تقيد نظرها بالكم الابتدائي ، في تكييف الوقائع واعتماد وسائل الاثبات وتقدير النتائج القانونية الناتجة عن الحكم ، غير ان هذه الحرية التي تتمته بها جهة الاستئناف ليست مطلقة ، ذلك بانها مقيدة بمبدأ استقرار النزاع الذي يخضع بدوره الى جملة من الاستثناءات .

والمقصود بمبدأ استقرار النزاع هو ان مناط النزاع على مستوى الاستئناف يتحدد على ضوء الدعوى الاصلية والطلبات العارضة، وذلك من حيث الموضوع ومن حيث الأطراف، وهذا المناط لابد ان يستقر في حدوده المرسومة أولا امام محكمة الدرجة الأولى فيكون الحد الأقصى للأثر الناقل للاستئناف.

وتأكيدا لمبدأ استقرار النزاع لا يجب ان يتضمن الاستئناف طلبات جديدة لان ذلك يتعارض مع مبدا التقاضي على درجتين ، بما يعني عدم إمكانية الزيادة في الدعوى التي حكم فيها ابتدائيا، ولا تغييرها حتى ولو رضى الخصم ، وبذلك أكدت المادة 340 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، بانه " ينقل الاستئناف الى المجلس القضائي مقتضيات الحكم التي يشير اليها هذا الاستئناف صراحة او ضمنا، او المقتضيات الأخرى المرتبطة بها ، ويمكن أن يقتصر الاستئناف على بعض مقتضيات الحكم ، اما الفقرة الأخيرة من ذات المادة فأكدت بأن الاستئناف ينقل الخصومة برمتها عندما يهدف الاستئناف الى الغاء الحكم أو اذا كان موضوع النزاع غير قابل للتجزئة ، وهو ما سلكته المحكمة العليا في القرار رقم 787321، المؤرخ في 2012/07/04، في القضية بين ، ورثة (م م)، ضد (ت س) ، وقد جاء في القرار ما يلي : المبدأ أن المادة 340 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

---

1 احمد أبو الوفاء ، أصول المحاكمات المدنية ، الدار الجامعية للطباعة والنشر بيروت لبنان ، طبعة 1983 ، ص 728 .

، تنصب على الخصومة وكيفية نقلها من محكمة اول درجة الى مرحلة الاستئناف ،وليس على طرفي الخصومة.1

فطالما ان المجلس القضائي هو الدرجة الثانية للتقاضي ويفصل في الموضوع فمن اثار الاستئناف أنه ينقل النزاع برمته أي بما يخصه من وقائع ومسائل قانونية ، فهو يسقط حجية الشيء المقضي به ، أذ يسمح بإعادة النظر في الدعوى لتدارك ما يكون قد وقع من سهو أو اغفال أو سوء تقدير للوقائع وتكييفها القانوني على مستوى الدرجة الأولى 2 ، وهو الحكم الذي قررته المادة 339 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، بان تفصل جهة الاستئناف من جديد من حيث الوقائع والقانون .

ولضمان الوجاهية واحترام الحق في الدفاع أقر القانون أيضا أن يرفع الاستئناف وجوبا بموجب عريضة كتابية يحررها محام تحت طائلة عدم قبول الاستئناف شكلا 3 ، كما يجب أيضا مراعاة أجل عشرين (20) يوما على الأقل بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور والتاريخ المحدد لأول جلسة كما هو مقرر بالمادة 539 الفقرة الأخيرة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

ومهما يكن من أمر فان فتح باب الاستئناف أمام المتقاضين يعتبر أهم الضمانات المكفولة للحق في التقاضي ، اذا يمنح الاستئناف للمتقاضي الذي تتفق عقيدته مع الحكم الابتدائي ، ولم يرضى به ، فرصة نقل النزاع الى محكمة أعلى لإعادة النظر فيه من جديد وقاعا وقانونا ، بما يدعم حظوظه في الحصول على حكم اكثر عدلا بالنزر خاصة لما يتميز به قضاة الدرجة الثانية من خبرة وتجربة ، ويوفر فحصا ثانيا للنزاع لذلك تبنته مختلف القوانين المقارنة ، وتم السمو به الى التنصيص عليه في الدستور ، وفي القوانين الإجرائية المدنية والجزائية .

وتطبيقا لقاعدة " لا يطرح على محكمة الاستئناف الا ما طعن فيه " ، والتي تمثل حدا قويا على مبدأ الأثر الناقل للاستئناف ،وهو ما يوضع حدود مبدأ التقاضي على درجتين ، ولكن هناك حد آخر لمبدأ الأثر الناقل للاستئناف ، وهو المتمثل في قاعدة " انه لا يطرح على محكمة الاستئناف الا ما طرح أمام أول درجة وفصلت فيه .

ولضمان استعمال الحق في الطعن في الاستئناف من قبل الخصوم ، فان المشرع الجزائري أجاز توقيع جزاءات مدنية أذا تبين له تعسف المستأنف ، وهو الحكم المقرر بموجب المادة 347 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، بنصها " يجوز للمجلس القضائي ، اذا تبين له أن الاستئناف تعسفي أ

---

1 للمزيد انطر يوسف دلاندة ، مرجع سابق ص 91، والمجلة القضائية للمحكمة العليا العدد الثاني 2012 ، ص 207 .

2 عبد السلام ذيب مرجع سابق ص 232 .

3 أنظر المادتين 538 و 539 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

الغرض منه الاضرار بالمستأنف عليه ، أن يحكم على المستأنف بغرامة مدنية من عشرة الاف دينار (10.000 دج)، الى عشرين الف دينار (20.000. دج)، دون الاخلال بالتعويضات التي يمكن ان يحكم بها للمستأنف عليه .

4) التصدي، L'évocation:

التصدي يعني انه اذا طعن في حكم فرعي فانه يجوز لمحكمة الاستئناف ان تمدها الى كل النزاع ضاربة عرض الحائط بالأثر الناقل المحدود المترتب على رفع الطعن في هذا الحكم الفرعي ، فمحل التصدي لا يظهر الا اذا لم تحكم أول درجة في موضوع النزاع ، ويطعن في هذا الحكم ويكون هناك أثر ناقل محدود لهذا الطعن أي فصلت في مسالة فرعية، وطعن في حكمها هذا بالاستئناف ، وقامت محكمة الدرجة الثانية بالفصل في المسألة الفرعية او العارضة وفي الموضوع في نفس الوقت 1 ، والامر على ما يظهر يخالف مبدا الأثر الناقل للاستئناف ، ولمبدأ التقاضي على درجتين أيضا .

فالتصدي هو السلطة هو السلطة المخولة لمحكمة الدرجة الثانية حال استئناف حكم صادر في شان دفع شكلي دون الموضوع أن تتولى النظر في الموضوع وثبت فيه اذا رات نقض الحكم المستأنف.

فالتصدي يطبق عمليا في الحالات المتعلقة بالجوانب الإجرائية والشكلية للدعوى، كان تكون محكمة الدرجة الأولى قضت خطأ بعدم اختصاصها، و ببطلان عريضة الدعوى وغير ذلك من الحالات التي يكون فيها الحكم الابتدائي مطعون فيه على سبب متعلق بالشكل والاجراء وليس الموضوع .

وباعتبار ان الامر جوازا ، فان المادة 568 ، من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، اجازت ذلك كما يلي : " اذا طعن أمام محكمة الاستئناف في حكم صادر باتخاذ اجراء من إجراءات التحقيق ، او في حكم صادر في دفع اجرائي وأنهي الخصومة، فان المحكمة يمكن ان تتصدى للمسائل التي لم يفصل فيها ، وذلك اذا قدرت ان مصلحة العدالة تقتضي هذا الحل النهائي ، ولمحكمة الاستئناف في سبيل ذلك ان تأمر ما يلزم من إجراءات التحقيق ".

وهو نفس الحكم التشريعي المنصوص عنه في التشريع الجزائري بموجب المادة 346 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، " عند الفصل في استئناف حكم فاصل في أحد الدفوع الشكلية قضى

---

1 أحمد هندي ، التقاضي على درجتين ، مرجع سابق ص281 ، نقلا عن نبيل عمر إسماعيل، الطعن بالاستئناف ص 645، و أيضا موتوليسكي، الأثر الناقل للاستئناف والتصدي في القضاء الحديث لمحكمة النقض ، الأسبوعية القضائية، 1953 61 ، وموريس لوازيل ، الاستخدام الصحصح لفكرة التصدي في الإجراءات المدنية ، الأسبوعية 1971 ، 1 فقه رقم 2432 فقرة رقم 2 ، و كريبون ، شرح الاستئناف في المواد المدنية ، 2 ، ص 403، رقم 3567 وما بعدها .

بأنهاء الخصومة ، يجوز للمجلس القضائي التصدي للمسائل غير المفصول فيها أذا تبين له ولحسين سير العدالة ، اعطاء حل نهائي للنزاع وذلك بعد الامر بأجراء تحقيق عند الاقتضاء " .

ولقد تطلب المشرع – الفرنسي ، والجزائري – ، تحقق شرطين ، حتى يمكن لمحكمة الاستئناف ان تمارس التصدي:

الشرط **الأول:** يتمثل في ان يكون الحكم المطعون فيه بالاستئناف، أما صادر بصدد أتخاذاجراءت التحقيق ، او صادر في دفع أجرائي أنهى الخصومة أمام أول درجة .

أما الشرط **الثاني:** فهو ان تقدر محكمة الاستئناف ان مصلحة العدالة تقتضي هذا التصدي، معنى ذلك انه يجب حتى تمارس المحكمة سلطتها في التصدي لموضوع النزاع ، ان يكون الحكم امامها له طابع معين يتلخص في أنه لم يفصل في الموضوع، والمشرع يوضح ذلك بالقول بان الحكم يجب أن يكون حكما صادرا بأجراء تحقيق او دفع أجرائي أنهى الخصومة أمام الدرجة الأولى .1

ويعني ذلك أنه اذا الغت جهة الاستئناف الحكم، فيما قضى به من رفض الدعوى بسبب دفع اجرائي، أرجعته للمحكمة للفصل فيه، احتراما لمبدأ التقاضي على درجتين، غير أنه وتحقيقا لحسن سير العدالة، أجازت هذا المادة للمجلس القضائي الفصل في موضوع النزاع بالرغم من ان الحكم المطعون فيه لم يفصل سوى في أحدى الدفوع الإجرائية، أذا تبين لهم أنه من الأفضل وضع حد للنزاع دون حاجة لإرجاع القضية الى المحكمة .2

وبالنسبة للحكم الصادر في الدفع الاجرائي الذي انهي الخصومة امام اول درجة ، فيقصد به الحكم الصادر من اول درجة حول الدفع بعدم الاختصاص ، او بالارتباط ، او دفع بالبطلان، ويكون قد أخرج النزاع من ولاية محكمة الدرجة الأولى ،أي انهي الخصومة امامها مع انه لم يفصل في موضوعها ، 3 ومن الحالات المتواترة في الممارسة القضائية الدفع ببطلان عرضة افتتاح الدعوى .

وما يمكا أيضا استنتاجه مما سبق بيانه أن التصدي يخضع أيضا لشرط يرمي الى الحرص على عدم المساس بمبدأ التقاضي على درجتين ، الا بقدر الضرورة والحاجة ، وهو أن تكون جهة الاستئناف او محكمة الدرجة الثانية تتولى النظر بموجب استئناف صحيح شكلا.

ومما يلاحظ من النص فان المجلس غير مجبر قانونا ، فله الخيار بين القضاء في الموضوع ، او الإلغاء والاحالة، الا ان الحل الثاني قد يكون أنسب في العديد من الحالات لأنه في نهاية الامر يحقق نتيجتين في نفس الوقت :

1احمد هندي ، مبدأ التقاضي على درجتين ، مرجع سابق ص 274 .

2 عبد السلام ذيب مرجع سابق ، ص 234 .

3 احمد هندي ، مبدأ التقاضي على درجتين ، مرجع سابق ص 275 .

الأولى : أنه يمكن من إعادة عرض النزاع مرتين على القضاء، اذا ان محكمة الدرجة الثانية عندما يثار أمامها دفع شكلي وتقضي في الموضوع دون ارجاع القضية لمحكمة أول درجة، فأن الجانب الذي يهم مضوع النزاع سيكون قد تم عرضه مرة واحدة فقط ، وهو الامر الذي يتعارض مع روح مبدا التقاضي على درجتين وعلى الغاية من اقراره .

الثانية : أن اجراء التصدي قد يقي في بعض الحالات من قيام حالة تنازع سلبي عندما تقضى محكمة الدرجة الأولى خطأ بعدم اختصاصها لكون القضية من اختصاص جهة ثانية مثلا، ثم يتبين أن هذه المحكمة ليست مختصة قانون بالنظر في النزاع ، فيكون قرار الإلغاء والاحالة الصادر من المجلس القضائي بمثابة إعادة الأمور الى نصابها .

وقد قضت المحكمة العليا في هذا الشأن بأن : " تصدر المجلس بالاختصاص بالفصل في الطلاق ، دون الحكم بالحقوق المقررة للزوجة، بدعوى مبدأ التقاضي على درجتين وعدم استنفاذ المحكمة لولايتها، خطأ في تطبيق القانون " 1 .

وبذلك يتبين بان التصدي هو رخصة من المشرع لقضاة الاستئناف، فان شاءوا استعملوا آلية التصدي، حتى وان طلب التصدي أحد الخصوم فجهة الاستئناف غير ملزمين قانونا بذلك ، ويمكنهم إحالة القضية الى محكمة اول درجة .

وفي النهاية فان المشرع الجزائري أقر مبدأ التقاضي على درجتين المجسد في الطعن بالاستئناف،كما أقر أيضا الحق في الطعن بالمعارضة كطريق عادي.

ثانيا: الطعن بالمعارضة.

المعارضة أحدى طرق الطعن العادية ، يمارسها الخصم المتغيب ، تسمح له بمراجعة الحكم أو القرار الغيابي والنظر في القضية من جديد من حيث الوقائع والقانون، أمام نفس الجهة التي أصدرت الحكم أو القرار الغيابي الصادرين عن محكمة أو مجلس قضائي ، باستثناء قرارات المحكمة العليا 2، وهو ما أكدته المادة 327 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 3.

تعتبر المعارضة طريق عادي للطعن فتحها المشرع للمطالبة بمراجعة الحكم الذي صدر في غياب الخصم الذي يستعملها ، ويرجع الحكم أمام الجهة القضائية التي فصلت فيه أول مرةّ ، وهذه الطعن

---

1 قرار مؤرخ في : 2017/03/08، ملف رقم 1094051 ، مجلة المحكمة العليا العدد الأول 2017، ص 148 .

2 بربارة عبد الرحمان ، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق ، ص 346 .

3 تنص المادة 327 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، على " تهدف المعارضة المرفوعة من قبل الخصم المتغيب الى مراجعة الحكم الحكم أو القرار الغيابي، ويفصل من جديد من حيث القانون والواقع ، ويصبح الحكم أو القرار المعارض فيه كان لم يكن، مالم يكن هذا الحكم او القرار مشمولا بالنفاذ المعجل.

مفتوح بقوة القانون ولايمكن حرمان من تغيب منه الا بنص صريح 1 ، وقد نصت المادة 328 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بأن" يكون الحكم او القرار الغيابي ، قابلا للمعارضة أمام نفس الجهة القضائية التي أصدرته ، كما تهدف المعارضة المرفوعة من قبل الخصم المتغيب الى مراجعة الحكم او القرار الغيابي 2.

كما تعد المعارضة أيضا امتدادا للحق في التقاضي، ويفترض وفقا للمفهوم المتعارف عليه في ميدان التقاضي وجود حكم صدر في غياب شخص ونال من حقوقه ، ويبقى لهذا الشخص حق ممارسة حقه في الطعن بالمعارضة وقد أقرت التشريعات المقارنة هذا الاتجاه ، فدهب المشرع الفرنسي الى أن للمدعى عليه حق المعارضة في الاحكام الغيابية ، وتمثل هذه الطريقة للطعن احد الضمانات المقررة لحقوق المدعى عليه الغائب ، فالقاضي كما عبر عن ذلك الأستاذ بيرو perrot ، أذا أقتصر على سماع وجهة نظر المدعى فقط من المحتمل ان يقع في الغلط .3

ان أقرار المشرع الحق في المعارضة على الاحكام الغيابية في النزاع المدني يمثل مكنة اضافية للمتقاضي ، تنسجم مع مجمل قانون الإجراءات المدنية والإدارية المقررة ضمانا لمبدأ المواجهة بين الخصوم .

وتوجه المعارضة ضد حكم غيابي صادر في غيبة المدعى عليه او محاميه رغم صحة التكليف بالحضور ، كما تكون أيضا الأوامر الصادر غيابيا في آخر درجة قابلة للمعارضة ، وبذلك يمكن الخصم المتغيب عن الحضور والمتضرر من الحكم كمدعى عليه من استعمال وسيلة الطعن في ذلك الحكم الصادر في غيبته .

ولعل أهم أثر للمعارضة هو وقف تنفيذ الحكم خلال آجال الطعن لكون المعارضة طريق عادي للطعن بحسب المادة 323 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، بنصها " يوقف تنفيذ الحكم خلال آجال الطعن العادي ، كما يوقف بسبب ممارسته " ، ولكن نفس المادة الفقرة الثانية منها أوردت استثناءا على هذه القاعدة تتعلق بعدم اعمال الأثر الموقف للطعن بالمعارضة طريق عادي بالنسب للأحكام الواجبة التنفيذ بقوة القانون ، ونفس الامر بالنسبة للاحكام التي يأمر فيها القاضي بالنفاذ المعجل بناءا على ثبوت الالتزام بعقد رسمي أو وعد معترف به ، أو بحكم حائز لقوة الشيء المقضي به،كما حدد القانون مواد أخرى حصرا وهي ، مادة النفقة ، ومنح مسكن الزوجية لمن أسندت اليه الحضانة 4وهي اسباب لا تحتمل الارجاء والتأخير لتعلقها بدواعي إنسانية .

---

1 عبد السلام ذيب ،رمجع سابق ص 221 .

2 المادة 327 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

3Perrot roger , institution judiciaries , op.cit p 532 .

4 المادة 323 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

وقد تم تأكيد هذا المنحى أيضا بالمادة 327 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، في الفقرة الثانية بنصها " يفصل في القضية من جديد من حيث الواقع والقانون ، ويصبح الحكم او القرار المعارض فيه كان لم يكن، مالم يكن هذا الحكم مشمول بالنفاذ المعجل .

ولطبيعة الطعن بالمعارضة المنصبة على حكم في غبية الخصم الذي لم توفر له مكنة الدفاع عن حقوقه ، فان القضية يعاد نشرها من جديد للفصل فيها من حيث القانون والوقائع ، لان الحكم الغيابي محل المعارضة بمجرد توقيع الطعن فيه يصبح كان لم يكن مالم يكن مشمولا بالنفاذ المعجل ، وهنا يطرح الامر اشكال وأوضاع غير طبيعية ، فكيف يمكن تنفيذ حكم غيابي مشمول بالنفاذ المعجل بحكم المادة 323 و327 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، رغم الطعن فيه بالمعارضة ، وهذا بات كان لم يكن كما جاءت به المادة 327 من نفس القانون .

وقد ذهبت المحكمة العليا بشان ذلك في قرار رقم 420981، مؤرخ في 2007/06/06، الى ما يلي: " حيث أنه يتبين من الوثائق المقدمة بالملف وبالخصوص القرارات الصادرة في النزاع ان القرار المطعون فيه الذي صدر غيابيا تمت معارضته من طرف شركة (ر ت) ، وتم ألغائه بقرار مؤرخ في 2005/11/27، فهرس 05/15،.

وحيث انه ، ومتى كان كذلك فانه لا يمكن الطعن فيه بالنقض لأن الطعن بالمعارضة في الاحكام الغيابية يجعل من هذا الاحكام كأنها لم تكن ، فضلا على أنه صدر قرار اثر المعارضة بحصور الطاعنة الغى القرار المعارض فيه ، وعليه يتعين القول ان الطعن بالنقض في قرار وقع الغائه غير جائز [1].

على ان القانون ولعدم إطالة امد النزاع على مستوى الدرجة الأولى، وتأبيد الخصومة بين أطرافها وتماطل الخصوم باستعمال مكنة المعارضة على معارضة ، فان القانون بموجب المادة 331 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نصت على أنه " يكون الحكم الصادر في المعارضة حضوريا في مواجهة جميع الخصوم ، وهو غير قابل للمعارضة من جديد " والحقيقة ان عدم قابلية المعارضة مانعة من تعسف الخصوم في تكرار الغياب والاستفادة من مكنة الطعن بالمعارضة ، لعدم جواز المارضة على معارضة، وبذلك يكون الحكم الصادر في المعارضة حضوريا في مواجهة جميع الخصوم سواء حضروا الجلسة أو تغيبوا عنها، بحسب ما نصت عليه المادة 331 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

وفي المواد الإدارية ، اكدت المادة 953 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، على أن تكون الاحكام والقرارات الصادرة غيابيا عن المحاكم الإدارية ومجلس الدولة قابلة للمعارضة .

---

1 عبد السلام ذيب ، مردع سابق ص 223 .

أما آجال المعارضة فترفع خلال اجل شهر واحد (01) من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم أو القرار الغيابي 1،وقد رتب القانون نفس أثرالموقفللمعارضة باعتبارها طريقا عادي للطعن ، كما نصت على ذلك المادة 955 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مالم يؤمر القانون بخلاف ذلك .

والى جانب الاستئناف والمعارضة بوصفهما طرق عادية للطعن ، هناك طرق غير عادية تسهم كذلك في كفالة حق التقاضي .

الفرع الثالث : الطرق غير العادية للطعن .

تؤدي طرق الطعن غير العادية دورا مهما في كفالة حق التقاضي، ذلك بان هذا الحق يتمثل في اللجوء الى المحاكم ، ونتيجة لذلك فأن طرق الطعن غير العادية تفسح بابا واسعا أم المتقاضين للوصول الى الطعن في الاحكام وهو ما يمثل أيضا أفضل ضمانا للحق في التقاضي.

هذه الطرق للطعن تواجه حكما حائزا لقوة الأمر المقضي ، أي تواجه حكم وصل فيه التقرير القضائي فيه درجة معينة من القوة ، هذا القوة تحول دون الطعن فيه بطرق الطعن العادية ، كما تحول دون أن يكون لمحكمة الطعن ذات السلطة التي كانت للمحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه ، وهذه القوة – أخيرا – تحول دون أن يبني الطعن في مثل هذا الحكم على أية أسباب كانت 2 .

فلا تفتح طرق الطعن غير العادية الا في حالات استثنائية محددة قانونا واستعمالها لا يوقف تنفيذ الحكم مالم ينص القانون على خلاف ذلك 3، وينص القانون على عقاب كل من يتعسف في استعمال طرق الطعن هذه فضلا عن التعويضات المطالب بها من طرف الخصم 4.

وقد حصر القانون أسباب طرق الطعن غير العادية وحدد حالاتها، وبالتالي لايقبل الطعن بها الا لعيب من العيوب التي نص عليها القانون ،لفلا يمكن انتهاج سبل الطعن غير العادية الا اذا كان عدم رضا المحكوم عليه بالحكم يمكن رده الى سبب من الأسباب المحددة التي جعلها القانون مناط لجواز الطعن ، فمثلا لايكفي للطعن بالنقض مجرد عدم رضا المحكوم عليه بالحكم اذا كان مراد ذلك نزاعا على الوقائع وانما يجب أن يكون عدم رضاه مرده كون الحكم المطعون فيه مبنيا على مخالفة للقانون

---

1 أنظر المادة 954 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

2 نبيل إسماعيل عمر ، الوسيط في الطعن بالتماس إعادة النظر في المواد المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر 2004 ، الإسكندرية ، ص 8 .

3 المادة 361 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، على أنه " لا يترتب على الطعن بالنقض وقف تنفيذ الحكم او القرار ، ما عدا في المواد المتعلقة بحالة الأشخاص،اهليتهم وفي دعوى التزوير " .

4 عبد السلام، ذيب مرجع سابق ص 235 .

او خطأ في تطبيقه أو في تأويله ، أو وقوع بطلان في الحكم أو في الإجراءات أثرصدور الحكم ، او اذا كان الحكم انتهائي وفصل في نزاع خلاف لحكم آخر .. .[1]

فيجب ان يؤسس الطعن بالنقض على سبب من الأسباب المحددة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالمادة 358 ، وذلك على خلاف طرق الطعن العادية التي تبنى على عدم عدالة الحكم أو عدم رضا المحكوم عليه على الحكم .

فلم يكتف المشرعبمنح المتقاضين مكنة عرض دعواهم أمام محكمة درجة ثانية لإعادة النظر من حيث الوقاع والقانون ، بل ايضا وفر لهم محكمة قانون وهي في الجزائر المحكمة العليا ، تتولى مراقبة مشروعية القرارات الصادرة في أخر درجة من ناحية تأويل القانون وكذا تطبيقه الطعن بالنقض (أولا)، كما اقر الطعن بأعتراض الغير خارج الخصومة لمن مس الحكم بمصالحه دون ان يكون طرفا فيه (ثانيا) ،ولم يكتفي المشرع بذلك بل انه ولتدعيم الحق في التقاضي ويكون حقا مكرسا فعلا،راعى حالة ظهور عناصر جديدة فأقر أمكانية الطعن بالتماس إعادة النظر (ثالثا)

أولا : الطعن بالنقض .

اجمع فقهاء القانون على ان الطعن بالنقض يعتبر وسيلة طعن غير عادية، تمكن المتقاضي من رفع قضيته الى المحكمة الأعلى في الهرم القضائي ، لاعمال رقابتها على حسن تطبيق القانون من قبل محاكم الموضوع ، ويتقصر هذا الطعن على الاحكام الصادرة نهائيا ، الا انه تأمينا قانونيا خالصا لحسن ممارسة الحق في التقاضي بفرض رقابة قانونيا صرفة على عمل أخر درجة للتقاضي ، أوفي حالة أخرى لآخر درجة لبعض الاحكام الابتدائية والنهائية في آن معا .

وقد طرح الاشكال حول ما اذا كان من الممكن اعتبار محاكم النقض درجة ثالثة للتقاضي ، وفي هذه الأساس تعددت الآراء تبعا للأنظمة القانونية المتعارف عليها الى ثلاث أصناف .

الأولى : تبني مفهوم موسع للطعن بالنقض ، أذا جعل من محاكم النقض محكمة قضائية عليا تمثل درجة ثالثة من درجات التقاضي ، وبذلك فهي مؤهلة للنظر في الموضوع والقانون ، ولافرق بينها وبين محاكم الموضوع سوى انها تقع في أعلى هرم الهيل القضائي ، وخير ثمال على هذا النوع مجلس اللوردات البريطاني ، والمجالس العليا بكل من كندا ، السويد وبولونيا ، واليابان .

ثانيا : الاتجاه الثاني حدد دور ماحكم النقض على توحيد الاجتهاد القضائي ، وحسن تطبيق القانون على الصعيد الوطني ، بدون التصدى لمسائل الواقع ، وقد اخذ بهذا الاتجاه معظم الدول الأوروبية ، التي أقتدت بفرنسا ، مثل إيطاليا ، بلجيكا ، وهو نفس الاتجاه الذي أخذه التشريع الجزائري ،كقاعدة

---

1 حمدي عطية مصطفى عامر ، ضمانات التقاضي الأساسية، في النظام القانوني الوضعي والإسلامي ، دراسة مقارنة، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية ، ط 1 ،2015 ، ص568 .

عامة بنص المادة 171 من الدستور ، " تمثل المحكمة العليا الهيئة المقومة لأعمال المجلس القضائية والمحاكم.

ويمثل مجلس الدولة الهيئة المقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية.

وتضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنجاء البلاد ويسهران على احترام القانون .

ثالثا : وهو أتجاه يمكن اعتباره وسطا بينمن يعطي لماحكم النقض مكنة النظر في الموضوع والقانون، وبين تلك التي تنكر عليها حق التصدي للمائل الواقعية ، وهنا تعتبر محكمة النقض المصرية افضل نموذج لذلك ، باعتبار انها تؤدي في نفس الوقت وظيفة الرقابة على محاكم الموضوع في سلامة تطبيق القانون وتأويله من جهة ، ولها أيضا حق التصدي لموضوع من جهة ثانية ، وهو ما نصت عليه المادة 269 من قانون المرافعات المصرية ، والذي بأنه اذا حكمت المحكمة بنقض الحكم المطعون فيه وكان موضوع القضية صالح للفصل فيه أو كان الطعن للمرة الثانية ، ورات المحكمة نقض الحكم المطعون فيه وجب عليها ان تحكم في الموضوع .

ويجدربنا التساؤل عن الاتجاه الذي سلكه المشرع الجزائري ؟، التأكيد بأن قانون التشريع الجزائري تأثر بصفة جلية بالتشريع المصري ، وهو ما جاءت به المادة 374 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، بنصها صراحة " يجب على جهة الإحالة – بعد النقض – أن تطبق قرار الإحالة فيما يتعلق بالمسائل القانونية التي فصلت فيها المحكمة العليا.

اذا لم تمتثل جهة الإحالة لقرار المحكمة العليا الفاصل في مسألة قانونية يجوز لهذه الأخيرة – المحكمة العليا – وبمناسبة النظر في الطعن بالنقض الثاني البث في موضوع النزاع .

أما الفقرة الرابعة من ذات المادة، بأنه " يجب على المحكمة العليا ، أن تفصل من حيث الواقع والقانون عند النظر في طعن ثالث ، ويكون قرارها هذا قابلا للتنفيذ " .

وبالرغم من ان محكمة النقض الفرنسية تعتبر أبرز مثالا للمحكمة التي تتحصر وظيفتها في تطبيق القانون، فان المادة 627 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، خولت لمحكمة النقض أن تضع حدا للنزاع في صورة ما اذا قررت النقض دون إحالة وكانت الوقائع التي سبق لقضاة الموضوع أن عاينوها وقدروها في نطاق اجتهادهم المطلق تسمح بتطبيق القاعدة القانونية المناسبة، لكن تطبيق هذا النص بقى محدود جدا.

وقضت المحكمة العليا ، بانه لايجوز للمدعي المدني الذي لم يتبع طرق الطعن العادية " الاستئناف " أن يلجأ الى طرق الطعن غير العادة " الطعن بالنقض " 1، وبانه " لايجوز الطعن بالنقض في قرار غيابي، مطعون فيه بالمعارضة، لانه أصبح منعدما، بمجرد الطعن فيه بالمعارضة، كما لا يجوز الطعن بالنقض في قرار غيابي، ال بعد انقضاء آجال المعارضة " 2 .

وقد جاء أيضا قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائرية بنفس النص القانوني مانحا للمحكمة العليا الفصل في موضوع النزاع ونصت المادة 365 الفقرة الثانية على "يجوز كذلك النقض دون إحالة، والفصل في النزاع نهائيا، عندما يكون قضاة الموضوع قد عاينوا وقدروا الوقائع بكيفية تسمح للمحكمة العليا أن تطبق القاعدة القانونية الملائمة "، كما ان قرار المحكمة العليا الصار بهذا الشأن يكون قابلا للتنفيذ ، وقضت أيضا المحكمة العليا ، بانه " يكون قرار المحكمة العليا الفاصل في الموضوع ، على أثر طعن ثالث ، قابلا للتنفيذ وغير قابل لأي طعن." 3

والقاعدة العامة لا تعتبر المحكمة العليا درجة ثالثة للتقاضي وانما يقتصر دورها على مراقبة مشروعية الاحكام من حيث حسن تطبيق القانون وكذا تأويله، وهو ما أكدته المادة الثالثة من القانون العضوي المحدد لتنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصها، بنصها " المحكمة العليا محكمة قانون " ، واوضحا القفرة الأخيرة من نفس المادة هذه المهمة الأساسية للمحكمة العليا ، بمايلي " تمارس المحكمة العليا الرقابة على الأوامر والأحكام والقررات القضائية من حيث تطبيقها السليم للقانون واحترامها لأشكال وقواعد الإجراءات"، كما ان الأوجه التي يبنى عليها الطعن بالنقض والمحددة حصرا بالمادة 358 ، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 4، هي أوجه قانونية محضة ، مما يبرر بأن المهمة الأساسية للمحكمة العليا هي مراقبة التطبيق السليم للقانون وحسن تأويله من قبل ماحكم الموضوع .

كما أن المادة 365 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أوردت استثناء على القاعدة ، بانه " ويمكن أن تكون محكمة موضوع في الحالات المحددة في القانون " وبذلك يمكن للمحكمة العليا بالحالات المحددة قانونا ان تكون محكمة موضوع .

ما يمكن ذكره أن الطعن بالنقض مهم للغاية لأنه يمكن المتقاضي من فرصة لنقل قضيته الى المحكمة العليا لإجراء رقابتها على حسن تطبيق القانون من قبل محاكم الموضوع وعند الاقتضاء

1 قرار مؤرخ في : 2016/10/19، ملف رقم 1148345، مجلة المحكمة العليا،ع2، 2016، ص 388 .

2 قرار مؤرخ في : 2017/04/13، ملف رقم 1145994 ، مجلة المحكمة العليا ع، 1، 2017، ص 227 .

3 قرار مؤرخ في : 2016/12/15، ملف رقم 1150956 ، مجلة المحكمة العليا عع 2 ،2016، ص 273 .

4 أنظر المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والمحدد بها ثمانية عشرة أوجه للطعن بالنقض امام المحكمة العليا .

التصدي للوقائع، وكل ذلك يمثل في حقيقة الامر ضمانا للمتقاضي الذي يسعى الى عدالة الحكم الذي يريد الصول اليه.

ثانيا : اعتراض الغير الخارج عن الخصومة .

يعتبر الطعن باعتراض الغير خارج عن الخصومة ضمانة حيوية لتكريس وحماية الحق في التقاضي، بالسماح للشخص الذي لم يكن طرفا في الخصومة الاصلية، ولكن أثر الحكم الصادر على مصلحته ، بالدفاع عن حقه أمام المحكمة.

واعتراض الغير الخارج عن الخصومة لايتخدم الا عندما يمس الحكم مصالح الغير الذي لم يكن طرفا في الخصومة الصادر بشانها الحكم محل الاعتراض ولم يكن ممثلا فيها ، والغاية من هذا الطعن مراجعة الحكم الذي ألحق الضرر بالغير الطاعن ، وهو ما يضمن عدالة المحاكمة.

لعل ما يميز هذا الطعن غير العادي هو انه غير مفتوح لأطراف النزاع ، وهو نص عليه المادة 381 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بانه " يجوز لكل شخص له مصلحة ولم يكن طرفا ولا ممثلا في الحكم او القرار أو الامر المطعون فيه ، تقديم اعتراض الغير الخارج عن الخصومة ، وبذلك فهو حق مطلق لكل شخص متضرر ليس بطرف في النزاع ولم يسبق استدعاؤه للتدخل بغض النظر عن علمه بالخصام الجاري بشأنه .

كما أن الاعتراض ينصرف الى كل حكم مهما كانت طبيعته أو وصفه أو درجته اذا كان صادرا عن احدى محاكم الموضوع وكضمان لحق الغير المتضرر في التقاضي ، كما يهدف الاعتراض الغير الخارج عن الخصومة الى مراجعة أو الغاء الحكم أو القرار أو الامر الاستعجالي الذي فصل في اصل الموضوع ، ويفصل في القضية من جديد من حيث الوقائع والقانون1 .

واذا كان اعتراض الغير الخارج عن الخصومة طريق طعن غير عادي ولا يوقف التنفيذ ، فان المشرع خول للمعترض رفع دعوى استعجالية ولقاضي الاستعجال أن يوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه2.

كما يهدف اعتراض الغير الخارج عن الخصومة ، الى جعل القاضي يعيد النظر في الحكم فيما يتعلق ببعض النقاض المفصول فيها والتي تمس بحقوق المعترض بتعديلها أو الغائها ، الا انه وتطبيقا للأثر النسبي للطعن فان هذا التعديل او الإلغاء لا يسري في مواجهة الخصوم الأصليين ، اذا يحتفظ الحكم المطعون فيه بالاعتراض باعتباره حائزا لحجية الشيء المقضي به بكافة آثاره ازائهم 3.

---

1 المادة 380 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

2 المادة 386 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

3عبد السلام ذيب ، مرجع سابق ص 258 .

ويجوز أيضًا اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، بالنسبة للأوامر الاستعجالية ، وهو ما قضت به المحكمة العليا، بقرارها المؤرخ في 1999/02/09، ملف رقم 198357، كما يلي : (من المقرر قانون بانه " لكل ذي مصلحة أن يطعن في حكم لم يكن طرفا فيه بطريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة.

المقرر المطعون فيه قد أضر بمصالح الطاعن،اذا انه امر بطرده من السكن المتنازع حوله، وبالتالي فان اعتراضه جائزاً قانوناً، طبقا لنص المادة المشار اليها أعلاه.

ومن ثم فأن قضاة الموضوع لما أعطوا تفسيرا خاطئا للمادة 191 من قانون الإجراءات المدنية تأسيسا على انها لا تذكر الأوامر الاستعجالية من ضمن الاحكام والقرارات القابلة لاعتراض الغير الخارج عن الخصومة، يكونون قد عرضوا قرارهم للنقض.1

ومما يمكن الإشارة اليه فان أجل الاعتراض حدده المشرع بخمسة عشرة سنة وهي نفس مدة التقادم الطويل المحددة في القواعد العامة في القانون المدني، وتسري هذه المادة مت اريخ صدور الحكم مالم ينص القانون على خلاف ذلك.

وقضت المحكمة العليا،بانه: "متى قبل القاضي دعوى اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، وجب أن ينحصر قضاؤه على الغاء أو تعديل مقتضيات الحكم أو القرار المعترض ضد المضرة بالمعترض لا غير، ويبقى الحكم أو القرار المعترض ضده محتفظا بآثاره على باقي الأطراف" 2.

والتصريح بعدم قبول دعوى اعتراض الغير الخارج عن الخصومة شكلا، لعدم جوازها، منطوق يحمل في طياته حكمين متناقضين.

يختلف عدم قبول دعوى الاعتراض شكلا عن عدم قبول الاعتراض لعدم جوازه، فالأول يقتصر على الناحية الشكلية ويمكن للخصم، صاحب المصلحة، ان يعيد رفع الدعوى من جديد بعد تصحيح العريضة، أما الثاني، فيتعلق بمدى توفر شروط قبول الدعوى، التي إذا تخلف أحدها، تعذر على الخصم إعادة رفع دعواه من جديد"3.

غير ان هذا الاجل يحدد بشهرين عندما يقع التبليغ الرسمي للحكم أو القرار أو الامر الى الغير، ويسري هذا الاجل من تاريخ التبليغ الرسمي الذي يجب أن يشار فيه الى ذلك الاجل والى الحق في ممارسة اعتراض الغير الخارج عن الخصومة.

---

1 مجلة المحكمة العليا العدد الأول 1999، قرار رقم ص 145.

2 قرار مؤرخ في : 2017/06/22، ملف رقم 11136678 ، مجلة المحكمة العليا العدد الأول 2017، ص 40.

3قرار مؤرخ في : 2017/06/15، ملف رقم 1084441 ، مجلة المحكمة العليا العدد الأول 2017، ص 93.

يوفر الطعن باعتراض الغير خارج الخصومة، للغير بتقديم دفاعهم واعتراضهم بداعي انهم لم يكون ممثلين خلال الخصومة ولم تتاح لهم أية فرصة لحماية مصالحهم، وفق ما تقتضيه مبادئ العدالة والحق في توفير مكنة التقاضي للمجميع.

والحقيقة يوفر هذا المسلك الاجرائي صمام أمان ضد تناقض أحكام القضاء أو أنتهاك حقوق ومصالح الغير،باعادة فتح الباب من جديد لمراجعة الحكم عند ثبوت قيام المساس بحقوق الافراد من غير أطراف الخصومة الاصلية.

وباعتباره طريق غير عادي لايوقف هذا الطعن التنفيذ، وفي الوقت نفسه في حالة قبول الطعن بالاعتراض من قبل الغير، فأن ذلك يؤدي الى تعديل الحكم أو حتى الغائه، وبذلك يعاد التوازن للحكم بضمان ممارسة الحق في التقاضي لمن لم يمثلوا خلال الخصومة السابقة.

ثالثا: الطعن بالتماس إعادة النظر.

الحق في التقاضي يمكن كل فرد من حقه في الوصول الى القضاء، وذلك بعد صدور حكم نهائي في حقه ليلتمس إعادة النظر فيه، والغاية من هذا الطعن في المواد المدنية هو أعادة التقدير من جديد على ضوء الظروف الجديدة التي تولدت أثر اكتشاف عناصر لم تكن تقدم للمحكمة عندما أصدرت حكمها، وهو ما يظهر أيضا تكريس المشرع لحق موسع في اللجوء الى القضاء يأخذ بعين الاعتبار المستجدات التي من شانها تغيير الحكم.

وبذلك فان الاحكام الغير قابلة للطعن فيها بالتماس إعادة النظر، بمفهوم المخالفة للمادة 390 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فهي الاحكام الابتدائية لآن الاحكام الغير حائزة لقوة الشئ المقضي فيه ، تصدر وهي قابلة للطعن فيها بالاستئناف، ويكون لجهة الاستئناف مراجعة هذا الحكم عند مهاجمته ومعالجة العيوب التي يبديها الطاعن سواء في الوقاع او في القانون وهو ما أقرت المادة 392 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية،وقد قضت المحكمة العليا ، بأن " التمس إعادة النظر هو طريق غير عادي من طرق الطعن في الأحكام والقررات القضائية.

يسقط الحق في الطعن بالتماس إعادة النظر، بعد مرور سنتين من تاريخ صدور القرار المطعون فيه1.ان

وعلى خلاف الطعن بالنقض المقرر لمواجهة الخطأ في القانون،فأن إعادة النظر لمواجهة الخطأ في الواقع ، والاصل ان مثل هذا الخطأ يعالج بواسطة الطعن بالاستئناف الذي يسمع بإعادة نظر وقائع

1 قرار مؤرخ في: 2017/03/16، ملف رقم 1202740، مجلة المحكمة العليا ، العدد الأول 2017 .

القضية وتقديرها من جديد، واذا كان الحكم لايقبل الطعن بالاستئناف فلا يبقى من سبيل لمعالجته الا إعادة النظر فيه .1

والحقيقة فان الطعن بالتماس إعادة النظر هو البحث عن العدالة، الذي أقره المشرع بوسائل متعددة لمراجعة الاحكام أو التظلم منها وهو يجسد أيضا حرص المشرع على ضمان الحق في التقاضي لكل شخص اللجوء الى المحكمة بعد صدور الحكم لطلب التمس إعادة النظر فيه، لأنه لا يهم الا الاحكام النهائية الذي لم يعد قابلاً للطعن بإحدى الوسائل المعطلة للتنفيذ، وهو ما نصت عليه المادة 390 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها على انه "هدف التمس إعادة النظر الى مراجعة الأمر الاستعجالي أو الحكم أو القرار الفاصل في الموضوع ، والحائز لقوة الشيء المقضي به ، وذلك للفصل فيه من جديد من حيث الوقائع والقانون " .

ويبنى التمس إعادة النظر على سببين حددتهما المادة 392 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما يلي :"

1 – اذا بني الحكم او القرار او الامر على شهادة زور، أو على وثائق أعترف بتزويرها، او تبث قضائيا تزويرها بعد صدور ذلك الحكم او القرار او الامر وحيازته قوة الشيء المقضي به.

2 – أذا اكتشف بعد صدور الحكم او القرار او الامر الحائز لقوة الشيء المقضي به، أوراق حاسمة في الدعوى، كانت محتجزة لدة احدالخصوم.

والظاهر من من نص هذه المادة، الاقتصار على سببين فقط حصرا، وفضلا عن ذلك يشترط أن يكون الحكم او القرار نهائي وحائز لقوة الشيء المقضي به، وغير قابل للطعن فيه بالطرق العادية لاجل مراجعته من الطرف المتضرر منه.

ولعل أهم ضمان لاعادة النظر هو تكريس وأقرارالعدالة، وارجاع الامور لجادة الصواب باستبعاد الاخطاء البينة ، او الغش او التزوير الذي أعاق اظهار الحقيقة أثناء سير الخصومة.

وهذا الطعن لا يقدم ضد قرارات المحكمة العليا ، باعتبارها محكمة قانون، وهو ما قضت به المحكمة العليا بالقرار المؤرخ في : 2010/05/06، ملف رقم 667765، كما يلي، المبدأ : لا يطعن في قفرات المحكمة العليا بالتماس إعادة النظر باعتبارها محكمة قانون، ولا تطبق المادة 392 فقرتها الثانية و395 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على قراراتها2، لأن الطعن بالتماس إعادة النظر

1 حمدي عطية مصطفى عامر، ضمانات التقاضي الأساسية، مرجع سابق، ص 587 .

2 أنظر يوسف دلاندة، قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، مرجع سابق ، وكذا مجلة المحكمة العليا ، ع 2 ، 2010، ص 217 .

يوجه أساسا الى خطأ القاضي في تقدير الواقع ، عكس الطعن بالنقض الذي يواجه الخطأ في تطبيق القانون.

وقد حدد المشرع الأسباب التي يبنى عليها التماس إعادة النظر على سبيل الحصر، فالأصل انه متى حاز الحكم لقوة الشيء المقضي فيه أستقر ولم يعد قابلا للمراجعة باعتبار أن طرق تعديله المقررة قانونا والمتمثلة في المعارضة والاستئناف قد استنفذت، ويشترط اكتشاف هذه الأسباب بعد حيازة الحكم لقوة الشيء به، وذلك حتى يقطع الطريق أمام الخصم الذي أكتشفها قبل ذلك ، وترك آجال الطعن بالطرق العادية تنقضي 1.

ومن استقراء السببين الذين اعتمدهما المشرع لتقديم التمس إعادة النظر ، يتبين بانها حالات قائمة على الخديعة والمباغتة الصادرة من الخصم، او مبينة على شهادة زور أو الحصول على وثيقة قاطعة بعد الحكم في الدعوى كان الخصم قد حال دون تقديمها.

وقد عرف الفقهاء الخديعة والمباغتة الواقعة من الخصم على أنها ، " كل أعمال الاحتيال والمفاجآت الكاذبة التي يعتمد عليها الخصم ليخدع المحكمة ويؤثر في اعتقادها فتصور الباطل صحيحا وتحكم لصالحه على ضوء هذا التصور المغلوط " 2، فالخديعة تحول بين القاضي واعمال القاعدة القانونية الملائمة، وتتعارض مع مبدا النزاهة في الإجراءات وتفسد عليه تقديره بدفعه للغلط بشأنها، كما تمس بحق الخصم في الدفاع، لآن الغاية من المغالطة تعجيزه واعاقته على ابداء دفاعه.

وقد حددت المادة 393 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، آجال رفع التماس إعادة النظر وتاريخ سريانه والتي تتم من تاريخ الثبوت النهائي لسبب المؤسس للالتماس وليس من تاريخ حصوله، ويرفع التماس إعادة النظر في أجل شهرين (02)، يبدا سريانه من تاريخ ثبوت تزوير شهادة الشاهد، او ثبوت التزوير، او تاريخ اكتشاف الوثيقة المحتجزة، ويقع على الملتمس اثابت تاريخ الثبوت النهائي لسبب الالتماس وذلك تحت الرقابة المطلقة لقاضي الموضوع3 .

وهكذا قضت المحكمة العليا ، بالقرار المؤرخ في 1990/06/25، ملف رقم 56388، بما يلي : (من المقرر قانونا انه يجوز التماس إعادة النظر في الاحكام الصادرة من المحاكم والمجالس القضائية اذا اكتشف بعد الحكم وثيقة قاطعة في الدعوى كانت محتجزة لدى الخصم، ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون.

---

1 عبد السلام ذيب مرجع سابق ص 260 .

2 نبيل عمر أسماعيل، التماس أعادة النظر في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر 1990، الإسكندرية، ص 107 .

3 عبد السلام ذيب مرجع سابق ، ص 260 .

ولما كان الثابت – في قضية الحال – أن المطعون ضده هو المتسبب المباشر في أخفاء الوثائق المتعلقة بقائمة المستفيدين من علاوة المنطقة، فان قضاة الاستئناف رفضهم لطلب التماس اعداة النظر خرقوا القانون.

ومتى كان كذلك أستوجب نقض القرار المطعون فيه).1

وتقتصر المراجعة في التماس إعادة النظر على مقتضيات الحكم او القرار او الامر التي تبرر مراجعتها، ما لم توجد مقتضيات أخرى مرتبطة بها2، ولا يجوز تقديم التماس إعادة النظر من جديد في الحكم او القرار أو الامر الفاصل في الالتماس 3.

وفي نهاية المطاف من التطرق للطعن في الاحكام ، فان طرق الطعن العادية لا تفترض عيبا معينا في الحكم، بل يفترض عدم عدالته في نظر الطاعن ترتكز في خسارته للقضية، وبذلك يرمي الطعن العادي لتأكيد عدالة الحكم، وللقاضي النّاظر في الطعن نفس سلطات القاضي الذي أصدر الحكم المطعون فيه، على خلاف طرق الطعن غير العادي لان الأخير يرمي لمعالجة عيب محدد وعادة تكون سلطة القاضي مقتصرة على إزالة هذه العيوب، كما أن سلوك الطعن العادي قبل سلوك الطعن غير العادي، فالأصل سلوك الطعن العدي أولا ولذلك منع القانون سلوك الطعن بالالتماس او النقض في الاحكام الابتدائية، حتى بعد فوات ميعاد الاستئناف فمن فوت على نفسه الطعن في الحكم بالاستئناف سقط حقه في التماس اعادة النظر والنقض، وهنا تختلف المعارضة مع الاستئناف .

فالمحكوم عليه بحكم غيابي يجوز له الطعن بالتماس إعادة النظر أو النقض، وطعنه بإحدى الطريقين نزولا عن المعارضة، اما المحكوم عليه بحكم ابتدائي فلا يجوز له التماس إعادة النظر او الطعن بالنقض لا قبل فوات ميعاد الاستئناف ولا بعده، لان الاحكام القابلة للطعن غير العادي يجب ان تكون صدرت بصفة نهائية 4.

وهو الأمر المقرر بموجب المادة 390 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بان "يهدف التماس إعادة النظر الى .... والحائز لقوة الشيء المقضي فيه "، ولا يعتبر الحكم حائزا لقوة الشيء المقضي به ما دام قابلاً للطعن فيه بالطرق العادية،وإذاأصبح غير قابلاً للطعن فيه اعتبر حائزًا لتلك القوة، ولو كان قابلاً للطعن فيه بطرق غير عادية 5.

---

1 المجلة القضائية، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا ع 4 1992 ، ص 134 .

2 أنظر المادة 396 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

3 أنظر المادة 397 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

4 حمدي عطية مصطفى عامر، ضمانات التقاضي الأساسية، مرجع سابق ص569 و570 .

5حمدي عطية مصطفى عامر، مرجع نفسه، ص 570.

فالطعن بالتماس إعادة النظر يوجه أساساً الى خطأ القاضي في تقدير الواقع، على عكس الطعن بالنقض الذي يوده الى الخطأ في تطبيق القانون.

وما يمكن الإشارة اليه أن المشرع الجزائري بتكريسه للحق في الطعن، قد تبني مفهومًا موسعًا وشاملاً للحق في التقاضي، ذلك بان الحق في التقاضي لم يعد يقتصر على اللجوء الى محكمة الدرجة الأولى، بل اصبح من الممكن اللجوء الى محاكم أعلى درجة سوآءا تمثل فيما حكم الاستئناف او المحكمة العليا، وهو ما يتضح منه حماية قصوى للحق في التقاضي.

وما يمكن الاشارة اليه فأن تيسير الوصول الى القضاء بالنظر لطبيعته الاختيارية وتكريسه كحق مكتسب وحامي لبقية الحقوق،ادتممارستة الغير جدية الى الانحراف به،وبالنتيجةأثر ذلك على جودة اداء المؤسسة القضائية وذلك بالرغم من كونه حق مقيد بعدم التعسف في استعماله،لينتهي الامر الى تنامي نزعة الخصام وعدم أستقرار المعاملات في المجتمع،وللتخفيف من هذه الازمة تم اقرار طرقبديلة لحل النزاعات، وهو ما سوف تتناوله الدراسة في الباب الثاني .

خلاصة الفصل الثاني.

يرتكز ضمان الحق في اللجوء إلى القضاء على مجموعة من الضمانات الأساسية، بدءًا بمبدأ الفصل بين السلطات. ، ويؤدي هذا إلى مبدأ استقلال القضاء، الذي يعني أن القضاة يتمتعون بضمانات دستورية وتشريعية لاستقلالهم ، وهذا يحدّ من تدخل السلطة التنفيذية ويعزز نزاهة القضاء، مما يسمح للقضاة بالفصل في النزاعات وفقًا لضمائرهم ونص القانون، بحرية تامة. كما يُعدّ مبدأ المساواة أمام القانون حجر الزاوية لهذا الحق، إذ يُلزم بمعاملة جميع المتقاضين على قدم المساواة، دون تمييز على أساس الجنس أو الدين أو الوضع الاجتماعي. وقد أكدت الاتفاقيات الدولية هذا المبدأ، وهو أيضًا أساس من أسس الشريعة الإسلامية التي تُقرّ العدل بين أطراف النزاع.

كما تجسد نزاهة القاضي هذه المساواة بشكل ملموس، إذ يُشترط عليه أن يكون مُنأى عن أي مصلحة شخصية أو روابط عائلية أو تضارب مصالح سابق. ويخضع لنظام التنحي والاستبعاد كلما وُجد سبب مشروع للشك في نزاهة حكمه، مما يضمن ثقة الأطراف في نزاهة الحكم. علاوة على ذلك، يُعدّ الوصول المجاني إلى العدالة والمساعدة القانونية ضمانات اجتماعية أساسية. ويهدف التشريع إلى تخفيض أو إلغاء رسوم المحاكم لفئات معينة من الناس، وإلى تمكين من لا يستطيعون تحمل تكاليف التمثيل القانوني من الاستفادة من محامٍ ،، حتى لا تُشكل الصعوبات المالية عائقًا أمام الوصول إلى العدالة. ويكتمل هذا الإطار بالحق في الدفاع، الذي يسمح للمتقاضين بعرض حججهم وتقديم الأدلة، وأن يُمثلهم محامٍ في جلسة علنية تضمن مواجهة الأطراف وتتيح لكل طرف الاطلاع على المستندات المقدمة من الطرف الآخر.

يُعدّ مبدأ النظام الإجرائي ذي المستويين عنصرًا أساسيًا في ضمان الحق في الوصول إلى العدالة. فهو يُتيح مراجعة النزاع أمام محكمة أعلى، سواءً من حيث رتبتها أو تشكيلها، للتحقق من الوقائع وتطبيق القانون ، ويُخفف هذا من التداعيات المحتملة لأخطاء القضاة في المحاكم الأدنى. ولذلك، يُنظّم التشريع إجراءات الاستئناف العادية، بما في ذلك الاستئناف نفسه، الذي يهدف إلى إعادة النظر في النزاع، والنقض، الذي يهدف إلى ضمان التطبيق الصحيح للقانون من قِبل المحكمة العليا أو مجلس الدولة. ، والتاس إعادة النظر في حالات استثنائية مُحددة. وتُتيح هذه التدابير تصحيح الأحكام التي تتضمن عيوبًا جسيمة أو التي ظهرت فيها وقائع جديدة وجوهرية لم تُعرض على المحكمة أثناء إصدار الحكم الابتدائي ، لذلك من الواضح أن ضمان الحق في اتخاذ الإجراءات القانونية لا يقتصر على السماح بتقديم الشكوى، بل يمتد إلى إنشاء نظام كامل من المبادئ والمؤسسات والإجراءات التي تضمن لكل فرد الوصول إلى قاضيه الطبيعي، مما يسمح له بالدفاع عن حقوقه ومراقبة الأحكام في إطار من الاستقلال والحياد والمساواة.

الباب الثاني:

تقييد حق التقاضي بعدم التعسف وأقرار البدائل الودية لمعالجة أزمته

الباب الثاني: تقييد حق التقاضي بعدم التعسف وأقرار البدائل الودية لمعالجة أزمته

كفالة حق التقاضي تستوجب تسهيل الوصول الى القضاء، دون اية عوائق قانونية او مادية، للوصل الى حكم قضائي منصف وعادل أو تسوية يقبلها الخصوم كترضية لما تعرضت له حقوقهم أو حرياتهم، وأخيرا الحق في تنفيذ احكام القضاء، والأخير يعتبر الحقلة الأخيرة للضّمان القضائي لحقوق الأفراد.

ولمعالجة هذه النتائج السلبية التي تنال من استعمال الحق في التقاضي، كان من الضروري إيجاد ضوابط كي لا يحيد استعمال هذا الحق عن هدفه الذي وجد من اجله، وحتى لا تقع الإساءة في استعماله ويكون اداة للأضرار والكيد بالغير أو وسيلة للإساءة لمرفق القضاء نفسه.

وفضلاًعن ذلك فانه صار لازمًا التّصدي لظاهرة التساهل فيإساءةاللجوء إلى القضاء لأتفه الأسباب (الفصلالأول)، ولإيجاد طرق ودية وبديلة وفعالة لوضع حلول عن كثب للنزاعات بعيداً عن تعقيدات الإجراءات القضائية ومسارها الممتد في الزمن، وكعلاج للازمة الراهنة التي يعيشها حق التقاضي (الفصل الثاني).

الفصل الأول:

منع التعسف في استعمال حق في التقاضي.

الفصل الأول: منع التعسف في استعمال حق في التقاضي.

تم إقرار الحق في التقاضي ليتمكن كل شخص من اللجوء الى القضاء طالبا حمايته، لان واجب الدولة هو توفير تلك الحماية لمن يطلبها، ولكن بالنظر لتنامي ظاهرة التنازع في المجتمع وتحولات المجتمع نفسه وتبدل أحوال الناس وتفشي المكر والخديعة والمراوغة، واستعمال الإجراءات القضائية للمماطلة وكسب الوقت وارهاق الخصم، انعكس ذلك على حسن سير الأجهزة القضائية وتكدست جداول المحاكم بالقضايا، وبات اللجوء الى القضاء مطية لتعطيل الوصول الى الحقوق أو عرقلتها.

إلا إن إقرار الحق في التقاضي كحق مطلق يتعارض مع فكرة الاستقرار القانوني الذي يستوجب استقرار الحقوق والمراكز القانونية حتى لاتكون محل نزاع الى ما لانهاية له، ولذلك فرض المشرع على الحق في التقاضي عدة قيود، مثل باقي الحقوق التي لا يجب الشطط والمغالاة في استعمالها دون قيد أو شرط، (المبحث الأول)، وباعتبار ان أي استعمال تعسفي يعتبر مظهر سلبي يضر بالحق ذاته، فانه لايقتصر على مرحلة الخصومة وصدور الحكم فيها بصفة نهائية، بل يتعداه الى إساءة استعمال الحق في التقاضي في مرحلة التنفيذ (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تأصيل التعسف في استعمال حق التقاضي.

في ظل غياب نصوص قانونية صريحة تحظر هذه الممارسات التعسفية في أستعمال الحق في التقاضي، يعتمد القانون الوضعي على مبادئ عامة تهدف إلى منعها، من بين هذه المبادئ مبدأ النزاهة ومبدأ عدم التعدي على الحقوق، واللذان يهدفان إلى ضمان الممارسة السلمية للحقوق.

تتجلي أهمية تأصيل دراسة التعسف في استعمال الحق الى الاختلافات والتباين في التأسيس لموضوع سوء استعمال الحق بوجه عام ومن ثمة الإساءة في استعمال الحق في التقاضي نفسه، ذلك بان القانون المدني الفرنسي لسنة 1804، لم يتطرق إلى التعسف في استعمال الحق بصورة صريحة، وكان للقضاء السبق في التأسيس عن المشرع .

اهتمت القوانين المدنية في العالم الحديث بقضية التعسف في استعمال الحق، ومنها القوانين التي قامت في البلاد العربية – تبعا لاهتمام القوانين الأجنبية بها – وجعلت احكامها ونظريتها في الصدر من هذه القزانين، وقرر واضعوها وشراحها ان موضوع التعسف هذا تنبسط احكامه ومعاييره وقواعده على دميع أنواع الحقوق التي تنظمها القوانين العامة والخاصة1 .

يقتضي تحديد مفهوم التعسف في استعمال الحق في التقاضي، تحديد المقصود به وطبيعته القانونية، ومعاييره وتمييزه أيضا عما يختلط به، والتعسف لايرد الا على استعمال الحق، دون استعمال الحريات أو الرخص العامة،ففي احكام المسؤولية ما يكفل لرقابة هذا الاستعمال الأخير والتعويض عن مخاطره 2 .

المطلب الأول: التعسف في استعمال الحق بوجه عام.

الأصل في استعمال كافة الحقوق المقررة للأفراد أن يكون مشروعا طالما التزم أصحابها نطاق وحدوق هذا الحق لان القانون يحميه لان استعمال الحق يعتبر مشروعًا، وقد تأثر أيضا هذا الاستعمال بحسب المذاهب، فيكون مطلقًا بحسب المذهب الفردي المبني على تقديس حق الفرد والذي يعتبره في حد ذاته غاية القانون، وبذلك تكون فكرة الحق مطلقة وصاحبه يتمتع بحصانة وحجية مطلقة في مواجهة الكافة.

1مصطفى احمد الزرقاء، صياغة قانونية لنظرية التعسف في استعمال لحق، في قانون إسلامي، دار النشر عمان، دون سنة ن ، ص 6.

2حسن كيره أصول القانون، مصر 1957، ص 1167 .

اما بحسب المذهب الاجتماعي أو الماركسي، فبات استعمال الحق مقيد بمصلحة الجماعة وعلى حساب مصلحة الفرد مما يظهر منه بانه سلك وجهة معاكسة للمذهب الفردي، وبتطرف ومغالاة المذهبين في نظرتهم للحق كان لابد من الاعتدال في النظر للحق.

وقد سلك الفقه اغلب التشريعات المعاصرة اتخذت موقف وسطا، تجسد فيما يعرف بنظرية التعسف في استعمال الحق موقفا وسطا ليقيم التوازن بينهما والذي يظهر من خلال نظرية التعسف في استعمال الحق،ولذلك للتوفيق بين مصالح الفرد ومصالح الجماعة، فتقر لصاحب الحق حرية استعماله بما يحقق منفعته، مع اشتراط عدم الاضرار بالغير.

أن قضية التعسف في استعمال الحق قد أصبحت في العصر الحاضر الذي نعيشه، وتغمره النظم المدنية المختلفة في العالم العربي الإسلامي، قضية ذات بال، وموضوعًا كبير الأهمية بارز الشأن، وتزداد أهميته في ظل النظم القائمة كلما تشعبت هذه النظم وأنشأت أوضاعا قانونية، وحقوقا لفئات من الناس أوجبت ظروف العصر تنظيمها.1

وعلى خلاف القانون المدني الجزائري الذي حدد بالمادة 142 مكرر، التعسف في استعمال الحق بصفة عامة، لم يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، تعريف للتعسف في استعمال الحق في التقاضي، على غرار قانون الإجراءات المدنية الفرنسي وكذا قانون المرافعات المصري2،فلم يتم وضع بيان أو تعريف لطبيعة التعسف في استعمال الحق، وتحديد المقصود منه...

الفرع الأول: تعريف التعسف في استعمال الحق في التقاضي.

المقصود باستعمال الحق أن صاحب الحق يستفيد من مضمونه، ومضمون الحق هو السلطات التي يخولها القانون لصاحبه، ويتفاوت مقدار ما يمنحه الحق من سلطات من حق آخر3، باعتبار ان التعسف في استعمال الحق هو في الحقيقة مستمد من القواعد العامة المسطرة في القانون المدني، فانه يستوجب ان نعرف هذا الموضع طبقا للنظرية العامة للتعسف في استعمال الحق، في اللغة (أولا)، كما في الاصطلاح (ثانيا)، وتمييزه عن بعض الأنظمة القانونية المشابهة (ثالثا) .

---

1 مصطفى احمد الزرقاء، صياغة قانونية لنظرية التعسف في استعمال لحق، في قانون إسلامي، دار النشر عمان، دون سنة ص 5 .

2 أحمد إبراهيم عبد التواب، الإساءة في إجراءات التقاضي والتنفيذ، دراسة تأصيلية مقارنة، دار الجامعية الجديدة للنشر،الإسكندرية،مصر 2009، ص 18 .

3 رشيد شميشم، التعسف في استعمال الملكية الفكرية، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دار الخلدونية 2019 ، الجزائر ط ، 2019 ، ص 3 .

أولا : التعسف في اللغة.

هو اخذ الشيء على غير طريقته أو حمل الكلام على معنى لا تكون دلالته عليه ظاهرة، وقيل الاخذ على غير طريق وهو ضعيف الكلام1، ويعرف أبن منظور العسف بأنه السير بغير هداية والاخذ على غير الطريق، وكذلك التعسف والاعتساف والعسف، ركوب المفازة وقطعها بغير قصد ولا هداية ولا توخي صواب ولا طريق مسلوك، يقال اعتسف الطريق اعتسافا اذا قطعه دون صواب توخاه فأصابه.

وأضاف أبن منظور لهذا الشرح عسف فلان عسفا، وعسف السلطان يعسف واعتسف وتعسف : ظلم وفي الحديث " لا تبلغُ شفاعَتي امامًا عسوفاً أي جائراً ظلومًا"، ومنه قوله رجل عسوف، اذا لم يقصد قصد الحق،والتعسف في الأصل: ان يأخذ المسافر على غير طريق ولا جادة ولا علم فنقل الى الظلم والجور، وتعسف فلان فلانا، اذا ركبه بالظلم ولم ينصفه ، ورجل عسوف اذا كان ظلوما 2.

وفي اللغة الفرنسية لفظة l'abus، بمعنى الاستعمال السيء للشيء usage mauvais ، وبمعنى الافراط في استعمال الشيء excès ، وبمعنى المغالاة l'exagération ، بمعنى الظلم l'injustice،ويستعمل جمهورالفقه الفرنسي تعبير، l'abus de droit تعبيرا شائعا عن التعسف أو الإساءة في استعمال الحق3.

ثانيا : تعريف التعسف اصطلاحا.

تتعدد تعريفات التعسف سواء في الشريعة الإسلامية أو القانون الوضعي، مما يستدعي الوقوف عللا كل واحدة منها ومدى وجود الاختلاف بينها ام لا ، لتحديد طبيعة التعسف سواء القانونية او الفقهية ، على النحو التالي :

1- تعريف التعسف في الشريعة الإسلامية .

أهتم الفقهاء الأوائل في الفقه الإسلامي بمضمون فكرة التعسف في استعمال الحق، باعتبارها مبدأ عام قائما على الأصول والمبادئ العامة في القرآن الكريم وتشبع بها الفقه الإسلامي .. ويعد الامام

1على بن محمد السيد الشريف الجرجاني ، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان 2013، ص 61 .

2ابن منظور، مرجع سابق ص 149 .

3 أحمد إبراهيم عبد التواب، الإساءة في إجراءات التقاضي والتنفيذ، دراسة مقارنة مرجع سابق ص19 .

الشاطبي رحمه الله هو أول من عرف التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، بانه " تحايل على مقصود الشرع ، أو هو تحايل على بلوغ غرض لم يشرع الحق لأجله 1.

والتعسف هو مناقضة قصد الشارع، في تصريف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل 2، وقوله مناقضة قصد الشارع أي مضادة قصد الشارع وهذه المضادة، اما ان تكون مقصودة، بان يقصد المكلف في العمل المأذون فيه قصد الشارع عينا، بان يستعمل الحق المجرد قصد الاضرار " وعلى دقة التعريف فانه منتقد لاستخدام لفظ تحايل، والذي يتسم بالاتساع ، مما يؤدي للخلط بين نظرية التعسف وغيرها من النظريات القانونية 3 .

وقد عرف التعسف في الشريعة الإسلامية بعدة تعريفات، والحاصل فان جوهر التعسف هو التعنت او الاستعمال المذموم ، فيقول الشاطبي في كتابه الموافقات، في هذا المعنى، " فاذا تأملت الحالة وجدت المزموم تصرف المكلف في النعم ، لا أنفس النعم، الا انها لما آلت للحالة المذمومة ذمت من تلك الجهة ... ولم يهدم أصل المصلحة والا فلو أنهدم أصل الحق ، لانعدام أصل المباح .. فلم يزل أصل المباح وأن كان مغمورا تحت أوصاف الاستعمال المذموم.4

وعرفه جانب آخر، بأنه " استعمال الحق بطريقة تتناقض مع مقصود، الشارع وغايته من تشريع الحقوق وتؤدي الى ألحاق الضرر بالغير" ، وبعبارة أخرى " استعمال الفعل المأذون فيه شرعا في غير ما شرع له أو مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل " 5.

2- تعريف التعسف في القانون الوضعي .

عرف التعسف لدى شراح القانون بتعريفات كثيرة، وبالرجوع للقانون الجزائري لا نجد تعريفا للتعسف في استعمال الحق عموما، وبذلك وجب الرجوع الى تعريف الفقه، وقد عرف، بانه "استعمال الانسان

1 احمد إبراهيم عبد التواب، مرجع نفسه، ص 20، .

2 احمد الصويعي شليبك ، التعسف في استعمال الحق بقصد الاضرار بالغير ، أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون ، مجلة الشريعة والقانون، محكمة علمية محكمة جامعة الامارات، العدد الثامن والثلاثون ، ابريل 2009، ص، 19، وأنظر: فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، مؤسسة الرسالة بيروت ط 4 1988، ص 87 .

3 احمد الصويعي شليبك، مرجع نفسه، ص 19 .

4الشاطبي،الموافقات، دار ابن عفان للنشر والتوزيع، القاهرة 2012 ، ص 61 .

5 أحمد إبراهيم عبد التواب ، الإساءة في إجراءات التقاضي والتنفيذ، مرجع سابق ص22 .

لحقه على وجه غير مشروع ، ويكون ذلك اذا لم يراعى مصالح الاخرين ومبدأ عدم الاضرار بهم1، وبانه " استعمال الحق على وجه غير مشروع، بمعنى مجاوزة الحق حين مزاولة الانسان له "2، وبحسب الأستاذ Planiol، بلانيول ، فان التعسف لا يعدو ان يكون خروجا عن حدود الحق ، معبرا بذلك بعبارته الشهيرة " حيث ينتهي الحق يبدأ التعسف، le droit cesse , l'abus commence، وقد تأثر بهذا الرأي في البداية عدد كبير من الفقه الفرنسي والمصري، فعرف البعض التعسف، بانه استعمال للسلطات التي يتضمنها الحق بغية تحقيق هدف لا يتوفر فيه هذه الشرط 3، ببنما ذهب فريق أخر الى اعتبار التعسف هو انحراف في السلوك المألوف للشخص العادي ، وقال بهذا التعريف عدد كبير من الفقه الفرنسي والمصري، معتبرا التعسف صورة جديدة للخطأ التقليدي ، الذي لا يكفي تصوره المبدئي لتصوير التعسف في استعمال الحق ، ميزين بين ما يسمى بالخطأ المألوف والخطأ غير المألوف ، مطلقين التعسف على النوع الثاني للخطأ، وهو يقع نتيجة استعمال الشخص لحقه بطريقة تقصيرية فيخل بحق الغير4 .

وذهب الفريق الذي اعتبر التعسف عبارة عن أنحرف عن غاية الحق ، فعرفوا التعسف تعريف يتعلق بالغاية من استعمال الحق، وقد انقسم الفريق حول طبيعة التعسف في استعمال الحق، الى من يعتبر التعسف على أساس الغاية من الحق، وبأنه عبارة عن الانحراف عن الغاية الاجتماعية والاقتصادية للحق، بينما هناك من يكيف التعسف على انه من صور الخطأ أو أنه خطأ من نوع خاص على حد قولهم ، فعرفوا التعسف على أساس غاية الحق، مع اعتبار التعسف يقع خارج نطاق النظرية العامة للمسؤولية التقصيرية .5

ويقصد بالتعسف او الإساءة في استعمال الحق في استعمال الحق، الانحراف عن الغاية المشروعة المتمثلة في المصلحة التي يبتغيها القانون من تنظيمه وحمايته للحق، بحيث تتجاوز بشكل واضح وكبير ما يصيب الغير من ضرر، أو هو استخدام الحق في غير ما شرع له للإضرار بالغير،ففكة التعسف تربط –أساسًا– بفكرة الحق، وما يمثله من قيمة معينة يعترف بها القانون ويحميها

---

1 يوسف محمد العبيدات ، مصادر الالتزام في القانون المدني ، دراسة مقارنة ط 2 دار المسيرة ، للتوزيع والطباعة الأردن 2011 ، ص 313 .

2 أحمد الصويعي شليبك، مرجع سابق ص 20، وانظر: احمد النجدي زهو ، دار النهضة العربية ، مطبعة جامعة القاهرة 1991 ، ص 27 .

3 احمد إبراهيم عبد التواب، الإساءة في إجراءات التقاضي والتنفيذ، مرجع سابق، ص 23 .

4 احمد إبراهيم عبد التواب، مرجع نفسه، ص 24 .

5 احمد إبراهيم عبد التواب، مرجع نفسه، ص 28 .

لغاية معينة لآن حماية القانون للحق ترتهن بالتزام صاحب الحق بالغاية التي قرر على أساسها القانون الحق، وتزول تلك الحماية بالانحراف عن تلك الغاية 1.

أما الأستاذ رمضان أبو السعود فعرفه، بأنه " استعمال صاحب الحق لسلطته المخولة له قانونا ، بكيفية تلحق ضرر بالغير، بمعني أن الاستعمال في حد ذاته مشروع وكلن نتائجه وأغراضه غير مقبولة"2، وعرف أيضا بأنه "استعمال الحق في غير الغرض الذي من أجله منح ، أو بقصد الحاق الضرر، بالغير، او كلا الاستعمالين" 3، ويجمع الفقهاء على استخدام مصطلحي التعسف والإساءة بمعنى واحد ، فيغلب على الفقهاء استخدام المصطلحين ، للدلالة على المعنى ذاته ، ونفس المعنى استخدمه القضاء المصري وكذا لفظ الكيد 4.

وبالنتيجة فأن التعسف في استعمال الحق عامة يكون عندما ينحرف به صاحبه مستعملا إياه على غير الغاية التي أعطيت له، او يتجاوز السلطات التي يخولها ذلك الحق لصاحبه وذلك للإضرار بالغير، لان القانون هو الذي يضبط حدود استعمال الشخص لحقه دون ان يتجاوزها.

وبالنظر الى التعريفات السابقة، نجد ان التعريف في الشريعة الإسلامية هو وسيلة أو مصلحة ، وان مصدر الحق هو الله عز وجل، فهو ليس حق مطلق ، وانما هو مقيد قيدته الشريعة الإسلامية، فمن استعمل حقه ، وتجاوز حدوده ، يكون متعسفا في استعمال حقه ويمنع ، وقد بنت الشريعة على المجاوزة جزاء دنيويا وأخرويا5، ومما يلاحظ تعريفات الشريعة الإسلامية أوسع من نظيرتها في القانون الوضعي، كما الاخيرة – القانون الوضعي – متفرقة وذلك يعود بالأساس الى النظرة التي يؤسس عليها كل واحد من فقهاء القانون الوضعي نظرته لطبيعة التعسف في استعمال الحق،بين التبعية والاستقلالية للمسؤولية التقصيرية ، وهو ما سنوضحه في الاتي :

---

1 حسن كيره ، المدخل الى القانون ، دار النهضة العربية ط عام 1967، ص 890 ، بواسطة : خالد أبو الوفا محمد، بطء التقاضي في الخصومة، دراسة تحليلية تطبيقية، في قانون المرافعات المدنية والتجارية، سنة 2016، د س د ن ص 452 .

2 رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية 2007 ، ص 313 .

3 أحمد الصويعي شليبك، مرجع سابق ص 20 .

4 خالد أبو الوفا محمد، بطء التقاضي في الخصومة، مرجع سابق ص 451 .

5 أحمد الصويعي شليبك، مرجع نفسه ، ص 21 .

الفرع الثاني: طبيعة التعسف في استعمال الحق في الشريعة والقانون.

يمثل التعسف في استعمال الحق موازنة بين استعمال الحرية في ممارسة الأشخاص لحقوقهم، وبين مصالح الغير، فلا يمكن ان تكون ممارسة الحقوق من قبل أصحابها للإلحاق الأذى بالأشخاص الآخرين.

وقد وجدت قاعدة التعسف في استعمال الحقوق ارضية خصبة تمكنت بموجبها من وضع القيود على الحقوق برسمها الحدود الموضوعية لاستعمال الحق، وبناء على ذلك وحتى يمكننا دراسة طبيعة التعسف في استعمال الحق، ما يثره من مشاكل آثرنا تقسيم الفرع الى احكام التعسف في استعمال الحق واحكامه في الشريعة الإسلامية،(أولا)، وفي القانون الوضعي (ثانيا).

أولا : طبيعة التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية .

فقه الشريعة الإسلامية غني بالأحكام والقواعد التي تنظم الحقوق المتداخلة بحيث لايضاراحد، في نطاق مصلحته المشروعة، من استعمال غيره لحقوقهم مضارة لا مبرر لها في منطق الحق والشرع، لكن أسلوب فقهائنا الأوليين في التدوين الفروعي والمسائل الجزئية قد جعل هذه القواعد التنظيمية منتثرة متفرقة لا تجمعها نظرية عامة جامعة 1 .

وقد ورد عن الامام الشاطبي قوله، " ففي العبادات حق الله تعالى من جهة ومن جهة حق الكسب والانتفاع، لان حق الغير محافظ عليه شرعا ولا خيرة فيه للعبد فهو حق لله تعالى في حق الغير2 ، وبذلك نظر الفقه الإسلامي الى الحق نظرة اجتماعية فقيد التصرف في الحق كسبا وانتفاعا بالنسبة الى صاحبه وبالنسبة الى الغير وذلك احتراما لحقوق العباد.

وقد ذهب الامام الشاطبي، الى بطلان تصرف صاحب الحق ، ان هو قصد منه مجرد العب، ولم يهدف الى تحقيق مصلحة، وقد أظهر أيضا أن تخير صاحب الحق في استعمال حقه، وسيلة أكثر اضرارا بالغير، يعني أنه قصد من هذا الاستعمال للحق على هذا النحو الاضرار بالغير .

ويقول في ذلك : "أما أم يكون اذا رفع ذلك العمل، وانتقل الى وجه آخر في استجلاب تلك المصلحة، أو درء تلك المفسدة، حصل له ما أراد، أو لا ، فان كان كذلك فلا أشكال في منعه منه،

---

1 مصطفى احمد الزرقاء، صياغة قانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق في قانون إسلامي، مرجع سابق ، ص5.

2 الشاطبي، الموافقات، وعليه شرح وتحقيق عبد الله دراز، دار المعرفة بيروت، الجزء 2،طبعة أخرى، 2011، ص 322 .

لآنه لم يقصد ذلك الوجه الا لأجل الاضرار ، فلينتقل عنه ، ولا ضرر عليه ، كما يمنع من ذلك الفعل ، اذا لم يقصد غير الاضرار " 1.

فلم يتعرض فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى لبحث التعسف كنظرية عامة ، حتى يخصصوا لهباب منفردا من أبواب الفقه ، تبعا لطريقة التبويب عندهم، وانما تعرضوا لموضوع التعسف في استعمال الحق بمناسبة شرحهم لحديث شريف ، او تفسير آية من القرآن الكريم ، وعلى خلافهم تصدى المؤلفون المتأخرين في الفقه الإسلامي الى دراسة نظرية التعسف في استعمال الحق ، فتعددت البحوث وتنوعت الدراسات مما ترتب عنها تعريفات متباينة .

وتكون المصلحة في الشريعة الإسلامية قرينة على تقدير استعمال صاحب الحق لحقه ، او للأضرار بالغير من جراء ذلك الاستعمال، في حالة العبث او تفاهة المصلحة مقارنة بالضرر الناتج عن الاستعمال، او كانت من هذا الاستعمال غير شرعية أصلا.

فليس لصاحب لحق في الإسلام ان يستعمل حقه بكل حرية ، بل يجب عليه ان يراعي في ذلك مصلحة المجتمع أيضا ، وبذلك قيدت الشريعة الإسلامية حرية الافراد لمنع التعسف والتجاوز المضر للغير ، وقد تم الاستدلال بهذه النظرية في الفقه الإسلامي ، بما جاء في القرآن والسنة ، بتطبيقات الفقهاء المسلمون .

ومن أدلة نظرية التعسف في الفقه الإسلامي النظرية ، ما جاء في كتاب الموافقات للشاطبي بان أساس الحق والاباحة، جلب المصلحة، او دفع المفسدة أذا كان مأذونا فيه ضربين : احدهما، ان لا يلزم عنه أضرار للغير، والثاني، ان يلزم عنه ذلك، وهذا الثاني ضربان : احدهما، أن يقصد الجانب أو الدافع ذلك الاضرار ، والثاني أن لا يقصد الاضرار بأحد2، وذلك مراعاة لغاية الشريعة وهي تحقيق مصلحة العباد بجلب المنافع ودرء المفاسد تحقيقا للعدل والإحسان، وقد وجد الفقهاء المسلمين في النصوص القرآنية وسنة رسول الله ﷺ ، سندا لمسائلة من تجاوز حدود حقه أو تعسف فيه .

أمأ الأدلة النظرية من الكتاب، فقد وردت آيات كثيرة تنهي عن الاضرار بالغير في استعمال الحقوق، فجاء في قوله تعالى، " من بعد وصية يوصى بها او دين غير مضار، وصية من الله واله عليم حليم3، والآية تمنع التحايل على أحكام الميراث باشتراط ان تكون الوصية أو الدين غير مضار، وقد ورد في أحكام القرآن للجصاص، أن المضارة في الوصية تكون على وجوه ، فقد كون بالزيادة

1 الموافقات للشاطبي، 349/2 ، نقلا عن د ، احمد الصويعي شليبك ، مرجع سابق ، ص22 .

2 الشاطبي، الموافقات، الجزء الثاني مرجع سابق ، ص 323 .

3 سورة النساء ، الآية 12 .

على المقدار المقرر شرعا للإنسان ان يوصي به هو الثلث1، وهذا يعتبر من قبيل اساءة استعمال الحق لآن الوصية بالثلث مشروعة في ذاتها، ولكن لمل قصد بها صاحبها الاضرار بالورثة كان منحرفا وسيئا في استعماله فيبطل تصرفه 2.

وقد ورد النهي عن التعسف والظلم والاسراف في مواضع كثيرة من القرآن الكريم ، يقول تعالى "وتلبسوا الحق بالباطل وتكتمون الحق وأنتم تعملون3،ويقول سبحانه وتعالى "ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما أنما يأكلون في بطونهم نارا وسيصلون سعيرا 4، ويقول تعالى " كلوا من ثمره أذا أثمر وأتوا حقه يوم حصاده، ولا تسرفوا ان الله لا يحب المسرفين5"، وقوله تعالى في النهي عن أكل أموال اليتامى والتعسف في ادارتها " ولا تأكلوها اسرافا وبدارا 6، كما وردت كلمة التعسف تحت وصف " المضارة " قال تعالى: من بعد وصية يُوصي بها أو دين غير مضار به وصية من الله 7، ومن هذه الآية استمد الشيخ محمد أبو زهرة تعبير" المضارة في استعمال الحق"، للدلالة على التعسف8، وكذلك في الحديث الشريف، قول الرسول ﷺ، لسمرة أبن جندب، "انت مضار"9،في الحديث " لا تبلغ شفاعتي عسوفا "، أي جائر ظلومًا .

وحاولت الشريعة الإسلامية حماية حقوق المرأة من تعسف الزوج، فجاء في قوله تعالى: "وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف، أو سرحوهن بمعروف، ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن

---

1 أحمد بن علي الرازي الجصاص أبو بكر، احكامالقرآن، دار أحياء الكتب العربية، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت لبنان، 1992 ، ج2 ، ص 121 ، 122 .

2الزمخشري، تفسير الكشاف، دارالمعرفة، بيروت ج 2 ، 1989، ص 255 .

3 سورة البقرة الآية 41 .

4 سورة النساء الآية 10 .

5 سورة الانعام الآية ، 141 .

6 سورة النساء الآية 6 .

7 سورة النساء الآية 12 .

8 محمد أبو زهرة، التعسف في استعمال الحق، مجموعة أعمال أسبوع الفقه الإسلامي، وهرجان أبن تيمية المنعقد بدمشق 1961 .

9الامام الحافظ أبي داورد ، سنن أبي داود ، تحقيق شعيب الارنؤوط ، محمد كامل قروبللي ، دار الرسالة العالمية ، بيروت ط1 مج 3 ، 2009 ، ص 315 .

الحديث رقم 3636 : كان لسمرة أبن جندب نخل في حائط رجل من الأنصار،وكان يدخل عليه هو وأهله فيؤذيه، فشكا الانصاري الى رسول الله ﷺ، فقال له عليه السلام: بعه فأبى سمرة أبن جندب قال فأقلعه،فأبى، فقال فهبه ولك مثلها في الجنة، فأبى ، فقال رسول الله ﷺ : " أنت مضار فأقلعها " ثم قال لصحاب الحائط أذهب فأقلع نخله.

يفعل ذلك فقد ظلم نفسه 1، ولم يقتصر الامر على ذلك فقط بل ان الشريعة الإسلامية اعتنت أيضا بالمعاملات وعلاقة الدائن بمدينه، فجاء في القرآن الكريم ، " وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ، ان تصدقوا خيرا لكم ان كنتم تعلمون 2"، فالدائن مطالب من الشرع الحكيم بالرفق بالمدين ، بتأجيل المطالبة بالدين .

أما في السنة النبوية، فعل أشهر الاحاديث من حيث العمومية والتجريد ، فهو " لاضرر ولا ضرار" ، ولعل ما يميز هذا الحديث من حيث عموم عباراته وشمول مدلوله، فما هو المقصود بالضرر من جهة وبالضرار من جهة أخرى .

تمسك فريق من الفقهاء بان المراد بالضرر هو نفسه المراد بالضرار ، في حين تمسك الشق الثاني من الفقهاء، بان الضرر له مدلول مختلف عن الضرر، فالضرر هو ان يلحق الشخص بغيره ضررا، وقيل الضرر ان يضر من لا يضره،والضرار أن يضر بمن قد أضر به على وجه غير جائز ويتعرض العلامة الشوكاني للخلاف بين الفرق الإسلامية بين اللفظين في المعنى، ويذكر أقوالا في ذلك منها ، ان الضرر ان تضر بغير ان تنفع، والضرار ان تضره وتنتفع به 3.

ومما جاء في سنن أبي داود، "أن جعفر بن علي زين العابدين، قال: كان لسمرة بن جندب عضد نخل في حائط بستان رجل من الأنصار ومع الرجل أهله، فكان سمرة يدخل الى نخله فيتأذى به الرجل ويشق عليه، فشكى ذلك الانصاري الى الرسول ﷺ، فقال الرسول لسمرة: بعه فأبى قال فأقلعه،فأبي، قال فهبه ولك مثلها في الجنة، فأبى، فقال رسول الله: أنت مضار، ثم قال لصاحب الحائط أذهب فأقلع نخله 4.

فاستعمال الافراد لحقوقهم في الشريعة الإسلامية، ليس مطلقا من كل قيد، بل هو مقيد بما، يلي:

1. ألا يؤدي استعمال الحق الى الحاق الضرر بالمصلحة العامة، التي يعود نفعها على كافة الناس، أو بالمصلحة الخاصة، التي يعود نفعها على بعض الافراد.

---

1 سورة البرقة الآية 231 .

2سورة البقرة، الآية 280 .

3محمد السعيدي رشدي، التعسف في استعمال الحق، أساسه ونطاق تطبيقه، دار النهضة العربية، القاهرة 1991، ص 67 .

4الامام الحافظ أبي داورد ، سنن أبي داود ، تحقيق شعيب الارنؤوط ، محمد كامل قروبللي ، دار الرسالة العالمية ، بيروت ط1 مج 3 ، 2009 ، ص 283 .

2. ألا يستعمل الحق في غير غاية أبدا، بأن يستعمل في مجرد التلهي،والتلذذ، من غير أن يقصد به تحقيق نفع للفرد، أو للجماعة.

3. ألا يستعمل في تحقيق غاية غير مشروعة، بأن يتخذ وسيلة للوصول الى مآرب وغايات، تتنافي مع مشروعية ذلك.

4. أن يوازي بين المنافع، والاضرار، التي تنجم عن استعمال الحق ويمكن فأن غلب جانب المنفعة على جانب المضرة ساغ استعمال الحق، وان كانت الثانية بطل استعمال الحق وخرج عن دائرة المشروعية.1

وقد جاءت هذه المعايير واضحة، للتدليل على حسن استعمال الحق، وتجنب الإساءة من صاحب الحق، كما يمكن أسقاط هذه المعايير على جميع مجالات الحقوق، كحق الملكية، والعقود، ولاسيما حق التقاضي.

فلا غرو أن نجد الفقيه جوسران، ينوه بتأصيل نظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية بقوله في هذا الصدد "يجب ان ننوه بصفة خاصة بالشريعة الإسلامية لتأثرها التأثر العميق بنظرية التعسف في استعمال الحق، وهذه امر طبيعي وحتى بالنسبة اليها وهي الشريعة المرتبطة ارتباطا متينا بالآداب والدين وهي في الحقيقة قانون الدين والآداب، ومفروضة في حدود الدين والآداب، وبما ان روح نظرية التعسف في استعمال الحق هي مراعاة قواعد الآداب والأخلاق، فكان من الطبيعي أن تجد تلك النظرية في هذا التشريع مجالا متسعًا اتساعًا استثنائيا يساعد على الاخذ بها وعلى انتشارها 2.

ومما سبق بيانه فأن مجال تطبيق مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق، أوسع منه في القوانين الوضعية، بحيث يشمل جميع مناحي حياة المسلمين، وعلاقاتهم البينية، لارتباط هذه الشريعة بقيم الاخاء، وحب الخير للجميع وتحريم الحاق الأذى بالغير، وتوقي شح النفس والارتقاء بالمجتمع الإسلامي الى المثل العليا التي جاءت بها الرسالة المحمدية، المتشبعة بروحها السامية ، التي تحرم

1 عيسوي عيسوي ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، بحث مقدم لمجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد (1) ص 22 ، والتعسف في استعمال الحق د محمد شوقي السيد ، ص 138 ، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود حسين عامر ص 608 ، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود لعبد الجبار ناجي ص 70، نقلا عن د ، احمد الصويعي شليبك ، مرجع سابق ، ص21 .

2JosseransLouis, de l’abus des droits, libraire nouvelle et de jurisprudence paris 1905 ,p 80 .

التعسف وتدعو الى الرفق والإحسان بالغير، بل الأكثر من ذلك فان الجزاء في إساءة استعمال الحق، في الشريعة الإسلامية لا يقتصر على الجانب الدنيوي منه قط ، بل يمتد الى الجزاء الأخروي .

فالفقه الإسلامي يرى أن أساس مبدأ التعسف في استعمال الحق بأن الحق في حد ذاته منحة من الخالق، فينبغي أن يقيد بالغاية التي منح، لأجلها، ويكون استعمال الحق غير مشروع كلما وقع خارج حدود هذه الغاية .

ثانيا: طبيعة التعسف في الحق في القانون الوضعي .

قاعدة التعسف في استعمال الحق في القوانين الوضعية، ليست حديثة النشأة ، أو غريبة الموطن ، بل تمتد جذورها الى الحضارة البابلية ، بأثرها البارز في قانون حمورابي ، ولم يتفطن الرومان الى أهمية التعسف في استعمال الحق ومشروعيتها الا في طور متأخر من الحضارة الرومانية، سيما وان الحقوق كانت عندهم في البداية، سلطات لا يترتب عن استعمالها مسائلة، ولو نجم عن استعمالها ضرر للغير، لذلك كان يقال " سعيد من ملك" Beatipossidentes،ثم استرعي انتباههم ما يترتب على اطلاق الحقوق من أضرار للغير، فظهرت قاعدة ان استعمال الحقوق الى أقصى حدودها يؤدي الى ظلم فاحش، " منتهي الحق، منتهي الظلم"، ويقابلها في اللغة الفرنسية ، Droit suprême , suprême injustice.1

وقلنا ان القانون الروماني عرف النظرية، يشهد بذلك ما أورده فقهاء هذا القانون من تطبيقات لها مختلفة، من ذلك أن قرر الفقيه (ايلبيانulpien)، أن من حفر بئر في أرضه وتعمق في الحفر حتى قطع العروق التابعة لملك جاره، لا يكون مسئولا عن تعويض الضرر، ولكنه يكون مسئولا اذا كان الحفر من شانه أن يسقط حائط الجار.2

والمقصود هنا هو الشطط والتجاوز في استعمال الحق دون حدود مما يعطي لذلك الاستعمال طابع الأنانية وسوء النية المبيت دون مراعاة حقوق ومصالح الغير مما قد ينجر من الإضرار بحقوقهم أو بالانتقاص منها، او تقييدها نتيجة الاستعمال الجائر للمتعسف في استعمال حقه .

ولقد اختفت نظرية التعسف في ردحا من الزمن بعد ان ظهرت مبادئ الفردية ،(individualisme)، وامعنت الثورة الفرنسية في الأخذ بهذه المبادئ، وبقيت مختفية طوال القرن التاسع عشر، لا تكاد تطل برأسها في بعض أحكام القضاء حتى تتكر لها الفقهاء، الى ان قيض الله لها فقيهين من أعلام الفقه الفرنسي ، هما سالي (saleilles) وجوسران (josserand)، فنفضا عنها التراب ، وأعادا لها

1JosseransLouis, de l’abus des droits ,op.cit ; p 7 et 11 .

2 عبد الرزاق تحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، ط 3 الجديدة، دار النهضة العربية ، دون سنة فقرة 554 ص 696 .

الجدة، فما لبثت أن استقرت في الفقه بعد ان ثبت عليها القضاء، ثم أخذت بها التقنيات الحديثة ، وأصبحت اليوم نظرية مستقرة لا يستطيع احد ان يفكر تفكيرا جديا في الانتقاض عليها .1

وظل التساؤل ملحا على طول الزمن، فهل ما زالت فكرة "التعسف" في استعمال الحق فكرة غامضة؟ وهل مازالت مختلطة بفكرة "الخطأ" والمسؤولية التقصيرية؟ ام انها غدت نظرية مستقلة بطبيعتها ومعيارها؟ وهل غذت نظرية التعسف في استعمال الحق نظرية جديدة في المسؤولية؟2.

فالعديد من الفقهاء يرجعون التعسف في استعمال الحق للمبادي العامة للمسؤولية التقصيرية ويعتبرون التعسف يشكل خطأ تقصيري، وبالنتيجة فان التعسف ما هو الا صورة من صور الخطأ التقصيري، وبالتالي فان نظرية التعسف في استعمال الحق تندرج ضمن المسؤولية التقصيرية، (أ) في حين يبدوا للبعض الاخر بأن التأويل الأنسب لهذه النظرية يبين بانها مستقلة عن فكرة الخطأ التقصيري (ب).

أ) : التعسف في استعمال الحق ، خطأ تقصيري .

يرجح العديد من الفقهاء ، التعسف في استعمال الحق، للمبادئ العامة للمسؤولية التقصيرية ، ويعتبرون بذلك التعسف مشكلا لخطأ ، ولكن يبدو ان انصار هذا الاتجاه – الفقه التقليدي ، وهم يمثلون غالبية الفقه والقضاء في فرنسا والقضاء المصري ، وهؤلاء لم يتفقوا على مسمى واحد للتعسف واقسموا الى ثلاثة أراء ، أولهما باعتبار التعسف في استعمال الحق مساويا للخروج عن الحق أو التعدي لحدود الحق (01)، وثانيهما اعتباره مساويا للخطأ التقصيري، او على فكرة الخطأ بصورة عامة (02) ، وثالثهما اعتباره متميزا من الخطأ التقصيري، واعتباره صورة خاصة للخطأ (03) .

1. **التعسف وتجاوز الحق.**

تزعم الفقيه بلانيولPlaniol ، الاتجاه القائل بان التعسف في استعمال الحق l'abus de droit لايعدوا ان يكون تجاوز للحق، (dépassement de droit) ، وهو بهذا المعنى عمل غير مشروع، Acte illicite ، ومن ثم يندرج تحت أحكام المسؤولية التقصيرية ، وفي معرض الدفاع عن هطا الاتجاه فللفقيه قول ذائع الصيت في هذا الخصوص، " ان الحق ينتهي من حيث يبدأ

1 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، المرجع السابق فقرة 553 ص 696 .

2 شوقي السيد، مرجع سابق ص 23 .

التعسف"، « Le droit cesse ou l'abus de droit commence » ، 1 ، وعلى ذلك اذا وجد تعسف في سلوك الافراد ، فأن ذلك لا يكون عند استعمالهم لحقوقهم، وانما عند تجاوزهم لحدود هذه الحقوق المرسومة قانونا، ومن ثم فان العمل في هذه الحالة ، يكون دون حق 2 .

وقد ذهب بلانيول الى ان عبارة التعسف في استعمال الحق تنطوي على تناقض ، فكيف يمكن تصور ان العمل الواحد يكون مشروع وغير مشروع في الوقت نفسه، او غير مشروع وبالتالي لا مسؤولية على، ممارسته، او غير مشروع ويسأل عنه مسئولية تقصيرية وذلك لأني تجاوزت حقي، فاذا كان هناك تعسف في سلوك الافراد، فلا يكون ذلك حينما يستعملون حقوقهم، وانما حينما يتجاوزونها أو يخرجون عليها3، خاصة ان الحقوق ليست مطلقة، وقد حدد القانون أغلبها ومداها كما خضع في استعمالها لشروط مختلفة ، ومن تم فانه عندما نخرج عن هذه الحدود، او لا نراعي قيود استعمالها، فان العمل في حقيقته يعد عملا دون حق ، فقيام التعسف أذا يتحقق عند مجاوزة ذلك الحق 4،وهو ما يعني في وجهة نظره – بلانيول – بتساوي التعسف في استعمال الحق مع فكرة التعدي أو العمل غير المشروع، وهو ما يعني بكفاية نظرية المسئولية التقصيرية للقول بمسئولية صاحب الحق، دون احتياج لنظرية التعسف في استعمال الحق 5، وعلى ذلك، فأظهر من ناصب النظرية العداء هو الفقيةبلانيول .6

وفي الفقه الإسلامي فقد قال بهذا الرأي عدد من الفقهاء المعاصرين، فذهب الشيخ محمد أبو زهرة ، والشيخ احمد فهمي أبو سنة، والشيخ عبد المقصود شلتوت ، الى القول بان التعسف لا يعدوا ان يكون تجاوزا لحدود الحق، لأن قصد الضرر في استعمال الحق ممنوع شرعا ، اونه اذا ترتب على استعمال انسان لحصه ضرر بغيره لا توازيه منفعة من استعمال حقه كان ذلك ممنوعا، واذا كان الشارع يمنع ذلك فكيف لا يعد من التجاوز في استعمال الحق 7 .

---

1 شوقي السيد،التعسف في استعمال الحق ، شوقي السيد ، مرجع سايق ، ص 100 .

2 شوقي بناسي، التعسف في استعمال الحق ، في ضوء المادة 124 مكرر المستحدثة، بموجب القانون 05-10، المعدل للقانون المدني، موقع المنصة الجزائرية للمجلات العلمية، https://www.asjp.cerist.dz/en/article/96785، يوم 2020/03/22 ، 22:35 من المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر، العدد الرابع 2009 ، ص 188 .

3 أحمد أبراهيم عبد التواب، الإساءة في إجراءات التقاضي والتنفيد، مرجع سابق ص132 .

4 شوقي السيد،التعسف في استعمال الحق، شوقي السيد، مرجع سايق ، ص 100 .

5 أحمد أبراهيم عبد التواب، الإساءة في اجراءات التقاضي والتنفيذ، مرجع سابق ، ص82 .

6 عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مرجع سابق ، ص 697 .

7 احمد إبراهيم عبد التواب ، مرجع نفسه، ص124 .

ومما نستنتجه مما ذهب اليه هذا الاتجاه هو القول بان نظرية المسئولية التقصيرية كافية لتأسيس التعسف في استعمال الحق، ولم يبين الفرق بين فكرة الخطأ وفكرة التعسف، بالرغم من اقرارهم بمسئولية التعسف في استعمال الحق.

وقد أنتقد رأي بلانيول ، من جهة تلاعبه بالألفاظ ، فيظهر واضحا بانه استعمل كلمة Droit ، في اللغة الفرنسية بمعنى واحد ، مع ان لها معنيين ، بمعنى الحق ، وبمعنى القانون ، أي مجموع القواعد القانونية ، وعلى ذلك ان كان من المستحيل ان يكون الفعل الواحد موافقا للقانون ومخالفا له في نفس الوقت ، فانه من المتصور جدا ان يكون موافقا للحق لأنه يدخل في نطاقه ومضمونه ، وهو في نفس الوقت مخالف للقانون في مجموعه ، وهذا هو جوهر فكرة التعسف في استعمال الحق 1 ، ومن ناحية أخرى فقد بات مستقرا لدى جمهور الفقهاء ، التمييز بين التعسف في استعمال الحق ، وبين الخروج او مجاوزة الحق 2، فان رجال الفقه ميزوا بين مجاوزة الحق ، وبين التزام هذه الحدود ، والانحراف بغاية الحق عن هدفه الصحيح ، لان التعسف يقوم على فرضين أولهما : وجود حق يحميه القانون ، وثانيهما : الانحراف عن الغاية المشروعة التي يقررها المشرع لاستعمال الحق ، فيبدا التعسف بالممارسة المشروعة لاستعمال الحق ، ثم ينحرف عن الغاية المشروعة بعد ذلك 3 ، كما ان جانبا من الفقه ذهب الى القول بان التعسف هو والخطأ سواء، بعد ان تطورت الصورة التقليدية للخطأ 4 ، وهو ما سنوضحه كالتالي :

2- التعسف في استعمال الحق لا يخرج عن كونه خطأ.

فبحسب هذا الاتجاه الذي سلكه القضاء والفقه الفرنسيين، بأن التعسف لا يعدو ان يكون خطأ يوجب تطبيق المسئولية التقصيرية، وبان التعسف في استعمال الحق مساويا للخطأ التقصيري ، وينبغي ان يبقى ضمن المسئولية التقصيرية ، وقد برهنوا على ذلك بان التعسف بحسبهم عملا لا يعد عملا غير مشروع ، او عمل دون حق ، وانما يساوونه بالخطأ .

وظهر هذا الاتجاه على أثر اول تطبيق لنظرية التعسف في استعمال الحق في القضاء الفرنسي في 2 ماي 1855 ، حيث أسست محكمة استئناف Golmar ، حكمها بشان قيام احد الأشخاص

---

1 شوقي بناسي، التعسف في استعمال الحق ، في ضوء المادة 124 مكرر المستحدثة، بموجب القانون 05-10، المعدل للقانون المدني ، مرجع سابق ،ص 188 المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية ، جامعة الجزائر https://www.asjp.cerist.dz/en/article/96785 .

2 في القوانين العربية التي لا تحمل معنى مزدوج لكلمة حق ، فكلمة حق لا تعني معنى القانون .

3 احمد إبراهيم عبد التواب ، الإساءة في استعمال إجراءات التقاضي والتنفيذ ، مرع سابق ، ص 125 .

4 شوقي السيد ، التعسف في استعمال الحق ، مرجع سايق ، ص 104 .

ببناء مدخنة على سطح منزله، بناء على نص المادتين 1382 و 1383 ، من القانون المدني الفرنسي 1، والمتعقلتين بأحكام المسؤولية التقصيرية، والتي تقوم في أساسها على مسئولية كل من تسبب بخطئه في الحاق الضرر بالغير، تلك المسئولية التي تقوم على الخطأ سواء كان مفترض او خطأ غير مفترض2، وقد قضت المحكمة بمسئولية المالك الذي أقام المدخنة فوق سطح منزله فحجبت النور عن جاره 3، ثم تواترت الاحكام في أتجاه الاخذ بقاعدة التعسف في استعمال الحق ، ومن ذلك الحكم الصادر في قضية كليمون بيار ، المؤرخ في 03 أوت 1915، وتتخلص وقائع القضية في أن كليمون بيار Clement Bayard ، كان يملك قطعة أرض مجاورة ملاصقة لجاره كوكرال ، وقد أقترح الأخير على جاره كليمون بيار شراء مرأبه ، الا ان الأخير رفض لأنه يستعمله لتخزين منطاده ، وللانتقام أقام المالك – السيد كوكرال – في أرضه أعمدة فيها أسلاك شائكة دون ان تكون لديه مصلحة في ذلك ، سوى عرقلة هبوط المنطاد ، والضغط على جاره لبيع المرأب ،وأثناء طيران منطاد السيد كليمون بيار ، تمزق على تلك الاسلاك الشائكة فقام كليمون بيار بالالتجاء الى القاضي لجبر الضرر ، أجاب السيد كوكرال بأنه يمارس حقه في ملكيته ، طبقا للمادة 544 من القانون المدني الفرنسي ، ويستعمل حديقته كما يراه مناسبا ،و لا يمكن اقامة مسئوليته على ذلك ، وحينها أثير الاشكال : هل توجد حدود لاستعمال حق الملكية ؟ .

وبقرار كليمون بيار شكل القضاة مفهوم التعسف ، وبان استعمال السيد كوكرال لحقه لم يكن سليم، ويأخذ شكل التعسف ، وقدر القضاة بان ما قام به السيد كوكرال بإقامة الاسلاك الشائكة عديم الفائدة ، ويفسر رغبته في الانتقام مع ثبوت نية الأذى ، وهكذا تم تأسيس مفهوم العسف في استعمال الحق، وتم تكريس نية الاضرار تقليديا لتقدير التعسف .4

وقوام هذا الرأي ان الخطأ في مفهوم الفقه الحديث ، هو الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي ، وهو قد يقع من الشخص وهو يأتي رخصة ، وقد يقع منه وهو يستعمل حقا ، بمعني انه متصور في استعمال الحقوق تصوره في ممارسة الرخص، والرجل العادي في سلوكه المألوف اذا أتى

1Art 1382. Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. et Art 1383 du Code civil : "Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence".

2 احمد إبراهيم عبد التواب ، الإساءة في إجراءات التقاضي والتنفيذ ، مرجع سابق ص139 .

3 شوقي السيد ، التعسف في استعمال الحق ، شوقي السيد ، مرجع سايق ، ص 117 .

4 الموقع الالكتروني: https://mafr.fr/fr/article/cour-de-cassation-chambre-des-requetes/ ،بتاريخ : 2019/12/04، الساعة 22:56 .

رخصة وجب عليه ان يلتزم قدر من الحيطة والتبصر واليقظة حتى لا يضر بالغير ، واذا استعمل حقا امتنع عليه مجاوزة الحدود المرسومة لهذا الحق 1 .

ولقد اعتبر الدكتور عبد الرزاق السنهوري التعسف من صور الخطأ التقصيري، مقررا بان الخطأ هو الاخلال بحق الغير بالقصور عن عناية الرجل المعتاد ، ويكون ذلك اذا اخل الشخص بحق الغير أثناء استعماله لرخصة قررها القانون ، او أخلاله بحق الغير أثناء ممارسته لحق نتيجة تقصيره عن عناية الرجل اليقظ أو الحريص2، فالأساس القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق ليس هو اذن الا المسؤولية التقصيرية، أذ التعسف في استعمال الحق خطأ يوجب التعويض ، والتعويض هنا كالتعويض عن الخطأ في صورته الأخرى وهي صورة الخروج عن حدود الحق أو عن حدود الرخصة.3

وانتقد هذا الفريق ، لان ثمة تفرقة بين التعسف والخطأ ، أذ بينما يندمج التعسف في استعمال الحق، في داخل نطاق المشروعية بحسبانه متصلا بالغرض والباعث "، فان الخطأ ليس الا صورة من صور عدم المشروعية وتتصل بها اتصالا مباشرا 4، كما ان الخطأ يتعلق بعمل غير مشروع ابتداء ، في حين يتعلق التعسف بعمل غير مشروع من البداية وتلحقه عدم المشروعية في مرحلة لاحقة بانحراف صاحبه عن مقصده الذي تقر لأجله .

ومن حيث انهم حاولوا التلاعب بالألفاظ، بالقول باستحالة كون العمل مشروعا وغير مشروع في الوقت نفسه ، لأن كلمة Droit ، في اللغة الفرنسية قد تثير اللبس ، في مقصودها ، بين معناها كقانون ، أم معناها كحق 5 ،

3- التعسف في استعمال الحق نوع متميز من الخطأ التقصيري.

نتيجة للنقد التي وجهت للرأي السابق، والرامي الى ان التعسف في استعمال الحق مساويا للخطأ التقصيري ، ذهب أنصار هذا الرأي ، ومنهم الأستاذ لويس جوسران ، Josserand Louis ، بأن التعسف في استعمال الحق ، بانه نوعا متميزا من الخطأ ، او الخطأ ذو طبيعة خاصة sui

1 شوقي بناسي ، التعسف في استعمال الحق ، في ضوء المادة 124 مكرر المستحدثة بموجب القانون 05-10 المعدل للقانون المدني ، مرجع سابق ، ص 189 .

2 احمد إبراهيم عبد التواب ، الإساءة في إجراءات التقاضي والتنفيذ ، مرجع سابق ص 145 .

3 عبد الرزاق احمد السنهوري ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، مرجع سابق ص 702 .

4 شوقي السيد ، التعسف في استعمال الحق ، شوقي السيد ، مرجع سايق ، ص 107 .

5 احمد إبراهيم عبد التواب ، الإساءة في إجراءات التقاضي والتنفيذ ، مرجع سابق ص83 .

genericspecialتستقل عن الخطأ العادي ، وبانه خطأ يرتبط أساسا بروح الحق وغايته الاجتماعية ، ولا يعد استعمال الحق مبرئا ومانعا من المسئولية، الا اذا كان يتفق مع غايته وروح القانون 1 .

واذا كان الخطأ العادي شخصي معياره خطا شخصي معياره الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي، فان الخطأ في مجال التعسف في استعمال الحق، ينبغي أن يتميز بانه ذو صبغة اجتماعية، وهذا ما يميزه عن الخطأ العادي، فهو خطأ اجتماعي faute sociale،أي ضد مصلحة العامة (الشرف والأخلاق)، ولكن يظل موقع التعسف في استعمال في نطاق المسئولية التقصيرية رغم ذلك2.

وبرغم محاولة هذا الرأي تكييف التعسف على أساس فكرة الحق وغايته الاجتماعية، الا أن هذه الفريق كسابقه حاول الوصول الى ذلك في ضوء نصوص القانون المدني الفرنسي المتعلق بأحكام المسئولية التقصيرية ، مما أدى الى اقتراب تصوره للتعسف – على الرغم من أهميته – من مفهوم الاتجاه السابق مع اختلاف في المضمون ، فذهبوا للقول بأن التعسف عبارة عن خطأ من نوع خاص او انه عبارة عن خطأ متميز ، بحيث لا يعتبر خطئا عادي بل هو نون من الخطأ المتميز الذي يرتبط بروح لحق وغايته الاجتماعية .3

أن هذه النظرية ، وان تفرعت عن مبدأ نسبية الحقوق ، فأنها لاتعدوا ان تكون أداة لتوسيع فكرة الخطأ ، فهي تفرض قيودا على ممارسة الحق فوق ما تفرض عليه النصوص من قيود، في تعديد الواجبات القانونية ، مما يجعل الشخص معرضا للمسئولية أذا اخل بها ، وقد بين جوسران حدود التعسف في استعمال الحق، في نطاق المسئولية المدنية ، فقسم الأفعال الضارة الى ثلاثة أقسام مستقلة تقيم المسئولية على صاحبها ، وهي : الاعمال المخالفة للقانون Actes illégaux، وتخضع لحكم الأفعال المرتكبة دون حق ، او تجاوز حدود الحق الموضوعي، او العمل دون حق، ويمثل ذلك اعتداء على حق آخر، والثاني : الاعمال غير المشروعةActes illicites ، وهو استعمال الحق على غير غايته وهدفه، وهو يمثل انحراف بالحق ، والثالث : الاعمال الفاحشة ،Actes excessifs وهو عمل متفق مع القانون وروحه، الا انه يؤدي الى أضرار غير عادية (فاحشة) ، تلحق الغير، وتخضع لحكم تحمل التبعة .

غير ان إساءة استعمال الحق في رأي جوسران يشكل نوعا قائما بذاته من الخطأ، لصيق بروح الحق وغايته الاجتماعية، وهو ما يخرج به عن مدلول الخطأ العادي ، ويثير مشكلة ضمير جماعي ، لا

1Jouerand ; l’esprit des droit NO 298, p 406.

2 شوقي السيد ، التعسف في استعمال الحق ، مرجع سابق ، ص110.

3 احمد إبراهيم عبد التواب ، الإساءة في إجراءات التقاضي والتنفيذ ، مرجع سابق ص 162 .

مشكلة ضمير فردي كالخطأ التقليدي ، ويتحقق ذلك بالانحراف عن غاية الحق الاجتماعية 1 ، ويشكل حينها خطأ اجتماعي لأنه ينطوي على استعمال للحق ضد مصلحة المجتمع 2.

وأن كان رأي الأستاذ جوسران تقدما في مجال بحث طبيعة التعسف والخطأ في استعمال الحق الا انه أنتقد لأنه لايزال ضمن المسؤولية التقصيرية ، ولكن الخطأ هنا ليس هو الخطأ العادي ، بل خطا يتصل بغاية اجتماعية وهو ما لم ينتبه اليه الفقه التقليدي ، لذلك تم رفض البحث عن الخطأ الاجتماعي داخل نظرية المسؤولية التقصيرية ، وحينها يجب التسليم بان موضوع المسئولية الناتجة عن استعمال الحق استعمالا ضد المجتمع ، Anti-social ، ينبغي ان يقع خارج نطاق المسئولية التقصيرية او شبة التقصيرية ، ومن تم يجد له مصر آخر غير الخطأ 3، ولئن ساهم هذا الرأي في بلورة فكرة جديدة للخطأ وربطه بالغاية الاجتماعية الا انه أبقى على التعسف ضمن نظرية المسئولية التقصيرية ، والحال فان فلسفة المذهب الفردي كان لها التأثير في عدم الاعتقاد بنظرية التعسف في استعمال الحق ، فتم تأسيس التعسف على فكرة الخطأ ، وتم دمجهما معا .

وبناء على ما تقدم يمكن ملاحظة ان القانون المدني الفرنسي لسنة 1804، والذي لايزال ساري المفعول حتى الان ، لم يتعرض لنظرية التعسف في استعمال الحق ، بالنص عليها صراحة ، ويعود ذلك لانتصار الثورة الفرنسية التي سادت على أثرها الروح الفردية الداعية إلى إقامة التشريع على أساس فلسفي غايته حماية الفرد من سلطان وجبروت الدولة ، فسادت النزعة الفردية الناجمة عن الثورة الفرنسية لسنة 1789 ، ولم ينص التشريع الفرنسي أي نص يقرر نظرية التعسف ، فلجأ القضاء الفرنسي امام هذا الفراغ التشريعي الى اعمال فكرة التعسف بالاستناد والتوسع في نص المادتين 1382 و1383 ، من القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 ، والتي تقيمان المسئولية عن الخطأ الشخصي .

وتناول المادتان 1382 و1383 من القانون المدني الفرنسي، اللتان استُبدلتا بالمادتين 1240 و1241، المسؤولية التقصيرية، نصت المادة 1382 السابقة على أن "كل فعل، مهما كان، يُسبب ضررًا للغير، يُلزم من وقع بخطئه بإصلاحه"، بينما نصت المادة 1383 السابقة على أن "كل شخص مسؤول عن الضرر الذي أحدثه، ليس فقط بفعله، بل أيضًا بإهماله أو رعونته".

---

1 سليمان مرقس ،المسئولية المدنية في تقنينان البلدان العربية القاهرة معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة 1971 ص 336 .

2 شوقي بناسي ، التعسف في استعمال الحق، في ضوء المادة 124 مكرر المستحدثة ، بموجب القانون 05-10 المعدل للقانون المدني ، مرجع سابق ص192 .

3Kira Hassan ; thése , paris , pp 198-199 .

وبعبارة أخرى، تُرسّخ هاتان المادتان مبدأ إلزام الشخص بإصلاح الضرر الذي ألحقه بالغير، سواءً بفعله أو بتقصيره.

وحصيلة القول من خلال هذه النظريات والاتجاهات الفقهية ، فان بعض من الفقه الفرنسي ، أنكر وجود نظرية التعسف في استعمال الحق، وبرر ذلك من بالحجج والفلسفية والمنطقية ، والقانونية العامة، ولكن تلك الانتقاد الموجه لتك الآراء ساهم في بناء فقهي ونظري ، للقول بنظرية التعسف في استعمال الحق ، وبان الأخير لا يتصل بالمسئولية المدنية التقصيرية، والتي سنعرضها خارج نطاق المسئولية التقصيرية وعلى غير فكرة الخطأ أيضا ، ومنه فك الارتباط بين التعسف والخطأ التقليدي، للوصول في نهاية المطاف الى القول بأن التعسف نظرية قائمة بذاتها.

وبالرغم من اتفاق جانب كبير من الفقه الفرنسي الى تأييد نظرية التعسف في استعمال الحق ، بل حتى القضاء الفرنسي أيد هذا المنحى ، ولكنهم اختلفوا في القول بأساس نظرية التعسف ، وكذا الطبيعة القانونية للتعسف.

ب) التعسف في أستعمال الحق : فكرة مستقلة عن الخطأ التقصيري .

تستند الأسس الاجتماعية لتعسف في استعمال الحق ، النفكرة أن الحق لايمنح لصاحبه سلطة مطلقة، بل يشكل وظيفة اجتماعية يجب ممارستها بما يحقق المصلحة المشروعة ، ويحافظ على التوزان بين الغاية ومصالحها ، وأي انتهاك لهذه القاعدة يعد اساءة استخدام للحقوق ، وبذلك فان بعضهم يرى الحقوق بأنها أخلاقية، وربطها بالجانب الأخلاقي (01) ، والبعض الاخر اعتبرها نظر اليها بصورة اجتماعية ، فربطها بالمبادئ الاجتماعية (02) ، كما أقامها رأي آخر بفكرة الحق ذاته (03).

1. التعسف ومبادئ الأخلاق.

نادي بهذا الرأي الأستاذ سالي ، بمناسبة تقرير تقدم به الى اللجنة المنعقدة لمراجعة القانون المدني الفرنسي سنة 1905،مؤكدا قيام النظرية استنادا مصلحة عليا، كما تثير فكرة أخلاقية تماما، ومن ثمة فانه ينبغي استبعاد التعسف من مجال نص المادتين 1382 و من القانون المدني الفرنسي ، والذي يعد غير كاف ، فالتعسف لا يرد الا بشان استعمال حق أحدث ضرر بالغير ، ولم يكن لصاحبه مصلحة ذات قيمة مشروعة1 ، ومن ذلك عدم كفاية المادتين 1382 و1383 ، لتطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق ، وباستناد فكرة التعسف في استعمال الحق على أساس فكرة النظام العام

1شوقي السيد، العسف في استعمال الحق، مرجع سابق ص 113 .

والآداب ، لان نص المادتين السابقتين لا يتعلق بفكرة التعسف ، والتي تقوم على استعمال حق مقرر قانونا على نحو سبب ضررا فادحا بالغير ، مع تفاهة مصلحة صاحب الحق في ذلك الاستعمال 1 .

وذهب سالي الى أن فكرة التعسف تمثل مبدأ عاما ينتمي الى مبادئ النظام العام والآداب العامة، وتجد أساسها في نص المادة 6 من القانون المدني الفرنسي، –والتي لاتزال سارية المفعول منذ 15 مارس 1803 –2، لان التعسف لا يمثل اخلالا بالتزام قانوني أو تعاقدي، وانما يثير مشكلة تتعلق بالأخلاق، أي مشكلة تتصل بقواعد الاخلاق التي تحرم استعمال الحق استعمالا غير أخلاقي 3 ، لهذا فان التعسف يمثل صلة بين الحق والأخلاق، فتوجد بجانب المشروعية القانونية مشروعية أخلاقية، وليس ثمة حق يمارس بطريقة غير أخلاقية ان التعسف في استعمال الحق يقع عند استعماله ضد الاخلاق 4 .

وبحسب الأستاذ سالي فأن المادة السادسة وما تضمنته من مبادئ تتصل بالنظام العام والأخلاق الحسنة توجب استعمال الحريات في نطاق المشروعية والتضامن اتجاه الاخرين، وهو مبدا عام يسري في نطاق استعمال الحقوق ، وتبعا لذلك أن تحل هذه المادة المشكلة الخاصة بالتعسف ، وقد ثارت مناقشات في هذا الخصوص حول ما اذا كانت فكرة التعسف تجد أساسها في نص المادة 6 أم ان المادة 1382 كافية لاستعياب كل حالات التعسف ، وهو حوار يكشف محاولة البحث عن نص يستطيع – عن طريق التفسير– أن يضع أساس لكل صور التعسف 5.

وبذلك فالأستاذ سالي يقيم فكرة التعسف خارج المسئولية التقصيرية، فمسألة التعسف لديه ترتبط بالأخلاق التي تحرم استعمال الحق استعمالا منافي للأخلاف، ولا علاقة للتعسف بالمسئولية المدنية ، بل الامر يتعلق بالجانب الاخلاقي حين ممارسة صاحب الحق لحقه، فممارسة الحق لا يرتب أي مسئولية متى كان ذلك الاستعمال للحق في حدود المقصد منه، لأنه في كل الحالات ممارسة الحق ليس في حد ذاته غير مشروع ، بل الطريقة التي يمارس بها والتي سببت الضرر، دون مراعاة الجانب الأخلاقي المتمثل في عدم الحاق الأذى بالغير أثناء ذلك .

---

1 احمد إبراهيم عبد التواب، الإساءة في إجراءات التقاضي والتنفيذ، مرجع سابق ص166 .

2L'article 6 du Code civil français, dispose que : On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.

3 شوقي بناسي، التعسف في استعمال الحق في ضوء المادة 124 مكرر المستحدثة بموجب القانون 05–10 المعدل للقانون المدني، مرجع سابق ص194 .

4شوقي السيد ، العسف في استعمال الحق ، مرجع سابق ص 115 .

5شوقي السيد ، مرجع نفسه، ص 117 .

ولذلك نادي الأستاذ سالي بوضع مبدا للتعسف في استعمال الحق في الباب الأول للقانون المدني ليكون مبدا عاما من المبادئ القانونية يتسع مجال تطبيقه على جميع الحقوق ، عكس المادة 1382 من القانون المدني محدودة المجال مع الإشارة الى أنه تم رفض رأي الأستاذ سالي تم رفضه من قبل اللجنة لما أفزعها من تدخل الاخلاق في مجال القانون .

لكن الانتقاد الذي وجه لهذا الاتجاه في انه توقف في منتصف الطريق، ولم ينتهي الى النتيجة التي أكتفى فقط بوضع مقدمتها، ذلك بان هذا الرأي وان أسس لفكرة التعسف على غير الخطأ، الا انه لم يتم استكمال بناء وتأسيس مستقل لفكرة التعسف.

02 – التعسف والمبادئ الاجتماعية.

يذهب هذا الرأي الى ان مشكلة التعسف بعيدة عن الاخلاق، ودليل ذلك انها لم تتوقف عند قصد الاضرار، وانما تختلف تبعا لطبيعة كل حق ، فحق الملكية مثلا يقوم التعسف فيه على معيار غيبة المصلحة، لأن ذلك من شانه إشارة الى الاستهتار بالمصلحة الاجتماعية ، وبالنسبة للعقد فان أنهاء العقد مع غيبة الأسباب المشروعة هو انحراف بالغاية الاجتماعية للعقد 1.

وذهب الأستاذ Emmanuel Lévy ، في رفضه لتطبيق نص المادتين 1382 و1383، من القانون المدني الفرنسي ، بخصوص نظرية التعسف في استعمال الحق مؤسسا نظرية التعسف في استعمال الحق على الاخلال بالثقة المشروعة، حيث أفترض وجود ما يسمى بالضمير الاجتماعي ، Conscience collective الذي يجب مراعاته من جانب جميع الافراد ، فاذا ما أخل الفرد في استعماله لحقه بهذا الضمير الجماعي ، فانه يكون متعسفا في استعمال الحق .2

وعلى هذا الأساس يجب أن يتم استعمال الحق بصورة تتفق واستقرار المجتمع ، وبعبارة أدق بصورة تتفق ومصلحة المجتمع ، لن هذه المصلحة الاجتماعية تمثل غاية الحق دائما وابدا موضع موازنة، بحيث يتعين الاخذ بعين الاعتبار مسألة توازن المصالح الاجتماعية 3 ، واعتبر أنصار هذا الرأي يكون متعسفا كل شخص يستعمل حقه بصورة غير اجتماعية، لأن التعسف هو الغلو في ممارسة الحق الشخصي الذي يتجاوز الحدود القانونية للحقوق باعتبار الأخيرة تمارس وسط

1 شوقي السيد ، التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق ص 117 .

2Emmanuel Lévy « l'exercice du droit collectif » RTD . civ 1903 « conférence légitime » RTD civ 1910 .

3 شوقي بناسي، التعسف في استعمال الحق في ضوء المادة 124 مكرر المستحدثة بموجب القانون 05-10 المعدل للقانون المدني ، ص195 .

المجتمع ، وخلاف ذلك يعد متعسفا من يستعمل هذه الحقوق بصورة غير اجتماعية ، ومنه تستند فكرة التعسف الى الانحراف بغاية الحق بالنظر الى هدفه الاجتماعي والاقتصادي.

ولتقدير هذا الرأي فانه فعلا يعد تطور بربط الحقوق بغايتها التي من اجلها منح القانون هذا الحق لصاحبه ، وتقيد هذا الأخير بتلك الغاية والا اعتبر متعسفا في استعمال حقه ، لكن بحسب بعض الكتاب ، فانه يعاب على هذا الرأي غلوه في نظرته للحق ذاته ، بداعي ان انصار هذا الرأي يعتبرون الحق مجرد وظيفة اجتماعية أو محض واجب لتحقيق الصالح العام الاجتماعي ، مع ان الحق ذو وظيفة اجتماعية مزدوجة فردية واجتماعية، ونظرية التعسف وجدت لتحقيق التوازن بين عاتين الصفتين 1 .

وبلا شك فانه وبالرغم مما جاءت به الآراء السالفة، فان الاتجاه الاجتماعي الأخلاقي، جاء بأفكار غاية في الأهمية بتأسيسها فكرة التعسف على فكرتي الاخلاق والمصلحة الاجتماعية، وأكتسح بها فعلا مساحات جديدة في تأصيل نظرية التعسف في استعمال الحق ، بينما منافسه – الفقه القديم – خسرها بصفة ظاهرة ، وبرغم كل ذلك لم يتم وضع نص عام يقيم المسئولية في حالة التعسف ، وما يزال القضاء الفرنسي يكيف التعسف كأحد صور الخطأ المكون للمسئولية التقصيرية، الا انه ظهر اتجاه جديد في الفقه العربي ، يبني فكرة التعسف على الحق ذاته .

01-التعسف وفكرة الحق ذاته .

قال بهذا الرأي عدد كبير من الفقه المصري ، حيث أصل الدكتور : حسن كيره التعسف باعتباره نابعا من ذات الحق وغايته ، مقررا في أبحاثه من قديمها حتى أحدثها ، ان التعسف في تأصيله يرتبط بفكرة الحق ، وأنه بهذا الارتباط يقع خارج المسئولية التقصيرية مستقلا عن فكرة الخطأ ، معبرا عن ذلك بعبارته انه يبدو مخطئا من يتصور ان التعسف يندرج في نطاق المسئولية التقصيرية .2

وللتدليل على رأيه استعرض الأستاذ الدكتور حسن كيره الظروف التاريخية التي نشأت فيها فكرة التعسف والتي أسست التعسف في استعمال الحق على أساس الخطأ المكون لنظرية للمسئولية التقصيرية، –والتي لايزال القضاء الفرنسي يقضى بها الى غاية اليوم –، وكان ذلك نتيجة لسيطرت النزعة الفردية على فلسفة التشريع وعلى أحكام القضاء لأيضا آنذاك .

1 شوقي بناسي مرجع سابق ص195 .

2أحمد أبراهيم عبد التواب، الإساءة في إجراءات التقاضي والتنفيذ ، مرجع سابق ص167 .

وقد أصل الدكتور حسن كيره فكرة التعسف على أساس ارتباط التعسف بفكرة الحق ، وما يمثله من قيمة معينة يعترف بها القانون ويحميها لغاية معينة ، وهو ما يعني بارتهان حماية القانون للحق وصاحبه بالتزام هذه الغاية ، وان هذا الحماية تزول او ترفع بالانحراف عنها .1

التعسف أنما يرتبط أساسا بفكرة الحق ، وما يمثله من قيمة معنية يعترف بها القانون للحق وصاحبة بالتزام هذا الغاية، وترتفع بالانحراف عنها، ولذلك فالتعسف يتوافر ما دام صاحب الحق قد أنحرف في استعماله عن غايته، حتى ولو لم يكن قد اخل بواجب الحيطة واليقظة العادية ، وتظهر فكرة التعسف متعلقة أساسا بتصوير الحق وجعلها ميزانا لاستعماله على ضوء غايته ، لذلك تقوم فكرة التعسف في استعمال الحق بدور وقائي ودور علاجي على السواء بما تفرضه على استعمال الحقوق من رقابة سابقة ولاحقة بحسب الأحوال، أما المسئولية التقصيرية فدورها علاجي فقط .2

ونتيجة لذلك وبحسب الدكتور حسن كيره، فان مسألة التعسف سابقة على المسئولية، لان صاحب الحق يحرم ابتداءا من استعمال حقه بصورة تعسفية ، وهنا يظهر جليا الدور الوقائي لفكرة التعسف ابتداءا ، كما ان له دور علاجي أيضا عن تجاوز الغاية التي قررها القانون للحق ، ومنه تكون فكرة التعسف أوسع نطاقا من المسئولية التقصيرية التي ينحصر دورها في معالجة الضرر الناتج عن الخطأ فقط .

وقد أوضح الدكتور الدريني ان لنظرية التعسف وظيفة وقائية ليس للمسؤولية التقصيرية دور مماثل لها فصاحب الحق يمنع من ممارسة حقه المشروع بصورة تعسفية قبل اقدامه على ممارسته،اذا كان احتمال وقوع الضرر المتوقع من استعماله أرجح من عدمه ، وليس للسؤولية التقصيرية هذا الدور الوقائي ، لآنها انما تتدخل في تحديد المسؤولية عن الفعل الضار بعد وقوعه .3

ولقد رأي الدكتور أحمد إبراهيم عبد التواب 4 ، بان التعسف يرتبط بالحق مصدرا ومضمونا وغاية ، فاستعمال الحق الاجرائي مرتبط بالمصلحة والتي هي مناط كل أجراء ، وبحسب توافر المصلحة أو أنعدامها، هو ما يثبت عدم التعسف في الحق الاجرائي، شرطا لقبول الادعاء بصفة عامة ، ، سواء كان الادعاء عبارة عن دعوى، او طلب او دفع او طلب او طعن أو اشكال في التنفيذ ، وهي القاعدة

---

1 أحمد إبراهيم عبد التواب، مرجع نفسه، ص169 .

2 حسن كيره، أصول القانون، مصر 1905، عن : نجيب احمد عبد الله ثابت الجبلي، التعسف في استعمال الحق الاجرائي، المكتب الجامعي الحديث، 2007 ، ص65 .

3 مصطفى الزرقاء، صاغة قانونية لنظرية التعسف باستعمال الحق، في قانون إسلامي، مرجع سابق ،ص 19 .

4 أحمد أبراهيم عبد التواب، الإساءة في إجراءات التقاضي والتنفيذ، مرجع سابق ص172 ، و173 .

المقررة أيضا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري ، بالمادة 13، بانه لا يجوز لأي شخص التقاضي ما تكن له صفة، وله مصلحة قائمة او محتملة يقرها القانون .

وبإعمال هذا الرأي، فان حق التقاضي مثلا شرع لحماية الحقوق،وكلما تبث ان اللجوء الى القضاء لم يكن بغاية حماية الحق، ويستدل على ذلك بغياب المصلحة لأن المصلحة المشروعة من الاجراء هي الضابط العام للتعسف في استعمال الحق، والتبعية تثبت معه مسئولية صاحب الحق .

ومما سبق شرحه فان فكرة التعسف تعتبر نظرية قائمة بذاتها، تتجاوز فكرة الخطأ التقليدي للمسئولية التقصيرية ، وهو الرأي المتوافق مع قواعد الشريعة الإسلامية ، لآن فكرة التعسف هنا ملازمة ومكلمة لفكرة الحق ذاته، ولا تقتصر على الجانب التعويضي او العلاجي كما هو لحال في المسئولية التقصيرية القائمة على الخطأ، بل لدورها الوقائي ابتداءا.

ثالثا : التعسف في استعمال الحق في التشريع الجزائري .

تطرق المشرع الجزائري لمبدأ التعسف في استعمال الحق بالتنصيص على المبدأ العام، أسوة بالتشريعات المقارنة، في القانون رقم 75–58 ، المتضمن القانون المدني، بنص المادة 41 منه، والتي كانت ضمن المواد المتعلقة بالأهلية، وقد استمد المشرع الجزائري أحكام التعسف في استعمال الحق ، من القانون المدني المصري، المادة الخامسة منه، كما يلي :

يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال التالية:

أ – اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير .

ب – اذا كانت المصالح التي يرمي تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير .

ج – اذا كانت المصالح التي يرمي الى تحقيقها غير مشروعة .

فجاء المشرع الجزائري ونقل هذه المادة بشكل يكاد يكون حرفيا في المادة 41 من القانون المدني ، والتي جاء فيها : "يعتبر استعمال الحق تسعفي في الحوال التالية:

- اذا وقع بقصد الاضرار بالغير .
- اذا كان يرمي الى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة الى الضرر الناشئ للغير .
- اذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

والخطأ التقصيري هو الاخلال بالواجب العام بعدم الاضرار بالغير .1

الا ان المشرع الجزائري تعرض لانتقادات في طريقة تنظيمه لهذه النظرية بعضها يخص الجانب شكلي، وبعضها يتعلق بالناحية الموضوعية2، فمن الناحية الشكلية كان يحسن بالمشرع الجزائري أن ينظم التعسف في الباب التمهيدي للقانون المدني، حتى ينبسط على جميع نواحي القانون ، دون ان يكون مجرد صورة من صور الخطأ التقصيري 3 .

أما من الناحية الموضوعية، فانه كان جدير بالمشرع الجزائري أن يعتبر التعسف نظرية مستقلة قائمة بذاتها 4، واهمال التطرق الى القاعدة العامة، التي تقضي بأن الشخص اذا استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسئولا عما يترتب على ذلك من ضرر يصيب الغير 5، وفضلا عن ذلك حدد المشرع الجزائري نطاق النظرية تحديدا حصريا في المعايير الثلاثة باستعمال عبارة (الأحوال التالية)، وهي تفيد ان هذه المعايير واردة على سبيل الحصر، ويكون المشرع قد حرم بذلك القاضي من إمكانية استنباط معايير أخرى للتعسف او حالات تستجد .6

لكن القانون 05-10 ، الموافق 20 يونيو 2005، والذي نقل من خلاله نظرية التعسف من المادة 41 من القانون المدني الى المادة 124 مكرر منه، ضمن المواد المنظمة لأحكام المسئولية التقصيرية المنوه عنها بموجب المادة المادة 124 التي تنص على : " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"، وقد جاءت بعدها مباشرة المادة 124 مكرر بعد إعادة صياغتها والتي تنص على :

" يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات التالية:

-أذا وقع بقصد الاضرار بالغير ،

- أذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة الى الضرر الناشئ للغير ،

---

1 معجم القانون ، مرجع سابق ص 90 .

2 فطيمي الزهرة ، التعليق على المادة 124 مكرر وفق تعجيل القانون المدني، بالقانون رقم 05-10 الموافق ل 20 يونيو 2005 ، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، متوفر على الموقع:
https://www.asjp.cerist.dz/en/article/29858 ، يوم السبت 2020/04/11 ، الساعة 12:29 .

3 شوقي بناسي ، التعسف في استعمال الحق في ضوء المادة 124 مكرر المستحدثة بموجب القانون 05-10 المعدل للقانون المدني ، ص 222 ، مرجع سابق .

4 شوقي بناسي ، التعسف في استعمال الحق في ضوء المادة 124 مكرر المستحدثة بموجب القانون 05-10 المعدل للقانون المدني، ص 222 ، مرجع سابق .

5 فطيمي الزهرة، مرجع سابق ص 186

6 فطيمي الزهرة، مرجع نفسه، ص 187

– اذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

وعلى غرار بعض التشريعات المقارنة الحديثة التي اتجهت الى ان التعسف ما هو الا تطبيق من تطبيقات الخطأ التقصيري، ومن استقراء المادة 124 مكرر من القانون المدني، فان المشرع الجزائري يكون قد اعتبر التعسف شكلا ومضمونا ضمن تطبيقات المسئولية التقصيرية، متوافقا مع الرأي الأعم في الفقه الفرنسي، أي الانحراف بالسلوك عن معيار الرجل العادي، وقد حددت حالاته الثلاث المادة 124 مكرر من القانون المدني ، رغم النقد الذي وجهه الفقه الحديث الى الفقه التقليدي نتيجة هذا المسلك.

وذلك على خلاف المشرع المصري الذي قرر المبدأ العام بالمادة الرابعة منه كما يلي :

من أستعمل حقه استعمالا مشروعا، لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر .

وقد أنتقد الدكتور علي علي سليمان رحمه الله، هذا التأصيل ، متسائلا أذا كان التعسف صورة من صور المسئولية التقصيرية ، فما هي الفائدة من تخصيص نصوص له ؟ ، اليس النص على ان كل عمل خاطئ يضر بالغير يلزم فاعله بالتعويض كافيا ليشمل التعسف اذا كان مبنيا على الخطأ ، ثم ن التعسف في استعمال الحق قد استمدته قوانينا العربية من الشريعة الإسلامية أصلا، وهذه الشريعة لا تقيم المسئولية في حالة التعدي على أساس الخطأ ، بل تنظر اليه نظرة موضوعية، وقد حذا حذوها المشرع الإيطالي في المادة 2/74 منه التي لم تقمه على أساس الخطأ [1] ، ومما يثير الحيرة ان القانون المدني الجزائري أعتبر الشريعة الإسلامية مصدرا من مصادره في المرتبة الأولى بعد التشريع ، كما نصت المادة الأولى منه .[2]

الا انه وخلافا للمادة 124 مكرر من القانون المدني ، فان قانون الاسرة الجزائري كرس صراحة نظرية التعسف في استعمال الحق ، دون الاعتداد بالخطأ ، ذلك بان أيقاع الطلاع دون مبرر شرعي يعد تعسفا من الزوج ، ويكون أيضا قرينة على قصد الحاق الضرر بالزوجة ، وعندها تستحق التعويض وجوبا كما نصت على ذلك المادة 52 من قانون الاسرة .

---

1 شوقي بناسي، التعسف في استعمال الحق في ضوء المادة 124 مكرر المستحدثة بموجب القانون 05-10 المعدل للقانون المدني، ص 200 ، مرجع سابق .

2 المادة الأولى من القانون المدني : يسري هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها او في فحواها، واذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فاذا لم يوجد فبمقتضى العرف ، فاذا لم يوجد فبمقتضى القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

أما بالنسبة للتشريع المصري فقد نظم احكام التعسف في الباب التمهيدي للقانون المدني بموجب المادة 5 منه ، بنصها على :

يكون استعمال الحق غير مشروع ، في الأحوال الآتية: (أ) اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير ، (ب) أذا كانت المصالح التي يرمي الى تحقيقها قليلة الأهمية ، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها ، (ج) اذا كانت المصالح التي يرمي الي تحقيقها غير مشروعة .

وقد نصت المادة الرابعة من القانون المدني المصري على الاستعمال المشروع للحق ، كما يلي : من أستعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسئولا عما ينشا عن ذلك من ضرر .

ولقد أشار العلامة مصطفى الزرقاء الى ان القانون المدني المصري الصادر 1947 ، هو اول قانون في البلاد العربية نظم نظرية التعسف في استعمال الحق في صلب التقنين وصاغها ومعايير التعسف كاملة في مادتين من الباب التمهيدي ، وقد عدها واضعه وشارحه الأستاذ العلامة السنهوري في جملة المبادئ التي استمدها القانون المصري من الفقه الإسلامي حيث قال : ((..... ومن هذه المبادئ أيضا نظرية التعسف في استعمال الحق ، لم يأخذها التقنين الجديد عن القوانين الغربية فحسب ، بل استمدها كذلك من احكام الفقه الإسلامي)) .1

وبوضع هذا النص بين النصوص التمهيدية يكون المشرع المصري قد أقر بنظرية التعسف في استعمال الحق، لما لهذه النظرية من معنى العموم ما يجعلها تنبسط على جميع نواحي القانون دون ان تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع.2

ومما يستنتج فان احكام نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون المدني المصري ، تعتبر امتزاج بين القوانين الغربية المنظمة لأحكام التعسف في استعمال الحق ، وبين نظيرتها أيضا في الفقه الإسلامي.

كما أن القانون المدني العراقي لسنة 1951، المعدل ، أقر بنظرية التعسف في استعمال الحق ، في المادة السابعة ، بوصفها نظرية عامة يسري حكمها على الحقوق كافة أيا كان نوعا موضوعية كانت ام اجرائية ،3 كما يلي :

---

1 مصطفى الزرقاء، صاغة قانونية لنظرية التعسف باستعمال الحق، في قانون إسلامي، مرجع سابق، ص 9 .

2 شوقي بناسي، التعسف في استعمال الحق في ضوء المادة 124 مكرر المستحدثة بموجب القانون 05-10 المعدل للقانون المدني، ص 202 ، مرجع سابق.

3 نواف حازم خالد،والسيد علي عبيد، المسئولية المدنية الناجمة عن التعسف في استعمال الحق الاجرائي في الدعوى المدنية، مجلة الرافدين للحقوق، مجلة قانونية محكمة، كلية الحقوق جامعة الموصل العراق ، العدد 44 2010 ، ص

1 – من أستعمل حقه استعمالا غير جائز وجب عليه الضمان .

2– ويصبح استعمال الحق غير جائز في الأحوال الاتية :

أ – اذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الاضرار بالغير .

ب . إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مطلقا مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

ج . اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها غير مشروعة .

فقد نصت هذه المادة على أن "الجواز الشرعي ينافي الضمان، فمن يستعمل حقه استعمالاجائزا لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر "غير ان المشرع العراقي عاد في المادة (07)، ليحرم التعسف في استعمال الحق، فنص في الفقرة الأولى منها على : " أنه من أستعمل حقه أستعمالا غير جائز وجب عليه الضمان"، ثم أستعرض في الفقرة الثانية أحوال وضوابط التعسف .1

ويلاحظ ان النص المصري هو الأصل للنص العراقي، وهو اول نص في القوانين العربية الحديثة أتي على قضية التعسف في استعمال الحق بوجه عام، وبقواعد عامة تقيم منها نظرية ومعايير، وعنه اخذت القوانين العربية التي استمدت منه .2

ويلحظ ان القانون المصري لم ينص صراحة على مسؤولية من يستعمل حقه استعمالا غير مشروع بضمان ما ينشأ عن ذلك من ضرر للغير ، ومن واضع القانون بدلالة مفهوم المخالفة في المادة (04)، بينما صرح القانون العراقي فق الفقرة الأولى من المادة (07) ، بهذه المسؤولية والضمان.3

كما نصت المادة 30 من القانون المدني الكويتي على انه : ((يكون استعمال الحق غير مشروع اذا أنحرف به صاحبه عن الغرض منه أو عن وظيفته الاجتماعية .

وبوجه خاص :

---

103 ، الوقع الالكتروني https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=34157 ، بتاريخ : 06 ديسمبر 2019، الساعة منتصف النهار .

1 عمر فخري الحديثي ، تجريم التعسف في أستعمل الحق ، بوصفه سببا من أسباب الاباحة ، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن 2011 ، ص39 .

2 مصطفى الزرقاء ، صاغة قانونية لنظرية التعسف باستعمال الحق ، في قانون إسلامي ، مرجع سابق ،ص 14 .

3 مصطفى الزرقاء ، صاغة قانونية لنظرية التعسف باستعمال الحق ، في قانون إسلامي ، مرجع سابق ،ص 16 .

(أ) اذا كانت المصلحة التي تترتب عنه غير مشروعة .

(ب) اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير .

(ت) اذا كانت المصلحة التي تترتب عنه لا تتناسب البته مع الضرر الذي يلحق بالغير .

(ث) اذا كان من شانه أن يلحق ضررا فاحشا غير مألوف)) .

وعلى خلاف القانون المدني المصري والجزائري ، الذين حصروا حالات التعسف في استعمال الحق ، فان القانون المدني الكويتي، جاء بها على سبيل المثال ، بعبارة ((وبوجه خاص)) .

ولم يقتصر – القانون المدني المصري – على المعيار الشخصي الذي اقتصرت عليه أكثر القوانين، بل ضم اليها معيارا موضوعيا في الفقه الإسلامي يقيد استعمال الحق بالمصالح المشروعة ، ويتوقى الضرر الجسيم الذي يصيب الغير من استعماله .1

وبذلك يكون من الصواب اعادة النظر بالنسبة للقانون الجزائري ،بعدم حصره بحالات مقررة دون غيرها.

المطلب الثاني : معيار التعسف في استعمال الحق .

مما جاء في لسان العرب، بان المعيار من المكاييل ، ما عير ، قال الليث : العيار : ما عايرت به المكاييل، فالعيار صحصح تام واف ، نقول عايرت به ، أي سويته وهو العيار والمعيار 2، ويفهم مما سبق بان المعيار بمعنى الضبط والتدقيق، وبالنسبة للتعسف يعني الضوابط والعناصر التي اذا توفرت لدى عند ممارسة صاحب الحق يعتبر متعسفا .

هناك وسيلتان لتحديد الحالات التي يتعتبر فيها الشخص متعسفا في استعمال حقه ، الأولى تتمثل في مبدأ يحكم معيار التعسف فيستع لكل الصور التي يمكن ان تندرج تحته، وهي الوسيلة التي اعتمدها المشرع اللبناني 3 ، أما الوسيلة الثانية فتتعلق بوضع عدة معايير او ضوابط تحدد صور التعسف ،

---

1 مصطفى الزرقاء ، صاغة قانونية لنظرية التعسف باستعمال الحق ، في قانون إسلامي ، مرجع سابق ،ص 9 ، نقلا عن العلامة عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، شرح القانون المدني المصري الجديد، الوسيط الأول ص 47 .

2 أبن منظور لسان العرب مرجع سابق ،، ج4 ص 476 .

3 وضع المشرع اللبناني مبدأ عام او معيارا عاما للتعسف نصت عليه المادة 124 من قانون الموجبات والعقود التي جاء بها : " يلزم أيضا من يضر الغير بتجاوزه في أثناء أستعماله حقه حدود حسن النية أو الغرض الذي من أجله منح هذا الحق " .

وهو ما فعله المشرع الجزائري بالمادة 124 مكرر من القانون المدني، أسوة بالتشريعات المقارنة لاسيما المشرع المصري المادة الخامسة منه .

تتعدد معايير التعسف في استعمال الحق ، تبعا للخلاف الذي ثار بشان تحديد طبيعة التعسف وموقعه من المسئولية، وقد انعكس ذلك على القضاء، وتعددت المعايير أيضا، ودارت بين قصد الأضرار بالغير، أو غيبة المصلحة 1، أو الخطأ في صورتي الإهمال وعدم الاحتياط والتبصر ، او غيبة الأسباب المشروعة ، فأن مرد كل هذا الى معيارين كبيرين هما :

المعيار الشخصي (الفرع الأول) والمعيار الموضوعي2 (الفرع الثاني) ، مع ضبط معيار التعسف في أستعمل الحق في التقاضي ، أو التعسف في استعمال الحق الاجرائي تحديدا (الفرع الثالث) .

الفرع الأول: المعيار الشخصي للتعسف في استعمال الحق _قصد الاضرار .

المعيار الشخصي قوامه فكرة الاقتصاد الحر، وسلطان الإرادة وهي جميعا تقوم على القصد والنية ، وهو عامل لا يكاد يخلو منه أي عمل من أعمالنا المشروعة وغير المشروعة،3 وهذا المعيار القصدي للأضرار بالغير (L'intention de nuir)، من أقدم المعايير المقترحة لتحديد التعسف ، فقد عرف عند الرومان، وأنتقل الى فقهاء القانون الفرنسي القديم ، استندت اليه المحاكم لإدانة الاستعمال التعسفي للحقو، 4 وقد جسدت هذه الفكرة لدى الورمان في القاعدة التي تقرر ان "الفعل السيئ لا يغتفر"5، ومعيار قصد الاضرار بالغير ، يكون عندما يكون القصد الوحيد لاستعمال الحق هو نية الحاق الضر بالخصم، وهو امر عسير الاثبات ، وأنقد كرس حكم بيار كليمان الشهير، والمؤرخ في 03 اوت 1915، نية الاضرار تقليديا كمعيار للتعسف .

وفقا لهذا المعيار لا يلزم ان تكون نية الاضرار هي الدافع الوحيد، لأنه اذا استلزمت ذلك كان فيه القضاء على فكرة التعسف، لذلك يكفي أذا اختلطت بهذه النية دوافع أخرى أن تكون هي الدافع او

1 حكم colmar ، الصادر بتاريخ : 02 ماي 1855 ، تمت الإشارة اليه .
2 شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق ص 150 .
3 شوقي السيد، مرجع نفسه، ص 150.
4 شوقي بناسي، مرجع سابق ص 206 .
5 شوقي السيد، مرجع نفسه، ص 151

الحافز الأكبر لصاحب الحق عند مباشرته حقه، كان ثمة مصلحة قد تحققت مع نية الاضرار أذا غلبت ورجحت على فكرة المصلحة عند مباشرة حقه.1

ويرى الأستاذ عبد الرزاق السنهور، بأن معيار قصد الاضرار بالغير وعلى الرغم من ذاتيته ، يمكن ان يندرج في المعيار الموضوعي العام للخطأ ، فانه لايكفي أن يقصد صاحب الحق الاضرار بالغير، بل يجب فوق ذلك أن يكون استعماله لحقه على هذا النحو مما يعتبر انحرافا عن السلوك المألوف للشخص العادي، فقد يقصد شخص وهو يستعمل حقه أن يضر بغيره، ولكن لتحقيق مصلحة مشروعة لنفسه ترجح رجحانا كبيرا على الضرر الذي يلحقه بالغير، فقصد الاضرار بالغير في هذه الحالة لا يعتبر تعسفا، اذا ان صاحب الحق بهذا التصرف لم ينحرف عن السلوك المألوف للشخص العادي .2

والمعيار الشخصي، او معيار قصد الاضرار بالغير نصت عليه المادة 124 مكرر من القانون المدني، بعبارة " اذا وقع بقصد الاضرار بالغير " ، ولان الضابط هنا هو اتجاه نية صاحب الحق الى الاضرار بالغير، فيجب اذا توفر النية السيئة بغض النظر عما يحققه من مصلحة لنفسه جراء ذلك .

والحقيقة ان هذا المعيار يوجب أن يثبت من يدعى تعسف الغير في مواجهته ان يثبت النية السيئة لهذا الأخير في الاضرار به، ويقوم أيضا هذا المعيار على فكرة الخطأ المستوجب للتعويض، وسواء كان الخطأ اراديا بقصد الحاق الأذى بالغير، أو غير ارادي مناطه عدم الحيطة والحذر عند استعمال الحق، ويوصف هذا المعيار أيضا بانه يأخذ بفكرة الجانب الأخلاقي عند ممارسة الحقوق.

ويعني قصد الاضرار لدى ممارسة الحق في التقاضي، وجود نية الحاق الضرر لدى المتقاضي، تؤدي الى انحراف حق التقاضي عن هدفه الأساسي، والمتمثل في حماية الحقوق، ليصبح وسيلة لجر الأشخاص امام المحاكم دون مبرر جدي ، بل لأجل المشاكسة والنكاية بالخصم ، وبذلك فان تقدير هذه العناصر يرجع لقاضي الموضوع ولا رقابة للمحكمة العليا عليه.

ولما كان هذه المعيار يرتبط بالبواعث والدوافع والنيات، وينظر في العوامل النفسية المحركة لصاحب الحق أثناء ممارسته لحقه فأن أثباته غاية في الصعوبة من قبل القاضي ، وعلى الأخير أن يستقرأ

1 أنور سلطان، مجلة القانون والاقتصاد السنة 17 العدد الأول، التعسف في استعمال حق الملكية، ص 105، شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق ص151 .

2 عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مرجع سابق ص 703 .

ملابسات الفعل والقرائن التي يستدل منها قيام نية الاضرار نتيجة استعمال الحق ليتوصل الى وجود التعسف من عدمه . 1

ويجب ان يثبت المضرور أن صاحب الحق وهو يستعمل حقه قصد الى الحاق الضرر ، ويثبت هذا القصد بجميع طرق الاثبات ، ومنها القرائن المادية ، ولا يكفي اثبات أن صاحب الحق تصور احتمال وقوع الضرر من جراء استعماله على الوجه الذي أختاره ، فان تصور أحتمال وقوع الضرر لا يفيد ضرورة القصد في احداثه 2.

كما ان من المسلم به بأن جل حقوق الافراد صادرة عن أصل أناني، ولذلك فان نية الاضرار وحدها لا يمكن أن تحتوى على جميع التعسف ، ذلك بان الفعل او التصرف الذي لا يرمي الا الى الاضرار بالغير هو فعل وتصرف تعسفي من الطراز الاول ، ولكنه في حقيقة الامر لا يستغرق جميع حالات التعسف في استعمال الحق ، وبالنتيجة فان هذا المعيار الذاتي قاصر لوحده لحصر وضبط جميع حالات التعسف في استعمال الحق ، وعليه يجب البحث في المعيار الموضوعي .

الفرع الثاني: المعيار الموضوعي للتعسف في استعمال الحق.

على أثر الانتقادات الموجهة للمعيار الشخص ، وصعوبة أثباته ، اتجه الفقه الى البحث عن فكرة التعسف خارج العوامل الذاتية والشخصية لصاحب الحق ، وانما لعوامل خارجة موضوعية ، ترتكز على مخرجات العمل ونتائجه ، وتتوزع هذه المعايير كما يلي :

أولا : معيار الغاية الاجتماعية .

المعيار الغائي(le détournement du droit de safinalitésociale) ،أو الانحراف بالحق عن غايته الاجتماعية ، وأنطلق مبررا هذا المعيار من فكرة قوية وهي ان كل الحقوق لها غايات وأهداف اجتماعية ، ومن ثمة فأن الحق لا يمكن ان يستعمل بصورة مشروعة ، الا وفقا لهذا الغايات والأهداف ، وكل استعمال اخر له خارج هذا المجال يكون تعسفا3 .

---

1 هذا المعيار استعمل بداية من قبل القضاء الفرنسي في الحكم المشهور الصادر عن محكمة استئناف كولمار بتاريخ : 1855/05/02 .

2 عبد الرزاق احمد السنهوري ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، مرجع سابق ص 703 .

3 شوقي بناسي ، مرجع سابق ص210 .

فمعيار الهدف الاجتماعي يتلخص في أن الحقوق أعطاها القانون لأصحابها لتحقيق أهداف اجتماعية، فكل حق له هده اجتماعي معين ، فاذا أنحرف صاحب الحق في استعمال حقه عن هذا الهدف ، كان متعسفا وحقت مسئوليته .1

وقد أنتقد هذا المعيار ، لصعوبة تطبيقه ، ويفتح أيضا مجال للقضاة لتحديد وظيفة الحق الاجتماعية ، وهنا يقع القاضي في مجال السياسة ويخرج عن مجال القانون ، اذا سيضطر الى أن يعرض أفكار كارل ماركس حول الملكية ، وفي ذلك عرض لمشكلة قانونية من زاوية سياسية ، وعلى ذلك يتعين تحديد معيار للقاضي اكثر انضباطا من معيار الهدف الاجتماعي 2 ، أي يعاب على هذا المعيار بالرغم من كونه موضوعي ، هو صعوبة تحديد الهدف الاجتماعي لكل حق من الحقوق ، ثم خطر هذا التحديد ، أما صعوبة التحديد فلانه ليس من اليسير ان يرسم لكل حق هدف اجتماعي أو اقتصادي يكون منضبطا الى الحد الذي يؤمن معه التحكم ويتقي به تشعب الآراء ، وأما خطورة التحديد فلن الهدف الاجتماعي هو الباب الذي يفتح على مصراعيه لتدخل منه الاعتبارات السياسية والنزاعات الاجتماعية والمذاهب المختلفة .3

أمام هذه الانتقادات الوجيهة برزت توجهات أخرى تحدد لمحاولة تحديد معيار استعمال الحق ، لا ترتكر على الجانب الاجتماعي وحده ، لتشعبه وفقدان الضابط الواضح مما يفتح الباب على مصراعيه وتتعدد الآراء والأفكار ولا تجد لها نهاية واضحة ، لاسيما بتداخل الاعتبارات الاجتماعية مع السياسية واتجاهات مختلفة ومؤدي ذلك لامحالة إلى الفوضى في الضبط والتحكم في مناط استعمال الحق ، فماذا عن الضابط الاقتصادي او انعدام المصلحة في استعمال الحق؟.

ثانيا : المعيار الاقتصادي أو انعدام المصلحة المشروعة .

هذا المعيار يعول عليه أغلب الشراح، كما انه أوسع مجالا في تطبيقاته العملية ، ومرد هذا المعيار : ان الحقوق وسائل لتحقيق غايات، بحيث لا يسوغ لصاحب الحق ان يستعمله في تحقيق أغراض تتنافى مع تلك الغاية ، وعلى ذلك فان استعمل صاحب الحق حقه ، مع انتفاء مصلحته في هذا الاستعمال (أ)، او كانت المصلحة ضئيلة ، بحيث لا تبرر الاضرار الناجمة عن ذلك الاستعمال (ب

1 عبد الرزاق احمد السنهوري ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، مرجع سابق ص 707 .

2 شوقي السيد ، التعسف في استعمال الحق ، مرجع سابق ص159 .

3 عبد الرزاق احمد السنهوري ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، مرجع سابق ص 707 .

) ، ،او كان الاستعمال لتحقيق مصلحة غير مشروعة ، فان صاحب الحق يعد متعسفا في استعمال حقه 1 .

أ :أنعدام المصلحة المشروعة .

ويمكن تلخيص صور التعسف في عبارة تخلف المصلحة " تخلف المصلحة المشروعة " ، او عدم مشروعية المصالح التي يرمي صاحب الحق الى تحقيقها ، ذلك أن المصلحة اما أن تنعدم تماما ، فنكون امام انتفاء المصلحة، واما ان تكون موجودة ولكنها غير مشروعة ، او لا تتناسب مع الاضرار اللاحقة بالغير فنكون امام تخلف المشروعية عن المصلحة 2، وان كان هذا المعيار موضوعيا، الا ان طريق الوصول اليه عاملا ذاتيا هو نية صاحب الحق، وهو على كل حال تطبيق سليم لمعيار الخطأ، فليس من السلوك المألوف للشخص العادي أن يسعى تحت ستار أنه يستعمل حقا له الى تحقيق مصالح غير مشروعة 3

وهذا المعيار تناوله المشرع الجزائري في الفقرة الثالثة من المادة 124 مكرر بقولها " اذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة «، وهو معيار قوامه البحث عن المصالح التي يتوخاها صاحب الحق من وراء استعمال حقه، ذلك بان الحقوق انما شرعت لتحقيق المصالح المشروعة .4

وبذلك فان المشرع الجزائري لم يكتفي بوضع مبدأ التعسف في استعمال الحق ، بل وضع الحدود التي ينتهي اليها الحق، والتي لا يجوز تجاوزها، محددا بموجبها المعايير التي تضبط صاحب الحق لدى استعماله لحقه ، وهي نفس الاحكام المقررة أيضا بموجب المادة الخامسة من القانون المدني المصري5، وهذا المعيار قوامه البحث عن المصالح التي يتوخاها صاحب الحق من وراء استعمال حقه،فاذا ثبت أنها مصالح غير مشروعة، اعتبر صاحب الحق متعسفا في استعمال حقه .6

ويتضح من قراءة المادتين، سواء في القانون المدني الجزائري او القانون المدني المصري ، فان الأخير أستعمل عبارة المصالح ، وهي جمع مصلحة ، بينما المشرع الجزائري أستعمل مصطلح الفائدة

---

1 احمد الصويعي شليبك، مرجع سابق ، ص 21 .

2 شوقي بناسي، مرجع سابق ص 209 .

3 عبد الرزاق احمد السنهوري ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، مرجع سابق ص 706 .

4 فطيمي الزهرة، التعليق على المادةَ 124 مكرر ، مرجع سابق ص 191 .

5المادة 5 : يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية: (أ) إذا لم يقصد به سوى الأضرار بالغير. (ب) إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. (ج) إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة.

6 أ فطيمي الزهرة، التعليق على المادةَ 124 مكرر مرجع سابق ص 183 .

، بينما الفرنسي أستعمل عبارة : intérêt1 ، وكان بالأجدر بالمشرع الجزائري أستعمل عبارة مصلحة ، ليتوحد استعمال المصطلح بين المادة 124 مكرر من القانون المدني، والمادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لأنه في الحالتين المقصود من العبارة واحد ، فالفقه يعرف المصلحة في الدعوى : بالنفعة أو الفائدة ، أو الميزة، التي يحصل الشخص عليها جراء الحكم بما طلبه، 2 فالمصلحة التي يمكن أن تحصل لصاحبها من التجائه الى القضاء باستعمال حقه في الدعوى القضائية ، أو حقه في الطعن ، أو الدفع ، وفي كل اجراء يتخذ في مرحلتي الدعوى او التنفيذ ، وبغض النظر عما يكون عليه مركزه في القضية مدعي او مدعى عليه .

أنتقد أيضا المعيار الاقتصادي، أو انعدام المصلحة المشروعة رغم مزاياه المتعددة، وقد أكد جوسران بان هذا المعيار اذا كان يصلح للحقوق الانانية أو الفردية، فانه لا يصلح للحقوق التي تعد وظائف وليست امتياز شخصيا، وهي الحقوق الوظيفية كحق السلطة الابوية ، أي سلطة الاب على أولاده ، وهي حقوق بالمعنى القانوني فان استعمالها يعد تعسفيا ، اذا استعملها صاحب الحق بقصد تحقيق مصلحة محضة له ، ولم يكن ذلك لتحقيقا للواجب الذي يهدف القانون الى حمايته .3

ب) معيار اختلال التوازن بين المصالح .

هذا المعيار تناوله أيضا المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 124 بقولها " اذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضر الناشئ للغير " ، وهو معيار مادي لا يلتفت فيه القاضي الى النوايا ، والمقاصد ، بقدر ما ينظر الى النتائج المترتبة عن استعمال الحق ، وهي المصالح التي يجنيها صاحب الحق في استعمال حقه ، والاضرار التي تصيب الغير من هذا الاستعمال.4

وقد توسع المشرع الجزائري في هذا المعيار واعطي للقاضي سلطة واسعة في تقدير اختلال التوازن اذا كان يرمي للحصول على فائدة تافهة بالنسبة للضر الذي يتكبده الغير ، على خلاف المشرع المصري الذي ربط اعمال عذا الميبار بضابط يتمثل في انهيار التوزان بين المصالح الأكبر في تطبيقات فكرة

---

1 Art 31 du code de procédure civile française « l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé ».

2 أنظر ، د نبيل عمر أسماعيل ، أصول المحاكمات ، ص 249 ، و أبراهيم نجيب سعد، مرجع سابق ، أ عمر زودة ، مرجع سابق ص 62 .

3 شوقي السيد ، التعسف في استعمال الحق ، مرجع سابق ، ص160 .

4 فطيمي الزهرة، التعليق على المادة 124 مكرر ، مرجع سابق ص 190 .

التعسف في استعمال الحق لجديته لذلك وقع تأييده فقهيا وتشريعيا ، لدوره في فرض الرقابة على استعمال الحقوق ومنع التعسف في استعمالها .

أما التطبيقات القضائية في مجال التعسف في استعمال الحق ، قرار المحكمة العليا رقم 90943 ، الغرفة المدنية، القسم الثالث ، بتاريخ : 1992/06/16، والذي جاء فيه : حيث ان قضاة الاستئناف طبقوا مقتضيات المادة 691 من القانون المدني، التي هي واضحة ، وتنص على انه غير مسموح للمالك أن يستعمل حقه في الملكية بصفة تعسفية اضرارا بملكية جاره .1

وتمثل الاتجاهات السابقة قيمة ليست نظرية فقط بالنسبة العائدة على صاحب الحق من استعمال حقه، والاضرار اللاحقة بالغير .

وقد وجه انتقاد لصاغة هذا المعيار في التشريع الجزائري ، بارتكاب خطأ في الصياغة ، لما استعمل مصطلح اذا كان يرمي الى تحقيق مصالح قليلة الأهمية ، فعبارة " يرمي " والتي تعني يهدف او يقصد قد تدفع الى القول ان هذا المعيار هو كذلك نفسي أو ذاتي ، ما دام ان ظاهره يوحي بانه لمعرفة ما اذا كان هناك تعسف يجب البحث في مقصد صاحبه .2

وبذلك تبين لنا مما سبق بيانه فأن معيار التعسف يدور في اتجاهين، شخصي، ، واتجاه موضوعي ، وكان الاتجاه الأخير أكثر وجاهة لوضوحه وسهوله اثباته عكس الاتجاه الشخصي ، الا انه لا يمكن العمل أيضا بالمعيار الموضوعي على استقلال عن استعمال المعيار الشخصي أيضا، مع الإشارة الى ان المعيار الاقتصادي، او معيار المصلح المشروعة كان له النصيب

للتعسف في الحق التقاضي، وانما أيضا ضرورة عملية عند ضرورة الجمع بين هذا المعايير لا يجاد ضابط عام يوحد بينها في كل حالات التعسف في استعمال الحق ، فان المصلحة تبقى أيضا ضابطا حيويا بالنسبة للتعسف في استعمال الإجراءات أثناء ممارسة الحق في التقاضي ، وعدم توفر هذا المصلحة اثناء ممارسة الدعوى كوسيلة أيضا لإعمال الحق في التقاضي ، تكون قد انحرفت عن الغاية التي رسمها لها القانون كأداة لحماية الحق ، فهل تكفي لوحدها كمعيار للتعسف في استعمال الحق .

---

1 المجلة القضائية ، العدد الأول سنة 1995، ص 101 .

2 فطيمي الزهرة، التعليق على المادةَ 124 مكرر ، مرجع سابق ص 191 .

الفرع الثالث: معيار التعسف في استعمال حق التقاضي .

تتم ممارسة الحق في التقاضيعن طريق سلوك الإجراءات المقررة من قبل القانون، وقد خلص احد الباحثين1، الى أن الحق الاجرائي : "هو كل مكنة أو سلطة او وسيلة يرتبها القانون الاجرائي مباشرة بسبب توافر المصلحة المشروعة في طلب الحصول على الحماية القضائية أو التنفيذية او بسببها"، ذلك بان حق التقاضي لا يمكن ممارسته أيضا الا بمناسبة مباشرة إجراءات الدعوى القضائية.

وقد أعتبر أبو الوفاء 2 أن هذا الحق – التقاضي – موجود وقائم لكل شخص بقطع النظر عن توفر جملة الشروط التي تستوجبها قوانين المرافعات والتي جاءت لتنظيم ممارسة الحق لا لتنشئه.

فالحق في التقاضي يكون قائما بذاته دون النظر الى طرحه لدى المحاكم ولا يتصور قصره على من توافرت لديهم شروط قبول الدعوى، لأنه لا يمكن التحقيق من توافر هذه الشروط الا بعد عرض الدعوى على القضاء.

ويبقى لكل متقاضي الحرية في القيام من عدمه في اختيار الوقت الذي يراه ملائما وضد الشخص الذي يختاره، ولكن المشرع لم يترك له الحرية المطلقة في ممارسة هذه الحق بل أخضعه لقيود وشروط شكلية وأصلية تمنع الأخير من المغالاة والتعسف في استعماه ، فنظمت قوانين الإجراءات، بالشكل الذي يجب بمقتضاه للالتجاء الى القضاء، والسير في الدعوى والدفاع ، والتدخل فيها والتحقيق ، والحكم ، واتباع طرق الطعن بشأن الاحكام التي تصدرها وكذا تنفيذها ، وتفاديا لإساءة استعمال هذا الحق في أغراض كيدية تعطل عمل المحاكم ، أخضع الحق في التقاضي الى مبدأ عدم التعسف في استعماله .

يعتبر التعسف في استعمال حق التقاضي أحد صور التعسف في استعمال الحق، لأنه شوهد في الحياة العملية أن هذا الحق – التقاضي – قد استخدم لغير الأهداف او الغايات النبيلة التي شرعت من اجله بل أستخدم للكيد والاضرار بالغير أو مطية الوصول الى أغراض غير مشروعة ولمخالفة

1 عبد التواب احمد إبراهيم، النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق الاجرائي ، دراسة تأصيلية مقارنة في قانون المرافعات المصري والفرنسي، ط1 درا النهضة العربية ، 2005-2006 ، ص 39 ، عبد العزيز بن عبد الله عبد العزيز الصعب، التعسف في استعمال الحق في مجال الإجراءات المدنية ، مرجع سابق ، ص48 .

2 أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، منشاة المعارف 1990 الإسكندرية ، 119 .

القانون1، وقد نصت الموسوعة الفقهية لجوستنيان وفي مجال حق التقاضي ، على منع اللجوء الى القضاء اذا كان الغرض من التقاضي التهور، والادعاء الكيدي 2 .

يجمع الفقهاء على استخدام مصطلحي التعسف والإساءة بمعني واحد ، فيغلب على الفقهاء استخدام المصطلحين للدلالة على معنى واحد ، 3 كما ان القضاء يستعمل أيضا مصطلح الكيد .

ولقد أعتبر البعض 4، ان المصلحة تعتبر ضابط لتطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق الاجرائي ، حيث اولاها قانون المرافعات الحديث ، أهمية كبيرة باعتباره الشرط العام والوحيد في نظر جمهور الفقه لقبول الدعوى، تتمثل في صورتين ، الأولى : كونها مصلحة منعدمة، (أولا) وثانيها : تتمثل في كونها غير مشروعة (ثانيا) ، هذا الى جانب قصد الاضرار بالغير (ثالثا).

أولا : معيار انعدام المصلحة أو قصد الاضرار بالغير .

معيار المصلحة يعني المنفعة التي تعود على من يقرر الحق ميزة له ، سواء كان هو ذاته صاحب الحق أي من يملك الامتيازات والسلطات التي تحقق غاية الحق له ، وذلك تمييزا بين الحق الذي يحقق ميزة لصاحبه ، والحق الذي يحقق ميزة لغيره كحقوق السلطة الابوية او السلطة الزوجية 5.

والمصلحة تشترط في كل دعوى او دفع او طعن، ويكون بدون أساس القيام باجراءات التقاضي على اطلاقها دون قيام مصلحة او فائدة ولا معنى للجوء الى القضاء بغير ذلك ، وهو ما عبر عنه الفقهاء بمقولة " لا دعوى حيث لا مصلحة " ، أو بقولهم أيضا ان المصلحة هي مناط الدعوى ، l’intérêt est la mesure de l’action .

ويتضح من قراءة المادة 124 مكرر من القانون المدني ، والمادة الخامسة من القانون المدني المصري، والمتعلقتين بالتعسف في استعمال الحق ، مع فارق تكييف كل منها لفكرة التعسف ، اذ انه بينما يراها المشرع المصرع نظرية عامة ، كيفها التشريع الجزائري ضمن احكام المسئولية التقصيرية معتمدا على الفكرة التقليدية للخطأ التقصيري، وقد استعمل المشرع المصري عبارة المصالح ، وهي

1 خالد أبو الوفاء محمد ، بطء التقاضي في الخصومة ، دراسة تحليلية في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، 2017 بدون دارنشر أو رقم الطبعة ص 456 .

2 محمد السعيدي رشدي، التعسف في استعمال الحق ونطاق تطبيقه ، دار النهضة العربية 1991، القاهرة ، ص 150.

3 خالد أبو الوفاء محمد ، بطء التقاضي في الخصومة ، نفس المرجع ص 451 .

4 احمد أبراهيم عبد التواب ، التعسف في استعمال إجراءات التقاضي والتنفيذ ، مرجع سابق ، ص361 .

5 سوقي السيد ، التعسف في استعمال الحق ، مرجع سابق ص 292 .

جمع مصلحة ، بينما المشرع الجزائري أستعمل مصطلح الفائدة ، اما المشرع الفرنسي أستعمل عبارة : intérêt1 .

وكان بالأجدر بالمشرع الجزائري استعمال عبارة مصلحة ، ليتوحد استعمال المصطلح المستعمل بين المادة 124 مكرر من القانون المدني ، والمادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، لأنه في الحالتين المقصود من العبارة واحد ، فالفقه يعرف المصلحة في الدعوى : بالمنفعة أو الفائدة ، أو الميزة، التي يحصل الشخص عليها جراء الحكم بما طلبه 2 .

فالمصلحة هي التي يمكن أن تحصل لصاحبها من التجائه للقضاء باستعمال حقه في الدعوى القضائية ، أو حقه في الطعن ، أو الدفع ، وفي كل اجراء يتخذ في مرحلتي الدعوى او التنفيذ ، وبغض النظر عما يكون عليه مركزه في القضية مدعي او مدعى عليه .

وفكرة انعدام المصلحة من استعمال الحق في القتاضيمن الأفكار القديمة التي استعان بها القضاء والفقه في فرنسا في تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق ، وقد قضت بذلك محكمة النقض الفرنسية في قضية كولمار ، Colmar ، فأستعان القضاة بفكرة انعدام المصلحة كقرينة أستدل بها القضاة على توافر نية الأضرار بالغير ، كشرط وضابط لتطبيق المادتين 1382 و1383 من القانون المدني الفرنسي ، بخصوص تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق .3

وهذه الحالة هي أبرز حالات التعسف في استعمال الحق ، وفيها يكون الشخص قد استغل الحق الممنوح له ، لا لتحقيق مصلحته التي منح القانون الحق لأجلها ، ولكن ليلحق الضرر بالغير ، ويسيء اليه ، ولهذا كان هذا المعيار أقدم معايير التعسف ، وأكثرها شيوعا في الشريعة الإسلامية ، وفي القوانين الوضعية ، لكثرة استعمال الأفراد حقوقهم بقصد الاضرار الآخرين ، وقد أستقر هذا المعيار في الفقه الإسلامي والفقه الغربي ، والقضاء الاخذ به 4.

1Art 31 du code de procédure civile française « l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé ».

2 نبيل عمر أسماعيل ، أصول المحاكمات ، ص 249 ، و أبراهيم نجيب سعد، مرجع سابق ، أ عمر زودة ، مرجع سابق ص 62 .

3 احمد أبراهيم عبد التواب ، التعسف في استعمال إجراءات التقاضي والتنفيذ ، مرجع سابق ، ص361 .

4 احمد الصويعي شليبك ، التعسف في استعمال الحق بقصد الاضرار بالغير ، او لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون ، مرجع سابق ص29 .

فمعيار التعسف في استعمال الحق في التقاضي هو الانحراف عن الغاية التي وجد لأجلها، وبغياب ما يعود على من يستعمل حقه في التقاضي من مصلحة او الأسباب الجادة التي تبرر استعمال الحق في التقاضي فنكون امام انعدام المصلحة ، واذا كان المشرع المصري قد حدد في الفقرة (أ) من المادة الخامسة 1 ،– تقابلها الفقرة الأولى من المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري– 2 صورة من صور التعسف تتصل بقصد الأضرار ، فان هذا المعيار وان كان شخصيا ونفسيا يقتضي الخوض داخل النيات، الا انه يستعار عن ذلك بعنصر مادي Objectif ، وهو ما يمكن استخلاصه من انتفاء أية مصلحة في استعمال الحق .

وذلك فان المشرع الجزائري ، نص أيضا بالمادة 124 مكرر من القانون المدني على أن من يستعمل حقه بنية الاضرار بالغير يعد متعسفا ، ويكون انعدام المصلحة في استعمال الحق في التقاضي او ممارسة الحق في الدعوى ، او أي اجراء أو تنفيذ يعتبر قرينة على قصد الأضرار .

وما يلاحظ على تنظيم المشرع الجزائري لهذا المعيار لم يشترط " تمخض قصد الاضرار بالغير"، كما ذهب الى ذلك المشرع المصري لما نص في الفقرة الأولى من الماجة الخامسة على انه ، " او لم يقصد به سوى الاضرار بالغير " ، وهي نفس الصياغة التي كان نص عليها المشرع الجزائري في النص باللغة الفرنسية ، على خلاف ما جاء به في التعديل الأخير من انه أزال الاختلاف الذي كان موجود بين النص باللغة العربية واللغة الفرنسية ، لما أقدم على إزالة المصطلح الذي كان يحدث الفرق بينهما وهو مصطلح " Seul " .3

فصاحب الحق قد لا يكون له أي مصلحة على الاطلاق من استعمال الحق ، وهو ما قد يثير السؤال عن موقف المحكوم له عن استعمال حقه او الرخصة المخولة له في الطعن ، وهل يعد ذلك تعسفا اذا ما افترضنا تعبير الحكم الصادر لصالحه عن كافة طلباته، مما ادي الى اشباع رغبته في العدالة ؟ .4

ومن ثمة فان انعدام أية مصلحة بتاتا ، يوصف بانعدام الجدية في استعمال وممارسة الحق في التقاضي، ويرتب بالنتيجة مسؤولية صاحبه ، كحالة انعدام المصلحة من استعمال الحق في فيالتقاضي

1المادة 5 من القانون المدني المصري : يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية: (أ) إذا لم يقصد به سوى الأضرار بالغير.

2 المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري ، فقرة أولى : يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات التالية: اذا وقع بقصد الاضرار بالغير .

3 فطيمي الزهرة ، مرجع سابق ص 189 .

4 احمد أبراهيم عبد التواب ، التعسف في استعمال إجراءات التقاضي والتنفيذ ، مرجع سابق ، ص . 363 .

لسبق الفصل في الدعوى ، وهي حالة يضبطها أيضا معيار انعدام المصلحة الذي يرقى الى قصد الاضرار بالغير ليس الا .

وقد قضت المحكمة العليا بموجب قرارغير منشور ، بتاريخ 2008/04/23، رقم 409540 ، الغرفة المدنية ، غير منشور ، اذا جاء فيه :

حيث انه وكما هو ثابت من وقائع القضية بان الطاعنين تمسكوا بعدم قبول الدعوى لانتفاء المصلحة لدى رافعها اعتبارا أن المرحوم (ع) أخ المطعون عليه ، قام بتحرير عقد هبة لفائدة زوجته وأولاده ، وان قضاة الموضوع لما انتهوا الى التصريح بدعم قبول دعوى المطعون عليه دون تبيان ما هي المصلحة التي تعود على رافع الدعوى ، وان عدم تبيان ذلك يعد قصورا في الأسباب يعرض القرار المطعون فيه للنقض ، وحيث ان ما يعيبه الطاعنون على القرار المطعون فيه ، في محله لأنه لم يبق للمطعون فيه ما يعود عليه من هذا الدعوى وعدم الرد على هذه الدفع الذي يتغير به وجه الدعوى يعد قصورا في الأسباب 1 .

وفي قرار آخر غير منشور قضت المحكمة العليا بتاريخ في 2003/04/30، الغرفة المدنية ما يلي:

حيث انه وكما هو ثابت من أوراق القضية أنه صدر امر بتاريخ 2001/06/09، عن المحكمة ، أمر فيه القاضي بتعيين حارس قضائي يتولى مهمة جني ثمار المشمش لموسم 2001، وبيعه وقبض ثمنه، وبتاريخ 2001/17، أصدر المجلس قرارا قضى فيه بتأييد الأمر المنوه عنه أعلاه, ومن ثمة يكون الأجراء الذي أمر به قاضي الأمور المستعجلة ، ينتهي أثره بانتهاء هذا الموسم ، وبالتالي أصبح هذا الطعن خاليا من أية مصلحة تعود على الطاعن ، ذلك بان شرط المصلحة يجب توافره في كل دوى او طعن او دفع طبقا للمادة 459 من قانون الإجراءات المدنية – قديم تقابها المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد المنوه عنها أعلاه – ، وحيث ان ما يعيبه الطاعن على القرار المطعون فيه في محله ، لأنه لم يبقى للمطعون عليه ما يعود عليه من هذه الدعوى ، وعدم الرد على هذا الدفع الذي يتغير به وجه الدعوى يعد قصورا في الاسباب 2 .

وهذا المعيار يجوز اثباته بطرف الأثبات كافة فهو مجرد واقعة مادية ، وان كان اثباته من الأمور الصعبة ، فمن أستعمل حقا في التقاضي ، بقصد مضارة الغير عد متعسفا في استعمال حق التقاضي

1 زردة عمر ، الإجراءات المدنية والإدارية ، في ضوء اراء الفقهاء وأحكام القانون ، مرجع سابق ص 62 .

2 زردة عمر ، الإجراءات المدنية والإدارية ، في ضوء اراء الفقهاء وأحكام القانون ، مرجع سابق ص 62 .

سواء أقترن هذا القصد بنية جلب منفعة لنفسه او لم يقترن به تلك النية ، طالما كان يستهدف – بدعواه – الاضرار بخصمه .1

ولقد وضع البعض2، شرطين لتحقيق هذا المعيار هما :

- أن يقصد صاحب الحق بفعله الحاق الضرر بالغير .

- أن يتمخض قصده لذلك ، بحيث لا يصحبه قصده الى شيء آخر من وراء هذا الفعل ، القصد الى تحقيق منفعة ، ولو ضئيلة .

فبما أن نية الإضرار بالغير معيار ذاتي وشخصي، مرتبط بنية صاحب الحق وهدفه من ممارسته، فإنها تُشكل واقعة مادية. ويحق للمتضرر بعد ذلك استخدام جميع وسائل الإثبات، بما في ذلك القرائن القانونية والظروف المحيطة بممارسة صاحب الحق للحق، وللقاضي سلطة تقديرية، شريطة أن يكون حكمه مُبررًا بأسباب وجيهة.

وقد تضمن قرار المحكمة العليا ذلك كما يلي : " انه من الثابت ان حق الالتجاء الى القضاء هو حق من الحقوق التي تثبت للكافة، وتبعا لذلك فانه من يستعمل حق في التقاضي لا يضر بالغير ، الا اذا كان هذا الاستعمال مقصود منه الاضرار.

وحيث أن قضاة الموضوع لم يبينوا وبأسباب سائغة ، أن الطاعنة قد انحرفت في استعمالها لهذا الحق بنية الاضرار بالغير ، وعندما حكموا بالتعويض عن الدعوى التعسفية دون ان يبينوا ذلك ، فقد اخطأوا في تطبيق القانون .3

وفي جميع الحالات أيضا فان اعمال هذا المعيار يستوجب الاستعانة أيضا بمعيار موضوعي يتمثل في معيار عناية الرجل العادي الذي يتوخى الحذر والحيطة، والحريص على رعاية أسرته ، le bon père de la famille ، وليس معيار عناية الرجل الحريص الملتزم بتحقيق غاية وبذل عناية ، المتيقظ والمتسم سلوكه بالاحترافية والخبرة وبالتوقعات المستقبلية .

---

1 خالد أبو الوفاء محمد ، بطء التقاضي في الخصومة ، مرجع سابق ص 454 .

2 احمد الصويعي شليبك ، التعسف في استعمال الحق بقصد الاضرار بالغير ، او لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون ، مرجع سابق ص 30 .

3قرار رقم : 14.664 ، صادر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا ، مؤرخ في : 1994/10/26، غير منشور ، أنظر ، د بربارة عبد الرحمان ، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، منشورات بغدادي طبعة أولى 2009، ص 21 .

تُشكل فكرة اعدام المصلحة في ممارسة الحقوق القاعدة العامة لتطبيق نظرية التعسف في استعمال حق التقاضي ، إذ تشمل جميع أشكال الانحراف عن غرض تلك الممارسة ، كما تتميز بطابعها العملي، إذ يُمكن الاسترشاد بها في حالات أخرى من التعسف تفتقر إلى الموضوعية والجدية في استعمال الحق في القتاضي .

ثانيا : معيار تفاهة المصلحة في استعمال حق التقاضي .

وترادف المصلحة المنعدمة من استعمال الحق أيضا المصلحة غير الجدية ، وهو ما يربط بين المصلحة كشرط لقبول الدعوى واعتبارها ضابطا لاستعمال الحق ، وهو ما يحتم توافر التعسف عن الحكم بعدم القبول1،

يعتبر معيار تفاهات المصلحة في القيام باجراءات التقاضي أدق وأهم أشكال إساءة استخدام هذا الحق. كما أنه الأصعب تطبيقًا، إذ يعتمد هذا المعيار الموضوعي على الفرق بين المصلحة التي يحققها صاحب الدعوى والضرر الذي يلحق بالآخرين ، ويستند عادة الى أعمال التوازن بين المصالح المتضاربة: مصلحة صاحب الحق في ممارسة حقه في التقاضي وما يستجلبه من منفعة مادية ويُقيَّم هذا المعيار وفقًا للضرر الواقع أو المستمر.

ومعيار تفاهة المصلحة أدق صور التعسف في استعمال الحق ، واهم صورة من صوره، كما ان هذه الصورة أيضا تعد أصعب صور التعسف في التطبيق ، لان هذه المعيار الموضوعي أساسه التفاوت بين المصلحة التي تعود على صاحب الحق، والضرر الذي يصيب الغير ، وقوامه الموازنة بين المصالح المتعارضة ، مصلحة صاحب الحق في استعمال حقه ، ومصلحة الغير في أن يتفادى الضرر الذي يقع عليه من جراء ذلك ، ويقدر ذلك بقدر الضرر الذي يقع عليه او وقع بالفعل .2

فالمشرع لا يكفيه أن يكون لصاحب الحق مصلحة ولو مشروعة في استعمال حقه ، فيجب حتى تنتفي عنه شبهة استعمال حق التعسف، يجب أن تكون مصلحته المحققة ذات قيمة تسوغ ما قد يصيب الغير من ضرر من استعمال حقه ، 3 فانعدام التناسب بين ما يصيب الغير من ضرر ومصلحة صحاب الحق ، مسألة واقع أيضا وهي بذلك تقع ضمن السلطة التقديرية لقاضي الموضوع يستخلصها من وقائع القضية وما يقدمه له الخصوم بشأنها ، ولا رقابة للمحكمة للمحكمة العليا على ذلك متى بين الأسباب التي بنى عليها حكمه .

---

1 احمد أبراهيم عبد التواب ، التعسف في استعمال إجراءات التقاضي والتنفيذ ، مرجع سابق ، ص 367 .

2 شوقي السيد ، التعسف في استعمال الحق ، مرجع سابق ،ص 299 .

3 خالد أبو الوفاء محمد، بطء التقاضي ، مرجع سابق ص 454 .

وقد تضمن قرار المحكمة العليا حق التقاضي بانه: " انه من الثابت ان حق الالتجاء الى القضاء هو حق من الحقوق التي تثبت للكافة ، وتبعا لذلك فانه من يستعمل حق في التقاضي لا ضرر بالغير، الا اذا كان هذا الاستعمال مقصود منه الاضرار.

وحيث أن قضاة الموضوع لم يبينوا وبأسباب سائغة ، أن الطاعنة قد انحرفت في استعمالها لهذا الحق بنية الاضرار بالغير ، وعندما حكموا بالتعويض عن الدعوى التعسفية دون ان يبينوا ذلك ، فقد اخطأوا في تطبيق القانون .1

ولقد كرس أيضا المشرع الجزائري ، هذا المعيار بالفقرة الثانية من المادة 124 مكرر من القانون المدني، بنصها بانه يشكل استعمالا تعسفيا للحق «اذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير " .

ومعيار اختلال التوازن بين المصالح ، هو معيار موضوعي – مادي – لا يلتفت فيه القاضي الى النوايا والمقاصد ، بقدر ما ينظر الى النتائج المترتبة على أستعمل الحق ، وهي المصالح التي يجنيها صاحب الحق في استعمال حقه، والاضرار التي تصيب الغير من هذا الاستعمال فذا اكنت المصالح التي يجنيها صاحب الحق في استعمال حقه ، قليلة الأهمية بالنظر للأضرار التي تصيب الغير بحيث تكون الاضرار راجحة عن المصالح، أعتبر صاحب الحق متعسفا في استعماله حقه ، ومنع من هذا الاستعمال. 2

يفترض تطبيق هذه الفقرة أن الضرر الناتج عن ممارسة حق التقاضي جسيم لدرجة أنه يفوق المنفعة المتأتية منه، نظرًا لطبيعة مصلحة الفرد السخيفة والعبثية، مع ذلك، إذا أصرّ على ممارسة حقه في التقاضي أو الشروع في إجراءات الدعوى ، فإن هذه الممارسة تُعتبر تعسفية لعدم جدوى المصلحة التي يسعى إلى تحقيقها فيما يتعلق بالضرر الذي يلحق بالآخرين.

وقد جاءت صياغة القانون التشريع الجزائري لهذا المعيار واسعة على خلاف نظيره المصري ، هذا الأخير نص في المادة الخامسة منه على : اذا كانت المصالح التي يرمي الى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها ، ففي الوقت الذي يشترط فيه المشرع المصري لتحقيق هذا المعيار انهيار التوازن بين المصالح التي تعود لصاحب الحق من استعمال حقه

1قرار رقم : 14.664 ، صادر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا ، مؤرخ في : 1994/10/26، غير منشور ، أنظر، بربارة عبد الرحمان ، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، منشورات بغدادي طبعة أولى 2009، ص 21 .
2 فطيمي الزهرة ، مرجع سابق ص 190 .

، والاضرار التي تلحق الغير ، فيما لو اجير هذا الاستعمال ، نجد المشرع الجزائري لا يشترط الا اختلال التوازن بين هذه المصالح وتلك المضار ، مع الفارق بين الانهيار ومجرد الاختلال .1

وقد نادي البعض 2 بانه يكون من اللازم إعطاء القاضي دورا إيجابيا في توقيع الجزاء عن التعسف من تلقاء نفسه ، سواء كان الجزاء هو عدم القبول او كان الجزاء عبارة عن الغرامة، ودون ان تكون سلطته تقديرية او جوازيه فيما يتعلق بالغرامة عن التعسف ، خلافا لما ينص عليه المشرع المصري في الفقرة الأخيرة من المادة الثالثة من قانون المرافعات 3 والمواد: 23-1 و559 ، 581 ،628 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي .

والغاية من هذا التدخل القضائي هو الاستعمال الكيدي للحق في التقاضي وأيضا لاستبعاد القضايا الى لا ترتكز على منفعة فعلية ، لأنه لا يجوز الالتجاء الى القضاء عبثا دون رغبة في تحقيق فائدة ما ، كما انه لا يتصور أن يتقدم عاقل الى القضاء بدعوى ولا يكون له منها مصلحة ما ، واذا تبين من الدعوى مجرد الكيد والايقاع بالخصم ، فلا يتردد القضاء في الحكم بعدم قبولها او برفضها بتوقيع غرامة مدنية بشأنها ، خلافا أيضا للمواد 347 و 377 و 397،388 ، 634، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .4

وقد أولى قانون الإجراءات المدنية والادارية المصلحة أهمية كبيرة باعتبارها الشرط العام والوحيد لقبول الدعوى كما كرست ذلك المادة 13 منه ، وأيضا المادة 77 من نفس القانون بانه لكل صاحب مصلحة ان يطلب من القاضي ولسبب مشروع وقبل مباشرة الدعوى أي اجراء من إجراءات التحقيق ، قصد إقامة الدليل والاحتفاظ به لإثبات الوقائع التي قد تحدد مآل النزاع .

---

1 فطيمي الزهرة، مرجع سابق ، ص 191 .

2 احمد أبراهيم عبد التواب ، التعسف في استعمال إجراءات التقاضي والتنفيذ ، مرجع سابق ، ص . 367 .

3 الفقرة الأخيرة من المادة الثالثة من قانون المرافعات المصري: ويجوز للمحكمة عند الحكم بعدم قبول الدعوى لانتفاء شرط المصلحة ان تحكم على المدعي بغرامة إجرائية لا تزيد عن خمسمائة جنيه ، اذا تبينت ان المدعي قد أساء استعمال حقه في التقاضي .

4 على سبيل المثال تنص المادة 347 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على ما يلي : يجوز للمجلس اذا تبين له ان الاستئناف تعسفي أو الغرض منه الاضرار بالمستأنف عليه ، ان يحكم على المستأنف بغرامة مدنية لا تقل عن عشرة آلاف دج (10.000 دج) ، الى عشرين ألف (20.000 دج)، دون الاخلال بالتعويضات التي يمكن ان يحكم بها للمستأنف عليه .

وقد توصل الدكتور شوقي السيد 1، الى انه وبموازنة مصلحة صاحب الحق بالضرر الذي يصيب الغير نتيجة ذلك ، الى نتائج ثلاث :

1. فقد يكون الضرر الذي يصيب الغير راجحا على المصلحة، ويزيد عليها ، هنا يمنع صاحب الحق من استعماله إياه درء للتعسف ، او تعويضه عنه او بمقابل لتعسفه في استعمال حقه.

2. أن تكون المصلحة راجحة على الضرر الذي يصيب الغير ، وفي هذه الحالة فلا مسئولية على صاحب الحق ، وليس ثمة تعسف اذا المصلحة هنا جدية ، وهامة ولا مسئولية على من يستعمل حقه ابتغاء مصلحة جدية مشروعة .

3. أن يكون الضرر ناتج عن استعمال الحق مساويا للمصلحة التي يحققها استعمال الحق ، وفي هذه الحالة فلا مسئولية عن صاحب الحق ، استنادا الى النص الذي يشترط ان تكون المصلحة قليلة الأهمية، وهنا المصلحة مساوية للضرر .

وفي نهاية المطاف، تم إرساء هذه المعايير كمبدأ عام لعدم إساءة استعمال الحق في التقاضي، استناداً أيضاً إلى مبدأ العدالة، الذي يهدف إلى منع أي ضرر يلحق بالآخرين أو الحصول على ميزة غير متناسبة مع الضرر الذي يلحق بالآخرين بسببها .

ثالثا: معيار عدم مشروعية المصلحة في استعمال حق التقاضي.

يمكننا التطرق لمعيار مشروعية المصلحة في استعمال الحق في التقاضي من منظور المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كمبدأ عام ، والفقرة الأخيرة من المادة 124 مكرر التي تعتبر الضابط العام لحالات التعسف في استعمال الحق .

ومشروعية المصلحة هي الصورة الثالثة من التعسف في استعمال الحق في التقاضي – حيث تتحقق – عند قيام صاحب الحق بتحقيق مصلحة غير مشروعة، ذلك أن الحقوق لم تقرر لتحقيق هذا النوع من المصالح، ونما لتحقيق مصلحة مشروعة لذويها ، وعلى ذلك فمن ينحرف باستعمال الحق لتحقيق مصلحة غير مشروعة يعد متعسفا في استعمال حقه ، ولقد آثر المشرع استعمال تعبير المصلحة المشروعة تعبير " المصلحة غير المشروعة"، على تعبيرات أخرى مثل " صرف الحق عن الوجهة التي شرع من أجلها " .2

1 شوقي السيد ، التعسف في استعمال الحق ، مرجع سابق ، ص 300 .

2 شوقي الشيد ، مرجع نفسه ، ص 301 .

فالمصلحة المشروعة هي المصلحة المُعترف بها والمحمية قانونًا، أما المصلحة غير المشروعة فتندرج تحت تعريف المصلحة غير الجديرة بالحماية لتفاهتها بالنظر لعدم اعتراف القانون بها، ولاسيما في ممارسة حق التقاضي، وبالتالي، لا يجوز استخدام الاجراءات القضائية للوصول لمصلحة غير مشروعة، لأن هذه المصلحة تتعارض مع الغرض الأساسي من اقرار هذا الحق في حد ذاته ، فتباشر الحقوق الإجرائية قانونًا لاهداف وغايات محددة؛ لذا، فإن استخدامها لأغراض غير تلك المقصودة يُشكل إساءة استعمال للحق في التقاضي.

هذا المعيار الموضوعي، تناوله المشرع الجزائري ، في الفقرة الثالثة من المادة 124 من القانون المدني ، بعبارة : " اذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة " ، وهو معيار قوامه البحث عن المصالح التي يتوخاها صاحب الحق من وراء استعمال حقه ، فاذا ثبت بأنها مصالح غير مشروعة، اعتبر صاحب الحق متعسفا في استعمال حقه ، ذلك بان الحقوق انما شرعت لتحقيق المصالح المشروعة، ولا يمكن للمشرع ان يبيح استعمال الافراد لحقوقهم بغرض تحقيق مصالح غير مشروعة 1، فاذا تبين أن المصلحة منافية للأخلاق والنظام العام ، ولو مع وجود المنفعة لطالبها فأنها غير شرعية ، الدعوى التي ترفعها الخليلة على مقتل خليلها لطلب التعويض لأنه كان يعيلها فهذه المصلحة شرعية ، لان العلاقة التي كانت قائمة بينها وبين خليلها غير شرعية ، لا تجعل من الفائدة التي كانت تستفيد منها حقا يحميه القانون .

فالمصلحة المشروعة هي المصلحة التي يحميها القانون ، لأن القضاء لا يحمي الا المصالح التي يقرها ويعترف بها القانون ، وهذا ما عبرت عنه أيضا المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، بقولها : لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له مصلحة قائمة قررها القانون ، ونفس الحكم أقرته المادة الثالثة من قانون المرافعات المصري ، بنصها على أنه : لا يقبل أي طلب أو دفع ، ، لا يكون لصاحبه مصلحة قائمة يقرها القانون ، أما المشرع الفرنسي فنصت المادة 23 من قانون الإجراءات المدنية نفس الحكم :

« L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention».

ويعتبر أيضا من قبيل المصلحة غير المشروعة التسويف والمماطلة، بقصد عرقلة سير الإجراءات وتعطيل مصلحة الخصم في حصوله على حقه ، وفي ذلك تعسفا في استعمال الحق المقرر للخصم اجرائيا كطلب التأجيل وعرقلة سير الإجراءات ومنع صدور الحكم لصالح خصمه في الوقت المناسب

1 فطيمي الزهرة ، مرجع سابق ، ص 191 .

، وهو ما يعني بتوخي هذا الخصم استعمال حقه لتحقيق مصلحة غير مشروعة تتمثل في الاضرار بالخصم والسعي وراء عدم تمكينه من وصوله لحقه .1

وهكذا فإن هذه المعايير الثلاثة المذكورة أعلاه توفر للقاضي الأدوات اللازمة يسترشد أثناء نظره في القضايا المعروضة عليه، حتى يؤدي ممارسة حق التقاضي المهمة الموكلة إليه بموجب القانون، وهي الوصول إلى الحقوق والحفاظ عليها بشكل فعال، وعدم الإضرار بالطرف الآخر من خلال اللجوء إلى إجراءات قانونية مسيئة، من شأنها أن تعيق السير السليم للعدالة، وتكدس المحاكم، وتفرض على الخزينة العامة إنشاء هياكل جديدة لدعم النشاط القضائي بشكل عام، وزيادة عدد القضاة والموظفين، وقبل كل شيء، اضطراب المجتمع بأانعدام الاستقرار بين أفراده بسبب الميل نحو النزاعات.

وقد وردت نصوص تشريعية تتعلق بالتعسف في استعمال الحق ، فقد نصت المادة 343 من القانون المدني ، بانه " يجوز لكل من الخصمين ان يوجه اليمين الحاسمة الى الخصم الاخر ، على انه يجوز للقاضي منع توجيه هذه اليمين ، اذا كان الخصم متعسفا في ذلك "، اما المادة 73 من القانون رقم 11/90 ، والمتعلق بعلاقات العمل ، والتي تلحق البطلان بالتسريح التعسفي للعامل ، والذي يقع من غير مراعاة ميعاد الاخطار، ويترتب عليه إعادة العامل لمنصبه بأمر قضائي مع ثبوت حقه في التعويض.2

ولا يعد بالانحراف في استعمال الحق في التقاضي الا اذا أتخذ احدى الصور، التي عددتها المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري، وهي : قصد الاضرار بالغير ، أورجحان الضرر على المصلحة، أوتحقيق مصلحة غير مشروعة .

1 احمد إبراهيم عبد التواب ، الإساءة في إجراءات التقاضي والتنفيذ ، مرجع سابق ، ص376 .

2 يسين شامي ، و عشار غانم ، كفالة حق التقاضي ، مرجع سابق ص 75 .

المبحث الثاني: مظاهر التعسف في استعمال حق التقاضي .

بشأن الإساءة في التقاضي فانه يشيع لدى شراح القانون والفقه المعاصر لفظتا "التعسف" والإساءة" والحقيقة فان اللفظين هما مترادفان عند ربطهما في استعمال الحقوق، بل ان هناك مترادفات أخرى لهذين اللفظين عبد الحديث عن استعمال الحقوق ، مثل (الخروج عن الحق)، أو (مجاوزة حدود الحق).1

من المسلم قانون ان لجميعالافراد الحق في ممارسة حقهم في التقاضي ، وهم بهذا الصفة يتمتعون بحماية تحول بينهم وبين مطالبتهم بالتعويض عند خسارة دعواهم ، والحقيقة فان هذا الحماية ضرورية حتى لا يعزف الافراد عن المطالبة بحقوهم، هذا من جهة ومن جهة ثانية وحتى لا يحيد استعمال هذا الحق عن سبيله تم تقييد ذلك الاستعمال ليكون ناجعا ويكرس الوظيفة الاجتماعية للحق في التقاضي.

والحقبصفة عامة يفقد شرعيتهعندما ينحرف استعماله من قبل صاحبه عن الغرض المقرر له، وينقلب حينها الى استعمال كيدي للنيل من الخصم والحاق الأذى به، وبذلك حصر فان إساءة هذا الحق، تظهر أساسا في مرحلة مباشرة الخصومة (المطلبالأول) وفي الطعن وتنفيذ الحكم (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: مظاهر التعسف في مرحلة التقاضي.

من القضايا التي أثارت جدلاً واسعاً بين القانونيين والقضاة سوء استخدام حق التقاضي، لما له من آثار وأهميته في المسائل الإجرائية. لذا، من الضروري حماية هذا الحق عند ممارسته من قبل الأطراف بما يحقق الغرض المنشود منه، لأن اللجوء إلى المحاكم لمجرد الإضرار بالخصم وإطالة أمد الإجراءات يُقوّض العدالة نفسها باستغلال النظام القضائي لأغراض الانتقام والإضرار بالآخرين وإعاقة سير العملية القضائية.

في نفس السياق ويذهب القضاء الإنجليزي الى فرض التزام على الخصوم امام المحكمة العليا في إنجلترا بالإفصاح عما لديهم من مستندات ووثائق متعلقة بالدعوى خلال موعد معين ، وهذا الالتزام واجب تلقائي يفرضه القانون دون حاجة الى طلب أو إقرار من المحكمة ، وتشمل هذا المستندات والوثائق التي تكون في صالح الطرف الموجودة لديه أو التي تكون في غير صالحه ، أن من الممكن الاخذ بما ورد أعلاه حتى في الدول التي لايتضمن تشريعها نصا مماثلا ، بوصف ذلك من الواجبات

1 الشرقاوي جميل ، دروس في أصول القانون ، مرجع سابق ص 272، أبو السعود رمضان مرجع سابق ص 492 و493 ، عبد العزيز بن عبد الله عبد العزيز الصعب ، التعسف في استعمال الحق في مجال الإجراءات المدنية ، مرجع سابق 71 .

الأخلاقية التي يلزم ان يتسم بها سلوك الخصم ونه جزء من مضمون مبدا حسن النية الملتزم به قانونا، اذا ام المبدأ يقتضي توفير حد ادنى من الاستقامة الخلقية في الدعوة واثباتها في ان يستهدف سلوك الخصم فيها تحقيق مصالحة الذاتية بطريقة نزيهة ، 1 ذلك بان الغش الاجرائي هو الاخلال بواجب الصدق ، او المصارحة الذي يفرضه القانون، او الاتفاق أو طبيعة المعاملة أو الثقة الخاصة التي يكون من شأن ظروف الحال أن تجعل للمدلس عليه أن يضعها فيم غرر به، كالكذب في الادلاء المعلومات بوقائع التعاقد وملابساته أو السكوت عن ذكرها ، والغش يشتمل أيضا على كل أنواع التدليس والمفاجأة والوسائل التي تستعمل بواسطة خصم في مواجهة خصم أخر بقصد تضليل المحكمة وايقاعها في الخطأ 2.

ومبدا النزاهة في الإجراءات أقره النظام اليوناني القديم ، ذلك بان كل مدعي يستعمل وسائل مبنية على سوء النية والغش ، ويرمي من خلالها الإساءة الى خصمه تقع تخطئته أو تعذيبه ، 3 ، فلا تجوز المباغتة ، بل ان مبدأ المواجهة بين الخصوم ، تم سنه لتبادل الوثائق بين الخصوم فيما يقدمونه دعما لطلباتهم ، والواجب تبليغها للخصم الاخر في أثناء سير الخصومة ليتمكن من ابداء ملاحظاته بشأنها قبل قفل باب المرافعة .

اكثر الصور التي يقع فيها التعسف – في استعمال الحق – ، هو حق الالتجاء الى القضاء ، وتقض القاعدة العامة أن كل من يستعمل حق الالتجاء الى القضاء لا يعد مسؤولا عما ينشأ عن ذلك الاستعمال من ضرر للغير.4 ولكن القانون يفترض في من يستعمل حقه ان يستعمل حقه بحسن نية ، ومن يدعي خلاف ذلك أن يثبت أن هذه الشخص قد استعمل حقه في الالتجاء الى القضاء بنية الاضرار به .

ان حق الشخص في الالتجاء الى القضاء ، حق مكفول قانونا ، وعليه فاذا ما تم استخدام هذا الحق بطريقة تنأى به عن هدفه ، سواء تم ذلك بسوء نية، او اهمال جسيم ، 5 سواء عن طريق دعوى كيدية، او للأضرار بالخصم أو يكون غير جاد في رفع دعواه ، يكون قد سلك طريق التعسف في

---

1 عبد الله رحمة الله البياتي ، كفالة حق التقاضي ، مرجع سابق ص18 .

2 سيد أحمد محمود ، الغش الاجرائي في التقاضي والتنفيذ، دار الفكر القانوني المنصورة، 2017 ، ص 13 .

3 محمد عبد الرحمان البكر ، السلطة القضائية، وشخصية القاضي في النظام الإسلامي ، نشر الزهراء للإعلام العربي ، القاهرة 1988 ، ص 112 .

4 عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق ص 57 ، عن إبراهيم نجيب سعد ، القانون القضائي الخاص، منشاة المعارف بالإسكندرية ، طبعة 1975 ، ص 138 .

5آدم وهيب النداوي ، شرح قانون الاثبات ، ط 2 1986، بغداد العراق ، ص 65 .

استعمال حقه في التقاضي ، وهو ماكدته الشريعة الإسلامية بهذا المعني في حديث الرسول صلى الله عليه وسلم ،" أنما انا بشر مثلكم ، وانما تختصمون الي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض ، فأقضي له على نحو ما أسمع ، فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذ منه شيئا فإنما أقطع له قطعة من نار .1

كما دعت الشريعة الإسلامية الى واجب النزاهة وتقييد الخصوم بها في النزاع اذا جاء في الحديث الشريف "انما أنا بشر وانكم لتختصمون الي فعل بعضكم ان يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه ، فمن قضيت له بشيء من أخيه فلا يأخذ منه شيئا أنما أقطع له قطع من النار [2].

ونتيجة لذلك الاختلاف ذهب معظم الفقه والقضاء الفرنسي، وسار على ذلك القضاء الى القول باعتبار التعسف في استعمال الحق بصفة عامة، ونظرية التعسف في استعمال رخصة الالتجاء الى القضاء بصفة خاصة 3،فالقضاء يطبق مبدا التعسف على حق استعمال الخصومة القضائية ، لان الأخيرة تعتبر وسيلة قانونية لحماية الحق ويمكن ان يقع فيها التعسف سواء عند أقامتها، أو أثناء ممارستها ، بتقديم مذكرات الدفاع او الاستئناف للأحكام الصادرة بشأنها .

وباعتبار**الخصومة** القضائية الحالة القانونية التي تنشأ عن رفع الدعوى القضائية، كما أنها مجموعة من العمال الرامية الى تطبيق القانون في حالة معينة بواسطة القضاء 4، فتعتبرالوسيلة الفنية لاستعمال حق الدعوى بالالتجاء الى القضاء لحمايته ، وتتضمن الخصومة مجموعة من الإجراءات ، فهي سلسلة من الأعمال تتابع حتى يصدر حكم في موضوعها، فمن النادر أن تنتهي القضية في أول جلسة تعرض فيها على المحكمة.5

وبالرغم من الطبيعة المزدوجة للحق في التقاضي باعتباره حق في حد ذاته وفي نفس الوقت حماية لحقوق اخرى ، ولكالا ان أستعماله التعسفي قد يمس بتلك بحقوق أخرى، . ويتخذ هذا التعسف أشكالاً

---

1 عبد الله رحمة الله البياتي ، كفالة حق التقاضي ، مرجع سابق ص 17 ، نقلا عن خالد محمد خالد ، اسلاميات، دار الفكر ، مطبعة الانتصار ، بغداد العراق ، ص 75 .

2 أورده الامام جلال الدين عبد الرحمان السيوطي في كتابه " تنوير الحوالك على موطأ الامام مالك" دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان، 1980 ، الجزء الثاني ص 197 .

3 احمد أبراهيم عبد التواب ، الإساءة في إجراءات التقاضي والتنفيذ، مرجع سابق ص85 .

4 فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني ، دار النهضة العربية القاهرة، ط 1971 ، ص 291،

5 أحمد هندي، التمسك بسقوط الخصومة ، "همة الخصوم " دراسية مقارنة ، في القانون المصري ، والقانون الفرنسي، والقانون اللبناني، دار النهضة العربية القاهرة، 1991 ، ص 5 .

مختلفة، يلجأ إليها الطرفان (المدعي والمدعى عليه) عند ممارسة حقهما في ممارسة الخصومة القضائية.

ويتولد عن الخصومة القضائية رابطة قانونية بين الطرفين، تُرتب التزامات مُحددة على كلٍّ من المُدّعي والمُدّعى عليه خلال هذه الفترة، يتخذ فيها كل طرف إجراءاتٍ لإثبات ادعاءاته ودفوعه، وقد يُسيء المُدّعي استخدام الإجراءات، بينما قد يُحاول المُدّعى عليه دفع هذه المطالب الواردة بالدعوى، وعلى ذلك سوف نتناول مظاهر التعسف في استعمال حق التقاضي من جانب أطراف الخصومة وهما المدعي (الفرع الاول) ، والمدعى عليه (الفرع الثاني).

الفرع الاول: إساءة المدعي في استعمال حق التقاضي.

وتقع الإساءة في استعمال حق التقاضي من جانب الافراد في تلك المرحلة الأولى من درجات التقاضي ، سواء كان هذا الشخص مدعيا أو مدعى عليه ، بما يسلكه كل طرف منهما في مراحل الدعوى المتتالية حتى صدور فيها او في مقدمتها .1

وتتكون الخصومة القضائية من مجموعة من الإجراءات المتتابعة التي يقوم بها الخصم او القاضي وأعوانه أو الغير 2 ،تتجسد مظاهر التعسف الإجرائي في تنفيذ هذه الإجراءات، بدءًا من تقديم الطلب القضائي إلى المحكمة، وحتى صدور حكم نهائي في الموضوع. وبالتالي، تتنوع مظاهر التعسف في استخدام حق التقاضي في هذه المرحلة لتعدد القائمين بمباشرةً الاعمال الإجرائية التي تُشكل الخصومة القضائية .

واذا كان الأصل ان الخصم حر في مباشرة حقوقه الإجرائية ، فأن هذه الحرية ليست مطلقة والحقيقة ان قانون المرافعات بشكل عام يفرض واجبا قانونيا على الخصم بان يسلك في الخصومة بحسن نية ، ويقوم هذا الواجب على توفير حد أدني من الاستقامة الخلقية في الخصومة ، في ان يستهدف سلوك الخصم فيها تحقيق مصالحه الذاتية المشروعة بطريقة نزيهة ، فاذا باشر اجراء او قدم طلبا او دفعا وهو يعلم الا حق له فيه ، وانما قصد به مجرد تعطيل الفصل في الدعوى او الاضرار بالخصم ، فانه يسئ استعمال حقه ويعتبر متعسفا فيه .3

---

1 احمد قطب عباس ، إساءة استعمال الحق في التقاضي ، مرجع سابق ص 331 .

2 زودة عمر الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق ص 383 .

3 مجاجي سعاد، التعسف في استعمال الحق الاجرائي ، مجلة الراسات والبحوث القانونية، العدد الثامن جامعة محمد بوضياف بالمسيلة كلية الحقوق والعلوم السياسية ، ص189 ، نقلا عن وجدي راغب فهمي ، مبادئ القضاء المدني ، قانون المرافعات ، القاهرة مصر ، دار النهضة العربية ، ط " 2001 ص 387 .

ولم يتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية أي نص يهدف إلى منع إساءة استعمال حق التقاضي من أجل لضبط ممارسة هذا الحق بما يضمن تحقيق الهدف الذي أنشئ من أجله، وذلك على عكس القانون المدني الذي تنص المادة 124 مكرر منه على حكم عام ينطبق على ممارسة جميع الحقوق، ويعتبر حق التقاضي جزءاً منه.1

ويعتبر المدعي هو المحرك الأساسي للدعوى ويطلق مصطلح (مدعي)، على كل من بادر بتقديم الطلب القضائي ، وعلى من وجه اليه هذا الطلب (مدعى عليه) ، ويستوى أن يكون المدعي شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا 2، فالخصم الأول الذي يقدم الطلب القضائي لا يعتبر طوال إجراءات الخصومة مدعيا، بل قد يتحول الى مدعى عليه 3،ويختار المدعي الوقت والمناسبة اللذين يراهما مناسبين لإثارة النزاع، وبالتالي، يحتفظ بصفته مدعيًا حتى يقدم المدعى عليه طلبا عارضا، وعندها يصبح المدعي الأصلي هو المدعى عليه، ويصبح المدعى عليه الأصلي هو المدعي فيما يتعلق بذلك الطلب العارض.

ويعرف بعض شراح القانون المدعي ، بانه " الطرف الإيجابي في الدعوى فهو الذي يقدم الطلب باسمه الى القاضي للحصول على الحماية القضائية 4، فالمدعي وفقا لهذا التعريف هو الذي يقدم الطلب القضائي ، فعن طريقه تبدأ الخصومة القضائية، وتميز التعريف السابق بانه شامل لفكرة المدعي ، اذا يصدق هذا التعريف على صاحب الطلب الأصلي ، كما يصدق على صاحب الطلب الفرعي5 ، ويجوز ان يكون المدعي شخصا طبيعيا، او معنويا أو جهة او مؤسسة عامة عن طريقه ممثله القانوني.

ويعتبر المدعي مسيئا في استعمال حقه اذا كان لا يهدف من لجوئه الى القضاء سوى الكيد و الاضرار بخصمه لذلك قرر المشرع للمضرور حق طلب التعويض عن الدعاوي او أوجه الدفاع

---

1 تنص المادة 124 مكرر من القانون المدني : يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات التالية: –أذا وقع بقصد الاضرار بالغير ، – أذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة الى الضرر الناشئ للغير ،– اذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة .

2 أحمد هندي ، التمسك بسقوط الخصومة، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية القاهرة ، ص 5 ، عبد العزيز بن عبد الله عبد العزيز الصعب، التعسف في استعمال الحق في مجال الإجراءات المدنية ، مرجع سابق ، ص 96 .

3 زودة عمر الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق ص 280 .

4 الصاوي محمد ، شرح قانون المرافعات، مرجع سابق ص 29 ، عبد العزيز بن عبد الله عبد العزيز الصعب ، التعسف في استعمال الحق في مجال الإجراءات المدنية ، مرجع سابق ص 97 .

5 عبد العزيز بن عبد الله عبد العزيز الصعب ، التعسف في استعمال الحق في مجال الإجراءات المدنية ، مرجع سابق ص 97 .

الكيدية ، وهو ما قررته المادة 122 من قانون المرافعات الكويتي ، والمادة 188 من قانون المرافعات المصري .1

لم ينص قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على التعسف في استعمال الدعوى ، ولذلك ينبغي الرجوع الى القواعد العامة في التعسف في استعمال الحق ، المنصوص عليها في القانون المدني بموجب المادة 124 مكرر ، والتي تقتضي اثبات حالة من الحالات المنصوص عليها بموجب هذه المادة ، لتقوم المسؤولية المدنية .2

وباعتبار أن الحق الاجرائي، هو كل مكنة او سلطة او وسيلة يرتبها القانون الاجرائي مباشرة بسب توفر المصلحة المشروعة في طلب الحصول على الحماية القضائية او التنفيذية او بسببها 3 ، وفي هذا المعنى، تنص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .4 وتشمل مظاهر تعسف المدعي في التعسف في استعمال حق التبليغ أو الشكوى (أ)، وزيادة على ذلك أيضا التعسف في الحق في الادعاء (ب)،

أولا : تعسف المدعي في استعمال حق التبليغ أو الشكوى.

تتعدد مظاهر تعسف المدعي في استخدام إجراءات الدعوى ، وتتنوع بحسب المناسبة وبما يتلاءم ومصلحة المدعي ، فتبدأ من الشكوى وتنتهي باستعمال وسائل الاثبات في الدعوى .

الشكوى في اللغة تأتي بمعنى " الاخبار بالسوء او اظهار لمكروه" ، 5 ، وقد وردت أيضا كلمة الشكوى في القران الكريم ، ومن ذلك شكوى بني الله ، يعقوب عليه السلام الى ربه في قوله ، " أنما أشكو بثي وحزني الى الله وأعلم من الله ما لاتعملون" 1 .

---

1 سيد أحمد محمود ،الغش الاجرائي ، الغش في التقاضي والتنفيذ ، مرجع سابق ، ص 142 .

2 ليلى لبيض ، التعسف في استعمال حق التقاضي ، في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دراسات وأبحاث المجلة العربية للأبحاث والدراسات في العلوم الإنسانية والاجتماعية ، العدد 25 ديسمبر 2016، جامعة زيان عاشور الجلفة ، ص 505 .

3 عبد التواب أحمد أبراهيم ، النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق الاجرائي ، دراسة تأصيلية مقارنة في قانون المرافعات المصري والفرنسي ، ط1 القاهرة 2005-2006 ، عبد العزيز بن عبد الله عبد العزيز المصعب ، التعسف في استعمال الحق الاجرائي في مجال الإجراءات المدنية ، مرجع سابق ص 48 .

4 تنص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على انه " لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة او محتملة يقرها القانون ".

5 الجوهري ، إسماعيل بن حماد ، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق : عبد الغفور عكاء ، الجزء السادس بيروت ، دار المعلمين 1989 ، م ، ص 634 .

وفي الفقه الفرنسي عرفها كل من ستيفاني ، ولفاسوروبولوك ، ب : " الشكوى عبارة عن بلاغ صادر من ضحية الفعل الجرمي ، يقدمها هذا الأخير الى ضابط شرطة قضائية ، أو مباشرة الى وكيل الجمهورية ، دون ان تكون مقيدة بشكليات معينة، كما يمكن تقديمها الى قاضي التحقيق مصحوبة بادعاء مدني .2

يقصد بالحق في التبليغ هو حق شخص – سواء اكان فردا عاديا أو موظفا عاما او مكلفا بخدمة عامة – في اللجوء الى السلطات العامة (البوليس ، او النيابة العامة أو غيرهما من الجهات القضائية)، للإبلاغ عن جريمة ما او فعل شائن متضمنا اتهام شخص آخر بارتكابها أو بارتكابه هذا الفعل 3 .

وجاء أيضا بأن الحق في التبليغ أو الشكوى ، هو حق كل فرد سواء فردا عاديا أو موظفا عاما او مكلفا بخدمة عامة في الالتجاء للسلطات العامة للتبليغ عن فعل يعاقب عليه القانون 4، وطبقا للمادة 42 من قانون الإجراءات الجزائرية الجزائري الجديد، فأنه " يتعين على كل سلطة نظامية ، وكل ضابط أو موظف عمومي يصل الى علمه أثناء مباشرته مهام وظيفته خبر جناية او جنحة ابلاغ النيابة العامة بغير توان ، وان يوافيها بكافة المعلومات ، ويرسل اليها المحاضر والمستندات المتعقلة بها " .

ويقصد بالحق في التبليغ هو حق شخصي – سواء اكان فردا او عاديا او موظفا او مكلفا بخدمة عامة – في اللجوء الى السلطات العامة (البوليس او النيابة العامة او غيرها من الجهات المختصة (للإبلاغ عن جريمة ما او فعل شائن متضمنا اتهام شخص آخر بارتكابها أو بارتكابه هذا الفعل ، فالحق في الابلاغ يعتبر من الحقوق العامة المعترف بها للأفراد بل هو واجب من الواجبات المفروضة عليهم وبالتالي الاخلال بها يستوجب العقاب .5

ويفرق شراح القانون بين البلاغ والشكوى ، فالبلاغ يعني الاعلام أي الاخبار من أي شخص بوقوع جريمة يقدم الى السلطات العامة المختصة، سواء اكان ذلك بتعيين أو بدون تعيين، أما الشكوى فهي

1الاية 86 من سورة يوسف .

2Gaston Stefani , GORGES Levasseur , BERNARD bouloc , procedure pénale , peécis DALLOZ , 16 éme éd , 1996 p 311 . 10

3 سيد احمد محمود ، الغش الاجرائي ، الغش في التقاضي والتنفيذ ، مرجع سابق ، ص 127 .

4 أحمد إبراهيم عبد التواب ، الإساءة في إجراءات التقاضي والتنفيذ ، مرجع سابق ص 405 .

5 سيد احمد محمود ، الغش الاجرائي ، الغش في التقاضي والتنفيذ ، مرجع سابق ص 137 .

اجراء يباشر من شخص معين وهو المجني عليه أو وكيله او المضرور من الجريمة يعبر عن ارادته في تحريك الدعوى الجنائية .1

ويعاقب القانون الجزائري على عدم التبليغ كما نصت عليه المادة 47 من قانون الفساد، عن عدم الإبلاغ عن جرائم الفساد لكل شخص وصل لعلمه بحكم وظيفته أو مهنته الدائمة او المؤقتة بوقوع الجريمة أو أكثر من جرائم الفساد ولم يبلغ عنها السلطات المختصة في الوقت الملائم، كما أقرت المادة 181 من قانون العقوبات، عقوبة بالحبس وبالغرامة ، كل من يعلم بالشروع في جناية أو بوقوعها ولم يخطر السلطات فورا.

اما المادة 91 من قانون العقوبات، فعاقبت أيضا سواء في وقت السلم أو الحرب كل شخص علم بوجود خطط او أفعال لارتكاب جرائم الخيانة او التجسس او غيرها من النشاطات التي يكون م طبيعتها الأضرار بالدفاع الوطني ، ولم يبلغ السلطات العسكرية او الادارية او القضائية فور علمه بها .

غير انه يجب التمييز بين التبليغ أو الشكوى كحق خالص للفرد وهو ما يدفعه للتبليغ عن واقعة تتعلق به فقط ، وتمثل فعلا اجراميا يعاقب عليه القانون، وبين التبليغ والشكوى كواجب يفرضه القانون على كل فرد في المجتمع ، وهو في الفرض الثاني أيضا يمثل حقا عاما لكل فرد من أفراد المجتمع ، وفي الفرض الأخير فان العبرة في المسؤولية عن التبليغ أو الشكوى من عدمه بصدق الواقعة المبلغ عنها.2

فاذا تبين كذب المبلغ فانه يتابع جزائيا بجنحة الوشاية الكاذبة طبقا للمادة 300 من قانون العقوبات الجزائري ، لكن توقيع العقاب يشترط ان يكون المبلغ كاذبا ، وفضلا عن ذلك ان يكون عالما بعدم صحة الوقائع المبلغ عنها ، وبالنتيجة أيضا فانه يتعين أيضا توفر شرط سوء النية في الإبلاغ بقصد الاضرار بالمبلغ ضده ، – وبغير ذلك يكون الحكم بالبراءة – ، مع الزام المبلغ بالتعويض المدني ، سواء في حكم البراءة نفسه ، أو بموجب دعوى مدنية مبتدئة طبقا للمادة 124 مكرر من القانون المدني المتعقلة بالتعسف في استعمال الحق .

1 تاج الدين ، مدني عبد الرحمان ، 1425 هجرية ، : أصول التحقيق الجنائي وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية ، الرياض ، منشورات معهد الادراة العامة ص 139، عبد العزيز عبد الله عبد العزيز الصعب ، التعسف في استعمال الحق ، في مجال الإجراءات المدنية ، مرجع سابق ص 99 .

2 سيد أحمد محمود ، الغش الاجرائي ، الغش في التقاضي والتنفيذ ، مرجع سابق ، ص 137 .

والدعوى الكيدية هي الدعوى التي تنطوي على حيلة ومكيدة للإيقاع بالخصم وارهاقه ، ويلجأ اليها من يعوزه الدليل أو لا يسعفه القانون ، وقد يلجأ اليها الشخص لمجرد الانتقام ، وهي في جميع الأحوال مسلك مستهجن ، وغير مشروع حتى ولو بغى صاحبها من ورائها حقا مشروعا 1.

كما ان التعسف في حق التبليغ او الشكوى في المسائل المدنية والتجارية، يتصور في بعض الحالات التي يبلغ فيها الأشخاص عن مسائل مدنية أو مدنية او تجارية لا تشكل جرائم محاولين اثبات بعض الوقائع أما الجهات الأمنية، وهي محاضر إدارية غالبا ما تنتهي بالحفظ، ويتحقق التعسف بتعمد تكرار تحرير محاضر إدارية لا هدف منها ولا طائل سوى الكيد بالخصم وتضييع وقته بتكرار السؤال عن ذات الواقعة المعروضة على القضاء .2

ويقع اجماع مفسري القانون ورجال القضاء على قيام المسؤولية عن الإبلاغ الكيدي او التعسف في استعمال الشكوى بسوء النية وبقصد الاضرار بالغير، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية على " الأصل ان التبليغ من الحقوق المباحة للأفراد واستعماله لا يدعو الى المؤاخذة طالما صدر مطابقا للحقيقة حتى ولو كان الباعث عليه الانتقام ، لأن صدق المبلغ كفيل ان يرفع عنه تبعية الباعث السيئ، وان المبلغ لا يسأل مدنيا عن التعويض ، الا اذا خالف التبليغ الحقيقة او كانت نتيجة عدم تروي ، ورعونة.3

وقد قضت المحكمة العليا في الجزائر ، بقرار مؤرخ في 1999/07/28 ، ملف رقم 198286 ، بأن " حيث انه من قراءة القرار المطعون فيه يستخلص انه ادان المدعي في الطعن من اجل الوشاية الكاذبة طبقا للمادة 300 من قانون العقوبات، دون اثبات بما فيه الكفاية وجود كل الأركان المكونة لهذه الجريمة، وخاصة الركن المتعلق بسوء النية الذي لا يمكن تجسيده الا بعدم صحة الأفعال المبلغ عنها ، وبقصد الاضرار الذي يجب ان يظهر في أسباب القرار الذي يتمسك بالإدانة " 4 ، وفي قرار مؤرخ في 1984/12/25، ملف القضية رقم : 31341 ، قضت بأنه : " تشترط المادة 300 من

---

1 على عوض حسن ، كيفية التصدي لإجراءات التقاضي الكيدي ، دار الكتب القانونية ، مصر المحلة ، 2003 ، ص 13 .

2احمد إبراهيم عبد التواب ، الإساءة في إجراءات التقاضي والتنفيذ ، مرجع سابق ص 408 .

3 نقض مدني ، الطعن رقم 45 أحوال شخصية، حلسة 1976/11/24، س28 ص 1636 ، د احمد إبراهيم عبد التواب ، الإساءة في إجراءات التقاضي والتنفيذ ، مرجع سابق ص 412 .

4 المجلة القضائية ، 2001، العدد الثاني قسم الوثائق بالمحكمة العليا ، ص 406 .

قانون العقوبات لتطبيقها ، في حالة حصول متابعة جزائية ضد الشخص المبلغ عنه، ان تنتهي المتابعة اما بحفظ البلاغ الكاذب، واما بصدور الامر بالأوجه للمتابعة ، او الحكم بالبراءة " .1

وفي قرار مؤرخ في 2011/02/24، ملف رقم 520370، ما يلي : " ان حفظ مصالح وزارة العدل الشكوى المرفوعة ضد قاضي لعدم صحة ما ورد فيها ، يفتح محال المتابعة من اجل الوشاية الكاذبة عند توفر أركانها " 2، وتحت رقم 31341 بتاريخ 1984/12/25، أقرت المحكمة العليا بانه، " لا يمكن ادراء المتابعة من أجل جريمة الوشاية الكاذبة الا بعد توفر احد العناصر التالية :

- بعد صدور الحكم بالبراءة.
- بعد الامر بالأوجه للمتابعة.
- حفظ البلاغ من القاضي أو الموظف أو السلطة العليا او صاحب العمل المختص بالتصرف في الإجراءات التي كان من المحتمل أن تتخذ بشأن هذا البلاغ 3 ، كما قضي بان ((الحق في الشكوى والاحتكام الى القضاء هو من الحقوق العامة التي تثبت للكافة ما لم يقترن استعماله بقصد الكيد والاضرار بالغير)) .4

ويجوز قيام المسؤولية على أساس التعسف اذا ثبت ان التبليغ كان بقصد الاضرار والكيد والانتقام من الخصم الاخر، فصدق الواقعة المبلغ عنها قرينة بسيطة على انتفاء القصد السيء يجوز اثابت عكسها.5

وفي القضاء الفرنسي تقوم المسئولية على اقتران التبليغ بسوء نية أو ما صاحبه من افتراء او عدم التبصر، او الخفة أو الطيش، 6 وان الحكم بالبراءة او الأمر بان لا وجه لإقامة الدعوى، لا يستفاد

---

1 المجلة القضائية، 1990 ع 1 ، قسم الوثائق بالمحكمة العليا ، ص 301 .

2 المجلة القضائية، 2012، ع 1 الأول ، ص 355 .

3مجلة المحكمة العليا ، لسنة 1990، العدد الأول ، ص 301 .

4 سيد أحمد محمود ، الغش الاجرائي ، الغش في التقاضي والتنفيذ ، مرجع سابق ص 143 ، نقلا عن مجلة القضاء والقانون السنة العاشرة ع 2 ص 92 ، تمميز كويتي 1981/05/06، طعن رقم 80/143 تجاري .

5احمد إبراهيم عبد التواب ، الإساءة في إجراءات التقاضي والتنفيذ ، مرجع سابق ص 423 .

6 نقض فرنسي ، ، جازيت دي باليه 1912/01/28 ، محكمة ديجون 1931/01/12، مشار اليهم في حسين وعبد الرحيم عامر ، المسؤولية المدنية ، التقصرية والعقدية، الطبعة الثانية، 1979، دار المعارف بند 346 ص26 هامش 3، د سيد أحمد محمود ، الغش الاجرائي ، الغش في التقاضي والتنفيذ ، مرجع سابق ، ص 141 .

منه عدم التبصر او الطيش الموجب للمسئولية،اذا يمكن ان يكون ذلك مبناه التشكك في الأدلة المقدمة.1

كما قضت أيضا،بقرار بتاريخ : 2012/07/19 ، رقم ، 829593 ، الغرفة المدنية غير منشور أذا جاء فيه ما يلي :

حيث أن الطاعن يعيب على القرار المطعون فيه ، بدعوى ان الطاعن تمسك اما قضاة الموضوع بالضرر اللاحق به جراء البلاغات المقدمة ضده من طرف المطعون عليها ، قد نتج عن تلك البلاغات الى وضعه تحت الرقابة القضائية ، وأن قضاة الموضوع رغم اثابت الطاعن الضرر الملحق به ، فانتهوا الى رفض دعواه دون الرد على هذا الدفاع ، ما يعد ذلك قصورا في الأسباب يعرض القرار المطعون فيه الى النقض.

وحيث أن ما يعيبه الطاعن على القرار في غير محله ، ذلك أن حق الالتجاء الى القضاء هو من الحقوق العامة التي تثبت للكافة، وأن من يستعمل حقه في التقاضي يفترض فيه حسن النية ، ومن يدعي خلاف ذلك أن يثبته وأن الخصم الذي استعمل حقه، قد استعمله بسؤ نية قامت مسؤوليته .

وحيث أن قضاة الموضوع عندما انتهوا الى رفض دعوى الطاعن الرامية الى تعويضه عن الضرر الناجم عن تلك البلاغات التي انتهت الى البراءة ضد المبلغ ضده، قد طبقوا صحيح القانون، لان الطاعن لم يثبت أمامهم ، وان المطعون عليهما قد قدما تلك البلاغات بسؤ نية وبقصد الاضرار به . "

وحيث أن قضاة الموضوع عندما انتهوا الى رفض دعوى الطاعن الرامية الى تعويضه عن الضرر الناجم عن تلك البلاغات التي انتهت الى البراءة ضد المبلغ ضده ، قد طبقوا صحيح القانون ، لان الطاعن لم يثبت أمامهم ، وان المطعون عليهما قد قدما تلك البلاغات بسوء نية وبقصد الاضرار به."2

ان التصرفات السابقة من الخصم تستوجب مقاضاته ورفع دعوى تعويض عن التعسف في استعمال حق التقاضي في الإبلاغ أو الشكوى ، خاصة في الحالات التي تظهر فيها نية الكيد من الخصم او الانتقام واستعمال تلك المحاضر بغية الاضرار مع انعدام المصلحة المشروعة .3

---

1 محكمة باريس 1920/03/12، جازيت دي باليه ، مشار اليه في حسين عامر وعبد الرحيم عامر مرجع سابق ، بند 346 ، ص26 هامش 4، أنظر د سيد أحمد محمود ، الغش الاجرائي ، الغش في التقاضي والتنفيذ ، مرجع سابق، ص 141 .

2زودة عمر الإجراءات المدنية مرجع سابق ص 58 .

3 احمد إبراهيم عبد التواب، الإساءة في إجراءات التقاضي والتنفيذ ، مرجع سابق ص 411 .

والحقيقة فان عدم صحة الواقعة المبلغ عنها والتي تعتبرأساسلمسائلة المبلغ جزائيا ،لا تكون كافية للتدليل على سوء نية المبلغ بانه تسعف في استعمال الحق المستوجب للتعويض، بل يجب اثبات أيضا أن ذلك التبليغ كان بقصد الانتقام أو الاضرار من الخصم ، ولكن في بمفهوم المخالفة فأن صدق الواقعة التي وقع التبليغ بها كافي باستبعاد نية الكيد .

ثانيا : تعسف المدعي في استعمال حق الادعاء.

الحق في الادعاء حقا مقررا لكل شخص في الالتجاء الى القضاء لدفع الاعتداء على حقوقه وحرياته ، وهذا الحق يجب أن يكون مقيدا بوجود صفة ومصلحة مشروعة وجدية للمدعي ، وبالتالي يكون متعسفا من يمارس الحق في الادعاء دون ان يستند الى مصلحة أو كانت مصلحته غير جدية او غير مشروعة أو كان الادعاء وليد نزعة شريرة أو بسوء نية أو بقصد النكاية او للرغبة في المشاكسة.1

تتعدد صور تعسف المدعي في إساءة استعمال إجراءات الخصومة ، وقد تبدأ من الإجراءات الأولية سواء قبل انعقاد الخصومة القضائية أصلا ، حيت تحرير العريضة الافتتاحية للدعوى حيث يتعمد في مخالفة الشروط الشكلية المنصوص عليها في المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية2 ، ذلك بأنه يشترط لقبول الدعوى القضائية توفر شروط شكلية وأخرى موضوعية 3 ، ولأجل اطالة امد النزاع من قبل المدعي كأن يحرر أسم المدعي عليه او موطنه خلافا للحقيقة،أو يحجم عن تقديم

---

1 إساءة استعمال الحق في التقاضي، بين النظام الإسلامي والأنظمة القانونية ، أحمد قطب عباس ، مرجع سابق ص 338 .

2 يسين شامي ، وغشار غالم ، كفالة حق التقاضي ، مرجع سابق ص 80 .

3 بداوي علي ، قواعد سير الدعوى والجزاءات الإجرائية في المواد المدنية ، الدورة التكوينية للقضاة حول موضوع : شروط قبول الدعوى وقواعد الاختصاص ، المدرسة العليا للقضاء من 19 الى 23 ديسمبر 2010 ، ص 2 .فالشروط الشكلية منها ما يجب مراعاتها قبل تكليف الخصوم بالحضور ، ويكون الجزاء الفصل بعدم قبول الدعوى شكلا في أول جلسة ، ومنها ما يحتاج الى تدخل القاضي ، وهي محددة تراتيبيا كما يلي : 1 – تقديم عريضة افتتاحية باللغة العربية ، تحب طائلة عدم القبول الشكلي في أول جلسة ، مع الملاحظة ان المادة 8 تضمنت حكمين ، الأول شكلي يتعلق بلغة العريضة ، والثاني موضوعي يخص وسائل الاثبات يتعلق بلغة المستندات المقدمة لدعم الادعاءات ، 2 – شكل العريضة ، حدد القانون النموذج الذي تفرغ فيه العريضة في المادة 15 ، فأوجب تقديم العريضة في شكل معين ، باعتبارها أجراء من إلاجراءات الجوهرية لبدأ الخصومة، والغاية : هي حسن سير العدالة، بضمان صياغة العريضة بالشكل الذي يوفر المقتضيات التي تسمح بمعرفة النزاع والمستندات المؤيدة ، والطلبات ، مخالفة الشكل ، يؤدي الى عدم القبول الشكلي للدعوى في أول جلسة ، حتى قبل التكليف بالحضور ، لأنها لا تقبل التصحيح .

المستندات بعريضة الدعوى املا في تأجيل الدعوى وتعطيل الفصل في موضوع القضية لإلحاق أضرار بالمدعى عليه1 .

وتعتبر مكنة الحق في الادعاء الوسيلة الأكثر ملائمة للمدعي لإساءة استعماله الحق في إجراءات الخصومة القضائية ضد المدعي عليه ، بالنظر لما يوفره الحق للمدعي من ابداء العديد الطلبات سواء تعلقت بالموضوع أو بالإجراءات المعرقلة فقط للسير العادي لسماع الخصومة ، والدفع بها قدما نحو الفصل في النزاع .

والادعاء بحسب الأصل حق مقرر لكل فرد الا ان تكون الدعوى كيدية فاذا انتفى سوء القصد والخطأ في صوره المتعددة فلا يضير المدعي ، ولا يعرضه للمؤاخذة المدنية أن يخسر دعواه او طعنه ، كما أن الانكار حق لكل مدعى عليه الا ان هذا الحق ينقلب الى مخبثة اذا ابتغى المدعى عليه مضارة خصمه وتمادي في الانكار او غلا فيه او تحيل به .2

ويختلف الادعاء أو الطلب القضائي عن محل النزاع 3 ، ذلك بان الادعاء هو عنصر في القرار في الطلب القضائي4 ، وهو ما يطلبه المدعي من القاضي وهو لا يعدوا أن يكون هذا القرار تقريرا أو انشاءا أو الزاما ، وتبعا لذلك يختلف موضع الطلب القضائي باختلاف هذا القرار ، فدعوى فسخ العقد تختلف عن دعوى بطلان العقد .

ولذلك يختلف محل الدعوى عن الادعاء ، فالدعوى فكرة عامة مضمونها الحصول من القاضي على قرار في الادعاء المعروض عليه ، أما الادعاء فهو فكرة ذاتية تتغير من متقاضي لأخر حسب قصده

---

1 يسين شامي ، وغشار غالم ، كفالة حق التقاضي ، مرجع سابق ص 80 .

2 سيد أحمد محمود ، الغش الاجرائي ، الغش في التقاضي والتنفيذ ، مرجع سابق ص 143 ، نقلا عن مجلة القضاء والقانون السنة الخامسة عشر العدد الاول ص 287 ، تمميز كويتي 1987/04/09، طعن رقم 87/190 تجاري .

3 عبد العزيز بن عبد الله عبد العزيز الصعب ، مرجع سابق ص 103، نقلا عن عبد الفتاح عزمي ، أساس الادعاء أمام القضاء – دراسة تأصيلية متعمقة ومقارنة للاصطلاح الشائع سبب الدعوى ، دار النهضة العربية القاهرة بدون سنة ص 113 .

4 يتكون الطلب القضائي من ثلاث عناصر : عنصر القفرار (الادعاء) ، والعنصر القانوني ، وهو الحق او المركز القانوني الذي تهدف الدعوى لحمايته ، كدعوى حماية حق الملكية ، او دعوى حماية حق الارتفاق ، أما العنصر الثالث : فهو العنصر المادي ، وهو محل هذا الحق أو المركز القانوني وموضوع الحق يكون في الغالب شيء مادي فالعقار يعتبر موضوع حق الملكية ، للمزيد راجع الأستاذ زودة عمر ، مرجع سابق ص 291 .

من تقديم الطلب الى القضاء ، ويمتنع على القاضي تغيير هذا المحل ، أما محل النزاع أو المنازعة فهو يكون من مجموعة من الادعاءات المتقابلة والمقدمة من قبل المدعي والمدعي عليه .1

إن حق الادعاء مثل بقية الإجراءات القانونية يخضع لشرط المصلحة المشروعة وليس للعناد والمشاكسة، أو جر الخصم من دعوى إلى أخرى، أو من استئناف إلى آخر، أو تصفية حسابات شخصية أو عائلية، أو بمجرد الإضرار بالخصم، أو الإضرار بسمعته ومكانته الاجتماعية أو المهنية.

لذلك فأنه من المتصور أن يقوم المدعي عند استخدامه حق الادعاء، التعسف في استعمال الدعوى ، أو أثناء سير الخصومة عند طرحه لادعاء على القضاء للحصول على قرار في الادعاء المعروض عليه 2 .

ويمكن أن يتجلى إساءة استخدام الإجراءات القضائية عند انطلاقها من خلال اختيار جهة قضائية غير مختصة، إما من حيث نوعها من أجل فرض تكاليف تعيين محام على المدعي، أو من خلال موقعها الجغرافي، ليتكبد المدعى عليه تكاليف السفر والنقل أو من خلال عدم إرفاق المستندات بعريضة أفتتاحالدعوىعند بداية الإجراءات من أجل طلب أكثر من أجل من المحكمة، ووالغاية إطالة أمد تسوية النزاع من أجل الإضرار بالمدعى عليه.

كما يعتبر المدعي متعسفا في استعمال حق التقاضي ، اذا استعمله بقصد المساس بشخص المدعى عليه ، اذا كان ممن تتأثر سمعته برفع الدعوى ضدهم ، كالشخصيات العامة والقضاة والمحامين ، وقد قضت محكمة التمييز العراقية ، بأن : " ما انطوت عليه شكوى المشتكي المحامي من عبارات لا تتفق مع ما أقتضاه قانون المحاماة من الالزام على المحامي في أن يسلك تجاه القضاء مسلكا محترما يتفق وكرامته (المادة 5 من قانون المحاماة العراقي) 3، فضلا عما انطوت عليه هذه العبارات من تجريح لعدالة المحكمة ، مما لا يجد له تبريرا في سياق هذه الشكوى 4 ، وكذلك

1 عبد العزيز بن عبد الله عبد العزيز الصعب ، مرجع سابق ص 103 .

2 عبد العزيز بن عبد الله عبد العزيز الصعب ، مرجع سابق ص 103 .

3تقابلها المادة 09 من القانون 07/13 ، المؤرخ في : 2013/10/29، المتضمن تنظيم مهنة المحاماة : " يلتزم المحامي في اطار ممارسة مهامه ، بالالتزام بالاحترام الواجب نحو القضاة والجهات القضائية " .

4 صدام فيصل كوكز المحمدي ، وبارق يوسف محمد ، ماهر تعسف الخصوم باستعمال حق التقاضي ، "دراسة قانونية مقارنة " ، مرجع ، ص 07 .

الدعاوي التي يرفعها المدعى علي المحامي يتهمه فيها بالتقصير في اعماله الموكلة اليه ، لن مثل هذه الدعوى تضر بسمعة المحامي وتضر برواج مهنته 1 .

و الدعاوي الكيدية الغرض منها الإساءة الى الخصم أو التشهير به ، كالدعاوي التي ترفع على الأشخاص المرشحين للانتخابات أثناء فترة الحملات الانتخابية في عهد الأحزاب القديمة في مصر، فكان غرض بعض المرشحين يسخرون أشخاص مما لا أخلاق لهم لرفع دعاوي ضد منافسيهم ينسبون فيها اليهم أمورا لا تتفق مع مراكزهم او مكانتهم ، لمجرد التأثير على سمعتهم أثناء الانتخابات، وكانت هذه الدعاوي تعرض من أشخاص لا يمكن الرجوع عليهم بأي تعويض أو مساءلة نظرا لتفاهة قدرهم في المجتمع ، وكان من العسير أثبات ان هؤلاء المدعين قد تحركوا بإيعاز من المرشح المنافس.2

وقد نصت المادة الثانية من قانون المرافعات الكويتي، بأن " الحق في الادعاء يكون مقيدا بوجود صفة ومصلحة مشروعة وجدية، اما قانون المرافعات المصري، فنصت المادة الثالثة منه على ما يلي : "ويكون متعسفا من يمارس الحق في الادعاء دون ان يستند الى مصلحة او كانت مصلحته غير مشروعة ، أو كان الادعاء وليد نزعة شريرة ، أو بسوء نية ، او بقصد النكاية ، أو بخطأ جسيم يتساوى والغش .3

والذي يحدث في العمل أن القاضي حين ترفع اليه الدعوى ، لا يبدأ في بحثها الا بعد أن يكتمل الشكل القانوني لها كالإعلان أو إعادة الإعلان ، وعلى ذلك فأن مراجعة القاضي لشروط توافر المصلحة والتحقق من صفة رافعه، لا يجري البت فيه فورا وانما يستغرق بعض الوقت تكون فيه الدعوى الكيدية التي أقيمت ممن ليس مصلحة قد قطعت شوطا أرهق الخصم 4.

أما المبالغة والمغالاة في الادعاء ، بأنه يجب أن تكون الادعاءات معقولة ، والا فأنها تجعل المدعي متعسفا ، مثال ذلك المدعى الذي يقيم دعوى يطالب فيها الخصم بدفع مبالغ من التعويضات

---

1 صدام فيصل كوكز المحمدي ، وبارق يوسف محمد ، مظاهر تعسف الخصوم باستعمال حق التقاضي ، "دراسة قانونية مقارنة " ، مرجع ، ص 12 ، د إبراهيم أمين النفياوي : مسؤولية الخصم عن الإجراءات ، دراسة مقارنة في قانون المرافعات ، الطبعة الأولى ، بدون ناشر ، مصر 1991 ، ص 321 .

2 سيد احمد محمود ، الغش الاجرائي ، الغش في التقاضي والتنفيذ ، مرجع سابق ص 147 ، وأيضا عبد الباسط جميعي ، الإساءة ..... ص 15 .

3 سيد احمد محمود ، الغش الاجرائي ، الغش في التقاضي والتنفيذ، مرجع سابق ص 147 ، نقلا حسين وعبد الرحيم عامر البند 343 ص 205 .

4 على عوض حسن ، كيفية التصدي لإجراءات التقاضي الكيدي ، مرجع سابق ص 13 .

لا تتناسب مطلقا مع حقيقة الاضرار كان تكون تافهة أو لا قيمة لها ، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية ، بأن: " المدعى يرتكب خطأ يؤدي الى التعسف عندما لجأ الى القضاء ضد الموصى له بكل التركة طالبا ليس فقط بطلان الوصية ، وأنما التصريح باستلام التركة وبطلان كل التصرفات الناقلة للملكية التي تمت بواسطة الموصى له واجبار الأخير على رفع دعوى مستقلة للتمسك بحقوقه ، وحصول المدعى على وضع الأموال تحت الحراسة اجراء واضح الافراط ، حرم المشتري من حيازته لهذه الأموال"1 ويتبين من أسباب القرار الافراط والمبالغة في الادعاء التي طالب به المدعى في مواجهة المدعى عليه .

كما يتخذ الادعاء كوسيلة للإساءة والتعسف في صورة المبالغة في الادعاءات كالمدعي الذي يطالب بتعويضات لا تتناسب البتة مع حقيقة الاضرار، كما يمكن ان يتخذ الادعاء كوسيلة للتهرب من الالتزامات او اجبار الخصم على تنفيذ أشياء كفرض صلح مجحف عليه او التنازل عن بعض حقوقه المتفق عليها خشية خوض غمار القضاء، كما يعد المدعي متعسفا في استعمال حق الادعاء ، اذا كان ادعاؤه لا يستند الى مصلحة قانونية، وان الهدف من ذلك هو الاضرار بالمدعى عليه وارهاقه من حيث الجهد والمال وزعزعة تمتعه بحقوقه2، ويمكن أيضا للقاضي الوقوف على تعسف المدعي في ادعائه عموما بغياب المصلحة في الادعاء أو الطلب، فالميزة او الفائدة التي يريدها المدعي من الطلب قد تتمثل في جلب نفع مادي او معوي ، وتتمثل في دفع ضرر مادي او معنوي .

كما انه من المقرر قانونياً وقضائياً أن الدعوى التي يقدمها المدعي والتي تفتقر إلى مصلحة مشروعة تعتبر، على النقيض من ذلك، إساءة استعمال للإجراءات، حيث يجب أن تستند أي دعوى أو إجراء قانوني بشكل عام إلى مصلحة يسعى المدعي إلى تحقيقها كغرض من الإجراءات، وبالتالي يكون هناك إساءة استعمال الحق في التقاضي إذا كانت المصلحة غائبة أو لا تبرر منطقياً الاجراءات المتخذة.

وفي هذه الحالات يبرز فان الدور الوقائي لنظرية التعسف في استعمال حق التقاضي ، سيبرز وبشكل واحض من خلال الجزاء الوقائي المتمثل في رد الدعوى 3 .

---

1 صدام فيصل كوكز المحمدي ، وبارق يوسف محمد ، مظاهر تعسف الخصوم باستعمال حق التقاضي ، "دراسة قانونية مقارنة " ، مرجع سابق ، ص 12 ،Lv , 1980 , j c p , 1979 november 7 ; cass ,civ .

2 علي عبيد الحديدي ، التعسف في استعمال الحق الاجرائي في الدعوى المدنية ، دراسة مقارنة طرابلس لبنان المؤسسة الحديثة للكتاب ط 1 2015، ص 150 .

3 صدام فيصل كوكز المحمدي ، وبارق يوسف محمد ، مظاهر تعسف الخصوم باستعمال حق التقاضي ، "دراسة قانونية مقارنة " ، مرجع ، ص 12 .

ويعتبر أيضا من قبيل التعسف في ابداء الادعاء ، اذا تمت مباشرة الموضوع الواحد لمرات متعددة ، ويثبت ان الغاية هو فقط تجديد المطالبة للنكاية وارهاق المدعى عليه بجره من حين لأخر أمام المحاكم، لنفس الموضوع وبين نفس الأشخاص ولنفس السبب أيضا بحسب الشروط المقررة قانونا لقيام سبق الفصل في الدعوى 1 ، وهو ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي أيضا في دعوى، paisne،بتغريم احد الخصوم جزاء له على إساءة استعمال حقه في التقاضي وسماه بالمتقاضي المحترف 2 ، لأن قرينة قوة الشئ المقضي فيه قد نشأة ، ومن ثمة لايجوز تجديد هذا النزاع مرة ثانية أمام القضاء متى توفرت شروط سبق الفصل في الدعوى ، وبخلاف ذلك يكون المدعى متعسفا في الادعاء .

وتبعا لذلك لا يجوز الالتجاء الى القضاء دون تحقيق من وراء ذلك أية منفعة أو فائدة ، سواء كانت منفعة مادية او أدبية ، قليلة او كبيرة ، بشرط ألا يتعسف الشخص في استعمال حقه، وكل ذلك ينساب من فكرة مرفق القضاء الذي يهدف الى اشباع حاجات الأشخاص من الحماية القضائية ، فذا تبين أن هذه الدعوى لا تعود على صاحبها بأية منفعة او فائدة وجب القضاء بعدم قبولها لانتفاء المصلحة ، وشرط المصلحة ، يجب توافره ليس فقط في الدعوى القضائية بل في كل طلب او دفع او طعن ، وكل الإجراءات المتخذة في الخصومة القائمة بين الاطراف .3

وتحقيا للتوازن بين مبدأ استعمال الحق في التقاضي بحسن نية ، والتعسف في استعماله ، اعتبرت المحكمة العليا في الجزائر بأنه : " لا يشكل تعدد الأحكام والقرارات القضائية بمواضيع متباينة وأطراف متغايرة والفاصلة في حقوق موضوعية, وجها من أوجه التعسف في استعمال الحق, ذلك أن تقدير

---

1 المادة 338 من القانون المجني : " الاحكام التي حازت قوة الشئ المقضي فيه ، تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ، ولايجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة ، ولكن لاتكون لتلك الاحكام هذه الحجية ، الا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم ، دون ان تتغير صافتهم وتتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب .

2 حيث أقام دعواه بطلب تفسير قرار اداري ، ثم قدم بعد ذلك طلب تصحيح خطأ مادي أدعى فيه أنه وقع بالحكم رفضه المجلس ، ثم رفع بعد ذلك التماس لإعادة النظر في الحكم برفضه أيضا ،مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ : 1996/11/29، تعليق على الاحكام الأجنبية ، م السيد زهران المستشار بقضايا الدولة ، مجلة قضايا الحكومة السنة 9 العدد الأول يناير ومارس 1965 ، نقلا عن د احمد قطب عباس إساءة استعمال الحق في التقاضي ، بين النظام الإسلامي والأنظمة القانونية ، مرجع سابق ص 343 .

3 زودة عمر ، الإجراءات المدنية والإدارية ، في ضوء اراء الفقهاء وأحكام القانون ، مرجع سابق ص 62 .

الوقائع ترجع لقضاة الموضوع الذين عليهم تبيان الوسائل القانونية والموضوعية المعتمد عليها في أحكامه"1.

وبذلك اعتبرت المحكمة العليا، بأن تغيير الأشخاص والموضوع في الأحكام والقرارات القضائية الفاصلة في الموضوع، لا يشكل شبهة التعسف في استعمال الحق في التقاضي، ويكون ذلك استعمالا مشروع للحق في اللجوء الى القضاء.

ونتيجة لذلك لا يمكن وصف الدعاوى القضائية المتعددة بانها ذات طابع تعسفي إذا لم يتحد الموضوع والإطراف والسبب ايضا ، فمتى تغير احد العناصر كان النزاع جديد ، ولو بتغيير السبب ، فمن يرفع دعوى معتمدا على المسؤولية العقدية ، ثم يرفع أخرى بسبب المسؤولية التقصيرية أو الفعل الضار، يكون قد غير سبب دعواه وأفلت من التعسف في استعمال حقه في التقاضي ، ذلك بأن الحق في الاستعمال المشروع للطعن مكفول ،إلا إذا انعدمت المصلحة الجدية او كانت تلك المصلحة تافهة مقارنة بتجدد مرات النزاع.

كما أعادت المحكمة العليا التذكير من خلال هذا القرار، بأن لقضاة الموضوع وحدهم تقدير وتقييم وقائع النزاع وفيما إذا توفرت شروط الإساءة ، ولا رقابة لها عليهم في هذه المسألة مادامت الإحكام والقرارات مسببة من حيث الواقع والقانون ، وبذلك يكون نطاق تدخل المحكمة العليا ومراقبتها يرتكز على التطبيق الصحيح للقانون وتفسيره ، ولا تتعداه إلى تقييم الواقع وأدلته الأمر الذي يبقى من مسؤولية قضاة الموضوع وحدهم ، إلا إذ وجد خطأ في تطبيق القانون أو تسبيب غير كافي .

ويكفل هذا المبدأ بان تكرار اللجوء الى القضاء من قبل المتقاضين لايعتبر تعسفيا بصفة تلقائية ، بل وجب البحث عن سوء النية ، أو انعدام المصلحة ، أو شبهة إن الإجراءات كيدية ، ومما يمكننا استقراؤه أيضاهو اعادة المحكمة العليا التنبيه بان هناك مبدأ السلطة التقديرية للقاضي يجب احترامه ، لآن كشف الاساءة والانحراف بالحق في التقاضي تقتصر على قضاة الموضوع ، وبذلك ترفض المحكمة العليا إقحامها لمراقبة الاحكام والقررات الفاصلة فالموضوع وتقدير واقعها ، باستثناء حالة الخطأ البين والجسيم أو المخالفة لنص القانون .

وفي نهاية المطاف فإن قرار المحكمة العليا يهدف إلى إقامة التوازن والمساواة بين الأطراف، ويرسي مبدأ العدالة بين الخصوم من خلال الموازنة بين الحق في أستعمالحق التقاضي ومنع التعسف في ممارسته، باعتبار أن كل قضية هي قضية مستقلة متميزة بظروفها وخصائصها، ووفقا لما يراه

1ملف رقم 1168774 قرار بتاريخ 18- 01- 2018 ، رقم القرار: 1168774 ، بتاريخ القرار: 18/01/2018 ، موقع المحكمة العليا : https://coursupreme.dz/decision، بتاريخ : 2025/08/07 ، الساعة 11:31 .

القاضي المختص مناسبا ، فيما اذا كان هناك تعسف من عدمه، دون النظر إلى المظاهر الشكلية كتعدد القضايا أو تعدد الأطراف.

ثالثا : تعسف المدعي في الاثبات .

لما كان الإثبات هو المحور الأهم والاصعب في الدعوى ، لنه يشغل الجانب الأكبر من اهتمام الخصوم ، لما له من تأثير في تحديد توجه القاضي وتكوين رأيه في الدعوى 1، والواقع العملي يثبت يوميا بان الكثير من الدعاوي لا تستحث البحث والتحقيق فيها بأجراء خبرات أو تحقيقات او سماع شهود من قبل القاضي ،ولكن المدعى ولتأخير الفصل في القضية واطالة امد النزاع ينزع الى طلب اجرائها دون وجود مصلحة قائمة ورائها ، ولقد قضت محكمة النقض الفرنسية الى ان : " طلب الخصم إحالة القضية الى خبير للمرة الثالثة دن أسباب جدية يشكل نوعا من التعسف " 2

وقد يتجسد التعسف في استعمال ادلة الأثبات، كطلب توجيه اليمين الحاسمة ، اذا كانت بسوء نية فقط لألحاق الأذى بالخصم ، أو بمكانته الاجتماعية ، كما قد يكون ذلك بالادعاء بتزوير دليل مقدم فالجلسة من قبل الخصم ، أو تقديم حتى ادلة متحصل عليها بالغش ، كالصور والتسجيل الصوتي والهاتفي ، أو التمادي في طلبات التحقيق ، والقيام بالخبرات ، لأن بعض الإجراءات ليست مفروضة على قضاة الموضوع ، اذا كان يوجد بالقضية ما يدحض ادعاءات المدعي .

وبذلك فقد تفطن قضاء النقض الى ذلك ، فكان يرفض توجيه اليمين الحاسمة اذا كان من وجه اليمين متعسفا في ذلك مثل ما قضت به المحكمة العليا ، بانه " لايحوز توجيه اليمين الحاسمة الا اذا كانت الدعوى المرفوعة امام القضاء خالية من أي دليل ، وبما ان البينة موجودة في دعوى الحال ، فلا داع للاستجابة لطلب توجيه اليمين الحاسمة 3،

كما قضت المحكمة العليا، بانه : " من المقرر قانونا فأنه يجوز توجيه اليمين الحاسمة اذا تبين له ان الخصم متعسف في ذلك، ومن ثم فان النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد.

---

1 صدام فيصل كوكز المحمدي ، وبارق يوسف محمد ، مظاهر تعسف الخصوم باستعمال حق التقاضي ، "دراسة قانونية مقارنة " ، مرجع سابق ، ص 14 .

2 صدام فيصل كوكز المحمدي ، وبارق يوسف محمد ، مظاهر تعسف الخصوم باستعمال حق التقاضي ، "دراسة قانونية مقارنة " ، مرجع سابق ، ص 14 ، cass , civ soc , 11 juin 1953 , bull , civ , la résistance injustifiée a l'exercice de droit , paris 1964 , p 13 .

3 حمدي باشا عمر ، القضاء المدني مرجع سابق ص 166 ، المجلة القضائية للمحكمة العليا لسنة 1989 عدد 02 قرار رقم 38693 مؤرخ في 1986/12/17 ، ص 48 .

ولما كان الثابت – في قضية الحال – أن الطاعن طلب توجيه اليمين الحاسمة للمطعون ضدهم رغم وجود الوثائق الرسمية المثبتة لملكيتهم، فان قضاة المجلس لما لم يردوا على طلبه ، طبقوا صحيح القانون التطبيق الصحيح ، ومتى كان كذلك أستوجب رفض الطعن " 1 .

وقضت أيضا بانه "من المقرر قانونا ان اليمين الحاسمة لايجوز توجيهها أذا كانت تتعلق بواقعة مخالفة للنظام العام ومن ثمة فان النعي على القرار المطعون فيه خرق للقانون غير مؤسس يستوجب رفضه .

ولما كان من الثابت – في قضية الحال – أن اليمين التي انضمت الطاعنة بتوجيهها لخصمها مخالفة للنظام النقدي ، فان قضاة الموضوع الذين قضوا برفض هذه اليمين أصابوا تطبيق القانون ، ومتى كان كذلك أستوجب رفض الطعن ".2

كذلك طبقت محكمة النقض المصرية نظرية التعسف في استعمال الحق على اجراءات الإثبات ، فخولت حق الامتناع عن توجيه اليمين الحاسمة اذا كان الخصم متعسفا في توجيهها ، مؤكدة انه من صور التعسف ، وهو ما أوردته المذكرة الايضاحية للشروع التمهيدي للقانون المدني، على نص المادة 410 المقابلة لنص المادة 114 من قانون الإثبات ، على أنه من الواقع أنه من المروءات والذمم والعقائد ما قد يتيح لسيئ النية استغلال موقف خصمه على القاء واجب أخلاقي أو ديني ، ولذلك رؤى تضمين النص حكما يتعين على القاضي تحاشي مثل هذا الاستغلال .. ولهذا وجب على القاضي أن يرفض توجيه اليمين الحاسمة اذا لم تكن مجدية ، ويقع ذلك حين يمكن ان يقدم الدليل على الواقعة التي يراد الاستحلاف عليها . 3

وهو نفس الحكم الذي اخذ به القانون المدني الجزائري ، بموجب المادة 343 كما يلي " يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الى الخصم الاخر .

على انه يحوز للقاضي منع توجيه هذه اليمين ، اذا كان الخصم متعسفا في ذلك " .

أما في القضاء الكويتي فقد قضى بأنه ((لئن كانت اليمين الحاسمة ملكا للخصم لا القاضي ، وان على القضاي ان يستجيب الى طلب توجيهها الا انه يتعين أن تكون منتجة في الدعوى وليست

---

1 حمدي باشا عمر ، القضاء المدني ، دار هومة 2014، الجزائر ، ص 164 ، نقلا عن المجلة القضائية للمحكمة العليا لسنة 1993 العدد 3 ، قرار رقم 5156 مؤرخ في 1989/04/03 ، ص 101 .

2 حمدي باشا عمر ، القضاء المدني ، مرجع سابق ، ص 165، نقلا عن محلة المحكمة العليا لسنة 1992 ، ع 01 قرار رقم 59335 مؤرخ في 1990/04/30 ص 29 .

3 شوقي السيد ، التعسف في استعمال الحق ، مرجع سابق ص ، 29 .

تعسفية، واذا رات المحكمة في حدود سلطتها التقديرية ان الطاعن متعسف في توجيه اليمين الحاسمة فلم تستجب اليه في طلبه توجيهها لاطمئنانها الى ذلك الذي انتهى اليه الخبير ، فانه لايجوز مصادرتها في ذلك الذي ارتأته ومعاودة الجدل فيه أمام محكمة التمييز))1، ووجه التعسف في توجيه اليمين الحاسمة واضح جدا ، اذا أنه يجعل الخصم أمام خيارين لا ثالث لهما ، فهو أما يحلف اليمين وفي هذا إساءة الى شرفه وورعه وتدينه ، واما أن يمتنع عن حلف اليمين وفي هذه الحالة سيخسر دعواه 2 .

وللتذكير فأن التعسف في توجيه اليمين الحاسمة قد يأتي من قبل المدعى عليه ، لأن هذه اليمين ملك للخصوم ولا تقتصر على المدعي فقط .

ومن امثلة الدعاوي الكيدية ، الدعاوي التي ترفع دون أن يكون لصاحبها مصلحة مباشرة فيها او الدعاوي التي ترفع بقصد ارهاق الخصم ، واللدد في الخصومة 3،

كما يتصور أيضا استعمال الادعاء من من قبل المدعي لتكبيد المدعى عليه مصاريف باهضه ، بإثارة الكثير من الطلبات والطعون المكلفة وذلك فقط لإطالة امد القضية ، فتكون إجراءات الخصومة عموما وسيلته لذلك وهو ما يؤدي الى بقاء النزاعات أحيانا لسنين حبيسة ادراج المحاكم ، نتيجة التعنت وعدم حساب التكلفة الاقتصادية والجهد النفسي وهدر الوقت للخصمين معا، وهذا يعتبر انحراف بالإجراءات عن مقصدها القانوني الذي سنت له .

كما أن الغياب المتكرر للمدعي عن الحضور للجلسات المؤجلة ، او لدى القيام بالمعاينات ، والتحقيق المجرى من قبل المحكمة ، او لدى الخبير لتقديم الوثائق التي تستدعيها الخبرة ، ويطلبها منه الخبير ، بالرغم أنه المبادر بالمخاصمة لأن الغرض من مباشرة الخصومة كان لإرهاق الخصم وجره لساحة القضاء ولاسيما أذا كان المدعى عليه من الأشخاص الذين لهم مكانتهم في المجتمع ، ومجرد حضورهم ساحة القضاء يلحق الأذى بمكانتهم 4 ، ولهذا ألزم قانون الإجراءات المدنية

1سيد أحمد محمود ، الغش الاجرائي ، الغش في التقاضي والتنفيذ ، مرجع سابق ص 150 ، نقلا عن مجلة القضاء والقانون السنة الحادية عشر العدد الثاني ، تمميز كويتي ، 1983/01/31 ، طعن رقم 1982/218 ، عمالي ، ، ص 340 .

2 صدام فيصل كوكز المحمدي ، وبارق يوسف محمد ، مظاهر تعسف الخصوم باستعمال حق التقاضي ، "دراسة قانونية مقارنة " ، مرجع سابق ، ص 16 .

3 على عوض حسن ، كيفية التصدي لإجراءات التقاضي الكيدي ، مرجع سابق ، ص 13 .

4 عبد العزيز بن عبد الله عبد العزيز الصعب ، التعسف في استعمال الحق في مجال الإجراءات ، مرجع سابق ص 108 .

والادارية ، القاضي على السهر على حسن سير الخصومة، وبمنح الآجال ويتخذ ما يراه لازما لأجل ذلك 1.

ولعدم وجود نص قانوني في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يحدد حالات التعسف في استعمال حق التقاضي، او على الأقل الإحالة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على المادة من القانون المدني، التي تحدد شروط التعسف في استعمال الحق بوجه عام، والمنصوص عنها بالمادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري .

الا أن الواقع العملي أظهر أن الكثرة الغالبة من الدعاوي تتخذ كوسيلة فقط لأجل تحقيق أهداف لا علاقة لها بالغاية التي كرس القانون الغاية من تكريس هذا الحق ، مما يسبب في حالات كثيرة للمدعى عليه مدنيا (المتهم) بسبب اتهامه امام جهات القضاء الجزائي ، وما ينجر من الإساءة لسمعته واعتباره، والتشهير به وجره من محكمة درجة الأولى الى جهة الاستئناف بل وحتى جهة الطعن بالنقض، مما يؤثر على وضعه النفسي والاجتماعي بفعل تعسف المدعي (الضحية) ، بقصد الاضرار والتنكيل بذلك المتهم المدعى عليه ، وبات الادعاء المباشر، أو الشكوى المصحوبة بالادعاء المدني أمام قضاة التحقيق، منتشرة في الوقت الحالي ، وادت الى ازدحام جداول الجهات القضائية ، وأرهقت العدالة، وباتت هذه الإجراءات التي يباشرها المدعي أو الضحية تشكل اعتداء على الحق في التقاضي2وهناك أحوال كثيرة الوقوع ندعوا مشددين الى مقابلتها بمنتهى القسوة ، كحالة أذا كان أحد المتداعين في يسار واسع وقد منحه الله فوق ذلك قدرة على التقاضي اكتسبها من طول ممارسته اعمال القضاء، فرفع دعوى باطلة على شخص ضعيف الحيلة بقصد ارهاقه وافقاره بطول التقاضي والنفقات الباهظة من رسوم ومقابل اتعاب محاماة وامانات ، وباستعماله حيلا ضارة يساعده عليها فساد الإجراءات وسوء تشريعها ، فعلى القاضي أن يقسوا عليه في التعويض وأن يحبط كل محاولاته الضارة 3 .

ولتجنب الإساءة الى حق كرس لحماية الحقوق عامة ، يستوجب على القضاة النظر كلما رفعت اليهم طلبات ناجمة عن إساءة التعسف في استعمال الحق في التقاضي ، أو إجراءات الدعوى وكذا وسائل اثباتها ذلك بان القانون يردع سوء استخدامه ، ولأن الظاهرة باتت ملفتة للانتباه .

---

1 أنظر المادة 24 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2 أحمد قطب عباس ، إساءة استعمال الحق في التقاضي ، بين النظام الإسلامي والأنظمة القانونية ،ى مرجع سابق ص 345 .

3جورج ، رانسون ، فن القضاء ، طبعة 1912 ، مرجع سابق ص 96 .

الفرع الثاني: إساءة المدعي عليه في استعمال حق التقاضي .

المدعى عليه هو الشخص الطبيعي او المعنوي ، الذي بلغ من أجل الحضور أمام المحكمة ، من قبل الشخص الذي بادر بالمحاكمة وهو المدعي لأنه قام بجر المدعى عليه للخصومة ، ولتحقيق التوازن بين طرفي الخصومة مكن القانون أيضا المدعي عليه من مباشرة ما يراه لازما من إجراءات لمواجهة ادعاءات المدعي .

وقد ذهب جمهور الفقه الى أن المدعى عليه هو من يقدم في مواجهته طلبا للقضاء للحصول على الحماية القضائية 1 ، وقد تحدث الإساءة من الجانب السلبي في التقاضي أي من جاب المدعى عليه، اذا سلك في دفع الدعوى سبيلا يجعل من حق الدفاع والانكار مفسدة، بإخراجه عن جدوده المشروعة أو المألوفة بقصد الاضرار بالخصم 2 ، ولرد المطالبة القضائية الموجهة اليه من قبل المدعي فانه بدوره يسعى جاهدا لرد الادعاء والدفاع عن نفسه في مواجهة المدعي .

والحقيقة فان فكرة المدعي عليه غير ثابتة، فقد يتحول مركز المدعى عليه الأصلي الى المدعي ، والمدعي الأصلي الى المدعى عليه3 ، وذلك بالنسبة للطلب المقابل الذي يقدمه المدعي عليه الأصلي4، ومن ثمة فأن المدعي عليه هو من يراد الاحتجاج عليه بالحكم الذي سيصدر في الطلب القضائي المرفوع من قبل المدعي .5

وفي ضوء ذلك ، فانه اذا كان النظام – القانون –اعطى للمدعى عليه الحق في استعمال حقه الاجرائي، وأوجب على المدعى تبليغ المدعى عليه ، ومن ثم استخدام المدعى عليه الجواب على الدعوى ، فان هذا الاستعمال مقيد بعدم الإساءة أو التعسف في استخدام المدعى عليه حقه الاجرائي 6، بأن لا يكون ذلك بقصد الاضرار أو الكيد بالخصم .

---

1 فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ،

2 أحمد قطب عباس ، إساءة استعمال الحق في التقاضي ، مرجع سابق ص 349 .

3 ومن الأمثلة على الطبلات المقابلة ، ان يطلب المدعي الحكم على المدعي عليه بأخلاء العقار الذي يمكله، فيرد المدعى عليه بانكار حق المدعي في ملكية هذا العقار ، لكنه لايكتفي على مجرد رفض دعوى المدعي ، بل الى جانب ذلك يتمسك بملكيته لهذا العقار لنفسه ، للمزيد أنظر زودة عمر ، الإجراءات المجدنية والإدارية ، مرجع سابق ص 329.

4 زودة عمر ، الإجراءات المدنية والإدارية ، مرجع سابق ص 329 ,

5 أحمد إبراهيم عبد التواب ، الإساءة في إجراءات التقاضي والتنفيذ ، مرجع سابق ص 502 .

6 عبد العزيز بن عبد الله عبد العزيز الصعب، التعسف في استعمال الحق في مجال الإجراءات المدنية ، مرجع سابق ص 121 .

ويمكننا تصور أن الخصومةالقضائية، وبمجرد انعقادها بتبليغ المدعى عليه تأكد علمه بها ، تكون بمثابة عقد بين الطرفين مؤطر بالقواعد الإجرائية العامة ، بحيث لايجوز للخصم الإساءة لخصمة باستعمال الإجراءات كوسيلة ، على ان يسلك الطرفين وطيلة مدة سيرورة المحاكمة مقتضيات مبدأ بحسن نية كما في العقود ، بعدم جواز المباغتة في، واستبعاد الغش ، والتدليس، والكيد والنكاية بالخصم الاخر ، وهو ما يعبر عنه بالتزام النزاهة، هذا الأخير الذي يعطي للمحاكمة طابعا أخلاقيا ، ويصبغ على كل طرف فيها صفة الخصم الشريف .

ويمكن للمدعى عليه ان يسئ استعمال حقه في التقاضي للجواب على دعوى المدعي، وتعدد مظاهر التعسف المتأتية من جانب المدعى عليه، كطلبات التأجيل الكيدية، أو الطعن بالتزوير للتشهير بالمدعي، أو في التراخي عن الحضور للجلسات فاذا اخلت للنظر والمداولة يسارع الى إعادة ارجاعها للجدول،وإعادة فتح باب المرافعة من جديد بداعي تقديم وثائق، ولتجنب التكرار، فانه يمكن الإحالة الى ما سبق بيانه بالنسبة لتعسف المدعي في الخصومة لاسيما بشان حق التبليغ والشكوى، او الادعاءات، والحق في الاثبات .

وسنقتصر هنا على أيراد مظهرين، يأتيهما المدعى عليه اثناء استخدامه لحقه في التقاضي، للإضرار بالمدعي، الصورة الأولى تتعلق ، بتعسف المدعي عليه في الحق الإنكار، والثانية إساءة المدعى عليه في حق الدفاع .

أولا: تعسف المدعى عليه في استعمال حق الانكار.

جاء حق الانكار تحقيقا لمبدأ المساواة بين الخصوم، فبدون أقرار هذا الحق ، سيكون حق المدعي في الادعاء كسيف مسلط على المدعى عليه، ومن ثم يصبح مجرد ادعاء المدعي حقا له مالم يتمكن المدعي عليه من اثبات عكسه،1 والانكار كحق مشروع يتمثل في عدم الزام المدعى عليه باثبات ما يدعيه المدعي تحقيقا للعدالة بينهما وحتى لا ينقلب حق الادعاء المقرر للمدعي كحق مشروع الى مفسدة للانتقام من المدعى عليه 2

الانكار وسيلة من وسائل الدفاع التي كفلها القانون لكل شخص يهدف التي كفلها القانون ، بهدف دفع ادعاء الخصم والزامه بإثبات ادعائه ، والحق في الانكار باعتباره وسائل الدفاع التي قررها لقانون للخصم شأنه شأن أي حق ليس حقا مطلقا ، بل انه حق مقيد بالغاية منه ، وبالحكمة التي من أجلها

1 صدام فيصل كوكز المحمدي ، وبارق يوسف محمد ، مظاهر تعسف الخصوم باستعمال حق التقاضي ، "دراسة قانونية مقارنة " ، مرجع سابق ، ص 19 .

2 احمد باراهيم عبد التواب ، الإساءة في إجراءات التقاضي والتنفيذ ، مرجع يابق ، ص 515 .

شرع هذا الحق ، والتي تتمثل في تمكين المدعى عليه من الذود عن نفسه وصد الادعاءات الكاذبة التي توجه اليه .1

ويعتبر الإنكار موقف سلبي للمدعى عليه لآن الأخير غير مجبر أن يقدم دليل على ذلك ، تطبيقا لمبدأ الأصل في الانسان براءة الذمة، والمدعى عليه قد تمسك بالأصل وهو خلو ذمته من دعوى المدعي، ووسيلته في ذلك هي الانكار ولا يطلب منه القانون تقديم دليل على انكاره، ومن يتمسك بخلاف الأصل – وهو المدعي – عليه الاثبات .

يعد أنكار المدعى عليه للحق المدعى عليه به وتماديه في هذا الانكار بالباطل رغم علمه – نفسه – بباطله، صورة مقيتة لإساءة استعمال حق التقاضي ، حيث يؤدي الى إطالة أمد النزاع وتأخير الفصل فيه اضرارا بخصمه المدعى صاحب هذا الحق2 .

والانكار كحق مشروع يتمثل في عدم الزام المدعى عليه ، بإثبات ما يديه المدعي تحقيقا للعدالة بينهما ، وحتى لاينقلب حق الادعاء المقرر للمدعي كحق مشروع الى مفسدة للانتقام من المدعى عليه ، على أنه لايجوز للمدعى عليه التمادي في الانكار ، والا أنقلب الحق في الانكار الى مفسدة يتطلع من خلالها المدعى عليه للاضرار بالمدعي ، وهنا يهر دور نظرية التعسف في استعمال الحق الاجرائي في تحقيق التوزان بين حق المدعي في الادعاء ، وحق المدعى عليه انكار هذا الادعاء .3

والحقيقة فان الحق في الانكار هو من حقوق الدفاع المقررة للمدعى عليه ، شريطة الا يستعمل للمغالبة أو تعنتا من المدعى عليه بدون وجه حق بل فقط كرد فعل عن دعوى المدعى اتجاهه ، رغم الاثباتات التي يقدمها المدعي للتدليل على صحة دعواه ، وهنا يكون استعمال الحق في الانكار مقيد فقظ بمبرراته الموضوعية ، كطلب تقديم الاثبات مثل من المدعي ، اعمالا لقاعدة البينة على من ادعي ، ذلك ان كل أجراء من إجراءات الخصومة القضائية يجب ان يبرر بالغاية التي سن من اجلها.

وعليه فقد نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، على انه في دعوى مضاهاة الخطوط الرامية الى اثبات أو نفي الخط او التوقيع على المحرر العرفي ، والتي يختص بها القاضي الذي ينظر في

---

1 احمد باراهيم عبد التواب ، الإساءة في إجراءات التقاضي والتنفيذ ، مرجع يابق ، ص 511 ، نقلا عن د عبد الباسط جميعي ، الإساءة في المجال الاجرائي ، مرجع سابق ص 218 .

2 احمد قطب عباس ، إساءة استعمال الحق في التقاضي ، بين النظام الإسلامي والأنظمة القانونية ، مرجع سابق ص 322 .

3 احمد إبراهيم عبد التواب ، الإساءة في إجراءات التقاضي والتنفيذ ، في قانون المرافعات المصري والفرنسي ، مرجع سابق ص 515 .

الدعوى الاصلية ، فانه اذا ثبت ان المحرر العرفي محل النزاع مكتوب او موقع عليه من قبل الخصم الذي انكره ، يحكم عليه بغرامة مجنية من خمسة الاف دج (5.000) ، الى خمسين الف دج (50.000) ، دون المساس بحق المطالبة بالتعويضات المدنية والمصاريف1، وهو نفس الحكم المقرر بنص المادة 295 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي .2

كما أرست محكمة النقض المصرية ، في 9 نوفمبر 1933 ، ومنذ ما يزيد عن سبعين عاما ، المبادئ التي يقوم عليها الحق في الانكار ، وجال التعسف في استعماله من قبل المدعي بقولها: " أن الانكار الكيدي هو حقيقة قانونية تقوم على أركان ثلاثة : أولها : خروج المنكر بأنكاره عن حدوده المشروعة بقصد مضارة خصمه ، ثانيها : كون هذا الانكار ضارا فعلا، ثالثا : كون الضرر الواقع قد ترتب فعلا على هذا الانكار وبينهما علاقة سببية .3

وقد يعمد المدعى عليه من استعمال حق الانكار الى تشويه او مسخ للحقائق، للتهرب من الحقوق والالتزامات المفروضة عليه بقصد الاضرار بالمدعى ، وهذا يشكل مظهرا من مظاهر التعسف في الانكا، كما في صورة رفض المدعى عليه تنفيذ التزاماته التي لايشوبها أي لبس أو غموض ، أو ايهام المحكمة بجهله بحقيقة التزاماته حتى لايحكم عليه بالتعويض ، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية، بأنه: " متى لاحظت محكمة الاستئناف ان مقاومة المتعاقد كانت بسوء نية ، لرفضه تنفيذ التزاماته التي لا يشوبها أي لبس أو غموض ، فأنها تكشف الخطأ الذي يبرر الحكم الصادر ضده بالتعويضات من أجل مقاومته التعسفية 4.

فالحق في الانكار هو في الأصل حقا شرع للمدعي عليه ، وذلك لإجبار خصمه المدعي من تقديم ما يثبت دعواه ، فاذا خسر دعواه رغم ذلك حكم عليه بالمصاريف القضائية ، والتي تشمل الرسوم المستحقة للدولة، ومصاريف سير الدعوى، لاسيما مصاريف إجراءات التبليغ الرسمي ، والترجمة ، وإجراءات التحقيق، ومصاريف التنفيذ ، وأتعاب المحامي طبقا للمادتين 418 ، 419 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، وهنا لا نرى تعسف المدعى عليه في استعمال حقه في الانكار.

---

1 أنظر المادة 164 وما يليها ، ولاسيما المادة 174 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

2Art 295 CPC : s'il jugé que la pièce a été écrite ou signée par la personne qui l'a déniée , celle-ci est condamnée à une amende civile d'un maximum de 10 000 euros sans préjudice des dommages-intérêt qui seraient réclames .

3 احمد إبراهيم عبد التواب ، الإساءة في إجراءات التقاضي والتنفيذ ، مرجع سابق ص 514، نقض مدني رقم 21 سنة 3 في جلسة 9 نوفمبر 1933 ، مجموعة القواعد القانونية ، ج1 رقم 140 ص 254 .

4 صدام فيصل كوكز المحمدي ، وبارق يوسف محمد ، مظاهر تعسف الخصوم باستعمال حق التقاضي ، "دراسة قانونية مقارنة " ، مرجع سابق ، ص 76-1- 1976 ,cass bull , 1976 mars 3 ,21 ، civ 1er ss.

ولكن اذا تمادي المدعى عليه في الانكار وتعنت في ذلك بغية الحاق الضرر بالمدعى باستعمال الحيلة أو مجانبة مبدأ النزاهة في الإجراءات ، كإنكار علاقة الاخوة او الابوة ، أو العلاقة العائلية لمنع المدعى عليه من الميراث مثلا ، وانتهت الدعوى بعد عناء أما بالتحقيق أو بالخبرة وقد خاب سعي المدعى عليه فانه هذا الحق ينقلب وبالا عليه ، و يكون بذلك قد أساء لاستعمال حقه في الانكار لأنه تجاوز نتيجة للأضرار التي لحقت بالمدعي فعلا .

والحقيقة فأن المدعي عليه العالم بأحقية دعوى المدعي ، والذي لا يكون بيده ما يدفع به دعوى المدعى سوى المماطلة، والانكار والمشاحنة، وعدم التسليم للمدعى بحقه نكاية به ، أو لتكبيده زيادة في المصاريف وخسارة في الوقت ، وهذا بدوره يعرقل حسن سير، ولذلك كان التدخل التشريعي واجبا بموجب المادة 24 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بأن " يسهر القاضي على حسن سير الخصومة ، ويمنح الآجال ، ويتخذ ما يراه لازما من إجراءات ، وذلك لمنع ما يمكننا تسميته بكيد الخصوم – سواء من جانب المدعي أو من جانب المدعى عليه – ، و لتفادي عرقة السير الحسن للعدالة أيضا .

ثانيا : تعسف المدعي عليه في إساءة استعمال حق الدفاع .

يعتبر الحق في الدفاع من الحقوق الأساسية، والتي تستمد أصلا من القانون الطبيعي ، لذلك فهو حق مقدس وسابق على بقية حقوق التي يمتع المدعي عليه ، ذلك بأنه من اهم ضمانات حق التقاضي ، والمكرس دستوريا لحيويته ، كما نصت على ذلك المادة 169 من دستور 2016، بأن الحق في الدفاع معترف به ، وهو مضمون في القضايا الجزائية ، ونفس الحكم كرسته المادة 175 من دستور أول نوفمبر 2020.

وسواء تمت ممارسة هذا الحق أصالة عن طريق المدعي عليه بنفسه ، أو عن الوكالة بواسطة محامي، بل ان القانون يكفل حتى للذين لا تمكنهم مقدرتهم المالية على الدفاع على حقوقهم عن طريق المساعدة القضائية .

والامر المتعارف عليه أن التقاضي لايعدوا ان يكون سوى نوعا من أنواع الصراع ، بل يعتبر مباراة بين الخصوم ، وقد يبدوا ان حق الدفاع لا يكون محلا للتعسف في استعماله بالنظر لما أفرد له القانون من نصوص ، ارتقت به الى مصاف المبادئ الدستورية ، والاصل ان للمدعى عليه أن يدفع الدعوى بكل أوجه الدفاع .

ويقصد بالدفاع الموضوعي كل ما يتمسك به المدعى عليه بقصد انكار الواقعة المنشئة للحق المطالب به أو للأثار المتولدة عنها ، ويؤكد الفقه ن مجرد أنكار الواقعة المولدة للحق المطالب به لايعد دفعا

بالمعني الفني ، لأنه لايعدوا أن يكون أنكار المدعى عليه للواقعة سوى مجرد تنبيه القاضي الي تطبيق القاعدة القانونية 1، لأنه لايجوز الحكم على المدعي عليه دون سماع أقواله ، وتمكينه من مناقشة طلبات المدعي والرد عليها ، والاطلاع على المستندات المدفوعة من قبل المدعي للحكم له بما يطلبه.

لكن قد يسئ المدعى عليه استعمال حقه ، بالتشكيك في مستندات المدعي دون دليل وبأسباب واهية ، وبالتعالي أو التحايل ابتغاء المضرة للخصم، أو ارتكازه على خطا جسيم يمكن اعتباره موازيا للغش، او انطوائه على مقاومة عنيدة خالية من كل حق أو حتى شبهة حق .

فلا يعد حق الدفاع حقا مطلقا، بل يخضع حتما كسائر الحقوق الى مبدأ عدم التعسف في استعماله، فيكون المدعى عليه ملزما باتخاذ الإجراءات التي ينظمها المشرع عند الدفاع عن حقوقه دون التعسف فيه، وتبعا لذلك ان يمتنع عن المقاومة العنيدة الخالية من الحق والا اعتبر متعسفا وعليه جبر الضرر اللاحق بخصمه.

وفي كل هذه المواقف وغيرها، يتعين على المدعى عليه أن تكون الغاية التي يبتيغها هي الذود عن حقوقه والرد على الادعاءات الموجهة ضده، والتي يكون من شانها الانتقاص من حقوقه أو اهدارها ، على ان يكون لديه اعتقاد جازم بصحة موقفه ولديه من المبررات المقبولة ، والا فأن واجب الأمانة يقتضي ألا يندفع في منازعة خصمه المدعي قاصدا من وراء ذلك الاضرار به والنيل منه ، وهو سبيل تحقيق ذلك يلجا الى استخدام وسائل الإجراءات مطية لتحقيق اغراضه كوسيلة للرد على ادعاءات خصمه بزعمه ذلك فيقع التعسف من المدعى عليه . 2

فقد تستغل أوجه الدفاع المقررة قانونا للخصم ليتخذها وسيلة للتماطل ووضع العقبات الإجرائية للحيلولة دون الفصل في الدعوى ، ولانهاك الخصم وزرع الياس والقنوط في نفسه وابعاده عن الحصول على حقه ، كطلبات الخبرة ، والادعاء بتزوير المستندات ، وأثارة أوجه الطعن في مسائل الاختصاص مما يعرقل السير الحسن للعدالة ، ويعطل مصالح الخصم وارهاقه ماديا .

ولقد أستقر قضاء محكمة النقض في مصر على ان " حق التقاضي والدفاع من الحقوق المباحة ، ولا يسأل من يلج أبواب القضاء تمسكا أو زودا عن حق يدعيه لنفسه ، الا اذا ثبت انحرافه عن الحق

1 عمر زودة ، الإجراءات المدنية والإدارية ، في ضوء أراء الفقهاء ، وأحكام القضاء ، مرجع سابق ، ص 378 ، واناظر أيضا فتحي والي ، الوسيط في اقنون القضاء المدني ، دار النهضة العربية القاهرة طبعة 1977 ص 480 .
2 احمد قطب عباس ، ساءة استعمال الحق في التقاضي ، مرجع سابق ص 350 .

المباح الى اللدد في الخصومة والعنت مع ضوح الحق ابتغاء الاضرار بالغير 1 ، كما واجه القضاء الفرنسي هذه الصورة من صور التعسف ، بقوله : " أن أصرار المدعى عليه على موقفه الذين أدين به بحكم قطعي ، فان هذا الخصم يرتكب تعسفا في أستعمال حقه في الدفاع2 .

وتتعدد حالات إساءة المدعي عليه لحقه في الدفاع ، كالدفاع عن موقف بات التمسك به مستحيلا، لاسيما اذا كان ذلك موضوع أحكام سابقة، او المقاومة التعسفية من المدعى عليه لتنفيذ التزاماته الواضحة ، ولكنه يتزرع بجهله بها، كما قد يلجأ المدعى عليه الى اثارة الكثير من الحجج والاسانيد سواء لها صلة أم بغرض تعقيد القضية ، حتى لا يتم الفصل لا يتيسر الفصل فيها الا بعد وقت وجهد شديدين ، مع علمه أن كل ما يفعله لن يغير رأي المحكمة ، ولكن يكون هدفه كسب الوقت وتأخير التنفيذ .3

بالرغم من قدسية حق الدفاع وعلو مكانته بين سائر الحقوق التي تكفل حق التقاضي الا انه أيضا خاضعا كغيره لعدم الغلو الشطط استعماله والخروج والابتعاد به عن الغاية التي سن من أجلها ، وهذا ما يعطي لنظرية التعسف في استعمال الحق جانبا ليس فقط قانوني بل وأيضا مظهر أخلاقي بحظر الحاق الضرر بالغير .

ثالثا : تعسف المدعى عليه في الدفوع والطلبات الفرعية .

للخصومة القضائية وجهين الأول إيجابي ويمارسه المدعي ، بواسطة الحق في الادعاء الذي يتقدم به امام القضاء في مواجهة المدعى عليه ، ووجه سلبي يملكه المدعى عليه كحق ليرد به طلب المدعى مستعملا احد الحقوق الإجرائية، اما برفض الدعوى ، أو الحكم بعدم قبولها أو طلب بطلان إجراءاتها.

ويعد الدفع من اهم وسائل المدعى عليه للرد على دعوى الخصم، لكن الحق في الدفع قد يساء استعماله، ما يؤدي الى استنفاد جهد ووقت المدعي وزرع اليأس في نفسه، ومن أمثلتها التلاعب بقواعدالاختصاص، أثارة الطلبات العارضة ، طلبات التحقيق وندب الخبراء 4 ، ولذلك يتعين فحص

---

1 أحمد إبراهيم عبد التواب ، الإساءة في إجراءات التقاضي والتنفيذ ، مرجع سابق ص 510، نقض مدني رقم 206،لسنة 59 جلسة 29 ابريل 1993 ، مجلة النقض رقم 187 ص 44 و 293 .

2 صدام فيصل كوكز المحمدي ، وبارق يوسف محمد ، مظاهر تعسف الخصوم باستعمال حق التقاضي ، "دراسة قانونية مقارنة " ، مرجع سابق ، ص 18 ، cass , civ , 27 nov , 1980 , j c p 1981K iv-61, 3er , 26 nov . 1974 j c p 1975 –iv-16 .

3 احمد قطب عباس ، ساءة استعمال الحق في التقاضي ، مرجع سابق ص 352 ، 353، 354 و 455 .

4 سعاد مجاجي ، التعسف في استعمال الحق الاجرائي ، مرجع سابق ص190 .

هذه الحق في الدفوع أثناء ممارستها من قبل المدعى عليه في كيفية استعمالها ، وصور تعسفه في استعمالها، وذلك بالرغم من ان الحق في الدفع هو من الحقوق المتولدة عن حق الدفاع الذي كفله القانون للمدعي عليه ، الى جانب الطلبات الفرعية .

وتعتبر الدفوع على اختلاف أنواعها حقوقا إجرائية ، يملك صاحب المصلحة فيها – المدعى عليه – الحق في استعمالها أو عدم استعمالها، وهذا يقابل حق المدعى في استعمال حقه في الدعوى او عدم أستعمله 1، فالدفع يجب أن يكون جديا ومشروعا وألا يكون بقصد تضييع الوقت والجهد على الخصم الآخر، والا أنقلب استعمال حق الدفع كوسيلة من وسائل الدفاع لتقويض حق الدفاع نفسه وتجرديه من مضمونه الصحيح المنصوص عليه في الدستور والقانون.2

وتقسم الدفوع ا ثلاث أنواع اجمالا ودفوع شكلية أو إجرائية الدفوع الموضوعية، ودفوع بعدم القبول ، تختلف مناسبات ابدائها بحسب طبيعتها ، لان منها ما هو موجه لإجراءات الدعوى دون شروطها أو موضوعها، وهي كما يلي :

الدفوع الشكلية : تعلق الدفوع الشكلية بصحة إجراءات الخصومة وشكلها وكيفية توجيهها، مثل الدفع بعدم الاختصاص ، وببطلان أوراق التكليف ، وهي تسقط بالكلام في الموضوع ، 3 ونص عليها قانون الإجراءات المدنية والإدارية بموجب نص المادة 49 ، كما يلي : الدفوع الشكلية هي كل وسيلة تهدف الى التصريح بعدم صحة الإجراءات أو انقضائها أو وقفها " ، أما المادة 50 فنصت على ميعاد اثارة الدفوع الشكلية ، وأقرت بأنه " يجب اثارة الدفوع الشكلية في آن واحد قبل ابداء أي دفاع في الموضوع ، أو دفع بعدم القبول ، وذلك تحت طائلة عدم القبول ".

فالدفع الشكلي هو عائق يضعه المدعى عليه في مواجهة المدعي لمنعه من مناقشة موضوع الدعوى ، بالقول أن الدعوى لم تأخذ المجرى الواجب قانونا ، وهذا الدفع كثيرا ما يكون أثره مؤقتا ، وهكذا قد يثير المدعى عليه عدم اختصاص المحكمة، أو بطلان التكليف بالحضور الموجه له أو يهدف الى ارجاء الفصل ، مثال ذلك القرار رقم 497005 المؤرخ في 2008/02/06، عن الوجه الأول المأخوذ من قصور الأسباب :

---

1 زودة عمر ، الإجراءات المدنية والإدارية ، في ضوء اراء الفقهاء وأحكام القانون ، مرجع سابق ص 346

2 احمد إبراهيم عبد التواب ، الإساءة في إجراءات التقاضي والتنفيذ، مرجع سابق ص 520 .

3مد إبراهيم عبد التواب ، الإساءة في إجراءات التقاضي والتنفيذ ، مرجع سابق ص 520، د احمد الصاوي الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية القاهرة ص 2002 ، ص 288 .

حيث أن الطاعنين يعيبان على القرار المطعون فيه عدم أخذه بإثارتهما للبطلان الذي يترتب على مخالفة المواد 22 ، 3/13 و 23 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ذلك بأن حضورهما المرافعات لا يعد بطلانا من النظام العام .

ولكن حيث ان ما قصده المشرع من القواعد الواردة في النصوص التمسك بها هو وجاهية الخصومة، وطالما أن المطعون ضدهما حضرا أمام الجهة القضائية وقدما وسائل دفاعهما ودفوعهما، فانه لا يمكنهما التمسك ببطلان ليس من النظام العام كما يتمسكان به .

وعليه فان هذا الشطر غير مؤسس.1

وتوزع الدفوع الشكلية على الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي2 ، والدفع بوحدة الموضوع والارتباط 3، والدفع بإرجاء الفصل 4، والدفع بالبطلان5 .

اما الدفوع بعدم القبول فقد نصت المادة 67 من قانون الإجراءات المدنية والاجرائية ، على ان " الدفع بعدم القبول هو الدفع الذي يرمي الى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي ، كانعدام الصفة ، وانعدام المصلحة والتقادم ، وانقضاء الاجل المسقط، وحجية الشئ المقضي فيه ، وذلك دون النظر في الموضوع ".

فهي تتعلق بحق الخصم في رفع الدعوى ، فهي لاتوجه الى أصل الحق المدعى به أو إجراءات الدعوى ، فلا هي دفوع شكلية أو موضوعية، وانما هي طائفة قائمة بذاتها يهدف المدعي عليه من الى أنكار الدعوى وعدم وجودها، حيث يدفع المدعى عليه بعدم قبول الدعوى لانعدام الصفة والمصلحة.. أو لأي سبب آخر 6، وقد نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية بموجب 13 منه بعض حالات عدم القبول، بأنه : " لا يجوز لأي شخص ، التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون، ويثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو المدعى عليه، كما يثير تلقائيا انعدام الاذن اذا ما اشترطه القانون"، وقد قضت المحكمة العليا ، في قضية بين مؤسسة وهران ضد الشركة ذ م م (ف)، بحضور النيابة العامة ، معتمدة على المادة 13 من قانون

---

1 عبد السلام ذيب ، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، مرجع سابق ص 69 .

2 المادة 45 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

3 المادة 53 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

4 المادة 59 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

5 المادة 60 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

6 عبد العزيز بن عبد الله عبد العزيز الصعب ، التعسف في استعمال الحق في مجال الإجراءات المدنية والإدارية مرجع سابق ص 127 .

الإجراءات المدنية والإدارية ، والمادة 915 من القانون البحري ، بأنه " لا علاقة بين بين المرسل اليه ومؤسسة الميت=ناء ، وترفع الدعوى من المرسل اليه، عند الاقتضاء على الناقل وليس على مؤسسة الميناء التي تدخل خدماتها ضمن عقد المناولة القائم بينها وبين الناقل 1 .

وقد قضت المحكمة العليا ، بقرار مؤرخ في : 2016/06/23، رقم 1055109، ما يلي : "لا يعد الدفع بالتقادم دفعا شكليا ، وانما دفعا بعدم القبول ، يجوز اثارته في أية مرحلة من مراحل الدعوى ، ولو بعد تقديم دفوع في الموضوع2 "، والقرار اعتمد المادتين 49 و68 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كمرجع قانوني لهذا القرار .3

كما قضت أيضا المحكمة العليا بانه لاتقبل الدعوى ذات الصلة بالمنازعات العامة ، في مجال الضمان الاجتماعي المرفوعة امام المحكمة الفاصلة في المسائل الاجتماعية ، الا بعد استيفاء إجراءات الطعن المسبق .4 ، وفي قرار مؤرخ في 2007/07/03، جاء فيه ، " حيث انه يتبين من القرار المطعون فيه عدم ذكره للدفع بانعدام الصفة المثار امامه وعدم مناقشته، مع ان هذا الدفع يمكن اثارته في جميع مراحل الدعوى ، وان المطعون ضدها " لاكار " ذاتها لم تنف امام المحكمة العليا ، تقديمه امام قضاة الاستئناف ، بل أكتف بمناقشته قانونا ، بينما نفت المطعون ضدها "ايبال " تقديم هذا الدفع ولكن اعتمادا على القرار المطعون فيه .

وحيث أن عدم ذكر طلبات ووسائل دفاع ودفوع الأطراف يعد بمثابة انعدام الأسباب، وعليه يتعين القول بان الوجه المثار مؤسس.5

وباعتبار الدفع بعدم القبول ذو نظام خاص ، فلا هو دفع شكلي ، ولا يعتبر أيضا دفع موضوع، فان القانون أوجب على القاضي أثارته تلقائيا ، اذا كان من النظام العام ، وهو ما نصت عليه المادة 69

---

1 يوسف دلاندة ، قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، مذيل بأحدث مبادئ الاجتهاد واجتهادات المحكمة العليا ومجلس الدولة، دار هومة 2014، ص 11 ، قرار مؤرخ في 2011/02/03 ، ملف رقم 703843 ، مجلة المحكمة العليا سنة 2011 العدد الثاني .

2 مجلة المحكمة العليا ، لسنة 2016 ، العدد الأول ، ص 54 .

3 تنص المادة 68 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي : " يمكن للخصوم تقديم الدفع بعدم القبول في أية مرحلة كانت عليها الدعوى ، ولو بعد تقديم دفع في الموضوع ".

4 يوسف دلاندة ، قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، مذيل بأحدث مبادئ الاجتهاد واجتهادات المحكمة العليا ومجلس الدولة، دار هومة 2014، ص 11 ، قرار مؤرخ في 2011/02/04 ، ملف رقم 563621 ، مجلة المحكمة العليا سنة 2011 العدد الأول ص 177 .

5 عبد السلام ذيب ، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، مرجع سابق ص 65 .

من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، بنصها " يجب على القاضي أن يثير تلقائيا الدفع بعدم القبول، اذا كان من النظام العام ، لاسيما عند عدم احترام آجال الطعن ، أو عند غياب طرق الطعن " ، والملاحظ ان حالتي عدم احترام آجال الطعن ، أو غياب طرق الطعن ، قد جاءت على سبيل المثال بعبارة " لاسيما "، وعلى القاضي بغياب هاتين الحالتين تقدير توفر حالات الدفع بعدم القبول المتعلق بالنظام العام ، للإلزامية اثارته تلقائيا من قبله حينا .

أما الدفوع الموضوعية، هي الأداة الفنية التي منحها المشرع الى المدعى عليه ، لأجل دفع الطلب القضائي الذي أثاره المدعى بواسطة الطلب القضائي، وهي غير خاضعة لأي تنظيم ولم ترد على سبيل الحصر، ولم ينص القانون على ترتيب معين بشأنها، ويمكن التمسك بها في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، بل يمكن التمسك بها لول مرة امام جهة الاستئناف وهي ترتبط بأصل الحق وجودا وعدما 1.

فالدفوع الموضوعية هي دفاع يوجه ضد مزاعم المدعي للقول بانها غير مؤسسة، وتتمثل في نفي حق المدعي ، فذا تعلق النزاع بدين متمثل في مبلغ مالي يرد عليه المدعى عليه بأنه لم يقترض هذا المبلغ من خصمه أو أنه وفى به حسب الاتفاق2 .

ونصت عليها المادة 48 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما يلي : " الدفوع الموضوعية هي وسيلة تهدف الى دحض ادعاءات الخصم ، ويمكن تقديمها في أية مرحة كانت عليها الدعوى " ، ومن أمثلتها الدفع بالمقاصة ، أو الدفع بانقضاء الالتزام بتوفر احد أسابه .3

والحق في الدفع بوجه عام مكنة للمدعى عليه ، لمواجهة دعاوى المدعي ، وتحقيقا لمبدأ المساواة في إجراءات الخصومة القضائية ، الا انه بالرغم من ذلك فانه كحق مقيد بعدم اساءة استعماله ، للأضرار بالمدعي أو للتهرب من الالتزامات التي سيرتبها الحكم ، وذلك اما لمحاولة وصول المدعى الى حماية القضاء ، أو لتأخير الفصل في طلباته ربحا للوقت أو للنكاية بالمدعي .

وعلى خلاف قانون المرافعات المصري الذي نص بالمادة 188 فقرة أولى بانه " يجوز للمحكمة ان تحكم بالتعويضات مقابل النفقات الناشئة عن دعوى او دفع قصد بهما الكيد .

ومع عدم الاخلال بحكم الفقرة السابقة يجوز للمحكمة عند أصدرا الحكم الفاصل في الموضوع، ان تحكم بغرامة لا تقل عن عشرين جنيها ولا تجاوز مائتي جنيها على الخصم الذي يتخذ اجراء أو يبدي

1 زودة عمر ، الإجراءات المدنية والإدارية ، في ضوء اراء الفقهاء وأحكام القانون ، مرجع سابق ص 377 .

2 عبد السلام ذيب ، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ، مرجع سابق ص 69 .

3 المواد 258 الى 284 من القانون المدني الجزائري .

طلبا او دفعا أو دفاعا بسوء نية " ، لم ينص قانون الإجراءات المدنية والإدارية على دزاءالغرامة على الخصم الذي يستعمل الحق في الدفوع بسوء نية ، فضلا عن الحكم بالتعويضات ونفقات المترتبة عن الدعوى أو الدفع الكيدي .

ويمكن للمحكمة من خلال الظروف والملابسات أن تقف على المغزى الحقيقي للدفع وتقدير ما اذا كان جديا او تعسفيا، ويكون للحكمة بما لها من سلطة تقديرية قبول الدفع أو القضاء برفضه دون ان يكون لها تلقائيا الحق في القضاء بالتعويضات على الخصم المناور أو المتعسف، الا اذا طلب الخصم المضرور من الاجراء التعسفي الحكم بالتعويضات في هذه الحالة .1

رابعا : تعسف المدعي عليه في الطلبات الفرعية .

الطلبات الفرعية هي تلك الطلبات التي يبديها المدعى عليه في اثناء نظر الخصومة وهي حق لمدعي والمدعى عليه ، والحق في ابداء الطلبات الفرعية أو العارضة متفرع من حق الدفاع ، 2 التي يضمنها القانون لكل من الخصمين لحماية مصلحة يحميها القانون .

وقد سمح المشرع للخصوم بتقديم طلبات جديدة اثناء الخصومة ، تتناول تغيير احد عناصر الطلب القضائي الأصلي ، ويتم ذلك بواسطة أداة فنية، يطلق عليها في الاصطلاح الفقهي بالطلب القضائي العارض ، وهطا ما تقضي به المادة 2/25 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 3 .

ونظرا لسوء استعمال الحق في الطلبات من المدعى عليهم لاسيما طلبات التأجيل، بشتى الحجج والأسباب، ولكن القاسم المشترك بين هذه الطلبات هو فقط لإطالة امج التقاضي ، ودفع الخصم الى درجة اليأس من الوصول الى حقه ، والحقيقة ، فان هذه التصرفات لاتضر الخصم الموجهة اليه فقط بل تضر أيضا السير الحسن للعدالة ، بإبطاء الوصول الى الحقوق ، والمنع من اشباع المقاضين من الحاجة القضائية .

وقد أصبحت التأجيلات هي مراد الخصوم ممن قتل فيهم الضمير والوازع الأخلاقي والديني، ويكون الحق في التأجيل عندهم لا للاطلاع على المستندات كما يزعم البعض ، أو لتحضير دفاعهم في الخصومة كما أوجبت المبادئ الإجرائية العامة بل التأجيل من أجل التأجيل وتضييع الوقت ، وتكليف

---

1 عبد السلام ذيب ، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، مرجع سابق ص 65 .

2 عبد العزيز بن عبد الله عبد العزيز الصعب ، التعسف في استعمال الحق في مجال الإجراءات المدنية ، مرجع سابق ، ص 128 .

3 تنص المادة 2/25 من ق ا م وأ ، " غير انه يمكن تعديله بناء على تقديم طلبات عارضة ، اذا كانت هذه الطلبات مرتبطة بالادعاءات الاصلية " .

الخصم الاخر واجباره في بعض الحالات التي يصل فيها الياس عند أصحاب الحقوق درجاته، فما الجدوى من احترام القانون عندما يتّأخررجوع الحق لصاحبه لأكثر من عشر سنوات .1

ولكن أن استخلاص حسن النية وسوئها من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع ، ما ادامت قد أقامت قضاءها على أسباب مقبولة ، وأن محكمة الموضوع متى وجدت بالدعوى من الأدلة والشواهد ما يكفي لتكوين عقيدتها للفصل فيها واقتناعها بالرأي الذي انتهت اليه فأنها لا تكون بحاجة بعد ذلك الى اتخاذ مزيد من إجراءات الإثبات بتحقيق تجريه أو خبير تندبه " .2

كما قضت المحكمة العليا ، بتاريخ 2004/03/30، ملف رقم 307906، الغرفة المدنية ، قرار غير منشور في هذا الشأن ، ما يلي:

حيث أنه وبالرجوع الى ملف القضية يتبين منه ان الملتمسين هم أنفسهم الذين طعنوا بالنقض في القرار الصادر بتاريخ : 1999/11/23 ، رقم 99/355 ، عن مجلس قضاء قالمة القاضي بإلغاء الحكم المعاد والقضاء من جديد برفض الدعوى وقد استندوا في طعنهم الى ثلاثة أوجه.

وقد استجابت المحكمة العليا الى طعنهم استنادا الى الوجه الثاني المأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون وصرحت بنقض القرار المذكور أعلاه الصادر عن مجلس قضاء قالمة واحالة الأطراف من جديد على نفس الهيئة لتعيد الفصل في النزاع من جديد .

وحيث انه وبناء على طلب الالتماس المقدم من قبل الطاعنين ، يلتمسون فيه الغاء قرار المحكمة العليا المذكور أعلاه ، الذي قضى بنقض القرار المطعون فيه بناء على طعنهم، والتصريح من جديد بنقض نفس القرار الذي تم نقضه من طرف المحكمة العليا.

وحيث أن ما قام به محامي الطاعنين يدخل تحت التعسف في استعمال حق التقاضي، اذ لا توجد مصلحة في طلب نقض نفس القرار المنقوض للمرة الثانية ، مما يتعين معه التصريح بعدم قبول هذا الطعن لانتفاء المصلحة .3

التقاضي حق من حقوق الانسان ، أقرته المبادئ الدولية ، وكرسته الدساتير الوطنية ، وهو في نهاية المطاف تطبيقا لنظرية التعسف في استعمال الحق ، ويتمظهر عموما بشكل إيجابي من المدعي أو

---

1 عبد السلام ذيب ، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، مرجع سابق ص 65 .

2 سيد احمد محمود ، الغش الاجرائي ، الغش في التقاضي والتنفيذ ، مرجع سابق ، ص67 ، تمييز كويتي 1982/3/1 ، طعن رقم 80/231 تجاري مجلة القضاء والقانون السنة الحادية عشر العدد الأول ص 82 .

3 زردة عمر ، الإجراءات المدنية والإدارية ، في ضوء اراء الفقهاء وأحكام القانون ، مرجع سابق ص 63 .

المدعى عليه كرفع الدعوى والمطالبة باتخاذ التحقيقات والخبرات ، والمعاينات ، كما قد يأخذ سلوكا سلبيا ، كرفض القيام باجراء معين لتعطيل السير في الدعوى ، ويطال أيضا التعسف الى الإجراءات الأخرى المشكلة للحق في التقاضي كالحق في الدفاع ، والحق في الاثبات والانكار كما رأينا .

تبقى المصلحة المشروعة التي يفترض أن تبرر الاجراء المطلوب كجميع الإجراءات المتخذة من قبل الخصوم المعيار الأساسي الذي يتمكن به القضاة من ثبوت وقع التعسف من عدمه ، لان استعمال الحيلة لمباشرة الحقوق يلحق ضررا ليس فقط بالعدالة وانما أيضا بالمجتمع برمته بديمومة النزاعات وتفشي الخصومات والنكاية بالخصوم بحجة مباشرة حق التقاضي .

كما انه أيضا يتعين على المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، سن مواد تتعلق بحظر التعسف في استعمال حق التقاضي ، و التنصيص على الجزاء كفرض غرامات مدنية رادعة ، او الإجرائية برفض الطلب أو بعدم قبوله لانعدام المصلحة الشروعة من ورائه .

والغش نحو حقوق الخصم قد يقصد به ان يكون لدى احد الخصوم سوء النية حينما يتخذ طلبا او دفعا او اجراء عالما ألا حق له فيه ، ويقصد باتخاذه مجرد الاضرار بالخصم او تعطيل سير العدالة ، وقد يكون المقصود به هو تعمد الخصم استعمال طرق غير مشروعة،moyens frauduleux ، (وسائل مغشوشة) ، بقصد تضليل خصمه او المحكمة وايقاعها في غلط يدفعها الى الحكم لصالحه بدون وجه حق .1

والتعسف في استعمال الحق الاجرائي يعتبر أذا صورة من صور الغش أي ان العلاقة بين نظرية التعسف في استعمال الحق والغش هي علاقة الجزء بالكل، وزيادة على ذلك الغش الاجرائي في القضية المدنية يستند الى اعتبارات اجتماعية لتحقيق مصلحة الفرد والمجتمع التي تتطلب عدم الاضرار بالغير ، والمشاركة في اظهار الحقيقة من ناحية أخرى.

وقد نصت المادة العاشرة من القانون المدني الفرنسي، على واجب مشاركة الخصوم في اظهار الحقيقة، كمان ان المادة 170 من الدستور المصري تنص على ان : يسهر الشعب في إقامة العدالة على الوجه وفي الحدود المبينة في القانون، .. وهكذا فان الغش الاجرائي يعني عدم المشاركة الامينة في إقامة العدالة ،2 حيث أنها تتطلب عدم تعطيل سير القضية بسوء نية و بدون مقتضى ، امام

1 سيد أحمد محمود ، الغش الاجرائي في التقاضي والتنفيذ، ، مرجع سابق ص 16 .

2 لقد ظهرت نظرية الغش نحو القانون في القضاء الفرنسي لأول مرة بمناسبة قضية شهيرة في فقه القانون الدولي الخاص ، هي قضية الاميرة (دي بوفرنون) ، affaire de Bauffrement ، ،وتتلخص وقائعها في زواج سيدة بلجيكية الأصل من الأمير الفرنسي (دي بوفرمون)، مما تترتب عليه اكتسابها الجنسية الفرنسية فأرادت بعد ذلك

الاعتبار القانوني فيبرر حظر الغش الاجرائي الى مراعاة حسن النية وعدم التعسف في استعمال الحق الاجرائي وعدم الانحراف عن جادة العقل والصواب .1

كما ان المادة : 366 في الحالة المنصوص عليها في المادة 364 ، إذا كان المدعي المدني هو الذي حرك الدعوى العمومية تقضي المحكمة في حكمها نفسه في طلبات التعويض المدني المرفوعة من الشخص المحكوم ببراءته ضد المدعي المدني عن إساءة حقه في الإدعاء مدنيا.

ولم يقتصر المشرع على الاجراءات المتخذة أمام كل جهة قضائية ، بل ايضا في نقل القضية من جهة قضائية لاخرى أعلى ، فتم ضبطه من قبله أنه لايكون ذلك من باب العنت وعدم الاعتراف بحق الخصم في أي درجة من التقاضي .

فالحق في الطعن لايعتبر أيضا حقا مطلقا بل على الطاعن ان يمتنع عن التعسف في استعمال حقه ، كرس القانون مبدا التقاضي على درجتين ، فخول للمتقاضين عدة طرق طعن في الاحكام الابتدائية أهما الاستئناف، ولئن كان الحق في الاستئناف حقا لا يعرف من القيود الا تلك التي يضعها القانون لممارسته ، فقد اكد قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على ضرورة ممارسته للدفاع على الحقوق المشروعة دون نية الاضرار بالغير وتعطيل الإجراءات، وعليه نص في المادة 347 على إمكانية الحكم على المستأنف المتعسف بغرامة بين 10.000 دج الى 20.000 دج .

كما أقرت المادة 377 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بانه " يجوز للمحكمة العليا أذا رأت ان الطعن تعسفي أو الغرض منه الاضرار بالمطعون ضده ، ان تحكم على الطاعن غرامة مدنية من عشرة الاف (10.000 دج) ، الى عشرين الف دج (20.000 دج) ، دون الاخلال بالتعويضات التي يمكن ان يحكم بها للمطعون ضده

الطلاق ولكن أحكام القانون الفرنسي – بأعتباره القانون الواجب التطبيق – وقفت عائقا تحول دون الغرض لأن القانون الفرنسي لم يسمح بالطلاق آنذاك مما حدا بها الى التجنس بجنسية أحدى الدويلات الألمانية التي يسمح قانونها بالطلاق وتوصلت بذلك الى حصولها على الطلاق من زوجها الأمير الفرنسي ، وتزوجت بعد ذلك بأمير روماني يدعى " بيبسكو " ، وأقامت معه في فرنسا ، مما دفع الزوج الأول الأمير الفرنسي ، الى رفع دعوى ببطلان زواجها الثاني بناءا على ان تجنس الزوجة بالالمانية كان بهدف الى الغش نخو القانون ومن ثم فلا يعتبر الطلاق صحيحا ويبقى الزواج الأول قائما ، ولقد قضت محكمة النقض الفرنسية لصالح الزوج الأول استنادا الى فكرة الغش نحو القانون ، اذا أن تغيير السيدة المذكورة لجنسيتها قد قصد به أساسا التحايل على احكام القانون الفرنسي الذي يمنع الطلاق ، وانتهت المحكمة بذلك الى عدم نفاذ الطلاق والزواج الثاني مع بقاء الزيجة الأولى ، سيد أحمد محمود ، الغش الاجرائي في التقاضي والتنفيذ، ، مرجع سابق ص 69 .

1 د سيد احمد محمود الغش الاجرائي ، الغش في التقاضي والتنفيذ ، مرجع شابق ص 65 .

أقر المشرع الفرنسي جزاء مدني لكل شخص يثبت عليه التعسف في الادعاء بغاية الحاق المضرة بخصمه لتنافي ذلك مع واجب النزاهة 1.

أطالة امد التقاضي : نصت المادة 187 من القانون المدني ، " اذا تسبب الدائن بوء نيته ، وهو يطالب بحق ، في إطالة امد التقاضي فللقاضي أن يخفض مبلغ التعويض المحدد في الاتفاق أو لا يقضي به اطلاقا عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر. (راجع الصويعي ص 60 .

مكن القانون اثناء ممارستهم لحقوقهم بحصانة تمنع إعاقة استعمالهم لها ، وتلك الحصانة ضرورية لتمكين الأشخاص من الدفاع عن حقوقهم بحرية دون الخشية من النتائج المترتبة عن تلك المطالبة ، لأنه لا يجب يكون التعسف في استعمال الحق في التقاضي أو التعويض الذي يفرضه القانون عنه سببا في عزوف الأشخاص عن اللجوء الى القضاء.

كما ان المادة 559 من قانون الإجراءات المدنية ، تنص على ان كل من يلتجا الى القضاء لأجل إطالة امد التقاضي ، أو بطريقة تعسفية ، يمكن ان يحكم عليه بغرامة مدنية لا تتجاوز ثلاثة الاف أورو ، دون المساس بالتعويضات المطالب بها 2 ، ، ونفس الامر بالنسبة للطاعن بالنقض ، بحسب ما هو مقرر بالمادة 628 من نفس القانون الفرنسي .3

ولأجل الحكم على المتقاضي المتعسف في استعمال حق الطعن بالتعويض طبقا للمادة 1382 من القانون الإجراءات المدنية الفرنسي ، يجب أنيكون التعسف الاجرائي أو الطعن متميز وظاهر ، ذلك لأن اللجوء الى العدالة هو حق أساسي معترف به لجميع الأشخاص الذين لهم أهلية التقاضي ، ولا يقتصر التعويض عن الضرر على سوء استعمال الحق في التقاضي ، بل ان جميع الحقوق التي تمارس في ظروف تعسفية تبرر أيضا الحق في التعويض 4.

---

1 المادة 32 فقرة ثانية من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد الفرنسي .

2" Art 559 code procédure civile Fr « en cas d'appel principale dilatoire ou abusive , l'appelant peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 3 000 euro , sans préjudice des dommages-intérêt qui seraient réclamés » .

3Art 628 code procédure civile Fr « le demandeurs en cassation qui succombe dans son pourvoi ou dont le pourvoi n'est pas admis peut , en cas de recours jugé abusif , être condamne à une amende civile dont le montant ne peut excéder 3 000 euros et , dans les même limite , au paiement d'une indemnité envers le défendeur »

4https://actu.dalloz-etudiant.fr/a-la-une/article/labus-du-droit-dagir-en-justice-doit-etre-motive ; le 02 11 2020 , à 15 h 02 .

وللتذكير فان قضاء النقض الفرنسية ، ومنذ أمد يطبق نظرية التعسف في استعمال الحق على الدعاوى القضائية ، ويشترط أن يكون يتجسد اتعسف باستعمال الحيلة ، أو سوء النية ، أو الخطأ الجسيم الموازي للتدليس . المرجع 1.

ويجب الاعتراف انه لايزال الامر في غاية الصعوبة من اجل أقامة توازن بين أستعمال الحق في التقاضي، وقمع المتعسف في استعماله ، لذلك يستوجب على القاضي أن يبيين في حكمه بوضوح مظاهر التعسف الاجرائي ، وان يبرزه في أسباب حكمه.

المطلب الثاني: مظاهر التعسف في مرحلة التنفيذ.

الحق في التنفيذ بوجه عام هو : الحق في إلزام المدين في تنفيذ ما التزم به ، أي بقيامه بالوفاء ، وسببه هو بعينه سبب أصل حقه 2 ، أما التنفيذ الجبري هو الذي تجريه السلطة العامة تحت إشراف القضاء ورقابته، بناء على طلب دائن بيده سند مستوف لشروط خاصة بقصد استيفاء حقه الثابت في السند من المدين قهراً عنه3 ، لا نه سيكون الحق في التقاضي حقا وهميًا إذا كان النظام القانوني للدولة لا يسمح لقرار أو حكم قضائي نهائي وملزم بأن يظل غير نافذ على حساب أحد الأطراف.

ولكن تعسف الخصوم وكيدهم لبعض البعض، دفع الانظمة القانونية تضع لهذه المؤسسة الاجرائية المتعقلة بتنفيذ احكام القضاء ، بسياج من الضمانات التي من شانها ان تحول دون تحول استعمال ذلك الحق مطية لالحاقالاذي بالخصم ، وركوب مطية التعنت البين الرامي الى اعاقة التنفيذ ، وتكون بذلك العدالة غير ناجزة بعدم تجسيد مناطيق الاحكام الى واقعا .

ويقصد بالإساءة في التنفيذ إمتناع من صدر ضده حكماً عن تنفيذه ، سواء كان من صدر ضده الحكم شخصاً طبيعياً أو إعتبارياً. سواء كان هذا الإمتناع تحت ستار استخدام وسيلة قانونية متاحة كالاشكالات . أو الامتناع بعد استنفاد هذه الوسائل ، سواء أكانت من جهة الإدارة التي تحتكر سلطة التنفيذ ، مدنياً كان الحكم أو إدارياً . أو من الأفراد ، خاصة تلك الأحكام المدنية التي يصعب تنفيذها بل في واجب النفاذ الأغلب يستحيل هذا التنفيذ .4

---

1 https://actu.dalloz-etudiant.fr/a-la-une/article/labus-du-droit-dagir-en-justice-doit-etre-motive ; le 02 11 2020 , à 15 h 02 .

2أحمد أبو الوفا ، **اجراءات** التنفيذ في المواد المدنية والتجارية دراسة للقواعد العامة – قاضي التنفيذ – أوامر الأداء الحجوز المختلفة – التنفيذ على العقار التعليق على نصوص قانون الحجز الإداري ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، مصر 2015 ، ص 4 .

3 أحمد أبو الوفا ، **اجراءات** التنفيذ في المواد المدنية والتجارية دراسة للقواعد العامة ، مرجع سابق ص 15 .

44 احمد قطب عباس ، إساءة استعمال الحق في التقاضي ، مرجع سابق ص 432 .

وأصبح تنفيذ الاحكام القضائية سواء في القانون او الدستور ، الضامن الاساسي للاستفادة فعلا من استعمال الحق في التقاضي ، لانه في جميع الاجراءات الاولية الهدف هو الوصول الى تنفيذ ما تم القضاء به ، وكما سبق بيانه فأن الضمانات السابقة المتعقلة بتيسير الوصول الى قضاء نزيه ومستقل، وحيادي، مع احترام تكافؤ الفرص في ممارسة وسايل الدفاع والطعن ، وجعل ممارسة هذه الاجراءات القضائية بمنأى عن التعسف والشطط، لامعنى ولافائدة منها مالم يتم تأمين تنفذ الاحكم الصادر بشأنها، وبغير ذلك يعود الحق في التقاضي أجراء بدون قيمة وعديم الحدوى ، وفي النهاية عدالة غير ناجزة.

وبذلك كفل القانون للدائن بسند تنفيذي (أي للمحكوم له بحكم أو أمر أداء نهائي أو مشمول بالنفاذ المعجل أو للدائن بمحرر موثق أو بأمر على عريضة) الحق في التنفيذ الجبري بعد اتخاذ مقدماته (من اعلان السند – واحترام ميعاد معين قبل التنفيذ – وتقديم طلب التنفيذ) على أي مال من أموال المدين (أو المحكوم عليه) سواء أكانت هذه الأموال – منقولات أو عقارات – في حيازة المدين أو في حيازة الغير طالما أنها مملوكة وقت التنفيذ للمدين وذلك حتى يتسنى للدائن الحصول على ثمار الحق (أو منافعه) الوارد في السند التنفيذي. 1.

وقد رسم القانون أطرا إجرائية وموضوعية عند مباشرة التنفيذ ، تكفل حماية طالب التنفيذ ، والمنفذ عليه والغير أيضا ، وهي ضمانات لرد أي غلو او تعسف يمكن لاحد الطرفين سلوكه للأضرار بالطرف الاخر ، وكل ذلك لبلوغ عدالة التنفيذ بلا ضرر أو ضرار .

ويمكن توقع التعسف في هذه المرحلة سواء من المحكوم له او من المحكوم ضده، وعلى ذلك تكون دراسة مظاهر التعسف في استعمال طرق التنفيذ تقتضي تقصى ما يمكن لاحد الاطراف اتخاذه أثناء سير خصومة التنفيذ، سواء كانت من طالب التنفيذ المنفذ عليه .

كما أن وسائل الغش في اجراءات التنفيذ أو في المنازعة فيها قد تفشت سواء من أطراف التنفيذ أو من الغير، فيتحتم علينا إذن أن تتطرق إلى مظاهر سواء في اجراءات التنفيذ من طالب التنفيذ (الفرعالأول) أو من المنفذ ضده والغير (الفرع الثاني)،ومسؤولية الدولة عن ذلك (الفرع الثالث) .

1سيد أحمد محمود ، الغـش الإجرائي الغش في التقاضي ، مرجع سابق ص 193 .

الفرع الأول: إساءة استعمال الحق في التنفيذ من قبل طالب التنفيذ.

يتمتع الدائن – طالب التنفيذ – بضمانة موضوعية وهي قاعدة الضمان العام على أموال المدين التي تتيح له التنفيذ على أي مال من أموال المدين أيا كان نوعها أو مقدارها أو طبيعتها فإن هذا يكون مقيدا بضمانات لصالح المدين وتمنع الدائن من الجور على حقوق مدينه أو حتى على حقوق الغير 1.

كما انه لا يجب أن يفهم من الضمانات المقررة للمحاكمة العادلة بأنها تتجسد فقط في الضمانات الاجرائية (الإنصاف ، العلنية والسرعة) الممنوحة للأطراف وأنها لا تحمي تنفيذ القرارات القضائية ، كما تتحول الاحكام والقرارات القضائية الى مجرد لغو لا فائدة منها .

وقد استوفى عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – في عهده إلى أبى موسى الأشعري شروط القضاء وبين أحكام التقليد، فقال فيه: أما بعد فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة فافهم إذا أدلي إليك فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له، 2 .

وإذا كان المشرع وضع ضمانة اجرائية معينة لصالح الدائن فلقد وضع في مقابلها ضمانة اجرائية أخرى للمدين بمعنى إذا كان متاحا للدائن الحجز على أي مال من أموال المدين – ولو كلها – خشية مزاحمة دائن آخر له حيث يستطيع أن يحجز على نفس المال لأن الحجز لايخرج المال عن ملك صاحبه، أو خشية مزاحمة من سبقه من الدائنين الذين يتمتعون بأولوية موضوعية (كرهن أو امتياز) فيحصل على حقه أولا قبل الدائن العادي الحاجز، فإن هذا لا يمنع من مساءلة الدائن العادي إذا تعسف أو أساء في استعمال حقه في التنفيذ الجبرى لأن ممارسة هذا الحق مقيده بأن تكون في الاطار المرسوم لها قانونا وعدم تجاوز المألوف، كما أن اقدام الدائن على تنفيذ حكم مشمول بالنفاذ المعجل وهو يعلم بأنه حكم قلق – قد يؤيد في الطعن وقد يلغى – «يؤدي إلى مسئوليته عما يجريه من أعمال التنفيذ أو التزامه على الأقل برد الحالة إلى ما كانت عليه قبل التنفيذ إذا ما ألغى هذا الحكم نتيجة الطعن فيه »3.

---

1 عبد الباسط جميعي ، الإساءة في المجال الاجرائي، إساءة استعمال الحق في التقاضي والتنفيذ ، مجلة القانون والاقتصاد ،القاهرة ، ع خ 1983 ، ص3 .

2عهد عمر بن الخطاب لأبى موسى الأشعري المتضمن شروط القضاء (14 هجرية) ، الموقع الالكتروني لمكتبة حقوق الانسان جامعة مينسوتا : http://hrlibrary.umn.edu/arab/IS-7.html ، بتاريخ : 2022/05/24، الساعة 12:14 .

3عبد الباسط جميعي ، الإساءة في المجال الاجرائي، إساءة استعمال الحق في التقاضي والتنفيذ ، مجلة القانون والاقتصاد ،القاهرة ، عدد خاص 1983 ، ص 4 .

اولا : التعسف في إجراءات التنفيذ.

سواء أكان الحجز تنفيذياً أم لا فالمقصود منه وضع المال تحت يد القضاء، وإنما يتميز الحجز التنفيذي فضلاً عن هذا بأن من مقتضاه بيع أموال المدين لاستيفاء دين الحاجز من ثمنها : فالحجز التنفيذي إذن يقصد به استيفاء حق الدائن الحاجز1 ، وتتعدد مظاهر التعسف في مرحلة الحجوز وقد تتمثل في مغالات الدائن واسرافه في اتخاذها ، وذلك بأن يحجز على جميع أموال المدين لاقتضاء دين زهيد القيمة، او الحجز على عقار يتجاوز قيمته مبلغ الدين بشكل كبير .2

1 : التعسف في استعمال الحجز التحفظي :

باستقراء المادتين 646 و647 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يتضح بان الحجز التحفظي يتميز بانه اجراء وقائي يراد منه وضع الأموال المحجوزة تحت يد اليد دون ان يؤدي ذلك آليا الى البيع ، فهو اجراء وقائي يتخذه الدائن لمنع المدين من تهريب أمواله ، للحفظ على حقه في الضمان العام من أموال مدينه ، كما انه اجراء مؤقت، ويبقى كذلك الى حتى يحصل الدائن على سند تنفيذي ويستوفي في أي جميع مقدمات التنفيذ من تبليغ السند والزام المدين بما عليه من دين ، كما انه يقع على المنقولات والعقارات ويكفي توفر مسوغات ظاهرة .3

الحجز التحفظي لا يقصد به إلا منع المدين من التصرف في المال المحجوز إضرارا بحقوق الدائنين، ومن ثم يجوز إجراؤه بغير سند تنفيذي، وإن كان مال الحجز أن يصبح تنفيذياً – بصدور الحكم بصحته – وينتهي إذ ذاك اقتضاء الحق من المدين (بيع المال أو بالاستيلاء على الشئ المحجوز عليه أحيانا.4

ففي مرحلة الحجز التحفظي فقد جاء تنظيمه مقيدا للغاية ، ويحدد ممارسة هذا الغاية المستهدفة من ورائه ، وبالتالي اشترط استخدامه بحسن نية واستعما للحق لا العكس من ذلك بالتعسف أو الإساءة بما يؤدي الى الاضرار بالطرف الاخر وعلرقلة سير التنفيذ ، وهكذا فان تجاوز الحد المعقول أو المألوف في المنازعة من المدين او الدائن او الغير يؤدي الى اعتبر المتجاوز متعسفا 5.

---

1 أحمد أبو الوفا ، **اجراءات** التنفيذ في المواد المدنية والتجارية دراسة للقواعد العامة مرجع سايق ، ص 4 .

2سيد أحمد محمود ، الغش الإجرائي الغش في التقاضي ، مرجع سابق ص 196.

3 حمدي باشا عمر ، طرق التنفيذ ، وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية ، دار هومة الجزائر 2012 ، ص 219 و 220 .

4أحمد أبو الوفا ، **اجراءات** التنفيذ في المواد المدنية والتجارية دراسة للقواعد العامة مرجع سايق ، ص 943 .

5 احمد قطب عباس ، إساءة استعمال الحق في التقاضي ، مرجع سابق ص

كذلك أيضا بالنسبة للحجز التحفظي سواء كان على منقولات أو على ما للمدين لدى الغير أو اذا ما تبين ان الدائن قد أوقع الحجز وفاء لدين متنازع فيه أو وفاء لمبلغ يزيد عن القدر الثابت له أو غلا في استعمال حقه أو تحيل به أبتغاء مضارة خصمه أو وقع الحجز متسرعا دون روية – أو لم يلجأ للحجز ليحفظ به حقه وانما ليوقع به أذى – لأن التحيل بالحق بقصد الاضرار يستوجب المؤاخذة دون جدال1.

وثتار هنا أيضا فكرة المصلحة في المصلحة من استعمال الحق في التنفيذ الجبري فينبغي ان تكون مصحلة مشروعة ، فلا يجوز طلب التنفيذ الجبري من طالب التنفيذ للانتقام من الخصم الآخر أو الكي

له أو الاضرار به 2، كما جاء في القضاء الفرنسي أنه بساء استعمال الاجراءات التحفظية إذا كان – – اجرازها مصحويا بسوء نية أو بقصد الاضرار أو نتيجة خطأ جسيم مواز – للتدليس3 ، كما قضى في مصر أنه " يعتبر كيديا الحجز التحفظي تحت يد عدة مصارف بناء على مبلغ تافه جدا ضد محل تجاري حلي ومع عدم وجود أي خطر ظاهر لسير الإجراءات بصفة عادية 4 ، وفي قضية أخرى تدور وقائعها حول توقيع ضامن حجزا تحفظيا على منقولات مدينه بمقتضى أمر صادر له بذلك من رئيس المحكمة، وحكمت المحكمة بإلغاء هذا الأمر ورفع الحجز. فأقام المدين دعوى على الضامن مطالبا إياه بتعويض ما لحقه من ضرر بسبب الحجز، ويثبت أن المدين تاجر وكانت محلاته مغلقة وأشغاله معطلة جراء هذا الحجز وأنه في الوقت الذي توقع فيه الحجز كان قد سدد بعضا من ديونه التي ضمنه فيها الضامن المذكور وما بقى من هذه الديون لم يكن خاليا من النزاع وزيادة على ذلك فقد ثبت أنه كان لنفس المدين من الأموال ما يفي بسداد ما لم يدفع من الديون. وقررت المحكمة

---

1 عبد الباسط جميعي ، الإساءة في المجال الاجرائي، إساءة استعمال الحق في التقاضي والتنفيذ ، مرجع سابق ص 26 .

2 احمد إبراهيم عبد التواب ، الإساءة في إجراءات التقاضي والتنفيذ ، مرجع سابق ص 599 .

3سيد أحمد محمود ، الغش الإجرائي الغش في التقاضي ، مرجع سابق ص 207 ، نقض فرنسي 4/3/1914 – داللوز 1916–1–143 سيرى 1916–1–63 مشار إليه في حسين وعبد الرحيم عامر، مرجع سابق، بند 347، ص 261، هامش 5 . (707) محكمة ليون في 28/12/1906 جازيت كومبرسيال لون 6/2/1906

4سيد أحمد محمود ، الغش الإجرائي الغش في التقاضي ، مرجع سابق ص 207 ، هامش رقم 710استئناف مختلط مصرى، 12 ابريل 1934 – المحاماة 15 ص 674 مشار إليه في راهيمالنفياوي ، مسئولية الخصم، ص 289هاميش1.

أن توقيع الحجز كان تعسفيا، وللمدين الحق في طلبات التضمينات التي يسأل عنها الضامن سواء كانت نيته في توقيع الحجز سيئة أو حسنة1.

2 : التعسف في استعمال الحجز التنفيذي :

فالحجز التنفيذي إذن يقصد به استيفاء حق الدائن الحاجز من أموال المدين أو من ثمنها بعد بيعها بواسطة السلطة العامة، ولذلك لا يجوز إجراء هذا الحجز إلا من دائن بيده سند تنفيذي مستوف لسائر الشروط الشكلية والموضوعية المتقدمة الإشارة إليها، بأن يكون حقه محقق الوجود معين المقدار حال الأداء 2.

والتعسف في الحجز التنفيذي الذي يأتيه المنفذ له يتجسد غالبا في الغلو من جانبه بعدم التناسب بين المال المحجوز من أجله والأموال المحجوز عليها ويبرر ذلك بالتجاوز بانعدام المصلحة فيه ولايتخذ الا للنكاية في المدين والحاق الضر به .

واذا كان الأصل أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه ، فانه استثناء من ذا الأصل هناك بعض الأموال لايجوز الحجز عليها بسبب عدم قابلية التصرف فيها أو لأن المشرع قرر عدم جواز الحجز عليها أو اقر ارداة الأطراف من منع الحجز عليها3 ، وذلك حماية أما للمال ذاته أو حماية للمدين من عدم الاجهاز عليه من قبل الدائن وتعريته، وبذلك قرر القانون القابلية للإبطال اذا وقع

---

1 سيد أحمد محمود ، الغش الإجرائي الغش في التقاضي ، مرجع سابق ص 207 ، هانش رقم 712 ، استئناف عليا 1911/04/25 ، مرجع القضاء مرجع 515 ، نبذه 2007، مشار إليه في النفيارى، مسئولية الخصم، مرجع سابق، ص 277، هامش 2. لكى قضى بأن «طلب الطاعنة أمام محكمة الاستئناف الحكم بتعريض لها عن توقيع المطعون عليه حجزا كيديا على ما لها تحت يد الغير لا يدخل في نطاق المادة 411 من قانون المرافعات (الملغى تقابلها المادة 236 من قانون المرافعات الحالي ، التي تجيز المطالبة بالتضمينات التي تزيد بعد صدور الحكم المستأنف ومن ثم فالحكم المطعون فيه إذا قضى بعدم قبول هذا الطلب لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون، نقضمصرى 30/05/1962، طعن 144، س 28 ق مشار إليه في أنور طلبه، موسوعة المرافعات، جزء رابع، ص 809 .

2أحمد أبو الوفا ، **اجراءات** التنفيذ في المواد المدنية والتجارية دراسة للقواعد العامة مرجع سايق ، ص 943 .

3حمدي باشا عمر طرق التنفيذ ، وفقا للقانون 08-09 ، المؤرخ في 2008/02/25، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والادراية ، دار هومة الجزائر 2012 ، ص 186

الحجز على مال غير قابل للحجز اعمالا بنص المادة 643 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 1، ولقد عددت المادة 636 من قانون الإجراءات المدنية والادراية الأموال التي لايجوزالحجز عليها.

وبذلك قضت المحكمة العليا ، بأنه : حيث أنه طبقا لأحكام المادة 636/5 من ق إ م إ لا يجوز الحجز على الأموال التي يملكها المدين ولا يجوز له التصرف فيها. و حيث يتبين من القرار المطعون فيه أن الطاعن أقام دعوى استعجالية يطلب فيها إبطال إجراءات الحجز العقاري المشهرة بتاريخ 21/07/2010 والمأمور بها بموجب الأمر الصادر عن رئيس محكمة بجابة في 10/07/2010وزوال ما ترتب عليه من آثار باعتبار أن إجراء هذا الحجز شمل سكن بيع له في إطار أحكام المرسوم التشريعي رقم 93/03 المؤرخ في 01/03/1993 المتعلق بالنشاط العقاري من قبل المحجوز عليها الشركة ذات المسؤولية المحدودة المسماة كابريتور وقت ما كان الحاجز (المطعون ضده) شريكا فيها.

وتمسك الطاعن بأحكام المادة 636/5 ق إ م إ كون أنه حاز على شقته منذ أكثر من 10 سنوات بموجب عقد حفظ حق وسلمت له شهادة براءة الذمة وشهادة نقل الملكية من طرف الشركة البائعة المحجوز عليها بعد أن سدد ثمنها كاملا. المرجع قرار غير منشور.2

وقد يبرر تجاوز الدائن الحجز على أموال إضافية للمدين لتغطية الدين أو لتجنب المزاحمة من بقية الدائنين لو وقعت قسمة الغرماء بينهم ، ومع ذلك فإن «الاحتياط يجب أن يكون في حدود المعقول والمألوف فاذا ما تغالى الدائن في الحجز وأسرف في التنفيذ أو انحرف بحقه عن غايته فاتخذ اجراءات تعسفية لا لشيء إلا للتشهير بالمدين أو ارهاقه ومضايقته والتنكيل به – فإنه يكون قد جاوز حدود الحق – ودخل في منطقة التعسف التي تجعل استعماله للحق غير مشروع وتقلبه إلى مفسدة أو مخبثة توجب المساءلة والتعويض».3

و لايفترض قيام التعسف عند ضآلة مبلغ الدينفقط ، بل أيضا عند الحجز على ما للمدية لدى الغيربمبالغ معتبرة وتبقى محجوزة لفترة طويلة نتيجة للحجز الكلي عليها ، كما تتوفر أيضا حالة

1المادة 643 ق إ م إ : " إذا كان إجراء من الإجراءات التنفيذ أو الحجز، قابلا للإبطال، يجوز للمحجوز عليه، أو لكل ذي مصلحة، أن يطلب بدعوى استعجالية ضد الحاجز والمحضر القضائي، الحكم ببطلان الإجراء وزوال ما ترتب عليه من آثار، وذلك خلال اجل شهر واحد (1) من تاريخ الإجراء، وإلا سقط الحق في طلب الإبطال واعتبر صحيحا " .

2 يوسف دلاندة قانونالإجراءات المدنية والإدارية ، مذيل باحدث مبادئ واجتهاد المحكمة العليا ومجلس الدولة ،ملف رقم 789794 قرار بتاريخ 21-03-2013 قضية (ح ، ع) ضد (ب، ص) الغرفة المدنية ، القسم الأول ص186 .

3عبد الباسط جميعى، مرجع سابق ص 22ومايليها .

التعسف اذا كان حجز ما للمدين لدى الغير على حساب واحد كافي لوفاء ، ولكن للنكاية والحاق الضرر بالمدين يوقع الحجز على ما للمدية لدى الغير على أكثر من حساب بنكي مثلا ، أو لمضايقته والتشهير به وتعريض سمعته المالية للضرر ، كما تتوفر أيضا حالة التعسف بعدم تبليغ المدين في موطنه الحقيقي بنية مبيتة بداعي غيابه ، واجراء التبليغ عن طريق التعليق لضمان عدم حضور المدين شخصيا.

وقد حرص المشرع أيضا على ضمان عدالة الحجوز ، ووجوب نقاء الاجراء التي تتخذ لأجلها مكن قاضي الأمور المستعجلة الاخصاص بالفصل في ما يثور من منازعات وقتية كانت ام موضوعية لقاضي الأمور المستعجلة ، وتم بذلك وحد جهة النظر لجهة القضاء المستعجل .1

3 : تعسف طالب التنفيذ في التنفيذ المعجل .

اذا كان الأصل بانه لا يجوز التنفيذ الا للأحكام الحائزة لقوة الامر المقضي فيه ، والاستثناء جواز التنفيذ حتى في حالة قبول الحكم مكنة الطعن بالاستئناف ،وهنا يكون التنفيذ سابق لأوانه لشمول على ذلك بالنفاذ المعجل قانونا او قضاء.

وقد يتمثل التعسف أيضا في اقدام المحكوم له بحكم مشمول بالنفاذ المعجل على تنفيذه رغم قابليته للطعن أو دون انتظار نتيجة الطعن ، وتكون اجراءات التنفيذ قد أحدثت ضررا بالمحكوم عليه مما يستحق تعويض هذا الضرر اذا ما لغي الحكم الابتدائي أمام محكمة الطعن ولايرجع أساس مسؤولية المحكوم له (طالب التنفيذ) في هذه الحالة على الخطأ (وفقا للمادة 224 مدني كويتي ، م 164 مدني مصري و1382 مدني فرنسي) 2 ، لأنه يستعمل حقا قانونيا مشروعا ولكن على أساس تحمل تبعة المخاطر3 .تنفيذ الاحكام

وبهذا قضت محكمة النقض المصرية " أن تنفيذ الاحكام والقرارات الجائز تنفيذها يجري على مسؤولية الطالب ، لأن اباحة التنفيذ قبل أن تصبح الأحكام نهائية هو مجرد رخصة للمحكوم له ، إن شاء انتفع بها وإن شاء تربص حتى يحوز قوة الشيء المحكوم فيه . فإن إختار الرخصة وأقدم على تنفيذه وهو يعلم أنه معرض للإلغاء إذا ما طعن فيه فإنه يتحمل مخاطر هذا التنفيذ ، بعد أن يثبت أن الحق ليس في جانبه ، وأن يرد إلى خصمه الذي جرى التنفيذ ضده ما يكون قد إستوفاه منه ، وأن يعيد الحالة

---

1 المادة 643 ، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2 تقابها المادة 124 من القانون المدني الجزائري .

3سيد أحمد محمود ، الغش الإجرائي الغش في التقاضي ، مرجع سابق ص 204 ، 695 حسين وعبد الرحيم عامر، المسئولية المدنية مرجع سابق بند 348 ، ص 261. ..- " فكرة الغرم بالغنم "حيث أنه كان مخيرا بين الاقدام على التنفيذ وبين التريث ولانتظار حتى تنتهي مواعيد الطعن فيكون ذلك على مسؤوليته في الطعن المرفوع ان وجد

إلى ما كانت عليه قبل التنفيذ ، كما يلتزم بتعويض الضرر الذي لحق الخصم1وعلى هذه الأحكام تسير محكمة النقض الفرنسية أيضاً . ولم تفرق الأخيرة بين الأحكام القابلة للطعن عليها بالاستئناف والأحكام القابلة للطعن عليها بالنقض ، حيث تكتفي بإثبات المضرور للأضرار التي أصابته من التنفيذ المتسرع دون إنتظار فوات مواعيد الطعن أو إنتظار نتيجة الطعن ذي رفع بالفعل منه2 فإنه يجب إعادة الحالة إلى ما كانت عليه . ويكون أشد من الحالة السابقة إذا كان القائم بالتنفيذ سيئ النية ، يعلم بأن الحكم سوف يتم إلغاؤه فهنا يكون مسؤولاً كافة الأضرار نتيجةاستعماله التعسفي للحق في التنفيذ . وذلك كما لو كان حصل على حكم عن طريق التحايل والغش .3

والقضاء الفرنسي لم يفرق بين الاحكام القابلة للاستئناف والاحكام القابلة للنقض في هذا الصدد حيث يكتفي القضاء بأثبات المضرور للأضرار الناشئة من التنفيذ التسرع ، للحكم بالتعويضات 4 ، كالتالي " ان الخصم الذي نفذ حكما قضائيا ثم يطعن فيه أو اثناء المواعيد التي يمكن من خلالها رفع الطعن ، يتصرف على مسئوليته ، وفي حالة نقض هذا الحكم ، فان صاحبه يجب عليه إعادة الخصم الى نفس الحالة التي كان عليها قبل الحكم ، وعند الاقتضاء تعويضه عن الاضرار التي حدثت له من واقعة التنفيذ، وبان المالك الذي قام بالتنفيذ على مسؤوليته لحكم الطرد الذي تم الطعن فيه يكون مسؤولا عن الاضرار الناشئة عن التنفيذ المتسرع للقرار المطعون فيه حتى في حالة إجازة الطعن . 5

الا انه وعلى خلاف الفقه والقضاء الفرنسي والمصري يذهب الجانب الراجح في الفقه بحق للقول بضرورة التمييز في المسؤولية عن تنفيذ الحكم النافذ نفاذا معجلا على أساس حسن النية وسوء النية ، فلا يسأل طالب التنفيذ عن تنفيذ الحكم مؤقتا اذا كان طالب التنفيذ حسن النية ، لأن طالب التنفيذ يستعمل حقا مشروعا خوله له القانون ، ألا وهو تنفيذ الحكم معجلا في الحالات التي يجيز فيها

---

1 نقض مدني ، جلسة ٢٧/٣/١٩٦٩ ، مجموعة حكام النقض المدنية والتجارية ، السنة ٢٠، العدد1 ، ص 508 ، رقم 83 5/1967 . المجموعة . السنة ١١٨ ، ص 1084 ، د احمد قطب عابس ، إساءة استعمال الحق في التقاضي ، مرجع سابق ص439 .

2Cass, civ, 25 januier 1968, WOOG: La resistance j. jostifieea (Y) '1' exercice des voies de droit, Paris, 1908, op.cit., p. 64 .

3 احمد قطب عابس ، إساءة استعمال الحق في التقاضي ، مرجع سابق ص439 .

4(Poitiers, 29 jan. 1923, D.1923.2.49, Paris, 22 déc. 1933, (v 1934. 154, Paris 10 jan. 1938.1938, G.P. 1938.1.459, D.H.= civ. 30 mars 1931, D.H. 1931.281. V.J.MESNARD, l'abus du droit en matière de droit judiciàire privé, thèse paris 1952, 22, 88; (Jean-claude) WOOG, la résistance injustifiée à l'exercice= .64 .des voies de droit, Paris, 1968 p 64

سيد أحمد محمود ، الغش الإجرائي الغش في التقاضي ، مرجع سابق ص 205 .

5 سيد أحمد محمود ، الغش الإجرائي الغش في التقاضي ، مرجع سابق ص 205 .

القانون ذلك، أما اذا كان طالب التنفيذ سيئ النية فالخطأ واقع وينبني عليه اعتباره عليه مسئولا عما لحق المنفذ ضده من أضرار بسبب التنفيذ .1

مثل تقديم الدائن مخالصة للمدين ولكنه أبقى السند تحت يده ولما توفى المدين طالب الدائن الورثة قضاء الدين، فصدر الحكم مشمولا بالنفاذ المعجل، ولكنهم عثروا على المخالصة وتمسكوا بها في الاستئناف فأدى ذلك إلى إلغاء الحكم المستأنف. وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذا الرأي في بعض أحكامها، التي قررت فيها عدم المسئولية عن التنفيذ المعجل للحكم إلا إذا كان طالب التنفيذ سيئ النية عند التنفيذ 2.

ويكون هذا الرأي الفقهي الأخير جدير بالقبول ، ذلك بان مناط التعسف أو الشطط في اتخاذ الإجراءات ضد الخصم أساسها حسن النية والمصلحة من اتخاذ الاجراء ، كما ان قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري مكن الخصم المطلوب التنفيذ ضده من الاعتراض على النفاذ المعجل ، طبقا للمادة 325 منه ، بعد قيامه بالطعن في الحكم بالاستئناف او بالمعارضة ، وفضلا عن ذلك فان الحكم بالنفاذ المعجل لاسيما القضائي يكون تحت رقابة القاضي لتقدير جدية الطلب من عدمه قبل الحكم به .

الفرع الثاني: إساءة استعمال اجراءات التنفيذ من قبل المنفذ عليه .

النظام الاجرائي المدني مبني على مبدأ العدالة بين الخصوم والغير ، فأن ضمن للمنفذ له سلطات تضمن الوصول الى تنفيذ الحكم واستيفاء ديونه ، كفل أيضا للمنفذ ضده سلطات في مواجهة النفذ له ، تجنبا للتعسف في هذه المرحلة الحاسمة بين الأطراف ، وباتت خصومة التنفيذ معركة أخيرة بينما لحسم النزاع ، فبينما يحاول المنفذ له الوصول الى نفاذ ما بيده من احكام أو سندات تنفيذية ، يسعى أيضا المنفذ ضده الى منعه من ذلك وعرقلته بما يتاح له من مكنات ، وهنا تسلك خصومة التنفيذ عامة سبل التعسف للإساءة للخصم .

وبذلك أعطى المشرع للطرف الذي يتم التنفيذ ضده – لتحقيق المساواة الكاملة في ممارسة حق الدفاع في التنفيذ – الحق في الرد على هذه المنازعات بمنازعات أخرى، فيجب أن تكون هذه المنازعات مبنية على أسباب أخرى وتجعلها مقبولة ومفهومة وإلا كانت محلاً للمسؤولية.

---

1 احمد إبراهيم عبد التواب ، الإساءة في إجراءات التقاضي والتنفيذ ، ، مرجع سابق ص 606 .

2 أحمد ماهر زغلول ، " أثار الغاء الحكم بعد تنفيذه " ، ص402 ، وما بعدها د احمد إبراهيم عبد التواب ، الإساءة في إجراءات التقاضي والتنفيذ ، ، مرجع سابق ص 608 .

فالإساءة في التنفيذ من قبل المنفذ عليه يقصد بها امتناع من صدر ضده حكماً واجب النفاذ عن تنفيذه، سواء كان من صدر ضده الحكم شخصاً طبيعياً أو اعتباريا، سواء كان هذا الامتناع تحت ستار استخدام وسيلة قانونية متاحة الإشكالات . أو الامتناع بعد استنفاد هذه الوسائل ، سواءأكانت من جهة الإدارة التي تحتكر سلطة التنفيذ ، مدنياً كان الحكم أو إدارياً . أو من الأفراد ، خاصة تلك الأحكام المدنية التي يصعب تنفيذها بل في الأغلب يستحيل هذا التنفيذ1.

فإذا كان المشرع قد خول الدائن الحق في التنفيذ الجبرى فإنه تحقيقا للمساواة بين أطراف التنفيذ خول المدين الحق في الاعتراض عليه سواء أكان اعتراضه مبنيا على أسباب موضوعية (منازعة موضوعية) أو مبنيا على أسباب وقتية (منازعة وقتية أو اشكال في التنفيذ). فإن المنازعة في التنفيذ باعتبارها حقا اجرائيا يجب أن تكون ممارستها مقيدة بالغاية التي شرعت من أجلها وبالتالي عدم التعسف أو الاساءة في استعمالها، بما يؤدي إلى عدم الاضرار بالدائن او عدم عرقلة سير التنفيذ وإلا وجبت مسالة المدين عن ذلك2 .

أولا: حدود سلطة المنفذ عليه .

فالمنفذ ضده هو من توجه اليه إجراءات التنفيذ الجبري ، سواء كان المدين الأصلي بالدين أو المحجوز لديه ، فهو الجانب السلبي في خصومة التنفيذ أو في التنفيذ الجبري 3 ، ويجب أن يتوفر المنفذ ضده لإثارة عوارض التنفيذ الوقتية أو الموضوعية ، الشروط العامة المطلوب توافرها في كل طلب يوجه للقضاء أوهما الصفة والمصلحة.

ويتعين أن يكون المنفذ ضده صاحب مصلحة مشروعة في خصومة التنفيذ الجبري، بأن تتوافر له مصلحة شخصية مباشرة في المنازعة في التنفيذ أو تكون مصلحته في المنازعة في التنفيذ مصلحة قانونية ومشروعة، أي مصلحة يعترف بها القانون ويحميها، كما أنه ينبغي أن يمثل التنفيذ اعتداء أو مصلحة حالة على مصلحة المنفذ ضده، وفي هذه الحالة فإن المصلحة الحالة تكفي وفقا لنص المادة الثالثة من قانون المرافعات لحق طالب التنفيذ في إبداء المنازعة في التنفيذ قبل بدء التنفيذ. ومن باب المقابلة مع حقوق طالب التنفيذ في الحق في التنفيذ الجبري وتحقيق التوازن بينه وبين المنفذ ضده، فقد

1 أحمد قطب عباس : اساءة إستعمال الحق في التقاضي بين النظام الإسلامي والأنظمة القانونية ، رجع سابق ص 432.

2عبد الباسط جميعي ، الإساءة في المجال الاجرائي، إساءة استعمال الحق في التقاضي والتنفيذ ، مرجع سابق ، ص 2. 05

3 احمد إبراهيم عبد التواب ، الإساءة في إجراءات التقاضي والتنفيذ ، ، مرجع سابق ص 614 .

رخص القانون للمنفذ ضده المنازعة في التنفيذ سواء كانت منازعة وقتية في التنفيذ أو منازعة موضوعي.1

فيجب أن تثبت الصفة في دعوى الاشكال للمدين المفنذ ضده ، فهو صاحب المصلحة الأساسية في وقف التنفيذ ، والمدين المنفذ ضده هو من يلزمه القانون بالأداء الثابت في السند التنفيذي وهو الخاضع لإجراءات التنفيذ الجبري ، كما تثبت الصفة للخلف العام والخاص للمدين ، لكن لايسوغ لأبن المدين المنفذ ضده أن يرفع دعوى الإشكال لأن ليس له صفة الخلف ، فهذه لاتثبت الا بوفاة السلف 2 ، وبالنتيجة فانه لافائدة ترجي من استشكال المدين أو الغير أذا لم تتوفر لديه مصلحة من وقف التنفيذ مثلا.

ولاعتبار ان غياب المصلحة مناط التعسف في استعمال إجراءات التقاضي ، فانانعدام المصلحة أو تفاهتها مقارنة ببما يلحق المنفذ له من ضرر ، أوفي حالة الحصول على منفعة لاتتناسب مع ما يلحق المنفذ له من ضرر او كانت المصلحة غير مشروعة فان المنفذ ضده يكون تحت طائلة الجزاء المقرر للتعسف في استعمال الحق في التقاضي ، وطبقا أيضا لمقتضيات المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري ، فضلا عن الحكم على خاسر دعواه بالاستشكال أو طلب وقف التنفيذ بغرامة مدنية قدرها ثلاثين (30.000) ألف دج ، بحسب مقتضيات المادة 634 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ودون المساس بالتعويضات المدنية التي يمكن منحها للمدعى عليه ، وبذلك يجيز المشرع الجزائري نظر دعوى التعويض عن التعسف في الإجراءات التعسفية من قبل المنفذ ضده أمام محكمة التنفيذ المختصة بنظر منازعة التنفيذ .

وبالنتيجة فأن منح قاضي إشكالات التنفيذ نظر دعوى التعسف عن إجراءات التنفيذ التعسفية فيه رفع للمشقة على الخصوم ، ويتوافق أيضا مع سياسة الشرع في ردع التعسف بجميع اشكاله في الخصومات، وفي نفس الوقت تجنب التشتيت لمنازعات التنفيذ وفضلا عن ذلك فأنها سلطة أقرها القانون للقاضي استثناءا .

كما انه أيضا من حق المضرور من دعوى النازعة في التنفيذ أ يطلب التعويض عن الإجراءات التعسفية وفقا للقواعد العامة في قانون الإجراءات المدنية ، والتي تكون عن طريق دعوى مبتدأة بطلب التعويض.

1 احمد إبراهيم عبد التواب ، الإساءة في إجراءات التقاضي والتنفيذ ، ، مرجع سابق ص 614 .

2 جمدي باشا عمر أشكالات التنفيذ ، مرجع سابق 31 .

كما يجب ان تنفر أيضا الى جانب الشروط العامة أعلاه الواجبة المتعقلة بشروط قبول الدعوى، شروط خاصة ، واولها أن يكون التنفيذ يتعلق بالتنفيذ جيرا بأن تكون المنازعة المطروحة على قاضي إشكالات التنفيذ تتعلق بالتنفيذ الجبري ، سواء كان تنفيذيا مباشرا(التنفيذ العيني)، أو تنفيذ غير مباشر (التنفيذ بطريق الحجز)، وبصرف النظر عن السند التنفيذي ، سواء كان حكم او عقدا موثقا ، أم ورقة تجارية ، أحكم محكمين ...الخ 1، وتحدد هنا الحالات التي لا يختص فيها قاضي التنفيذ لسبب عدم تعلقها بالتنفيذ الجبري، واعتداداً بأن الأحكام القابلة للتنفيذ الجبري هي تلك الأحكام الموضوعية الصادرة بإلزام المحكوم عليه بالقيام بعمل أو بأداء شيء .2

الى جانب ذلك أن يتعلق الاشكال بسير التنفيذ واجراءاته، فلا يكفي لاعتبار المنازعة متعلقة بالتنفيذ ، مجرد تعلقها بتنفيذ جبري ، بل يتعين فوق هذا ان تكون منصبة على اجراء من إجراءاته أو متعقلة بسير التنفيذ و مؤثرة في جريانه3

ثانيا : مظاهر إساءة استعمال اجراءات التنفيذ من قبل المنفذ عليه .

الإشكال في التنفيذ حق من الحقوق التي كفلها القانون لغاية المصلحة العامة وكفالة حسن تنفيذ الأحكام القضائية على وجهها الصحيح إلا أن الملاحظ أنه كثيراً ما يلجأ الاشخاص الصادرة ضدهم ألاحكام القضائية لاستخدام حق الإشكال في التنفيذ ليس بغرضالوصول إلى حقوقهم التي كفلها لهم الإشكال في التنفيذ، ولكن نكاية في الخصم ،وتعطيلاً لنفاذ الحكم القضائي الواجب النفاذ، وكسباً لوقت يطمعون فيه حتى يصدر الحكم في طلب وقف التنفيذ للحكم ، وهى أساليب كيدية ولاسيما و أنها تستهدف حجية حكم قضائي واجب الاحترام.

فالاستكشال ليس طريقا من طرق الطعن المقررة قانونا على الاحكام ومن ثمة لايجوز ان يكون مبنى الاشكال مثلا الطعن على الحكم بخطئه في تطبيق القانون ، ولكن يجوز الاستشكال على أساس ان الحكم قد صدر بناءا على إجراءات باطلة بطلانا مطلقا كأن يكون صدر ضد شخص متوفي مثلا .

وتكمن أهمية الاستشكال من قبل المنفذ ضده للأثر القانوني لإشكالات التنفيذ ، فيترتب على رقع أول اشكال وقف التنفيذ بقوة القانون .

---

1 حمدي باشا عمر ، إشكالات التنفيذ ، مرجع سابق ص 34 .

2 أحمد أبو الوفاء ، إجراءات التنفيذ ، مرجع سابق ص 387 .

3 أحمد هندي ، ، أصول التنفيذ الجبري ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2006، ص 493 ، حمدي باشا عمر ، مرجع سابق 40 .

وقد أفرد قانون الإجراءات المدنية والإدارية المواد من 631 الى 635 من قانون الإجراءات المدنية إجراءات تسوية إشكالات التنفيذ ، ففي حالة وجود اشكال في تنفيذ أحد المستندات التنفيذية المنصوص عليها في قانون قانون الإجراءات المدنية والاراية ، يقوم المحضر القضائي بتحرير عن الاشكال ويدعو الخصوم لعرض الاشكال على رئيس المحكمة التي يباشر في دائرة اختصاصها التنفيذ عن طريق الاستعجال ، الا ان المشرع اخضع إشكالات التنفيذ المتعلقة بالحجوز الى القواعد الخاصة بالحجوز[1] ، والاصل أن ترفع دعوى الاشكال في التنفيذ من طرف المستفيد من السند التنفيذي أو المنفذ عليه او الغير الذي له مصلحة ، بحضور المحضر القضائي المكلف بالتنفيذ ، ولكن في حال رفض المضحر القضائي تحرير محضر الاشكال الذي يكون قد أثاره أحد الأطراف ، يجوز لاحدهم تقديم طلب وقف التنفيذ الى رئيس المحكمة ، عن طريق دعوى استعجالية من ساعة الى ساعة وتكليف المحضر القضائي وباقي الأطراف بالحضور امام الرئيس ، ولعل أهم أثر لدعوى الاشكال في التنفيذ عو إيقاف إجراءات التنفيذ الى غاية الفصل في الاشكال أو في طلب وقف التنفيذ من طرف رئيس المحكمة [2] ،وفي جميع الأحوال يتعين على رئيس المحكمة أن يفصل في الاشكال أو في وقف التنفيذ في أجل أقصاه خمسة عشرة (15) يوم من تاريخ رفع الدعوى ، بأر مسبب غير قابل لأي طعن [3]وذلك بغية المضي قدما في عملية التنفيذ وعدم عرقلة نفاذ الاحكام والسندات التنفيذية ، وفي هذا المنوال قضت المحكمة العليا ، ما يلي :

(المبدأ : حيث أنه من المقرر قانوناوعملا بالمادة 633 من ق إ م لا يجوز الطعن في الأمر الذي فصل في طلب وقف التنفيذ كان ذلك بالقبول أو الرفض.

وحاصل ذلك فإن المجلس لما قضى بقبول الاستئناف من حيث الشكل وفصل في الموضوع بتأييد الأمر يكون قد خالف القاعدة الإجرائية القانونية المنصوص عليها في المادة 633 من ق إ م إ المشار إليها أعلاه مما يعرض القرار للنقض.[4]

---

1 المادة 631 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

2 المادة 632 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

3 المادة 633 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

4 يوسف دلاندة ، قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، مذيل بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا ومجلس الدولة ، مرجع سابق ص183 ، – قرار مؤرخ في 2013/04/18، رقم 0894165 ، ملف رقم 0894165 قرار بتاريخ 18-04-2013 قضية فريق (ب- ي) ضد (م ع لشركة دانيماكس) الغرفة المدنية- القسم الأول ، قرار غير منشور.

وفي قرار آخر للمحكمة العليا ، جاء فيه : (حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه نجد أن المجلس لما فصلوا في الاستئناف بعدم قبوله لمخالفته لأحكام المادة 633 من في أ م أ قد أخطأوا في تطبيق النص القانوني ولم يعطوا للنزاع المطروح أمامهم التكييف القانوني السليم.

بحيث يستخلص من أصل الدعوى أنها ترمي إلى طلب إبطال محضر تنفيذ وتنصيب محرر بتاريخ 09/06/2010 من طرف المحت القضائي (س ع).

و حيث أن هذا الطلب لا يتعلق اصلا بإشكالات التنفيذ المنصور عليها بالمواد من 631 إلى 635 من في ا م ا ولذلك المجلس أخطأ حينما اعتبر أن الأمر المستأنف الصادر بتاريخ 02/08/2010 القاضي بعدم قبول الدعوى أمرا غير قابل للاستئناف عملا بالمادة 633 في ا م ا ، يكونون قد خالفوا القانون طالما أن الأمر الصادر في الدعوى لا يتعلق بإشكالات التنفيذ ومنه ما جاء به الوجه مؤسس ويؤدي إلى النقض دون التطرق الى الاوجه الأخرى) 1.

وللطابع الموقت لوقف التنفيذ فأنه وفي حالة قبول الدعوى فأن الرئيس يأمر بوقف التنفيذ لمدة محددة لا تتجاوز ستة (06) اشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى ، وفي الحالة العكسية برفض دعوى الاشكال أو طلب وقف التنفيذ يأمر الرئيس بمواصلة التنفيذ .

ومنعا للتعسف والشطط من الخصم في سلوك إجراءات وقف التنفيذ باعتبار ذلك امر يعاكس العدالة الناجزة ، فان المادة 634 من قانون الإجراءات المدنية اقرت بانه في حالة رفض طلب وقف التنفيذ ، يحكم القاضي على المدعي بغرامة مدنية لا تقل عن ثلاثين الف (30.000 دج) دون المساس بالتعويضات المدنية التي يمكن منحها للمدعى عليه، وان كان سبق الفصل يتعلق بقضايا الفاصلة في الموضع بتوفر شروطها فان المشرع اقر أيضا بانه اذا شبق الفصل في اشكال التنفيذ أو في طلب وقف التنفيذ ، فلا يجوز رفع دعوى ثانية من نفس الأطراف حول نفس الموضوع .2 ، لقطع الطريق لتعنت الخصم وتعسفه في مباشرة إجراءات وقف التنفيذ منعا للخصم من استفاء حقه الثابت في السند التنفيذي.

يتم رفع الاشكال من قبل المنفذ ضده بنفس الطريقة العادية المتبعة في رفع الدعوى الاستعجالية أي بتقديم عريضة مكتوبة بمصلحة رفع الدعاوي بالمحكمة الابتدائية ، ويتم في شانها الإجراءات الخاصة بالقضاء المستعجل سواء من حيث الجدولة ، أو مواعيد سرعة الفصل وطرق الطعن المقررة في

---

1 يوسف دلاندة ، قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، مذيل بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا ومجلس الدولة ، مرجع سابق ص 184 ، ملف رقم 0912806 قرار بتاريخ 21-11-2013 قضية فريق (ورثة ع ن) ضد (ورثة (م) الغرفة المدنية – القسم الأولقرار غير منشور .

2 المادة 635 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

كالوفاء مثلا ،وتقويض عملية التنفيذ من اساساها ، فقد ترمي الى التشكيك في صحة السند التنفيذي المقدم كما هي محددة بالمادة 600 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، أو المنازعة في مقدمات التنفيذ طبقا للمادتين 612 و61 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، والمنازعة في اركان التنفيذ المتثملة في اطراف التنفيذ ومحله وشكل التنفيذ ، أو حتى في عدالة التنفيذ كانقضاء الحق الموضوعي لاي سبب كالوفاء أو التقادم مثلا .

ولعل اهم صور تعسف المنفذ ضده في منازعة التنفيذ الجبري تتمثل في الاشكال في تنفيذ الحكم الواجب اقتضاؤه جبرا دون مبرر أو أساس ، فيحاول بعض المنفذ ضدهم استعمال الأثر الموقف للإشكال في التنفيذ لعرقلة تنفيذ الحكم دون مبرر 1 ، وبذلك يتعسف المنفذ ضده باصطناع عقبات مادية لعرقلة التنفيذ ، فقد يلجأ البعض منهم الى احداث تغيير بمحل التنفيذ أو حتى بمحاولة ادخال تغيير على اسمه او لقبه بداعي تصحيح وثائق الحالة المدنية ، واحيانا أخرى استجلاب الغير للطعن في الحكم عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة لمنع تنفيذ الحكم بالرغم من عدم احقية الغير في الطعن لانعدام المصلحة ، او حتى بإثارة اشكال موضوعي في التنفيذ عن طريق دعوى المنازعة في الكفيل بالتشكيك في اقتداره وملائته .

الفرع الثالث : إساءة استعمال اجراءات التنفيذ من قبل الغير.

أقرّ المشرّع أيضًا حقّ الغير في الاعتراض على التنفيذ إذا انتهك حقوقهم أو مصالحهم. ويجب عليهم أيضًا ممارسة هذا الحقّ دون تعسّف ودون المساس بأيّ طرف من أطراف التنفيذ أو السلوك المعقول، تحت طائلة المسؤولية. وعليه، فإنّ تجاوز الحدود المعقولة أو المتعارف عليها في الاعتراض على التنفيذ – من قِبَل المدين أو الدائن ، وبالتالي يُحمّله مسؤولية استخدام الرسائل المتاحة له للدفاع عن حقوقه أو مصالحه على نحوٍ غير مقصود أو مخالفٍ للغرض الذي شُرّعت من أجله – لأنّ الانحراف عن غاية الحقّ يُحوّله إلى فساد أو وهم – وكلّ تجاوز لحدوده يُحوّله إلى نقيضه.

فالقانون منح مكنة للغير الذي سيتضرر من عملية التنفيذ أن يلجأ للقاضي لحماية أمواله من وقوعها رهينة لعملية التنفيذ الجبري ، ذلك ان نسبية الأحكام واقتصارها على الأطراف فقط ، ولحماية مصالح الغير الذي لم يكن طرفا في الخصومة أجاز القانون للغير أن يرفع إشكالا في التنفيذ أمام قاضي الأمور المستعجلة ، على ان يثبت مصلحة في الإشكال منعا للشطط والتعسف ،أو التحايل باستقدام طرفا أخر لخصومة التنفيذ ليساند المنفذ ضده الذي تعوزه الأسباب الجديد لوقف التنفيذ ، او لمنع المنفذ ضد من الوصول الى أمواله أو تعطيل ذلك الوصول وربح الوقت أو حتى للنكاية.

1 احمد إبراهيم عبد التواب ، الإساءة في إجراءات التقاضي والتنفيذ ، ، مرجع سابق ص 616 .

والغير الذي لم يكن طرفا في السند التنفيذي ، يجوز له أن يرفع الإشكال الوقتي في التنفيذ أمام قاضي الأمور المستعجلة، عن طريق أبدائه أمام المحضر القضائي أو يقوم برفعه قبل الشروع في التنفيذ الجبري، بعريضة أفتتاح الخصومة ، طبق للقواعد العامة التي ترفع بها الدعوى الموضوعية ، وذلك اذا تبين للغير أن طالب التنفيذ يرغب في التنفيذ على أمواله او شرع في التنفيذ عليها، وانطلاقا من القاعدة القانونية التي تقضى أن يجري التنفيذ على أموال المدين ، ولا يتعداه الى أموال الغير 1.

لتحقيق العدالة اثناء التنفيذ ، منح القانون للغير أيضا مكنة الاستشكال أو الاشكال الوقتي وتبعاللاشكال والأوضاع المقررة للأطراف التنفيذ أما اثناء التنفيذ بابدائه أمام المحضر القضائي ، او قبله – قبل الشروع في التنفيذ – عن طريق المطالبة القضائية ، وذلك اذا تبين للغير أن طالب التنفيذ يرغب في التنفيذ على أمواله الخاصة ، انطلاقا من المبدأ القائل أن يجري التنفيذ على أموال المدين ، ولايتعدى الى أموال الغير2 ، فهي على غرار جميع الإجراءات القضائية ، تجب اثارتها من أي صاحب مصلحة فلا تقتصر على المدين أو الدائن .

وتتوزع مجالات تدخل المنفذ عليه فيما يثيره من منازعة لعرقة التنفيذ ، الى قسمين الأولى إشكالات تنفيذ موضوعية والتي تهدف الى الحصول على حكم موضوعي يقضي بصحة التنفيذأو بطلانه أو وجود الحق في التنفيذ أ عدم وجوده ، وليس مجرد الحصول على حماية وقتية كما في إشكالات التنفيذ الوقتية3.

كما ان قانون الإجراءات المدنية والإدارية نظم أهم الدعاوي المتعلقة بإشكالات التنفيذ الموضوعية ، وتتوزع على دعوى الاسترداد4 ، ودعوى الاستحقاق 5 ، ودعوى رفع الحجز 6 ، دعوى المنازعة في

1 زودة عمر ، منازاعات القضاء المستعجل ، مرجع سابق ، ص159.

2 عمر زودة الإجراءات المدنية في ضوء آراء الفقهاء واحكام القضاء ، مرجع سابق ص 169 .

3 حمدي باشا عمر . أشكالات التفنيد مرجع سابق ص 44 ، نقلا عن د محمد الصاوي مصطفى ، قواعد التنفيذ الجبري ، دار النهضة العربية ، الطبعة الثانية ، 2000 ، ص 545 .

4 المواد 716 الى 718 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

5 المادتين 772 و773 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

6 المواد 640 و675 ، و 640 و641 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

الكفيل 1 ، والاعتراض على قائمة شروط البيع 2 ، وهي كقاعدة عامة غير موقفة للتنفيذ مالم ينص القانون على خلاف ذلك كدعوى الاسترداد طبقا للمادة 717 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .3

أما إشكالات التنفيذ الوقتية ، في تلك المنتزعات التي تعترض تنفيذ الاحكام القضائية والسندات الواجبة التنفيذ ، قبل تمام التنفيذ ، ويكون المطلوب فيها اجراء وقتي لا يمس اصل الحق كوقف التنفيذ أو الاستمرار فيه مؤقتا 4 ، أن إشكالات التنفيذ الوقتية ، هي منازعات قانونية يطلب فيها الحكم بإجراء وقتي بوقف التنفيذ أو الاستمرار فيه ، الى غاية الفصل في الاشكال الموضوعي .5

وقد أقرت المادة 632 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الفقرة الأولى ، " ترفع دعوى الإشكال في التنفيذ من طرف المستفيد من السند التنفيذ أو المنفذ عليه أو الغير الذي له مصلحة .

ويفهم من عبارة الغير الذي له مصلحة برفع الاشكال الوقتي لوقف التنفيذ ، بان الاشكال لايتعلق بالحكم او بالسند ولكن يتعلق بالمال الواقع عليه التنفيذ والذي يكون مملوك لهذا الغير وهنا تقوم المصلحة في وقف التنفيذ على ماله الخاص.

ولقد حدد الفقه ثلاثة شروط توفر صفة المستشكل الغير :

1- له شخصية مستقلة عن أطرف التنفيذ وبالذات عن المدين.
2- تكون له مصلحة خاصة ومستقلة عن المنقول المراد التنفيذ عليه.
3- أن يكون مصدر هذه السلطات هو نص القانون.6

ومنعا لأي تعسف من الغيرالمستشكل ، او حتى اثارة استشكال من الغير بطلب من المنفذ عليه ، يتعين على القاضي الفاصل في إشكالات التنفيذ ،بسط رقابته والتحقق من الشروط الواجب توافرها في

---

1. المادة 586 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .
2 المادة 740 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .
3 للتفصل يراجع حمدي باشا عمر إشكالات التنفيذ مرجع سابق ص 44 وما يليها .
4 حمدي باشا عمر ، إشكالات التنفيذ ، مرجع شابق ص 80.
5 عمر زودة، منازعات القضاء المستعجل ، تدابير الاستعجال ، إشكالات التنفيذ، دار بلقيس للنشرالجزائر ، الطبعة الأولى ، 2023، ص 135.
6 نبيل عمر أسماعيل ، إشكالات التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية ، نبيل عمر سماعيل ، منشأة المعارف الإسكندرية 1982 ص 48 .

الغير ، منعا للشطط او لعرقلة عملية التنفيذ ، فان الحكم باستمرار التنفيذ هو ما يجب ان تنتهي اليه دعوى الغير المستشكل .

ولقد نصت المادة 634 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: على أنه في حالة رفض الاشكال أو طلب وقف التنفيذ ، يأمر بمواصلة التنفيذ ، وفضلا عن ذلك نصت نفس المادة على جزاء يحكم به القاضي وجوبا في حالة رفض طلب وقف التنفيذ من قبل الغير المستكشل لا تقل عن ثلاثين الف دج (30.000 دج) ، ودون المساس بالتعويضات المدنية التي يمكن للمدعي عليه في دعوى وقف التنفيذ المقامة من قبل الغير المطالبة بها.

ويتحقق القاضي من إساءة استعمال دعوى وقف التنفيذ بانعدام مصلحة الغير في طلب وقف التنفيذ ، والحقيقة أن هذا الحكم القانوني المتعلق بالتعويض عن الشطط في استعمال دعاوى وقف التنفيذ يكاد لا يعمل به عند توفر عناصر اعماله ، لأن الغرض من ذلك هو كبح رغبات الأطراف في استعمال القضاء للنكاية بالخصوم.

المطلب الثالث : مسؤولية الدولة عن عدم تنفيذ احكام القضاء .

لم يعد تقدير الوقت المعقول للوصول الى تنفيذ الحكم القضائي ذي بال لوحده، بل يتم ايضا الوضع في الحسبان الارهاق والنيل ممن صدرت الاحكام لصالحهم ولم يتمكنوا من تنفيذها ، هذا الاخفاق تتحمله الدولة لانهأنتهاكلسؤوليتها بتوفير محاكمة عادلة وناجزة ، فرفض مساعدة تدخل القوة العمومية لفترة طويلة مثلا ،يتعتبر اخلال بالتوازن بين مقتضيائت المصلحة العامة، وحماية احترام حق الملكية المكرس دستوريا ، وحق طالب التنفيذ كفرد في تنفيذ احكام القضاء من قبل الدولة.

فالتعسف من المنفذ ضده في المنازعة في التنفيذ أو الامتناع العمدي عن التنفيذ لايقتصر على الشخص الطبيعي فقط ، بل يمتد أيضا ليقع من الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة ، فلعل امتناع الدولة عن تنفيذ الأحكام يعتبر أصعب صور التعسف في استعمال الحق ، علاوة على إخلالها الدستوري بأدائها على ضرورة تطبيق واحترام القانون ، .... والمسلك السابق مسلك غير حميد من قبل الدولة التي يتعين عليها أالحترام القانون قبل الأفراد ، اذ يتعين علي الدولة أن تكن أول الممتثلين للقانون والعاملين على احترامه وفقا لما يقضي به مبدأ المشروعية ، والذي يقتضي خضوع الجميع حكام ومحكومين للقانون .1

و بفعل السلطة التقديرية التي يتمتع بها الموضظفون الاداريون في مختلف مؤسسات الدولة ومهما كانت صفتهم ، فقد يرتكزون في بعض الحالات على وقف تنفيذ الاحكام القضائية مؤقتا وللوقت

1 أحمد إبراهيم عبد التواب ، الإساءة في إجراءات التقاضي والتنفيذ ، مرجع سابق ، ص 621 .

الضروري لاجل أيجاد حل مرضي لمشاكل النظام العام التى قد تواجهها السلطات في بعض الظروف الاستثنائية، الا انه يجب أيضا تكريس التزامات الدولة بدونتاخير غير مبرر بتقديم مساعدة القوة العمومية لضمان تنفيذ احكام العادالة لصالح طرف ضد اخر.

وقد أكد على ذلك أيضا الدستور الجزائري ، : "كل أجهزة الدولة المختصة مطالبة في كل وقت وفي كل مكان، و في جميع الظروف، بالسهر على تنفيذ أحكام القضاء ، يعاقب القانون كل من يمس باستقلالية القاضي، أو يعرقل حسن سير العدالة وتنفيذ قراراتها ". 1

وقد جاءت العقوبات مشددة عن عدم تنفيذ الاحكام القضائية قصد تحقيق الردع لمنع الموظفين من استعنال السلطة المخولة لهم لمنع تنفيذ تنفيذ حكم قضائي او عرقلة تنفيذه عمدا ، نتيجة لخطورةالأفعال الواردة فيها والمتعلقة باستعمال الموظف لسلطته ووظيفته لوقف تنفيذ حكم قضائي أو إمتناعه أو عرقلته عمدا. فقد نصت المادة 138 مكرر: من قانون العقوبات : "يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى خمس (5) سنوات والغرامة من 200.000 دج إلى 500,000 دج ، كل موظف عمومي استعمل السلطة التي تحوله إياها وظيفته لوقف تنفيذ حكم قضائي أو امتنع أو اعترض أو عرقل عمدا تنفيذه .

ولقد وسع قانون العقوبات في نفس المادة من مفهوم الموظف العمومي ، مقررا بأنه " يقصد بالموظف العمومي ، في مفهوم هذه المادة ، كل شخص يشغل منصبا تشريعيا أو تنفيذيا أو إداريا أو في أحد المجالس الشعبية المحلية المنتخبة، سواء كان معينا أو منتخبا، دائما أو مؤقتا، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته ".

وهذه الفقرة منقولة حرفيا من المادة 2 الفقرة " ب " من القانون 01/06 ، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته .

وهذا بالإضافة الى العقوبات التكميلية المنصوص عليها بالمادة 139 من قانون العقوبات : "يعاقب الجاني فضلا عن ذلك بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 وذلك من خمس سنوات على الأقل إلى عشر سنوات على الأكثر .

كما يجوز أن يحرم من ممارسة كافة الوظائف أو كافة الخدمات العمومية لمدة عشر سنوات على الأكثر"، وهي عقوبات جوازية بنص المادة 14 من قانون العقوبات ، " يجوز للمحكمة عند قضائها في هذه الجنحة ، و في الحالات التي يحددها القانون ، أن تحظر على المحكوم عليه ممارسة

1 المادة 178 من الدستور الجزائري .

حق أو أكثر من الحقوق الوطنية المذكورة في المادة 9 مكرر 1 ، وذلك لمدة لا تزيد عن خمس (5) سنوات . وتسري هذه العقوبة من يوم انقضاء العقوبة السالبة للحرية أو الإفراج عن المحكوم عليه .

أُنشئت هذه الحماية الجزائية لمنع أو عرقلة تنفيذ أحكام المحاكم، ولدرء الإخلال بالنظام العام. إن استحالة تنفيذ حكم قضائي نهائي، بسبب رفض التعاون مع جهات إنفاذ القانون، تُهدد بزعزعة التوازن بين مقتضيات المصلحة العامة وحماية الحق في التمتع السلمي بالملكية، وحرمان لمقدم طلب التنفيذ من حقوقه. وبالتالي، تتحمل الدولة مسؤولية انتهاك الحق في محاكمة عادلة وسريعة تُفضي إلى تنفيذ حكم القضاء.

وأقر القانون لجميع رابطة التنفيذ حماية حقوقهم في هذه المرحلة تحت رقابة القضاء ، وحين خول القانون للمنفذ عليه استكمالا للمساواة في ممارسة حق الدفاع في التنفيذ وحق الرد على هذه المنازعات بمنازعات أخرى، فأنها يجب أن تكون مبنية على أسباب جدية تجعلها سائغة ومألوفة والا تعرض للمسائلة والتغريم ومع التعويض عند الاقتضاء .

كذلك فإن المشرع أيضا اعترف للغير بحق الاعتراض على التنفيذ إذا ما كان ماسا بحقوقه أو بمصالحه أو ضارا بهافيجب عليه أيضا حينممارسة هذا الحق ألا بتعسف فيه وألا يضر بأحد أطراف التنفيذ أو يعرقل سيرة وإلا تعرض للمسؤولية وهكذا فإن تجاوز الحد المعقول أو المألوف في المنازعة في التنفيذ – من المدين أو الدائن أو الغير – يؤدي إلى اعتبار صاحب الحق فيها متعسفا ومسيئا – وبالتالي مسئولا عن استعمال الوسائل المتاحة له للدفاع عن حقوقه أو مصالحه في غير ما أعدت له أو على خلاف الغاية التي من أجلها شرعت – لأن الانحراف بالحق عن غايته يقلبه إلى مفسدة – وكل شيئ يزيد حده ينقلب إلى ضده-

وإزاء هذه الصعوبات، أصبح من الضروري اليوم أن نفكر جديا في البحث عن وسائل جديدة لحل النزاعات أو تعزيز الوسائل القائمة في نظامنا القانوني والقضائي، وتكون هذه الوسائل موازية لتسوية النزاعات بالوسائل القضائية ، فلا يقتصر حل النزاعات على اللجوء إلى المحاكم وحدها.

فبالرغم من كون المحاكم الملاذ الطبيعي لحل النزاعات نظرًا للضمانات العديدة التي تُقدّمها للأطراف، إلا أنها تُعاني حاليًا من تزايد عدد النزاعات. وقد يُؤثّر هذا التزايد في عدد القضايا سلبًا على المتقاضين نظرًا لطول فترات الحلّ، على الرغم من الجهود المبذولة لزيادة عدد المحاكم وتعزيز النظام القضائي.

خلاصة الفصل الأول:

يمثل إساءة أستعمال الحقوق مبدأً قانونياً عاماً يقيد ممارسة الحقوق المشروعة لتجنب إلحاق الضرر بالآخرين دون مبرر، وينبع أساساً من المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري، التي تصنفه على أنه خطأ تقصيري يستوجب التعويض عندما ينحرف عن غرضه المشروع، أو يكون القصد منه إلحاق الضرر، أو لا يحقق أي منفعة شخصية، مما يعزز مبدأ أنه لا يجوز استخدام الحق لغرض الإضرار فقط.

ويمتدهذا المبدأ إلى سياق النزاعات بشكل عام، كتقديم شكاوى كيدية أو متكررة دون مصلحة مشروعة، وبالتالي يُرسي تمييزاً بين الاستخدام المناسب وإساءة الاستخدام التي تُطيل أمد النزاع وتُعاقب الطرف الآخر، مع فرض عقوبات مالية لضمان التوازن الإجرائي وسرعة العملية القضائية.

وسار الاجتهاد القضائي الجزائري في هذا السلك لتنظيم سلوك الأطراف، مع تقييده بحدود إجرائية محددة تتعلق بالأشخاص الطبيعيين والاعتباريين على حد سواء، مع التمييز بين الحالات الخاصة والنظرية العامة من أجل ضمان الاتساق القانوني.

وتتجلى معايير إساءة أستعمال الحق في التقاضي ، من خلال ثلاثة عناصر رئيسية، وإن لم تكن حصرية: نية إلحاق الضرر بالآخرين، وعدم وجود منفعة شخصية مشروعة، وعدم التناسب بين الضرر والمنفعة المتوقعة، من أجل توضيح اطار المسار القضائي للمتقاضين .

فخلال مرحلة التقاضي، يتجلى إساءة أستعمال الحق في التقاضي من خلال اللجوء إلى إجراءات تعسفية أو تقديم طعون واعتراضات كيدية تُطيل أمد النزاع بلا مبرر، وهذا يُخول الطرف المتضرر الحق في الحصول على تعويض مالي والذي يهدف عموما إلى ضمان مبدأ سرعة البت في القضايا.

وتتمظهر أيضا الاجراءات التعسفية في مرحلة التقاضي، من خلال اللجوء إلى إجراءات تعسفية أو تقديم طعون واعتراضات كيدية تُطيل أمد النزاع بلا مبرروهذا يُخول الطرف المتضرر الحق في الحصول على تعويض ، بهذف ضمان مبدأ سرعة البت في القضايا .

أما خلال مرحلة التنفيذ، فتعتبر إساءة أستعمال الاجراءات القضائية لاطالة أمد تنفيذ الحكم بقصد الإضرار أو دون مبرر مشروع عملاً تعسفياً، ويستحق بموجبه التعويض وفقاً للمبادئ القانونية العامة.

الفصل الثاني:

الطرق البديلة لعلاج أزمة التقاضي.

الفصل الثاني: الطرق البديلة لعلاج أزمة التقاضي.

أن ما ندركه اليوم هو أن تكاثر العلاقات وتشابكها وخاصةً الاقتصادية منها، تزامن مع تنامي النزاعات، كمًّا ونوعًا. وقدازدادت هذه النزاعات عددًا وتعقيدًا وتنوعًا، بالتوازي مع تسارع وتيرة المعاملات الاقتصادية والتجارية، واحتدام المنافسة بين مختلف المؤسسات، التي لا تتردد في استخدام جميع الوسائل القانونية والأخلاقية وغيرها لتحقيق أهدافها ، وبعيدًا عن رغبة الأطراف في السيطرة على جميع مراحل النزاع وإجراءاته، دفعت هذه الظاهرة القانونيين إلى البحث عن أساليب بديلة لتسوية النزاعات.

دراسة كفالة التقاضي تساهم في رسم معالم حق التقاضي مستقبلا ، خاصة مع وجود دعوات الى ضرورة مراجعة هذا الحق ، ويجمع الفقه اليوم على كون مؤسسة القضاء تعيش أزمة تأثر على حسن سيرها[1] .

فلم يعد النظام القضائي هو السبيل الوحيد لحل النزاعات بين الأفراد، بل توجد سبل أخرى لتحقيق العدالة واستقرار العلاقات الاجتماعية، هذه السبل المتفق عليها بين الأطراف، لا تحل النزاع فحسب، بل تخفف أيضًا العبء عن المحاكم التي يزداد عدد قضاياها باستمرار.

وتتميز هذه الطرق البديلة بسرعة الفصل ومرونة إجراءاتها، مع الحفاظ على الأسرار الصناعية والاقتصادية والتجارية، وتتوصل الأطراف إلى حلول باتفاق شبه إجماعي على عكس التقاضي التقليدي، بما في ذلك ما يتعلق بتشكيل هذه الهيئات وهيكلها وإجراءات عملها ،علاوة على ذلك، يتميز الحل المقترح بتوافق أوسع بين الطرفين، على عكس قرار المحكمة الذي يُحكم فيه لصالح أحد الطرفين وضد الآخر، مما يُهدد استمرار علاقتهما الاقتصادية ، وقد أثبتت هذه الطرق البديلة فعاليتها في ضمان هذه المزايا مع تحقيق الهدف الأساسي: حل النزاع.

وقد تبين بأن النظام القضائي يمر بصعوبات ناتجة عن صعوبة استيعاب التدفق الهائل والمتزايد للدعاوى القضائية، من حيث الكم والتعقيد، وقد أثّر هذا الوضع سلبًا على المتقاضين، إذ طالت فترات حلّ النزاعات بشكل ملحوظ، رغم زيادة عدد المحاكم وتضاعف عدد القضاة.

أمام هذه الصعوبات بات من الضروري التفكير جديا في أيجاد وسائل جديدة وناجعة لتسوية النزاعات، وتدعيم الوسائل الموجودة في نظامنا القانوني الاجرائي ، فتكون هذه الوسائل موازية لحل النزاعات بالطرق القضائية التقليدية، وقبل التطرق لدراسة هذا البدائل ، يتعين ضبط مفهومها وتحديد

1Perotroger. " Institution judicaire éd .Montetresien, P .559 .

منحى تطورها (المبحث الاول)، ونتناول الصلح والوساطة بأعتبارهما اكثر تمظهر للطرق البديلة امام المحاكم (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مفهوم بدائل التقاضي وتطورها.

اطلق على هذه الوسائل عدة تسميات منها العدالة غير الرسمية أو العدالة الموزاية ، العدالة الودية ، العدالة الرضائية ، او البديلة ، أو حتى العدالة الخاصة .... ولم تكن من المواضيع الحديثة، وانما نشأت منذ أن وجد العرف ، لقد عرفت منذ القدم سواء في صورة ودية مباشرة ينهي به الطرفان النزاع القائم بينهما دون اللجوء الى شخص ثالث ، أو بتدخل الغير بمعني الصلح ، الوساطة والتحكيم، كما ظهرت في صورة تصرفات بارداة منفردة كالتنازل ، التسامح ، العفو ، الابراء ..الخ.1

قبل التطرق الى دراسة الطرق البديلة للتقاضي ونظامها القانوني ، ولاسيما علاقتها بالقضاء ، يفترض تحديد المقصود بعبارة الطرق البديلة لفض النزاعات ، وهي بحد ذاتها لا يمكن تعريفها الا بالمقارنة مع الوسائل التقليدية لفض النزاعات وهي القضاء ،مما يمكننا مع ذلك القول بانها طرق استثنائية ولا يمكنها ان تحل محل القضاء في الفصل في النزاعات ، وبذلك سنتاول في هذا المبحث تعريف هذه الوسائل ، والتسميات التي أعطيت لها (المطلب الأول) ، ومن تم نتناول نشأة هذه الوسائل في مختلف وتطورها التاريخي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف الطرق البديلة للتقاضي.

ظهرت هذه الوسائل بأسماء مختلفة ومتنوعة لا تخلو من الغرابة وغير واضحة المعالم أحيانا، ولايمكن تعريفها بشكل دقيق ، وقد اطلق عليها الفقه تسميات متعددة، بحيث أصبحت تفوق ثمانين أسما فاعتبرها البعض، بانها قضاء غير رسمي " justice informelle " ، واطبق عليها البعض الاخر مصطلح قضاء اتفاقي " justice convenue " وهناك من أسماها قضاء ودي ، " justice amiable " ، وفي اللغة الفرنسية تعرف ب: « M A R L » ، " modes alternatifs de règlement des litiges "2.

1حامق ذهبية ، الطرق البديلة لحل النزاعات في اطار عقد الاستهلاك ، مجلة حوليات ، مجلة علمية محكمة جامعة الجزائر 1 ، ع 27 ، ج 1 ،جويلية 2015 ، ص 233 .

2 عروي عبد الكريم ، الطرق البديلة في حل النزاعات القضائية ، الصلح والوساطة القضائية ، طبقا لقانون الإجراءات المدنية والادارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية ، جامعة الجزائر 1 كلية الحقوق بن عكنون ، تاريخ المناقشة 2012/06/30 ، ص 08 .

وكلمة البديل Alternative ، استعملت في معنى اختيار الطرق غير القضائية ، وهذه الوسائل هي وسائل إضافية او ودية وذلك لإعطاء مجال واسع للمتنازعين على الاتفاق باللجوء اليها في أي مرحلة من مراحل النزاع .

وقد عرف الفقهاء هذه الوسائل البديلة بتعريفات متقاربة الى حد ما ، فقد عرفها الأستاذ LoukesAmistelis ، بانها " مجموعة من الإجراءات التي تشكل بديلا عن المحاكم في حسم النزاعات ، وغالبا ما تستوجب تدخلا شخص ثالث وحيادي " ، وعرفها الأستاذ Jarrosson ، بانها " مجموعة غير محددة من الإجراءات لحل النزاعات ، بحيث تتم في أغلب الأحيان بواسطة تدخل شخص ثالث بهدف إيجاد حل غير قضائي لهذه النزاعات " ، أما الأستاذ Brown و Marriott ، فقد عرفا هذه الوسائل بصفة عامة ، " بانها مجموعة من الإجراءات تهدف لحل النزاع بطريق غير قضائي ، أو غير تحكيمي ، ولكن ليس بالضرورة تقتضي تدخل أو مساعدة من شخص ثالث محايد يسعى الى مساعدة الأطراف بغية تسهيل الوصول الى حل النزاع " ، كما عرف المركز التجاري لحل النزاعات في استراليا هذه الوسائل بأنها " العمليات التي تهدف الى تشجيع المتنازعين بغرض الوصول الى حل خلافاتهم بأنفسهم ، وذلك بواسطة شخص ثالث حيادي لتسهيل عملهم" 1 .

وجميع هذه التسميات تدور حول فكرة واحدة هي البديل أو الخيار ، ALTERNATIVE ، عن النظام القضائي الكلاسيكي ، واللجوء الى الطرق الودية التي يختارها المتنازعون لأجل نزاعاتهم بعيدا عن القضاء الكلاسيكي ، وذلك ربحا للوقت والمال وسعيا لديمومة روابطهم التجارية وغير التجارية وحل نزاعاتهم بشكل غير معلن .2

يتمحور الخلاف حول فكرة أساسية مفادها أن هذه الآليات تُعتبر بدائل لطرق حل النزاعات التقليدية. كما أنها تُمثل نهجًا طوعيًا من الأطراف يهدف إلى توفير الوقت والجهد، وحصر النزاع فيما بينهم، بدلًا من اللجوء إلى النظام القانوني التقليديعلاوة على ذلك، أستمرار المناقشات مع بقاء النزاع سريًا.

والوسائل البديلة لحل النزاعات ، هي بصفة عامة الوسائل التي تمكن من تفادي النزاعات المستقبلية ، أو حل النزاعات العارضة سواء بالاستعانة بطرق ثالث غير طرفي النزاع ، أو بدونه ودون اللجوء الى

1 علاء آباريان ، الوسائل البديلة لجل النزاعات التجارية ، دراسة مقارنة ، منشورات الحبلي الحقوقية ، بيروت لبنان ، ط 1 ، 2008 ، ص 54 .

2 عروي عبد الكريم ، الطرق البديلة في حل النزاعات القضائية ، الصلح والوساطة القضائية ، مرجع سابق 08 .

المحاكم القضائية ، فتسلك الأطراف طريقا غير تنازعي في البداية وان تعذر ذلك فهي تفصل التوجه الى التحكيم والابتعاد عن القاضي .1

وأيا كانت هذه التسميات، فان الجوهر يبقى واحدا وهو الحل الودي بين المتنازعين بعيدا عن التعقيدات والإجراءات الرسمية والشكليات المعقدة ، وذلك بنتيجة التوسط أو التفاوض أو التوفيق بواسطة جهة حيادية مستقلة ونزيهة بهف الوصول الى حل نهائي يرضي الأطراف وتأمين مصالهم وتوطيد علاقاتهم بصورة إيجابية وأكثر جدوى .2

فالحلول البديلة هي تسوية توافقية بين الفرقاء تعتمد استلهام الضمير اكثر من القانون وأصول المنازعات القضائية المحضة ، فتطبق المبادئ الاصلية العادية والتي هي أعلى مرتبة من القانون الوضعي ، وذلك باللجوء الى مبادئ العدل والانصاف نتيجة عدم الاكتفاء بما ينص عليه القانون ، فضلا عن ان بعض النزاعات تتولد عن سوء فهم لما هو مرتقب من الطرف المقابل ومأمول منه القيام به فتكفي أحيانا مجرد المناقشة وتبادل التوضيحات ليزول الخلاف 3.

المطلب الثاني : نشأة وتطور هذه البدائل الودية .

ظهرت هذه الأساليب مع التجمعات البشرية الأولى، مستمدة أصولها من أسلوب حياة بسيط قائم على الحياة القبلية والتعايش ، ووجدت في ثقافة هذه الشعوب وعاداتها أرضًا خصبة لاستمرار الحياة الجماعية، رغم اختلافاتها وصراعاتها، علاوة على ذلك سمح تقارب المصالح والرغبة في التوفيق بينها لهذه الأساليب الودية بتوسيع نطاق تأثيرها ، وقد لجأت شعوب كثيرة إلى هذه الأساليب السلمية قبل اللجوء إلى المحاكم ،وبالتالي فإن هذا الشكل من أشكال العدالة قديم جدًا، بل أقدم من عدالة الدولة، كما يتضح من وجود هذه البدائل في الديانات السماوية.

وتؤكد الشريعة الإسلامية في القرآن الكريم على أهمية التسامح والتيسير في حل النزاعات، حيث تدعو الآية الكريمة: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَن تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ (سورة البقرة، آية 280)، إلى منح المدين المعسر مهلة لتسديد دينه أو التنازل عنه طوعًا، وهو ما يمثل وسيلة فعالة لحل الخلافات بعيدًا عن التصعيد والخصومة .4

1عامر بورورو ، الطرق البديلة لحل النزاعات في القانون التونسي ، مجلة المحكمة العليا الجزائر 2009، ج 1 ، ع خ ص 321 .

2 علاء آباريان ، الوسائل البديلة لجل النزاعات التجارية ، دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص 55 .

3عامر بورورو ، الطرق البديلة لحل النزاعات في القانون التونسي ، مرجع سابق ، ص 324 .

4عامر بورورو ، الطرق البديلة لحل النزاعات في القانون التونسي ، مرجع سابق ، ص 324 .

تتجلى أهمية التسوية الودية في تدخل طرف ثالث محايد للمصالحة بين المتنازعين، حيث يُطلب من الدائن أن يتنازل عن جزء من حقه أو يمنح المدين فرصة إضافية، وهذا النهج يحقق الأجر والثواب العظيم لمن يلتزم به، كما ورد في ختام الآية الكريمة.

تاريخيًا، فضّلت العديد من الشعوب الآسيوية القديمة التسويات الودية لتجنب اللجوء الى القضاء، نظرًا للتكاليف المالية والخسائر المحتملة، ويتجلى ذلك في المثل الفرنسي " الدعوى تكلف مالا". سواءً ربحت الدعوى أم خسرت، فإنّ بدء الإجراءات القانونية ينطوي على تكاليف ورسوم إضافية، ناهيك عن خطر الإضرار بالعلاقات الاجتماعية والتجارية.

فالمجتمعات التقليدية تعيش على شكل قبائل فيطرأ بين القبيلة والأخرى نزاعات ، ولم يكن الحل الأنسب الا الوساطة ، كما ان مجال الوساطة دخل حيز الاسر الصغيرة ، فلم تلق المشاكل العائلية الحل الا عن طريق الوساطة لتفادي انشقاقها ، فكان الأكبر فيها هو صاحب العقل والسداد ، والذي يملك القدرة على التأثير على الأطراف المتخاصمة لإجراء الصلح بينهما .1

كما عرفت ان الشعوب القديمة عرفت المحاكمة القبلية، باللجوء الى حاكم ليحكم بينهم ، وعلى كل طرف ان يقدم حجته ليقنع الحاكم ، وللخشية من الخسارة يتم تسوية النزاع وديا خارج المحكمة عن طريق الصلح أو تدخل شخصية ذات وزن اجتماعي محترم من الطرفين ليحكم بينهما، وهنا يظهر جليا اللجوء الى الوسائل الودية لتجنب الفتنة او النزاعات المزمنة.

مع الاعتراف بان الصلح واختيار وسيط من الخصوم يعتبر مسلك قديم ظهر مع التجمعات الاولى للبشرية ، واعتبر أحدى آليات حل النزاع ، ولكن مع اتطور الحاصل في المجتمعات سيما في مجال الاعلام والتكنولوجيا وتعشب العلاقات التجارية ، وضخامة العقود التجارية الداخلية والدولية ، كان يستوجب المضي قدما نحو بدائل جديدة.

وظهرت الوساطة والصلح – كحل ودي – في شكلها البسيط والقائم على اصلاح ذات البين ، والنابعة من العادات والتقاليد السائدة في المجتمع ، فقد كانت في القديم في فرنسا بمفهوم المصالحة واستخدمت من جديد بعد الثورة الفرنسية عام 1789 ، وقد في الولايات المتحدة الامريكية خلال الأعوام 1965– 1970، وادخلت الوساطة العائلية الى فرنسا بتأثر من وسطاء مقاطعة الكيبك في كندا ، ويعد القانون العام أول قانون يتعلق بهذا الموضوع في 1973/1/3 وتبعه قانون 1976/12/24 ، ثم بموجبه تعيين وسيط الجمهورية .2

1 بشير الصليبي ، الحلول البديلة للنزاعات المدنية ، الوساطة القضائية ، دار وائل للنشر عمان الأردن ، ط 1 ، 2010 ، ص 25 .

2 زينب وحيد دحام ، الوسائل البديلة عن القضاء، المركز القومي للاصدارات القانونية ، القاهرة 2017، ص 30.

فهده الحلول المبسطة التي اختارتها الشعوب على مر تاريخها بغية استقرار العلاقات بين الافراد ، واستمرار التعاملات في المجتمع ، لان النزاعات المستديمة تنهك قوى الأفراد وتعطل مصالحهم من جهة ومن جهة ثانية ينعكس ذلك على المجتمع برمته ، فتقل الفاعلية والانتاج وتتعطل حياة الأفراد والجماعة ،وهذا سبب كافي للإسراع في وأد كل نزاع يمكن الى يؤدي الى إرباك الحياة العامة.

تاريخيا عرف الشعب الأمريكي بمرض كثرة الدعاوي ، ففي عام 1977 ، كانت دعوى أمام القضاء منذ ثلاث سنوات ، وبعد ان أرهقت أصحابها بالتكاليف القضائية واتعاب المحامين والمرافعات والجلسات والمستندات ، طرحت فركة وسيلة بديلة لحل النزاع ، فتم تأليف محكمة مصغرة (Mini Trial) ، اختار كل طرف أحد اكبر موظفيه والملم بتفاصيل النزاع ثم اختيار الموظفان رئيسا محايدا وعلى ضوء ذلك تم وقف إجراءات المحاكمة القضائية ، وعقدت المحكمة المصغرة ، واستمرت نصف ساعة في مفاوضات بينهما ، وخرجا ليعلنا اتفاقهما وانتهت الدعوى على خير وسلام ووقف نريف الوقت والنفقات والرسوم والاتعاب ، وكانت ما يسمى بالولايات المتحدة الامريكية ب : Alternative Dispute Resolution ، واختصرت وعرفت بال : A D R ، أي الوسيلة البديلة لحل النزاع 1 .

ومن ثمة انتشرت في شتى الولايات المتحدة الامريكية وباتت تشكل البديل عن القضاء الرسمي والتحكيم ، وتيم اللجوء اليها في انوع النزاعات بما فيها النزاعات المدنية والعائلية والإدارية والجزائية ، ودخلت في حل النزاعات الرياضية أيضا ، واليوم اصحبت شائعة في كثير الدول الراقية والمتقدمة اقتصاديا وصناعيا لاسيما في أوروبا وشرق آسيا وأستراليا.2

وقد كانت انطلاقة الوسائل البديلة لحل النزاعات من البلدان الانكلوسكسونية التي تفضل أنظمتها القانونية اعتماد الحوار والتراضي وخاصة الولايات المتحد الامريكية، وتعرف هناك ب Alternative dispute résolution ، تم تعددت تلك الوسائل فأصبحت تشمل الحاكم الصورية Mini-trial ، والوساطة والتحكيم 3.

كما تعد هولندا أيضا من أوائل الدول التي دأبت علت على تكريس هذه الطرق الودية لحل النزاعات ، اذا على المتنازعين التوجه الى المحاكم القائمة للصلح ، " les fesseurs de paix " قبل اللجوء الى القضاء ، وتقتضي هذه الإجراءات الأولية استبعاد محامي الأطراف وممثل النيابة العمومية من ساحة الخصام لاعتبارهم في ذلك الوقت بمثابة " الخشب المؤجج للنار " ، وفي المقابل يقع تذكير

1 عبد الحميد الاحدب ، موسوعة التحكيم، (التحكيم الدولي)، ج 2 سنة 1998 ، دار المعارف بيروت ص 24 .

2 علاء آباريان ، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية ، دراسة مقارنة ، منشورات الحبلي الحقوقية ، بيروت لبنان ، ط 1 ، 2008، ص 19 .

3عامر بورورو ، مرجع سابق ، ص 322 .

الأطراف المتنازعة بأنه من " العبث " أهدار الأموال في التقاضي ، وأن لم تتوج مساعي الصلح بالنجاح المرجو ، يقع تأخير الامر الى جلسة صلح ثانية وثالثة ولا يفسح المجال للقضاء العادي الا اذا تعذر الصلح واستعصى الامر ، وكان هذه العبارة يرددها هؤلاء القضاء:

« أنتم مجانين حقًا لأنكم ترغبون في إنفاق أموالكم لتجعلوا بعضكم بعضًا تعساء؛ سنصلح الأمر دون أن يكلفكم ذلك شيئًا.

وفي المرة الثالثة: « إذا كانت حماقتهم مستعصية على العلاج، سنسمح لهم بالترافع، كما تُترك الأعضاء المصابة بالغرغرينا لمشارط الجرّاحين؛ وعندئذٍ تتدخل العدالة...» .1

ولئن كانت هذا الوسائل خير بديل للقضاء ، الا انها في حقيقة الامر متغيرة بحسب الزمان والمكان ، ففي القديم كان كل من التحكيم والوساطة السبيل الأساسي والطبيعي لفض النزاعات قبل القضاء ، مما يصعب تصنفيها على أنها وسائل بديلة ، الا نه من الناحية الاجتماعية ، وفي وذهن المواطن العادي الذي لا يفقه كثيرا في الوساطة والتحكيم ، لا يمكن الحديث عن عدالة في غياب القضاء العادي ، وعليه فانه يجوز في هذه الصورة أطلاق مسمى " الوسائل البديلة " ، الا انه تجدر الملاحظة في هذا الاطار ان التحكيم في النزاعات المتعلقة بمجال التجارة الدولية يعد الوسيلة الاساسية والمثلى لفض النزاعات وليس القضاء .2

إن دراسة نشأة وتطور الطرق البديلة لحل النزاعات تكشف عن الأهمية المتزايدة لهذه الوسائل في تحقيق العدالة خارج إطار المحاكم التقليدية. فقد نشأت هذه الطرق من الحاجة الإنسانية الدائمة إلى حلول سلمية ومرنة للنزاعات، متجذرة في الأعراف الاجتماعية والدينية لمختلف الحضارات القديمة، ثم تطورت لاحقًا مع تطور المجتمعات ونظمها القانونية. ومع ازدياد تعقيد العلاقات الاجتماعية والاقتصادية في العصر الحديث، أصبحت الوسائل البديلة لحل النزاعات خيارًا استراتيجيًا، مدعومًا بإرادة تشريعية دولية ووطنية تهدف إلى تخفيف العبء عن القضاء الرسمي وتسريع الوصول إلى حلول ناجعة للنزاعات.

1 Voltaire « fragment d'une lettre sur un usage très établi en hollande » ; œuvre complète, tome xxx ,Impri de la société littéraire typographique , Bruxelles1784 , p 90.

«Les fesseurs de Paix disent aux partie : vous êtes des grands fous de vouloir manger votre argent à vous rendre mutuellement malheureux ; nous allons vous accommoder sans qu'il vous en coûte rien.

Une troisième fois ; Si leur folie est incurable, on leur permet de plaider, comme on abandonne au fer des chirurgiens des membres gangrenées ; alors la justice fait la main. »

2BRUGUIERE Jean-Michel , introduction , les modes alternatifs de règlement des litiges de propriété intellectuelle op cit p 36 .

وقد ساهمت العديد من النظم القانونية المعاصرة في إرساء إطار قانوني ومؤسسي لهذه الطرق، مما عزز من فعاليتها ومصداقيتها. ويُعد التحكيم، الوساطة، والصلح أبرز هذه الآليات، حيث أثبتت قدرتها على تحقيق مبدأ السرعة والمرونة مع الحفاظ على العدالة والإنصاف. ومن خلال تعزيز ثقافة التسوية الودية، تحقق هذه الطرق أيضًا الحفاظ على العلاقات بين الأطراف المتنازعة، سواء كانت علاقات تجارية، اجتماعية، أو إنسانية.

وعليه، فإن تبني الطرق البديلة لحل النزاعات لم يعد مجرد خيار ثانوي، بل أصبح ضرورة تفرضها متطلبات العصر، بما تقتضيه من سلاسة وفعالية وكلفة منخفضة ،لذافإن الاهتمام بتطوير هذه الوسائل، وإرساء ثقة الأفراد والمؤسسات بها، يمثل خطوة محورية نحو إرساء نظام عدالة حديث يوازن بين الحقوق والمصالح ويعزز الاستقرار الاجتماعي والاقتصادي.

وتقتصر هذه الدراسة على الصلح والوساطة كبدائل للتقاضي دون التحكيم خيارًا منطقيًا في العديد من الحالات، بالنظر إلى التكلفة الأقل،إذ يمكن للأطراف في العديد من الحالات التوصل إلى اتفاق من دون تكبد نفقات كبيرة، كما أن الإجراءات في الصلح والوساطة تكون عادةً أبسط وأسرع، مما يوفر الوقت والموارد للأطراف المعنية في حين أن التحكيم، على الرغم من كونه أسرع من التقاضي، إلا أنه يتطلب تكاليف كبيرة، بما في ذلك أتعاب المحكمين وأتعاب المحاماة في بعض الحالات، وفي نهاية المطاف فان قلة التكاليف تجعل الصلح والوساطة مناسبين للفئات الضعيفة اقتصاديًا .

وفضلا عن ذلك يلاحظ اختلاف طبيعتهما القانونية والوظيفية ،فيعتبر الصلح والوساطة وسيلتين وديتين تُجرى داخل الإطار القضائي أو خارجه، وتشرف عليهما أحياناً جهات قضائية أو إدارية، ويبقى النزاع تحت الإشراف القضائي، مما يزيد من ارتباطهما بمبدأ الوصول إلى العدالة وضمانات المحاكمة العادلة.

اما التحكيم كبديل مستقل عن القضاء، فهو يُلغي الاختصاص القضائي لصالح هيئة تحكيم خاصة، مما يجعله أشبه بالمحاكم الخاصةمن ناحية ، ويبقى الصلح والوساطة قائمين على الإرادة الحرة للأطراف، دون فرض حلول ملزمة إلا بموجب اتفاق صريح ، ويخضعان لضوابط قانونية وإجرائية مختلفة ، مما يجعله أكثر ملاءمة للنزاعات التجارية الكبرى المتعلقة بالشركات، وخاصة في مجال العقود التجارية الدولية.

وزيادة على المرونة والقدرة على الحفاظ على العلاقات بين الأطراف ، وعلى الرغم من أهمية التحكيم في بعض الحالات، فإن الصلح والوساطة توفران حلولًا أكثر توافقًا وسرعة وبأسعار معقولة، ويعتمدان

على التوافق بين الأطراف لحل النزاع اذا أن الأطراف يكون لديهم المزيد من الحرية في تحديد كيفية حل النزاع والطريقة التي تناسبهم ، وفي المقابل في التحكيمتكون الأطراف أكثر عرضة للنتيجة التي يقررها المحكم، مما يعني أنهم لا يمتلكون نفس درجة السيطرة على العملية ، بينما قد يؤدي التحكيم إلى خلق حالة من التوتر أو الخصام بسبب طبيعته التي تعتمد على تحديد الطرف المخطئ، ما قد ينعكس سلبًا على العلاقة بين الأطراف بعد النزاع.

ولعل هذه المبررات دفعت التشريعات المقارنة الى تنظم التحكيم في نظام قانوني خاص ومستقل1، خلافا للتشريع الجزائري الذي ضمنه في قانون الاجراءات المدنية والادارية ، مع التنويه أن مسلك المشرع المصري يعكس التمييز الصريح في الطبيعة القانونية لهذه الآليات.

والواقع فان إفراد نظام قانوني مستقل للتحكيم عن قانون الاجراءات المدنية والادارية ، يعطي مزيد من المرونة والاستقلالية والوضوح ويوفر جانبا من الأمن القانوني، لوجود الطابع الدولي في منازعات التحكيم ، ويوفر قدرا من الطمأنينة للمتعاملين الاجانب في مجال التجارة الدولية، وبالنتيجة تشجيع الاستثمار الاجبني .

وبناء على هذه الاختلافات الجوهرية، فإن تناول التوفيق والوساطة بشكل منفصل يتوافق أكثر مع أهداف البحث المتعلقة بالحلول الودية المرتبطة بالنظام القضائي، دون الخوض في تعقيدات التحكيم كنظام خاص له قواعده الخاصة المختلفة تماما.

لذايُصبح التمييز بين هذه الآليات أمرًا أساسيًا لفهم خصائص كلٍّ منها وفعاليتها في تحقيق أهداف العدالة التصالحية، ويُركز هذا المبحث تحديدًا على المصالحة والوساطة، مُستثنيًا التحكيم لاختلاف طبيعته وآثاره القانونية ، وهذا يتطلب تناول مفهوم كلٍّ منهما، وآليات تطبيقه، ومدى دوره في تعزيز الحلول السلمية والمستدامة للنزاعات ، في المبحث الموالي.

1 قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية ، الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994 .

المبحث الثاني: الصلح والوساطة تكريس لعدالة بديلة.

نتيجة لما لحق بالإجراءات القضائية التقليدية من تعقيدات وشكليات وعوائق تكاد تطبع القضاء بوصف المؤسسة البطيئة والمكلفة ، وبالرغم من ان القضاء من صميم مهام الدولة قديما وحديثا ، الا ان الضرورة اقتضت ان تتخلى الدولة عن بعض من تلك المهام لتحقيق مصلحة تشكل المقصد النهائي لوجود القضاء في حد ذاته ، وهو الحد من النزاعات واستقرار التعامل بين أفراده.

ولما كانت النزاعات والخلافات أمرٌ لا مفر منه في أي مجتمع ، ومع ذلكفإن كيفية اختيارنا لحلها تُحدث فرقًا كبيرًا، تُوفر أساليب حل النزاعات البديلة، مثل الوساطة والمصالحة، نهجًا أكثر تعاونًا وأقل مواجهةً لحل النزاعات.

وتسعى الأنظمة القضائية إلى تعزيز أساليب بديلة لتسوية النزاعات مع ضمان العدالة والفعالية، دون اللجوء إلى الإجراءات القضائية التقليدية ، في هذا السياق، تظهر المصالحة والوساطة كأدوات أساسية لحل النزاعات بموافقة الأطراف، من خلال الآليات المعتمدة على التفاوض المباشر أو التدخل من طبقة غير مهتمة لتسهيل الاتصال والعثور على حلول توافقية.

المطلب الاول : الصلح كبديل للتقاضي .

يشير الفقيه BOYER، في أطروحته حول الصلح، الى أن الصلح يعد من المفاهيم التي تشهد تراجعا في قيمتها القانونية الحديثة، اذ ينظر إليه على أنه عقد بسيط " petit contrat ، حسب تعبير العميد CARBONNNIER ، بل وحتى دعوى إلى الضحك والسخرية .1

ورغم ما يقال عن بساطة عقد الصلح، إلا أن الباحثين يتناولونه باعتباره من المواضيع المجهولة لدى باحثي القانون بنظرهم إليه بأنه قليل الأهمية، ولكن يرجع الأمل إذا واجتنها المقولة الشهيرة: " صلح مجحف خير من حكم منصف." لأنها تبرز الأهمية المتزايدة التي يضطلع بها الصلح كوسيلة لفض النزاعات خارج إطار القضاء، فهو "عدالة تعاقدية" ، كما أنه يمثل أشهر نموذج للتسوية غير القضائية للنزاعات .

1J .CARBONNIER ; variation sur les petits contras : flexible droit 1988 p292 .

الفرع الأول: طبيعة الصلح.

الصلح وسيلة قانونية وسلمية لحلّ النزاعات بين الأطراف، حيث يتمّ التوصّل إلى اتفاق يُرضي جميع الأطراف المعنية دون اللجوء إلى القضاء أو الاستمرار فيه. ويُعدّ من أهمّ وسائل حلّ النزاعات لسرعته ومرونته وتوفيره للوقت والجهد، كما يعكس رغبة الأطراف في حلّ النزاع بروح التفاهم والتعاون.

أولا : تعريف الصلح .

الصلح لغة فهو كما جاء في لسان العرب لابن منظور من "صلح: الصلاح ضدّالفساد، يَصلَحُ ويَصْلُحُ صَلاحًا وصلُوحًا... والإصلاح نقيض الفساد... والصلح: تصالحالقوم بينهم والصلح السلم ، وقد اصْطَلَحُوا وصَالَحُوا وأصلَحُوا وَتَصالَحُوا واصالحُوا....

والصلاح بكسر الصاد: مصدر المصالحة والعرب تؤنثها ، والاسم الصلح، يذكر ويؤنث1.

اصطلاحا:عقد يحسم به الطرفان نزاعا بينهما فعلا ، أو يتوقيان به نزاعا محتملا، ويتأتي ذلك بتنازل إرادي من كل طرف عن بعض من مطالبه 2 .

لم يخلو القران الكريم من الإشارة الى الصلح بل جعل الصلح نهاية لكل خلاف فقد وردت عدة اياتقرانية تشير اليه ومن هذه الايات قوله تعالى في محكم كتابه العزيز:

فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهُ وَالرَّسُولِ) 3، ، ويقول عز وجل: (وَإِن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنها) 4، ويقول سبحانه: (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بينهما فَابْعَثُوا حَكَما مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا أن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما أن الله كان عليما خبيرا..) 5ويقول تعالى : (وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ) 6.

---

1 ابن منظور ، لسان العرب ، المجلد الثاني ،دار صادر بيرون لبنان دون سنة نشر ، ص 516 و517 .

2 محمود السيد التحيوي ، الصلح والتحكيم ، في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي الاسكندرية 2006 ، ص 143 .

3 سورة النساء : أية 59 .

4سورة سورة الحجرات أية 09 .

5سورة النساء أية 35 .

6 سورة النساء أية 128 .

(فلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُما صُلْحَا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأَحْضِرَتِ الْأَنفُسُ الشَّحَّ وَإِن تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا)1 ، و ذكرت كلمة "صلح ثلاث مرات في آية صغيرة بيانا لأهمية الصلح في حياة الناس.

(فَاتَّقُوا اللهَ وَأَصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ) 2 ، ربط الله تعالى الصلح بتقوى الله تعالى، فالذي لايؤمن بالله ولا يتقيه لن يجنح للصلح.

إِنَّما المؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهُ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ) 3، الأخوة الإسلامية فريضة شرعية تحتم على المسلمين اللجوء إلى الصلح من أجل الحفاظ عليها.

(لأخير في كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَاهُمْ إِلا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِوَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ ابْتَغَاء مَرْضَاتِ اللَّهُ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيما)4، ذم الله تعالىالنجوى إلا في بعض المواقف منها الإصلاح بين الناس.(... إن أُرِيدُ إِلا الإِصْلاحَ مَا اسْتَطَعْتُ وَمَا تَوْفِيقِي إِلا بِالله عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أنيب) 5.

(وَالَّذِينَ يُمَسَّكُونَ بِالْكِتَابِ وَأَقَامُوا الصَّلاةَ إِنَّا لا نُضِيعُ أَجْرَ المُصْلِحِينَ) 6، فالإصلاح بين الناس ليس بالأمر الهين إذا يحتاج إلى جهد كبير وكثيرا من التضحية لذا وعد الله تعالى المصلحين انه لا يضيع أجرهم 7.

وفي **القانون الوضعي** عرف المشرع الجزائري الصلح في المادة 459 من القانون المدني ، بانه : " الصلح هو عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك على بأن يتنازل كل طرف منهما على وجه التبادل عن حقه .

والحقيقة فأن مفهوم الصلح تبلور بصفة جلية مع القانوني الفرنسي القديم ، والذي عرفه بأنه " اتفاق بين طرفين أو أكثر على أنهاء خصومة قائمة أو توقي نزاع محتمل ، وذلك بتسليم أو أبقاء أو الوعد بشئ، والقانون الفرنسي الحديث لسنة 1804، لا يختلف كثيرا عن مصدره الأول ، فقد عرف عقد

---

1 سورة النساء الآية 128 .

2 سورة سورة الانفال الاية 01

3 سورة الحجرات الاية 10 .

4 سورة النساء الاية 114 .

5 سورة هود الاية 88

6 سورة الاعارفالاية 170 .

7 زينب وحيد دحام ، الوسائل البديلة عن القضاء ، المركز القومي للاصدرات القانونية ، القاهرة ط 1،2017 ، ص100 , 101 ، 102 .

الصلح في المادة 2044، بقوله: " الصلح عقد يحسم به المتعاقدان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا.1

ويوضح التعريف الذي اوردته المادة 459 من القانون المدني الجزائري ، ان الصلح يتم بين الإطراف المتنازعة ، في نزاع قائم أو محتمل ، فاذا كان النزاع قائم فأن الأخير يتضمن أمرين هما تعارض المصالح، والمطالبة القضائية، أما النزاع المحتمل فيتضمن تعارض المصالح ومجرد إمكان المطالبة القضائية ،أما اذا لم يكن هناك نزاع قائم أو محتمل لم يكن العقد صالحا اصلا، كما انه إذا حسم النزاع بالصلح أمام المحكمة كان الصلح قضائيا، أما إذا كان النزاع محتملا فان الصلح الذي يتوقاه يكون صلحا غير قضائي.

كما انه من استقراء المادة 459 ، من القانون المدني الجزائري ،فانه يجب ان تنصرف إرادة الطرفين لحسم النزاع ، ويجب ان ينزل كل من المتصالحين على وجه التقابل هن جزء من ادعائه فاذا لم ينزل احدهما عن شئ مما يدعيه ونزل الطرف الاخر عن كل ما يدعيه لايعتبر هذا صلحا وانما تسليما بحق الخصم ، كما ان التنازل لايشترط ان يكون متعادلا .

والصلح بهذا التعريف يعني بأنه عقد يرمي بواسطته الطرفين المتعاقدين اما الى وضع حد نهائي لنزاع قائم بينهما، او توقي نزاعا محتملا في المستقبل ، ويتجسد ذلك بان يتنازل كل طرف عن حقه بالتبادل.

فالصلح، باعتباره عقدًا يتم فيه التنازل المتبادل بين الأطراف، يُجنب اللجوء إلى مسارات التقاضي التقليدية التي غالبًا ما تكون مكلفة وطويلة الأمد. ومن ثم، فإن تبني تعريف واضح للصلح يُعد شرطًا أساسيًا لترسيخ ثقافة التسوية الودية وتفعيلها في الحياة العملية، مما ينعكس إيجابًا على سرعة البتّ في المنازعات وخفض نسبة القضايا المطروحة أمام المحاكم.

المقصود بعقد الصلح كونه من العقود الرضائية ، يكفي لقيامه رضا الأطراف المتعاقدة دون الحاجة إلى شكل معين، فيتحقق عقد الصلح بمجرد تلاقي الإيجاب والقبول بين الطرفين المتصالحين، ولا يُشترط فيه إتباع شكل خاص ، وبالتالي، يمكن أن يكون الصلح شفوياً، ولا يُشترط إثباته بالكتابة لصحة انعقاده، غير أن الصلح غالباً ما يتضمن التزام كل طرف بالتنازل عن جزء من ادعائه مقابل تنازل الطرف الآخر عن جزء من ادعائه أيضاً، وهذا ما يميز الصلح عن غيره من العقود ، فإذا لم يلتزم أحد الطرفين بأي شيء، فإن الصلح يكون منقوصاً، ويكون ذلك في إطار إقرار كتابي من أحد الطرفين بحقوق الطرف الآخر، ويكون التزامه هو المقابل.

1J .CARBONNIER ; op cit p292 .

يُعتبر عقد الصلح أيضًا عقد معاوضة، حيث يُقدّم كل طرف تنازلًا مقابل ما يتلقّاه. هذا يعني أنه لا يوجد تبرع من أيٍّ من الطرفين، بل هو تبادل تنازل عن بعض الحقوق مقابل المبلغ المتبقي. قد يكون هذا التنازل مُحدّدًا، وقد يتنازل الطرفان عن التزاماتهما في إطار عقد الصلح. يحدث هذا أحيانًا في نزاعات التعويض. غالبًا ما يتفق الطرفان على أخذ مبلغ مُعيّن من التعويض، وغالبًا ما يكون التقدير تقريبيًا لضمان استمرار التعامل ويتميز عقد الصلح أيضًا بأنه عقد يكشف عن الحقوق، بدلًا من إنشائها. سنناقش هذه الخاصية بشكل أوضح عند مناقشة آثار عقد الصلح لاحقًا.

إن توضيح مفهوم الصلح يُسهم بشكل مباشر يساهم في تعزيز دوره كآلية بديلة لفض النزاعات، مما يُخفف العبء عن القضاء ويُسهم في تحقيق العدالة الناجزة. وكلما كان مفهوم الصح أكثر دقة، سهّل على المتقاضين والمحامين اللجوء إليه بثقة وفعالية.

ثانيا : تمييز الصلح القضائي عن غيره من النظم.

يختلف الصلح المدني عن بقية العقود الاخرى ، ،كما يختلف عن بعض المفاهيم القانونية المشابهة له.

01: الصلح القضائي والصلح الاتفاقي :

يختلف الصلح القضائي عن الصلح الاتفاقي في عدة جوانب رئيسية، فمن حيث الرقابة القانونية، يُجرى الصلح القضائي تحت الإشراف المباشر للقاضي، مما يضمن حماية أفضل لحقوق الأطراف، بينما يُجرى الصلح الاتفاقي أو غير القضائي الودي خارج الإطار القضائي، دون إشراف رسمي.

ومن حيث قابلية التنفيذ، يصبح الصلح القضائي سندا واجب التنفيذ فورًا، بينما قد يتطلب الصلح الاتفاقي غير القضائي إجراءات إضافية لتحقيق هذه القابلية للتنفيذ ، علاوة على ذلك، يتمتع الصلح القضائي بحجية الشئ المقضي فيه، وهي حجية أقوى من حجية الشئ المتعاقد عليه أي من الصلح ألاتفاقي أو التعاقدي .

02 :الصلح والتحكيم.

في كلٍّ من التوفيق والتحكيم، يُحل النزاع دون الحاجة إلى حكم ، يصدر الصلح عن محكمين تُعيّنهم المحكمة. إلا أن التحكيم يختلف عن الصلح الذي يُعيّن مُسبقًا (ففي التحكيم يوجد بند التسوية) أو عند نشوب النزاع ، يصدر الصلح مباشرةً عن الأطراف المتنازعة، الذين يحلّون نزاعهم بأنفسهم، مُضحّيين كلٌّ منهم ببعض حقوقه للوصول إلى تسوية.

وإرادة الاطراف المتحاكمين " أطراف الاتفاق على التحكيم " في نظام التحكيم تنصرف الى تخويل هيئة التحكيم المختارة بواسطتهم ، للفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم ، .... ويكون ملزم

للمتحاكمين و يكون الحل نابعا من إرادة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم ، دون الاعتداد بإرادة الأطراف المتحاكمين " أطراف الاتفاق على التحكيم" 1، بينما في الصلح فالذي يفصل في النزاع هم الأطراف أنفسهم ، ويستوجب الأمر التضحية من الطرفين ، أما في التحكيم فالمحكمين كالقضاة يحكمون لمن يرون الحق في جانبه .

هذا وتجدر الإشارة إلى أن حكم المحكمين واجب التنفيذ من طرف المتنازعين بمجرد إصباغه بالصيغة التنفيذية فعندها يتحول إلى حكم قضائي . أما الصلح فهو يحافظ على صبغته التعاقدية ، بالرغم من مصادقة القاضي عليه بالحكم عندما يكون الصلح قضائي.

03: الصلح والحكم .

اذا كان الصلح إتفاق المتعاقدين فإن الحكم مفروض على الاطراف لصدوره عن المحكمة ، لكن وضوح التفرقة بينهما لا تمنع وجود فرضيات تجعلها نسبية ، فالصلح والحكم يتفقان في بعض المسائل، وفي هذا السياق ورغم اتفاق المتعاقدين على الصلح، فإنّهما يفضلان صدور حكم قضائي في الموضوع، لكن دور القاضي يختلف :

ومن جهة يكرس اتفاق الأطراف ضمن حكم معلل يعبر فيه عن إرادتهما ويتبنى فيه مواقفهما لا غير وبالتالي فهو مسؤول عن الحكم الذي يصدره وهذا ما يعبر عنه بالحكم ألاتفاقي ، (jugement convenu) ، ومن جهة أخرى يكتفي القاضي بإمضاء اتفاق الطرفين وهو ما يعبر عنه بالعقد القضائي (contrat judicaire) ، بدون أن يصدر حكم معللا ، وبالتالي فهو غير مسؤول عن الحكم الصادر بناءا على الصلح ، لان مهمة القاضي تنحصر في المصادقة على صلح الطرفين المتنازعين .

04: – الصلح المدني والصلح الجزائي .

هناك فروق بين الصلح المدني والجزائي من حيث أركانها وآثارها، فيقوم الصلح المدني على ثلاثة أركان: النزاع، والتنازل المتبادل، وقصد حلّ النزاع. أما في الصلح الجزائي، فيفترض وجود حق الصلح نتيجة جريمة ارتكبها المتهم مخالفًا القاعدة القانونية ، كما أن المتابعة الجزائية تُستأنف الملاحقة إذا لم يتوصل الأخير إلى صلح مع الضحية أو مع الإدارة في حال النص عليه، وبالتالي لا يكون هناك نزاع بين الطرفين . كما يُعدّ الصلح سببًا لانقضاء الدعوى العمومية في حال النص عليه قانونًا.

1 محمود السيد التحيوي ، مرجع سابق ص 147 .

05: الصلح في المادة العمالية .

أشارت المادة 504 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى أنه بعد تسليم محضر عدم الصلح ، يتم تقييد الدعوى أمام القسم الاجتماعي ، وأن الصلح يكون هنا خارج القضاء ، ولا يتم اللجوء الى القضاء الا في حالة عدم وقوع الصلح ، ونتيجة لذلك ، فإن الصلح يعتبر قيدا على رفع الدعوى أمام القضاء.

تشير المادة 5 من القانون 90/04 إلى هذا الصلح، الذي يُعتبر إجراءً إلزاميًا. لا يجوز اتخاذ أي إجراء آخر حتى تتم الموافقة عليه ويخضع الطرفان للصلح، والذي يشرف عليه مفتش عمل بعد إخطار الطرف طالب الصلح ، فبعد إخطاره بالنزاع، يستدعي مفتش العمل الطرفين في غضون الأيام الأربعة التالية لتسجيل موقف كل طرف والتوفيق بين خلافاتهما. يجب على كل طرف حضور جلسات الصلح، يمكن تحديد النتائج المتوقعة للصلح القانوني من خلال تحرير محضر أما بالتوصل الى الصلح اوعدم الصلح أو صلح جزئي .

06: الصلح في مادة شؤون الأسرة .

أكدت المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، بان " محاولات الصلح وجوبية ، وتتم في جلسة سرية "، فالصلح في المسائل الأسرية هو إجراء قانونية إلزامي بفرض القانون على القضاة قبل اتخاذ قرار بشأن حل الزواج (مثل الطلاق أو التطليق او الخلع ، و يهدف إلى التوفيق بين الأزواج للحفاظ على وحدة واستقرار الأسرة، وتنص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "لن يتم تأكيد الطلاق إلا من خلال حكم بعد عدة محاولات للمصالحة التي قام بها القاضي ، لا تتجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ تقديم المحاكمة". وبالتالي ، فإن المصالحة هي إجراء أولي وضروري قبل فحص موضوع النزاع واتخاذ قرار. إنها مسألة النظام العام ، ما يعني أنه لا يجوز الاتفاق على تجاوزه أو التنازل عنه.

وبذلك يعدّ الصلح في قانون الأسرة الجزائري إجراءً أساسيًا وملزمًا في قضايا الطلاق، يهدف إلى الحفاظ على وحدة الأسرة، وهو خطوة أولى قبل صدور أي حكم قضائي. ويختلف عن الصلح المدني؛ فهو ليس عقدًا بين الطرفين، بل إجراء قضائي يُجريه القاضي. وله آثار قانونية واجتماعية بالغة الأهمية في حماية الأسرة والمجتمع.

07 :الصلح أمام المحاكم التجارية المتخصصة.

أرسى القانون رقم 22-13، المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، إجراءات جديدة إلزامية للصلح أمام المحاكم التجارية المتخصصة. وأصبح الصلح شرطًا إلزاميًا لقبول الدعوى أمام هذه

المحاكم. وبذلك يُعدّ الصلح في المسائل التجارية المتخصصة إجراءً إلزاميًا، ولا تُقبل الدعوى أمام المحكمة التجارية المتخصصة إلا بعد استنفاد جميع إجراءات الصلح. علاوة على ذلك، يجب إرفاق محضرعدم الصلح بالدعوى؛ وإلا، تُرفض الدعوى شكلا .

ويُعيّن رئيس المحكمة التجارية المتخصصة قاضيًا متخصصًا لمحاولة الصلح. ويجوز له الاستعانة بخبراء عند الاقتضاء. كما حدد القانون مدة الصلح بثلاثة أشهر من تاريخ تعيين القاضي. ويجوز تمديد هذه المدة في حالات استثنائية ، وفي حالة نجاح الصلح يصبح سند تنفيذي وفي الحالتين يجب أمضاء المحضر من قبل القاضي والأطراف ، وهي الأحكام الواردة بالمادة 536 مكرر 4 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفرع الثاني: أركان عقد الصلح.

يتكون عقد الصلح لطبيعته العقدية من جملة من الأركان الأصلية التي أقرها المشرع كافة العقود المسماة في النظرية العامة للالتزامات، وهي:

أولا: **التراضي.**

يعتبر الصلح من العقود الرضائية ، فهو لا يستلزم لانعقاده شكلا معينا ، بل ينعقد بتراضي المتعاقدين على ما بني عليه القعد ، فلا يقوم الصلح إلا بإيجاب وقبول ، فيجب أن يقبل الطرف الآخر العرض المقدم ، وبذلك يكون القبول ، أما إذا لم يكن هناك قبول فلا يعد الصلح صحيحا ولا يكون نافذا في هذه الحالة ، ولغياب احكام خاصة بعقد الصلح ، فانه يترتب على ذلك ان تسري عليه القواعد العامة لنظرية العقد .

كما تجدر الإشارة إلى أن الكتابة في عقد الصلح هي للإثبات وليست شرطا للانعقاد، ، عدا في الحالات التي يقرر فيها القانون الكتابة ، كما اذا كان الصلح يضمن ما من شأنه احداث حقوق قابلة لرهن العقاري ، أو تحويل حقوق أو تغييرها فلا يكون الصلح الا بالكتابة ولا يحتج به على الغير إلا أذا وقع تسجيله ،وهو المقتضى المنصوص عليه بموجب المادة 16 من المرسوم رقم : 75-74، المتعلق باعداد المسح العقاري في الجزائر، والمؤرخ في : 1975/09/25 ،والمادة 85 من المرسوم الصادر بتاريخ : 1976/12/31، المتضمن تأسيس سجل عقاري، والمادتين ، 17 و 519 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أي انه اذا تعلق الصلح بعمل قانوني أوجب القانون فيه الكتابة لانعقاده ، فان الصلح لابد ان يكون مكتوب وعلى النحو الذي أشترطه القانون.

وبالنتيجة يسري على عقد الصلح القواعد العامة للتعاقدات الرضائية وفقا للنظرية العامة للعقد ، حيث يشمل ذلك التعبير عن الايجاب والقبول ، ومدي الاعتداد بارداة الأطراف الظاهرة والباطنة ، والوقت الذي يتحقق فيه التعبير عن الارداة .

اما بالنسبة **للاهلية** ، فقد نصت المادة 40 من القانون المدني بنصها على أن ،" كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ، ولم يحجر عليه ، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة "، كما أن المادة 460 من نفس القانون أقرت على أنه " يشترط فيمن يصالح أن يكون أهلا للتصرف بعوض في الحقوق التي يشملها عقد الصلح " ، والأهلية المطلوبة هي بلوغ سن الرشد المحددة بالمادة ويؤخذ من هذه المادة إن الصلح من أعمال التصرف، اذ الغاية منه ليست فقط ادراة الأموال بل تنازلات لإرضاء الطرف المقابل.

وبذلك فان الأهلية الواجب توافرها في كل المتخاصمين هي أهلية التصرف بعوض في الحقوق التي تصالحا عليها، وهي أهلية الأداء المتمثلة في صلاحية التصرف للتعاقد بنفسه لنيل الاثر القانوني الذي اختاره بدون واسطة ، أما فاقدها او منقوصها فلا يجوز له ممارسة ذلك الحق الا بطريق نيابة وليه أو وصيه أو المقدم عليه ، او بترخيص منه وذلك بحسب الحالات كالمحجور عليه.

كما انه تجدر الإشارة الى جواز النيابة في عقد الصلح ، والتي نصت عليها المادة 475 من القانون المدني الجزائري، " لابد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الادراة ، ولاسيما في البيع والرهن والتبرع والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة امام القضاء"، والحقيقة فان النيابة الاتفاقية او الوكالة في عقد الصلح لا تطرح إشكالات.

الا ان النيابة القانونية فأنه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية، فان القوانين الأساسية هي التي تراعي في إبرام عقد الصلح.

ثانيا : المحل .

محل الصلح هو الحق المتنازع عليه ومن البديهي أن يكون موضوع عقد الصلح موجود وممكن ومعينا أو قابلا للتعيين ، ومهما يكن من أمر فليس كل نزاع يشكل محلا للصلح مثلا لعدم مشروعيته خاصة إذا تعلق بالحالة الشخصية ، أو المسائل التي تمس بالنظام العام، فقد نصت المادة 461 من القانون المدني : "(لايجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية الناتجة عن الحالة الشخصية).

وبذلك أجاز القانون الصلح في في المسائل المالية الناجمة عن الحالة الشخصية ، كنفقة العدة أو مؤخر الصداق او النفقة الغدائية ، توابع الطلاق بصفة عامة أو بين الخطيب مع خطيبته حين فسخ الخطوبة على مقدار التعويض المستحق .

كما لايجوز الصلح على الجريمة الا ما استثني منها بنص القانون ، وعلى ذلك ما جرى به قضاء محكمة النقض المصرية المصرية، بأنه لايجوز التحكيم والصلح بصدد مسؤولية الجاني من الجريمة ، والا عد باطلا لمخالتفه للنظام العام، لما كان من البين من محضر التحكيم والصلح المؤرخ في : 1984/04/12، أنه فصل في مسائل جنائية هي ما أسند الى الطاعن الثاني من الاتهام بقتل شقيق المطعون عليه الاول ، – منتهيا – الى ثبوت هذا الاتهام في حقه ، وعلى ما تبين للمحكمين ان المتهم ..... (شقيق الطاعن الثاني) ، هو القاتل الحقيقي للمجني عليه..... (شقيق المطعون عليه الثاني) ، وان باقي المتهمين وهم .... فلم يثبت ليدهم اتشراكهم في الجريمة أذ نفي شقيق المجني عليه اشتراكهم في قتله أو اتهامه لهم، وانه تاسيسا على ذلك حكموا على الطاعنين بدفع عشرين ألف جنيه للمطعون عليه بشرط ألا يرد الاعتداء ، بما مؤداه ان التحكيم تنصب على جريمة القتل ذاتها وأستهدف تحديد القاتل ،وثبوت الاتعهام في حقه، وأنها كانت هذه المسالة تتعلق بالنظام العام ، لايجوز ان يرد الصلح عليها ، وبالتالي لايصلح ان تكون موضوعا للتحكيم مما لازمه بطلان الالتزام الذي تضمنه حكم المحكمين لعدم مشروعيته.1

و لايجوز الصلح في المسائل المتعلقة بصحة الزواج أو ببطلانه، أو فيما اذا كان شخصا معينا وارث أم غير وارث ، ولا في مسائل الأهلية ، طبقا لما هو منصوص عليه بموجب المادة 45 من القانون المدني ، بنصها " لا يجوز لأجد ان يتنازل عن أهليته و تغيير أحكامها)، وكذا المادتين 64 و65 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ولا يجوز ايضا التنازل عن الحرية الشخصية كما هو مقرر بالمادة 46 من القانون المدني الجزائري (ليس لأحد التنازل عن حريته الشخصية) .

تمثل الحريات الفردية مجموعة من الحقوق الأساسية المعترف بها لكل شخص بموجب القانون والدستور. إنها تسمح للجميع باتخاذ خياراتهم الشخصية والمشاركة في الحياة الاجتماعية دون تدخل غير مبرر من الدولة أو الآخرين. تحمي هذه الحريات الأفراد من أي شكل من أشكال القمع أو التقييد، وخاصة في مجالات مثل حرية التنقل، وحرية التعبير، والحق في الملكية، واحترام الخصوصية، واختيار المهنة أو النشاط، وكذلك الحق في الدفاع المشروع ومع ذلك، يجوز الحد من ممارسة هذه الحريات عندما يكون ذلك ضروريا للحفاظ على النظام العام.

1 إبراهيم سيد أحمد ، عقد الصلح ، فقها وقضاء ، دار المكتبة القانونية ، مصر الإمارات ، ودار شتات للنشر والبرمجيات ، مصر الأردن ، 2012، ص 40 .

وباختصار فإن عقد الصلح الذي يشوبه أي عيب يتعلق بالموضوع سواء تعلق بتسميته أو وجوده أو مشروعيته يصبح قابلا للبطلان لأن الموضوع يتعلق بالنظام العام.

ثالثا : السبب .

أما السبب في عقد الصلح فقد أثار هذا الموضوع كثيرا من الجدل بين شراح القانون المدني وتعددت الاراءبشانه ، ويقصد به الغرض او الباعث الذي دفع احد المتعاقدين أو كليهما الى ابرام العقد، أي الهدف الذي يسعى المتعاقد الى تحقيقه من وراء الالتزام الذي يرتبه العقد، والسبب أمر شخصي يحتلف من شخص لآخر ، ويعتبر النزاع او الحالة التنازعية سبب عقد الصلح، فلا صلح بدون نزاع ، وبالنتيجة فان النزاع عنصر جوهري من عناصر الصلح .

والحقيقة لو حاولنا معرفة الغرض المباشر الذي دفع المدين الى التصالح، لوجدنا أن سبب كل متصالح هو تنازل المتصالح الأخر عن جزء من ادعائه، وبالتالي يختلط السبب هنا بالمحل ، لأن الصلح عقد ملزم للجانبين فيكون سبب التزام كل متصالح هو محل التزام الطرف الآخر ، ولاعكس بالعكس، بيد ان هذا التبرير للسبب يبقى تقليديا لانحصاره في السبب المباشر، أما المفهوم الجديد للسبب فهو يستند الى السبب غير المباشر، ويعتبره الاستاذ السنهوري الباعث الدافع للمتصالحين على ابرام الصلح، فهناك من يدفعه الى الصلح خشية ان يخسر دعواه ، أو عزوفه عن التقاضي بما يستطيع من اجراءات طويلة ومصاريف باهضة أو خوف التشهي او العلانية1 ، وعلى كل ينبغي أن يكون سبب الصلح مشروعا ، فالصلح الواقع بين رجل وأمراه للمحافظة على علاقة خائنة غير شرعية يكون سببها غير مشروع، وهو الحكم الذي المقرر بموجب المادة 97 من القانون المدني الجزائري ، بنصها " إذا التزام المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام او للآداب العامة كان العقد باطلا".

ومما يمكننا ان نستنتجه من استقراء المادة 459 من القانون المدني الجزائري ، فأن عقد الصلح المدني يتميز عن باقي العقود بمقومات خاصة به، ويعتبر أهمها وجود نزاع ، بين طرفي العقد ، والنزاع يعرف بأنه ذلك التنازع الحاصل بين إرادات مختلفة ، أي أن النزاع الحاصل بين أشخاص حول حقوق شخصية متعارضة أو عبارة عن تنازع في المصالح يتخذ شكل نزاع بين إرادتين : ادعاء

1 عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الخامس ، دار احياء الثرات العربي ، بيروت غير مؤرخ ، ص561 .

من جانب يقابله مقاومة من الجانب الآخر ، وتتخذ المقاومة صور الاعتداء على المصلحة المطلوب حمايتها ، وتطهر المقاومة في مجرد معارضة 1،

وتتفق أغلب التشريعات المدنية على أن وجود عقد الصلح مرتبط أساسا بوجود نزاع بين المتصالحين وليس من الضروري أن يكون هذا النزاع قائما ومطروحا أمام القضاء بل يكفي أن يكون حصول النزاع محتملا بين الطرفين فيكون الصلح في هذه الحالة لتوقي هذا النزاع ويعتبر صلح غير قضائي extrajudiciaire). أما إذا كان هناك نزاع قائم مطروح على القضاء وحسمه الطرفان بالصلح فيعتبر الصلح قضائيا (judiciaire) على أن لا يكون قد صدر حكم نهائي في النزاع ، وإلا فإننا نعتبر أن الحكم هو الذي حسم النزاع وليس الصلح.

فإذا لم يوجد نزاع قائم بين الأطراف أو محتمل قيامه بينهم فلا مجال للحديث عن صلح حينها، كما إذا تنازل دائن لمدينه عن بعض الدين غير المتنازع فيه ليتمكن المدين من دفع الباقي، فهذا إبراء من بعض الدين وليس صلحا ، فالاجدر عند الحديث عن صلح أن يوجد نزاع جدي قائم أو محتمل.

وتُعد نية إنهاء النزاع وفض الخصومة العنصر المعنوي الأساسي الذي يميز عقد الصلح. وتتفق معظم التشريعات القانونية، بما في ذلك التشريع المدني التونسي، على ضرورة أن يكون الهدف من الصلح هو حسم النزاع بين الأطراف، سواء كان ذلك من خلال إنهائه إذا كان قائمًا أو تفاديه إذا كان محتملًا. أما إذا غابت هذه النية لدى الأطراف لحسم النزاع، فإن العقد لا يُعتبر صلحًا، على سبيل المثال، إذا اتفق الطرفان على طريقة معينة لاستخدام العين المتنازع على ملكيتها لحين حسم المحكمة للنزاع، فإن هذا الاتفاق لا يُعد صلحًا لأنه لا يؤدي إلى حل النزاع حول ملكية العين.

كذلك، إذا كان هناك نزاع بين طرفين على ملكية منقول قابل للتلف، واتفقا على بيعه لتفادي تلفه وإيداع ثمنه في خزينة حتى تفصل المحكمة في من هو المالك، فإن هذا الاتفاق لا يعتبر صلحًا لأنه لا يحسم النزاع حول ملكية المنقول.

وقد قضت محكمة الاستئناف في فرنسا بأنه إذا اتفق الخصمان في دعوى فسخ قائمة بينهما، والتي تتعلق ببيع عين من أحدهما إلى الآخر،على بيع هذه العين بيعا معلقًا على شرط صدور الحكم في

1 محمد السيد التحيوي ، الصلح والتحكيم في المواد المدنية والتجارية، داار الفكر الجامعي الإسكندرية 2003، ص 57 و59 .

دعوى الفسخ، فإن هذا الاتفاق لا يُعد صلحًا لأنه لا يُفضي إلى حسم النزاع القائم بشأن دعوى الفسخ1.

ومن الجدير بالذكر أن الصلح لا يتطلب بالضرورة حسم كافة المسائل المتنازع عليها بين الأطراف؛ فقد يتم الاتفاق على حل بعض القضايا، بينما تظل القضايا الأخرى مُحالة إلى المحكمة للفصل فيها ، كذلك لا يجوز للصرفين أن يتصالحا حسما للنزاع ، ولكنهما يتفقان على أن يستصدرا من المحكمة حكما بما تصالحا عليه ، فيوجهان الدعوى على هذا الاساس حتى يصدر من المحكمة الحكم المرغوب فيه ، فيكون هذا صلحا بالرغم من صدور حكم 2.

ولعل أهم ما يمتاز به الصلح عن باقي التصرفات القانونية المشابهة له بأن كل طرف من المتصالحين يتنازل عن جزء من ادعائه. فإذا لم يتنازل أحدهما عن شيء مما يدعيه وينزل الطرف الآخر عن كل ما يدعيه، لا يعد ذلك صلحًا، بل هو مجرد نزول عن الادعاء. إذًا، يشترط في الصلح أن يكون التنازل متبادلًا بين الطرفين، بحيث يتنازل كل طرف عن جزء مما يطلبه أو يدعيه لصالح الطرف الآخر. وهذا ما يميز الصلح عن مجرد التنازل عن الخصومة أو النزول عن الدعوى، حيث يكون التنازل في هذين الأخيرين من طرف واحد فقط.

ومع ذلك، ليس بالضرورة أن تكون التضحيات التي يقدمها كلا الطرفين متساوية ، فقد يتنازل أحد الطرفين عن جزء كبير من مطالبه مقابل تنازل الطرف الآخر عن جزء أصغر، المهم هو أن يكون هناك تنازل متبادل، حتى لو اختلفت قيمة التضحيات بين الطرفين، و في بعض الأحيان، قد يكون أحد الطرفين على استعداد للتنازل عن جزء من حقوقه لتجنب التقاضي المطول والمعقد والمكلف.

كما قد يقبل أحد الطرفين أيضًا بعض مطالب خصمه على الرغم من عدم اقتناعه بها، سعياً لإنهاء النزاع ودياً وتجنب عواقب التقاضي، مثل التشهير والإضرار بسمعته ، وهولاء يختارون التنازل عن بعض مطالب خصمهم بدلاً من متابعة نزاع طويل ومكلف مالياً ومعنوياً، حتى لو فازوا في النهاية.

الفرع الثالث: عقد الصلح ، الإجراءات والآثار .

"عقد الصلح" وسيلة مبتكرة وفعالة لتسوية النزاعات، تتيح للأطراف المتنازعة التوصل إلى تسوية مرضية بعيدًا عن الإجراءات القضائية التقليدية. يهدف هذا العقد إلى التوصل إلى حل ودي يراعي

1 عبد الحكم فودة ، أحكام الصلح والتحكيم في المواد المدنية والتجارية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 1995 ، ص 13 .

2 عبد الحكم فودة ، نفس المرجع ، ص 13 .

مصالح الأطراف، ويؤدي إلى حل سريع وفعال للنزاع، مما يقلل الوقت والتكاليف المالية المرتبطة بالتقاضي التقليدي.

ومن خلال "اتفاقية الصلح"، يمكن للأطراف التوصل إلى تسوية توافقية تساعد على التخفيف من الآثار السلبية لاستمرار الصراع، وذلك من خلال آليات تفاعلية تضمن حلولاً مرنة ودائمة ، وهذا الحل البديل يتجاوز التسوية القانونية؛ كما أنها تشمل أبعاداً إنسانية واجتماعية، مما يساعد على تعزيز العلاقات بين أطراف النزاع وإيجاد الانسجام بينهم.

يهدف هذا النظام البديل إلى الكشف بشكل أكثر سلاسة عن حقوق الأطراف المتنازعة ويركز على الحوكمة المبتكرة لحل النزاعات في بيئة غير رسمية، مما يوفر بيئة قانونية أكثر راحة وأقل إرهاقًا للأطراف المتنازعة مقارنة بالمحاكم التقليدية.

أولا: الإجراءات .

رسم قانون الإجراءات المدنية والإدارية إجراءات الصلح ، بموجب المواد 990 الى 993، ويمكننا أن نستخرج من هذه المواد الإجراءات التي سنها المشرع حتى يقوم القضاة بإجراءات الصلح ، لأنه لا يعتبر كافيًا أن يكون هناك عقد صلح قائم وصحيح من الناحية القانونية بين الطرفين في النزاع ، بالنظر إلى الآثار المهمة التي تنتج عن إجراء الصلح باعتباره من التصرفات القانونية التي ترتب أثارا هامة كالتنازل أو حتى إسقاط الدعوى ويكون حضور الاطراف بأنفسهما وجوبا إمام القاضي حتى تتقين المحكمة بان الطرفين قد أقرا هذا الصلح ، او بواسطة وكيل بوكالة خاصة1 بالصلح أمام المحكمة حتى يكون الموكل على معرفة ودراية تامة بذلك ، ولا يفترض في الوكيل أن لديه هذا الحق المتعلق بإجراء الصلح ما لم تنص عليه الوكالة الخاصة.

كما انه لايشترط في هذه الوكالة بحسب مقتضيات المادة 475 من القانون المدني ، أن تفرغ في شكل رسمي بل يكفي ان تكون هذه الوكالة بسيطة محررة وموقعة من قبل الوكيل والموكل .

أ): المبادرة باجراء الصلح .

وضعت المادة 990 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية القاعدة العامة للصلح، حيث نصت على أنه " يجوز للخصوم التصالح تلقائيا ، أو بسعي من القاضي ، في جميع مراحل الخصومة "، فكانت المبادرة بالصلح للخصوم أولا ، وهذا أدعى للوصول الى تسوية النزاع بسعي منهما وبالنتيجة تكون

1 تنص المادة 574 من القانون المدني الجزائري، بأنه " لابد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة، لاسيما في البيع والرهن والتبرع والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين الحاسمة والمرافعة أمام القضاء "

إرادتهما متوفرة مسبقا لوضع حد للنزاع بمعرفة القضاء وذلك يضمن ديمومة الحل وتنفيذه مستقبلا تبعا لما اتفقا عليه .

كما أنه يمكن للقاضي ايضا المبادرة من قبله بعرض الصح على الخصوم ، اذا تبين له من اوراق القضية بأن المسافة بينهما غير متباعدة في طلباتهم ودفوعهم ، وهذا من نتائج الدور الايجابي للقاضي في إجراءات الخصومة ، لان من مصلحة القاضي وضع حد للنزاعات في المجتمع وهذا الدور اصبحت تعترف له به جميع الانظمة القضائية المقارنة، بما يتوفر عليه ليس فقط خبرته فالقانون وانما ايضا دوره التوفيقي ، ولأنه كذلك في جميع الأحوال يكون إجراء الصلح أمام القاضي وليس غيره ، إلا أنه في حالة فشل المسعى تعين عليه حسم النزاع قضائيا متبعا الإجراءات العادية المسطرة قانونا لذلك.

ويقرر هذا النص مبدأين أساسيين: الأول هو مرونة الوقت في الصلح، إذ يمكن اللجوء إليه في أي مرحلة من مراحل الدعوى، والثاني هو المبادرة المزدوجة التي تسمح إما للأطراف بطلب الصلح تلقائياً أو للقاضي باقتراحه على الخصوم.

ب) : جلسة الصلح .

تتضمن جلسة الصلح عدة مراحل حددها القانون. تبدأ المرحلة الأولى بالمبادرة، والتي قد تأتي من الطرفين أنفسهما أو من القاضي، في حالة المبادرة من أحد الطرفين، يُطلب الصلح من أحد الطرفين أو كليهما، بينما في حالة مبادرة القاضي، يُعرض عليهما هذا الإجراء كبديل عن الإجراءات القانونية.

وبغض النظر عن الجهة التي بادرت بالصلح يجري القاضي عملية التوفيق بين الإطراف ، وبذلك تواصل المادة 991 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، تنظيم الجوانب الإجرائية لعقد جلسة الصلح، حيث تنص على أنه "يجب إجراء محاولة الصلح في المكان والزمان اللذين يراهما القاضي مناسبين ما لم يكن هناك نصوص خاصة في القانون تنص على خلاف ذلك"، ويمنح هذا الحكم القاضي سلطة تقديرية لتحديد أفضل الظروف لإجراء الصلح، مع مراعاة الأحكام الخاصة الواردة في قوانين أخرى مثل قانون الأسرة أو قانون العمل.

وبالتالي يكون ميعاد تحديد موعد لاجراء الصلح يكون بلا ريب بعد انعقاد الخصومة ، وحينها يقترح القاضي على الخصوم اجلا معين للقيام بمحاولة الصلح ، و تكون موافقة الطرفين أو الأطراف ضرورية، لانه يمكن للقاضي القيام بالصح بغير تلك الموافقة المسبقة ، ولايتقيد القاضي بمناسبة معينة أو مرحلة محددة لعرض الصلح اعمالا بنص المادة الرابعة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية شريطة ان يكون ذلك اثناء سير الخصومة، وحتى بعد اقفال باب المرافعة ، اذا طلب أحد الخصوم

إعادة فتحها من جديد أو قرر القاضي ذاك ، ولامانع ايضا حتى قبل النطق بالحكم في حالة حضور الخصوم ، اما بعد النطق بالحكم ، فان القضية قد خرجت عن ولايته .

تتضمن المرحلة الثانية تحديد موعد جلسة الصلح، حيث يُحدد القاضي المكان والتاريخ المناسبين لمحاولة التوفيق، ويراعي القاضي وضع الطرفين وطبيعة النزاع.

والسبب في ترك السلطة التقديرية للقاضي لاختيار الوقت المناسب لإجراء عملية الصلح، هو أن هذه اللحظة المناسبة تختلف من خصومة إلى خصومة أخرى حسب وقائع و ظروف كل قضية أو دعوى، فقد تكون بعض لحظات الخصومة أكثر ملائمة من اللحظات الأخرى للقيام بعملية التوفيق، لذلك أراد المشرع ترك الحرية للقاضي في اختيار اللحظة الملائمة.1

وخلال جلسة الصلح نفسها، يتولى القاضي دور الموفق المحايد، حيث يستمع إلى وجهات نظر الطرفين ويسعى جاهدًا للتوفيق بينهما للوصول إلى حل مقبول للجميع. تتطلب هذه المرحلة من القاضي امتلاك مهارات خاصة في التفاوض وتذليل العقبات.

وتجدر شارة إلى أنه لا يجوز للقاضي تفويضا غيره في محاولة الصلح بين الأطراف، وذلك لأن هذه المهمة من مهامه الأساسية له مثلها في ذلك مثل مهمة الفصل في النزاع التي لا يجوز له أن يفوض غيره في القيام بها 2 .

ج): محضر الصلح.

تحدد المادة 992 ، من قانون الاجراءات المدنية والادارية ، الإجراءات الرسمية لإعداد محضر الصلح، حيث تنص على أنه " يثبت محضر الصلح في محضر يوقع عليه الخصوم والقاضي وأمين الضبط ، ويودع بأمانة ضبط الجهة القضائية ".

ويضفي هذا النص الطابع الرسمي للصلح من خلال آلية توقيع ثلاثية تشمل الأطراف المتنازعة والقاضي المشرف وأمين الضبط كشاهد رسمي، بالإضافة إلى إيداع الاتفاق في قلم المحكمة لضمان حفظه.

---

1 حليمة حبار ، مستشارة بالغرفة المدنية بالمحكمة العليا ، دور القاضي في الصلح والتوفيق بين الأطراف ، على ضوء أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، مجلة المحكمة العليا ع خ ، ج 2 : الطرق البديلة لحل النزاعات : الوساطة والصلح والتحكيم. قسم الوثائق 2009 ، ص 613 .

2 حليمة حبار ، مستشارة بالغرفة المدنية بالمحكمة العليا ، دور القا ضي في الصلح والتوفيق بين الأطراف ، على ضوء أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، مجلة المحكمة العليا ، خ ، ج 2 : الطرق البديلة لحل النزاعات : الوساطة والصلح والتحكيم. قسم الوثائق 2009 ، ص 614 .

كما انه من الآثار المهمة لحضور الأطراف أصالحة عن أنفسهم او بوكيل بوكالة خاصة هو ما نصت عليه المادة 992 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، هو الإمضاء على محضر الصلح وبغير حضور الأطراف او وكلائهم ، أو ان احدهم رفض الإقرار بالصلح ، فلا يمكن للمحكمة التصديق على هذا الصلح.

واذا قدّم الأطراف عقد الصلح الذي يُسوّى النزاع القائم بينهما إلى القاضي المختص بنظر الدعوى التي أبرم بالصلح لأجلها، وعلى القاضي المصادقة عليه وإفراغه في محضر للتوقيع عليه بحسب مقتضيات المادة 992 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، وفي حالة التشكيلة الجماعية كما هو الأمر على مستوى الاستئناف مثلا ، فيكون الرئيس مختصا بالتوقيع إلى جانب الأطراف وأمين الضبط .

ويكتسب محضر الصلح صفة الصلح القضائي ، ويعتبر سندا تنفيذيا بمجرد إيداعه بأمانة الضبط ، طبقا لنص المادة 993 من قانون الإجراءات الجزائية والإدارية، كما قضت المحكمة العليا بأنه " يعد محضر الصلح المتضمن اتفاق الأطراف على نقل الملكية، سندا تنفيذيا بعد إمهاره بالصيغة التنفيذية، غير أنه لا ينقل الملكية إلا بعد شهره بالمحافظة العقارية." .1

ثانيا: أثار عقد الصلح :

تتطلب دراسة آثار الصلح دراستة كعقد، ينشئ التزامات يلتزم الأطراف بتنفيذها، وهو ما يُعرف بالقوة الملزمة للصلح. إلا أن هذه الالتزامات لا تُلزم أحدًا سوى المتعاقدين، لذا فإن للصلح أثرًا نسبيًا.

ولما كان الصلح شرع لإنهاء النزاع وقطع دابره، فإنه يؤدي إلى انقضاء الحقوق والدعاوى محل النزاع ، ونتيجةً لحل النزاع، يُثبت الصلح لكلٍّ من المتعاقدين ملكية الأشياء والحقوق، وهذا هو الأثر الكاشف للصلح.

أ) الأثر الحاسم للصلح:

لعل الأثر الجوهري للصلح ، يتجسد في انهاء النزاع أن وجد ويسقط الحقوق والادعاءات التي كانت موضوع التسوية الودية ، او يجنب الخصام مستقبلا أن كان متوقعا، كما يترتب على ذلك ايضا خروج القضية من سلطة القاضي إذا عرض عليه النزاع وتم التوصل الى تسوية إثناء سير الخصومة ، أو رفضها – من قبل القاضي – لتسويتها سابقا بالصلح .

1ملف رقم 1211122 ، بتاريخ : 2019/09/12، موقع المحكمة العليا بتاريخ : 2025/06/30. الساعة : 12:40 د ، https://coursupreme.dz/decision//.

وقد أكدت المادة 462 من القانون المدني ، بأن " الصلح ينهي النزاعات التي يتناولها ، ويترتب عليه إسقاط الحقوق والادعاءات التي تنازل عليها أحد الطرفين بصفة نهائية "،

والقول بسقوط حق الدعوى الذي يتنازل عنه الطرفان في الصلح يعني أن الطرف في المتصالح لم يعد بالإمكان إعفاءه من التزام قانوني فرضه عليه عقد الصلح ، ولا ينقص ما تم من جهته ، باللجوء إلى المحاكم لطلب حل النزاع عن طريق دعوى جديدة، لأن الصلح عقد ملزم للطرفين وبالتالي لا يستطيع أي من الطرفين الانسحاب منه بإرادته المنفردة .

ويتمثل القول بانقضاء الحقوق والادعاءات بين طرفي النزاع معمول به في أغلب التشريعات المقارنة ، من ذلك ما جاء في المادة 553 من القانون المدني المصري ، بأنه :" ينهي الصلح المنازعات التي تناولها ، ويترتب عليه إسقاط الحقوق والادعاءات التي تنازل عليها أحد الطرفين بصفة نهائية "، وكذلك المادة 2052 من القانون المدني الفرنسي .

فلا يمكن للطرفين تجديد النزاع عبر إقامة دعوى في خصومة بعد إبرام الصلح بينهما ، كما لا يمكنهما المضي قدما في الدعوى اذا كانت المحكمة قد حكمت بصدور الصلح في النزاع الذي وقع حسمه ، كما أن ولاية المحكمة في نفس الموضوع تنقضي ، فلو تنازع شخصان على ملكية عقارين أحدهما منزل والآخر ارض مثلا ثم تصالحا على أن يكون المنزل لأحدهما والأرض للآخر فهذا الصلح عقد ملزم للجانبين يلزم من انتهى إليه المنزل ، أن ينزل عن ادعائه في ملكية الأرض ، ويلزم من حصل على الارض أن ينزل عن ادعائه في ملكية المنزل ، فلا يجوز لأحدهما الرجوع من جديد لينازع الطرف الآخر ، واذا عاد الى هذا النزاع جاز للطرف الآخر الدفع بالصلح أو طلب الفسخ ونفس الشئ بالنسبة للطرف المقابل ، كما أن ولاية المحكمة على الخصومة قد أنقضت بمجرد تمام الصلح بين الطرفين 1.

إذا رفض القاضي الدعوى، يُفترض حينها أن النزاع قد عُرض سابقاعلى المحكمة، كما أن للطرفين ابرام عقد الصلح في أي مرحلة من مراحل الخصومة، شريطة ألا تقول المحكمة كلمتها في الموضوع ، ذلك لن النزاع او الخصومة تنقضي بالحكم الفاصل في الموضوع ، وبالمحصلة فان مجرد عرض الصلح على المحكمة تلتزم الاخيرة أن ترفع يدها عن البث في أصل النزاع المحسوم صلحا بين الطرفين المتنازعين.

إذا رُفعت الدعوى أمام المحكمة الابتدائية وتم التوصل إلى الصلح ، فعلى المحكمة البتّ في الاتفاق والتصديق عليه ، ولا يجوز الطعن في هذا الحكم لانعدام المصلحة، ومع ذلك، إذا اشترط المشرع في

1 عبد الحكيم فودة ، مرجع سابق ، ص 31 .

بعض النزاعات أن تتم محاولة الصلح قبل بدء النزاع، كما هو الحال في النزاعات العمالية، فإن الصلح يمنع مواصلة النظر في القضية، إذا انتهت محاولة الصلح بنجاح، على عكس قضايا الطلاق التي يتم فيها الصلح أثناء التقاضي ويقوم به القاضي بنفسه.

ويفهم مما تقدم أن انقضاء الحقوق والادعاءات يقتصر على الصلح الذي تم بين الطرفين في إطار ما تم الاتفاق عليه، أي أنه لا يمكن توسيع نطاق الحقوق أو المطالبات المتعلقة بالحقوق التي تم الصلح عليها.

كما أن الصلح بطبيعته التعاقدية يخلق أثراً نسبياً يرتكز على التفسير الضيق لمفهوم التنازل المتبادل الوارد في عقد الصلح، أي أن تفسير أحكامه سيكون خاضعاً للقواعد العامة لتفسير العقود، ذلك بان انقضاء الحقوق والادعاءات لن يشمل إلا ما جاء في عقد الصلح وهو ما أكدته المادة 464 من القانون المدني الجزائري ، بنصها : " يجب أن تفسر عبارات التنازل التي يتضمنها الصلح تفسيرا ضيقا أيا كانت تلك العبارات فان التنازل لا يشمل إلا الحقوق التي كانت بصفة جلية محلا للنزاع الذي حسمه النزاع" .

لذلك، حتى لو توافق الخصم على الصلح بشأن نقطة أخرى، لا تستطيع المحكمة توسيع تفسيرها أو التأثير على قضايا أخرى قد تهم الطرفين خارج نطاق هذا الصلح.

ويتجسد مبدأ نسبية عقد الصلح من حيث الموضوع ، الذي يقتضي ان يفسر الصلح تفسيرا ضيقا ، باعتبار أن ذلك الصلح يحسم النزاع القائم بين طرفيه في موضوع معين على أساس نزول كل منهما على بعض ما يدعيه قبل الآخر ، ولهذا يجب أن يتوسع في تأويله وأن يقتصر تفسيره على موضوع النزاع ، وقضت المحكمة العليا بأنه " من المقرر قانونا أن عبارات التنازل التي يتضمنها الصلح يجب أن تفسر تفسيرا ضيقا أيا كانت تلك العبارات ولا يشمل إلا الحقوق التي كانت بصفة جلية محلا للنزاع الذي حسمه الصلح ، ومن ثمة فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون "1.

ومما لا شك فيه أيضا أن قاضي الموضوع هو الذي يفسر عقد الصلح معتمدا على المواد 107 و111 و112 من القانون المدني ، ولا يخضع للمحكمة العليا طالما لم يحرف العقد ،وكان تفسيره مطابقا لإرادة المتصالحين .

1 قرار مؤرخ في : 1989/12/13، مجلة المحكمة العليا العدد الأول لسنة 1994 ، ص 11 .

كما ان هذه الآثار تنسحب أيضا على مرحلة الاستئناف، فالصلح جائز في هذه المرحلة باعتبار أن النزاع لم يحسم بصفة نهائية، وهو ما نصت عليه المادة الرابعة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بأنه يمكن للقاضي إجراء الصلح بين الأطراف أثناء سير الخصومة في أية مادة كانت.

وبذلك فأنه بالإمكان ان يقع الصلح بعد صدور قرار جهة الاستئناف وقبل أو بعد الطعن فيه بالنقض، فتقرر جهة الطعن رفضه لانقضاء النزاع بالصلح ، لان المبدأ أن الصلح الواقع في الدعوى ينهي النزاع وكذلك ينهي سير القضية.

كما تبرز أيضا نسبية الأثر الحسام للنزاع بصورة جلية على مستوى سبب الصلح الذي يبقى متعلق بنفس سبب النزاع موضوع الصلح دون غيره ، وإذا اختلف السبب فلا يمكن الاحتجاج بالصلح إذا تم كان النزاع يتعلق بسبب جديد ، ولا يمكن الدفع بالصلح حينها ، وهذه القاعدة المتعلقة بان آثار العقد تنصرف الى المتعاقدين ولا تنصرف الى غيرهما ، فعلى مستوى الأشخاص لا يلزم العقد إلا المتصالحين ولاينجر منه للغير ضرر ولا نفع الا في الصورة التي نص عليها القانون ، ومنا ما نصت عليه المادة 113 من القانون المدني الجزائري ، " لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير ، ولكن يجوز أن يكسبه حقا"، وفي جميع الحالات مراعاة الخلف العام والخاص للمتصالح ، طبقا للقواعد العامة.

ب): الأثر الملزم للصلح :

يستمد الصح قوته القانونية من طبيعته التبادلية ، فهو عقد بين طرفين، يعترف كل منهما بحقوق والتزامات الآخر ،ويقع الاتفاق على هذه الالتزامات مقابل تنازلات متبادلة، أي أن كل طرف يتنازل عن بعض حقوقه أو يقبل بعض التزاماته للتوصل إلى اتفاقية تسوية ، وبالنتيجة فان نجاح الصلح يصبح ملزما للطرفين ويجب تنفيذه وفقا للشروط المتفق عليها، مع مراعاة القواعد القانونية التي تضمن تنفيذ هذا النوع من العقود.

فلا يجوز لأحد المتصالحين أن يجبر المتصالح الاخر على تنفيذ الصلح ما لم يكن قد نفذ الالتزامات الواقعة على عاتقه بموجب الصلح أو أبدى استعداده لتنفيذها ، كما لا يكفي أن يكون قد نفذ التزاماته التعاقدية حتى حتى يجبر الطرف الاخر على ذلك ، بل ينبغي أن يتم التنفيذ مع تمام الأمانة والإخلاص أي مع الابتعاد عن الغش والحلية ، إعمالا لحكم المادة 107 من القانون المدني الجزائري،

ج): الدفع بالصلح لسبق حسم النزاع (l'exception de transaction) .

بالرغم من ان القانون الجزائري لايعطي الصلح قوة الشئ المقضي فيه ، إلا ان صبغته النهائية لا تجعلنا نستبعد انسحاب شروط وآثار قوة الشي المقضي به للأحكام على أثار الصلح ، والمذكورة

في المادة 338 من القانون المدني الجزائري 1، ومن ذلك أن اتحاد موضوع وسبب وأشخاص الصلح من شأنه السماح للمدعي عليه بالدفع بالصلح ، ومن ذلك الحكم بعدم قبول الدعوى على أساس انعدام مصلحة المدعي لسبق حسم النزاع الحالي بالصلح، لأن المصلحة مناط الدعوى ، وهو المقرر بموجب المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بانه " لايجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة ، وله مصلحة قائمة او محتملة يقرها القانون " وعليه ينبغي التمسك بانعدامها من قبل المدعى عليه الذي يدفع بالصلح ، ولا يمكن للقاضي إثارتها تلقائيا ، فلا يجوز للمحكمة أن تأخذ بها تلقائيا، كما مذكور بالمادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، وقياسا ذلك على إحكام الفقرة الاخيرة من المادة 338 من القانون المدني ، فلا يجوز للمحكمة الأخذ تلقائيا بقرينة قوة الشئ المقضي به .

على المحكمة أن تراقب الشروط من خلال عبارات الصلح التي قد تختلف. فمثلاً، إذا تصالح شخصان على تعويض مادي دون ضرر معوي، ولجأ أحدهما، وهو الطرف المتضرر، إلى القضاء طالباً تعويضاً عن الضرر المعوي، فلا يجوز للطرف الآخر الإصرار على حدوث الصلح، لأن الأخير اقتصر على النزاع المتعلق بالضرر المادي دون الضرر المعنوي.

وكما هو الشأن لاتحاد الموضوع ، فلا بد أن يتحد سبب الصلح وكذلك أطرافه ، فالدفع بالصلح غير مقبول أذا لم يكن المدعي طرفا في الصلح أو وارثا أ, قد أنجر له حق من المتصالحين (أي المتصالحين وخلفهما العام والخاص ، كما يتعين ايضا أن يكون الصلح صحيحا غير معيب، وهذه الشروط الواجب توفرها في الدفع بالصلح وجب على المحكمة أن تراقب توفرها عند إثارتها من قبل الأطراف ، لان الدفع بالصلح لايتعلق بالنظام العام لان هذا الدفع لا يهتم الا بمصالح الخصوم وما دام الأطراف سكتوا عنه فان هذا الصمت يعد تنازل عن الدفع بالصلح .

د) : الأثر الكاشف للصلح .

يقصد بالأثر الكاشف لعقد الصلح ، بأنه " لا يتضمن إنشاء أو نقلا للحقوق المتنازع فيها بل يقتصر دوره على الكشف عن وجود الحق مستندا الى مصدره الأول فإذا تنازع شخصان على أرض ومنزل كان يمكلها مورث مشترك ، فاصطلحا على أن يختص أحدهما بالأرض والاخر بالمنزل ، وأعتبر كل

1 المادة 338 من القانون المدني الجزائري : " الاحاكم التي حازت قوة الشئالمقض به تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ، ولايجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة ، ولكن لاتكون لتلك الاحاكام هذه الحجية الا في نزاع بين الخصوم أنفسهم، دون أن تتغير صفاتهم ، وتتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب.
ولايجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائيا ".

منهما مالكا لما أختص به لا من وقت الصلح بل من وقت موت المورث وانه كان ملكه لا بالصلح بل بالميراث1.

أن مسألة الأثر الكاشف للصلح هي محل جدلا محتدما ،ويرتبط هذا الجدل بالطبيعة القانونية لهذا العقد ومن جهة ثانية هل أن الصلح ناقلا أم كاشفا، ، فأنقسم الفقه والقضاء المقارن بخصوص تحديد طبيعة الصلح : فهل له طبيعة كاشفة أم طبيعة ناقلة، أم طبيعة منشئة؟

فأنصار الطبيعة الكاشفة للصلح يذهبون إلى القول بأن الصلح لا ينقل الحقوق المتنازع عليها، كما لا ينشئ حقوقا جديدة، وإنما يقر لكل من المتصالحين الحقوق التي سبق أن تنازعا عليها، والإقرار إخبار لا إنشاء. ولكن هذا الرأي لم يصمد طويلا إذ إتضح فيما بعد أن الطبيعة الإقرارية (Caractère recognitif) ما هي إلا افتراض (Fiction) من وضع المشرع،2 فالقول بأن ملكية أحد المتصالحين للحق المتنازع فيه يعود مصدرها إلى تصرف سابق للصلح هو أمر غير مؤكد ضرورة أن وضعية المتصالحين قبل إبرام الصلح كانت غامضة بحيث من الصعب تحديد مالك الحق المتنازع فيه، ولا يزيدها وضوحا الصلح الذي يكشف عنها بأثر رجعي.

وحيال الانتقادات الموجهة الى نظرية الطبيعة الاقرارية للصلح طهرت نظرية حديثة تعتبر أن الصلح لايبقى فقط على الحالة القانونية السابقة له ، وإنما يضيف شيئا إلى حقوق الأطراف دون إن ينقل أو ينشئ حقا جديدا ، فالصلح بهذا المفهوم ذو طبيعة كاشفة ، (Nature déclarative) ، تبرز من خلال تحديد جديد للحقوق السابقة وهذه نظرية الأستاذ MERLE 3.

فالنظرية الحديثة تذهب الى أن المتصالح في الحقيقة لا يقر لصاحبه ، وإنما ينزل عن حق الدعوى في الجزء من الحق الذي سلم له به ، ذلك أن هذا الجزء من الحق ، قد يبقى على وضعه الأول دون ان يتغير ، وإنما الصلح قد حسم النزاع فخلص لصاحبه ، ومن ثمة يكون للصلح أثران ، فهو قاضي

---

1 شيماء محمد سعيد خضر البدراني ، أحكام عقد الصلح ، دراسة مقارنة بين القانون والشريعة الإسلامية ، دار الثقافة العلمية للنشر والتوزيع ، عمان الاردن 2003 ، ص 186 .

2 عبد الحميد فودة ، مرجع سابق ، ص 41 .

3R. Merle, Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif, thése Toulouse, 1948 - 189; n (1)137

"Lorsqu'un droit ou une situation juridique sont eux-mêmes incertains et contestables, le meilleur moyen d'écarter à l'avenir toute discussion sur leur existence ou leur contenu est de rendre cette existence ou ce contenu abstrait onréalise ainsi une transformation du concret équivoque et instable en un abstrait incon-testable... La transaction est déclarative, au même titre qu'un acte récognitif ordinaire, et qu'un jugement.Elle permet à un droit probablement préexistant de s'exercer en lui apportant deux éléments nouveaux, lacertitude et une énergie plus complète" .

على النزاع من حيث تخلص الحق من المنازعة فيه ، وهو كاشف عن الحق من حيث بقاء الحق على وضعه الأول1 .

ويترتب عن عن نظرية الطبيعة الكاشفة للصلح ، بأنه لايمكن اعتباره شكل من أشكال تجديد الالتزامات أي لا يؤدي إلى انقضاء الالتزام السابق وإحلال التزام جديد محله ، فتبقى الالتزامات محتفظة بصفاتها ودفوعها وتأميناتها التي كانت مقررة لها قبل حصول الصلح ، كماالانهلايلتزم المتصالح الاخر بضمان الحق المتنازع ، (ضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية) ،الذي خلص للمتصالح الاخر ، كما لانهلاتوجد خلافة (عامة او خاصة) ما بين طرفي الصلح فيما يتعلق بالحق المتنازع فيه ، إذ أن المتصالح لا يعتبر متلقيا للحق المتنازع فيه من المتصالح الآخر ولا يكون خلفا له في هذا الحق ، لأن ذلك لا يمكن للمستفيد من عقد الصلح أذا ما نازعه الغير أن يحتج في مواجهتهم بالمستندات التي كانت للطرف الآخر ، والتي تتعلق بالحق موضوع النزاع 2.

فمثلا يكون المتصالح المستفيد خلفا للمتصالح الأخر في ذلك الحق ، فلا يستطيع في مواجهة الغير أن يستعين بمستندات الطرف الآخر ، فاذا انتهى الصلح ان تحصل أحد المتصالحين على ملكية عقار، ثم نازعه أجنبي غير المتصالح معه في هذا العقار ، لا يستطيع وهو يتمسك بالتقادم في مواجهة هذا الاجنبي أن يضم مدة حيازة المتصالح الآخر الى مدة حيازته

أما أنصار النظرية الناقلة فيعتقدون أن الصلح ناقل للحقوق ، على أساس تحليل الصلح بان كل متصالح فيه ينقل جزء من الحق المتنازع فيه الى صاحبه ، ومثال الصورة التي ينقل فيها الصلح حقا ، أن يتنازع شخصان على سكن ويتصالحا على أن يختص أحدهما بالدار مقابل أن يعطي للآخر أرض معينة ، فيكون للصلح أثر ناقل بالنسبة للأرض التي لم تدخل في الحقوق المتنازع عليها ، إلا أن هذا الرأي بقى معزولا ويم يعمل به ، بدليل اعتناق التشريعات المقارنة لنظرية الأثر الكاشف للصلح ، ومنها المشرع الجزائري ، في المادة 463 من القانون المدني ، بنصها على أن " للصلح أثر كاشف بالنسبة لما اشتمل عليه من الحقوق ، ويقتصر هذا الأثر على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها".

يتضح مما سبق أن الصلح يجوز بين الطرفين ويُنفذ دون أي إجراء قانوني. يتفق الطرفان على إنهاء الصلح بإبرام عقد يُفسِخه. ويخضع شكل الصلح وعناصره وأدلته، بل وآثاره، للأحكام والقواعد العامة التي وضعها المشرع للعقود المدنية، وللأحكام الخاصة به.

---

1 عبد الحكم فودة ، مرجع سابق ص 41 .

2 شيماء محمد سعيد خضر البدراني ، مرجع سابق ص من 165 الى 167 .

يبرز الصلح حاليًا كخيار فعال لحل النزاعات، بعيدًا عن الخيارات المتعددة ، ويعود ذلك إلى تزايد المخاطر وصعوبة التوصل إلى حلول للطرفين بعيدًا عن خسارتهم في المحاكم، مما أثقل كاهل القضاء وصعّب اتخاذ القرارات في مهل زمنية معقولة، وبالتالي، برز الصلح كبديل حضاري يُعيد التفاهم والحوار والتنسيق الودي، كما تُوفر حاضنة لوجهات النظر المتعارضة لإيجاد حلول متوافقة للنزاع، بعيدًا عن مخاطر الصراع ومنطق الهيمنة والاستعباد.

كما ان هذه الآلية – الصلح – تتيح للأطراف حريةً واسعةً في البحث عن حلولٍ ومرونةً في تكييفها مع مصالحهم المتضاربة، مع مراعاة سرية أي نزاعٍ ينشأ عن العلاقة بين الطرفين، سواءً تعلق الأمر بقرابةٍ أو مصالحٍ تجاريةٍ أو حفظٍ للسمعة أو حلٍّ للنزاعات، أو حتى بأمورٍ مالية ، وهذا يُجنّب تكاليف التقاضي، من خبرةٍ ومحامين، بالإضافة إلى اهدار الوقت والجهد النفسي والمادي.

وعلاوة على ذلك يُرسّخ الصلح قيم نبذ الصراع والعدل والإنصاف والتعايش في البيئة السلمية النفسية والجسدية، كما تُعيد بناء العلاقات الفردية، وينمي القيم الإنسانية، ويعيد بناء مهارات التواصل، ويزيل الحواجز بين الآخرين، مما يُؤثّر إيجابًا على استقرار العلاقات الاجتماعية.

وبذلك بات من اللازم على المحاكم والأطراف دعم وتوسيع مبادرات المصالحة والدعوة إلى تنشيط هذه المؤسسة كإستراتيجية للتحديث المستدام للعدالة والنظام القضائي، في ضوء التغيرات الكبيرة والسريعة التي يواجهها عالمنا اليوم، والتي أصبحت تشكل تحديا حقيقيا.

من منظور اقتصادي، يُتيح الصلح توفيرًا ماليًا كبيرًا للأطراف والدولة على حد سواء، وبالتالي، يتجنب الأطراف تكاليف الإجراءات المطولة، بما في ذلك أتعاب المحامين والخبراء والمحضرين، بينما تستفيد الدولة من التوفير في الموارد المخصصة للنظام القضائي. ومن منظور اجتماعي، يُسهم الصلح في الحفاظ على علاقات ودية بين الأطراف، لا سيما في النزاعات العائلية والتجارية، حيث يمكن أن تستمر العلاقات بعد حل النزاع.

المطلب الثاني : الوساطة القضائية كبديل لإجراءات التقاضي.

إدخال الوساطة في التشريعات الوضعية طريق بديل لحل النزاعات حصل بعد تطور بطئ امتد عبر العصور ، وذلك نظرا لغلبة الأساليب القضائية في المعالجة الرسمية منذ ذلك الوقت .

ورغم ذلك ، فقد أبدعت المجتمعات على امتداد العصور أشكالا ودية لحل هذه النزاعات بعضها يقترب من الوساطة ، واحتفظت بهذه الأشكال الى يومنا هذا ، تعمل به في الحياة الاجتماعية بالتوازي مع الشكل القضائي إلى حين تبنيها الواحد تلو الأخر في التشريعات المختلفة.1

كفكرة حديثة ظهرت الوساطة في أوروبا بمبادرة من بعض القضاة الفرنسيين في السبعينات بالخصوص في القضايا العمالية، وذلك بعد أن لاحظ هؤلاء أن أحكامهم لا تفي بالحاجة أو أنها ترتب آثارا وخيمة، وفي بعض الأحيان خطيرة على المستوى الإنساني أو أنه يصعب تنفيذها لأنها تقطع الحوار بين الخصوم ولذلك صدر قانون 8 فيفري 1995 لتكريس هذا الحل البديل.2

وفي الوقت الراهن تلقى الوساطة كبديل للتقاضي رواجا متزايدا في الأنظمة القضائية المقارنة المعاصرة ، بالنظر الى المزايا التي تحققها بالنسبة للقضاء أو الأطراف المتخاصمة ، وسيكون من الأجدر تسليط الضوء على الأسس التشريعية ، وعلى طرق ممارستها وما تقدمه من مزايا للخصوم للحل التوافقي .

وتعتبر الوساطة الأساس الذي يقوم عليه نظام الطرق البديلة، فهي المحرك والسبيل لحل التوافق بين المتنازعين وتصبح الوجه أو الصورة الأنسب للقضاء والعدالة، إذ يكون القرار فيها من صنع الأطراف ويقتصر دور الوسيط في المساعدة على تحديد الخلاف النزاع وإزالة العقبات وتقريب وجهات النظر.3

تثير دراسة الوساطة القضائية عدة تساؤلات تتبادر للذهن بداية من تسوية النزاع عن طريق وسيط خارج الإجراءات التقليدية للتقاضي ، وغبر إرادة القاضي بل بإرادة الخصوم وليس وفقا للقانون سواء في شقه الإجرائي أو الموضوعي بعيدا عن تعقيدات القضاء ، ويكون للوسيط دور الموفق والمقرب لوجهات النظر المتنافرة في النزاع ، ويكون لهذا الغير عن الخصومة اليد في التي تقرب المصالح المتنافرة للمساعدة في الوصول لحل رضائي للنزاع ، وهذا ما يثير الاهتمام أيضا عن مركز هذا الوسيط وطبيعة عمله كذلك.

---

1 الوساطة : القانون والتقنيات، اعداد ونشر مركز البحوث القانونية والقضائي الجزائر ،أيسان للنشر والتوزيع 2012 ، دون مؤلف ، ص 13 .

2 عبد السلام ذيب ، رئيس غرفة بالمحكمة العليا ، قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد ، ترحمة للمحاكمة العادلة، موفم للنشر الجزائر2009، ص414 .

3 أحمد مصطفى رجب زايد ، الوساطة الخاصة والقضائية ، كسبيل داعم وبديل لحل المناعزعات التجارية ، دار الكتاب والدراسات العربية ، 2021 ، ص 50 .

الفرع الأول: ماهية الوساطة القضائية.

تتبادر فكرة الوساطة إلى الذهن كمحاولة لتسوية النزاع للوصول إلى حل نهائي وودي من خلال وسيط يُقرّب وجهات نظر الأطراف المتنازعة لإيجاد توافق بين مصالحهم وبإرادتهم المشتركة، فمن الضروري تعريف مفهوم الوساطة وطبيعتها ونتائجها، وهو ما يُشكّل إجابة على سؤال ماهيتها، من خلال تحديد محلها، أي النزاع الذي تُجرى فيه الوساطة.

باعتبار موضوع هذه الدراسة يتعلق بالوساطة بين الخصوم من أجل تسوية نزاعهم ، فيكون من اللزوم تعريفها وعناصرها وطبيعة ما يصدر عنها من أعمال اي بيان أساسها الاجرائي .

أولا: تعريف الوساطة أنواعها ونطاقها:

01) : تعريف الوساطة :

لم يعرف قانون الإجراءات المدنية والإدارية ولا أي نص قانوني أخر مفهوم الوساطة القضائية، ويمكن القول بأنها إحدى الطرق البديلة لحل النزاعات عن طريق تسوية ودية بمساعدة شخص محايد يسمى الوسيط، يكون دروه تقريب وجهات النظر بين الأطراف ومساعدتهم على إيجاد حل يرضيهم جميعا.1

والوساطة هي الشكل الرئيسي لمساعدة الأطراف العاجزة عن نزاع او صراع ، باستخدام طرف ثالث محايد ونزيه في التوصل لتسوية نزاعاتهم ،2 والوساطة مأخوذة من الوسط وهو طرفي الشئ ، والمعتدل من كل شئ ومن قوله تعالى : " وَكَذَٰلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا" 3 .

كما عرفت بأنها وسيلة اختيارية لتسوية المنازعات بحل ودي بمساعدة طرف ثالث –وسيط – تعتمد الحوار والمشاورات المتبادلة ، لإقناع طرفي النزاع بحلول مقترحة ، والتوصل الى حل نابع منهم للنزاع القائم بينهم بعد فحص طلباتهم وادعاءاتهم4.

1مركزالبحوث القانونية والقضائية ، وزارة العدل الجزائرية ، الوساطة القانون والتقنيات ، 2012، ص17 .

2 عباس قاسم محمود ، الوساطة القضائيةّ ، كطريق لحل المنازعات ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية مصر 2019، ص 23 .

3 أحمد رجب زايد ، الوساطة الخاصة والقضائية ، كسبيل داعم وبديل لتسوية المناعزعات التجارية ،دار الكتب والدراسات العربية، الاسكندرية ، مصر 2022، ص 51 .

4 خيري عبد الفتاح السيدالبتالوني : الوساطة كوسيلة بديلة لفض المنازعات المدنية والتجارية، ط 2 ، دار النهضة العربية، القاهرة 2012، ص 12.

وعرفها آخرون بأنها : بديل لحل مشكلة بطء التقاضي ، وهي عبارة عن قيام شخص محايد بتقريب وجهات النظر بين الأطراف المتنازعة وينصحهم بما يفيد القضية، وفي سرية كاملة وهي أقل تكلفة.1

وعرفت أيضا بأنها : آلية لحل المنازعات القانونية بين فريقين أو أكثر ، بمعاونة شخص ثالث محايد ، يلعب دور الوسيط بتوجيه المفاوضات ، وصقلها والمساعدة في أعطاء الحلول .2

والحاصل من مجمل هذه التعريفات تلتقي في نقاط مشتركة وهي محالة لفض النزاع بالتوفيق بين المتنازعين بوسيط نزيه ومحايد يأخذ بيد الإطراف لتجاوز خلافاتهما بحلول مرضية للأطراف بغية إنهاء النزاع وديا بينهم ، وهذا الوسيلة تنطلق من فكرة بسيطة ولكنها عملية وهي تعيين شخص نزيه يحظى بقبول الطرفين لجمع المتنازعين بعد ان تفرقوا لتضارب مصالحهم ، ويعيد بينهم الحوار والتواصل وتذليل العقبات وتقديم المعونة والإرشاد وهذه الخطوة بحد ذاتها ايجابية ، وبعدها الدخول في حوار متبادل بينهما ولا محالة يصلون الى أرضية مشتركة تشكل منطلق لإعادة الود بينهما والوصول بعدها الى طي مرحلة النزاع بإرادتهما ومرافقة الوسيط إذا توفرت نية فض النزاع كهدف مشترك للمحافظة على مصالحهما المتبادلة .

كما إن الوساطة القضائية غايتها ليس من اجل إصدار حكم قضائي في النزاع وإنما من اجل تسويته نهائيا تفاديا لإطالة أمد التقاضي العادية وتراكم القضايا في جداول المحاكم ، كما تتميز هذا الآلية الودية عن غيرها هو الإطار التوافقي بين الخصوم عن طريق وسيط خلافا للصلح الذي يكون تحت سلطة القاضي أو التحكيم الذي يقع عن طريق المحكمين الذين يلزمون الأطراف بما تم التوصل إليه من طرفهم ، والأمر هنا أقرب إلى عمل المحاكم.

02 : تمييز الوساطة القضائية عن الصلح القضائي:

تشترك الوساطة والصلح بارتكازهما على إرادة الأطراف ،ويتم إجرائهما تحت رقابة القاضي ، وبواسطتهما يتم حسم النزاع كليا او جزئيا ، كما انهما يشتركان في المقصد وهو أنهاء النزاع بإجراءات مبسطة بعيدا عن المحاكم والإجراءات المعقدة ، فضلا عن التكاليف المادية .

كما أنهما يتطابقان من حيث محلهما باستبعاد القضايا المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة ،وشؤون الأسرة والقضايا العمالية وتكون نتيجتهما كاشفة عن الحقوق وليست منشئة لها ، ويتحدان في ان الغاية وهي وضع حد للنزاع .

1 عمرو حسبو – لجان التوفيق ، دار النهضة العربية القاهرة 202 ص 6 .

2 احمد مصطفى رجب زايد ،الوساطة الخاصة والقضائية ، مرجع سابق ص 50 .

أما من ناحية الاختلاف فالصلح طريقة اختيارية عكس الوساطة فيجب على القاضي عرضها على الخصوم ، كما ان الصلح يقوم به القاضي نفسه او الخصوم ثم يعرضونه على القاضي، بينما الوساطة يتم تعيين وسيط لتقريب وجهات النظر ببن الأطراف وإدامة الحوار بينهما واقتراح الحلول والنتائج المترتبة عنها ، وعلى عكس الصلح لان الأمر في الوساطة لا يقتصر على التنازل المتبادل بين الأطراف بل أية وسيلة أو اقتراح يمكن اعتماده كحل للنزاع ، بما فيها التنازل او التبادل كما ان الوسيط يملك مرونة للتعامل بين الأطراف فقد يختار أسلوب الالتقاء مع الخصوم منفردين ثم يجمعهما ، بينما في الصلح فان القاضي يجمع الطرفين معا ، وفي نهاية المطاف في حالة نجاح الصلح أو الوساطة يعتبر المحضر المحرر سندت تنفيذيا .

03: أنواع الوساطة .

تتخذ الوساطة أشكالا مختلفة بحسب رغبة الأطراف أو بحسب نص القانون ، وفي مجملها، و تجري برغبة الأطراف وتحت رقابة وسيط يشرف على إدارة الحوار بين المتنازعين بغية الوصول بهم إلى اختيار حل ودي للنزاع القائم بينهما، وتتعدد أصناف الوساطة الي :

أ) : الوساطة القضائية والوساطة غير القضائية.

ووتنوع الوساطة بين وساطة قضائية ، وهي التي تجري بواسطة القضاء وبمعرفة القضايا ثناء عرض النزاع على المحكمة وتنجز تحت إشراف العدالة ، وهو ما جاءت به المادة 994 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بنصها : يجب على القاضي عرض اجراء الوساطة على الخصوم " ، وبذلك فأن الوساطة القضائية تجري بمبارده من المحكمة حيث يدعوهم القاضي إلى إجراء الوساطة كاقتراح منه للتوصل لحل ودي بينهم بواسطة وسيط يقوم بتعيينه ، كما انه لا مانع ايضا من طلب الوساطة من احد الخصوم أو من قبلهما معا إثناء نظر الدعوى .

ب) :الوساطة الاتفاقية أوالوساطة التعاقدية.

وبين الوساطة الاتفاقية أو التعاقدية، والتي تتم باتفاق الأطراف على اللجوء إليها لحل نزاعاتهم، سواء قبل نشوء النزاع أو بعده، وتشترط بعض العقود اللجوء إلى الوساطة قبل اللجوء الى أساليب أخرى ، ويتخذ هذا النوع من الوساطة شكلاً حراً، حيث يتمتع الأطراف بحرية تامة في تحديد قواعد تطبيقها ومدتها وغيرها من القواعد. كما يمكن أختيار جهة أو مؤسسة متخصصة في الوساطة التي تتم في الحالتين تتعلم وسيط لتوضيح النقاط القانونية واقتراح البدائل والخيارات ثم يقوم الأطراف بقبولها موضحا لهم منافعها للمحافظة على مصالحهم المشتركة وبدون إجبارهم على ذلك

ج) الوساطة في المواد المدنية والتجارية.

وفي مجال الوساطة القضائية في المواد المدنية ، فقد أورد قانون الإجراءات المدنية والإدارية القاعدة العامة لنطاق الوساطة القضائية ، في المادة 994 بنصها على انه " يجب على القاضي عرض إجراء الوساطة على الخصوم في جميع المواد " ، وباستقراء هذه المادة يكون عرض الوساطة من قبل القاضي على الخصوم وجوبي .

وعلى خلاف القانون الفرنسي ، يعد هذا الإجراء جوهريا فالقانون الجزائري ، فيجب على القاضي التأكد من استيفائه قبل أي إجراء آخر ، وفي الجلسة التي تنعقد فيها الخصومة القضائية ويحضر الطرفين، كما يجب ان يستظهر القاضي قيامه بعرض الوساطة من خلال التنويه على ذلك في حكمه.

تعتبر الوساطة في المواد المدنية والتجارية عمومًا إحدى أهم مجالات تطبيق إجراء الوساطة، لحل النزاعات المدنية كحقوق الملكية والشفعة، والانتفاع والارتفاق، والنزاعات المتعلقة بتملك الأراضي والعقارات وأطرافها، والتي تنتج عنها الدعوى المدنية، وهي المطالبة بحق ثابت أو مستبعد الثبوت، أو المطالبة بتعويض مدني معتد به يتبناه شخص أو أكثر، وهي ذات مصلحة خاصة وشخصية للفرد التي تكفي لحمايتها التزام المسؤول بتعويض الضرر، فلكل من لحقه ضرر مباشر مادي أو أدبي، الحق في أن يتسبب في التضرر بالتعويض، كما أن لكل من لحقه ضرر مادي أو أدبي من أية جريمة الحق بأن يدعي بالحق المدني ضد المتهم، والتي تكفي لحمايتها التزام المسؤول بتعويض الضرر، فمتى كان لدى أطراف النزاع رغبة في حل ودي1.

كما أصبحت الوساطة التجارية إلزامية في بعض الحالات، حيث تتم على رئيس القسم التجاري عرض النزاع على الوساطة، وفقًا للقانون المعدل 22/13 لسنة 2022، بموجب نص المادة 534 (ق 13/22)، المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية والإدارية بأنه " يجب على رئيس القسم التجاري عرض النزاع مسبقا على الوساطة . ولا تخضع الوساطة أمام القسم التجاري لقبول الأطراف ، خلافا لأحكام المادة 994 من هذا القانون .

د) : الوساطة الجزائية .

أما الوساطة في المادة الجزائية ، فقد ادخل قانون الإجراءات الجزائية بموجب الأمر 15/02 المؤرخ في : 23/07/2015، المعدل لقانون الإجراءات الجزائرية اجراء الوساطة في بعض الجنح ودون

1عباس قاسم محمود الماجدي ، الوساطة القضائية ، طريق لفض المنازعات ، مرجع سابق ص 100.

الجنايات ويجوز ذلك في مواد المخالفات بدون حصر هذه المخالفات 1، وبموجب المادة 37 مكرر ، بأنه يجوز لوكيل الجمهورية، قبل أي متابعة جزائية ، أن يقرر بمبادرة منه أو بناء على طلب الضحية أو المشتكى منه ، اجراء وساطة عندما يكون من شأنها وضع حد للإخلال الناتج عن الجريمة ، أو جبر الضرر المترتب عنها .

وتتم الوساطة بموجب اتفاق مكتوب بين مرتكب الأفعال المجرمة والضحية.

و من غير الخفي فأن هدف المشرع هو التخفيف على جداول المحاكم والأزمة التي يعرفها التقاضي سواء في المجال المدني عموما أو الجزائي، يشكل القاسم المشترك بين الوساطة في المجال الجزائي والوساطة القضائية في المواد المدنية والتجارية ، فظاهرة اختناق جداول المحاكم بارتفاع عدد القضايا المنشورة ، مدنية كانت أم جزائية ، بانت تضغط على المشرع لإيجاد حلول لمعالجة هذا الأزمة بوسائل غير اعتيادية ولكنها باتت تجد حضورها في التشريعات المقارنة لفوائدها .

كما إن القانون 15/12 ، المؤرخ في : 15/07/2015، المتعلق بحماية الطفل ، عرف الواسطة بموجب المادة الثانية منه كما يلي : " آلية قانونية تهدف إلى إبرام اتفاق بين الطفل الجانح وممثله الشرعي من جهة ، وبين الضحية أو ذوي حقوقها من جهة أخرى، وتهدف إلى إنهاء المتابعات وجبر الضرر الذي تعرضت له الضحية ووضع حد لآثار الجريمة والمساهمة في إعادة إدماج الطفل ..

سن إجراء الوساطة بموجب المادة 110 منه بأنه " يمكن إجراء الوساطة في كل وقت من تاريخ ارتكاب الطفل للمخالفة أو الجنحة وقبل تحريك الدعوى العمومية .

ولا يمكن إجراء الوساطة في الجنايات ..

وقد وسع قانون الطفل الأشخاص المكلفين بإجراء الوساطة الى مساعدي السيد وكيل الجمهورية وضابط الشرطة القضائية ، كما يلاحظ أيضا بان الأحكام المتعلقة بالوساطة الواردة في قانون حماية الطفل ، تتقاطع ايضا من الوساطة القضائية ، في التقليل العدد المتزايد لقضايا جنوح الإحداث ،

1 المادة 37 مكرر 2 الامر 022/15 : يمكن أن تطبق يمكن أن تطبق الوساطة في مواد الجنح على جرائم السب والقذف و الاعتداء على الحياة الخاصة والتهديد والوشاية الكاذبة وترك الأسرة و الامتناع العمدي عن تقديم النفقة و عدم تسليم طفل و الاستيلاء بطريق الغش على أموال الارث قبل قسمتها أو على أشياء مشتركة أو أموال الشركة أو إصدار شيك بدون رصيد و التخريب أو الإتلاف العمدي الأموال الغير وجنح الضرب والجروح غير العمدية والعمدية المرتكبة بدون سبق الإصرار و ا الترصد أو استعمال السلاح ، وجرائم التعدي على الملكية العقارية والمحاصيل الزراعية والرعي في ملك الغير ، و استهلاك مأكولات أو استهلاك مشروبات أو الاستفادة من خدمات أخرى عن طريق التحايل ، كما يمكن أن تطبق الوساطة في المخالفات.

ولكنها أيضا بمبرر إبعاد الأطفال الجانحين من ساحات المحاكم ، باعتباره وسط غير موصى به لهولاء ، لأنهم بحاجة إلى التربية والتعليم أكثر من حاجتهم للردع وهم في سن تشكل الشخصية والانفتاح على المحيط.

03 : نطاق الوساطة :

قيد المشرع المبدأ العام لإجراء الوساطة في المواد المدنية باستثناءات تخرج من نطاق الوساطة ، وهذا تبعا الموضوع بعض النزاعات التي سبق بشأنها إجراءات تسوية ودية أخرى.

وحصر القانون بعض هذه الحالات بعينها كقضايا شؤون الأسرة والقضايا العمالية وكل ما من شانه المساس بالنظام العام، وهو القيد المنوه عنه بموجب المادة 994 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فمن خلال ذلك نستنتج بأن العلة وراء ذلك المنع هو التنصيص في الأحكام القانونية التي تحكم قضايا شؤون الأسرة والقضايا العمالية بأن المشرع وفر إجراء المصالحة وهو أيضا طريق ودي لوضع حد للنزاع ، في شؤون الأسرة يقوم القاضي وجوبا بمحاولة الصلح بين الزوجين قبل فط الرابطة الزوجية ، أما في القضايا العمالية ، ونزاعات العمل الفردية فأن إجراء المصالحة شرطا ضروريا قبل رفع الدعوى إلى القضاء يقوم به مفتش العمل المختص إقليميا ، ولا تقبل الدعوى في حالة عدم القيام به .

أما منازعات العمل الجماعية، فنظم بموجب القانون رقم 90/02 المؤرخ 2 يونيو 1990، والمتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب، بصيغته المعدلة والمتممة، إذا تنص المادة 9 منه على أنه في حال فشل المصالحة كليا أو جزئيا، يُعد مفتش العمل محضرا بذلك، وفي هذه الحالة، يجوز للطرفين الاتفاق على اللجوء إلى الوساطة أو التحكيم وفقًا لأحكام القانون رقم 90/02 المذكور أعلاه.

وينص القانون الجزائري صراحة على عدم جواز الوساطة في أي قضية من شأنها الإخلال بالنظام العام ومن ذلك، على سبيل المثال لا الحصر ، الجرائم أو النزاعات التي تمس المصالح الأساسية للمجتمع كالخليلة التي تطالب بدين ناتج عن معاشرتها له سفاحا ، أو بدين ناتج عن القمار ، أو تهدد السلم العام أو النظام السياسي أو الاقتصادي للدولة، ولا تقبل الوساطة إلا في والجنح البسيطة والمخالفات التي لا تمس بالنظام العام. أما الجرائم الكبرى كالجنايات والقضايا التي تخل بالنظام العام أو تمس بالمصالح الحيوية للدولة، فلا تخضع للوساطة.

05: أهمية الوساطة :

لاريب بان الوساطة تتمتع بمميزات تكسبها أهمية ومركز متقدم بين الوسائل البديلة لحل النزاعات وبذلك بانت تحظى بالقبول لفعاليتها في حل النزاعات ، وأهم مميزاتها :

أ) طريق ودي لحل النزاعات :

بعيدا عن تعقيدات الإجراءات القضائية والآجال وانتظار رد الخصم على ما ابداه الطرف الثاني في النزاع ، يجتمع المتنازعين معا على طاولة واحدة بحضور الوسيط الذي يسهر على حسم سير الحوار والنقاش بينهما ، ويقدمون مايشاءون من حلول يرونها مناسبة لإنهاء نزاعهم ، ويتوصلون معا الى توافق او حل مرضي لكل واحد منهما.

ب) : السرعة في حسم النزاع:

لعل بطء إجراءات التقاضي من السيئات التي تطبع الأنظمة القضائية العامة، ذلك أن عدم مباغتة الخصم بطلبات تستدعى اطلاع الخصم الآخر للرد عليها، وهذا يحتاج إلى الوقت وتأجيل تحضير الطرف الآخر لدفاعه، بينما في الوساطة الطرفين حاضرين، كل مسالة تثار تناقش في الحين ويفصل فيها في نفس المجلس أو الذي يليه، وهو ما يوفر الوقت وربح عامل الزمن.

ج) :قلة التكاليف:

باعتبار الوساطة حل ودي تزيل الكثير من الصعاب المادية، كأتعاب المحامين والخبراء، والمحضرين القضائية، ومصاريف الطعون بالاستئناف أو بالنقض وما الى ذلك من المصاريف التي ترافق سير الخصومة القضائية، وهذه المصاريف لم تحل لها محل بالتوصل الودي لإنهاء الخصام وديا ورضي الأطراف.

ولا يخفى على أن التكاليف ومصاريف القضاء تمتد عبر جميع مسار الخصومة القضائية ، التي قد تطول في المواد المدنية بما فيها تكاليف الاشكال التي تثيرها المحكوم عليه عند الحصول على حكم ناهلي قابل للتنفيذ ، وما قد يثيره من عقبات وعراقيل حتى يمنع أو يؤخر التنفيذ وهي تكاليف يتحملها الطرف المحكوم له المجبر على دفعها كرها.

د): التخفيف على المحاكم :

بنجاح قضية واحدة وإخراجها من جداول المحكمة لحلها بالوساطة تخفف عن القاضي عبء تلك القضية، ويتزايد عدد القضايا التي تحال للواسطة وينتهي النزاع بواسطتها فتكون الغاية من أقرار الوساطة قد بلغت هدفها بالتقليل من عدد القضايا المنشورة أمام المحاكم.

وغاية كل تشريع ومنه كل نظام قضائي تخفيف العبء على المحاكم ، بالنظر لتزايد حجم التنازع بين أفراد المجتمع ، وباتت في تزايد مستمر أثقل كاهل العدالة والخزينة معا ، وإخراج هذه النزاعات مبكرا من ساحات المحاكم بالوساطة يؤدي حتما إلى التخفيف على المحاكم بإعطاء حل نهائي للخصام مما يستغني معه الأطراف من اللجوء الى طرق الطعن المختلفة .

هـ): السرية :

بعيدا عن قاعات المحاكم النزاعات المطروحة على القضاء وان كانت سرية على الغير ، فأن فقط وصولها الى القضاء من قبل المتخاصمين لم يعد النزاع في حد ذاته سريا ، وخلاف ذلك حتما يضر بسمعة ومصالح الأطراف سواء أكانوا أشخاصا طبيعيين في المجتمع ، أو أشخاص اعتبارية يقلل من مساحة الثقة من قبل المتعاملين مع هذه الشركات مثلا.

فالوساطة تحمي خصوصية الأطراف وذلك لانعدام العلانية في إجراءاتها عكس الدعوى القضائية، فالسرية التي يلتزم بها كل طرف من الأطراف والوسيط 1وكذلك القاضي، مما يساعد المتنازعين على الإفصاح على مكنوناتهم بما يتيح إيجاد حل أسرع، وفضلا عن ذلك المحافظة على استمرارية العلاقات بين الأطراف .2

ع): سرعة الوصول للتنفيذ .

كل نزاع يصل الهدف منه الوصول الى حكم نهائي في القضية وتنفيذ ذلك الحكم ، وباتباع اجراءات التقاضي العادية ، لا ينتهي النزاع بصدور حكم في القضية ، بل قد يتبع الخصم الخاسر الدعواه إلى الطعن للجهة الأعلى ، بل قد لا يكتفي حتى بصدور قرار نهائي قابل للتنفيذ ، الا انه يشاكس خصمه ويجره ثانية الى خصومة التنفيذ مبديا إشكالات وعقبات الهدف منها غالبا عرقلة التنفيذ، وهذا الأمر لا محل له في حالة توصل الطرفين وديا لحل نزاعهما وديا بالوساطة.

فاختصار آجال التقاضي لقلة احتمال ممارسة طرق الطعن المختلفة بشأن القرار الذي يصادق على أتفاق الوساطة يوفر سهول تنفيذ اتفاق الوساطة لكون كل طرف راض به .3

غ) : حرية مواصلة إجراء الوساطة أو إكمال منها والعودة لاجرءاءت التقاضي :

مما يميز أيضًا الوساطة القضائية كطريق ودي للنزاعات ذات الطابع الإرادي ابتداءً من قبول الأطراف ذلك الإجراء. كما يمكنهم بعد ذلك مواصلة السير في إجراءات الوساطة عن طريق الوسيط

1 المادة 1005 ، قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

2 الوساطة ، القانون والتقنيات ، مركز البحوث القانونية والقضائية وزارة العدل الجزائرية، مرجع سابق من 19 و 20.

3 الوساطة ، القانون والتقنيات ، مركز البحوث القانونية والقضائية وزارة العدل الجزائرية، مرجع سابق من 19 و 20 .

المعين حتى يثبتوا إلى الحل المرضي من قبلهما، كما يجوز لهم الاستمرار وإيقاف إجراءات السير فيها والعودة إلى إجراءات التقاضي، ومن جديد السير في الخصومة بما هو مقرر قانونا.1

تمنح هذه الوساطة أريحية للأطراف في قبول الوساطة لعلمهم المسبق بأن اختيارهم غير نهائي ويمكن تسليمهم، أما بناء على إرادة أحد الأطراف أو هما معها أو في حالة عدم تمكن الوسيط من الوصول بهما إلى الحل رغم بقائهم في الإجراءات المتعلقة بالوساطة.

الفرع الثاني: سير إجراءات الوساطة القضائية.

ترتكز الوساطة في الجزائر على الإطار التشريعي، الذي نظم هذه الآلية بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فالمواد من 994 إلى 1005، بالإضافة إلى المرسوم التنفيذي رقم: 09-100 المحدد لكيفيات تعيين الوسيط القضائي.

كما أن قانون الإجراءات المدنية الفرنسي نص في المواد من 1/131 2إلى 15/131 بشأن الوساطة القضائية، إلى جانب الأمر 16/11/2011، والمرسوم التنفيذي رقم 66/2012، المؤرخ في 20/01/2012 وسع الوساطة القضائية والإدارية، إلى جانب تأثير التوجيه الأوروبي CE/2008/12، على المسائل المدنية والتجارية.

أولا : موافقة الأطراف على إجراء الوساطة.

تعتبر الوساطة القضائية اتفاقًا إجرائيًا بين الخصوم يتم بمرافقة القاضي الناظر في النزاع القائم بين الأطراف، وعند المرفق بهذا الإجراء مجموعة من الشروط منها ما يتعلق بالأشخاص، ومنها ما يتعلق بسير الوساطة، وأخرى تتعلق بأمر تعيين الوسيط القضائي.

أوجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية القاضي بعرض الوساطة على الخصوم، وهذا على خلاف الصلح الذي يقوم به القاضي بنفسه، ويكون ميعاد عرض الوساطة عندما تنعقد الخصومة القضائية.

وتنعقد الخصومة القضائية عندما يكلف المدعي المدعى عليه للحضور أمام المحكمة، أو عندما يحضر المدعى عليه طواعية أمام القاضي ، بنفسه أو بواسطة وكيل ، وحينها يقوم القاضي بعرض أجراء الوساطة ، حتى قبل جواب المدعى عليه على العريضة الافتتاحية للمدعي ، وكما يفهم من

1 المادة 1002 – الإجراءات المدنية والإدارية.

2 Art 131-1; « Le juge saisi d'un litige peut, après avoir recueilli les parties, donner une médiation Le médiateur désigné par le juge a pour mission d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution à leur opposer.
La médiation peut également être ordonnée en cours d'instance par le juge des référés . https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGISCTA000030360397

المادة 994 من قانون الإجراءات المدنية والادارية ، فان القانون لم يحدد ميعاد أو مناسبة معينة ، ولكن من الأجدر على القاضي عرضها قبل الخوض في الموضوع وتبادل العرائض ، وحاصل ما تقرره هذه المادة هو وجوب عرض الوساطة على الخصوم من قبل القضاي بنصها ((يجب على القاضي عرض الوساطة على الخصومة .....)).

على انه لا يمكن الأمر بإجراء الوساطة مباشرة من قبل القاضي قبل عرضها على الخصوم وموافقتهم بها ، لأن تلك الموافقة أول شرط لنجاح الوساطة باعتبارها حل ودي غير ملزم لهم القبول بها ، بل الإلزام يقع على القاضي بعرضها ، كما يجب على الأخير أن يحترم هذا المقتضى ويسهر عليه في بداية سير الخصومة ، على انه لا يمكن الأمر بذلك إلا بعد موافقة الأطراف ، ويتم ذلك من خلال الإشارة إلى عرضها بالحكم.

وبالنتيجة فعرض إجراء الوساطة غير جوازي وغير متروك لتقدير القاضي ، وعليه ان يشير في حكمه الى قيامه بعرض الوساطة ، إذا تم رفض الوساطة من الخصوم أو لم يتم التوصل إلى تسوية ودية بعد تعيين الوسيط .

ومن استقراء اشتراط القانون الموافقة الأطراف على إجراء الوساطة الاعتبارات التالية:

- احترام مبدأ سلطان الإرادة، ذلك بأن طبيعة الوساطة تقوم على إرادة الطرفين ورغبتها في في تسوية ودية للنزاع ، ولا يمكن الحصول على هذه النتيجة رغما عن ارادئهما، وبانعدام القبول الفعلي والنية في إيجاد تسوية واتفاق ودي تفقد الوساطة فعاليتها ، وتصبح مجرد إجراء شكلي لا طائل من ورائه ، وهو عكس ما يرغبه المشرع من التوصل إلى حل ودي ينهي النزاع دون السير قدما في الإجراءات القضائية التي تطيل أمد الخصام
- ضمان حسن النية : حسن النية شرط ضروري في تنفيذ ليس فقط العقود ، وانما أيضا جميع الإجراءات والأعمال المتعلقة بالخصومة القضائية، فتعاون الأطراف ومشاركتهم الفعلية عبر الوسيط يؤدي لامحالة إلى توصلهما الأرضية مشتركة يعبران من خلالها الى تقريب وجهات النظر وبالنتيجة الحل التوافقي والذي لا يمكن فرضه عليهم تجنبا لفشل الوساطة ، ومخافة أن تصبح – الوساطة – عبئا إجرائيا يثقل كاهل القضاء لا غير .

- حماية الحق في الدفاع : فموافقة الأطراف يعتبر ضمانة أساسية لعدم انتهاك حقوقهم الأساسية ، والمتمثلة في قبول أو رفض إجراء الوسائل البديلة عن التقاضي الكلاسيكي ، ويغير ذلك تكون ضد إرادتهم وانتقاصا من حقهم في الاختيار بين استعمال حقهم في التقاضي أو الطرق البديلة عنه.

– حسن تفعيل إجراء الوساطة: إذا لم يبدي الأطراف رغبتهم الصادقة في إنهاء النزاع وديا ، لن تبلغ الوساطة مرادها ، وبهذا اشترط القانون التراضي كشرط أولي لنجاح المسعى الودي نهائيا لتجنب اللجوء إلى إجراءات التقاضي مجددا في نفس النزاع، وأيضا تجنب تحمل احد الأطراف نتائج الحكم عليه .

من أجل ذلك اشترط قانون الإجراءات المدنية والإدارية موافقة الأطراف تكريسا لهذه المبادئ السالفة الذكر لتستوفي الوساطة المقصد من سنها وأن لا تكون أجراء شكلي ليس إلا .

ثانيا : الوسيط القضائي

يعتبر الوسيط العنصر الشخص الأكثر حيوية والمعول عليه لإنجاح إنجاح عملية الوساطة بين المتنازعين فلا يمكن تصور وساطة بدون وسيط، لما يلعبه خلال مسار إجراء الوساطة من دور تصالحي وفي تقليل الهوة بين الأطراف، ويقوم بالوساطة شخص طبيعي أو معنوي يتمثل في جمعية ، وفي هذه الحالة الأخيرة ، يقع اختيار الوسيط من طرف رئيس الجمعية الذي يبلغ القاضي بذلك .1

ويجب أن يتوفر الوسيط القضائي على قدر من حسن السلوك والاستقامة ، بحسب ما هو مقر بموجب المادة 997 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، والغاية من ذلك ظاهرة وبينة ، لأنه أولا يجب أن يحظى بثقة. الخصوم على انه شخص جدير بتقريب وجهات النظر بينهما ، و لا ينحرف بالمهمة التي أسندها إليه القاضي طمعا او مصلحة أو تحيز أو محاباة بين الاطراف أثناء قيامه بالإجراءات المتعلقة بالوساطة، وهذا يمثل عمود نجاح عمل الوسيط للعامل النفسي الذي توفره مكانة الوسيط اجتماعيا وأخلاقيا بل حتى من جانب التزامه الديني والسلوكي يوفر دعما معنويا لراحة المتنازعين.

وقد حددت المادة 998 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، الشروط الواجبة في الوسيط الفضائي كما يلي :

– أن لا يكون قد تعرض الى عقوبة من جريمة مخلة بالشرف وإلا يكون ممنوعا من حقوقه المدنية .

– أن يكون مؤهلا للنظر في المنازعات المعروضة عليه.

– أن يكون محايدا ومستقلا في ممارسة الوساطة تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم.

1 ذيب عبد السلام، رئيس الغرفة التجارية والبحرية بالمحكمة العليا سابقا ، مجلة المحكمة العليا ، الطرق البديلة لحل النزاعات، مرجع سابق ص 551.

وفعلا صدر المرسوم التنفيذي 09/100 ، المؤرخ في 10/03/2009، المحدد لكيفيات تعيين الوسيط القضائي ووسع من الشروط الواجب توفرها في كل شخص يطلب تسجيله في إحدى قوائم الوسطاء القضائيين وذلك ما لم يكن :

- قد حكم عليه بسبب جناية أو جنحة باستثناء الجرائم غير العمدية.

- قد حكم عليه كمسير من أجل جنحة الإفلاس ولم يرد له اعتباره.

- ضابطا عموميا وقع عزله أو محاميا شطب أسمه أو موظفا عموميا عزل بمقتضى إجراء تأديبي نهائي.

كما أنه يقع إجراء تحقيق إداري واجتماعي تجريه النيابة العامة بمعرفة المصالح الأمنية.

كما حدد المرسوم التنفيذي على ان اختيار الوسيط القضائي يتم اختياره من الأشخاص المعترف لهم بالنزاهة والكفاءة والقدرة على حل النزاعات وتسويتها بالنظر إلى مكانتهم الاجتماعية، أو من الأشخاص الحائزين على شهادة جامعية ، وأو تكوين متخصص و / أو أي وثيقة أخرى، تؤهله لتولي الوساطة في نوع معين من النزاعات .1

والحقيقة فأن هذه الشروط قصدها القانون والمرسوم التنفيذي لأجل توفير جانب الحياد والسمعة في شخص الوسيط لنجاح الوساطة وانتشارها في المجتمع كبديل ودي لحل المنازعات بطريقة رضائية، تحت رقابة القضاء الزيادة اطمئنان الأفراد إلى هذا الإجراء المستحدث في التسريع الجزائري.

ويمجرد أن يتوصل الوسط بأمر تعيينه كوسيط عليه بأخطار القاضي الذي عينه بدون تهمل بقبوله المهمة التي عينه بدون تمهل بقبوله المهمة، وبعد ذلك ، يستدعي الإطراف للجلسة الأولى، ويعمل على تقريب وجهات النظر في الإطراف يمكن له عند الاقتضاء سماع كل شخص يرى في تدخله فائدة، مع اشتراط موافقة الخصوم على ذلك، وان يكون في سماعه فائدة لتسوية النزاع.2

ثالثا : الأمر بتعيين الوسيط القضائي.

بعد عرض الوساطة على الاطراف وقبولهم بها ، يصدر القاضي أمره بتعيين الوسيط ، هذا الأمر يوجب القانون لاسيما المادتين 994 و 999 من قانون الاجراءات المدنية والادارية أن تضمن :

- موافقة الخصوم.

---

1 المادتين : 03 و 04 من المرسوم التنفيذي 09/100.

2 المادتين : 1000 و 1001 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

- تحديد الآجال الأولى الممنوحة للوسيط للقيام بمهمته وتاريخ رجوع القضية للجلسة.

ومما يستخلص من هذه المادة ، تأكيد الطابع الرضائي والودي لاجراء الوساطة ، ولا يمكن تحقيق النتيجة الا بعد اخذ موافقة الاطراف مسبقا على ذلك.

كما انه يجب ان لا تتجاوز مدة الوساطة بثلاثة أشهر (03)، مع إمكانية تجديدها لمرة واحدة بطلب من الوسيط عند الاقتضاء، بعد موافقة الخصوم.1

وغني عن البيان فان ذلك الأمر يجب أن يتضمن هذه الأحكام التي تمت الإشارة إليها أعلاه ، هذه البيانات يجب أن تظهر في الأمر ، وبالرغم من ذلك يمكن للقاضي وفي أي وقت انهاء الوساطة ولو قبل حلول الاجل ، ويكون ذلك أما بطلب من الوسيط أو من الخصوم ، أو تلقائيا من القاضي ، عندما يتبين له استحالة السير الحسن لها ، وفي جميع هذه الحالات ترجع القضية إلى الجلسة ، ويستدعي الوسيط والخصوم اليها عن طريق أمين الضبط .2

والحقيقة فان السماح بهذا الإجراء يضمن عدم التراخي وإطالة مدة الخصام ، ويحقق فعالية الوساطة المتميزة بالسرعة في الفصل ، إلا انه عند تعثر أو عدم إمكانية السير فيها ، يكون من اللازم الرجوع الفوري للقضاء ، لوضع حد للتعطيل وللتماطل .

رابعا: آثار الوساطة القضائية .

تتمظهر أثار الوساطة القضائية في النظام القانوني الجزائري، في تنظيم قانون الإجراءات المدنية والإدارية لأحاكمها في المواد 1003 إلى 1005 ، فبانتهاء الوسيط لمهمته يوثق النتائج المتوصل إليها ، إذا كانت ايجابية يقوم بإخبار القاضي كتابة بما تؤل إليه من اتفاق الخصوم من عدمه .

وفي حالة الاتفاق يحرر محضرا مفصلا يرفع الى القاضي يوقع عليه من قبل الطرفين والوسيط ، وبمجرد المصادقة عليه من قبل القاضي يصبح أمر غير قابل للي طعن ، مما يجعل منه سندا تنفيذيا يكسب الحجية بين أطرافه ويكسب قوة الإلزام والقابلية للتنفيذ كالأحكام والقرارات القضائية النهائية .

وهكذا قضى مجلس قضاء المدية الغرفة العقارية بقرار مؤرخ في : 23/07/2017، فهرس: 451/2017 ، بالمصادقة على محضر الوساطة في دعوى تتعلق بقسمة عقارية بين الورثة ، واهم ما جاء في حيثيات القرار :

1المادة 996 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2 المادة 1002 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

"حيث انه ثابت ان الأطراف قد انتهوا إلى فض النزاع بالاتفاق على محضر الوساطة الذي أنجزه الوسيط المعين والذي استعان في ذلك بالخبير العقاري طبال عبد الوهاب والذي توصل فيه الى إعداد مشروع قسمة حسب رغبة الأطراف وذلك بأن يؤول السكن الواقع بحي كاف الطير بشلالة العذاورة مساحته 225 متر مربع لفريق المستانف عليهم ، اما العقار السكني الواقع بحي الملعب بشلالة العذاورة مساحته 300 متر مربع استفادت منه المستأنفة الأولى بمساحة 27 متر مربع بالطابق الأرضي ومساحة 74 متر مربع بالطابق الأول والمستأنف الثاني استفاد بمساحة 87 متر مربع بالطابق الأرضي كما استفاد فريق المستأنف عليهم من مساحة 44 متر مربع بالطابق الأرضي.

حيث انه وإمام اتفاق الأطراف بالنتائج المتوصل إليها من قبل الوسيط القضائي تعين القرار بالمصادقة عليها نزولا عند رغبة الأطراف المشتركة.

وفي قرار للغرفة العقارية بمجلس قضاء البليدة ، مؤرخ في : 09/11/2022 ، فهرس 979 ، انتهى المجلس الغرفة العقارية في دعوى تتعلق بإنهاء حالة الشياع ، طبقا للمادة 722 من القانون المدني، وانتهي المجلس الغرفة العقارية بمنطوق القرار الأتي:

"إلغاء الحكم المستأنف فيه الصادر عن محكمة الأربعاء بتاريخ 22/06/2022 فهرس رقم 2201507 و التصدي من جديد بالمصادقة على محضر الاتفاق المحرر من طرف الوسيط القضائي غطاس حياة و بالنتيجة قسمة العقار المشاع بين الأطراف على النحو الذي جاء فيه :

أما فيما يخص الضمانات المكرسة للوساطة القضائية، فقد حصن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الوساطة القضائية بمجموعة من الإجراءات القانونية لكفالة نزاهتها وأيضا فعاليتها ، ولعل أهمها واجب السرية الذي يلتزم به الوسيط بالاحتفاظ ما جرى من أعمال وساطته دون اطلاع الغير الحماية حقوق الإطراف، ويتجلى من خلال هذه المواد – 1003 الى 1005– أن القانون بسط اجراء المساعي المجسدة للوساطة من اجل تكريس عدالة تشاركيه وتصالحية ، تهدف إلى تخفيف وطأة الحجم المهول الذي تعاني منه جداول المحاكم ، وتوفير عدالة سريعة في فض النزاعات ليس بالالزام ولكن بالروح الودية وبالتوافق ، مع ضمان رقابة القاضي لضمان الشرعية والانصاف ، وفعلا نجح المشرع الجزائري في احداث توافق بين الطابع الودي للوساطة في بداية الأمر ، والطابع الإلزامي لنتائجها ، مما يجعل منها آلية فعالة للأمن القانوني والاجتماعي.

خلاصة الفصل الثاني:

تعتبر الطرق البديلة لحل النزاعات – الصلح والوساطة – ، آليات توافقية تم إدخالها مؤخراً في التشريعات الجزائرية بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، وتهدف إلى حل النزاعات خارج الإجراءات التقليدية.

يتميز الصلح بالتوصل إلى اتفاق بين الطرفين لحل النزاع القائم، بينما الوساطة إجراء يبدأه القاضي وينتهي بين ايدي الوسيط لتقريب وجهات النظر، وتُعتبر محاضر كلا الإجراءين وثائق ملزمة قانونًا ، تكمن مزايا كليهما في تخفيف العبء على المحاكم، وتوفير الوقت والمال، والحفاظ على الروابط الاجتماعية من خلال السرية والحوار.

وتشمل الآثار الرئيسية أنهاء النزاع نهائياً، وضمان تنفيذ الحكم دون مزيد من التدخل القضائي، وتعزيز السلم الاجتماعي بتحويل الخصوم إلى شركاء في حل النزاع.

ويتجلى الطابع التوافقي لهذه البدائل في غياب أي التزام قبل العمل مباشرتها، مما يعزز الالتزام كونه نابعاً من الإرادة الحرة للأطراف.

تستفيد الأطراف من حلول مرنة ومبتكرة مصممة خصيصًا لتلبية احتياجاتها، مما يُسهم في منع تصعيد النزاعات العامة واستعادة الثقة، أما بالنسبة للنظام القضائي، فتتعزز فعاليته من خلال تبسيط الإجراءات، وتعزيز ثقافة الحوار، وتوفير سبل الوصول إلى العدالة السريعة التي تراعي الظروف الخاصة بكل مجتمع.

يقتصر دور القاضي على الإشراف على الإجراءات دون التدخل في جوهر القضية لاسيما في الوساطة، مما يعزز استقلالية الأطراف ، تُكمّل هذه الآليات القضاء، دون أن تحل محله، وتُشجع على التحول من العدالة المفروضة إلى العدالة التوافقية، ويعتمد نجاحها على رفع مستوى الوعي العام وسنّ قوانين تعالج أوجه القصور، لا سيما من خلال تشجيع الوساطة وتعليق سريان قانون التقادم أثناء سير الدعوى.

خاتمـــــــة

خاتمة

في الختام، يمكننا القول إن القانون الوضعي قد نجح إلى حد ما، في تكييف حق التقاضي مع التغيرات المجتمعية، ومما يؤكد أهمية هذا الحق الضمانات المقررة له لكونه حق غير قابل للتصرف، ومتجذر بعمق في النظم القانونية نظرًا لأسسه والأهداف النبيلة التي يسعى إلى تحقيقها، فبواسطته تم تجنب العدالة الخاصة التي كانت سائدة في المجتمعات القديمة ، علاوة على ذلك تُسهم الضمانات التي يوفرها هذا الحق إسهامًا كبيرًا في سيادة الدولة، ويُمكّنها من الحفاظ على الاستقرار الاجتماعي.

دراسة ضمانات الحق في التقاضي تكشف على أنه محاط بحماية خاصة ، وعلى أكثر من مستوى ويظهر ذلك من خلال القوانين الوطنية، والاتفاقيات الدولية، والشريعة الإسلامية، التي وفرت تاريخيًا نماذج رائعة لتحقيق العدالة وضمان حقوق الخصوم، تظهر بأنه ركيزةً أساسيةً من ركائز سيادة القانون والنظام القضائي في الدولة.

ويرتكز هذا الحق على عدد من الأسس، كاستقلال القضاء الكافل لنزاهة الأحكام، والمساواة ، والحق في ممارسة حق الدفاع ، والحق في الطعن وتوفير أكثر من درجة للتقاضي، وأعمال الأحكام القانونية والرقابة القضائية لمنع أي تعسف في ممارسة هذا الحق، من قبل هؤلاء الذين لا يبغون من ممارسة الحق في التقاضي سوى المكيدة وخداع الخصم للإيقاع به وإرهاقه ماديا، لمجرد الانتقام وهو مسلك مستهجن وغير مشروع بالرغم من تغليفه بحق مشروع.

بالإضافة إلى هذه الضمانات، تم تعزيز آليات حل النزاعات بالطرق الودية ، الأمر الذي من شأنه تخفيف العبء على المحاكم، والسماح بالتكيف مع طبيعة النزاعات الجديدة وعمل الهيئات القضائية، وخاصة من خلال إقرار إلزامية عرض الوساطة من قبل القاضي على الخصوم .

الاستنتاجات:

01-الأزمة التي يعيشها مرفق القضاء، ليست منعزلة ، بل مرتبطة أساسا بالأزمة التي تعيشها الهياكل الاجتماعية ، ذلك بان النسيج الاجتماعي يعاني اليوم من أزمة تراجع الآليات الاجتماعية التي كانت تحتوي النزاعات كما أن التطور الاقتصادي شارك في الحد من التسوية الودية ، ويمكن تفسير الأزمة التي يعيشها القضاء ، بكثرة النصوص وتشعبها ، وبرز الى الوجود جيل جديد من الحقوق غير مألوف في النظام القانوني التقليدي ، هذه الحقوق الجديدة الفرزت أنواعا من الدعاوي ، الدعاوي المتعلقة بحماية المستهلك ، وحقوق المؤلف ، وتزايدة القضايا التي تتكفل بها المحاكم ، هذا ما أدى

إلى أزمة هيكلية أصابت الأجهزة القضائية بالعدد الهائل للنزاعات أثرت على نوعية الفصل فيها ، فضلا عن النفقات المتزايدة الملقاة على عاتق الخزينة العمومية.

02-يسعى الحق في التقاضي إلى إرساء العدالة الاجتماعية، وتعزيز العلاقات بين الناس على أساس الإنصاف والمساواة، وحماية حياة الناس وشرفهم وممتلكاتهم.

03-يتميز حق التقاضي في المسائل المدنية بثراء محتواه وأهمية ونبل أهدافه، مما يُضفي على دراسته أهمية نظرية بالغة، ويرى معظم الفقهاء والمتخصصين القانونيين أن هذا الحق أساسي ولا غنى عنه، وقد تعددت المؤلفات والمنشورات حوله.

04- ومن الناحية العملية، تهدف هذه الدراسة إلى تحديد معالم حق التقاضي مستقبلًا، لاسيما في ظل الدعوات إلى إعادة النظر فيه في ظل الأزمة التي تواجهها المؤسسات القضائية.

05-يشكل استقلال القضاء ونزاهته ركنين أساسيين من أركان المحاكمة العادلة، إذ يضمنان حل النزاعات بموضوعية، بعيدًا عن أي تدخل أو تأثير أو ضغط خارجي من شأنه أن يحرف العدالة عن مسارها العادل، كما تؤكد عليه الشريعة الإسلامية.

06-تعزيز الحق في التقاضي من خلال العديد من الإجراءات الهادفة إلى تسهيل الوصول إلى العدالة، وإزالة جميع العوائق المادية التي تحول دون ممارسة هذا الحق، والإعفاء من بعض التكاليف القضائية من خلال المساعدة القانونية، وتقريب العدالة من المواطن، وتسوية القضايا في آجال معقولة.

07-التعسف في استعمال الحق في التقاضي، يقوض أهم غاية تسعى إليها الأنظمة القضائية وهي تعزيز الثقة في العدالة وضمان حماية الحقوق أو الوصول إليها وإقامة عالة ناجزه ، بسبب تعطيل إصدار الأحكام وفض النزاعات في آجالها المعقولة .

08-إن الحق في التقاضي اليوم يقع بين اتجاهين متوازيين: من جهة ضرورة تكريس هذا الحق وتفعيله لمواكبة تطور المجتمع، ومن جهة أخرى ضرورة إرساء رؤية جديدة للممارسة الجادة ، مع دعمها بآليات حل النزاعات الودية.

09-بصرف النظر عن الاعتراف بالصعوبات التي تواجه ممارسة حق التقاضي رغم الضمانات المقررة لحمايته، وبالرغم من التضخم الذي تعانيه المؤسسات القضائية بسبب تراكم النزاعات وتعقيدها والوقت والجهد والمال الذي ينفق على معالجتها، فإنه من المستحيل المساس بتيسير ممارسة هذا

الحق، لأنه من غير الممكن التنازل عنه بالنظر إلى الأسس والاعتبارات التي يرتكز عليها، ولا ينبغي للعدالة أن تكون شأناً خاصاً، حتى لا نلجأ إلى العدالة الخاصة البدائية.

10- استعمال حق في التقاضي يكتسي جانب اخلاقي، بعدم ممارسة المكر والغش، والمباغتة في الاجراءات والتحلي بواجب النزاهة ، باعتبار ان القانون الاجرائي جعل من هذا الحق اطار لحل المنازعات وليس النكاية بالغير او لمجرد الاضرار به ، وبالنتيجة واجب الاطراف التحلي بحسن النية.

التوصيات :

بناءا على الاستنتاجات السابقة ، يوصى بما يلي :

01- يتطلب من الدول تطوير قوانينها ومؤسساتها القضائية باستمرار، بما يضمن للجميع حماية قانونية فعّالة ، وهذا يستلزم مراجعة القواعد الإجرائية لتسهيل الوصول إلى العدالة وجعلها في متناول الجميع، مع مراعاة الضرورات الاجتماعية والاقتصادية لسرعة البت واستقرار المعاملات.

02-لايكفي التنصيص على الضمانات الإجرائية للحق في التقاضي في صلب القوانين على مختلف درجاتها، وإنما يتعين أنفاذها بوجود وجود قاضٍ مستقل، حر في ممارسة سلطته التقديرية وفقًا للمبادئ القانونية التي تحكم إقامة العدل، أمرٌ أساسي.

03-من أنجع الحلول ضبط الممارسة الجادة للحق في التقاضي من خلال مكافحة جميع أشكال الإساءة ، وقد ساهم الاجتهاد القضائي في ترسيخ مفهوم إساءة استعمال الحق في التقاضي، في ظل غياب نص تشريعي عام يمنع ذلك، ويكون من الضروري رسم نطاق حق التقاضي بدقة بالتنصيص على ذلك دون الاكتفاء بالأحكام العامة للتعسف في استعمال الحق .

04- من الضروري العمل على التوعية بأهمية وفعالية أساليب حل النزاعات البديلة، من أجل تقليل التأخير في المحاكم وتعزيز الحلول الودية الناشئة عن إرادة الأطراف أنفسهم، وبالتالي الحفاظ على الاستقرار الاجتماعي للنظام القضائي.

05-ويواجه تطبيق الصلح القضائي في الجزائر عدة تحديات، أولها يتعلق بتدريب القضاة على أساليب الصلح إذ يختلف دورهم في دفع الأطراف الى الصلح عن دورهم التقليدي كقضاة،كما يجب أن يمتلك القضاة مهارات محددة في التفاوض والتواصل لضمان نجاح جلسات المصلح ، أما التحدي الثاني فيكمن في ثقافة الجدل السائدة في المجتمع الجزائري، حيث لا يزال العديد من المتقاضين

يفضلون قرار المحكمة على التسوية الودية، وهذا يتطلب جهودًا للتوعية القانونية لنشر ثقافة الصلح وفوائده.

06- يكون من اللازم إعطاء القاضي دورا إيجابيا في توقيع الجزاء عن التعسف في استعمال الحق في التقاضي من تلقاء نفسه ، سواء كان الجزاء هو عدم القبول او كان الجزاء عبارة عن الغرامة، دون ان تكون سلطته تقديرية او جوازيه فيما يتعلق بالغرامة عن التعسف ، بداعي ان العبث في القيام بالاجراءات القضائية يمس بالسير الحسن لمرفق العدالة ، وليس فقط بمصلحة خاصة للطرف المتضرر.

المقترحات :

1. سد الفراغ التشريعي فيما يتعلق بعدم التعسف في استعمال الحق في التقاضي بإجراءات متوقعة النتيجة لمنع أي شطط او تعسف يعيق السير الحسن للعدالة ، وترتيب الجزاء المناسب للانحراف بالهدف الذي يحدده القانون لاستعمال هذا الحق ، وحظر هذا الاستغلال المشين الضار بالعدالة .
2. اعتماد نظام إجرائي زجري يرمي إلى تنظيم الإجراءات التي يجب على المتقاضين إتباعها عند رفع دعوى أمام المحاكم، وكذلك الآجال الواجب مراعاتها. وتقتضي الوظيفة الاجتماعية للحقوق ألا تكون مطلقة، بما في ذلك حق التقاضي؛ لذا، من الضروري إخضاعه لقيود تضمن حسن سير العمل القضائي .
3. سد الفراغ التشريعي المتعلق بالتقاضي الالكتروني ، بوضع منظومة إجرائية لتنظيم وتأطير هذا النوع من التقاضي ، لمسايرة التطور الرقمي والتكنولوجي ربحا للوقت والجهد والمال .
4. استخدام الذكاء الاصطناعي في الإجراءات التحضيرية في الإجراءات القضائية مثل الاطلاع على الوثائق والمستندات لأجل استغلالها للحصول على المعلومات المنتجة في النزاع ، أوالحصول على الاستنتاجات ذات الصلة بالنزاع ، عبر منصات أثناء تبادل العرائض إثناء سير إجراءات التقاضي الالكتروني ، ومعالجتها بسرعة مما يقلل الضغط على القضاة ويوفر الجهد لقضيا أكثر تعقيد وبالنتيجة تحسين تحسين أداء العدالة.
5. إفراد نظام قانوني مستقل للتحكيم عن قانون الاجراءات المدنية والادارية ، يعطي مزيد من المرونة والاستقلالية والوضوح ويكرس جانبا من الأمن القانوني، لوجود الطابع الدولي في

منازعات التحكيم ، ، ويوفر ايضا قدرا من الطمأنينة للمتعاملين الاجانب في مجال التجارة الدولية، وبالنتيجة تشجيع الاستثمار الاجبني فالجزائر .

قائمة المراجع

قائمة المراجع

القرآن الكريم .

أولا : النصوص الرسمية:

1-دساتير الجمهورية الجزائرية :

- دستور 1963 ، الصادر بموجب إعلان 10 سبتمبر 1963 الموافق عليه في الاستفتاء الشعبي ليوم 08 سبتمبر 1963 ، الجريدة الرسمية، عدد 64 ، المؤرخة في 10 سبتمبر 1963.
- دستور 1976 الصادر بموجب الأمر 76-97 بتاريخ : 22 نوفمبر 1976 .

الاستفتاء الشعبي ليوم 19 نوفمبر 1976 ، الجريدة الرسمية، عدد 94 ، المؤرخة في 24 نوفمبر 1976 .

- دستور 1989 الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم : 19/89 ، المؤرخ في 28 فبراير 1989 المتضمن تعديل الدستور، الجريدة الرسمية، عدد 9، بتاريخ 1 مارس 1989.
- دستور 1996 الصادر بموجب الأمر 438/96 ، بتاريخ : 07 ديسمبر 1996 ، المتعلق بإصدار تعديل الدستور ، الجريدة الرسمين عدد 76 المؤرخة في : 08 ديسمبر 1996 .
- التعديل الدستوري لسنة 2016 الصادر بموجب القانون رقم : 16-01 المؤرخ في 06 مارس2016 ، الجريدة الرسمية ، عدد 14 ، بتاريخ 07 مارس 2016.
- التعديل الدستوري لسنة 2020 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم : 20-442 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020 ، المتعلق باصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020 الجريدة الرسمية عدد 82 بتاريخ : 30ديسمبر 2020.
- **02 :** الدستور الفرنسي"
- **دستور** الجمهورية الخامسة في الرابع أكتوبر 1958).
- **03 : الدساتير العربية :**
- دستور جمهورية مصر العربية لسنة 2014 معدل في 2019.
- دستور دولة الإمارات العربية المتحدة لعام 1971.
- دستور المملكة المغربية لسنة 2011 . .
- دستور الجمهورية التونسية لسنة 2022.

04: القوانين:

أ: القوانين العضوية

القانون العضوي رقم 12/22 المؤرخ في : 27 جوان 2022، المتضمن طرق انتخاب أعضاء المجلس الأعلى للقضاء وقواعد تنظيمه وعمله. ج ر رقم 44 .

القانون العضوي رقم : 03/26 المؤرخ في 2026/03/23، المتصمن القانون الأساسي للقضاء، ج ر 23 .

ب : القوانين العادية

01- الأمر رقم 155/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية الملغى.
02- الأمر رقم 155/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.
03- الأمر رقم 57/71 المؤرخ في 05أوت 1971 يتعلق بالمساعدة القضائية، معدل ومتمم.
04- الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتبمر 1975 المتضمن القانون المدني ، المعدل والمتمم.
05- الامر 59/75 المؤرخ في 26 سبتبمر 1975 المتضمن القانون التجاري ، المعدل والمتمم.
06- القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الاسرة ، المعدل والمتمم.
07- القانون 02/90 المؤرخ في 1990/02/06 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب ، المعدل والمتمم.
08- عرض الأسباب لمشروع قانون الإجراءات المدنية والإدارية، (قانون 08-09 المؤرخ في 2008/02/25).
09- القانون رقم 09/08 المؤرخ في 22 فيفري 2008 ، المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية .

5 – النصوص التنظيمية.

المرسوم التنفيذي رقم 100/09 المؤرخ في 10 مارس 2009 يحدد كيفيات تعيين الوسيط القضائي .

ثانيا: المؤلفات بالعربية

01-إبراهيم الزيني ، مونتسكيو ، كنوز للنشر والتوزيع ، 2014 القاهرة .

02-إبراهيم نجبي سعد : " القانون القضائي الخاص " منشأة المعارف الإسكندرية ، 1980.

03-ابن عابدين الحنفي ، حاشية رد المختار على الدار المختار ج5 ط2 مطبعة مصطفى الحلبي،د س ن.

04-ابن منظور لسان العرب، دار صاد و ودار بيروت للطباعة والنشر، بيروت د س ن .

05-أجياد ثامر نايف الدليمي ، الصفة في الدعوى المدنية ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت لبنان الطبعة الأولى 2017 .

06- أحمد أبو الوفا ، اجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية دراسة للقواعد العامة – قاضي التنفيذ – أوامر الأداء الحجوز المختلفة – التنفيذ على العقار التعليق على نصوص قانون الحجز الإداري ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، مصر 2015 ، .

07-أحمد أبو الوفاء ، المرافعات المدنية والتجارية ، منشاة المعارف 1990 الإسكندرية.

08-احمد أبو الوفاء ، أصول المحاكمات المدنية ، الدار الجامعية للطباعة والنشر بيروت لبنان ، ط1983 .

09-أحمد أبو الوفاء ، المرافعات المدنية والتجارية ، منشاة المعارف ، الإسكندرية 1990.

10-احمد السيد صاوي ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع الإسكندرية مصر 2011.

11-أحمد براك ، مبدأ المساواة في القضاء في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، د ن ، ط2010

12-أحمد بن علي الرازي الجصاص أبو بكر ، احكام القرآن ، دار أحياء الكتب العربية ، مؤسسة التاريخ العربي ، بيروت لبنان، 1992 ، ج 2.

13-أحمد حشيش ،مبادئ قانون المرافعات المصرى – ط 2 – دار النهضة العربية – 2017.

14-أحمد رجب زايد ، الوساطة الخاصة والقضائية ، كسبيل داعم وبديل لتسوية المناعزعات التجارية ،دار الكتب والدراسات العربية، الاسكندرية ، مصر 2022.

15-أحمد رفعت خفاجي ، قيم وتقاليد السلطة القضائية ، مكتبة غريب القاهرة ، مصر دسن ن .

16-احمد سرحان ، القانون الدستوري والنظم السياسية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، لبنان ، ط1 2002 .

17-احمد عبد الزهرة الفتلاوي ، استقلال السلطة القضائية، واثره في نظام دولة القانون ، دراسة مقارنة ، منشورات زين الحقوقية بيروت لبنان ، ط 1 ، 2018 .

18-احمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الانسان، دار النهضة العربية،القاهرة ، طبعة 1993.

19-أحمد قطب عباس، إساءة استعمال الحق في التقاضي، بين النظام الإسلامي والانظمة القانونية دارالجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية .2006

20-احمد مسلم ، أصول المرافعات ، أصول المرافعات ، دار الفكر العربي القاهرة 1971 .

21- أحمد مصطفى رجب زايد ، الوساطة الخاصة والقضائية ، كسبيل داعم وبديل لحل المناعزعات التجارية ، دار الكتاب والدراسات العربية 2022.

22-أحمد هندي ، أصول المحاكمات المدنية والتجارية ، الدار الجامعية 1989، بيروت لبنان.

23-أحمد هندي ، التمسك بسقوط الخصومة ، "همة الخصوم " دراسية مقارنة ، في القانون المصري ، والقانون الفرنسي ، والقانون اللبناني ، دار النهضة العربية القاهرة، 1991

24-احمد هندي ، المحاكمات المدنية والتجارية ، دراسة في التنظيم القضائي – الاختصاص– الدعوى – المحاكمة – الاحكام وطرق الطعن فيها – التحكيم ، جامعتي الإسكندرية وبيروت العربية ، الدار الجامعية 1989 بيروت

25-احمد هندي ، المحاكمات المدنية والتجارية ، دراسة في التنظيم القضائي – الاختصاص– الدعوى – المحاكمة – الاحكام وطرق الطعن فيها – التحكيم ، جامعتي الإسكندرية وبيروت العربية ، الدار الجامعية 1989 بيروت

26-أحمد هندي، أصول التنفيذ الجبري ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2006 .

27-آدم وهيب النداوي ، المرافعات المدنية ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، جمعة بغداد كلية القانون ، سنة .1988 ،

28-آمال الفزايري ضمانات التقاضي دراسة تحليلية مقارنة ، منشاة المعارف الاسكندرية 1990.

29-اشرف اللمساوي ، كفالة حق التقاضي ، في الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية والدستورية ، وموقف الرقابة القضائية الدستورية منها، الطبعة الأولى ، 2006 ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة

30-أمال احمد احمد الفزايري ، مواعيد المرافعات ، منشاة المعارف بالإسكندرية 1983 .
31- الامام ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، طبع القاهرة 1961.

32-أمينة مصطفى النمر، قوانين المرفاعات الكتاب الأول ، مؤسسة الثقافة القانونية ، 1982.

33-أمينة مصطفى النمر، قوانين المرافعات، منشاة المعارف الإسكندرية ، 2000.

34-أحمد إبراهيم عبد التواب، الإساءة في إجراءات التقاضي والتنفيذ، دراسة تأصيلية مقارنة، دار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر 2009

35-أحمد أرسلان، كفالة حق التقاضي بين الحقوق والحريات ، الديمقراطية بين الفكر الفردي والفكر الاشتراكي ، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ، 1981 .

36-بشير الصليبي ، الحلول البديلة للنزاعات المدنية ، الوساطة القضائية ، دار وائل للنشر عمان الأردن، ط 1 2010 .

37-بوبشير محند أمقران ، قانون الإجراءات المدنية ، ج1 ط1 سنة 2002 ، دار الامل للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر.

38-بوعش وافية ، قيمة حقوق الانسان بين مبدأي التدرج وعدم التجزئة ، عن حسين شفيق، حقوق الانسان في المجال الإعلامي والانترنت ، دار الفكر والفن ،. د. ن 2009.

39-توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، مؤسسة الثقافة القانونية، ط 2 القاهرة دون سنة.

40-شيماء محمد سعيد خضر البدراني ، أحكام عقد الصلح ، دراسة مقارنة بين القانون والشريعة الإسلامية،دار الثقافة العلمية للنشر والتوزيع ، عمان الاردن 2003 .

41-جابر إبراهيم الراوي ، حقوق الانسان وحرياته الأساسية في القانون والشريعة الإسلامية، دار وائل للطباعة والنشر ، ط 1 عمان 1999 الاردن .

42-جورج رانسون ، فن القضاء شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحبلي وأولاده القاهرة مصر، ترجمة المستشار محمد رشدي، ، ط 1912.

43-الجوهري ، إسماعيل بن حماد ، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق : عبد الغفور عكاء ، الجزء السادس بيروت ، دار المعلمين 1989

44-جيرار مورنو ، معجم المصطلحات القانونية ، ترجمة منصور القاي ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع 1998 بيروت لبنان.

45-حسن كيره ، أصول القانون ، مصر 1905، عن د ، نجيب احمد عبد الله ثابت الجبلي ، التعسف في استعمال الحق الاجرائي ، المكتب الجامعي الحديث ، 2007

46-حمد رجب زايد ، الوساطة الخاصة والقضائية ، كسبيل داعم وبديل لتسوية المناعزعات التجارية ،دار الكتب والدراسات العربية، الاسكندرية ، مصر 2022.

47-حمدي باشا عمر ، القضاء المدني ، دار هومة 2014، الجزائر

48-حمدي باشا عمر ، طرق التنفيذ ، وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية ، دار هومة الجزائر 2012

49-حمدي عطية مصطفى عامر ، ضمانات التقاضي الأساسية ، في النظام القانوني الوضعي والإسلامي ، دراسة مقارنة ، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية ، طبعة أولى 2015

50-خالد أبو الوفاء محمد، بطء التقاضي في الخصومة ، دراسة تحليلية في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، 2017 بدون دارنشر أو رقم الطبعة .

51-خالد سليمان شبكة ، كفالة حق التقاضي ، دار الفكر الجامعي ، شركة الجلال للطباعة ، الإسكندرية ، ط 1 2005

52-خروع أحمد دولة القانون ، في العالم العربي – الإسلامي بين الأسطورة والواقع ، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون 2004.

53-خيري عبد الفتاح السيدالبتالوني : الوساطة كوسيلة بديلة لفض المنازعات المدنية والتجارية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة 2012

54-دغبوش نعمان ، معاهدات دولية لحقوق الانسان تعلو القانون, دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2008

55- عبد الغني بسيوني عبد الله، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004

56-رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام ، الدار الجامعية الجديدة ، الإسكندرية 2007.

57-رمضان غسمون ، الحق في محاكمة عادلة ، من خلال التشريع الوطني الجزائري والتشريع الدولي ، الالمعين للنشر والتوزيع ، ط 1 2010 ، الجزائر.

58-الزمخشري ، تفسير الكشاف ،دار المعرفة ، بيروت الجزء الثاني، 1989 .

59-زواوي فريدة ، المدخل للعلوم القانونية كلية الحقوق والعلوم الإدارية جامعة الجزائر .، CEDOC ، بدون تاريخ

60-زودة عمر الإجراءات المدنية والإدارية ، في ضوء اراء الفقهاء واحكام القضاء ، انسكلوبيديا حي المجاهدين بن عنون الجزائر ط 2 2015.

61-زينب وحيد دحام ، الوسائل البديلة عن القضاء، المركز القومي للاصدارات القانونية ، القاهرة ، 2017.

62-عمر زودة، منازعات القضاء المستعجل، تدابير الاستعجال، إشكالات التنفيذ، دار بلقيس للنشرالجزائر، الطبعة الأولى، 2023

63-سعدون ناجي القشطيني ، شرح أحكام المرافعات ، ج 1 مطبعة المعارف بغداد، 1972

64-سليمان محمد الطماوي ، النظم السياسية والقانون الدستور، دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي ، 1998

65-سليمان مرقس ،المسئولية المدنية في تقنينان البلدان العربية القاهرة معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة 1971

66-سمير تناغو ، جوهر القانون ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، الطبعة الأولى 2014

67-شوقي السيد ، التعسف في استعمال الحق ، طبيعته ومعياره في الفقه والتشريع والقضاء ، درا الشروق 1998

68-إبراهيم أمين النفياوي : مسؤولية الخصم عن الإجراءات ، دراسة مقارنة في قانون المرافعات ، الطبعة الأولى ، بدون ناشر ، مصر 1991

69-طاهري حسين، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية، ط1 2002، دار ريحانة للنشر والتوزيع، الجزائر

70-عباس قاسم محمود الماجدي، الوساطة القضائيةّ ، كطريق لحل المنازعات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية مصر 2019

71-عباس العبودي ، تاريخ القانون ، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن ، ط 6 2017.

72-عبد الباسط جميعي ، الإساءة في المجال الاجرائي، إساءة استعمال الحق في التقاضي والتنفيذ ، مجلة القانون والاقتصاد ،القاهرة ، عدد خاص 1983

73-عبد الحكم فودة ، أحكام الصلح والتحكيم في المواد المدنية والتجارية ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1995

74-عبد الرحمان بربارة ، شرح قانون الاجراءت المدنية والإدارية ، منشورات بغدادي 2009

75-عبد الرزاق تحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، الطبعة الثالثة الجديدة ، دار النهضة العربية ، دون سنة

76-عبد السلام ذيب ، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ، ترجمة للمحاكمة العادلة، موفم للنشر الجزائر 2009.

77-عبد الغني بسيوني عبد الله ، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان ، الطبعة الثانية ، 2001 .

78-طلعت يوسف خاطر، استقلال القضاء، حق الإنسان في اللجوء إلى قضاء مستقل، دار الفكر والقانون، المنصورة، ط 1. 2014.

79- عبد الحميد أبو زيد ، دوام سير المرافق العامة، دراسة مقارنة ، دار النهضة بيروت لبنان ط 2، 1998 .

80- عبد الحميد الاحدب ، موسوعة التحكيم، (التحكيم الدولي)، الجزء الثاني ، سنة 1998 ، دار المعارف بيروت

81- عبد العزيز محمد سرحان " الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ، والحريات الأساسية " ، دار النهضة العربية ،1966 .

82-عبد الله الاحمدي ، القاضي والاثبات في النزاع المدني ، شركة أوربيس للطباعة تونس جوان 1991.

83- عبد الغني بسيوني عبد الله ، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان ، الطبعة الثانية ، 2001 .

84-عبد الله رحمة الله البياتي ، كفالة حق التقاضي، دراسة دستورية مقارنة ، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ، ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان وسط البلد ساحة الجامع الحسيني ، الطبعة الأولى 2002.

85-عبد الواحد محمد يوسف الفار ، أسرى الحرب ، دراسة فقهية وتطبيقية في نطاق القانون الدولي العام والشريعة الإسلامية ، عالم الكتب القاهرة 1975

86-عبد الودود محمد السريتي : استيفاء الحقوق بغير القاضي في الشريعة الإسلامية ، مؤسسة الثقافة الجامعية الإسكندرية 1999.

87-عبد المجيد زعلاني ، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للقانون ، دار هومة للنشر والتوزيع ، دون سنة.

88-علي عبيد الحديدي ، التعسف في استعمال الحق الاجرائي في الدعوى المدنية ، دراسة مقارنة ، طرابلس لبنان المؤسسة الحديثة للكتاب ط 1 2015.

89-علاء آباريان ، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية ، دراسة مقارنة ، منشورات الحبلي الحقوقية ، بيروت لبنان ، الطبعة الأولى 2008.

90-على عوض حسن، كيفية التصدي لإجراءات التقاضي الكيدي، دار الكتب القانونية، مصر المحلة، 2003.

91-علي حسن الشرفي ، حق الطعن بالاستئناف في الاحكام القضائية ، القضاء والعدالة ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى 2014، جامعة نايف للعلوم الأمنية ، الاكاديميون للنشر والتوزيع ، عمان الاردن ، دار الحامد للشر والتوزيع عمان الأردن .

92-علي علي المصري، دور القوانين في تسوية النزاعات ، مجلة القضاء والعدالة ج1 ، دار الحامد للنشر ، 2014.

93-عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية ، في ضؤ أراء الفقهاء وأحكام القضاء ، انسكلوبيديا للطبع والاتصال ، بن عكنون الجزائر بدون سنة نشر .

94-عمر فخري الحديثي، تجريم التعسف في استعمال الحق ، بوصف سببا من أسباب الاباحة ، دراسة مقارنة، دار الثقافة للتوزيع والنشر عمان الأردن ، 2015

95-عمر فخري الحديثي ، تجريم التعسف في استعمال الحق ، بوصفه سببا من أسباب الاباحة، دراسة مقارنة، دار الثقافة عمان الأردن ، 2011 .

96- عثمان خليل ، القانون الدستوري ، الكتاب الأول مطبعة مصر القاهرة 1967 .

97- عدنان هاشم جواد الشروفي ، الحق في الحبس للضمان ، دراسة مقارنة ، منشوارت زين الحقوقية ، ط1 2010 ، بيروت لبنان.

98-علي الشريف الجوجاني : كتاب التعريفات، دار الكتاب العلمية، بيروت ، ط 2010 .

99-فيديريكو اندرو غوزمان ، القضاء العسكري والقانون الدولي ، المحاكم العسكرية والانتهاكات الجسيمة لحقوق الانسان ، ج1 ، اللجنة الدولية لحقوق الانسان ، جنيف سويسرا 2004.

100- فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، دار النهضة العربية القاهرة، ط 1971

101- فؤواد العطار النظم السياسية والقانونية والقانون الدستوري ، القاهرة 1974

102- لفته هامل العجيلي ، الطعن بالاستئناف في قانون المرافعات المدنية وتطبيقاتها القضائية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت الطبعة الأولى 2013 .

103- مفلح عواد القضاة ، أصول المحاكمات المدنية ، والتنظيم القضائي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان الأردن 2008 .

104- محمد أبراهيم البدرين ، الدعوى بين الفقه والقانون ، دار الثقافة للشنر والتوزيع ، عمان الأردن ، ط 1 2010.

105- محمد رشدي، ملخص آداب القاضي في الشريعة الإسلامية، ملحق بكتاب فن القضاء، للقاضي جورج رانسون، طعبة 1912، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى التاني الحبلي وأولاده، بدون سنة نشر .

106- مصطفى احمد الزرقاء ، صياغة قانونية لنظرية التعسف في استعمال لحق ، في قانون إسلامي ، دار النشر عمان ، دون سنة.

107- مصطفى مجدي هرجة، طرق الطعن العادية ، في الاحاكم الجنائية والمدنية، دار محمود للنشر والتوزيع ،القاهرة بدون سنة نشر .

108- محمد أبو زهرة ،التعسف في استعمال الحق ، مجموعة أعمال أسبوع الفقه الإسلامي ، وهرجان أبن تيمية المنعقد بدمشق 1961 .

109- محمد الزحيلي : التنظيم القضائي في االفقة الإسلامي، دراسة مقارنة ، دار الفكر دمشق ط 3 2003 .

110- محمد الزحيلي ، تاريخ القضاء في الإسلام ، دار الفكر المعاصر بيروت لبنان ، ودارالفكر دمشق سورية ، ط 1 1995.

111- محمد السعيدي رشدي، التعسف في استعمال الحق، أساسه ونطاق تطبيقه، دار النهضة العربية، القاهرة 1991.

112- محمد السيد التحيوي ، الصلح والتحكيم في المواد المدنية والتجارية، داار الفكر الجامعي الإسكندرية 2003،

113- محمد الصالح بن عياد ، دور القضاء في تحقيق السلم الاجتماعي ، م ق ت نوفمبر 1998

114- محمد الصاوي مصطفى ، قواعد التنفيذ الجبري ، دار النهضة العربية ، الطبعة الثانية ، 2000

115- محمد بن ابي بكر عبد القادر الرازي – مختار الصحاح – ط 1 دار الرسالة الكويت 1983 ، باب الحاء مع القاف.

116- محمد سعيد مجذوب ، الحربات العامة وحقوق الانسان ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان ط 1988.

117- محمد عبد الرحمان البكر ، السلطة القضائية، وشخصية القاضي في النظام الإسلامي ، نشر الزهراء للإعلام العربي ، القاهرة 1988.

118- محمد عصفور ، استقلال السلطة القضائية ، مطبعة ، دارالأطلس القاهرة 1969 .

119- محمد كامل عبيد ، استقلال القضاء ، دراسة مقارنة، لقاهرة دار الفكر العربي القاهرة 2012.

120- محمود السيد التحيوي ، الصلح والتحكيم ، في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي الاسكندرية 2006

121- محمود شريف بسيوني ، " حقوق الانسان" دراسات حول الوثائق العالمية والإقليمية ، المجلد 2 ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ط 1 1988

122- محمود محمد فهمي ، قانون القضاء المدني ، ج1 ، دار الفكر العربي ، 1946.

123- محمود محمود مصطفى، " شرح قانون الإجراءات الجنائية مطبعة القاهرة 2018.

124- محي الدين بن عبد العزيز، التبليغ الرسمي في التشريع الجزائري، دراسة تحليلية وتطبيقية مقارنة، دار هومة 2015، الجزائر

125- كريم خميس خصباك البديري ، حق التقاضي في الدعوى الجزائية، مكتبة زين الحقوقية،ومكتبة السنهموري العراق بغداد ، ط 1 سنة 2013

126- كريم يوسف احمد كشكاش " الحريات العامة في الأنظمة السياسية المعاصرة " منشأة المعارف الاسكندرية، 1987

127- ميشال بونشير ، مدخل للقانون ، ترجمة محمد ارزقي نسيب ، دار القصبة للنشر ، 2004،

128- نبيل إسماعيل عمر ، الوسيط في الطعن بالاستئناف ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية 2003.

129- نبيل إسماعيل عمر ، الوسيط في الطعن بالتماس إعادة النظر في المواد المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر 2004 ، الإسكندرية .

130- نبيل إسماعيل عمر ، أمتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، 2004 ، الإسكندرية.

131- نبيل عمر إسماعيل ، الطعن بالاستئناف واجراءاته ، منشأة المعارف بالإسكندرية .1980 .

132- نبيل عمر أسماعيل،إشكالات التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية،منشأة المعارف الإسكندرية 1982.

133- نجيب أحمد عبد الله ثابث الجبلي ، التعسف في استعمال الحق الاجرائي، المكتبة الجامعي الحديث صنعاء اليمن 2006 .

134- هاني محمد كامل المنايلي ، السلطة القضائية في النظام الإسلامي ، دار الكتب القانونية ، ودار شتات للنشر والبرمجيات ، مصر 2010 .

135- هناء عبد الحميد إبراهيم بدر ، حق التقاضي بين الضمانات والقيود الإجرائية ، من منظور العدالة والمساواة ، المكتب الجامعي الحديث 2017، الإسكندرية.

136- وجدي راغب فهمي ، مبادئ القضاء المدني ، قانون المرافعات ، القاهرة مصر ، دار النهضة العربية ، ط " 2001 .

137- وسيم حسام الدين الأحمد ، استقلال القضاء ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان ، ط 1 ، 2012 .

138- يوسف دلاندة ، قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، مذيل بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا ومجلس الدولة ، دار هومة طبعة2014.

139- يوسف محمد العبيدات ، مصادر الالتزام في القانون المدني ، دراسة مقارنة ط 2 دار المسيرة ، للتوزيع والطباعة الأردن 2011.

ثالثا : الندوات والملتقيات .

01-الامن القانوني، إشكالية الملتقى الوطني المنعقد يومي 05 و 06 ديسمبر 2012، بجامعة قاصدي مرباح، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق .

02-الحسين السالمي ، تطور التقاضي على درجتين: الاستئناف **اعمال ملتقى كلية الحقوق بتونس** 19-20 ماي ،&989 تونس 1993

03-عبد العزيز أمقران ، باحث في القانون : الامن القانوني والاجتهاد القضائي ، رصد للمداخلات التي القيت في الملتقي الوطني للأمن القانوني ، المنعقد يومي 05، و06 ديسمبر 2012، بكلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق بجامعة قاصدي مرباح ورقلة الامن القانوني والاجتهاد القضائي (الامن القضائي).

04-شاكر مزوغي ، كلية العلوم القانونية والسياسية ، والاجتماعية ، جامعة تونس قرطاج، حق التقاضي ودولة القانون ، مقال منشور **بمجلة الاجتهاد القضائي** ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، العدد التاسع 2013 أعمال الملتقى الدولي التاسع ، " الحق في التقاضي في الأنظمة المغاربية

05-حسينة شرون ، ضرورة تدعيم مبدأ مجانية القضاء لكفالة حق التقاضي ، **مجلة الاجتهاد القضائي** ، جامعة محمد خيضر بسكرة كلية الحقوق والعلوم السياسية ، ع 9 ، مارس 2013.

06-شهرزاذ بوسطلة، التطور التاريخي للحق في التقاضي، مقال منشور **بمجلة الاجتهاد القضائي،** جامعة محمد خيضر بسكرة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، العدد التاسع 2013 أعمال الملتقى الدولي التاسع ، " الحق في التقاضي في الأنظمة المغاربية

07-عبد الرحمان خلفي الحق في الشكوى، في التشريع الجزائري والمقارن، **مجلة الاجتهاد القضائي،** جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر العدد التاسع مارس 2013.

رابعا : المقالات باللغة العربية.

08-أحمد هندي ، التقاضي على درجتين، نقلا عن نبيل عمر إسماعيل، الطعن بالاستئناف وأيضا موتوليسكي، الأثر الناقل للاستئناف والتصدي في القضاء الحديث لمحكمة النقض ، **الأسبوعية القضائية،** 1953 61 ، وموريس لوازيل ، الاستخدام الصحيح لفكرة التصدي في الإجراءات المدنية ، الأسبوعية 1971 ، 1 فقه رقم 2432 فقرة رقم 2 ، و كريبون ، شرح الاستئناف في المواد المدنية ، 2 ، رقم 3567 وما بعدها.

09-بوعجبوط المصطفى ، تجربة العدالة الانتقالية غي تونس ما بعد الربيع العربي: قراءة في مسار الأنظمة القانونية لهيأة **الحقيقة والكرامة، مجلة الجيل العدد الخامس** يناير 2018.

10-حامق ذهبية ، الطرق البديلة لحل النزاعات في اطار عقد الاستهلاك ، **مجلة حوليات** ، مجلة علمية محكمة جامعة الجزائر 1 ، ع 27 ، ج 1 جويلية 2015.

11-حليمة حبار ، مستشارة بالغرفة المدنية بالمحكمة العليا ، دور القاضي في الصلح والتوفيق بين الأطراف ، على ضوء أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، مجلة المحكمة العليا عدد خاص ج 2 : الطرق البديلة لحل النزاعات : الوساطة والصلح والتحكيم. قسم الوثائق 2009 .

12-رضا احمد المزغني، اللجؤ الى العدالة : المجانية والمساعدة ، **مجلة القضاء والعدالة ج 1** ، دار حامد للنشر والتوزيع ط 1 2014 .

13- يوسف دلاندة ، قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،مجلة المحكمة العليا ع 2 2010 .

14-علي حسن الشرفي ، حق الطعن بالاستئناف في الاحكام القضائية ، **القضاء والعدالة** ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى 2014، جامعة نايف للعلوم الأمنية ، الاكاديميون للنشر والتوزيع ، عمان الاردن ، دار الحامد للشر والتوزيع عمان الأردن

15-المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية ، عدد خاص ، دس ن.

16-نواف حازم خالد ، و السيد علي عبيد ، المسؤولية الناجمة عن التعسف في استعمال الحق الاجرائي في الدعوى المدنية ، مجلة الرافدين للحقوق ، مجلة محكمة تأسست في 1996، كلية القانون ، جامعة الموصل العراق ، ع 44 ، لسنة 2010 .

17- شوقي بناسي ، التعسف في أستعمال الحق ، في ضوء المادة 124 مكرر المستحدثة بموجب القانون 05-10 المعدل للقانون المدني .

18- صدام فيصل كوكز المحمدي ، و وبارق يوسف محمد مظاهر تعسف الخصوم باستعمال حق التقاضي، "دراسة قانونية مقارنة.

19-عامر بورورو ، الطرق البديلة لحل النزاعات في القانون التونسي، مجلة المحكمة العليا الجزائر 2009، الجزء الأول ،ع خ .

20-عبد العزيز بن عبد الله عبد العزيز الصعب ، التعسف في استعمال الحق في مجال الإجراءات المدنية.

21- عتيقة بلجبل ، علاقة مبدأ المساواة أمام القضاء، بكفالة حق التقاضي، مجلة الاجتهاد القضائي ....

22- عروي عبد الكريم ، الطرق البديلة لحل النزاعات القضائية ، الصلح والوساطة القضائية ، ع خ

23-عمار بوضياف ، دور القاضي في المجتمعات الحديثة ،نشرة القضاة وزارة العدل ع 48 .

24-علي علي المصري ، دور القضتاء في تسوية النزاعات ،مجلة القضاء والعدالة ، مجموعة مؤلفين ، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية ، دار الحامد للنشر والتوزيع ، ط1 2014 ،عمان الأردن.

25-فؤاد العطار ، كفالة حق التقاضي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، ع 2 س 1 القاهرة 1959 .

26-فؤاد العطار ، كفالة حق التقاضي ، مجلة الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، دار الجيل عمان 1998 ، فصل السين ، باب الواو والياء، ج4 /347.

27-قديدير منصور ، من **اجل نظرة جديدة للقضاء ، مجلة المحكمة العليا** ، ع 1 1999.

28-ليلى لبيض ، العسف في استعمال حق التقاضي في قانون الاجراءات المدنية والادارية، المجلة العربية للأبحاث والدراسات في العلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد 25 ديسمبر 2016، جامعة زيان عاشور .الجلفة.

29- بوبشير محند امقران، تغيير الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق ، **مجلة المحاماة ، لناحية تيزي وز** ع 2 سنة 2004.

30- أحمد مجحودة الرئيس الأول للمحكمة العليا سابقا ، رسالة الاجتهاد القضائي في دولة القانون، المجلة القضائية ع 1 ، جانفي 1989 .

31- نصرت حيدر ، مدى دستورية القوانين التي تحجب حق التقاضي ، مقال منشور في مجلة المحامون السورية ، ع 12 ، 1986 .

32-احمد الصويعي شليبك ، التعسف في استعمال الحق بقصد الاضرار بالغير ، أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون ، مجلة الشريعة والقانون ، محكمة علمية محكمة جامعة الامارات ، العدد الثامن والثلاثون ، ابريل 2009 وأنظر د فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، مؤسسة الرسالة بيروت ط 4 1988.

33- شوقي بناسي ، التعسف في استعمال الحق ، في ضوء المادة 124 مكرر المستحدثة ، بموجب القانون 05-10، المعدل للقانون المدني المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية ، جامعة الجزائر العدد الرابع 2009 ، موقع المنصة الجزائرية للمجلات العلمية ، https://www.asjp.cerist.dz/en/article/96785 ، يوم 2020/03/22 ، 22:35 .

34-ليلى لبيض، التعسف في استعمال حق التقاضي، في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دراسات وأبحاث ،المجلة العربية للأبحاث والدراسات في العلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد 25 ديسمبر 2016، جامعة زيان عاشور الجلفة ، موقع المنصة الجزائرية للمجلات العلمية ، https://asjp.cerist.dz/en/article/94582 ، متاح يوم : 2025/08/20، الساعة : 14:45 د.

خامسا: المجلات القضائية .

01- المجلة القضائية ، ع 1 جانفي 1989.

02- القضائية لسنة ع 02، 1989 قسم الوثائق بالمحكمة العليا الجزائر.

03- المجلة القضائية، 1990 العدد 1 ، قسم الوثائق بالمحكمة العليا الجزائر.

04- مجلة المحكمة العليا 1992 ، ع 01 قسم الوثائق بالمحكمة العليا الجزائر.

05- المجلة القضائية ، ع 4 1992، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا الجزائر.

06- المجلة القضائية للمحكمة العليا ، ع 3، 1993 ،قسم الوثائق بالمحكمة العليا الجزائر.

07- مجلة المحكمة العليا ع الأول 1994 قسم الوثائق بالمحكمة العليا الجزائر.

08- المجلة القضائية ، ع 1 سنة 1995 قسم الوثائق بالمحكمة العليا الجزائر.

09- مجلة المحكمة العليا ع 1،1999 قسم الوثائق بالمحكمة العليا الجزائر.

10- المجلة القضائية ، ع 2،2001، قسم الوثائق بالمحكمة العليا الجزائر.

11- مجلة المحكمة العليا، ع 1، 2011 ،قسم الوثائق بالمحكمة العليا الجزائر.

12- مجلة المحكمة العليا ، ع 2 ، 2012 ، قسم الوثائق بالمحكمة العليا الجزائر.

13- مجلة المحكمة العليا، ع 2 ، 2015 قسم الوثائق بالمحكمة العليا الجزائر.

14- مجلة المحكمة العليا ، ع 2 2016 ، قسم الوثائق بالمحكمة العليا الجزائر.

15- مجلة المحكمة العليا ع 1 2017 قسم الوثائق بالمحكمة العليا الجزائر.

سادسا : مجلة مركز البحوث القانونية والقضائية لوزارة العدل الجزائرية.

01-**الوساطة القانون والتقنيات**، مركزالبحوث القانونية والقضائية، وزارة العدل الجزائرية،2012

سابعا: المذكرات والرسائل .

01- عبدالكريم عباس قرني عكاشة ، الصفة في العمل الاجرائي ، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق عين شمس جامعة القاهرة، 1995.

02- غسمون رمضان، المؤسسة القضائية بين الوظيفة والسلطة، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه علوم، قانون عام، جامعة الاخوة منتوري قنسطينة، كلية الحقوق، مقدم من طرف السنة الجامعية 2016-2017 .

03-عبد المنعم نعيمي ، الضمانات الدستورية لاستقلالية القاضي ، بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مذكرة لنيل **شهادة الماجيستير** ، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية ، جامعة الحاج لخضر باتنة ، 2005-2006.

04- عبد العزيز بن عبد الله عبد العزيز الصعب ، التعسف في استعمال الحق في مجال الإجراءات المدنية، دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية ، **أطروحة دكتوراه** ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، كلية الدراسات العليا

، الرياض 2010، موقع https://download-policies-laws-pdf-ebooks.com/30324-free-book ، متاح بتاريخ : 2019/12/02 ، الساعة : 23:19 .

ثامنا : المؤلفات بالفرنسية

1. Bernard stirn (: le conseil d'état) ; ed HACHETTE 2éme éd, mis à jour , octobre 1994 , P 14 .
2. BRUGUIERE Jean-Michel , introduction , les modes alternatifs de règlement des litiges de propriété intellectuelle ; Dalloz ; 2012 .
3. Damien ROET , impartialité et justice pénale , travaux de l'institut de science criminelle de poitier 1997 , éd 1997 paris .
4. Donatienne De bruyn ; le droit à un recours effectif " melange p , Lambert brulant , bruxelles , 2000 ,
5. Duguit traite de droit constitutionnel 3e éd T 1 ,
6. -Gaston Stefani , GORGES Levasseur , BERNARD bouloc , procedure pénale , peécis DALLOZ , 16 éme éd , 1996.
7. -H , Motusky ; le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle ; le respect des droits de la défense en procédure civile , mélange roubier , 1961 Tome 2.
8. -Ihring ; " la lutte pour le droit " traduction fr par MEULARARE . PARIS 1890 " T. 1 , .120 .
9. -Emmanuel Lévy « l'exercice du droit collectif » RTD . civ 1903 « conférence légitime » RTD civ 1910 .
10. Josserans Louis , de l'abus des droits , libraire nouvelle et de jurisprudence paris 1905 , p 7 et 11 .
11. Michèle –laure rassat ; « la justice en France » QUE SAIS-JE ? , huitième édition 2007.
12. -M verpeaux la notion revolutionnaire de juridiction la fonction de juge P U f 1989

13. Mauro cappelleti « le pouvoir des juges » ; Economica presse universitaire d'Aix Marseille 1990.
14. Eric loquin « l'amiable composition en droit comparé et international » , université de dijon , volume 7 publie par libraire technique paris 1980 .
15. Motulskyhenri , « la concentration des principes du procès civile par le décret du 9 septembre 1971 ,Dalloz chronique

Thèse :

1. Vallimarescoalexendre, la justice prive en droit moderne, thèse paris1926.
2. -George andré « du principe de la neutralité du juge dans l'instruction des affaires civiles » , thèse paris 1910 .

تاسعا :روابط باللغة العربية .

01 -جامعة مينوسوتا مكتبة حقوق الانسان ،حكم المحكمة الدستورية العليا ، المؤرخ في : 1993/04/03، ،الموقع الالكتروني : http://hrlibrary.umn.edu/arabic/Egypt-SCC- /.

02- جامعة مينوسوتا ، مكتبة حقوق الانسان، http://hrlibrary.umn.edu/arab/amhtml .

عاشرا : روابط باللغة الفرنسية.

01-https://actu.dalloz-etudiant.fr/a-la-une/article/labus-du-droit-dagir-en-justice-doit-etre-motive .

02- https://actu.dalloz-etudiant.fr/a-la-une/article/labus-du-droit-dagir-en-justice-doit-etre-motive .

03- .https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGISCTA000030360397

الفهرس

الفهرس:

مقدمة.....أ
الفصل التمهيدي: تأصيل مبدأ كفالة الحق في التقاضي.....13
المبحث الاول:ماهية كفالةالحق في التقاضي.....14
المطلب الأول: مفهوم الحق في التقاضي.....14
الفرع الأول: تعريف الحق في التقاضي.....14
الفرع الثاني: تمييز بين الحق في التقاضي، عن بعض المصطلحات القانونية.....27
المطلب الثاني: طبيعة الحق في التقاضي في الشريعة والقانون.....33
الفرع الاول: في القانون الوضعي.....33
الفرع الثاني : في الشريعة الاسلامية 37
المبحث الثاني :مبررات اقرار الحق في التقاضي.....42
المطلب الاول: تفادي العدالة الخاصة.....42
المطلب الثاني: اشباع حاجة الافراد من الحماية القضائية 47
المطلب الثالث: كفالة الحق في التقاضي تجسيدا لدولة القانون.....51
خلاصة الفصل التمهيدي.....58
الباب الأول: مصادر ومضمون كفالة الحق في التقاضي.....60
الفصل الأول: مصادر الحق في التقاضي.....61
المبحث الأول:الحق في التقاضي في النصوص فوق التشريعية – الدولية.....63
المطلب الاول: الإعلانات الدولية.....64
الفرع الأول: الإعلان العالمي لحقوق الانسان.....65
الفرع الثاني: اعلان الأمم المتحدة للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري.....67
الفرع الثالث : الإعلان المتعلق بحقوق الانسان للأفراد الذين ليسو من مواطني البلد الذين يعشون فيه.....68
المطلب الثاني: العهود والاتفاقيات الدولية والاقليمية.....69

الفهرس:

الفرع الأول: العهود والاتفاقيات الدولية 69

الفرع الثاني : الاتفاقيات الإقليمية 73

المطلب الثالث: التزام الدولة بالاتفاقيات. 77

المبحث الثاني: المصادر الداخلية. 80

المطلب الأول: الدستور 80

المطلب الثاني : التشريع 84

المطلب الثالث: الاجتهاد القضائي. 86

المطلب الرابع : الشريعة الاسلامية كمصدر للحق في التقاضي 94

خلاصة الفصل الأول 97

الفصل الثاني:مضمون كفالة الحق في التقاضي. 99

المبحث الأول: الضمانات الأولية للحق في التقاضي. 100

المطلب الأول: مبدأ الفصل بين السلطات كضمانة لاستقلال القضاء 100

الفرع الأول: التصور النظري. 100

الفرع الثاني: مضمون مبدأ استقلال القضاء. 104

المطلب الثاني: ضمان المساواة أمام القضاة وحياده. 109

الفرع الأول : ضمان الحق في المساواة بين المتقاضين. 110

الفرع الثاني : ضمان حياد القاضي 127

المبحث الثاني : كفالة حق التقاضي أثناء سير الخصومة والحكم فيها. 140

المطلب الأول: الحق في الدفاع. 140

الفرع الأول: حقوق الدفاع في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي. 141

الفرع الثاني : حق الدفاع خلال مراحل الخصومة 143

المطلب الثاني: الحق في الطعن. 148

الفرع الاول: حق التقاضي على درجتين 149

الفرع الثاني: طرق الطعن العادية. 160

الفهرس:

الفرع الثالث : الطرق غير العادية للطعن 180

خلاصة الفصل الثاني. 191

الباب الثاني: تقييد حق التقاضي بعدم التعسف وأقرار البدائل الودية لمعالجة أزمته 193

الفصل الأول: منع التعسف في استعمال حق في التقاضي. 195

المبحث الأول: تأصيل التعسف في استعمال حق التقاضي. 196

المطلب الأول: التعسف في استعمال الحق بوجه عام. 196

الفرع الأول: تعريف التعسف في استعمال الحق في التقاضي. 197

الفرع الثاني: طبيعة التعسف في استعمال الحق في الشريعة والقانون. 202

المطلب الثاني : معيار التعسف في استعمال الحق 225

الفرع الأول: المعيار الشخصي للتعسف في استعمال الحق _قصد الاضرار 226

الفرع الثاني: المعيار الموضوعي للتعسف في استعمال الحق 228

الفرع الثالث: معيار التعسف في استعمال حق التقاضي 233

المبحث الثاني: مظاهر التعسف في استعمال حق التقاضي 245

المطلب الأول: مظاهر التعسف في مرحلة التقاضي. 245

الفرع الاول: إساءة المدعي في استعمال حق التقاضي 248

الفرع الثاني: إساءة المدعي عليه في استعمال حق التقاضي 267

المطلب الثاني: مظاهر التعسف في مرحلة التنفيذ. 283

الفرع الأول: إساءة استعمال الحق في التنفيذ من قبل طالب التنفيذ. 285

الفرع الثاني: إساءة استعمال اجراءات التنفيذ من قبل المنفذ عليه 292

الفرع الثالث : إساءة استعمال اجراءات التنفيذ من قبل الغير. 298

المطلب الثالث : مسؤولية الدولة عن عدم تنفيذ احكام القضاء 301

خلاصة الفصل الأول: 304

الفصل الثاني: الطرق البديلة لعلاج أزمة التقاضي. 306

المبحث الأول: مفهوم بدائل التقاضي وتطورها 307

الفهرس:

المطلب الأول: تعريف الطرق البديلة للتقاضي. 307

المطلب الثاني : نشأة وتطور هذه البدائل الودية 309

المبحث الثاني: الصلح والوساطة تكريس لعدالة بديلة..... 315

المطلب الاول : الصلح كبديل للتقاضي 315

الفرع الأول: طبيعة الصلح. 316

الفرع الثاني: أركان عقد الصلح. 322

الفرع الثالث : عقد الصلح ، الإجراءات والآثار 327

المطلب الثاني : الوساطة القضائية كبديل لإجراءات التقاضي. 338

الفرع الأول: ماهية الوساطة القضائية. 340

الفرع الثاني: سير إجراءات الوساطة القضائية. 348

خلاصة الفصل الثاني: 354

الخاتمة 356

قائمة المراجع 362

الفهرس: 384

ملخص

يكتسي الحق في التقاضي أهمية بالغة نظرًا لطبيعته المزدوجة: فهو حقٌّ قائم بذاته، وضمانةٌ لحقوقٍ أخرى في آنٍ واحد. ولذلك، تسعى معظم الدول إلى ترسيخه في دساتيرها وقوانينها الأساسية. فهو بذلك يُسهم في تجنّب العدالة الخاصة التي اتسمت بها العصور القديمة. علاوةً على ذلك، يضمن هذا الحق ترسيخ العدالة والمساواة، ويُسهم في أقامة السلم والأمن الاجتماعيين. وأخيرًا، يُعزز الحق في التقاضي سيادة الدولة، ويُمكّنها من ضمان فعالية القواعد القانونية التي وضعتها، مما يضمن تطبيق القانون والمحافظة على هيبته.

ونظراً لأهمية الحق في الوصول إلى العدالة وما يوفره من ضمانات لصون بقية الحقوق الأخرى، تضاعفت مصادره. ويتجلى ذلك في مساهمة القانون الدولي في ترسيخه، وضمان عدم خضوعه للتقلبات السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي قد تمر بها المجتمعات. ولذلك، حرصت العديد من الدول على تكريسه في قوانينها ودساتيرها، جاعلةً منه حقاً أساسياً غير قابل للتصرف.

ولتحقيق النتائج المرجوة من ممارسة الحق في التقاضي، تسعىالأنظمة القانونية والقضائية إلى منحه نطاقًا شاملًا وواسعًا، ودعمه بضماناتكالمساواة في الوصول إلى العدالة، وإزالة العوائق المادية التي تعيق نجاعته، وتوفير المساعدة القضائية لمن تمنعهم مواردهم المالية من تحمل عبء التقاضي. فضلا عن التوجه نحو تبسيط الإجراءات، وتقريب العدالة من المتقاضين، والفصل في آجال معقولة.

ولتخطي الصعوبات التي تعيشها المؤسسات القضائية نتيجة بفعل بروز نزعة الخصام في المجتمع، وقع إرساء نظرية التعسف في استعمال حق التقاضي، لكفالة ممارسته الجدية وعدم الانحراف به عن مقاصده المشروعة.

وفضلا عن ذلك وقع إقرار آليات أخرى بديلة لتسوية النزاعات من شانها التخفيف من حدة الأزمة التي تعيشها الهياكل القضائية من جراء تزايد النزاعات، وسعيا لقيام المؤسسة القضائية بالقيام بوظيفتها الاجتماعية لتحقيق الاستقرار في المجتمع.

Abstract

The right to bring legal action holds significant importance due to its dual nature: it is both an autonomous right and a safeguard for other rights. For this reason, most States strive to enshrine it in their constitutions and fundamental laws. It thus helps prevent private justice, which had prevailed during antiquity.Moreover, this right ensures justice and equality and contributes to social peace and security. Finally, the right to litigate strengthens State sovereignty and enables it to ensure the effectiveness of the legal rules it has established, thereby guaranteeing the enforcement of the law and the preservation of its authority.

Given the importance of the right of access to justice and the safeguards it provides for the protection of other rights, its sources have multiplied. This is reflected in the contribution of international law to its strengthening and in the fact that it is not subject to the political, social, or economic fluctuations that societies may experience. For this reason, many States have ensured its enshrinement in their laws and constitutions, making it a fundamental and inalienable right.

To achieve the intended outcomes of exercising this right, legal and judicial systems strive to give it a broad and comprehensive scope, and to reinforce it through safeguards such as: equal access to justice, the removal of obstacles that hinder its effectiveness, and legal aid for those whose financial resources prevent them from bearing the costs of legal proceedings. Moreover, these systems aim to simplify procedures, bring justice closer to the litigants, and ensure that courts render decisions within a reasonable timeframe.

In order to overcome the challenges faced by judicial institutions due to the emergence of a certain “litigious mindset” in society, the theory of abuse of the right to take legal action was established to ensure and safeguard its exercise in a proper manner and to prevent it from being diverted from its legitimate purposes.

Moreover, other alternative dispute resolution mechanisms have been established to mitigate the strain on judicial institutions caused by the increase in litigation, and to enable the judiciary to fulfill its social role in maintaining stability within society.

Résumé

Le droit d'agir en justice revêt une grande importance en raison de sa double nature : il est à la fois un droit autonome et une garantie pour d'autres droits. C'est pour cette raison que la plupart des États s'efforcent de l'inscrire dans leurs constitutions et leurs lois fondamentales. Il contribue ainsi à éviter la justice privée, qui avait prédominé pendant l'Antiquité. En outre, ce droit garantit la justice et l'égalité et contribue à la paix et à la sécurité sociales. Enfin, le droit d'ester en justice renforce la souveraineté de l'État et lui permet de garantir l'efficacité des normes juridiques qu'il a établies, assurant ainsi l'application de la loi et la préservation de son autorité.

Compte tenu de l'importance du droit d'accès à la justice et des garanties qu'il offre pour préserver les autres droits, ses sources se sont multipliées. Cela se traduit par la contribution du droit international à sa consolidation et par le fait qu'il n'est pas soumis aux aléas politiques, sociaux et économiques que peuvent connaître les sociétés. C'est pourquoi de nombreux États ont veillé à ce qu'il soit consacré dans leurs lois et leurs constitutions, faisant de lui un droit fondamental et inaliénable.

Pour obtenir les résultats escomptés de l’exercice de ce droit, les systèmes juridiques et judiciaires s'efforcent de lui donner une portée globale et étendue, et de le renforcer par des garanties telles que : l'égalité d'accès à la justice, l’élimination des obstacles qui entravent son efficacité, l’aide juridictionnelle à ceux dont les ressources financières les empêchent d'assumer le coût des procédures judiciaires. En outre, ces systèmes tendent à simplifier les procédures, à rapprocher la justice des justiciables, et à ce que les juridictions statuent dans des délais raisonnables.

Afin de surmonter les difficultés faisant face aux institutions judiciaires en raison de l’émergence dans la société d’un certain « esprit de litige », la théorie de l’abus de droit d’agir en justice a été établie afin d’assurer et de garantir son exercice de manière pertinente et d’empêcher qu’il ne soit dévié de ses fins légitimes.

De plus, d'autres mécanismes alternatifs de règlement des différends ont été mis en place, afind’atténuer l’ampleurde la crise que subissent les structures judiciaires en raison de l’augmentation des litiges, et dans le butde permettre à l'institution judiciaire d’exercer sa fonction sociale pour assurer la stabilité dans la société.