

الإتحاد الوطني لمنظمات المحامين
فَئِظَمَةُ الْمُحَاوَمِينَ لِبَنَاءِ حَيَاةٍ سَطِيْفٍ



المحامي مجلة

نشرة دورية تصدر عن منظمة المحامين سطيّف



في هذا العدد:

- نظرية البطلان و تطبيقاتها.
- التقاضي في المادة الادارية و اشكالاته.
- اشكالية الاثبات بالنسبة للقرينة في المادة الجزائية.
- المحامي ضامن للحقوق و الحريات أمام المحكمة الدستورية.

عدد 37 ديسمبر 2022

مجلة المحامي

تصدر كل ستة أشهر
عن منظمة المحامين لناحية سطيف

هاتف/فاكس: 036.82.13.86

الموقع على الويب: www.avocat-setif.org

البريد الإلكتروني: ordre.setif@gmail.com

رقم الايداع: 2909/2005

مدير المجلة

النقيب طايري ابراهيم

brahimtairi@outlook.com

التحرير

أ. حملاوي رياض - أ. خلفون السعيد - أ. بوعبد الله

محمد فريد - أ. بوطغان عبد الحليم

الاخراج و الحجز

الصيد لخضر

محتويات العدد

06 كلمة التحرير

07 زملاء فقذناهم

08 نشاطات المنظمة

16 تظاهرات المنظمة

20 أقــــــــــــــــــــلام

23 مرسوم تنفيذي حول الدمغة

24 نظرية البطالان و تطبيقاتها اجرائيا

74 قراءة في القانون رقم 14-21 المعدل و المتمم لقانون العقوبات

84 اشكالية الإثبات بالنسبة للقرينة في المادة الجزائية

91 التقاضي في المادة الإدارية و اشكالته

102 Responsabilité pénale du médecin chirurgien

113 Les filtres de la justice constitutionnelle

129 دور المحامي في الدفع بعدم الدستورية أمام قاضي الموضوع

141 المحامي ضامن للحقوق و الاحريات أمام المحكمة الدستورية

159 شروط الدفع بعدم الدستورية أمام المحكمة العليا و مجلس الدولة

167 الإطار الدستوري للدفع بعدم دستورية الأحكام التشريعية و التنظيمية

قواعد وإجراءات النشر في المجلة

تختص "مجلة المحامي" التي تصدر بشكل دوري وتقدم بحوث علمية تكتب بأقلام المحامين والقضاة والموثقين والمحضرين القضائيين والصحافيين وكل من له علاقة بأسرة القانون وأساتذة وباحثي الجامعات وتقدم الأعمال باللغة العربية أو الفرنسية أو الانجليزية.

قواعد تقديم البحث:

أولاً: تكتب الورقة بأسلوب علمي أكاديمي بالإضافة الى (التهميش - والمرجع...) يتبع البحث باسم و لقب الأستاذ الشخصية و مهنته، (عنوان المؤسسة ، البريد الالكتروني ، ورقم الهاتف).

ثانياً: تودع المساهمات لدى أمانة منظمة سطيف أو عبر البريد على العنوان : منظمة المحامين قصر العدالة سطيف مع قرص مضغوط أو Flash Disk أو ترسل عبر البريد الالكتروني: ORDRE.SETIF@GMAIL.COM.

ثالثاً: لا تقبل المساهمات التي سبق نشرها.

رابعاً: تخضع المساهمات للتحكيم العلمي بحيث تفحص من طرف هيئة علمية متخصصة لها أن تقبل البحث أو ترفضه بحسب أهميته و قيمته العلمية، و لها كذلك أن تطالب صاحب البحث بإجراء تعديلات اللازمة.

رابعاً: ما ينشر في المجلة يعبر عن رأي كاتبه و لا يمثل رأي المجلة.

كلمة التحرير

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين،

يصدر هذا العدد رقم 37 من مجلة المحامي و الذي سيكون عددا متنوعا من اجتهادات و مقالات و محاضرات تم عرضها في مختلف التظاهرات العلمية و الايام الدراسية المنظمة من طرف منظمنا أو الجهات القضائية المختلفة.

حيث نظمت المحكمة الدستورية بقسنطينة ورشة تكوينية لفائدة المحامين حول موضوع "اشراك ممارسي المهن القانونية في إثارة الدفع بعدم الدستورية" و شارك فيها محامون و قضاة و أعضاء في المحكمة الدستورية من داخل الوطن و خارجه، اخترنا منه مداخلة للاستاذ فرانسيس ديل بيري (بروفيسور بجامعة بلجيكا) حول التصفية في العدالة الدستورية، و كذا مداخلة للاستاذ قريمس عبد الحق محام و استاذ بجامعة جيجل حول دور المحامي في الدفع بعدم الدستورية أمام قاضي الموضوع، و في نفس السياق أكد الاستاذ محمد بوطرفاس عضو المحكمة الدستورية على ضمانة المحامي للحقوق و الحريات أمام المحكمة الدستورية في مداخلته، و شرح الاستاذ جيلالي ميلود عضو المحكمة الدستورية شروط الدفع بعدم الدستورية أمام المحكمة العليا و مجلس ادولة، و أعطى الاستاذ عمار عباس العضو بالمحكمة الدستورية الاطار الدستوري للدفع بعدم دستورية الاحكام التشريعية و التنظيمية.

كما اخترنا لهذا العدد مقالات حول مختلف المواضيع، من التقاضي في المادة الادارية و اشكالاته للدكتور بشير الشريف استاذ بجامعة سطيف، الى مقال حول نظرية البطلان للأستاذ قرشوش عبد العزيز محام بمنظمة سطيف، الدكتور خلفي عبد الرحمان أسهم بقراءة في القانون 21-14 المعدل لقانون العقوبات، و طرح الاستاذ كوسة عمار من منظمة سطيف اشكالية الاثبات بالنسبة للقرينة في المادة الجزائية، و ختامها مداخلة للبروفيسور بوشناق كمال حول مسؤولية الجزائية للطبيب الجراح التي ألقيت بمناسبة اليوم الدراسية حول المسؤولية الطبية المنظم من طرف منظمنا.

نرجوا الاضافة و الاستفادة من هذا العدد ، كما نأمل تفاعل السادة المحامين و الباحثين و الأساتذة الجامعيين و مساهمتهم بمختلف البحوث و الدراسات في المجلة.

اللجنة

زملاء فقدناهم، ينبغي تذكركم

عطوي نوال



تاريخ و مكان الإزدياد: 1985-05-08 حمام قرقور

العنوان: سطيف

تاريخ أداء اليمين: 2011-11-14

تاريخ الوفاة: 2022-06-26

زواوي عقبة



تاريخ و مكان الإزدياد: 1985-06-01 برج الغدير

العنوان: برج بوعريرج

تاريخ أداء اليمين: 2019-12-31

تاريخ الوفاة: 2022-12-01

رحمهم الله برحمته الواسعة



الاتحاد الوطني لمنظمات المحامين
منظمة المحامين سطيف
قصر العدالة
هاتف / فاكس: 036.82.13.86

www.avocat-setif.org

ordre.setif@gmail.com



سطيف يوم: 2022.11.20

يوم دراسي حول التقاضي الالكتروني

- ❖ تعلن منظمة المحامين لناحية سطيف مع مجلس قضاء سطيف و مجلس قضاء برج بوعريريج ومجلس قضاء المسيلة، عن تنظيم يوم دراسي حول التقاضي الالكتروني وذلك يوم السبت 10 ديسمبر 2022 بنادي المحامين سطيف.
- ❖ يحضر هذا اليوم الدراسي محامون وقضاة.
- ❖ يهدف هذا اليوم الدراسي الى:
- 1/ طرح اشكالية التقاضي الالكتروني.
- 2/ تكوين السادة المحامين و القضاة حول كيفية التقاضي الالكتروني عند البدء بالعمل به قريبا، و الاستغناء عن نظام الجلسات في المادة المدنية والادارية.
- ❖ الدعوة موجهة لجميع الزميلات والزملاء.

ملاحظات:

- على الراغبين في المشاركة في هذا اليوم الدراسي تسجيل أسمائهم في أمانة المنظمة أو المندوبيات مع تسديد مبلغ 1500.00 دج الذي يشمل جزء من تكاليف اليوم الدراسي و الاطعام، و الجزء الباقي يتحمله صندوق الدفعة.
- آخر أجل للتسجيل هو: 05 ديسمبر 2022 و العدد محدود.





الاتحاد الوطني لمنظمات المحامين
منظمة المحامين سطيف
قصر العدالة

هاتف / فاكس: 036.82.13.86

www.avocat-setif.org

ordre.setif@gmail.com



سطيف يوم: 2022.09.28

اعلان

حول مراقبة الاقامات المهنية

- تطبيقا للمادة 83 من النظام الداخلي لمهنة المحاماة.
- و طبقا لمداولة مجلس المنظمة الصادرة يوم: 2017/04/14.
- ستشرع المنظمة في مراقبة المكاتب المهنية للمحامين للتأكد من وجودها و من مطابقتها للمواصفات المحددة في النظام الداخلي للمهنة.





اتحاد منظمات المحامين الجزائريين
منظمة المحامين سطيف
قصر العدالة
هاتف: / فاكس: 036.82.13.86

www.avocat-setif.org

ordre.setif@gmail.com



في: 2022/10/30

انشاء منصة إلكترونية لعصرنة منظمة المحامين سطيف

- ان مجلس المنظمة المنعقد يوم 2022/10/28 بنادي المحامين بسطيف برئاسة السيد النقيب وحضور أعضاء مجلس المنظمة.

قرر:

- التعاقد مع شركة (Djidel Solutions) من أجل انشاء منصة إلكترونية لتسيير منظمة المحامين لناحية سطيف.

- ان هذه المنصة الالكترونية بعد انجازها قريبا تقدم للسادة المحامين الخدمات التالية:
1/ التاجيلات و التسبيقات لدى المحاكم و المجالس الثلاثة (سطيف - برج بوعرييج - المسيلة) الكترونيا عن طريق تطبيق الهاتف الذكي و ذلك لجميع الأقسام و الفروع القضائية.

2/ بإمكان المحامي الحصول على شهادة العمل الكترونيا عند طلبها و يقوم بطبعها في مكتبه.

3/ طلبات فتح المكاتب و انشاء الشركات و التجمعات ... تتم الكترونيا.

4/ يتلقى المحامي المعني رسالة في حسابه الخاص تنبيه بتعيين المقرر في جميع المساعي.

5/ يتلقى المحامي في حسابه جميع الشكاوى و الاحتجاجات و يقوم بالاجابة عليها الكترونيا.

6/ التعيينات في المساعدة القضائية يتم ابلاغ المحامي بها الكترونيا.

7/ دفع الاشتراكات و جميع الحقوق الأخرى يتم الكترونيا بواسطة البطاقة البنكية أو الذهبية.

- بالإضافة الى خدمات أخرى يتم ابلاغ الزملاء بها عند انجازها تدريجيا.

ملاحظة: هذه المنصة عند تشغيلها تكون مؤمنة تماما ولا يمكن اختراقها.

عن مجلس المنظمة
نقيب المحامين
طاهري البراهم



اتحاد منظمات المحامين الجزائريين
منظمة المحامين سطيف
قصر العدالة
هاتف: / فاكس: 036.82.13.86

www.avocat-setif.org

ordre.setif@gmail.com



في: 2022/11/22

مذكرة حول اجراءات التقاضي أمام المحكمة الادارية

لقد لفت انتباهي أن بعض الزميلات و الزملاء المتأسسين في حق المدعى عليهم أمام المحكمة الادارية لا يقدمون المذكرات الجوابية في الأجل المحدد و ينتظرون عن سوء نية إلى غاية اختتام التحقيق ثم يتقدمون بالمذكرات.

ان هذا التصرف الغير شريف الذي يقوم به بعض الزملاء الهدف منه هو حرمان الزميل القائم في حق الطرف المقابل من التعقيب ومناقشة الوثائق المستدل بها التي يتم ايداعها في آخر المطاف، ويعتبر مخالفة مهنية جسيمة إذ أن مهنتنا تقوم على مبدأ الوجاهية و عدم استعمال وسائل تدليسية في المرافعات.

لذا: أدعوا جميع الزميلات و الزملاء التقيد بمحتوى هذه المذكرة و في المستقبل أي تصرف غير شريف من هذا النوع يعرض صاحبه للمساءلة التأديبية.

انقيب المحامين
طاهري ابراهيم



يوم دراسي

القانون 13.22
المعدل والمتمم لقانون
الإجراءات المدنية والإدارية
09.08

بحث في معالم التعديل وجدواه

بالتعاون مع

- منظمة المحامين لناحية سطيف
- نقابة السادة المحضرين القضائيين

الاثنين 12 ديسمبر 2022
09:00 صباحا

بقاعة المحاضرات هولود بديار

رئيس اليوم الدراسي:

د/ هلال أحمد

رئيس اللجنة العلمية:

د/ رادوي مراد



موضوع اليوم الدراسي

شهدت المنظومة التشريعية منذ صدور دستور الفاتح من نوفمبر 2020، تسارعا ملحوظا في وتيرة مراجعات وتعديل أحكام النصوص القانونية الموضوعية والإجرائية حتى تتوافق مع الأحكام الجديدة للدستور، وفي هذا الإطار فقد صدر القانون 13.22 بتاريخ 17 يوليو 2022 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، 09.08 بحيث تضمن التعديل مجموعة من الأحكام سواء على مستوى القضاء العادي لاسيما في المسائل التجارية أو على مستوى القضاء الإداري من جهة تكريس التقاضي على درجتين في المادة الإدارية في صورة إنشاء المحاكم الإدارية الاستئنافية تطبيقا للمادة 179 من الدستور التي تشير إلى أن مجلس الدولة جهة مقومة لأعمال المحاكم الإدارية للاستئناف، فضلا على تعديلات أخرى.

سنحاول من خلال هذا اليوم الدراسي البحث في جوهر التعديلات التي الحقها المشرع الجزائي بأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ومدى تأثير ذلك على مبادئ التنظيم القضائي من مثل تحقيق التقاضي على درجتين والتبسيط في إجراءات التقاضي أمام المواطن وتقريب مرفق العدالة من المتقاضين وتحقيق النجاعة من خلال فتح المجال لفض المنازعة قبل الولوج لمرفق القضاء، فضلا على فحص أهم تغيرات وموجبات التنفيذ في القانون 13.22.

أهداف اليوم الدراسي

- إدراك وتقييم التعديلات التي أحدثها المشرع ضمن القانون 13.22 في خصوص القضاء التجاري واستشراف مدى تحقيقها للنجاعة.
- إدراك وتقييم التعديلات التي مست القضاء الإداري إن على مستوى التنظيم أو على المستوى الاجرائي.
- إثراء النقاش حول أهم التعديلات الإجرائية الواردة ضمن القانون 13.22 وفحص مدى فاعليتها بالنظر لواقع تطبيق هذه الإجراءات.

محاور اليوم الدراسي:

- تعديلات القانون، 13.22 في القضاء العادي - معالم واستشراف النجاعة
- تعديلات القانون 13.22 ضمن أحكام وإجراءات القضاء الإداري من زاوية درجات التقاضي وتقريب العدالة من المواطن.
- أثر القانون، 13.22 على إجراءات التنفيذ

المعنيون بالمشاركة

الأستاذة ومليكة الدكتوراه
القضاة
المحامون
المحضرين القضائيين

مواعيد مهمة

آخر أجل لإرسال الطلبات
06 ديسمبر 2022

EMAIL

ترسل المشاركات على
البريد الإلكتروني التالي
lawconf2022@gmail.com



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة سطيف 1 - فرحات عباس



مركز التعليم المكثف للغات و منظمة المحامين لناحية سطيف



إعلان

يعلن مركز التعليم المكثف للغات لجامعة سطيف 1 - فرحات عباس عن افتتاح التسجيلات الخاصة بمنتسبي منظمة المحامين لناحية سطيف لدورة نوفمبر 2022 و الراغبين في الالتحاق بمختلف عروض التكوين التي يقدمها المركز

التكوينات المتاحة

يقدم المركز تكوينا في اللغات يتماشى مع الاطار الاوربي المرجعي المشترك للغات CECR في اللغات التالية

- ✓ اللغة الايطالية
- ✓ اللغة التركية
- ✓ اللغة الصينية
- ✓ اللغة الروسية

- ✓ اللغة الانكليزية
- ✓ اللغة الفرنسية
- ✓ اللغة الاسبانية
- ✓ اللغة الالمانية

يتم التسجيل في احدى العروض عن طريق وضع الملف على مستوى مقر منظمة المحامين في الفترة الممتدة بين 5 و 27 اكتوبر 2022

ملف اعادة التسجيل

- استمارة التسجيل
- بطاقة الطالب (للدورة السابقة)
- حقوق التسجيل

حقوق التسجيل

الفرنسية و الانكليزية : 7000 دج
باقي اللغات : 4000 دج

ملف التسجيل

- استمارة التسجيل
- نسخة من البطاقة المهنية
- صورتين شمسييتين
- حقوق التسجيل
- نسخة من البطاقة الرمادية بالنسبة لأصحاب المركبات

مركز التعليم المكثف للغات - جامعة سطيف 1 فرحات عباس

036 62 09 96
CEIL.UNIV-SETIF.DZ



الاتحاد الوطني لمنظمات المحامين
منظمة المحامين سطيف
قصر العدالة
هاتف / فاكس: 036.82.13.86

ordre.setif@gmail.com

www.avocat-setif.org



سطيف في 2022/10/30

اعلان حول اتفاقية مع المركب المعدني - حمام قرقور سطيف

- ليكن في علم جميع الزملاء المحامين التابعين للمنظمة (سطيف - برج بوعريريج - المسيلة) بأن المنظمة قد أبرمت اتفاقية مع المركب المعدني حمام قرقور بمختلف خدماته الفندقية و الاستجمامية خاصة مياه المعدنية من حمام و علاج و تدليك... و ذلك بأسعار تفضيلية للمحامين وعائلاتهم كما هو موضح في الجدول المرفق.

- تشمل الاتفاقية كذلك كتاب المحامين و عمال المنظمة.

* على كل زميلة أو زميل يرغب في الاستفادة من هذه الاتفاقية التقدم لأمانة المنظمة لتسلم شهادة يقدمها للمركب مرفوقا بنسخة من البطاقة المهنية و بالنسبة لكتاب المحامين نسخة من بطاقة كاتب محامي.
* لأكثر تفاصيل يرجى الاتصال بالاستاذ بتقة فؤاد.



نقيب المحامين
منظمة المحامين
طايري ابراهيم



الاتحاد الوطني لمنظمات المحامين
منظمة المحامين سطيف
قصر العدالة
هاتف / فاكس: 036.82.13.86

ordre.setif@gmail.com

www.avocat-setif.org



2022/11/22 سطيف في

اعلان حول اتفاقية مع المسبح النصف أولمبي - عموشة سطيف

- ليكن في علم جميع الزملاء المحامين التابعين للمنظمة أنه تم الاتفاق مع مدير المسبح النصف أولمبي بعموشة (20 كلم عن سطيف) على تخصيص حصة أسبوعيا خاصة للمحامين كل يوم إثنين من الساعة السادسة مساء إلى الساعة مساء مع اشتراك شهري بـ 1500 دج.

- بالنسبة للزميلات الحصة ستحدد لاحقا حسب عدد المسجلات.

- مع إمكانية توفير النقل.

- التسجيل يكون بأمانة المنظمة بسطيف و المندوبيات، مع دفع الاشتراك و إرفاق نسخة من البطاقة المهنية وصورة شمسية.

* لأكثر تفاصيل يرجى الاتصال بالاساتذة أعضاء اللجنة الرياضية و الثقافية.



تكریم أبناء المحامين الناجحين في شهادتي الباكالوريا و التعليم المتوسط - 10 سبتمبر 2022



مجلة المحامي عدد 37/2022

تظاهرات



مشاركة فريق المنظمة لكرة القدم في الدورة الكروية المقامة بتونس - نوفمبر 2022



تظاهرات



رسالة المحاماة

تأتي الخلافات وتحرك المحاماة قلمها
تحمل ملف المنازعات داخل محفظتها
تسعى للحقيقة من وراء دفاع عنها
تجتهد إلى إبراز إهدافها من عملها
تلتجأ إلى معالجة القضايا بالهامها
تقرئ تحارير المحاضر ما بين سطورها
تغوص في بحر أفكارها وتدلي بكنزها
تسير بين أروقة المحاكم حاملة أساليبها
تجتهد أثناء تأدية مهامها
نزول العراقيل التي تقف في وجهها
تقابل الحاكم والقانون بحقيقتها
مستعملة نصوص القانون وتستدل بها
تخرج أدلتها وتدفع بها في دفعوها
تحمي نفسها في ساحة المرافعات بجبتهها
تنهي مهمتها وهي طامعة بحكم لها
تبقى المحاماة القلم النابض لحماية رسالتها

من اعداد الاستاذة صالحي ابتسام



الجريمة والعقاب

حلت الجريمة بمسرحها في دور الشخصية العظيمة تحت اسم البطلة مع أجل تادية العمل المسرحي مجهزة لها كل العناصر والتفاصيل مع أجل التقديم المسرحي وقبل عرضه امام الجمهور اجتهدت في توزيع الادوار على الممثلين والمساهمين، كما حرصت على توجيههم بالطرق المناسبة مع خلال الاستعانة بالوسائل التي تساعد على العمل المسرحي و دخلت على المسرح وهي حاملة كل عنادها و الادوات المستعملة مع أجل تمكينها مع القيام بدورها الرئيسي والحرص كذلك على باقي الادوار والثانوية ، ولما انطلقت الجريمة في القيام بعملها مستعملة عنادها الذي أدخلته معها و تمكنت مع ارضاء رغبته في القيام بدورها و رسمته ضمنه مخططاتها لحيث تحقيقها للنتيجة التي استهدفتها مع وراء القيام بأدوارها على المسرح، فالجريمة لم تكن لوحدها في المسرح فهناك مساعدها اللذي وقفوا على جانبها مقدميه لها كل المساعدة والدعم على تحقيق رغبته وهدفها في



اتمام عملها المرسوم مسبقا، و أثناء حلولها بالمسرح بادرت بتجهيز نفسها مع أجل القيام بالعمل المسرحي المرسوم المتمثل في القيام بالأدوار المؤدية الى النتيجة ولما لحق دور الجريمة لعبت دورها الرئيسي على مسرحها وانتهت مع عملها مع تمكينها مع الوصول للنتيجة المستهدفة و بينما كان الجمهور جالس الذي يعد نجاح العمل المسرحي مع خلال تقييمه للمسرحية وما جرى بها فأراء الجمهور هي التي يعبر فيها مع مدى تقييمه مع طريقة الاداء وفكرة طريقة عرضها والعناصر المستعملة والادوات التي كانت سبب النجاح الفكرة وتنفيذها على المسرح، فاذا بالجريمة بعد تنفيذها للعمل المسرحي المخطط له رفعت رأسها للجمهور فاذا بها لمحت العقاب يجلس في صفوف المتفرجين يراقبها واقفا ويصفق لها بحرارة فانفجعت الجريمة وارثبت لما شاهدت العقاب يبه الجمهور ولما تقدمت منه وسالته مع سبب حضوره يبه الصفوف الجمهور فاجابها العقاب أنا احضرك دائما يا جريمة أينما تحضرين ورافقك أينما تكونين فانا أسير دائما وراءك مع أجل تقييم عملك المسرحي. أ. صالح ابتهسام

المحامي الرياضي

نعلم أن المحامي هو رجل قانون في الجهات القضائية مهمته الدفاع عن حقوق موكله مرتدبا الجبة السوداء التي تحميه أثناء القيام بمهنته، لا يخفى علينا أن سيدة المهنة المحاماة لم تقيد أصحابها في القيام بمهنة الدفاع أثناء تادية مهامهم في الجهات القضائية فقط بل سمحت لهم وشجعتهم للقيام بأنشطة ترفيهية ثقافية موسيقية رياضية وغيرها من النشاطات التي ملأت قلوب محبيها و ممارسيها حب المهنة واكتساب الشجاعة والقوة، كما زرعت فيهم الثقة والامان فالمهنة لم تقف هنا فقط بل تتكفل كذلك بالاشراف على كافة التنظيمات والدعيمات لأجل نجاعتها وتحقيق المكاسب، فسيدة المهنة المحاماة لما ترغب في تشجيع وتدعيم المحامي الموهوب ومنه بيننا المحامي ممارس للرياضة تسعى الى تنظيم مقابلات رياضية على الصعيد الوطني والدولي من أجل تحفيزه لممارسة الرياضة، وهو ما قامت به منظمة المحامين سطيف ممثلة في فريقها الذي شارك على الصعيد الدولي بالدورة الرياضية بطريق التونسية من أجل الترفيه وتشجيع المحامي الرياضي و تعزيز أواصر الزمالة على البساط الأخضر فالحمد لله مرت الدورة في ظروف ملائمة على أحسن حال وقام الزملاء الرياضييين بواجبهم دون تعرضهم لأي مكره في صحتهم وعادوا الى وطنهم وعائلاتهم ومهنتهم سالمين وهو انجاز اخر أثبتت المهنة انها قادرة على وضع المحامي كذلك في الميدان الرياضي وشديدة الإطمئنان من ناحية قدراته الذهنية أو الجسدية قد كنت يا محامي أستاذ في المحاكم ولاعب في الملاعب وقد ظهر ذلك

بدولة تونس
مشاركة من
الرياضيين
القانون
ثقة سيدة
وكان عند
فقد كنت

رياضي أيضا وانت

الشقيقة مع
قبل الزملاء
وفعلا رجل
لم يخيب
المهنة
حسب ظننا
يا محامي شخص
تدافع عن الكرامة



محافظة عليها بيه قدملك في
بيه يدك في المحاكم، صبح نحه لم تلك رفقتكم في الميدان ولكل قلوبنا واوراحنا كانت بمعيتكم
تتابع كل خطواتكم الموهوبة الرياضية فانتم حقا فرسان سواء على مستوى الجهات القضائية أو
على مستوى الملاعب، لقد بذلت كل ما بوسعكم من مجهودات نفسية، جسدية وتعب شعرت به وعانيت
منه دون ان ننسى أسركم ومكاتبكم التي تخلت عنكم لعدة أسابيع وكل هذا من أجل تحقيق رغبة
إدخال الفرحة على قلوبكم وقلوب زملائكم زميلائكم، فانتم بمبادرتكم هذه قد حققتم النجاح وتبرع بكم
هذه قد كسبتكم الشجاعة لانفسكم وللمهنة بالمستقبل، وبمجرد مشاركتكم هذه أنتم فانتم في أعين
زملائكم وزميلائكم ومهنتكم وفي الأخير يبقى المحامي مكلف ببذل العناية غير ملزم بالنتيجة في
جميع الأحوال وحتى في الأنشطة التي يمارسها، فسيدة المهنة المحاماة فخورة جدا بكم لأنها أنجبت
رجالا ونساءا تستطيع ان تعتمد عليهم في أي مكان تضعهم فيه تجدهم مستعدين جاهزيين، فشكرا
لسيدة المهنة المحاماة التي تقف دائما الى جانب أصحابها.....

أ. صالح إيتسام

6	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية / العدد 72	5 ربيع الثاني عام 1444 هـ 31 أكتوبر سنة 2022 م
★ مرسوم تنفيذي رقم 22-22 مؤرخ في أول ربيع الثاني عام 1444 الموافق 27 أكتوبر سنة 2022، يعدل ويستم المرسوم التنفيذي رقم 18-18 المؤرخ في 26 شوال عام 1439 الموافق 10 يوليوس سنة 2018 الذي يحدد قيمة دفعة المحاسبة وكيفية تحصيلها. — إن الوزير الأول، — بناء على تقرير وزير العدل، حافظ الأختام، — وبناء على الدستور، لا سيما المادتين 112-5 و 141 (الفقرة 2) منه، — وبمقتضى القانون العضوي رقم 10-22 المؤرخ في 9 ذي القعدة عام 1443 الموافق 9 يونيو سنة 2022 والمتعلق بالتنظيم القضائي، — وبمقتضى الأمر رقم 71-28 المؤرخ في 26 صفر عام 1391 الموافق 22 أبريل سنة 1971 والمتضمن قانون القضاء العسكري، المعدل والمتمم،		

7	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية / العدد 72	5 ربيع الثاني عام 1444 هـ 31 أكتوبر سنة 2022 م												
— وبمقتضى القانون رقم 09-08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المعدل والمتمم، — وبمقتضى القانون رقم 13-07 المؤرخ في 24 ذي الحجة عام 1434 الموافق 29 أكتوبر سنة 2013 والمتضمن تنظيم مهنة المحاسبة، — وبمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 21-275 المؤرخ في 19 ذي القعدة عام 1442 الموافق 30 يونيو سنة 2021 والمتضمن تعيين الوزير الأول، — وبمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 22-305 المؤرخ في 11 صفر عام 1444 الموافق 8 سبتمبر سنة 2022 والمتضمن تعيين أعضاء الحكومة، — وبمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 04-332 المؤرخ في 10 رمضان عام 1425 الموافق 24 أكتوبر سنة 2004 الذي يحدد صلاحيات وزير العدل، حافظ الأختام،														
— وبمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 18-18 المؤرخ في 26 شوال عام 1439 الموافق 10 يوليوس سنة 2018 الذي يحدد قيمة دفعة المحاسبة وكيفية تحصيلها، — وبناء على مداولة الاتحاد الوطني لمنظمات المحاسبين المؤرخة في 9 يونيو سنة 2022، يرسم ما يأتي : المادة الأولى : يهدف هذا المرسوم إلى تعديل وتتميم المرسوم التنفيذي رقم 18-18 المؤرخ في 26 شوال عام 1439 الموافق 10 يوليوس سنة 2018 الذي يحدد قيمة دفعة المحاسبة وكيفية تحصيلها. المادة 2 : يعطل ويتم الجدول الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 18-18 المؤرخ في 26 شوال عام 1439 الموافق 10 يوليوس سنة 2018 والمذكور أعلاه، ويحصر كما يأتي :														
”الجدول الملحق قيمة دفعة المحاسبة														
<table border="1"> <thead> <tr> <th>الجهة القضائية</th><th>قيمة الدفعة</th><th>ملاحظات</th></tr> </thead> <tbody> <tr> <td>المحكمة</td><td>200 دج</td><td></td></tr> <tr> <td>المجلس القضائي والمحكمة الإدارية والجهات القضائية العسكرية</td><td>400 دج</td><td>قيمة الدفعة في الأوامر على العرائض بالنسبة لجميع الجهات القضائية : 100 دج</td></tr> <tr> <td>محكمة الجنايات والمحكمة العليا والمحاكم الإدارية للاستئناف ومجلس الدولة ومحكمة التنازع</td><td>500 دج</td><td></td></tr> </tbody> </table>			الجهة القضائية	قيمة الدفعة	ملاحظات	المحكمة	200 دج		المجلس القضائي والمحكمة الإدارية والجهات القضائية العسكرية	400 دج	قيمة الدفعة في الأوامر على العرائض بالنسبة لجميع الجهات القضائية : 100 دج	محكمة الجنايات والمحكمة العليا والمحاكم الإدارية للاستئناف ومجلس الدولة ومحكمة التنازع	500 دج	
الجهة القضائية	قيمة الدفعة	ملاحظات												
المحكمة	200 دج													
المجلس القضائي والمحكمة الإدارية والجهات القضائية العسكرية	400 دج	قيمة الدفعة في الأوامر على العرائض بالنسبة لجميع الجهات القضائية : 100 دج												
محكمة الجنايات والمحكمة العليا والمحاكم الإدارية للاستئناف ومجلس الدولة ومحكمة التنازع	500 دج													
المادة 3 : ينشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية. حور بالجزائر في أول ربيع الثاني عام 1444 الموافق 27 أكتوبر سنة 2022. أيمن بن عبد الرحمان														

نظرية البطلان وتطبيقاتها اجرائيا وفي الشركات التجارية

قرشوش عبد العزيز

أستاذ محاضر قسم "ب" كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد لمين دباغين، سطيف2.

الملخص:

تعتبر كافة التشريعات ومنها الجزائري أن البطلان هو الجزاء الذي يترتب على تخلف أحد الشروط والأركان المطلوبة في أي اجراء قضائي، حيث يسعى المشرع الى وضعه لضمان احترام هذه الاجراءات، وصون حقوق المتقاضين وتحديد مراكزهم، فيجبر كل من المتقاضي وكذا المحكمة النازرة في النزاع الى احترامها حتى تقلل من حالات البطلان وكذا تقلل من عدد المنازعات القضائية التي يحكم فيها برفض دعواها لتوافر حالة من حالات البطلان سواء كان هذا في الاجراءات المدنية أو في الشركات التجارية.

توطئة:

يعتبر البطلان من أهم المواضيع المتصلة بالاجراءات القضائية، هذه الاجراءات التي يسعى المشرع من خلالها وعن طريق القضاء الى تطبيق القوانين بأكثر دقة وموضوعية، فيكون البطلان هو إحدى الضمانات المؤدية إلى احترامها، كون هذه القوانين الاجرائية إنما وضعت لتنظيم سير العدالة وصون حقوق المتقاضين وتحديد مراكزهم باتباع سبل اجرائية تتضمن اشكالا محددة ومواعيد مضبوطة يجب أن يصب فيها العمل الاجرائي حتى ينتج أثره القانوني الذي وضع من أجله، لذلك وضع في المقابل جزاء صارم للإخلال بتلك الاجراءات

والأشكال حتى يدفع كل المتعاملين مع القاعدة الاجرائية سواء من الخصوم أو المحكمة النازرة للنزاع على احترامها وهذا الجزء هو البطلان.

مفهوم البطلان والبطلان الاجرائي (1):

1- البطلان:

بطل = بطل الشيء، يبطل بطلا وبطولا وبطلانا: ذهب ضياعا وخسرا، فهو باطل، والباطل: نقيض الحق(2).

البطلان لغة:

هو سقوط الشيء لفساده فيقال بطل الشيء أي فسد وسقط حكمه وتأتي بمعنى تعطل فيقال بطل الأجير أي تعطل، والباطل ضد الحق والجمع أباطيل.

البطلان اصطلاحا:

عند الجمهور هو كتعريف الفساد سواء بسواء لأنه مرادف له فكل فاسد باطل وبالعكس فهما عبارتان عن معنى واحد في الشرع وهو ما يقابل الصحيح خلافا للحنفية.

والفساد في الاصطلاح هو نقيض الصحة بكل اعتبار من اعتباراتها فيكون البطلان كذلك، فإذا كانت الصحة هي موافقة الأمر فالبطلان مخالفته، وعليه فالبطلان في العبادات هو مخالفة أمر الشارع وفي عقود المعاملات هو تخلف الاحكام عنها وخروجها عن كونها اسباب مفيدة للأحكام(3).

البطلان قانونا:

رغم اختلاف المذاهب والمقاصد عند شرح قوانين الاجراءات المدنية أو قوانين المرافعات كما يطلق عليها الشراح المشاركة من الدول العربية، فإنهم جميعا متفقون على أن البطلان هو الجزء القانوني المطبق على مخالفة الشكل الاجرائي المطلوب قانونا في الخصومة القضائية منذ قيامها وبدايتها حتى نهايتها بأي شكل من الأشكال.

فقد ذهب الأستاذ عبد الرزاق السنهوري الى تعريفه:"البطلان هو الجزء القانوني على عدم استجماع العقد لأركانه كاملة مستوفية لشروطها"(4) غير أنه وما يلاحظ في تعريف الأستاذ السنهوري أنه عرف البطلان الواقع على العقد أو العقود فاعتبره باطلا كل عقد افتقد الى أحد اركانه أو شروطه، فإن هذا التعريف يصب في محيط البطلان الموضوعي الذي تتناوله نظرية البطلان وتطبيقاتها العملية في القانون المدني وهذا ليس مركز بحثنا الحالي لذا لن نغوص فيه تاركين التفصيل فيه لخاطرة مستقبلية إن كان في العمر بقية، ومركزين نظرنا على البطلان الاجرائي (أي البطلان الذي قررتة التشريعات ومنها الجزائي كجزاء لمخالفة الشكل الاجرائي القانوني المطلوب) هذا في الجزء الاول من البحث، وفي الجزء الثاني ارتأينا أن نخصصه للبطلان كذلك لكن في جانب آخر مغاير عن الاجراءات المدنية وهو البطلان الواقع في الشركات التجارية نظرا لما لهذا الموضوع من أهمية قانونية سواء في الدراسة النظرية أو في تطبيقات الشركات التجارية التي ما فتئت تنتشر في السوق الجزائرية بمختلف أنواعها التي حددها المشرع.

2-البطلان الاجرائي(5):

لعله كذلك ومن المنطقي قبل الخوض في تجزيئات هذا البطلان نحاول ان نعطي كنهه وماهيته.

فيعرف البطلان الاجرائي بأنه الجزء الذي يرتبه المشرع أو تقضي به المحكمة إذا افتقد العمل القانوني أحد الشروط الشكلية أو الموضوعية المطلوبة لصحته قانونا(6).

كما ذهب البعض إلى القول بأن البطلان الاجرائي هو التكييف القانوني أو الوصف القانوني لعمل اجرائي تم اتخاذه دون أن يكون مطابقا للنموذج القانوني(7).

وعليه يكون البطلان وفق المفهوم السالف ذكره هو: جزاء مدني يلحق بالعمل الذي يصدر مخالفا للقواعد الموضوعية التي وضعها المشرع، فهو لا ينشئ حقا أو التزاما وفي المقابل هناك من يرى أن البطلان هو وصف يلحق بالتصرف القانوني وأنه نتيجة عيب لحق به عند مخالفة قاعدة قانونية ويؤدي هذا الوصف إلى عدم نفاذ التصرف(8).

إنما الراجح فقها أن البطلان يحمل الوصفين معا فهو وصف يلحق بالتصرف ويوضع عليه الجزاء القانوني بعدم نفاذه، لذلك يعرف البطلان على أنه: "البطلان هو وصف يلحق بالتصرف القانوني المعيب لنشأته مخالفا لقاعدة قانونية أو اتفاقية فيؤدي إلى توقيع جزاء يتمثل في شل فعالية التصرف وافقاده آثاره القانونية"(9).

المبحث الأول:

مذاهب البطلان وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له

لقد اختلفت هذه المذاهب لكل مشربه ودليله على ما يذهب اليه وهذه المذاهب هي:

أولا: مذهب لا بطلان بغير نص (pas de nullité sans texte).

ويرى أصحاب هذا المتجه أنه لا يتقرر أي بطلان وبأي شكل كان إلا بناء على نص من المشرع الذي له وحده الحق في تحديد الحالات التي يكون على القاضي أن يحكم فيها دائما بالبطلان دون أن تكون له سلطة تقديرية، ويمنع عليه أن يحكم بالبطلان في غيرها ويقال عادة تعبيرا عن هذا المذهب "لا بطلان من غير نص" (pas de nullité sans texte).

ويرر أصحاب هذا الرأي رأيهم على أساس أنه للبطلان آثار خطيرة يجب أن ينفرد المشرع وحده بتحديد حالاته دون أن تعطي للقاضي الناظر في النزاع أي سلطة كانت.

ويعاب على هذا المذهب أنه من الصعب على المشرع ان يتابع كل تطورات العصر من اشكال جديدة وحالات مستجدة بين عشية وضحاها وهو الامر الذي يجعل هذا المتسم بالحركية والتطور.

كما يعاب عليه أيضا أنه يقيد فكر القاضي ومبادرته وذلك بسحب كل سلطة له في تقرير ما إذا كانت المخالفة تستدعي الحكم ببطلانها من عدمه، الأمر الذي قد يترتب عليه تقرير جزاء غير مناسب للعيب الذي شاب الاجراء(10).

ثانيا: مذهب لا بطلان بغير ضرر pas de nullite sans grief

ويرى أصحاب هذا المبدأ أنه لا تكفي مخالفة النص القانوني لتقرير البطلان بل يجب أن تكون هذه المخالفة قد الحقت ضررا بمصالح الخصم المتمسك به ويطلق على هذا المذهب بالقول "لابطلان من غير ضرر" (pas de nullite sans grief) ويحقق هذا المذهب ميزتين:

أ- يمنع القاضي من التحكم، فهو يضيق عليه السلطة التقديرية الواسعة وذلك بتحديد سلفا الضرر الذي يعتمده كضابط للحكم بالبطلان.

ب- يخفف هذا المبدأ من المبدأ الأول القائل أنه لا بطلان بغير نص، فيجعل الضابط هو الضرر بغض النظر عن النص وجد أم لم يوجد فلا يحكم بالبطلان حتى ولو كان هناك نص إذا لم يترتب عليه ضرر، كما أن غياب النص لا يمنع الحكم بالبطلان إذا ما ترتب على المخالفة أي ضرر كان.

ويعاب على هذا المبدأ أنه يقوم أساسا على حدوث الضرر من المخالفة للاجراء ويجب على من يتمسك به من المتقاضين أن يثبت هذا الضرر، وهذا ليس بالأمر السهل.

كما يعاب عليه أن هناك أنواع من البطلان قد لا ترتب ضررا ومع ذلك يجوز لاصحاب الحق فيها أن يتمسكوا به.

ثالثا: مذهب لا بطلان إذا تحققت الغاية من الاجراء

يقوم اعتقاد من ذهب هذا المذهب أن الشكل غير مطلوب لذاته بل على العكس فإنه يهدف إلى تحقيق قصد معين، فإذا تحققت الغاية من القصد لا تطبق أحكام البطلان حتى ولو خالف الشكل القانوني المطلوب، وحتى ولو نص المشرع صراحة على البطلان فيه.

أما في الحالة العكسية إذا تخلفت الغاية والقصد وجب الحكم بالبطلان حتى ولو لم ينص المشرع على ذلك.

وقد أخذ بهذا المبدأ صراحة المشرع المصري بالمادة 20 من قانون المرافعات المصري بالنص: "لا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الاجراء".

غير أنه يعاب على هذا المعيار "معيار الغاية" أنه معيار مهم غير محدد المعالم فكلمة الغاية من الاجراء لا تعريف لها لا تشريعا ولا فقها كما أنه توجب تحديد حالات البطلان على نحو دقيق يحفظ حقوق المتقاضي ويحقق غرض المشرع ويبعد تحكم القاضي في تقرير حالات البطلان.

موقف المشرع الجزائري من هذه المذاهب:

لقد قطع المشرع الجزائري دابر هذا الخلاف بنص صريح في قانون الاجراءات المدنية والادارية وهي المادة 60 منه بالقول: "لا يقرر بطلان الاعمال الاجرائية شكلا إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك، وعلى من يتمسك به أن يثبت الضرر الذي لحق به" وعليه نستنتج من النص:

أ- أن المشرع الجزائري ذهب مع المذهب القائل أنه للمشرع وحده الحق في تحديد الحالات التي يكون على القاضي أن يحكم فيها بالبطلان.

ب- كما يستفاد ايضا اخذ المشرع الجزائري بالمذهب الذي يركز على حدوث الضرر مع وجوب التمسك به واثباته.

المطلب الثاني:

التمييز بين البطلان وبعض النظم المشابهة له (11)

ونحن بصدد الدراسة النظرية للبطلان نرى أنه من الواجب القاء هذه النظرة ولو المختصرة على موضوع تفرقة نظام البطلان عن بعض النظم التي قد تتشابه معه كالتالي:

أولاً: البطلان والفسخ

سبق الاتفاق على أن البطلان هو الوصف القانوني أو التكييف القانوني للعمل الاجرائي الذي يتم بالمخالفة لنموذج القاعدة القانونية وضعت بصفة عامة ومجردة مقترنة بجزاء.

أما الفسخ فهو جزاء يوقع في العقود التي تقوم سليمة مستوفية لشروطها واركائها القانونية، فينشأ هذا العقد صحيحاً، غير أن أحد طرفيه يتقاعس عن تنفيذ التزاماته التي يفرضها عليه هذا العقد فبالتبعية يسقط التزام المتعاقد الآخر فيفسخ العقد إما بارادة المتعاقدين أو بحكم قضائي ويعود الأطراف الى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد.

ثانياً: البطلان والسقوط

إن البطلان هو جزاء اجرائي ذو نطاق عام يصيب العمل الاجرائي الذي لا يتطابق مع النموذج القانوني، أي أن البطلان ينصب على ذات العمل الاجرائي المعيب، بينما السقوط هو الجزاء الوارد على الحق الاجرائي، بمعنى أن السقوط هو الجزاء المترتب على عدم مباشرة الاجراء في الوقت المعين في القانون للقيام به، ومخالفة ترتيب معين يتعين أن يجري فيه طبقاً للترتيب التتابعي لاجراءات الخصومة وقد نصت المادة 322 اجراءات مدنية وادارية: "كل الآجال المقررة في هذا القانون من أجل ممارسة حق أو من أجل الطعن يترتب على عدم مراعاتها سقوط الحق أو سقوط ممارسة هذا الحق باستثناء حالة القوة القاهرة أو وقوع احداث من شأنها التأثير في السير العادي لمرفق العدالة". ومن هذا النص يمكن أن نستنتج:

أ- إذا كان للشخص حقوق متعددة وكان القانون قد وضع ترتيبا خاصا عند استعمالها فخالفه صاحبها فيترتب على ذلك السقوط، فدعوى الحيازة تسقط برفع دعوى المطالبة بالملكية في الحق.

ب- إذا أوجب القانون لصحة الاجراء مباشرته في ميعاد محدد ولم يتخذ هذا الاجراء في هذا الميعاد سقط الحق فيه كسقوط الحق في الطعن بفوات ميعاده.

ج- في حالة تفويت المناسبة المقررة لاجراء عمل معين كالدفع التي يجب ابدؤها قبل قفل باب المرافعة أو قبل ابداء الطلبات الختامية في الدعوى.

اجراءات المطالبة بالسقوط:

يتم هذا الطلب بموجب أمر على عريضة يوجه إلى رئيس الجهة القضائية المعروض أمامها النزاع، ويجب أن يتقدم به من له مصلحة وصفة في ذلك شأنه شأن باقي الاجراءات الأخرى ويفصل فيه رئيس الجهة القضائية بأمر غير قابل لأي طريق من طرق الطعن، وذلك بحضور الخصوم أو بعد صحة تكليفهم بالحضور (ف2م322.ا.م.ا).

ويترتب على تقرير السقوط سقوط الحق وإهدار الاجراء الذي يكون قد اتخذ بعد سقوط الحق فيه وكذا منع تجديده أو تصحيحه.

ثالثا: البطلان وعدم السريان

إن البطلان وهو الجزاء على العمل المخالف للقواعد القانونية، إذ بالمنظور الاجرائي وهو الجزاء الواقع على العقد الذي تخلفت احدى اركانه أو شروطه، وهو بالمفهومين جزاء اذا وقع يسري اثره هذا سواء على المتعاقدين انفسهم كما يسري على الغير تبعا لذلك فآثاره خاصة وعامة في نفس الوقت إذ يحتج بهذا البطلان إزاء الجميع.

أما عدم السريان فهي الفكرة التي لا تسري ازاء الغير فحسب حماية لهم، بينما قد تسري آثارها فيما بين المتعاقدين فالعقد غير المسجل صحيح فيما بين

المتعاقدين لكنه غير نافذ في حق الغير، وكذا العقد غير ثابت التاريخ هو عقد صحيح فيما بين من عقده حجة عليهم لكنه غير ذي حجية على الغير والبيع في مرض الموت صحيح بين المتعاقدين لكنه لا يسري في حق بقية الورثة وعليه فإن البطلان بالصورة السابقة إذا كان قابلا للزوال فإنه يزول بالإجازة confirmation أما عدم السريان فيزول باقرار الغير للعقد 12(ratification).

ويلاحظ أنه سواء تعلق الأمر باجراء أو عقد فإن بطلانه القابل للزوال والاجازة هو البطلان الغير مخالف للنظام العام والاداب، أما البطلان غير المطلق المترتب على ذلك (البطلان النسبي) فيجوز تصحيحه واجازته وهي نفس الفكرة التي تنطبق على عدم السريان بإقرار الغير مطلوب لازالة عدم السريان ينصب على العقود الباطلة نسبيا وليس على العقود الباطلة بطلانا مطلقا لعدم شرعية محلها مثلا فبطلانها لا يجاز ولا يصحح.

المطلب الثالث:

انواع البطلان وحالاته في القانون الجزائي

أولاً: يتنوع البطلان في المجال الاجرائي الى بطلان نسبي أو بطلان مقرر لمصلحة خاصة، وبطلان متعلق بالنظام العام أو بطلان مقرر لمصلحة عامة، فمناطق هذا التقسيم هو المصلحة التي يحميها الاجراء الذي تمت مخالفته، فنكون أمام بطلان نسبي إذا كانت المخالفة لقاعدة تحمي مصلحة خاصة لأحد الخصوم، ونكون أمام بطلان متعلق بالنظام العام (مطلق) إذا كان ناشئاً عن مخالفة قاعدة مقررّة لحماية المصلحة العامة أي متعلقة بالنظام العام الذي لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفته، ويجوز الدفع به في أية مرحلة تكون عليها الدعوى ويجب على المحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها.

إن التقسيم الثنائي الذي استقر عليه الفقه الاجرائي في البطلان هو السائد عملاً ومنطقاً، فنكون أمام بطلان مطلق ويندمج فيه العقد المنعدم إذ يتفقان في كون البطلان المطلق ليس له وجود قانوني ويستوي معه العقد

المنعقد وبنفس الدرجة إذ لا تفاوت في العقد بحسب المنطق، وبطلان نسبي ليس بحدّة التصرف المنعقد أو البطلان المطلق المتعلق بالنظام العام، فالبطلان النسبي يمر بمرحلتين:

الأولى قبل أن يتعين مصيره بالإجازة أو البطلان فله في هذه الحالة الوجود القانوني باعتباره عقدا صحيح منتج لكل آثاره القانونية، أو اجراء قانوني معيب قابل للتصحيح قانونا.

والثانية يجب أن يتجه العقد أحد المتجهين: فإما أن يلحقه بالإجازة ممن قرر لمصلحته أو تنطبق عليه أحكام التقادم إذا توافرت فيزول هذا البطلان ويستمر العقد صحيحا مرتبا كل آثاره القانونية، وإما أن لا يجاز ويتقرر البطلان فتندم كل آثاره القانونية وبأثر رجعي.

حالات البطلان في قانون الاجراءات المدنية والادارية:

1- لقد ورد بالفقرة الأولى للمادة 08 ا.م.ا أنه يجب أن تتم الاجراءات والعقود القضائية من عرائض ومذكرات باللغة العربية تحت طائلة عدم القبول، وعدم القبول في معرض الحال في رأينا هو البطلان ذاته وذلك لسببين: - السبب الأول: هو تعلق الأمر بأمر اللغة العربية وهو أمر سيادي للجمهورية الجزائرية لتثبيت احدى مقومات الأمة وهي اللغة العربية.

- السبب الثاني: هو مذهب المشرع الجزائري في الفقرة الرابعة من ذات المادة إذ نص صراحة على بطلان الأحكام والأوامر والقرارات الصادرة بغير اللغة العربية.

2- بطلان الأحكام القضائية الصادرة بغير اللغة العربية وهذا البطلان يتعلق بالنظام العام فيجوز للخصوم التمسك به ويحق للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه حتى ولو لم يطلبه الخصوم وهذا ما تناولته الفقرة 4 من المادة 8 ا.م.ا.

وبالبطلان في هذه الحالة غير قابل لأي تصحيح فكل حكم أو أمر أو قرار صدر بغير اللغة العربية فهو باطل بطلان مطلق ومعدوم الأثر القانوني لتعلق الحالة بمبدأ من مبادئ السيادة الوطنية.

3- عدم قبول عريضة افتتاح الدعوى التي لا تحتوي على بيانات الزامية حددتها المادة 15 ا.م.ا وهو عدم قبول في صورة بطلان نراه من البطلان الجائر تصحيحه باعادة الاجراء مع اكمال ما نقص من هذه البيانات شريطة أن تكون المواعيد لازالت سارية في مثل هذه الدعاوى وإلا سقط الحق فيها تلقائيا.

4- عدم قبول العريضة المتعلقة بالعقار أو الحق العيني للعقار إذا لم تشهر لدى المحافظة العقارية وهو أيضا صورة البطلان جائر التصحيح باعادة العريضة وشهرها مجددا طالما لازالت المواعيد سارية المفعول وإلا سقط الحق فيها فهذا ما تناولته المادة 17 ف3 ا.م.ا.

تعليق:

إن ورود مصطلح "عدم القبول" في المادتين السابقتين ينتهي إلى البطلان إذا لم تصحح في الوقت المناسب، فعريضة افتتاح الدعوى التي لا تحتوي ما اشترطه القانون يحكم القاضي ببطلانها ورفض الدعوى المقامة عليها، أما إذا صححت بادراج الشرط الناقص ولو بدعوى جديدة طالما أن ميعادها لا يزال ممكنا فيحكم فيها، وكذا العريضة المشروط اشهارها إذا تعلق بعتقار أو حق عيني عقاري أمام المحافظة

العقارية فقد ينتهي اهمالها بالبطلان لكنها يمكن أيضا أن تصحح طالما لازالت مواعيد واجراءات الدعوى مقبولة وسارية المفعول.

لكن فكرة عدم القبول الواردة بقانون الاجراءات المدنية والادارية ليست دوما بهذا الطرح فنفس الفكرة وردت بالمادة 50 ا.م.ا بخصوص الدفع الشككية ووجوب ابدائها قبل أي دفع آخر في الموضوع أو دفع بعدم القبول فإن عدم احترام هذا الترتيب والتفريط في ابدائها في وقتها يرتب سقوطا نهائيا وهو

السقوط الذي لا يمكن تصحيحه حتى ولو لا تزال الخصومة سارية المفعول بل تستمر وتكتمل باقي اجراءاتها حتى صدور الحكم وتفسير الأمر على أن صاحب المصلحة في ذلك قد تنازل عن هذا الدفع تنازلا طوعيا.

5- * حالة بطلان شهادة الشاهد الذي يؤديها بأن لا يقول الحقيقة م 152 ا.م.ا فالبطلان في هذه الحالة بطلان نسبي وبسيط فكل شهادة يؤديها الشاهد دون أن يقول أنه يقول الحقيقة فهي باطلة في هذه الواقعة ويجوز للقاضي أن يعيد سماعه بعد تصحيح الوضع شريطة أن تكون الخصومة ذاتها لازالت سارية المفعول ولم يحكم فيها والدليل على ذلك أن المادة ذاتها 152 ف2 اجازت للقاضي أن يعيد سماع الشهود ومواجهة بعضهم البعض وهو الحل المنطقي خصوصا إن كانت هذه الشهادة منتجة في الدعوى والشهادة كما يقال عنها في الفقه الاجرائي "شهادة مفصلية".

5مكرر- حالة وجوب إثارة أوجه التجريح قبل ابداء الشهادة إلا إذا ظهر سبب التجريح بعد الادلاء بالشهادة وأثناء سماع الشهود الآخرين، فإذا قبل التجريح في الحالة الأخيرة تكون الشهادة باطلة بحسب المادة 157 ا.م.ا والبطلان في هذه الحالة بطلان مطلق لعدم الشهادة المؤداة دون احترام هذا الشرط لا يمكن تصحيحها في الدعوى المقامة عليها بل قد تؤدي إلى رفض هذه الدعوى إذا كانت تقوم فقط على هذه الشهادة دون غيرها من وسائل الإثبات.

6- حالة بطلان الحكم الغير مشتمل على عبارة "الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية باسم الشعب الجزائري" بحسب المادة 1275 ا.م.او كذا م 552 بخصوص القرارات القضائية وهو بطلان قد يراه البعض مما يجوز تصحيحه من القاضي الذي اصدره وذلك بالتدراك فيه حتى تستقر المعاملات والمراكز القانونية

خصوصا وأن هذا الحكم بالتأكيد قد فصل في نزاع بين أطرافه ورتب هذه المراكز أو الحقوق فإن بطلان الحكم الغير مشتمل على هذه العبارة يصحح ولو بدعوى تصحيحية أو استرداكية.

لكننا نرى عكس ذلك تماما فالحكم الصادر خاليا من عبارة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وكذا عبارة باسم الشعب الجزائري هو حكم بشكله يصطدم بمبدأ السيادة الوطنية أي حكم لا شرعية له ولا أساس فهو باطل بطلانا مطلقا بل إنه يجب مسائلته القاضي مصدره وكذا كاتب الجلسة الذي سجله وترك مثل هذه الشائنة توصم هذا الحكم فسيادة هذا الوطن تكمن في جمهوريته وأن أحكامه تصدر باسم الشعب الجزائري فإن غابت هذه الاعتبارات صدر كل شيء بدونها وكأنه عدم معدوم.

7- حالة بطلان حكم تم اغفال أو عدم صحة احد البيانات المقررة لصحته إذا ثبت من وثائق ملف القضية أو من سجل الجلسات أنه تم فعلا مراعاة القواعد القانونية بحسب المادة 283 ا.م.ا. نتبين من هذه المادة أمرين مهمين:

- الأول: أن هذه البيانات التي خصتها هذه المادة بالذكر لا تعني: "عبارة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وكذا عبارة باسم الشعب الجزائري" وذلك لكونهما تضمنتهما مادة مستقلة هي 275 سابقة الذكر وهي كما قلنا خصها المشرع بمادة منفردة لتعلقها بالسيادة الوطنية.

- الثاني: أن تخلف أو إغفال باقي البيانات قد لا ترتب البطلان إذا تبين من ملف القضية وما دار بالجلسات أن القاضي قد راعى القواعد القانونية عند اصداره لهذا الحكم، فالبطلان هنا يصحح من ذات القاضي استنادا إلى ملف القضية وسجلات الجلسة، أما إذا كان هذا الاغفال وعدم صحة البيانات واردة بالحكم ولا يوجد بملف القضية وكذا بسجلات الجلسات ما يؤكد أنه تمت مراعاة القواعد القانونية فالبطلان في هذه الحالة ثابت لا يصحح من نفس

القاضي وفي نفس القضية بل يجوز أن تعاد المحاكمة بقضية جديدة إذا كان ميعادها لا يزال يسمح بذلك وإذا كان الحق فيها لم يسقط لأي سبب من أسباب السقوط.

8- حالة بطلان التكليف بالوفاء وبأن للمدين حق الاعتراض على أمر الأداء في أجل خمسة عشر يوم (15) تبتدأ من تاريخ التبليغ الرسمي....م 308 ف3 ا.م.ا وهي حالة صدور أمر أداء قانوني ويبلغ الى المدين به للوفاء به قانونا (التكليف بالوفاء) هي أن تتضمن من بين بياناته الالزامية أنه من حق المدين الاعتراض على هذا الأمر في أجل 15 يوم من تاريخ تبليغه له رسميا، فإن جاء هذا التكليف خاليا من ذلك بطل الاجراء من أوله، أي أن أمر الاداء المحرر يصبح في حكم العدم لا أثر له قانونا، وهو كذلك بطلان نراه من النوع الجائر تصحيحه إذا كانت مواعيد الاجراء والتصرف القانوني لازالت تسمح بذلك، أما في الحالة العكسية عد هذا البطلان نهائيا ويعدم التصرف من أصله.

9- حالة بطلان المعارضة المقدمة بعريضة غير مرفقة بنسخة من الحكم المطعون فيه م 330 ف3 ا.م.ا وهو البطلان الذي يرتب عدم قبول المعارضة شكلا ويمكن تصحيحه بارفاق هذا الحكم إذا كان أجل المعارضة لا يزال ساريا أما إذا كان هذا الميعاد قد انقضى بطل هذا التصحيح واصبح بطلانا نهائيا ولا تقبل عندئذ هذه المعارضة.

10- حالة بطلان كل اجراء تم خرقا لوقف التنفيذ المأمور به من الجهة القضائية المعروض عليها م 403 ا.م.ا تنازع الاختصاص بين القضاة وهو كذلك بطلان قابل للتصحيح إذا كانت جهة الفصل لم تقض نهائيا في النزاع أما إذا صدر قرارها في هذا الشأن كان البطلان نهائيا غير قابل لأي تصحيح.

11- حالة بطلان محضر التبليغ الرسمي الذي لا يتضمن البيانات القانونية المشار إليها بالمادة 407 ا.م.ا يجوز للمطلوب تبليغه أن يدفع بالبطلان قبل اثاره أي دفع آخر، والأمر هنا مرتبط بتقديم طلب التمسك بالبطلان قبل

التطرق لأي دفع آخر كالدفع بعدم القبول أو الدفع الموضوعية وهذا يعني أننا أمام دفع شكلي غير متعلق بالنظام العام إذ يجب ابدائه قبل أي دفع وإلا سقط الحق فيه دون أن يرتب أي بطلان للأجراءات التي تأتي من بعده.

12- حالة تلقي التبليغ من شخص غير متمتع بالأهلية م 410 ف 2 ا.م.ا وهذا يعني أن كل شخص تم تبليغه بأية وثيقة قضائية يجب أن يكون متمتعا بالأهلية القانونية والمقصود هنا هي أهلية الأداء وهي صلاحية الشخص لأن يصدر عنه التصرفات التي يعتد بها قانونا ومنه إذا كان ناقص الأهلية هو المطلوب بأي اجراء وجب أن ينوب عنه وكيله أو وليه أو وصيه حتى يعتد بهذا الاجراء وإلا وقع تحت طائلة البطلان إذا تم التمسك به من ذوي المصلحة في ذلك.

13- حالة بطلان تشكيل القسم الاجتماعي من قاض رئيسا ومساعدين طبقا لما ينص عليه تشريع العمل م 502 ا.م.ا وهذا من النظام العام فإذا صدر حكما من تشكيلة في القسم الاجتماعي لا تحترم هذا الأمر كانت تشكيلة باطلة وما يصدر عنها من أحكام هي ايضا باطلة غير منتجة لأي أثر قانوني، أما عن تصحيحه فقد يجوز ذلك بتشكيلة أخرى قانونية إذا كانت مواعيد الدعوى الأصلية لم تنفذ بعد أما إذا نفذت فالبطلان لا رجعة فيه ولا أثر قانوني للحكم الصادر عنده.

14- حالة عدم قبول عريضة الاستئناف الغير مشتملة على البيانات الواردة بالمادة 540 ا.م.ا فقد يترتب عدم القبول وبطلان كل الاستئناف ولا ينتج أي أثر قانوني طالما لم يصحح باستكمال هذه البيانات خلال المدة المتبقية من مهلة الاستئناف المحددة قانونا، فإذا انتهت هذه المهلة أصبح البطلان نهائيا ولا يقبل هذا الاستئناف ولا ينتج أي أثر.

15- حالة عدم تمثيل الخصوم أمام المحكمة العليا بمناسبة الطعن بالنقض من قبل محامين معتمدين لدى المحكمة العليا م 559 ا.م.ا وهي بنفس

الحالة أمام مجلس الدولة المادة 905 ا.م.ا. فعدم القبول هذا ايضا هو صورة من صور بطلان الطعن وعدم انتاجه لأي أثر قانوني ما لم يصحح بالتمثيل من قبل محامي معتمد لدى المحكمة العليا ومجلس الدولة خلال مهلة الطعن بالنقض المتبقية فإن انقضت هذه المهلة اعتبر الطعن بالنقض في حكم العدم.

16- حالة عدم قبول الطعن بالنقض إذا لم تتضمن عريضته البيانات الالزامية المحددة بالمادة 565 ا.م.ا. فعدم القبول هنا وجوبي إذا خلت العريضة من أحد البيانات الالزامية الضرورية حتى ينتج هذا الطعن أثره على أنه يمكن تصحيحه بادراج هذه البيانات في العريضة مادامت مهلة الطعن القانونية لم تنقض بعد.

17- حالة عدم قبول الطعن بالنقض إذا تضمن الوجه المتمسك به أو الفرع منه أكثر من حالة واحدة من حالات الطعن بالنقض م 565 ف 6 ا.م.ا. وهذا يعني أن كل طعن بالنقض يجب أن يثبت على وجه يتمسك به أو فرع منه بناء على حالة واحدة من حالات الطعن بالنقض المحددة قانونا وهي مادة أمرة لا يمكن الاتفاق على مخالفتها .

18- حالة بطلان عريضة الطعن بالنقض غير الموقعة من محامي معتمد لدى المحكمة العليا وهو توقيع خطي مع ختم المحامي وتبيان عنوانه المهني م 567 ا.م.ا. وهو اجراء شكلي إذا أهمل رتب بطلان كل الطعن بالنقض ونرى هذه الفكرة مكمله لفكرة وجوب المحامي المعتمد لدى المحكمة العليا عند كل طعن بالنقض السابق التطرق اليها باحكام المادة 559 ا.م.ا.. والبطلان هنا ايضا يمكن تداركه وتصحيحه إذا كانت المهلة القانونية للطعن تسمح باستدراك الأمر بتمثيل الخصم لمحامي معتمد لدى المحكمة العليا أما إذا كانت هذه المهلة قد انقضت بطل الطعن بالنقض كله.

19- حالة عدم قبول رد المطعون ضده في الطعن بالنقض إذا لم يرد خلال أجل شهرين من تاريخ التبليغ الرسمي لعريضة الطعن بالنقض م 568 ا.م.ا. وهي

نفس فكرة وجوب المحامي المعتمد لدى المحكمة العليا لكن هنا يضاف الى وجوبه حتى في الرد على عريضة الطعن أن يكون خلال شهرين من تبليغ عريضة الطعن له فإن انقضت هذه المدة اعتبر هذا الخصم متقاعسا عن الرد على الطعن الموجه ضده وعندها تنظر المحكمة العليا الطعن بناء على أوجه وطلبات الطاعن وحده دون النظر إلى رد وموقف المطعون ضده.

المبحث الثاني:

الدفع بالبطلان والدفع بعدم القبول:

مفهوم الدفع:

هو مصطلح اجرائي يقصد به احدى ادوات استعمال الحق يجيب بها الخصم على طلب خصمه، بقصد تفادي الحكم له كما طلب وهو حق للمدعي عليه ارادي له أن يستعمله من عدمه باستثناء الدفع المتعلقة بالنظام العام التي يجوز للقاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه حتى ولو لم يتمسك بها الخصوم، فالدفع هي الوسيلة التي يستعملها المدعي عليه وترمي إلى تحطيم ادعاء المدعي أو منع الحكم له به كله أو بعضه أو رفضه تماما(13).

والدفع في الاجراءات المدنية تنوع الى ثلاثة أنواع منها ما يتعلق بشكل الاجراء وهي الدفع الشكلية، ومنها ما يوجه إلى تخلف الشروط القانونية الواجب توافرها في الدعوى القضائية والتي تكون لازمة لقبول هذه الدعوى وهي الدفع بعدم القبول ومنها ما يتعلق بالحق الموضوعي توجه إلى ذات الحق المدعى به وهي الدفع الموضوعية، بحسب التفصيل التالي:

المطلب الأول:

الدفع بعدم القبول(14) (المواد 67،68،69،م.أ.م.ا)

تعريفه: هو الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لإنعدام الحق فيه كإنعدام الصفة أو المصلحة أو التقادم أو انقضاء الأجل المسقط وحجية الشيء المقضي فيه وذلك دون النظر إلى موضوع النزاع.

وترفع الدعوى بتوافر شروطها والتي أهمها المصلحة بأوصافها وكذا وجود الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه حتى يترتب حق لصاحبه في المطالبة بإعمال حكم القانون لحمايته، وعليه إذا انتفت هذه المصلحة لا يكون للشخص حقا فيها، فإذا رفعها بالرغم من ذلك جاز للمدعى عليه أن يدفع بدفع يسمى "الدفع بعدم القبول" يهدف من ورائه

الخصم أن يجعل القاضي لا يسمع إدعاء المدعي لإنتفاء حقه في الحماية القضائية سواء تتعلق هذه الحماية بتخلف شروط الحماية القانونية كالمطالبة بدين ناتج عن القمار أو يرجع إلى تخلف شروط الحماية القضائية كرفع دعوى حيازة بعد مضي أكثر من سنة من التعرض لها أو رفع الطعن خارج الآجال القانونية أو التمسك بالدفع الشكلي بعد التكلم في الموضوع.

الطبيعة القانونية للدفع بعدم القبول: اختلف الفقه الاجرائي حول هذه المسألة إلى:

الرأي الأول: اعتبر الدفع بعدم القبول منقسم إلى دفع متعلقة بالموضوع ومنها الدفع بانعدام المصلحة أو المصلحة أو الصفة وعليه تسري عليه قواعد الدفع الموضوعية، ودفع متعلقة بالاجراءات وتسمى بدفع عدم القبول الاجرائي تسري عليها أحكام الدفع الشكلية ومنها عدم رفع الدعوى على أشخاص معينين.

نقد: يعد هذا الاتجاه منتقدا لكونه يذهب ويزيل الدفع بعدم القبول وذلك بتوزيعها على كل من الدفع الموضوعية والشكلية مع أن هذا الدفع له ذاتيته واستقلالته عن كلا النوعين الآخرين.

الرأي الثاني: ذهب إلى اعتبار الدفع بعدم القبول هو ذاته الدفع الموضوعي من حيث جواز التمسك لكليهما في أية مرحلة تكون عليها الدعوى حتى ولو كانت لأول مرة أمام جهة الاستئناف.

نقد: إن هذه الميزة لا تنفرد بها الدفوع بعدم القبول فحسب بل حتى الدفوع الشكلية إذا تعلق بالنظام العام يجوز التمسك بها في أية مرحلة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام جهة الاستئناف.

الرأي الراجح: إن الدفع بعدم القبول له ذاتيته باعتباره وسيلة قانونية توجه إلى تخلف شروط قبول الدعوى يوجهها المدعى عليه لكي يحصل على حكم يقضي بعدم نظر المحكمة في الطلب المقدم من المدعي الخصم، فيختلف بذلك عن الدفع الشكلي الذي يطعن من خلاله في صحة الخصومة أو في الاجراءات المكونة لها، ويختلف عن الدفع الموضوعي في كونه الوسيلة التي ينكر بها الخصم الواقعة المنشئة للحق المدعي به.

متى يجوز التمسك بالدفع بعدم القبول؟

نص المشرع الجزائري في قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد صراحة بالمادة 68 و69 منه بالقول "يمكن للخصم تقديم الدفع بعدم القبول في أية مرحلة كانت عليها الدعوى ولو بعد تقديم دفوع في الموضوع..." نتبين من النص أن الحق في هذا الدفع لا يسقط حتى ولو سبقه التطرق للموضوع بدفوع موضوعية فيحق لصاحب المصلحة أن يستعمل حقه في الدفع بعدم القبول في أية مرحلة تكون عليها الدعوى حتى لأول مرة أمام جهة الاستئناف.

ونصت المادة 69 من ذات القانون "يجب على القاضي أن يثير تلقائيا الدفع بعدم القبول إذا كان من النظام العام لا سيما عند عدم احترام طرق الطعن أو عند غياب طرق الطعن".

ما مدى ولاية المحكمة بعد صدور حكم بعدم القبول؟

للإجابة نميز بين:

- 1- الحجية والمقصود بها صدور حكم بين نفس الخصوم ونفس الموضوع محلا وسببا وأصبح نهائيا فإذا عاود الخصم رفع الدعوى من جديد أمكن لصاحب المصلحة دفع ذلك بدفع عدم القبول لسبق الفصل فيها.

2- أما إذا فصلت المحكمة في مسألة فرعية دون الفصل في الموضوع فإنها ستنفذ ولايتها لأن ذلك يؤدي إلى خروج الدعوى من سلطتها كأن يحكم بعدم الإختصاص أو ببطلان الاجراءات لكن بحكم لا يجوز حجية الأمر المقضي به، وعليه فإن مبدأ سبق الفصل لا يعمل به إلا خارج الخصومة أي بعد انقضائها بعد صدور حكم في الموضوع ومن ثمة يجوز الرجوع إلى نفس المحكمة إذا استنفذت ولايتها يمكن أن تعود إليها هذه الولاية، لكن لا يمكن الرجوع إلى نفس المحكمة إذا قامت الحجية.

س: هل تستنفذ المحكمة ولايتها بصدور حكم عنها في الدفع بعدم القبول؟ وهل يجوز هذا الحكم الحجية التي تمنعه من العودة إليها مرة أخرى؟
ج: إن هذا الحكم لا يجوز حجية الأمر المقضي فيه حتى ولو استنفذت ولايتها بخصومة.

المطلب الثاني:

الدفع بالبطلان في القانون الجزائري وتصحيحه

1- تناوله صراحة المشرع الجزائري في المواد من 60 الى 66 اجراءات مدنية وادارية، غير أنه يجب التذكير وقبل الخوض في تفصيل هذه الفكرة أن البطلان المطلق أي المتعلق بالنظام العام لا تحكمه قواعد الوقت فهو منعدم الأثر منذ انطلاقه، فللمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها حتى ولو تناساه الخصوم، كما يجوز ابدائه في أية مرحلة أو حالة تكون عليها الدعوى فيجوز التمسك به حتى ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا، إنما حديثنا هذا على البطلان المقرر لمصلحة خصم معين أي البطلان النسبي.

إن الدفع بالبطلان في قانون الاجراءات المدنية الجزائرية تحكمه القواعد التالية:

أولاً: أن المشرع وضع قاعدة لا بطلان بغير نص وبطبيعة الحال باستثناء حالة البطلان المتعلق بالنظام العام، وأن يكون النص على البطلان صريحا واردا بعبارته دون لبس او غموض.

ثانياً: لا يجوز الدفع بالبطلان إلا إذا اثبت المتمسك به وقوع الضرر، واشتراط الضرر بحسب المادة 60 ا.م.ا جاء شاملا ليغطي جميع أنواع البطلان سواء تعلق بالنظام العام أو بطلان لمصلحة خصم معين (البطلان النسبي).

ثالثاً: إن الدفع بالبطلان حق لمن قرر له فله التمسك به من عدمه فهو اجراء ارادي لكن أوجب المشرع أن يتمسك به قبل الكلام في موضوع الدعوى والا سقط الحق فيه وهي قواعد الدفع الشكلية الغير متعلقة بالنظام العام الموجب التمسك بها وتقديمها قبل أي دفع في الموضوع (م 61 ا.م.ا).

رابعاً: إن الدفع بالبطلان حق محدود ومكرس للشخص الذي تقرر لمصلحته دون غيره من الناس وبالبطبيعة قد ينوبه وكيله أو من يمثله قانوناً لأن المصلحة عندئذ هي مصلحة الأصيل وهو من تقرر البطلان لصالحه.

خامساً: حدد المشرع حالات الدفع بالبطلان في العقود غير القضائية والاجراءات من حيث الموضوع في حالات على سبيل الحصر هي:

- حالة انعدام الأهلية عند الخصوم.
- حالة انعدام الأهلية أو التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي (م 64).

تساؤل هام:

ما نوع البطلان المقرر على انعدام الأهلية أو انعدام التفويض لدى ممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي؟

نجد اجابة هذا التساؤل الهام وبما لا يدع مجالاً للشك في احكام قانون الاجراءات المدنية والادارية على النحو التالي:

أن البطلان المترتب على انعدام الأهلية وكذا انعدام تفويض ممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي هو بطلان من النظام العام، اي بطلان مطلق إذ يجوز للقاضي أو المحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها حتى ولو لم يتمسك به الخصوم إذ تنص المادة 65 م.أ: "يثير القاضي تلقائيا انعدام الأهلية ويجوز له أن يثير تلقائيا انعدام التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي".

سادسا: اجاز القانون الجزائري تصحيح البطلان من قبل الخصوم، والبطلان المقصود بالتأكيد ليس هو البطلان المطلق والمتعلق بالنظام العام لأن هذا النوع من البطلان معدوم ويعدم التصرف ولا يصحح لا بالإجازة ولا بالتنازل ولا بالتصحيح، وإنما المقصود هو البطلان النسبي الذي قرر مصلحة أحد الخصوم نتيجة مخالفة الاجراء للشكل القانوني المطلوب لكن اشترط المشرع شروطا لذلك هي:

1- أن يتم التصحيح بالتكملة أو الإضافة أو التعديل فيما يوجد من عيوب في الاجراء تؤدي إلى البطلان، ويجب أن يتم ذلك في الميعاد المحدد الذي يحدده القاضي لذلك م62 م.أ. "يمنح القاضي أجلا للخصوم لتصحيح الإجراء المشوب بالبطلان...".

2- يجب أن يتم التصحيح قبل الحكم بالبطلان أي أنه يجوز تصحيح البطلان في الفترة بين التمسك به وقبل صدور الحكم بالبطلان.

3- يضيف المشرع الجزائري شرطا جوهريا أنه يقبل التصحيح لأي اجراء يسبب البطلان شريطة أن يزول بالتصحيح كل الضرر القائم ولا يبقى له أي أثر.

4- إذا تم تصحيح الاجراء المشوب بعيب البطلان وقبل هذا التصحيح قانونا فإن أثره يسري بأثر رجعي، بمعنى أن أثر التصحيح يسري من تاريخ الاجراء المشوب بالبطلان فيعتبر صحيحا من يوم نشأته.

5- إذا كان الاجراء قابل للتصحيح فلا يقضى بالبطلان إذا زال سبب البطلان بأي اجراء لاحق شريطة أن تكون الخصومة لازالت سارية المفعول ولم يفصل فيها بحكم.

2- تصحيح البطلان:

لقد نص المشرع الجزائري على هذا المبدأ صراحة بنص المادة 62 م.ا. بالقول: "يجوز للقاضي أن يمنح أجلا للخصوم لتصحيح الاجراء المشوب بالبطلان..." غير أنه لم يحدد طرق هذا التصحيح كما فعل غيره من المشرعين (15) لكن مع إقرار هذا المبدأ يكون التصحيح بإحدى الطرق المتعارف عليها قضاء وفقها.

1- تصحيح الاجراء بالتحويل (16):

ونكون أمام هذه الحالة إذا كان الاجراء باطلا وتوفرت فيه عناصر اجراء آخر فإنه يكون صحيحا باعتباره الاجراء الذي توافرت عناصره، ويشترط بهذا التحويل أن تكون العناصر الصحيحة صالحة لتكوين عمل اجرائي آخر ومثاله الاجرائي هو أن بطلان الطلب الأصلي يؤدي إلى بطلان الطلبات العارضة المستندة إليه، ولكن إذا توافرت عناصر الطلب الأصلي في الطلب العارض وكانت المحكمة مختصة به من جميع الوجوه تحول إلى طلب أصلي.

2- تصحيح البطلان بالانتقاص:

ويقصد به أن الاجراء إذا كان باطلا في شق منه وصحيحا في شقه الآخر فإنه يبطل في الشق الأول ويصحح في الشق الثاني، ومثاله إذا كان الحكم القضائي قد فصل في أكثر من موضوع وكان باطلا بالنسبة لما قضى به في الموضوعات الأخرى، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري بالمادة 104 مدني بالقول: "إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله..."

3- تصحيح البطلان بالتكملة:

ويقصد به أن يقوم الخصم المتسبب في الاجراء الباطل أو القابل للابطال بتكملة البيان أو الشكل أو العنصر المعيب في الاجراء، فيتم تجديد الاجراء إما كلياً أو جزئياً ويشترط لإعمال هذه الطريقة أن يضاف إلى العمل ما ينقصه وأن تتم التكملة في الميعاد المحدد قانوناً، أو من قبل المحكمة إذ أن بفوات الأوان يسقط حق الخصم في اتخاذ الاجراء.

4- تصحيح البطلان بالنزول عنه (17):

ويعني ذلك أن البطلان قد قرر لمصلحة خاصة لأحد الخصوم أو الأطراف، فإذا نزل عنه هذا الخصم الذي شرع لمصلحته صراحة أو ضمناً صح الاجراء، والنزول هو تعبير عن الإرادة صادر من صاحب الشأن أي من تقرر البطلان لمصلحته فيتحول الاجراء الباطل الى اجراء صحيح وبأثر رجعي، أي منذ لحظة اتخاذه، ويكون النزول لمن له الحق في التمسك بالبطلان كما يجب أن تتوافر فيه أهلية النزول (أهلية التقاضي).

5- تصحيح البطلان بزوال عيب الاجراء الباطل:

نصت المادة 66 ا.م.ا: " لا يقضي ببطلان اجراء من الاجراءات القابلة للتصحيح إذا زال سبب ذلك البطلان باجراء لاحق أثناء سير الخصومة".

ويتم زوال سبب البطلان بعدة طرق اجرائية منها:

1- تكملة الاجراء الناقص أو المعيب في الخصومة (نحيل الى ما قيل فيه عند الحديث عن التصحيح بالتكملة).

2- التصحيح بتحقيق الغاية من الشكل: ويتم ذلك بثبوت تحقق الغاية التي يرجوها المشرع من الاجراء المقصود، فإذا تحققت هذه الغاية زال سبب البطلان. ومثالها محضر التكليف بالحضور الذي يوجه إلى المدعى عليه في الخصومة فحتى لو احتوى هذا المحضر على عيوب في مضمونه فإنه يزول بحضور المدعى عليه المراد تبليغه للجلسة المحددة، والعبرة هنا هي أنه إذا أعلم

الخصم بالجلسة وقد تمت هذه الغاية بحضوره وتقديم لدفعه وطلباته فإن سبب بطلان التكاليف بالحضور قد زال.

6- تصحيح البطلان بالتجديد:

والمقصود به هو احلال اجراء قضائي محل اجراء آخر باطل، أي بإعادة الاجراء الباطل لكن بصورة أكثر صحة، أو تجديده تماما، ويرد التجديد على الاجراء الباطل بكامله إذا كان البطلان كلياً، أما إذا كان الاجراء باطلاً في شق منه فحسب فإن التجديد لا يتناول إلا الجزء الباطل منه فقط، ويشترط في هذه الطريقة أن يكون التجديد غير مستحيلاً، هذه الاستحالة قد تكون مادية كأن يهلك محل الاجراء فيكون مستحيلاً إعادة الاجراء القضائي، وقد تكون الاستحالة قانونية كأن يمنع صراحة القانون التجديد(18).

بطلان اجراءات التحقيق:

أورد المشرع الجزائي في قانون الاجراءات المدنية والادارية وتحت هذا المسمى القواعد الواجبة التطبيق في حال بطلان اجراءات التحقيق في المواد من 95 الى 97 بحسب الترتيب التالي:

1- تطبق على بطلان اجراءات التحقيق القواعد المقررة لبطلان الأعمال الاجرائية السابق التطرق إليها، واجراءات التحقيق هذه منصوص عليها بالمواد من 75 الى 94 من ذات القانون.

2- إذا مس البطلان بعض جوانب التحقيق فإنها وحدها يمسها البطلان، بينما الجوانب الأخرى التي تمت سليمة مطابقة للقانون فإنها تظل صحيحة منتجة لكل آثارها القانونية.

3- يجوز تصحيح اجراءات التحقيق التي شابهها أي عيب اجرائي وذلك بإعادة اجرائها صحيحة إذا كان ذلك ممكناً وقبل فوات المواعيد المقررة قانوناً، أي كأن تكون الخصومة القضائية لازالت قائمة ولم يقفل باب المرافعة فيها أو لم يصدر بشأنها حكم.

المطلب الثالث:

طرق التمسك بالبطلان وآثاره

1- طرق التمسك بالبطلان:

يتم التمسك بالبطلان إما بطلب أو بدفع أو بطعن:

أ- الطلب: هو الاجراء القضائي الذي يتقدم به الشخص وهو المدعي إلى القضاء طالبا الحكم له بما يدعيه.

ب- الدفع: هو الأداة المستعملة من قبل الخصم في الدعوى (المدعى عليه) ويستهدف بها دحض طلب المدعي (19).

ج- الطعن: هو الوسيلة القانونية التي حددها المشرع على سبيل الحصر والتي بمقتضاها يتمكن الخصوم من التظلم من الأحكام الصادرة عليهم بقصد إعادة النظر فيما قضت به، أو بقصد الغائها بسبب بطلانها أو بطلان الاجراءات التي بنيت عليها مع الغائها.

2- آثار البطلان الاجرائي:

إذا عيب أي اجراء قضائي بأي عيب يرتب بطلانه ولم يصحح بأية طريقة من طرق التصحيح السابق ذكرها أو كان غير قابل للتصحيح فإنه يرتب الآثار التالية:

1- يجب أن يصدر حكم قضائي يقرر هذا البطلان حتى يعتبر الاجراء باطلا من تاريخ اتخاذها، فيكون وكأنه لم يتخذ، وهذه القاعدة تسري على أي نوع من البطلان سواء نسبي أو مطلق.

2- يترتب على البطلان عدم قدرة الاجراء على توليد الآثار القانونية التي كان من الممكن أن يولدها لو تم صحيحا.

3- أن القضاء ببطلان اجراء معين فإنه يزول وتزول معه كافة الاجراءات اللاحقة له والمبنية عليه (20) وذلك اعمالا لقاعدة "مايبنى على الباطل باطل".

- 4- لا يجوز أن يتمسك بالبطلان الخصم الذي تسبب فيه لأنه لا يجوز أن يستفيد المقصر من تقصيره أو المخطئ بخطئه.
- 5- يتمسك بالبطلان الخصم الذي شرع لمصلحته هو أو من ينوبه قانونا ما عدا حالات البطلان المتعلق بالنظام العام فيجوز لكل ذي مصلحة التمسك به كما يجوز للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها.
- 6- إن البطلان المتمسك به والمؤدي إلى بطلان الدعوى لا يؤدي إلى انقضاء الحق الموضوعي أو الحق في الدعوى، بل يمكن رفعها من جديد باجراءات صحيحة ما لم يكن هذا الحق قد انقضى لأسباب أخرى كانقضاء أجل رفعها كما هو محدد في دعاوى الحيازة الواجبة الرفع خلال سنة من تاريخ التعرض وإلا سقط الحق فيها م 524 ف2 م.ا.م. فإذا أعيد رفعها بعد مدة السنة لا تقبل هذه الدعوى.

حوصلة:

- لعل دراسة أي قانون اجراءات وخصوصا المدنية منها يكون الهدف منها هو الوقوف على مواقع قوة وضعف هذا القانون المسير للخصومات، وذلك ضمانا لحماية حقوق الأفراد وكذا وضع اليد على ما يمكن تكملته من نقص، أو تبيان ما فيه من غموض أو تصحيح ما يحتويه من تناقضات.
- ان القاء هذه النظرة الموجزة عن فكرة البطلان الاجرائي في القانون الجزائري قد بينت لنا بعض هذه النقائص التي نقدمها في شكل اقتراحات لكل دارس لهذا الموضوع.
- 1- إن تناول المشرع الجزائري لموضوع البطلان الاجرائي جاء مقتضبا وذلك إذا قورنت المواد الذي احتوته بحجم الموضوع ذاته ومدى تأثيره على الخصومة القضائية ومنه على حقوق ومراكز الافراد القانونية.
- 2- تناوله المشرع الجزائري تحت عنوان "في الدفع بالبطلان" من المواد 60 الى 66 وهذه المواد نلاحظ عليها:

أ- اشترط القانون الجزائري وجود النص التشريعي لتقرير البطلان، لكن اوقفه على شرط واقف، هو أنه على من يتمسك به أن يثبت الضرر الذي لحقه، وهنا قد يصعب بل قد يستحيل اثبات ذلك وعندها لا يتقرر البطلان وهذا لا يستقيم.

ب- اعتبر المشرع الجزائري الدفع بالبطلان دفعا شكليا محضا يجب ابدائه قبل الكلام في الموضوع والا سقط الحق فيه.

ت- اجاز للقاضي أن يمنح اجلا للخصوم قصد تصحيح البطلان، لكنه لم يحدد هذه المدة وتركت لتحكم القاضي، والذي بدوره قد يقع في تحكم من يمنحه الاجل لتصحيح البطلان، بل كان على المشرع أن يضع نصا صريحا في هذه الحالة أو على الأقل تحديد هذه المدة بمدة سقوط الخصومة المقررة بعامين حتى لا يتعسف من قرر البطلان لصالحه في التماضي والتماطل.

3- تناول المشرع امكانية تصحيح البطلان الاجرائي بعموم النص، وافتقاره الى التفصيل الذي اتت به بعض التشريعات. فلماذا لا يعدل القانون وينص على التصحيح بالتحويل والتصحيح بالانتقاص أو التصحيح بالتكملة أو بالنزول عن البطلان وكذا التصحيح بالتجديد.

4- إن مقترحنا هو في تعديل يشمل مذاهب البطلان التي اعتمدها المشرع الجزائري في المادة 60 ا.م.ا وهي وجوب النص التشريعي على البطلان وكذا وجوب اثبات الضرر ممن يتمسك به، وأن يضيف معيارا آخر يقوم على مذهب " تحقق الغاية من الاجراء" والقائم على فكرة أنه لا بطلان إذا تحققت الغاية من الاجراء. لكون الشكل غير مطلوب لذاته بل يهدف الى تحقيق قصد معين، فالشكلية المطلوبة في التكليف بالحضور إنما تهدف الى تبليغه للخصم المدعى عليه في الخصومة، وذلك لإعلامه بها ثم لتمكينه من الحضور الى الجلسة وتقديم دفعه وطلباته فيها، فإذا عيب هذا التكليف بالحضور بأي عيب قد يبطله، فهذا لا يؤثر اذا كان هذا المدعى

5- عليه قد علم بالخصومة وحضر الى جلستها الأولى، وحضر دفاعه، وقدم طلباته ودفعه، وحافظ على حقه، واستمتع بقاعدة وجاهة الاجراءات، فإن الغاية من التكليف بالحضور قد تحققت حتى ولو عيب هذا التكليف بالحضور. وهو قصد المشرع من الاجراء، وبذلك نقصر من حالات البطلان وتفصل المحكمة في موضوع الدعوى وبذلك نقل من تراكم القضايا أمام المحاكم.

المبحث الرابع

البطلان في الشركات التجارية

الجزاء على تخلف اركان عقد الشركة

لكل شركة تجارية اركان تقوم عليها حتى يعتد بها قانونا، فإذا تخلف احد اركانها سواء الموضوعية العامة أو الموضوعية الخاصة، أو الشكلية ترتب على ذلك بطلان عقد الشركة. وهذا البطلان قد يكون نسبيا، وقد يكون مطلقا، وقد يكون بطلانا من نوع خاص وهو المترتب على تخلف ركن الشكلية في عقد الشركة التجارية.

وحيث أن بطلان عقد الشركة حتى وان اتفق مع النظرية العامة للبطلان في التصرفات القانونية، إلا أنه من الأمور المعقدة نظرا لما يثيره من مسائل متشابكة، كون عقد الشركة له خصائص ذاتية ينفرد بها دون سائر العقود، وأهمها ما يتولد عن هذا العقد من كائن قانوني معنوي (الشركة) الذي بميلاده يدخل في علاقات مختلفة مع الغير.

ومن المتفق عليه أن بطلان الشركة إذا ترتب قبل أن تبدأ ممارسة النشاط الذي انشئت من أجله فإن هذا الأمر لا يثير أية اشكالية لا قانونية ولا واقعية، فتنتهي الشركة ويعود الشركاء مباشرة الى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، وكأن الشركة لم توجد أصلا، وعلى الخلاف من ذلك إذا تقرر البطلان لشركة بدأت فعلا في ممارسة نشاطها مع الغير فإن الاشكالات القانونية تطفو

والواقعية أكثر فأكثر، وأهم هذه الصعاب هي عدم امكانية تطبيق القاعدة "إذا بطل أي تصرف ارتد هذا البطلان إلى الماضي ليمحو ما كان لهذا التصرف من آثار"، غير أن أعمال هذه القاعدة في بطلان الشركات يصطدم بقاعدة أخرى هامة جدا في المجال التجاري مفادها "ضرورة حماية الغير حسن النية الذي تعامل مع الشركة خلال الفترة التي باشرت نشاطها قبل اكتشاف سبب بطلانها"، لذا فإن القضاء التجاري جاء بحيلة قانونية تبناها الفقه بعد ذلك وشرح مضمونها وهي ما عرفت "بالشركة الفعلية" الآتي التطرق اليها في حينها(21).

المطلب الأول

البطلان المترتب على تخلف

ركن موضوعي عام للشركة

تعرف الأركان الموضوعية العامة للشركة بأنها الأركان العامة الواجب توافرها في كافة العقود. بغض النظر عنها تجارية أو غير تجارية، وهذه الأركان هي الرضا والأهلية، والمحل، والسبب، فإذا انهار ركن منها انهارت الشركة تبعا له وينقسم البطلان عندئذ الى بطلان مطلق وبطلان نسبي.

1-البطلان النسبي:

فالشركة تبطل إذا شاب رضا أحد الشركاء عيب، كالغلط والتدليس أو الاكراه أو كان ناقصا للأهلية وقت قيام الشركة، والبطلان في هذه الحالة هو بطلان نسبي يقتصر حق المطالبة أو التمسك به على الشريك الذي قرر لمصلحته هذا البطلان، أي الشريك الذي شاب العيب رضاه أو القاصر الذي وقع على شركة في حالته هذه دون أن يمتد الى باقي الشركاء، فيكون لهذا الشريك طلب البطلان والتحلل من التزاماته ازاء الشركة واسترداد حصته، ومتى تقرر هذا البطلان تطبق القواعد العامة التي توجب اعادة المتعاقدين الى

الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، فإن كان ذلك مستحيلا جاز الحكم بتعويض عادل(22).

غير أنه يطرح تساؤل هام في هذا المجال مفاده هل أن هذا البطلان يترتب عليه انهيار عقد الشركة بكامله أم يقتصر أثره على الشريك الذي تمسك به فقط؟

إن الإجابة على هذا التساؤل تحتم النظر إلى نوع الشركة التي عيبت ارادة أحد شركائها:

1. اذا كانت الشركة من شركات الأشخاص يترتب على البطلان انهيار العقد برمته. لكون الشركة تقوم على الاعتبار الشخصي للشريك لأن لشخصيته اعتبارا خاصا عند التعاقد.

2. اذا تعلق الأمر بشركات الأموال التي تقوم على الاعتبار المالي فإن أثر البطلان يقتصر فقط على الشريك الذي عيبت ارادته، ويظل العقد صحيحا منتجا لأثاره القانونية، بينما يسترد الشريك الذي عيبت ارادته حصته أو اسهمه التي اكتتب فيها.

غير أن المشرع الجزائري جاء بحكم في المادة 733 تجاري: "لا يحصل بطلان شركة أو عقد معدل للقانون الأساسي إلا بنص صريح في هذا القانون، أو القانون الذي يسري على بطلان العقود، وفيما يتعلق بالشركات ذات المسؤولية المحدودة أو المساهمة فإن البطلان لا يحصل من عيب في القبول أو فقد الأهلية إلا إذا شمل هذا العيب كافة الشركاء المؤسسين".

إذا حكم بهذا البطلان النسبي ولأي نوع من أنواع الشركات فيكون هذا البطلان للمستقبل حيث يلزم حل الشركة وتصفيتها، أما الفترة ما بين تكوينها وبطلان عقدها فتعتبر الشركة قائمة فعلا (الشركة الفعلية)، وفي هذا النوع من البطلان المقرر لمصلحة من عيبت ارادته أو نقصت اهليته له أن يجيزه إما اجازة صريحة أو ضمنية كما لو تصرف من شرع البطلان لمصلحته تصرفا

يستفاد منه نزوله عن الحق في طلب الابطال (كقبول القاصر مثلا القيام بادارة الشركة التي وقع عقدها لما كان قاصرا بعد بلوغه سن الرشد)(23).

2- البطلان المطلق:

ويقوم هذا النوع من البطلان عند عدم مشروعية محل وسبب الشركة، ويقصد بذلك أن يكون غرض الشركة أو موضوعها الذي انشئت من أجله غير ممكن في الواقع المادي، أو غير جائز في الواقع القانوني أو يتنافى وجودها مع النظام العام والاداب.

ويتربط على عدم المشروعية هذه بطلان عقد الشركة بطلانا مطلقا. هذا البطلان الذي يمتاز بأنه يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به، ويحكم به القاضي من تلقاء نفسه، ولا تلحقه الاجازة ولا يسري في حقه التقادم(24).

اشكالية البطلان المطلق:

ازاء هذا النوع من البطلان تثور عدة اشكاليات مفادها:

1- اذا تقرر هذا البطلان قبل أن تبدأ الشركة في نشاطها ينهار عقد الشركة ويعتبر كأن لم يكن، ويعود المتعاقدون الى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد.

2- الاشكالية تثور اذا بدأت هذه الشركة اعمالها ثم يحكم بهذا البطلان وبدأ الشركاء في تنفيذ التزاماتهم التي انشأها العقد الباطل، وكانوا قد قدموا الحصص التي تعهدوا بها في رأس مال الشركة كاملة، فما مصير هذه الحصص؟ وهل يجوز لهم استردادها؟

ذهب رأي الى القول بعدم امكانية استردادها لابرامهم عقدا هم يعلمون مسبقا ان محله غير مشروع فجزاء لهم لا يستردون حصصهم.

غير أن هذا الرأي قد يجحف في حق بعضهم ويثري بعضهم الآخر، الذي يحوز كل الحصص على حساب المتعاقدين الآخرين.

والراجح في الأمر أنه يجب أن ترد هذه الحصص لاصحابها حتى لا يكون العمل غير المشروع نافعا لاحد المتعاقدين دون الآخرين(25).

3- وتثور اشكالية أخطر من الأولى وهي إذا تعامل الغير مع هذه الشركة وترتبت له حقوق ازاءها، فالبطلان هنا مطلق يجوز لكل ذي مصلحة التمسك به، فهل يجوز ذلك على الإطلاق؟ وبغض النظر عن حسن نية هذا الغير أو انعدام حسن نيته لما تعامل مع هذه الشركة الفاسدة؟ إن الراجح والمنطقي في هذا الأمر أنه ينظر إلى حسن نية هذا الغير، فإذا توفرت حسن النية عنده عند التعامل مع الشركة، ومعيار حسن النية في هذه الحالة هو مدى علمه بعدم مشروعية محلها عند التعامل، فإذا كان لا يعلم بذلك، وليس من السهل عليه أن يعلم تكونت عنده حسن النية، وعندها لا يجوز لأي كان أن يتمسك ازاءه ببطلان الشركة لعدم مشروعيتها لأنه نشأت له حقوقا يجب الحفاظ عليها، كما يجوز له هو أن يتمسك بحقوقه ازاء الشركاء والرجوع عليهم لا بالعقد الباطل الذي ابرم وأنشأ الشركة المعدومة، وإنما بموجب قواعد الإثراء بلا سبب، لأنه لا مجال لإعمال فكرة شركة الواقع التي لا يقصد بها التحايل على الحالات التي تكون فيها الشركة معدومة، وإنما يستهدف القضاء من وراءها الحفاظ على حقوق الغير حسن النية وذلك بالتخفيف من آثار بطلان شركة غير نظامية(26).

أما إذا انعدمت لديه حسن النية، وذلك بكونه كان عالما بعدم مشروعية محلها عند التعامل معها أو كان من السهل عليه أن يعلم، فإن حسن نيته عندئذ ينعدم عنده ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان ازاءه ولا يستطيع هو بدوره أن يتمسك بأي حق من حقوقه وذلك لتعامله مع شركة فاسدة هو يعلم سبب فسادها مسبقا.

المطلب الثاني

البطلان المترتب على تخلف

أحد الأركان الخاصة للشركة

معلوم أن الأركان الموضوعية الخاصة للشركة هي تعدد الشركاء، وتقديم الحصص، ونية اقتسام الأرباح والخسائر، فإذا تخلف أحد هذه الأركان استحال عقد الشركة لفقدانه المقومات التي تجعله قادرا على انشاء الشخص المعنوي المتمتع بالكيان المستقل عن الأشخاص المكونين له.

أ- البطلان بسبب عدم اكتمال النصاب القانوني لعدد الشركاء:

نص القانون الجزائري على وجوب ان يكون عدد الشركاء في الشركات اثنين فما أكثر (م 416 مدني) وهذا في أي نوع من أنواع الشركات باستثناء المؤسسة ذات الشخص الواحد وذات المسؤولية المحدودة eurl التي انشأها المشرع الجزائري بموجب الأمر 27/96 المؤرخ في 09/12/1996 المعدل والمتمم للقانون التجاري(*)..

ففي شركة التضامن يجب أن لا يقل العدد عن 02 وإلا كانت باطلة وكذلك في ذات المسؤولية المحدودة إذ يجب أن لا يقل عن 02 وأن لا يزيد عن 20 فإذا حدث ذلك وجب تحويلها الى مساهمة في أجل سنة واحدة ولا تحل الشركة ما لم يصبح العدد في تلك الفترة من الزمن مساويا لعشرين شريكا أو أقل (م 590 تجاري) والبطلان في هذه الحالة نسبيا يجوز تصحيحه خلال سنة وإلا بطلت الشركة (27).

أما المساهمة فأوجب المشرع أن لا يقل عدد الشركاء فيها عن 09 فإذا قل كانت الشركة باطلة بطلانا مطلقا.

وفي شركة التوصية البسيطة المكونة من شق متضامن وشق موصي فأوجب المشرع على أنه لا يقل عن واحد متضامن وآخر موصي وإلا بطلت الشركة.

وفي شركة التوصية بالأسهم أوجب المشرع أن لا يقل المتضامنون عن واحد على الأقل وأن لا يقل المساهمون عن 03 وجوبا وإلا بطلت الشركة بطلانا مطلقا.

ب- بطلان الشركة بسبب عدم تقديم الحصص:

تعتبر الحصص المقدمة من الشركاء هي بمثابة الضمان العام للمتعاملين مع الشركة، لذا يجب تقديمها بالشكل الذي حدده القانون، حتى تكون للشركة كشخص معنوي قائم ذمة مالية خاصة، وعليه لا يتصور قيام هذا الشخص المعنوي دون تقديم الشركاء لحصصهم ولو بالحد الأدنى لرأس المال المنصوص عليه قانونا، بحسب نوع كل شركة حتى تستطيع بدء نشاطها الذي أنشئت من أجله.

وبهذا الصدد هناك رأي نراه من السداد بمكان وهو القائل أنه وبخصوص هذان الركنان تعدد الشركاء وتقديم الحصص لا تثور اشكالية البطلان القانونية الدقيقة إذا تخلفا وذلك لأنه متى تخلف أحد هذين الركنين فلا تكون بصدد شركة أصلا حتى يمكن الحديث عن بطلانها فلا شركة بدون تعدد الشركاء ولا شركة بدون تقديم الحصص.

ج- البطلان المترتب على فقدان العقد لنية المشاركة وتقسيم الأرباح والخسائر:

في هذه الحالة تقوم فعلا حالة بطلان الشركة لأنها بمثابة الروح لهذا الكائن القانوني، والمجسد فعلا لمبدأ التعاون والاشتراك الذي تقوم عليه كل الشركات، ويترتب عليه بطلانها متى افتقد عقدها لهذا الركن، ويجب أن يتوافر هذا الركن سواء عند انشائها وفي كل مراحل حياتها حتى انقضائها ونهايتها، وفحوى نية المشاركة هو الاشتراك في الادارة وتوزيع الأرباح والمساهمة في الخسائر، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 426 مدني فقرة أولى "أنه إذا وقع الاتفاق على أن أحد الشركاء لا يسهم في ارباح الشركة ولا في خسائها كان عقد الشركة باطلا.....".

حيث نكون عندئذ أمام شركة الأسد فتبطل بطلانا مطلقا يتعلق بالنظام العام، ومن ثم يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به، وللمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها كما لا تصححه الإجازة ولا يحميه التقادم.

المطلب الثالث

بطلان الشركة للإخلال بأحد

الأركان الشكلية (البطلان الخاص)

يترتب على عدم كتابة عقد الشركة كتابة رسمية، وكذا كل ما يدخل عليه من تعديلات م 418 مدني، م 545 تجاري، أو عدم القيام بإجراءات الايداع لدى المركز الوطني للسجل التجاري ونشره بحسب الأوضاع الخاصة بكل شكل من اشكال الشركات م 548 تجاري بطلان هذا العقد. والبطلان في هذه الحالة هو بطلان من نوع خاص فلا هو مطلق لأن المحكمة لا تستطيع أن تتمسك به من تلقاء نفسها، وإنما يجب أن يطلب قضاء، ولا هو بالبطلان النسبي لأن التمسك به جائز لكل ذي مصلحة فيه وغير مقرر لمصلحة شخص محدد في هذا البطلان لصالحه أي يجوز للشركاء والغير معا.

مميزات البطلان الخاص:

يمتاز هذا البطلان بالمميزات التالية:

1- لا يجوز الاحتجاج بالبطلان لعدم الكتابة في مواجهة الغير، إذ لا يقبل افادة الشريك من تقصيره، وإنما يجوز التمسك بهذا البطلان بين الشركاء على بعضهم البعض (28).

2- يجوز للغير التمسك بهذا البطلان في مواجهة الشركاء، وذلك حتى يتسنى لهذا الغير باعتباره دائئا شخصا لأحد الشركاء أن ينفذ على حصته بعد بطلان الشركة.

3- يجوز للغير دائما وعلى العكس من الحالة الأولى إذا كان له مصلحة في بقاء الشركة أن يتمسك بها، وله أن يثبت وجودها بكافة طرق الإثبات حتى يستطيع أن يطالبها بالتزاماتها كشخص معنوي له ذمة مالية مستقلة. إن أثر هذا البطلان يقتصر على اعدام العقد والشركة مستقبلا، أما في الفترة السابقة على تقرير البطلان بعد طلبه فتعتبر الشركة قائمة حكما وتكون الشركة واقع (الشركة الفعلية التي تحمي وتحقق استقرار التعامل التجاري).

آثار البطلان والشركة الفعلية (29) *société de fait*

إذا انعقد عقد الشركة صحيحا انشئ الشخص المعنوي صحيحا أيضا، أما إذا انعقد هذا العقد باطلا فهو لن ينشئ شيئا كون هذا البطلان يؤدي إلى انهياره برمته ويمحو كل آثاره وبأثر رجعي، ويعود المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، غير أن تطبيق هذه القاعدة يؤدي إلى تجاهل مراكز قانونية تمت فعلا، وعلاقات قانونية نشأت مع الغير منذ نشأة الشركة حتى صدور حكم البطلان، هذا الغير الذي تعامل مع الشركة قبل الحكم ببطلانها واطمأن إلى الوضع الظاهر معتقدا أنها شركة صحيحة فمن العدل أن لا يفاجأ بسبب البطلان قد يكون خفيا عليه (30).

شروط إعمال هذه النظرية:

لقد كان الأساس الفلسفي لنظرية الشركة الفعلية هو التهذيب من أحكام اعمال قاعدة "انسحاب اثر البطلان بأثر رجعي" حفاظا على حقوق الغير واستقرارها وليس بقصد التحايل على أحكام التشريع لبطلان الشركات التجارية ويشترط لإعمالها:

1- أن تكون الشركة قد بدأت في مزاولة نشاطها الذي أنشئت من أجله فإذا لم تكن قد بدأت في ذلك فلا يتوافر لها كيان في الواقع.

ب- أن لا يكون البطلان الذي طال الشركة التجارية من النوع الذي يعدم الشركة والعقد في الماضي والمستقبل وفي مواجهة الكافة فيستحيل معه وجود الشركة الفعلية.

ج- أن لا تكون الشركة مفتقدة لعنصر تعدد الشركاء، أو انتفاء عنصر نية المشاركة، أو لم يتفق في العقد على تقديم الحصص لأن عدم وجود هذه العناصر ينهي وجود الشركة فلا تقوم قانونا ولا فعلا(31).

مدى أخذ القضاء الجزائي بنظرية الشركة الفعلية(32):

لقد نصت المادة 418 ف2 من القانون المدني: "... غير أنه لا يجوز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان قبل الغير ولا يكون له أثر فيما بينهم الا من اليوم الذي يقوم فيه أحدهم بطلب البطلان".

ويستشف من هذا النص أن المشرع يرغب في المحافظة على حقوق الغير الذي تعامل مع هذه الشركة، التي يظنها سليمة من الناحية القانونية، وتعامل معها بحسن نية وترتبت له حقوق ومراكز قانونية يسعى المشرع الى استقرارها، فكرس مبدأ اعتبار الشركة موجودة في الماضي تحقيقا لهذا الغرض.

وقد وظف القضاء العالي الجزائي "المحكمة العليا" هذه النظرية، وأعمل فكرة الشركة الفعلية في العديد من قراراته نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر:

1- القرار رقم 34400 الصادر 1985/06/15 بعنوان -شركة تجارية بطلان العقد آثاره بين الشركاء- شركة فعلية.

2- القرار 365232 الصادر 2005/11/09 —عدم وجود عقد رسمي- عدم الاحتجاج ابطالها لا اعتبارها شركة فعلية.

الآثار المترتبة عن الشركة الفعلية:

ترتّب الآثار التالية:

1- تعتبر الشركة الفعلية كما لو كانت شركة صحيحة، فتكون لها شخصيتها المعنوية المستقلة عن شخصية الشركاء، وتظل كافة تعهداتها صحيحة مرتبة لآثارها فيما بين الشركاء وبالنسبة للغير الذي لم يطلب البطلان.

2- يجب حل وتصفية الشركة بمجرد الحكم ببطلانها، وتتبع في هذه التصفية كما يتبع في تقسيم الأرباح والخسائر الأحكام الواردة في عقد الشركة الذي قضى ببطلانه.

3- إذا توقفت الشركة الفعلية عن دفع ديونها في هذه الفترة جاز اشهار افلاسها، سواء نشأت هذه الديون قبل الحكم بالبطلان أو أثناء عملية التصفية.

4- إذا تمسك بعض من الغير ببطلان الشركة، وتمسك البعض الآخر ببقائها وجب تقرير البطلان. ومثالها إذا تمسك دائنوا الشركة ببقائها وتمسك الدائنون الشخصيون للشركاء بالبطلان فإن الرأي الراجح يقضي بالبطلان لأنه هو الأصل.

تصحيح البطلان في الشركات التجارية:

النصوص القانونية في التشريع الجزائري:

المواد 735، 736، 737، 738، 739، 740، 741، 742، 743 من القانون التجاري.

في مستهل هذا البند نؤكد حقيقة قانونية مفادها:

- أن فكرة تصحيح البطلان في الشركات التجارية لا تقوم في حالة البطلان بسبب عدم مشروعية محل وسبب الشركة المخالفة للآداب او النظام العام.

- يعمل بفكرة تصحيح البطلان في الشركات التجارية فقط إذا تعلق الأمر بالبطلان النسبي القائم على تخلف أحد الأركان الموضوعية العامة عدا عدم

مشروعية المحل والسبب كما سبق الذكر، وكذا في حالة تخلف أحد الأركان الشكلية للشركة من كتابة وايداع أو اشهار.

من استقراء مجمل نصوص القانون التجاري الخاصة بفكرة تصحيح البطلان في الشركات التجارية نستنتج ما يلي:

1- أجاز المشرع الجزائري فكرة تصحيح البطلان في الشركات التجارية للابقاء عليها قائمة، دعما منه للحركة التجارية واثمتانها، فإذا عيبت الشركة بأي عيب قد يؤدي إلى بطلان عقدها، فيجوز للشركاء تداركه بتصحيح الاجراء المعيب، فيكتب العقد رسميا أو تتخذ اجراءات ايداعه وشهره، فإذا تم هذا التصحيح حتى يوم نظر الدعوى في موضوعها فيجب أن يحكم القاضي بانقضاء دعوى البطلان بعد زوال سببه (م 735 تجاري).

2- اجاز المشرع الجزائري للمحكمة النازرة في دعوى البطلان أن تمنح أجلا بناء على طلب من له مصلحة لإزالة سبب البطلان. وذهب المشرع في هذا المجال إلى أبعد من ذلك ومكنها ومن تلقاء نفسها إذا رأت في ذلك مصلحة أن تمنح من ذاتها هذا الأجل حتى ولو لم يطلبه ذوي المصلحة (م 736 ف1): "...يجوز للمحكمة أن تتولى النظر في دعوى البطلان أن تحدد أجلا ولو تلقائيا للتمكن من ازالة البطلان...".

- وحدد المشرع هذا الأجل في مثل هذه الحالة بشهرين تبدأ من تاريخ افتتاح الدعوى. فألزمها باحترام هذه المدة، وأن لا تصدر حكمها إلا بانقضائها وذلك حتى تتاح فرصة للشركاء لتصحيح الأوضاع والعمل على ازالة سبب البطلان.

- واذا تبين للمحكمة وفي نفس دائرة موضوع الأجل الممنوح لتصحيح الأوضاع أنه قد تم استدعاء جمعية الشركاء بغض النظر عن نوعية الشركة، وتم ارسال مشروع القرار مصحوب بالمستندات الى الشركاء، عندئذ وجب عليها أن تمنح الأجل اللازم لهم لاتخاذ قرار التصحيح، أو لازالة سبب البطلان (م 736 ف2 تجاري).

3- اذا لم يتخذ قرار التصحيح أو ازالة سبب البطلان حكمت المحكمة حكمها بالبطلان بناء على طلب كل ذي مصلحة (م 737 تجاري).

تصحيح البطلان المبني على عيب في رضا أحد الشركاء:

وهي الحالة التي تناولتها المادة 738 تجاري بالتنظيم كالتالي:

-إذا كان البطلان سببى على عيوب رضا أحد الشركاء أو كان ناقص الأهلية عند تأسيس الشركة، أو أثناء ممارستها لنشاطها يكون على من يهيمه الأمر:

أ- أن يوجه انذارا إلى كل من الشركة والشخص الذي عيبت ارادته لتصحيح هذا العيب أو ازالة سبب البطلان إذا كان هذا الأمر ممكنا.

ب- يمهلهم مدة 06 أشهر كاملة لتنفيذ هذا الانذار، فإذا لم يتم ذلك عليه برفع دعوى بطلان أمام المحكمة المختصة تحت طائلة انقضاء الميعاد.

ج- وفي حالة رفع دعوى البطلان في ميعادها المحدد أجاز المشرع الجزائري إما للشركة أو أحد الشركاء أن يعرض على المحكمة النازرة في الدعوى أي اجراء من شأنه أن يزيل مصلحة وصفة المدعي في طلب البطلان، كشرء حقوقه أو شراء حقوق الشريك الذي أصاب رضاه أي عارض أو عيب من العيوب.

د- في هذه الحالة يكون أمام المحكمة أحد الحلين التاليين:

- إما أن تقضي المحكمة بعدم البطلان إذا كان الحل المقترح عليها من الشركة أو من الشركاء يتوافق مع أحكام عقد الشركة التأسيسي.

- وإما أن تقضي بالبطلان إذا كان المقترح المقدم لها من الشركة أو من الشركاء غير مناسب ولا يتوافق مع طبيعة الشركة وما تضمنه عقدها الأساسي.

تصحيح البطلان المبني على عيب شكلي:

تناولته المادة 739 تجاري بالتنظيم كالتالي: "إذا كان بطلان أعمال ومداولات لاحقة لتأسيس الشركة مبنيا على مخالفة قواعد النشر لكل شخص يهيمه الأمر تصحيح العمل أن ينذر الشركة بالقيام بهذا التصحيح في أجل ثلاثين

يوما وإذا لم يقع التصحيح في هذا الأجل يجوز لكل شخص يهمة الامر أن يطلب من القضاء تعيين وكيل يكلف بالقيام بهذا الاجراء".

يستشف من هذا النص ما يلي:

1- لاعمال هذا النص يجب أن تكون الشركة قد تكونت وتأسست وبدأت في ممارسة النشاط التجاري الذي أنشئت من أجله، ثم خالفت في احدى ممارساتها جانبا قانونيا في أي عمل من أعمالها، أو في احدى مداولاتها كأن تغير الشركة نشاطها دون تعديل في قانونها الأساسي، أو خرج أحد الشركاء في شركات الأشخاص مثلا دون التأشير على ذلك رسميا بالكتابة والاشهار شأنه شأن العقد الأساسي تماما.

2- يجوز لكل ذي مصلحة في الشركة إذا أراد تصحيح هذا الخطأ أن يقدم للشركة انذارا مكتوبا بهذا الأمر قصد تصحيحه، او ازاء سبب البطلان فيه ويمنحها أجلا بـ 30 يوما للقيام بذلك، فإن لم تقم به في هذا الأجل جاز له التوجه الى القضاء طالبا الحكم بتعيين وكلاء توكل له مهمة تصحيح الاجراء وليس الحكم بالبطلان، هذا البطلان الذي يأتي في رأينا ومن خلال النص بعد فشل مهمة الوكيل المعين من المحكمة للقيام باجراءات التصحيح في مهمته، أو استحالة القيام بها فعندها يجوز طلب الحكم بالبطلان كآخر مطاف وهو المقصود من روح النص خصوصا وأن المشرع الجزائي في هذا الأمر توخى الابقاء على الشركة وعدم التسرع في الحكم ببطلانها طالما كانت امكانية التصحيح ممكنة.

جهة الاختصاص في نظربطلان الشركات التجارية:

تعتبر الشركات التجارية وبموجب أحكام المادة 03/ف3 تجاري عملا تجاريا بحسب الشكل، وهذا يعني أن كل أعمال الشركة، وكل ما يتعلق بها من اجراءات ودعاوى هي ايضا عملا تجاريا، مما يعطي اختصاص نظرها الى

الاقسام التجارية بالمحاكم، هذه الأقسام التي نص عليها القانون العضوي 11/05 المؤرخ في 2005/07/17 والمتعلق بالتنظيم القضائي كالتالي:
تنص المادة 13 منه: تنقسم المحكمة الى الاقسام التالية:..... القسم التجاري.

وتنص المادة 06 منه: يشمل المجلس القضائي الغرف التالية:.... الغرفة التجارية.

وينص القانون العضوي 12/11 المؤرخ في 2011/07/26 المحدد لتنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصها وتنص المادة 13 منه:

تشمل المحكمة العليا على الغرف التالية:....الغرفة التجارية والبحرية.
وعليه يتضح لنا أن المشرع الجزائري خص المنازعة التجارية بقسم خاص وبغرفة خاصة، على مستوى كل درجات القضاء كما خصها بقضاء وقانون خاص يطبق عليها وهو القانون التجاري بكل تعديلاته هذا من ناحية الموضوع.
أما اجرائيا فإن قانون الاجراءات المدنية والادارية وما تضمنه من أحكام هو المطبق في اجراءات رفع الدعاوى التجارية، سواء من ناحية الاجراءات أو المواعيد المختلفة.

إن الشركات التجارية سواء كانت لجزائريين، او حتى لأجانب والتي تمارس نشاطها داخل التراب الوطني، تخضع للقضاء والقانون الجزائريين فقد نصت المادة 50 ف5 من القانون المدني: "الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في الجزائر يعتبر مركزها في نظر القانون الداخلي في الجزائر....".

كما تنص المادة 06 من القانون 08/04 المؤرخ في 14 أوت 2004 والمتعلق بممارسة الأنشطة التجارية: "يجب على كل مؤسسة تمارس نشاطها بالجزائر باسم شركة تجارية يكون مقرها في الخارج التسجيل في السجل التجاري...".

وتنظر الأقسام التجارية بالمحاكم المنازعة التجارية مهما كان نوعها، ومن بينها دعاوى بطلان الشركات بقاضي فرد يشكل معه مساعدين من كبار تجار

المنطقة ويصدر احكاما ابتدائية قابلة للاستئناف أمام الغرف التجارية بالمجالس القضائية.

وتنظر الغرف التجارية بالمجالس القضائية كل الاستئنافات الواقعة على هذه الأحكام بتشكيلة ثلاثية، رئيسا للغرفة ومستشارين اثنين وتفصل بقرارات نهائية فاصلة في الموضوع.

تقبل هذه القرارات الصادرة عن الغرفة التجارية بالمجالس القضائية طرق الطعن غير العادية، من التماس اعادة النظر أمام نفس الغرفة في مواعيد محددة ولأسباب أيضا محددة حصرها المشرع الجزائري بالمادة 392 اجراءات مدنية وادارية، وحالات النقض بالمادة 358 من ذات القانون، كما منع المشرع الجزائري ازدواجية الطعون غير العادية بقول المادة 352 من نفس القانون: "لا يقبل في ذات الوقت التماس اعادة النظر في الاحكام والقرارات المطعون فيها بالنقض".

وتنظر المحكمة العليا من خلال الغرفة التجارية والبحرية في كل القرارات والاحكام النهائية الصادرة عن المحاكم والمجالس القضائية المطعون فيها بالنقض كمحكمة قانون، وتراقب مدى تطبيق هذه المحاكم والمجالس القضائية التطبيق السليم للقانون عليها.

تقادم دعاوى البطلان في القانون الجزائري:

م 740، 743 تجاري، من استقراء هذه النصوص والمتعلقة بالتقادم في بطلان الشركات نستشف:

- تنقضي دعوى بطلان الشركة بالتقادم بمرور 03 سنوات من يوم العلم بسبب البطلان، تضاف اليها مدة ستة اشهر التي نصت عليها الفقرة الاولى من المادة 738 سالفه الذكر (م 740 تجاري).

- تتقدم دعاوى المسؤولية المبنية على ابطال الشركة، أو الاعمال والمداولات اللاحقة لتأسيسها بثلاثة أعوام تبدأ من التاريخ الذي اكتسب فيه حكم البطلان قوة الشيء المقضي فيه.
- تتقدم دعاوى التعويض عن الاضرار حتى بعد زوال سبب البطلان بمرور ثلاث سنوات من تاريخ كشف البطلان (743 تجاري).

الحوصلة:

لعله ومما يستوقفنا من خلال هذه المعالجة المتعلقة بالبطلان في الشركات التجارية هو الموقف المحمود للمشرع الجزائري في المواد من 735 الى 743 تجاري والمتعلقة عموما بجواز تصحيح البطلان، وازالة سببه سواء من الشركة ذاتها أو الشركاء، بل حتى أنه أجبر القاضي الناظر في الدعوى من التوافق في هذا الاتجاه بمنح الأجال اللازمة لهذا التصحيح، وذلك سعيا منه الى تغليب جانب ابقاء الشركات وتشجيع الائتمان التجاري على البطلان المؤدي حتما الى زوال وانحلال الشركات التجارية باعتبارها الوعاء الحقيقي والوسيلة الناجعة الفعالة لكل استغلال تجاري أو استثمار اقتصادي.

بطلان الشركات في الفقه الاسلامي

وأنا أنبي الخاطرة القانونية حول البطلان بصفة عامة، والبطلان في الشركات التجارية بصفة خاصة، انتابني شعور بالتقصير إذ لم أعرج على نفس الفكرة في الفقه الاسلامي، وهي لعزيزة في نفسي منذ أيام دراستي، تواقه إليها نواياي في التبيان والتذكير بوجودها إلى طالب القانون الذي جاءت دراسته للشركات التجارية خالية من التطرق إليها ولو من باب التنبيه بالوجود، لأن مناهج وزارة التعليم العالي وما دأبت كليات الحقوق على تدريسه في هذا المجال لا يعرف فكرة الشركات التجارية في الفقه الاسلامي ابداء، وهذا تقصير نرى أننا سنكون مقصرين أكثر إذا تجاهلناه في معرض الحال، لذا فلقد عزمت على لفت نظر الطالب الكريم الى أن نظام بطلان الشركات التجارية في الفقه الاسلامي

كرس له فطاحلة الفقه في مختلف المذاهب كل الوقت والجهد فأجادوا وامتازوا جزاهم الله عنا كل الخير باعمالهم الخالدات.

وتعرف الشركة في الفقه الاسلامي بأنها: "ثبوت الحق في شيء واحد لاثنتين أو أكثر على جهة الشيوخ، أو عقد بينهم فيه شخصان أو أكثر بمال أو عمل موجب لصحة تصرفهما ومشاركتهما في الربح أو تحمل الخسارة" (33).

وتنعقد الشركة في الفقه الاسلامي بتوافر اركانها، وشروطها، فإذا اختل أحد اركانها أو انعدم أحد شروطها، أو شاب عقدها ما يفسده أدى كل ذلك الى بطلانها أو فساد عقدها.

1- بطلان الشركة:

ونكون أمام هذه الحالة إذا صدر عقد الشركة فاقدًا لأحد اركانه، كصدوره من عديم الاهلية كالمجنون مثلا، أو كان محل الشركة غير قابل للانعقاد كالميتة، أو كأن يشترط أحد الشركاء مقدارا معينًا مقطوعا من الربح، فيكون العقد عندئذ باطلا اساسا عند جمهور الفقهاء، ويكون لكل واحد من الشركاء التمسك بهذا البطلان أو الاحتجاج عليه.

وإذا كان أحد الشركاء ناقص الاهلية كالصبي المميز يكون العقد في هذه الحالة موقوفًا على اجازة وليه أو وصيه، فإذا اجازه جاز وإذا ابطله بطل منذ نشأته، ويقع باطلا كل تصرف في اموال الشركة قبل اجازة الوصي أو الولي.

ويكون عقد الشركة قابلا للابطال عند جمهور الفقهاء إذا كان الرضا مشوبا باحد العيوب كالتدليس والغلط أو الاستغلال، ويرى الاحناف ان هذا العقد متوقف على اجازة من وقع عليه التدليس أو الغلط فإذا اجازه صح العقد وإذا لم يجزه بطلت الشركة.

اما إذا عيب العقد بالاكراه فهو يفسد الرضا تماما فلا ينعقد العقد اصلا، ولا يقبل الاجازة من المكره بعد زوال الاكراه عنه (34).

2- فساد الشركة:

وفي هذا البند يرى جمهور من الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة أن عقد الشركة غير الصحيح هو قسم واحد، وغير الصحيح هو الباطل، وقد يعبر عنه بالفساد من باب ترادف الألفاظ على المعنى الواحد، فلا فرق بينهما سواء كان الخلل في الركن أو في أحد الشروط أو في الوصف فالنتيجة واحدة هي البطلان المطلق(35).

أما الأحناف فيذهبون إلى أن العقد غير الصحيح قسمان -باطل وفساد- فالخلل إذا أصاب ركنا من الأركان كان العقد باطلا، ولا ينعقد أصلا، أما إذا أصاب الخلل أحد شروط العقد كفوات بعض الأوصاف الخارجية المعتبرة شرعا كان العقد موجودا لكنه فاسد، والفساد عند الأحناف يكون إذا توافرت الأسباب المؤدية إلى ذلك كاشتغال العقد على جهالة تفضي الى المنازعة بين الشركاء، ويجعل حصة كل شريك من الربح، أو جهل نوع النشاط الذي تمارسه الشركة، أو التغير في موضوع الشركة كأن يغير أحدهم بالآخرين على أن الموضوع هو المنسوجات لأنها تحقق ارباحا أكبر وعند موافقتهم يتبين أن موضوعها شيء آخر غير المنسوجات.

وحكم عقد الشركة الفاسد أنه يستحق الفسخ بإرادة الشركاء، فإذا لم يفعلوا فسخه القاضي جبرا عنهم متى علم به لأنه عقدا موجودا. إلا أن الشارع لم يقرر وجوده وانعقاده بل أمر برفعه وفسخه.

ومتى تم فسخ العقد أو ابطاله توزع الارباح الحاصلة من الشركة بحسب حصص الشركاء في رأس المال، وليس بحسب الاتفاق الحاصل في عقد الشركة وذلك لفساده، وفي شركة المضاربة (القراض) إذا فسخ عقدها يكون الربح لرب المال، وللعامل أجر المثل فقط لأن المضاربة الفاسدة كالاجارة الفاسدة وانما يستحق الاجير اجر المثل والربح كله لرب المال لأن الربح نماء ملكه(36).

الهوامش:

1- مفهوم البطلان، احمد الرئيس، شبكة المحامين.العرب. WWW.MOLAMOON.COM/MONTADA

- 2- لسان العرب، ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي المصري، دار صادر بيروت، المجلد 11، ص.56
- 3- صالح لخلف www.ahlalheeth.com.
- 4- د/عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، دار احياء التراث العربي، بيروت، الجزء 1، ص 486 وما بعدها.
- 5- WWW.ALUKAH.NET
- معالي فضيلة الشيخ عبد الله بن محمد بن سعد آل حنين، البطلان الاجرائي.
- 6- د/ عبد الحميد الشواربي: البطلان المدني، منشأة المعارف الاسكندرية 1991، ص 1 وما بعدها.
- 7- د/ نبيل اسماعيل عمر د/احمد خليل: قانون المرافعات المدنية، منشورات الحلب...بيروت، طبعة 1، سنة 2004، ص 445 وما بعده
- 8- د/ جميل الشرقاوي: نوبة البطلان، رسالة دكتوراه، القاهرة 1953، ص 140 وما بعدها.
- 9- د/ عبد الحكيم فودة: البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية 1993، ص 19 وما بعدها.
- 10- د/ احمد هندي: قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية 2003، ص 847 وما بعدها.
- 11- WWW.MAROC DROIT.COM
- رشيد العتيب، بطلان العقد في القانون المغربي.
- 12- د/عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص.488
- 13- د/نبيل اسماعيل د/احمد خليل، المرجع السابق، ص 923 وما بعدها.
- 14- انظر باكثر تفصيل في نظرية الدفوع الاجرائية كل من:
- د/ عبد الحكيم فودة، البطلان في المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية، طبعة 1990، ص 32 وما بعدها.
- د/ نبيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، منشأة المعارف الاسكندرية، طبعة 1، سنة 1981، ص 30 وما بعدها.
- 15- www.courde.tebessa.m justice.DZ
- الدفوع الشكلية في ظل قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد، حاجي حياة.
- 16- كما فعل المشرع المصري الذي حدد طرق هذا التصحيح بالمادة 24 ف1 من قانون المرافعات نصت على التصحيح بالتحول والمادة 143 مدني نصت على انتقاص العقد، والمادة 144 مدني نصت على التصحيح بتحول العقد، انظر د/ نبيل اسماعيل عمر، د/احمد خليل، د/ احمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية، 2004، ص 698 وما بعدها.
- 17- تنص المادة 105 مدني جزائري: "اذا كان العقد باطلا او قابلا للابطال وتوفرت فيه اركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت اركانه، اذا تبين أن فيه المتعاقدين كانت تتصرف الى ابرام هذا العقد.

- 18- د/عباس العبودي، شرح احكام قانون اصول المحاكمات المدنية، دار الثقافة، عمان، سنة 2007، ص 170 وما بعدها.
- 19- د/فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987، ص 644 وما بعدها.
- 20- هذه الفكرة ذهب اليها المشرع المصري في المادة 24 ف3 من قانون المرافعات المصري بالقول: "لا يترتب على بطلان الاجراء بطلان الاجراءات السابقة عليه أو اللاحقة إذا لم تكن مبنية عليه".
- 21- انظر باكثر تفصيل د/ احمد خليل، اصول المحاكمات المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2001، ص 244 وما بعدها، ص. 267.
- 22- د/علي يوسف، د/ابو زيد رضوان، القانون التجاري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1970، ص 423 وما بعدها.
- 23- د/أحمد محرز، القانون التجاري، الجزء 1، مطبعة حسان، القاهرة، 1987، ص 412 وما بعدها.
- 24- د/محمد اسماعيل علم الدين، موجز القانون التجاري، دار الأمل للطباعة والنشر، القاهرة، بدون سنة طبع، ص. 170.
- 25- د/عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، جزء 5، ص 254 وما بعدها.
- 26- انظر بأكثر توسع في هذا الموضوع:
- د/فريد العربي، الشركات التجارية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2002، ص 56 وما بعدها.
- د/اكثم الخولي، قانون التجارة اللبناني المقارن، الجزء 2، الشركات التجارية، 1967، ص 421 وما بعدها.
- 27- د/علي حسن يونس، د/ابو زيد رضوان، المرجع السابق، ص. 430.
- 28- د/احمد محرز، القانون التجاري الجزائري، جزء 2، الشركات التجارية، 1982، ص 80 وما بعدها.
- 29- د/سميحة القليوبي، الشركات التجارية، دار النهضة العربية القاهرة، 2011، ص 98 وما بعدها.
- 30- د/مصطفى كمال طه، الوجيز في القانون التجاري، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1977، ص 191 وما بعدها.
- 31- انظر في الأمر د/ أحمد محرز، القانون التجاري الجزائري، الجزء 2، الشركات التجارية ، المرجع السابق، ص 95 وما بعدها.
- 32- القرار رقم 34400 صادر 15/06/1985، شركة تجارية –بطلان العقد-اثاره بين الشركاء- شركة فعلية-الاجتهاد الجزائري في المادة التجارية والبحرية، ج1، جمال سايس-منشورات كليك الجزائر-طبعة 1 سنة 2013، ص 211 وما بعدها.
- وانظر ايضا في نفس السياق: القرار رقم 365232 صادر 09/11/2005 –عدم وجود عقد رسمي –عدم الاحتجاج ابطالها-لا-اعتبارها شركة فعلية –نعم-الاجتهاد الجزائري في المادة التجارية والبحرية، المرجع السابق، جزء 3، ص 1084 وما بعدها.
- 33- رشاد حسن خليل، الشركات في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة، المكتبة التوفيقية، القاهرة، 1979، ص 17 وما يليها.

- 34- د/رشاد حسن خليل، المرجع السابق، ص 88 وما بعدها.
انظر ايضا في نفس السياق:
- د/عبد العزيز عزت الخياط، الشركات في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، منشورات وزارة الاوقاف الاردنية، الطبعة 1، 1971.
- علي الخفيف، الشركات في الفقه الاسلامي، معهد الدراسات العربية المالية، جامعة الدول العربية، القاهرة، 1962، ص 85 وما بعدها.
- 35- الشيخ عبد الوهاب خلاف، اصول الفقه، دار العلم، الكويت، طبعة 10، 1973.
- 36- انظر بأكثر تفصيل بطلان الشركات في الفقه الاسلامي:
- الشيخ سعود سعد الدريب، الشركات في الفقه الاسلامي والتشريع الوضعي، المعهد العالي للقضاء، الرياض، بدون سنة نشر، ص 100 وما بعدها.
- الشيخ محمد بن ابراهيم موسى، شركات الاشخاص بين الشريعة والقانون، المكتبة المركزية لجامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية، الرياض، 1979، ص 95 وما بعدها.
- د/ احمد حمد، فقه الشركات، دار العلم، الكويت، طبعة 1، 1984، ص 70 وما بعدها.
- د/يوسف محمود عبد المقصود، احكام الشركات في الفقه الاسلامي المقارن، دار الطباعة المحمدية، القاهرة، طبعة 1980، ص 92 وما بعدها.
- القوانين:
- الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
- الأمر 59/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم.
- القانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، الجريدة الرسمية رقم 21 الصادرة 2008/04/23.
- القانون العضوي 11/05 المؤرخ 2005/07/17 المتعلق بالتنظيم القضائي، الجريدة الرسمية رقم 51 الصادرة 2005/07/20.
- القانون العضوي 12/11 المؤرخ 2011/07/26 المحدد لتنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصها، الجريدة الرسمية، رقم 42 الصادرة 2011/07/31.
- القانون رقم 08/04 المؤرخ 14 اوت 2004 المتعلق بممارسة الانشطة التجارية، الجريدة الرسمية رقم 52 الصادرة 18 اوت 2004.
- الامر 27/96 المؤرخ 1996/12/09 المعدل والمتمم للقانون التجاري، الجريدة الرسمية، رقم 77 الصادرة 1996/12/11 تعديل المؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة.
- المجالات القضائية:
- الاجتهاد الجزائري في المادة التجارية والبحرية، الجزء الأول، الجزء الثالث، جمال سايس، منشورات كليك، الجزائر العاصمة، طبعة 01، سنة 2013.

قراءة في القانون رقم: 14-21 المؤرخ في:

28 ديسمبر 2021 المعدل والمتمم لقانون العقوبات

(ج. ر. عدد 99)

من تقديم عبد الرحمان خلفي
محامي لدى مجلس قضاء سطيف
معتمد لدى المحكمة العليا ومجلس الدولة
Khelfiabderrahmane@yahoo.fr

تقديم:

القانون رقم: 21 14 المؤرخ في: 28 ديسمبر سنة 2021 جاء بأربعة (4) مواد؛ المادة الأولى فيها إشارة إلى أن هذا القانون يهدف إلى تعديل وتتمة قانون العقوبات، والمادة الرابعة فيها إشارة إلى أن هذا القانون يُنشر في الجريدة الرسمية، لذا نجد أن هذا التعديل من حيث الواقع ورد في مادتين فقط وهما: المادة الثانية: تضمنت تعديل العقوبة الأصلية في الجنايات، وتعديل نظامي ظروف التخفيف والعود، وأخيرا ضبط مفهوم الموظف في جريمة عرقلة تنفيذ الحكم القضائي.

المادة الثالثة: تضمنت إضافة مادتين جديدتين؛ الأولى تتعلق بتجريم غلق الإدارات، والثانية تتعلق بتجريم استغلال طريق كموقف للمركبات.

لذا سيتم توضيح محتوى القانون رقم: 21 14 من خلال تقسيمه تقسيم أكاديمي، وذلك إلى قسمين: القسم الأول يشمل تعديلات وردت بشأن القسم

العام من قانون العقوبات، والقسم الثاني تعديلات وردت في القسم الخاص من قانون العقوبات.

أولاً: تعديلات في القسم العام لقانون العقوبات

بالنسبة للتعديلات الواردة في القانون المذكور أعلاه من حيث القسم العام فقد ورد فيه تعديل للعقوبة الأصلية في الجنايات إلى 30 سنة، وما نتج عن ذلك من تعديل في نظامي ظروف التخفيف والعود، وتأثير الجميع على الفترة الأمنية.

1/ رفع الحد الأقصى في العقوبة الأصلية للجنايات (المادة: 5 ق.ع):

تم رفع الحد الأقصى في السجن المؤقت إلى 30 سنة بدلا من 20 سنة: وترجع دواعي رفع الحد الأقصى إلى هذا الحد لصدور القانون رقم: 21 15 المؤرخ في نفس التاريخ ونفس العدد من الجريدة الرسمية والمتعلق بمكافحة المضاربة غير المشروعة والذي ورد في نص المادة: 14 منه جعل العقوبة بين: 20 سنة و30 سنة.

السؤال: هل كان هناك مبرر مقبول لتعديل هذا النص ورفع الحد الأقصى للسجن المؤقت للجناية إذا علمنا وأن المادة: 5 المعدلة من ق. ع كانت سابقا تنص على أن السجن المؤقت يكون بين: 5 و20 سنة ما عدا الحالات التي يُقر فيها القانون حدودا أخرى قصوى، بمعنى أن: 30 سنة هي من الحدود القصوى الأخرى ولا تعارض بين النطق بعقوبة تتجاوز الحد الأقصى ومبدأ شرعية العقوبة، طالما أن المادة: 5 السابقة تجيز ذلك ولم تغلق الباب في حدود: 20 سنة.

العقوبات الأصلية في الجناح بقيت على حالها: ما عدا التعديل في صياغة المادة: 5 من ق. ع التي وردت فيها إضافة على النحو التالي:

"... العقوبات الأصلية في مادة الجناح هي:

1/ الحبس مدة تتجاوز شهرين (2) إلى خمس (5) سنوات، ماعدا الحالات التي يقرر فيها هذا القانون أو القوانين الخاصة حدودا أخرى..."

ما يلاحظ أن العبارة المضافة زائدة، كان بالإمكان الاكتفاء بالنص القديم الذي استعمل عبارة "ما عدا الحالات التي يقرر فيها القانون حدوداً أخرى" فمصطلح قانون يشمل المدونة الرئيسية لقانون العقوبات وكل القوانين العقابية الخاصة.

كما أن المادة: 5 من ق.ع بشأن الجنج استعملت عبارة حدوداً أخرى دون أن تخصص الحدود القصوى، على خلاف ما ورد بشأن العقوبات الأصلية في الجنايات في الصياغة القديمة، ومعنى ذلك أن عقوبات الجنج قد تقل عن الحد الأدنى كما قد تزيد عن الحد الأقصى وذلك بالنص القانوني، وخير مثال على ذلك في النزول إلى أقل من الحد المحدد في العقوبات الأصلية في الجنج ما نصت عليه المادة: 2/298 بشأن جريمة القذف (من شهر واحد إلى سنة) والمادة: 298 مكرر بشأن السب (من 5 أيام إلى ستة أشهر) والمادة: 299 بشأن السب الموجه إلى فرد أو عدة أفراد (من شهر واحد إلى ثلاثة أشهر) أما أمثلة الرفع من الحد الأقصى فهي كثيرة جداً خاصة في القوانين الجزائية الخاصة.

2/ تعديل نظام ظروف التخفيف عند تطبيق الحد الأقصى الجديد في الجنايات (المادة: 53 و53 مكرر.ع):

تم تعديل الحد الأدنى للعقوبة في الجنايات عند إعمال ظروف التخفيف (م53 ق.ع) بحيث يمكن النزول إلى:

10 سنوات ... إذا كانت العقوبة المقررة للجناية هي: الإعدام؛

07 سنوات ... إذا كانت العقوبة المقررة للجناية هي: السجن المؤبد؛

(مضافة)

05 سنوات ... إذا كانت العقوبة المقررة للجناية هي: من 20 سنة إلى 30

سنة؛ (مضافة)

03 سنوات ... إذا كانت العقوبة المقررة للجناية هي: من 10 سنوات إلى 20

سنة؛

سنة واحدة... إذا كانت العقوبة المقررة للجناية هي: من 5 سنوات إلى 10 سنوات.

تم تعديل الحد الأدنى للعقوبة في الجنايات عند إعمال ظروف التخفيف في حالة العود (المادة: 53 مكرر ق. ع)

إذا كانت العقوبة الجديدة السالبة للحرية أكثر من: 20 سنة إلى 30 سنة فإن الحد الأدنى للعقوبة المخففة لا يجوز أن يقل عن: 05 سنوات سجنًا مؤقتًا.
(مضافة)

إذا كانت العقوبة الجديدة السالبة للحرية من: 05 سنوات إلى 20 سنة فإن الحد الأدنى للعقوبة المخففة لا يجوز أن يقل عن: 03 سنوات حبسًا. (فقرة قديمة)

3/ تعديل نظام العود (المادة: 54 مكرر ق. ع):

أ/ الجديد في نص المادة:

إذا كان الحكم السابق في جناية أو جنحة حدها الأقصى تزيد عقوبتها عن 5 سنوات حبس (الجريمة السابقة)

ثم ارتكب جناية حدها الأقصى: 30 سنة (الجريمة الجديدة)

فإن الحد الأقصى للعقوبة يصبح السجن المؤبد.

إذا كان الحكم السابق في جناية أو جنحة حدها الأقصى يزيد عقوبتها عن 5 سنوات حبس (الجريمة السابقة)

ثم ارتكب جناية حدها الأقصى: 20 سنة (الجريمة الجديدة)

فإن الحد الأقصى للعقوبة يصبح: 30 سنة

ب/ القديم في نص المادة:

إذا كان الحكم السابق في جناية أو جنحة حدها الأقصى تزيد عقوبتها عن 5 سنوات حبس (الجريمة السابقة)

ثم ارتكب جناية أدت إلى إزهاق روح إنسان (الجريمة الجديدة)

فإن العقوبة المقررة تصبح الأعدام.
إذا كان الحكم السابق في جناية أو جنحة حداها الأقصى تزيد عقوبتها عن 5 سنوات حبس (الجريمة السابقة)
ثم ارتكب جناية حداها الأقصى يساوي أو يقل عن: 10 سنوات (الجريمة الجديدة)

فإن عقوبة الحبس في حداها الأقصى يصبح الضعف.
يرفع الحد الأقصى للغرامة إلى الضعف.

4/ تعديل الفترة الأمنية (المادة: 60 مكرر 1 ق.ع):

يقصد بالفترة الأمنية وفقا لنص المادة 60 مكرر حرمان المحكوم عليه من تدابير التوقيف المؤقت لتطبيق العقوبة، والوضع في الورشات الخارجية أو البيئة المفتوحة وإجازات الخروج والحرية النصفية والافراج المشروط.
وكانت الفقرة الثانية من المادة تنص على أنه يترتب على استبدال عقوبة السجن المؤبد بمدة عشرين (20) سنة تقليص الفترة الأمنية إلى عشرة (10) سنوات

تم تعديلها على النحو التالي:

ويترتب على استبدال عقوبة السجن المؤبد بمدة ثلاثين (30) سنة تقليص الفترة الأمنية إلى عشرة (10) سنوات

ثانيا: تعديلات في القسم الخاص لقانون العقوبات

أما عن التعديلات الواردة في القانون من حيث القسم الخاص فقد ورد فيه تعديل للمادة: 138 مكرر من خلال إضافة مفهوم الموظف العمومي، وبعدها تم إضافة مادة جديدة تحت رقم: 187 مكرر 1 تتعلق بتجريم غلق مقرات الإدارات، وإضافة مادة جديدة أخرى تحت رقم: 386 مكرر تتعلق باستغلال طريق كموقف للمركبات

1/ ضبط مفهوم الموظف العمومي الذي يعرقل تنفيذ حكم قضائي (المادة: 138 مكرر ق.ع):

المادة: 138 مكرر ق.ع سابقا تجرم فعل وقف تنفيذ حكم قضائي أو عرقلة تنفيذه من طرف موظف عمومي استعمل سلطته لذلك الغرض، وكانت مدة العقوبة من: 6 أشهر إلى 3 سنوات والغرامة من: 20000 دج إلى 100000 دج.

لكن من الناحية العملية كان هناك لبس عند تحريك الدعوى فيمن يدخل ضمن الموظف العمومي المدرج في محتوى المادة: 138 مكرر ومن يخرج منه، وهل يمكن الاعتماد على تعريف الموظف الوارد في قانون الوقاية من الفساد؟ وهذا يعد قصورا.

وبالفعل تم ذلك من خلال القانون رقم: 14 21 الذي قام بتحديد الموظف العمومي المعني بإمكانية المساءلة، كما قام بإضافة تعديل في العقوبة المقررة لهذه الجريمة.

أما الموظف الوارد في الفقرة الثانية من المادة: 138 مكرر ق.ع فهو على النحو التالي:

كل شخص يشغل منصب تشريعي،

كل شخص يشغل منصب تنفيذي،

كل شخص يشغل منصب إداري،

كل شخص موجود في أحد المجالس الشعبية المحلية المنتخبة (البلدية، الولاية)

سواء كان معينا أو منتخبا، دائما أو مؤقتا، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر ولا تهم رتبته أو أقدميته.

ما يلاحظ على تعريف الموظف في المادة: 138 مكرر ق.ع أنه يتطابق مع تعريف الموظف في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته في النقطة ب من

الفقرة الأولى من المادة 2 منه، والفقرة الأولى من المادة: 3 من الأمر رقم: 21 09 المؤرخ في: 08 يونيو سنة 2021 المتعلق بحماية المعلومات والوثائق الإدارية (عدد 45).

لكن لا بد أن نشير وأن هذا التطابق ليس كلي لأن القانونين المشار إليهما أعلاه أضافا فئتين أخرتين من الموظف ليستا واردتين في قانون العقوبات. والسؤال: هل من الضروري تعريف الموظف في كل قانون خاص مرتبط بتنظيم مسألة لها علاقة بالموظف العام؟ وهل كل تجريم لعمل الموظف يحتم عليها مراعاة من هو الموظف المعني بالتجريم؟ وفي الحقيقة كان بإمكان المشرع تحديد مفهوم الموظف في نص واحد يمكن الرجوع إليه عن طريق الإحالة من النصوص الأخرى.

2/ تجريم فعل غلق مقرات الإدارات والمؤسسات العمومية (المادة: 187 مكرر 1 ق. ع):

ظاهرة غلق المقرات الإدارية باستعمال القوة من طرف بعض الغاضبين انتشرت مؤخرا في بعض المناطق من الوطن، وتسببت في عرقلة عمل المرفق العام أو تعطيله كلية، وتطلبت تدخل المشرع الجزائي حتى لا تستفحل وتمتد أكثر إلى مناطق أخرى، وتم تجريم هذا الفعل من خلال إضافة مادة جديدة في قانون العقوبات وهي المادة: 187 مكرر 1.

ويُجرم فعل غلق المقرات الإدارية في صورتين؛

الجريمة في صورتها البسيطة:

هي فرضية غلق إحدى مقرات الإدارات أو المؤسسات العمومية أو أي مؤسسة أخرى تُقدم خدمة عمومية أو الجماعات المحلية بأي وسيلة كانت ولأي غرض كان.

تكون العقوبة الحبس من: 3 سنوات إلى 7 سنوات، والغرامة من: 300.000 دج إلى 700.000 دج.

الجريمة في صورتها المشدّدة، وتكون في حالتين:

الحالة الأولى: هي فرضية ارتكاب نفس الأفعال وأمام نفس الإدارات، ولكن تؤدي هذه الأخيرة إلى:

عرقلة الدخول إليها أو الخروج منها،

أو سيرها العادي،

أو منع مستخدميها من القيام بمهامهم.

تكون العقوبة الحبس من: 5 سنوات إلى 10 سنوات وغرامة من: 500.000

د.ج إلى 1.000.000 د.ج

الحالة الثانية: وهي فرضية ارتكاب نفس الأفعال وأمام نفس الإدارات،

ولكن تتم:

باستعمال القوة أو التهديد باستعمالها،

أو من طرف أكثر من شخصين (ثلاثة فما أكثر)،

أو بحمل سلاح.

تكون العقوبة الحبس من: 10 سنوات إلى 20 سنة وغرامة من: 1.000.000

د.ج إلى 2.000.000 د.ج

يعاقب على الشروع في هذه الجنحة بالعقوبة المقررة للجنحة التامة وذلك

بنص صريح وارد في الفقرة الأخيرة من نفس المادة.

ما يلاحظ على هذا النص:

هل يقصد بالغلق وضع أقفال خاصة للباب المؤدي إلى المقر أو منع فتح

الأقفال الموجودة؟ هل يكفي لقيام السلوك مجرد إعاقة الدخول إلى المقر

بالتجمع أمامه؟ وإذا وجد مدخل آخر غير الذي تم غلقه يتيح الدخول إلى المقر

فهل يعتبر ذلك غلقاً؟ وهل يقصد الغلق التام لكامل المقر أم يكفي لقيام

الجريمة مجرد غلق أحد المكاتب داخل المؤسسة أو الإدارة كغلق مكتب رئيس

البلدية؟

عند تعداد الإدارات أو المؤسسات العمومية تم إضافة الجماعات المحلية، لكن النص غُفِلَ عن ذكر مقر المجلس الشعبي الوطني أو مقر مجلس الأمة، وقد حدث أن تم غلق مقر البرلمان وفق النموذج الوارد في النص الحالي من طرف أعضاء البرلمان أنفسهم.

هناك خروج عن القاعدة في التعدد عندما ذكر النص ظرف التعدد في الحالة الثالثة وحدده بأكثر من شخصين، أي ثلاثة أشخاص فما أكثر.

كما أن هناك خروج لافت وفاضح في تشديد العقوبة نحو عقوبة الجناية بدلا من عقوبة الجنحة، لأن الحد الأدنى والحد الأقصى كلاهما في الجناية، وهذا غير مقبول. ربما هذا سبب قوي لدعوة المشرع نحو ضرورة تعديل حدّي الجنحة والجناية في المادة: 5 من قانون العقوبات.

كان يمكن إضافة ظرف مشدد آخر في الحالة الثالثة يتعلق بغلق مقر الإدارات من طرف موظفين أو أعوان ينتمون إلى هذه الإدارة.

حاول المشرع أن يفصل بين حالة غلق مقر الإدارة دون عرقلة وغلقها مع العرقلة، والحال أن هذه الفرضية واحدة لأنه لا يوجد غلق لمقر الإدارة دون عرقلة الدخول والخروج وتقديم الخدمة.

لا ندري هل التجريم الوارد في نص المادة: 187 مكرر 1 من ق.ع يشمل فعل غلق الجامعات والمدرجات ومقرات إدارات الجامعات من طرف الطلبة أم لا؟ لأن الجامعة بدورها مؤسسة عمومية تنشئها السلطة العامة وتقدم خدمة عمومية.

3/ تجريم فعل استغلال طريق كموقف عمومي دون رخصة (المادة: 386 مكررق.ع):

انتشرت في السنوات الأخيرة ظاهرة استغلال الطرقات من طرف بعض الافراد كوقف للسيارات دون رخصة من الإدارة، وبمقابل مادي يدفعه صاحب المركبة.

فهذا الفعل يشمل ثلاث مخالفات على الأقل وهي:

استغلال طريق دون تقديم ترخيص ودون دفع مقابل؛

أخذ أموال من المواطنين دون وجه حق؛

القيام بعمل مريج دون دفع ضريبة.

لذا تدخل المشرع مؤخرا باستحداث المادة: 386 مكرر ضمن قانون العقوبات تجرم كل شخص يقوم باستغلال طريق أو جزء من طريق أو مساحة عمومية أو خاصة كموقف للمركبات، ومن الضروري أن تثبت النيابة وأن هذا الاستغلال تم بمقابل مادي يحصل عليه الفاعل من المواطنين أصحاب المركبات دون أن يكون له رخصة في استغلال هذا الطريق. وحدد المشرع عقوبة تتمثل في الحبس من: 6 أشهر إلى سنتين (2) والغرامة من: 25.000 دج إلى 200.000 دج.

ما يلاحظ على هذا النص:

هناك مسألة احتلال الطرقات بدلا من استغلال الطرقات بمقابل،

ويدخل ضمن هذه الحالة أصحاب المحلات الذين يحجزون جزء من الطريق، أو أصحاب الفنادق الذين يحجزون أجزاء من الطريق دون رخصة لغرض وضع موقف لمركبات عملائهم دون مقابل.

إشكالية الإثبات بالنسبة للقريئة في المادة الجزائية

قراءة في مضمون قرار المحكمة العليا الصادر عن قسم الجنج والمخالفات

بتاريخ 2002/06/04 ملف رقم: 256544 (نموذجاً)

الأستاذ كوسة عمار

محام بمنظمة المحامين ناحية سطيف

مقدمة:

يعرف عن القاضي بأنه يحترف فن إنهاء ووضع حد للدعاوى والمنازعات، وهذا الفن يقتضي بطبيعة الحال من صاحبه، أن يتقن ويجيد البحث عن الدليل والتعامل معه، ومن ثم ترتيبه من حيث الأهمية، ودوره في الإثبات للوصول إلى حكم يستقيم مع القانون وقواعد العدالة، وكمحصلة نهائية ينال رضا المجتمع، باعتبار أن هذا الأخير صادراً باسمه، ولكن في بعض الأحيان، قد يجد القاضي نفسه حائراً وعاجزاً عن بناء وتسبيب حكم جزائي ما، بالاعتماد على أدلة الإثبات التقليدية، وهذا بالنظر إلى استحالة الحصول على هاته الأخيرة أو أنها أصبحت في ذاتيتها وخصوصيتها، لا تساير النسق والطريقة التي ارتكبت بها الجريمة، وهذا بالنظر للتطور الرهيب والمطرّد في أسلوب واحترافية ارتكابها، بعد أن يتم الاعتماد في اقترافها على أحدث ما وصلت إليه التكنولوجيا من طرائق وأساليب، مما يحتم على القاضي في سبيل مساندة هذه قفزة والنقلة النوعية في أسلوب الاقتراح، إجادة التعامل مع المعطيات، إن لم نقل الأدلة التي يوفرها له المحققون والخبراء، والتي تضاهي وتحاكي هذا التطور ومحاولة موازنتها، مع ما هو مقبول وجائز من أدلة الإثبات التي تم تنصيب عليها في قانون الإجراءات الجزائية أو القوانين الخاصة المكملّة له، وعليه فإن مسألة الموازنة هاته تطرح إشكاليات عملية أمام القاضي في التأسيس لحكمه، على

اعتبار أن أصول المحاكمات الجزائية -المادة 212 من قانون الإجراءات الجزائية - تقتضي وتفرض علي القاضي أن يبني حكمه على الدليل ولا شيء سواه، مما يعني بمفهوم المخالفة أن الأدلة المستنبطة تكنولوجيا وعلميا هي في نظر القانون مجرد قرائن، لا تكفي أو ترقى لأن تكون أساسا يعتمد عليه في تكوين وبلورة حكما جزائيا سليما وصائبا من الناحية الموضوعية والقانونية، الأمر الذي ذهب إليه المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ: 2002/06/04 ملف رقم: 256544، حينما اعتبرت في محتواه، أن البصمة باعتبارها أحد الطرق العلمية الحديثة في الكشف عن مرتكب الجريمة، هي مجرد قرينة تحتاج إلى دليل قضائي يدعمها، وعليه فإن هذا القرار بحديثه عن القرينة، فهو يحاول تصنيف أدلة الإثبات من حيث الدرجة، فهناك دليل كامل له مكانته الخاصة، ويلعب دورا حاسما في النزاع، وهناك دليل يأخذ مكانة القرينة، وبالتالي فهو أدنى مرتبة ودليلا ناقصا، يحتاج إلي من يكمله، وعليه ولمناقشة هذه الجزئية، يتعين علينا عرض حال لحديثات هذا القرار ثم التوقف عند النقطة والمسألة القانونية التي يطرحها، مروراً بالمفهوم القانوني للقريئة في المادة الجزائية، ووصولاً إلي الاستنتاج المستخلص، وانتهاء ببعض الاقتراحات التي نراها من وجهة نظرنا الخاصة ضرورية وواجبة الاستدراك عند تحيين وإعداد جملة القوانين، التي تتناول أدلة الإثبات بالتنظيم.

أولا/ عرض حال لوقائع وحيثيات القرار:

إن المحكمة العليا

فصلا في الطعن بالنقض المقدم من طرف السيد النائب العام لدي مجلس قضاء ورقلة، ضد القرار الصادر ببراءة المتهم (ل، ن) -المدعي عليه في الطعن، والذي كان ملاحقا علي أساس ارتكاب جنحة السرقة طبقا للمادة 350 من قانون العقوبات.

حيث أن طعن النائب العام قد بلغ للمتهم عملاً بنص المادة 510 من قانون الإجراءات الجزائية، وحيث أن النيابة معفاة من دفع الرسم القضائي. وحيث أن السيد النائب العام لدي مجلس قضاء ورقلة، أودع تقريراً ضمنه وجهين اثنين للنقض.

وحيث أن السيد النائب العام لدي المحكمة العليا قدم التماسات مكتوبة، ترمي إلى التصريح بنقض القرار.

في الشكل:

حيث أن الطعن بالنقض المقدم من طرف السيد النائب العام، قد استوفي أوضاعه القانونية والشكلية يتعين -حينئذ قبوله شكلاً-.

في الموضوع:

بدعوى أن القرار المطعون فيه، قد صادق علي الحكم المستأنف القاضي ببراءة المتهم، رغم أنه يوجد بالملف خبرة علمية حررت من طرف الشرطة العلمية، تثبت أن البصمات الماخودة من مكان الجريمة تتطابق تماماً مع بصمات المتهم، وهذا دليل قطعي وجازم، ولا يمكن إنكاره إلا بدليل عكسي.

- كما وأنه، ومن خلال وجه ثاني، يعاب علي القرار موضوع الطعن بالقصور في التسبيب بدعوى أن القرار المطعون فيه لم يناقش الوقائع مناقشة قانونية، ولقد ذهب الطاعن إلى مناقشة الوقائع، وكذا مناقشة صحيفة السوابق القضائية الخاصة بالمتهم.

- حيث أنه يجب التذكير أن مناقشة الوقائع وتقديرها، هي من اختصاص قضاة الموضوع وحدهم، كما جاز لهم إثبات الجرائم أو نفيها، بأي طريق من طرق الإثبات عملاً بأحكام المادة 212 من قانون الإجراءات الجزائية، وكل ما مطلوب منهم هو إبراز الكيفية التي وصلوا بها لتكوين اقتناعهم، وذلك من خلال تسبيب كاف حسب ما تقتضيه المادة 379 من قانون الإجراءات الجزائية.

- كما انه، يجب الملاحظة أيضا بان كل خبرة شأنها شأن الوسائل الأخرى للإثبات، فهي حينئذ تخضع للسلطة التقديرية المخولة لقضاة الموضوع وحدهم.

- حيث أن القول بأن البصمات وحدها لا ترقى إلى دليل، وإنما قرينة تحتاج إلى دليل قضائي يدعمها، يعد ذلك التسبب تسببا كافيا حسب مفهوم المادة 379 من قانون الإجراءات الجزائية السالفة الذكر.

- وبقضائهم كما فعلوا، فإن قضاة الموضوع، قد طبقوا أيضا صحيح القانون، مما يجعل الوجهين معا غير سديدين، يتعين التصريح برفضهما، ونتيجة لذلك التصريح برفض الطعن.

فلهذه الأسباب

تقضي المحكمة العليا:

بقبول الطعن شكلا، وبرفضه موضوعا...

ثانيا/ حول النقطة أو المسألة القانونية التي يطرحها القرار:

يتضح ويستبان من خلال استقراء وتحليل وقائع ومعطيات القرار، أن قضاة المحكمة العليا قد اعتبروا، أن الأدلة المستخلصة علميا - من خلال اتخاذ البصمة نموذجا -، هي مجرد قرينة وبالتالي فهي على هذا النحو لا ترقى لأن تكون دليلا مكتمل الأركان، حتى يصلح لأن يشكل قناعة للقاضي يبني عليها حيثيات تسبب حكمه، بل والأكثر من ذلك، فقد أشارت إلى جزئية غاية في الأهمية، وهذا حينما اعتبرت أن هذه القرينة تحتاج إلى دليل يكملها، الشيء الذي يطرح معه مسألة أهمية القرينة من حيث الإثبات، ما دامت أنها تحتاج في كل الأحوال إلى دليل مستقل عنها، وهو الأمر الذي يستدعي منا الوقوف عند مفهوم مصطلح القرينة، وهل خصها المشرع الجزائي بأحكام، من خلال التنصيص عليها في قانون الإجراءات الجزائية والقوانين الخاصة الأخرى المكملة له .

ثالثا/ حول مفهوم مصطلح القرينة ومكانها من التشريع الجزائي:

- إن القرينة التي تحدث عنها القرار السابق عرضه، لم يخصصها قانون الإجراءات الجزائية أو قانون العقوبات بأية أحكام أو قواعد، على عكس من ذلك، نجد أن مصطلح القرينة تكلم عنه القانون المدني، من خلال إفراده بجملة من الأحكام والقواعد، تجسدت من خلال المواد من 337 إلى 340 منه، في حين أن كلا من الجانبين (قانون الإجراءات الجزائية وقانون العقوبات من جهة والقانون المدني من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والقانون المدني من جهة أخرى)، لم يأتي بتعريف لهذا المصطلح، الذي يبقى مصدر تعريفه الوحيد هو المشرع الفرنسي من خلال المادة 1349 من القانون المدني الفرنسي، حينما عرفه بقوله: هو النتائج التي يستخلصها القانون أو القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة.

- رابعا/ الاستنتاج المتوصل إليه:

إن غياب أي تعريف قانوني لمفهوم مصطلح القرينة، وحصر مجمل الأمور التي تقع في إطارها ونطاقها، وكذا تحديد درجتها وأثرها من حيث الإثبات، يضيف عليها طابعا من اللبس والغموض، ويجعل منها مجرد واقعة مادية تحتاج في كل الأحوال إلى دليل يكملها (الشيء الذي ذهبت إليه المحكمة العليا في القرار السالف ذكره)، مما يستتبع معه طرح إشكالية عملية عويصة أمام القاضي الجزائي عند التعامل معها، وهذا بطبيعة الحال لغياب مجمل هذه الضوابط، الأمر الذي يستدعي معه تدخلا من المشرع لسد هذا الخلل والنقص التشريعي لتسهيل مهمة وعمل القاضي، خاصة إذا علمنا أن هذا الأخير رهين قاعدة فقهية وقانونية تلزمه بتفسير النصوص التشريعية تفسيرا ضيقا، وبما يخدم مصلحة المتهم.

خامساً/ حول النقائص التي نراها ضرورية وواجبة الاستدراك في أي تعديل تشريعي:

إن الإجراءات واجبة الاستدراك في أي تعديل عند تحيين مختلف النصوص القانونية، التي تحكم أصول المحاكمات الجزائية، وهذا حتى تنسجم هذه الأخيرة مع مختلف التطورات الحاصلة في طرائق وأساليب وظروف ارتكاب الجرائم (بالاعتماد دائماً على أحدث ما توصلت إليه التكنولوجيا)، تتجسد اختصاراً في ما يلي :

- إعطاء مفهوم قانوني لا يشوبه أي لبس أو غموض، فيما يخص مصطلح القريضة (حتى نساير مختلف التشريعات المقارنة والتشريع المدني الفرنسي نموذجاً ماثلاً من خلال ما أسلفنا ذكره)، وتقسيمها كما هو الشأن في أحكام القانون المدني إلى قرائن قانونية وقرائن قضائية، ووضع بذلك الضوابط والآليات الخاصة بكل قسم.

- تحديد أهمية ومرتبة القريضة في الإثبات، بحسب نوع المجال الذي ترتبط به، وبالتالي رسم وإعطاء الإطار القانوني الذي تدور في فلكه، وهذا حتى نسهل من مهمة القاضي عند بناء قناعته، لأنه توجد بعض الجرائم الدليل العلمي فيها قطعي الإثبات، ويصلح لوحده أن يكون دليلاً لإدانة، دون ما الحاجة إلى دليلاً آخر يكمله.

- ترتبط القريضة غالباً بالدليل العلمي، والمفهوم الاصطلاحي لها، يعطي الانطباع بأن القاضي يعتمد في استخلاصها، إلى إعمال وتحكيم القدرة الذهنية والاستنتاجية، مما يحتم في هذا الشأن إخضاع القاضي إلى دورات تكوينية، تصيغ وتتيح له الإطلاع والتحكم في ما وصلت إليه العلوم الحديثة، في كيفية البحث والكشف عن الجرائم والأدلة المستنبطة منها، ودرجة قوتها من حيث الإثبات، وهامش الخطأ والظنية فيها.

- التوسيع من نطاق أدلة الإثبات، والخروج بها من الطابع الكلاسيكي والمفهوم التقليدي الجاف والجامد، عن طريق استحداث ما يسمى بالشهود الخبراء في التعامل مع الجرائم ذات الطابع العلمي والتكنولوجي البحت، وهم الشهود الذين يكون لهم دور منتج وحاسم في مسألة الإثبات، بشرط أن يخصهم المشرع بأحكام صارمة، تحكم وتنظم مهامهم وتلزم حضورهم أثناء جلسات المحاكمة، لتوضيح ما توصلوا إليه، وهذا حتى تسهل بالمقابل مأمورية مناقشتهم من قبل أطراف الخصومة الجزائية، تحقيقاً لمبدأ العلنية والوجاهية التي تستوجبها شروط المحاكمة العادلة.

الخاتمة:

تظهر أهمية وخصوصية التميز بين الدليل والقرينة في الغالب الأعم، في حدود فك الإبهام واللبس الذي يشوب مفهوم القرينة، وذلك من خلال سد النقص التشريعي الحاصل في المنظومة القانونية الجزائية، عن طريق سن ترسانة قانونية توضح بالمجمل قواعد الإثبات ومختلف التصنيفات التي تخضع لها، وهذا بخصها بضوابط علمية وقانونية، خصوصاً في فك الارتباط الحاصل بين مفهوم الدليل والقرينة، حتى يسهل للقاضي عملية استنباطهما واعتماد عليهما في عملية إسناد أو نفي الجرم عن المتهم، وعلي ضوء هذه الجزئية المهمة يسوغ له إصدار حكم قضائي يستقيم مع قواعد الإنصاف والعدالة، وهو الحكم الذي يبعث بطبيعة الحال عنصر الرضى والاطمئنان في نفسية المتقاضى، والمجتمع ككل تحقيقاً لفكرة الأمن القانوني والقضائي، لأن القاضي في جميع الأحوال محكوم بقاعدة فقهية وقضائية تقول أن الأحكام القضائية تبني على أساس من الجزم واليقين ولا تبني على مجرد الشك والتخمين.

التقاضي في المادة الإدارية وإشكالاته

الدكتور بشير الشريف شمس الدين،

أستاذ محاضر قسم أ بجامعة محمد لمين دباغين سطيف 2

مقدمة:

تشكل الدعوى الإدارية الوسيلة القانونية لحماية مبدأ المشروعية الإدارية اقتضاء الحقوق أو حمايتها في مواجهة مختلف السلطات الإدارية في الدولة. يتسم التقاضي في المادة الإدارية ببعض الخصوصيات مردها أساسا إلى الطبيعة الموضوعية لدعوى الإلغاء كدعوى تستهدف صيانة مبدأ المشروعية في حد ذاته وكذلك إلى العلاقة غير المتكافئة بين طرفيها، حيث تظهر الإدارة بحكم تمتعها بامتيازات السلطة العمومية واستئثارها بأدلة الإثبات في مركز أقوى من مركز المدعي.

تظهر هذه الخصوصيات للتقاضي في المادة الإدارية سواء على صعيد مرونة أو ليبرالية قواعد قبول الدعوى أو على صعيد الدور الفعال للقاضي في تحقيقها أو على صعيد سلطاته للحكم فيها. بالنظر إلى سعة قواعد التقاضي الإدارية ستقتصر المداخلة فقط على التطرق إلى مرحلة قبول الدعوى وما تثيره من خصوصيات وإشكالات.

لبحث هذه الجزئية سيتم التطرق إلى شروط القبول المتعلقة بأطراف الدعوى، ثم إلى الشروط المتعلقة بعريضة الدعوى.

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بأطراف الدعوى الإدارية
أولا- المصلحة في التقاضي

يشترط لقبول الدعوى الإدارية الرامية سواء إلى إلغاء قرار إداري معين أو تعديله أو التعويض عن أضرار معينة لحقت الطاعن من جراء مختلف الأعمال الإدارية، أن يستند هذا الأخير إلى مصلحة كافية تبرر طعنه تطبيقاً للقاعدة الإجرائية "لا دعوى دون مصلحة" *pas d'intérêt pas d'action*.

تعرف المصلحة في التقاضي بأنها الفائدة العملية التي يمكن أن تعود على المدعي من وراء دعواه، ومن ثم فهي تنتج في المادة الإدارية من الضرر الذي أصاب المركز القانوني للطاعن من جراء العمل الإداري المنازع فيه. تساهم المصلحة بهذا المعنى في عقلنة أو ضبط العمل القضائي، من خلال تجنب إزدحام الجهات القضائية الإدارية بدعاوى حسبة لا يستند الطاعنون فيها إلى مصالح شخصية تبرر طعونهم.

يميز القضاء الإداري في مجال تقدير شرط المصلحة بين دعاوى القضاء الكامل ودعاوى الإلغاء، حيث يشترط بالنسبة للأولى وجود حق ذاتي للطاعن تم الاعتداء عليه بفعل العمل الإداري، في حين يكتفي بالنسبة للثانية بمعاينة ما إذا كان الطاعن يوجد في وضعية قانونية تجعل القرار الصادر قابلاً للمساس بها، بمعنى يكتفي بمجرد وجود "مصلحة خفيفة" *un intérêt froissé* على حد تعبير مجلس الدولة الفرنسي لقبول الطعن، وذلك تأسيساً على أن دعوى الإلغاء هي دعوى موضوعية تستهدف حماية مبدأ المشروعية، مما يبرر التوسع في قبولها.

ويشترط في المصلحة المعتبرة قانوناً لقبول الدعوى الإدارية جملة من الشروط، هي:

- أن تكون شخصية: بمعنى أن تستند إلى مركز قانوني أو حق شخصي للطاعن. يمنع هذا الشرط ممارسة دعاوى الإلغاء للدفاع المجرد عن المشروعية، كأن يثير الطاعن مثلاً صفته كمواطن أو كمستهلك أو كمنتخب.

غير أنه استثناء من هذا الأصل، أجاز مجلس الدولة الفرنسي الاستناد إلى بعض الصفات لمنح المصلحة للطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية، كصفة دافع الضريبة على المستوى المحلي، صفة مستعمل المرفق العمومي، صفة ممارس المهنة،... الخ لمنح المصلحة في التقاضي.

- أن تكون مباشرة: أي أن يكون الضرر اللاحق بالمركز القانوني للطاعن قد تأتى بصفة مباشرة من العمل الإداري المنازع فيه.

- أن تكون مشروعة: أي تستند إلى وضعية يقرها القانون وغير مخالفة للنظام العام والآداب العامة، لذلك لا تقبل مثلا الدعوى المرفوعة من الشاغل لسكن وظيفي دون سند قانوني.

- أن تكون محققة: أي أن تكون الفائدة العائدة على المدعي من وراء دعواه مؤكدة وليست محتملة. يتوافر شرط المصلحة المحققة حتى لو كانت الفائدة المنتظرة من الدعوى مستقبلية، أي غير حالة غير أنها مؤكدة التحقق في المستقبل.

إذا تحققت هذه الشروط، توافر شرط المصلحة المعتبر قانونا لقبول الدعوى الإدارية، ليستوي بعد ذلك أن تكون هذه المصلحة مادية أو أدبية، فردية أو جماعية، خاصة أو عمومية.

ثانيا - الصفة في التقاضي

تعرف الصفة في التقاضي la qualité à agir بأنها القدرة القانونية على إخطار القاضي بالإدعاء أو على المثول أمامه لتلقيه، ومن ثم فهي السند القانوني لتفعيل حق التقاضي. يشترط لقبول الدعوى الإدارية أن تتوافر الصفة في التقاضي لكل من المدعي والمدعى عليه على حد سواء، وذلك إعمالا للأصل الإجرائي القاضي بوجوب رفع الدعوى من ذي صفة وعلى ذي صفة.

بالنسبة لصفة المدعي في الدعوى الإدارية، فهي تثبت من حيث الأصل لصاحب المصلحة الشخصية والمباشرة، بمعنى أن الصفة هنا تندمج في

شرط المصلحة، لذلك تفقد ماهيتها كشرط مستقل لقبول الدعوى الإدارية. يعبر الفقه عن هذه الحالة بقريئة الصفة *la présomption de la qualité*، كما جرت قرارات مجلس الدولة الفرنسي على استعمال عبارة "المصلحة التي تعطي الصفة *l'intérêt donnant qualité à agir* لتوصيف هذه الوضعية الإندماجية.

غير أنه استثناء من هذا الأصل، يمكن أن ينفصل أو يستقل شرط الصفة عن شرط المصلحة في حالة أساسية، هي الحالة التي يمنح فيها القانون (وفي بعض الأحيان القاضي الإداري بحكم دوره الاجتهادي) صفة التقاضي لشخص معين ليس له مصلحة شخصية ومباشرة في الدعوى، كما هو الحال مثلا بالنسبة لدعاوى النقابات الموجهة للدفاع عن المصالح الفردية لأعضائها. بمعنى أن شرط الصفة هنا استخدم من طرف المشرع كتقنية لتوسيع دائرة الأشخاص المؤهلين للتقاضي في مسألة معينة.

أما بالنسبة للمدعى عليه في الدعوى الإدارية، وهو غالبا سلطة إدارية، فتثبت له الصفة لتلقي الدعوى إذا كان صاحب العمل الإداري الماس بالمركز القانوني للطاعن أو بحقه الذاتي شريطة طبعاً تمتعه بالشخصية المعنوية التي تمنحه حق التقاضي *le droit d'agir* حسب المادة 50 من القانون المدني.

ثالثا - الصفة في التقاضي والصفة في التمثيل

ينبغي عدم الخلط بالنسبة للمدعى عليه في الدعوى الإدارية بين الصفة في التقاضي *la qualité à agir* التي تثبت للشخص المعنوي ذاته مصدر الاعتداء على المركز القانوني للطاعن، والصفة في التمثيل *la qualité à représenter* التي تتوافر للشخص الطبيعي المؤهل لتمثيل هذا الشخص المعنوي أو التصرف بإسمه أمام القضاء.

يترتب على هذا التمييز بين صفة الشخص المعنوي ذاته (الصفة في التقاضي) وصفة ممثله القانوني (الصفة في التمثيل) أثرا قانونيا هاما، يظهر

على مستوى الجزاء المترتب على تخلف كل منهما، حيث تتعلق الصفة بشروط قبول الدعوى، ومن ثم يؤدي تخلفها إلى الحكم بعدم قبول الدعوى، بينما يتعلق التمثيل القانوني بإجراءات مباشرة الخصومة، ومن ثم يترتب على عدم صحته الحكم ببطلان إجراءات الخصومة وليس عدم قبول الدعوى تطبيقاً لنص المادة 64 من ق.إ.م.إ، هذا بالإضافة إلى إمكانية تصحيح العيب الذي لحقه أثناء سير الدعوى.

وفي هذا الإطار، حددت المادة 828 من ق.إ.م.إ الأشخاص المؤهلين لتمثيل الأشخاص المعنوية العامة أمام القضاء الإداري، وذلك كما يلي:

1- الدولة: يقع تمثيلها أمام القضاء من حيث الأصل من طرف الوزير المعني، أي الوزير الذي يندرج النزاع في قطاعه. غير أنه استثناء من هذا الأصل، يمكن أن تتقرر الصفة لتمثيل الدولة أمام القضاء لجهات أخرى غير الوزير، وذلك في حالتين، هما:

* حالة التأهيل القانوني *l'habilitation légale*: تتحقق عندما يؤهل نص معين (قانون أو تنظيم) جهة أخرى غير الوزير لتمثيل الدولة أمام القضاء الإداري، كما هو الحال مثلاً بالنسبة ل:

- المادة 280 من قانون الجمارك رقم 79-07 المؤرخ في 21 جوان 1979 المعدل والمتمم، والتي أعطت الصفة لتمثيل الدولة أمام القضاء في الدعاوى التي تكون فيها إدارة الجمارك طرفاً لأعوان هذه الأخيرة لاسيما قابضي الجمارك.

- المادة 111 من المرسوم التنفيذي رقم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، حيث أعطت الصفة لتمثيل الدولة في الدعاوى المتعلقة بالسجل العقاري للوالي.

- المادة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 98-276 المؤرخ في 12/09/1998، والتي أهلت مفتشي البيئة للولايات لتمثيل الإدارة المكلفة بالبيئة أمام العدالة.

- تأهيل المدير الولائي للضرائب بمقتضى قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة لتمثيل الدولة أمام القضاء الإداري على المستوى المحلي في الدعاوى الضريبية.

- **حالة تفويض التمثيل la délégation de la représentation:**
تتحقق في حالة قيام الأصيل بتفويض اختصاصه التمثيلي للدولة أمام القضاء إلى أحد مروسيه، كما هو الحال مثلا بالنسبة لعدد القرارات الوزارية التي فوض بمقتضاها الوزراء صلاحيتهم التمثيلية على المستوى المحلي لرؤساء المصالح الخارجية أو المدراء التنفيذيون (قرار وزير المالية المؤرخ في 20/02/1999 الذي فوض التمثيل على المستوى المحلي لكل من مدير أملاك الدولة والمدير الولائي للحفظ العقاري، قرار وزير التربية الوطنية المؤرخ في 03/08/1999 الذي فوض التمثيل لمديري التربية بالولايات، قرار وزير الشؤون الدينية والأوقاف المؤرخ في 13/03/2011 الذي فوض التمثيل لمديري الشؤون الدينية والأوقاف بالولايات، قرار وزير الفلاحة والتنمية الريفية المؤرخ في 27/05/2014 الذي فوض التمثيل لمديري المصالح الفلاحية ومحافظي الغابات للولايات،...الخ).

وينبغي الإشارة هنا بالنسبة للمصالح الخارجية للوزارات، أو كما تسمى كذلك بالمديريات التنفيذية أو المصالح غير الممركزة للدولة، أنها لا تتمتع بالشخصية المعنوية، ومن ثم ليس لها حق التقاضي حسب المادة 50 من القانون المدني، لذلك لا يمكن تحت طائلة عدم القبول أن ترفع الدعاوى ضدها مباشرة، بل ترفع ضد الدولة بوصفها الشخص المعنوي الذي تتبعه هذه المصالح، على أن تمثل الدولة في هذه الحالة إما بواسطة صاحب

التمثيل الأصيل (الوزير) أو صاحب التمثيل المؤهل (الوالي مثلا في حالة وجود نص التأهيل) أو صاحب التمثيل المفوض (المدير التنفيذي المعني في حال وجود قرار التفويض). (مثال: لفائدة أ ضد الدولة، ممثلة في الوالي وليس لفائدة أ ضد الوالي، كون الوالي هنا صاحب صفة في التمثيل فقط لا صفة في التقاضي)

وفي هذه الحالة الأخيرة (حالة التفويض)، يجب أن تتضمن العريضة أو مذكرة الدفاع ذكر المفوض والمفوض له على حد سواء. (مثال: لفائدة أ ضد الدولة، ممثلة في وزير المالية وبتفويض منه مدير الحفظ العقاري لولاية سطيف وليس لفائدة أ ضد الدولة، ممثلة في مدير الحفظ العقاري لولاية سطيف).

2- الولاية والبلدية: لا يثير تمثيلهما أمام القضاء الإداري أي إشكال، حيث يتقرر على التوالي لكل من الوالي ورئيس المجلس الشعبي البلدي.

3- المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري: لا يثير تمثيلها أمام القضاء كذلك أي إشكال، حيث يثبت لممثلها القانوني بحسب نص إنشائها.

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالعريضة

يمكن تقسيمها إلى شروط عامة، وأخرى خاصة.

أولا- الشروط العامة:

تتمثل في وجوب رفع الدعوى الإدارية بمقتضى عريضة افتتاح دعوى تستوفي الشروط الآتية:

- أن تكون مكتوبة؛

- أن تكون مؤرخة؛

- أن تكون موقعة من قبل محام مقبول قانونا، لأن التمثيل بمحام إجباري في المادة الإدارية باستثناء الدعاوى التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها، حيث يمكن

توقيع العريضة في هذه الحالة من قبل ممثلها القانوني. يترتب على تخلف هذه الشكلية عدم قبول العريضة إلا إذا تم تصحيحها أثناء سير الدعوى؛

- أن تكون محررة بعدد من النسخ يساوي عدد المدعى عليهم؛

- أن تتضمن البيانات المنصوص عليها في المادة 15 من ق.إ.م.إ. يترتب على

تخلف أحد هذه البيانات عدم قبول العريضة شكلا، غير أنها قابلة للتصحيح أثناء سير الخصومة.

- إشهار العريضة لدى المحافظة العقارية إذا تعلق بعقار و/أو بحق

عيني عقاري مشهر، وتقديمها في أول جلسة ينادى فيها على القضية تحت طائلة عدم قبولها شكلا، ما لم يثبت إيداعها للإشهار.

- أن تودع خلال الأجل المحدد لرفع الدعوى الإدارية (المادة 829 و830

من ق.إ.م.إ.).

ثانيا - الشروط الخاصة:

تتمثل فيما يلي:

- شرط التظلم الإداري المسبق: الأصل فيه أنه لم يعد شرطا لقبول

الدعوى الإدارية تطبيقا لنص المادة 830 من ق.إ.م.إ. التي جعلت منه اجراء

اختياريا يمكن للمدعي اعماله أو اهماله وفقا لسلطته التقديرية. غير أنه

استثناء من هذا الأصل جعلت بعض النصوص القانونية الخاصة من التظلم

الإداري المسبق شرطا لقبول بعض صور الدعاوى الإدارية، أخصها الدعاوى

الضريبية ودعاوى الصفقات العمومية.

- أن ترفق العريضة الرامية إلى إلغاء أو تفسير أو تقدير مدى مشروعية

قرار إداري تحت طائلة عدم القبول بالقرار الإداري المطعون فيه، ما لم

يوجد مانع مبرر. يرجع هذا المانع في الواقع إما لكون القرار المطعون فيه قرارا

سلبيا (قرار بالرفض) مستخلصا من سكوت الإدارة عن الرد عن طلب

للمدعي، وإما لامتناع الجهة الإدارية عن تمكين المدعي من هذا القرار، وفي

هذه الحالة الأخيرة يأمرها القاضي المقرر بتقديمه في أول جلسة، ويستخلص النتائج المترتبة على هذا الامتناع حسب المادة 819 من ق.إ.م.إ، أي يعتبره قرينة على صحة مزاعم المدعي من شأنها قلب عبئ الإثبات ليقع على عاتق الإدارة.

أما بالنسبة للدعوى التي يكون فيها التظلم الإداري المسبق شرط لقبولها، فالمقصود بالقرار المطعون فيه الذي يتعين إرفاقه مع العريضة هو القرار السابق، أي القرار الصادر في التظلم، وليس القرار الأصلي.

- تحرير العريضة على ورق مدموغ بالنسبة لدعوى الضرائب المباشرة، وهي كذلك شكلية قابلة للتصحيح أثناء سير الخصومة.

الفرع الثالث: طبيعة القواعد المتعلقة بقبول الدعوى

تعتبر القواعد المتعلقة بقبول الدعوى الإدارية من النظام العام، ومن ثم يمكن إثارتها في أية مرحلة تكون عليها الدعوى، كما يجوز للقاضي الإداري إثارتها تلقائياً.

غير أن هذا التعلق لقواعد القبول بالنظام العام لا يعني عدم قابليتها للتصحيح أثناء سير الخصومة، وفي هذا الإطار نميز بين القواعد غير القابلة للتصحيح وتلك القابلة للتصحيح.

* قواعد القبول غير القابلة للتصحيح: تتمثل في حالات عدم القبول التي تستعصي بطبيعتها على التصحيح، وهي: رفع الدعوى خارج الأجل المحدد قانوناً، عدم تقديم التظلم الإداري المسبق قبل رفع الدعوى في حال وجوبه قانوناً (كما في حالة دعاوى الصفقات العمومية أو الدعاوى الضريبية)، رفع دعوى الإلغاء ضد تدبير ليس له صفة القرار الإداري (عمل تحضيرى أو تدبير تنظيم داخلي مثلاً).

* قواعد القبول القابلة للتصحيح: تقبل بعض صور عدم القبول التصحيح اللاحق أثناء سير الخصومة، وذلك سواء بمبادرة من الطرف المعني أو بدعوة من القاضي. نميز بشأن هذه القواعد بين صورتين، هما:

- صورة التصحيح الواجب قبل انقضاء الأجل المحدد لرفع الدعوى: تتعلق هذه الصورة بالحالة التي لا تثير فيها عريضة الدعوى أي وجه طبقا لنص المادة 817 من ق.إ.م.إ، أي عندما تفتقد هذه العريضة إلى عرض الوسائل أو الأسباب التي يتأسس عليها الطعن. يمكن تصحيح هذه العريضة من خلال إيداع مذكرة إضافية شريطة أن يتم ذلك قبل انقضاء الأجل المحدد لرفع الدعوى (أربعة أشهر من تاريخ التبليغ أو النشر حسب المادة 829 من ق.إ.م.إ).

- صورة التصحيح الذي يمكن أن يتم حتى بعد انقضاء أجل رفع الدعوى: تتعلق هذه الصورة بالعرائض المشوبة بعيب يرتب عدم القبول، كتلك غير الموقعة أصلا، أو غير الموقعة من قبل محام أو غير المرفقة بالقرار الإداري المطعون فيه، وألتي تخلف فيها أحد البيانات الشكلية،...الخ. حيث حضرت المادة 848 من ق.إ.م.إ على المحكمة الإدارية رفض هذه العرائض وإثارة عدم القبول التلقائي إلا بعد دعوة المعنيين إلى تصحيحها ومنحهم لهذا الغرض أجلا لا يقل عن 15 يوما باستثناء حالة الاستعجال.

يلزم الإشارة هنا إلى أن سلطة القاضي بشأن الامتثال لهذا الالتزام هي سلطة مقيدة لا تقديرية وذلك تحت طائلة عدم قدرته على إثارة عدم القبول تلقائيا.

الخاتمة:

نخلص في ختام هذه المداخلة إلى تقديم بعض التوصيات الرامية إلى إصلاح بعض أوجه القصور المعينة في الموضوع، هي:

- تنظيم شروط قبول الدعوى الإدارية بنص خاص ضمن الكتاب الرابع من ق.إ.م.إ، وذلك تماشياً مع الخصوصية المعترف بها لهذه الشروط في المادة الإدارية لاسيما في إطار دعاوى الإلغاء؛
- تنظيم مسألة تمثيل الدولة أمام القضاء الإداري بنص أكثر تفصيل ضمن الكتاب الرابع من ق.إ.م.إ.
- النص على منح صلاحية تمثيل الدولة أمام القضاء فيما يخص نشاط المصالح غير الممركزة للوالي بوصفه الجهة المنوطة قانوناً بتنسيق ورقابة أعمال هذه المصالح، وذلك باستثناء المصالح المستثناة من رفايته بمقتضى المادة 111 من قانون الولاية (التكوين في مجال التربية والتكوين والتعليم العالي، وعاء الضرائب وتحصيلها، الرقابة المالية... الخ) والتي يبقى تمثيلها أمام القضاء من سلطة الوزير المعني أو من يفوضه لهذا الغرض.
- نوصي القاضي الإداري بأعمال منهج المرونة في تقدير شرطي المصلحة والصفة، وفي إجازة تصحيح عيوب العريضة المرتبة لعدم القبول، وذلك بغرض توسيع دائرة الحماية لمبدأ المشروعية الإدارية.

RESPONSABILITE PENALE DU MEDECIN CHIRURGIEN

المسؤولية الجزائية للطبيب الجراح

Professeur BOUCHENAK KAMEL

Introduction

La profession médicale est considérée comme l'une des plus nobles professions humaine car son message vise à préserver la santé physique et psychologique de l'être humain.

Ainsi Le médecin doit respecter l'intégrité du corps humain.

Le corps humain est intangible (ne doit subir aucune atteinte) sauf nécessité médicale et après consentement de ce dernier.

Le droit médical est aussi vieux que les premières civilisations qui ont marqué l'histoire de l'humanité. Il est entendu comme l'ensemble des règles juridiques applicables aux actions de la santé.

La Déontologie médicale: concept qui désigne des règles, des devoirs et des obligations. Elle régit les rapports des médecins avec leurs confrères et leurs malades (décret n°92-276 du 16 juillet 1992 (أخلاقيات مهنة الطب

Le juridique et le médical : deux mondes qui ne se connaissent pas?

القانونية والطبية: عالمان لا يعرف أحدهما الآخر

La méconnaissance par le monde médical de certains principes juridiques fondamentaux ⇒ Confusion et une certaine psychose à l'égard du judiciaire.

LES PRINCIPES JURIDIQUES

* L'égalité devant la loi « art 29 de la constitution »

* L'obligation pour les juges d'appliquer les lois en vigueur ART 147 de la loi fondamentale.

La responsabilité juridique des Chirurgiens et des Cliniques est un problème qui a continué sans cesse de prendre de l'ampleur depuis l'ouverture du système de santé au secteur libéral en 1988.

LES TEXTES JURIDIQUES. La référence en la matière est l'arrêt Mercier de 1936 et le Code Pénal algérien de 2015 .

L'arrêt Mercier rendu par la chambre civile de la Cour de cassation le 20 mai 1936 a instauré en droit civil une responsabilité de nature contractuelle dans le domaine médical, qui permet de faire reconnaître la faute d'un praticien lorsqu'un dommage est subi par un patient dans le cadre d'un acte médical.

* Le Code pénal algérien ne prévoit que la faute.

le Magistrat prend en compte les axes suivants pour prendre sa décision:

- Obligation de moyens et non de résultat
- Responsabilité individuelle ou partagée
- Lien de causalité directe ou indirecte
- Prise en compte des résultats de l'Expertise Médicale

Le Médecin et ses Obligations

Le Chirurgien est la personne titulaire d'un diplôme de docteur en médecine et d'un D.E.M.S dans la spécialité reconnue par l'Etat, son activité est bien réglementée.

Le code de santé publique définit les conditions pour l'accès à la profession de chirurgien.

Le candidat doit remplir cumulativement, compte tenu de certaines dérogations, 3 Catégories de conditions relatives à la possession d'un diplôme :

- la nationalité de l'intéressé
- son inscription au tableau de l'ordre des médecins
- le candidat ne doit pas être atteint d'une infirmité

L'indépendance du Chirurgien

Quelque soit son statut, le chirurgien doit jouir d'une indépendance absolue dans l'exercice de son art.

L'indépendance signifie selon l'association médicale mondiale que:

«les médecins (chirurgiens) doivent jouir de l'indépendance professionnelle leur permettant de soigner leurs patients sans interférence .»

Elle interdit aux tribunaux de reprocher aux médecins (chirurgiens) le choix fait par lui entre plusieurs méthodes admissibles de traitement.

Si le médecin jouit d'une liberté reconnue par la loi dans l'exercice de son art, il n'en demeure pas moins qu'il est aussi tenu par une série d'obligations.

- obligation de continuité des soins
- obligation d'assurances
- obligation de discrétion professionnelle
- obligation de moyen (de soigner avec science et conscience.)
- obligation de Résultat : atteindre le résultat promis (chirurgie esthétique)
- obligation d'information (consentement)
- obligation de surveillance et de sécurité (milieu psychiatrique)
- obligation technique des médecins (des soins attentifs)
- obligation du secret médical
- obligation de la clinique (fourniture des soins prescrits)

La Responsabilité Pénale médicale

La Responsabilité pénale médicale poursuit une finalité punitive; à l'inverse de la responsabilité civile qui tend à indemniser une victime.

Le Code Pénal réprime toutes les atteintes à l'intégrité corporelle, volontaire ou involontaire.

Le Procès pénal dans la faute Médicale

Il est du droit de tout citoyen qui estime avoir été victime d'un préjudice du fait du comportement de son médecin de s'en remettre à la justice de son pays.

Nul n'est censé ignorer la loi

La loi sanitaire n° 85/05 du 16 février 1985 dispositions pénales portant sur quelques infractions

- Les atteintes à l'intégrité corporelle volontaires et involontaires
- L'exercice illégal des professions de santé, est puni - conformément aux dispositions de l'article 243 du code pénal.
- Le refus de déférer aux réquisitions de l'autorité publique
- Rédaction de faux certificats
- Violation de secret professionnel
- La non-assistance à personne en danger
- Pratique de l'Avortement en dehors du cadre légal

Erreur et Faute

- L'Erreur est liée à un défaut de connaissance, d'ignorance الخطأ مرتبط بنقص المعرفة والجهل
- La Faute un défaut d'action, de performance خطأ قلة العمل . والأداء

Généralement liée à un manquement à :

القاعدة la règle

أخلاقية la morale

المعيار العلمي la norme scientifique

La faute médicale est le manquement à la règle

La Faute médicale

La faute Médicale caractérisée en droit pénal serait déterminée par le fait d'exposer autrui à un danger que ce soit par un acte positif

. يمكن تحديد الخطأ الطبي الخطير في القانون ou une abstention grave الجنائي

Celle-ci retrouve qu'il s'agit le plus souvent de fautes de négligence ou d'imprudence, exposant le patient à un risque que le médecin ne pouvait ignorer . إهمال أو استهتار يعرض المريض لخطر لا يستطيع الطبيب تجاهله

La faute médicale est définie juridiquement, comme étant "l'erreur que n'aurait pas commise un individu normalement avisé est suffisamment diligent placé dans les mêmes circonstances que l'agent du délit"

يُعرّف سوء الممارسة الطبية قانوناً على أنه "الخطأ الذي لم يرتكبه شخص مُبلغ بشكل طبيعي يتم وضعه بجدية كافية في نفس الظروف مثل مرتكب الجريمة

. Il ressort qu'à travers l'erreur le juge recherchera la faute خلال الخطأ سيبحث القاضي عن الخطأ

قرينة الخطأ La Présomption de faute

La présomption de faute repose sur des faits et qu'il est presque impossible pour le médecin de convaincre le Tribunal qu'il s'est comporté prudemment et l'oblige à faire la preuve d'une cause étrangère.

Les Tribunaux acceptent seulement la preuve d'un fait extrinsèque pour repousser la présomption de faute تقبل المحاكم فقط الأدلة الخارجية على الوقائع لدحض افتراض الخطأ

التزام . le médecin n'est astreint qu'à une obligation de moyens
الوسائل

Le médecin (chirurgien) est tenu de mettre en œuvre des soins consciencieux, attentifs et conformes aux données acquises de la science

Le médecin n'a, ni à identifier la cause précise du dommage, ni à rapporter la preuve spécifique d'un fait extrinsèque qui ne lui est pas imputable (faute de la victime, d'un tiers, force majeure)... لا يتعين على المدعى عليه ، من الناحية النظرية ، تحديد السبب الدقيق للضرر ، ولا تقديم دليل محدد على حقيقة خارجية لا تُنسب إليه (خطأ الضحية ، من طرف ثالث ، القوة القاهرة) ،

Il doit donc simplement prouver qu'il s'est comporté en personne raisonnablement prudente et diligente, et apporter une preuve générale d'absence de faute dans les moyens utilisés

Pour la Cour de cassation, l'existence d'un dommage permet de présumer l'existence d'une faute ; le médecin doit alors prouver qu'il n'a pas commis de faute .

وجود الضرر يجعل من الممكن افتراض وجود خطأ ؛ يجب على الطبيب بعد ذلك إثبات أنه لم يكن مخطئاً. إذا لم يتم تقديم هذا الدليل على عكس ذلك ، يتم إدانة الطبيب بمجرد إظهار الضرر.

Le Droit sanctionne la faute mais laisse la place à l'erreur et à l'aléa.

لكنه يترك مجالاً للخطأ والمصادفة. القانون يقر الخطأ.

L'EXPERTISE MEDICALE.

Il est clair que le Juge ne peut prendre de décision sans se référer aux conclusions de l'expertise médicale qu'il aura demandée.

L'Expertise Médicale doit exclusivement répondre, de façon technique et scientifique, aux questions posées par le Juge.

Elle nécessite non seulement une compétence avérée dans la Spécialité chirurgicale concernée, mais aussi une formation qualifiante, suivie d'une formation continue (obligatoire en France depuis 2014).

Une liste officielle des Experts nationaux, dans les diverses Spécialités, doit être établie par les organismes concernés (Ministères de la Justice et de la Santé, Conseil de Déontologie, Sociétés Scientifiques, Médecins Légistes).

Cette liste sera mise à la disposition des Tribunaux.

Le droit pour le Chirurgien de récuser un Expert, pour conflit d'ordre personnel.

La demande d'une contre-expertise, relevant actuellement et exclusivement de la décision du Juge, «devrait être revue»?

الخطأ الطبي في العمليات الجراحية

- L'obligation qui pèse sur le chirurgien est une obligation de moyens et non de résultat .

Pour être mise en cause, la responsabilité du chirurgien exige une faute, un dommage et un lien de causalité entre les deux .

- Ce qui compte pour les tribunaux, c'est que cette faute soit certaine.

- Le chirurgien est aussi tenu à une obligation d'information sur les éventuelles complications.

La faute technique

Le chirurgien seul décide de la technique opératoire et les tribunaux sont conscients de la part d'aléas inhérente à tout acte chirurgical.

Ce sont la maladresse et la négligence qui sont fautives. « L'oubli d'un corps étranger

LE GYNECOLOGUE OBSTETRICIEN.

- La Gynécologie-Obstétrique est l'une des Spécialités les plus exposées aux plaintes des patients.

- En Obstétrique, il s'agit de conduire un acte naturel, l'accouchement, et non de traiter une pathologie. C'est ce que perçoivent la parturiente et son entourage.

- Les motifs de plaintes sont ainsi nombreux. Même si, très souvent, le Spécialiste n'a commis aucune erreur ni faute.

- La législation (Loi sanitaire et Code Pénal) est souvent en retard sur la réalité des choses ou n'apporte pas de réponse satisfaisante.

LE CHIRURGIEN ESTHETIQUE.

La Chirurgie Esthétique est l'une des plus pourvoyeuses de plaintes. «obligation de résultat»

Ne pas omettre les clichés photographiques pré opératoires qui seront comparés à ceux qui seront pris en post opératoire.

La Responsabilité concernant le matériel Au bloc opératoire

Un certain nombre d'accidents peuvent survenir du fait surtout de l'utilisation d'appareils électriques et en premier lieu du bistouri électrique.

L'établissement de soins est responsable de l'entretien du matériel et peut d'ailleurs se retourner contre le fabricant pour vice de fabrication.

Le chirurgien est responsable de l'emploi qu'il fait du matériel.

C'est habituellement l'expertise qui déterminera le partage des responsabilités.

Conclusion

En chirurgie (comme dans les autres spécialités médicales), le risque zéro n'existe pas, en revanche, le risque EVITABLE existe.

il apparait clairement que parler de responsabilité juridique du Chirurgien revient à revoir, l'organisation des soins à ses différents niveaux et à ses différentes étapes, de manière à améliorer et pérenniser tout aussi bien la sécurité des patients que celle des Praticiens.

- Une révision approfondie et enrichissement des textes relatifs à la responsabilité des Chirurgiens, des Anesthésistes-Réanimateurs et des responsables des Etablissements Hospitaliers Privés ,Justice,

Déontologie, Ministère de la Santé, Affaires Sociales, Syndicats des Praticiens, Associations de malades, Sociétés Savantes.

- Une codification sérieuse de l'Expertise Médicale dans tous ses aspects

- Une implication réelle des Assureurs

- La mise en place de structures d'intermédiation décentralisées.

Création de procédures de médiation accessibles

et gratuites Afin de :

- Préserver la dignité et les droits des Patients.

- Protéger raisonnablement le Chirurgien qui ne saurait être traité comme un délinquant

- Organisation du Système National de Santé.

الخاتمة

يلتزم الطبيب الجراح اتجاه المريض ببذل العناية اللازمة عند إجراء العملية الجراحية له و يتخذ الاحتياطات اللازمة قبل إجراء العملية الجراحية

Bibliographie

2/ PR Abdelhafid Ossoukine; Docteur d'état en Droit « Du Droit Médical en général et de l'Ethique en particulier » 2021

1/ Patrick Lingibé; Vice-Président de la Conférence des Bâtonniers de France

3/ Hamza Benakoub « these de doctorat en sciences Juridiques 'Responsabilité pénale du chirurgien dans la législation Algérienne' »

4/ LES RESPONSABILITES JURIDIQUES DU CHIRURGIEN ET DE LA CLINIQUE.

TABLE RONDE. 7ème CONGRES DE L'AACL Alger 22 Février 2019

LES FILTRES DE LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE

Francis DELPEREE

Professeur de l'Université catholique de Louvain

Membre de l'Académie royale de Belgique

Sénateur honoraire

Il y a cinquante ans, presque jour pour jour, je prenais la parole à l'Université de Louvain. Je parlais au combat. Pacifiquement, s'entend. Je préconisais ni plus ni moins la création d'« une juridiction constitutionnelle en Belgique »¹. Je soulignais l'utilité d'une telle institution dans un État fédéral. Dix ans plus tard, la Constitution était modifiée. Une Cour appelée, d'abord, Cour d'arbitrage puis, plus tard, Cour constitutionnelle, voyait le jour. Trois ans plus tard, elle se mettait au travail.

Chacun s'est interrogé, à ce moment, sur le sort de la nouvelle institution. La Cour n'allait-elle pas être débordée par des recours en trop grand nombre ? Comment allait-elle s'y prendre pour gérer le « stock » et le « flux » ? N'y avait-il pas lieu d'installer un ou plusieurs « filtres » dans le cours des procédures de justice ?

Filtre... Un vieux mot français. Il date du XVI^e siècle. Il est proche d'un autre mot : « feutre ». C'est le bout d'étoffe qu'utilise l'alchimiste.

Il verse le liquide sur l'étoffe et le tissu opère comme un filtre à café ; il retient les impuretés qui s'étaient mêlées au liquide. Bref, c'est un système de tri .

Le mot filtre a aussi un sens figuré. Il s'entend de la démarche intellectuelle qui revient à examiner de près une idée, un document, un projet pour éliminer ce qu'il a de faux, d'imprécis ou d'incertain. Il s'entend aussi de l'institution qui opère ce tri .

Comme l'a dit l'un de mes collègues, Robert Andersen, par ailleurs président du Conseil d'État, le juge est là pour séparer le bon grain de l'ivraie. A l'occasion d'un premier examen, le juge va laisser passer les bons arguments. Il va, par contre, faire barrage aux arguments n'ont pour objet ou pour effet que de perturber ou de ralentir le fonctionnement de la justice .

Evidemment, des questions fondamentales surgissent à ce moment. Elles sont présentes dans le débat juridique mais aussi, n'ayons pas peur des mots, dans le débat politique. Ces questions se résument en deux mots. Pourquoi ? Comment ?

Pourquoi filtrer ? De quoi a-t-on peur ? Ou de qui a-t-on peur ? Le filtre est-il un « gage de qualité » du travail juridictionnel ? Ou n'est-il pas un frein, peut-être même un obstacle dirimant, à l'émergence de la vérité constitutionnelle ? Le filtre sert-il ou dessert-il la Constitution et les valeurs éminentes qu'elle véhicule ?

Et puis, autre question, comment filtrer ? Qui va faire le premier tri ? Derrière cette question apparaît la question de l'architecture des

institutions de justice. Ces institutions sont souvent présentées comme s'inscrivant dans une pyramide. Mais qui occupe la première place au sommet ? Quelles sont les relations qui s'établissent avec les autres juridictions ? Quel dialogue et quel équilibre peut-il ou doit-il s'instaurer entre elles ?

Pour alimenter ce débat, je voudrais rappeler, dans un premier moment, les données de la controverse (I). Je voudrais, ensuite, indiquer les avantages de la procédure de filtrage (II). Je recenserai, enfin, les difficultés de l'exercice (III)

Il y a des précautions à prendre pour que le système fonctionne de manière efficace, pour qu'il contribue à un règlement ordonné et cohérent des affaires de justice, pour qu'il permette à la Cour constitutionnelle de statuer dans un délai raisonnable et dans le respect de garanties élémentaire.²

I. La controverse.

Au moment de créer une Cour constitutionnelle, il faut se poser ces questions simples. Pas de filtres ou des filtres ? Des filtres internes ou des filtres externes ? Il n'y a pas une réponse uniforme. Il y a des réponses différentes selon les Etats considérés. Trois exemples : la Belgique, la France et l'Algérie .

A. La Belgique.

Je viens d'un pays où le citoyen s'adresse au juge — le juge ordinaire ou le juge administratif, peu importe. A l'occasion d'un litige, il attire l'attention du juge sur l'existence d'une loi qui pourrait

être appliquée dans le procès en cours. Cette loi, dit-il, est inconstitutionnelle et il convient de l'écarter du débat .

Que fait le juge ? Il examine la recevabilité de cette demande. Il examine *prima facie* le bien-fondé de cette allégation. Mais il ne tranche pas la difficulté. Il ne se prononce pas lui-même sur la validité de la loi. Pas de contrôle diffus, à l'américaine. Le juge transmet aussitôt, et sans intermédiaire, la question de constitutionnalité à un juge spécialisé, à savoir le juge constitutionnel. Il va de soi que ce même juge du fond tiendra compte par la suite de la réponse que le juge constitutionnel lui aura apporté .³

Cette façon de faire est simple. Elle est directe. Elle est rapide. Elle organise ce que l'on appelle un « dialogue de juge à juge » — juge de fond et juge constitutionnel —. Je précise, pour que les choses soient claires. Sans intermédiaire, sans filtre, sans délai .⁴

L'on a pu craindre, dans un premier moment, que cette procédure sans filtre ne provoque des embouteillages devant le juge constitutionnel, peut-être même qu'elle paralyse l'institution. La Cour constitutionnelle allait être « débordée », « inondée », « noyée », disaient les plus pessimistes ⁵. Il n'en a rien été. Les avocats et leurs clients se sont montré raisonnables : pas de procédures intempestives, pas de recours dilatoires, pas de requêtes fantaisistes. Les juges constitutionnels aussi se sont mis à l'ouvrage pour ne pas laisser se constituer un arriéré, toujours préjudiciable .

Pas de filtrage externe, donc. Je précise néanmoins que la Cour constitutionnelle procède à un filtrage interne ⁶. Une procédure particulière permet d'éliminer rapidement les recours «manifestement irrecevables ou ne relevant manifestement pas de la compétence de la Cour ». La Cour se réunit alors en formation restreinte (trois juges au lieu de douze) pour statuer sur de tels recours. Elle met fin à l'affaire « sans autre acte de procédure»⁷

Voilà la solution belge. Une justice constitutionnelle sans filtre externe...

B. La France

Chacun sait qu'en France, la fameuse QPC s'est réalisée moyennant l'instauration d'un filtre : il faut passer par la Cour de cassation ou le Conseil d'État pour saisir valablement le Conseil constitutionnel .

L'instauration de ces filtres s'est faite, pour l'essentiel, pour des raisons que je qualifierai de « diplomatiques. C'est une forme de révérence vis-à-vis de la Cour de cassation et du Conseil d'État. C'est une marque de reconnaissance pour l'œuvre qu'ils ont accomplie et pour la « légitimité historique » dont ils disposent. Depuis toujours, ils siègent dans l'Olympe. Ils ont le droit du dernier mot. Pas question de les bousculer. Pas question de « bypasser », comme on dit parfois, les juridictions suprêmes dans l'ordre judiciaire ou dans l'ordre administratif. Les voici, au contraire, qui disposent d'un droit de regard, même limité, dans le procès constitutionnel .

Ici aussi, des arguments d'ordre pratique ont été avancés. Le filtre est utile, a-t-on dit, pour éviter l'engorgement, pour ne pas dire : l'asphyxie, du Conseil constitutionnel. Un trop grand nombre de recours compromettrait la tâche d'une institution réduite, même si ses effectifs ont été entretemps étoffés notamment sur le plan administratif ⁸. Le filtre peut aider à canaliser le flux des recours.

C. L'Algérie

L'Algérie n'a pas suivi le modèle belge, c'est une évidence. Elle s'est plutôt inscrite dans le sillage des procédures à la française. Point besoin de rappeler ici l'article 188 de la Constitution de 2016, tel qu'il a été modifié en 2020, pour devenir l'article 195 (cent quatre-vingt-quinze)⁹.

Cet article repose, vous le savez, sur trois principes simples. Il faut décomposer l'article 195 en remettant ses phrases dans l'ordre chronologique .

Première opération. Nous sommes devant le juge du fond. « L'une des parties au procès (peut soutenir) devant une juridiction que la disposition législative ou réglementaire dont dépend l'issue du litige porte atteinte à ses droits et libertés, tels que garantis par la Constitution ». Le juge du fond peut porter cette prétention devant « la Cour suprême ou (le) Conseil d'État .

Deuxième opération.». L'une et l'autre des juridictions supérieures peuvent, si elles le jugent utile, « renvo(yer) » la question devant la Cour constitutionnelle .

Troisième opération. « La Cour constitutionnelle (est) saisie (de la sorte) d'une exception d'inconstitutionnalité »¹⁰. Elle va en connaître .

Autrement dit, la Constitution a instauré un filtre juridictionnel. Elle a instauré une opération intermédiaire de nature juridictionnelle entre deux opérations elles-mêmes juridictionnelles. Ce faisant, elle a associé étroitement les hautes juridictions au travail de justice constitutionnelle .

Ne me faites pas dire ce que je ne dis pas. La Cour constitutionnelle conserve en monopole le droit de statuer sur les questions d'ordre constitutionnel. Mais elle est assistée dans sa tâche par des institutions qui, en amont, ont déblayé le terrain .

II. Les mérites du filtre .

Quels sont les avantages de la procédure de filtrage ? L'on a tendance à considérer que le filtre juridictionnel présente trois avantages. Il accélère le règlement du litige, il alimente la discussion, il clarifie le débat .

A. La rapidité.

Ni la Constitution, ni la loi organique, ni le règlement de la Cour ne permettent au citoyen d'aller frapper à la porte de la Cour constitutionnelle en lui demandant de statuer sans délai sur une question de constitutionnalité qu'il a décelée. Le citoyen doit introduire une demande et celle-ci est assujettie à un véritable «screening» .

La requête est-elle recevable ? Mentionne-t-elle la disposition constitutionnelle de référence ? Identifie-t-elle à suffisance la norme incriminée ? La critique porte-t-elle sur une règle législative ou réglementaire ? Ou ne concerne-t-elle qu'une disposition déclaratoire ? La question est-elle nouvelle ou n'y a-t-il pas répondu à plusieurs reprises ?

Si ces vérifications ne sont pas concluantes, le filtre empêche la requête de suivre son cours. Il bloque la procédure. Il évite au plaignant de s'engager dans des procédures longues, aventureuses et coûteuses. Il met fin sans désemparer au litige, en tout cas dans son volet constitutionnel .

Dans un certain nombre d'Etats, l'on se plaint de la lenteur des institutions de justice et des retards à statuer. Le filtre permet de raccourcir la durée des procédures. Comment ne pas s'en féliciter ?

B. Le sérieux .

Le filtre a un autre mérite. Celui du sérieux .

Une demande a été formulée. Une exception a été invoquée. Comment s'opère le contrôle ? Celui-ci s'opère selon un mécanisme à « triple détente » .

Il n'y a pas qu'un juge. Il y en a trois **11**. Ils se relaient. Ils se succèdent. Ils se passent le relais, comme dans une course d'athlétisme. Ils ne se contrôlent pas l'un l'autre. Il y a, plus exactement, trois appréciations distinctes qui vont être formulées. Seule une appréciation positive à ces trois étapes permettra de saisir

la Cour constitutionnelle. Si la chaîne est rompue, il n'y a pas place pour un contrôle de constitutionnalité .

Il y a le juge a quo. Il doit, au minimum, se demander si la norme incriminée est utile au règlement du litige concret dont il est saisi, si la question qu'il pourrait poser a la moindre utilité. Il ne peut relayer la prétention du citoyen que s'il est habité d'un doute raisonnable quant à la constitutionnalité de la loi ou du règlement .

Il y a aussi le juge de renvoi. Il doit au minimum se demander si le moyen invoqué est sérieux et si l'argument avancé est utile pour le règlement du litige. Il engage, dans une certaine mesure, sa crédibilité en renvoyant une telle question ou en bloquant une autre. Il exerce ce que certains appellent un pré-contrôle de constitutionnalité¹². Il court, et ce n'est pas négligeable, le risque d'être désavoué par la Cour constitutionnelle.

Il y a enfin le juge constitutionnel. Il doit au minimum se demander si les conditions que la Constitution, la loi organique ou le règlement prescrivent pour la saisine sont remplies. En somme, il doit s'interroger sur les contours de ses propres attributions. Il respecte les décisions qui ont été prises auparavant. Mais, à sa manière et pour ce qui le concerne, il apprécie la recevabilité du renvoi .

Seul le dossier qui est passé par les trois écluses va arriver sur la table de la Cour constitutionnelle. Pour un examen qui portera non plus sur des questions de procédure mais sur des problèmes de fond, de constitutionnalité intrinsèque .

C. La clarté .

Si les trois filtres ont bien fonctionné, si le tri s'est opéré correctement, le travail de la Cour constitutionnelle va s'en trouver facilité. J'ose dire : simplifié ou épuré .

Le filtre ne doit pas s'envisager uniquement sous l'aspect quantitatif — moins de dossiers soumis au juge constitutionnel —. Il doit aussi être compris sous un angle qualitatif — plus de dossiers intéressants, parce qu'ils touchent à l'essence même du droit constitutionnel, spécialement au régime des droits et des libertés .—

Le juge constitutionnel ne va pas s'embarquer dans la discussion de questions de détail. Il n'est pas tenu de répondre, parfois laborieusement, à un ensemble d'arguties. Le filtrage clarifie le débat constitutionnel. Il permet d'aller à l'essentiel. La délibération puis la décision n'en seront que plus importantes .

Avantage non négligeable. Le fait même pour une affaire d'avoir été décantée permet au juge constitutionnel de rendre une décision qui soit claire, qui soit lisible, qui soit cohérente. En l'occurrence, le juge constitutionnel est aussi en mesure de faire œuvre pédagogique. Il éduque le citoyen en même temps qu'il éclaire les juristes, y compris les magistrats et les avocats, sur le sens qu'il convient de donner à quelques-unes des dispositions les plus significatives de la Constitution. Il prévient aussi les autorités législatives et réglementaires des risques qu'elles courent à ne pas respecter les dispositions de la Constitution .

Pour autant, tout va-t-il pour un mieux dans le meilleur des mondes ?

III. Les inconvénients du filtre.

Le filtre ne présente-t-il que des avantages ? L'alchimiste n'a pas nécessairement bonne réputation. Il travaille dans un certain secret. Il prononce des paroles mystérieuses. Il formule des verdicts qui sont sans appel. Et s'il en allait de même dans les affaires de justice ?

Le filtre n'évite pas la concurrence. Au contraire, il peut la favoriser. Il n'évite pas l'opacité. Au contraire, il l'organise sous prétexte de rapidité. Il n'évite pas les silences. Au contraire, il les permet, sans possibilité d'aller en recours des décisions ou des absences de décisions .

A. La concurrence .

L'inconvénient du filtre, c'est qu'il s'inscrit, qu'on le veuille ou non, dans des rapports de pouvoir .

Si les institutions de justice se présentent et se comportent comme des concurrentes, pour ne pas dire : des adversaires, elles vont se livrer à des jeux qui n'ont d'autre objet que d'accroître leur compétences ou de rétrécir celle des autres.

C'est ce que j'appelle la « maîtrise du robinet ». Je détermine l'ampleur des flux. Soit je lâche les vannes et j'inonde la Cour constitutionnelle de recours inutiles. Soit je ferme les vannes et je prive la Cour constitutionnelle de toute utilité ; le filtre devient bouchon... Je m'amuse...

Seuls un dialogue entre juges — pas seulement à propos d'une affaire déterminée mais sur la conception générale qu'ils se font de leurs attributions respectives — et le respect mutuel qu'ils se témoignent peuvent contribuer à atténuer ces frictions et à mettre de l'huile dans les rouages .

B. L'opacité .

L'inconvénient du filtre, c'est qu'il laisse à la juridiction suprême une grande liberté d'appréciation. Sans réel débat. Sans discussion approfondie. Sans motivation suffisante. Il est souvent proposé de «judiciariser» cette phase essentielle du procès constitutionnel. Sans pour autant rigidifier inutilement les procédures et prolonger abusivement leur déroulement.

C. Le silence

Marthe Fatin-Rouge Stefanini le relève à juste titre : « Si les juridictions suprêmes de chaque ordre juridictionnel décident de ne pas renvoyer, il n'y a aucun moyen de remettre en cause ou de contourner cette décision ». Et d'ajouter : « L'absence de voie de recours contre les décisions de non-renvoi est (...) la règle dans quatre systèmes étrangers étudiés (Allemagne, Belgique, Espagne, Italie) » . Anne Rasson-Roland et Marc Verdussen relèvent de leur côté que « la Cour constitutionnelle ne peut pas faire pression sur les juridictions ou administratives pour que lui soit transmise une question qu'elle juge importante »¹⁴. L'indépendance des institutions de justice, les unes par rapports aux autres, impose une telle solution .

Je sais que des solutions sont parfois esquissées pour vaincre ces réticences : la sollicitation d'une deuxième délibération du juge de renvoi, l'organisation d'un droit d'évocation au profit du juge constitutionnel ou l'aménagement d'un droit de recours contre la décision de non-renvoi ¹⁵. Ces suggestions peuvent paraître utiles mais elles sortent de l'épure du droit positif. Pour être concrétisées, elles devraient faire l'objet d'une révision de la Constitution .

En guise de conclusion, je voudrais m'adresser aux avocats. A deux points de vue, au moins.

1- L'avocat, ce n'est pas lui qui filtre. Mais c'est lui le « lanceur d'alerte », comme on dit aujourd'hui. C'est lui qui attire l'attention du juge du fond sur le problème de constitutionnalité. C'est lui qui fournit l'argumentaire qui milite en faveur ou à l'encontre du renvoi. C'est lui, en définitive, qui est l'initiateur du procès constitutionnel .

C'est une lourde responsabilité. Je le dis souvent. A mon sens, l'avocat engage sa responsabilité professionnelle s'il ignore l'article 195 de la Constitution, s'il ne saisit pas l'opportunité qu'offre un renvoi à la Cour constitutionnelle, s'il ne décèle pas, dans un dossier concret, la question de constitutionnalité qui mériterait pourtant d'être posée.

L'avocat doit désormais acquérir le réflexe constitutionnel. Il ne doit pas seulement être le spécialiste du droit familial, le spécialiste du droit de l'urbanisme ou le spécialiste du droit des assurances. Il doit, de gré ou de force, devenir, en même temps, un spécialiste de

droit constitutionnel, plus encore du contentieux constitutionnel et de la procédure constitutionnelle .

Il ne faudrait pas que, demain, son client vienne lui dire : « Maître, j'ai perdu mon procès. Mais vous, vous n'avez pas fait votre travail convenablement. Vous avez perdu de vue que le litige posait une question sérieuse de constitutionnalité. Vous n'avez pas tiré le signal d'alarme. Vous avez fait preuve d'ignorance, d'indolence ou de négligence. Vous avez commis une faute professionnelle indéniable. Je porte plainte auprès des autorités ordinales et, accessoirement, je ne vous verse pas d'honoraires... ». Que va répondre ce mauvais avocat

2- L'avocat ne doit pas, à mon sens, alimenter la « guerre des juges ». Il ne doit pas jouer un juge contre l'autre juge. Il ne doit pas flatter l'un pour dénigrer l'autre ni flatter l'autre pour dénigrer l'un. Il doit avoir un sens suffisant de l'intérêt public pour défendre son client mais aussi pour défendre l'appareil de justice, pris globalement, dans lequel il est amené à intervenir .

Les droits de la défense sont sacrés. Il ne faut pas en profiter pour jouer aux allumettes et pour créer le désordre ou le chaos dans l'univers juridictionnel. Si l'avocat devait ébranler l'ordre de la justice constitutionnelle, il porterait atteinte à la Constitution elle-même et aux intérêts qu'elle entend privilégier. A mes yeux — je suis avocat honoraire —, cette conduite serait irresponsable.

Marges :

- 1- «Pour une juridiction constitutionnelle en Belgique », in Actualité du contrôle juridictionnel des lois, Bruxelles, Larcier, 1973.
- 2- Voy. le dossier réalisé par l'Annuaire international de justice constitutionnelle sous la direction de M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « Le rôle du juge constitutionnel dans le filtrage des questions de constitutionnalité : étude comparée, AIJC, 2011, p. 11 s.
- 3- C. HOREVOETS, « Les modifications relatives au contentieux préjudiciel à la Cour d'arbitrage », in La Cour d'arbitrage vingt ans après —Analyse des dernières réformes (dir. A. Rasson-Roland, D. Renders et M. Verdussen), Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 261 .
- 4- F. DELPEREE et A. RASSON-ROLAND, La Cour d'arbitrage, Bruxelles, Larcier, 199X, coll. Répertoire notarial.
- 5- M.-F. RIGAUX et B. RENAULD, La Cour constitutionnelle, Bruxelles, Bruylant, 2008 .
- 6- M. VERDUSSEN et D. DE BRUYN, « La procédure préliminaire devant la Cour d'arbitrage », Revue belge de droit constitutionnel, 1996, p. 295 ; A. RASSON-ROLAND et M. VERDUSSEN, « Le rôle de la Cour constitutionnelle belge », Annuaire international de justice constitutionnelle, 2011, p. 21 .
- 7- S'il devait apparaître à ce stade que la question préjudicielle est manifestement sans objet, il est fait rapport à la Cour. Celle-ci peut alors décider de mettre fin à l'examen de l'affaire, sans autre acte de procédure, par un arrêt dans lequel la question est déclarée non fondée » (l. sp., art. 72, al. 3). L'on ne perdra pas de vue non plus l'article 26 de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle. Le juge a quo procède lui-même à des opérations de filtrage. Il n'est pas tenu de poser une question préjudicielle s'il est incompétent pour connaître de l'affaire ou lorsque l'action dont il est saisie n'est pas recevable. Il s'abstiendra également d'interroger la Cour constitutionnelle si celle-ci a déjà statué sur une question ou un recours ayant un objet identique. Adde : C. HOREVOETS et P. BOUCQUEY, Les questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 44 ; M. VERDUSSEN, « Les lois manifestement inconstitutionnelles », in Liber amicorum Robert Andersen, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 909 .
- 8- La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 introduit l'article 61-1 et modifie l'article 62 de la Constitution : « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article.»

En 2009, je prends la parole devant l'Assemblée nationale française et je défends, avec vigueur, l'instauration de la QPC. Je prends l'exemple belge pour dissiper les craintes qui étaient nourries dans l'espace parlementaire et dans l'espace juridictionnel (rapport J.-L. Wachsmann, n° 1898, fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration de la République sur le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, 3 septembre 2009). J'ai constaté avec plaisir que le message comparatif était bien passé. La QPC fonctionne en France à partir du 1er mars 2010.

9- Const., art. 195, al. 1er : « La Cour constitutionnelle peut être saisie d'une exception d'inconstitutionnalité sur renvoi de la Cour suprême ou du Conseil d'Etat, lorsque l'une des parties au procès soutient devant une juridiction que la disposition législative ou réglementaire dont dépend l'issue du litige porte atteinte à ses droits et libertés tels que garantis par la Constitution ». Article 195, al. 2 : « Lorsque la Cour constitutionnelle est saisie sur le fondement de l'alinéa ci-dessus, sa décision est rendue dans les quatre (4) mois qui suivent la date de sa saisine. Ce délai peut être prorogé une seule fois de quatre (4) mois au maximum, sur décision motivée de la Cour, notifiée à la juridiction de renvoi »

10- Règlement fixant les règles de fonctionnement du Conseil constitutionnel, tel que modifié le 17 octobre 2019, art. 29, al. 1 et 2 : « Le Conseil constitutionnel se prononce par décision, sur la disposition législative, objet de l'exception d'inconstitutionnalité. Le Conseil constitutionnel peut, lorsqu'il se prononce sur l'inconstitutionnalité de la disposition législative, objet de l'exception, évoquer d'autres dispositions législatives lorsque celles-ci ont un lien avec la législative, objet de l'exception .»

11- Les trois juges pourraient évidemment n'être que deux si la question de constitutionnalité est évoquée, pour la première fois, devant le juge de renvoi .

12- Th. SANTOLINI, Les parties dans le procès constitutionnel, préface F. Delpérée, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 116 .

13- M. FATIN-ROUGE STEFANINI, AIJC, 2011, p. 12.

14- AIJC, 2011, p. 21 .

15- A. VIDAL-NAQUET, "Le rôle du Conseil constitutionnel français", AIJC, 2011, p. 52.

دور المحامي في الدفع بعدم الدستورية أمام قاضي الموضوع

أ.د/ عبد الحق قريمس
أستاذ بكلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة جيجل، محام.

يشكل المحامي نقطة الانطلاق الأولى في أي مسعى يهدف إلى فرض احترام مبدأ سمو الدستور وحماية الشرعية الدستورية من أي اعتداء محتمل عليها بمناسبة العمل التشريعي، وذلك من خلال المبادرة بإطلاق أول إجراء نحو مسعى لتطبيق جزاء "بطلان العمل التشريعي" الذي يخرق هذا المبدأ، ممثلاً في الدفع بعدم الدستورية أمام الجهات القضائية.

تم تكريس دور مهنة الدفاع في حماية الشرعية الدستورية وسمو الدستور بموجب التعديل الدستوري لسنة 2016 الذي يعتبر محطة مهمة من محطات إصلاح نظام الرقابة على دستورية القوانين المقرر في دستور 1996، تجلت من جهة بإصلاح صورة الرقابة السياسية، من خلال توسيع حق إخطار المجلس الدستوري إلى النواب، ومن جهة أخرى إقرار آلية للرقابة الشعبية على دستورية القوانين اصطلاح على الإشارة إليها بـ "الدفع بعدم الدستورية" 3، وهي صنف للرقابة البعدية تتم مباشرتها بعد إصدار النص المشتبه في عدم دستوريته ودخوله حيز النفاذ، وتباشر بطريق الدفع الفرعي في إطار دعوى أمام الجهات القضائية 4.

يقتضي اضطلاع المحامي بالدور المنتظر منه في تفعيل هذا الإجراء المهم للرقابة على دستورية القوانين إدراك روح وفلسفة هذا الإجراء، وبكونه مقرراً

لفرض احترام مبدأ سمو الدستور من أي انتهاك قد يتعرض له بمناسبة ممارسة عملية التشريع من الجهات التي خولها القانون هذه الصلاحية، والإحاطة الجيدة بشروط مباشرة هذا الإجراء الذي يمارس بشكل أساسي أمام قضاء الموضوع، وما يتطلبه من توفر الصفة "الإجرائية" في مقدم الدفع بعدم الدستورية، إلى جانب اختصاص الجهة القضائية بتلقي الدفع المذكور.

أولاً - صاحب الصفة في الدفع بعدم الدستورية:

تم إقرار الدفع بعدم الدستورية كإجراء للرقابة البعدية على دستورية القوانين بمناسبة ادعاء "أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية بأن الحكم التشريعي أو التنظيمي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك حقوقه وحرياته التي يضمنها الدستور" 5، وهو ما يعني بأن الصفة في المبادرة بالدفع تثبت قانوناً لـ "الطرف في المحاكمة"، بوصفه كمدعي أو مدعى عليه أو متهم، وغير ذلك من الوضعيات التي يمكن أن تثبت من خلالها صفته في الإجراء. وهي المسألة التي ينبغي على المحامي التحقق منها قبل الشروع في الإجراء.

1- اشتراط صفة الطرف في المحاكمة أمام الجهات القضائية:

تثبت هذه الصفة لمن كان طرفاً في الخصومة، بغض النظر عن مركزه في ذلك، ما دام قد حضر مسار النزاع قبل إثارة الدفع أمام الجهة القضائية المعنية 6، مما يعطي للدفع طابعه التبعية للدعوى الأصلية في الموضوع، وتجعله متميزاً عن الدفوع الشكلية التي يفرض القانون إثارتها قبل إبداء أي دفاع في الموضوع 7.

وينبغي على ما سبق مجموعة من النتائج، منها عدم إمكانية مباشرة دعوى أصلية مستقلة بالدفع بعدم الدستورية 8، كما يثبت هذا الحق لمن يكون له الحق في إبداء دفوع وادعاءات شخصية لصالحه في النزاع القضائي المطروح على جهة قضاء الموضوع، الأمر الذي يتخلف بالنسبة للمتدخل في الخصام الذي ينضم للدعوى بقصد تدعيم مركز أحد أطراف النزاع، خلافاً

للمدخل في الخصام الذي يكون له مركز المتقاضي الطرف الأصلي في الخصومة، الذي يمكن تقديم طلبات ضده، والحكم عليه بها، مما يسمح له بإثارة الدفع بعدم الدستورية 9.

بثبوت صفة الطرف في المحاكمة على النحو الذي سبق بيانه، يبدو من المقبول قانوناً إثارة المتقاضي الطرف في الخصومة الدفع بعدم الدستورية بنفسه، في الحالات التي لا يكون فيها التمثيل بمحام وجوباً أمام جهات قضاء الموضوع، مثلما هي الحال بالنسبة للمحاكم، وبالنسبة للحالات التي يعفي فيها القانون الطرف من وجوب التمثيل بمحام 10؛ وبغض النظر عن الوضع الصحيح للمسألة من الناحية النظرية، فيبقى اللجوء لخدمات المحامي لمباشرة هذا الإجراء أمراً مطلوباً بالنظر إلى ما يتطلبه من كفاءة وتخصص في المسائل القانونية وفهم مادة الحقوق والحريات الأساسية، إلى جانب الإحاطة بالجوانب الإجرائية، وأقل ذلك إمكانية تحرير "مذكرة مكتوبة ومنفصلة ومسببة" 11 بالدفع المطلوب.

وبالنظر إلى اشتراط صفة الطرف في المحاكمة لإثارة الدفع بعدم الدستورية، يبدو من الضروري التساؤل عن إمكانية تقديم الدفع من طرف النيابة العامة، بوصفها طرفاً أصلياً في القضايا المتعلقة بالحقوق العام، والتي تدافع عن التطبيق الصحيح للقانون 12، وقد يكون من مقتضى ذلك تقديمها لهذا الدفع من أجل أخذ رأي المحكمة الدستورية بخصوص مسألة قانونية يبدو فيها انتهاكاً للأحكام الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات 13.

في المقابل، يستبعد القانون العضوي 18-16 في المادة الرابعة منه إمكانية إثارة الدفع تلقائياً من طرف القضاة 14، لما قد يؤدي إليه من انتصار القاضي المبادر بالدفع لأحد أطراف الخصومة، ويخل بالمبدأ المتعارف عليه بشأن حياد القاضي، وهذا ما يجعل الدفع بعدم الدستورية مختلفاً عن الدفوع الشكلية المرتبطة بالنظام العام، التي يمكن للقاضي إثارتها من تلقاء

ذاته، في حين تبين بأن الدفع بعدم الدستورية هو دفع فرعي مرتبط بدعوى أصلية في الموضوع ويتعلق بحقوق ومصالح خاصة لأحد طرفي النزاع 15.

2- المحامي الوكيل في إجراء الدفع بعدم الدستورية:

مما سبق، تتضح خصوصية تدخل المحامي في مباشرة إجراء الدفع بعدم الدستورية، بكونه يتمتع بسلطة تمثيل في هذا الإجراء، أو أنه يباشر سلطة تمثيل الغير أمام الجهة التي يمارس أمامها هذا الدفع، وهي مسألة "لا تطرح في شروط الدعوى بل بمناسبة شرعية الخصومة" 16، وتكيف بوصفها "صفة إجرائية" تثبت قانوناً لمن ينوب عن أي من طرفي الدعوى في مباشرة إجراءات الخصومة، دون أن يكون طرفاً في النزاع الدائر حول الحق المدعى به.

ولهذا، فصفة المحامي في إجراء الدفع بعدم الدستورية تثبت له من الصلاحية المعترف بها قانوناً في تمثيل مصالح المتقاضين والدفاع عنهم أمام مختلف الجهات القضائية، طبقاً للقانون المنظم لمهنة المحاماة 17، وهو معنى في هذا الإطار من تقديم سند توكيل 18.

تطرح في المقابل إشكالية أخرى تتعلق بمدى اشتراط حصول المحامي على الاعتماد لدى المحكمة العليا ومجلس الدولة، والتي قد تبدو مسألة بديهية للوهلة الأولى، بحكم أن إجراء الدفع بعدم الدستورية يمكن أن ينتهي، بعد إثارته على مستوى جهة قضاء الموضوع، بإرساله إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة 19، ويكون من المنطقي القول حينها بأن متابعة المحامي المعني للنظر في الإجراء، وإمكانية تقديم ملاحظاته المكتوبة بهذا الخصوص، يقتضي اعتماده للمرافعة أمام جهتي القضاء المذكورتين.

غير أنّ إثارة الدفع ذاته أمام جهات قضاء الموضوع التي لا يشترط القانون ضرورة التمثيل للمرافعة أمامها بمحام معتمد لدى المحكمة العليا

ومجلس الدولة، يبقى ممكنا بالنسبة للمحامي المعتمد لدى المجلس، لكن يتوقف تمثيله للطرف المعني على هذا المستوى فحسب.

ثانيا- اختصاص الجهة القضائية بتلقي الدفع بعدم الدستورية:

يرتبط إجراء الدفع بعدم الدستورية بممارسة أحد أطراف الخصومة لحقه في الدفاع عن مصالحه أمام الجهة القضائية التي يطرح أمامها النزاع، ومن شأن صدور قرار المحكمة الدستورية بعدم دستورية النص التشريعي أو التنظيمي أن يمكنه من تحقيق مصلحة ذاتية خاصة في النزاع المذكور، إلى جانب ما يترتب عنه من تحقيق مصلحة عامة بالنسبة لمجموع المتقاضين في النزاعات المماثلة مستقبلا.

تمت الإشارة إلى الجهة القضائية المتلقية لإجراء الدفع بعد الدستورية بعبارة عامة "... أمام جهة قضائية..."، مما يعني انصراف الوصف إلى كل جهة قضائية تابعة لولاية قضاء المحكمة العليا، وكل جهة قضائية تابعة لولاية مجلس الدولة.

أ- الجهات القضائية التابعة لولاية المحكمة العليا: القضاء العادي
تعتبر جهة اختصاص لتلقي الدفع بعد الدستورية كل جهة للحكم تابعة للقضاء العادي، إلى جانب جهات التحقيق الجزائي.

1- جهات الحكم التابعة للقضاء العادي:

يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام هذه الجهات في أية مرحلة تكون عليها الدعوى في الموضوع، ويمكن التمييز في ذلك بين هذه الجهات بالنظر إلى درجة التقاضي التي تكون عليها الخصومة.

1-1/ جهة قضاء الدرجة الأولى:

ويقصد بها المحكمة، وتلقى هذه الأخيرة الدفع بعدم الدستورية خلال سير الدعوى في مرحلتها الابتدائية، أو بمناسبة طعن بالمعارضة، أو بالتماس

إعادة النظر أو اعتراض الغير الخارج عن الخصومة. ويتم التمييز في هذا الشأن ما بين هيئات القضاء النازرة في القضايا المدنية، والقضايا الجزائية.

- القضايا ذات الطابع "المدني":

في القضايا ذات الطابع المدني بالمفهوم الواسع، والتي تضم مختلف الاختصاصات المتوفرة على مستوى المحكمة بأقسامها المختلفة، من قسم مدني، تجاري، شؤون أسرة، عقاري وعمالي،

- القضايا ذات الطابع الجزائي:

ينصرف الوصف أساسا إلى:

- قضايا الجرح والمخالفات: وهي القضايا التي ينظر فيها قسم الجرح والمخالفات بالمحكمة، إلى جانب قضاء الأحداث على مستوى المحكمة.

- قضايا الجنايات: استثنى القانون العضوي رقم 16-18 المحدد لشروط وكيفية تطبيق الدفع بعدم الدستورية في مادته الثالثة 20 محكمة الجنايات الابتدائية من فئة جهات الحكم التي يمكن إبداء الدفع بعدم الدستورية أمامها، ناقلا هذا الاختصاص لمحكمة الجنايات الاستئنافية، التي يرفع الدفع أمامها بموجب مذكرة ترفق بالتصريح بالاستئناف، وتنظر فيه قبل فتح باب المناقشة 21.

2-1/ جهة الاستئناف:

تتلقى جهة الاستئناف ممثلة في الغرف على اختلاف اختصاصاتها الدفع بعدم الدستورية، إما بمناسبة نظرها للقضايا المعروضة أمامها للمرة الأولى، أو على إثر إحالة القضية عليها من المحكمة العليا بعد النقض 22.

ويقبل إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام المجلس القضائي في إطار إجراءات الطعن بالاستئناف، بعد أن تتم إثارته لأول مرة أمام محكمة أول درجة وتقرر رفض إرسال الدفع إلى المحكمة العليا، بحيث يتم الاعتراض على قرار الرفض بموجب مذكرة مكتوبة ومنفصلة ومسببة، إلى جانب عريضة

الطعن بالاستئناف في الحكم الفاصل في النزاع 23، كما يمكن أن يثار الدفع بعدم الدستورية لأول مرة أمام جهة الاستئناف 24.

1-3/ المحكمة العليا باعتبارها قضاء موضوع:

يتعلق الأمر بالحالات التي تختص فيها المحكمة العليا بنظر بعض القضايا لأول مرة أمامها، بالنسبة للمسائل التي يمنح لها القانون فيها سلطة الفصل في بعض القضايا باعتبارها جهة قضاء موضوع أول وآخر درجة، ويتم إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام المحكمة العليا لأول مرة باعتبارها صاحبة الاختصاص الحصري في نظر مثل هذا النوع من القضايا.

وكأمثلة عن ذلك نظر المحكمة العليا لدعوى التعويض عن الحبس المؤقت غير المبرر 25، والدعوى الجزائية عن الجنايات أو الجنح ضد عضو من الحكومة أو أحد قضاة المحكمة العليا أو أحد الولاة أحد رؤساء المجالس القضائية أو النائب العام لدى المجلس القضائي 26.

2- الدفع بعدم الدستورية أمام جهة التحقيق الجزائي:

حددت المادة 195 من الدستور الجهات التي يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية أمامها بعبارة "يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية ... une des parties au procès soutient devant une juridiction ..."، وهي صياغة توحى ظاهرياً باقتصار إثارة الدفع بعدم الدستورية على جهات "المحاكمة" التي ينتهي عملها بحكم يفصل في النزاع المطروح أمامها بناء على حكم تشريعي مشكوك في مدى دستوريته.

غير أن القانون العضوي 16-18 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية أضاف، إلى جانب الحالة الواردة في الفقرة الأولى من المادة 195 من الدستور، حالة أخرى لإثارة الدفع بعدم الدستورية خارج إجراءات المحاكمة بالمعنى الدقيق للعبارة، وهي مرحلة التحقيق الجزائي، بحيث نصت

المادة 03/02 من القانون العضوي على أنه " إذا تمت إثارة الدفع بعدم الدستورية أثناء التحقيق الجزائي، تنظر فيه غرفة الاتهام".

ب- الجهات القضائية التابعة لولاية مجلس الدولة: القضاء الإداري
تثبت صفة الطرف في المحاكمة أمام جهة قضائية للمتقاضين أمام جهات القضاء الخاضعة للنظام القضائي الإداري، باعتبارها جهة قضاء موضوع، تنظر في المنازعات وتصدر أحكاما للفصل فيها. ويتوزع عمل جهات القضاء التابعة لولاية مجلس الدولة على ثلاثة مستويات بما فيها مجلس الدولة ذاته.

1- المحاكم الإدارية:

تدعى أيضا بالمحاكم الإدارية الابتدائية، وهي جهة قضاء الدرجة الأولى وجهة الولاية العامة في المنازعات الإدارية 27، يثار الدفع بعدم الدستورية أمامها في إطار السير الابتدائي للقضايا على مستواها، أو بمناسبة طعن بالمعارضة أو بالتماس إعادة النظر أو اعتراض الغير الخارج عن الخصومة.

2- المحاكم الإدارية للاستئناف:

تمت الإشارة لهذا الهيكل الجديد من هياكل القضاء الإداري لأول مرة في المادة 179 من دستور سنة 2022 28، وتم تكريسها كجهة استئناف في المادة الإدارية بمقتضى أحكام القانون رقم 07-22 المتضمن التقسيم القضائي 29 في المادة 08 منه، بإنشاء ست محاكم إدارية للاستئناف 30.

ويثار الدفع بعدم الدستورية أمام المحاكم الإدارية للاستئناف إما للمرة الثانية بعد إثارته لأول مرة أمام المحكمة الإدارية الابتدائية، ويخضع في ذلك لنفس الإجراءات المقررة لحالة قرار رفض إرسال الدفع بعدم الدستورية أمام المحكمة الابتدائية والاعتراض عليه بمناسبة الطعن بالاستئناف 31، أو بعد إحالة من مجلس الدولة بعد النقض، كما قد تتم إثارته للمرة الأولى أمام

المحكمة الإدارية للاستئناف إذا لم يسبق الدفع به أمام المحكمة الإدارية الابتدائية.

3- مجلس الدولة باعتباره قضاء موضوع:

على غرار المحكمة العليا، يختص مجلس الدولة كجهة قضاء موضوع بالنظر أول درجة، لأول مرة في المسائل التي يمنح له القانون سلطة الفصل فيها باعتباره درجة قضاء أولى وأخيرة، وهي القضايا المتعلقة بدعاوى الإلغاء والتفسير وتقدير المشروعية في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية، إلى جانب القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة 32.

يتضح مما سبق عرضه بشأن الجهات التي يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية أمامها تشعب وتعدد الخصومات والمنازعات التي يمكن مباشرة هذا الدفع بمناسبتها، وبأن عبارة "أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية" المنصوص عليها في المادة 195 من الدستور والمادة 02 من القانون العضوي 16-18 تتسع لتشمل ليس فقط جهات القضاء التي تصدر أحكاما فاصلة في موضوع النزاع القضائي، بل وتمتد حتى إلى حالات التحقيق أمام جهات التحقيق القضائي الجزائي، حسب المادة 03/02 من القانون العضوي 16-18.

إن مباشرة إجراء الدفع بعدم الدستورية من طرف المحامي نيابة عن موكله ينبغي أن يؤسس على الأسباب المقررة لها في الدستور والقانون العضوي، عندما يتبين بأن النص التشريعي أو التنظيمي الذي ينطبق على النزاع ينتهك الحقوق والحريات الأساسية للمتقاضين الطرف في النزاع، الهوامش

1/ القانون رقم 01-16 المؤرخ في 06 مارس 2016 يتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية عدد 14 مؤرخ في 7 مارس 2016.

2/ محمد بوسلطان، إجراء الدفع بعدم الدستورية: آفاق جزائر جديدة، مجلة المجلس الدستوري، العدد 2017-08 (عدد موضوعاتي يتعلق بالدفع بعدم الدستورية)، ص 13.

3/ أوكيل محمد أمين، عن دور القضاء في تفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية في الجزائر: دراسة مقارنة بالنموذج الفرنسي، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 32، الجزء الثاني/ جوان 2018، ص 101.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle/18/32/2/56449>

4/ الحكم المشابه للإجراء في المادة 61-1 الدستور الفرنسي:

Article 61-1 : Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.

https://www.legifrance.gouv.fr/loda/article_lc/LEGIARTI000019241077,

.visualisé le 06/06/2022 à 21 :30h

5/ م. 01/195 من الدستور مرسوم رئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 30 ديسمبر 2020 يتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020 في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج. ر عدد 82 مؤرخ في 30 ديسمبر 2020؛ المادة 02 من القانون العضوي رقم 16-18 مؤرخ في 02 ديسمبر 2018 يحدد شروط وكيفيات تطبيق الفع بعدم الدستورية، ج. ر عدد 54 مؤرخ في 05 سبتمبر 2018.

6/ أوكيل محمد أمين، مرجع سبق ذكره، ص 104.

7/ م. 50 من القانون رقم 09-08 مؤرخ في 25 فيفري 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر. عدد 21 مؤرخ في 23 أبريل 2008.

8/ أوكيل محمد أمين، مرجع سبق ذكره، ص 106

9/ أوكيل محمد أمين، مرجع سبق ذكره، ص 104

10/ المادة 538 ق. إ. م. إ: "تمثيل الخصوم أمام المجلس القضائي من طرف محام وجوبي تحت طائلة عدم قبول الاستئناف، ما لم ينص هذا القانون على خلاف ذلك.

لا يكون تمثيل الأطراف بمحام وجوبيا في مادة شؤون الأسرة والمادة الاجتماعية بالنسبة للعمال.

تعفى الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية من التمثيل الوجوبي بمحام".

11/ المادة 01/06 من القانون العضوي رقم 18-16 المؤرخ في 02 سبتمبر 2018 يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، ج ر عدد 54 مؤرخ في 05 سبتمبر 2018.
12/ تقدم النيابة العامة الفرنسية آرائها بشأن كل الحالات المتعلقة بإثارة مسألة الأولوية الدستورية QPC:

Art. 23-1./2 « Devant une juridiction relevant de la Cour de cassation, lorsque le ministère public n'est pas partie à l'instance, l'affaire lui est communiquée dès que le moyen est soulevé afin qu'il puisse faire connaître son avis. LOI organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000021446446/> le 06/06/2022 à 21 :42h

13/ لا يتصور أن يكون من مصلحة النيابة العامة إثارة هذا الدفع، لم يسجل واقع الممارسة في التجربة الفرنسية تقديم النيابة العامة أي مسألة بالأولوية الدستورية؛ أوكيل محمد أمين، مرجع سبق ذكره، ص. 105.

14/ " لا يمكن أن يثار الدفع بعدم الدستورية تلقائيا من طرف القاضي"، ونفس الحكم تقرره المادة 23 من القانون العضوي رقم 2009-1523 الفرنسي الصادر تطبيقا لنص المادة 61-1 من الدستور الفرنسي:

Art. 23-1./1 : Un tel moyen peut être soulevé pour la première fois en cause d'appel. Il ne peut être relevé d'office

15/ أوكيل محمد أمين، مرجع سبق ذكره، ص. 105.

16/ عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ترجمة للمحاكمة العادلة، موفم للنشر، الجزائر 2016، ص. 74.

17/ قانون رقم 13-07 مؤرخ في 29 أكتوبر 2013 يتضمن تنظيم مهنة المحاماة، ج. ر. عدد 55 مؤرخ في 30 أكتوبر 2013.

18/ المادة 06 قانون 13-07.

19/ م. 01/09 من القانون العضوي رقم 18-16.

- 20/ م. 01/03 من القانون العضوي رقم 16-18: "لا يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة الجنايات الابتدائية".
- 21/ م. 02/03 و 03 من القانون العضوي 16-18.
- 22/ م. 364 ق.إ.م.إ.
- 23/ المادة 02/09 من القانون العضوي 16-18.
- 24/ المادة 02/02 من القانون العضوي 16-18.
- 25/ حسب م. 137 مكرر 1. من الأمر رقم 155-66 ممضي في 08 يونيو 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج. ر. عدد 48 مؤرخ في 10 يونيو 1966، معدل ومتمم.
- 26/ م. 573 من قانون الإجراءات الجزائية.
- 27/ المادة 800 ق.إ.م.إ.
- 28/ " يمثل مجلس الدولة الهيئة المقومة لأعمال المحاكم الإدارية للاستئناف والمحاكم الإدارية والجهات الأخرى الفاصلة في المواد الإدارية"
- 29/ القانون رقم 07-22 المؤرخ في 05 ماي 2022 يتضمن التقسيم القضائي، ج. ر عدد 32 مؤرخ في 14 ماي 2022.
- 30/ المادة 08: "تحدث ست (6) محاكم إدارية للاستئناف تقع مقراتها بالجزائر ووهران وقسنطينة وورقلة وتامنغست وبشار".
- 31/ المادة 02/09 من القانون العضوي 16-18.
- 32/ المادة 901 ق.إ.م.إ.

المحامي ضامن للحقوق والحريات أمام المحكمة الدستورية

أ.د. محمد بوطرفاس،

عضو المحكمة الدستورية

مقدمة:

أنشئت المحكمة الدستورية بموجب التعديل الدستوري لسنة 2020 وهي مؤسسة مستقلة مكلفة بضمان احترام الدستور، تعمل على ضبط سير المؤسسات ونشاطات السلطات العمومية في الدولة، وتحدد قواعد عملها، وقد حلت محل المجلس الدستوري، وهي التسمية التي أقرها دستور 1963(1)، حيث تبنى المؤسس الدستوري فكرة الرقابة السياسية متأثرا بالنظام الفرنسي من خلال دستور الجمهورية الخامسة (1958)(2)، غير أنه لم يجد تطبيقه على أرض الواقع، بسبب تعليق العمل به، ليبقى هناك فراغ قانوني إلى غاية صدور دستور 1976، والذي لم تتضمن كذلك أحكامه التأسيس لجهاز يعهد له رقابة دستورية القوانين، ليكتفي المؤسس الدستوري بالنص على الرقابة السياسية والرقابة الشعبية (3)، ليتم بعدها تكريس مبدأ الرقابة على دستورية القوانين من جديد في كل من دستوري 1989(4)، و 1996(5)،

وتجدر الإشارة إلى أن المؤسس الدستوري في ظل التعديل الدستوري لسنة 2016، تبنى آلية جديدة وهي الدفع بعدم الدستورية كإجراء يمكن أطراف النزاع الدفع بعدم دستورية حكم تشريعي ينتهك الحقوق والحريات، أما الجهات القضائية، وهو ما نصت عليه المادة 188(6)، وتكريسا لهذا المبدأ صدر القانون العضوي رقم 16-18 (7)، الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع عم الدستورية.

إن إنشاء المحكمة الدستورية كمؤسسة مستقلة، يعد نقلة نوعية في النظام القانوني، ولبنة جديدة في إطار البناء المؤسسي، وقد مكن الإعلان عن ميلاد المحكمة الدستورية، الانتقال من أسلوب الرقابة السياسية على دستورية القوانين والتي كانت تمارس من طرف المجلس الدستوري، إلى أسلوب الرقابة القضائية على دستورية القوانين المعمول به في كثير من الأنظمة الدستورية المقارنة، والذي تتولاه المحاكم الدستورية،

وفي هذا الإطار خول المؤسس الدستوري، المحكمة الدستورية، إمكانية إخطارها بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عندما يدعي أحد الأطراف في المحكامة، أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي أو التنظيمي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك حقوق وحرياته التي يضمنها الدستور(8).

وبذلك فإن إقرار هذا الاجراء، يعد خطوة إيجابية في مسار تفعيل الرقابة الدستورية اللاحقة، وتحقيق العدالة الدستورية وحماية حقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية، على غرار ما هو معمول به في العديد من الأنظمة الدستورية والقانونية المقارنة، يتسنى بموجبها لكل من له صفة، الدفع بعدم دستورية حكم تشريع أو تنظيمي عن طريق الادعاء أمام القضاء، أن القانون الذي يطبق على النزاع المعروض أمامه يمس بالحقوق والحريات التي يكفلها الدستور، ما يستوجب تحرك الرقابة الدستورية للبت في دستوريته، ويعد هذا الاجراء كآلية للمراجعة اللاحقة للمنظومة القانونية، بغرض تحقيق انسجام مع مضمون الدستور في إطار حماية الحقوق والحريات(9).

بالنظر للأهمية الكبيرة التي أولاهها التعديل الدستوري لسنة 2020، خاصة ما تعلق منها بموضوع إجراء الدفع بعدم دستورية الأحكام التشريعية والتنظيمية، ودورها الفعال في ضمان سمو الدستور من جهة، وحماية الحقوق والحريات من جهة أخرى، من هذا المنطلق يمكن أن نطرح الإشكالية التالية:

إلى أي مدى يمكن للمحامي أن يساهم في حماية الحقوق والحريات أمام المحكمة الدستورية، بمناسبة إجراء الدفع بعدم دستورية حكم تشريعي أو تنظيمي؟

أولاً: مفهوم رقابة الدفع بعدم الدستورية

تعني التثبت من دستورية أحكام قانونية دخلت حيّز التنفيذ تُمكّن من كشف حالة عدم الدستورية التي تظهر عند تطبيق قانون ما، والتي لم يكن من الممكن أحياناً تشخيصها في بداية الأمر (10)، وهي رقابة قضائية عن طريق الدفع.

ثانياً: مضمون الإخطار بالدفع بعدم الدستورية وطبيعته

إن الدفع بعدم الدستورية هو اعتراض على تطبيق الحكم التشريعي والتنظيمي (11) الذي يتوقف عليه مآل النزاع، بدعوى أنه ينتهك الحقوق والحريات المنصوص عليها دستورياً (12). في المواد من 32 إلى غاية 73 وبعض الأحكام الدستورية الأخرى.

إن إقرار طبيعة نزاع الفصل في الدفع وحمايته لحقوق الأطراف، وحرصاً على الاستقرار القانوني و الثقة في الأحكام القضائية يتجه النص بالحكم التشريعي الذي أثير بمناسبته دفع بعدم الدستورية و بيان محتواه حتى يكون المحكوم لفائدته في النزاع أو الغير بصفة عامة ، إلى اعتبار الحكم القضائي يمكن الاحتجاج به على الكافة ، و الحقيقة، أن تحديد الطبيعة القانونية للدفع بعدم دستورية نص قانوني يثير أكثر من إشكال، ذلك أن فصل المجلس الدستوري سابقاً (المحكمة الدستورية في التعديل الدستوري لسنة 2020) في الدفع المثار أمامه و في غياب الأطراف يجعل من سلطة المجلس سلطة ولائية أكثر من كونها عملاً قضائياً ، وان طريقة و إجراءات كيفية إثارة الدفع تجعلنا نعتبره دفعا ليس من ضمن متعلقات النظام العام ، والدليل على ذلك أن محكمة الموضوع لا يمكنها إثارة الدفع من تلقاء نفسها وفق نص المادة 04 من

القانون العضوي السالف الذكر؛ فقاضى الموضوع لا يمكنه إثارة وسيلة الدفع من تلقاء نفسه بحجة امتناعه عن البت بدعوى عدم مطابقة النص القانوني لقواعد و أحكام الدستور، لأن ذلك يعد امتناعا و إنكارا للعدالة، في حين تنص المادة 2 من القانون العضوي 16/18 المؤرخ في 02 سبتمبر 2018، المتعلق بشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، على أنه يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية في كل محاكمة أمام الجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي الإداري والعادي، كما يمكن أن يثار هذا الدفع للمرة الأولى أمام هيئات الاستئناف وفي أثناء الطعن بالنقض، وذلك من قبل أحد أطراف الدعوى، في حالة ما إذا ادعى أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك حقوق وحرياته المحمية بموجب الدستور، الأمر الذي يفهم منه أن طبيعة هذا الدفع تكتسي طابعا يجعلها من متعلقات النظام العام.

كما نصت المادة 06 من القانون العضوي 16/18 السالف الذكر على أن الدفع بعدم الدستورية لا بد أن يقدم تحت طائلة عدم القبول بمذكرة مكتوبة ومفصلة ومسببة، بمعنى إذا لم يكن مكتوب ومفصل ومسبب، لا يقبل هذا الدفع، وهذا دليل على مدى حرص المشرع على الحفاظ على المركز القانوني وحقوق وحريات الخصم، لأن أهم شروط الدعوى عموما هي المصلحة، لذلك على صاحب الدفع تقديم كافة الدلائل الكتابية، و يشترط لقبول الدفع بعدم الدستورية أن يتوافر للمدعي بها مصلحة قانونية وشخصية مباشرة، والتي تعنى أن يكون قد أصابه ضرر فعلى من جراء تطبيق النص التشريعي غير الدستوري عليه، على أن تفصل الجهة القضائية فورا بقرار مسبب في إرسال الدفع إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، بعد استطلاع رأي النيابة العامة أو محافظ الدولة وفق نص المادة 07 من القانون العضوي، وهذا الإجراء باعتقادي لأن النيابة العامة هي ممثل الحق العام؛ كما يتم إرسال الدفع إذا تم استيفاء الشروط المذكورة في المادة 08 من القانون العضوي 16/18 (13). أما بخصوص

الآجال فإن قرار إرسال الدفع إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة يوجه مع عرائض الأطراف ومذكراتهم خلال 10 أيام من صدوره، ويبلغ إلى الأطراف ولا يكون قابلاً لأي طعن، ويبلغ قرار رفض الإرسال إلى المعنيين طبقاً للمادة 09 من القانون العضوي السالف الذكر.

ثالثاً: الأحكام المطبقة في إجراء الدفع بعدم الدستورية

إن المحكمة العليا ومجلس الدولة هما الجهتان القضائيتان الأعلى درجة، لذلك فضلاً عن كونهما تضطلعان بضمان توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد والسير على احترام القانون، تتميزان بتراكم تجربة قانونية وقضائية تمكنهما من لعب دورهما كمصفاء أخيرة لمدى تأسيس الدفع بعدم الدستورية قبل إحالته أو عدم إحالته إلى المجلس الدستوري الذي هو القاضي الوحيد لدستورية القوانين (14).

1- الأحكام المطبقة أمام المحكمة العليا ومجلس الدولة

نصت المادة 13 من القانون العضوي السالف الذكر على أنه تفصل المحكمة العليا ومجلس الدولة في إحالة الدفع إلى المجلس الدستوري (15) في أجل شهرين بدءاً من تاريخ استلام الإرسال، وتتم الإحالة (16) إذا تم استيفاء الشروط الواردة في نص المادة 08 ، ويوجه قرار الإرسال إلى الرئيس الأول للمحكمة العليا أو رئيس مجلس الدولة حسب الحالة طبقاً للمادة 15 (17).

كما نصت المادة 17 على أن يرسل القرار المسبب من طرف المحكمة العليا أو مجلس الدولة إلى المجلس الدستوري مرفقاً بمذكرات وعرائض الأطراف.

ومن خلال المادة 18 يتم إرجاء المحكمة العليا أو مجلس الدولة للفصل إلى غاية الفصل في مسألة الدفع بعدم الدستورية. هذا ويتم إعلام الجهة القضائية التي أرسلت الدفع حسب نص المادة 19 بقرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة ويبلغ للأطراف في أجل 10 أيام من تاريخ صدوره؛ وإذا لم يتم الفصل في الدفع

من طرف المحكمة العليا أو مجلس الدولة يُحال تلقائياً إلى المجلس الدستوري وفق المادة 20 من القانون العضوي السالف الذكر.

2- الأحكام المطبّقة أمام المحكمة الدستورية

ليس من السهل معالجة الأحكام التي تطبق أمام المجلس الدستوري وبالتالي الإجراءات، في غياب اكتمال الترسنة القانونية لتطبيق الدفع بعدم الدستورية، لا سيّما الجزء الخاص بالأحكام التي تتضمن قواعد المجلس الدستوري التي يعود إعدادها حسب الدستور للمجلس الدستوري نفسه (18).

نصت المادة 189 من التعديل الدستوري 01/16 (19) على أن المجلس الدستوري يتداول في جلسة مغلقة ويعطي رأيه أو يصدر قراره في ظرف 30 يوم من تاريخ الإخطار، وعندما يخطر في إطار المادة 188 المتعلقة بالدفع بعدم الدستورية فيصدر قراره خلال 04 أشهر التي تلي تاريخ الإخطار، حيث يمكن تمديدتها مرة واحدة لمدة أقصاها 04 أشهر كذلك، بناء على قرار مسبب من المجلس يبلغ إلى الجهة القضائية صاحبة الإخطار (20).

هذا ونصت المادة 21 من القانون العضوي 18/16 على أن المجلس الدستوري يعلم رئيس الجمهورية ورئيس غرفتي البرلمان والوزير الأول، حيث يمكن لهذه الأطراف أن تقدم ملاحظاتها بهذا الشأن، وتكون جلسة المجلس علنية طبقاً للمادة 22، ويبلغ قراره إلى الجهة القضائية المعنية.

رابعا: إبراز أهمية المحامي في إثارة الدفع بعدم الدستورية

إن الهدف من استحداث آلية الدفع بعدم الدستورية هو ضمان حقوق الإنسان والحريات الأساسية، لذلك فإن المحامي يعتبر ركيزة أساسية يقوم عليها الحق في محاكمة عادلة، لذلك فإنه يلعب دوراً أساسياً في إثارة الدفع بعدم الدستورية من خلال متابعته للملف أمام الجهات القضائية وطرح كل المسائل التي من شأنها حماية حقوق المتقاضين.

كما أن المحامي الذي يحرص على ضمان حقوق المتقاضين فإنه يستعمل كل الوسائل القانونية والحجج الممكنة والتي بواسطتها يضمن حماية حقوق المتقاضين، وقد حدد القانون رقم 16-18 المؤرخ في 2 سبتمبر 2018، شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، والذي يمكن أن يثار خلال كل مراحل التقاضي.

وفي هذا السياق، فقد نصت المادة 2 من القانون 06-18 على أن إثارة الدفع بعدم الدستورية يمكن أن يتم في كل محاكمة أمام الجهات القضائية الخاضعة للنظام العادي والجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي الإداري، من قبل أحد أطراف الدعوى الذي يدعي أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور.

1. لم يبين المشرع الجرائز فيما إذا كان المذكرة التي يقدمها أطراف الدعوى في حال إجراء الدفع بعدم الدستوري، توقع من قبل المحامي أم لا، غير أنه في أغلب الأنظمة المقارنة تشترط تحت طائلة البطلان عدم توقيع المحامي.

2. تكريس لمبدأ سمو الدستور، "الحق في الدفاع معترف به"

(م 175 من دستور 2020)

3. حق الأفراد في تقديم في إثارة الدفع بعدم الدستورية بناء على دعوى مرفوعة كأسلوب غير مباشر في إثارة الدفع مما يعد تكريس لحق الأفراد في تقويم المنظومة القانونية

4. تكريس لدولة الحق والقانون

5. ضمان لحماية حقوق وحريات الأفراد

6. تعزيز لدور المواطنة

ثانيا: من له حق اثاره الدفع بعدم الدستورية(21)

بقراءة نصوص القانون العضوي رقم 16-18 المؤرخ في 02 سبتمبر 2018 المتعلق بشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، عملا بنص المادة 02

منه، يتضح أن أنه يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية من قبل أحد أطراف الدعوى الذي يدعي أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، وذلك في كل محاكمة أمام الجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي العادي والجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي الإداري.

كما وسعت نفس المادة من مجال الدفع بنصها على إمكانية إثارتها للمرة الأولى في الاستئناف أو الطعن بالنقض.

خامساً: الشروط ممارسة الدفع ودور المحامي في إبرازها

تضمنت أحكام القانون العضوي 16-18 المشار إليه أعلاه على جملة من الشروط الواجب توفرها لإثارة عملية الدفع بعدم الدستورية من خلال المادتين 06 و08 منه بالإضافة إلى الشرطين المذكورين في المادة 02 من نفس القانون والتي اشترطت أن يرفع الدفع من أحد أطراف النزاع وأن يكون الحكم التشريعي المطعون فيه يتضمن انتهاك الحقوق والحريات.

وبالتالي يمكن استخلاص الشروط الواجب توفرها لقبول الدفع بعدم الدستورية في نوعين: شروط شكلية (الفقرة الأولى) وشروط موضوعية (الفقرة الثانية)

أ. الشروط الشكلية لقبول الدفع بعد الدستورية

تعد المادة 06 من القانون العضوي رقم 16-18 المؤرخ في 02 سبتمبر 2018 المتضمن تحديد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، الذي جاء تطبيقاً لأحكام الفقرة الثانية من المادة 188(22) من التعديل الدستوري لعام 2016، المفتاح لكل آلية الدفع بعدم الدستورية(23)، حيث جاءت نصت المادة 06، الفصل الثاني من القانون العضوي 16-18 لتحديد الشروط الشكلية الواجب توفرها في المذكرة التي يقدم بموجبها أحد المتقاضين، الدفع بعدم الدستورية للجهات القضائية تحت طائلة عدم قبولها، ويتضح بأنها تتضمن

نقطتين أساسيتين، تتعلق النقطة الأولى بالشروط الواجب توفرها في المذكرة، أما النقطة الثانية، فتحدد مآل المذكرة التي لا يتوفر فيها الشروط الشكلية.

1- الشروط الشكلية الواجب توفرها في المذكرة التي يقدم بها الدفع بعد

الدستورية

من الناحية الشكلية اشترط المشرع في المادة 06 من القانون العضوي المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع، أن يقدم الدفع بعد الدستوري في مذكرة مكتوبة ومنفصلة ومسببة (24)

أ- مذكرة مكتوبة:

يجب تقديم الدفع بعدم الدستورية في صورة مكتوبة لا شفوية، ويتعلق هذا الشرط بإجراءات التقاضي، خاصة وأن قانون الإجراءات المدنية والإدارية نص في مادته التاسعة (9) على أن: "الأصل في إجراءات التقاضي أن تكون مكتوبة" (25)، وعليه من غير الممكن إثارة الدفع بعدم الدستورية شفويا، وأن تتضمن مذكرة الدفع بعدم الدستورية التي ترفق بعريضة المدعي أو المدعى عليه، البيانات اللازمة، كاسم الطاعن، الجهة القضائية التي طرح أمامها النزاع، موضوع الدفع بصورة واضحة ومحددة، ما يثبت من ادعاء أن الحكم التشريعي أو التنظيمي الواجب التطبيق على موضوع الدعوى، ووجه مخالفته للدستور (26).

ب- مذكرة منفصلة:

يجب أن تكون مذكرة الدفع التي يقدم بموجبها المتقاضين الدفع بعدم الدستورية منفصلة عن عريضة الدعوى الأصلية، تحت طائلة عدم القبول، تجدر الإشارة إلى أنه عند مراقبة المطابقة مع الدستور للقانون العضوي (27)، استبدل مصطلح مستقلة، بمنفصلة على اعتبار أن مستقلة والاستقلالية صفتان للهيئات والسلطات، وقد اعتبر استعمال كلمة مستقلة للدلالة عن الانفصال سهوا يتعين تداركه.

ج- التسبيب:

يقصد بالتسبيب، بيان وتعليل أن الحكم التشريعي أو التنظيمي المثار بمناسبة الدفع بعدم الدستورية، مقنعا ومستفيضا، يبين أوجه خرق الدستور في مجال الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور، مما يمكن الجهة القضائية مراقبة جدية الدفع المثار أمامها.

ثانيا: الشروط الموضوعية لقبول الدفع بعدم الدستورية (28):

نصت المادة 08 من القانون العضوي 16-18 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية (29) على ثلاثة شروط الموضوعية التي يجب أن يستوفها الدفع بعدم الدستورية، ولا تحيل الجهة القضائية التي أثير أمامها الدفع إلى الجهة العليا، إلا العرائض التي تتوفر فيها الشروط المنصوص عليها في نص المادة 8 من القانون العضوي رقم 16-18 السالف الذكر، وهي كالتالي:

1- أن يتوقف على الحكم التشريعي المعارض عليه مآل النزاع أو أن يشكل أساسا للمتابعة:

يشترط في قبول الدفع بعدم دستورية الحكم التشريعي أو (التنظيمي) (30) أن يكون مطبقا على موضوع النزاع الأصلي، أي مرتبط بالنزاع أثناء المحاكمة، ولا يقبل الدفع الذي يوجه ضد حكم تشريعي أو تنظيمي لا يتوقف عليه مآل النزاع، بعبارة أخرى لا يمكن طلب إجراء دفع لنص قانوني غير مطبق وغير مستند عليه في الدعوى.

2 - ألا يكون الحكم التشريعي قد سبق التصريح بمطابقته للدستور من طرف المجلس الدستوري باستثناء تغير حال الظروف:

إن النصوص التشريعية التي سبق للمجلس الدستوري (سابقا) المحكمة الدستورية حاليا، أن راقب مدى دستورتها سواء عن طريق آلية الرقابة قبلية أو الرقابة البعدية بواسطة الدفع بعدم الدستورية، وصرح بأنها مطابقة للدستور، لا يمكن أن يطعن فيها مرة أخرى، بأنها مخالفة للدستور عن طريق

الدفع بعدم الدستورية، أي عدم امكانية عرض مسألة مدى دستورية نص تشريعي أو تنظيمي (31) سبق الفصل في مدى دستوريته من عدمه.

3- شرط الجدية في الدفع بعدم الدستورية:

يرتبط مفهوم الجدية، أن يكون هدف الدفع موضوعيا ويستند إلى مبررات حقيقة، حيث أن المشرع الجزائري لم يحدد معايير حاسمة تحدد ما إذا كان الدفع جديا من عدمه، وبالتالي فهي مسألة موضوعية يقدرها القاضي الذي طرحت أمامه القضية الأصلية، حيث يكتفي القاضي بالتصريح أنه ثمة شك في امكانية تضمن الحكم التشريعي (أو التنظيمي بموجب دستور 2020) المعارض عليه، أنه يحتمل فعلا التصريح بعدم دستوريته مما يجعل الدفع المثار جديا (32)، وفي هذا الإطار أشار المجلس الدستوري سابقا في رأيه (33) المتعلق بمطابقة القانون العضوي الذي يحدد شوط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، للدستور، أن "تقتضي أن يتقيد القضاة، عند ممارسة صلاحياتهم بالحدود التي تسمح فقط بتقدير مدى توفر الشرط المنصوص عليها في المادة 9 من القانون العضوي، موضوع الاخطار، دون أن يمتد ذلك إلى تقديرهم لدستورية الحكم التشريعي المعارض عليه....."

الخاتمة:

إنّ آلية الدفع بعدم الدستورية، هي إحدى الوسائل لتحريك الدعوى الدستورية، أقرتها غالبية الدول في أنظمتها التشريعية، بهدف حماية الحقوق والحريات المكفولة دستوريا، ويختلف هذا المبدأ باختلاف الأنظمة السياسية، من حيث طبيعتها قد تكون الرقابة الدستورية عن طريق الدفع بعدم الدستورية، تعهد لجهاز دستوري ذا طبيعة سياسية، وقد تكون عن طريق هيئة قضائية.

إن مبدأ الدفع بعدم الدستورية، آلية جديدة في النظام القانوني الجزائري، بموجبها يتم إخطار المجلس الدستوري سابقا (المحكمة الدستورية

حاليا)، بطريق غير مباشر من طرف المتقاضي، بناء على إحالة من مجلس الدولة أو محكمة العليا، للدفاع عن الحقوق أو الحريات المكفولة في الدستور. إن آلية الدفع بعدم الدستورية هي وسيلة لتحقيق غاية مزدوجة تتمثل في حماية مبدأ سمو الدستور من جهة وضمان وحماية الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور للأفراد، تكريسا للأمن القانوني وتنقية النظام القانوني من النصوص التشريعية المخالفة للدستور

المصادر والمراجع:

المصادر:

- دستور 1963 للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
- دستور 1976 للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الصادر بموجب الأمر 97-76 مؤرخ في 30 ذي القعدة عام 1396 الموافق 22 نوفمبر 1976، يتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 94.
- دستور 1989 للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-18 المؤرخ في 22 رجب عام 1409 الموافق 28 فبراير سنة 1989، يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فبراير سنة 1989، في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 9.
- دستور 1996 للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، مؤرخ في 07 سبتمبر سنة 1996، يتعلق بإصدار نص التعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 82 نوفمبر سنة 1996، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 76
- دستور 2016 للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
- دستور 2020 للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق 30 ديسمبر سنة 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 82.

- قانون عضوي رقم 18-16 مؤرخ في 22 ذي الحجة عام 1439 الموافق 2 سبتمبر سنة 2018، يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، الصادر بتاريخ 5 سبتمبر 2018، بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 54.

- قانون رقم 09-08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. الإجراءات المدنية والإدارية،

- رأي المجلس الدستوري رقم: 03/ ر.ق.ع.م.د/18 المؤرخ في 02 أوت 2018 المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية للدستور (الجريدة الرسمية العدد 54 الصادرة بتاريخ 05 سبتمبر 2018).

المراجع:

- د.سالي عبد السلام، و بن دراج على إبراهيم طالب دكتوراه، مقال بعنوان "المجلس الدستوري في الجزائر، تشكسلته واختصاصاته في مجال الرقابة الدستورية على ضوء التعديل الدستوري لسنة 2016"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، المجلد 53، العدد 1، الصفحات من 121-153.

تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه الفقرة بموجب قانون عضوي".

- سامية سمري، مداخله بعنوان "اختصاصات المحكمة الدستورية في مجال الدفع بعدم الدستورية"، تم إلقتها بمناسبة الملتقى الدولي حول " المحكمة الدستورية ودورها في بناء الجزائر الجديدة"، يومي 06 و07 أفريل 2021، منشور في العدد 17-2021 من مجلة المجلس الدستوري، ص 190.

- محمدي روابحي، الاجراءات المطبقة أمام المحكمة العليا ومجلس الدولة في مادة الدفع بعدم الدستورية، الندوة الوطنية حول الدفع بعدم الدستورية، الجزائر، 10، 11، ديسمبر 2018، ص 03.

- الوافي عبد الرزاق، طالب دكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، مقال بعنوان "قراءة في القانون العضوي رقم 18-16 يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعد الدستورية"، منشور بمجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، المجلد الثاني العدد 1، مارس 2020، الصفحات، 169-18.

- د. عبد القادر عدو، و ط.د. مراد زوايد، مقال بعنوان، "شروط ممارسة الدفع بعد الدستورية أمام الجهات القضائية، دراسة تحليلية مقارنة بين القانون الجزائري والفرنس

والمصري"، منشور بمجلة المعارف، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، المجلد 16 العدد 2 الصفحات 310-327.

- الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في القانون المقارن، تقرير لمكتب تونس التابع للمنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية، ألمانيا، دت،
- الموقع الإلكتروني:

https://www.wikiwand.com/ar/دستور_الجزائر

الهوامش:

1 - المادة 63 منه تنص على مايلي: "يتألف المجلس الدستوري من الرئيس الأول للمحكمة العليا ورئيس الغرفتين المدنية والإدارية في المحكمة العليا، وثلاث نواب يعينهم المجلس الوطني الشعبي وعضو يعينه رئيس الجمهورية". ومن المعلوم أن هذا المجلس لم يشكل ليمارس نشاطه، المصدر، دستور_الجزائر https://www.wikiwand.com/ar/دستور_الجزائر

2 - د.سالمي عبد السلام، و بن دراج على إبراهيم طالب دكتوراه، مقال بعنوان "المجلس الدستوري في الجزائر، تشكسلته واختصاصاته في مجال الرقابة الدستورية على ضوء التعديل الدستوري لسنة 2016"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، المجلد 53، العدد 1، الصفحات من 121-153.

3 - أنظر المواد من 95 إلى 103، دستور 1976، الصادر بموجب الأمر 76-97 مؤرخ في 30 ذي القعدة عام 1396 الموافق 22 نوفمبر 1976، يتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 94.

4 - أنظر الباب الثالث: الرقابة والمؤسسات الاستشارية، الفصل الأول الرقابة، المواد من 152 إلى 159 من دستور 1989، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-18 المؤرخ في 22 رجب عام 1409 الموالم 28 فبراير سنة 1989، يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فبراير سنة 1989، في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 9.

5 - دستور 1996، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، مؤرخ في 07 سبتمبر سنة 1996، يتعلق بإصدار نص التعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 82 نوفمبر سنة 1996، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 76، لتفاصيل أكثر، انظر ولد أحمد تهنان، تشكيلة المجلس الدستوري الجزائري على ضوء

التعديل الدستوري لسنة 2016 - دراسة نقدية- ، مجلة التراث، العدد 03، المجلد العاشر، أكتوبر 2020، الصفحات 270-287.

6 - المادة 188 : 'يمكن إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور".

تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه الفقرة بموجب قانون عضوي".

7 - قانون عضوي رقم 16-18 مؤرخ في 22 ذي الحجة عام 1439 الموافق 2 سبتمبر سنة 2018، يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، الصادر بتاريخ 5 سبتمبر 2018، بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 54. 8 - 195 من من التعديل الدستوري لسنة 2020.

9 - سامية سمري، مداخلة بعنوان "اختصاصات المحكمة الدستورية في مجال الدفع بعدم الدستورية"، تم إلقتها بمناسبة الملتقى الدولي حول " المحكمة الدستورية ودورها في بناء الجزائر الجديدة"، يومي 06 و07 أفريل 2021، منشور في العدد 17 - 2021 من مجلة المجلس الدستوري، ص 190.

10 - الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في القانون المقارن، تقرير لمكتب تونس التابع للمنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية، ألمانيا، دت، ص 05.

11 - تم إضافة مصطلح الحكم التنظيمي، بمناسبة التعديل الدستوري لسنة 2020 طبقا لما ورد في نص المادة 195 منه.

12 - راجع المادة رقم: 8 من القانون العضوي رقم: 16/18 المؤرخ في 02 سبتمبر 2018 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية (الجريدة الرسمية العدد 54 الصادرة بتاريخ 05 سبتمبر 2018) .

13 - الشروط التي يجب أن يستوفها الدفع بعدم الدستورية التي تضمنتها المادة رقم 08 أعلاه هي: أن يتوقف على الحكم التشريعي المعارض عليه مآل النزاع أو أن يشكل أساس المتابعة في الشق الجزائي، وأن لا يكون الحكم التشريعي قد سبق للمجلس الدستوري التصريح بمطابقته للدستور، وكذلك أن يتسم هذا الدفع بالجدية، رغم عدم وجود ما يُفيد ضوابط ومعايير الجدية في القانون العضوي 16/18، لذلك فسيكون هذا الأمر منوط بالسلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

14 - محمدي روابحي، الاجراءات المطبقة أمام المحكمة العليا ومجلس الدولة في مادة الدفع بعدم الدستورية، الندوة الوطنية حول الدفع بعدم الدستورية، الجزائر، 10، 11، ديسمبر 2018، ص. 03.

15 - في انتظار صدور القانون العضوي المتعلق الدفع بعدم الدستورية، تماشيا مع أحكام الدستور الجديد لسنة 2020

16 - تأخذ الإحالة ثلاثة أشكال: الشكل الأول هو الإحالة العادية، حيث يتلقى المجلس الدستوري الإحالة طبقا لأحكام المادة رقم: 17 من القانون العضوي 16/18 في حالة قبول المحكمة العليا أو مجلس الدولة الدفع، وذلك بقرار معلّل مصحوب بمذكرات وعرائض الأطراف، أما الشكل الثاني للإحالة فيكون في حالة إنقضاء أجل المحدد للمحكمة العليا أو مجلس الدولة للفصل في الدفع وإحالته للمجلس الدستوري، حيث أقرّت المادة 20 من القانون العضوي السالف الذكر أنه في حالة عدم فصل المحكمة العليا أو مجلس الدولة في الآجال المنصوص عليها في المادة 13 ، يحال الدفع بعدم الدستورية تلقائيا إلى المجلس الدستوري، رغم عدم إشارة القانون العضوي إلى كيفية معالجة الإحالة التلقائية التي ربما تركها لقواعد عمل المجلس الدستوري، الذي تدارك ذلك في رأيه حول رقابة دستورية القانون العضوي 16/18 حيث تحفظ على المادة رقم: 20 وفسّر حالة الإحالة التلقائية بضرورة إرسال الجهة القضائية العليا المعنية ملف الدفع إلى المجلس الدستوري؛ أما الشكل الثالث من الإحالة هو حالة رفض المحكمة العليا أو مجلس الدولة الإحالة أين يقتضي ذلك إرسال نسخة من القرار المسبب المتضمن الرفض الصادر عن أحدهما إلى المجلس الدستوري وجاء هذا في رأي المجلس الدستوري عند رقابته لدستورية الفقرة 2 من المادة رقم 13 من القانون العضوي السالف الذكر. محمد ضيف، المرجع السابق، ص 05.

- راجع كذلك رأي المجلس الدستوري رقم: 03/ ر.ق.ع.م.د/18 المؤرخ في 02 أوت 2018 المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية للدستور (الجريدة الرسمية العدد 54 الصادرة بتاريخ 05 سبتمبر 2018).

17 - جاء ذلك على غرار ما أقره المشرع الفرنسي وبعض البلدان الافريقية والذي حصر الإحالة للمجلس الدستوري في المحكمة العليا ومجلس الدولة، خلافا لما هو مقرر في دول أخرى كإسبانيا التي يمكن فيها للمتقاضين إخطار المحكمة الدستورية، وكذا بلجيكا أين

يمكن لقاضي الموضوع ممارسة هذا الإخطار أو الإحالة. محمد ضيف، المرجع السابق، ص 04.

18 - محمد ضيف، المرجع السابق، ص 03.

19 - التعديل الدستوري لسنة 2016

20 - راجع المادة رقم 189 من التعديل الدستوري 01/16.

21 - المادة 2 من القانون العضوي رقم 16-18

22 - بعد التعديل الدستوري لسنة 2020 حلت المحكمة الدستورية محل المجلس الدستوري، كمؤسسة مستقلة مكلفة بضمان احترام الدستور، وتعديل نص المادة 188 من دستور 2016، لتصبح المادة 195 من التعديل الدستوري لسنة 2020، الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق 30 ديسمبر سنة 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 82.

23 - تنص المادة 06 " يقدم الدفع بعدم الدستورية، تحت طائلة عدم القبول، بمذكرة مكتوبة ومنفصلة ومسببة ".

24 - تنص المادة 06 " يقدم الدفع بعدم الدستورية، تحت طائلة عدم القبول، بمذكرة مكتوبة ومنفصلة ومسببة "، القانون العضوي 16-18 مؤرخ في 22 ذي الحجة عام 1439 الموافق 2 سبتمبر سنة 2018، يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 54.

25 - المادة 9 من قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. الإجراءات المدنية والإدارية،

26 - الوافي عبد الرزاق، طالب دكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، مقال بعنوان "قراءة في القانون العضوي رقم 16-18 يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعد الدستورية"، منشور بمجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، المجلد الثاني العدد 1، مارس 2020، الصفحات، 169-18.

27 - راجع الرأي رقم 03/ر.ق.ع/م.د/18 مؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1439 الموافق 2 غشت سنة 2018، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد شروط وكيفيات

تطبيق الدفع بعدم الدستورية، للدستور، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 54.

28 - أنظر المادة 8 من القانون العضوي رقم 18-16 السلف الذكر.

29 - تنص المادة 08 من قانون العضوي 18-16 "" يتم إرسال الدفع بعدم الدستورية إذا تم استيفاء الشروط الآتية:

- أن يتوقف على الحكم التشريعي المعارض عليه مآل النزاع أو أن يشكل أساس المتابعة.

- ألا يكون الحكم التشريعي قد سبق التصريح بمطابقته للدستور من طرف المجلس الدستوري باستثناء حال تغير الظروف.
- أن يتسم الوجه المثار بالجدية."

30 - تم إضافة الحكم التنظيمي بمناسبة التعديل الدستوري لسنة 2020.

31 - تم إضافة الحكم التنظيمي بمناسبة التعديل الدستوري لسنة 2020.

32 - د. عبد القادر عدو، و ط.د. مراد زوايد، مقال بعنونان، "شروط ممارسة الدفع بعد الدستورية أمام الجهات القضائية، دراسة تحليلية مقارنة بين القانون الجزائري والفرنس والمصري"، منشور بمجلة المعارف، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، المجلد 16 العدد 2 الصفحات 310-327.

33 - رأي رقم 03/ر.ق.ع/م.د/18 مؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1439 الموافق 2 غشت سنة 2018، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، للدستور، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 54.

شروط الدفع بعدم الدستورية أمام المحكمة العليا ومجلس الدولة

السيد جيلالي ميلودي
عضو المحكمة الدستورية

مقدمة:

إن الدفع بعدم الدستورية هو وسيلة دفاع يستعملها أحد أطراف الدعوى أثناء سريان خصومة قائمة محله الطعن في دستورية حكم تشريعي يتوقف عليه مآل النزاع الذي يخصه عندما يدعي أنه ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور.

إن آلية الدفع بعدم الدستورية استحدثها الدستور في التعديل المؤرخ في 2016/03/06 في مادته 188 والتي كرسها التعديل الدستوري في نوفمبر 2020 في مادته 195 منه حيث أعطى لأطراف الخصومة القضائية الحق في منازعة أحكام تشريعية بدعوى أنها تخرق حقوقهم التي يضمنها لهم الدستور.

وفي 07 مارس 2019 شرع في تطبيق القانون العضوي المتضمن آلية الدفع بعدم الدستورية في الجزائر والذي لازال ساري المفعول عملاً بنص المادة 225 من الدستور إلى غاية صدور القانون العضوي الجديد المحدد لإجراءات وكيفيات الاخطار والاحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية (المادة 196 من دستور 2020).

تنص المادة 195 من دستور نوفمبر 2020 على أنه "يمكن إخطار المحكمة الدستورية بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة

العليا أو مجلس الدولة عندما يدعي أخذ الأطراف في المحكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي أو التنظيمي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك حقوقه وحرياته التي يضمنها الدستور".

وعليه فإن المحكمة العليا ومجلس الدولة هما الهيئتان القضائيتان اللتان يمكنها إخطار المحكمة الدستورية ومن ثم لا يمكن للمتقاضي إخطار المحكمة الدستورية مباشرة.

وسنبرر في مداخلتنا هذه كيفية اتصال المحكمة العليا ومجلس الدولة بالدفع بعدم الدستورية والشروط الشكلية والموضوعية التي يتعين على هاتين الهيئتين التأكد منها لصحة الدفع قبل إخطار المحكمة الدستورية به. أولاً: كيفية اتصال المحكمة العليا ومجلس الدولة بالدفع بعدم الدستورية:

1- تتصل المحكمة العليا بملف الدفع بعدم الدستورية مباشرة بمناسبة ممارسة حق الطعن المقرر قانوناً في الأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم والمجالس، وعن طريق إرسال الدفع بعدم الدستورية إليها من الجهات القضائية الدنيا (المحاكم والمجالس) التي توصلت أن الدفع جدي.

2- يتصل مجلس الدولة بالدفع بعدم الدستورية مباشرة باعتباره قاضي موضوع وهي الحالة الغالبة على مستوى مجلس الدولة باعتباره جهة استئناف في قرارات المحاكم الإدارية، وعن طريق إرسال الدفع بعد الدستورية من المحاكم الإدارية.

ولهذا الغرض تؤسس هيئة على مستوى المحكمة العليا ومجلس الدولة للفصل في جدية إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة الدستورية من عدمه يرأسها الرئيس الأول للمحكمة العليا أو مجلس الدولة وإذا تعذر ذلك فنائب الرئيس وتشكل من رئيس الغرفة المعنية بموضوع الدفع وثلاث (03)

مستشارين يعينهم رئيس الجهة القضائية (المادتين 15 و16 من القانون العضوي رقم 16/18).

- عندما يعرض الدفع بعدم الدستورية لأول مرة أمام المحكمة العليا أو مجلس الدولة كجهة نقض (المادة 02 الفقرة الثانية من القانون العضوي 16/18) يقوم الرئيس الأول بإرسال الدفع مباشرة إلى النائب العام لتقديم ملاحظاته المكتوبة في أقرب الآجال كما يمكن أطراف الدعوى من تقديم ملاحظاتهم المكتوبة وتفصل المحكمة العليا في ظرف شهرين في الدفع سواء بإرساله إلى المحكمة الدستورية أو برفضه بقرار مسبب يبلغ للأطراف وإلى الجهة القضائية إذا كان الدفع بعدم الدستورية مرسل من طرفها في ظرف عشرة (10) أيام من تاريخ صدور قرارها مع إرجاء الفصل في النزاع إلى حين صدور قرار المحكمة الدستورية مع مراعاة شروط المادة 18 من القانون العضوي رقم 16/18.

ثانيا: الشروط الشكلية والموضوعية للدفع بعدم الدستورية:

أ- الشروط الشكلية:

تنص المادة السادسة من القانون العضوي رقم 16/18 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعد الدستورية على أنه يقدم الدفع بعدم الدستورية تحت طائلة عدم القبول بمذكرة مكتوبة ومنفصلة ومسببة.

إن القراءة المتأنية للمادة المذكورة تفيد بأن المذكرة المتضمنة الدفع بعدم الدستورية عمليا هي مفتاح لآلية الدفع بعدم الدستورية كما يظهر وجود فكرتين الأولى تتعلق بالشروط الشكلية للمذكرة أما الفكرة الثانية تحدد مآل المذكرة التي لا تتوفر فيها الشروط الشكلية.

وعليه هناك ثلاث شروط شكلية ينبغي على القضاة النظر فيها وتمحيصها وهي أن تكون المذكرة التي تحرك آلية الدفع بعدم الدستورية مكتوبة - منفصلة - مسببة.

- تشترط المادة المذكورة الكتابة لأن إجراءات التقاضي الأصلية تكون مكتوبة ويفهم من ذلك بأنه لا يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية شفهيًا وبما أن المادة المذكورة لم تذكر شكلية معينة للمذكرة فإنه يفترض أن تحتوي على أطراف النزاع والجهة القضائية التي طرح أمامها النزاع وموضوع النزاع والحكم التشريعي الذي ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور.
- أن تكون المذكرة منفصلة عن نزاع الدعوى الأصلية وهذا يسهل للجهة القضائية تحديد بسرعة الدفع بعدم الدستورية.
- أما الشرط الثالث والأخير الذي تشترطه المادة السادسة المذكورة في المذكرة هو أن تكون مسببة بحيث تتضمن الحكم التشريعي محل الرقابة الدستورية بالإضافة إلى الحقوق والحريات المضمونة دستورياً التي ينتهكها الحكم التشريعي مع توضيح كيفية الانتهاك.
- في حالة غياب أحد الشروط الثلاثة المذكورة تصدر المحكمة العليا قرار مسبب بعدم قبول طلب الدفع بعدم الدستورية شكلاً (المادة 06 شطرها الأول).
- يجب أن يكون هناك نزاع مطروح على الجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي العادي والجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي الإداري (المادة 02 من القانون العضوي رقم 16/18).
- ب- الشروط الموضوعية:
 - أشارت المادة الثامنة من القانون العضوي رقم 16/18 المتعلق بتحديد شروط تطبيق الدفع بعدم الدستورية إلى الشروط الموضوعية التي يجب توافرها في الدفع بعدم الدستورية وهي:
 - أن يتوقف على الحكم التشريعي المعارض عليه مآل النزاع أو يكون أساس المتابعة.

- أن لا يكون الحكم التشريعي سبق التصريح بمطابقته للدستور من طرف المجلس الدستوري باستثناء حالة تغيير الظروف.

- كما أشارت المادة 195 من دستور 2020 صراحة على حق أحد أطراف الدعوى بإثارة الدفع بعدم الدستورية بالقول يمكن إخطار المحكمة الدستورية بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة عندما يدعي أحد الأطراف في المحكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي أو التنظيمي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك حقوقه وحرياته التي يضمنها الدستور.

سنحاول فيما يلي شرح هذه الشروط الموضوعية وتوضيحها على النحو التالي:

1- الصفة والمصلحة: من له الحق في إثارة الدفع بعدم الدستورية:

- تنص المادة 195 المذكورة صراحة على حق أحد أطراف المحكمة بإثارة الدفع بعدم الدستورية بينما المادة 02 من القانون العضوي 16/18 تشير إلى أحد أطراف الدعوى ويفهم من ذلك أن يكون لصاحب الحق في إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام القضاء من له الصفة والمصلحة في ذلك.
- ويستوي هنا أن يكون هذا الشخص مدعيا أو مدعى عليه أو مدخلا في الخصام أو من الغير الخارج عن الخصومة أو متهما أو مدعى مدني أو مسؤول مدني أو طرف مدني سواء كان صاحب الدفع شخصا طبيعيا أو معنويا كما قد يكون مواطنا جزائريا أو أجنبيا.
- أما فيما يخص النيابة العامة فهناك اختلاف حول هذا الموضوع بالرغم من عدم وجود نص صريح يمنعها من إثارة الدفع بعدم الدستورية.
- وبالتالي استنادا على هذا النص يمنع على أشخاص أخرى غير المذكورين أعلاه إثارة الدفع بعدم الدستورية كما تمنع المادة الرابعة من القانون 16/18 القاضي من إثارة الدفع بعدم الدستورية.

2- الحكم التشريعي أو التنظيمي:

تجدر الإشارة هنا أن المادة 195 من دستور 2020 نصت على الحكم التشريعي أو التنظيمي، فما المقصود بالحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع وينتهك الحقوق والحريات التي ينص عليها الدستور؟

- إن مفهوم الحكم التشريعي بناء على التعديل الدستوري لسنة 2020 هو كل حكم له قوة القانون أي له قوة خاصة وهي قوة القانون وهو وسيلة لمنازعة عدم دستورية القوانين وشرط أساسي من شروط الدفع بعدم الدستورية أي وجوب ارتباط الدفع بحكم تشريعي أو تنظيمي.

- يكون الدفع بعدم الدستورية محصورا على القوانين العادية ولا يمتد إلى القوانين العضوية والمعاهدات الدولية باعتبار أن هذه الأخيرة تكون قد خضعت مسبقا لرقابة المطابقة من طرف المحكمة الدستورية بقوة القانون (المادة 190 من الدستور).

- كما يستثنى أيضا من الدفع بعدم الدستورية المراسيم والنصوص التنظيمية التي تصدر من السلطة التنفيذية وتخضع لرقابة القضاء الإداري كذلك القوانين الاستثنائية لأنها قوانين تعرض على استفتاء الشعب.

- أن يكون الحكم التشريعي موضوع الاعتراض بالدفع بعدم الدستورية يتوقف عليه مآل النزاع أي بمعنى أن النص القانوني المذكور في النزاع الأصلي هو أساس المحاكمة ويضبط الوقائع المعروضة على القضاء.

- أن ينتهك الحكم التشريعي الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور أي أن المدعي في الدفع بعدم الدستورية يتبين له أن الحكم التشريعي الذي هو محل محاكمته يمس حقوقه وحرياته التي حددها الدستور في الباب الثاني منه الفصل الأول تحت عنوان الحقوق الأساسية والحريات العامة في المواد من 34 إلى 54.

3- شرط الجدية:

أن يتسم الحكم التشريعي موضوع الدفع بعدم الدستورية بالجدية:

- إن تقسيم طابع الجدية للدفع بعدم الدستورية المنصوص عليه بالمادة الثامنة من القانون العضوي 16/18 له أهمية قصوى أمام القضاء لأنه لا يتمتع بسلطة الرقابة الفعالة على المسألة التي أثبتت ولا القوة على إلغاء القاعدة.

- إن دور قضاة الموضوع والمحكمة العليا في تقدير الجدية لصحة الدفع بعدم الدستورية هو من الصعوبة بمكان وبالتالي يلعب قضاة المحكمة العليا دورا هاما في فعالية آلية الرقابة الدستورية على القوانين فمن خلال تقييم طابع الجدية فإن القضاة يمارسون رقابة ما قبل الدستور ومع ذلك لا ينبغي أن يتحول تقييم الجدية هذا إلى رقابة دستورية بدلا من المحكمة الدستورية وعليه يجب أن يقتصر دور القضاة على ما هو ضروري لاختصاصهم.

- إن تقدير الجدية متروك للسلطة التقديرية لقضاة المحكمة العليا وبالتالي يجب عليهم تقييم وتحديد مستوى الشك الذي يمكن أن يزرعه الدفع بعدم الدستورية في ذهنهم، وإن المجلس الدستوري في رأيه الصادر بتاريخ 02 أوت 2019 بشأن هذه المسألة أبدى تحفظات على السلطة التقديرية الممنوحة للقضاة في تقييم الجدية للدفع بعدم الدستورية موضحا أن المشرع لم ينوي إعطاء القضاة هذه السلطة التقديرية مثل تلك الممنوحة حصرا للمجلس الدستوري.

- وبالتالي فإن التحقيق في جدية المقبولية للدفع بعدم الدستورية من طرف القاضي العادي لا يجب أن تتعدى إلى اختصاص القاضي الدستوري الذي له السلطة الحصرية للفصل في مدعى دستورية الحكم التشريعي من عدمه.

- إنه في جميع الحالات يقدر القضاة الجدية في الدفع بعدم الدستورية بكل حرية التي تتطلبها الممارسة القضائية وما يتمتعون به من سلطة تقديرية كبيرة وبالتالي يمكن اعتبار المسألة جدية عندما يكون هناك شك مقبول ومع ذلك لا توجد أي طريقة لتحديد هذه الجدية ومن ثم يصعب تحديد رسم حدود معقولة لهذا الشكل في غياب حدود واضحة، وعليه تكون المسألة جدية بدءاً من احتمال تعارضها مع قاعدة دستورية.
- ونظراً لأهمية مسألة الجدية في الدفع بعدم الدستورية ذهب المؤسس الدستوري الجزائري إلى تقنية الغربلة المزدوجة (Double Filtrage) وذلك بإثبات جدية الدفع المرفوع سواء أمام قاضي الموضوع أو المحكمة العليا وإن هذه التقنية المعتمدة من المشرع العضوي الغرض منها وضع حد للدفع الكيدية التي تهدف إلى عرقلة المسار القضائي للنزاع الأصلي من جهة وإغراق المحكمة الدستورية بدفوع واهية وتسويقية.

الإطار الدستوري للدفع بعدم دستورية الأحكام التشريعية والتنظيمية

تقديم: عمار عباس

عضو المحكمة الدستورية

D. Rousseau : « Pendant longtemps, la Constitution fut un texte négligé ; dans les années 1980 et plus encore 1990, elle était devenue un objet d'études, de thèses, de colloques ; aujourd'hui, la Constitution devient un moyen pour le justiciable de défendre ses droits contre la loi »¹.

مقدمة

كان تفعيل القضاء الدستوري من بين أهداف التعديل الدستوري لسنة 2020، وقد تجلّى ذلك من خلال استبدال المجلس الدستوري بمحكمة دستورية، تماهيا مع التطورات التي يعرفها القضاء الدستوري في الأنظمة الدستورية الحديثة، وإعادة النظر في توزيع التشكيلة، بانفتاحها على أساتذة القانون الدستوري، ووضع شروط جديدة للعضوية، مع توسيع اختصاصات المحكمة الدستورية مقارنة بالمجلس الدستوري، والتي امتدت لتشمل تفسير حكم أو عدة أحكام دستورية، وإبداء رأيها في الخلافات التي قد تحدث بين السلطات الدستورية، والفصل في توافق القوانين والتنظيمات مع المعاهدات، وهو ما يعرف بالرقابة الاتفاقية.

لقد كان من أبرز الإصلاحات التي عرفها القضاء الدستوري في الجزائر انطلاقا من التعديل الدستوري لسنة 2016، والتي حافظ عليها التعديل الدستوري لسنة 2020، هي توسيع حق الإخطار لكل من الوزير الأول أو رئيس الحكومة حسب الحالة وأعضاء البرلمان، والانفتاح على المتقاضين، بتمكينهم من حق الدفع بعدم دستورية الأحكام التشريعية والتنظيمية التي يتوقف عليها مآل النزاع، ويرون أنها تنتهك حقوقهم وحرياتهم الأساسية التي يكفلها الدستور، مع نص الدستور صراحة على أن قرارات المحكمة الدستورية نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية.

سنركز في هذه المداخلة، على الإطار الدستوري للدفع بعدم الدستورية، تاركين الإطار القانوني لباقي المداخلات، وذلك بعرضنا لفلسفة انفتاح القضاء الدستوري على المتقاضين، بتحليل أسبابه وتداعياته (أولا)، ثم تعداد الشروط التي وضعها المؤسس الدستوري للدفع بعدم الدستورية (ثانيا)، وأخيرا نتناول الآجال المحددة للفصل في الدفوع بعدم الدستورية والنتائج المترتبة على التصريح بعدم الدستورية (ثالثا)، كل ذلك وفقا لأحكام دستور الجزائر لسنة 2020، واستهداء بالتجربتين الفرنسية والتونسية في هذا المجال.

أولا: فلسفة انفتاح القضاء الدستوري على المتقاضين

بالنظر إلى موضوع الرقابة الدستورية الذي ينصب في الغالب على النصوص التشريعية التي تدخل في اختصاص السلطة التشريعية أو التنفيذية، والتي يعرف مسار إعدادها مشاركة السلطتين معا، سواء مبادرة أو اقتراحا أو مناقشة وتصويتا وإصدارا ونشرا، يتميز القضاء الدستوري بتضييق الجهات التي يمكنها الطعن في هذه النصوص التشريعية، وذلك بتركيزها لدى جهة مختصة وقصر تحريكها لدى السلطات العليا في الدولة،

حيث يزيد تضيق أو توسيع هذه الجهات، حسب ظروف كل دولة وطبيعة نظامها السياسي، لذلك كان المواطن عموما والمتقاضي خصوصا، هو الجهة المحرومة من حق اللجوء إلى القضاء الدستوري.

لقد كان من بين الأسباب الرئيسية لتضييق جهات تحريك القضاء الدستوري، هو دواعي الأمن القانوني، وذلك بجعل النصوص التشريعية في منأى من عدم الاستقرار، بعقلنة الطعون المنصبة على عدم دستورتها، ولعل من بين أبرز هذه الأسباب كذلك هو السيادة البرلمانية، حيث كان القانون إلى وقت قريب، خاصة في الدول الأوروبية، يوصف على أنه تعبير عن الإرادة العامة²، وقد نجم عن ذلك ظاهرتي التمرکز حول القانون وتقديسه، غير أن اجتهادات القضاء الدستوري ولئن أكدت على أن القانون هو بالفعل معبر عن الإرادة العامة، لكن بشرط احترامه للدستور، الذي لم يعد نصا سياسيا، بل أصبح نصا قانونيا معياريا تتوفر قواعده على خصائص القاعدة القانونية، ويتربط على مخالفتها ترتيب جزاء.

كانت طبيعة الأنظمة السياسية التي حكمت معظم الدول الأوروبية خلال النصف الأول من القرن العشرين، إضافة إلى التداعيات السلبية للحربين العالميتين الأولى والثانية على حقوق الإنسان الأساسية، دافعا لمعظم الأنظمة السياسية الأوروبية لترقية حقوق الإنسان في دساتيرها، وتعزيز دور القضاء الدستوري لحمايتها، وذلك بانفتاحه على كل من المعارضة والمتقاضين، بإعطائهم الحق في اللجوء إليه، للطعن في النصوص التشريعية التي يرون أنها مخالفة للدستور عموما، ومنتهكة للحقوق والحريات الأساسية خصوصا، مع وضع شروط صارمة لذلك، حماية للأمن القانوني.

لقد كانت فرنسا من بين الدول الأوروبية القليلة التي كان فيها المتقاضي محروما من اللجوء إلى القضاء الدستوري إلى وقت قريب، قبل أن يمكن من ذلك بعد محاولات عديدة، بمناسبة التعديلات الدستورية لسنة 2008³.

التي أعطت للمواطن الحق في الدفع بعدم دستورية النصوص التشريعية التي تنتهك حقوقه وحرياته التي يكفلها الدستور 4، ليحذو حذوها كل من دستور تونس سنة 2014 ودستوري الجزائر سنتي 2016 و 2020.

ثانيا: شروط الدفع بعدم الدستورية

يُمْكِنُ دستور الجزائر لسنة 2020 المتقاضين من حق إخطار المحكمة الدستورية بطريقة غير مباشرة، وذلك عبر تقديم دفع بعدم الدستورية، بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، وذلك عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي أو التنظيمي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك حقوقهم وحرياتهم التي يضمنها الدستور 5، محيلا على قانون عضوي تحديد إجراءات الإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية 6، وفي انتظار إصداره، لا زال القانون العضوي المحدد لشروط وكيفيات الدفع بعدم الدستورية ساري المفعول 7.

بناء على ما سبق يمكن حصر الشروط الدستورية المطلوبة لتقديم الدفع بعدم الدستورية، والتي تضمنتها المادة 195 من دستور الجزائر لسنة 2020 في ما يلي:

1. يقدم الدفع بعدم الدستورية أثناء النظر في قضية أمام إحدى الجهات القضائية من قبل أحد أطراف الدعوى 8

تكون المنازعة الدستورية في الدفع بعدم الدستورية حقيقية وليست مجردة، حيث يشترط فيها أن تكون مرتبطة بوجود نزاع معروض أمام إحدى الجهات القضائية التابعة للمحكمة العليا، باعتبارها الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم، أو مجلس الدولة باعتباره الهيئة المقومة لأعمال المحاكم الإدارية للاستئناف والمحاكم الإدارية والجهات الأخرى الفاصلة في المواد الإدارية، سواء كان ذلك أمام محاكم أول درجة أو جهات الاستئناف أو النقض.

استثنى المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة الجنايات، وسمح به في القضايا الجنائية أمام قاضي التحقيق أو الاستئناف والطعن بالنقض، حتى لا يستغل ذلك من المتابعين جنائيا لتعطيل سير الدعوى⁹، وقد عرف هذا الأمر تطورا في مشروع القانون العضوي المتعلق بتحديد إجراءات الإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية، والذي يتيح إمكانية إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة الجنايات الابتدائية وأمام محكمة الجنايات الاستئنافية¹⁰.

يجب أن يثار الدفع بعدم الدستورية من قبل أحد أطراف الدعوى، ومن ثم لا يمكن للقاضي الذي ينظر في الدعوى الأصلية، إثارته من تلقاء نفسه، علما أن المؤسس الدستوري التونسي استعمل لفظ الخصوم بدل الأطراف. يقدم الدّفع بعدم الدستورية تحت طائلة عدم القبول، في مذكرة مكتوبة ومنفصلة ومسببة¹¹، وفي هذا الصدد اشترط المشرع التونسي من جهته تقديم الدّفع بعدم الدستورية في مذكرة مستقلة ومعللة محررة من قبل محام مرسوم لدى التعقيب تحتوي على عرض في بيان أسباب الدّفع مع تحديد مفصل لأحكام القانون المطعون فيها¹²؛ في حين تسمح الإجراءات المتبعة أمام المجلس الدستوري الفرنسي بتقديم الدفع سواء من قبل المتقاضي أو من خلال محاميه، هذا الأخير الذي تخضع الاستعانة به لنفس الإجراءات المطبقة على الدعوى الأصلية، ففي القضايا التي يتطلب فيها الاستعانة بمحامي يجب أن يقدم الدفع بعدم الدستورية من قبل محامي، أما تلك التي لا يشترط فيها وجوده، فيمكن أن يقدم الدفع من قبل المتقاضي نفسه، وفي كل الحالات يجب أن يكون الدفع في عريضة منفصلة مكتوبة ومسببة، وتشترط الكتابة حتى أمام الجهات القضائية التي لا تتطلب الإجراءات أمامها تقديم مذكرات كتابية.

2. أن ينصب الدفع بعدم الدستورية على حكم تشريعي أو تنظيمي¹³

عرف موضوع الأحكام التي تكون موضوعا للطعن بعدم الدستورية تطورا مقارنة بالتعديل الدستوري لسنة 2016، فزيادة على الأحكام التشريعية، أصبحت النصوص التنظيمية التي تعود لاختصاص رئيس الجمهورية معرضة للدفع بعدم دستورتها في دستور 2020 في حالة مساسها بالحقوق والحريات المكفولة دستوريا، أما بخصوص استخدام مصطلح الحكم التشريعي فقد تأثر المؤسس الدستوري الجزائري بنظيره الفرنسي¹⁴، في حين فضل المؤسس الدستوري التونسي استخدام مصطلح القانون، ولكن في كل الحالات فالأمر لا يثير إشكالا، لأن المقصود بالقانون هنا، وبالاستهداء بالتجربة الفرنسية السابقة في هذا المجال، هو كل نص صادر عن جهة تمتلك سلطة التشريع في مفهومه الضيق، أي ما يدخل في اختصاص البرلمان؛ بينما يقصد بالنص التنظيمي المراسيم الرئاسية التي تدخل في اختصاص رئيس الجمهورية والتي يمارسها في الميادين الخارجة عن القانون، وفقا لنص المادة 141 الفقرة الأولى من دستور الجزائر لسنة 2020

15.

3. أن يتوقف مآل النزاع على النص التشريعي أو التنظيمي موضوع

الدفع 16

تفاديا لتضخم الدفوع بعدم الدستورية، وما قد يترتب عليه من تعطيل للجهات القضائية للفصل في الدعاوى الأصلية، وحفاظا على الأمن القانوني، خاصة ما تعلق منه بالاستقرار التشريعي، يشترط لقبول الدفع بعدم دستورية نص تشريعي أو تنظيمي أن يكون مآل النزاع متوقف عليه، كما ذهب إلى ذلك المؤسس الدستوري الجزائري، في حين لم ينص المؤسس الدستوري التونسي على هذا الشرط، تاركا ذلك للمشرع، والذي أكد عليه في القانون الأساسي للمحكمة الدستورية¹⁷.

4. أن يكون القانون المطعون فيه يمس بالحقوق والحريات التي

يكفلها الدستور18

سبق للمؤسس الدستوري الفرنسي وأن نص هذا الشرط في تعديل 2008، وقد تأثر به المؤسس الدستوري الجزائري19، في حين ترك كل من المؤسس الدستوري والمشرع التونسيين باب الدفع مفتوحاً لأي سبب من أسباب عدم الدستورية، ويعود للمحامي تبيان مختلف أوجه المخالفة الدستورية التي تشوب القانون المطعون فيه، ولم يقيد الدفع بضرورة مساس القانون بالحقوق والحريات المكفولة دستورياً20، علماً أن القانون الأساسي للمحكمة الدستورية التونسية أكد على أن من بين أهم مهامها، هو ضمان علوية الدستور وحماية الحقوق والحريات21.

لعل التضييق في أسباب الدفع بعدم الدستورية، يرمي إلى عقلنة استخدام هذا الحق الدستوري، هذه العقلنة التي تجاوزها المؤسس الدستوري التونسي، بعدم ربط الدفع بمساس القانون بالحقوق والحريات، ولئن كان سيترتب عليه دون شك تكاثر الدفوع بعدم الدستورية، الأمر الذي سيساهم في تنقية النظام القانوني من الأحكام المخالفة للدستور، إلا أنه سيكون له تأثير سلبي على الاستقرار التشريعي لا محالة.

لكن الإشكال الذي يطرح هنا، هل يقتصر الأمر على قائمة الحقوق والحريات التي تتضمنها الدستورية؟، أم يمتد إلى مجموع الحقوق والحريات التي يتضمنها الدستور في مفهومه المادي؟، أي كل القواعد القانونية ذات المضمون الدستوري وبمختلف درجاتها، وفي أي مصدر من مصادر القانون الدستوري وجدت، بما فيها العرفية منها، وبمفهوم آخر، كل ما تحتويه مكونات الكتلة الدستورية في كل بلد من حقوق وحريات؟.

هذا التساؤل، تم الفصل فيه في فرنسا من قبل المجلس الدستوري، في قراره الشهير حول حق تشكيل الجمعيات سنة 1971، والذي حدد من

خلاله مكونات الكتلة الدستورية المتضمنة للحقوق والحريات، والتي تتكون من دستور 1958 وديباجته وما أحالت عليه من ميثاق للبيئة، وديباجة دستور 1946 والإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789، 22، وأضاف إليها بعد ذلك بمناسبة اجتهاداته المختلفة، المبادئ المعترف بها من قبل قوانين الجمهورية والمبادئ والأهداف ذات القيمة الدستورية²³.

بالنسبة للجزائر، سبق للمجلس الدستوري أن وسع من حجم الكتلة الدستورية، بمناسبة فصله في مختلف الإخطارات الموجهة إليه، حيث كانت القواعد المرجعية التي يستند عليها لإصدار قراراته وآراءه تمتد من الدستور إلى الديباجة إلى المعاهدات الدولية²⁴، وحتى إلى الأعراف الدبلوماسية²⁵، غير أن هذا التوجه كان قبل انفتاح القضاء الدستوري على المتقاضين انطلاقاً من سنة 2016.

وقد فصل كل من المؤسس الدستوري الجزائري والتونسي في القيمة القانونية للديباجة عندما اعتبرها جزءاً لا يتجزأ من الدستور²⁶.

إن تضيق الدفع بعدم الدستورية في مجال المساس بالحقوق والحريات التي يكفلها الدستور، يجعل من الدفع بعدم الدستورية محدوداً في الرقابة الداخلية للنص التشريعي أو التنظيمي المدفوع بعدم دستوريته، حيث لا يمكن للدفع أن يستند على أسباب متعلقة بعدم احترام المشرع لقواعد الإجراءات والاختصاص، هذه الأخيرة التي تقتصر إثارها ومراقبتها بمناسبة الإخطارات المقدمة من قبل الجهات السياسية، في إطار رقابة المطابقة ورقابة الدستورية.

غير أن المجلس الدستوري الفرنسي أتاح إمكانية إثارة عدم احترام قواعد الإجراءات والاختصاص استثناءً، في حالة تبرير أن عدم احترامها فيه مساس بالحقوق والحريات التي يكفلها الدستور.

5. ألا يكون النص التشريعي أو التنظيمي المدفوع بعدم دستوريته متمتعا بقرينة الدستورية

لا يجوز الدفع بعدم دستورية نص تشريعي أو تنظيمي سبق للمحكمة الدستورية مراقبته وقضت بدستوريته، على غرار ما ذهب إليه المشرع الفرنسي²⁷، على اعتبار أن قراراتها نهائية وغير قابلة لأي وجه من أوجه الطعن وملزمة لجميع السلطات بنص الدستور²⁸؛ وهو نفس الموقف الذي أخذ به المؤسس الدستوري التونسي.

ونظرا لأن بعض النصوص التشريعية تخضع لرقابة الدستورية أو المطابقة للإلزامية والسابقة لإصدارها، فإنها تكون مستثناة بشكل تلقائي من الدفع بعدم الدستورية، على غرار القوانين العضوية²⁹ والأوامر التشريعية³⁰، بينما تبقى القوانين العادية والتنظيمات عرضة للدفع بعدم الدستورية، لأنها تخضع للرقابة الدستورية الاختيارية القبلية بالنسبة للقوانين العادية³¹، واللاحقة بالنسبة للتنظيمات التي يختص بها رئيس الجمهورية والتي أخضعها المؤسس الدستوري الجزائري للرقابة الدستورية اللاحقة خلال شهر من إصدارها³²، والتي قد تنصب على بعض أحكامها التي لم تخضع للرقابة الدستورية، لذلك فإنها تبقى الأكثر عرضة للدفع بعدم دستوريته.

علما أن القوانين المعدلة لقوانين عادية والتي سبق وأن خضعت للرقابة الدستورية، يمكن أن تكون عرضة للرقابة الدستورية، ومن ثم يمكن أن تكون موضوعا للدفع بعدم الدستورية.

6. الإحالة غير المباشرة على المحكمة الدستورية

اشتراط المؤسس الدستوري الجزائري إرسال الدفع بعدم دستورية نص تشريعي أو تنظيمي من قبل قاضي الموضوع في حالة توفر الشروط، إلى

المحكمة العليا أو مجلس الدولة، واللذين يحيلانه بدورهما على المحكمة الدستورية³³.

على غرار ما ذهب إليه المؤسس الدستوري الفرنسي، حيث لا يمكن للمتقاضي أن يوجه دفعه بعدم الدستورية إلى المجلس الدستوري مباشرة، بل يجب أن تتم إحالته من قبل القاضي الذي ينظر في الدعوى الأصلية، إلى محكمة النقض أو مجلس الدولة واللذان يحيلانه من جانبهما على المجلس الدستوري متى تبين لهما جديته³⁴، مما يشكل مصفاة يمر عليها الدفع، قبل وصوله إلى المجلس الدستوري³⁵؛

على خلاف ذلك، لم يأخذ كلا من المؤسس الدستوري والمشرع التونسي بمبدأ تصفية الدفع بعدم الدستورية، بل جعلها مباشرة، حيث ألزم المحاكم عند الدفع أمامها بعدم دستورية القوانين إحالة المسألة فوراً على المحكمة الدستورية، دون المرور بأية جهة قضائية أخرى، إذا استثنينا تلك اللجان الخاصة التي تحدث لدى المحكمة الدستورية بقرار من رئيسها والمكونة من ثلاثة أعضاء من ذوي الاختصاص في القانون، والتي توكل لها مهمة التثبت في مدى احترام مذكرة الدفع بعدم الدستورية لموجباتها الشكلية والإجرائية، وترفع لرئيس المحكمة الدستورية على إثر ذلك اقتراحاتها القضائية إما بقبول الإحالات من الناحية الشكلية والإجرائية أو رفضها، لتتولى البت فيها³⁶.

ثالثاً: آجال الفصل في الدفع بعدم الدستورية والنتائج المترتبة عليه
حدد المؤسس الدستوري للمحكمة الدستورية أجلين يمكنها أن تفصل خلالهما في الدفع بعدم الدستورية المحالة عليها، تختلف عن تلك المحددة في إطار الرقابة الدستورية، والمنازعات الانتخابية، كما أن هناك نتائج تترتب على التصريح بعدم دستورية الحكم التشريعي أو التنظيمي المدفوع بعدم دستوريته.

1. تحديد أجلين للمحكمة الدستورية للفصل في الدفع بعدم

الدستورية

كان رئيس المجلس الدستوري الفرنسي السابق، السيد جون لويس ديبري (Jean-Louis Debré)، أحد أبرز مهندسي الدفع بعدم الدستورية في فرنسا، يرى أن وقت العدالة هو وقت المتقاضى le temps de la justice، c'est le temps du justiciable، لذلك دافع من أجل تحديد آجال معقولة للجهات القضائية للفصل في المسألة الدستورية ذات الأولوية التي تثار أمامها³⁷، وكذلك الشأن بالنسبة للمجلس الدستوري الذي عليه أن يفصل خلال ثلاثة (3) أشهر في الإحالات المقدمة له من قبل محكمة النقض ومجلس الدولة، وهو ما تحقق قانونا وعمليا³⁸.

على خلاف ذلك حدد المؤسس الدستوري الجزائري أجلين للمحكمة الدستورية للفصل في الدفع بعدم الدستورية، أربعة أشهر، أو تمديد ذلك لمدة لا تزيد عن أربعة أشهر، حيث أنه "عندما تخطر المحكمة الدستورية على أساس المادة 195 فإن قرارها يصدر خلال الأشهر الأربعة (4) التي تلي تاريخ إخطارها؛ ويمكن تمديد هذا الأجل مرة واحدة لمدة أقصاها أربعة (4) أشهر، بناء على قرار مسبب من المحكمة الدستورية ويبلغ إلى الجهة القضائية صاحبة الإخطار"³⁹؛

في نفس السياق نص الدستور التونسي على أن المحكمة الدستورية تبت في المطاعن المعروضة عليها "خلال ثلاثة أشهر قابلة للتمديد لنفس المدة مرة واحدة، ويكون ذلك بقرار معلّل".

لقد ترك المؤسس الدستوري للمشرع، تحديد الإجراءات المنظمة للدفع بعدم الدستورية، والتي نظمها القانون العضوي رقم 18-16 المؤرخ في 2 سبتمبر 2018 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية الساري المفعول حاليا، في انتظار إصدار القانون العضوي المحدد لإجراءات

وكيفيات الإخطار والإحالة، المتبعة أمام المحكمة الدستورية، المعروض مشروعه حاليا على غرفتي البرلمان.

أما في تونس فقد تضمن القانون الأساسي المتعلق بالمحكمة الدستورية مختلف الإجراءات الواجب إتباعها للدفع بعدم الدستورية والنتائج المترتبة عليه⁴⁰.

علما أن الإجراءات المتعلقة بالدفع بعدم الدستورية أمام مختلف الجهات القضائية، تتطلب تحيينا للقوانين المحددة للإجراءات المتبعة أمامها كما حدث في فرنسا، على غرار قوانين الإجراءات المدنية والإدارية والجزائية على الخصوص⁴¹، إضافة إلى ما تتضمنه الأنظمة المحددة لقواعد عمل جهات القضاء الدستوري من تفاصيل متعلقة بالموضوع، كالنظام الداخلي الخاص بالإجراءات المتبعة أمام المجلس الدستوري الفرنسي فيما يتعلق بالمسائل الدستورية ذات الأولوية⁴² وهو ما سبق وأن انتهجه كل من المجلس الدستوري الجزائري، بتحيينه للنظام المحدد لقواعد عمله مرتين سنة 2019، والمحكمة الدستورية من خلال مداولتها المؤرخة في 28 نوفمبر 2021، المتعلقة بقواعد عمل المحكمة الدستورية في مجال الدفع بعدم الدستورية والمتضمنة العمل بالباين الثاني والثالث من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري المعدل المؤرخ في 12 مايو 2019، المعدل والمتمم⁴³.

2. النتائج المترتبة على التصريح بعدم دستورية الحكم التشريعي أو التنظيمي المدفوع بعدم دستوريته⁴⁴

هناك مآلان لا ثالث لهما لفحص دستورية القانون من قبل جهة القضاء الدستوري في إطار الرقابة اللاحقة، إذا ما استثنينا صيغة التحفظات⁴⁵؛ إما التصريح بدستوريته ومطابقته للدستور فيبقى ساريا، وإما بعدم دستوريته فيفقد أثره، وبالتالي ينقى النظام القانوني منه، علما أن الدستور التونسي نص صراحة على النتيجة المترتبة على الرقابة الدستورية، بتأكيد على

أن قرار المحكمة الدستورية ينصّ "على أن الأحكام موضوع الطعن دستورية أو غير دستورية"⁴⁶، كما وضع حدودا للمحكمة الدستورية لا يمكن تجاوزها، بإلزامها بفحص ما طلب منها فقط، فعند تعهدها تبعا لدفع بعدم دستورية قانون، فإن نظرها يقتصر على المطاعن التي تمت إثارتها"⁴⁷.

أما عن النتيجة المترتبة على التصريح بعدم الدستورية، فقد نص عليها الدستور الجزائري صراحة معتبرا أن كل نص تشريعي أو تنظيمي قررت المحكمة الدستورية عدم دستوريته في إطار الدفع بعدم الدستورية، يفقد أثره ابتداء من اليوم الذي يحدّده قرارها⁴⁸، وفي نفس السياق فكل قانون أو بعض أحكام قانون قضت المحكمة الدستورية التونسية بعدم دستوريته في إطار الدفع بعدم الدستورية، يتوقف العمل به في حدود ما قضت به⁴⁹، وقد أضاف المشرع التونسي أن ذلك يكون في مواجهة الكافة دون أن يكون له مفعول رجعي على الحقوق المكتسبة أو على القضايا السابقة الحكم فيها بصفة باتة⁵⁰.

غير أن المشرع التونسي انفرد بالتمييز بين باقي القوانين والقوانين الانتخابية، فهذه الأخيرة إذا ما أقرت المحكمة الدستورية بعدم دستورتها، يتوقف العمل بالأحكام موضوع الطعن في حق الطاعن دون سواء، بداية من تاريخ صدور قرار المحكمة الدستورية، ويتوقف العمل بأحكام القانون الذي أقرت المحكمة عدم دستوريته انطلاقا من الانتخابات الموالية⁵¹.

يلاحظ مما سبق، أنه سواء تعلق الأمر بفقدان القانون لأثره أو توقف العمل به، فإن النتيجة واحدة، وهي تنحيته من النظام القانوني وتنقيته منه، دون سريانه بأثر رجعي، حفاظا على الأمن القانوني وحماية للحقوق المكتسبة، كما أن قرار جهة القضاء الدستوري يتمتع بحجية مطلقة، وبالتالي يختلف ذلك عن النتيجة المترتبة عن الامتناع عن تطبيقه في القضية

الأصلية فقط، أين يكون له أثر نسبي، كما هو الحال في أسلوب الدفع بالامتناع المعروف في القضاء الدستوري في الولايات المتحدة الأمريكية. تجدر الإشارة إلى أنه بخلاف الرقابة السابقة، أين ينتج قرار جهة القضاء الدستوري أثره فور صدوره، فالأمر يختلف بالنسبة للدفع بعدم الدستورية، حيث تتمتع بسلطة تقديرية لتحديد تاريخ نفاذ قرارها⁵²، وهو ما أكد عليه كل من المؤسس الدستوري الجزائري، فقرار المحكمة الدستورية الجزائرية في إطار الدفع بعدم الدستورية يترتب عنه فقدان القانون لأثره من التاريخ الذي يحدده قرارها⁵³، بينما لم يشر المؤسس الدستوري التونسي لذلك، واكتفى بالنص على توقف العمل بكل قانون أو بعض أحكام قانون قضت المحكمة الدستورية بعدم دستوريته في إطار الدفع بعدم الدستورية في حدود ما قضت به، وهو ما تضمنه القانون الأساسي للمحكمة الذي أضاف أن ذلك يكون تجاه كافة دون أن يكون له مفعول رجعي على الحقوق المكتسبة أو على القضايا السابق الحكم فيها بصفة باتة⁵⁴، غير أنه ألزم المحكمة الدستورية بإعلام المحكمة التي أثير أمامها الدفع بقرارها في أجل أقصاه سبعة أيام من تاريخ صدوره، حتى تفصل في النزاع المعروض أمامها وهو ما قد يفيد إنتاجه لأثره خلال هذه المدة على أقصى تقدير⁵⁵.

إن السلطة التقديرية التي تتمتع بها جهة القضاء الدستوري لتحديد التاريخ الذي ينتج فيه قرارها آثاره في إطار الدفع بعدم الدستورية، وعلى غرار ما ذهب إليه المشرع الفرنسي⁵⁶، مرده مراعاة دواعي الأمن القانوني، وإعطاء البرلمان فسحة من الوقت لإعداد تشريعات تصحح تلك التي تم إعلان عدم دستوريته، حيث يطلب المجلس الدستوري الفرنسي من الهيئات القضائية التوقف عن تطبيق هذه القوانين على النزاعات المعروضة أمامها لغاية تصحيح الوضع، وهو ما حاول المجلس ترسيخه في قراراته بعد دخول المسألة الدستورية ذات الأولوية حيز النفاذ مباشرة⁵⁷، غير أن هذا التوجه قد يترتب

عنه حرمان مقدم الدفع من الاستفادة من إلغاء القانون الماس بحقوقه الأساسية، لإرجاء ذلك إلى وقت لاحق، وهذا ما قد يدفع بالمتقاضي لاختيار طرق بديلة لاستبعاد تطبيق القانون دون إلغائه، على غرار ما يتيح له الدفع بعدم الاتفاقية⁵⁸.

إن فعالية الدفع بعدم الدستورية متى انتهى إلى تقرير عدم دستورية الحكم التشريعي أو التنظيمي المطعون فيه، تتحدد بالقوة الإلزامية لقرارات جهة القضاء الدستوري؛ حيث أن قرارات المحكمة الدستورية الجزائرية نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية⁵⁹، وهو نفس الاتجاه الذي سار عليه المؤسس الدستوري التونسي، الذي أكد على أن قرار المحكمة الدستورية يكون ملزماً لجميع السلطات⁶⁰.

إن الحجية التي تضافى على قرارات الجهات القضائية الدستورية، وعلى غرار التجربة الفرنسية في مجال القضاء الدستوري، تستهدف توحيد التفسيرات الدستورية⁶¹، وتفادي التضارب بين الجهات القضائية، خاصة وأن رقابة الجهات القضائية الدستورية عند فصلها في الدفع بعدم الدستورية، تنصب على قانون "حي" ⁶²، على أساس أنه يكون محل تطبيق على منازعة معروضة على القضاء، لأجل ذلك يخضعه قاضي الدعوى الأصلية للتفسير وكذلك الشأن بالنسبة للقاضي الدستوري، وليس فقط على القانون البرلماني "الجاف"، عندما يكون في الحالة التي صوت عليه البرلمان، كما هو الوضع في الرقابة السابقة⁶³.

الهوامش

D. Rousseau, La question prioritaire de constitutionnalité, Lextenso éditions, -1
.Paris, 2010, p. 3

2- وهو المبدأ الذي تضمنه المادة 6 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن:

La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit " -
de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle
doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les
Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités,
places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle
."de leurs vertus et de leurs talents

3 - cf., loi constitutionnel N° 74-904 du 29 octobre 1974, J.O, du 29 octobre 1974 p. 11035 ; Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de
.modernisation des institutions de la Ve République

4- للاستزادة حول المسألة الدستورية ذات الأولوية، انظر محمد أتركين، دعوى الدفع بعدم
الدستورية في التجربة الفرنسية، الإطار القانوني والممارسة القضائية، الطبعة الأولى،
(الدار البيضاء، مطبعة النجاح الجديدة، 2013).

5- المادة 195 الفقرة الأولى من دستور الجزائر لسنة 2020.

6- المادة 196 من دستور الجزائر لسنة 2020، لأكثر تفاصيل حول هذا القانون العضوي،
يراجع محمد بوسلطان، إلياس صام، القانون العضوي 16-18 المؤرخ في 2 سبتمبر 2018
يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية "مادة مادة"، مؤلف جماعي، النشر
الجامعي الجديد، طبعة 2020.

7- تنص المادة 225 من دستور الجزائر لسنة 2020 على أن "يستمر سريان مفعول
القوانين التي يستوجب تعديلها أو إلغاؤها وفق أحكام هذا الدستور إلى غاية إلى غاية
إعداد قوانين جديدة أو تعديلها في أجل معقول".

- أنظر القانون العضوي رقم 16-18 المؤرخ في 22 ذي الحجة عام 1439 الموافق 02
سبتمبر سنة 2018 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية.

8- حول الجهات القضائية وأطراف الدعوى، أنظر صام إلياس، المؤلف الجماعي حول
القانون العضوي 16-18، ، مرجع سبق ذكره، ص 36-45.

9- أنظر المادة 3 من القانون العضوي رقم 16-18 المؤرخ في 22 ذي الحجة عام 1439 الموافق 02 سبتمبر سنة 2018 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية.

cf, Article 23-1 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi - organique sur le Conseil constitutionnel, modifiée par... les lois organiques n° : 2009-1523 du 10 décembre 2009 et n° 2010-830 du 22 juillet 2010

al.1) Devant les juridictions relevant du Conseil d'État ou de la Cour de) cassation, le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution est, à peine d'irrecevabilité, présenté dans un écrit distinct et motivé. Un tel moyen peut être soulevé pour .la première fois en cause d'appel. Il ne peut être relevé d'office

al.2) Devant une juridiction relevant de la Cour de cassation, lorsque le) ministère public n'est pas partie à l'instance, l'affaire lui est communiquée dès .que le moyen est soulevé afin qu'il puisse faire connaître son avis

al.3) Si le moyen est soulevé au cours de l'instruction pénale, la juridiction) d'instruction du second degré en est saisie

al.4) Le moyen ne peut être soulevé devant la cour d'assises. En cas) d'appel d'un arrêt rendu par la cour d'assises en premier ressort, il peut être soulevé dans un écrit accompagnant la déclaration d'appel. Cet écrit est .immédiatement transmis à la Cour de cassation

10- المادة 15 من مشروع القانون العضوي المحدد لإجراءات الإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية.

11- المادة من القانون العضوي رقم 16-18 المؤرخ في 22 ذي الحجة عام 1439 الموافق 02 سبتمبر سنة 2018 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية.

12- الفصل 55 من القانون الأساسي المتعلق بالمحكمة الدستورية التونسية.

13- حول مفهوم الحكم التشريعي، أنظر سعيداني جقجقية، الحكم التشريعي، المؤلف الجماعي حول القانون العضوي 16-18، مرجع سبق ذكره، ص 4657.

14 - بمعنى كل نص صوت عليه البرلمان بأشكاله المختلفة (قانون عادي أو عضوي أو أمر مصادق عليه من قبل البرلمان)، وبالتالي يستثنى من ذلك الأوامر التي لم يصادق عليها البرلمان بعد، والمراسيم والقرارات الفردية، لأنها تعتبر أعمالاً إدارية تخضع لرقابة القضاء الإداري.

15- تنص المادة 141 الفقرة الأولى من دستور الجزائر لسنة 2020 على أن: "يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون"، علماً أن المؤسس الدستوري حدد على سبيل الحصر الميادين التي يشرع فيها البرلمان سواء بقوانين عادية أو عضوي في المادتين 139 و 140 وفي مواد متفرقة من الدستور.

16- حول الاعتراض على حكم تشريعي يتوقف عليه مآل النزاع، أنظر مسعود شيهوب، المؤلف الجماعي حول القانون العضوي 16-18، مرجع سبق ذكره، ص 114-133.

17- الفصل 56 من القانون الأساسي عدد 50 لسنة 2015 مؤرخ في 3 ديسمبر 2015 يتعلق بالمحكمة الدستورية.

18- حول مفهوم الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، أنظر كايس الشريف، الحكم التشريعي، المؤلف الجماعي حول القانون العضوي 16-18، مرجع سبق ذكره، ص 58-66.

19- أنظر المادة 195 من دستور الجزائر لسنة 2020،

20- أنظر الفصل 123 من دستور تونس لسنة 2014؛ نص الفصل 54 من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية التونسية على أن "للخصوم في القضايا المنشورة في الأصل أمام المحاكم أن يدفعوا بعدم دستورية القانون المنطبق على النزاع"، وأضاف الفصل 55 على أن الدفع بعدم الدستورية "يقدم بمقتضى مذكرة... تحتوي على عرض في -بيان أسباب الدفع مع تحديد مفصل لأحكام القانون المطعون فيها".

21- الفصل الأول من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية التونسية.

22- cf, CC n°71-44 DC du 16 juillet 1971, Liberté d'association.

23- "المبادئ ذات القيمة الدستورية وهي لا توجد في نص معين، ولكن تستخلص من روح القوانين..الأهداف ذات القيمة الدستورية وهي عبارة عن توجهات أو خيارات سياسية واجتماعية"، الأمين شريط مكانة البرلمان الجزائري في اجتهاد المجلس الدستوري، مرجع سبق ذكره، ص 15.

24- أنظر قرار المجلس الدستوري المؤرخ في 20 أوت 1989 حول قانون الانتخابات.

25- أنظر قرار المجلس الدستوري المؤرخ في 30 أوت 1989 حول القانون الأساسي للنائب.

26- جاء في الفقرة الأخيرة من ديباجة الدستور الجزائري لسنة 2016 على أنه "تشكل هذه الديباجة جزءاً لا يتجزأ من هذا الدستور"; ونص الفصل 145 من الدستور التونسي لسنة 2014؛ على أن "توطئة هذا الدستور جزء لا يتجزأ منه".

27- Article 23-2 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, modifiée par... les lois organiques n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 et n° 2010-830 du 22 juillet 2010 : (al.1) La juridiction statue sans délai par une décision motivée sur la transmission de la question

prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'État ou à la Cour de cassation.

: Il est procédé à cette transmission si les conditions suivantes sont remplies

La disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou °1

؛ constitue le fondement des poursuites

Elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs °2

et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des
؛ circonstances

°3 La question n'est pas dépourvue de caractère sérieux

28- تنص المادة 198 الفقرة 5 على أن: "تكون قرارات المحكمة الدستورية نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية".

29- تنص المادة 140 الفقرة 3 من دستور الجزائر لسنة 2020 على أن: "يخضع القانون العضوي، قبل إصداره، لمراقبة مطابقتها للدستور من طرف المحكمة الدستورية".

30- تنص المادة 142 الفقرة 2 من دستور الجزائر لسنة 2020 على أن: "يخطر رئيس الجمهورية وجوبا المحكمة الدستورية بشأن دستورية هذه الأوامر، على أن تفصل فيها في أجل أقصاه عشرة (10) أيام القادمة لتوافق عليها".

31- المادة 190 الفقرة 2 من دستور الجزائر لسنة 2020.

32- المادة 190 الفقرة 3 من دستور الجزائر لسنة 2020.

33- المادة 195 الفقرة الأولى من دستور الجزائر لسنة 2020.

34- Article 23-4 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, modifiée par ... les lois organiques n°

2009-1523 du 10 décembre 2009 et n° 2010-830 du 22 juillet 2010 : Dans un délai de trois mois à compter de la réception de la transmission prévue à l'article 23-2 ou au dernier alinéa de l'article 23-1, le Conseil d'État ou la Cour de cassation se prononce sur le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel. Il est procédé à ce renvoi dès lors que les conditions prévues aux 1° et 2° de l'article 23-2 sont remplies et que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux.

Savonitto Florian, « L'absence de double filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité » Argument pour sa suppression ?, Revue française de droit constitutionnel, 2013/1 n° 93, p. 107-123.

36- الفصل 59 من القانون الأساسي عدد 50 لسنة 2015 مؤرخ في 3 ديسمبر 2015 يتعلق بالمحكمة الدستورية.

cf, Jean-Louis Debré, la Question Prioritaire de Constitutionnalité, Revue du Conseil Constitutionnel, N°2-2013, pp. 53-62.

Article 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, modifiée par... les lois organiques n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 et n° 2010-830 du 22 juillet 2010 : (al.3) Le Conseil d'État ou la Cour de cassation dispose d'un délai de trois mois à compter de la présentation du moyen pour rendre sa décision.

Article 23-10 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, modifiée par... les lois organiques n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 et n° 2010-830 du 22 juillet 2010 : Le Conseil constitutionnel statue dans un délai de trois mois à compter de sa saisine.

39- المادة 195 الفقرة 2 من دستور الجزائر لسنة 2020.

40- القانون الأساسي عدد 50 لسنة 2015 مؤرخ في 3 ديسمبر 2015 يتعلق بالمحكمة الدستورية، خاصة من الفصل 54 إلى الفصل 61.

41- بعد صدور المرسومين المؤرخين في 16 فيفري 2010، دخلت المسألة الدستورية ذات الأولوية في فرنسا حيز التنفيذ، انطلاقا من 01 مارس 2010، حيث حدد المرسوم رقم 148-2010 المؤرخ في 16 فبراير 2010 الإجراءات المتعلقة بالمسألة الدستورية ذات الأولوية، المتبعة من قبل مجلس الدولة ومحكمة النقض والجهات القضائية التابعة لهما، وفي هذا الصدد فقد أضاف هذا المرسوم فصلا جديدا لقوانين القضاء الإداري والإجراءات المدنية والإجراءات الجزائية والتنظيم القضائي، واستهدف المرسوم رقم 149-2010 المؤرخ في 16 فبراير 2010 ضمان استمرار المساعدة القضائية في حالة فحص المسألة الدستورية من قبل مجلس الدولة، محكمة النقض والمجلس الدستوري، معدلا للمرسوم المؤرخ في 19 ديسمبر 1991 المتعلق بالمساعدة القضائية.

42- cf, Décision du 4 février 2010 portant règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité, modifié par la décision du 24 juin 2010, Journal officiel du 23 juillet 2010, p. 13615

cf, Dispositions organiques relatives à l'application de l'article 61-1 de la - Constitution, Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, 2010/3 N° 29, p. 126-131.

43- أنظر مداولة المحكمة الدستورية المؤرخة في 13 ربيع الثاني عام 1443 الموافق 28 نوفمبر 2021، وهي أول مداولة تضمنت تمديد العمل بالنظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، في انتظار صدور القانون العضوي المحدد لإجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية الموجود مشروعه حاليا على مستوى البرلمان.

44- حول النتائج المترتبة على قرارات المحكمة الدستورية، أنظر مختاري عبد الكريم، آثار قرارات المجلس الدستوري، المؤلف الجماعي حول القانون العضوي 18-16، مرجع سبق ذكره، ص 235-245؛ الهاشمي براهمي، "آثار قرار المجلس الدستوري في مجال الدفع بعدم الدستورية"، مداخلة مقدمة في الملتقى الدولي الذي نظمه المجلس الدستوري الجزائري في 26 نوفمبر 2019.

45- التحفظ طريقة رسخها المجلس الدستوري الفرنسي من خلال اجتهاداته واستلهمها منه المجلس الدستوري الجزائري، وهي صيغة يقر فيها المجلس الدستوري بدستورية قانون شريطة أن يطبق أو يفسر وفق الشكل الذي يحدده المجلس، وهي طريقة طبقها

المجلس مبكرا بعد إنشائه بمناسبة رقابته للنظام الداخلي للجمعية الوطني سنة 1959، وهي طريقة ليست حكر على المجلس الدستوري الفرنسي بل استعملها قبله القضاء الدستوري الايطالي والاسباني والألماني.

-أنظر حول التحفظات الأمين شريط مكانة البرلمان الجزائري في اجتهاد المجلس الدستوري، مرجع سبق ذكره، ص 19.

cf, Bachir YELLES CHAOUCHE , LA TECHNIQUE DES RESERVES DANS LA - JURISPRUDENCEDU CONSEIL CONSTITUTIONNEL ALGERIEN, revue du conseil constitutionnel, N° 1, 2013, pp. 166-177; Les réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel, Exposé présenté par M. Xavier Samuel, Chargé de mission au Conseil constitutionnel, a l'occasion de l' accueil des nouveaux membres de la Cour de cassation au Conseil constitutionnel le 26 janvier 2007.

46- الفصل 121 من دستور تونس لسنة 2014.

47- الفصل 123 من دستور تونس لسنة 2014.

48- المادة 195 الفقرة الرابعة من دستور الجزائر لسنة 2020.

49- الفصل 123 من دستور تونس لسنة 2014.

50- الفصل 60 من القانون الأساسي عدد 50 لسنة 2015 مؤرخ في 3 ديسمبر 2015 يتعلق بالمحكمة الدستورية، كما أضاف المشرع في نفس الفصل على أنه "تبت المحكمة الدستورية في المطاعن خلال ثلاثة أشهر قابلة للتمديد لنفس المدة مرة واحدة. ويقلّص الأجل المذكور بالفقرة السابقة إلى خمسة أيام في صورة الدفع بعدم دستورية تشريع انتخابي بمناسبة الطعون الانتخابية. كما يقلّص الأجل المذكور إلى ثلاثين يوما في صورة الدفع بعدم دستورية القوانين المتعلقة بالمادتين الجبائية أو الديوانية".

51- الفصل 60 من القانون الأساسي عدد 50 لسنة 2015 مؤرخ في 3 ديسمبر 2015 يتعلق بالمحكمة الدستورية.

52- حول الآثار المترتبة على القرارات المتعلقة بالفصل في الدفع بعدم الدستورية، ينظر الهاشي براهي، "آثار قرار المجلس الدستوري في مجال الدفع بعدم الدستورية"، مرجع سبق ذكره.

53- المادة 191 الفقرة 2 من دستور الجزائر لسنة 2016.

- 54- الفصل 60 من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية التونسية.
- 55- الفصل 61 من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية التونسية.
- 56- cf, Disant Mathieu, «Les effets dans le temps des décisions QPC » Le Conseil constitutionnel, « maître du temps » ? Le législateur, bouche du Conseil constitutionnel ?, Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, 2013/3 N° 40, p. 63-82.
- 57- cf, CC, 28 mai 2010, 2010-1 QPC, JO, 29 mai 2010, p. 9728.
- 58- Dominique Rousseau , le procès constitutionnel, op. cit, pp. 54- 55.
- 59- المادة 195 الفقرة الأخيرة من دستور الجزائر لسنة 2020.
- 60- الفصل 121 من دستور تونس لسنة 2014.
- 61- cf, Olivier Dutheil de Lamothe, Membre du Conseil Constitutionnel , L'AUTORITE DE L'INTERPRETATION CONSTITUTIONNELLE, Intervention prononcée à la Table ronde organisée par l'AIDC les 15 et 16 octobre 2004 à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV sur l'interprétation constitutionnelle
- 62- cf, Gustavo Zagrebelski, « L a doctrine du droit vivant et la QPC », in Constitutions. Revue du droit constitutionnel appliqué, n° 1, Dalloz, 2010 ; Caterina Séverino, La Doctrine du droit vivant, Paris, Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 2003.
- 63- Avec la QPC, le contrôle de constitutionnalité sort d'une logique purement abstraite pour connaître non plus la loi parlementaire mais la loi « juridictionnelle », la loi vivante selon l'expression de la doctrine italienne, celle qui a produit des effets concrets sur le justiciable et qui, pour cette raison, soulève le litige constitutionnel, se porte partie d'un procès qualifié de constitutionnel parce que le litige porte sur la constitutionnalité de la disposition applicable", Dominique Rousseau , le procès constitutionnel, op. cit, p. 50.

" الندوة الوطنية التكوينية حول المحاكمة عن بعد "

بين متطلبات عصرة العدالة وضمانات المحاكمة العادلة " 01 ديسمبر 2022

