جامـــعة مستغانـــم

كلية الحقوق والعلوم السياسية

أطروحـــــة

للحصول على شهادة الدكتوراه الطور الثالث في الحقوق تخصص القانون القضائي الخاص

الدفوع غير الموضوعية وفق قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

من إعداد الطالب:
مولاي عبدالمالك

تحت إشراف الأستاذ:
فنينخ عبدالقادر

لجنة المناقشة:

زهدور كوثر	أستـــاذة	جامعة مستغانم	رئيســة
فنينخ عبدالقادر	أستـــاذ	جامعة مستغانم	مشرفا مقـــررا
عبد الـلاوي جواد	أستـــاذ	جامعة مستغانم	مناقشـا
مامونـي فاطمة الزهراء	أستـــاذة	جامعة مستغانم	مناقشـة
بن سعيد مراد	أستـــاذ	جامعة تلمسان	مناقشـا
محمودي فاطمة	أستـــاذة	جامعة معسكر	مناقشـة

السنة الجامعية: 2021-2022

بسم اللـه الرحمـن الرحيـم

« لَوْلَا دَفْعُ اللَّهِ النَّاسَ بَعْضَهُم بِبَعْضٍ لَّفَسَدَتِ الْأَرْضُ وَلَٰكِنَّ اللَّهَ ذُو فَضْلٍ عَلَى الْعَالَمِينَ »

سورة البقرة 251

الإهداء

أهدي ثمرة هذا العمل المتواضع إلى من أعز و أغلى شخص في حياتي منذ ولادتي ، إلى من أعطاني السند الكبير و بفضل دعواتها طيلة مشواري الدراسي من الابتدائي إلى غاية تخرجي الآن ، إلى من سهرت الليالي في تربيتي ثم تعليمي إلى أن وصلت إلى ما أنا عليه الآن و لها الفضل الكبير و الشكر الجزيل

ألا و هي أمي الفاضلة

و التي أقول لها دائما شكرا على كل شيء قدمته من أجلي إلى غاية نجاحي

إلى من كان دائما يدعمني و يؤازرني هو كذلك في حياتي الدراسية إلى والدي الغالي أطلب من الله أن يبارك لهما و يطيل في عمرهما

إلى عائلتي الصغيرة

إلى أخي أطال الله في عمره

إلى كل من أحب، إلى كل من ساندني في إنجاز هذا العمل المتواضع

إلى كل أصدقائي في العمل و الدراسة .

شكر

أسدي في هذا المقام بخالص الشكر و جزيل العرفان إلى

الأستاذ المشرف الدكتور **فنينخ عبد القادر** الذي قبل الإشراف على إنجاز هذه

الأطروحة و توجيهاته القيمة التي أعانتنا على إتمام هذا العمل

و إلى

أعضاء لجنة المناقشة الأفاضل على تفضلهم بقبول العضوية فيها و بذلوا الجهد

الكامل لقراءة هذه الأطروحة و مناقشتها و تحملهم عناء التنقل

فجزاهم الله خير الجزاء.

باللغة العربية

ج ر : الجريدة الرسمية

ج: جزء

د ب ن : دون بلد النشر

د س ن : دون سنة نشر

د.ط : دون طبعة

ص : صفحة

ص ص :من صفحة إلى صفحة

ط: طبعة

ع : عدد

ق : قانون

ق إ م إ : قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

ق م د : قانون مدني جزائري

م : المادة

م ق : مجلة قضائية

م م د: مجلة مجلس الدولة

م م ع :مجلة المحكمة العليا .

باللغة الفرنسية

P : page

N:numéro

Ed : édition

مقدمة

تؤدي كثرة المعاملات بين الأشخاص في أحيان كثيرة إلى نشوء نزاعات بينهم يستعصي حلها إلا باللجوء الى القضاء حيث يملك كل مواطن حق اللجوء للقضاء طبقا لما قرره الدستور، وقد حدد القانون سبيل ذلك عن طريق سلك طريق الدعوى التي تعتبر من الحقوق الإرادية التي تنشأ من جراء الاعتداء على الحق أو المركز القانوني و تخول صاحبها الحصول على الحماية القضائية فيكون للخصومة عموما طرفين مدع و مدعى عليه، هذا الأخير الذي يكون في موقف يتطلب منحه حق الدفاع عن نفسه في مواجهة هجوم المدعي و يكون ذلك بوسيلتين : تتعلق أولاهما بالعمل الإجرائي و الثانية بالموضوع .

ولكن عند لجوء احد الأشخاص و الذي يكون في مركز المدعي إلى القضاء يتعين عليه ان يتخذ الإجراءات الشكلية الصحيحة التي نص عليها القانون .و ذلك حتى تنعقد الخصومة ،كما يتعين عليه ان يستند الى حق و ان يكون المشرع قد اجاز له اللجوء للقضاء لحماية هذا الحق ،فإذا لم تستكمل هذه الشروط فللمدعى عليه أن يجيب على ما يدعيه خصمه بدفع،فإذا وجه هذا الدفع الى الخصومة فيكون دفعا شكليا أو الى أصل الحق الذي يطالب به الخصم فيكون دفعا موضوعيا، أو الى الدعوى فيكون دفعا بعدم القبول.

و نظرا لأهمية القاعدة الإجرائية نجد المشرع قد أوجد ضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية[1] جزاءا لمخالفتها حتى يضمن احترام نواهي القانون و أوامره الأساسية، و منح صاحب المصلحة حق الدفاع عن نفسه في حالة و جود تلك المخالفات بالنص على ما يعرف بالدفوع الشكلية التي يلجأ إليها طاعنا في سلامة إجراءات الخصومة ، وذلك دون المساس بأصل الحق حيث جعلها المشرع أداة قانونية تستخدم بمجرد ملاحظة صاحب المصلحة أو من عينه القانون لمخالفات إجرائية مطالبا بموجبها من القاضي توقيع الجزاء الإجرائي المناسب، و في ظل قانون الإجراءات المدنية الحالي نظم للمشرع الجزائري هذا النوع من الدفوع لتنير عمل القاضي و تزيل كل غموض قد يواجهه عند تطبيقه للقانون .

[1] القانون 09/08 المؤرخ في 18صفر 1429الموافق ل 25فيفري2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الصادر ب ج .ر العدد ،51.

تأخذ نظرية الدفوع الشكلية مكانة هامة في مؤلفات فقهاء القانون لما لها من أهمية عملية في مجال الخصومة القضائية ، و تعتبر هذه الدفوع مصطلحا إجرائيا مضمونه يعني أنها الأداة الأخرى من أدوات استعمال الحق في الدعوى ، يملك صاحبها سلطة استعمالها من عدمه و إن تعلقت بالنظام العام و تخضع الدفوع الشكلية لجملة من المبادئ و الأحكام التي تشكل مجتمعة النظام القانوني الذي يحدد كيفية استعمالها منذ وقت إبدائها إلى غاية الفصل فيها ، و يؤدي قبولها إلى ترتيب آثار هامة أبرزها هو بطلان العمل الإجرائي الذي يترتب نتيجة مخالفة الإجراء النموذجي القانوني أو عدم توفر أحد الشروط اللازمة لصحته ، بالإضافة لأثر الانعدام الذي لا زال محل خلاف فقهي[1] .

ومصطلح الدفع عموما يطلق على جميع وسائل الدفاع التي يجوز للخصم سواء كان مدعي او مدعى عليه او مدخل في الخصام اومتدخل في الخصام ان يستعين بها للاجابة على دعوى خصمه بقصد تفادي الحكم لخصمه بما يدعيه و الدفع مثله مثل الدعوى يتعين لقبوله توافر شرط المصلحة .

تناولت الشريعة الاسلامية الدفع في نطاق تناول الدعوى فنصت المادة 1631 من مجلة الاحكام العدلية[2] على ان الدفع هو الاتيان بدعوى من قبل المدعى عليه تدفع دعوى المدعي[3]، فمثلا اذا ادعى احد من جهة القرض بكذا قروش وقال المدعى عليه اديت ذلك او انت كنت ابرئتني من ذلك او كنا تصالحنا اوليس هذا المبلغ قرضا بل هو ثمن المال الفلاني الذي كنت قد بعته لك، او قال كنت قد حولت فلان الذي عليه بطلبي الذي هو ذلك المقدار وانت اعطيتني هذا المقدار عوضه فيكون قد دفع دعواه، وكذا ادا ادعى احد على آخر بقوله انت كنت قد كفلت طلبي الذي في ذمة فلان كذا دراهم وقال المدعى عليه كان المديون ادى ذلك المبلغ فيكون قد دفع دعوى المدعي،

---

[1] الغوثي بن ملحة ،القانون القضائي الجزائري ،1995، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ،ص 109

[2] وهي عبارة عن مجموعة كاملة من النصوص الشرعية قام بوضعها ناظر واعضاء ديوان الاحكام العدلية وبعض اعضاء شورى الدولة ومفتش الاوقاف الهمايونية في الدولة العليا وذلك لكي تطبق في مجال المعاملات الشرعية في جميع اقطار الدولة العثمانية وهذه النصوص ماخوذة عن ارجح الاقوال في المذهب الحنفي مع الاخذ ببعض المبادئ التي اقرها الجمهور في المذاهب الاخرى.

[3] الدعوى هي طلب احد حقه من آخر في حضور المحاكم (القاضي) ويقال للطالب المدعي والمطلوب المدعى عليه (المادة 1613).

وكذا اذا ادعى احد بالمال الذي هو في يد غيره بانه مالي واجاب المدعى عليه بانك حين ادعى هذا المال فلان كنت قد شهدت لدعواه فيكون قد دفع دعوى المدعي، وكذلك لو ادعى أحد من تركة البيت بكذا دراهم واثبت دعواه على انكار الوارث ثم ادعى الوارث ان المتوفي كان قد ادى هذا المبلغ في حال حياته يكون قد دفع دعوى المدعي، وهكذا يتضح من النصوص السابقة انها تناولت عددا من الدفوع التي عرفها القانون الوضعي فيما بعد وهي على الترتيب: الدفع بالتصالح والدفع بالإبراء والدفع بالمقاصة والدفع بحوالة الدين والدفع بانقضاء الكفالة والدفع ببطلان الشهادة والدفع بعدم سريان قاعدة (لا تركة الا بعد سداد الديون)،ومن هذا يتضح مدى عمق شريعتنا الاسلامية الغراء وصلاحياتها في كل زمان ومكان بارسائها اسس ومبادئ المعاملات التي ينهل منها واضعوا التشريعات في الحاضر والمستقبل والى ان يرث الله الارض ومن عليها.

وتنص المادة 1632 من المجلة العدلية على انه اذا اثبت من ادعى دفع الدعوى دفعه فتندفع دعوى المدعي والا يحلف المدعي الاصلي بطلب صاحب الدفع فان نكل المدعي عن اليمين يثبت دفع المدعى عليه وان حلف تعود دعواه الاصلية [1]، والظاهر من هذا النص انه يقنن القاعدة الشرعية الاصلية التي تقول ان البينة على من ادعى واليمين على من انكر [2] والقاعدة التي تقول ان البينة لاثبات خلاف الظاهر واليمين لابقاء الاصل وهوما اعتنقه الفقه الوضعي حين قرر ان ما يجوز طلبه بطريق الدعوى يجوز نفيه بطريق الدفع وما يمتنع طلبه بالدعوى يمتنع نفيه بالدفع.

و يعتبر موضوع الدفوع الشكلية و الموضوعية من اهم المواضيع في قانون الاجراءات المدنية باعتبارها وسيلة لحماية الحقوق المقررة قانونا فللمدعي الحق في رفع دعوى للمطالبة بحق معين و للمدعى عليه الحق في ان يجيب عليه بدفع يفند به هذا الادعاء و لهذا ارتايت معالجة هذا الموضوع نظرا لما يكتسي من الاهمية الكبيرة ، فالقاضي ملزم بالتحكم الجيد في الاجراءات القانونية و التي تدخل الدفوع في حيزها فهو الذي يراقب مدى صحة الدفع من عدمه و مدى توافر الشروط

[1] مجلة الاحكام العدلية، الطبعة الخامسة، مطبعة شعارك ، 1968، ص325،

[2] اول من ارسى هذه القاعدة الشرعية هو امير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه والمقصود بالبينة في كلام الله ورسوله وكلام الصحابة اسم لكل ما يبين الحق فهي اعم من البينة في اصطلاح الفقهاء حيث خصوها بالشاهدين او الشاهد واليمين وعلى هذا فان قول عمر (البينة على من ادعى) المراد منه (الك ما يبين الحق من شهود او دلالة)، اعلام الموقعين لابن القيم الجوزية، ج1، ص90.

التي يتطلبها القانون لقبول الدفع من عدمه كوجوب تقديم الدفوع الشكلية قبل التطرق للدفوع الموضوعية و الا سقط الحق فيها و الى غير ذلك من الشروط[1] التي سوف نتعرض لها بالتفصيل

اختلفت مصطلحات وعبارات الفقهاء في تعريفهم للدفع الشكلي لكنهم أجمعوا على نفس عناصر ومضمون مفهومه، منهم من عرفها بأنها الوسائل التي يستعين بها الخصم ويطعن بمقتضاها في صحة إجراءات الخصومة دون أن يتعرض لأصل الحق الذي بزعمه خصمه فيتفادى بها مؤقتا الحكم عليه بمطلوب خصمه [2]. ويعد الدفع الشكلي واحدة من الحقوق الإجرائية فإن تم مباشرة إجراءات الخصومة خلافا للشكل أو الترتيب أو الميعاد المقرر قانونا نتج بطلان العمل الإجرائي و تولد عنه دفع شكلي [3] .

و في هذا الصدد عرف ت الدفوع الشكلية بأنها تلك المتعلقة بالإجراءات التي اتخذها المدعي ضد المدعى عليه وتهدف إلى منع المحكمة من التصدي لموضوع الدعوى [4].و قد عرفها آخرون الدفع الشكلي بأنه هو الذي يوجه إلى إجراءات الخصومة بغرض استصدار حكم ينهي الخصومة دون الفصل في موضوعها أو يؤدي لتأخير الفصل فيها، فهو وسيلة دفاع يوجه إلى إجراءات الخصومة دون المساس بأصل الحق المدعى به[5].

يقول فقهاء القانون أن الدفع الإجرائي الشكلي هو الوسيلة التي يطعن بها في صحة الخصومة أو في الإجراءات المكونة لها. وينقل المناقشة من الموضوع إلى مسألة الشكل، أي يثير نزاع عارض يتصل بشكل الإجراءات التي رفع بها النزاع الموضوعي أو بولاية المحكمة التي تنظره والدفوع الإجرائية غير حصرية[6]، أو هي تلك الوسائل التي يدفع بها المدعي عليه الخصومة بغير أن

---

[1] بوبشير محند أمقران، النظام القضائي الجزائري، الطبعة الثالثة، 2003،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ،ص 133.

[2] أحمد أبو الوفا،نظرية الدفوع في قانون المرافعات، المعارف بالإسكندرية، ص ص 11،13.

[3] عمر زودة . محاضرات في قانون الإجراءات المدنية الملقاة على الطلبة القضاة بالمدرسة العليا للقضاء .

[4] أنور طلبة، موسوعة المرافعات المدنية و التجارية،ج 2 ، دار المطبوعات الجامعية،1999،ص 136.

[5] معوض عبد التواب،الموسوعة النموذجية في الدفوع،ج 1 ،دار الفكر الجامعي،1999، ص53.

[6] أحمد هندي،أصول المحاكمات المدنية و التجارية،طبعة 1989،الدار الجامعية للطبع، بيروت، ص217.

يواجه موضوعها أو يناقشه، وذلك لتجنب الفصل فيه إلى أجل معين أو لحين قيام المدعي باستيفاء إجراءات خاصة[1].

أما جانب من الفقه يرى بأنها تلك الدفوع التي توجه إلى الخصومة القضائية أو بعض إجراءاتها دون التصدي لذات الحق المدعى به، أو المنازعة فيه وتهدف إلى تفادي الحكم في الموضوع بصفة مؤقتة[2]، كما يقصد بها كل دفع يتعلق بالإجراءات، فهي لا تواجه موضوع الخصومة أو الحق المدعى به وإنما تستهدف الطعن في صحة الخصومة والإجراءات المكونة لها[3].

الملاحظ على كل هذه التعريفات على اختلاف صيغها أنها تصب في نفس المعنى والذي يفيد بأن الدفع الشكلي هو الوسيلة التي يرمي من خلالها أحد طرفي الخصومة وغالبا يكون المدعى عليه إيقاف سير الدعوى بصورة مؤقتة دون المساس بالموضوع وذلك بتوجيه الدفع لإجراءات الخصومة دون موضوعه[4]ا.

تشترك الدفوع الشكلية في صفات خاصة تتميز بها عن الدفوع الموضوعية من خلال.

1-أنها يتم الإشارة إليها قبل التطرق في موضوع الدعوى أي في بدء النزاع وإلا سقط الحق في الإدلاء بها على اعتبار أن صاحب الحق فيها قد تنازل عنها وهذا بالنسبة للدفوع التي لا تتعلق بالنظام العام، أما الدفوع المتعلقة به فيجوز إبدائها في أية حالة تكون عليها الدعوى.كالدفع بعدم الاختصاص النوعي، وكذلك حالة الدفوع الشكلية التي ينشأ سببها بعد التكلم في موضوع

[1] محمد العشماوي و عبد الوهاب العشماوي،قواعد المرافعات في التشريع المصري و المقارن، مكتبة الأدب ومطبعتها، دار الفكر العربي، ص212.

[2] مفلح عواد القضاه، أصول المحاكمات المنية و التنظيم القضائي، الطبعة الأولى، 2004 دار الثقافة للنشر و لتوزيع،ص 272.

[3] عبد الحميد المنشاوي،التعليق على قانون المرافعات طبقا للتعديلات الواردة في القانونين رقمي 6 لسنة 1991 و23 لسنة 1992طبعة 1993،دار الفكر العربي، ص 155.

[4]احمد فتحي بهنسي، نظرية الاثبات في الفقه الجنائي، دار الشروق، سنة 1989، ص14-15.

الدعوى كالدفع بسقوط الخصومة [1]، بينما الدفوع الموضوعية فللخصم إبدائها في أية حالة تكون عليها الدعوى طالما لم توضع القضية في المداولة.

2-الحكم بقبول الدفع الشكلي لا يترتب عليه إنهاء النزاع على أصل الحق المدعبه فيجوز للخصم رفع الدعوى من جديد بإجراءات صحيحة بخلاف قبول الدفع الموضوعي فيعتبر حكما في موضوع الدعوى منهيا للنزاع على أصل الحق ولا يجوز تجديد المطالبة به أمام القضاء مرة أخرى لسبق الفصل فيه[2].

3- الحكم الصادر في الدفع الموضوعي يعتبر حكما صادرا في موضوع الدعوى واستئناف هذا الحكم يؤدي إلى عرض الدعوى برمتها على الاستئناف أما استئناف الحكم الصادر في الدفع الشكلي فلا ينتقل لجهة الاستئناف من الخصومة إلا هذه المسألة، فإذا دفع بعدم الاختصاص مثلا وقضت المحكمة بعدم اختصاصها واستؤنف هذا الحكم فإن المجلس القضائي إذا رأى إلغاء هذا الحكم فإنه لا يملك إلا أن يعيد القضية إلى محكمة الدرجة الأولى للفصل في موضوعها.

ولهذا التميز بين نوعي الدفوع ما يبرره، لأن قواعد العدالة تقضي بأن تتاح للخصم فرصة دحض مزاعم خصمه في أية مرحلة من مراحل الخصومة بذلك اجاز المشرع للخصم ان يتمسك بالدفوع الموضوعية في أي وقت ليثبت أن دعوى خصمه قائمة على غير أساس بخلاف الدفوع الشكلية فهي قاصرة على مسائل شكلية لا تؤثر في موضوع الحق ولا يقصد بها عدم وجوده والملاحظ عمليا إن الخصم لا يلجأ إلى الدفع الشكلي إلا إذا عازه الدليل وأراد المماطلة لذلك وجب ألا يمكن الخصم المماطل من هذه الوسيلة بعد أن تتقدم القضية في مراحل نظرها ويواجه الخصوم موضوعها وتوشك على الفصل فيها لذلك يجب افتراض أن الخصم بسكوته عن التمسك بهذه الدفوع الشكلية يكون قد تنازل عنها ضمنا باستثناء ما تعلق منها بالنظام العام[3].

إن أهمية تناول موضوع الدفوع الشكلية كمعيار في مجال قانون الإجراءات المدنية و الإدارية تكمن في أنه كثيرا ما يخلط في العمل القضائي سواء من قبل القضاة أو المحامين

[1] أحمد أبو الوفا،مرجع سابق، ص 15.

[2] مفلح عواد القضاه، المرجع السابق ، ص291.

[3] محمد العشماوي و عبد الوهاب العشماوي،مرجع سابق، ص ص218،219.

أو المشتغلين في الحقل القضائي بين الدفع الشكلي و الدفع الموضوعي وكذا صعوبة تكييف الدفع بعدم القبول والجزم بأن هذه الدفوع الإجرائية تتعلق بالنظام العام أم لا تتعلق به، فضلا عن انه يوجد ضمن الدفع الشكلي الواحد دفوع لها أساس قانوني يستند عليه للقول أن هـ جوهري يتعلق النظام العام والعكس صحيح وقد زاد في هـ ذا اللبس أن المشرع الجزائري كغيره من التشريعات المقارنة لم يعرف فكرة النظام العام ، كما لم يتناول بالتعريف المقصود بالإجراء الجوهري لتفريقه عن الإجراء غير الجوهري .ففي قانون الإجراءات المدنية الجزائري الملغى لم يشر المشرع الجزائري لمصطلح النظام العام إلا في أربعة مواد فقط هي : 93 ،141 ،442 ،462 من نفس القانون ومن هده المواد لم يحدد أن القاعدة التي تضمنتها أحكام هده المواد من أنها تتعلق بالنظام العام إلا في المادة 93 من قانون الإجراءات المدنية حيث قرر أن عدم اختصاص المحكمة بسبب نوع الدعوى يعتبر من النظام العام وتقضي به المحكمة ولو من تلقاء نفسها.

ومن أجل احترام مبادئ الدستور وضمان حماية الحقوق والحريات للأفراد بات لزاما من وجود آليات رقابية على مدى تطبيق مضمون الدستور، تكون لها صلاحيات مستقلة وواسعة في هذا الشأن، حيث تعد من أنجع الوسائل التي ابتكرها الفقه الدستوري لحماية سيادة القوانين، وهي آلية الرقابة على دستورية القوانين، الأمر الذي جعلها تحتل مرتبة هامة بين الموضوعات وتحظى باهتمام لدى الفقه الدستوري ، إذا كان الرأي قد اختلف في الفقه الدستوري بين مؤيد لمبدأ رقابة دستورية القوانين وبين معارض لها، فإن الغالبية العظمى تذهب إلى وجوب هذه الرقابة، وحتى القائلون بوجوب رقابة دستورية القوانين اختلفت مواقفهم في الهيئة التي تناط أو تتولى هذه الرقابة، إذن تعتبر رقابة دستورية القوانين محرك ومنشط للديمقراطية في سبيل إضفاء الشرعية والمشروعية وهو الهدف المراد تحقيقه من خلال هذه الرقابة، وعلى هذا يشكل الدستور القانون الأسمى في الدولة الذي يضمن حقوق وحريات المواطنين، والمعيار الأساسي لتحقيق إرادة الشعب وملزما لجميع سلوكات الدولة والأفراد.

تكمن أهمية الموضوع في كون الجزائر قد تبنت ولأول مرة موضوع الرقابة الدستورية اللاحقة والمتمثلة في آلية الدفع بعدم الدستورية من قبل الأفراد ، والتي تعتبر من الإصلاحات والانجازات المعتبرة في التعديل الدستوري 2016 ، التي تحفظ الحقوق والحريات للأفراد وتشركهم في عملية المراقبة وهذا استئناسا بذات المنهج الذي اتبعته فرنسا في مجال الرقابة الدستورية ، كما أتاح

الفرصة لإعادة تفعيل دور المجلس الدستوري و المسمى حاليا بالمحكمة الدستورية من خلال ممارسته للرقابة البعدية وتدخله أكثر في مدى مطابقة القواعد التشريعية السارية المفعول للدستور والفصل في جميع الإحالات المرفوعة أمامه من قبل الجهات العليا للقضاء والمتمثل في المحكمة العليا ومجلس الدولة ، وكذا الدور الجديد لقضاة الموضوع في القضاء العادي والإداري في العملية وهذا من خلال مضمون نص المادة 188 الجديد من التعديل الدستوري 2016 وكذا صدور القانون العضوي 18-16 المؤرخ في 02 سبتمبر 2018 المحدد لشروط و كيفيات تطبيق الدفع بعدم دستورية القوانين،أما اختيارنا لهذا الموضوع فيعود لأسباب عديدة أهمها محاولة تسليط الضوء على أهمية ودور الرقابة القضائية عن طريق الدفع بعدم دستورية القوانين في التشريع الجزائري ومحاولة البحث عن كيفيات تطبيقها في الجزائر والآثار المترتبة عنها .

توجد العديد من الأسباب التي دفعتنا لاختيار هذا الموضوع والبحث فيه وتتلخص في:

-الأهمية الجوهرية للدفوع غير الموضوعية ، لدورها الفعال الذي تلعبه في في سير الدعوى القضائية لكل من المدعي و المدعى عليه طرفي الدعوى.

-عدم التمييز بين الدفوع الشكلية و الدفع بعدم القبول.

- الطبيعة الفنية المعقدة لكل دفع من الدفوع غير الموضوعية .

-قلة الدراسات والبحوث العلمية المختلفة وقصرها على دراسة التفرقة بين الدفوع الشكلية و الموضوعية .

يتبع الباحث في هذه الدراسة المنهج ين الوصفي و التحليلي، وذلك من خلال استعراض النصوص التشريعية التي تعالج موضوع الدفوع غير الموضوعية، وملاحظة مدى تطبيق المحاكم لها في أحكامها وقراراتها، والاستعانة بالآراء والاجتهادات الفقهية في المسائل التي سكت عنها المشرع الجزائري.

ويقتصر الباحث في معالجة موضوع الدراسة على الدفوع غير الموضوعية دون الموضوعية وذلك حسب ما أورده المشرع الفلسطيني في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية والأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الجزائرية ، كما تم الإستعانة بالمنهج المقارن في بعض جوانب الموضوع من أجل معرفة موقف المشرع الجزائري و كيفية التعامل و معالجة المشاكل التي تثيرها هذه الدفوع.

والآراء الفقهية التي قيلت في موضوع الدفوع غير الموضوعية، ومقارنة ذلك بالتشريعات والأحكام القضائية العربية عند الضرورة.

إن موضوع الدفوع الشكلية في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ليس بالموجز، حيث يثير الكثير من الإشكاليات والأسئلة التي تحتاج إلى بحث ودراسة وعلى أساس الأهمية المذكورة للدفوع وما لها من تأثيرات وانعكاسات على سير الدعوى، اخترت هذا الموضوع للبحث فيه، محاولا الإلمام به غير أنّ دراستي ستقتصر على الإجابة على الإشكالية التالية: **ما هو الإطار القانوني للدفوع غير الموضوعية** و **كيف عالج ها المشرع الجزائري ضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ؟**

و تكمن الصعوبات التي واجهتنا في هذا البحث في:

–ندرة المراجع باللغة الأجنبية في هذا الموضوع على مستوى المكتبات الجامعية،

–ندرة المراجع باللغة العربية التي تناولت هذا الموضوع بنوع من التفصيل في التشريع الجزائري باستثناء المراجع المصرية.

–نقص المعلومة بخصوص هذا النوع من الدفوع خصوصا الدفع بعدم الدستورية .

الإجابة على الإشكالية جاءت ضمن بابين تطرقت في الأول إلى الدفوع غير الموضوعية المتعلقة بعدم صحة إجراءات الخصومة و اشتملت على فصلين الأول الدفوع غير الموضوعية النسبية و الثاني للدفوع غير الموضوعية المطلقة ، أما الباب الثاني خصص لمعالجة الدفوع غير الموضوعية الخاصة عالجت في الفصل الأول الدفع بعدم القبول أما الفصل الثاني فخصص لمعالجة الدفع بعدم الدستورية ، و خاتمة تمحورت حول نتائج الدراسة و توصيات .

تحتل الدفوع الشكلية مكاناً مهماً في ميدان قانون الإجراءات ؛ لانها ترتبط بالنظام القضائي نفسه ، حيث يبين قانون المرافعات الجزاء المترتب على مخالفة القواعد المنظمة لاجراءات المرافعات ، وللدفوع الشكلية معنى محدد جداً في قانون المرافعات مرتبط بكيفية التمسك بهذا الجزاء .

وحق الخصم في التمسك بالدفوع الشكلية حق أساسي ،فمن اجل المحافظة على الأشكال والأوضاع التي نص عليها قانون المرافعات كان من الضروري وضع الجزاء على مخالفتها وتحديد كيفية التمسك به حتى تحترم أوامر القانون و نواهيه ، ولكن في الوقت ذاته يجب ألا يؤدي هذا الجزاء إلى تفضيل الشكل على الموضوع والتعسف في استخدامه وغل يد القاضي حتى مع إمكانية التصحيح وبالتالي إهدار الحقوق لأتفه الأسباب .

ومسألة تقرير الدفوع الشكلية ليست بالمسألة السهلة لأنها تحتاج إلى موازنة دقيقة بين مسألتين هما التشدد في الشكلية و التساهل فيها . وكلا الأمرين له أضراره فالتشدد في الشكلية يؤدي إلى جمود نظام التقاضي وعرقلة سير العدالة ويؤدي إلى إبطال الدعاوى لا تفه الأسباب ، مما يرهق القضاء بدعاوى مكررة لا تنقطع سلسلتها إلا بعد أمد بعيد . اما التساهل في الشكلية فقد يؤدي إلى فوضى في العمل القضائي والى إتاحة الفرصة أمام الخصوم للاحتيال على إجراءات التقاضي كسباً للوقت أو للمماطلة عند شعور الخصم بانه على وشك ان يخسر دعواه أو دفعه.

ولهذا فان الموازنة في ميدان الدفوع الشكلية هي مسالة أساسية في هذا الميدان وسوف نتابع هذه الموازنة في أثناء هذا البحث عبر دراسة مقارنة بين قانون المرافعات العراقي من جهة وقانون المرافعات الفرنسي والمصري من جهة أخرى مع عرض وتحليل الآراء الفقهية و التطبيقات القضائية . وذلك من اجل تحديد افضل الأسس التي يفترض ان تبنى عليها الدفوع الشكلية و للإحاطة بهذا الموضوع تطرقنا في هذا الباب من الأطروحة إلى نوعين من الدفوع غير الموضوعية و هما الدفوع غير الموضوعية النسبية (الفصل الأول) و الدفوع غير الموضوعية المطلقة (الفصل الثاني).

الفصل الأول : الدفوع غير الموضوعية النسبية

هي الدفوع التي يلزم التقدم بها قبل أي دفع آخر و إلا سقط الحق فيها ، إذ أن ما يميز هذه الدفوع أنها غير متعلقة بالنظام العام، بل هي مقررة لمصلحة أحد الخصوم الذي يريد التمسك بها، لذلك ولأنها غير متعلقة بالنظام العام ولا تضر بنظام التقاضي ، فإن المشرع [1] لم يشأ أن يتنازل وقت تقديمها لأهواء الخصوم،ويدعهم يتربصون بالدعوى حتى إذا أوشكت على الحسم ضد مصلحتهم فاجأوا القاضي بإيرادها ، مما يؤدي قبول إثارتها في زمن لاحق إلى ضياع جهد المحكمة وتكليف الخصوم الكثير من النفقات ؛ لذلك حرص المشرع على النص بوضوح على تقديم هذه الدفوع قبل أي دفع موضوعي أو دفع بعدم القبول وإلا سقط الحق فيه . وهو قيد يتحدد به المدعى عليه ، وهكذا فان تقديمه لدفاع موضوعي أو دفع موضوعي أو إبداء أي طلب يودي إلى سقوط حقه في إبداء هذا النوع من الدفوع[2].

المبحث الأول : الدفع بالبطلان المثار أمام القاضي المدني

إن استعمال الدعوى يخضع إلى اتباع إجراءات مختلفة وشكليات متنوعة هدفها توفير ضمانات لصالح المتقاضين وقيام القضاء على أسس مضبوطة حتى تتم حماية كل خصم من تعسف الخصم الآخر والقاضي، وتحديدا لمراكز الخصوم إزاء بعضهم في الخصومة وعليته فإن احترام الإجراءات والشكليات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية أمر ضروري وواجب الأخذ به من قبل جميع الأطراف في الخصومة واحترامه من قبل المحكمة، لذلك أصبح من الطبيعي أن لا يقتصر عمل المشرع على تدوين تلك الشكليات والإجراءات بغير أن يضع جزاءا للإخلال بها لحمل الأفراد والمحاكم على اتباعها.

---

[1] راجع المواد 73 و 74من قانون المرافعات العراقي والمادة 108 من قانون المرافعات المصري النافذ والمادة 74 من قانون المرافعات الفرنسي النافذ . وبالاضافة الى ذلك اكد المشرع المصري في الفقرة 3 من المادة أعلاه 108 على وجوب ابداء جميع الوجوه التي يبنى عليها الدفع المتعلق بالاجراءات معاً والا سقط الحق فيما لم يبد منها .

[2] الطلب او الدفاع في الدعوى هو ما يهاجم به الخصم ادعاء خصمه باعتبار ان هذا الادعاء لا يقوم على اساس من الواقع او القانون ، فتحي والي ، نظرية البطلان في قانون المرافعات ، ط 1 ،الاسكندرية ، منشأة المعارف ،1959 ، ص 573

وقد وضع المشرع هذا الجزاء بالنص في كثير من الأحيان على البطلان الذي قد يلحق بعض الوثائق كعرائض افتتاح الدعأوى كما قد يلحق الإجراءات

تكتسي نظرية البطلان أهمية بالغة في المجال الإجرائي لكونها من أهم الجزاءات الإجرائية أي ذلك الوصف الذي يأخذ العمل القانوني المخالف للقواعد الإجرائية بصفة عامة، و لحصر الفكرة أكثر يتوجب فيما يلي تبيانها وتمييزها مع مايشابهها من الجزاءات الإجرائية الأخرى بغية معرفة المبادئ التي تحكم هذا المفهوم.

المطلب الأول: ماهية البطلان الإجرائي

حتى نعالج الموضوع من جميع الجوانب يجب التطرق إلى تعريف البطلان الإجرائي ومعرفة أنواعه أولا وتمييزه عن الجزاءات الإجرائية الشبيهة له.

الفرع الأول: مفهوم البطلان الإجرائي

البطلان هو الجزاء الذي يلحق الدعوى القضائية الذي تخلفت فيه أحد شروطه وفي هذا المطلب سوف نتتأول تعريف البطلان الإجرائي و أنواعه.

أولا: تعريف البطلان الإجرائي

بداية وقبل التطرق إلى تعريف البطلان الإجرائي لا بأس أن نميزه عن البطلان الموضوعي المنظم في القانون المدني فالبطلان الموضوعي وردت أحكامه في الشريعة العامة، فهو يأخذ بعين الاعتبار النص الذي يمس بالحقوق الموضوعية ،وهو مرتبط مباشرة بالمصلحة الخاصة أي بمحل التصرف القانوني، وهو جزاء يقرره القانون عند تخلف ركن من أركان العقد (التراضي) الشكل في العقود الشكلية،المحل ،السبب ،شرط من شروط الصحة الأهلية و سلامة الإرادة (99-100-101-102 من القانون المدني) فهو نوعان مثله مثل البطلان الإجرائي، نسبي ومطلق [1] ، فإذا تخلف أحد أركان العقد كان العقد باطل بطلانا مطلق ،وذلك لخطورة العيب الذي شاب العقد ،أما في حالة تخلف شرط من شروط الصحة كان البطلان نسبيا وليس مطلقا ، وذلك لأن العيب

[1] أحمد حشمت أبو ستيت ، نظرية الإلتزام في القانون المدني الجديد ،الكتاب الأول ، مصادر الإلتزام ، مطبعة مصر ، مصر ، 1954 ، ص 183.

الذي شاب العقد أقل خطورة ويكون العقد قابل للإصلاح [1] ،أما البطلان الإجرائي فهو إذا ما قرر القانون أن عملا معينا يجب أن يتم وفق شكل محدد تحت طائلة البطلان فان صدوره بالشكل المخالف يجعل منه عملا باطلا،و يعرف أيضا أن البطلان هو تكييف قانوني لعمل يخالف نموذجه القانوني مخالفة تؤدي إلى عدم إنتاج الآثار التي يرتبها القانون إذا كان كاملا[2].

وقد عرفه جانب من الفقه بأنه الأثر الذي يرتبه القانون على مخالفة الإجراء لنموذجه القانوني، فينعدم أثره الذي كان يولده لو كان الإجراء صحيحا،فاذا لم يتوفر الإجراء كأحد الشروط اللازمة لصحته فان الإجراءات تكون باطلة [3]، وعلى حد تعريف أحد الفقهاء فقد عرفه بأنه جزاء عدم مراعاة الإجراءات والشكليات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية الذي يعترض الخصومة ،ولزما يؤدي بها إلى القضاء عليها وعدم وجودها [4] ،فالملاحظ من خلال التعريفات أن البطلان يحتوي على عنصرين هامين هما وجود عيب يؤدي إلى عدم تطابقه مع نموذجه القانوني وعدم إنتاج آثاره القانونية.

وينشأ البطلان الإجرائي عن تخلف المقتضيات الشكلية أو الموضوعية ،غير أن البطلان في مجال العمل الإجرائي يعود أساسا إلى تعييب الشكل أكثر من غيره من المقتضيات الموضوعية الأخرى استنادا إلى مبدأ الشكلية، على خلاف القانون الموضوعي الذي يسود فيه مبدأ الرضائية، لذا فالشكلية تلعب دورا هاما في مجال قانون الإجراءات المدنية[5].

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، ج 1، مصادر الالتزام،ط 3، دار نهضة مصر، القاهرة، 2011،ص 109.

[2] أغليس بوزيد ، البعد القانوني لتنظيم الدفع بالبطلان في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون ب الدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر .

[3] لبيض ليلى و علي خوجة خيرة، النظام القانوني للبطلان في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري 09/08، مقال منشور بمجلة الحقوق و العلوم الإنسانية ،جامعة الجلفة ، المجلد 11، العدد 1،2019 ، ص 538

[4] الغوثي بن ملحة ، المرجع السابق ،ص 163

[3] Jean Vincent Serge Guinchard, procédure civile27^{e}ed, DALLOZ, p 609.

[5] عمر زودة، نظام البطلان في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مقال منشور ب م م ع لسنة 2012 ،ع 2، ص 354.

يقول أحد الفقهاء العلة من تقرير بطلان الإجراء المعيب حسب ما سبق توضيحه هي أن الإجراء الذي اشترط فيه المشرع أن يكون وفق نموذج معين و هذا استنطاقا لفكرة أن القاعدة القانونية قاعدة ملزمة للمخاطبين بأحكامها و لا يجوز مخالفتها فان وقع ذلك فلابد من توقيع جزاء على ذلك و هو بطلان هذا الإجراء و منعه من ترتيب أثاره التي يرتبها القانون لو كان العمل القانوني صحيح و وفق نموذجه [1] القانوني و لهذا قيل بان هذا الجزاء يؤدي إلى عدم فعالية العمل القانوني و افتقاده لقيمته القانونية المفترضة في صحته [2].

نقول بالتالي أن البطلان الإجرائي يتعلق أساسا بالأعمال القانونية و هذا سواء في عناصرها الموضوعية أو الإجرائية إذا كانت قد شابها عيب وعلى هذا المعيار يمكن القول أن منها ما يتعلق بالنظام العام ومنها ما يتعلق بمصلحة الخصوم،وهنا يدفعنا للحديث على أنواع البطلان الإجرائي.

ثانيا: أنواع البطلان

هناك عدة تقسيمات للبطلان الإجرائي من طرف الفقه كأخذ معيار القابلية للتصحيح للعمل المعيب من عدمه ومعيار الأثر الكلي أو الجزئي للبطلان ومعيار النظام العام .

وفي دراستنا سوف نعتمد على هذا المعيار الذي يقسم البطلان الإجرائي إلى بطلان مطلق (وجوبي) وإلى بطلان نسبي (جوازي) ،وهذا يرجع إلى نوع المصلحة التي يرمي إلى حمايتها المشرع ، فإذا كانت المصلحة عامة كان البطلان متعلق بالنظام العام أي كل الحالات التي تتعلق بحسن سير مرفق القضاء كتشكيل المحكمة وعلنية الجلسات وتمكين الأطراف من حق الدفاع وصحة ممثليهم[3] ،أما إذا كانت المصلحة خاصة فالبطلان نسبي أي كل الحالات المتعلقة بإجراءات الدعوى، بدءا من إجراءات تكليف الخصم بالحضور للجلسة المقررة إلى إجراءات السير فيها وما يتخللها من عوارض أثناء السير كالانقطاع والوقف، ثم إعادة السير فيها و انتهاءا إلى الفصل فيها

[1] مجدي سعد بلال، الدفع بالبطلان، المركز الفرنسي للإصدارات القانونية ،ط1 ، القاهرة ، 2005 ، ص 23.

[2] عبد الحميد الشواربي، البطلان الاجرائي و الموضوعي، دار الكتاب الحديث، الاسكندرية ،1991، ص 11.

[3] بهلول نادية، الدفع ببطلان الأعمال الإجرائية من حيث الشكل، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون ب الدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر .

، فيمكن للخصم المتضرر من هذه الأعمال الإجرائية أن يبدي دفعا ببطلانها ، إذا ارتأى له وجود وجه من أوجه البطلان،لكن غاية ما في الأمر أن لا يكون صاحب الدفع متسبب في العيب الإجرائي أو كان واقعا بفعل غش منه[1].

غير أن مسألة التمييز بين البطلان النسبي والبطلان المطلق على أساس نوع المصلحة المحمية في كل عمل إجرائي ليست بهذه السهولة النظرية، ذلك أن معيار المصلحة العامة المتعلقة بفكرة النظام العام معيار نسبي و هذا نظرا لنسبية فكرة النظام العام في حد ذاته وعدم إمكانية حصر كل حالاته من قبل المشرع ، لذا لجأت بعض التشريعات إلى منح القاضي سلطة تقديرية في استخلاص الأعمال الإجرائية المتعلقة بالنظام العام في غير تلك الحالات المنصوص عليها صراحة، و في هذا السياق يرى الأستاذ يحي بكوش أن فكرة النظام العام ترتبط أساسا بالمصلحة العليا للمجتمع و لماّ كانت القواعد الأساسية لمجتمع ما متغيرة ضمن المقرر أن تحديد ما يتصل مباشرة بالنظام العام يخرج عن نطاق نشاط المشرع الذي يجب أن تتوافر في قواعده سمة الثبات ليدخل في سلطة القاضي [2] ،فالبطلان المطلق يعتبر العمل باطل أصلا و لا حاجة لطلب بطلانه، كما أنه لا حاجة إلى الحكم بالبطلان، و إذا اقتضت الضرورة العملية طلب الحكم بالبطلان فإن دور القاضي فيه يقتصر على مجرد تقرير البطلان[3].

أما في البطلان النسبي فالعمل صحيح منتج لآثاره حتى يحكم ببطلانه والقاضي بحكمه ينشئ البطلان ، فعمله ليس مجرد تقرير[4].

---

[1] قحموص نوال، بطلان الإجراءات الشكلية في المواد المدنية طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون ب الدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر .

[2] يحي بكوش، الاحكام القضائية و صياغتها الفنية ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر سنة 1984 ص .

[3] حمد سليمان الرشيدي النظرية العامة للجزاء الإجرائي في قانون المرافعات دراسة مقارنة في القانونين الكويتي و المصري ، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة ،2012 ص192.

[4] فتحي والي ، نظرية البطلان في قانون المرافعات ، ط 1 ،الاسكندرية ، منشأة المعارف ،1959. ،ص ص 536،536.

ومن ثم يتبادر إلى ذهننا إشكالية تتعلق بشأن العمل الإجرائي تتمثل في ما هي المخالفة الإجرائية التي تؤدي إلى البطلان فهل هي كل مخالفة إجرائية وإن كانت تافهة تؤدي إلى البطلان ؟

إن القول بذلك يؤدي إلى المبالغة في ترتيب جزاء البطلان وهذا ما يخالف السياسة التشريعية المتوخاة من القانون الإجرائي الذي هو وسيلة لخدمة القواعد الموضوعية، وبالتالي لا يجوز المبالغة في إعمال جزاء البطلان و هذا ما يعتبر إنعدام للفعالية، كما قد يدفع الفرد إلى العمل خارج الإطار القانوني، لذا نظم المشرع في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية جزاءات أخرى إلى جانب البطلان.

ثالثا: تمييز البطلان عن الجزاءات الشبيهة به

تعدد مفهوم البطلان الإجرائي أكثر ولحصره وجب علينا تمييزه عن باقي الجزاءات الإجرائية الأخرى الواردة في القوانين الإجرائية كالسقوط والدفع بعدم القبول والانعدام.

1: البطلان والسقوط

إن السقوط هو جزاء عدم استعمال الحق الإجرائي في الزمن أو الترتيب المحدد في القانون فمثلا تقديم الدفع الموضوعي أو الدفع بعدم القبول يسقط الحق في تقديم الدفع الإجرائي التي ليست من النظام العام[1]، فإذا بوشر العمل الإجرائي رغم سقوط الحق في إجرائه ترتب على ذلك عدم قبوله و هذا ما نصت عليه المادة 65 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بقبولها الدفع بعدم القبول و هو الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي كانعدام الصفة و انعدام المصلحة و التقادم و انقضاء الأجل المسقط و حجية الشيء المقضي فيه و ذلك دون النظر في موضوع النزاع[2]، كما انه من سلك دعوى الملكية يسقط حقه في دعوى الحيازة المادة 529 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، فهنا مفهوم السقوط يختلف عن سقوط الحق في اتخاذ

[1] فتوس خدوجة، تفاوت الدفوع غير الموضوعية: بين القوة والضعف في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون ب الدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر .

[2] نجومن سناء، طبيعة الحكم الفاصل في الدفوع الإجرائية وأثره على سير الخصومة ، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون ب الدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر.

الإجراء عن سقوط الخصومة المنصوص عليه في المادة 223 قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، ويظهر هذا من حيث سبب سقوط الخصومة الذي يرجع إلى إهمال المدعي أو المدعى علي [1] لمدة سنتين ،بينما سبب السقوط في عدم اتخاذ إجراء في الميعاد أو في الترتيب المقرر قانونا، كما أنه من حيث النتيجة فإنه يترتب على سقوط الخصومة زوال كل إجراءاتها ، و لا يحول هذا الجزاء دون تجديدها لاحقا إذا لم يكن الحق قد سقط بالتقادم، في حين السقوط هو عدم جواز اتخاذ الإجراء .

ومن هنا يتضح أن جزاء السقوط عن البطلان في عدة جوانب مادام أن البطلان هو جزاء لمخالفة الشروط الشكلية والموضوعية اللازمة لصحة الاجراءات ،فهو جزاء ينصب على جميع الأعمال الإجرائية مهما كانت صفة الشخص المباشر لها، بينما السقوط ينصب على حقوق إجرائية فلا يتصور سقوط حقوق إجرائية باشرها القاضي أو احد أعوان القضاء.

و يظهر التمييز أيضا من حيث التمسك بهما، فالبطلان يكون بدفع شكلي بينما السقوط يكون التمسك به في جميع الأحوال بالدفع بعدم القبول، و يجوز إثارته في أية مرحلة كانت عليها الدعوى،فسقوط الحق في اتخاذ الاجراءات يحول بصفة نهائية إلى عدم ممارستها لأنها انقضت [2] بينما البطلان لا يحول دون تجديد الإجراء أو تصحيحه.

---

[1] م222 ق إ م إ التي تنص على(تسقط الخصومة نتيجة تخلف الخصوم عن القيام بالمساعي اللازمة، يجوز للخصوم تقديم طلب السقوط إما عن طريق دعوى أو عن طريق دفع يثيره احدهم قبل آية مناقشة في الموضوع) و هذا على خلاف– قانون إجراءات مدنية الملغى والصادر بموجب أمر 66،154 والذي كان يقضي في أحكامه عن السقوط بأنه حق للمدعى فقط, والملاحظ أيضا أن اجل السقوط تحسب من تاريخ صدور الحكم أو القاضي الذي كل احد الحضور للقيام بالمساعي بنص المادة 223 ق إم إ.هدا الأجل لا يتأثر و لا ينقطع في رأينا بأي إجراء يقوم به الأطراف بل يحق بساري وهدا عكس ما كان في القانون القديم ،إذا كان السقوط يزول بفعل الاجراءات التي يقوم بها احد الأطراف قبل السقوط .

[2] عبد الحميد الشورابي،البطلان المدني،الإجرائي والموضوعي ،المكتب الجامعي الحديث،الإسكندرية، 2010 ص 216.

2: تمييز البطلان عن الانعدام

يتعين أولا الإحاطة بمعنى الانعدام، فهو عدم توافر أركان قيام العمل الإجرائي و يثبت بغير حاجة إلى نص يقرره، وبغير حاجة إلى إثبات الضرر الذي أصاب المتمسك به [1]، فقد نشأت فكرة انعدام العمل الإجرائي في إطار القانون المدني ثم ترددت أصداؤها في فروع القانون الأخرى و لم تنجح المحأولات الفقهية في إرساء دعائم لهذه الفكرة بل كانت دائما مثار جدل بين الفقهاء وصل إلى حد إنكار هذه النظرية و القول بعدم جدواها[2].

فالتمسك بالانعدام يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به، وحتى للقاضي الحكم به تلقائيا، ففكرة الانعدام تقوم على أساس العمل القانوني لكي يتصف بالصحة أو البطلان ،فإذا فقد شرطا من شروط صحته فإنه يكون باطلا، وحالات الانعدام هي أعنف من حالات البطلان من حيث الخروج عن القانون ولعل أهم ما يترتب على التفرقة المتقدمة أن الإجراء المعدوم لا تزول عنه حالة الانعدام بالرد عليه فما يفيد اعتباره صحيحا أو بالقيام بعمل أو إجراء باعتباره كذلك لأن المعدوم لا يخلق من جديد ولا يصحح بالحضور أو بحجية الشيء المحكوم به ، فالمعدوم لا تلحقه أي حصانة بينما الباطل يمكن تصحيحه[3].

وبالتالي ينطبق على الدفع بالانعدام جميع أحكام الدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام العام حيث تجوز إثارته ولو بعد تنأول الموضوع، فحالات الانعدام في قانون الإجراءات المدنية والإدارية تظهر في عدم انعقاد الخصومة لتخلف التكليف بالحضور أو رفعها ضد شخص متوفى مثلا، وذلك باعتبار أنه تنشأ الخصومة القضائية عن طريق المطالبة القضائية كما ينشأ الجنين في بطن أمه، فيتوقف وجوده على ميلاده حيا، وتبعا لذلك ينشأ عن هذا الميلاد مجموعة من الآثار القانونية كذلك

---

[1] ناصر فتحي بدوي ، الأحكام المنعدمة والدعاوى الأصلية ببطلانها في ضوء قانون المرافعات المدنية والتجارية طبقا لأحدث التعديلات ، دار عمار للنشر والتوزيع ، مصر ، ص22.

2 طلعت يوسف خاطر ، نظرية الانعدام في قانون المرافعات المدنية والتجارية ،دار الجامعة الجديدة ،مصر ، 2015، 510 .

[3] احمد مليجي،التعليق على قانون المرافعات باراء الفقه والصيغ القانونية واحكام النقض، جزء 1،1998 ص ص368،369.

الحال بالنسبة للخصومة القضائية،فيتوقف وجودها على انعقادها فإذا لم تنعقد زالت هي وجميع الآثار المترتبة عنها[1].

فإذا لم تنعقد الخصومة وبالرغم من ذلك صدر حكم فيها فيكون معدوما والحكم المعدوم لا يتحصن بالحجية ويجوز الطعن فيه بالمعارضة حتى بعد فوات ميعاد المعارضة أو الطعن فيه بدعوى البطلان المبتدئة [2].

فالفرق بين البطلان الإجرائي و الانعدام هو انه يجب التفريق بين البطلان المطلق و النسبي بحيث أن البطلان المطلق المتعلق بالنظام العام لا بعدم الإجراء و لا يفقده كيانه، إما البطلان النسبي فالإجراء لا يتقرر بطلانه إلا إذا تمسك به صاحب المصلحة و لا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها أما تقرير الانعدام فانه من واجب المحكمة دون أن بكون لازما أن يتمسك به احد الخصوم و بالتالي يمكن التصحيح بالتنازل لمن تقرر لصالحه بينما الانعدام لا يقبل ذلك [3].

فالقاضي الذي يكون بصدد هذا تكون طبيعة الحكم الصادر بناءا على دعوى الانعدام هو حكم كاشف وليس منشئ فهو يكشف عن واقعه مادية حدثت في الوجود، إلا أنه تجدر بنا الإشارة إلى أنه في المجال الميدان العملي هناك من يعتبر أن عدم التكليف بالحضور ينتج عنه بطلان الاجراءات إلا أن قانون الاجراءات المدنية والإدارية نص في المواد 213- -216 – 214 على أن الجزاء يكون بشطب الدعوى إذا أمر القاضي بتصحيح العريضة وفقا للمادة 14 و15 منه وهذا ما أورده المشرع في الفصل الثالث بعنوان وقف الخصومة والذي تسري عليها أحكام السقوط فيما يخص المواعيد.

---

[1] حازم بيومي المصري ، لموسوعة التأصيلية في المرافعات المدنية والتجارية (الصفة – المصلحة– القضاء المستعجل) ،ج2،دار النهضة العربية للنشر و التوزيع ، مصر ، 2013،ص 136.

[2] مراد مخلوفي، البطلان في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون(فرع القانون الخاص)، كلية الحقوق ، الجزائر،2008/2007،ص 84.

[3] محمد نصر محمد، أصول الدفوع و المحاكمات ، الطبعة الأولى، دار الراية ، الأردن ، 2013 ، ص 109.

3: البطلان والدفع بعدم القبول

لقد عرفت المادة 67 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أن " الدفع بعدم القبول هو الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي كانعدام الصفة وانعدام المصلحة والتقادم وانقضاء الأجل المسقط، وحجية الشيء المقضي فيه، وذلك دون النظر في موضوع النزاع".

ومن هنا نستطيع أن نعرف الدفع بعدم القبول هو تكييف قانوني ووسيلة دفاع ترمي إلى إنكار سلطة المدعي في استعمال الدعوى ،فهو يوجه إلى الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه، وما إذا كان من الجائز استعمالها أم لا فالدفع بعد القبول ليس دفعا شكليا ،لكنه قد يقترب منه باعتباره عائقا بقيمة الخصم لمنع المحكمة من التعرض إلى موضوع النزاع وليس دفعا موضوعيا، لكنه قد يقترب منه لأنه قد يؤدي أحيانا إلى إنهاء النزاع [1] وهدا على خلاف الدفع بالبطلان في العمل الإجرائي الذي يعتبر دفع شكلي يوجه بمناسبة عيب يصيب العناصر الشكلية أو الموضوعية للإجراء ،وعليه يجب إبداء الدفع بالبطلان قبل أية مناقشة في الموضوع (المادة 61 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية) وقبل إثارة الدفع القبول، بينما هذا الأخير يمكن إثارته في أية مرحلة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا عملا بنص المادة 68 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية[2].

و حتى يستطيع الشخص أن يرفع الدعوى أمام القضاء فلابد أن يثبت له الحق في رفعها ولكنه ليس له فيها حق،فإن الشخص الذي رفعت عليه يمكن له الرد على ذلك باستعمال وسيلة فنية محددة تسمى في الاصطلاح الفقهي بالدفع بعدم القبول، ويرمي الخصم من خلال هذه الوسيلة إلى إنكار حق خصمه في رفع الدعوى عليه أمام القضاء لانتفاء حقه في الحماية القضائية سواء تعلقت هذه الحماية بتخلف شروط الحماية القضائية أو سقوط الحق في رفعها، والدفع بعدم القبول يوجه إلى

[1] حسين طاهري، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، ج 1 ، دار الخلدونية ، الجزائر، 2012 ص 268.

[2] بن عمارة محمد،ماهية الدفع بعدم القبول في القانون الجزائري والمقارن، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون ب الدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر .

كل وسائل استعمال الحق في الدعوى من الطلبات و الدفوع والطعون استنادا إلى القاعدة القانونية التي تقرر انه لا يقبل أي طلب أو دفع أو طعن أو أي إجراء من إجراءات الخصومة ما لم يكن لصاحبه فيه مصلحته [1]،

فيختلف البطلان الإجرائي مع الدفع بعدم القبول من حيث أثر الحكم الصادر بشأنهما، فالحكم بعدم القبول يؤدي إلى زوال الخصومة أمام المحكمة واعتبارها كأن لم تكن، و منها ما يحوز الحجية بحيث ترفع يد القاضي الدرجة الأولى لإستنفاذ ولايته فيها كالدفع بسبق الفصل المادة 67 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، وهذا بخلاف الدفع بالبطلان فإن الحكم الصادر فيه لا يحوز الحجية أمام الجهة التي فصلت فيه[2].

وفي الأخير نقول أن كلا الدفعين يتضمنان بعض الصور المتعلقة بالنظام العام التي تثيرها المحكمة تلقائيا، وصور أخرى يتمسك بها أصحاب المصلحة، كما انه في بعض صور الدفع بعدم القبول يجوز التصحيح كما هو الحال في البطلان كتصحيح الصفة بعد رفع الدعوى.

وحتى نلم أكثر بموضوع البطلان الإجرائي وهذا بعد تمييزه عن مختلف الجزاءات الشبيهة به وجب التطرق إلى الاتجاهات المختلفة فيه بما فيها التشريع الجزائري.

4 : الاتجاهات المختلفة في البطلان الإجرائي

لقد عرفت فكرة البطلان بالقانون الروماني ومرت بمراحل بحيث كانت كفكرة جامدة لا تقبل أي أساس وتطبق بصرامة كلما استدعي الأمر ذلك إلى غاية تبسيطها في الفكر الحديث و أصبح للبطلان ضوابط عقلانية ترمي إلى تحقيق العدالة من جهة والحفاظ على حقوق المتقاضين من جهة أخرى وهذا ما ستتطرق إليه فيما يأتي:

[1] إبراهيم رضوان الجغبير، بطلان حكم المحكم ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الإسكندرية 2009.ص 269 .

[2] أغليس بوزيد ، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون ب الدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر.

أ: البطلان في التشريع الفرنسي و المصري

و قبل التطرق إلى نظام البطلان في التشريع الفرنسي و المصري، لا بأس أن نعرج على البطلان في النظام الروماني، بحيث كانت فكرة البطلان في هذا النظام جد قاسية باعتبار أن كل عمل إجرائي له شكل خاص به يجب أن يتم وفقا له فإذا جاء العمل غير مطابق لشكله وقع البطلان مهما كان عيب الشكل تافها، فلا يشترط القانون جسامة الخطأ و لا حدوث ضر رللخصم لكي يقع البطلان ،و إذا خسر المدعي دعواه نتيجة ما اعتراها من عيوب شكلية فإنه يخسرها بصفة نهائية، و لا يمكن له أن يرفع الدعوى من جديد نفس الحق[1].

فالجزاءات القضائية المتبعة في القانون الروماني كانت خاضعة لجملة معقدة من القيود المتمثلة في صيغ وعبارات وطقوس معينة ، لدرجة أنها أصبحت غاية لابد منها ، فأهدرت حقوق الكثير من المتقاضيين بسبب جهلهم لهذه الأشكال الجامدة[2].

أ1: البطلان في القانون الفرنسي:

بالنسبة لنظام البطلان في فرنسا لقد عرف تطورا كبيرا وقد بدأت المجموعة الفرنسية القديمة عند وضعها سنة 1806 بنظام للبطلان ثم تعرض للهجوم من الفقه والقضاء مما أدى إلى تدخل المشرع لتعديله مرتين على التوالي سنة 1933 وسنة 1935 [3]، فقد جاءت المادتين 1029-1030في مضمونهما تنص على مبدأين و هما: **لا بطلان بغير نص** وان البطلان وجوبي أي ليس تهديدي فكان القاضي في هذا النظام يبحث عن المخالفة التي يكون القانون قد نص على مخالفتها جزاء البطلان ،ويحكم بها وجوبا مهما كانت تلك المخالفة تافهة سواء أكان هناك ضرر من جراء

[1] حمد محمد إبراهيم الحفناوي، البطلان الإجر ائي وأثره على الدعوى ال تأديبية ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، ص 357.

[2] ابراهيم نجيب سعد ، القانون القضائي الخاص ،مؤسسة المعرف للطباعة و النشر ، د ط ،مصر، 2005 ، ص 214.

[3] حلمي محمد الحجار، الوجيز في أصول المحاكمات المدنية، د.ب ن ، د س ن ،ص 226.

ذلك أم لا وبالعكس فإن القاضي إذا لاحظ وجود مخالفة مهما كانت خطيرة وعدم وجود نص يقضي ببطلانها فإنه ليس له أن يحكم بالبطلان بدعوى الالتجاء إلى القياس أو الاستناد إلى قواعد العدالة [1].

وقد واجه هذا نقدا من قبل كل من الفقه والقضاء، ذلك أن مبدأ لا بطلان من غير نص يستوجب للأخذ به وجود مشرع على قدر كبير من الكفاءة حيت يستطيع أن يتقصى جميع الأشكال المهمة و ينص على البطلان جزاء على مخالفتهما [2].

وبعد انتقادات الشديدة من الفقه أصبحت المادة 1030 تطبق فقط على الأشكال غير الجوهرية، أما الجوهرية يترتب عليها البطلان حتى و لو لم ينص القانون صراحة على ذلك،و تطورا لفكرة ماهية الأشكال الجوهرية في أوساط الفقه والقضاء وربطها بفكرة الغاية منها ،فقد توصل القضاء إلى إضافة معيار جديد هو **معيار تحقق الضرر من تخلف الشكل القانوني** [3].

وكما سبقت الإشارة بأن المشرع الفرنسي على ضوء الانتقادات تدخل سنة 1933 وعدل المادة 1029 ونص أنه لا يحكم بالبطلان إلا إذا ترتب عليه مساس بمصالح الدفاع وبالتالي هـ ذا تكريس لمبدأ لا بطلان بغير ضرر والذي يخضع في الأخير لتقدير القاضي ، وقد تدخل أيضا المشرع الفرنسي مرة أخرى سنة 1935 بتعديل المادة 135 فقرة 1 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي حيت جاء فيها ما يلي "أي بطلان لصحيفة أو عمل إجرائي لا يمكن إقراره إلا إذا ثبت أنه يضر بمصالح الخصم ،وتبعا لذلك فلا يمكن الحكم بالبطلان ولو نص عليه القانون إلا إذا تحقق الضرر من المخالفة [4] .

---

[1] محمد عرفات مصطفى، روائع في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار العدالة للنشر و التوزيع ، مصر ، 2012 ، ص 756.

[2] طلعت يوسف خاطر ، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني ،دار الكتاب الجامعي ،الإمارات ،2017،ص 358.

[3] أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 209.

[4] علي بركات ، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية ،دار النهضة العربية للنشر و التوزيع،مصر ،2000 ص359.

وقد أكد المشرع الفرنسي في قانون الاجراءات المدنية الجديد لسنة 1975 بموجب المادة 1/114 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي ، أي أن البطلان لا يمكن الحكم بها إلا إذا اثبت الخصم الذي يتمسك به أن العيب قد سبب له ضررا و ذلك في غير الحالات التي يتعلق فيها البطلان بشكل جوهري أو كان البطلان متعلقا بالنظام العام ، و نرى أن المشرع الفرنسي قد اقرّ نظرية الضرر في البطلان لكن أورد استثناءا عليها فيما يخص المسائل الجوهرية و ما يتعلق بالنظام العام أي انه إذا كان البطلان متعلقا بمسائل غير تلك المتعلقة بالنظام العام فهنا يشترط وجود نص و إصابة المتمسك به بضرر، أما الحالات الأخرى فالقاضي حتى و لو لم يكن نص فمن تلقاء نفسه ينير ذلك و يقضي بالبطلان على المتمسك بالعيب أن يثبت أنه قد تضرر من هذه المخالفة أي فوات مصلحته المبتغاة من القانون [1]، والمصلحة المقصودة التي يصيبها الضرر هي الإخلال بحقوق الدفاع التي سوف نتطرق إليها لاحقا.

أ2: البطلان في القانون المصري

لقد نصت المادة 20 من قانون المرافعات المصري الصادر سنة 1968 أنه "يكون الإجراء باطلا إذا نص القانون صراحة على بطلانه أو إذا شابه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء ، ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء"[2].

من خلال استقراء المادة 20 فإن مبدأ البطلان في القانون المصري هو تحقق الغاية من الإجراء، فإذا نص القانون على وجوب إتباع شكل معين أو أوجب أن تتضمن الورقة بيانا معينا وقرر البطلان صراحة جزاءا على عدم احترامه فإن العمل يكون باطلا إذا وقعت مخالفة هذا الشكل، وعلى من تقرر الشكل لمصلحته أن يثبت أنه بالرغم من حصول المخالفة الموجبة للحكم بالبطلان إلا أن الغاية قد تحققت من الإجراء،أما إذا لم ينص القانون على البطلان صراحة فالأصل أن

1 المهدي إبراهيم كشبور و عبد الله سالم أبوعود ، قانون المرافعات المدنية والتجارية وتعديلاته حتى عام 2007،مكتبة 5 التمور،ليبيا ،2007،ص 219.

[2] أحمد هندي ،المرجع السابق،ص 243.

الإجراء لا يبطل إلا إذا اثبت المتمسك العيب الذي شاب الإجراء أنه قد أدى إلى عدم تحقق الغاية من الإجراء[1] .

ونلاحظ أنه لتطبيق معيار الغاية من الإجراء يفتح المجال للقاضي لإعمال سلطته التقديرية في استخلاص مدى تحقق الغاية أم لا و ذلك من ظروف الدعوى و إجراءاتها وطبيعة العيب المتمسك له ومدى تضرر أحد الخصوم منه.

ويعتبر تحقق الغاية من حالة معينة واقع لا يجوز إثارتها لأول مرة أمام محكمة النقض، هذا ومن المقرر أن كل ما يجوز إتباعه في الحالات المتقدمة يكون للطرف الآخر الحق في إثبات عكسه بذات الطرق والمحكمة هي الفيصل في الموازنة بين الرأيين[2].

ب: البطلان في القانون الجزائري

من خلال ما سبق عرضه فيما يخص الاتجاهات المختلفة للبطلان في الأنظمة المقارنة وجدنا أنه بعدما كان الجزاء كفكرة جامدة في القانون الروماني ،أصبح في القانون الفرنسي يرتكز على فكرة الضرر في تخلف العمل الإجرائي بالنسبة للمتمسك به، أما في القانون المصري فقد أخذ بفكرة الغاية من الإجراء وبالتالي ففكرة البطلان في هذا النظام تتوقف حول تحقق الغاية من عدمها .

و بالرجوع للقانون الجزائري، وفيما يخص القانون القديم فإن المشرع التزم الصمت إلا أن الممارسة القضائية كانت تتجه نحو فكرة الضرر في البطلان،أما في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري الجديد وبالرجوع إلى المادة 60 منه التي تنص على أن "لا يقرر بطلان الأعمال الإجرائية شكلا ،إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك ، وعلى من يتمسك به أن يثبت الضرر الذي لحقه..."[3]

[1] محمد عرفات مصطفى ، المرجع السابق ،ص ص361،362 .

[2] عبد الحميد الشورابي ، المرجع السابق ،ص40.

[3] فريجة حسين ، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ،2010، ص 239.

و ما يمكن استخلاصه من المادة السابقة أن المشرع الجزائري قد إعتنق نظرية الضرر التي سبق التطرق إليها في دراسة البطلان في النظام الفرنسي والتي تقوم على مبدأين أساسيين وهما :

- ❖ مبدأ لا بطلان بغير نص.
- ❖ مبدأ تحقق الضرر بالنسبة للمتمسك به.

و ما يعاب على المشرع الجزائري عند نقله لمضمون المادة 114 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي و تبناها في المادة 60 انه قد اسقط منها الفقرة الثانية و التي هي استثناء على الأصل في نظرية البطلان المبنية على وجوب التنصيص و الضرر بحيث استثنى المشرع الفرنسي المسائل الجوهرية أو المتعلقة بالنظام العام، و هذا ما لم يرد في المادة 60 من التشريع الجزائري و هذا ما كان سائدا عليه التشريع الفرنسي قبل تعديل 1975 و هذا ما من شانه أن يؤثر سلبا عند تطبيق النص مبدئيا في العمل القضائي[1].

لكن ما تجدر الإشارة له أن بعض الفقه توصل إلى حل وسطي بين الاتجاهين، أي أن فكرة تحقق الغاية من الإجراء أو فكرة تحقق الضرر هما في الحقيقة فكرتان تعودان على صاحبها بنفس النتيجة، لأن دور القاضي عندما يكون بصدد الحكم بالبطلان يبحث حول تحقق المصلحة من عدمها وليس هناك فارق بين تقرير أن الإجراء قد تحققت منه المصلحة أو الغاية أو أن تخلف الإجراء من ذلك لم يلحق أي ضرر، وأن التعبير عن تحقق الغاية من الإجراء ليس إلا تعبير عن تحقق المصلحة نفسها التي كان يرمي إليها الإجراء [2] ،و أن نظرية لا بطلان بغير ضرر هي أيضا تعبر في جوهرها عن المصلحة، لأن المتمسك ببطلان العمل الإجرائي لم يتضرر منه ينفي عنه المصلحة وهذا تطبيقا للقاعدة القائلة بأنه لا يقبل أي طلب أو دفع ما لم يكن لصاحبه مصلحة فيه [3]، فالقاضي لا يحكم بالبطلان رغم النص عليه في القانون إلا إذا تحقق من وقوع ضرر للخصم،

---

[1] عمر زودة ، الإجراءات المدنية و الإدارية ، في ضوء أراء الفقهاء و أحكام القضاء ، ENCYCLOPEDIA، د ط ، الجزائر، د س ن ، 483

[2] عبدالله مسعودي، الوجير في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار هومة ، الجزائر ، ص 165.

[3] أغليس بوزيد ، المرجع السابق .

وبالتالي هنا يعمل القاضي سلطته التقديرية في مدى تضرر مصالح الخصم من هاته المخالفة الإجرائية[1].

وعبء إثبات هذا الضرر يقع على من يتمسك بالبطلان الإجرائي أي عليه أن يثبت فوات المصلحة التي يريد القانون تحقيقها من الشكل الذي وقعت مخالفته.وهذا ما أكدته المادة 62 من قانون الاجراءات المدنية و الإدارية التي تنص على أنه "...يجوز للقاضي أن يمنح أجلا للخصوم لتصحيح الإجراء المشوب بالبطلان بشرط عدم بقاء أي ضرر قائم بعد التصحيح يسري أثر هذا التصحيح من تاريخ الإجراء المشوب بالبطلان..." [2].

يرى جمع من الفقهاء أن الضرر المقصود في بطلان العمل الإجرائي ليس الضرر بمعناه في مجال المسؤولية التعاقدية أو التقصيرية، بل يقصد به الضرر الإجرائي، والمقصود بالضرر الإجرائي هو ما يتحقق من إهدار للغاية التي استهدفها المشرع في العمل الإجرائي، فتختلف الغاية هو الضرر الإجرائي المقصود، والذي بتوافره تتحقق المصلحة التي هي أساس الدفع... [3]

كما انه ما يجب الإشارة إليه أن البطلان المقصود في المادتين السابقتين (60-62) والمادة 63 التي تنص على " لا يجوز التمسك ببطلان الأعمال الإجرائية شكلا إلا لمن تقرر البطلان لصالحه..." هو البطلان النسبي وليس ذلك المتعلق بالنظام العام أي المطلق لأن مخالفة الشكل المقرر لحماية المصلحة العامة يجب الحكم به سواء أثاره الخصم أم لا، وفي أية مرحلة تكون عليها الدعوى وهو غير قابل للتصحيح ، وسنوضح فيما بعد بعض حالات البطلان المتعلقة بالنظام العام إلى جانب ما تؤكد عليه المادة 65 من قانون الإجراءات المدنية أن القاضي يثيره من تلقاء نفسه انعدام الأهلية [4]، إن توفر أهلية التقاضي أمر أساسي بالنسبة لكل خصم مدع كان أو مدعى عليه ، حيث أنه لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن حائزا لأهلية التقاضي

[1] مسعود شيهوب ، المبادىء العامة للمنازعات الإدارية ،ج 3، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2004، ص146.

[2] عمر زودة، نظام البطلان في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق، ص 20.

[3] عبد الحكيم فودة ، المرجع السابق ، ص240.

[4] عبد العزيز محمد العبد اللطيف، أحكام البطلان في نظام المرافعات السعودي على ضوء الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2004، ص69.

و أهلية التقاضي ترتبط بأهلية الأداء، لذلك تتوفر أهلية التقاضي في القانون الجزائري في كل شخص بلغ سن الرشد و كان متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه [1] ،بينما إذا توفرت أهلية الوجوب دون أن تتوفر لدى الشخص أهلية التقاضي فلا يجوز له أن يباشر إجراءات الخصومة بنفسه إنما يشترط أن يقوم بها شخص يمثله في ذلك[2].

إن أهلية التقاضي مسألة ذات أهمية يترتب على تخلفها بطلان إجراءات الدعوى لتعلقها بالنظام العام حيث يجوز للخصم الدفع بالبطلان لعدم توفرها كما أنه للمحكمة حق إثارة هذا الدفع من تلقاء نفسها و يتم هذا الدفع في أية مرحلة كانت عليها الدعوى ولو بعد تناول الموضوع بل و يؤدي تغير الأهلية أثناء سريان الخصومة إلى انقطاعها[3].

و أمام أهمية شرط الأهلية لصحة إجراءات التقاضي نجد أن المحكمة العليا أعطت لهذه المسألة عناية نكتشفها من خلال قراراتها العديدة منها: قرار رقم 274-149 مؤرخ في 1997/12/09 جاء فيه:" أنه من المقرر قانونا أنه لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن جائزا لصفة و أهلية التقاضي و له مصلحة في ذلك.

و من المقرر أيضا أنه يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان ملازما لصفة الإنسان وذلك في الحدود التي يقررها القانون.

و لما ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما لم يحرصوا على توفر شرط الصفة و الأهلية للفرع النقابي و الذي يعد من النظام العام لرفع الدعوى يكونوا قد خرقوا القانون وعرضوا بذلك قرارهم للنقض"[4].

---

[1] Etienne Vergès, procédure civile،presses universitaires de Grenoble،France, 2007,p43.

[2] عبد الحكيم عباس قرني عكاشة، الصفة في العمل الإجرائي في قانون المرافعات المصري والمقارن، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 1995،ص 134.

[3] رمضان إبراهيم، التناقض الإجرائي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، مصر، 2004 ، ص 217.

[4] قرار رقم149،274 مؤرخ في 1997/12/09 م ق 1998 عدد 01 ص 139.

الفرع الثاني: العمل الإجرائي كمحل للبطـلان

من خلال ما سبق، لاحظنا أن البطلان يصيب أساسا الأعمال القانونية والتي تتجسد في مجال الإجراءات القضائية في الخصومة القضائية والتي تولى المشرع تحديد وسيلة العمل الإجرائي ولم يجعلها في يد القاضي أو الأطراف ، فكيفية رفع الدعوى وطريقة تكليف الخصم و إجراءات إصدار الأحكام إلى غاية تنفيذها ، كلها هي أعمال إجرائية رسمها المشرع وقد يقوم بها القاضي أو الخصوم أو أحد أعوان القضاء أو الغير ومادام أن العمل الإجرائي من الأعمال المكونة للخصومة القضائية وجب التعريف به في "الفرع الأول" ومعرفة عناصره في "الفرع الثاني".

أولا: مفهوم العمل الإجرائي

يرى فقهاء القانون الإجرائي أنه من الضروري معرفة المراد بالأعمال الإجرائية لأنها محل ذلك البطلان الذي تختلف قواعده في مواضع كثيرة عن البطلان الذي يحكم غير من الأعمال القانونية[1].

1: تعريف العمل الإجرائي

يعرفه جانب من الفقه أن العمل الإجرائي هو العمل الذي يرتب القانون عليه مباشرة أثر إجرائيا ويكون جزء من الخصومة [2]

في حين يعرفه البعض الآخر بأنه هو المسلك الايجابي الذي يكون جزءا من الخصومة ويرتب أثرا إجرائيا مباشرا فيها...[3]

---

[1] محمد الصاوي مصطفى إبراهيم، الشّكل في الخصومة المدنية في التشريع المصري و الفرنسي، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، كلية الحقوق، د س ن ، ص 165.

[2]إبراهيم أمين النفياوي، مسؤولية الخصم عن الإجراءات (دراسة مقارنة في قانون الإجراءات)، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، مصر، 1987،ص81.

[3] جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، رسالة دكتوراه،،جامعة عين شمس، دار النهضة العربية، مصر ، القاهرة سنة 1954المحدثة في سنة 1999 ،ص 86.

ويتحدد الأثر القانوني يتحدد بحسب دور كل شخص في الخصومة، فالمدعي عندما يسجل عريضة افتتاح الدعوى فانه يهدف إلى ترتيب أثر قانوني يتمثل في عرض النزاع على القضاء من أجل حماية مصلحته خاصة، وأما المدعي عليه عندما يبدي دفوعه فإنه يرمي إلى ترتيب أثر قانوني يتمثل في دحض طلبات المدعي ، والقاضي عندما يكيف وقائع ما على الدعوى وينطق بالحكم يأتي بعده عملا قانونيا وهو الفصل في خصومة بغية ترتيب أثر قانوني معين وهو الفصل في النزاع القائم ونفس الشئ بالنسبة للمحضر الذي يكلف الخصم بالعريضة الافتتاحية فالأثر القانوني المرجو هو تبليغ الخصومة القضائية[1]

2: شروط العمل الإجرائي

فالعمل الإجرائي يجب أن تتوفر فيه الشروط التالية :

أ- **يجب أن يكون العمل جزء من الخصومة:** ويشترط القانون لكي يكون العمل ما عملا إجرائيا أن يكون جزءا من الخصومة و أول عمل إجرائي تبدأ به الخصومة هو تسجيل الطلب القضائي لدى كتابة الضبط، و تتوإلى الأعمال الإجرائية الأولى تلو الأخرى وتنتهي الخصومة بآخر عمل يتم فيها وهو صدور حكم في موضوعها [2].

ونقول انه ما يتم خارج هاته الإجراءات لا تعد من قبيل الأعمال الإجرائية ولا يطرأ عليها البطلان الإجرائي كالتنبيه بالإخلاء في المح -لات التجارية و الإقرار الغير القضائي و الإعذارات بين المتعاقدين[3].

في حين أن توقيع القاضي على الحكم ،النطق به ،رفع الدعوى، تقديم الأدلة ،أداء الشهادة أمام القضاء و تبليغ الحكم هي من صميم الأعمال الإجرائية المقصودة في دراستنا.

---

[1] رمزي محمود نايف هيلات، القرار الإداري بين البطلان والانعدام، دارسة مقارنة، رسالة دكتوراه، تخصص قانون إداري، جامعة عمان العربية، الأردن، 2005 ، ص 76.

[2] خيري عبد الفتاح السيد البتانوني، الإعلان القضائي وضماناته في القانون المقارن رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، كلية الحقوق، مصر، 2005 ، ص 113.

[3] ياسين الدركزلي، شرح أحكام التبليغ، والمواعيد والبطلان في قانون أصول المحاكمات السورية، ط2 ، المكتبة القانونية، دمشق، سوريا، 2002 ، ص 93.

ب- يجب أن يرتب القانون على العمل أثر إجرائي :لكي يعتبر عملا ما إجرائيا يجب أن يرتب عليه القانون أثر إجرائي مباشر ، وليس أثر إجرائي غير مباشر، و الأثر المباشر هو الذي يؤثر في الخصومة القضائية في بدئها وسيرها حيث يدفعها نحو بلوغ غايتها كتلك الأعمال التي تبتدئ بها أو تعمل على تقديمها أو تعديلها أو إنهائها [1].

و تبعا لذلك لا يعد من قبيل الأعمال الإجرائية عقد الصلح بين الأطراف أو التنازل عن الحق الموضوعي،فالأثر الإجرائي المترتب عن هذا العمل هو انقضاء الخصومة، فلا يعد اثر مباشر لها فهو لا يعد الغاية المباشرة التي يهدف إليها من قام بالصلح أو التنازل عن الحق الموضوعي، و إنما الأثر الإجرائي المترتب جاء نتيجة لأثر موضوعي و هو النزول عن الحق الموضوعي أو القيام بالصلح [2].

ج- أن يكون العمل الإجرائي عملا قانونيا : وهو العمل الذي يرتب عليه القانون آثار قانونية، وكما جمع من الفقهاء أنه لا تعتبر أعمال الذكاء المحضة التي تتم في الخصومة أعمال إجرائية و مثالها قيام القاضي بدراسته أوراق القضية أو دراسة الخصم أو محاميه لها لإعداد دفاعه، إذ هذه الأعمال لا تترتب عليها آثار قانونية، كذلك لا تعتبر أعمالا إجرائية الأعمال التي إن تمت داخل الخصومة لا تعتبر سوى مقدمة ضرورية للقيام بأعمال قانونية كالحضور أمام القضاء للمناقشة الشفهية للقضية مثلا[3].فمثل هذه الأعمال ولو أن عدم القيام ببعضها قد يؤثر في سير الخصومة فيؤدي إلى وقفها لا تعتبر أعمال إجرائية و لا تسري عليها القواعد العامة المتعلقة بهذه الأعمال[4].

---

[1] مصطفى محمود الشربيني، بطلان إجراءات التقاضي أمام القضاء الإداري، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2006. ص81.

[2] طلعت يوسف خاطر ، انقضاء الخصومة بالصلح القضائي،دار الفكر و القانون ، مصر ،2014 ، ص 122.

[3] محمود زكي شمس، الانعدام والبطلان في القرارات والأحكام القضائية (تشريعا، فقهااجتهادا، قضاء)، ط 1، مطبعة الداودي، سوريا، 2008 ، ص 109.

[4] فتحي والي، المرجع السابق، ص81 .

ثانيا: عناصر العمل الإجرائي

إن العمل الإجرائي يخضع إلى مبدأ عام وهو الشكلية فهو يتم طبقا للوسيلة التي يحددها القانون إلا أنه يتكون أيضا من عناصر موضوعية ، ويرى بعض الفقهاء إضافة عنصر آخر هو عنصر الظرف الذي ينجز فيه العمل الإجرائي ،وان كان البعض الآخر يدرجه في عنصر الشكل العمل الإجرائي[1].

1: شكل العمل الإجرائي

فالشكلية هي ما يميز قانون المرافعات عن باقي القوانين الأخرى وهو الشيء الذي جعل العمل الإجرائي يتسم بمبدأ الشكلية ، فالأصل أن يتم وفق نمط معين كفله القانون، فلا يجوز للشخص المباشر للإجراء أن يجريه وفق نمط مغاير، و إلا كان جزاؤه البطلان الإجرائي .

فالشكل كما يرى الفقهاء هو الحركة التي تؤدي إلى إحداث تغيير في العالم الخارجي، ويتكون العمل القانوني بصفة عامة من عنصرين الأول النشاط والثاني الحدث وأن كل نشاط يؤدي إلى الحدث أو النتيجة لهذا النشاط، وتبعا لذلك فان كل نشاط يؤدي إلى حدث ، وكل حدث يفترض حركة أو نشاطا أدى إليه، ويطلق على النشاط اصطلاح الشكل وعلى الحدث اصطلاح "المضمون"[2].

فالشكلية فضلا عن معناه الدقيق أي البيانات اللازمة في الإجراء أو الصيغة اللازمة لتحريره بها المعنى الواسع له الذي يشمل جميع العناصر المطلوبة قانونا لصحة الإجراء و الإعتداد به وآثاره، ويقصد بها الأوضاع التي تجب في الشخص القائم بالعمل ومكان العمل وزمانه [3]، أي هي تلك المقتضيات التي يتطلبها القانون للتعبير عن الإرادة وبالتالي تعجز عن إحداث الأثر القانوني لها، لو لم يكن وفق المقتضيات المعينة من طرف القانون، وهذا ما يصبح إذن ركن في العمل

[1] محمد الصاوي مصطفى إبراهيم ، المرجع السابق، ص181 .

[2] فرج علواني هليل، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2008،ص304.

[3] امينة مصطفى النمر، الدعوى واجراءاتها، ط1 ،دار الكتاب الحديث، مصر ،1990 ص 415 .

القانوني فيما بعد، أي يصبح جزءا منه فلا يصح الإجراء إلا إذا أفرغ في القالب الذي يتطلبه القانون ،وهذا على اعتبار أن شكلية العمل الإجرائي مقررة لصحة وجوده وليس لإثباته [1] .

وتبعا لذلك إذا أصيب العمل الإجرائي بعيب فلا يمكن تكملة هدا النقص عن طريق الإثبات، فإذا كلف المدعى عليه لحضور الجلسة و كان التكليف بالحضور خال من التاريخ فلا يجوز تكملة ذلك بوسائل إثبات أخرى [2] ، ومن الأمثلة التي يتطلب القانون بيان هذا الشكل في المحرر ما تنص عليه المادة 160 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية على بيانات محضر تدوين أقوال الشاهد فعدم تحرير هدا المحضر يجعل العمل الإجرائي باطلا.

فالشكلية في العمل الإجرائي هي الوسيلة التي يتم بها العمل القانوني كإشتراط القانون أن يتم العمل كتابة وباللغة الرسمية للدولة، فإذا تم العمل بغير اللغة الرسمية للدولة يصبح باطلا ، وقد تصبح الشكلية عنصر من عناصر تكوين العمل الإجرائي وقد تكون ظرفا تقف خارج و قد تتصل الظروف الشكلية في العمل الإجرائي بمكان العمل أو زمانه [3].

فمكان العمل الإجرائي كاشتراط القانون لصحة التكليف بالحضور أن يسلم في موطن المعلن إليه، ويجب أن ينطق بالحكم في قاعة جلسات المحكمة 273 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

أما زمان العمل الإجرائي كورود بعض الأعمال في قانون الاجراءات المدنية والإدارية مثل المادة 416 التي لا تجيز التبليغ الرسمي قبل الساعة الثامنة صباحا ولا بعد الثامنة مساءا و لا أيام العطل وفي حالة الضرورة يكون بإذن من القاضي ، وقد يأتي الزمن في ترتيب معين مثل الدفوع الشكلية التي يجب إثارتها في آن واحد قبل إبداء أي دفاع في الموضوع أو دفع بعدم القبول وذلك تحت طائلة عدم القبول وهذا ما جاءت به المادة 50 من قانون الاجراءات المدنية و الإدارية[4].

---

[1] رمضان جمال كامل، بطلان صحيفة الدعوى علما وعملا، مكتبة الألفي القانونية، الطبعة الثّانية، مصر ، 1995 ،ص 213.

[2] رمضان جمال كامل، الموسوعة الحديثة في البطلان في ضوء الفقه والقضاء، ط 1، ج 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر ، 2007،ص 305.

[3] أحمد الشافعي، البطلان في قانون الإجراءات الجزائية، دراسة مقارنة، دار هومة،الجزائر،2005،ص 172.

[4] حسين فريجة ، المرجع السابق ،ص229.

ثالثا: موضوع العمل الإجرائي

و هي أن يتمتع القائم بالعمل الإجرائي بصلاحية القيام بهذا العمل وله إرادة وأن يكون للعمل موضوع، فالمقصود بأن يتمتع القائم بالعمل بالصلاحية هي تلك الصلاحية العامة والخاصة، فالصلاحية العامة هو أن الشخص المباشر للعمل الإجرائي له سلطة القيام به، أما الصلاحية الخاصة هو أن يكون العمل الإجرائي داخلا في صلاحية من يقوم به طبقا لقواعد الاختصاص [1].

اما في القانون الفرنسي فان فكرة البطلان المتعلق بالنظام العام بدات تخبو لصالح نوع آخر من البطلان هو البطلان لعيب في الموضوع، فأوجه البطلان المتعلقة بالنظام العام اصبحت في غالبيتها من أوجه للبطلان لعيب في الموضوع [2] ولقد عالج المشرع الفرنسي هذا البطلان في المواد 117-121 من قانون المرافعات، بينما عالج البطلان لعيب في الشكل في المواد 112-116 ذلك من منطلق ان العمل الاجرائي انما هو عمل قانوني شكلي يلزم لقيامه صحيحا قابلا لان يرتب آثاره نوعين من المقتضيات، موضوعين تتعلق بجوهر العمل ذاته من حيث ارادية العمل وصلاحية القائم به والمحل الذي يرد عليه ونحو ذلك مما قد يتطلبه القانون من مقتضيات واسباب موضوعية واذا تعيبت أو تخلفت تلك المقتضيات فان المخالفة تشكل سببا موضوعيا للبطلان، اما المقتضيات الشكلية فتتعلق بالوسيلة التي يقررها القانون للقيام بهذا العمل واذا تعلقت المخالفة بالوسيلة التي يقررها القانون لمباشرة العمل وسواء كانت تلك الوسيلة عنصرا داخليا في العمل أو ظرفا له كميعاد يجب ان يباشر خلاله أو مكان معين يجب ان يباشر فيه فانها تشكل سببا شكليا للبطلان [3]،

---

[1] الياس أبو عيد، نظرية الدعوى في أصول المحاكمات المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1 ،بيروت، لبنان، 2010،ص 138.

[2] عزمي عبدالفتاح ، نحو نظرية عامة لفكرة الدعوى أمام القضاء المدني ، ط 1،مطبعة ذات السلاسل ، الكويت،1987،ص 191.

[3] عوض الزعبي، الوجيز في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، ط 2،دار وائل للنشر و التوزيع،الأردن، 2006 ص125.

فالبطلان لعيب في الموضوع يشوب العمل الاجرائي بوصفه عملا قانونيا بينما البطلان لعيب في الشكل يشوب العمل الاجرائي بوصفه وسيلة يقررها المشرع للقيام بهذا العمل [1].

إذا كان العمل مما يقوم به الخصم فيجب أن تتوافر فيه أهلية الاختصام وأهلية التقاضي وإذا كان الخصم لا يباشر العمل الإجرائي بنفسه يجب أن تتوافر صفة التقاضي في الممثل القانوني ويتطلب القانون شروطا خاصة في صلاحية أعوان القضاء للاشتراك في العمل الإجرائي و إلا كان باطلا [2]. ولقد عدد المشرع الفرنسي اسباب البطلان لعيب في الموضوع في المادة 117 من قانون المرافعات وهي تدور حول عدم توافر اهلية الاختصام، وتخلف سلطة الخصم أو سلطة شخص يظهر في الدعوى باعتباره ممثلا لشخص معنوي أو لشخص طبيعي ناقص الاهلية[3]

ويبدو ان محكمة النقض الفرنسية تتجه إلى اعتبار هذا التعداد قد ورد على سبيل الحصر [4] بينما يذهب الفقه إلى إن ما ورد بالمادة 117 ليس تعدادا حصريا ذلك ان البطلان لعيب في الموضوع هو جزاء لأي نقص في شرط موضوعي لصحة الأعمال القانونية فيمكن إن تدرج ضمن أسباب البطلان لعيب في الموضوع أوجه البطلان المتعلقة بالنظام العام التي تنتج من عدم مراعاة قاعدة تنظيم قضائي، كما إذا تم الإعلام عن طريق شخص آخر خلاف المحضر القضائي[5] .

ونفس الشيء يقال عن جميع الأطراف المشاركة في إجراءات الخصومة القضائية، بغرض ترتيب أثر معين في الدعوى، كما سبق شرحه في عنصر التعريف بالعمل الإجرائي، أما الإرادة فهي صدور العمل الإجرائي ممن له إرادة، ويختلف مفهوم الإرادة هنا عن عيوب الإرادة لأن هاته

---

[1] الصغير عبدالله أحمد المفلح ،بطلان العمل الإجرائي في قانون أصول المحاكمات المدنية ، أطروحة دكتوراه ، الجامعة الأردنية ، عمان ، الأردن ، 2007، ص79.

[2] أكرم حسن ياغي، نظرية الدعوى الشرعية في التشريع والفقه والقضاء دراسة مقارنة منشورات زين الحقوقية، ط 1، بيروت، لبنان ، 2005ص 307.

[3] محمود السيد أحمد ،أصول التقاضي وفقا لقانون المرافعات ،دار الكتب القانونية، مصر ،2006،ص 263.

[4] مسلم أحمد،أصول المرافعات التنظيم القضائي و الإجراءات و الأحكام في المواد المدنية و التجارية و الشخصية ، د ط، دار الفكر العربي ، القاهرة،1963،ص 169.

[5] عبد الوهاب بوخرسة، الشروط العامة والخاصة لقبول الدعوى بين النظري والتطبيق دار هومة، الجزائر، 2005،ص 146.

الأخيرة لا يعتد بها تحت اعتبار أن العمل الإجرائي لا يعد تصرف قانوني بل تكفي فقط الإرادة (كالجنون أو الإكراه) أي يقوم الشخص القائم بذلك العمل اختياريا [1].

والمحل بالنسبة للعمل الإجرائي هو أن يكون معين أو قابل للتعين وموجود مثل الطلب القضائي الذي يجب أن تتوفر فيه أشخاصه ومحله وسببه،وبناءا على ما تقدم نلاحظ أن العمل الإجرائي باعتباره محل لجزاء البطلان فان تخلف أحد عناصره قد يؤدي إلى البطلان [2] .

المطلب الثاني: التمسك بالبطلان وتصحيحه وآثار الحكم به

بعد أن رأينا في المبحث السابق البطلان كجزاء لعيب في العمل الإجرائي، وهذا بعد دراسة معنى البطلان وتمييزه عما يشابهه من جزاءات والاتجاهات المختلفة فيه ، تطرقنا بعدها إلى محل هذا الجزاء وهو العمل الإجرائي، وننتقل الآن إلى معرفة من لهم الحق في التمسك بالبطلان وكيفية تصحيحه، ودور القاضي في ذلك، وأخيرا إلى آثار الحكم بالبطلان.

الفرع الأول: التمسك بالبطلان وزواله

نتطرق في هذا المطلب إلى نشأة حق الدفع بالبطلان وصوره في الفرع الأول ثم إلى حالات زوال هذا التمسك في الفرع الثاني.

أولا: مفهوم التمسك بالبطلان

سنتناول فيما يلي المقصود بالدفع بالبطلان والقواعد التي تحكمه للتمسك به وفي أي وقت يجب إبداءه وكيفية الفصل فيه من طرف القاضي.

1: تعريف الدفع بالبطلان

ويقصد به تمسك أحد أطراف الخصومة ببطلان إجراءاتها لعدم مطابقتها للأوضاع التي إستلزمها القانون أو لنقص كل أو بعض البيانات الجوهرية الواجب ذكرها في أوراق الإجراءات، ولا علاقة لهذا الدفع بالأحوال التي يتمسك فيها أحد طرفي الخصومة ببطلان عقد إستند عليه الخصم

[1] سيد حسن البغال، المطول في شرح الصيغ القانونية للدعاوى والأوراق القضائية(تشريع – فقه – قضاء)، عالم الكتاب، القاهرة، مصر، 1987،ص 176.

[2] EMMANUEL Bianc, Nouveaux Code De La Procédure Civile, Dalloz Paris, 1985.p169.

في دعواه، لأن هذا يعتبر دفعا موضوعيا لأن الدفع بالبطلان هو دفع شكلي لا يجوز أن يتمسك به إلا من كانت له مصلحة فيه، وهذا ما قررته نص المادة 63 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها" لا يجوز التمسك ببطلان الأعمال الإجرائية شكلا إلا لمن تقرر البطلان لصالحه "[1].

كما يرى جانب من الفقه أن الدفع ببطلان إجراءات الدعوى دفع يوجه إلى عيب يصيب العمل الإجرائي في أحد مقتضياته الشكلية أو الموضوعية، ومن ثمة فإن الدفع بالبطلان هو دفع شكلي باعتباره الوسيلة التي يعتمدها المدعى عليه للطعن في صحة الخصومة أو في بعض إجراءاتها دون التعرض لذات الحق المدعى به، ويقصد تفادي الحكم في الموضوع بصفة مؤقتة[2].

البطلان لعيب في العمل الإجرائي منه ما يتعلق بالنظام العام ومنه ما يتعلق بالمصلحة الخاصة، والخصومة القضائية في أغلب التشريعات الحديثة أصبحت نظاما من نظم القانون العام، وهو الأمر الذي أدى إلى اعتبار أغلب الأشكال المقررة فيه متعلقة بالنظام العام، فتعتبر الأشكال التي تهدف إلى حسن سير مرفق القضاء متعلقة بالنظام العام، كوجوب أن تكون الجلسة علنية[3].

يتم التمسك بالبطلان لعيب في الموضوع عن طريق دفع اجرائي وان كان هذا الدفع يخضع لقواعد خاصة اكثر مرونة تميزه بوضوح عن الدفع بالبطلان لعيب في الشكل فيمكن اثارته في اية حالة كانت عليها القضية، وان كان للقاضي ان يحكم بالتعويض من جراء تأخر الشخص في التمسك بهذا البطلان وهذا البطلان يقضى به دون الحاجة إلى إثبات ضرر ودون الحاجة إلى نص فمن المنطقي ان يكون الحكم بهذا البطلان أسهل وأيسر من الحكم بالبطلان لعيب في الشكل كذلك

[1] كويسي وليد و بن هبري عبد الحكيم، مدى جواز الدفع بالبطلان الاجرائي أو التمسك بمخالفة قاعدة أو أشكال جوهرية في الإجراءات عند تخلف إجراء محاولات الصلح في قضايا فك الرابطة الزوجية ، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون ب الدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر .

[2] تيزرارين زهرة، جزاء العمل الإجرائي المعيب، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون ب الدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر .

[3] راشدي سعيدة، بطلان الإجراءات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون ب الدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر .

يجب النطق بهذا البطلان من تلقاء نفس المحكمة وذلك عندما يكون له طابع النظام العام [1]، وحيث لا يتصل بالنظام العام فانه لا يمكن للقاضي ان ينطق بالبطلان تلقائيا إلى اذا بني على تخلف اهلية الالتجاء إلى القضاء اذ يثيره القاضي من تلقاء نفسه في تلك الحالة [2].

فالبطلان لنقص الأهلية ان كان بطلانا نسبيا في القانون المدني الا انه في المرافعات فنسبية هذا البطلان تتوقف لانه يمكن ان يدفع به الخصم الآخر للخصم ناقص الأهلية ويمكن للقاضي اثارته تلقائيا فهو في الحقيقة بطلان مقرر لمصلحة كل من يهمه ان تكون الاجراءات صحيحة، ولهذا فان المشرع قرر امكانية تصحيح الخصومة عندما يكون البطلان قد زال في اللحظة الذي ينطق فيها القاضي بحكمه [3] اي ان البطلان يزول ببلوغ القاصر سن الرشد اثناء سير الخصومة أو بزوال سبب نقص الاهلية قبل النطق بالحكم [4]، ويمكن القول ان منازعات البطلان لعيب في الموضوع ليست شائعة كثيرا بل وأن هذا النوع من البطلان انما يبتعد كثيرا عن النظام العام لبطلان الإجراءات ويقترب أكثر من أوجه عدم القبول [5] وان المشرع قد خفف كثيرا من شروط هذا البطلان (فلم يشترط ضرر أو نص) كما انه نظمه على نحو يسمح لأي خصم التمسك به وللمحكمة ان تثيره تلقائيا نظرا لانه ينصب على مقتضيات موضوعية تتعلق بجوهر العمل ذاته بحيث لا يستقيم قيامه صحيحا مرتبا لآثاره بتخلف هذا الجوهر أو بتعيب مقتضياته الجوهرية [6] خلافا للبطلان لعيب في

---

[1] أنطاكي رزق الله،أصول المحاكمات في المواد المدنية و التجارية،ط 5 ،ط6 ، مطبعة المفيد الجديد ، د ب ن ، 1964، ص137.

[2] عيد محمد القصاص ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية و التجارية،دار النهضة العربية للنشر و التوزيع ، مصر 2010 ، ص413.

[3] محمد صبري السعدي ،الواضح في شرح القانون المدني الجزائري 1، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الإلتزام ، العقد و الإرادة المنفردة ، دار الهدى، الجزائر 2012، ص247.

[4] عثمان التكروري ، الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية و التجارية ، ط 4 ، المكتبة الأكاديمية ، فلسطين ، 2019 ،ص 316.

[5] بن دياب مسينيسا ، فعالية دور القاضي في التخفيف من آثار الدفوع الشكلية، دراسة تحليلية للسياسة التشريعية واجتهادات المحكمة العليا، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون ب الدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر .

[6] فتحي والي، المرجع السابق، ص ص 414-415.

الشكل الذي يتعلق بالوسيلة وليس بجوهر العمل ذاته، لذلك حد منه المشرع كثيرا على ان المشرع المصري لا يعرف نظام البطلان لعيب في الموضوع لذلك فانه مازال يعامل البطلان –لعيب في الشكل– بصرامة للحد من نطاقه[1].

2:حق التمسك بالدفع بالبطلان

يجب أن نميز بين البطلان المقرر لحماية مصلحة خاصة، فيتقرر الحق في التمسك به لصاحب هذه المصلحة وحده، فليس لغيره أن يتمسك به سواء كان هذا الغير من الخصوم أو النيابة العامة أو القاضي نفسه.

ويجب الرجوع إلى إرادة المشرع في حالة عدم النص على نوع البطلان لمعرفة ما إذا كان البطلان يهدف إلى حماية المصلحة العامة أو الخاصة[2]، وعليه نستنتج ما يلي:

أ-بالنسبة للبطلان المتعلق بالمصلحة الخاصة:

وهو ذلك المقرر لمصلحة خاصة ويصطلح عليه بالبطلان النسبي، وتحكمه قاعدتين:

القاعدة الأولى: أن الحق في التمسك بالبطلان يقتصر على من شرع لمصلحته إذ لصاحب هذه المصلحة وحده حق التمسك به، فإن لم يكن ذلك فليس لغيره ولا النيابة العامة الحق بالتمسك به، كما لا يكون للقاضي الناظر في الدعوى حق إثارته من تلقاء نفسه، فهذا الأخير لا يمكنه ان يحكم به تلقائيا وان فعل ذلك فانه يعتبر قد تجأوز سلطته، وانعدام السلطة أو تجأوزها لا يعد دفعا بعدم الاختصاص ولكنه وجه من وجوه عدم القبول [3] ويقبل حكم القاضي عندئذ الطعن لابطاله ويمكن ابداء ذلك في اية حالة كانت عليها الدعوى [4]. فمثلا لا يجوز لمن صح إعلانهم من الخصوم التمسك ببطلان إعلان غيرهم في نفس الدعوى، ولمعرفة صاحب المصلحة نرجع دائما إلى نية المشرع في الإجراء المشوب بالعيب.

---

[1] صاوي أحمد السيد ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية التجارية، معدلاً بالقانون رقم 76 لسنة 2007، د ب ن، 2009، ص319.

[2] عمر زودة، نظام البطلان في قانون الإجراءات المدنيةِ والإدارية، المرجع السابق، ص371.

[3]نقض تجاري في 1996/10/26 المجلة الفصلية لقانون المدني لسنة 96–1997 استئناف–بطلان، ص647.

[4]نقض مدني 2 في 1997/3/26 المجلة الفصلية للقانون المدني لسنة 96 ص 746.

القاعدة الثانية : أنه من كان سبب في بطلان العمل الإجرائي لا يجوز أن يتمسك ببطلانها سواء كان هو المتسبب فيه مباشرة باعتباره هو القائم على حقه في الخصومة أو كان المتسبب فيه هو شخص آخر يعمل باسمه ،كالممثل القانوني أو الوكيل عنه، وأساس هذه القاعدة هو أنه من تسبب في الخطأ لا يستفيد منه كمبدأ .

ب-بالنسبة للبطلان المتعلق بالمصلحة العامة:

باعتبار أن المصلحة العامة تعلو كل اعتبار آخر، فإن مخالفة قاعدة مقررة للمصلحة العامة، يترتب عليها البطلان مباشرة، وهذا وفقا للقواعد التالية:

القاعدة الأولى : للمحكمة أن تحكم بالبطلان من تلقاء نفسها،و هذا ما قد ينص عليه القانون صراحة في إعطاء المحكمة هذه السلطة مثل ما جاءت به المادة 65 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها صراحة "يثير القاضي تلقائيا انعدام الأهلية..." كما أن للمحكمة سلطة الحكم بالبطلان في كل مرة يتعلق فيها بالنظام العام دون حاجة لنص صريح [1] ، وهنا تطرح صعوبة تحديد فكرة النظام العام الذي يجيز للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها، لكن يمكن القول بأن جميع القواعد المتعلقة بالتنظيم القضائي، وأهلية الخصوم وكل الأشكال التي ترمي إلى ضمان حسن سير القضاء كمرفق عام ، أو بالتنظيم العام للخصومة القضائية فإن المشرع ينص في مجمل هاته القواعد أنها من النظام العام ، إلا أنه في حالة عدم النص على ذلك فيجب على القاضي تقدير المصلحة التي شرعت القاعدة لأجلها ونرى ان المحكمة يجب عليها ان تقضي بالبطلان في تلك الأحوال ولا يتنازل الامر لتقديرها ذلك انها الحصن الأمين والملجأ الأخير الذي نحتمي به للدفاع عن المصالح العامة، فطالما أنها قد تبينت من الأوراق والأقوال المبداة أمامها وجود مثل هذا البطلان فان عليها ان تقضي به من تلقاء نفسها آية ذلك اذا لم تفعل هذا كان حكمها معيبا لانه مبني على بطلان لم يتمسك به احد ولانها لم تحكم به فيطعن في هذا الحكم، وعلى محكمة الطعن ان تلغيه لوجود بطلان لم تقض به تلك المحكمة مما يعني انه يجب عليها القضاء به تلقائيا وتقضي المحكمة من تلقاء نفسها بالبطلان ايا كانت اي سواء كانت محكمة أول درجة أو محكمة ثاني درجة أو حتى

[1] أحمد مليحي، المرجع السابق، ص36

محكمة النقض[1]، فيمكن لمحكمة النقض من تلقاء نفسها بموجب ما تنص عليه المادة 3/253 من قانون المرافعات المصري [2] اثارت الاسباب المتعلقة بالنظام العام ولو لم يسبق التمسك بها امام محكمة الموضوع أو في صحيفة الطعن [3] فهذا البطلان المتعلق بالنظام العام لا يجب السماح به أو تنازله قائما بل يجب ملاحقته لذلك كانت دائرة التمسك به واسعة.

القاعدة الثانية: للنيابة العامة التمسك بالبطلان، فالنيابة العامة مكلفة بالدفاع عن المصالح العامة باعتبارها ممثلة للمجتمع، ولذلك لها الحق أن تتدخل في الخصومة لإبداء الرأي، كما لها أن تتمسك بالبطلان المقرر جزاء لقاعدة شرعت لمصلحة عامة ، وإذا كانت طرفا منظما في الخصومة فتتمتع بالسلطات القانونية نفسها التي يتمتع بها الخصوم إلى جانب إثارة الدفع المتعلق بالنظام العام [4]، معنى ذلك ان لاي خصم ان يتمسك بالبطلان المتعلق بالنظام العام كذلك يمكن للمحكمة ان تثير هذا البطلان من تلقاء نفسها وللنيابة العامة ايضا التمسك بهذا البطلان، وفكرة النظام العام انما تعبر عن ضرورة حماية المصلحة العليا للمجتمع وهي فكرة مرنة تختلف باختلاف الزمان والمكان [5] وهي تلعب دورا كبيرا في مجال الدعوى اذ تعتبر الدعوى بحق المكان الاستراتيجي والمعقل الاخير للنظام العام[6]، ولما كانت القواعد الاساسية في مجتمع ما متغيرة فان تحديد ما يتصل مباشرة بالنظام العام يخرج عن نطاق المشرع الذي يجب ان تتوافر في قواعده الثبات ليدخل في نشاط القاضي وان كان القانون –مساعدة للقاضي– قد ينص في بعض الحالات على تعلق البطلان بالنظام العام واذا لم

[1] أحمد هندي ، المرجع السابق، ص 319.

[2] اما المشرع الفرنسي فقد اجاز للخصوم ان يبدوا لاول مرة امام محكمة النقض اسباب القانون البحت و الاسباب الناشئة عن القرار المطعون فيه.

[3] عبد الحكيم فودة،المرجع السابق، ص 216.

[4] القضاة مفلح عواد ، المرجع السابق ، ص 392.

[5] جاك نورمان، تطور فكرة النظام العام، القاضي والنزاع، 1965، ص224 .

[6] محمد أحمد عابدين ،الدعوى المدنية في مرحلتيها الابتدائية والإستئنافية ، منشأة المعارف، الإسكندرية ، 1994،ص 197.

يوجد نص بذلك فليس معنى هذا ان الامر لا يتعلق بالنظام العام وانما يعتبر الامر متروكا لاجتهاد القاضي[1].

أي إن تعلق البطلان بالنظام العام يستفاد من نص المشرع على ان المحكمة تقضي به من تلقاء نفسها ونادرا ما ينص المشرع المصري على ذلك، بينما يستفاد عدم تعلق البطلان بالنظام العام من نص المشرع على ان المحكمة لا تقضي به الا بناء على طلب أو تقضي به بناء على طلب [2] أو بنصه على ان البطلان يزول بنزول من له التمسك به واذا لم يوجد نص تشريعي بهذا المعنى فان القاضي يضع نصب عينيه نوع المصلحة التي يرمي المشرع إلى حمايتها بالقاعدة المخالفة [3] هل هي مصلحة عامة ، فيكون البطلان متعلقا بالنظام العام أم مصلحة خاصة فيكون البطلان خاصا.

القاعدة الثالثة : لكل ذي مصلحة التمسك بالبطلان المتعلق بالنظام العام ، أي كل من يكون في مركز قانوني قد يتأثر من شأنه ببطلان العمل الإجرائي المعيب وبالتالي يكون له الحق في التمسك به، ويكون له هذا الحق سواء كان طرفا أصليا أو متدخلا، أو هو من قام بالإجراء أو كان الإجراء موجها إليه وبصفة عامة يكون التمسك ببطلان إجراءات الخصومة إما عن طريق الدفع في دعوى قائمة أما الأحكام فيتم التمسك ببطلانها عن طريق الطعن فيها إما بالمعارضة أو الاستئناف أو النقض ،فإذا كان الإجراء المطلوب من إجراءات الخصومة فإن طلب الإبطال يكون في صورة دفع شكلي يبديه صاحب المصلحة ،الذي يكون إما خصما أصليا أو متدخلا بصفة هجومية أو إنضمامية[4] ،و عملا بأحكام المادة 61 قانون الإجراءات المدنية والإدارية يرفع الدفع بالبطلان مثل الأوضاع المقررة للدفوع الشكلية أي يجب أن يثار قبل أي طلب أو دفاع في الموضوع أو دفع بعدم القبول، وإلا سقط الحق فيه باستثناء الدفوع المتعلقة بالنظام العام[5].

---

[1] فتحي والي، المرجع السابق، ص412.

[2] امينة النمر ،المرجع السابق ، ص407.

[3] عثمان التكروري ، المرجع السابق، ص412.

[4] ذيب عبد السلام ، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد: ترجمة للمحاكمة العادلة،ط 3 ، موفم للنشر ، الجزائر ،2012،ص 83.

[5] يوسف دلاندة، قانون الإجراءات المدنية مدعم بالاجتهادات القضائية، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر ،2000ص106.

أما إذا كان البطلان واردا على حكم لعيب أصاب جانبه الشكلي كصدور حكم في تشكيلة غير قانونية أو عدم توقيعه من قاض مختص ،أو لعيب في شقه الموضوعي كعدم تضمين الحكم حيثيات التسبيب ،ويتم التمسك ببطلان هذا الحكم بواسطة أحد أطراف الطعن المقررة قانونا لان المبدأ الإجرائي السائد في قانون الإجراءات هو عدم جواز رفع دعوى أصلية ببطلان الحكم، ولأن فتح هذا المجال يؤدي إلى إهدار حجية الأحكام ،فإن لم يطعن في الحكم بالطرق المناسبة وفي الميعاد القانوني أعتبر الحكم صحيحا مهما شابه من أوجه البطلان ،ذلك أن العيب الإجرائي لا يضل دائما، وإنما يصحح عندما يصبح غير قابل لطعن فيه ،وذلك ضمانا لاستقرار المراكز القانونية وحفاظا على حجية الأحكام [1].

ثانيا: مسقطات التمسك بالبطلان والتنازل عنه

نتطرق في هذا الفرع إلى ما يترتب عن التمسك بالدفع بالبطلان وما يسقط التمسك به وكذلك حالات التنازل عليه .

1: مسقطات التمسك بالدفع بالبطلان

رجوعا إلى ما ورد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجده نص على حالة واحدة يسقط فيها الدفع بالبطلان تنص المادة 61 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية " يمكن إثارة الدفع ببطلان الأعمال الإجرائية شكلا خلال القيام بها ولا يعتد بهذا الدفع المتمسك به دفاعا في الموضوع لاحقا للعمل الإجرائي " .

سبق القول وان الدفع بالبطلان يخضع لنفس القواعد الشكلية فيما يخص ترتيبه، فالدفع بالبطلان يسقط بإبداء دفع في الموضوع و يرى جمع من الفقهاء [2]،أن مسقطات الدفع بالبطلان يظهر في الحالات التالية :

- تقديم دفع شكلي آخر خلاف البطلان سواء شفاهة أو في مذكرة مكتوبة .

[1] إبراهيم نجيب سعد ،المرجع السابق ، ص785.

[2] أحمد أبو الوفاء ،المرجع السابق ،ص122

- الدخول في الموضوع بطلب رفض طلبات المدعي ومناقشتها من أجل الحكم برفضها أو عرض تصالح بشأنها أو تفويض الأمر للمحكمة لتحكم بما تراه على ضوء دفاعه أو إبداء طلبات عارضة أو إدخال ضامن في الدعوى[1].
- طلب تأجيل الدعوى لتقديم مستندات حاسمة فيها تؤكد عدم صحة طلبات المدعي أو طلب التأجيل للإطلاع على سندات الخصم والرد عليها .
- طلب ضم دعوى أخرى منظورة أمام دائرة أخرى بنفس المحكمة لتحقيق دفاعه بعدم صحة طلبات المدعي، فذلك يعني إقراره بسلامة الإجراءات ودخوله في الموضوع [2].
- طلب وقف الدعوى للفصل في مسألة أولية يتوقف عليها الفصل في موضوع الدعوى .
- التمسك بسقوط الخصومة أو انقضاؤها بالتقادم[3].
- الدفع بعدم قبول الدعوى[4].
- وقف الدعوى إتفاقا ثم تعجيلها ،فلا يجوز عند تعجيل إبداء دفع بالبطلان على الإجراءات السابقة عن الوقف .

كما أن هناك بالمقابل بعض الحالات قد تتداخل مع حالات إسقاط الدفع الذكورة آنفا ، لكنها لا تسقط التمسك بالدفع وهي كالآتي [5]:

- إذا تخلف المدعي عليه عن الجلسة الأولى، فيطلب المدعى التأجيل لإعلانه بالجلسة الجديدة[6].
- طلب تأجيل الدعوى من جانب المدعى عليه لاختصام ورثة المدعي لتوجيه الدفع بالبطلان في مواجهتهم [7].

---

[1] عمر بن سعيد ، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية،ط 2004،دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع،الجزائر ،ص 116.

[2] إبراهيم حرب محيسن ، المرجع السابق،ص 214

[3] حمد سليمان الرشيدي ، المرجع السابق ، ص 149.

[4] قحموص نوال ، المرجع السابق .

[5]أحمد أبو الوفا،المرجع السابق،ص 124.

[6] عزمي عبدالفتاح، المرجع السابق ،ص 184.

[7] يحياوي عبد المالك وخليل عمر، عوارض الخصومة في التشريع الجزائري ، منشور بمجلة إيليزا للبحوث و الدراسات ،المركز الجامعي إيليزي ، المجلد 6، العدد2، 2021،ص 449.

- تعجيل الدعوى من الموقوف بإعلان الخصم بجلسة مقبلة، فلا يكشف ذلك عن التنازل عن الدفع بالبطلان، بل على العكس من ذلك، فقد يكون الهدف منه إبداء الدفع شريطة أن لا يتعرض للموضوع عند المثول بالجلسة قبل إبداء الدفع بالبطلان[1].
- طلب التأجيل للإطلاع على الصحيفة إن لم يكن قد اتسع له الوقت الإطلاع عليها،فقد يكون ذلك للتمسك ببطلانها أو رغبة الخصم في توكيل محامي يقف على إجراءات الخصومة للدفع بالبطلان،أما إذا كان بغرض استعداده لتقديم مستندات في الموضوع، فذلك يعني التنازل عن الدفوع الشكلية المتعلقة بالإجراءات و التسليم بصحتها[2].
- طلب التأجيل للاتخاذ إجراءات رد القاضي[3]
- تناول موضوع خارج مجلس القضاء ،ولو في صورة إنذار قضائي،لأن مسقطات الدفع لا تكون إلا أمام القاضي.

إلى جانب ما ذكرناه سابقا فيما يخص مسقطات الدفع بالبطلان،فإنه توجد حالات أخرى تنهي التمسك بهذا الدفع وهي حالات التنازل عليه.

2: التنازل عن الدفع بالبطلان

المشرع الجزائري لم يتناول أنواع النزول عن الدفع بالبطلان مثل ما فعل المشرع المصري والذي نص عليه في المادة 22 من قانون المرافعات المصري " يزول البطلان إذا نزل من شرع لمصلحته صراحة أو ضمنا، وذلك فيما عدا الحالات التي يتعين فيها البطلان من النظام العام"، و عليه يظهر لنا أن هناك تنازل صريح و ضمني، و هذا باعتبار أن التمسك بالبطلان النسبي هو حق إرادي يخضع للقواعد العامة في التعبير عن الإرادة،فالنزول الضمني يستشفه القاضي في سلوك الخصم الذي يعكس إرادته في التنازل عن التمسك بالبطلان ، كما لو ورد عن الإجراء ما يدل أنه يعتبر صحيحا أو قام بعمل أو إجراء ما يفيد أنه متنازل عن الدفع [4] .

---

[1] عبدالله مسعودي ،المواعيد القانونية المدنية و الجزائية، دار هومة ، د ط، الجزائر ،2012،ص 253.

[2] بهلول نادية،المرجع السابق.

[3] إلياس أبو عيد ،الدفوع الإجرائية في أصول المحاكمات المدنية و الجزائية،منشورات زين الحقوقية، لبنان ، 2006، ص189.

[4] براهيم نجيب سعد ،المرجع السابق ، ص364.

أما النزول الصريح هو اتجاه إرادة الخصم صراحة في التنازل عن هذا الحق (التمسك بالبطلان للعمل الإجرائي) وهذا إما بإبداء الدفع واتجاه الإرادة صراحة إلى التنازل عنه أو يكون نتيجة الإتفاق بين صاحب المصلحة في الدفع والخصم ما دام الإتفاق حاصل بعد قيام سبب البطلان[1].

أما الاتفاق مقدما على النزول عن الدفع بالبطلان ،فيميل الرأي الغالب إلى إجازته إذا كان محددا ببطلان عمل معين ولسبب معين ،أما إذا كان الاتفاق عاما غير محدد ببطلان عمل إجرائي معين أو غير محدد بسبب معين ، فلا يجوز لأن الخصم ينزل عن البطلان دون أن يكون على علم بسببه [2] ،ويرى الفقه أنه لتحقق النزول سواء كان صريحا أو ضمنيا يشترط فيه ما يلي : [3]

- أن يصدر النزول ممن له الحق في التمسك بالبطلان، فإذا صدر من الغير فإنه لا يرتب أي أثر، فنزول الغير لا يجدي. إلا أن نزول المحامي بصفته وكيلا عن الخصم يكون صحيحا.

-توافر أهلية النزول ، فتكفي هنا أهلية الاختصام للخصم المتنازل

-أن تثبت للخصم إرادة النزول ، فلإرادة سواء كانت صريحة أو ضمنية ،كما لا يشترط قبول الخصم الآخر بهذا النزول ولا يعتبر هذا من قبيل التنازل عن الخصومة المنصوص عليه في المواد 231 و 232 [4] من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ،الذي يتوقف على قبول المدعى عليه ،لأن النزول عن التمسك بالدفع بالبطلان هو فائدة محضة لصالح الطرف الآخر .

إذا تنازل الخصم عن التمسك بالبطلان ترتب على نزول هذا عدم إمكانه التمسك مرة أخرى به بأي وسيلة كانت ولا أي درجة من درجات التقاضي فإذا زال البطلان صح العمل الإجرائي ويعتبر كأنه ولد صحيحا منذ نشأته بأثر رجعي وسنتطرق لاحقا إلى تصحيح العمل الإجرائي الباطل في الفرع الموالي.

---

[1] فريجةحسين ، المرجع السابق ، ص208.

[2] عبد الحميد الشواربي ,المرجع السابق،ص42.

[3] فتحي والي،المرجع السابق ،ص497.

[4] تنص المادة 231"التنازل هو إمكانية مخولة للمدعي لإنهاء الخصومة ولا يترتب عليه التخلي عن الحق في الدعوى. " وتنص المادة 232" يكون تنازل المدعي معلقا على قبول المدعى عليه إذا قدم هذا الأخير عند التنازل طلبا مقابل أو إستئناف فرعي أو دفوعا بعدم القبول أو دفوعا في الموضوع "

الفرع الثاني: تصحيح البطلان

نتطرق في هذا المطلب إلى التصحيح وحكمه في التشريع الجزائري في الفرع الأول ثم سلطة القاضي في إجراء التصحيح في الفرع الثاني.

أولا: التصحيح وحكمه في التشريع الجزائري

تعددت التعريفات حول موضوع تصحيح البطلان الإجرائي وهذا ما سنتناوله في النقاط التالية.

1 : تعريف التصحيح و حكمه

يقصد بتصحيح البطلان زواله وعدم قابلية العمل الإجرائي المعيب للإبطال حيث أن الغالب هو تعلق البطلان بالمصلحة الخاصة للأفراد وهذا يعني أن أكثر الأعمال الإجرائية المعيبة قابلة للتصحيح لأن هذا الأخير لا يجوز في البطلان المتعلق بالنظام العام لأنه يمس المصالح العليا للمجتمع[1] .

فالتصحيح هو إزالة البطلان ليصبح العمل الإجرائي وفقا للقانون بتخليصه مما يشوبه من نقص أو عيب، فإذا كان نقص أضيف إليه ما يكمله ، وإزالة البطلان بصفة عامة قد يكون بإزالة الضرر الذي أصاب المتمسك به وقد جعل المشرع التصحيح وسيلة لاستمرار الخصومة وتحقيق غاياتها وإرجاع القدرة للعمل الإجرائي ليحقق الأثر القانوني الذي وجد من أجله [2].

وقد جعل المشرع التصحيح وسيلة لاستمرار الخصومة وتحقيق غاياتها وإرجاع القدرة للعمل الإجرائي ليحقق الأثر القانوني الذي وجد من أجله [3]، حيث ورد النص على تصحيح العمل الإجرائي في المادة 62 من ق إ م إ التي جاء فيها أنه إذا كان البطلان أو عدم صحة الإجراءات المدفوع به ليس من النظام العام, فيجوز للقاضي أن يمنح أجلا للخصوم لتصحيحه ويرجع أثر هذا التصحيح إلى تاريخ الإجراءات المطعون فيها بالبطلان أو بعدم الصحة.

---

[1] بوسماحة الشيخ والأستاذة بوجلال فاطمة الزهراء،البطلان في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية،جامعة ابن خلدون تيارت ، العدد 06،سنة 2017 ،ص 12.

[2] منير محمد الجنبيهي و ممدوح محمد الجنبيهي، الدفوع التجارية ،طبعة 1، دار الفكر الجامعي للنشر،الاسكندرية،2004 ،ص 230.

[2] مفلح عواد القضاه، المرجع السابق، ص 312.

فحكم التصحيح في التشريع الجزائري حسب المادة 62 من قانون الإجراءات والإدارية التي تنص " يجوز للقاضي أن يمنح أجلا للخصوم لتصحيح الإجراء المشوب بالبطلان ،شرط عدم بقاء أي ضرر قائم بعد التصحيح يسري اثر هذا التصحيح من تاريخ الإجراء المشوب بالبطلان " .

فنرى أن المشرع قد منح سلطة للقاضي في منح أجل التدارك العيب، ولكن تقيد هاته السلطة بعدم بقاء آي ضرر قائم فقط ،لأنه إذا لاحظ القاضي بأنه بالرغم من تصحيح الإجراء الباطل فان الضرر يبقى قائم بالنسبة لأحد الخصوم، فهنا يستبعد دلك ويحكم بالبطلان ،وبالتالي يكون المشرع الجزائري قد حذا حذو المشرع الفرنسي، وهو اشتراط عدم إلحاق الضرر بالطرف الأخر من جراء التصحيح حسب مضمون نص 115 من قانون الإجراءات الفرنسي[1] .

كما أن المشرع الجزائري في المادة 62 فقرة2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية قام بترتيب الأثر الرجعي لإجراء التصحيح ،بحيث يعتبر الإجراء صحيحا من يوم مباشرته. فقد يترتب على الإجراء الباطل بعض الآثار القانونية،وذلك يشترط أن تتوافر في الإجراء الباطل عناصر إجراء آخر صحيح .أو إذا كان العمل الإجرائي مركبا يقبل التجزئة وكان اشتق منه صحيحا فترتب الأثر بالنسبة لهذا الشق ودلك ما يعرف بنظرية تحول العمل الإجرائي بالتكملة وإلى جانب دلك فقد تحدت وقائع قانونية يترتب عليها زوال البطلان وهدا ما سنتولى شرحه فيما يلي[2] :

2: طرق تصحيح العمل الإجرائي المعيب

جعل المشرع التصحيح وسيلة لاستمرار الخصومة وتحقيق غاياتها وإرجاع القدرة للعمل الإجرائي ليحقق الأثر القانوني الذي وجد من أجله.

أ-التصحيح بتحول العمل الإجرائي

يتم بتحويل العمل الإجرائي إلى عمل إجرائي آخر منصوص عليه قانونا دون الأخذ بنية القائم بالعمل الإجرائي إذا ما كانت قد اتجهت إلى الإجراء المحول إليه لأن آثار الإجراء الجديد

---

[1] Art 115 code procédure civil français -"la nullité est couverte par la régularisation ultérieure de l'acte si aucune forclusion n est intervenue.‹si la régularisation ne l'aisse subsiste aucun grief".

[2] مجدي سعد بلال، المرجع السابق،ص 167.

تترتب بقوة القانون مثال ذلك مخالفة الإجراءات الشكلية في حلف اليمن يجعل إمكانية تحوله إلى إقرار قضائي صحيح[1].

حيث يتم التحول إذا توافرت في الإجراء الباطل عناصر إجراء آخر فإن الإجراء يصح باعتباره الإجراء الآخر الذي توفرت عناصره ولقد نص المشرع المصري صراحة على التحول في المادة 24 فقرة 01 من قانون المرافعات, ولم ينص عليه المشرع اللبناني ولا الجزائري ولا يمنع ذلك من الأخذ بهذه الفكرة, إذ أنها تعد تطبيقا لفكرة تحول العقد في القانون المدني[2].

حتى يتحول العمل الإجرائي الباطل إلى صحيح فلا يعتد نسبية من قام بالعمل بل يشترط توافر إرادية العمل الإجرائي ،فيتم بغض النظر عن نية من قام به ،كما يشترط أيضا أن تكون المقتضيات الباقية، مقتضيات عمل قانوني أخر يعرفه القانون أي العمل الذي سيتحول إليه العمل القانوني الباطل ومن أمثلة هذا :

– أن يكون الاستئناف الأصلي باطلا لأي سبب فيعتبر كان لم يكن ولما كان الاستئناف المقابل يفترض لصحته باعتباره كذلك أن يسبقه استئناف أصلي صحيح ،فان بطلان الاستئناف الأصلي يؤدي إلى بطلان الاستئناف المقابل ،ولكن يتحول الاستئناف المقابل الباطل إلى استئناف أصلي صحيح إذا توافرا فيه عناصر الاستئناف الأصلي[3].

في حين انه وبالرجوع إلى نص المادة 337 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية [4] فان الفقرة الثانية منها تنص على خلاف ما ذهب إليه جمع من الفقه حيث جاء بتصريح العبارة انه لا يقبل الاستئناف الفرعي إذا كان الاستئناف الأصلي غير مقبول و كما يمكن تصور حالة أخرى في

---

[1] عاطف فؤاد،أسباب البطلان في الأحكام المدنية ، د س ن ، د ب ن ، 2003 ، ص 159.

[2] نشأت الأخرس ، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، ج 1، " التنظيم القضائي والاختصاص والقضاء المستعجل"، دار الثقافة، 2010،د ب ن ، ص192.

[3] فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 522.

[4] المادة 337 من ق إ م إد" يجوز للمستأنف عليه إستئناف الحكم فرعيا في أية حالة كانت عليها الخصومة،ولو بلغ رسميا بالحكم دون تحفظ،وحتى في حالة سقوط حقه في رفع الإستئناف الأصلي

– لا يقبل الاستئناف الفرعي إذا كان الاستئناف الأصلي غير مقبول

-يترتب على التنازل في الاستئناف الأصلي عدم قبول الاستئناف الفرعي إذا وقع بعد التنازل "

تحول العمل الإجرائي الباطل مثلا إذا كان حلف اليمين الحاسم باطلا لتختلف مقتضى من مقتضياته الشكلية فانه يتحول إلى إقرار قضائي صحيح[1] .

ب: التصحيح لانتقاض العمل الإجرائي

حيث يكون الإجراء باطلا في شق منه وصحيحا في شق آخر, فإنه يبطل في الشق الأول وحده ويصح في الشق الثاني. فإذا كان الحكم قد فصل في أكثر من موضوع, وكان باطلا بالنسبة لما قضي به في موضوع واحد فإنه يكون صحيحا بالنسبة لما قضي به في الموضوعات الأخرى ويكون ذلك تطبيقا لفكرة انتقاص العقد في القانون المدني[2].

تجدر الإشارة هنا أن المشرع الجزائري نص في المادة 62 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على التصحيح بتكملة العمل الإجرائي صراحة أما التصحيح عن طريق التنازل عن التمسك بالبطلان فيمكن أن نستشفه من نفس المادة 61 في فقرتها الأولى عندما نص المشرع على أنه لا يجوز التمسك بالبطلان من خصم أودع مذكرته في الموضوع وبمفهوم المخالفة يعتبر الإجراء صحيحا إذا تنأول الخصم الموضوع, أما بالنسبة للتصحيح بالتحول والانتقاص فلم يرد نص بهما في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لكن ونظرا لما لهما من فائدة تعود على حسن سير مرفق العدالة وتمكين الخصوم من حقوقهم فالأحرى أن يأخذ به في الميدان العملي[3].

اشترط الفقهاء أن يكون العمل الإجرائي الباطل قابل للتجزئة وبالتالي يكون تعيب احد الأجزاء وبقاء الأجزاء الأخرى صحيحة وتبقى الآثار رغم بطلان العملّ. فهده الصورة لم يرد نص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ولا قانون الإجراءات المدنية الملغى لكن ليس هناك ما يمنع إعمال هاته الصورة إذا توافرت حالاتها[4] .

---

[1] عمر زودة،الإجراءات المدينة و الإدارية في ضوء أراء الفقهاء و أحكام القضاء، المرجع السابق، ص364.

4 أحمد هندي، المرجع السابق،ص 329.

[3] العيش فضيل، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد (القانون 08-09)، منشورات أمين،الجزائر، 2009،ص 163.

[4] حميداني محمد ، الدفوع الشكلية على ضوء الإجتهاد القضائي، رسالة ماجيستر، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر،2005/2004،، ص 172.

للإشارة أن هذه الصورة ليست المقصودة في رأينا في المادة 66 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري التي تنص على انه "لا يقضى ببطلان إجراء من الإجراءات القابلة للتصحيح، إذا زال سبب دلك البطلان بإجراء لاحق أثناء سير الخصومة ..." لأن العمل الإجرائي المشترط في نظرية انتقاص العمل الإجرائي هو العمل المركب وما هو في نص المادة لم يقصد المشرع في ذلك[1]، ولا انتقاص من حيث الأجزاء يتفق مع طبيعة العمل القانوني المركب فالعمل الإجرائي المركب مكون من عدة أعمال بسيطة فادا بطل احد هده الأعمال فمن الطبيعي ألا يمتد هذا البطلان إلى الأعمال الأخرى إذا كانت مستقلة عنه [2]، كصدور حكم يتضمن أكثر من موضوع، فإذا طعن المحكوم عليه في شق منه وقضت المحكمة ببطلان الحكم المطعون فيه فيصبح الحكم صحيحا في الشق الذي لم يطعن فيه ،وحتى أن القضاء الجزائري قد طبق في عدة مناسبات هاته الحالة. مثل القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1999/04/07 تحت رقم 203042 والذي أبطل القرار المطعون فيه في الشق المتعلق بالمنشات المقامة على العقار المتنازع عليه ورفض الطعن في الشق المتعلق بالعقار[3].

ج: تصحيح البطلان بالتكملة

ونقصد به إزالة العيب الذي شاب الإجراء سواء بتجديد الإجراء الباطل بحيث يحل محلة إجراء آخر صحيح أو بتحديد شق منه لتغيير العنصر المعيب فيه أو بإضافته ،وهذا ما أتت به المادة 62 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بإمكانية استدراك الإجراء المعيب ،لكن شرط عدم بقاء الضرر كما سبق شرحه[4] .

ويتم هذا التصحيح بأن يضاف إلى العمل الإجرائي البيان أو الشكل أو العنصر الذي ينقصه بشرط أن يتم التصحيح في الميعاد المقرر قانونا لاتخاذ الإجراء وإلا أصبح التصحيح غير ممكن أما

[1] الغوثي بن ملحة ، المرجع السابق،ص 201.

[2] فتحي والي، المرجع السابق، ص820.

[3] حمدي باشا عمر ، مبادئ الإجتهاد القضائي في مادة الإجراءات المدنية، ط 7، ، دار هومة للنشر، الجزائر ، 2007،ص 96.

[4] زودة عمر ، نظام البطلان في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق،ص 119.

إذا لم يكن للإجراء ميعادا محددا في القانون فيحدد القاضي الميعاد الذي يراه مناسبا لإجراء التصحيح[1].

د: إزالة البطلان بوقائع قانونية لاحقة

حيث يكون الإجراء باطلا في شق منه وصحيحا في شق آخر, فإنه يبطل في الشق الأول وحده ويصح في الشق الثاني. فإذا كان الحكم قد فصل في أكثر من موضوع, وكان باطلا بالنسبة لما قضي به في موضوع واحد فإنه يكون صحيحا بالنسبة لما قضي به في الموضوعات الأخرى ويكون ذلك تطبيقا لفكرة انتقاص العقد في القانون المدني[2].

تجدر الإشارة هنا أن المشرع الجزائري نص في المادة 62 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على التصحيح بتكملة العمل الإجرائي صراحة أما التصحيح عن طريق التنازل عن التمسك بالبطلان فيمكن أن نستشفه من نفس المادة 61 في فقرتها الأولى عندما نص المشرع على أنه لا يجوز التمسك بالبطلان من خصم أودع مذكرته في الموضوع وبمفهوم المخالفة يعتبر الإجراء صحيحا إذا تنأول الخصم الموضوع, أما بالنسبة للتصحيح بالتحول والانتقاص فلم يرد نص بهما في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لكن ونظرا لما لهما من فائدة تعود على حسن سير مرفق العدالة وتمكين الخصوم من حقوقهم فالأحرى أن يأخذ به في الميدان العملي[3].

تنص المادة 66 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " لا يقضى ببطلان إجراء من الإجراءات القابلة للتصحيح ،إذا زال سبب دلك البطلان بإجراء لاحق أثناء سير الخصومة" وهذا مثل ما جاء في المادة 61 بأنه إذا نوقش الموضوع فيسقط الحق في التمسك البطلان، كما أن غياب التكليف بالحضور في ملف الدعوى يؤدي بالقاضي إلى الفصل ببطلان إجراءات الخصومة إلا أن حضور المدعي عليه طواعية أو محاميه أو وكيله يصح ذلك و يزول البطلان الذي كان قائما من

[1] عمر بن سعيد، مرجع سابق،ص .231

[4] أحمد هندي، مرجع سابق،ص 329.

[3] سليمان بارش ، شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائري ،ج1، دار الهدى،الجزائر،2006 ، ص 139.

قبل ، و يفصل القاضي بحكم حضوري لان الغاية من التكليف قد تحقق و ليس هناك ضرر بمصالح الخصم و هذا أثناء الخصومة[1].

فيما يخص أعمال لاحقة عن البطلان ليس أثناء الخصومة و إنما بعدها مثل انقضاء مواعيد الطعن على الحكم فيترتب على ذلك زوال البطلان الذي يشوب الحكم و عندئذ يصبح البطلان كأثر لحجية الأمر المقضي به.

هـ- التصحيح بالتنازل عن التمسك بالبطلان:

يزول البطلان إذا تنازل عنه صراحة أو ضمنا من شرع لمصلحته, فمن حق الخصم التمسك بالبطلان من عدمه لتعلقه بمصلحته الخاصة.أما إذا تعلق بالنظام العام فمع جواز تمسك الخصم به إلا أنه لا يملك حق التنازل عنه لأن الحكم به لا يتوقف على إرادته وإنما تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها ولو لم يتمسك به الخصم أو تنازل عنه صراحة[2].

هـ1- التنازل الصريح: يكون بإعلان الخصم إرادته عن التنازل عن حقه في التمسك بالبطلان ولا يشترط أن يبدي الخصم إرادته في شكل معين فقد يكون كتابة في مذكرة تبلغ للخصم الآخر أو تقدم للمحكمة وقد يكون شفاهة في الجلسة وبحضور الخصم الآخر[3].

هـ2 - التنازل الضمني: فهو سلوك إجرائي من الخصم يدل على إرادته في التنازل عن حق التمسك بالبطلان ويتجلى هذا النوع من التنازل مثلا بإيداع الخصم مذكرته في الموضوع فهذا إجراء يجعل الخصم متنازلا ضمنيا عن التمسك بالبطلان.[4]

---

[1] محمد إبراهيمي ، الوجيز في الإجراءات المدنية،ج 2 ، ط 2001 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2001،ص 162.

[2] عبدالحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 318.

[3] عبدالحكيم فودة ، المرجع السابق ،ص .256

2 مفلح عواد القضاه، المرجع السابق، ص ص 312،314.

3 : سلطة القاضي في إجراء التصحيح

يمكن تصور بعض حالات تصحيح العمل الإجرائي الباطل من طرف الخصم نفسه وبدون تدخل المحكمة في ذلك كان يقوم المدعي بإعلان خصية بتكليف بالحضور آخر ،بعدما تبين له بطلان الإعلان الأول إذا لاحظ إغفال بعض البيانات المنصوص عليها في المادة 24 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،وهنا لا يتدخل القاضي وخاصة إذا كان لا يمس بمصلحة عامة أو تم تدارك الأمر قبل أن يتمسك الخصم به.

لكن ما جرى به العمل القضائي أن القاضي هو الذي يأمر بتصحيح الإجراءات الباطلة ، ويمنح اجل لدلك طبقا للمادة 62 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لكن شرط عدم البقاء الضرر. ويدخل هذا ضمن السلطة التقديرية للقاضي يستعملها ويقدر فيها حتى الأجل الذي سيمنحه للخصوم، كمنح اجل لتصحيح العريضة الافتتاحية إذا كانت ناقصة في إحدى البيانات الواردة في المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، أو المادة 14 منه ، فإذا لم يصحح الإجراء في هدا الأجل المحدد قضت المحكمة بالبطلان ،وهدا تحت اعتبار أن القاضي هو من يسهر على صحة إجراءات الدعوى المقامة أمامه تطبيقا لمبدأ حسن سير العدالة [1]، فالأصل أن الشكل القانوني بالنسبة للقاضي يعتبر انه قد تم احترامه و على كل من يدعي وجود مخالفة شكلية أن يقوم بإثباتها و في هذا الصدد ينبغي التفرقة من ما إذا كان الشكل المطلوب هو شكل العمل الإجرائي كنشاط و لم يبين القانون كيفية هذا الشكل فهنا لابد على من يدعي احترام الشكلية أن يقوم بإثبات المخالفة بكافة الطرق أما إذا كان القانون يبين شكل النشاط في المحرر ففي هذه الحالة يعتبر عدم بيان احترام الشكل دليلا على مخالفته ، و لذا فانه يقع عبء إثبات التقيد بالشكل على القائم بالعمل [2].

وتجدر الإشارة إلى أن الأمر بتصحيح الإجراء المعيب ومنح الأجل من طرف القاضي يعتبر من بين أعمال الإدارة التي يقوم بها القضاة ومن ثمة لا يجوز الطعن فيها بأي طريقة من طرق الطعن.

---

[1] حميداني محمد ، المرجع السابق ، ص 237.

[2] عبده جميل غصوب ، الوجيز في قانون الإجراءات المدنية ، دراسة مقارنة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع بيروت ، 2010، ص 326.

ثانيا :الحكـم بالبطـلان وآثاره

نتطرق في هدا الفرع إلى الحكم القاضي بالبطلان وخصائصه ثم نعرج على آثار هذا الحكم في النقطة الموالية

1: الحكـم بالبطـلان

يتبين لنا مما سبق أن البطلان إما أن يكون في الإجراءات وإما أن يكون في الحكم ذاته.

أ: بطلان الإجراءات

فالبطلان في الإجراءات يكون إذا تمسك الخصم ببطلان الأعمال الإجرائية المبتدئة في الخصومة أو المسيرة لها ،أو المنهية وكان تمسكه سابق على الموضوع فلقاضي أن يقضي في الدفع على استقلال ، فقد يغنيه ذلك عن الفصل في الموضوع ،أو يضم الدفع للموضوع ويقضي فيه بحكم فيما بعد[1].

وجرى العمل القضائي أن يفصل القاضي في الدفع الإجرائي على استقلال كحالة تعلقه بالعريضة الافتتاحية أو في عريضة المعارضة أو الاختصاص أو الإعلان وهدا ربحا للوقت وصرف الأطراف إلى إعادة إجراءات التقاضي وفق مقتضياته القانونية ما لم تكن هنا إمكانية تصحيح العمل الإجرائي المعيب، وإذا رفض القاضي الدفع بالبطلان واستمر بالنظر في الموضوع فان هذا الحكم لا يقبل الطعن فيه على انفصال وهنا عليه الإجابة إما بقبول الدفع أو برفضه وهذا احتراما لحقوق الدفاع وما يهمنا في الدراسة الآن هو بطلان الحكم، إما لعيب في الإجراءات التي سبقت صدوره وقد يكون باطلا لعيب في ذاته[2] وهنا وجب علينا تعريف الحكم القضائي أولا.

فالحكم هو القرار الصاد رمن محكمة مشكلة تشكيلا صحيحا ومختصة في خصومة رفعت إليها وفق الإجراءات المقررة قانونا، سواء كان في موضوع الخصومة أو في مسألة متفرقة عنه [3]. ويعني كل حكم ينهي إليه القاضي في النزاع المطروح أمامه في إطار الإجراءات القانونية المعمول

[1] أسامة الروبي ، الوسيط في قانون المرافعات المدنية التجارية، ج 2، الأحكام والأوامر وطرق الطعن فيها، القاهرة، دار النهضة العربية،2006، ص 192.

[2] العيش فضيل ، المرجع السابق ،ص 212.

[3] محمد احمد عابدين الدعوى المدنية الابتدائية والاستئنافية، دار الفكر العربي، مصر ، 1994،ص 178.

بها وبناءا على الأسانيد والأسباب القانونية التي يراها مناسبة ويقصد بعبارة أحكام قضائية الأوامر و الأحكام والقرارات القضائية كما جاءت في نص المادة 08 من قانون 08-09 المؤرخ في 23 فيفري 2008 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية وهذا ما كان مكرس من المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1998/02/25 تحت رقم 881.180 مجلة قضائية 1998 عدد 1 ص 78 [1]، فالحكم بالمعنى الدقيق هو الذي يصدر عن المحكمة ويستعمل مصطلح القرار لتعيين القرارات الصادر عن المجالس القضائية أو المحكمة العليا، فيعد تعريف الحكم بتولي الدراسة الآن بطلان الحكم إما لإجراءات معينة قبل صدوره أولا تم لعيب الحكم في حد ذاته ثانيا.

ب- البطلان لعيب في الإجراءات السابقة على إصدار الحكم

وهنا عندما يكون الحكم صحيحا من حيث الشكل والموضوع لكنه رغم دلك باطل لقيامه على باطلة ،فعلى المحكمة العليا في هذه الحالة (معارضة النقض) أن تقضي بإلغاء المطعون فيه ببطلان إجراءاته ويشترط الإلغاء الحكم توافر الشروط التالية[2]:

1- وجود إجراء باطل .

2ألا يكون قد سقط حق صاحب المصلحة في المتمسك بالبطلان.

3- أن لا تكون المحكمة قد قضت بصحة الإجراء.

4-أن يكون الطاعن هو صاحب المصلحة في البطلان .

ب- البطلان لعيب في ذات الحكم

يقصد بالبطلان لعيب في ذات الحكم ما قد يشوبه من عيوب في الإجراءات من حيث إصداره أو النطق به و تحريره من شأنه يودي إلى إبطاله ، وقد قرر المشرع الجزائري القواعد المنظمة لإجراءات إصدار الأحكام بقانون الإجراءات المدنية والإدارية في المواد 270 وما يليها أما

[1] بربارة عبد الرحمان ، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ،ط 4، منشورات بغدادي ،الجزائر ، 2013، ص 26.

[2] يوسف دلاندة ، المرجع السابق ، ص 218.

فيما يخص الجهات القضائية الإدارية فمنصوص عليها في المواد 888 – إلى المادة 890 بحيث قالت المادة 888 انه " تطبق المقتضيات المتعلقة بالحكام القضائية المنصوص عليها في المواد 270 إلى 298 من هدا القانون أمام المحاكم الإدارية "[1].

ب1 البطلان لعيب في إصدار الحكم: فقد يشوب العيب في المداولة أو في النطق بالحكم ،فالمداولة هي المشأورة التي تتم بين أعضاء المحكمة في منطوق الحكم وأسبابه بعد انتهاء المرافعة وقبل النطق به، وهي من الإجراءات الجوهرية التي ينبغي القيام بها والإشارة إلى ذلك في صلب الحكم وأن عدم ذكرها يعد سبب من أسباب البطلان [2] طبقا للمادة 273 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أو تخلف أحد قضاة التشكيلة في النطق...الخ، فهنا والأصل أن تاريخ المداولة هو تاريخ الجلسة وإن كان تاريخ المداولة غير معلوم من قبل الأطراف لابد من تبليغه للخصوم خلال نفس الجلسة طبقا للمادة 274 أما النطق بالحكم فيكون في جلسة علنية المادة 272 وهذا الإجراء من المبادئ الدستورية المنصوص عليها في المادة 135 ولم يشترط القانون شكلية معينة لإثبات ذلك إلا الإشارة إليه في مضمونة حسب المادة 276 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

ب2 بطلان الحكم لعدم تسبيبه [3]: أو لعيب فيه فالمادة 277 أوجبت التسبيب قبل النطق بالحكم و خلاف ما كان عليه القانون القديم.

ب3 الإجابة على طلبات الخصوم و دفوعهم: فالمادة 276 أوجبت البيانات الواجب إدراجها في الحكم وان خرق هده القواعد لا يترتب عليها البطلان مباشرة وهدا ما أكدته المادة 283 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها " لا يترتب على إغفال أو عدم صحة أخد البيانات المقررة لصحة الحكم ببطلانه إذا تبث من وثائق ملف القضية أو من سجل الجلسات ،انه تم فعلا مراعاة القواعد القانونية" ، لكن بالمقابل فقد نصت المادة 275 انه "يجب إن يشمل الحكم تحت طائلة

---

[1] لحسين بن الشيخ آث ملويا ،المنتقى في قضاء الإستعجال الإداري ، ط 2،دار هومة، الجزائر، 2008ص 219.

[2] Christian Gabolde Procédure Des Tribunaux Administratifs D'appel .Dalloz 6eme ed 1997,p 86.

[3] عزمي عبد الفتاح ، تسبيب الأحكام و أعمال القضاء في المواد المدنية و التجارية ،دار الفكر العربي،مصر ،1997،ص 67.

البطلان العبارة الآتية: الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، باسم الشعب الجزائري وللإشارة إن المحكمة العليا فيما يخص هاته الشكلية أنها تخص النسخ التنفيذية دون العادية وهذا في قرارها الصادر بتاريخ 1984/01/04 تحت رقم 31416 والمنشور في المجلة القضائية لسنة 1989 عدد 1 ص148.

2: أثار البطـلان

لا يقع البطلان بقوة القانون إلا تعلق بالنظام العام و لذلك وجب الحكم به يعتبر الحكم الصادر بالبطلان حكما مقررا وإذا حكم بالبطلان اعتبر العمل إجرائي كأنه لم يكن ولا ينتج أي أثر كقاعدة عامة [1].

إذا قضى ببطلان العمل الإجرائي فقد أثره القانون وامتد هذا الأثر إلى الإجراءات اللاحقة عليه إذا كانت مرتبطة به ومع هدا فان الحكم بالبطلان في بعض الحالات لا يعدم العمل الإجرائي كليا فيبطل الجزء المعيب ويعمل بالجزء الباقي ،كما يمكن رغم الحكم ببطلان عمل إجرائي ما واعتباره صحيحا إذا ما توفرت فيه شروط عمل إجرائي أخر صحيح ، فجاءت نص المادة 66 من قانون الإجراءات المدنية كمادة وحيدة تنص عن أثار البطلان إذا زال سببه بإجراء لاحق أثناء سير الخصومة فانه لا يقضي بالبطلان ، وتأصيلا لهده المادة إنها استثناء عن الأصل لان الأصل في بطلان الأعمال الإرادية هو بطلان الأعمال اللاحقة المرتبطة به ولكنه لا يؤثر على الأعمال التي سبقته[2].

و المشرع الجزائري تبني فكرة الضرر في نظرية بطلان الأعمال الإجرائية فما دام أنه يمكن تدارك ذلك فلا مجال للحكم بالبطلان وهذا تسهيلا للمتقاضين في حماية مراكزهم القانونية وتحسينا للأداء القضائي في نفس الوقت وتفادي لإعادة طرح المنازعات من جديد على القضاء ،ومن الآثار الأخرى التي توجب الإشارة إليها انه إذا حكم ببطلان العمل الإجرائي فانه لا يؤثر على حق الخصم

[1] عمر زودة ، نظام البطلان في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،المرجع السابق، ص 375.

[2] أغليس بوزيد ، المرجع السابق .

في إعادة الإجراء الباطل باعتبار ذلك لا يمس بأصل الحق وشرط عدم بقاء الضرر الذي يكون المتمسك بالبطلان قد أثبته طبقا الأحكام البطلان الإجرائي المنصوص عليها في التشريع الجزائري [1].

المبحث الثاني: الدفع بعدم الاختصاص الاقليمي:

بعدما تطرقنا للدفع بالبطلان وتناولنا خلاله قواعد الدفع به، نصل الآن لمعالجة الدفع بعدم الاختصاص الاقليمي ونتناول خلاله أيضا ماهية الدفع بعدم الاختصاص الاقليمي و قواعد إثارته.

المطلب الأول: ماهية الاختصاص الاقليمي

يتطلب البحث في ماهية الاختصاص الإقليمي دراسة تعريفه وقواعد تحديده وقد تناوله المشرع الجزائري في الكتاب الأول الباب الثاني من الفصل الرابع في المواد من 37- 47 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري .

الفرع الأول: مفهوم الإختصاص الإقليمي

ان القاعدة العامة في الاختصاص المحلي ان هذا الاخير ينعقد لمحكمة موطن المدعى عليه تطبيقا لقاعدة "الدين مطلوب وليس محمول" بحيث ينتقل الدائن الى موطن المدين لاستفاء حقه، ومن ثم فان هذا الاختصاص يعد اختصاصا محليا عاديا لأنه يجوز الخروج عليه باتفاق الاطراف.

أولا: تعريف الاختصاص الإقليمي

عرفه جانب من الفقه على أنه يعني بتحديد المحكمة المختصة من الناحية المكانية من بين المحاكم التي هي من صنف ودرجة واحدة، والموزعة جغرافيا في أماكن مختلفة داخل الدولة. إذن قواعد الاختصاص المكاني هي التي تحدد المنازعات الداخلة في دائرة الاختصاص الإقليمي لكل محكمة أي تحدد دائرة اختصاصها[2].

[1] إبراهيم نجيب، سعد المرجع السابق، ص 760.

[2] مسعود شيهوب، المرجع السابق ، ص 113.

وتجدر الإشارة هنا أن الحديث عن الاختصاص الإقليمي يشمل المحاكم والمجالس القضائية دون المحكمة العليا ومجلس الدولة ومحكمة التنازع لأن هاته الأجهزة وحيدة على المستوى الوطني فيشمل اختصاصها كامل الإقليم الوطني الجزائري. وعليه فلا تكون جهة قضائية مختصة بنظر نزاع معين إلا وفقا للقواعد التي وضعها المشرع لتحديد الاختصاص الإقليمي لها[1].

ثانيا:معايير تحديد الاختصاص الإقليمي:

نص المشرع الجزائري على قاعدة عامة تتعلق الاختصاص الإقليمي ثم تلاها باستثناءات.

1-القاعدة العامة في تحديد الاختصاص الإقليمي:

الأصل هو براءة ذمة المدعى عليه في الدعوى، إلا إذا اثبت المدعي باي طريقة من طرق الإثبات وجود الدين او الحق المطالب به، ومن ثم فان المدعي هو الذي يسعى الى مخاصمة المدعى عليه في موطنه، ومن هنا تكون المحكمة المختصة للنظر في الدعوى المدنية هي المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها الاقليمي موطن المدعى عليه، و على سبيل المقارنة فقد نصت المادة 08 الفقرة الاولى من قانون الاجراءات المدنية الملغى على انه: "... **يكون الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه بالنسبة للدعاوى الخاصة بالاموال المنقولة، ودعاوى الحقوق الشخصية العقارية، وكذلك في جميع الدعاوى التي لم ينص فيها على اختصاص محلي خاص...**" ، والموطن هو المكان الذي يوجد فيه المسكن الرئيسي للشخص، وفي حالة عدم وجوده يحل محله مكان الاقامة العادي [2] واذا لم يكن للمدعى عليه محل اقامة معروف فيكون الاختصاص للجهة القضائية الواقع في دائرة اختصاصها آخر موطن له [3]، و لقد حافظ المشرع الجزائري على نفس المبدأ فطبقا للمادة 37 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أن القاعدة الأساسية في تحديد الاختصاص الإقليمي هي أن المدعي يسعى إلى المدعى عليه في أقرب الأماكن إلى موطنه حيث أن الأصل أن يعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرتها

[1] عمر زودة، الإجراءات المدنية و الإدارية في ضوء أراء الفقهاء و أحكام القضاء ، المرجع السابق ،ص 414

[2] المادة 36 من قانون رقم 07-05 مؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق 13 مايو سنة 2007، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني.

[3] المادة 08 الفقرة الاولى من قانون الاجراءات المدنية الملغى.

موطن المدعى عليه بالنسبة للدعاوى الخاصة بالأموال المنقولة ودعاوى الحقوق الشخصية العقارية وكذلك في جميع الدعاوى الخاصة التي لم ينص فيها على اختصاص محلي خاص فإن لم يكن للمدعى عليه موطن معروف يعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرتها محل إقامته وإن لم يكن له محل إقامة معروف فيكون الاختصاص للجهة القضائية الواقع بدائرتها آخر موطن له[1].

وفي هذا المجال وتدعيما لقاعدة موطن المدعى عليه لتحديد الاختصاص الإقليمي نجد قرار المحكمة العليا جاء فيه أنه:" من المقرر قانونا أن يكون الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه بالنسبة للدعاوى الخاصة بالأموال المنقولة ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة المجلس لما أسندوا الاختصاص لمحكمة بني صاف لوجود الباخرة بمينائها متجاهلين أحكام المادة 56 من القانون البحري التي تصنف السفن ضمن الأموال المنقولة وبالتالي فكل نزاع يدور حولها يؤول الاختصاص للفصل فيه إلى محكمة موطن المدعى عليه أي محل إقامته"، وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد ساير كل من المشرع المصري واللبناني والأردني والسوري في تشريعه لقاعدة موطن المدعى عليه لتحديد الاختصاص الإقليمي.

2- الاستثناءات عن القاعدة العامة في تحديد الاختصاص الإقليمي:

بعد تقرير القاعدة العامة في الاختصاص الإقليمي أورد المشرع استثنائين:

الاستثناء الأول: يحدد محكمة معينة لتختص بالنزاع:

وقد ورد هذا الاستثناء في المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري والإدارية المحكمة المختصة إقليميا للنظر في بعض الدعاوى بغض النظر عن موطن المدعى عليه وهذه الدعاوى قد تكون مدنية أو تجارية أو اجتماعية أو متعلقة بالأحوال الشخصية أو بالاستعجال .

أ- **القضايا المدنية:** فيما يخص الدعاوى العقارية تكون المحكمة التي يقع العقار في دائرة اختصاصها هي المختصة كلما تعلق الأمر بدعوى قضائية [2].

ب- **المواد التجارية** :في الدعاوى المتعلقة بالشركات بالنسبة لمنازعات الشركاء يرفع الطلب برفع الطلب إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها المركز الرئيسي للشركة ومادام المشرع لم يحدد

[1] بربارة عبدالرحمن ، المرجع السابق ،ص 91.

[2] عمر بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 46.

نوع الشركة فتطبق القاعدة سواء تعلق الأمر بشركة تجارية أو مدنية. النزاعات التي قد تنشأ بين الشركاء عديدة ومتنوعة فبالنسبة للشركات التجارية قد ينشأ النزاع حول تقدير الحصص العينية أو حول توزيع الأرباح أو حول إحالة حصص الشركة أو إثبات المسؤولية المدنية على القائمين بالإدارة وبالنسبة للشركات المدنية كمستثمرة فلاحية جماعية قد ينشأ نزاع حول عدم احترام أحد الشركاء لالتزاماته[1].

ت- المواد الاجتماعية :النزاعات الفردية في العمل والمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي لا تطبق أمام المحكمة الفاصلة في المسائل الاجتماعية قاعدة اختصاص موطن المدعى عليه قد يكون موطن صاحب العمل أو صاحب الأجرة بعيدا عن مكان العمل والمحكمة الفاصلة في المسائل الاجتماعية أنشئت لتطبق على المتقاضين العادات المتداولة محليا في المهنة وهذا الاهتمام هو الذي دفع بالمشرع إلى قرار قواعد خاصة طرأت عليها بعض التعديلات فيها بعد من أجل تقريب العدالة من المواطن[2]، لقد أصدرت المحكمة العليا عدة قرارات تتعلق بالاختصاص الإقليمي و الدفوع المثارة بشأنه و في هذا الصدد نذكر مجموعة من القرارات على سبيل المثال لا الحصر .

"متى كان من المقرر قانونا ان الاختصاص المحلي للمحكمة يتحدد في المنازعات التي تنشأ بين المستخدم والأجير اذا كان العمل حاصلا في مؤسسة ثابتة امام محكمة المكان الواقعة في دائرة اختصاصه تلك المؤسسة. واذا كان العمل غير حاصل في مؤسسة ثابتة فيعود الاختصاص لمحكمة المكان الذي ابرم فيه عقد العمل.

ولما كان الثابت –في قضية الحال- ان التعاونية الطاعنة دفعت بعدم الاختصاص المحلي لمحكمة الدرجة الاولى غير ان قضاة الاستئناف لم يستجيبوا لهذا الدفع وفصلوا في الدعوى بتاييد الحكم الصادر فيها، فانهم بقضائهم هذا عرضوا قرارهم للنقض"[3].

---

[1] ذيب عبد السلام ، المرجع السابق،ص 40.

[2] هدفي بشير، الوجيز في شرح قانون العمل(علاقات العمل الفردية والجماعية)، الطبعة الثانية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص ص213-214.

[3] قرار رقم 36.172 مؤرخ في 1984/03/26، م.ق 1989، ع04، ص182.

"من المقرر قانونا ان الفصل في المنازعات التي تقوم بين صاحب العمل وصاحب الأجر يعود لاختصاص المحكمة التي ابرم في دائرتها عقد العمل اذا كان حاصلا في مؤسسة غير ثابتة.

ولما ثبت –من اوراق ملف الدعوى الحالية– ان الطاعن يعمل في مختلف الاماكن التي تعمل فيها المؤسسة، فان الجهة القضائية المختصة في هذه الحالة هي المحكمة –مكان ابرام عقد العمل– كما جاء في القرار المطعون فيه، وعليه فان الوجه غير مؤسس ويتعين معه رفض الطعن"[1].

"حيث ان المادة 79 من قانون 11/90 تجعل من النظام الداخلي إجراء مسبق لسريان مفعوله على العمال وتشترط ان يكون هذا الايداع امام كتابة ضبط المحكمة المختصة اقليميا، وحيث ان قانون 11/90 لا يحدد ما هي المحكمة المختصة اقليميا مما يفرض الرجوع في تحديد ذلك الى القواعد العامة التي تحكمها المادة 08 من ق إ م.

وحيث ان المادة 08 المذكورة لا تاخذ بالمقر الاجتماعي للمستخدم حيث والحالة تلك بشان العامل الذي يعمل بوحدة " تقرت " بصفة مستقرة، فان محكمة "تقرت" هي المختصة اقليميا لايداع النظام الداخلي حتى يسري مفعوله على العمال العاملين بالوحدات القارة المتواجدة بدائرة اختصاصها.

حيث ان هذه القاعدة تطبق ولو في حالة تعدد الوحدات القارة بالنسبة للمستخدم الواحد الذي عليه ان يودع نسخة من نظامه الداخلي لدى اية محكمة يوجد له بدائرتها مؤسسة قارة وهذا ما لم يأت المشرع بقاعدة خاصة تخالف ذلك.

حيث والحال كذلك فان استبعاد النظام الداخلي للطاعن من طرف محكمة "تقرت" لعدم ايداعه لدى كتابة ضبط المحكمة التابعة لها، هو قضاء صائب وتطبيق سليم للمادة 79 من القانون رقم 90/11".[2]

ث– قضايا الأحوال الشخصية: في دعاوى الطلاق ترفع الدعوى أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية، وفي دعاوى الحضانة تختص المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الحضانة و أما الدعاوى المتعلقة بالنفقة فيجب أن يرفع الطلب أمام المحكمة التي يقع

[1] قرار رقم 98.278 مؤرخ في 1992/04/28، م.ق 1994، ع 01، ص109.
[2] قرار رقم 135.908 المؤرخ في 1996/10/22، م.ق 1996، ع 02، ص95.

في دائرة اختصاصها موطن أو مسكن الدائن بقيمة النفقة ، وفي مواد الميراث يرفع الطلب أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان التنازلة [1]، لقد صدر في هذا الشأن مجمعة من قرارات المحكمة العليا نذكر على سبيل المثال لا الحصر :

"حيث ان الطاعنة تدفع بان المحكمة الابتدائية والمجلس القضائي لم يأخذا بعين الاعتبار ما قدمته فيما يتعلق بعدم الاختصاص المحلي لكون زوجها لم يستقر بمدينة قسنطينة منذ أعوام نظرا لوظيفته التي كانت توجب عليه الانتقال من ولاية الى أخرى...

حيث انه ثبت من الاطلاع على –ملف الدعوى– ولاسيما شهادة الاقامة المسلمة يوم 1982/06/06 من بلدية قسنطينة ان المطعون ضده كان اثناء سنة 1982 يسكن بهذه المدينة نهج قشيد رابح رقم 07 باب القنطرة، وحيث ان هذه الشهادة تستمر مقبولة شرعا مادامت لم تقيد قضية بالادعاء بالتزوير تتعلق بها[2].

"من المقرر قانونا ان دعاوى الطلاق او العودة الى مسكن الزوجية ترفع امام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية، ومن المستقر عليه القضاء ان على الزوجة متابعة زوجها والالتحاق به اينما طاب له عيشه.

ولما كان من الثابت –في قضية الحال– ان الزوج اصبح يسكن ويعمل بمدينة تبسة بصفة دائمة طبق القانون تطبيقا سليما"[3].

من المقرر قانونا ان دعوى الطلاق من اختصاص محكمة مقر الزوجية[4].

"من المقرر قانونا ان الاختصاص المحلي في دعوى الطلاق وما يترتب عليها من حضانة وحق الزيارة يعود لمقر السكن الزوجي، ومن المقرر ايضا ان القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج هو القانون الوطني للزوج"[5].

---

[1] يوسف دلاندة ، المرجع السابق،ص158.

[2] قرار رقم 33.397 مؤرخ في 1984/06/25، م.ق 1989، عدد 03، ص42–43.

[3] قرار رقم 39.467 المؤرخ في 1986/01/13، م.ق 1993، ع 04، ص57.

[4] قرار رقم 56.249 المؤرخ في 1989/11/27، م.ق 1992، ع01، ص51.

[5] قرار رقم 84.513 المؤرخ في 1992/06/02، م.ق 1993، ع03، ص91.

"من المقرر قانونا ان دعاوى الطلاق او العودة الى مسكن الزوجية ترفع امام المحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية اما في حالة الاقامة في بلد اجنبي فيسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي اليه الزوج وقت رفع الدعوى.

ولما كان ثابتا –في قضية الحال– ان طرفي النزاع يقيمان في بلد اجنبي فانه لا يمكن التخلي والامتناع عن الفصل في النزاع القائم بين جزائريين لصالح قضاة اجانب، وان باجابة قضاة الموضوع على الدفع المتعلق بعدم اختصاص القضاء الجزائري يكونوا قد اعطوا تعليلا كافيا لقرارهم"[1].

"حيث ان الحكم المستانف المؤيد بالقرار المطعون فيه برر بما فيه الكفاية اختصاص بئر مراد رايس للفصل في دعوى الطلاق المرفوعة امامها من طرف الزوج (المطعون ضده) وقد جاء احدى حيثياته على الخصوص (وان المادة 08 من ق إ م تقصد في معانيها المساكن الزوجية الموجودة في التراب الوطني للجمهورية الجزائرية اضافة الى ان القاضي الجزائري لا يتنازل عن الفصل في مثل هذه الدعاوى "دعوى الطلاق" الى القاضي الفرنسي).

وهي حيثية منسجمة مع التشريع الجزائري اذ نصت المادة 10 من القانون المدني: "تسري القوانين المتعلقة بالحالة المدنية للاشخاص واهليتهم على الجزائريين ولو كانوا مقيمين في بلاد اجنبية"، وبذلك فقد تحدد القانون الواجب التطبيق على النزاع الحالي بمقتضى هاتين المادتين وهو القانون الوطني للجمهورية الجزائرية.

ووجوب تطبيق القانون الوطني يتطلب بالضرورة الالتجاء الى المحاكم الجزائرية لتطبيقه، اذ القول بغير ذلك لا يسمح بتطبيقه على النزاع في حالة القول بعدم الاختصاص طبقا لما تسعى اليوم الطاعنة في اعطاء الاختصاص لمحاكم اجنبية غير ملزمة بتطبيق القانون الجزائري، هذا فضلا على ان الاختصاص المحلي الذي تنظمه المادة 08 من ق إ م انما يخص المحاكم الجزائرية دون غيرها فلا يعقل ان تتخلى المحاكم الجزائرية عن اختصاصها لفائدة محاكم اجنبية، والحال ان القانون الجزائري هو الواجب التطبيق.

[1] قرار رقم 91.144 مؤرخ في 1993/06/23، م.ق 1994، ع01، ص63.

فالقاضي الابتدائي بقضائه باختصاصه محليا يكون قد برر ذلك شرعا وقانونا وطبق احكام المادة 08 من ق إ م تطبيقا سليما.

وبقطع النظر عن تواجد السكن الزوجي بدائرة اختصاص المحكمة او عدم تواجده والقرار المطعون فيه بتاييده للحكم المستانف فيما يخص الجوانب المادية يكون قد تبنى اسبابه... "[1].

ج- القضايا المستعجلة :تخفيف قواعد الاختصاص الإقليمي في مواد الاستعجال للحصول على أمر استعجالي من المفروض أن ترفع القضية لرئيس المحكمة التي يكون مختصما محليا للفصل في موضوع الإشكال ولكن باعتبار ضرورة تدخل القاضي بصفة مستعجلة فإن المشرع أقر قواعد خاصة إذا أوجب رفع الدعوى أمام المحكمة الواقعة في دائرة اختصاصها مكان الشكل التنفيذي أو التدبير المطلوب[2].

الاستثناء الثاني:جواز اختيار المدعي بين أكثر محكمة : وهو ما نصت عليه المادة 39 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري أجاز المشرع للمدعي في بعض المواد أن يختار بين محكمتين أو أكثر عند تقديم طلبه وهذا الخيار قد يكون على محكمتين بمعنى أنه يمكن للمدعي أن يرفع طلبه أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه وأما أمام محكمة أخرى كما قد يكون هذا الاختيار متعددا أي يكون الاختصاص الإقليمي موزعا على أكثر من محكمتين وفي بعض الحالات الاستثنائية قد يكون الاختصاص وطني يجيز رفع الدعوى أمام أي محكمة من محاكم الجزائر.

أ-الحالات التي تختص فيها محكمتين مختلفتين :

-الدعاوى المختلطة :يجوز في مثل هذا النوع من الدعاوى أن يرفع الطلب إما إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه أو مسكنه وإما أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة أختصاصها مقر الأموال[3].

-دعاوى تعويض الضرر الناشئ من جريمة :إذا كانت متعلقة بتعويض الضرر الناشئ من جناية أو جنحة أو مخالفة ، يجوز أن يرفع الطلب إما إلى محكمة موطن المدعى عليه وإما أمام

[1] قرار رقم 91.671 مؤرخ في 1993/06/23، م.ق 1994، ع01، ص76.

[2] عز الدين ديناصوري و أحمد عكاز ، القضاء المستعجل و قضاء التنفيذ ، ط 5 ، مركز الدلتا للطباعة ، 1997 ، ص 140.

[3] ذيب عبدالسلام ، المرجع السابق ، ص 46.

الجهة القضائية التي وقع في دائرة اختصاصها الفعل الضار. في حالة اختيار الموطن فإن المحكمة المختصة إقليميا إلى جانب المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه هي الجهة القضائية للموطن المختار[1]، في هذا الشأن صدر قرار للمحكمة العليا هذا نصه :

"من المقرر قانونا انه يجوز ان يرفع الطالب في دعاوى التعويض الضرر الناشئ عن جناية او جنحة او مخالفة او شبه مخالفة امام الجهة القضائية التي وقع في دائرة اختصاصها الفعل الضار، ومن تم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون.

ولما كان ثابتا –في قضية الحال– ان حادث المرور الذي يشكل شبه مخالفة والذي تضرر منه الطاعن وقع في دائرة اختصاص محكمة "سكيكدة"، فان قضاة الموضوع الذين حكموا بعدم الاختصاص المحلي يكونوا قد خالفوا القانون"[2].

ب– الحالات التي تختص فيها عدة محاكم :تختص عدة محاكم في حالة تعدد المدعى عليهم، المنازعات المتعلقة بالتوريدات والأشغال وأجور العمال أو الصناع، الدعاوى التجارية، الدعوى المرفوعة ضد شركة[3]

ج– القضايا التي تختص فيها أي محكمة من المحاكم: إذا لم يكن للمدعى عليه موطن أو مسكن في الجزائر يجوز رفع الدعوى أمام المحكمة التي يختارها المدعي وتطبق هذه القاعدة خاصة في المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقود التي أبرمها أجنبي في بلد أجنبي مع جزائري أو تلك المنازعات الناشئة عن تنفيذ التزامات تعاقد عليها جزائري في بلد أجنبي[4]

مقارنة مع قانون الإجراءات المدنية الملغى فقد نص على هذه القاعدة في المادة الثامنة منه:

"يكون الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه بالنسبة للدعاوى الخاصة بالاموال المنقولة ودعاوى الحقوق الشخصية العقارية وكذلك في جميع الدعاوى التي لم ينص فيها على اختصاص محلي خاص، فان لم يكن للمدعى عليه موطن معروف يعود لاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرتها محل اقامته وان لم يكن له محل اقامة معروف

---

[1] الغوثي بن ملحة ، المرجع السابق ، ص62.

[2] قرار رقم 79.116 مؤرخ في 1992/03/02، م.ق 1993، ع 03، ص40.

[3] بربارة عبدالرحمن ، المرجع السابق ، ص93.

[4] حمدي باشا عمر،المرجع السابق،ص ص 08–09.

فيكون الاختصاص للجهة القضائية الواقع بدائرتها آخر موطن له" . و هذا ما أخذت به المحكمة العليا في قرارها التالي :"من المقرر قانونا ان يكون الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه بالنسبة للدعاوى الخاصة بالاموال المنقولة، ولما ثبت –في قضية الحال– ان قضاة المجلس لما اسندوا الاختصاص لمحكمة بني صاف لوجود الباخرة بمينائها متجاهلين احكام المادة 56 من القانون البحري التي تصنف السفن ضمن الاموال المنقولة، وبالتالي فكل نزاع يدور حولها يؤول الاختصاص للفصل فيه الى محكمة موطن المدعى عليه اي محل اقامته.

وعليه فان قضاة المجلس قد خالفوا احكام المادة 08 من ق إ م مما يستوجب نقض قرارهم"[1] .

استثناء من القاعدة و عملا بأحكام المادة 28 من قانون الإجراءات المدنية يحق للاطراف الاتفاق على التقاضي امام محكمة اخرى ويكون هذا الاتفاق ملزم لهما بحيث لا يجوز للمدعى عليه الذي رفعت عليه الدعوى امام المحكمة المتفق عليها ان يدفع بعدم اختصاصها محليا بدعوى عدم اختصاصها بنظر النزاع.

كما انه اذا كان الاختصاص منعقدا لمحكمة موطن المدعي واقام الدعوى امام محكمة اخرى فانه يكون قد وافق على قبول الاختصاص ومن ثم لا يجوز له الدفع بعدم الاختصاص ، ولقد حددت المادة الثامنة من قانون الإجراءات المدنية هذه القاعدة العامة واعطت المادة التاسعة للاطراف الحق في الخروج على هذه القاعدة والاتفاق على محكمة اخرى من المحاكم المحددة الامر الذي يجعلنا نلاحظ ان القاعدة ليست مطلقة بحيث اعطى الاختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه الذي يحق له التنازل عن هذه القاعدة وقبول التقاضي امام محكمة اخرى ولكن شرط ان تكون هذه المحكمة من المحاكم المختصة طبقا لنص المادة التاسعة.

وعليه فاذا كان النزاع متعلق بمال منقول التزم المدعى عليه بنقله الى المدعي فان القاعدة ان المحكمة المختصة هي محكمة موطن المدعى عليه المدين ويحق له قبول التقاضي بالاتفاق مع المدعي ولكن امام المحكمة الموجودة بدائرتها مقر الاموال وليس امام محكمة اخرى غير محكمة موطنه او محكمة مقر الاموال.

[1]قرار رقم 793.171 مؤرخ في 1998/12/08، م.ق 1998، عدد 02، ص120.

وبالنظر الى هذا فانه يمكن القول بان الاستثناء على القاعدة العامة ليس مطلقا بل ان الخروج على القاعدة يظل مرهونا بانعقاد الاختصاص للمحكمة حسب التحديد المحدد في لمادة التاسعة، وبالرجوع الى المادة التاسعة نلاحظ انها حصرت حالات الخروج على القاعدة العامة على النحو التالي:

1 - في الدعاوى المختلطة ترفع الدعوى امام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مقر الاموال، واذا تعدد المدعى عليهم يعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن احدهم او مسكنه.

2 - في دعاوى تعويض الضرر الناشئ من جناية او جنحة او مخالفة او شبه مخالفة امام الجهة القضائية التي وقع في دائرة اختصاصها الفعل الضار.

3 - في الدعاوى المتعلقة بالتوريدات والاشغال واجور العمال او الصناع يكون الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ابرام الاتفاق وتنفيذه وذلك متى كان احد الاطراف مقيما في ذلك المكان.

4 - في دعاوى الاضرار الحاصلة بفعل الادارة امام الجهة القضائية التي وقعت في دائرة اختصاصها تلك الاضرار.

5 - في الدعاوى التجارية غير الافلاس والتسوية القضائية امام الجهة القضائية التي وقع في دائرة اختصاصها الوعد وتسليم البضاعة او امام الجهة القضائية التي يجب ان يتم الوفاء في دائرة اختصاصها.

6 - وفي حالة اختيار الموطن امام الهة القضائية للموطن المختار.

7 - وفي الدعاوى المرفوعة ضد شركة امام الجهة القضائية التي تقع في دائرة اختصاصها احدى مؤسساتها.

8 - في الدعاوى المتعلقة بالمنازعات الخاصة بالمراسلات والاشياء الموصى عليها والارسالية ذات القيمة المصرح بها وطرود البريد امام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المرسل او المرسل اليه.

والملاحظ هو ان الاختصاص المحلي في هذه الحالة قرره المشرع لمصلحة الاطراف مما يجعله غير مرتبط بالنظام العام، ولكن اذا ما تم الاتفاق بين الاطراف على مخالفة القاعدة العامة ولم

يتم مراعاة التحديد القانوني المشار اليه فان هذا من شانه ان يجعل الاختصاص متعلقا بالنظام العام.

ان **الاختصاص المحلي الوجوبي** هو اختصاص لا يجوز الخروج عليه لان المشرع قرره وحصره لجهة معنية دون سواها ومن ثم يتداخل مع الاختصاص النوعي ويتعلق عندئذ بالنظام العام.

وقد نصت على الاختصاص الاقليمي الوجوبي المادة الثامنة من قانون الإجراءات المدنية ، ويلاحظ ان هذا الاختصاص المحلي الوجوبي يتعلق بالنظام العام لان المشرع راعى من خلاله مصلحة عامة وذلك بتخصيص محكمة معينة بالذات للفصل في النزاع وهذا بالنظر الى طبيعته.

ويترتب على ذلك انه لا يجوز للافراد مخالفة هذا التحديد القانوني ويقع باطلا كل اتفاق على ذلك ويتعين على المحكمة القضاء بعدم الاختصاص تلقائيا.

نصت على **اختصاص محكمة مقر المجلس** المادة الثامنة في فقرتها الاخيرة بحيث تختص محكمة مقر المجلس دون سواها بنظر المنازعات المشار اليها والواقعة في دائرة اختصاص المجلس القضائي، اضافة الى اختصاصها العادي، ويستخلص من هذا النص قيام حالة تداخل بين الاختصاص النوعي والمحلي بحيث تعتبر المنازعات المشار اليها في المادة الثامنة من اختصاص المحكمة النوعي بشرط ان تكون واقعة في الدائرة الاقليمية للمجلس، ومن هذه المنازعات: الحجز العقاري– تسوية قوائم التوزيع وبيع المشاع وحجز السفن والطائرات وبيعها قضائيا– تنفيذ الحكم الاجنبي– معاشات التقاعد– المنازعات المتعلقة بحوادث العمل– دعاوى الافلاس والتسوية القضائية وطلبات بيع المحلات التجارية المثقلة بقيد الرهن الحيازي.

لقد أعطت المادة الثامنة في فقرتها الثانية الاختصاص بصفة وجوبية لبعض المحاكم دون سواها لنظر بعض المنازعات مراعية في ذلك المصلحة العامة، وتستخلص الطبيعة الوجوبية لهذا الاختصاص من عبارات المادة المشار اليها اذا اعتمدت عبارة " ترفع خصيصا " حيث نصت على انه ترفع الطلبات خصيصا امام الجهات القضائية المحددة على الوجه التالي:

1 – في الدعاوى العقارية او الاشغال المتعلقة بالعقار او دعاوي الايجارات المتعلقة بالعقارات وان تكن تجارية امام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها.

2 – في مواد الميراث امام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان افتتاح التنازلة.

3 – في مواد الافلاس او التسوية القضائية امام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان الافلاس او التسوية القضائية.

4 – في دعاوى الطلاق او العودة الى مسكن الزوجية امام المحكمة التي يقع في دائرتها مسكن الزوجية.

5 – في دعاوى الحضانة امام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الحضانة.

6 – في الدعاوى المتعلقة بالنفقة امام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن او مسكن الدائن بقيمة النفقة.

7 – في الدعاوى المتعلقة بالشركات بالنسبة لمنازعات الشركاء امام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها المركز الرئيسي للشركة.

8 – في الدعاوى المتعلقة بفرض الضريبة او الرسوم امام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان فرض الضريبة او الرسوم.

9 – في الدعاوى المتعلقة بالاشغال العمومية امام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الاشغال.

10 – في المنازعات المتعلقة بالصفقات الادارية بجميع انواعها امام الجهة القضائية للمكان الذي ابرم فيه عقد الصفقة.

11 – في الدعاوى المتعلقة بالخدمات الطبية امام الجهة القضائية للمكان الذي قدم فيه العلاج.

12 – في مواد أداء الأغذية والسكن امام محكمة المكان التي تمت فيه الأداءات.

13 – في مواد الحجز سواء بالنسبة للإذن بالحجز او الاجراءات التالية له امام محكمة المكان الذي تم فيه الحجز.

14 – في مواد مصاريف الدعاوي واجور المساعديين القضائيين امام المحكمة التي فصلت في الدعوى الأصلية.

15 – في دعاوى الضمان امام المحكمة التي قدم اليها الطلب الاصلي.

16 – في المنازعات التي تقدم بين صاحب العمل وصاحب الاجر اذا كان العمل حاصلا في مؤسسة ثابتة امام محكمة المكان الواقعة في دائرة اختصاصها تلك المؤسسة، واذا كان العمل حاصل في مؤسسة غير ثابتة فيعود الاختصاص لمحكمة المكان الذي ابرم فيه عقد العمل.

17 – في القضايا المستعجلة امام المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها مكان المشكل التنفيذي او التدبير المطلوب.

ويعتبر **النزاع منطويا على عنصر اجنبي** اذا كان احد اطرافه شخص اجنبي او كان موضوعه تم في بلد اجنبي، وقد نصت على الاختصاص المحلي في حالة تواجد العنصر الاجنبي المادة 41 و 42 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ويستخلص منها حق المدعي في اختيار الجهة القضائية التي يقاضي فيها الطرف الآخر اذا ما كان النزاع منطويا على عنصر اجنبي، وهناك حالتين وهما:

حالة الاجنبي المتعاقد مع الجزائري: انه طبقا للمادة 41 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية انه يحق لكل جزائري تكليف الطرف الاجنبي امام المحاكم الجزائرية في حالتين:

الحالة الاولى: تخص تنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها الاجنبي مع الجزائري في الجزائر ولو لم يكن مقيما بالجزائر.

الحالة الثانية: وتخص العقود التي ابرمها الاجنبي مع الجزائري في بلد اجنبي.

حالة الجزائري المتعاقد في بلد أجنبي: _انه طبقا للمادة 42 من قانون الإجراءات المدنية فإنه يجوز تقديم كل جزائري للجهات القضائية الجزائرية بشأن التعاقدات التي أقامها في بلد أجنبي حتى ولو كانت مع أجنبي.

المطلب الثاني: كيفية التمسك بعدم الاختصاص الإقليمي:

إن القواعد الخاصة بالدفع بعدم الاختصاص الإقليمي تختلف عن تلك التي تتعلق بالدفع بعدم الاختصاص النوعي لكنهما يشتنازلان في كونهما دفعان شكليان.

الفرع الأول : طبيعة الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي:

أولا: القاعدة: إن المبدأ المستقر هو أن قواعد الاختصاص الإقليمي تهدف لتأمين مصلحة خاصة للمتقاضين، وليس لاعتبارات تتعلق بحسن سير العدالة بالتالي فهي لا تتعلق بالنظام العام

بالتالي تترتب على مخالفته دفع بعدم الاختصاص لا يتعلق بالنظام العام لأن هذه القواعد تهدف لتيسير التقاضي وذلك بتقريب المحكمة من محل إقامة المتقاضين أو مكان نشوء النزاع أو وجود المال المتنازع عليه[1].

و نص المادة 47 واضح وصريح في اعتبار الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي ليس من النظام العام حيث أكد على أنه في جميع الحالات الأخرى يجب أن يبدي الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفع أو دفاع آخر بمعنى أنه يسقط لو تم إبداؤه بعد تناول الموضوع مما يؤكد عدم تعلقه بالنظام العام عكس الدفع بعدم الاختصاص النوعي [2]. و هو ما أخذت به المحكمة العليا في قراراتها : "متى كان من المقرر قانونا انه يجوز لطرفي الخصومة الحضور باختيارهما امام القاضي حتى لو لم يكن مختصا محليا بنظر الدعوى، فان الاختصاص المحلي ليس من النظام العام"[3].

"من المقرر قانونا ان تحديد الاختصاص الاقليمي للموثق ليس من النظام العام، ومن المقرر ايضا ان توجه الشخص الى الموثق لتسجيل اعترافه بالدين لا يستلزم وضع النقود بين يديه" [4].

وبالرجوع لأحكام المادة 28 من قانون الإجراءات المدنية الملغى في فقرتها الأولى التي تجيز للخصوم الاتفاق على اختصاص محلي خلافا لقواعد الاختصاص الإقليمي لعدم تعلقها بالنظام العام الأمر الذي يجعل الدفع بها أيضا لا يتعلق بالنظام العام ، نجد أن المشرع الجزائري لم يخالف نص المادة المشار إليه أعلاه و إنما أبقى نفس القاعدة المتعارف عليها .

ثانيا: الاستثناء: توجد حالات يكون الغرض من تقرير قواعد الاختصاص الإقليمي فيها هو تحقيق حسن سير العدالة فتكون متعلقة بالنظام العام وتتمثل في:

---

[1] مولاي عبدالمالك و فنينخ عبد القادر، الدفع بعدم الإختصاص الإقليمي امام القاضي العقاري ، منشور بمجلة القانون العقاري و البيئة، جامعة مستغانم ، المجلد 7، العدد2 ،2019 ، ص 10.

[2] واسطي عبدالنور ، الدفع بعدم الإختصاص الإقليمي امام القاضي المدني (الواقع و المأمول)،مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون ب الدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر .

[3] قرار رقم 55.818 مؤرخ في 1989/01/08، م.ق 1990، ع 04، ص99.

[4] قرار رقم 49.898 مؤرخ في 1987/06/03، م.ق 1990، ع 03، ص36.

أ- تقدم المعارضة والتماس إعادة النظر إلى المحكمة التي أصدرت الحكم ولا يقبل الطعن بهذين الطريقين أمام محكمة أخرى حتى ولو كانت في نفس درجة المحكمة مصدرة الحكم.

ب- يرفع الاستئناف إلى المجلس القضائي الذي يشمل اختصاصه المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه[1].

ج – دعاوى رد القضاة حيث عينت المادة 43 و 44 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجهات القضائية المختصة بالفصل فيه تحديدا حسب كل حالة لا يجوز مخالفته،إن اعتبار الاختصاص الإقليمي في هاته الحالات متعلقا بالنظام العام لمساهمته في حسن سير مرفق العدالة ، يترتب عليه اعتبار الدفع به متعلقا بالنظام العام.

الفرع الثاني :مآل الدفع بعدم الإختصاص الإقليمي

لكل دفع من الدفوع التي ذكرت أو سيأتي الكلام عليها لاحقا لها آثار هذا ما سنتطرق إليه في هذا المطلب .

أولا : آثار اعتبار الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي لا يتعلق بالنظام العام:

تنص المادة 47 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على ان " الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي يجب ابداؤه قبل اي طلب او دفاع في الدعوى او رفع بعدم القبول والا سقط الحق فيه".

ويستفاد من ذلك ان قواعد الاختصاص الإقليمي لا تتعلق بالنظام العام وذلك لكونها لا تتعلق بالمصلحة العامة، وانما تتعلق بمصلحة الخصوم اذ روعى فيها تيسير التقاضي للمواطنين [2] ويترتب على ذلك:

1-انه يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفة قواعد الاختصاص الإقليمي ويكون اتفاقهم صحيحا وملزما لهم.

2-في الحالات التي ينص عليها في القانون على تخويل الاختصاص لمحكمة اخرى غير محكمة موطن المدعى عليه، فانه لا يجوز الاتفاق مقدما على ما يخالف هذا الاختصاص[1].

---

[1] نجومن سناء، المرجع السابق.

[2] عبدالعزيز اللصاصمة،مخالفة قواعد الاختصاص، وأثر الإحالة في تسهيل إجراءات التقاضي، المجلة الأردنية في العلوم القانونية والعلوم السياسية، المجلد 5، العدد 1، 2013،ص 186.

3-لا تقضي المحكمة في الاختصاص الإقليمي من تلقاء نفسها فهو لا يتعلق بالنظام العام.

4- قبول الخصم لاختصاص محكمة معنية غير مختصة محليا لا يشترط ان يكون صريحا، وإنما يمكن ان يستفاد ضمنا فسكوت المدعى عليه عن التمسك بالدفع بعدم الاختصاص الإقليمي وتعرضه للموضوع او إبدائه لدفع من الدفوع بعدم القبول يعتبر قبولا منه بعدم الاختصاص، يسقط حقه في التمسك بالدفع بعد ذلك [2]،وهو ما يؤكده قضاء المحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه أنه فيما يخص عدم اختصاص محكمة الحراش فكان من المفروض على الطاعنة أن تبدي هذا الدفع قبل أي دفع أو دفاع آخر في الموضوع ، " حيث انه فيما يخص عدم اختصاص محكمة "الحراش" فكان من المفروض على الطاعنة ان تبدي هذا الدفع قبل اي دفع او دفاع آخر في الموضوع"[3].

"من المقرر ايضا انه لا يجوز الدفع بالبطلان او بعدم صحة الاجراءات من خصم قد اودع مذكراته في الموضوع، ولما كان ثابتا –في قضية الحال– ان الطاعنة طالبت بنفسها حسم النزاع امام المحكمة وانها ما اثارت الدفع بعدم الاختصاص المحلي امام جهة الاستئناف وبعدها اجابت في موضوع الدعوى امام محكمة اول درجة، فان قضاة الاستئناف الذين قضوا بتاييد الحكم المستانف لديهم القاضي بتعيين خبير لمراقبة حسابات الطاعنة لم يخالفوا القانون"[4].

ثانيا : جواز الاتفاق على مخالفة قواعد الاختصاص الاقليمي:

"من المقرر قانونا انه يجوز لطرفي الخصومة دائما الحضور باختيارهما امام القاضي ولو لم يكن مختصا اقليميا بنظر الدعوى على ان يوقعا اقرارا بقبولهما التقاضي امامه، ومن ثم فان النعي على هذا القرار المطعون فيه بخرقه الإجراءات الجوهرية للتقاضي في غير محله.

ولما كان الثابت –في قضية الحال– ان الطرفين في الصفقة المبرمة بينهما اتفقا على محكمة التقاضي، ومن ثم فان قضاة الموضوع بقضائهم باختصاص المحكمة متفق عليها لم يخالفوا القانون"[5] .

---

[1] عثمان التكروري،المرجع السابق، ص 236.

[2] صاوي أحمد السيد ، المرجع السابق، ص251.

[3]قرار رقم 38.331 مؤرخ في 1985/11/04، م.ق 1989، ع 01، ص102.

[4]قرار رقم 55.818 مؤرخ في 1989/01/08، م.ق 1990، ع 04، ص99.

[5]حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص13.

"متى كان من المقرر قانونا انه يجوز لطرفي الخصومة الحضور باختيارهما امام القاضي حتى ولو لم يكن مختصا محليا بنظر الدعوى، فان الاختصاص الإقليمي ليس من النظام العام.

"من المقرر قانونا ان "العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين او للأسباب التي يقررها القانون"، ولما ثبت –في قضية الحال– ان طرفي العقد اتفقا على ان تكون محكمة الجزائر هي المختصة في حالة قيام النزاع حول تنفيذ العقد.

وبما أن قضاة الاستئناف بالغائهم الحكم المستأنف الصادر عن القسم التجاري لمحكمة "وهران" القاضي بعدم الاختصاص محليا يكونون قد تجاوزوا سلطتهم ولم يطبقوا القانون تطبيقا سليم"[1].

الفرع الثالث : شكل الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي والفصل فيه:

يجب أن يبدى هذا الدفع بعبارات صريحة تدل على أنه لا يقبل اختصاص المحكمة وأنه ينازع فيه فلا يكفي أن يشكك المدعى عليه في اختصاص المحكمة محليا بنظر النزاع أو أن يكتفي بإثبات أن ثمة محكمة أخرى هي المختصة محليا بنظره[2].

والأصل أنه يجب على المحكمة أن تفصل فيه على استقلال ما لم تأمر بضمه إلى الموضوع وفي هذه الحالة الأخيرة يجب عليها أن تبين ما حكمت به في كل منهما على حدة، كما يجوز للمدعى عليه هنا أن يبدي طلباته في الشكل والموضوع معا ولا يعتبر تعرضه للموضوع بعد ذلك مسقطا لحقه في الدفع الشكلي الذي سبق له وأن أبداه[3].

---

[1] قرار رقم 160.246 مؤرخ في 1998/02/17، م.ق 1998، ع 01، ص167.

2محمد العشماوي و عبد الوهاب العشماوي ،المرجع السابق، ص ص233،228.

[3] دالي بشير ، إثارة الدفوع من قبل أطراف الدعوى، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون ب الدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر .

الفصل الثاني : الدفوع غير الموضوعية المطلقة

وهذه الدفوع متعلقة بالنظام العام مما يعطيها أهمية خاصة تبيح لأي طرف من الأطراف التقدم بها في أي مرحلة من مراحل الدعوى ؛ ولأنها متعلقة بالنظام العام ، فانه يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أن تثيرها حتى في حالة عدم تمسك الخصوم بها ، إن أهم ما يلاحظ على هذه الدفوع ، انها لا تتعلق فقط بمصلحة الخصوم بل انها تمس نظام التقاضي ذاته مما دفع المشرع الى الحرص على عدم تفويت فرص عرضها على المحكمة في أية مرحلة كانت عليها الدعوى وإذا ما تعمد الخصوم أو اقتضت مصلحتهم إغفال التمسك بها فنجد أن المشرع أوجب على المحكمة ذاتها ومن تلقاء نفسها إثارتها.

المبحث الأول: الدفوع المتعلقة بالخصومة

قد تختص أكثر من محكمة بدعوى واحدة، كما إذا تعدد المدعى عليهم وكانت مواطنهم متعددة أو إذا اتفقوا على موطن مختار لتنفيذ عقد فيرفع المدعي دعواه أمام محكمة مختصة ثم يرفعها أمام محكمة أخرى مختصة قبل الفصل في الدعوى الأولى لعدم رضاه عن اتجاه المحكمة الأولى في تحقيق القضية المرفوعة أمامها. أو ترفع دعويين لقسمة عدة عقارات يقع في نطاق أكثر من محكمة والأمثلة كثيرة التي تجعل الخصوم يرفعون أكثر من دعوى أمام عدة محاكم مختصة [1]، هذه الحالة ينشأ عنها حق المدعى عليه في الدفع بالإحالة الذي يقصد به منع المحكمة من الفصل في الدعوى وإحالتها إلى محكمة غير تلك المطروح أمامها النزاع ويحصل التمسك به في حالتين: حالة ما إذا كان ذات النزاع مطروحا أمام محكمتين تابعتين لنظام قضائي واحد، وحالة ما إذا كان النزاع المطروح أمام محكمتين بينه وبين نزاع مطروح على محكمة أخرى ارتباط يجعل من المصلحة الجمع بينهما لتسهيل الفصل فيهما ومنع تعارض الأحكام، وإذا كان الدفع بالإحالة هو دفع شكلي له

[1] عادل اللوزي،سلطة القاضي الأردني في الحكم بالإحالة لعدم الاختصاص، مجلة المنارة، المجلد 13، ع8، 2007، ص 179.

نفس هدف الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي من منع المحكمة المعروض عليها النزاع من الفصل فيه، فإنه كذلك يجب إبداؤه قبل أي دفع أو دفاع آخر في الموضوع وإلا سقط الحق فيه[1]

وقد تناول المشرع الجزائري الدفوع بالإحالة في القسم الثاني من الفصل الثاني المعنون ب الدفوع الشكلية من الباب الاول المعنون بوسائل الدفاع في المواد من 53 – 58 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري اللتان تناولتا الدفع بالإحالة لوحدة الموضوع والدفع بالإحالة للارتباط.

المطلب الأول:الدفع بالإحالة لوحدة الموضوع و الإرتباط:

يقتضي حسن سير العدالة عدم جواز إقامة دعويين عن نفس الموضوع أمام محكمتين في درجة واحدة ومن نفس النوع ، ولو كان الاختصاص منعقدا لكل منهما، لما في ذلك من مضيعة للوقت والجهد والنفقات، وتفاديا للتناقض المحتمل بين الإحكام في الموضوع الواحد فقد أجاز المشرع في مثل هذه الحالة أن يطلب الخصم إحالة الدعوى الثانية لتنظرها المحكمة الأولى لوحدة الخصوم والمحل والسبب[2]، لذلك نص المشرع الجزائري في المادة 54 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري على أنه إذا سبق تقديم طلب أمام محكمة أخرى في الموضوع جاز إحالة الدعوى بناءا على طلب الخصوم. وذلك في شكل دفع شكلي، حيث وبإبداء هذا الدفع تصبح المحكمة الثانية التي رفعت لها نفس الدعوى غير مختصة بموجب الطلب المقدم أمامها[3].

الفرع الأول: شروط الدفع بالإحالة لوحدة الموضوع:

لكي يحق للخصم أن يدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى تنظر أمامها دعوى سابقة عن نفس الموضوع يجب توافر أربعة شروط هي:

---

[1] علي أبو عطية هيكل، الدفع بإحالة الدعوى في قانون المرافعات، مصر، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005،ص 153.

1 عطا الله عمر فتحي،مدى التزام محاكم مجلس الدولة بالأحكام الصادرة بالإحالة من محاكم القضاء العادي،مجلة التنمية الإدارية، مصر، س30، ع140، 2003 ،ص ص 17-19.

2محمد ابراهيمي ، ج 1، المرجع السابق، ص ص 65-66.

أ- وحدة الدعوى: أي يجب أن تشكل القضيتان دعوى واحدة بأن يكون لهما موضوع واحد، وسبب واحد.[1]

ب- قيام دعويين أمام محكمتين مختلفتين وفي نفس الوقت.

ج- إتحاد الخصوم.

د- أن تكون المحكمتين تابعتين للقضاء العادي.

هـ- أن تكون المحكمتين مختصتين محليا ونوعيا بنظر النزاع

بعد توفر هذه الشروط، والدفع بالإحالة أمام المحكمة لا يكون أمام القاضي سوى البت فيه على وجه السرعة.

أولا: النظام القانوني للدفع بالإحالة لوحدة الموضوع : يقتضي منا من خلال هذا العنصر دراسة طبيعة هذا الدفع وإجراءات الفصل فيه.

بناء على نص المادة 54 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري التي نصت على أن الدفع بالإحالة لوحدة الموضوع يثار بناء على طلب الخصوم، و منه يمكننا القول أن هذا الدفع ليس متعلقا بالنظام العام و لا يجوز للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها بالتالي من المفروض أنه لا يصح لغير المدعى عليه أن يتمسك به، ولا يجوز للمدعي أن يتمسك به إذ في استطاعته أن يتخلص من هذا الموقف بتنازل إحدى الدعويين[2]

لذلك كان على المشرع أن يحدد في نص المادة 54 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري أن التمسك بهذا الدفع هو حق للمدعى عليه وحده ولا يجوز للمدعي الدفع به لأن عبارة " بناء على طلب الخصوم" جاءت عامة تشمل المدعي والمدعى عليه، كما يترتب على اعتبار الدفع

[1] عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص ص 34، 35.

[2] أبوالرب فاروق يونس،المدخل في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001، ط1، 2002، ص 167.

بالإحالة لوحدة الموضوع ليس من النظام العام، أنه يجب إبداؤه قبل أي دفع أو دفاع آخر في الموضوع[1].

ان الفقرة الثانية من المادة 54 التي تجيز للقاضي أن يتخلى عن الفصل تلقائيا إذا تبين له وحدة الموضوع هذه الحالة يمكن تطبيقها فقط متى كانت القضايا ذات الصلة معروضة أمامه ، أما إذا كانت هذه القضايا معروضة على جهات قضائية متباعدة فإن تطبيقها غير ممكن ذلك أنه ليس بإمكان القاضي أن يعلم بتواجد قضايا ذات صلة بتلك المتواجدة أمامه و بالتالي كان لازما في هذه الحالة أن يتدخل المدعى عليه لإحاطته علما بتلك القضايا .

ثانيا- إجراءات الفصل في الدفع بالإحالة لوحدة الموضوع : يثار هذا الدفع من قبل المدعى عليه في الدعوى الثانية طالبا إحالة هذه الدعوى إلى المحكمة الأولى للفصل فيهما بحكم واحد لوحدة الدعويين. حيث يتم تحديد المحكمة صاحبة الحق في الفصل في الموضوع بالنظر للتاريخ الأسبق في قيد الدعويين فإن كان تاريخ قيدهما نفسه فنأخذ بتاريخ أول جلسة [2]، وبديهي أنه طالما لم يدفع أمام المحكمة الثانية بهذا الدفع ولم يظهر من الوثائق ما يشير إليه، فإنه على المحكمة الثانية أن تفصل في القضية المطروحة أمامها بصفة عادية[3].

أما إذا تم الدفع بالإحالة لوحدة الموضوع فعلى المحكمة الثانية أن تفصل فيه فإن قبلته تقوم بإحالة القضية إلى المحكمة التي رفع أمامها النزاع أولا وفي حالة منازعة المدعي في القضية الثانية في الإحالة مدعيا أن المحكمة الثانية لا تفصل في مسألة الاختصاص بل تحيل الدعوى إلى المحكمة الأولى التي تفصل فيها وعلى هذه الأخيرة عند إحالة القضية عليها أن تلتزم بنظرها أي تتقيد بهذه الإحالة، وتجدر الإشارة إلى أنه يجب تنفيذ أمر الإحالة فورا دون انتظار إعلانه، ويؤدي

1محمد ابراهيمي،جزء 1،المرجع السابق،ص 65.

[2]يونس محمود مصطفى، نظرات في الإحالة لعدم الاختصاص القضائي، ط 1، دار النهضة العربية ،القاهرة ،1998،ص 103.

[3]الطزيز معاذ ، قواعد إحالة الدعوى المدنية من محكمة النقض إلى محكمة الموضوع، مجلة مساواة، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاة "مساواة"، عدد 2009،ص 183.

صدوره إلى انقضاء الخصومة أمام المحكمة الثانية [1]،أما إذا رفضت المحكمة الثانية الدفع الشكلي بالإحالة لوحدة الموضوع فيعتبر وكأنه لم يقدم ويتم نظر الدعوى أمامها طبقا للإجراءات العادية للفصل في الخصومة[2].

في الأخير تجدر الإشارة إلى أنه فيما يخص التطبيقات القضائية لهذا الدفع يمكن القول أن نص المادة 54 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري ولد ميتا لأنه عمليا لا يؤخذ به، لذلك لم نتمكن من الحصول على أي قرار ولا حكم يتعلق به، فالمتقاضين يجهلون هذا النص وحتى لو أثار أحدهم وجود نفس النزاع أمام محكمة أخرى فإنه يثيره في إطار المناقشات فقط دون أن يجسده في شكل دفع شكلي بالإحالة لوحدة الموضوع. وطبعا المشرع صريح عندما قصر هذا الحكم على الخصوم ولم يجز للمحكمة إثارته تلقائيا مما يجعل المجال العملي فقير في إعمال الدفع بالإحالة لوحدة الموضوع.

الفرع الثاني: الدفع بالإحالة للإرتباط:

يعتبر الدفع بالإحالة للإرتباط ضمن الدفوع الشكلية التي نص عليها المشرع ضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

أولا : تـعريف الإرتباط: يتحقق الارتباط عندما يكون بين الدعويين صلة تجعل الفصل في إحداهما مؤثرا على وجه الحكم في الأخرى، حيث أن تنازل كل دعوى تسير في طريق مستقل عن الأخرى، قد يؤدي في النهاية إلى صدور أحكام متناقضة في الموضوع الواحد [3]،وقد نص المشرع الجزائري على الدفع بالإحالة للارتباط في المادتين 55 و 56 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد .

إن وجود الارتباط من عدمه، وتحديد مفهومه متروك للسلطة التقديرية للقاضي، ولاجتهاد الفقه، حيث قد عرف الدكتور عبد الحكيم فوده الارتباط بأنه: صلة وثيقة بين الدعويين

---

[1] المصري محمد وليد هاشم،شرح قانون أصول المحاكمات المدنية،عمان، دار قنديل للنشر والتوزيع،د ب ،2003،ص .143.

2عبد الحكيم فودة ، المرجع السابق، ص39.

[3] محمد العشماوي و عبد الوهاب العشماوي،المرجع السابق،ص 260.

تجعل من المنطق والعدالة جمعهما سويا أمام محكمة واحدة، حتى تحيط المحكمة بكافة الوقائع والمستندات اقتصادا للوقت والنفقات والجهد، ومنعا من تضارب الأحكام.

كما عرفه جانب من الفقه بأنه صلة وثيقة بين دعويين يجعل من المناسب ومن حسن سير العدالة جمعهما أمام محكمة واحدة لتحققهما وتحكم فيهما معا منعا من صدور أحكام لا توافق بينهما[1].

ثانيا: النظام القانوني للدفع بالإحالة للإرتباط: سوف نحاول من خلال هذا العنصر تناول شروط الدفع بالإحالة للارتباط وطبيعته القانونية.

1 شروط الدفع بالإحالة للارتباط: للدفع بالإحالة للارتباط لابد من توفر مجموعة من الشروط نذكرها على النحو التالي .

أ- توافر الارتباط بين الدعويين: قد يقوم الارتباط بسبب وحدة الموضوع أو وحدة السبب بالتالي لا يشترط لقيامه، أن يكون السبب أو الموضوع واحدا في الدعويين .

ب-أن تكون المحكمتان المحيلة والمحال إليها مختصتان بنظر الدعوى [2].

ج- أن تكون الدعويين قائمتين بالفعل أمام المحكمتين [3].

د- أن تكون المحكمتان من درجة واحدة.

2- الطبيعة القانونية للدفع بالإحالة للإرتباط: مادام أن المشرع قد جمع الدفعين وتطرق اليهما مع بعض فإنهما يخضعان لنفس القواعد [4]، وطبقا لذلك وباعتبار الدفع بالإحالة للارتباط من الدفوع الشكلية التي لا تتعلق بالنظام العام فإنه يتعين إثارته قبل تناول الموضوع وإلا سقط الحق في إبدائه بالتالي فحق التمسك به ممنوح للمدعي والمدعى عليه ولا يجوز للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها لعدم تعلقه بالنظام العام وهو ما تؤكده المادة 55 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية [5]،عكس القانون اللبناني الذي أورد حكما خاصا بالدفع بالإحالة للارتباط من خلال نص المادة 57 من قانون أصول

---

[1] أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص 119.

[2] منير محمد الجنبيهي و ممدوح محمد الجنبيهي،المرجع السابق، ص ص .78،79

[3] محمد العشماوي و عبد الوهاب العشماوي، المرجع السابق، ص 262.

[4] محمد براهيمي ،جزء2، المرجع السابق، ص .66

[5] عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص 45.

المحاكمات فمع أنه دفع شكلي إلا أنه يجوز الإدلاء به في أية حالة كانت عليها الدعوى وذلك ما لم يتضح أنه أدلى به في وقت متأخر بقصد الإطالة في أمد المحاكمة فتقرر المحكمة عندئذ رفضه[1].

3-المحكمة التي يقدم أمامها الدفع بالإحالة للإرتباط: يقدم أمام أي محكمة من المحكمتين، حيث تختص المحكمة المقدم إليها الدفع بالفصل فيه، وهي ليست ملزمة بقبوله حتى ولو تبين لها وجود ارتباط بين الدعويين، بل لها حق رفضه إذا تبين أن المحكمة الأخرى غير مختصة بنظر الدعوى أو أن إجراءات القضية قد أشرفت على النهاية وأصبحت مهيأة للفصل فيها أو أن مصلحة العدالة أو مصلحة الخصوم تتعارض مع الإحالة [2]، تجدر الإشارة في الأخير إلى القول أنه قد لا يكتشف أحد الخصوم هذا الارتباط إلا بعد تناول الموضوع عندئذ لا يمكن بداهة القول بأن تناول الموضوع يعتبر تنازلا عن الدفع بالإحالة للارتباط، وعليه فيجوز إبداء هذا الدفع رغم سبق التكلم في الموضوع طالما أن الحق في الدفع لم ينشأ إلا متأخرا [3].

4: تمييز الدفع بالإحالة للارتباط عن الدفع بالضم :رغم كونهما يعتبران دفعان شكليان إلا أن ذلك لا يعني مطلقا أنهما نفس الدفع، إذ تناول المشرع الجزائري الدفع بالإحالة للارتباط في المادة 55 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري وجعله دفعا لا يتعلق بالنظام العام ويقوم في حالة وجود ارتباط بين دعويين على مستوى محكمتين، على خلاف الدفع بالضم فقد تناوله المشرع الجزائري في المادة 58 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري في حالة وجود ارتباط بين قضايا مطروحة على نفس المحكمة حيث أجاز الدفع به من قبل المحكمة تلقائيا[4] .

وقد أخلط البعض بين الدفع بالإحالة وبين الدفع بالضم رغم صراحة المواد التي تناولت هذين الدفعين لذلك نجد الأستاذ عمر زودة في تعليقه على قرار صادر عن المجلس الأعلى يؤكد على اختلاف الدفع بالإحالة للارتباط عن الدفع بالضم بقوله:إن قضاءنا لا يعرف الدفع بالإحالة إلا في حالتين[5]:

---

[1] أحمد هندي ، المرجع السابق، ص .226

[2] القضاة مفلح عواد ، المرجع السابق ، ص ص264 265.

[3] عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص 46.

[4] عبد السلام ذيب ، المرجع السابق ، ص .76

[5] فريجة حسين ، المرجع السابق ، ص 83.

الحالة الأولى: هي قيام ذات النزاع أمام محكمتين.

الحالة الثانية: وتتمثل في وجود ارتباط بين عدة قضايا جارية أمام محكمتين مختلفتين ، فالنتيجة إذن هي أن الدفع بالضم دفع مستقل عن الدفع بالإحالة للارتباط وله أحكامه الخاصة[1].

ومن تطبيقات المحكمة العليا بالنسبة للإحالة للارتباط نجد القرار رقم 103633مؤرخ في 1992/01/19 جاء فيه:

"عن الوجه الثالث المأخوذ من مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات وانعدام الأساس القانوني وهذا كون أنه ونظرا للارتباط الموجود بين قضية الحال الهادفة إلى تسديد مبلغ مقابل أموال شائعة والقضية التي سبق للطاعن أن أقامها بقصد البحث عن وجود مشاركة وتقسيم الأرض وتصفية حسابات القاعدة التجارية والتي هي الآن مطروحة على المحكمة العليا عن طريق الطعن بالنقض.

وهو الارتباط المنصوص عليه في المادتين 91-92 من قانون الإجراءات المدنية كان ينبغي على مجلس قضاء باتنة أن يرفض الدعوى الراهنة أو يصرف المدعية أمام الجهة القضائية التي عرضت أمامها الدعوى الأولى أو يوقف الفصل ريثما يصدر حكم المحكمة العليا. لكن حيث أن الطاعن أثار لأول مرة أمام المحكمة العليا بمناسبة الطعن بالنقض الحالي الدفع بالارتباط المزعوم ولهذا لا يجوز للجهة القضائية العليا أن تناقش الدفع المذكور لأول مرة وبالتالي الوسيلة الثالثة غير منتجة"[2].

المطلب الثاني :الدفوع الشكلية المتعلقة بإجراءات وعوارض الخصومة

إن القانون القضائي الجزائري يعتمد كثيرا على أعمال شكلية و إجرائية و يتعين على الخصوم إتباعها و مراعاتها و إلا كانت الإجراءات غير سليمة و يترتب على ذلك إبطال الدعوى، و الأعمال الشكلية تتمثل في الإجراءات التي يقوم عليها رفع الدعوى و سيرها و الشكل الإجرائي قد

[1] عمر بن سعيد،المرجع السابق،ص 72.

[2] يوسف دلاندة، المرجع السابق.ص82.

يكون مظهرا للعمل الإجرائي ذاته، بمعنى يكون داخلا في تكوينه وشرطا لصحته، و قد يكون ظرفا أو وضعا للعمل الإجرائي يتعين توافره عند مباشرة الإجراء فلا يصح دونه[1].

الفرع الأول : الدفع المتعلق بمخالفة إجراءات الخصومة

يقصد بالشكل كمظهر للعمل الإجرائي أن يكون عنصرا فيه و جزءا متمما له كبيانات عريضة افتتاح الدعوى فالشكل يتخذ مع النشاط الإجرائي ويصبح جزءا منه فلا يصح الإجراء إلا إذا أفرغ في القالب الذي يطلبه المشرع و سوف نحاول إبراز الأعمال الإجرائية التي يكون البطلان هو أثر تخلفها [2]

أولا:أهليــة الاختصام

إن توفر أهلية التقاضي أمر أساسي بالنسبة لكل خصم مدع كان أو مدعى عليه.حيث تؤكد المادة 459 قانون الإجراءات المدنية،أنه لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن حائزا لأهلية التقاضي وتتوفر هذه الأخيرة ، في القانون الجزائري في كل شخص بلغ سن الرشد و كان متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه[3] .

و في رأيينا أخفق المشرع عندما لم يذكر الأهلية ضمن نص المادة 13 من القانون 09/08 و التي حملت بين طياتها شروط رفع الدعوى و كان من الأحسن أن يحافظ على نفس المادة المطورة في القانون الملغى.

إن أهلية التقاضي مسألة ذات أهمية يترتب على تخلفها بطلان إجراءات الدعوى لتعلقها بالنظام العام حيث يجوز للخصم الدفع بالبطلان لعدم توفرها كما أنه للمحكمة حق إثارة هذا الدفع

[1] محمد بركات ، عوارض الخصومة في ظل القانون 09/08، منشور بمجلة المفكر ،جامعة بسكرة ، المجلد 7، العدد1 ،2012 ، ص 43.

[2] إبراهيم حرب محيسن ، النظرية العامة للدفوع المدنية ، دار الفلاح ، الأردن ،2008،.ص261.

[3] سعيد سيف السبوسي ، عوارض الخصومة القضائية وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم 11السنة 1992 وتعديلاته(دراسة وصفية تحليلية)،منشور بمجلة الحقوق و العلوم الإنسانية ،جامعة الجلفة ، المجلد 12، العدد2019،1 ، ص 430.

من تلقاء نفسها و يتم هذا الدفع في أية مرحلة كانت عليها الدعوى ولو بعد تناول الموضوع بل و يؤدي تغير الأهلية أثناء سريان الخصومة إلى انقطاعها وسوف نعالج هذه النقطة لاحقا [1].

و أمام أهمية شرط الأهلية لصحة إجراءات التقاضي نجد أن المحكمة العليا أعطت لهذه المسألة عناية نكتشفها من خلال قراراتها العديدة منها:

قرار رقم274-149 مؤرخ في 1997/12/09 مجلة قضائية 1998 عدد 01 ص 139 جاء فيه:" أنه من المقرر قانونا أنه لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن جائزا لصفة و أهلية التقاضي و له مصلحة في ذلك.

و من المقرر أيضا أنه يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان ملازما لصفة الإنسان وذلك في الحدود التي يقررها القانون".

و لما ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما لم يحرصوا على توفر شرط الصفة و الأهلية للفرع النقابي و الذي يعد من النظام العام لرفع الدعوى يكونوا قد خرقوا القانون وعرضوا بذلك قرارهم للنقض "

ثانيا : الوثائق الإجرائيـة:

يجب عند رفع الدعوى أن تتوفر مجموعة من الوثائق الإجرائية هي على النحو التالي

1: تحرير و إيداع العريضة الافتتاحية للدعوى:

تبدأ الخصومة القضائية بالمطالبة القضائية،هذه الأخيرة تعتبر أول عمل في الخصومة ، وهي عمل إجرائي موجه من المدعي أو ممثله إلى المحكمة.يقرر فيه وجود حق أو مركز قانوني معين اعتدي عليه و يعلن رغبته في حمايته بإحدى صور الحماية القضائية في مواجهة المدعي

[1] عزمي عبدالفتاح، نحو نظرية عامة لفكرة الدعوى أمام القضاء المدني، ط 1، مطبعة مكتبة جامعة الكويت، الكويت، 1986 ، ص .153.

عليه.و يكون استعمال المدعي للمطالبة رفعا للدعوى أمام القضاء لنظرها، بهذا فالمطالبة القضائية تكون صحيحة إذا توافرت فيها باعتبارها عملا إجرائيا المقتضيات الموضوعية و الشكلية[1].

يتم اتصال المدعي و لجوؤه للقضاء عن طريق إيداع عريضة افتتاح الدعوى لدى المحكمة طبقا لنص المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية [2]، فكل شخص يريد أن يدعي أمام القضاء عليه أن يودع عريضة لدى أمانة ضبط المحكمة متضمنة البيانات اللازمة التي ترفع الجهالة عن صفة المدعي عليه و المدعي، و هو موضوع الدعوى لذلك يجب عادة أن تشتمل العريضة الافتتاحية على البيانات التالية: بيان وقائع الدعوى و أسبابها والأدلة المؤيدة لها و مطالب المدعي، بيان المستندات المرفقة مع تحديد اسم المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى و اسم المدعي و المدعى عليه أو من يمثله قانونا، لقبه و مهنته وعنوانه، مع بيان تاريخ تقديم العريضة مع توقيع المدعي أو من يمثله قانونا[3]

إن إمكانية تصحيح العريضة الافتتاحية و تكملة النقص فيها الذي ساد العمل به في القضاء بسبب عدم تحديد البيانات اللازمة فيها، حيث اقتصر نص المادة 12 من القانون الملغى على مجرد ذكر اشتمال العريضة على التاريخ و توقيع المدعي دون أية عبارة إجبار و إلزام تفيد بطلان العريضة لتخلف أحد هذه البيانات هذا الفراغ عالجه المشرع من خلال المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فهدم احتواء العريضة على بيانات جوهرية تعتبر مبادئ قانونية في الإجراءات المدنية كوجوب تحديد صفة المدعي و المدعي عليه و غيرها من الشروط يترتب على تخلفها عدم قبول الدعوى و قضاء المحكمة العليا صريح في هذا المجال.

أ-بالنسبة لذكر أسماء و صفات الأطراف في العريضة الافتتاحية: ففي قرار للمحكمة العليا جاء فيه:" أنه من المقرر قانونا أن عريضة افتتاح الدعوى يجب أن تتضمن أسماء و صفات الأطراف و إلا تعرضت للبطلان و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للإجراءات الجوهرية في القانون و لما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة الموضوع أهملوا دفع الطاعن ببطلان الإجراءات لجهل أسماء الورثة واقتصروا على القول بأنه لا داعي لذكر جميع الأسماء ما دامت

[1] مفلح عواد القضاه، المرجع السابق،ص 192.

[2] عمر بن سعيد، المرجع السابق، ص30.

[3] محمد بركات، المرجع السابق، ص 47.

هناك محامية تمثل جميع الورثة فإنهم بقضائهم كما فعلوا خرقوا أحكام المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[1] .

أما فيما يخص باقي البيانات فالقضاء غني فيما تضمنه من قرارات تحدد مدى أهميتها من عدمها و معظمها لا تؤدي إلى البطلان.

2:التكليف بالحضور: إن لجوء المدعي إلى المحكمة بإيداعه للعريضة الافتتاحية يستلزم إتخاد إجراء مكمل يتمثل في وجوب تكليفه للمدعي عليه للحضور لجلسة المحاكمة بواسطة التكليف بالحضور مرفوق بنسخة من العريضة الافتتاحية ، هذا الإجراء له أهمية فيما يخص احترام حقوق الدفاع بالنسبة للخصم الأخر ، بالإضافة لتأثيره المباشر على انعقاد الخصومة من عدمه ، و نحن في هذا العنصر نتناول التكليف بالحضور من حيث البيانات الواجب توفرها فيه و مواعيد إعماله و أثر تخلفها على صحة الإجراءات [2]،نصت المادة 18 من قانون الإجراءات المدنية و الادارية على مضمون التكليف .

أ-صفة المسلم له التكليف: حددت المادة 19 من القانون 09/08 الخصوم من أجل استلام محضر التبليغ في حين حددت المادة 410 من القانون نفسه أنه في حالة استحالة التبليغ الرسمي شخصيا للمطلوب تبليغه فيمكن تبليغ أحد افراد عائلته إذا تم في موطنه الأصلي للمعني بالأمر أو المقيمين معه أو في موطنه المختار في حين حددت المادة 23 من قانون الإجراءات المدنية الأشخاص الذين يسلم لهم ورقة التكليف و يكون ذلك تكليفا صحيحا [3] حيث نصت على أنه:" يصح تسليم التكليف بالحضور إما إلى الشخص المطلوب و إما إلى أحد أقاربه أو تابعيه أو البوابين و أي شخص أخر يقيم بالمنزل نفسه و في حالة عدم وجود موطن فإن التبليغ في محل الإقامة يعد بمثابة التبليغ في الموطن ،و يكون تبليغ الشخص المعنوي بمثابة التبليغ للشخص المطلوب تبليغه إذا تم إلى ممثله القانوني أو إلى مفوض عن هذا الأخير أو إلى أي شخص أخر مؤهل لهذا

[1] قرار مؤرخ في 1985/03/04، ملف رقم 34899 ،م ق لسنة ،1990 العدد 1 ،ص 38.

1 عمر بن سعيد، المرجع السابق، ص 30،31.

[3] يحياوي عبد المالك وخليل عمر ، المرجع السابق، ص 441.

الغرض، إذا استحال تبليغ الشخص المطلوب تبليغه، فتسلم ورقة التبليغ إما في موطنه و إما في محل إقامته، إن لم يكن له موطن معروف في الجزائر .

و تطبيقا لهذه المادة نجد القرار المؤرخ في 1990/02/24 ملف رقم 65.766 المجلة القضائية لسنة 1991 العدد الثاني ص 102 جاء فيه:" أنه متى كان من المقرر قانونا أنه يصح تبليغ التكليف بالحضور لأي شخص يقيم بالمنزل أو إلى أحد التابعين ،فإن تبليغ التنبيه بالإخلاء إلى شخص أخر وجد بالمحل إجراء سليم ،و من ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غير صحيح ، لما كان ثابتا –في قضية الحال–أن قضاة الاستئناف لما أجابوا بأن التنبيه بالإخلاء بلغ إلى أحد عمال صاحب المحل واعتبروا وجود هذا الشخص في المحل قرينه على أن هناك علاقة بصاحب المحل ، بقضائهم كما فعلوا يكونوا قد طبقوا صحيح القانون واستوجب رفض الطعن" [1]

كل هذه المعطيات تؤكد سعي المشرع لتيسير استعمال الأشخاص لحقهم في اللجوء للقضاء حيث لم يحصر المشرع تسليم التكليف إلى المعني شخصيا بل وسع من دائرة من الأشخاص الذين يمكن تسلمهم إياه و يعتبر ذلك إجراء صحيح لا يشوبه البطلان[2].

عدم استلام أي من هؤلاء الأشخاص التكليف يجعل الحكم الصادر في القضية يخرق القانون و هو ما ذهب إليه قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1987/02/07 ملف رقم 46.757 المجلة القضائية لسنة 1991 العدد 02 ص 50 الذي جاء فيه: " من المقرر قانونا أن الشخص لا يعتبر متغيبا عن الحكم و يحكم عليه بهذه الصفة إلا إذا توصل بالاستدعاء أو افترض علمه بالدعوى المرفوعة عليه، إتباعا للقواعد المنصوص عليها في المادة 22 و ما بعدها من قانون الإجراءات المدنية ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقواعد الجوهرية للإجراءات، لما كان من الثابت في قضية الحال أن الحكم القاضي بالتطليق المؤيد لقرار المجلس لم يتبين منه استلام الطاعن للاستدعاء،ومن ثم يعتبر غير عالم بالدعوى مع غياب توفر الإجراءات القانونية المنصوص

[1] حمدي باشا ، المرجع السابق ، ص 62

[2] بهلول نادية، المرجع السابق.

عليها بالمواد 22 و ما بعدها من قانون الإجراءات المدنية، خرقوا القواعد الجوهرية في الإجراءات واستوجب نقض القرار المطعون فيه"[1].

ب-مواعيد التكليف بالحضور :حددتها المادة 16 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي جعلت مهلة 20 يوما على الأقل من تاريخ تسليم التكليف بالحضور إلى اليوم المعين للحضور،و إذا لم يكن للشخص المبلغ بالحضور موطن أو محل إقامة في الجزائر فتكون المهلة المذكورة ثلاثة أشهر إذا كان يقيم في بلاد أخرى[2].

الفرع الثاني: الدفع المتعلق بالعارضان المانعان من السير في الخصومة :

من النادر أن تنتهي القضية في أول جلسة تعرض فيها على المحكمة ويغلب مضي فترة طويلة أو قصيرة بين افتتاح الخصومة وانتهائها العادي بالفصل في موضوع النزاع[3]، وفي هذه الفترة قد يقع من الحوادث مامن شأنه إنهاء الخصومة أو وقف سيرها ومن بين هذه الطوارئ ما يقع مستقلا عن إرادة الخصوم ومنها ما يقع بإرادتهم حيث يترتب عليه انحراف الخصومة عن طريقها العادي الذي كانت تسير فيه وانتهاؤها في بعض الأحيان بغير حكم يصدر في موضوعها[4].

لقد عالج المشرع الجزائري هذه الطوارئ وحرص على أن يضع لها قواعد في قانون الإجراءات المدنية ويتعلق الأمر بالعارضان المانعان من السير في الخصومة وهو ما سنتناوله في هذا الفرع والعارضان المهنيان للخصومة اللذان سوف نتطرق لهما في الفرع الموالي.

أولا : الدفع المتعلق بوقف الخصومة : قبل تناول هذا الدفع لا بد من تعريف الوقف وأسبابه.

1: مفهوم الوقف: إن البحث في ماهية الوقف يستلزم تعريفه ،و تفصيل أسبابه كما يلي:

[1] حمدي باشا، المرجع السابق، ص 66

2 عمر بن سعيد، مرجع سابق،ص 40،41.

3جيلالي عبد الحق ، عوارض الخصومة القضائية و الجزاء الإجرائي المترتب عنها في التشريع الجزائري، مقال منشور بمجلة قبس للدراسات الإنسانية و الإجتماعية ،جامعة الوادي ، المجلد 36، العدد2019،2 ، ص 801.

[4]يحياوي عبد المالك وخليل عمر، مرجع السابق، ص446

أ- **تعريف الوقف:** يقصد بوقف الخصومة وقف سيرها فترة من الزمن مع بقائها قائمة ومنتجة لآثارها ويحصل لأسباب لا علاقة لها بمركز الخصوم وصفاتهم بها والخصومة الموقوفة تدخل في حالة ركود يستبعد فيها أي نشاط حتى ينتهي الوقف وإن ظلت الخصومة قائمة [1].

ب- أسباب الوقف: لم يوردها المشرع أي قانون الإجراءات المدنية على سبيل الحصر إنما تناولها في نصوص متفرقة نبينها فيما يلي:

ب1 - الوقف بحكم القانون: وفيه يتحقق الوقف بمجرد توافر سببه دون حاجة إلى قرار به من المحكمة وقد يحصل مثلا أنه إذا قام سبب من هذه الأسباب أن تقرر المحكمة وقف الخصومة . حيث لا يعدو عمل المحكمة هذا أن يكون تقريرا لأمر واقع بحكم القانون فليس للمحكمة أية سلطة في تقريره لذلك تعتبر الخصومة موقوفة لا من يوم حكم المحكمة بالوقف وإنما من يوم قيام السبب الموقف بقوة القانون فالحكم هنا مقر لوقف وليس منشئ له ومن ذلك [2]:

* نجد حالة وقف الخصومة أمام القاضي المدني لحين الفصل في الدعوى العمومية [3].

*كذلك نجد حالة تنازع الاختصاص بين القضاة، حالة مخاصمة القضاة [4].

* حالة تقديم دفوع الاستمهال: وهي تلك التي يقدمها الخصم بهدف طلب مهلة لإجراء عمل معين على أن تتوقف الخصومة أثناء تلك المهلة من أمثلة هذه الدفوع: الدفع بتدخل الضامن، الدفع بتدخل الوارث أو الزوج المتبقي [5].

ب2- الوقف القضائي بحكم المحكمة:

الوقف هنا يحصل بحكم المحكمة بمعنى أن حالة الوقف لا تنشأ إلا بحكم المحكمة وكل إجراء يتخذ في الدعوى قبل الحكم بالوقف يعتبر صحيحا وآثار الوقف لا تبدأ إلا منذ حكم المحكمة،

[1] محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي، المرجع السابق، ص ص 372،373.

[2] أحمد هندي، المرجع السابق، ص 285.

[3] محمد إبراهيمي ، المرجع السابق، ج 2، ص 106.

[4] عمر بن سعيد، المرجع السابق، ص 204.

[5] محمد ابراهيمي، نفس المرجع، ص ص 67،69.

فيكون لها أن تأمر بوقف الخصومة كلما رأت تعليق حكمها في موضوعها على الفصل في مسألة أخرى لذلك يشترط لتقرير الوقف القضائي مايلي [1]:

يكون الفصل في المسألة الأخرى ضروري للفصل في الخصومة ولا يكفي مجرد الارتباط وللمحكمة سلطة تقديرية في ذلك ويجب تثار كمسألة أولية في الخصومة [2]

الأمثلة عن المسألة الأولية مسألة دستورية القانون المراد تطبيقه في الدعوى الأصلية فإذا رفعت أمام إحدى المحاكم وأثناء نظرها دفع بعدم دستورية هذا القانون فهنا يجب على المحكمة الناظرة في الدعوى الأصلية أن توقف نظرها حتى يتم الفصل في مدى دستورية هذا القانون، كذلك يشترط أن تكون هذه المسألة الأولية من اختصاص محكمة أخرى كأن تخرج عن ولاية القاضي العادي لتدخل في ولاية القضاء الإداري.

وتجدر الإشارة في الأخير أن القانون الجزائري ساير القانون اللبناني في عدم تحديد مدة الوقف عكس المصري الذي حددها بمدة قصوى لا تتجاوز 6 أشهر [3]، وللوقف القضائي مكان في قرارات المحكمة العليا منها القرار الصادر بتاريخ 1969/07/02 مجلة مجموعة الأحكام الجزء 02 صفحة 279 جاء فيه أنه: "حين يقدم دفع يتعلق بقرار إداري أمام قضاة المحاكم العادية يجب وقف الفصل في الموضوع إلى حين تقدير الغرفة الإدارية لذلك الدفع" [4].

2 :آثار الوقف: إذا تم وقف الخصومة فإنه ينجم عن ذلك أثرين هامين هما:

1- بقاء الخصومة قائمة

2- وقف المواعيد الإجرائية [5].

---

[1] محمد بركات ،المرجع السابق،ص 51.

[2] معوض عبد التواب، الموسوعة النموذجية في الدفوع،ج 1، في الدفوع المدنية و التجارية، دار الفكر الجامعي بالاسكندرية،1999،ص 269.

[3] أحمد هندي، المرجع السابق، ص .288

[4] حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 59.

[5] لعربي شحط عبد القادر، عوارض الخصومة في القانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ،مجلة الراشدية للدراسات وللبحوث العلمية ، جامعة معسكر، عدد 2 الجزائر، 2010 .ص.ص 45 -46.

3: مصير الخصومة الموقوفة: لا تبقى الخصومة موقوفة إلى ما لا نهاية وإنما مصيرها ينتهي إلى أحد الأمرين:

أ- إعادة السير فيها: فبعد زوال سبب الوقف يرجع للأطراف حق إعادة السير في الخصومة ضمن الأشكال المنصوص عليها بالمادة 214 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تحيلنا بدورها إلى المادة 14 من نفس القانون أي إجراءات رفع الدعوى العادية حيث يطلب أحد الخصوم تحديد جلسة لنظر الخصومة ويبلغ خصمه بها، والمدعي غالبا هو الذي يقوم بذلك باعتباره الحريص على سير المحاكمة ولكن للمدعى عليه أيضا أن يقوم بالتعجيل[1] .

ب- انقضاء الخصومة: إذا لم يبادر أي خصم في إعادة السير في الدعوى فإنها تنتهي دون الحكم في موضوعها والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد ميعادا خاصا لإعادة السير، لذلك تخضع الخصومة في هذا المجال للقواعد العامة المتعلقة بسقوط الخصومة[2].

ثانيا: الدفع المتعلق بانقطاع الخصومة: قبل الحديث عن هذا الدفع لا بد لنا أن نفصل بعض الشيء في مفهوم الانقطاع وأحكامه.

1: مفهوم الانقطاع:نص عليه المشرع في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ضمن الباب السادس المعنون بعوارض الخصومة.

أ- تعريف انقطاع الخصومة: هو وقف السير فيها لقيام سبب من الأسباب التي نص عليها القانون ورتب على وقوعها انقطاع السير في الخصومة وهنا يختلف الانقطاع عن الوقف وإن كانت نتيجتهما واحدة هي وقف السير في الخصومة، إلا أن الوقف يحصل لأسباب لا علاقة لها بمركز الخصوم وصفاتهم أمام الانقطاع فيحصل عندما يكون بعض الخصوم في حالة يستحيل عليهم معها

[1] مسعودي عبد الله، المرجع السابق ،ص159.

[2] نبيل صقر ، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (قانون رقم 08 -09 مؤرخ في فبراير سنة 2008، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص .171

المضي في إجراءات الدعوى بسبب حادث غير من أهليتهم أو صفاتهم حتى تزول آثار ذلك الحادث وعند ذلك يحصل الرجوع للدعوى [1].

يهدف الانقطاع إلى كفالة حق الدفاع للخصوم إذ تؤدي وفاة الخصم أو زوال صلاحيته إلى عجزه عن مباشرة حق الدفاع، لذا ينقطع سير الخصومة حتى يحل محله فيها من يمكنه مباشرتها، والانقطاع يتم بقوة القانون متى توافرت شروطه والحكم الذي تصدره المحكمة بالانقطاع يكون مقررا لحالة الانقطاع لا منشأ لها[2].

ب- أسباب الانقطاع: حصرتها المادة 210 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية وهي:

ب1- وفاة أحد الخصوم: يؤدي إلى انقطاع الخصومة سواء كان الخصم مدعيا أو مدعى عليه، أصلي أو متدخل أو مدخل وهذا طبقا للمادة 210 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية [3]، حيث بالوفاة يصبح ورثة المتوفى أطرافا في الخصومة أي يخلفوه في مركزه كخصم لكنهم قد يجهلوا وجود الخصومة لذلك تنقطع إجراءاتها حتى يتم إعلامهم[4].

ب2-تغير أهلية التقاضي لأحد الخصوم: حيث تنصرف أهلية التقاضي إلى صلاحية الشخص في مباشرة الإجراءات القضائية فإن فقدها أثناء سير الخصومة تنقطع هذه الأخيرة مثال ذلك الحجر على أحد الخصوم أو بلوغ القاصر سن الرشد بالنسبة للوصي أو حدوث عارض من عوارض الأهلية كالجنون أو العته أو السفه[5].

---

1 صلاح الدين عبد اللطيف الناهي، الوجيز في مبادئ التنظيم القضائي والمرافعات في المملكة الأردنية الهاشمية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1996 ص 106.

[2]سعد عبد العزيز، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية (اليمين كوسيلة إثبات –الخبرة كوسيلة إثبات – الإدخال التدخل في الخصام–سقوط الدعوى و التنازل عنها – الطعن بالتماس إعادة النظر– تنفيذ الأحكام الأجنبية– تزوير وثائق الإثبات)، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 114.

[3]شويحة زينب،الإجراءات المدنية في ظل قانون 08-09 (الدعوى،الاختصاص،الخصومة ، طرق الطعن)،ج 1، دار أسامة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009،ص 104.

[4]بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية – الإجراءات الخاصة بكل جهة قضائية)،ج1.كليك للنشر، الجزائر،2011،ص 95.

[5]بلغيث عمارة ، الوجيز في الإجراءات المدنية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2000،ص 112.

ب3- أسباب تتعلق بالمحامي : تنقطع الخصومة في حالة وفاة أو تنحية أو إيقاف أو شطب اسم أو عزل المحامي وهذه الحالة خاصة فقط بالمحامي أمام المحكمة العليا بالإضافة لوفاة أحد الخصوم[1].

2: آثار الانقطاع: يترتب على الانقطاع نفس آثار الوقف وهي:

أ- بقاء الخصومة قائمة: بالتالي تكون صحيحة كل الإجراءات السابقة على حصول سبب الانقطاع.
ب- بطلان كل إجراء أو حكم أو قرار اتخذ أثناء فترة الانقطاع.
ج- وقف جميع المواعيد الإجرائية: حيث إذا لم يبدأ الميعاد فلا يمكن بداية احتسابه خلال مدة الانقطاع وإن بدأ قبله فينقطع ويستأنف حساب الباقي منه عند إعادة السير في الخصومة[2].

3- مصير الخصومة المنقطعة: إن مصير الخصومة المنقطعة عكس مثيله في الخصومة الموقوفة يأخذ منحى واحد وهو **إعادة السير في الخصومة:**

أ- **أمام درجتي التقاضي:** حيث أخضع المشرع الجزائري ذلك لقواعد خاصة حيث أسند مهمة إعادة السير في الدعوى للقاضي دون الأطراف فبمجرد إعلامه بوفاة أحد الخصوم أو تغير أهليته يكلف شفهيا أو بتبليغ يتم وفقا للأوضاع التي تسري على التكليف بالحضور كل ذي صفة لإعادة السير في الدعوى. إلا أن ذلك قد يتم أيضا بالحضور حيث تستأنف الدعوى سيرها إذا حضر الجلسة المعنية لنظرها من له صفة وهذا ما تقرره المادة 211 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية[3].

ب-أمام المحكمة العليا : أقر المشرع بصفة عامة نفس القواعد المطبقة أمام درجتي التقاضي مع تدقيقه لبعض القواعد كتحديد المهلة التي يجب فيها إعادة السير في الدعوى، وآثار تخلف الخصم المبلغ حيث تنص المادة 212 من قانون الإجراءات المدنية و الادارية على انقطاع الخصومة بسبب وفاة أحد الخصوم أو وفاة المحامي أو تنحيه أو إيقافه أو شطب اسمه أو عزله. بالتالي يستمر إيقاف الإجراءات من اليوم الذي أحيط فيه العضو المقرر علما بإحدى الحالتين إلى اليوم

---

[1] زودة عمر، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء أراء الفقهاء و أحكام القضاء ،مرجع سابق ،ص 97.
[2] العيش فضيل، المرجع السابق ،ص 137.
[3] بوبشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية (نظرية الدعوى – نظرية الخصومة- الإجراءات الاستثنائية)، ط 4 ، .ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008،ص118.

الذي يرسل فيه إنذار إلى الخصم الذي له مصلحة مباشرة ليقوم بتعجيل نظر الطعن بإجراءات صحيحة وتعيين محام آخر وذلك خلال شهر وعلى المحامي الجديد أن يبلغ تعيينه أو يطلب إذا اقتضى الأمر مهلة يجري فيها اللازم [1].فإذا لم ينتج الإنذار الأول أثره جاز منح الخصم نفسه مهلة أخيرة لا تتجاوز 20 يوما لتصحيح شكل الدعوى فإن تخلف عن ذلك فإنه يتم الفصل في الطعن في أقرب جلسة ممكنة بقبوله أو باعتبار الحكم الصادر فيه حضوريا[2].

4- كيفية التمسك بالانقطاع: يتم التمسك بالبطلان عن طريق الإجراءات التالية :

أ- تتم إثارة مسألة الانقطاع عن طريق دفع شكلي : يتضمن بطلان الإجراءات أو الحكم أو القرار حيث لا يجوز اتخاذ أي إجراء في الخصومة أثناء فترة الإنقطاع باستثناء الإجراءات التحفظية وأي إجراء يتخذ خلالها يكون باطلا ولو لم يكن الخصم الذي اتخذه على علم بسبب الانقطاع. كما يبطل الحكم أو القرار الصادر خلال فترة الانقطاع ولو صدر دون علم بالانقطاع وذلك طالما أن الدعوى لم تكن مهيأة للفصل فيها عندما قام سبب الانقطاع[3].

ب- طبيعة الدفع المتعلق بالانقطاع: حيث يتم إثارة هذا الدفع عن طريق دفع شكلي يتم التمسك به فقط من طرف من شرع البطلان لمصلحته وهو الخصم الذي تعلق به سبب الانقطاع حيث يمكنه النزول عن هذا الدفع صراحة أو ضمنا بالتالي لا يجوز للطرف الآخر التمسك به وليس للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها [4]، وعلى غرار باقي الدفوع الشكلية فإن قرارات المحكمة العليا حاضرة في مجال انقطاع الخصومة فنجد قرارها رقم 73.514 مؤرخ في 1991/06/12 مجلة قضائية 1993 عدد 01 ص 39 جاء فيه: أنه من المقرر قانونا إذا لم تكن القضية مهيأة بعد وللفصل فيها فإن القاضي بمجرد إعلامه بوفاة أحد الخصوم أو تغيير أهليته يكلف شفويا أو بتبليغ يقع طبقا للأوضاع المنصوص عليها في المواد 22 إلى 27 من قانون الإجراءات المدنية كل ذي صفة لإعادة السير في الدعوى ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا للقانون.

---

[1] بربارة عبدالرحمن، المرجع السابق، ص.136

[2] محمد ابراهيمي، المرجع السابق، ج 2،ص 108،109.

[3] يحياوي عبدالمالك و عمرو خليل ،المرجع السابق،ص 447.

[4] أحمد هندي،المرجع السابق،ص295.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس بامتناعهم عن القيام بالتدابير المنصوص عليها قانونا وإبطال الإجراءات المتبعة بعد وفاة أحد الخصوم وصرفهم لما يبدوا لهم يكونوا قد خرقوا القانون و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[1].

كذلك قرار رقم 45.573 مؤرخ في 1988/05/04 مجلة قضائية 1991 عدد 04 صفحة 51 جاء فيه أنه: "من المقرر قانونا أن القضية إذا لم تكن مهيأة للفصل فيها وتوفي أحد الخصوم فإن المحكمة تكلف كل ذي صفة لإعادة السير في الدعوى، ولما كان الثابت في قضية الحال أن المحكمة لم تأمر بإدخال الورثة بعد وفاة المستأنف ضده مورثهم واستمرت الدعوى باسمه، فإن قضاة الموضوع كما فعلوا خرقوا القواعد الجوهرية في الإجراءات"[2].

الفرع الثالث:الدفع المتعلق بالعارضان المنهيان للخصومة

يجب أن تتخذ الخصومة سيرها العادي لتصل إلى نهايتها وتضع حدا للنزاع ولا يجوز أن يباح للمدعى أن يطيل أمدها إلى غير حد،ومن الواجب على المشرع أن يضع نصوصا تكفل عدم بقاء الخصومات معلقة أكثر من الوقت اللازم للفصل في موضوعها، فالمدعي الذي يهمل دعواه ويوقف الإجراءات مدة طويلة يجب أن يوضع له جزاء يحرمه الاستفادة من إهماله [3]. وذلك بالنص على تعريض خصومته للسقوط بعد انقضاء أجل معين. وقد تنقضي المحاكمة قبل البلوغ بها إلى غايتها بإرادة المدعي وهو الذي رفعها أو أنشأها ويسمى ذلك بتنازل الخصومة [4]، ولقد منح المشرع الجزائري للمدعى عليه حق الدفع ببطلان الإجراءات المتخذة أثناء قيام هذين العارضين المنهيان للخصومة وسوف نحاول تفصيلهما على التوالي مع التنازليز على كيفية التمسك بالدفع المذكور أعلاه.

أولا: الدفع ببطلان الإجراءات المتعلق بسقوط الخصومة: قبل تناول كيفية التمسك بسقوط الخصومة لا بد من التطرق مفهوم السقوط وأحكامه.

---

[1] حمدي باشا عمر ، المرجع السابق،ص 60.

[2] زودة عمر ، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء أراء الفقهاء و أحكام القضاء ،المرجع السابق،ص 82.

[3] حميداني محمد، المرجع السابق، ص .136

1 محمد العشماوي عبد الوهاب العشماوي ، المرجع السابق، ص 395

1: مفهوم سقوط الخصومة :نص عليه المشرع في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية كعارض من عوارض الخصومة.

أ- **تعريف سقوط الخصومة** : يعرف بأنه انقضاء وإلغاء جميع إجراءات الخصومة بناء على طلب المدعى عليه بسبب عدم السير فيها مدة عامين دون انقطاع وذلك بفعل المدعي[1].

حيث تنص المادة 222 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية على أنه: يجوز للخصوم أن يطلب إسقاط الدعوى أو الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع بسبب عدم قيام الخصوم بالمساعي التي أمر بها القاضي أو عدم تنفيذ الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع وذلك طيلة مدة عامين [2].

بالتالي فإن السقوط هو جزاء مقتضاه إلغاء جميع إجراءات الخصومة وزوال كافة آثارها إذا لم يقم المدعي بمتابعة إجراءاتها للمدة المذكورة من تاريخ آخر إجراء صحيح من إجراءات التقاضي سواء كان ذلك أمام محاكم أول درجة أو أمام جهة الاستئناف وفي مواجهة جميع الأشخاص الطبيعيين والمعنويين وحتى عديمي الأهلية أو ناقصيها حيث يبقى لهم حق الرجوع على ممثليهم القانونيين ولا يجوز للخصوم الاتفاق على استبعاد سقوط الخصومة مسبقا.والخصومة تسقط أيا كان سبب ركودها وقف انقطاع أو أي سبب آخر فالمشرع لم يربط نظام السقوط بحالات معنية بل جاء النص عاما[3].

ب-شروط سقوط الخصومة: من خلال استقراء نص المادة 222 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية يمكننا أن نستخرج الشروط التالية:

1- أن يتم التمسك بالسقوط من قبل المدعى عليه.

2-وجود خصومة منعقدة [4].

---

2 الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص326.

3عمر بن سعيد، المرجع السابق، ص 205.

[3]عثمان التكروري، المرجع السابق، ص .245

2أنور طلبة، المرجع السابق، ص 360.

3- عدم السير في الخصومة بفعل المدعي .

4- عدم اتخاذ أي إجراء في الخصومة لمدة سنتين متتاليتين.

2: الدفع المتعلق بسقوط الخصومة: طبقا للمادة 222 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فإن التمسك بالسقوط يتم بطريقتين:

أ- طلب السقوط: نقدم إلى المحكمة القائمة أمامها الخصومة المطلوب سقوطها سواء كانت محكمة أول درجة أو جهة استئناف طبقا للقواعد المقررة لرفع الدعاوى، وتنظره المحكمة طبقا لأحكام نظر الدعاوى العادية وتتبع سيرها[1].

ب- الدفع بسقوط الخصومة: حيث يحصل التمسك بالسقوط بدفع يبديه المدعى عليه عند تحريك المدعي الأصلي لإجراءات الخصومة بعد ما تسبب في عدم السير فيها لمدة عامين [2].

ج- وقف إبداء الدفع بالسقوط :كما سبق بيانه فإن التمسك بالسقوط هو حق للمدعى عليه ومن في حكمه طبقا للفقرة 02 من المادة 222 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تنص:" يجوز للمدعى عليه طلب إسقاط الدعوى".

ويتم التمسك بالدفع بالسقوط قبل أن يتعرض للموضوع باعتباره دفع شكلي تسري عليه نفس أحكام الدفوع الشكلية من وجوب إبداءه قبل أي دفع في الموضوع تحت طائلة سقوط حق التمسك به [3].

3-طبيعة الدفع بسقوط الخصومة: لا يتعلق هذا الدفع بالنظام العام، بل يجب التمسك به من الخصم ذي المصلحة المدعى عليه ولا يجوز للمدعى أن يتمسك به حتى لا يستفيد من إهماله ، ويسقط الحق فيه بالنزول عنه صراحة أو ضمنيا بعد انتهاء ميعاد السنتين المسقطتين للخصومة [4]، ومن ثم لا يجوز للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها.

---

[1] محمد شتا أبو سعد،الدفوع المتعلقة بعوارض الخصومة، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2000، ص .145

[2] الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص329.

[3] أنور طلبة، المرجع السابق، 559.

[4] علي عوض حسن،المرجع السابق،ص 117.

بالتالي يجب على من له مصلحة إبداء هذا الدفع عند تحريك المدعي الأصلي لإجراءات الخصومة بعد عامين من تاريخ آخر إجراء اتخذ فيها وقبل التعرض للموضوع وإلا سقط حقه باعتبار أنه دفع شكلي لا يتعلق بالنظام العام [1]، وهو ما تؤكده نص المادة 225 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

فكلمة " يجوز" تفيد معنيين الأول يتعلق بمنح الحرية للمدعى عليه للدفع بسقوط الخصومة من عدمه والثاني يفيد عدم تعلق هذا الدفع بالنظام العام لأن هذا الأخير يتعلق بالمصلحة العامة للمجتمع بينما منح حق الدفع بالسقوط للمدعى عليه مسألة تتعلق بالمصلحة مما ينجر عنه حق المدعى عليه في التنازل عن هذا الدفع صراحة أو ضمنا بينما الدفع المتعلق بالنظام العام لا يجوز التنازل عنه[2].

في الأخير يجدر بنا الإشارة لبعض التطبيقات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا في مجال الدفع بسقوط الخصومة كدفع شكلي فلدينا القرار رقم 405 148 مؤرخ في 1997/05/28 مجلة قضائية 1997 عدد 2 صفحة 42 جاء فيه" أنه من المقرر قانونا أنه لا يجوز للمستأنف الذي يكون مدعيا في الخصومة أن يطلب السقوط أمام جهة الاستئناف للمستأنف ضده باعتباره مدعى عليه في الاستئناف وذلك حتى ولو كان مدعيا أصليا في خصومة الدرجة الأولى من المقرر قانونا أنه يرفع طلب سقوط الخصومة طبقا للقواعد المقررة لدفع الدعاوى كما يمكن تقديمه في شكل دفع ولما تثبت في قضية الحال أن قضاة المجلس لما تمسكوا بأنه لا يمكن تقديم طلب سقوط على شكل دفع مصرحين بأن النص العربي ما هو إلا محور ترجمة للنص الفرنسي لوجود تناقض بين المادة 221 فقرة 2 والمادة 20من قانون الإجراءات المدنية فإنهم أخطئوا في تطبيق القانون ذلك أن النص العربي هو النص الأصلي الرسمي" [3].

[1] الغوثي بن ملحة،المرجع السابق،ص 330.

[2] حميداني محمد،المرجع السابق،ص 181

[3] حمدي باشا عمر،المرجع السابق،ص 63.

ثانيا: الدفع الشكلي المتعلق بالتنازل الخصومة

إن الحديث عن هذا الدفع من الصعوبة بما يكون طالما أن المشرع الجزائري تناول أحكام التنازل دون إدراج الدفوع الناتجة عنه لذلك فلا ملاذ من اللجوء للفقه وموقفه من ذلك بعد ما نتطرق للنظام القانوني للتنازل كعارض من عوارض الخصومة مع العلم أن المشرع قد سماه في القانون الملغى ب **تنازل الخصومة** .

أولا: ماهية التنازل الخصومة: تتناول في هذا العنصر تعريف التنازل وإجراءاته.

1:تعريف التنازل: إن المدعي هو الذي أقام الخصومة وتحمل نفقاتها فهو صاحب المصلحة الأولى في بقائها والحكم في موضوعها لكن قد يطرأ بعد رفع الدعوى ما يجعل له مصلحة في النزول عنها، كما إذا تبين له بعد رفعها أنه رفعها قبل أن يعد لها أدلتها فيتنازل عنها ليجدد المطالبة بها بعد أن يستكمل أدلته فإن هذا خير له من السير فيها والحكم في موضوعها برفضها فيمتنع عليه تجديد المطالبة بحقه لذلك منحه المشرع رخصة تنازل الخصومة توفيرا للوقت والإجراءات [1] ، لذلك فيمكن تعريف التنازل بأنه: تنازل المدعي عن الخصومة وعن جميع الإجراءات التي تمت وحصلت فيها مع احتفاظه بالحق الموضوعي حيث يجوز له تجديد المطالبة به [2]، وقد تناول المشرع الجزائري مسألة التنازل عن الخصومة في عدة مواد من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية من المادة 231 إلى المادة.236

2- إجراءات التنازل عن الخصومة:

تنص المادة 231 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري على أن تنازل الخصومة بغير قيد أو شرط يجوز طلبه كتابة أو إبداؤه في محضر يحرر لذلك، ويثبت تنازل الخصومة بموجب محضر يحرره رئيس أمناء الضبط .

[1] الأنصاري حسن النيداني، التنازل عن الحق في الدعوى(دراسة تأصيلية و تطبيقية)، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2009، ص .210

2محمد ابراهيمي،جزء2، المرجع السابق، ص 114.

في حين كانت المادة 154 من قانون الإجراءات المدنية الملغاة تتضمن تنازل الخصومة على مستوى الدرجة الثانية وبالتالي لم يكن هناك إشكال عند البحث عن أحكام التنازل في هذه المرحلة لكن بإلغائها طرح التساؤل ما هي الأحكام التي تحكم التنازل أمام المجلس القضائي؟

إن الحل القانوني لهذا الإشكال ورد في مواد قانون الإجراءات المدنية نفسه من خلال نص المادة 148 من قانون الإجراءات المدنية التي أكدت على أن التنازل أمام المجالس يخضع لنفس أحكام التنازل أمام المحاكم وبنفس الإجراءات بالتالي لم يعد يشترط قبول الخصم للتنازل أمام جهة الاستئناف الذي كانت تقضي به المادة 154 الملغاة[1].

بالنسبة للتنازل أمامها فخصه المشرع الجزائري بأحكام متميزة حيث فرق بين ما إذا كان تنازل الخصومة قبل انعقادها. بتبليغ الطعن إلى المطعون ضده ففي هذه الحالة للطاعن أن يطلب من المحكمة العليا مجرد إثبات هذا التنازل الإدارية ، وبين ما إذا حصل التنازل بعد انعقاد الخصومة فيجب أن يكون إثبات هذا التنازل مسببا وبعد موافقة المطعون ضده صراحة أو ضمنيا قبل انقضاء المهلة المحددة في هذا الخصوص. وفي كلتا الحالتين يكون الحكم بإثبات التنازل بمثابة رفض للطعن فيترتب عليه في جميع الأحوال الحكم على الطاعن بالمصاريف والغرامة المالية والتعويضات المحتمل ترتبها طبقا للمادة 234 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية [2].

3- آثار تنازل الخصومة: يترتب على التنازل إلغاء جميع إجراءات الخصومة بما في ذلك عريضة افتتاح الدعوى أي أن الحكم المتضمن الإشهاد بتنازل الخصومة يمحو الخصومة ذاتها وإجراءات رفع الدعوى ويزيل بالتالي كل ما ترتب على ذلك من آثار فيعاد الخصوم إلى الحالة التي كانا عليها قبل رفع الدعوى وذلك طبعا دون المساس ببقاء الحق الموضوعي وحق استعمال الدعوى المتعلقة به قائمان حيث يجوز المطالبة به مرة أخرى لكن بدعوى وإجراءات جديدة، هذا بالنسبة للتنازل أمام محكمة أول درجة[3] ، أما التنازل أمام جهة الاستئناف فتكون له نفس تلك الآثار المترتبة أمام محكمة الدرجة الأولى لكن بدءا من إجراء رفع الاستئناف بالتالي يبقى الحكم الصادر عن المحكمة صحيحا

[1] دلاندة يوسف ، المرجع السابق، ص .115

[2] محمد ابراهيمي، المرجع السابق، ص 332.

[3] محمد علي خليل الطعاني، سلطة القاضي في توجيه سير إجراءات الخصومة المدنية (دراسة مقارنة)؛ دار الميسرة للنشر و التوزيع، عمان، 2009،ص197.

ومنتجا لكل آثاره وتزول فقط الإجراءات المقامة أمام جهة الاستئناف ونفس الشيء بالنسبة للتنازل أمام المحكمة العليا[1].

4: الدفوع الشكلية المترتبة عن تنازل الخصومة:

على عكس السقوط لم يبين المشرع الجزائري ولم يتناول مسألة الدفوع الشكلية المتعلقة بالتنازل الخصومة مما يدفعنا إلى الاعتماد على آثار التنازل والقواعد العامة المتعلقة بصحة وبطلان الإجراءات لاستخراج هذه الدفوع لذلك يمكننا التمييز بين حالات ينتج عنها دفع شكلي:

أ- حالة رفع دعوى جديدة بعد تنازل الخصومة:

حيث قد يجدد التارك الخصومة برفع دعوى جديدة تتضمن نفس موضوع الدعوى ولتأسيس مطالبه يعتمد على الإجراءات التي قام بها أو إجراءات التحقيق التي قامت بها المحكمة في إطار سير الخصومة الأولى أو يستند إلى حكم تمهيدي صدر أثناء الخصومة المتروكة وغيرها من الإجراءات التي تضمنتها ضرورة دراسة الخصومة الزائلة فهنا من حق المدعى عليه أن يدفع ببطلان كل الإجراءات المتخذة سابقا في الخصومة الأولى واعتبارها كأن لم تكن[2].

ب- حالة تنازل الخصومة مخالفة للإجراءات القانونية:

فكما تعرضنا له سابقا فإن التنازل عن الخصومة يخضع لإجراءات قانونية ينبغي استيفاؤها تحت طائلة البطلان طبقا لما يلي:

نص المشرع وطبقا للمواد 231فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أن التنازل يتم طلبه كتابة أو إبداؤه في محضر لذلك ويثبت بحكم بالتالي إذا أهمل المدعي الخصومة بعد انعقادها ولم يستمر في إجراءاتها وقدم وثيقة لخصمه بصفة ودية مضمونها تنازله للخصومة، فقام المدعى عليه بتقديم مذكرات جوابية أمام المحكمة فيها دفوع وطلبات فدفع المدعي بأنه تنازل

[1] محمد فهيم أمين ، قانون المرافعات وقانون الإثبات، دار الفكر العربي، القاهرة، 1994،ص 211.

[2] محمد نصر الدين كامل ، عوارض الخصومة (وقف الخصومة- انقطاع الخصومة- سقوط الخصومة وانقضاؤها- ترك الخصومة)،منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990،ص 198.

الخصومة فيمكن للمدعى عليه هنا الدفع ببطلان إجراءات التنازل لأن التنازل هنا لم يتم طبقا للإجراءات القانونية ولم يثبت بحكم[1].

ج- حالة تنازل المدعي دعواه تحت إكراه:

حيث أن تنازل الخصومة يعتبر تصرف إرادي يلحقه البطلان إذا شابه عيب من العيوب المفسدة للرضا كأن يكون قد تعرض لإكراه من المدعى عليه وقدم على ذلك أدلة تكشف عن مدى الرهبة التي بعثها المدعى عليه في نفسه دون حق، فجاز للمدعي تارك الدعوى هنا الدفع ببطلان الإجراءات لوجود عيب في الرضا الذي أدى لتنازله للخصومة[2].

5- طبيعة الدفع المتعلق بإجراءات التنازل عن الخصومة:

في كل الحالات فإن بطلان الإجراءات وكما سبق بيانه هو دفع شكلي وهو هنا لا يتعلق بالنظام العام لأن البطلان هنا نسبي بمعنى أن التمسك به قاصر على من شرع لمصلحته ففي الحالتين الأولتين التمسك به حق للمدعى عليه الذي يكون له وحده سلطة الدفع ببطلان الإجراءات بينما في الحالة الثالثة فالبطلان قرر لمصلحة المدعى التارك لأنه صاحب المصلحة في ذلك.[3]

وفي الأخير يمكننا الاستشهاد بالحكم الآتي بيانه والمتعلق بتنازل الخصومة والصادر عن محكمة تمالوس والمؤرخ في 1999/02/25 فهرس 27/99 الذي جاء فيه:" حث أن المدعي يلتمس من المحكمة الإشهاد بتنازله الخصومة التي أقامها بدون قيد أو شرط لوقوع الصلح بينه وبين المدعى عليه، حيث أن أسباب تنازل الخصومة متوافرة – في قضية الحال- طبقا لنص المادة 97 من قانون الإجراءات المدنية مما يتعين على المحكمة الاستجابة لطلب المدعي بتنازل الخصومة مع إبقاء المصاريف على عاتقه".[4]

---

[1] مسعودي عبد الله،المرجع السابق،ص 217.

[2] مصطفى مجدي هرجه، عوارض الخصومة (وقف الخصومة بأنواعها – انقطاعها، سقوطها وانقضاؤها بمضي المدة و تركها)،دار محمود للنشر والتوزيع، د ب ن ،2003،ص 196.

[3] مليجي أحمد، ركود الخصومة المدنية بسب الشطب أو الوقف أو الانقطاع وفقا لقانون المرافعات وآراء الفقه وأحكام المحاكم ، دار الكتب القانونية، مصر، 2004 ، ص 216.

[4] حمدي باشا عمر،المرجع السابق، ص 63.

أما فيما يخص موقف القضاء من الدفوع المتعلقة بالتنازل الخصومة فلم نتمكن من الحصول على أي حكم أو قرار يتضمن هذه النقطة وربما السبب في ذلك يعود إلى كون معظم الحالات التي يتم فيها التنازل يكون بناءا على صلح وقع بين الخصوم أي تسوية ودية مما يجعل إمكانية العودة لرفع نفس الدعوى ضئيلة أو أنه بمجرد تنازل المدعي لدعواه يجعل المدعى عليه في غنى عن مناقشة صحة إجراءات التنازل من عدمه إما لجهله لها أو لتجنبه إجراءات التقاضي.

المبحث الثاني : ماهية الدفع بعدم الاختصاص النوعي

يتمثل الاختصاص النوعي في صلاحية الجهة القضائية لنظر نزاع يدخل ضمن ولاية القضاء وقد وزع المشرع الاختصاص بين مختلف الوحدات القضائية من سواءا كان قضاء عادي أو إداري ، بحيث حدد لكل جهة اختصاصها النوعي.

حيث تختلف الجهة القضائية التي ترفع اليها الدعوى باختلاف موضوع النزاع وقيمته المالية، وباختلاف اطراف الدعوى ومكان اقامتهم فهنالك بعض المنازعات التي تختص بنظرها المحاكم ابتدائيا ونهائيا، وهناك البعض الآخر من المنازعات تختص بها بعض المحاكم دون غيرها و التي تكون من اختصاص المحاكم المنعقدة بمقر المجالس القضائية[1].

المطلب الأول : الإطار القانوني للدفع بعدم الاختصاص النوعي

لكي تقبل الجهة القضائية البت في موضوع المطالبة القضائية يجب أن يكون الاختصاص منعقدا لها والذي يعني صلاحيتها للنظر في النزاع في الحدود المرسومة لها قانونا، بحيث إذا تجاوزت المحكمة حدود الاختصاص يكون حكمها مشوبا بعيب عدم الاختصاص .

الفرع الأول: مفهوم الدفع بعدم الاختصاص النوعي

إن الاختصاص **لغة**هو التفضيل و الإنفراد،أما **اصطلاحا** فهو السلطة التي خولها المشرع لهيئة من الهيئات الفضائية للفصل في المنازعات، فقواعد الاختصاص تبين المنازعات التي تدخل في سلطة كل محكمة، والاختصاص ينشأ بسبب توزيع العمل من طرف المشرع بين المحاكم

1خلوفي رشيد، قانون المنازعات الإدارية ،ج 3،الخصومة الإدارية-الاستعجال الإداري- الطرق البديلة لحل النزاعات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2013،ص 22.

و الجهات القضائية المختلفة و فكرة الاختصاص تفترض أساسا تعدد المحاكم داخل الدولة الواحدة، وبذلك يعتبر الاختصاص من ولاية المحكمة بسبب وجود محاكم أخرى تتبع نفس الجهة القضائية [1]

و قد عرف الاختصاص بأن: سلطة الحكم و فق ما قرره القانون في نزاع معين، مما يتعين معه القول أن فقدان هذه المكنة يؤدي للقول بعدم الاختصاص [2] ، و هو نفس التعريف الذي تبناه أحد الفقهاء مضيفا أن المحكمة التي لها الاختصاص هي إلي يجوز لها الفصل في قضية معينة وحسب نص معين [3]، أما آخر فقد عرفه بأنه: صلاحية التحقيق و الحكم بمقتضى القانون في خصومة معينة[4].

وقد حدد المشرع الجزائري أحكام الاختصاص النوعي في الباب الثاني تحت عنوان **الاختصاص** الذي تضمن ثلاث فصول جاءت على النحو التالي : الاختصاص النوعي للمحاكم ، الاختصاص النوعي للمجالس ،طابع الاختصاص النوعي من 32 إلى 36 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري من الكتاب الأول تحت عنوان الأحكام المشت ركة لجميع الجهات القضائية.

تثير مسألة الاختصاص عمليا مشاكل جمة، تحتم على القاضي الفصل فيها قبل الخوض في موضوع النزاع. فقد يرفع النزاع أمام محكمة غير مختصة أو قد يرفع أمام محكمتين في نفس الدرجة وكل واحدة منهما تتمتع بالاختصاص، كل هذه الحالات قد ينجم عنها صدور أحكام من غير ذي اختصاص.

وقد عمل المشرع الجزائري على إيجاد الحل لتفادي ذلك بأن منح للخصوم، والمحكمة سلطة إثارة الدفع بوجود عوارض الاختصاص الذي قد يؤدي إلى إخراج النزاع من ولاية المحكمة، لذلك سوف نحاول من خلال دراستنا للدفوع المتعلقة بعدم الاختصاص التطرق للدفوع بعدم الاختصاص النوعي في الفرع الأول و الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي في الفرع الثاني.

---

[1] أحمد هندي، المرجع السابق، ص 69.

[2] عبد الهادي عباس، الاختصاص القضائي و اشكالاته،الطبعة الأولى، 1983،أديب استنبولي للنشر، ص145.

[3] أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص 17.

[4] الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص 153.

[6]بوبشير محند أمقران، المرجع السابق ،ص 267.

أولا: تعريف الاختصاص النوعي:

يقصد بالاختصاص النوعي توزيع العمل بين المحاكم المختلفة في داخل الجهة القضائية الواحدة وبين المحاكم والمجالس بحسب نوع القضية أي هو نصيب كل مجلس وكل محكمة من محاكم الجهة القضائية الواحدة من ولاية النظر والفصل في المنازعات[1].

لقد عرف الفقهاء الدفع بعدم الاختصاص بأنه الدفع الذي يقصد به منع المحكمة من الفصل في الدعوى المعروضة أمامها لخروجها عن حدود ولايتها طبقا لقواعد الاختصاص [2] وهو نفس التعريف الذي اعتمده جانب آخر من الفقه الذي يضيف أنه إذا أثير دفع بعدم اختصاصها أمام إحدى المحاكم فيجب أن تقضي بعدم اختصاصها بهذه الدعوى وتحيلها إلى المحكمة المختصة[3].

فالدفع بعدم الاختصاص يرمي إلى الطلب من القاضي بأن يتخلى عن النظر في الدعوى المطروحة أمامه بسبب أنه غير مختص نوعيا في نظر الدعوى .

ثانيا: معايير تحديد الاختصاص النوعي:

اعتمد المشرع الجزائري في تحديده للاختصاص النوعي على معيارين هما:

1- معيار طبيعة الدعوى:

أي يأخذ بنوعية المادة التي هي محل النزاع القائم بين الأطراف حيث أن الطبيعة القانونية لموضوع النزاع وتكييفه كثيرا ما يتعلق بمسألة الاختصاص النوعي وتعيين بالضبط الجهة القضائية التي يتعين رفع النزاع أمامها دون جهة قضائية أخرى.

لقد نص قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري في المادة 32 الفقرة 1 " المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام وتتشكل من أقسام " كقاعدة عامة لاختصاص المحاكم العادية. و هو ما يأخذ به المشرع الجزائري منذ إصداره لقانون الإجراءات المدنية 154/66 و تؤكده قرارات المحكمة العليا أن المشرع إعتمد على معيار طبيعة النزاع لتحديد الإختصاص النوعي

1بعلي محمد الصغير ، الوجيز في المنازعات الإدارية، دار العلوم ،عنابة ،2005،ص 42.

[2]أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 188.

[3]أحمد هندي ،المرجع السابق،ص 220.

" من المقرر قانونا ان المحاكم هي الجهات القضائية الخاتصة بالقانون العام وهي تفصل في جميع القضايا المدنية والتجارية والاجتماعية التي تختص بها محليا، ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون.

ولما كان من الثابت –في قضية الحال– ان دعوى الطاعنين تتمثل في ارض تم الاعتداء عليها من طرف المطعون ضدهم، فان قضاة الاستئناف بموافقتهم على الحكم المستأنف لديهم القاضي بعدم الاختصاص بحجة ان الارض من نوع العروشية والنزاع من اختصاص البلدية وليس القضاء، وان ملكية الارض تعود للدولة ولا يستطيع الافراد تملكها قد تنازلوا عن اختصاصهم المنصوص عليه بالمادة الاولى من قانون الاجراءات المدنية وتخلوا عن واجبهم بالفصل في الدعوى"[1].

"من المقرر قانونا ومستقر عليه القضاء انه لا يمكن للادارة ان تكون خصما وحكما في نفس الوقت.

ومن المقرر ايضا ان القرارات الناطقة بالخروج من السكن هي من اختصاص الجهات القضائية.

ومن ثم فان القرار الاداري الآمر بخروج الطاعن وبيع الاثاث الموجود بشقته يعد مشوبا بعيب عدم الاختصاص"[2].

" من المقرر قانونا ان المحاكم المعروض عليها النزاع من طرف المالك هي وحدها المختصة بنظر دعوى خروج شاغل الأمكنة دون وجه حق.

ومن ثم فان النائب العام لدى المجلس القضائي بقراره الآمر بالخروج من السكن وتنفيذه بواسطة استعمال القوة العمومية يشكل تعدي على الملكية الفردية وعلى حق أساسي، وكان لذلك مشوبا بعيب تجاوز السلطة"[3].

ويقصد بالاختصاص النوعي للمحاكم سلطة الفصل في المنازعات بحسب نوعها أو طبيعتها ، فقد ساد طيلة عقود اجتهاد المحكمة العليا و الذي يقضي بما يلي:

---

[1] قرار رقم 52.039 مؤرخ في 1989/04/05 م.ق 1990، عدد 03، ص45.
[2] قرار رقم 41.705 مؤرخ 1987/01/17 م.ق 1990، عدد 03، ص169.
[3] قرار رقم 43.017 مؤرخ 1987/03/25 م.ق 1990، عدد 03، ص176.

"متى كان مقررا أن المحاكم هي الجهات الفضائية الخاصة بالقانون العام و هي تفصل في جميع القضايا المدنية و التجارية أو دعاوى الشركات التي تختص بها محليا ، فإن إنشاء بعض الفروع لدى المحاكم لا يعد اختصاصا نوعيا لهذه الفروع بل هي تنظيم داخلي بحت ، و من ثم النفي على القرار بخرق قواعد الإختصاص النوعي غير سليم يتعين رفضه"[1].

و هذا ما يفسر أن مختلف الأقسام المشكلة للمحكمة تعتبر مجرد تقسيم إداري و ليس توزيع لاختصاصات نوعية لمختلف هذه الأقسام."

أ-المحكمة الإبتدائية

و هذا ما يتأكد أيضا في الفقرة 3من المادة 32 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تنص على "تفصل المحكمة في جميع القضايا لا سيما المدنية التجارية و البحرية و الإجتماعية و العقارية و قضايا شؤون الأسرة و التي تختص بها إقليميا"[2] .

وكذلك في الفقرة 5 من المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية غير انه في المحاكم التي لم تنشأ فيها الأقسام يبقى القسم المدني هو الذي ينظر في جميع النزاعات بإستثناء القضايا الإجتماعية ، وتضيف الفقرة 6 من نفس المادة أنه في حالة جدولة قضية أمام قسم غير القسم المعني بالنظر فيها ، يحال الملف إلى القسم المعني عن طريق أمانة الضبط ،بعد إخبار رئيس المحكمة المسبقة،و نلاحظ في هذه الفقرة أن المشرع لم يرتب البطلان عدم قبول الدعوى في حالة عدم تسجيلها في القسم المتخصص للنظر فيها و هذا ما يؤكد لنا أن القاعدة العامة في إختصاص أقسام المحكمة ليس إختصاص نوعي بل هو مجرد تقسيم إداري كما سبق توضيحه إلا أنه يوجد استثناءات على هذه القاعدة[3].

أ1- إختصاص القسم الاجتماعي:

---

[1] م ق ،ع 4، ص108 ،الغرفة التجارية والبحرية، قرار في 1989/02/19".....متى كان مقررا قانونا ان المحاكم هي الجهات القضائية الخاصة بالقانون العام، وهي تفصل في جميع القضايا المدنية والتجارية ودعاوى الشركات التي تختص بها محليا، فان انشاء بعض الفروع لدى المحاكم لا يعد اختصاصا نوعيا، بل مجرد تنظيم اداري بحث..."

[2] خلوفي رشيد، المرجع السابق، ص 25

[3]فريجةحسين، المرجع السابق،ص 43.

يعتبر اختصاص القسم الإجتماعي من النظام العام يثيره القاضي من تلقاء نفسه و لا يجوز للخصوم الإتفاق على مخالفته، و هذا أكدته كذلك المادة 500 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي نصت على إختصاص القسم الاجتماعي هو اختصاص مانع ، و طبقا لهذه المادة يختص القسم الاجتماعي دون سواه ، بمعنى انه اختصاص نوعي من النظام العام يثيره القاضي من تلقاء نفسه أو الأطراف و في أي مرحلة كانت عليها الدعوى[1].

أ2- الأقطاب المتخصصة:

نجد أن المادة 32 فقرة 6 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية تنص على ما يلي " تختص الأقطاب المتخصصة المنعقدة في بعض المحاكم بالنظر دون سواها في المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية والإفلاس والتسوية القضائية والمنازعات المتعلقة بالبنوك ومنازعات الملكية الفكرية ومنازعات البحرية و النقل الجوي و منازعات التأمينات "[2]و يتضح لنا من نص هذه المادة سالفة الذكر أن للأقطاب المتخصصة اختصاص نوعي محصور في منازعات معينة كما نجد أن نص المادة يحتوي على كلمة ".. دون سواها .." فيتضح لنا أن للأقطاب المتخصصة اختصاص مانع فهي تفصل دون سواها في هذه المنازعات وبمفهوم المخالفة فلا يمكن للأقسام الأخرى للمحكمة الفصل في هذه المنازعات وبمفهوم المخالفة فلا يمكن للأقسام الأخرى للمحكمة الفصل في هذه المنازعات المذكورة سالفا فهي منازعات محصورة ومقتصرة على الأقطاب المتخصصة فقط.

وعند تحليل المنازعات التي تختص بها لأقطاب المتخصصة نجد أن أغلبيتها هي منازعات ذات طبيعة تجارية حساسة في نفس الوقت فمثلا التجارة الدولية فهذا موضوع حساس يمس اقتصاد البلد كله وكذلك المنازعات الأخرى فهي تمس بحقوق الأفراد مثل الملكية الفكرية منازعات التأمينات. لذلك نجد أن هذه المنازعات من النظام العام يثيرها القاضي من تلقاء نفسه[3].

تفضل الأقطاب المتخصصة بتشكيلة جماعية من ثلاثة قضاة طبقا للمادة 32 فقرة 9 من القانون 09/08.

[1]بوبشير محند أمقران ، المرجع السابق ، ص 220

[2]عمر بن سعيد ،المرجع السابق ، ص 56.

[3]حمدي باشا عمر، المرجع السابق ، ص 47

لقد شمل القانون 07/22 المتضمن التقسيم القضائي للجهات القضائية [1] إختصاص نوعي جديد طبقا لنص المادة 6 منه و التي أنشأت بدائرة اختصاص بعض المجالس القضائية محاكم تجارية متخصصة و التي سيتم تحديد اختصاصها عن طريق التنظيم ، لكن السؤال المطروح هل سيقلص المشرع الجزائري من إختصاصات الأقطاب المتخصصة ؟

ب-اختصاص محكمة مقر المجلس:

تنص المادة 5 من القانون العضوي 11-05 المتعلق بالتنظيم القضائي [2] " تختص المجالس القضائية بالنظر استئناف الأحكام الصادرة من المحاكم في جميع المواد في الدرجة الأولى ولو وجد خطأ في وصفها. " فالمجلس القضائي يعتبر درجة قضائية ثانية، ويأتي قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري والإدارية ليؤكد في مادته هذه على أن يختص المجلس لقضائي بالنظر في استئناف الأحكام الصادرة عن المحاكم في الدرجة الأولى وفي جميع المواد حتى ولو كان وصفها خاطئا[3].

إن اختصاص المجالس القضائية للفصل في هذه الخصومات عن طريق الاستئناف ينعقد ولو وجد خطأ في وصف الأحكام الصادرة فيها من قاضي الدرجة الأولى ، إذ لا يمكن لهذا الأخير أن يقيد بخطئه اختصاص قاضي الدرجة الثانية ، كما لو وصفت بأنها نهائية، وقد نص القانون العضوي المتعلق بالتنظيم القضائي على اختصاص المجالس القضائية كجهات استئناف الأحكام القضائية الصادرة عن الدرجة الأولى في المادة 5 أعلاه[4].

لقد أحدث قانون التنظيم القضائي الجديد عبر مجموع التراب الوطني ثمانية و خمسون (58) مجلسا قضائيا [5]

---

[1] القانون العضوي 22/ 07 المتعلق بالتنظيم القضائي ،المؤرخ في 14ماي 2022 ، ج ر العدد 32 لسنة 2022

[2] القانون العضوي 05/ 11 المتعلق بالتنظيم القضائي ،المؤرخ في 17،07،2005 ، ج ر العدد 51 لسنة 2005

[3] محمد إبراهيمي، المرجع السابق،ص 69

[4] سليمان بارش، المرجع السابق ،ص 52

[5] المادة 3 من القانون 07/22:" يحدث عبر مجموع التراب الوطني ثمانية و خمسون (58) مجلسا قضائيا ، تقع مقراتها في مدن أدرار و الشلف و الأغواط و أم البواقي و باتنة و بجاية و بسكرة و بشار و البليدة و البويرة و تامنغست و تبسة و تلمسان و تيارت و تيزي وزو و الجزائر و الجلفة و جيجل و سطيف و سعيدة و سكيكدة و

ب-1 أسباب رد القاضي طبقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري

إن الثقة في القاضي وحكمه من أسمى الأهداف التي تطمح إلى تحقيقها الأنظمة القانونية المعاصرة ،ولا يكون ذلك إذا لم توفر للتقاضي الوسائل القانونية والمادية التي تجعله يطمئن لأحكام القضاء من بينها رد وتنحي القاضي و التي جاءت ضمن أحكام المادة 241 من القانون 09/08[1].

-إذا كان له أو لزوجه مصلحة شخصيته في النزاع .

-إذا وجدت قرابة أو مصاهرة بينه أو بين زوجه أو بين أحد الخصوم أو أحد المحامين أو وكلاء الخصوم ، حتى الدرجة الرابعة

-إذا كان له أو لزوجه أو أصولهما أو فروعهما خصومة سابقة أو قائمة مع أحد الخصوم

-إذا كان هو شخصيا أو زوجه أو أحد أصوله أو أحد فروعه مدائنا أو مدينا لأحد الخصوم.

-إذا سبق له أن أدلى بشهادة في النزاع.

-إذا كان ممثلا قانونيا الأحد الخصوم في النزاع أو سبق له ذلك.

-إذا كان أحد الخصوم في خدمته.

-إذا كان بينه وبين أحد الخصوم علاقة صداقة حميمية ، أو عداوة بينية.

ب-2اختصاص المجالس القضائية في تنازع الاختصاص بين القضاة : يكون

هناك تنازع في الاختصاص بين القضاة عندما تقضي جهتان أو أكثر في نفس النزاع بالاختصاص أو عدم الاختصاص[2].

فإذا كانت المحاكم تابعة لنفس المجلس القضائي تقضي عريضة الفصل في التنازع أمام هذه الجهة التي تحدى الجهة القضائية المختصة وتحيل القضية عليها لتفصل فيها طبقا للقانون،وإذا

سيدي بلعباس و عنابة و قالمة و قسنطينة و المدية و مستغانم و المسيلة و معسكر و وورقلة و ووهران و البيض و برج بوعريرج و بومرداس و الطارف و تسمسيلت و والوادي و خنشلة و سوق أهراس و تيبازة و ميلة و عين الفلى و عين تموشنت و غرداية و غليزان و غليزان و النعامة و إيليزي و تندوف و تيميمون و برج باجي مختار و أولاد جلال و بني عباس و إن صالح و إن قزام و توقرت و جانت و المغير و المنيعة ".

[1] عبده جميل غصوب، الوجيز في قانون الإجراءات المدنية ، دراسة مقارنة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع بيروت ، 2010،ص 226.

[2] منير محمد الجنبيهي و ممدوح محمد النبيهي، الدفوع التجارية ،طبعة 2004، دار الفكر الجامعي للنشر،الاسكندرية، ص 97.

كانت هذه المحاكم تابعة لمجالس قضائية مختلفة، تقدم العريضة أمام الغرفة المدنية للمحكمة العليا،وإذا قضى كذلك مجلسان قضائيان باختصاصهما أو بعدم اختصاصهما أو إذا وقع تنازع بين محكمة ومجلس قضائي تقدم العريضة أمام الغرفة المدنية للمحكمة العليا حيث تقوم المحكمة العليا بتعيين الجهة القضائية المختصة ولا يجوز لها التصريح بعدم الاختصاص[1].

تقدم عريضة الفصل في التنازع الاختصاص بين القضاة أمام الجهة القضائية المختصة في أجل شهرين ، ويسري إبتداءا من تاريخ التبليغ الرسمي لآخر حكم للخصم المحكوم عليه ، تقدم عريضة الفصل في تنازع الاختصاص بين القضاة أمام المجلس القضائي وفقا للقواعد المقرر لرفع عريضة الاستئناف وتخضع العريضة التي تقدم أمام المحكمة العليا للقواعد المقررة لعريضة الطعن بالنقض ، تبليغ عريضة الفصل في تنازع الاختصاص بين القضاة إلى ممثل النيابة العامة لتقديم طلباته[2].

يمكن للجهة القضائية المعروض عليها التنازع أن تأمر عند الاقتضاء بإيقاف إجراءات التنفيذ المتبعة أمام الجهة القضائية التي ظهر أمامها التنازع باستئناف الإجراءات التحفظية ، يكون مشوبا بالبطلان كل إجراء تم خرقا لوقف التنفيذ المأمور به.

2- معيار قيمة الدعوى:

يرتكز هذا المعيار على قيمة المصالح التي هي محل الخصومة، هنا تجدر الإشارة إلى أنّ المشرع الجزائري أخذ بقيمة النزاع كمعيار من معايير تحديد الاختصاص النوعي و هو ما أكدته قرارات المحمكمة العليا في عدة قراراتها من المقرر قانونا ان الدفع باختصاص المحاكم ابتدائيا ونهائيا يتعلق بالنظام العام ويجوز اثارته لاول مرة امام محكمة النقض[3].

" من المقرر قانونا انه تختص المحاكم ابتدائيا ونهائيا بالمنازعات بين المستاجر والمؤجر اذا كانت قيمة الايجار السنوي يوم رفع الدعوى لا تجاوز ألف وخمسمائة دينار.

[1] محمد ابراهيمي، الوجيز في الإجراءات المدنية،ج 2 ، ط 2001 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2001، ص 87.

[2] عبد الهادي عباس ، المرجع السابق ،ص 153.

[3] قرار رقم 107.14 مؤرخ في 1976/12/08 "غير منشور".

ولما كان الثابت –في قضية الحال– ان الايجار الشهري يوم رفع الدعوى كان يبلغ 95 دج، فان قضاة المجلس اللذين قضوا بقبول الاستئناف شكلا يكونون قد خرقوا القانون [1].

وحيث تحدد المادة 02 من ق إم في فقراتها الثلاث الحالات التي تبث فيها المحاكم الابتدائية بصورة نهائية والتي يمكن الطعن فيها بالنقض مباشرة حسبما هو منصوص عليه بالمادة 231 قإم.

حيث ان القضية المطروحة تخص بيع مسكن بثمن قدره 275.000 دج وهي لا تدخل ضمن الحالات المذكورة على سبيل الحصر في المادة 02 قإم.

وحيث ان –شهادة عدم الاستئناف– المحتج بها لا تكسب الحكم الصفة النهائية بمفهوم المادة 231 من ق إ م وانما تجعله قابلا للتنفيذ فقط حائزا لقوة الشيء المقضي فيه، اللمر الذي لا يسمح الطعن فيه بالنقض "[2]، عكس ما ذهب إليه المشرع المصري و اللبناني و الفرنسي الذين اعتبروا قيمة النزاع كأساس لاختصاص مستقل عن الاختصاص النوعي ، أسموه بالاختصاص القيمي أي بالإضافة للاختصاص النوعي و المحلي يوجد الاختصاص القيمي.

للعلم أن المادة 33 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أثير دفع بشأنها و هو الدفع بعدم الدستورية و قد صدر في الجلسة العلنية ليوم الأربعاء 10 فبراير 2021 قرارا حول الدفع بعدم دستورية المادة تحت رقم 2020/03 و التي فصلت بعدم دستورية المادة 33 بفقرتيها الأولى و الثانية[3] .

---

[1] قرار رقم 699.45 مؤرخ في 1988/05/23، م.ق 1992، عدد 04، ص124.

[2] قرار رقم 172.155 مؤرخ في 1996/03/20، م.ق 1998، عدد 02، ص53.

3 عدم دستورية المادة 33 من ق ا م ا

ملف رقم 00006 قرار بتاريخ 13/10/2020

الموضوع: تقاضي على درجتين

المرجع القانوني :

المادة 02 والمادة 33 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

الأطراف :

الطاعن:(ح . س) / المطعون ضده (ب ل – ب(

أوجه الدفع بعدم الدستورية :

حيث يستخلص من القرار محل الإرسال المذكور أعلاه أن المدعي مثير الدفع حصول(ح – س– ب) على إثر إقامة ضده دعوى أمام محكمة العلمة القسم المدني من طرف خصمه (ب – ل– ب) صدر بشأنها بتاريخ 2019.12.10 حكم حضوري قضى بإلزامه بدفع له قيمة الألبسة بمبلغ إثنان وتسعون ألف دينار (92000 دج)، ومبلغ عشرون ألف دينار(20000دج) تعويض عن الأضرار و أثناء نظر إستئنافه المرفوع بتاريخ 2020.03.10 إستند خصمه إلى نص المادة 33 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية للدفع بعدم قبول الإستئناف لعدم جوازه فأثار بواسطة دفاعه شركة المحاماة للأستاذين بوستة جلال و زيد نوفل دفعا مكتوبا بمذكرة منفصلة عن عريضة الإستئناف، يتعلق بعدم دستورية نص المادة 33 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مؤسس على أن المادة السالفة الذكر تحرم موكلهما من رفع إستئناف في الحكم الصادر ضده، بالنظر أن قيمة الدعوى الصادر فيها لا تتجاوز مائتي ألف دينار (200.000دج) ويفصل فيها بحكم في أول وآخر درجة، حتى لو كانت قيمة الطلبات المقابلة أو المقاصة القضائية تتجاوز هذه القيمة و هو النص التشريعي الذي يخالف المادة 158 من الدستور، التي تنص على أن "أساس القضاء مبادئ الشرعية و المساواة، الكل سواسية أمام القضاء وهو في متناول الجميع و يجسده إحترام القانون"، و بالتالي فإن نص المادة 33 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يكون قد ميّز بين المتقاضين، بالنظر إلى قيمة دعواهم و حرمهم من درجة من درجات التقاضي، كما أنه يتعارض أيضا مع مبدأيين دستوريين وهما مبدأ إحترام حقوق الدفاع، وكذا حق التقاضي على درجتين.

رد المحكمة العليا عن أوجه الدفع بعدم الدستورية :

حيث إنه من المقرر قانونا، طبقا للمادة 02 من القانون العضوي رقم 18–16 أن الدفع بعدم الدستورية هو إدعاء أحد أطراف الدعوى بأن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، كما انه من المقرر قانونا أيضا طبقا للمادة 08 من ذات القانون العضوي المذكور أعلاه، أن يتم إرسال الدفع بعدم الدستورية بتوافر الشروط التالية: 1– إذا كان يتوقف على الحكم التشريعي المعترض عليه مآل النزاع أو أن يشكل أساس المتابعة 2–ألا يكون هذا الحكم التشريعي قد سبق التصريح بمطابقته للدستور من طرف المجلس الدستوري بإستثناء حال تغيّر الظروف . 3–أن يتسم الوجه المثار بالجدية . حيث إن المادة 33 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعترض عليها تنص على أنه "تفصل المحكمة بحكم في أول و آخر درجة في الدعاوى التي لا تتجاوز قيمتها مائتي ألف دينار (200.000دج) وإذا كانت قيمة الطلبات المقدمة من المدعى لا تتجاوز مائتي ألف دينار (200.000 دج) تحكم المحكمة بحكم في أول وآخر درجة، حتى ولو كانت قيمة الطلبات المقابلة أو المقاصة القضائية تتجاوز هذه القيمة و تفصل في جميع الدعاوى الأخرى بأحكام قابلة للإستئناف" . حيث إن حق التظلم في الأحكام القضائية، هو حق مكرس قانونا في المواثيق و بالخصوص العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89 – 67 المؤرخ في 1989.05.16 والذي وفقا للمادة الثانية منه "تتعهد كل دولة طرف في هذا العهد الدولي، بأن تكفل توّفر سبيل فعّال للتظلّم، لأي شخص انتهكت حقوقه أو حرياته المعترف بها في هذا العهد ... و أن تبت في الحقوق التي يدعي إنتهاكها السلطة القضائية أو الإدارية

الفرع الثاني: كيفية التمسك بعدم الاختصاص النوعي

يتحقق عدم الاختصاص في هذه الحالة بفقدان اختصاص المحكمة بنظر الدعوى بالنظر إلى نوعها ويتم التمسك بعدم الاختصاص هنا عن طريق دفع شكلي[1] .

أولا :طبيعة الدفع بعدم الاختصاص النوعي:

إن مخالفة قواعد الإختصاص النوعي يتولد عنها دفع شكلي متعلق بالنظام العام و رغم عدم نص القانون على ذلك تحت باب وسائل الدفاع وتحديدا تحت عنوان الدفوع الشكلية إلا أن النص عليه في المادة 36 منه على انه من النظام العام وتقضي به الجهة القضائية تلقائيا في اية مرحلة كانت عليها الدعوى يغني عن ذلك باعتبار انه لا يسقط الحق في إبدائه بالتطرق للموضوع

أو التشريعية المختصة ... و بأن تنمي إمكانيات التظلم القضائي..."، وطبقا للمادة 150 من الدستور، فإن المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون . حيث لمّا كان مبدأ المساواة أمام القضاء يعتبر من الركائز المدعمّة لحق الإنسان في المحاكمة العادلة والذي بدوره يعتبر من المبادئ التي يقوم عليها قانون الإجراءات المدنية والإدارية وفقا لأحكام المادة الثالثة منه، و أن عدم منح المادة 33 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المدفوع بعدم دستوريتها حق إستئناف الأحكام الفاصلة في الدعاوى التي لا تتجاوز قيمتها مائتي دينار (200.000دج) ومنحها حق إستئناف الأحكام الفاصلة في جميع الدعاوى الأخرى من شأنه أن يمّس بمبدأ المساواة أمام القانون و القضاء المكرس بنص المادتين32 و 158 من الدستور وكذا المادة الثانية من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي 89 – 67 المؤرخ في 1989.05.16، و طالما أن مرمى الدفع بعدم الدستورية المثار هو إنتهاك الحكم التشريعي المدفوع بعدم دستوريته مبدأ المساواة أمام القانون والقضاء، وذلك بأخذه معيار قيمة الدعوى سببا لحرمان مثيره من حق التظلم من الحكم الصادر فيها ضده وسببا أيضا لقابلية الأحكام الفاصلة في جميع الدعاوى الأخرى للإستئناف ومنه جعل ممارسة حق التقاضي على درجتين تتوقف على قيمة الدعوى، فيبدو أنه توجد أسباب من شأنها إحداث شك حول دستورية الحكم التشريعي المدفوع بعدم دستوريته، مما يجعل الدفع بعدم الدستورية المثار هو دفع يتّسم بالجدية، ولما كان الحكم التشريعي المدفوع بعدم دستوريته يتوقف عليه الفصل في قبول أو عدم قبول إستئناف المدعى مثير الدفع، وأن هذا الحكم التشريعي لم يسبق أن صرح المجلس الدستوري بمطابقته للدستور، فتعيّن التصريح بإحالة الدفع بعدم الدستورية إلى المجلس الدستوري للفصل فيه.

منطوق القرار :قبول الدفع شكلا وفي الموضوع إحالة الدفع بعدم الدستورية.

[1] المنكوش محمد هاشم، الدفع بعدم الاختصاص الوظيفي أو النوعي، منشور على الموقع التالي:www.lawuokerbala.edu.iq ، تاريخ زيارة الموقع 2021/12/12، على الساعة 22.15مساء.

كما انه حتى وان أغفله الأطراف فان القاضي يثيره من تلقاء نفسه بخلاف وسائل الدفاع والتي أورد لها المشرع ترتيبا خاصا يتعين احترامه تحت طائلة عدم قبولها [1] . بالمقارنة مع المادة 93 /1 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري الملغى، التي جاء فيها ما يلي : "عدم إختصاص المحكمة بسبب نوع الدعوى يعتبر من النظام العام و تقضي به المحكمة و لو من تلقاء نفسها في أية حالة كانت عليها الدعوى"فلا يجوز للخصوم أن يتفقوا على رفع دعوى مدنية أمام القضاء الإداري أو العكس. ولا يجوز لهم رفع دعوى جزائية أمام القضاء المدني [2]، لذلك نجد قضاء المحكمة العليا ثري باجتهادات تؤكد مبدأ اعتبار الدفع بعدم الاختصاص النوعي من النظام العام نجد منها قرار جاء فيه أنه " متى كان من المقرر قانونا أن عدم اختصاص المحكمة بسبب نوع الدعوى تعتبر من النظام العام وتقضي به المحكمة ولو من تلقاء نفسها وفي أية حالة كانت عليها الدعوى، فإن استئناف الأمر بإجراء خبرة باعتباره حكما تحضيريا يكون مقبولا رغم مقتضيات أحكام المادة 106 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري والمتعلقة بالأحكام التحضيرية وأن قضاة الاستئناف المخطرين بفعل الأثر الناقل للاستئناف مطالبون بالبت في الوجه المأخوذ من الدفع بعدم الاختصاص وهذا الدفع لا يعد طلبا جديدا طبقا للمادة 107 من ق إم .

إذا كان المجلس قد أخطأ في تطبيق المادتين 106-107 من قانون الإجراءات المدنية وخرق مقتضيات المادة 93 من قانون الإجراءات المدنية فإن ما قضى به من أحكام مخالفة يترتب عليه نقض وإبطال قراره لذلك يستوجب نقض القرار الذي صرح بعدم قبول استئناف حكم طبقا للمادة 106 من ق إم."[3]

ثانيا: آثار اعتبار الدفع بعدم الاختصاص النوعي من النظام العام:

لعل أول أثر يكمن في كون الدفع بعدم الاختصاص يمكن إثارته من كل ذي مصلحة من الخصوم سواء كان مدعيا أو مدعى عليه، كما يجوز للنيابة العامة كطرف منضم التمسك بالدفع ولو

---

[1] نشأت الأخرس، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، ج 1، " التنظيم القضائي والاختصاص والقضاء المستعجل"، دار الثقافة، 2010، ص 103.

[2] حميداني محمد ، الدفوع الشكلية على ضوء الإجتهاد القضائي، رسالة ماجيستر، 2005/2004 ، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، ص 125.

[3] مؤرخ في 1985/04/03 ملف رقم 33528، م ق ، لسنة 1989 ، ع 04 ، ص 48.

لم يثره أحد من الخصوم ويكون ذلك في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا[1].

وهو ما يؤكده قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه: "انه متى كان من المقرر قانونا أن الاختصاص النوعي من النظام العام فإن التمسك به لأول مرة أمام المحكمة العليا يكون مقبولا ولما كان الخطأ مصلحيا، وجب اعتبار الدولة مسؤولة ومن ثمة مسائلتها أمام الجهة القضائية الإدارية وليس المدنية.

وعليه فإن المجلس القضائي الذي فصل في دعوى متعلقة بحادث تسبب فيه وراح ضحيته أحد رجال الدرك في مركز المصلحة،ومنح التعويض لذوي الحقوق يكون قد خرق قاعدة جوهرية حينما تمسك باختصاصه وعرض قراره للنقض"[2].

– ثاني نتيجة هي تلك المنصوص عليها في المادة 36 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري والمتمثلة في كون عدم الاختصاص النوعي باعتباره من النظام العام تقضي به المحكمة ولو من تلقاء نفسها وحتى لو لم يثار الدفع به من طرف الخصوم أما إذا أثاروه فعلى المحكمة أن تستجيب له فورا ولا يعتبر ذلك خروجا عن مبدأ حياد القاضي ولا حكما بما لم يطلبه الخصوم بل يقع على عاتق المحكمة القضاء به باعتبار ذلك واجبا عليها [3] و بذلك لم يخالف المشرع الجزائري المنهج السابق في القانون الملغى في مادته 1/93، وهذا ما نستشفه من قرار المحكمة العليا رقم 793–109 مؤرخ في 1993/09/27 مجلة قضائية 1994 عدد 01 صفحة 153 الذي جاء فيه أنه من المقرر قانونا أن عدم اختصاص المحكمة بسبب نوع الدعوى يعتبر من النظام العام وتقضي به المحكمة ولو من تلقاء نفسها وفي أية حالة كانت الدعوى، وكما ثبت أن الدعوى الحالية ترمي إلى إبطال عقد التنازل عن أملاك الدولة المبرم في إطار القانون رقم 01/81 المؤرخ في 1981/02/07 فإن هذا العقد يكتسي طابعا إداريا. ويعود الاختصاص في مراقبته للجهة المختصة

[1] حمدي باشا عمر،المرجع السابق،ص 60.

[2] رقم 724 35 المؤرخ في 1985/01/09 مجلة قضائية 1989 عدد 3 صفحة 25.

[3] صاوي أحمد السيد،الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية التجارية، معدلاً بالقانون رقم 76 لسنة 2007، د ب ن، 2009،ص 120.

بالفصل في القضايا الإدارية وبما أن الغرفة المدنية لمجلس قضاء وهران فصلت في النزاع مع أنها غير مختصة فإن قرارها خالف القانون ويتعين نقضه [1].

– لا يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفة هذه القواعد، فمثل هذا الاتفاق يكون باطلا لكونه يهدر المصلحة العامة التي استهدفها المشرع بتوزيع العمل على جهات القضاء وعلى طبقات المحاكم داخل الجهة القضائية الواحدة، فلا يجوز للخصوم الاتفاق على ان تطرح مسالة مدنية على القضاء الاداري او مسالة ادارية على القضاء المدني لمخالفة ذلك لقواعد الاختصاص الولائي، كما لا يجوز للخصوم ان يتفقوا على ان ترفع دعوى من اختصاص المحكمة الجزائية أمام المحكمة الابتدائية لمخالفة ذلك لقواعد الاختصاص النوعي[2].

– يجوز للخصوم جميعا سواء المدعي او المدعى عليهم التمسك بعدم الاختصاص في اية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام في مرحلة الاستئناف او محكمة النقض، فرفع المدعي الدعوى أمام محكمة غير مختصة وان اعتبر قبولا منه لعدم الاختصاص لا يقيده[3].

وكذلك المدعى عليه فان قبوله لعدم الاختصاص المستفاد من سكوته عند التمسك بعدم الاختصاص وتعرضه لموضوع الدعوى أو إبدائه لدفع من الدفوع بعدم القبول، لا يسقط حقه في التمسك بالدفع فيما بعد وأساس ذلك ان الاتفاق الصريح على مخالفة قواعد الاختصاص لا يقيد الخصوم فمن باب اولى قبولهم الضمني كما يجب على النيابة العامة اذا تدخلت في الدعوى كطرف منضم ان تدفع بعدم الاختصاص حتى ولو لم يدفع به احد الخصوم[4].

---

1 حمدي باشا عمر،المرجع السابق،ص 7.

[2]أسامة الروبي، الوسيط في قانون المرافعات المدنية التجارية، ج 2، الأحكام والأوامر وطرق الطعن فيها، القاهرة، دار النهضة العربية،2006،ص154.

[3]جعفر المغربي، الإحالة لعدم الاختصاص في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد العشرون، ع الثامن،2005 ،ص247.

[4]حياة، حاجي: الدفوع الشكلية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، 2009، مقال منشور على موقع وزارة العدل الجزائرية .www.courdetebessa.mjustice.dzdocunent تاريخ زيارة الموقع 2021/12/14 على الساعة 18:20.

– يجب على المحكمة ان تقضي من تلقاء نفسها بعدم اختصاصها بنظر الدعوى لانتفاء ولايتها او بسبب نوع الدعوى او قيمتها، حتى ولو لم يثر احد امامها الدفع بعدم الاختصاص طبقا لنص المادة 36 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و هذا ما نستشفه من قرار المحكمة العليا "متى كان من المقرر قانونا ان عدم اختصاص المحكمة بسبب نوع الدعوى يعد من النظام العام وتقضي به المحكمة ولو من تلقاء نفسها وفي اية حالة كانت عليها الدعوى، فان استئناف الامر باجراء خبرة باعتباره حكما تحضيريا يكون مقبولا رغم مقتضيات احكام المادة 106 من قانون الإجراءات المدنية.

وان قضاة الاستئناف المخطرين بفعل الاثر الناقل للاستئناف مطالبون بالبث في الوجه المأخوذ من الدفع بعدم الاختصاص وهذا الدفع لا يعد طلبا جديدا طبقا لمقتضيات المادة 107 من نفس القانون"[1].

و في قرار آخر للمحكمة العليا" متى كان من المقرر قانونا ان الاختصاص النوعي من النظام العام فان التمسك به لاول مرة امام المحكمة العليا يكون مقبولا، ولما كان الخطأ مصلحيا وجب اعتبار الدولة مسؤولة ومن ثم مساءلتها امام الجهة القضائية الادارية وليس المدنية.

وعليه فان المجلس القضائي الذي فصل في دعوى متعلقة بحادث تسبب فيه وراح ضحيته احد رجال الدرك في مركز المصلحة، ومنح التعويض لذوي الحقوق يكون قد خرق قاعدة جوهرية حينما تمسك باختصاصه وعرض قراره للنقض"[2].

و في اجتهاد آخر للمحكمة العليا " من المقرر قانونا ان عدم اختصاص المحكمة بسبب نوع الدعوى يعتبر من النظام العام وتقضي به المحكمة ولو من تلقاء نفسها وفي اية حالة كانت عليها الدعوى.

ولما ثبت ان –الدعوى الحالية– ترمي الى ابطال عقد التنازل عن املاك الدولة المبرم في اطار القانون رقم 01/81 المؤرخ في 1981/02/07، فان هذا العقد يكتسي طابعا اداريا ويعود الاختصاص في مراقبته للجهة المختصة بالفصل في القضايا الادارية، وبما ان الغرفة المدنية

[1] قرار رقم 31.432 مؤرخ في 1983/05/30، م.ق 1989، عدد01، ص182.
[2] قرار رقم 35.724 مؤرخ في 1985/01/09، م.ق 1989، عدد 03، ص25.

لمجلس قضاء وهران فصلت في النزاع مع انها غير مختصة فان قرارها خرق القانون ويتعين نقضه"[1].

[1]قرار رقم 743، 109 المؤرخ في 1993/09/27، م ق 1994، عدد 01، ص153.

الدفع هو ما يجيب به الخصم على طلب خصمه بقصد تفادي الحكم له به، فهو وسيلة دفاع سلبية محضة[1] حيث يتقدم الخصم عادة المدعى عليه بتلك الوسيلة ردا على طلب خصمه بقصد تفادي الحكم عليه بما يدعيه الخصم الآخر المدعي [2]، فالاصل ان القانون ينظم الدفوع باعتبارها وسيلة لرد المدعي عليه على الدعوى وتمكينه من الاعتراض عليها او على اجراءاتها، فهي الاداة المقابلة للدعوى في يد المدعي ومع ذلك فان المدعي يحقله الرد على دفوع المدعى عليه، سواء من ناحية موضوعها واجراءاتها وهو ما يعد دفعا بالمعنى الواسع[3].

ويجب لقبول الدفع ما يشترط لقبول الدعوى فلا يقبل اي طلب او دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون (المادة 3 المرافعات)، معنى ذلك انه يجب ان يكون الدفع قانونيا اي ان يكون موضعه التمسك بحق او مركز قانوني موضوعي او اجرائي، ويجب ان يكون جوهريا اي متعلقا بموضوع الدعوى او اجراءاتها ومؤثرا فيها بحيث يؤدي لو صح الى تغيير وجه الحكم فيها، كما يجب توافر الصفة في الدفع اي ان يتمسك بالدفع شخص خوله القانون ذلك اي من كان طرفا في الحق المدعي او لمن له صفة غير عادية، او لصاحب الحق الاجرائي وان كان للمحكمة ان تثير بعض الدفوع من تلقاء نفسها وذلك اذا تعلقت هذه الدفوع بالنظام العام[4].

والدفوع على ثلاثة انواع: دفوع موضوعية توجه الى اصل الحق المدعى، ودفوع شكلية توجه الى شكل الطلب او الخصومة التي نشات عن تقديمه، ودفوع بعدم القبول توجه الى حق الخصم في استعمال دعواه منكرا اياه ، هذا الأخير سوف نتاوله بالدراسة و التحليل في هذا الفصل **(الفصل الأول)** ، ضف إلى ذلك لقد أدى التطور الدستوري إلى إيجاد نوع جديد من الرقابة عن طريق الدفع بعدم دستورية القوانين و هو الوجه الثاني من الدفوع الخاصة سنتطرق إليه في (الفصل الثاني) من هذا الباب

[1] نقض 1989/2/26 طعن رقم 1664 لسنة 52 ق لدى الفكهاني –الموسوعة الذهبية– –6– ص 293 رقم 426.
[2] ابراهيم نجيب سعد، ص637.
[3] وجدي راغب، ص413.
[4] وجدي راغب، ص 414.

الفصل الأول : الدفع بعدم القبول أمام القاضي المدني

يقتضي البحث في ماهية الدفوع بعدم القبول، ضرورة التطرق للتعريفات التي قيلت بشأن هذا النوع من الدفوع، إذ حاول فقهاء وشراح قانون المرافعات الخروج ولو بتعريف جامع له يميزه عن غيره من الدفوع ويوضح معالمه ونطاقه، إذ يحتدم الخلاف حول طبيعته القانونية.

فمن الفقهاء من ينسب هذا النوع إلى الدفوع الموضوعية وآخرون يرون أن هذا الدفع ما هو إلا صورة من صور الدفوع الشكلية، في حين أن اتجاهاً ثالثاً يرون فيه نوعاً مستقلاً من الدفوع.

ويشمل الدفوع الحاسمة التي تتعلق بالحق في الدعوى، وهذه الدفوع ترمي الى الادعاء بان المدعي – دون مناقشة حقه الموضوعي– ليس له الحق في الادعاء امام القضاء، وتسمى هذه الدفوع les exceptions peremptoires qui concernent le droit وهذه الدفوع يسميها "بوتييه" دفوعا بعدم القبول.

ويرى هذا الفقيه تماشيا مع المادة الخامسة من الامر الملكي الصادر سنة 1667، انه يجب ابداء الدفع بعدم القبول قبل ابداء الدفوع الموضوعية ومع ذلك فاننا نلاحظ ان ذات هذا الفقيه لا يمنع جواز التمسك بهذا الدفع بعدم القبول بعد ابداء الدفع الموضوعي، وحتى اللحظة السابقة على صدور الحكم النهائي وتبرير ذلك يرجع الى ان الدفع بعدم القبول يؤدي الى تحطيم الطلب القضائي ذاته، ومؤدى ذلك ان الامر سوف يتمخض عن حقيقة ان المدعي لم يكن له الحق في الدعوى اذا ما كان الدفع بعدم القبول له فعالية هدم الطلب القضائي[1].

ويرى البعض رغم ذلك ان "بوتييه" حتى آخر كتاباته كان يصر على التمييز المطلق بين الدفوع الشكلية والدفوع الحاسمة les exceptions peremptoires وكان يعتبر ان هاتين الطائفتين من الدفوع لهما استقلال كامل الواحدة عن الاخرى، وبالتالي فالنظام القانوني لكل منهما كان مختلفا عن النظام الآخر[2].

[1] عبد الخالق عمر،الرسالة، ص54–55.

[2] Beguet.op ,cit,p,138.

إن الدفع بعدم القبول بوصفه إجراءاً قضائياً يخضع في تنظيمه للشروط الموضوعية والشكلية للعمل الإجرائي، إذ لا يصح إثارة هذا الدفع ما لم تتوافر المستلزمات أو الشروط اللازمة به.

المبحث الأول : ماهية الدفع بعدم القبول

إن استعمال الدفوع الشكلية يتوقف على إحترام المبادىء و الأحكام المقررة لها و التي تتمثل في ضرورة إبدائها في الوقت المحدد لها مع توفر شروط قبولها.

المطلب الأول :مفهوم الدفع بعدم القبول

إن التعريف بهذا الدفع سيكون من عدة محأور ، ابتداءاً من بيان المدلول الاصطلاحي للدفع بعدم القبول، مروراً بالغأية أو الحكمة منه، وانتهاءاً بتمييز هذا النوع من الدفوع مما يشتبه به من أنظمة قانونية مختلفة، وذلك من خلال الفرعين الآتيين :

الفرع الأول: التعريف بالدفع بعدم القبول

الدفع بمعناه العام، "هي جميع وسائل الدفاع التي يجوز للخصم أن يستعين بها ليجيب عن دعوى خصمه، بقصد تفادي الحكم لخصمه بما يدعيه سواء كانت هذه الوسائل موجهة إلى الدعوى أو بعض إجراءاتها أو موجهة إلى أصل الحق المدعى به أو إلى سلطة الخصم في استعمال دعواه منكراً أياها"[1].

أما الدفع بمعناه الخاص، "فيقصد به الوسائل التي يستعين بها الخصم ويطعن بمقتضاها في صحة إجراءات الدعوى، دون التعرض لأصل الحق الذي يدعيه خصمه الآخر، فيتفادى بها مؤقتاً الحكم عليه بما يطلبه هذا الخصم، كأن يجيب أن الدعوى قد رفعت إلى محكمة غير مختصة، أو رفعت بإجراء باطل، ووسائل الدفاع هذه تعرف بالدفوع الشكلية، أما وسائل الدفاع المتعلقة بأصل الحق فتعرف بالدفوع الموضوعية"[2].

[1] آدم وهيب النداوي،المرافعات المدنية، طبع جامعة بغداد،1988،ص210.

[2] عباس العبودي،شرح أحكام قانون المرافعات المدنية،طبع جامعة الموصل،2000،ص299.

أولا :الدفع بعدم القبول في نصوص القانون:

وقد عرف **المشرع العراقي**[1] الدفع بأنه "الإتيان بدعوى من جانب المدعى عليه تدفع دعوى المدعي وتستلزم ردها كلاً أو بعضاً"

أما بخصوص الدفع بعدم القبول، فالملاحظ أن التعريفات وإن اختلفت بصددها إلا أن الاختلاف كامن في الصياغة أكثر منه في المضمون، فالإطار العام لهذا الدفع يكاد يكون مجمعاً عليه من قبل الفقهاء، من كونها وسيلة دفاع سلبية محضة بحيث يقتصر فيها دور المدعى عليه في المحافظة على الأصل الظاهر، وهو براءة ذمته مما يسنده إليه المدعي.

ومن هذه التعريفات، أن الدفع بعدم قبول الدعوى هو دفع لا يوجه إلى إجراءات الدعوى كما هو الحال في الدفوع الشكلية، أو إلى الحق المدعى به، كما هو الحال في الدفوع الموضوعية، وإنما هو دفع يوجه إلى حق الخصم في رفع الدعوى ويهدف إلى منع المحكمة من النظر فيها، كالدفع بعدم قبول الدعوى لأنتفاء المصلحة، أو لرفعها من غير ذي صفة، أو لرفعها بعد فوات الميعاد أو لسبق الفصل فيها[2].

كما تعرف بأنها الدفوع التي ينازع بها المدعى عليه في أن للمدعي حقاً في رفع دعواه، أو في توافر الشروط التي يتطلبها القانون لقبول الدعوى[3].

وذهب اتجاه آخر [4] أن الدفع بعدم القبول هو الدفع الذي لا يوجه إلى الحق الموضوعي لينفيه، ولا لأعمال الدعوى لإثبات بطلأنها أو عدم مراعاتها لمقتضياتها، وإنما يوجه إلى الحق في الدعوى، للتوصل إلى عدم قبولها أو عدم سماعها قبل الفصل في الموضوع، لتخلف شرط من شروط قيام الحق فيها.

---

[3]الفقرة 1 من المادة 8 من قانون المرافعات المدنية ذي الرقم 83 لسنة 1969. وباعتقادي أن موقف المشرع العراقي فيه شيء من الغرابة لا لأنه تطرق إلى موضوع الدفع بل لأن التشريعات في الغالب لا تدرج التعاريف في النصوص القانونية حيث تتم الإشارة في النصوص إلى العموميات دون الخوض في الخصوصيات.

[1]أحمد السيد صاوي،مرجع سابق ،ص232.

[2]عبد المنعم الشرقاوي ،فتحي والي،المرافعات المدنية والتجارية،الكتاب الأول،دار النهضة العربية،القاهرة،،1977،ص124.

[3]محمود محمد هاشم،قانون القضاء المدني،ج2،دار الفكر العربي،القاهرة،بلا سنة نشر،ص274.

وعرفه بعض الشراح[1] بأنها الدفوع التي تتعلق بسلطة الالتجاء إلى القضاء والشروط اللازمة لذلك، أي تتعلق بالحق في استعمال الدعوى ونظرها أمام المحكمة وذلك دون التعرض للموضوع أو مدى أحقية المدعي في طلبه.

الدفع بعدم القبول يوجه إلى حق المدعي في رفع الدعوى أي إلى مكنة الحصول على حكم في الموضوع، فهو لا يوجه إلى شكل الخصومة أو موضوعها. وهو عبارة عن التمسك بعدم توافر شرط من شروط الدعوى[2] أي التمسك بانتفاء المصلحة أو انتفاء الصفة أو سبق الفصل في النزاع قضاء أو صلحا أو الاتفاق على تسويته تحكيما أو التمسك بفوات ميعاد حتمي، إلى غير ذل ك من شروط قبول الدعوى فحيث يتخلف شرط من تلك الشروط للخصم الآخر ان يدفع بعدم قبول الدعوى أو الطلب أو الدفع، فيمتنع على القاضي النظر فيما قدم اليه مما يوفر الوقت والجهد والمصاريف فالدفع بعدم القبول هو وسيلة قانونية للوصول إلى غأية معينة هي عدم قبول دعوى أو طلب أو دفع[3].

نصت المادة 108 من قانون المرافعات المصري على ان الدفع بعدم الاختصاص المحلي والدفع باحالة الدعوى إلى محكمة اخرى لقيام ذات النزاع امامها أو للارتباط والدفع بالبطلان وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات يجب ابداؤها معا قبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعدم القبول والا سقط الحق فيما لم يبد منها، ويسقط حق الطاعن في هذه الدفوع إذا لم يبدها في صحيفة الطعن ويحكم في هذه الدفوع على استقلال ما لم تامر المحكمة بضمها إلى الموضوع، وعندئذ تبين المحكمة ما حكمت به في كل منها على حدة[4].

---

[4]أحمد أبو الوفا،مرجع سابق،ص19.

[2]وجدي راغب ، مرجع سابق، ص421.

[3] جقريف الزهرة ، خصوصية النظام الإجرائي للدفوع الشكلية في ظل القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون بالدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر .

[4] قصري ناسيم ، الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي: قواعد مقررة بأحكام غامضة، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون بالدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر .

ويجب إبداء جميع الوجوه التي يبنى عليها الدفع المتعلق بالإجراءات معا والا سقط الحق فيما لم يبد منها، كما نصت المادة 115مرافعات من القانون نفسه على ان الدفع بعدم قبول الدعوى يجوز ابداؤه في أية حالة تكون عليه[1].

وظاهر أن هذه الدفوع التي أوردتها النصوص السابقة لا يطعن بها في أصل الحق المدعى به ولا في قبول الدعوى المرفوعة بطلبه وإنما يطعن بها في صحة الخصومة القائمة أمام المحكمة أو بعض إجراءاتها، أو يطلب بها تأخير الحكم فيها إلى ان يستوفى اجراء من الإجراءات ولذلك سميناها الدفوع الشكلية أو الدفوع الإجرائية تمييزا لها عن الدقوع المتعلقة بموضوع الدعوى[2].

نصت المادة 115 من قانون المرافعات المصري على ان الدفع بعدم قبول الدعوى يجوز ابداؤه في أية حالة تكون عليها، وإذا رات المحكمة بان الدفع بعدم قبول الدعوى لأنتفاء صفة المدعى عليه قائم على اساس اجلت الدعوى لاعلأن ذي الصفة ويجوز لها في هذه الحالة الحكم على المدعي بغرامة لا تتجأوز خمسين جنيه، وإذا تعلق الامر بإحدى الوزارات أو الهيئات العامة أو مصلحة من المصالح أو بشخص اعتباري عام أو خاص فيكفي في تحديد الصفة ان يذكر اسم الجهة المدعى عليها في صحيفة الدعوى[3].

وواضح من هذه المادة انها اشارت إلى الدفع بعدم القبول بصفة عامة وتنأولت حكمه فيما يتعلق بضرورة إبداء أية دفوع شكلية قبل ابدائه، فالدفع بعدم القبول يتعلق بسلطة الالتجاء إلى القضاء و الشروط اللازمة لذلك أي تتعلق بالحق في استعمال الدعوى بالنسبة للخصوم و سلطة نظر الدعوى بالنسبة للمحكمة دون التعرض للموضوع أي مدى أحقية المدعي في إدعاءه[4]. فهو دفع يمكن توجيهه إلى كل وسائل استعمال الحق في الدعوى من طلبات و دفوع وطعون إستنادا إلى أنه لا يمكن قبول أي طلب أو دفع أو طعن، ما لم يكن لصاحبه فيه مصلحة كما قد يستعمل كأداة لعدم توفر أحد الشروط الحق في الدعوى أو يستعمل كأداة لإعمال جزاء سقوط الحق الإجرائي .بالإضافة

[1] بن عمارة محمد، ، مرجع سابق.

[2] مولاي عبدالمالك ، الدفع بعدم القبول لإنتفاء الشروط الخاصة للدعوى، مقال منشور بمجلة القانون العقاري و البيئة جامعة مستغانم ، المجلد 7، العدد1 ،2019 ، ص 90.

[3] محمد حامد فهمي ، المرافعات المدنية والتجارية، فقرة 378، ص423.

[4] عمر زودة ، المرجع السابق، ص 214.

إلى استعماله كأداة لعدم توافر أحد شروط الحق في الدعوى عندما يستعمل لرد الدعوى لكونها قائمة على مصلحة محتملة أو مصلحة غير قانونية.

وقد ثار نزاع فقهي حول طبيعة الدفع بعدم القبول هل هو دفع موضوعي أو دفع إجرائي، فقد ذهب رأي إلى القول بأنها تشبه الدفوع الموضوعية من ناحية جواز التمسك بها في أية حالة تكون عليها الدعوى [1] و لو كان بعد الكلام في الموضوع كما يمكن التمسك بها أمام محكمة الإستئناف كما أنها تشبه الدفوع الموضوعية حينما يكون جوهرها هو عدم القبول لأنتفاء الصفة أو لعدم نشوء الحق في الدعوى، و مع ذلك فهناك دفوع شكلية تعد من النظام العام و يجوز التمسك بها في أية حالة تكون عليها الدعوى و لو لأول مرة أمام محكمة النقض، و ذهب رأي آخر إلى تقريب الدفع بعدم القبول من الدفوع الشكلية على أساس أنه هو الأداة الإجرائية التي حددها المشرع للتمسك بعيوب الحقوق الإجرائية التي حددها المشرع التي تحول دون سماع الدعوى [2]. لكن هذا الرأي بدوره لم يجد صداه لأنه حقيقة إذا استعمل الدفع بعدم القبول كأداة إجرائية لأعمال جزاءات أخرى فإن هذه الجزاءات قد تكون السقوط، البطلان، التقادم، إعتبار الدعوى كأن لم تكن [3] و هي لا تبدو جزاءات من طبيعة إجرائية بل تمس جزء من موضوع الدعوى.

ذهب رأي أخر في الفقه إلى القول أن الدفوع بعدم القبول تنقسم إلى دفوع متعلقة بالموضوع، في حالات معينة كعدم القبول لأنعدام المصلحة وبالتالي تسري عليها قواعد الدفوع الموضوعية، و دفوع متعلقة بالإجراءات و تسمى بالدفوع بعدم القبول الإجرائية فتسري عليها القواعد العامة التي تسري على الدفوع الشكلية، و بالتالي يحمل الدفع بعدم القبول وصفين فتارة يكون دفع موضوعي

[1] لحضيري وردية و إسعد فاطمة، ، تنظيم الدفع بعدم القبول في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون بالدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر .

2 طاهري يحى، الدفوع بعدم القبول بين الواقع العملي والاطار القانوني والاختلاف الفقهي،، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية ، جامعة الجزائر1 ، المجلد 58، العدد1 ،2021 ، ص 100.

[3] نبيل إسماعيل عمر ، مرجع سابق، ص 364.

وتارة أخرى يكون دفع شكلي مما قد يؤدي إلى زوال الدفع بعدم القبول و على هذا الأساس تم انتقاد هذا الرأي[1].

و نعتقد أن الهدف من الدفع بعدم القبول هو السعي لنفي وجود الحق في الدعوى الذي لا ينصب إلا على وسائل إستعمال هذه الأخيرة و المتمثلة أساسا في الطلب القضائي مما قد يؤدي إلى رفضه.

ثانيا:الدفع بعدم القبول في قضاء محكمة النقض:

استقر قضاء محكمة النقض على انه لما كان الدفع بعدم قبول الدعوى في هذه الحالة هو في حقيقته دفع ببطلأن الإجراءات اللازمة موجه إلى إجراءات الخصومة وشكلها وكيفية توجيهها وهو بهذه المثابة من الدفوع الشكلية وليس دفعا بعدم القبول مما نصت عليه المادة 115 من قانون المرافعات، إذ أن المقصود بالدفع بعدم القبول الذي تعنيه هذه المادة هو –كما صرحت به المذكرة التفسيرية– الدفع الذي يرمي إلى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى [2]، وهي الصفة والمصلحة والحق في رفع الدعوى باعتباره حقا مستقلا عن ذات الحق الذي ترفع الدعوى بطلب تقريره كانعدام الحق في الدعوى أو سقوطه لسبق الفصل فيها، أو لأنقضاء المدة المحددة في القانون لرفعها ونحو ذلك مما لا يختلط بالدفع المتعلق بشكل الإجراءات من جهة ولا بالدفع المتعلق باصل الحق المتنازع عليه من جهة اخرى [3]،فالمقصود إذن هو عدم القبول الموضوعي فلا تنطبق القاعدة الواردة في المادة 115 مرافعات على الدفع الشكلي الذي يتخذ اسم عدم القبول كما هو الحال في الدفع المطروح، لأن العبرة بحقيقة الدفع ومرماه وليس بالتسمية التي تطلق عليه. ومتى تقرر ان هذا الدفع من الدفوع الشكلية وليس دفعا بعدم القبول مما ورد ذكره في المادة 115 مرافعات،فان قضاء محكمة أول درجة بعدم قبول الدعوى تأسيسا على ذلك لا تكون قد استنفذت ولايتها في نظر موضوع الدعوى ، فإذا استانف حكمها وقضت محكمة الإستئناف بإلغاء هذا الحكم وبرفض الدفع، فانه يجب عليها في هذه الحال ان تعيد الدعوى إلى محكمة أول درجة لنظر موضوعها لأن هذه المحكمة

---

[1] طباع نجاة، خصوصية النظام الإجرائي للدفع بعدم القبول، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون بالدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر .

[2] فرس علي عمر الجرجري ،الدفوع بعدم القبول ، مقال منشور بمجلة الرافدين ،كلية الحقوق ، جامعة الموصل،العراق ، العدد37 ،2008 ، ص 211.

[3] عادل بوضياف ، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ،ج1 ، ط 2012،كليك للنشر ، المحمدية ، الجزائر ، 2012 ، ص 102

لم تقل كلمتها فيه ولا تملك محكمة الإستئناف التصدي لهذا الموضوع لما يترتب على ذلك من تفويت إحدى درجات التقاضي على الخصوم،وإذا خالفت محكمة الإستئناف هذا النظر وتصدت لموضوع الدعوى وفصلت فيه فان الحكم المطعون يكون قد خالف القانون بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن[1].

كما حكم بأنه لما كان المقصود بالدفع بعدم قبول الدعوى في مفهوم نص الفقرة الأولى في المادة 115 من قانون المرافعات هو –على ما صرحت به المذكرة التفسيرية وجرى عليه قضاء هذه المحكمة– الدفع الذي يرمي إلى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى وهي الصفة والمصلحة والحق في رفع الدعوى باعتباره حقا مستقلا عن ذات الحق الذي ترفع الدعوى بطلب تقريره، كانعدام الحق في الدعوى أو سقوطه لسبق الفصل فيها أو لانقضاء المدة المحددة في القانون لرفعها و نحو ذلك مما لا يختلط بالدفع المتعلق بشكل الإجراءات من جهة، ولا بالدفع المتعلق بأصل الحق المتنازع عليه من جهة اخرى[2] فالمقصود إذن هو عدم القبول الموضوعي فلا ينطبق حكم هذه المادة على الدفع الذي يتخذ اسم عدم القبول المتعلق بإجراءات الخصومة لأن العبرة هي بحقيقة الدفع ومرماه وليس بالتسمية التي تطلق عليه [3]، ولما كان ذلك وكان قضاء محكمة أول درجة بعدم قبول دعوى المطعون عليه بطلب الاجر عن الاعمال الزائدة والاضافية مؤسسا على نص المادة 15 من القانون رقم 62 لسنة 1949 بانشاء نقابات واتحادات نقابات المهن الطبية التي تقضي بأنه " يجوز لكل عضو من اعضاء المهن الطبية ان يشترط اتعابا على عمله فإذا لم يتفق على اتعاب قبل مباشرة العمل وقام خلاف على قيمتها بعد العمل قدرت بمعرفة مجلس النقابة المختص...

ولا يجوز للعضو أو للمريض أو ولي امره ان يلجا للقضاء قبل تحكيم مجلس النقابة وهو بهذه المثابة لا يعتبر دفعا موضوعيا بعدم القبول مما ورد بنص المادة 115 من قانون المرافعات، فان محكمة أول درجة لا تكون قد استنفذت به ولأيتها على موضوع الدعوى فإذا ما استانف حكمها وقضت محكمة الإستئناف بإلغاء هذا الحكم وبرفض هذا الدفع فانه كان يتعين عليها في هذه الحالة ان تعيد الدعوى إلى محكمة أول درجة لنظر موضوعها، لأن هذه المحكمة لم تقل كلمتها فيه ولا

---

[1] أمينة النمر ، مرجع سابق ، ص 218.

[2] هشام الطويل ، الدفع بعدم قبول الدعوى في قانون المرافعات والقوانين الخاصة ،منشأة المعارف ، مصر ، 2000 ، ص76.

[3] محمد عزمي البكري ، الدفع بعدم قبول الدعوى ، دار محمود للنشر و التوزيع ،2017 ، ص 104

تملك محكمة الإستئناف الفصل في الموضوع لما يترتب على ذلك من تفويت إحدى درجات التقاضي على الخصوم، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وفصل في موضوع هذا الطلب فانه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون"[1].

وحكم بأنه لما كان الدفع بعدم قبول الدعوى المؤسس على حكم المادة 157 من قانون التامين الاجتماعي الصادر بالقانون رقم 79 سنة 1975 –وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة– هو في حقيقته دفع ببطلأن الإجراءات موجه إلى شكل الخصومة وكيفية توجيهها وهو بهذه المثابة من الدفوع الشكلية وليس دفعا بعدم القبول مما نصت عليه المادة 1/115 من قانون المرافعات، وكانت المادة 108 من هذا القانون توجب إبداء الدفع بالبطلان وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى والا سقط الحق فيما لم يبد منها، وكانت الطاعنة لم تبد دفعها بعدم قبول الدعوى المستند لنص المادة 157 من قانون التامين الاجتماعي المشار اليه الا في مذكرتها المقدمة لمحكمة الإستئناف وبعد مناقشتها لموضوع الدعوى امام الخبير على ما جاء بتقريره المقدم إلى محكمة أول درجة فان حقها في إبداء هذا الدفع يكون قد سقط: لما كان ذلك فانه لا يجدي الطاعنة نعيها على الحكم المطعون فيه لقضائه برفض الدفع المذكور لأنه على فرض صحة هذا النعي فان نقض الحكم في خصوصه لا يحقق للطاعنة سوى مصلحة نظرية بحتة لا تصلح سببا للطعن ما دام ان مآل ذلك الدفع هو سقوط الحق في إبدائه ومن ثم يكون النعي بهذا السبب غير معقول[2] .

ثالثا:الدفع بعدم القبول في القانون الجزائري

لقد تطرقت المادة 67 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى تعريف الدفع بعدم القبول بأنه الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي، كانعدام الصفة وانعدام المصلحة والتقادم وانقضاء الأجل المسقط وحجية الشيء المقضي فيه، وذلك دون النظر في موضوع النزاع، كما نصت المادة 68 من نفس القانون بان الدفع بعدم القبول يمكن أن يقدم في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ولو بعد تقديم دفوع في الموضوع، و أوجبت المادة 69 إثارة

[1] الطعن رقم 623 لسنة 42 ق جلسة 1981/12/28.

[2] الطعن رقم 216 لسنة 51 ق جلسة 1984/3/11 والطعن رقم 180 لسنة 50 ق هيئة عامة جلسة 1989/2/8 المحاماة ديسمبر 1991 ص4،5.

القاضي للدفع بعدم القبول من تلقاء نفسه إذا كان من النظام العام، لاسيما عند عدم احترام آجال طرق الطعن أو عند غياب طرق الطعن[1].

وبعد استعراض أهم ما قيل بصدد تعريف الدفع بعدم القبول، نجد أنها تتفق على الخطوط العريضة والملامح العامة وإن اختلفت الصياغة في هذه التعريفات، من هنا يمكن القول أن مقومات هذا الدفع وأهم عناصره – ومن خلال الاستنتاج من كل ما ذكر – تتجسد في القواسم المشتركة لمجمل الآراء الفقهية، والتي يمكن أن تميز هذا الدفع عن غيره من الدفوع، ومن أهم هذه العناصر :

1 : إن الدفع بعدم القبول هو وسيلة دفاع يرمي إلى إنكار وجود الدعوى أساساً

فإن كان الدفع الشكلي موجه أساساً إلى إجراءات الدعوى أو الاختصاص في نظرها، مما يعني أن الدعوى موجودة فعلاً إلا أنها مخالفة للأوضاع التي رسمها القانون والتي يتعين على الخصم مباشرتها حتى تكون دعواه صحيحة، وإذا كان الدفع الموضوعي ينصب بشكل مباشر على ذات الحق المدعى به، من دون أن يكون للمدعى عليه تحفظ على الدعوى بوصفها وسيلة لحماية الحقوق، إذ من المسلم به أن للدعوى كياناً مستقلاً، وهي ليست بذات الحق المدعى به، إلا أن للدفع بعدم القبول خصوصية تميزه عن هذا وذاك، وتتمثل في توجهها إلى الوسيلة التي يحمي بها الخصم حقه الدعوى فتصيبها بالشلل، ومن ثم عدم قدرة المدعي من المطالبة بحقه[2].

تجدر الإشارة أن المشرع العراقي[3] لم يشر إلى تسمية الدفع بعدم القبول في قانون المرافعات، وإنما اكتفى بالنص على صورة من صور هذا الدفع وهي حالة عدم توجه الخصومة، هذا الموقف لا يتناسب مطلقاً مع الأهمية التي يحتلها هذا الدفع، والخلاف الحاصل بشأنه، فالأولى بالمشرع إعادة النظر في موقفه وإعطاء هذا الموضوع الأهمية التي يحتلها من خلال بيان مفهوم هذا الدفع بشكل

---

[1] فاضلي إدريس، التنظيم القضائي والإجراءات المدنية والإدارية، الجزائري، دار بين مرابط للطبع، الجزائر، 2009، ص 89

[2] علي عوض حسن ،الدفع بعدم القبول في المواد المدنية و التجارية ،دار الكتب القانونية ، مصر ، 2003 ، ص 118.

[1] الفقرة 1 من المادة 80،والفقرة 3 من المادة 209 مرافعات عراقي.

في حين أن المشرع اللبناني تصدى لتعريف الدفع بعدم القبول في المادة 62 من قانون أصول المحاكمات المدنية رقم 90 لسنة 1983 بقولها "الدفع بعدم القبول هو كل سبب يرمي به الخصم إلى إعلان عدم قبول طلب خصمه دون البحث في موضوعه لانتفاء حقه في الدعوى" كذلك عرفته المادة 122 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الصادر في 1975 بأنه "كل دفع ينكر به الخصم دعوى خصمه،دون المساس بالموضوع،وذلك بسبب انتفاء حق التقاضي".

واضح، والابتعاد عن النصوص المقتضبة والتي لا توضح معالم هذا الدفع بكافة تفاصيله من أحكام وآثار.

2 : إن الدفع بعدم القبول يكون بمناسبة انعدام الشروط التي يتطلبها القانون في قبول الدعوى

لقد نص المشرع في نص المادة 67 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على الشروط التي يتطلبها القانون لقبول الدعوى الصفة و المصلحة و عدم التقادم أو انقضاء الأجل المسقط وحجية الشيء المقضي فيه فلهذا الدفع هو عبارة عن التمسك بعدم توافر شرط من شروط قبول الدعوى، سواء كانت شروطها العامة أو الخاصة، الإيجابية أو السلبية، ويجوز الدفع بعدم قبول الطعن وذلك بالتمسك بعدم توافر شرط من شروط الطعن في الحكم[1].

إن التشريعات تفرض شروطاً لقبول الدعوى أمام المحكمة، فإذا أقام الشخص دعوى أمام المحكمة ولم تتوافر الشروط اللازمة لقبول هذه الدعوى، فإنها لا تكون مقبولة بصرف النظر عما إذا كان محقاً في ادعائه أم غير محق، وعليه يجب أن تتثبت المحكمة من شروط قبول الدعوى في الجلسة الأولى وتتأكد من توافر جميع هذه الشروط وذلك قبل الخوض في موضوعها، فإذا ما تخلف شرط أو أكثر في الدعوى المنظورة وجب على المحكمة ردها شكلاً[2].

رابعا:الحكمة من الدفع بعدم القبول وتمييزه مما يشتبه به

إن الدفع والدعوى، بوصفها إجراءات قضائية إنما تخضع للأمور التنظيمية والشكلية التي يتكفل المشرع بتحديدها ومن ثم تلبية الحماية القضائية لمن يطلبها سواء من جهة الادعاء أم من جهة الدفاع.

فالإجراءات القضائية ورغم تنوعها إنما ترتبط ببعضها لتكون في المحصلة عملاً قانونياً واحداً، وفي حالة مخالفة الخصوم للشكليات المقررة عندها تنهض الجزاءات التي حددها المشرع بسبب مخالفة تلك القواعد[3].

---

[2] ،وجدي راغب،مبادئ الخصومة المدنية،ط1،دار الفكر العربي،القاهرة،1978،ص218.

[2] عباس العبودي،مرجع سابق،ص.202

[2]آدم النداوي،المرجع السابق،ص129.

فالمدعي عندما يتجاهل أو يهمل الشروط اللازمة لصحة دعواه، أو عندما لا يتقيد بالضوابط والشكليات والمدد المقررة لصحة الدعوى، إنما يخرق بذلك ضمانة ضرورية تحرص عليها التشريعات المختلفة للوصول إلى قضاء عادل ألا وهي الشكل [1].

وإذا كان الطابع المميز لقواعد المرافعات أنها قواعد شكلية، فإن بعض هذه القواعد تكون لها خصائص القواعد الموضوعية التي تمس حقوق الأفراد، مثل قواعد شروط قبول الدعوى، والقواعد المنظمة لطرق الطعن في الأحكام وقواعد تسبيبها[2].

من هنا تبدو الحكمة من الدفع بعدم القبول، من كونها جزاءاً ذات طابع خاص ينهض عندما لا تحترم الشكليات المقررة من قبل المدعي، فالمشرع عندما يوفر الفرصة للمدعى عليه من إثارة هذا الدفع للحيلولة دون قبول دعوى المدعي، إنما يوجه – في الوقت نفسه – رسالة إلى المدعي – والأفراد على وجه العموم – مفادها أن عدم احترام القواعد والشكليات التي حددها جزاءه عدم قبول تلك الدعوى[3].

فالدفع بعدم القبول، إنما يسلب سلطة المدعي في استعمال الدعوى، لأن هذه السلطة لم تباشر وفق الشكل المحدد له، ومن ثم أصبحت وسيلة المدعي الدعوى غير قادرة للمطالبة بالحقوق، فالدفع إذن وسيلة لردع المدعي غير المستوف لشرائط إقامة الدعوى[4].

إن الحماية إنما توفر للخصم الحريص على دعواه، وليس المستهين بالإجراءات المقررة، لأن الإجراءات الثابتة والمنضبطة تحول دون فوضى القضاء وسوء نية الخصوم، مما يعني عدم ترك إجراءات التقاضي تخضع لتقدير الخصوم أو القضاة ولأن الشكل عدو الظلم والتحكم [1].

---

[1] سقلاب فريدة،الآثار المترتبة على الحكم بصحة الدفع بعدم القبول في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون بالدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر .

[2] محمود مصطفى، شرح قانون الاجراءات الجنائية، الطبعة 12 سنة 1988، فقرة 146، ص190.

[3] سرايش زكريا، إشكالية الدفع بعدم القبول في حالتي الدفع بحجية الشيء المقضي وباتفاق الوساطة، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون بالدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر .

[4] عثمان التكروري، مرجع سابق ، ص 209.

إن الدفع بعدم القبول عندما يوجه إلى الحماية القضائية المطلوبة بهدف إنكار حق طالبها فيها، إنما تعد في الوقت نفسه إحدى الجزاءات الإجرائية المقررة في قانون المرافعات، هذا الجزاء الذي يواجه مشكلة قبول أو عدم قبول الطلب القضائي، وبالتالي فإنه يواجه مسألة أحقية المدعي في طلب منحه الحماية القضائية أو عدم أحقيته في الحصول على هذه الحماية فعدم القبول – بوصفه جزاءاً إجرائياً – هو تكييف قانوني لطلب قضائي تخلفت فيه الشروط اللازمة لقبوله، ويؤدي عدم القبول إلى امتناع المحكمة عن النظر في مضمون هذا الطلب[2].

تجدر الإشارة، أن هذا الجزاء يختلف عن الجزاءات الأخرى في قانون المرافعات، ولعل من أهمها البطلان، وهو عبارة عن تكييف قانوني لعمل يخالف نموذجه القانوني مخالفة تؤدي إلى عدم إنتاج الآثار التي يرتبها عليه القانون إذا كان كاملاً[3].

فالبطلان جزاء قانوني للإجراء القضائي في الدعوى الذي يخالف القانون، أما عدم القبول فهو جزاء قانوني يقتصر على عدم توافر شروط الدعوى،كما أن أعمال البطلان لا يكون من خلال الدفع بعدم القبول، لأن الخصم إذا ما تمسك بعدم قبول الإجراء لبطلانه، فإن عدم القبول هنا يكون قد استخدم في غير محله، ويكون الهدف من استخدامه هو مجرد التمسك ببطلان الإجراء[4].

أما السقوط، وهو الجزاء الذي يرتبه المشرع على عدم استخدام الحق الإجرائي في الميعاد أو المناسبة المحددة، فالملاحظ أن له صلة وثيقة بالدفع بعدم القبول، لأن السقوط إذا وقع فإنه يتم التمسك به عن طريق الدفع بعدم القبول، بمعنى أن هذا الدفع هي الأداة الفنية لأعمال جزاء السقوط،فهذا الدفع يرمي إلى إنكار الحماية القضائية على طالبها لعدم أحقيته في ذلك نظراً لسقوط حقه في مباشرة الإجراءات[5].

---

[1] صاوي أحمد السيد ، مرجع سابق، ص284.

[1] نبيل إسماعيل عمر،الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني،ط1،منشأة المعارف،الإسكندرية،1981،ص169.

[2] عباس العبودي،مرجع سابق،ص166.

[4] تيزرارين زهرة ، مرجع سابق .

[5] فنينخ عبد القادر و بوسماط مختارية الطبيعة القانونية للدفع بعدم قبول الدعوى والاشكالات العملية التي يثيرها ، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون بالدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر .

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للدفع بعدم القبول

أثارت طبيعة الدفع بعدم القبول خلافاً حاداً بين الفقهاء وجدلاً واسعاً في المؤلفات القانونية، هذا الخلاف في الآراء سببه غموض هذا الدفع وعدم وضوح معالمه، فتارة يقترب من الدفوع الموضوعية، وتارةً أخرى تلتقي أحكامه مع أحكام الدفوع الشكلية، مما أوقع الفقهاء في حيرة منه، ولهذا ذهبت الآراء في تحديد أحكامه إلى مذاهب شتى ، ولأجل الوصول إلى النتيجة المتوخاة، أجد من المناسب التطرق – ولو بشيء يسير – للدفوع الموضوعية والشكلية لنرى مدى التقارب ما بين الدفع بعدم القبول والدفوع الأخرى، مع ملاحظة نقاط التبأين بين هذه الدفوع، ومدى إمكانية اعتبار الدفع بعدم القبول دفعاً مستقلاً وقائماً بذاته.

فالدفوع الموضوعية، هي تلك الدفوع التي توجه إلى الحق موضوع الدعوى، لغرض الحكم برفض الدعوى بشكل كلي أو جزئي، بمعنى أن هذا الدفع ينازع في نشوء الحق أو بقائه أو مقداره، ويرمي بهذا إلى رفض طلبات المدعي كلها أو بعضها[1].

وهذه الدفوع من الجائز إبداؤها في أية حالة تكون عليها الدعوى، لأنه لا يعدو أن يكون دفاع يتعلق بذات الحق، والأصل أنه من الجائز إبداء أوجه الدفاع هذه في أية حالة تكون عليها الدعوى، وإذا كان هذا الدفع يوجه إلى أصل الحق، فإن الحكم بقبوله يترتب عليه حسم النزاع على أصل الحق، كما يحوز هذا الحكم حجية الشيء المحكوم به، فلا يجوز تجديد النزاع أمام المحكمة التي أصدرته أو أمام أية محكمة، لأنها قد استنفذت ولايتها فيها[2].

والدفوع الموضوعية متعددة والقانون لا يحددها، فهي لا تقع تحت حصر، لأنها تتعلق بأصل الحق ذاته وتنظمها القوانين المقررة، كالدفع بالوفاء أو الإبراء أو بالمقاصة والدفع بالصورية...الخ.

وإذا كان الأصل يقتضي عدم تدخل المحكمة في النزاع الدائر بين الخصمين طبقاً لمبدأ حياد القاضي، فإن الاستثناء يحتم إثارة الدفوع الموضوعية من قبل المحكمة متى كانت هذه الدفوع متعلقة بالنظام العام[3]. تجدر الإشارة أن الحكم بقبول أو رفض الدفع الموضوعي يعد صادراً في أصل

---

[2] محمد محمود إبراهيم،الوجيز في المرافعات،دار الفكر العربي،القاهرة،1983،ص747.

[1] أحمد أبو الوفا،المرجع السابق ص836.

[2] عباس العبودي،المرجع السابق،ص309.

الدعوى، فإذا استؤنف الحكم صار موضوع النزاع برمته معروضاً على محكمة الدرجة الثانية، ويكون لها أن تستكمل أوجه التحقيق التي لم تقم بها محكمة الدرجة الأولى وأن تقضي في موضوع الدعوى[1].

أما الدفوع الشكلية، فهي تلك الدفوع التي لا توجه إلى ذات الحق المدعى به، وإنما توجه إلى الدعوى بصفتها مجموعة إجراءات يتعين على الخصم مباشرتها إذا شاء الالتجاء إلى القضاء للحصول على المنفعة التي يخولها له حق معين يدعيه. أو هي دفوع ترمي إلى الطعن في صحة شكل الدعوى، إما بإنكار اختصاص المحكمة المرفوعة إليها الدعوى، وإما بإنكار صحة الإجراءات التي رفعت بها أو التي تسير فيها[2].

والدفع الشكلي الإجرائي عائق مؤقت، يوجه إلى إجراءات الدعوى بدعوى مخالفتها للأوضاع التي رسمها القانون، ويقصد به تفادي الحكم في الموضوع بصفة مؤقتة، ولم يجز القانون التراخي في إبدائه، بل أوجب على الخصم أن يدلي به قبل التكلم في الموضوع وإلا سقط الحق فيه، وذلك منعاً من تأخير الفصل في الدعوى[3].

وإذا كانت القاعدة تقضي بأن يثير القاضي من تلقاء نفسه كل ما يمس النظام العام، لذا وجب عليه أن يثير الدفع الشكلي المتعلق بالنظام العام، فضلاً عن قبوله في أية حالة تكون عليها الدعوى[4].

إن الحكم الصادر بقبول الدفع الشكلي لا يمس أصل الحق، وبالتالي لا يترتب عليه إنهاء النزاع بصدده، إنما يترتب عليها انقضاء الدعوى أمام المحكمة، ومن الجائز تجديدها بمباشرة الإجراءات الصحيحة، وإذا ما استؤنف هذا الحكم، فإن ولأية محكمة الدرجة الثانية يقتصر على إعادة النظر في الدفع، ولا يجوز لها أن تقضي في موضوع الدعوى إن هي ألغت الحكم المستأنف، بل يتعين عليها

---

[3] فتحي والي،المرجع السابق،ص123.

[4] أحمد مسلم ، المرجع السابق،ص567.

[3] أمينة النمر ، المرجع السابق،ص129

[4] محمود محمد هاشم ، مرجع سابق،ص275.

في هذه الحالة أن تعيد القضية إلى محكمة الدرجة الأولى لتفصل في موضوعها لأنها لم تستنفذ ولأيتها لموضوع الدعوى[1].

بعد هذا الاستعراض الموجز للدفع الموضوعي والشكلي، ينبغي التعرف على موقع الدفع بعدم القبول، والمسافة التي تفصله عن هذين الدفعين، وإلى أيهما يبدو أقرب، وهل مقومات هذا الدفع ومرتكزاته هي نفسها في الدفوع الأخرى، أم له نزعة مستقلة وخاصة به؟ للإجابة على هذه التساؤلات سنقوم باستعراض أهم الآراء التي قيلت في هذا المضمار، مبتدئين بالاتجاه التقليدي، ومن ثم بحث المسألة في الاتجاه الحديث ومن ثم بيان رأينا في المسألة وما نعتقده أقرب للحقيقة.

أولا : الاتجاه التقليدي الاتجاه القديم

تتلخص فلسفة هذا الاتجاه، بإلغاء طائفة الدفوع بعدم القبول وذلك بالنظر إلى ما يحيط بهذا النوع من الدفوع من مشاكل، وضرورة إدماجه داخل طائفة الدفوع الشكلية.

وقد استند هذا الاتجاه على حجج، من أهمها، أن قانون المرافعات الفرنسي الصادر في سنة 1806 قد عدد الدفوع الشكلية والموضوعية فقط، حيث يتوجه النوع الأول إلى الإجراءات بقصد عرقلة سير الخصومة، أما النوع الثاني فيتوجه إلى مضمون الادعاء بقصد تحطيمه.

أما الحجة الثانية، فتعتمد على ما جرى عليه العمل إذ تم إدماج الدفع بعدم القبول في هذه الفترة داخل طائفة الدفوع الشكلية[2].

وقد استمر هذا الوضع، إلى أن صدر في فرنسا قانون سنة 1935 الملغي، والذي رسخ الاتجاه السابق، من خلال إعطاء هذا القانون للدفع بعدم القبول ذات النظام القانوني القائم بالنسبة للدفوع الشكلية، وبالذات ضرورة إبداء الدفع بعدم القبول قبل الكلام في الموضوع وإلا سقط الحق

[3]أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق،ص837.

[2]نبيل إسماعيل عمر ، المرجع السابق،ص140.

في إبدائه[1]. هذا الأمر دفع بالفقه الفرنسي للقول بأن القضاء في فرنسا جرى على اعتبار الدفع بعدم القبول دفعاً شكلياً وأسمته الدفع الشكلي بعدم القبول[2].

و من وجهة نظرنا نقول أن عدم ذكر المشرع صراحة للمصطلح هذا لا يعني مطلقاً عدم إعتماده في قاموسه في فلسفته القانونية ، فالمشرع يبين الخطوط العريضة في النظام القضائي و يفسح المجال للقضاء من أجل تطبيق التفاصيل والمضامين الدقيقة ، و مثال على ذلك موقف المشرع العراقي ، فهو لم يذكر بصريح العبارة الدفع بعدم القبول في قانون المرافعات، بل أشار إليه صورة من صوره، و هذا لا يعني أن المشرق قد تجاهل هذا النوع من الدفوع .

ثانياً : الاتجاه الحديث الاتجاه المعاصر

حاول هذا الاتجاه التخفيف من خطورة فلسفة الاتجاه القديم، ومن اعتبار الدفع بعدم القبول ضمن طائفة الدفوع الشكلية، فعمد إلى إجراء تفرقة دقيقة داخل طائفة الدفوع بعدم القبول، فذهب إلى أنه يوجد من هذه الدفوع ما يتصل بالإجراءات وأسماها الدفوع بعدم القبول المتعلقة بالإجراءات، والدفوع بعدم القبول المتعلقة بالموضوع وهي ما يتصل بالموضوع[3].

حيث يقصد بالنوع الأول من هذه الدفوع تلك التي ترمي إلى استبعاد الطلب القضائي، نظراً لأن الدعوى لم تمارس من خلال الشروط الواجب توافرها لاستعمالها استعمالاً مقبولاً من الناحية الإجرائية. أما الدفع بعدم القبول المرتبط بالموضوع، فهو الدفع الذي يواجه الادعاء بحق أمام القضاء كأساس للطلب القضائي[4].

---

[1] محمد عبدالنبي سيد غانم ، قانون المرافعات المدنية و التجارية ،ج 2 ، نظرية الدعوى ، نظرية الخصومة،دار النهضة العربية للنشر و التوزيع ، مصر ، 2017 ، ص 238

[2]محمد العشماوي و عبد الوهاب العشماوي ،ص141.

[1] أحمد السيد صاوي ، المرجع السابق،ص233.

[4] دالي بشير ، مرجع سابق .

إن ما يترتب على فلسفة هذا الاتجاه، هي وجوب إعطاء الحكم القانوني للدفع الموضوعي والشكلي على الدفع بعدم القبول حيثما وجد، فالدفع بعدم القبول المرتبط بالإجراءات يطبق عليه أحكام الدفوع الشكلية والدفوع بعدم القبول المرتبط بالموضوع يطبق عليه أحكام الدفوع الموضوعية[1].

كما ذهب جانب من الفقه [2] إلى أن الدفع بعدم القبول، إذ كان لعيب في العمل الإجرائي، فهو في الحقيقة دفع شكلي يخضع لأحكام الدفوع الشكلية، أما إذا كان الدفع بعدم القبول بسبب التخلف الظاهر لأحد شروط الحق في الدعوى، أو انقضاء الحق وهو ما يطلق عليه الفقه والقضاء عدم القبول الموضوعي أو المتصل بالموضوع فيأخذ حكم الدفوع الموضوعية.

في حين يرى اتجاه آخر [3]أن الدفع بعدم القبول يعني التمسك بعدم قابلية الإدعاء لأن يكون محلاً للعمل القضائي، وهو بذلك يثير مسألة إجرائية تتعلق بالموضوع يتميز بذلك عن الدفوع الإجرائية الشكلية التي تثير مسألة إجرائية بحتة، كما يختلف عن الدفوع الموضوعية التي تثير مسألة موضوعية بحته، لذا يعد الدفع بعدم القبول من وجهة نظر هذا الاتجاه دفع إجرائي لكنه يختلف عن الدفوع الإجرائية لتعلقه بالموضوع.

ويشير جانب من الفقه، أن القضاء المصري أميل إلى المقاربة بين الدفوع بعدم القبول وبين الدفوع الموضوعية والمباعدة بينها وبين الدفوع الشكلية، من حيث أنه بالحكم في الدفوع بعدم القبول تستنفذ محكمة الدرجة الأولى لولايتها على موضوع الدعوى، وأنه إذا استؤنف الحكم كان الموضوع كله مطروحاً على محكمة الدرجة الثانية، ولا تعد هذه المحكمة عندئذٍ متصدية للموضوع ومخالفة للقانون[4].

و في تقديرنا نرى أن هذا التوجه و من خلال فلسفته غيب أوجه التفرقة ما بين الدفوع بعدم القبول، والدفوع الأخرى،و ضم الدفع بعدم القبول الى الدفوع الأخرى ، متناسيا أن لهذا الدفع نظام قانوني ذو ميزة خاصة يجعله دفعاً مستقلاً وقائماً بذاته.

---

[1] فتحي والي،الوسيط في قانون القضاء المدني،دار النهضة العربية،القاهرة،1987،ص548.

[2] محمد محمود إبراهيم ، المرجع السابق،ص753

[3] وجدي راغب ، المرجع السابق،ص219.

[4]أحمد مسلم ، المرجع السابق،ص574.

من هنا يمكننا القول بأن الدفع بعدم القبول، و بإتفاق أغلب الآراء الفقهية يعد هذا الدفع كنوع ثالث من الدفوع يقع في مرحلة وسطى ما بين الدفوع الشكلية والموضوعية، فهو أدنى درجة من الدفوع الموضوعية وأعلى من الدفوع الشكلية[1].

وإذا كان المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة [2] قد أجازت إثارة هذا الدفع في أية مرحلة من مراحل نظر الدعوى، وهي المسألة التي يجعله دفعت بالبعض إلى اعتبارها ضمن الدفوع الموضوعية، كون الأخيرة من الجائز إبداؤها في أية مرحلة من مراحل الدعوى كذلك، إلا أن هذا الأمر ينبغي ألا يُستنتج منه اعتبار الدفوع بعدم القبول ضمن الدفوع الموضوعية، كون الدفوع بعدم القبول – وبحسب تركيبه الأصلي – لا يتوجه إلى عين الادعاء بقصد هدمه، وإنما يتوجه وبطريقة مسبقة إلى الحماية القضائية التي يطلبها صاحب الادعاء، ويرمي الدفع إلى إنكار حق المدعي في هذه الحماية.

يرى الفقيه"بوتييه" تماشيا مع المادة الخامسة من الامر الملكي الصادر سنة 1667، انه يجب إبداء الدفع بعدم القبول قبل إبداء الدفوع الموضوعية ومع ذلك فاننا نلاحظ ان ذات هذا الفقيه لا يمنع جواز التمسك بهذا الدفع بعدم القبول بعد إبداء الدفع الموضوعي، وحتى اللحظة السابقة على صدور الحكم النهائي وتبرير ذلك يرجع إلى إن الدفع بعدم القبول يؤدي إلى تحطيم الطلب القضائي ذاته، ومؤدى ذلك أن الأمر سوف يتمخض عن حقيقة ان المدعي لم يكن له الحق في الدعوى إذا ما كان الدفع بعدم القبول له فعالية هدم الطلب القضائي [3]،ويرى البعض رغم ذلك ان "بوتييه" حتى آخر كتاباته كان يصر على التمييز المطلق بين الدفوع الشكلية والدفوع الحاسمة les exceptions peremptoires وكان يعتبر ان هاتين الطائفتين من الدفوع لهما استقلال كامل الواحدة عن الاخرى، وبالتالي فالنظام القانوني لكل منهما كان مختلفا عن النظام الآخر [4].

---

[1] عبد الباسط جميعي،مبادئ المرافعات،دار الفكر العربي،القاهرة،1980،ص469 .

[2] راجع الفقرة 2 من المادة 80 مرافعات عراقي،المادة 115 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم 13 لسنة 1968،المادة 63 أصول لبناني،المادة 123 إجراءات فرنسي.

[3] خلفي عبد الرحمان و بركاني أعمر،الدفع بعدم القبول في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون ب الدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر .

[4] كمال الدين أحمد السيد عاطف ، مدى حجية عدم القبول من الناحيتين الشكلية و الموضوعية في القضاء المدني ، دار النهضة العربية للنشر ة التوزيع ، مصر ، 2012،ص 160.

في مشروع قانون المرافعات الفرنسي وضعت فقرة بعنوان الدفوع بعدم القبول وضعت المادة 185 التي كانت تنص على ان الدفع بعدم القبول يجب التمسك به قبل إبداء أي دفع موضوعي، ومع ذلك ثار الجدل حول المعنى الواجب اعطاؤه لفكرة الدفع بعدم القبول مع عدم امكانية التوصل إلى حل بصدد المشاكل المتعلقة بالمعنى الواجب اعطاؤه لهذه المصطلحات فقد الغى واضعوا المشروع المادة 185 وتركوا امر الدفع بعدم القبول للفقه والقضاء، ومع ذلك فان القانون التجاري الصادر في نفس الفترة قد خصص بابا عنوانه باسم " **الدفوع بعدم القبول les fins de non-recevoir**"[1] .

وبناء على هذا المسلك من جانب واضعي قانون المرافعات الفرنسي فقد انبرى الفقيه " **بيجو pigeau**" سنة 1807 لمحاولة وضع تحديد لفكرة الدفع بعدم القبول فذكر ان الطلب القضائي يكون مقبولا إذا لم يوجد دفع بعدم القبول يعوق طرحه امام القضاء [2]، وكان هذا الفقيه يقصد بالدفع بعدم القبول واحدا من الدفوع الآتية: افتقار الحق في الدعوى لعدم وجود أو نشاة الواقعة المولدة لهذه الدعوى إذا لو يكن للمدعي بتاتا أي دعوى، إذا لم يثبت صحة تمثيل الخصم أو لم تثبت صفته، إذا لم تتوافر الشروط التي يتطلبها القانون لامكانية رفع الدعوى،إذا وجهت الدعوى إلى شخص ليست له صفة في رفعها عليها، إذا كان هناك خيار للمدعي بين عدة دعاوى وكان المدعي قد اختار واحدة منها وكان هذا الاختيار يسقط حقه في استعمال النوع الآخر من الدعاوى، إذا كان الحق في استعمال الدعوى قد سقط بالتقادم مثلا [3]، في جميع هذه الاحوال يرى هذا الفقيه ان المدعى عليه يملك في مواجهة المدعي دفعا بعدم القبول.

والملاحظ على هذا الفقيه انه يتخذ موقفا موسعا لفكرة الدفع بعدم القبول، ويرى البعض انه من غير الواضح لدى الفقيه "**بيجو**" مسالة التمييز بين الحق الموضوعي والدعوى[4].

في منتصف القرن التاسع عشر اقام القضاء الفرنسي نظاما متحررا لفكرة الدفع بعدم القبول واجاز بناءا على هذا النظام إبداء هذا الدفع بعدم القبول بعد إبداء الدفع الموضوعي ليس هذا فقط بل

---

[1] أبوالرب فاروق يونس، مرجع سابق ، ص229.

[2] المصري محمد وليد هاشم ، مرجع سابق ، ص 210.

[1] عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة ، أسباب قبول دعوى الإلغاء الإداري ،منشأة المعارف ، مصر ، 2011 ، ص 56

[4] غربي نجاح، الطبيعة القانونية للدفع بعدم القبول وعلاقته بالدفوع الإجرائية، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون ب الدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر .

واجاز إبداء ه في أية حالة ولو لأول مرة امام محكمة الإستئناف[1]، ومن جهة اخرى فان هذا القضاء اجاز طرح الدفع بعدم القبول لأول مرة امام محكمة النقض وذلك في الاحوال التي يتعلق فيها بالنظام العام، واجاز أيضا اثارته من جانب المحكمة من تلقاء نفسها ودون ان يطلب منها ذلك، كل هذا يشرط ان لا يكون الدفع مختلطا بمسائل واقعية[2] .

ذهب الفقه المدني إلى ان من الدفوع ما لا يرد به على اصل الحق وانما ينازع به في حق المدعي في رفع دعواه ويسمى دفعا بعدم القبول أو عدم الجواز كالدفع بعدم قبول الدعوى لأنعدام صفة المدعي فيها أو لأنعدام مصلحته، والدفع بعدم قبول الطعن في الحكم لسبق الرضاء به من المحكوم عليه أو لفوات ميعاد الطعن فيه، وتعد هذه الدفوع نوعا وسطا بين الدفوع الشكلية والدفوع الموضوعية فهي تشبه الدفوع الشكلية في انها لا يقصد بها المناقشة في الحق المدعى به وكذا تختلف عن هذه الدفوع في انها لا تتعلق بإجراءات التقاضي وانما تتعلق بحق رفع الدعوى وتوافر شروطها الموضوعية، وان الحكم بعدم قبول الدعوى يمنع تجديدها فيكون حاسما لموضوع النزاع شانه في في هذا شان الحكم برفض الدعوى بناء على أي دفع موضوعي متعلق بذات الحق"[3]، وتنقسم الدفوع بعدم القبول إلى قسمين ، دفوع تتصل بالموضوع كالدفع بانعدام الصفة أو المصلحة أو سقوط الحق في رفع الدعوى ودفوع مبناها السقوط بانقضاء الميعاد كالدفع بعدم قبول الإستئناف لرفعه بعد ميعاده أو بعدم قبول دعوى وضع اليد بفوات سنة من تاريخ حصول التعرض، والنوع الأول يسري على حكم الدفوع الموضوعية فيعتبر الحكم فيه صادرا في موضوع الدعوى من كل الوجوع بحيث يكون من اثر استئنافه طرح النزاع برمته امام محكمة الدرجة الثانية[4].

المطلب الثاني :حالات أسباب الدفع بعدم القبول

سبقت الإشارة إلى أن الدفع بعدم القبول يكون عند انعدام الشروط التي يتطلبها القانون في قبول الدعوى، مما يعني محدودية نطاق التمسك بهذا الدفع، إذ لا يمكن للمدعى عليه من إثارة هذا الدفع إلا إذا تخلفت هذه الشروط، وهي إما أن تكون شروطاً عامة لصحة الدعوى، أو أن تكون شروطاً

[1] عبد الخالق عمر ص 58 وراجع الاحكام العديدة التي اشار اليها في هامش 90.

[2] نبيل عمر اسماعيل ، مرجع سابق ، ص375 .

[3] محمد حامد فهمي ،مرجع سابق ،ص 430 .

[4] احمد ابو الوفا، مرجع سابق، ص174.

أخرى مستمدة من طبيعة الظروف المحيطة بالدعوى، أو ما تسمى بالشروط الخاصة لقبول الدعوى. وقد يكون السبب في إثارة هذا الدفع وجود موانع تحول دون قبول الدعوى، هذا ما سيتم معالجته في الفروع الآتية.

الفرع الأول : الدفوع بعدم القبول المتعلقة بالمتقاضين

المصلحة في الدعوى هي الفائدة العملية التي تعود على صاحبها. و رأى المشرع أن يحد من إستعمال الدعاوى حتى لا يساء حق الإلتجاء إلى القضاء و يكثر عدد الدعاوى الكيدية فيزداد عبأ القضاء و يتأخر الفصل في الدعاوى [1] و لهذا استلزم توافر المصلحة في الدعوى في مضمون المادة 13 توافر المصلحة كأحد شروط رفع الدعوى بالإضافة إلى شرط الصفة .

أولا: مفهوم المصلحة في الدعوى:

بإعتبارها من شروط رفع الدعوى التي تطرق اليها المشرع في نص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية سنعرج على تعريف المصلحة من عدة زوايا مع التطرق إلى أهمية المصلحة كشرط لقبول الدعوى .

1- **التعريف الفقهي للمصلحة** *:* في الفقه نجد أنه باختلاف وجهة النظر إليها يختلف تعريف المصلحة،فيرى جانب من الفقه أن المصلحة هي الفائدة العملية التي يبتغيها المدعى من دعواه أو الثمرة العملية و التي تعود عليه من الحكم له بطلباته[2].

و رأى جانب من الفقه أن الدعوى تلتزمها العديد من الشروط حتى تقبل فيما يرى البعض أنه الشرط الوحيد لقبول الدعوى [3]، و لكن ما كان عليه الجدال هو في مدى إعتبار المصلحة كشرط لقبول الدعوى أو هي شرط لنشأة الحق في الدعوى.

[1] أمينة مصطفى النمر ،مرجع سابق ،ص 35.

[2] عبد الوهاب بوضرسة ،الشروط العامة و الخاصة لقبول الدعوى، دار هومة للطباعة و النشر، الجزائر ، 2005، ص 64.

[3] نبيل إسماعيل عمر ،مرجع سابق ، ص 53.

2- التعريف القانوني للمصلحة : جل التشريعات لم تعطي تعريفا للمصلحة و من بينها المشرع الجزائري الذي ذكرها كشرط لقبول الدعوى دون تحديد معناها، و نرى أن التعريفات هي أصلا هي من اختصاص الفقه كما سلف ذكره، و إن كان لم يوجد تعريف فإننا نعتقد أنه هذا مفيد أكثر للقاضي لأن المصلحة لها مفهوما واسع و هي تدخل على كل شيء طرح أمام القضاء مما يصعب على المشرع تعريفها في كل الحالات وترك المجال لاجتهاد القاضي.

3- التعريف القضائي للمصلحة: لم نجد أحكاما أو قرارات عرفت المصلحة في القانون الجزائري ما عدا القرار الصادر بتاريخ 2002/02/24 عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا [1] أما القضاء المصري فوضع مجموعة من المبادئ التي لا تعرف المصلحة و إنما تبين معالمها من هذه المبادئ، و إن كان لا يمكن أن تحصر المجالات التي قد تستوجب توافر المصلحة فقد يكون القضاء المصري قد أرسى بعض القواعد التي قد تساعد على تشكيل فكرة لدى القاضي حول مفهوم المصلحة[2].

4- أهمية شرط المصلحة لقبول الدعوى: من الواضح أن مرفق القضاء لم يوضع للعبث و تضييع الوقت باعتبار أنه المرفق الذي يسعى إلى حماية حقوق الأفراد و حرياتهم لذا و حرصا على هذا الهدف المقدس و لعدم مضيعة الوقت رأى المشرع أن يكون اللجوء إليه مقيد بقيود تكفل حسن أدائه لوظيفته لذا إشترط المصلحة كمعيار لقبول الدعاوى التي ترفع أمام مرفق القضاء [3].كما أنه و ما دام أن الإنسان يستعمل حقه لتحقيق المصلحة التي كفل القانون حمايتها فإنه بذلك لا يكون خارجا عن النطاق المرسوم له، و مادام هو في حدود هذا النطاق فالقانون يحميه وعلى ذلك فحماية القانون للأشخاص لا تكون إلا في حدود استعمال الحق تحقيقا للمصلحة التي من أجلها وجد الحق [4] .

---

[1] بوبشير محند أمقران ، الإشكالات العملية للدفوع الإجرائية وبعدم القبول أمام القضاء المدني مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون ب الدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر .

[2] عزمي عبدالفتاح ، مرجع سابق ، ص 189.

[3] عبد الوهاب بوضرسة ، ، مرجع سابق ، ص 70

[4] لحضيري وردية و إسعد فاطمة، مرجع سابق .

ثانيا: الدفع بعدم القبول لانتفاء المصلحة.

تعتبر المصلحة أحد شروط قبول الدعوى أمام القضاء وفقا لأحكام المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و يشترط في المصلحة أن تكون قانونية، قائمة وحالة، فإذا لم تتوفر هذه الأوصاف في المصلحة جاز للخصم أن يتمسك بذلك عن طريق الدفع بعدم قبول لانتفاء المصلحة.

1- الدفع بعدم القبول لعدم قانونية المصلحة

قلنا أن المصلحة القانونية هي المصلحة التي يحميها القانون بصفة مجردة و بوجود هذه الحماية القانونية لهذا الحق فإنه بالتلازم ينشأ معه الحق في الدعوى أي أن الحماية القانونية تولد الحماية القضائية و العلاقة الموجودة بينهما علاقة وجود و عدم فلا يتصور وجود حق موضوعي لا تكون له حماية قضائية كما لا يتصور وجود دعوى دون أن تهدف إلى حماية حق موضوعي[1] ،و من هذا نخلص إلى أن الدفع بعدم قانونية المصلحة يكون له صورتان:

الأولى و هي عدم اعتداد القانون بالمصلحة إبتداءا [2] أي أن القانون لا يعترف بهذه المصلحة إطلاقا بمفهوم أنه لا يضفي الحماية القانونية لهذا الحق مما ينعكس ذلك على المصلحة المطالب بها.

الثانية هي عدم إعتداء القانون بالمصلحة لاحقا أي أن وفي وقت سابق فقد إعترف القانون بحمايته لهذا الحق الموضوعي أو المركز القانوني و نتيجة لظروف معينة يعتد بها القانون فقد سقطت تلك الحماية القانونية فسقطت معها الحماية القضائية أي سقط حق الشخص في ممارسته لإجراءات الدعوى من أجل طلب الحماية القانونية، المقررة لذلك الحق [3] و نرى أن هذا راجع لأن الحق أو المركز القانوني فهو عبارة عن كائن قانوني يولد فيترعرع في محيط قانوني و يموت بحكم تغير ذلك

[1] قد يكون لذلك إستثناء وهو حالة الحقوق الطبيعية أي التي تسقط عليها الحماية القانونية.

[2] عمر زودة، مرجع سابق، ص 76.

[3] محمد حامد فهمي ،مرجع سابق ،ص 439 .

المحيط القانوني الذي يوجد فيه و يكون ذلك سواء بواقعة قانونية أو بواقعة مادية أو بمرور فترة زمنية حددها القانون [1].

كما أنه لا يمكن للقضاء أن يقبل دعوى تهدف إلى المطالبة بمصلحة غير مشروعة لأن القانون لا يحمي مصلحة تخالف النظام العام أو حسن الآداب و قد يوجد الكثير من الأمثلة التي نذكر البعض منها:

طلب تنفيذ عقد مخالف للنظام العام أو لحسن الآداب: و مثاله أن يلجأ شخص إلى القضاء مطالبا بتنفيذ عقد غير مشروع محله كأن تعاقد على أيجار عقار بغرض إستعماله كمحل للدعارة ، أو أن يطلب موظف عام تنفيذ عقد كان موضوعه وعد بالرشوة أو رفع دعوى يطالب فيها شخص خليلته تنفيذ عقد موضوعه إستمرار العلاقة فيها بينهما [2] أو يطالب شخص أمام القضاء بالوفاء بدين ناتج عن قمار بإعتبار أن المادة 61 من القانون المدني تحظر أي قمار أو رهان كون ذلك مخالف للآداب العامة.

طلب إبطال عقد غير مشروع: إذا ما سعى المدعي بطلب إسترداد ما دفعه بناءا على إتفاق يعد من جانبه مخالفا للنظام العام كأن يطلب إسترداد المال الذي قدمه على سبيل الرشوة أو أن يطلب إسترجاع المال الذي يكون قد إشترى به أشياء يحضر القانون بيعها كالأسلحة أو المخدرات. و هنا لا يعقل أن يستفيد المخطأ من خطأه من جهة و من جهة ثانية فإن موضوع المطالبة القضائية يهدف إلى إسترداد حق بني على مصلحة غير مشروعة مما يكون و بالتبعية المطالبة بإسترداد هذا الحق غير مشروع[3].

طلب تثبيت عقد زواج زوجه جزائرية بزوج أجنبي: ففي هذه الحالة لقد أوجب قانون الأسرة في المادة 30 فقرة أخيرة أنه لا يمكن للمسلمة أن تتزوج مع غير المسلم فإذا ما وقع ذلك و لجئت تلك

[1] فرس علي عمر الجرجري ، مرجع سابق ، ص 49.
[2] نبيل إسماعيل عمر ، مرجع سابق ، ص 263.
[3] عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ،ص 361.

الزوجة إلى القضاء للطلب بتثبيت ذلك الزواج فإنه يحكم بعدم قبول الدعوى لإعتبار أن المصلحة غير مشروعة و هذا لمساسها بالنظام العام و هي بذلك ليست محمية قانونا[1].

2- الدفع بعدم القبول لعدم التقيد بالميعاد الواجب قانونا:

قد يحدد المشرع ميعاد أو تاريخ معين من أجل اللجوء إلى القضاء و إلا سقط حق الفرد في اللجوء إلى القضاء أي أن حق الفرد سقط و يكون ذلك بحكم القانون فيصبح الحق المطالب حمايته قضائيا مجرد من الحماية القانونية و بالتالي تكون المصلحة المرجوة من تلك الدعوى غير محمية قانونا، و مثال هذا وجوب أن يرفع الطعن بالإستئناف في الأحكام أو المعارضة في ميعاد معين من تاريخ التبليغ، و شرط وجوب مراعاة المهلة أو الفترة الزمنية المحددة لإقامة الدعوى هو شرط لقبولها فهو يتعلق بسلطة الشخص في الإلتجاء إلى المحاكم و سلطة المحاكم في منح الحماية القانونية[2]. و يمتزج هذا الدفع بالمصلحة فإذا كانت الدعوى مرتبطة بميعاد معين فإن هذا الميعاد هو الذي يوقظ الحق في الحماية القانونية و الذي كان نائما قبل ذلك الميعاد فتولد معه الحماية القضائية أما قبل الميعاد أو بعده فإنه لا توجد مصلحة في اللجوء إلى القضاء كون أن الحق المطالب به ليس له حماية قانونية، و أقول قبل أو بعد الميعاد المحدد للدعوى لأنه توجد الحماية القانونية بحسب الحالة و جانب من الفقه أن المشرع إذا حدد ميعادا لإقامة الدعوى فإن هذا الأمر يتعلق بقبول الدعاوى و سلطة الإلتجاء إلى المحاكم و يكون جزاء المخالفة في هذه الحالات عدم قبول الدعوى، غير أنه و كما تضيف فإن هذه القاعدة لا تنطبق في الحالات التي يحدد المشرع الميعاد لإقامة الدعوى يكون عنصر من عناصر الحق موضوعها و داخلا في تكوينه [3].وإن كان جل محاكمنا في هذا الموضوع ترفض الدعوى شكلا لعدم ورودها داخل الآجال، و نود تحت طائلة هذا الدفع أن تتوسع في بعض الأمثلة منها سقوط الحماية القانونية في دعاوى الحيازة.

---

[1] باديس دبابي ،أثار فك الرابطة الزوجية ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر، 2008،ص 85

[2] أمينة مصطفى النمر ،المرجع السابق ،ص 108.

[3] أمينة مصطفى النمر ،المرجع السابق ،ص 108.

قبل أن نوضح العلاقة الموجودة بين سقوط الحماية القانونية في دعاوى الحيازة و المصلحة الغير قانونية الناتجة عن ذلك نود أن نعطي بعض المفاهيم البسيطة حول هذه الدعاوى ليتسنى لنا أيضاح الفكرة.

* فالحيازة هي عبارة عن حالة واقعية تنشأ عن سيطرة شخص على الشيء أو على حق عليه بصفته مالكا للشيء أو صاحب الحق عليه و تكون السيطرة الفعلية بمباشرة أعمال مادية بما يقوم به المالك عادة على النحو الذي تقتضيه طبيعة ذلك الشيء، و هي تتكون من ركنان [1]. الركن المادي و المتمثل في السيطرة الفعلية للشيء محل الحيازة إذ يكون الحائز يباشر كل الأعمال المادية التي يباشرها المالك الحقيقي و الركن المعنوي و المتمثل في نية التملك و ظهور الحائز أمام الناس بمظهر صاحب الحق محل الحيازة [2]،و للحيازة أربعة شروط بالإضافة إلى الركنان السابقان حتى تكون قائمة و هي عدم التقطع أي الإستمرار و العلانية و الهدوء و عدم اللبس و الغموض، و للحيازة حماية قانونية بموجب دعاوى الحيازة و هي ثلاث:

دعوى إسترداد الحيازة: و هي الدعوى المعرفة في المادة 819 من القانون المدني و من خلال الاطلاع على نص المواد 524 إلى 530 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نلاحظ أن المشرع احتفظ كليا بمواد قانون الإجراءات المدنية الملغى في مواده 413 إلى 419 و فيها يسعى المدعى إلى إسترداد الحيازة أي إعادة السيطرة المادية الفعلية على الشيء محل الحيازة [3].

دعوى منع التعرض : و قد عرفتها المادة 820 من القانون المدني و يكون سببها الإعتداء على حيازة المدعي الذي يكون مصدره إما تعرضا ماديا أو تعرضا قانونيا أو تعرضا ناجما عن أشغال عامة أو خاصة [4]. و تهدف أساسا إلى إزالة الأعمال التي تمت و التي تكون قد وقعت في عقار المدعي أو عقار المدعى عليه [5].

---

[1] رمضان أبو السعود،الوسيط في الحقوق العينية الأصلية ،ج 1 ،الدار الجامعية، د ب ن ،1986 ،ص 22.

[2] حمدي باشا عمر، محررات شهر الحيازة عقد الشهرة – شهادة الحيازة، دار هومه ، الجزائر، 2001،ص 26 .

3 فريدة محمدي ، الحيازة و التقادم المكسب، طبعة 01 ،الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2000 ،ص 08 .

[4] عمار معاشو ، إشكالات التقاضي في النزاع العقاري أمام القضاء الإداري ،م م د العدد 8،2006،ص39.

[5] محمد المنجى ،الحيازة ،ط3 ،دار الفكر العربي ، مصر ،1993 ،ص ص20– 21.

دعوى وقف الأعمال الجديدة: و قد عرفتها المادة 821 القانون المدني و هي تهدف دائما إلى وقف الأعمال الجديدة بإلزام المدعى عليه بذلك، و لقد نصت المادة 542 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في فقرتها الأخيرة على ما يلي " **و لا تقبل دعاوى الحيازة و من بينها دعوى إستردادها إذا لم ترفع خلال سنة من التعرض** "[1].

من هذا يفهم أنه إذا مرت سنة من التعرض و لم ترفع دعوى الحيازة فإنه تسقط الحماية القانونية لصاحب الحق المعتدى عليه سواء كانت بغرض وقف الأعمال الجديدة أو بغرض منع التعرض، أو بغرض إسترداد الحيازة، و الهدف من هذا هو إستقرار الأوضاع فالشخص الذي يعتدى على حيازته و لا يحرك ساكنا لمدة سنة فإن هذا دليل ضمني على عدم إكتراثه بالوضع بل و قبوله به مما جعل القانون يسقط حكما على الوضع.ومن هذا فإن المصلحة في الدعوى التي ترفع خارج الأجل المحدد لا تكون محمية قانونا[2].

3- الدفع بعدم القبول لسقوط الحماية القانونية لسبق الفصل في القضية:

من القواعد المقررة أنه لا يجوز نظر الدعوى التي سبق الفصل فيها و هذه القاعدة هي إحدى نتائج حجية الشيء المحكوم به أو المقضي به التي يحوزها الحكم في الدعوى و تهدف هذه الحجية إلى تحقيق أهذاف متعددة منها إحترام قرارات القضاءو إستقرار المراكز القانونية و تفادي تناقض الأحكام[3] .

من هنا فإنه يمنع النظر في دعوى من جديد تطرح على ساحة القضاء و قد سبق الفصل فيها و إن كان وجد أدلة قاطعة و جازمة في القضية لم يسبق إثارتها في الدعوى السابقة شريطة أن تكون أمام نفس الوضع، و إن الحكم الذي يدفع بسبق الفصل في قضيته قد يكون أمام نفس الجهة التي

---

[1] القرار رقم 57979 ،المؤرخ في 1989/12/27 ،مج قض 1993 ،عدد 3 ،ص27 و الذي جاء فيه (من المقرر قانونا أنه لا تقبل دعوى الحيازة ودعوى استردادها إذا لم ترفع خلال سنة من التعرض ...فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون) .

[*] القرار رقم 37900 ،المؤرخ في 1986/12/17 ،تطبيقات قضائية في المادة العقارية ،مديرية الشؤون المدنية ،1995 ص73 ،جاء فيه : أن دعوى الحيازة لم تجاوز الأجل القانوني المحدد رفعها ،و من ثم عدم قبول دعاوى الحيازة إذا لم ترفع خلال سنة من التعرض .

[2] عمار روانية، التقادم المكسب"،مقال منشور في م ق ج2، 2004 ، ص 110.

[3] عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، بيروت،1994ص 658.

أصدرته كما يدفع به في محكمة من مستوى أدنى أو أعلى منها، و يسري المنع من نظر الدعوى التالية أمام المحاكم المدنية و لو كان الفصل في النزاع قد تم من المحكمة الجنائية كما يسري هذا المنع بالنسبة لجميع محاكم الجهة القضائية التي تتبعها المحكمة التي أصدرت الحكم و لو لم تكن هذه المحكمة مختصة وظيفيا بالدعوى التي فصلت فيها [1]،و في هذا فإن القاعدة تنطبق على جميع الخصوم سواء كان مدعي أو مدعى عليه أو متدخل في الخصومة أو مدخل فيها.

4- الدفوع بعدم القبول لسقوط الحماية القانونية على أساس التقادم المسقط:

التقادم المسقط بالنسبة للحقوق أو المراكز القانونية هو إفتراض قانوني مؤداه أن الدائن الذي سكت عن المطالبة بحقه مدة طويلة إما أن يكون قد إستوفى حقه من مدينه أو أبرأه منه، هذا فضلا عن أن الصالح العام يفرض إحترام الأوضاع المستقرة و قد نص المشرع الجزائري و المشرع المصري على خمسة عشر سنة كقاعدة عامة و هي المدة التي لا يجوز بعد إنقضائها سماع الدعوى كذلك في الفقه الإسلامي [2]. أما القانون الفرنسي فقد جعلها 30 سنة في المادة 2263 من القانون المدني.

و قد يجعل المشرع نصوصا خاصة بالنسبة لتقادم بعض الحقوق مثل الأجرة بالنسبة لقانون العمل أو لتقادم بعض الدعاوى مما قد ينتج معه سقوط الحقوق المحمية بهذه الدعاوى مثل دعوى الفضالة و دعوى عدم نفاذ التصرف و دعوى المطالبة بجائزة و دعوى تكملة الثمن [3].

و يلاحظ فيما يتعلق بالتقادم المسقط أنه إذا سقط الحق بمضي المدة القانونية دون أن يطالب الدائن بالوفاء به فإنه يسقط بوصفه حقا تاما و لكنه يتحول إلى حق ناقص يقابله إلتزام طبيعي، على المدين بالوفاء بحيث أنه إذا وفي به باختياره و هو على بينة من أمره أعتبر أنه وفى إلتزاما واجبا عليه و لا تجوز له بعد ذلك أن يسترد ما وفاه إذ أنه و وفى بحق يعترف به القانون و إن كان لا

[1] أمينة مصطفى النمر ،المرجع السابق ،ص 44.

[2] محمد المقريني ، المدخل لدراسة القانون الوضعي – نظرية القانون، نظرية الحق وفقا لآخر المستجدات القانونية ،ط3، دار النشر ماليف ،د ب ن ،2016، ص 391 .

[3] راجع المواد 159 197 115 359 من ق .م.

يحميه أعني لا يعطي صاحبه وسيلة لقهر المدين على الوفاء [1] و يراد من هذا أنه هذه الحقوق تسقط عليها الحماية القضائية.

لقد نص المشرع الجزائري على هذا الالتزام في المادة 161/فقرة 2 من القانون المدني بقوله "المدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به غير أنه لا يجبر على التنفيذ إذا كان الالتزام طبيعيا" و الثابت أنه لا يمكن إجبار شخص أو إلزامه إلا عن طريق حكم قضائي و الذي لا يكون إلا عن طريق دعوى فاصلة في الموضوع هذا بغض النظر على أنواع الأحكام الموجودة، بهذا فإن القراءة المتمعنة لنص المادة 161 تفيد أن الالتزام الطبيعي و إن كان محمي بواسطة القانون و هو منتج لكافة آثاره كالالتزام الكامل إلا أنه لا يتوفر على عنصر الحماية القضائية أي مضمونه ليس محمي بدعوى قضائية و منه فإن المصلحة في هذه الحالة تكون غير قانونية لأنتفاء عنصر الحماية القضائية للحق المطالب به[2].

و الدفع في هذه الصورة له صورتين أو يحمل غطائين الأول هو دفع بعدم القبول إذ يمكن أن يأخذ شكل دفع بعدم القبول لأنتفاء المصلحة و قد يكون دفع موضوعي بالتقادم و الأولى هي أن يكون دفع بعدم القبول لإعتبار أن القاضي عليه التأكد من توافر الصفة و المصلحة و الأهلية قبل النظر في موضوع الدعوى فنعتقد أنه يجب إحترام ترتيب الإجراءات عند تفحص الدعوى و حتى عند النطق بالحكم[3].

5-الدفع بعدم القبول لاعتبار أن المصلحة ليست قانونية في حالة تخلف شرط الحماية القضائية :

كما هو معروف فإن الحق في الدعوى هو من الحقوق الإرادية الذي ينشأ من جراء الاعتداء على الحق الموضوعي أو المركز القانوني فيخول هذا الحق لصاحبه الالتجاء إلى القضاء من أجل المطالبة بالحماية القضائية [4] أي أن الحق في الدعوى لا يكون إلا أمام ساحة القضاء هذا المرفق

[1] عبد الودود يحي، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1994 ، ص 168.

[2] محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الإلتزام ، مصادر الإلتزامات و أحكامها في القانون المدني الجزائري 1983 ، ص 121

[3] سليمان مرقس،الوافي في شرح القانون المدني ،في الإلتزامات،القاهرة 1968،ص 226.

[4] عمر زودة، المرجع السابق ،ص89.

الذي يضفي حماية للحق الموضوعي سواء بحكم تقريري أو حكم منشأ أو حكم ملزم و في كل هذه الحالات فإن القضاء يكون وسيلة لحماية الحقوق و المراكز القانونية و صيانتها [1].

إن الحق في الحماية ينشأ بوقوع الاعتداء على الحق الموضوعي أو المركز القانوني فإن ذلك لا يشترط كذلك أن يكون دائما عملا ايجابيا أي الاعتداء قد يكون في صورة عمل ايجابي أو في صورة عمل سلبي، مما يجعل صور الاعتداء متعددة لكنها كلها تصب في هدف واحد[2].

إن القضاء يسعى إلى صيانة الحقوق و الحريات فهذا لا يختلف عليه اثنان و لكن قد يتفق الأطراف على ايجاد حلول اتفاقية و تكون طبعا في إطار ما يجيزه القانون فهنا مثلا هذه الاتفاقات تسقط حق اللجوء إلى القضاء في حالة وقوع الاعتداء بل و يمكن القول أن الأطراف قد تنازلوا عن اللجوء إلى القضاء باعتبار أنهم قد أوجدوا طرقا اتفاقية لحل نزاعاتهم أي أوجدوا قضائهم الخاص بهم لحل نزاعاتهم [3] .فإذا ما سعى أحد الأطراف باللجوء إلى المحكمة لطرح نزاعه أو دعواه فإن عنصر الحماية القضائية لا يكون متوفرا و إن قامت دعواه بكل عناصرها و شروطها ما دام قد أوجد حلا إتفاقيا و هنا المصلحة محتواة لشرط الحماية القانونية في ظل الحل الإتفاقي لكنها لا تكون محمية من طرف القضاء ما دام هي محمية بواسطة حلول الأطراف المسبقة و الموضوعة لحل النزاع[4]،و يضرب جانب من الفقه في هذا المجال مثالين هما شرط التحكيم و الصلح[5].

أ- وجود إتفاق التحكيم:

لقد أجاز المشرع الجزائري التحكيم في المواد من 1006 إلى 1038 فيما يتعلق بالتحكيم الداخلي و المواد 1039 إلى 1061 بالنسبة للتحكيم الدولي و هو جوازي بالنسبة للأفراد فيما عدا الإلتزام بالنفقة و لا في حقوق الإرث و الحقوق المتعلقة بالمسكن و الملبس و لا في المسائل المتعلقة

[1] علي علي سليمان،دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري،ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر،،1989 ص ص 82، 83 .

[2] بلحاج العربي ،النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري (الواقعة القانونية –الفعل غير المشروع–الإثراء بلا سبب– والقانون) ،ج2 ،ط1، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،1999، ص– ص 345، 346.

[3] س محمد يحي، عقد الصلح، دار الفكر العربي، القاهرة، 1978، ص 427.

[4] حليمة حبار، دور القاضي في الصلح و التوفيق بين الأطراف على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية،مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الخاص، ج1،الجزائر 2008، ص،599.

[5] بدوي علي ،التسوية القضائية في القانون التجاري ،مقال منشور م قض، العدد 2 ،2003، ص 237.

بالنظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم كما لا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقتهم التجارية الدولية [1] ، و التحكيم هو عدالة إتفاقية بين الأطراف و يتم الإتفاق على التحكيم بين الأشخاص بمناسبة إبرام عقد فيدرج فيه كشرط لحل النزاعات المستقبلية و التي قد تطرأ أو بمناسبة نزاع قائم فعلا بينهم أثناء تنفيذ العقد و هذا ما يسمى بوثيقة التحكيم[2].

و التحكيم مقسم إلى تحكيم دائم و تحكيم لأجل غرض فيكون بمناسبة نزاع معين و لموضوعه فقط و لا يشمل كافة النزاعات التي تطرأ، و يلزم لجواز الاتفاق على التحكيم ألا يكون بشأن ما لا يجوز للمحاكم نظره و مرجع هذا أن الأشخاص ينزلون بالاتفاق على التحكيم عن سلطة الالتجاء إلى المحاكم [3] و هذا يفترض أن تكون لهم هذه السلطة إبتداءا و إلا ورد التنازل على معدوم و تفريعا على هذا إذا أقيمت الدعوى أمام المحكمة بشأن ما لا يجوز للمحاكم النظر فيه كأعمال السيادة مثلا و كان هناك اتفاق على التحكيم دفع به في الدعوى فلا تعتد به المحكمة و تقضي بعدم قبول الدعوى لتعلقها بأعمال السيادة و من جهة أخرى يشرط للاعتداد بالإتفاق على التحكيم و الحكم بعدم قبول الدعوى التي تقام رغبة توافر عدة شروط في هذا الاتفاق تتعلق بشكله و أطرافه و موضوعه[4] و لا مجال للحديث عن هذا و يترتب على الإتفاق على التحكيم وفقا للقانون أن الفصل في النزاع أو المنازعات موضوعه يتم بواسطة المحكمين و ليس عن طريق المحاكم فالأشخاص ينزلون في الإتفاق على التحكيم عن سلطة إقامة الدعوى بشأن موضوع التحكيم و هذا من شأنه سلب المحاكم سلطة منح الحماية القانونية بشأن هذا الموضوع أي سلطة نظر الدعوى

---

[1] راجع المادة 2/1006 من قانون الإجراءات المدنية و الادارية تقابلها المادة 442 من قانون الاجراءات المدنية الملغى.

[2] محمد محجوبي ، دور التحكيم في حل المنازعات الإدارية في ضوء القانون المغربي ، مداخلة ضمن اليومان الدراسيان حول الطرق البديلة لحل المنازعات (الصلح ،الوساطة ، التحكيم) ،يوم 15-16 جوان 2088 ، المحكمة العليا ، الجزائر .

[3] تاج السر محمد حامد، التجربة السودانية في تطبيق الطرق البديلة لحل المنازعات و ملامح القانون الجديد ،مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الخاص، ج2،الجزائر 2008، ص،525.

[4] عامر بورورو ، الطرق البديلة لحل النزاعات في القانون التونسي ، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الخاص، ج1،الجزائر 2008، ص ص 335. 336.

به[1]. و تفريعا على هذا يتعلق الإتفاق على التحكيم بقبول الدعاوى فإذا أقيمت الدعوى رغم هذا الإتفاق لا تكون مقبولة[2] شريطة أن يكون نفس موضوع النزاع المتفق حله عن طريق التحكيم.

إن على كل ذي مصلحة أن يدفع بوجود هذا الشرط أمام القضاء حتى يأخذ به و نقول أن المصلحة في الدعوى في حالة وجود إتفاق التحكيم أنها ليست قانونية فإن كانت المصلحة في الدعوى هي الميزة أو المنفعة منها و إذا قلنا أن المصلحة تكون قانونية في الدعوى إذا كانت هذه الميزة أو المنفعة المطلوبة في الدعوى تستند إلى حق أو نص قانوني يحميه القانون بصفة مجردة فإن الدعوى في هذه الحالة لا يمكن التكلم عليها بإعتبار أنها مقصاه بالإتفاق فإن وجدت حماية قانونية للحق موضوع النزاع و التي تكون من جراء الاعتداء فإن ذلك لا يكون إلا في إطار عقد التحكيم و بهذا فإن الدفع في الدعوى و الناتج عن الخصوم بوجود عقد التحكيم يرتكز أساسا [3] و حسب رأينا إلى عدم وجود مصلحة قانونية في الدعوى لعدم وجود حماية قضائية للحق المطالب بحمأيته و منه هذه الحماية القضائية و المكرسة عن طريق الدعوى لا يمكن الوصول إليها أمام هذه العقبة الإتفاقية فالحقوق في هذه الحالة و المراكز القانونية محمية أساسا بإتفاق التحكيم[4].

ب: وجود إتفاق الصلح

تنص المادة 459 من القانون المدني على أن الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما، أو يتوقيان به نزاعا محتملا و ذلك بأن يتنازل كل منهما عن حقه على وجه التبادل و تنص المادة 416 من

[1] تعويلت كريم،النظام القانوني للدفع باتفاق التحكيم وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون بالدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر2018 ، جامعة بجاية، الجزائر .

[2] أمينة مصطفى النمر ،المرجع السابق ،ص 99.

[3] مولاي عبدالمالك و فنيخ عبدالقادر ، الدفع بوجود اتفاق التحكيم في المنازعات العمالية، مقال منشور بمجلة قانون العمل و التشغيل ، جامعة مستغانم ،المجلد 6 ، العدد 3، 2021 ص 336.

[4] بن سعيد صبرينة و سميحة براهيمي، العوارض المؤدية إلى انقضاء الخصومة دون الفصل في موضوعها "الدفوع الشكلية"، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون بالدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر2018 ، جامعة بجاية، الجزائر .

نفس القانون على أنه لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام و لكن يجوز الصلح في المصالح المالية الناجمة عن الحالة المدنية [1].

و منه يعرف الصلح على أنه عقد ينهى به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان نزاعا محتملا [2] إذ يتفق الخصوم بأنفسهم على تسوية منازعاتهم عن طريق تخلي كل طرف عن بعض من إدعاءاته فلا يوجد حكم يصدر و لا محكم يفصل في النزاع. و الصلح في ذلك يختلف عن الإتفاق على التحكيم[3] .

فإذا كان النزاع قائما و مطروحا على القضاء وحسمه الطرفان بالصلح كان الصلح قضائيا إذ تصادق عليه المحكمة في حضرة الخصمين كون القاضي في هذه الحالة يتولى مهمة الموثق و لا يعدو إلا أن يكون عقدا تم بين الخصمين [4]. و إذا كان النزاع محتملا فيكون الصلح لتوقي هذا النزاع غير قضائي و نشرح ذلك

الإتفاق على الصلح قبل اللجوء إلى المحكمة : أي أنه إذا إتفقا الأطراف مسبقا على وضع إتفاق للصلح كوسيلة لفض النزاعات الناشئة بينهما أو نشأ نزاع و تم تسويته عن طريق الصلح فإن ذلك يؤثر سلبيا على تلك الدعوى بمعنى أن وجود عقد الصلح يهيئ لميلاد الدفع بعدم القبول. أما عن كيفية هذه التهيئة فإنه تحدث من خلال التأثير على شرط المصلحة الواجب توفره لإمكانية قبول الطلب القضائي فهذه المصلحة يجب أن تكون قانونية، و لكن وجود الإتفاق على الصلح يلزم الأطراف باحترام هذا الاتفاق، هذا الالتزام يتنافى مع إمكانية الالتجاء إلى القضاء، فالنزاع سبق حسمه عن طريق عقد الصلح، هذا الحسم تم بالإرادة المشتركة لجميع الخصوم و بمحأولة تقديم طلب قضائي بعد الإتفاق على الصلح لحسم ما سبق أن حسمه الخصوم بالصلح يؤدي إلى إفتقاد الطلب القضائي لشرط المصلحة القانونية الواجب توافرها لإمكانية قبول هذا الطلب [5] بل أكثر من هذا فإن الإتفاق على الصلح الذي يتم قبل رفع الطلب القضائي إلى المحكمة يؤدي في رأي البعض

---

[1] كراطار بن حواء مختارية ، صلاحيات القاضي في الصلح التلقائي للخصوم ، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الخاص، ج2،الجزائر 2008، ص،625.

[2] بوضرسة عبد الوهاب، مرجع سابق ،ص 347.

[3]نبيل إسماعيل عمر ،الدفع بعدم القبول المرجع السابق ص 190.

[4] محمد عبدالنبي سيد غانم، مرجع سابق، ص 265.

[5] نبيل إسماعيل عمر ،الدفع بعدم القبول المرجع السابق ص 191.

إلى عدم الاعتداد بما كان للخصوم من حقوق بينهما و بالتالي لا تكون لديهم دعوى لحماية هذه الحقوق و يرى جانب من الفقه أن بوجود إتفاق الصلح فإن هذا يؤدي إلى تخلف شرط الاعتداء على الحق أو المركز القانوني هذا التخلف يرجع إلى حسم كل خلاف على الحق أو المركز القانوني بواسطة عقد الصلح و منه لا ينشأ الحق في الدعوى[1].

الاتفاق على الصلح أمام المحكمة: أما في هذه الحالة فإن ما على الخصوم إلى أن يثبتوا ما إتفقوا عليه في محضر بالجلسة هذا المحضر الذي يوقع منهم أو من وكلائهم و يكون له قوة السند التنفيذي مما يجعلنا لا يمكن أن نتكلم عن الدفع بعدم القبول لعدم قانونية المصلحة كون أن الصلح قد أنهى النزاع برمته[2].

ثانيا : الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام صفة

تنص المادة 13 من ق إ م إ في فقرتها الأولى أنه: " لا يجوزلأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة ....."، على الرغم من أن التشريع أدرج الصفة ضمن شروط قبول الدعوى, إلا أنه لم يتولى تعريفها تاركا بذلك مسألة الخوض فيه للفقه القانوني, هذا الأخير أخذ أكثر من منحى في إعطاء مفهوم للصفة باعتبارها شرط لقبول الدعوى سيما في مسألة علاقتها بالمصلحة الشخصية المباشرة.

وأيا يكن الأمر, ورغم أن التشريع الجزائري لم يعط التعريف الذي اعتمد عليه في تعامله مع الصفة بصورة صريحة, إلا أنه بوسعنا أن نتلمس المذهب الفقهي الذي سار معه من خلال النصوص التشريعية, والاجتهادات القضائية.

أ: مفهوم الصفة في الدعوى.

انقسم الفقه القانوني في تحديد مفهوم الصفة في الدعوى إلى خمسة مذاهب :

1- المذهب الأول : ذهب جانب من الفقه إلى إدماج الصفة في المصلحة الشخصية المباشرة, ويتزعم هذا المذهب الدكتور احمد أبو الوفاء و محمد عبد السلام مخلص والدكتور عبد المنعم

[1] أمزيان عزيز، المنازعات الجبائية في التشريع الجزائري، دار الهدى عين مليلة ،الجزائر ،ص 12.

[2] بن صاولة شفيقة ، الصلح في المادة الإدارية، ط1، دار هومة،الجزائر، 2006، ص 96.

الشرقأوي...، ويرى أنصار هذا التوجه أن المصلحة هي مناط الدعوى [1] ، غير أن المصلحة لا يعتد بها في الدعوى إلا إذا كانت قانونية, أي أن يكون موضوع الدعوى هو المطالبة بحق أو مركز قانوني، أو التعويض عن ضرر أصاب حقا من الحقوق, وأن لا تكون مخالفة للنظام العام والآداب العامة كما يشترط أن تكون المصلحة شخصية و مباشرة, أي أن رافع الدعوى هو صاحب الحق أو المركز القانوني المتعدى عليه، و المصلحة الشخصية المباشرة هي الصفة في رفع الدعوى [2] . ومنه ـ وحسب رأي أصحاب هذا المذهب ـ فإن فصل الصفة عن المصلحة الشخصية المباشرة لا طائل منه ،وقد وجد هذا الرأي صدى في التشريع و القضاء المصري، كما أن محكمة النقض المصرية دأبت على غرار التشريع على وصف الصفة بالمصلحة الشخصية المباشرة[3].

2- **المذهب الثاني:** على النقيض من المذهب الأول يرى أنصار هذا المذهب أن الصفة في الدعوى هي شرط مستقل تماما عن المصلحة الشخصية المباشرة،وتعرف الصفة حسب مؤيدي هذا التوجه بأنها السلطة التي يباشر بمقتضاها الشخص الدعوى القضائية أمام القضاء، وهي تكون عادة لصاحب الحق المدعي به ، أو لمن تلقى الحق عنه بأي طريق كان, كما ثبت أيضا لممثل الشخص الاعتباري, ولممثل صاحب الحق المطالب لحمايته أمام القضاء، أو لمن حل محله في الإدعاء، وللنيابة العامة في بعض الحالات. والفصل بين المصلحة الشخصية والمباشرة من جهة والصفة من جهة ثانية يقوم على أساس أن الأولى هي الفائدة التي تعود على الشخص جراء رفعه لدعواه، فيما تمثل الثانية سلطة مباشرة تلك الدعوى[4].

3- المذهب الثالث: يميز أنصار هذا المذهب بين فرضين:

3أ - الفرض الأول: حين يكون رافع الدعوى هو نفسه صاحب الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه، هنا تتحد الصفة في الدعوى مع المصلحة الشخصية المباشرة.

---

[1] احمد أبو الوفاء،، مرجع سابق ،162

[2] احمد المليجي، مرجعغ سابق ، ص106

[3] محمود سيد التحيوي ،الصفة غير العادية في الدعوى وأثرها في رفع الدعاوى القضائية ،دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية،2002،ص 36.

[4] احمد المليجي ،المرجع السابق، ص 110.

3ب- الفرض الثاني: حين يكون رافع الدعوى شخص آخر غير صاحب الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه، غير أنه يرفع الدعوى باعتباره نائبا عن صاحب الحق أو المركز القانوني، هنا تتميز الصفة عن المصلحة الشخصية المباشرة[1].

4- المذهب الرابع: يقوم هذا المذهب على التمييز بين حالتين:

4أ- الحالة الأولى: حين يتقاضى الشخص دفاعا عن مصلحته الشخصية المباشرة، نكون هنا إزاء اندماج بين الصفة في الدعوى والمصلحة الشخصية المباشرة.

4ب - الحالة الثانية: تستعمل الصفة بمعنى يتميز عن المصلحة الشخصية المباشرة حين لا يكتفي المشرع بالمصلحة كشرط لرفع الدعوى، ويشترط علاوة على ذلك توفر الصفة لدى الشخص مثل صفة الزوج بالنسبة لدعوى الطلاق[2].

5- المذهب الخامس: يفضل أنصار هذا التوجه التمييز بين شرطي الصفة، والمصلحة في الدعوى، وذلك لسببين أساسيين هما :

5أ- نصت المادة 94 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري "تقبل طلبات التدخل في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ممن لهم مصلحة في النزاع" حيث تعرضت للمصلحة دون الصفة [3] في حين نجد نص المادة 194 من ق 09/08 يلزم المتدخل أن تتوفر فيه الصفة .

5ب- الصفة لا تشترط في المدعي بمفرده، إنما لابد من توافرها في المدعي عليه أيضا إذ لابد أن ترفع الدعوى من ذي صفة على ذي صفة، خلاف المصلحة الشخصية المباشرة التي لا يمكن تصورها في المدعي عليه كونه الطرف السلبي في الدعوى على خلفية أن الحق في الدعوى هو حق إرادي يحدث أثره القانوني بمجرد ممارسته وفق الشكل الذي نص عليه القانون[4].

---

[1] بوبشير محند أمقران قانون الإجراءات المدنية نظرية الدعوى نظرية الخصومة الإجراءات الاستثنائية ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ،1998،ص 66.

[2] بوبشير محند أمقران، الإشكالات العملية للدفوع الإجرائية وبعدم القبول أمام القضاء المدني المرجع السابق.

2 دالي بشير، إثارة الدفوع من قبل أطراف الدعوى، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون بالدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر2018 ، جامعة بجاية، الجزائر .

[4] محمود سيد التحيوي ، مرجع سابق ،ص 41.

مما سبق ، نجد أن الصفة العادية في الدعوى تثبت لصاحب الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه، أما بالنسبة للمدعى عليه فتثبت لديه الصفة بمجرد ثبوت قيامه بالاعتداء على الحق أو المركز القانوني للمدعي إن الصفة التي تثبت لصاحب الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه شخصيا هي في الحقيقة ما يعبر عنه بالصفة العادية في الدعوى، وعلى القاضي أن يتأكد من توافرها في جميع الدعاوى أيا كانت طبيعتها[1].

– على الرغم من أن القانون كفل لصاحب الحق أو المركز القانوني الذود عن حقه أو عن مركزه القانوني بواسطة الحق في الدعوى الذي يمثل الحماية القضائية، فإن هذه الحماية لا تستمر إلى الأبد، إذ تتوفر لمدة معينة، فإن لم يمارس الحق في الدعوى خلال تلك الفترة سقط بالتقادم على أساس أن الحقوق الشخصية تسقط بالتقادم والحق في الدعوى من الحقوق الشخصية، وفي حال سقوط هذا الحق فقد صاحب الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه الصفة في الدعوى، غير أن القانون جعل هذه الفترة تختلف حسب طبيعة الدعوى، وموضوعها و...الخ[2].

ب : الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام الصفة

ان الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام صفة احد الخصوم فيها في حقيقته دفع موضوعي يقصد به– وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة– الرد على الدعوى برمتها، ويترتب على قبوله ان يخسر المدعي دعواه وهو بهذه المثابة يجوز ابداؤه في أية حالة تكون عليها الدعوى عملا بالمادة 67 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و التي تقابلها المادة 115 من قانون المرافعات المصري [3] ، فيجوز التمسك به لأول مرة في الإستئناف ولما كان ذلك وكان من المقرر في قضاء محكمة النقض المصرية انه يكفي تحقق المصلحة الشخصية " الصفة" المباشرة وقت رفع الدعوى، ولا يحول دون قبولها زوال المصلحة بعد ذلك وكان الواقع في الأوراق ان المطعون ضدها الأولى وقت ان اقامت الدعوى امام محكمة أول درجة بتاريخ 1977/8/23 كانت تمتلك الارض محل النزاع، فانه لا يعيب الحكم المطعون فيه ان هو التفت عن الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة ولا يبطله –وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة– ما يكون قد اشتملت عليه اسبابه من أخطأء قانونية لا

[1] محمد شتا أبو السعود ، مرجع سابق ، ص 206.

[2] عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق ، ص 129.

[3] قحموص نوال ، مرجع سابق .

تؤثر على النتيجة الصحيحة التي انتهى اليها، إذ لمحكمة النقض ان تصحح هذا الخطأ دون ان تنقضه كما لا يعيب الحكم ما ورد في منطوقه في القضاء بطرد الطاعن من الارض المملوكة للخصم المتدخل إذ ان ذلك لا يحمل معنى الحكم للاخير بطلب خاص، ومن ثم يكون النعي بهذين السببين على غير مؤسس"[1] ،وحكم بان الدفع بانتفاء الصفة واعتبار المدعي المدني تاركا لدعواه هو من الدفوع التي تستلزم تحقيقا موضوعيا فلا يجوز التمسك بها لأول مرة امام محكمة النقض[2].

الفرع الثاني : الدفوع بعدم القبول المتعلقة بالدعوى

من خلال قراءة نص المادة 67 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية يتضح أن تظهر حماية حق المتقاضي من خلال الدفع بعدم القبول، في مجملها شروط عامة و شروط خاصة لقبول الدعوي كانعدام الصفة و المصلحة و قد تطرقنا إليه في الفرع السابقو في هذا الفرع سوف نتطرق إلى ما يسمى الدفع بعدم القبول المتعلق بالدعوى.

أولا: الدفع بعدم القبول لتقادم الدعوى:

التقادم هو مضي المدة وهو في القانون الوضعي على نوعين: مسقط ومكسب، فالأول يؤدي إلى سقوط الحق، والثاني سبب لكسبه. وإذا كانت الحقوق الشخصية (الالتزامات) لا يمكن أن تكون إلا محلاً للتقادم المسقط، فإن الحقوق العينية كما يجوز سقوطها (إلا حق الملكية) عن طريق التقادم، فإنه يجوز اكتسابها بالتقادم المكسب [3]. وعلى حين أن التقادم المسقط يفترض وضعاً سلبياً هو عدم مطالبة الدائن بحقه أو عدم استعمال الحق، فإن التقادم المكسب يستلزم وضعاً إيجابياً هو الحيازة. وإنما يشترك النظامان في عنصر مضي الزمن.

تطرق القانون المدني الجزائري إلى التقادم من خلال نصوص المواد 308 إلى 322 منه، وجاء في مضمون هذه المواد انه يتقادم بمرور 15 سنة كل التزام، إلا ما ورد في نص خاص أو ما جاء في الاستثناءات الآتية :

[1] يحي بكوش ، مرجع سابق ، ص 108.

[2] احمد سليمان الرشيدي ، مرجع سابق ، ص 163.

[3] محمد الصبري سعدي ، مرجع سابق ، ص 326.

1-القاعدة العامة في التقادم و الاستثناءات الواردة عليها

ينقضي الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة في معظم القوانين العربية، وذلك فيما لم يرد فيه نص خاص يقرر مدة أطول أو أقصر، من ذلك سقوط الحق في طلب إبطال العقد بسبب نقص الأهلية أو عيب الإرادة بثلاث سنوات. وسقوط دعوى التعويض عن العمل غير المشروع وعن الإثراء بلا سبب بثلاث سنوات[1].

إلى جانب النصوص القانونية الخاصة بعض الاستثناءات من القاعدة العامة، فقد أورد التقنين المدني بعد القاعدة العامة التي وضعها استثناءات أخرى. فثمة حقوق تتقادم بخمس سنوات، وهي الحقوق الدورية المتجددة كأجرة المباني والأراضي الزراعية ومقابل الحكر، والفوائد والإيرادات المرتبة والمهايا والأجور والمعاشات[2].

كما تتقادم بخمس سنوات أيضاً حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة والأساتذة والمعلمين، على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات. وتتقادم بسنة واحدة حقوق التجار والصناع عن أشياء وزّدوها لأشخاص لا يتجرون في هذه الأشياء، وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم، وكذلك حقوق العمال والخدم والأجراء من أجور يومية وغير يومية ومن ثمن ما قاموا به من توريدات [3]. على أنه يجب على من يتمسك بهذا التقادم الحولي أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلاً ،ولا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون[4].

---

[1] بن ددوش نضرة ، إنقضاء الإلتزام دون الوفاء به في القانون الوضعي و الفقه الإسلامي ، أطروحة دكتوراه في القانون ، جامعة وهران ، الجزائر ، 2011/2010 ، ص 33.

[2] علي علي سليمان ، مرجع سابق ، ص 229.

[3] خليل أحمد حسن قدادة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، مصادر الالتزام ، ج1،ط2 : ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2005 ، ص 129 .

[4] دربال عبدالرزاق ، الوجيز في أحكام الالتزام ، في القانون المدني الجزائري ، دار العلوم، الجزائر، 2004، ص96.

2- الدفع بالتقادم:

يجب على صاحب المصلحة أن يتمسك بالتقادم، ولا يجوز للقاضي أن يقضي به من تلقاء نفسه، ومعنى ذلك أن التقادم ليس من النظام العام،فـقد يرافع ذوي الصفة والمصلحة ضد خصومهم أمام القضاء في دعوى قضائية، وهذه الأخيرة قد تنتهي بحكم قبل الفصل في موضوعه بالأمر بالقيام بخبرة، أو إحضار شهود لسماعهم بإجراء تحقيق في القضية، لكن ولاستقرار العمل القضائي خص المشرع هذه الخصومة بمدة محددة قانونا يمكن بانقضائها سقوط الخصومة، ليعود الأطراف إلى حالتهم الأولى من جديد وكأنما لم يلجوا أبواب قصر العدالة إطالقا [1]، ويشترط لسقوط الخصومة ما يلي :

الشرط الأول : عدم السير في الخصومة لمدة سنتين من آخر إجراء في الخصومة : وهو ما نصت عليه المادة 223 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وتحسب الآجال منذ تاريخ صدور الحكم أو صدور أمر القاضي الذي كلف الخصوم القيام بمساعي تهدف إلى مواصلة القضية وتقدمها .وقد أضافت المادة 224 من نفس القانون أن اجل سقوط الخصومة يسري على أي شخص طبيعي ولو كان ناقص الأهلية، كما يسري على الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات ذات الصبغة الإدارية وعلى أي شخص معنوي آخر [2] .

الشرط الثاني: إهمال المدعي ويكون ذلك إذا تسبب المدعي في عدم الاستمرار في الخصومة أو عدم تنفيذ الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع مثل امتناعه عن تنفيذ الحكم التحضيري الذي يأمره باستحضار شهوده في اليوم والساعة المحددين لإجراء التحقيق، ولا يعتبر مهملا في حالة القوة القاهرة أو أي مانع قانوني، وتعود للقاضي سلطة تقدير إهمال المدعي من عدمه [3].إلا أن هذا المبدأ لديه استثناءات أوردتها المادة 210 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية من خلال أن الخصومة قد تنقطع حال تغير في أهلية التقاضي لأحد الخصوم، أو وفاة احدهم إذا كانت الخصومة قابلة للانتقال، أو حال استقالة أو وفاة أو توقيف أو شطب أو تنحي المحامي إلا إذا كان التمثيل جوازاي، وعلى كل فان سقوط الخصومة يخلف آثارا منها عودة الخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها قبل رفع الدعوى، وقد يؤدي إلى سقوط الدعوى بطريق غير مباشر إذا تم السقوط في مرحلة الاستئناف أو إذا

---

[1] الغوثي بن ملحة ، المرجع السابق ،ص 211.

[2] نجومن سناء ، مرجع سابق .

[3] حسين طاهري ، مرجع سابق ، ص 294.

سقط الحق محل النزاع بالتقادم، وكذا كأثر أخير تحمل المدعي كافة المصاريف الإجراءات التي قضي بسقوطها[1].

ثانيا : الدفع بعدم قبول الدعوى لحجية الشيء المقضي به:

من آثار الأحكام القضائية خروج النزاع من ولاية المحكمة فلا يجوز لها العدول عنه أو تعديله بالنقصان أو الزيادة، وكذا تقرير وتقوية الحقوق أو إنشائها، وأخيرا حجية الشيء المقضي فيه[2] .نص المشرع الجزائري على حجية الحكم المقضي به في القانون المدني في الفصل المتعلق بالقرائن، واعتبرت المادة 338 منه أن الأحكام التي حازت حجية الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم، دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب[3]. ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائيا، ويترتب عن صدور الحكم اكتسابه حجية الشيء المقضي فيه، والتي تعد قرينة قانونية مقتضاها أن الحكم يتضمن قضاء عادلا وصحيحا، ولا يحوز الحكم هذه الحجية إلا إذا توافرت ثلاثة عناصر هي:

- وحدة الأطراف: دون أن تتغير صفاتهم.
- وحدة الموضوع: وهو ما ترمي إليه الدعوى .
- وحدة السبب: وهو الأساس الواقعي والقانوني الذي تتأسس عليه الدعوى.

وقد نصت المادة 296 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الحكم في الموضوع هو الحكم الفاصل كليا أو جزئيا في موضوع النزاع أو في دفع شكلي أو في دفع بعدم القبول أو في أي طلب عارض، ويكون هذا الحكم بمجرد النطق به حائزا لحجية الشيء المقضي فيه في النزاع المفصول فيه [4]، وعليه وبمفهوم المخالفة نستنتج أن الحكم الحائز للشيء المقضي فيه هو الحكم الفاصل في موضوع النزاع كليا أو جزئيا أو في دفع شكلي أو بعدم القبول، ولا يمكن أن تراجع المحكمة نفسها الأخطاء المادية

[1] بن عمارة محمد، مرجع سابق .

[2] يحي بكوش ، مرجع سابق ، ص 193.

[3] عمر زودة، نظام البطلان في قانون الإجراءات المدنيق والإدارية، مرجع سابق ، ص 29.

[4] عسالي عبدالكريم و قشيو وردية ، الدفع بعدم القبول في الدعوى بين حماية حق المتقاضي واستقرار العمل القضائي،مقال منشور ب مجلة الباحث في العلوم القانونية و السياسية ، جامعة آفلو ، العدد4 ، 2020 ، ص 13

المرتكبة سهوا من طرف فيه، إذا توافرت عناصر الحجية، باستثناء تصحح القاضي أو أمين الضبط في الحكم بدعوى تصحيح الأخطاء المادية الموجودة في الحكم والتي ترفع من ذوي الصفة والمصلحة من الحكم المراد تصحيحه طبقا للمادة 286 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1].وعليه يمكن لأي طرف من أطراف الدعوى أن يستفيد من الدفع بعدم القبول لحجية الشيء المقضي به، إذا تبين له أن خصمه رافعه في قضية سبق وان صدر فيها حكم قضائي حائز لحجية الشيء المقضي فيه من خلال توافر نفس الأطراف والموضوع والسبب. وله أن يثيره في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ولو بعد إبداء دفوع في الموضوع، لكن يقتصر هذا الدفع على الأطراف فقط وليس للقاضي إثارة هذا الدفع مثلما هو منصوص عليه في المادة 338من القانون المدني[2].

المبحث الثاني :أحكام الدفع بعدم القبول وآثارها

إن الحكم بصحة الدفع بعدم القبول يترتب عليها جملة آثار، لكون هذا الدفع من الإجراءات القضائية إذ يعد الإجراء القضائي مسلكاً ايجابيا ويكون جزءاً من الخصومة، ويرتب المشرع عليه الآثار القانونية بما يخدم عملية نظر الدعوى، ومن أجل الإحاطة بما تقدم، سيتم تقسيم هذا المبحث إلى المطلبين الآتيين:

المطلب الأول : أحكام الدفع بعدم القبول

سيتم التطرق في هذا المطلب إلى أهم القواعد التي تحكم الدفع بعدم القبول، والتي تمنح هذا الدفع خصوصية تميزه عن باقي الدفوع وإن كانت بعض هذه القواعد تلتقي بتلك الدفوع، كذلك سنلقي الضوء على كيفية الفصل في هذا الدفع من قبل المحاكم، وذلك من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول : قواعد الدفع بعدم القبول.

تبدو أهمية قواعد الدفع بعدم القبول، من كونها المحاور الرئيسة لهذا الدفع والتي من خلالها يتميز هذا الدفع عن الدفوع الأخرى، ومن أهم القواعد القانونية التي تحكم هذا الدفع:

---

[1] حسين فريجة ، مرجع سابق ،ص 236.

[2] إبراهيم السيد أحمد ، المبادئ القضائية للتقادم في المواد المدنية و التجارية و الجنائية ،ك 1 ، منشأة المعارف ، اسكندرية ،2000، ص 219.

أولا : وقت إثارة الدفع بعدم القبول

أجاز المشرع الجزائري في نص المادة 68 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و كذا التشريعات المقارنة[1] للخصم إبداء الدفع بعدم القبول في أية حالة تكون عليها الدعوى، بمعنى أنه لا يسقط الحق في إبدائه بالكلام في الموضوع، بل يجوز أن يبديه الخصم في أية مرحلة تكون عليها الإجراءات، كما أنه لا يلزم تقديم الدفوع بعدم القبول معاً، وإنما يعامل معاملة الدفوع الموضوعية و ما نجده في نص المادة أعلاه التي أعطت للخصوم فرصة تقديم الدفع في أي مرحلة كانت عليها الدعوى [2].

ولا ترجع علة هذه القاعدة إلى أن الدفع بعدم القبول يعد من الدفوع المتعلقة بالنظام العام – وإن كانت أكثر صور هذا الدفع متعلقة به – بل أن الأمر يتوقف على سبب عدم القبول، وهل هو مخالف لقاعدة مقررة لحماية مصلحة خاصة أو قاعدة من قواعد النظام العام[3].

تجدر الإشارة بهذا الصدد، أن الدفع بعدم القبول يتفق مع الدفوع الموضوعية من كون الدفعين من الجائز إبداؤها في أية حالة تكون عليها الدعوى.

إن قاعدة جواز إبداء الدفع بعدم قبول الدعوى في أية حالة تكون عليها الإجراءات إنما ترجع إلى طبيعة هذا الدفع، فبما أن موضوع هذا الدفع هو نفي حق الدعوى لعدم توافر شرط من شروطه، وبما أن حق الدعوى هو حق الحصول على حكم في الموضوع، فإن العبرة في وجوده لا تكون بتوافر شروطه عند رفع الدعوى وإنما وقت الحكم في الموضوع، ولذا يكون من المنطق تمكين الخصم من التمسك بتخلف هذه الشروط في أية مرحلة قبل الحكم في الموضوع[4].

لابد من الإشارة إلى أن مبدأ حياد القاضي يمنع على المحكمة تدخلها في الدعوى لكونها تمس حقوقاً خاصة، فكما لا يجوز الحكم للمدعي بشيء دون طلب منه، فكذلك لا يجوز للمحكمة إثارة

---

[1] راجع الفقرة 2 من المادة 80 مرافعات عراقي / المادة 115 مرافعات مصري،المادة 63 أصول لبناني،المادة 123 إجراءات فرنسي.

[2] فتوس خدوجة، مرجع سابق .

[3] وجدي راغب ، المرجع السابق،ص220.

[4] وجدي راغب،المرجع السابق،ص220.

الدفع بعدم القبول من تلقاء نفسها [1]. إلا أن سلطة المحكمة في إثارة هذا الدفع يختلف باختلاف طبيعة هذا الدفع، ومدى تعلقه بالنظام العام من عدمه، فإن تعلق بالنظام العام كان على المحكمة إثارة الدفع من تلقاء نفسها، وتتفق الدفوع بعدم القبول مع الدفوع الشكلية المطلقة أي المتعلقة بالنظام العام لأن الدفع بعدم القبول يتصل بالغالب بقاعدة قانونية تتعلق بالنظام العام، كما هي الدفوع الشكلية المتعلقة بالاختصاص الوظيفي والنوعي، الأمر الذي يحتم على المحكمة إثارتها من تلقاء نفسها[2].

وقد يسيء الخصم استعمال الدفع بعدم القبول من خلال تأخره في إبداء هذا الدفع في وقت مبكر، بقصد المماطلة والتأخر في حسم الدعوى في وقت قصير نسبياً، ومن ثم يتمسك بهذا الدفع في وقت متأخر، مستفيداً من طبيعة هذا الدفع، الأمر الذي يقضي معه على الجهد المبذول من قبل المحكمة، فضلاً عما يلحق الخصم الآخر من ضرر، وإزاء هذه الحالة نقترح على المشرع الجزائري التعامل بصرامة مع الخصم المتعسف في استعمال الدفع بعدم القبول، من خلال النص على منح القاضي سلطة تقديرية في عدم سماع الدفع التعسفي، والحكم على مثيره بالجزاءات المناسبة[3].

ثانياً : حجية الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول

إذا كان الحكم الصادر بقبول الدفع الموضوعي يترتب عليه عدم جواز تجديد الدعوى، إذ يحوز حجية الشيء المقضي فيه، وإذا كان الحكم الصادر بقبول الدفع الشكلي يمثل عائقاً مؤقتاً للدعوى، بحيث يقتصر أثره على إلغاء إجراءات الدعوى، إذ يجوز لصاحب المصلحة تجديد الدعوى ما لم يكن حقه قد سقط لسبب من أسباب السقوط، إلا أن الحكم الصادر بقبول الدفع بعدم القبول يتميز عن الدفوع الأخرى، من حيث عدم إمكانية وضع حكم عام يتعلق بأثره[4].

فأحياناً يترتب على الحكم بقبوله عدم جواز تجديد الدعوى، كما هو الحال بالنسبة للدفع بسقوط الحق في رفع دعوى الحيازة بالنسبة لمن بادر برفع دعوى المطالبة بالحق، وأحياناً أخرى يقتصر أثر الحكم

[1] عباس العبودي،شرح أحكام المرافعات،المرجع السابق،ص309.

[2] فهد بن عبدالعزيز يحيى و ناصر بن محمد الجزفان ، مرجع سابق ، ص 55

[3] نبيل إسماعيل عمر ،الدفع بعدم القبول المرجع السابق ص 211.

[4] فنينخ عبد القادر و بوسماط مختارية ، مرجع سابق.

بعدم القبول على إلغاء إجراءات الدعوى ويكون من الممكن تجديدها، كما لو رفعت الدعوى قبل أوانها أو مناسبتها[1].

إذن لا يحوز الحكم في الدفع بعدم القبول – كقاعدة عامة – حجية الشيء المقضي فيه، لأن هذه الحجية إنما تترتب على القضاء الموضوعي، أي على الأحكام الفاصلة في الموضوع، أما الحكم بعدم القبول فلا يعد قضاء موضوعياً، لأنه لا يفصل في الموضوع، لذا لا يرتب حجية الشيء المقضى فيه، وهكذا يجوز بعد الحكم عدم قبول الدعوى لأنتفاء المصلحة، أن تقبل ذات الدعوى من جديد متى توافرت المصلحة[2].

ويتفق الدفع بعدم القبول مع الدفوع الشكلية في هذه المسألة، إذ لا يحوز الحكم الصادر في كلا الدفعين حجية الشيء المقضى فيه، فيجوز إقامة الدعوى وتجديدها مرة ثانية طالما لم يسبق الفصل في موضوعها، وكان المانع مؤقتاً كأن تكون الدعوى غير متوجهة، أما إذا كان أساس الدفع بعدم القبول مانعاً دائماً كالدفع بعدم قبول دعوى الحيازة لرفعها بعد سنة من التعرض، فإن الحكم الصادر بعدم القبول استناداً إلى سقوط الحق في الدعوى سوف يمنع المحكمة من جواز تجديدها مرة ثانية[3].

تجدر الإشارة أن القضاء المصري – وكما سبق بيانه – متأثر بالفكرة القائلة بضرورة إدماج الدفع بعدم القبول مع الدفع الموضوعي، بحيث تطبق عليه أحكام الأخير، حتى فيما يتعلق بحجية الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول، حيث جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية [4] "الدفع بعدم القبول لانعدام صفة المدعي – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة– هو دفع موضوعي يقصد به الرد على الدعوى برمتها ويترتب على قبوله أن يخسر المدعي دعواه بحيث لا يستطيع العودة إليها". اذا كان هناك أساس للدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء صفة المدعى عليه اجلت المحكمة الدعوى لاعلان ذي الصفة، يقول الفقه: " اذا رات المحكمة ان الدفع بعدم القبول الدعوى لانتفاء صفة المدعى عليه قائم على اساس فانه يتعين عليها تاجيل الدعوى لاعلان ذي الصفة بدلا من الحكم بعدم القبول،

[1] أحمد أبو الوفا،المرجع السابق،ص890.

[2] وجدي راغب،المرجع السابق،ص222.

[3] ،عباس العبودي،شرح أحكام المرافعات،المرجع السابق،ص309.

[4] الطعن رقم 520 لسنة 34ق من جلسة 1970/1/7 س21 ص18/ أشار إليه هشام الطويل،المرجع السابق،ص132.

ويجوز لها في هذه الحالة الحكم على المدعي بغرامة لا تتجاوز خمسين جنيها"، وهو حكم استحدثه قانون المرافعات الجديد تبسيطا للاجراءات وتقديرا لتنوع فروع الوزارات والمصالح والهيئات والمؤسسات وتعددها على نحو يصعب معه تحديد الجهة التي لها صفة في الدعوى.

بل زاد المشرع الامر تيسيرا فنص على انه اذا تعلق الامر باحد الوزارات او الهيئات العامة او مصلحة من المصالح او لشخص اعتباري عام او خاص، فانه يكفي في تحديد الصفة ان يذكر اسم الجهة المدعى عليها في صحيفة الدعوى.

والهدف من هذا التيسير رفع المشقة عن المتقاضين ومنع تعثر خصوماتهم وحتى لا يكون تغير الصفة في تمثيل الشخص الاعتباري العام او الخاص سببا في تعطيل الدعوى، وعليه فانه يكفي لتجنب الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء الصفة ان يذكر المدعي الجهة المراد اختصامها على نحو يكون نافيا للجهالة حتى ولو اخطا في اسم الممثل القانوني لهذه الجهة[1].

ويلاحظ ان حكم المادة 2/115 آنف الذكر يقتصر على حالة انتفاء صفة المدعى عليه فلا يجوز إعماله في حالة انتفاء صفة المدعي، كما أن إعماله قاصر على حالة نظر الدعوى أمام محكمة اول درجة، اما في الاستئناف فلا يجوز اختصام من لم يكن طرفا في الخصومة أمام اول درجة[2].

ثالثاً : مدى استنفاذ المحكمة لولايتها عند الحكم في الدفع بعدم القبول

طبقا للمنهج الذي سلكه المشرع الجزائري فإن الحكم الفاصل في الدفع بعدم القبول و القاضي بعدم قبول الدعوى لم يتطرق للموضوع و بالتالي يجوز طرح النزاع من جديد على المحكمة في بعض الحالات.مثال المصلحة لم تكن قائمة وقت رفع الدعوى و لكن تظهر المصلحة لاحقا و كذا بالنسبة للصفة.أما التقادم و حجية و قوة الشيء المقضي به فيستأنف الحكم فقط إذا الحكم الفاصل في الدفع بعدم القبول يكون دائما قابلا للاستئناف أما طرحه على نفس الجهة التي أصدرته فيكون في بعض الحالات[3].

[1] احمد السيد صادي، مرجع سابق، ص298.

[2] الياس أبو عيد ، مرجع سابق، ص276.

[3] حسين فريجة ، مرجع سابق ،ص 237.

يتجه القضاء المصري – وكما سبق ذكره – يؤيده بعض الفقهاء [1] إلى عد الحكم في الدفع بعدم القبول كالحكم في الدفع الموضوعي، فإذا قضت المحكمة بقبوله فإنها تستنفذ ولأيتها في الفصل في موضوع الدعوى، بحيث يطرح الإستئناف المرفوع عن هذا الحكم الدعوى برمتها على المحكمة الإستئنافية، فلا يجوز للمحكمة الإستئنافية إذا ما ألغت الحكم، أن تعيد الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى لنظر موضوعها.

ويؤكد هذا الاتجاه، أن هذا الإجراء لا يعد إخلالاً بحق التقاضي على درجتين، ولو أن المحكمة الإستئنافية تنظر الموضوع في هذه الحالة لأول مرة في الواقع، أي أن الموضوع لا يبحث أمام القضاء إلا مرة واحدة، وذلك على أساس أن الدفع بعدم القبول دفع موضوعي، والحكم فيه حكم في الموضوع يستنفذ سلطة المحكمة التي أصدرته بالنسبة للموضوع.

إلا أن جمهور الفقه [2] ينتقد بحق اتجاه القضاء وموقف الفقه السابقين، على أساس أن الحكم الصادر بقبول الدفع لا يعد حكماً فاصلاً في موضوع الدعوى، ومن ثم فإنه لا يجوز للمحكمة الإستئنافية أن تفصل في الموضوع إذا ما ألغت حكم محكمة الدرجة الأولى، وإنما يتعين عليها أن تعيد إليها الدعوى لتنظر في موضوعها، والقول بغير ذلك معناه أن تفصل المحكمة الإستئنافية في موضوع لم يسبق الفصل فيه من محكمة الدرجة الأولى، الأمر الذي يفوت على الخصوم درجة من درجات التقاضي.

الفرع الثاني :كيفية الفصل في الدفع بعدم القبول

لم ينص المشرع الجزائري على كيفية الفصل في الدفع بعدم القبول على عكس الدفوع الشكلية حيث أفاض المشرع في إجراءات الدفع الشكلي ونظم له أحكاماً في كيفية النظر ومن ثم الفصل فيه[3].

[1] عبد المنعم الشرقاوي،المرجع السابق،ص128،عبد الباسط جميعي،المرجع السابق،ص472،471.

[2] وجدي راغب،المرجع السابق،ص،أحمد السيد صاوي،المرجع السابق،ص235 ،أمينة النمر،المرجع السابق،ص139 ، محمود محمد هاشم،المرجع السابق،ص277.

[3] طاهري يحى ، مرجع سابق ، ص 116.

بهذا الصدد، لا يعني بالضرورة ضم هذا الدفع إلى الموضوع ومن ثم الفصل فيه مع الموضوع، وإنما يجب على المحكمة أن تفصل فيه – كقاعدة عامة – على وجه الاستقلال قبل الفصل في موضوع الدعوى، لأنه يثير مسألة أولية سابقة على الفصل في الموضوع، وهي مسألة قبول الدعوى[1].

وقد يغني الحكم في هذا الدفع عن الاستمرار في نظر موضوع الدعوى، وإذا رأت المحكمة ضرورة ضم الدفع إلى الموضوع، فيجب عليها أن تنبه الخصوم إلى ذلك، حتى يمكنهم التقدم بدفاعهم ودفوعهم الموضوعية، كما يجب عليها أن تبين في حكمها ما فصلت فيه في كل من الدفع والموضوع وتسبب كل منهما، ويجوز إبداء هذا الدفع – كغيره من الدفوع – شفاهه سواء في حضور الخصم الآخر أو في غيبته، ويجوز أن يبدي كتابةً[2].

إن الحكم في موضوع الدعوى دون التعرض للدفع يعد من جانب المحكمة قضاءً ضمنياً برفض الدفع بعدم القبول، إلا أن التعرض للموضوع من جانب الخصم الذي دفع بعدم القبول لا يعد رضاءً ضمنياً عن الحكم الصادر برفض الدفع، فيجوز له بعد صدور الحكم في الموضوع أن يطعن في الحكم الأول [3]. فضلاً عما تقدم، فإن الحكم بعدم قبول الدعوى برمتها يقبل الطعن فوراً لأنها قرارات تنتهي بها الدعوى، على عكس القرارات التي تصدر أثناء سير المرافعة حيث لا يجوز الطعن فيها إلا بعد صدور الحكم الحاسم للدعوى[4].

وإذا قضت المحكمة بعدم قبول بعض الطلبات وقبول الطلبات الأخرى، فإن هذا الحكم لا يقبل الطعن إلا بعد صدور الحكم في كل الدعوى[5].

إن الدفع بعدم القبول بوصفه إجراءاً قضائياً صارماً، لابد وأن يحرص المشرع على تلطيف تأثيره على الدعوى، بحيث لا يكون سيفاً مسلطاً بيد المدعى عليه يستعمله كيفما شاء، وبعبارة أخرى

---

[1] مولاي عبدالمالك ، مرجع سابق ، ص 95.

[2] عبد الوهاب بوضرسة ، مرجع سابق ، ص 186

[3] أحمد أبو الوفا،المرجع السابق،ص901،900.

[4] المادة 170 مرافعات عراقي،المادة 212 مرافعات مصري.

[5] ،أحمد أبو الوفا،المرجع السابق،ص901.

إمكانية زواله بتصحيح الإجراء المعيب، إن إيراد هكذا نصوص كفيل بتحقيق موازنة عادلة وبالشكل الذي يضمن المصلحة العامة وبالمقابل لا يؤدي إلى التفريط بأصل الحق المتنازع عليه [1].

المطلب الثاني :الآثار المترتبة على الحكم بصحة الدفع بعدم القبول

إن إثارة الدفع بعدم قبول الدعوى أمام المحكمة يعني توقع أحد احتمالين، الأول، قبول الدعوى أي عدم صحة الدفع الثاني، عدم قبول الدعوى بمعنى صحة الدفع، ففي الاحتمال الأول لا يكون الدفع المقدم من المدعى عليه منتجاً، أي أن الدفع المقدم غير صحيح لكون الدعوى مستوفية لكافة شرائطها القانونية، ففي هذه الحالة تستمر المحكمة في نظر الدعوى وصولاً إلى إصدار الحكم فيها.

أما الاحتمال الثاني – وهو ما يتعلق بصلب الموضوع – فهو الحكم بصحة الدفع المقدم من المدعى عليه بعدم قبول الدعوى، ففي هذه الحالة تترتب آثاراً محددة تنعكس مباشرةً على سير الدعوى، وهو ما سيتم بحثه في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول : زوال الإجراءات والآثار المترتبة على إقامة الدعوى.

إن الحكم بقبول الدفع يترتب عليها زوال الإجراءات المتخذة في الدعوى، فالدعوى بوصفها إجراءاً قضائياً لا تعد منتجة ما لم تباشر وفق الأسس الصحيحة، وفي مقدمتها ضرورة توافر الشروط المحددة لقبولها، فضلاً عن إقامتها في المواعيد المقررة، وبخلاف ذلك لا تعد الدعوى مقبولة، وغير جديرة بالحماية[2].

والإجراءات الأكثر عرضة للزوال في هذا الصدد، هي الإجراءات التنظيمية المتعلقة بالدعوى، خصوصاً إجراءات التبليغ، والمواعيد المقررة من قبل المحكمة، فضلاً عن عريضة الدعوى نفسها. ويورد اتجاه في الفقه استثناءاً من هذه الإجراءات القابلة للزوال إعمالاً لمبدأ الاقتصاد في الإجراءات، فهناك أعمال تبقى رغم زوال الدعوى، مثال ذلك الأحكام القطعية الصادرة في الدعوى، والأعمال الإجرائية السابقة عليه والتي يعتمد عليها الحكم، فضلاً عن الإقرارات الصادرة من الخصوم

[1] فرس علي عمر الجرجري ، مرجع سابق ، ص 251.

[2] غربي نجاح ، مرجع سابق .

والأيمان التي حلفوها، كما تبقى إجراءات التحقيق وأعمال الخبرة التي تمت، فهذه الإجراءات أو الأعمال يمكن التمسك بها في الدعوى الجديدة ما لم تكن في ذاتها باطلة[1].

كما تبقى الأعمال والإجراءات الممهدة للدعوى، كما في حالة أعذار المدين أو توكيل محام، أو الإذن الذي يحصل عليه القاصر بالتقاضي إذا جرت قبل إقامة الدعوى على أنه إذا تمسك الخصم بهذه الأعمال والإجراءات بعد إقامة الدعوى، فإن تلك الأعمال تعد إجراءات قضائية، ومن ثم تكون عرضة للزوال إذا ما تم الحكم بقبول الدفع المذكور [2]. إن زوال إجراءات الدعوى – بسبب الحكم بصحة الدفع بعدم القبول – يعني عودة الخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها قبيل رفع الدعوى، وكأنها لم ترفع قط[3].

فإن أراد المدعي تجديد ادعائه، تحتم عليه رفع دعواه من جديد، مع مراعاة كافة الشروط اللازمة وبما يجعلها مقبولة وجديرة بحماية القضاء، وإذا كان الحكم بصحة الدفع بعدم قبول الدعوى يعني زوال إجراءاتها، واعتبارها كأن لم ترفع أساساً، فإن هذا يعني عدم ترتب أي آثار عليها، بمعنى زوال الآثار المترتبة على قيام الدعوى عموماً.

ومن أهم هذه الآثار، هي قيام حالة النزاع القضائي بين الخصوم، حيث يترتب على تقديم عريضة الدعوى أمام المحكمة نشوء حالة قانونية لم تكن موجودة ألا وهي قيام حالة النزاع، إذ تلتزم المحكمة بضرورة الفصل في عريضة الدعوى وعدم التأخر فيها [4]. أما في حالة عدم قبول الدعوى، فلا يكون هناك نزاعاً بالمعنى الفني، لكون عريضة الدعوى ردت أصلاً، ومن ثم عاد الخصوم إلى مرحلة ما قبل رفع الدعوى أي مرحلة ما قبل النزاع.

و عليه يمكن الاستنتاج – بمفهوم المخالفة – بأن القاضي لا يعد ممتنعاً عن إحقاق الحق و إنكار العدالة و الحياد لطرف دون آخر بسبب تأخره في إصدار الحكم [5]، لكون الدعوى غير قائمة أصلاً،

---

[1] نبيل إسماعيل عمر،المرجع السابق،ص301.

[2] عباس العبودي،شرح أحكام المرافعات،المرجع السابق،ص131.

[3] أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق، ص903.

[4] آدم النداوي ، المرجع السابق،ص164،عباس العبودي،شرح أحكام المرافعات ، المرجع السابق،ص223.

[5] عوض الزعبي ، مرجع سابق ، 156.

كما لا يعد الحق متنازعاً فيه [1] ومن ثم لا توجد أية موانع تمنع القضاة من التعامل في تلك الحقوق كشرائها مثلاً كله أو بعضه.

كما أن الحكم بقبول الدفع، يعني زوال الأثر المترتب على قطع مدة التقادم [2]، فلا يعد رفع الدعوى قاطعاً لمدة سقوط الحق بالتقادم، كما إذا حكم بعدم القبول لرفع الدعوى من غير ذي صفة أو على غير ذي صفة، فالحكم بصحة الدفع بعدم القبول مؤداه زوال هذا التقادم، أي أن الدعوى تعتبر وكأنها لم ترتب أي أثر في هذا التقادم، فلا يحصل أي انقطاع فيه، ولا تبدأ أية مدة جديدة، وكأن التقادم لم ينقطع. [3]

يتوقف اثر الحكم في الدفع على ما قضت به المحكمة فقد يترتب عليه عدم جواز تجديد الدعوى كما اذا قضت المحكمة بعدم قبول الدعوى لرفعها بعد الميعاد او عدم قبول الطعن لفوات ميعاده، وقد يترتب عليه زوال إجراءات الخصومة مع إمكان تجديدها كما اذا قضت المحكمة بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل حلول الأجل فانه يجوز في هذه الحالة تجديد الدعوى عند حلول الاجل [4].

وهكذا فان العلاقة وثيقة بين ما قضت به المحكمة واثر الحكم في الدفع فهذا الأثر يكون متوقفا على ما قضت به المحكمة.

–فحكم المحكمة في الدفع قد يترتب عليه عدم جواز تجديد الدعوى: وحرفيا فان مفهوم هذه العبارة يعني انه لا يمكن وضع قاعدة عامة تجري على كافة الدفوع في هذا الشأن، فاحيانا يترتب على قبول الدفع بعدم قبول الدعوى عدم جواز تجديدها، كان يكون الدفع بعدم قبول دعوى الحيازة ممن طالب بالحق او الدفع بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها، وكما اذا قضت المحكمة بعدم قبول الدعوى لرفعها بعد الميعاد او عدم قبول الطعن لفوات ميعاده، وقد قضت محكمة النقض بأنه بالدفع بعدم جواز نظر الدعوى في ذاته –وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض– هو دفع للدعوى برمتها في

---

[1] تنص ف2 من المادة 593 مدني عراقي "ويعتبر الحق متنازعاً فيه إذا كان قد رفعت فيه دعوى أو قام بشأنه نزاع جدي" تقابلها المادة 469 مدني مصري.

[2] تنص ف1 من المادة 437 مدني عراقي على أنه "تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة عن غلط مغتفر فإن طالب الدائن غريمه في المحكمة ولم تفصل الدعوى حتى مضت المدة فإنها تسمع بعدها" تقابلها المادة 383 مدني مصري.

[3] م595 مدني عراقي تقابلها المواد 471 472 مدني مصري.

[4] أنور طلبة ، التقادم ، ط 1 ، المكتب الجامع الحديث ، مصر ، 2004 ، ص 120.

موضوعها، ومتى قبلته المحكمة الابتدائية فقد حسمت الخصومة في هذا الموضوع أمامها وأصبح من غير الممكن قانونا الرجوع إليها فيه[1] .

وحكم المحكمة في الدفع قد يترتب عليه زوال إجراءات الخصومة مع إمكان تجديدها، فقد يكون حق الدائن غير حال الأداء فتقضي المحكمة بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل الاوان (اي قبل حلول الأجل)، وفي هذه الحالة يمكن تجديد الدعوى عندما يحل الأداء، وقد تخطئ محكمة أول درجة في حالة تعليق الالتزام العقدي على شرط واقف، فتتصور المحكمة انه لم يتحقق حالة كونه قد تحقق فعلا وأصبح الالتزام بسيطا اي حالا منجزا، فتقوم محكمة الاستئناف بإلغاء هذا الحكم فهل يطرح النزاع على محكمة الاستئناف ام تعيد الدعوى لمحكمة اول درجة؟[2]

تقول محكمة النقض ان الحكم بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل الاوان على اساس ان الدين المرفوعة به غير حال الاداء وغير معين المقدار اذا الغى من محكمة الاستئناف فان الموضوع يطرح برمته عليها[3]، وهنا تحدث مفارقة ففي حالة القضاء بعدم القبول مع عدم الاستئناف يتحصن الحكم، ويمكن تجديد النزاع مرة اخرى عندما يحل الأداء او بالأحرى عند إثبات حدوث ذلك حتى وان كان تاريخ حلول الأداء يستند إلى وقت سابق على حكم المحكمة بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل الاوان، وعندئذ قد تمر الدعوى بمرحلتين إذا استأنف صاحب الشأن الحكم وبالعكس فان محكمة الاستئناف إذا ألغت الحكم فإنها تفصل في الموضوع ولا يكون الموضوع قد مر في جوهره إلا بدرجة واحدة هي درجة الاستئناف لان الحكم بعدم القبول لم يتطرق إطلاقا للموضوع[4].

الفرع الثاني : منع المحكمة من الفصل في موضوع الدعوى.

الأصل أن المحاكم – وكقاعدة عامة – هي صاحبة الاختصاص في نظر الدعاوى كافة بما لها من ولأية عامة في ذلك، إذ تنص المادة 32 ق إم إ على أنه " المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام".

---

[1] عبد الوهاب عرفة،المرجع في الحيازة المدنية وحمايتها الجنائية، طبعة1 ، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007 ،ص 119.

[2] كمال الدين أحمد السيد عاطف، مرجع سابق ، ص 179.

[3] محمد محمود إبراهيم، مرجع سابق ، ص 326.

[4] عزمي عبدالفتاح ، مرجع سابق ، ص 228.

يمكن ومن خلال هذا النص معرفة الواجب الأساسي الملقى على عاتق المحكمة ويتمثل بالفصل في المنازعات المعروضة عليها، وبخلافه تكون قد ارتكبت خطأ قانونياً يوجب مساءلتها، فالامتناع عن الفصل في الدعاوى، يعني أن القاضي قد امتنع عن إحقاق الحق، هذه الحالة – إن حدثت – تبرر للخصوم إمكانية مساءلة القاضي من خلال تقديم الشكوى ضده[1].

إلا أن امتناع المحكمة من الفصل في الدعوى قد يكون سببه المشرع نفسه كما في حالة الحكم بصحة الدفع بعدم القبول، إذ يترتب على قبول هذا الدفع منع المحكمة من الفصل في موضوع الدعوى، وهذا المنع قد يكون نهائياً، أي لا تجوز إعادة الدعوى أمام المحكمة مجدداً، وقد يكون المنع من نظر الدعوى – للحكم بعدم قبولها – منعاً مؤقتاً، وكما سيأتي بيانه:

أولا: منع المحكمة من الفصل في موضوع الدعوى بشكل نهائي

إذا كان الدفع بعدم القبول مبنياً على سقوط الحق في استعمال الدعوى، فهذا يعني منع المحكمة من الفصل في موضوع الدعوى بشكل نهائي، أي لا تجوز إعادة الدعوى أمام المحكمة وإلا دفع بسبق الفصل فيها[2].

إن أساس منع المحكمة من الفصل في الدعوى في هذه الحالة، ترجع إلى أن الحكم بقبول الدفع يحوز حجية الشيء المقضي فيه، وبالتالي لا يجوز رفع هذه الدعوى مرة ثانية[3].

والأمثلة على هذه الحالة عديدة، لعل من أبرزها الدفع بعدم قبول دعوى الحيازة لرفعها بعد سنة من تاريخ التعرض، كذلك الدفع بعدم قبول الطعن لرفعه بعد الميعاد، إذ تعد مواعيد الطعن حتمية يترتب على عدم مراعاتها وتجأوزها سقوط الحق في الطعن [4]. ومن الأمثلة الأخرى لهذه الحالة، الدفع بعدم قبول الدعوى لأنقضاء الدين بالتقادم.

---

[1] تنص م30مرافعات عراقي "لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه وإلا عد القاضي ممتنعاً عن إحقاق الحق ويعد أيضاً التأخر غير المشروع عن إصدار الحكم امتناعاً عن إحقاق الحق".

[2] أمينة النمر،المرجع السابق،ص139.

[3] نبيل إسماعيل عمر،المرجع السابق،ص304.

[4] المادة 171 مرافعات عراقي،المادة 215 مرافعات مصري،المادة 618 أصول لبناني.

تجدر الإشارة، أنه كلما تنأولت المدة حقاً من الحقوق، وأدت إلى انقضائه، عد الدفع الموجه من الخصم بزوال الدعوى التي تكفل حمأية الحق من الدفوع بعدم القبول، وذلك على تقدير أن الحق بانقضاء الميعاد المحدد لاستعماله، تزول عنه حمأية القانون [1]. والقاعدة أن للخصم التمسك بسقوط الحق في أية حالة تكون عليها الدعوى، ولو بعد التعرض للموضوع، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

حيث قضت محكمة النقض المصرية [2] في قرار لها بأن "الدفع بعدم قبول المعارضة شكلاً لرفعها بعد الميعاد ليس من أوجه البطلان أو الدفوع التي يسقط الحق في إبدائها إذا أغفل الخصم التمسك بها في صحيفة الطعن أو تحدث في الموضوع قبل التمسك بها، بل هو دفع بعدم قبول الدعوى، يجوز إبداؤها في أية حالة تكون عليها الدعوى".

وطبقاً للقواعد العامة، فإن المحكمة لا تقضي بالسقوط من تلقاء نفسها ما لم يكن جزاءاً على مخالفة قاعدة متعلقة بالنظام العام.

ثانياً: منع المحكمة من الفصل في موضوع الدعوى بشكل مؤقت

يكون المنع من نظر الدعوى، للحكم بعدم قبولها منعاً مؤقتاً، إذا كان الدفع بعدم القبول مبني على عدم توافر الشروط اللازمة للالتجاء إلى القضاء [3]. ففي هذه الحالة يقتصر أثر الحكم بعدم القبول على إلغاء إجراءات الدعوى، ويكون من الممكن تجديدها مرة ثانية، طالما لم يسبق الفصل في موضوعها ،ومن صور هذه الحالة، رفع الدعوى قبل أوانها أو مناسبتها، أو حالة عدم توجه الدعوى، أو كون المصلحة غير قائمة.

من هنا تظهر الطبيعة المتميزة التي يتسم بها الدفع بعدم القبول، فتارةً يقترب من الدفوع الموضوعية عندما يترتب على الحكم بقبوله عدم جواز تجديد الدعوى، أي يكون هناك مانعاً دائماً يمنع المحكمة من الفصل في الدعوى، لكون الحكم الصادر بعدم القبول مستنداً إلى سقوط الحق في الدعوى.

---

[1] أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق،ص871.

[2] نقض 24،أبريل،1952. مجموعة أحكام الدائرة المدنية 3 العدد الثالث،ص950،أشار إليه ،أحمد أبو الوفا، مرجع سابق،ص874،873.

[3] أمينة النمر ، المرجع السابق،ص139.

وتارةً أخرى يقترب هذا الدفع من الدفوع الشكلية، عندما يقتصر أثره على إلغاء إجراءات الدعوى، دون الخوض في المضمون، فهنا يكون المانع من نظر الدعوى مؤقتاً، إذ يزول سببه عندما يصحح الخصم من مسار دعواه، وبالشكل الذي يجعلها مستوفية لكافة شرائطها القانونية، ومن ثم تكون مقبولة لدى القضاء[1].

[1] محمد شتا أبو سعد، مرجع سابق ، ص 237.

الفصل الثاني: الدفع بعدم الدستورية المثارة أمام القاضي المدني

إن المفهوم الحديث للوثيقة الدستورية بخروجها عن وظيفتها التقليدية من كونها الإطار الذي كان يحدد المبادئ السياسية ، الاقتصادية و الاجتماعية للدولة إلى مفهوم حديث يتعين أن يرسم بوضوح التزامات الدولة اتجاه المجتمع والأفراد بضمان حقوقهم وحرياتهم الفردية و الجماعية و هو المعيار الذي يقاس عليه مدى احترامها لهذه الحقوق على الصعيد الدولي، و مع هذا التحول في دور و أهداف القواعد الدستورية بأن أصبحت تعني مباشرة الأفراد و تحمي حقوقهم و حرياتهم، جعل الرقابة القبلية على القوانين للتأكد من مطابقتها للدستور قبل دخولها حيز التنفيذ غير ناجعة في ضمان هذه الحقوق و الحريات ، مما دفع التشريعات الحديثة إلى منح الأفراد إمكانية الدفاع عن حقوقهم المكفولة دستوريا إذا ما حرمهم منها نص تشريعي ما كان بصدد تطبيقه عليهم، إلى النص على مبدأ الدفع بعدم الدستورية لنصبح بذلك أمام رقابة لاحقة على دستورية القوانين يمارسها الأفراد بمفردهم.

لقد اعتبر الدستوريون إحداث الدفع بعدم دستورية القوانين بمثابة ثورة قانونية أساسها القانون العضوي رقم 16-18 .والمبني على المادة 188 من الدستور الجزائري .

تجدر الإشارة والحال أن موضوع هذا العمل يتعلق بدور المحامي في إثارة الدفع بعدم الدستورية، إلا أنه تم ذكر المحامي لأول مرة في الدستور الجزائري لسنة 2016 في الفصل الثالث منه تحت عنوان السلطة القضائية.

إذ تنص المادة 612 من الدستور الجزائري على أنه" يستفيد المحامي من الضمانات القانونية التي تكفل له الحماية من كل أشكال الضغوط وتمكنه من ممارسة مهنته بكل حرية في إطار القانون."

إن المجلس الدستوري إنطلاقا من اجتهاداته في الرقابة العادية يمكن أن يلجأ بعد تطبيق الدفع بعدم الدستورية إلى وضع محددات لعمله، تعمل على توضيح بعض المسائل، و الإجابة ضمنيا على التساؤلات الفقهية التي أثيرت بعد إقرار الآلية في التعديل الدستوري لمارس

2016 و صدور القانون العضوي المحدد لشروط و كيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، و يرسم حدودا له مع كل من قاضي الموضوع و عمل السلطة التشريعية و انتهاج طرق ترمي أساسا إلى المحافظة على الأمن القانوني و إثراء دفاع المواطن على حقوقه و حرياته المكفولة دستوريا و هو المبتغى الذي قصده المؤسس الدستوري من خلال المادة 188 و المواد ذات الصلة.

المبحث الأول: ماهية الدفع بعدم الدستورية

إن وجود أسلوبين في الرقابة الدستورية أظهر عمليا تفاوتا في توفير الحماية الفعالة ألحكام الدستور فالرقابة السياسية عن طريق المجالس الدستورية وفقا للنموذج الفرنسي، ترتكز على الرقابة الوقائية السابقة، مع حرمان المواطنين من اللجوء إلى المجلس الدستوري [1] مع إقرار الرقابة القضائية اللاحقة على صدور القانون ونفاذه عن طريق الدفع بعدم الدستورية أمام مختلف الجهات القضائية، هذه الأخيرة التي تحيلها للمجلس الدستوري للفصل في الدستورية أي توسيع حق الدفع الدستوري للمواطنين بعد تدارك المؤسس الدستوري الفرنسي سياسته القضائية خلال سنة 2008.[2]

و من ثم يعد حق الدفع بعدم الدستورية القوانين أهم وسيلة دفاعية مقررة و متفق عليه لدى غالبية الدول التي تتبناه كوسيلة أساسية لتحريك الدعوى الدستورية في الدولة [3]، وان عديد الدول اعتمدت هذا المبدأ لتكريس رقابة القضاء على دستورية القوانين بطريقة الدفع.

لذلك سنحاول التطرق لماهية الدفع بعدم الدستورية في المطلب الاول، وشروط واجراءات الدفع بعدم الدستورية في المطلب الثاني.

---

[1] سامي جمال الدين، القانون الدستوري والشرعية الدستورية على ضوء قضاة المحكمة الدستورية العليا، دار النهضة، الطبعة الثانية، سنة 2014 ص 146-147.

[2] قارة شاكر ، تأثير الدفع بعدم الدستورية على سير المحاكمة، مقال منشور مجلة المحامي ، الجزائر،ع 32 ،2019،ص21 .

[3] أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في أمريكا، دار النهضة العربية، سنة1960، ص 512.

المطلب الأول: تعريف الدفع بعدم الدستوريــة

نظرا لحداثة هذا الإجراء دستوريا لم نجد له تعريفا في الفقه الجزائري، بل عرفه المجلس الدستوري الفرنسي بأنه: "حق يخول كل طرف في رفع دعوى أمام المحكمة المدنية أو الإدارية، أو الجنائية بأن يطلب، إذا أراد، مطابقة القانون الذي سيطبق عليه في الدعوى للدستور بواسطة مذكرة مستقلة، طالما أن القاضي ال يمكنه أن يثير تلقائيا هذا الدفع"[1]

كما يقصد بالدفع بعدم دستورية نص قانوني، بأنه منازعة قانون ساري المفعول لمخالفته أحكام الدستور يتقدم بها أحد الخصوم بمناسبة نزاع قضائي معروض أمام جهات القضاء العادي أو الإداري، بتوفر شروط و ضوابط، وذلك بقصد التأكد من مدى دستوريته بإحالته على رقابة المجلس الدستوري للنظر في ذلك باعتباره صاحب الاختصاص.

وبالتالي، فالدفع بعدم الدستورية هو نوع من الرقابة اللاحقة يتم بعد دخول القانون حيز النفاذ ويدفع به أحد الخصوم في قضية معروضة أمام القضاء كوسيلة للدفاع عن نفسه، بحجة أن القانون الذي سيطبق على النزاع موضوع الدعوى غير دستوري، بهدف استبعاده من التطبيق عن طريق الامتناع بإرجاء القاضي النظر في النزاع، بإحالة القانون على المجلس الدستوري من طرف المحكمة العليا أو مجلس الدولة حسب طبيعة النزاع، وذلك للبت في دستوريته بقرار معلل.

ويمثل التعديل الدستوري الفرنسي الرابع والعشرين لدستور الجمهورية الفرنسية لعام 1958 المؤرخ في: 23جويلية 2008 بشأن تحديث مؤسسات الجمهورية الخامسة التعديل الابرز و الأهم على الاطلاق في تاريخ التعديلات الدستورية الفرنسية [2]، حيث كشف هذا التعديل عن حقيقة الطبيعة القضائية لعمل المجلس الدستوري المختلف فيها بين النقاد [3]، ووجه الخصوصية فيه إضافته للمادة(61-1) التي تمثل ثورة صامتة على الرقابة السابقة لهذا التعديل، والموسعة لجهة إخطار

[1] هلال العيد ، إجراءات الدفع بعدم الدستورية أمام القاضي المدني في الجزائر وفي فرنسا

[2] عيد أحمد غفول، المرجع السابق،ص 133 وما بعدها.

[3] Xavier Magnon, la question Prioritaire de constitutionnalité Pratique et Contentieux: A Jour au 1 Novembre 2010; P12.

المجلس الدستوري الفرنسي لصالح الأفراد وفقا لضوابط دستورية محددة، من خلال آلية الرقابة اللاحقة للدفع بعدم الدستورية[1].

و لقد دخلت هذه المادة حيز التنفيذ بتاريخ 01 مارس 2010 بعد صدور قانونها العضوي رقم 1523-2009 المؤرخ بتاريخ 2009/12/10 تطبيقا للمادة 61-1[2]، و تأتي أهمية هذه المادة، من خلال منحها الأفراد و لأول مرة في التاريخ الدستوري الفر نسي الحق في الطعن في دستورية الأحكام التشريعية أمام القضاء مباشرة بضوابط تجعل منه نظاما خاصا بفرنسا بامتياز [3]، و بهذا التعديل أصبح المجلس الدستوري الفرنسي يمارس نوعين من الرقابة الدستورية، الرقابة السابقة من خلال إحالة القوانين على المجلس للنظر في دستوريتها قبل صدور القانون وفق التنظيم الدستوري للجمهورية الخامسة لسنة 1958 ،والرقابة اللاحقة من خلال إحالة القوانين على المجلس للنظر في دستوريتها بعد صدور القانون، وهو الاختصاص الذي استحدثه التعديل الدستوري لسنة 2008.

ولقد ظل اختصاص المجلس الدستوري الفرنسي في مجال رقابة الدستورية منذ إنشائه عام1958 وحتى إقرار التعديل الدستوري لسنة 2008، ،مقصورا في الرقابة السابقة على دستورية القوانين العضوية والعادية، والمعاهدات الدولية، و اللوائح الداخلية لكل من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ، بالإضافة لرقابة دستورية توزيع الاختصاص بين القوانين و اللوائح

و هي الخطوة التي شرعت العديد من الدول العربية في تكريسها و تفعيلها إما تحت ضغط شعوبها في إطار ما يسمى بالربيع العربي، وإما رغبة منها في تعميق التحول الديمقراطي، كما هو الحال مع الدستور المغربي الجديد المعدل سنة 2011 بموجب الفصل (133)[4] منه الذي

---

[1] محمد محمد عبد اللطيف، المجلس الدستوري في فرنسا والتعديل الدستوري في 23 يونيو 2008 ،بحث منشور بمجلة الحقوق الكويت، العدد الثالث السنة 34 ،سبتمبر2010 ،ص37.

[2]) La constitution de la république française, op cit, art : 64-1

[3] علي عيسى اليعقوبي، "تعديل 21 تموز 2008 الدستوري و أثره في تطور الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا"تاريخ الولوج 19 جوان 2013 على الرابط الإلكتروني:
http://hamoudi.org/arabic/dialogue-of-intellenct/22/05.htm

[4] عليان بوزيان، آلية الدفع بعدم الدستورية وأثرها في تفعيل العدالة الدستورية، مجلة المجلس الدستوري العدد 02 سنة 2013 ،ص 75.

منح المحكمة الدستورية حق النظر في كل دفع متعلق بعدم دستورية قانون، أثير أثناء النظر في قضية، و ذلك إذا دفع أحد الأطراف بأن القانون، الذي سيطبق على النزاع، يمس بالحقوق وبالحريات التي يضمنها الدستور، بتوفر شروط واجراءات تطبيق هذا الفصل الذي يحدده قانون تنظيمي، و هو الأمر الذي أقره كذلك الدستور التونسي خلال سنة 2014[1].

أما المؤسس الدستوري الجزائري، فلقد استحدث لأول مرة آلية جديدة للرقابة على دستورية القوانين في المنظومة القانونية الجزائرية تتمثل في الدفع بعدم دستورية القوانين أمام القضاء متأثرا في ذلك بالعديد من التجارب على رأسها التجربة الفرنسية، التونسية والمغربية، وذلك بمقتضى التعديل الدستوري سنة 2016[2]، بموجب المادة (188) منه الواردة في الفصل الأول من الباب الثالث تحت عنوان الرقابة، والتي تنص على أنه:" 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"، يحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه الفقرة بموجب قانون عضوي.

وبموجب التعديل أعاله، أصبح للأفراد حق الدفع بعدم دستورية نص قانوني في حال نزاع مطروح أمام القضاء، إذا كان القانون الذي سيطبق على النزاع يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، وذلك كآلية تمكن من حماية الحقوق والحريات الأساسية.

وذلك في انتظار صدور القانون العضوي المتضمن آليات تطبيق مضمون هذه المادة، و بالتالي فإنه وبمقتضى هذه الآلية فإن حق إحالة القوانين غير الدستورية على المجلس الدستوري لم يعد مقتصرا على الطبقة السياسية، بل أصبح من حق المتقاضين أيضا من خلال قانون الدفع بعدم الدستورية مما يشكل ثورة حقوقية ونقلة نوعية وخطوة حاسمة في النظام لدستوري الجزائري من

[1] عليان بوزيان، المرجع نفسه ص 75.

[2] المادة 188 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجريدة الرسمية رقم 76 المؤرخة في 08 ديسمبر 1996 المعدل والمتمم بالقانون رقم 16 -01 المؤرخ في 06 مارس 2016 ،الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 07 مارس 2016.

خلال التوجه نحو الرقابة القضائية اللاحقة على دستورية القوانين متأثرا في ذلك بالتجربة الفرنسية.

علما أن الدول التي تأخذ بنظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين تختلف حول كيفية ممارسة هذه الأخيرة، حيث يقسم رجال الفقه أساليب تحريك هذه الرقابة إلى نوعين:

تحريك الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية، وتحريك الرقابة عن طريق الدفع الفرعي [1]، وهذه الأخيرة هي التي تبناها المؤسس الدستوري الجزائري متأثرا في ذلك بالنموذج الفرنسي المعتمد سنة 2008، وتعد إجراء قضائيا ذو طابع متميز عن طريق الحفاظ على الرقابة السياسية السابقة وفقا للنموذج الكالسيكي الكلسني، والتي تسمى بالمدرسة الأوروبية حسب تصنيف العميد "لويس فافورو[2] مع تطعيمها بدور قضائي، عكس الدستور المغربي لسنة 2011 والتونسي لسنة 2014 اللذين تخليا عن الرقابة السياسية باعتمادهما الرقابة القضائية بصفة صريحة عن طريق استحداث المحكمة الدستورية، وهو الأمر الذي يدعو لإبراز شروط واجراءات الدفع بعدم الدستورية، وهو ما نتناوله بالتفصيل في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: شروط الدفع بعدم الدستورية و اجراءاته

تتحدد الملامح الأساسية لإجراءات الدفع بعدم الدستورية أمام المجلس الدستوري بأطر دستورية وتشريعية وتنظيمية، حيث تشكل المادة 188 والمواد الأخرى ذات الصلة من الدستور بعد تعديله في مارس 2016، أساسا لهذه الآلية القانونية الجديدة التي تسمح للمواطن بالدفاع عن الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور، وأحالت المادة 188 للقانون العضوي تحديد شروط و كيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية

لقد أوردت المادة (188) من التعديل الدستوري لسنة 2016 السالفة الذكر أعاله ثلاثة شروط رئيسة للطعن بعدم الدستورية عن طريق الدفع، حيث يتوقف رفع الطعن بعدم الدستورية على

[1] سليمة مسراتي، نظام الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع الجزائر، 2012 ، ص104.

[2] Rousseau (D.) : droit du contentieux constitutionnel , préface de Georges Vedel, 7éme édition, Beyrouth, Montchrestien-Delta, 2006,p 1

وجود نزاع قائم أمام القضاء، كما يتعين رفع الطعن من قبل أحد أطراف النزاع، وأن ينتهك النص المطعون في دستوريته الحقوق والحريات المضمونة في الدستور .وفيما يخص شروط وكيفيات تطبيق الفقرة أعاله، فقد أحال النص الدستوري لقانون عضوي لم يصدر بعد، وخلال هذا المطلب، سنحاول أن نستعرض شروط الدفع بعدم الدستورية وكيفية إثارته في الفرع الأول، والإجراءات المقررة له في الفرع الثاني.

الفرع الأول: شروط الدفع بعدم الدستورية

إن التعديل الدستوري لسنة 2016 مكن المتقاضين من حق إخطار المجلس الدستوري، بتقديم دفع بعدم الدستورية أمام القضاء، وينظر في ذلك المجلس الدستوري بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة بحسب طبيعة النزاع، عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية (عادية أو إدارية)، أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل الفصل في النزاع ينتهك الحقوق و الحريات الأساسية التي يضمنها الدستور، علما انه أحال فيما يخص شروط و كيفيات تطبيق ذلك إلى القانون العضوي الذي لم يصدر بعد.[1]

إن عدم صدور القانون العضوي المحدد لشروط وكيفيات تطبيق مبدأ الدفع بعدم دستورية القوانين يدفع بنا للاعتماد في الدراسة على الشروط المقررة بموجب نص المادة (188) من التعديل الدستوري لسنة 2016 وكذا الشروط المقررة في النصوص الدستورية المقارنة لاسيما فرنسا، المغرب وتونس .وعليه يمكن حصر الشروط المطلوبة لتقديم الدفع بعدم الدستورية،والتي تبدو مشتركة في الدساتير محل الدراسة فيما يلي:

أولا/ وجود نزاع مطروح أمام إحدى الجهات القضائية (العادية أو الإدارية):

يتطلب الدفع بعدم الدستورية وجود نزاع مطروح أمام القضاء العادي أو الإداري، وأن هناك قانونا موضوعيا يراد تطبيقه من طرف القاضي على ذلك النزاع القائم، فيبادر الشخص المتضرر بالطعن في دستوريته، واذا تبين للجهة القضائية المعنية جدية الدفع، فإنها تتوقف عن البت في

[1] المادة 188 من القانون رقم (01-16) مرجع سابق.

النزاع إلى غاية الفصل في مدى دستوريته، وبالتالي لا يمكن الطعن بعدم الدستورية في حالة عدم وجود دعوى أصلية أمام القضاء تتعلق بنزاع قائم بين الخصوم، وهذا ما يستفاد من تعبير"عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية" الوارد في صلب المادة (188) لمشار إليها سابقا، وعليه فطريق الدفع بعدم دستورية القوانين هو وسيلة دفاعية يستهدف من ورائها الشخص استبعاد تطبيق نص قانوني عليه في نزاع قائم فعال، لاعتقاده أن ذلك النص ينتهك الحقوق والحريات المعترف بها في الدستور.

ان اشتراط إثارة الدفع بعدم الدستورية وجوبا أثناء النظر في قضية أمام إحدى الجهات القضائية يجعل من المنازعة الدستورية حقيقية و غير مجردة، ألنها مرتبطة بنزاع حقيقي معروض أمام إحدى الجهات القضائية (العادية أو الإدارية)، سواء كان ذلك أمام محاكم أول درجة أو جهات الاستئناف أو النقض، أو حتى الجهة القضائية الدستورية عندما تكون بمثابة محكمة انتخابية عند فصلها في المنازعات الانتخابية، على اعتبار أن الجهات القضائية الدستورية عادة تختص بالسهر على صحة الانتخابات ذات الطابع الوطني (تشريعية، رئاسية واستفتاء)، و تفصل في الطعون المقدمة بشأنها[1]، و في هذا الصدد فقد نص مشروع القانون التنظيمي المحدد لإجراءات الدفع أمام المحكمة الدستورية المغربية على إمكانية إثارة "الدفع بعدم دستورية قانون" أمام مختلف محاكم المملكة و كذا أمام المحكمة الدستورية بمناسبة البت في الطعون المتعلقة بانتخاب أعضاء البرلمان، كما يمكن عند الاقتضاء، إثارة هذا الدفع لأول مرة أمام محكمة الاستئناف أو أمام محكمة النقض[2].

أما المؤسس الدستوري الفرنسي فبنصه على إمكانية إثارة الدفع أمام الجهات القضائية التابعة لمجلس الدولة و محكمة النقض، يكون قد استبعد بذلك كل من محكمة التنازع و المحكمة العليا للتحكيم، كما استثنى إثارة هذا الدفع أمام محكمة الجنايات، إلا أنه سمح بإثارته في القضايا

[1] أنظر في هذا الصدد: مسعود شيهوب، المجلس الدستوري: قاضي انتخابات، مجلة المجلس الدستوري العدد الأول، سنة 2013، ص 88-110.

[2] المادة 3 من مشروع القانون التنظيمي رقم 86-15 المتعلق بتحديد شروط واجراءات تطبيق الفصل 133 من الدستور، صيغة 15 ديسمبر 2018 ،الجريدة الرسمية المغربية.

الجنائية أمام قاضي التحقيق و في مراحل الاستئناف و الطعن بالنقض فقط، لكي لا يفتح المجال لتعطيل سير الدعاوى الجزائية من قبل المتابعين جنائيا[1].

ثانيا/ إثارة الدفع الفرعي من قبل أحد الخصوم:

لقد منح المؤسس الدستوري حق الطعن في دستورية القوانين عن طريق الدفع لأطراف النزاع القائم أمام الجهات القضائية العادية أو الإدارية على حد سواء، ويستوي الأمر أن يكون الطاعن مدعيا أو مدعى عليه، و سواء أكان من الأشخاص الطبيعيين أم الأشخاص المعنويين، واللافت للانتباه، أن النص الدستوري لم يميز بين الوطنيين والأجانب في مباشرة حق الطعن مما يفسح المجال للتأويل، وهو الأمر الذي حصل بفرنسا، قبل أن تستقر أحكام المجلس الدستوري الفرنسي على أنه يحق للأجانب الطعن في دستورية قانون يراد تطبيقه عليهم إذا كان ينتهك الحريات والحقوق التي يتمتعون بها داخل فرنسا[2].

كما لا يمكن للقاضي الناظر في الدعوى الأصلية، إثارة الدفع بعدم الدستورية من تلقاء نفسه، بل يجب أن يكون ذلك من قبل أحد أطراف الدعوى، وفي هذا الصدد فقد نص المشرع المغربي صراحة على منع إثارة الدفع تلقائيا من قبل المحكمة التي تنظر في الدعوى[3].

و يلاحظ أن المؤسس الدستوري التونسي فيما يخص مقدم الدفع الفرعي استعمل لفظ الخصوم بينما فضل كل من المؤسس الدستوري المغربي ونظيره الجزائري مصطلح الأطراف، خاصة أن هذا الأخير أوسع من الخصوم بل و يشمله، وقد عرف المشرع المغربي لفظ الأطراف بأنه: "كل

---

[1] Article (23-1) de l'ordonnance n : (58-1067) du 07 novembre 1958 portant loi organique sur le conseil constitutionnel, modifiée par les lois organiques n ; 2009-1523 du 10 décembre 2009 et n ; (2010-30) du 22 juillet 2010, (al 4).

[2] يسري محمد العصار، الجمع بين الرقابة السابقة واللاحقة على الدستورية في فرنسا بمقتضى التعديل الدستوري لعام 2008. كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، د.ت، متاح على الموقع : http\:// eg.gov.hccourt : تاريخ الاطلاع 09 أفريل 2018، على الساعة 08.00 مساءا.

[3] المادة 3 الفقرة الأخيرة من مشروع القانون التنظيمي رقم (15-86 ،)المرجع السابق.

مدع أو مدعى عليه في الدعاوى المدنية أو التجارية أو الإدارية، وكل مهتم أو مطالب بالحق المدني أو مسؤول مدني في الدعوى العمومي[1].

وعن شكل الدفع، فقد اشترط المشرع التونسي ضرورة تقديم الدفع بعدم الدستورية في مذكرة مستقلة ومعللة محررة من قبل محام مرسم لدى التعقيب تحتوي على عرض في بيان أسباب الدفع مع تحديد مفصل ألحكام القانون المطعون فيها[2].

ومن جانبه، أتاح المشرع الفرنسي للمتقاضي إمكانية تقديم الدفع بنفسه أو عبر محاميه، هذا الأخير الذي تخضع الاستعانة به لنفس الإجراءات المطبقة على الدعوى الأصلية، ففي القضايا التي يتطلب فيها الاستعانة بمحام يجب أن يقدم الدفع بعدم الدستورية من قبل محام، أما تلك التي لا يشترط فيها وجود محامي فيمكن أن يقدم الدفع من قبل المتقاضي نفسه، وفي كل الحالات يجب أن يكون الدفع في عريضة منفصلة مكتوبة و معللة، و تشترط الكتابة حتى أمام الجهات القضائية التي لا تتطلب الإجراءات أمامها تقديم مذكرات كتابية.

وفي نفس الصدد، نجد بان المشرع المغربي قد اشترط تحت طائلة عدم القبول، إثارة الدفع بعدم الدستورية بواسطة مذكرة كتابية تتوافر فيها الشروط المحددة بموجب المادة 05 من مشروع القانون التنظيمي رقم (86/15) المتعلق بتحديد شروط واجراءات تطبيق الفصل (133) من الدستور المغربي[3].

---

[1] لمادة 2 فقرة (ب) من مشروع القانون التنظيمي رقم (15-86) المتعلق بتحديد شروط واجراءات تطبيق الفصل (133) من الدستور المغربي لسنة 2011.

[2] الفصل 55 القانون الأساسي رقم 50 لسنة 2015 المؤرخ في 03 ديسمبر 2015 المتعلق بالمحكمة الدستورية التونسية.

[3] المادة 05 من مشروع القانون التنظيمي رقم 86/15 اجراءات تطبيق الفصل المتعلق بتحديد شروط واجراءات تطبيق الفصل 133 من الدستور، أوجبت أن تكون معللة و مقدمة بصفة مستقلة، أن تكون موقعة من قلب الطرف المعني أو من قبل محام مسجل في جدول هيئة من هيئات المحامين بالمغرب مع مراعاة الاتفاقيات الدولية النافذة، أن تكون مؤدى عنها الرسم القضائي الذي يحدد مبلغه وفق التشريع الجاري به العمل، أن تتضمن المقتضى التشريعي موضوع الدفع بعدم الدستورية، الذي يعتبره صاحب الدفع أنه يمس بحق من الحقوق أو بحرية من الحريات التي يضمنها الدستور، أن تتضمن بيان الأوجه الخرق أو الانتهاك أو الحرمان من الحق أو الحرية المذكورة في البند أعاله، يجب أن ترفق المذكرة بنسخ منها مساوية لعدد الأطراف، و عند الاقتضاء، بأي وثيقة أخرى يرغب الطرف

ثالثا/ أن ينصب الدفع بعدم الدستورية على قانون:

الدفع بعدم الدستورية يقتضي أن ينصب على مواجهة نص قانوني عن طريق الطعن في دستوريته، و المؤسس الدستوري الجزائري استخدام مصطلح الحكم التشريعي متأثرا بنظيره الفرنسي، في حين فضل كل من المؤسس الدستوري المغربي ونظيره التونسي توظيف مصطلح القانون، إلا أن اختلاف تسمية المصطلح لا تثير أي إشكال، ألن المقصود بالقانون، بالاستناد للتجربة الفرنسية السباقة في هذا المجال، هو كل نص صادر عن جهة تمتلك سلطة التشريع في مفهومة الضيق، 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، ألنها تعتبر أعمال إدارية تخضع لرقابة القضاء الإداري

ومن جانبه عرف المشرع المغربي القانون الذي يدفع أحد أطراف الدعوى بأنه يمس بحق من الحقوق أو بحرية من الحريات التي يضمنها الدستور بأنه: " كل مقتضى ذو طابع تشريعي يراد تطبيقه في دعوى معروضة على المحكمة، ويدفع طرف من أطرافها بأن تطبيقه سيؤدي إلى خرق أو انتهاك أو حرمان من حق من الحقوق أو حرية من الحريات التي يضمنها الدستور[1]

رابعا/ أن يكون القانون المطعون فيه مطبقا على النزاع:

لتفادي كثرة الدفوع بعدم الدستورية، وما قد ينتج عنه من تعطيل للجهات القضائية أثناء الفصل في الدعاوى الأصلية المرفوعة أمامها، وحفاظا على الأمن القانوني، خاصة ما تعلق منه بالاستقرار التشريعي، يشترط لقبول الدفع بعدم دستورية قانون ما أن يكون مطبقا على موضوع النزاع الأصلي، كما نص على ذلك المؤسس الدستوري المغربي، أي أن يكون متوقفا عليه مآل النزاع، وهو ما أقره وأكده المؤسس الدستوري الجزائري، في حين أن المؤسس الدستوري التونسي

المعني في الادلاء بها لدى المحكمة، يسلم وصل للمعني بالأمر، عند إيداع المذكرة المشار إليها أعاله بكتابة الضبط بالمحكمة، و تعتبر النسخة الحاملة لطابع كتابة الضبط بمثابة وصل يشهد بذلك.

[1] المادة 2 فقرة أ من مشروع القانون التنظيمي رقم 86/15 المتعلق بتحديد شروط واجراءات تطبيق الفصل 133 من الدستور المغربي لسنة 2011.

لم ينص على هذا الشرط، تاركا ذلك للمشرع الذي أكد عليه ضمن أحكام القانون الأساسي للمحكمة الدستورية.

خامسا: أن يكون القانون المطعون فيه يمس بالحقوق و الحريات التي يكفلها الدستور:

هذا الشرط الذي سبق للمؤسس الدستوري الفرنسي و أن نص عليه في تعديل الدستور سنة 2008، استلهمه كل من المؤسس الدستوري الجزائري ونظيره المغربي، في حين ترك المشرع التونسي باب الدفع مفتوحا لكل أوجه عدم الدستورية، ولم يقيده بضرورة مساس القانون بالحقوق والحريات المكفولة دستوريا، ويبقى من اختصاص المحامي تبيان مختلف أوجه المخالفة الدستورية التي تشوب القانون المطعون فيه، علما أن القانون الأساسي للمحكمة الدستورية [1]، أكد على أنه من بين أهم مهامها ضمان علوية الدستور و حماية الحقوق و الحريات[2].

وعليه فلا يتصور قبول الطعن بعدم الدستورية عن طريق الدفع سوى في حالة انتهاك حكم تشريعي للحقوق والحريات التي أقرها الدستور، وفي هذا الإطار نعتقد أن الحكم التشريعي الذي يقصده المؤسس الدستوري يشمل القوانين التي تدخل في نطاق الرقابة الاختيارية والمتمثلة في القوانين العادية، والمعاهدات، والتنظيمات، ولا يتصور أن يشمل القوانين العضوية والنظامين الداخليين لغرفتي البرلمان، طالما أن نصوصها تخضع للرقابة الدستورية السابقة الوجوبية قبل دخولها حيز التنفيذ، وذلك بناء على إخطار من رئيس الجمهورية .إن التضييق في أوجه الدفع بعدم الدستورية و حصرها في المساس بالحقوق والحريات الأساسية يرمي إلى ترشيد استخدامه، لكن المؤسس الدستوري التونسي جاء بعكس ذلك، بتركه للدفع بعدم الدستورية مفتوحا لكل الصور المخالفة للدستورية، وهو ما سيؤدي دون شك لتكاثر الدفوع، الأمر الذي سيساهم من جهة في

---

[1] جمال بن سالم ، دعوى الدفع بعدم الدستورية بين التأصيل و التأسيس و الممارسة – النموذج الجزائري – ،ط 1 بيت الأفكار ، الجزائر ، 2020، ص 53.

[2] عمار عباس، انفتاح القضاء الدستوري على المتقاضين ومساهمته في تنقية النظام القانوني من القوانين الماسة بالحريات، والحقوق في الدساتير المغاربية، تونس والغرب نموذجان، مقال منشور بمجلة المجلس الدستوري ، عدد 7 ، 2016، ص ص 33-34.

تنقية النظام القانوني من القوانين المخالفة للدستور، إلا أنه سيكون له لا محالة تأثير على الاستقرار التشريعي من جهة أخرى[1].

أما بالنسبة لربط الدفع بعدم الدستورية بضرورة مساس القانون بالحقوق والحريات الأساسية فيطرح من جانبه عدة تساؤلات، أهمها: هل يقتصر الأمر هنا على قائمة الحقوق و الحريات التي عددها المؤسس الدستوري في الدستور بمفهومه الشكلي ، بمعنى الوثيقة الرسمية المكتوبة؟ أم يمتد إلى مجموع الحقوق و الحريات التي يضمنها الدستور في مفهومه المادي؟، أي إلى كل القواعد القانونية ذات المضمون الدستوري و بمختلف درجاتها، وفي أي مصدر من مصادر القانون الدستوري وجدت حتى العرفية منها [2]، 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، بمناسبة قراره الشهير حول حق التجمع سنة 1971[3]، بمناسبة رقابته للقانون المعدل للقانون المتضمن تكوين الجمعيات حيث حدد من خلاله مكونات الكتلة الدستورية المتضمنة للحقوق والحريات، والتي تتكون من دستور 1958 وديباجته وما أحالت عليه من ميثاق للبيئة، وديباجة دستور 1946 والاعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789، وأضاف إليها بعد ذلك من خلال اجتهاداته في مناسبات أخرى، المبادئ المعترف بها من قبل قوانين الجمهورية، والمبادئ والأهداف ذات القيمة الدستورية[4].

---

[1] معيفي لعزيز و صايش عبد المالك، تكريس مبدأ سمو الدستور من خلال آلية الدفع بعدم الدستورية في ضوء التعديل الدستوري لسنة 2016، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون ب الدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر .

[2] احمد الرشيدي، تحرير مصطفى علوي، الاصلاح المؤسسي، الإطار الدستوري كأساس لإدارة شؤون الدولة والمجتمع، مركز دراسات واستشارات الإدارة العامة، منتدى السياسات العامة،2001، ص14.

[3] العيساوي حسين ،الدفع بعدم الدستورية أمام المجلس الدستوري ، مقال منشور مجلة المحامي ، عدد 32 ، الجزائر، 2019،ص102.

[4] عمار عباس، مرجع سابق، ص31.

أما عندنا في الجزائر فقد سبق للمجلس الدستوري أن وسع من الكتلة الدستورية إلى ابعد الحدود بمناسبة فصله في مختلف الإخطارات الموجهة إليه، حيث كانت القواعد المرجعية التي يستند عليها لإصدار قراراته و آراءه تمتد من الدستور إلى الديباجة إلى المعاهدات الدولية، بل وحتى الأعراف الدبلوماسية تكريسا لمبدأ سمو الدستور[1].

غير أن هذا التوجه كان قبل انفتاح القضاء الدستوري على المتقاضين، إلا أن الأمر سيكون صعبا في الفترة المقبلة، والتي ستتكاثر فيها الاحالات على المجلس الدستوري في حالة تمسكه باجتهاداته السالفة، كما سيكون للمشرع دور بارز للإجابة على التساؤل السابق، بمناسبة إعداده للقانون العضوي المنضم للدفع بعدم الدستورية، في انتظار ذلك فصل المؤسس الدستوري في الجزائر وتونس والمغرب في القيمة القانونية للديباجة، معتبرا إياها جزء لا يتجزأ من الدستور[2].

وتجدر الإشارة أن الدافع لربط قبول الدفع بعدم الدستورية على الأقل من الناحية الشكلية بضرورة مساسه وتعارضه مع أحد الحقوق والحريات التي يقرها الدستور، يجد سنده في كون أن القضاء ليس الضامن الأساسي لدولة القانون فحسب، بل يمثل كذلك الضامن الأساسي لحقوق حرياتهم المقررة دستوريا[3].

سادسا: أن لا يكون القانون المطعون فيه متمتعا بقرينة الدستورية:

لا يجوز الدفع بعدم دستورية قانون أو حكم تشريعي سبق لجهة القضاء الدستوري مراقبته و قضت بدستوريته، على غرار ما ذهب إليه المشرع الفرنسي، فعلى اعتبار أن قراراتها نهائية و غير قابلة ألي وجه من أوجه الطعن وملزمة لجميع السلطات بنص الدستور، سواء في دستور المغرب أو تونس أو الجزائر، فالقوانين العضوية (التنظيمية أو الأساسية) أخضعها

[1] نوري مزرة جعفر، المجلس الدستوري الجزائري بين النظرية والتطبيق، المجلة الجزائرية للعلوم الاقتصادية والسياسية، رقم 4، لسنة 1990.

[2] عمار عباس، نفس المرجع، ص ص 33-34.

[3] هيثم حسين الشافعي، دور الرقابة القضائية على دستورية القوانين في حماية الحقوق والحريات العامة، دراسة مقارنة، مجلة دراسات إسلامية معاصرة، جامعة كربلاء، العراق، العدد2012، ص 19.

المؤسس الدستوري لرقابة المطابقة للدستور قبل صدورها، وهي رقابة إلزامية على هذا النوع من القوانين، الأمر الذي يجعلها متمتعة بقرينة الدستورية بعد صدورها، نفس الأمر كذلك، بالنسبة للقوانين العادية التي يمكن أن تخضع للرقابة الدستورية السابقة الاختيارية، وهو ما يجعل عددا من هذه القوانين أو على الأقل بعض أحكامها متمتعا هو الآخر بقرينة الدستورية، وبالتالي تتحصن من الدفع بعدم الدستورية، علما أن القوانين المعدلة للقوانين العادية والتي سبق وأن خضعت للرقابة الدستورية، لا يمكن أن تكون عرضة لها ومن ثم للدفع بعدم الدستورية[1].

في هذا الإطار، فقد نص المشرع المغربي صراحة على عدم قبول الدفع بعدم دستورية مقتضى نص قانوني سبق البت بمطابقته للدستور، ما لم تتغير الظروف[2].

من خلال استعراض النصوص الدستورية أعاله، يمكننا القول بأن الشروط المطلوبة لتقديم الدفع بعدم الدستورية، تبدو مشتركة في الدساتير الثالثة مع بعض الاختلافات الطفيفة، وتبعا لذلك وجب البحث في إجراءات الدفع بعدم الدستورية وهو ما سنتناوله في الفرع الثاني

الفرع الثاني: اجراءات الدفع بعدم الدستورية

إن إجراءات إثارة الدفع بعدم الدستورية يمكن أن نوجزها في الإحالة غير المباشرة على جهة القضاء الدستوري وتحديد أجل للجهات القضائية للفصل في الدفع بعدم الدستورية مع التنويه بأن تحديد الإجراءات المتعلقة بالدفع بعدم الدستورية من اختصاص المشرع

أولا: الإحالة غير المباشرة على جهة القضاء الدستوري

تفاديا لكثرة الدفوع وبغرض ترشيدها، وضع المؤسس الدستوري الفرنسي إجراءين البد أن يمر بهما الدفع بعدم الدستورية، إذ لا يمكن للمتقاضي أن يوجه دفعه إلى المجلس الدستوري

[1] رشيدة العام، المجلس الدستوري الجزائري، دار الفجر للنشر والتوزيع، 2006، ص 222.

[2] بودة محمد، قراءة دستورية في آلية الدفع بعدم الدستورية، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون ب الدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر .

مباشرة بل يجب أن يحال من قبل قاضي الدعوى الأصلية، إلى محكمة النقض أو مجلس الدولة واللذان يحيلانه من جانبهما على المجلس الدستوري متى كان جديا، وهو النهج الذي سار عليه التعديل الدستوري لسنة 2016، باشتراطه إحالة الدفع من قبل قاضي الموضوع على مجلس الدولة أو المحكمة العليا حسب الاختصاص، وبدورهما يحيلانه على المجلس الدستوري[1].

تفصل الجهة القضائية التي عرض عليها الدفع بعدم الدستورية طبقا للمادة 07 من القانون العضوي رقم 16/18 فورا وبقرار مسبب في إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة بعد استطلاع رأي النيابة العامة أو محافظ الدولة ،

و نلاحظ هنا أنّ المشرع لم يحدّد أجلا معينا يلزم فيه الجهة القضائية بالفصل في جدية إرسال الدفع بعدم الدستورية، بل عبّر فقط عن الطابع الفوري للفصل فيه ، و في هذه الحالة تتأكد الجهة القضائية من توفر الشروط الشكلية و الموضوعية للدفع (مسألة الجدّية) و تبت فيه بقرار مسبّب بالقبول أو الرفض دون إشراك المساعدين إذا كانت المحكمة المعروض عليها هذا الدفع تضم مساعدين (القسم التجاري أو الاجتماعي مثلا) [2]

فإذا تم رفض إرسال الدفع بعدم الدستورية، فإن الجهة القضائية المعنية تواصل الفصل في موضوع الدعوى و لا يكون قرارها القاضي برفض إرسال الدفع قابلا لأي اعتراض منفصل عن الطعن الذي يمارس ضد الحكم الفاصل في الدعوى [3].

أما إذا فصلت الجهة القضائية بجدية الإرسال للمحكمة العليا أو مجلس الدولة، فيتم إرسال قراراها هذا مرفقا بعرائض و مذكرات الأطراف خلال أجل 10 أيام من صـدوره و يبلغ للأطراف و لا يكون حينها قابلا لأي طعن (المادة 09 من القانون العضوي 16/18)، و في هذه الحالة تتوقف مبدئيا عن الفصل في الدعوى و ترجئ الفصل فيها إلى غاية فصل الجهات المختصة في

---

[1] كمون حسين و ربيع زهية، قراءة تحليلية لأحكام رقابة الدفع بعدم الدستورية في ضوء القانون العضوي رقم 18-16، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون ب الدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر .

[2] عبد الرشيد طبي ، دور الهيئات القضائية في تفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية ، مداخلة ألقاها خلال الندوة الدولية المنعقدة بالمجلس الدستوري يومي 23و24 فبراير 2020 حول " حماية الحقوق والحريات".

[3] حجايلية رفيقة ، دليل عملي حول الدفع بعدم الدستورية النموذج الجزائري ، دار الهدى ، الجزائر ، 2020،ص 53.

الدفع (المحكمة العليا أو مجلس الدولة أو المجلس الدستوري عند الاقتضاء إذا أحيل إليه الدفع من طرفهما)، غير أنه لا يترتب عن ذلك وقف سير إجراءات التحقيق، كما يمكن أيضا للجهة القضائية اتخاذ التدابير المؤقتة أو الإجراءات التحفظية اللازمة، و استثناءا عن هذه القاعدة، فإن الفصل بإرسال الدفع لا يوقف الفصل في الدعوى عندما يكون الشخص محروم من حريته من أجل الدعوى ذاتها أو في الحالات التي ينص فيها القانون على وجوب الفصل في الدعوى في خلال مدة معينة أو على سبيل الاستعجال[1].

و في حالة ما إذا فصلت الجهة القضائية الابتدائية في موضوع الدعوى من دون انتظار القرار المتعلق بالدفع، و تم استئناف الحكم، فإن جهة الاستئناف توقف الفصل في هذا الاستئناف إلى أن يتم الفصل في موضوع إرسال الدفع من طرف الجهة العليا و عند الاقتضاء من طرف المجلس الدستوري، و تتحقق هذه الصورة في حالة ما إذا فصلت المحكمة في الدفع بإرساله إلى الجهة الأعلى غير أنها لم ترجئ الفصل في موضوع الدعوى بسبب توافر حالة من الحالات التي يوجب فيها القانون عدم الإرجاء، لكنها بعد فصل المحكمة في الدعوى و وقوع استئناف في حكمها تتغير الظروف التي استوجبت استعجال الفصل و عدم الإرجاء مثل أن تقضي المحكمة بالحبس مع وقف التنفيذ ، فإن جهة الاستئناف المعروض عليها الملف تتوقف عن الفصل فيه إلى غاية الفصل في الدفع بعدم الدستورية[2].

و إذا انقضت الدعوى التي أثير الدفع بعدم الدستورية بمناسبتها، فإن ذلك لا يؤثر على الفصل في الدفع بعدم الدستورية من طرف المجلس الدستوري إذا تم إحالته عليه، و لا يؤثر قراره بعدم دستورية الحكم التشريعي حينذاك على النزاع استنادا لمبدأ قوة الشيء المقضي فيه التي

---

[1] مسعود شيهوب ، أثار الدفع بعدم الدستورية ، مداخلة ألقاها بمناسبة الندوة الوطنية حول الدفع بعدم الدستورية المنظمة من طرف وزارة العدل بالتعاون من برنامج الأمم المتحدة للتنمية يومي 10-11 ديسمبر 2018 ، الجزائر العاصمة .

2 علي محمد و بن يحيى شهيناز ، الإحالة كآلية لإخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم دستورية القوانين ، مقال منشور بمجلة أفاق علمية ،المركز الجامعي تمنراست ،الجزائر ، المجلد 13، العدد 3 ،2021 ،ص 500.

تحصّن الحكم القضائي. فقوة الشيء المقضي فيه تشكل ردا على التساؤل الذي يثار حول الحكم الذي يقضي بالإدانة التي تؤسس على حكم تشريعي قضى المجلس الدستوري لاحقا بعدم دستوريته[1].

على خلاف ذلك، لم يأخذ لا المؤسس الدستوري التونسي و المشرع التونسي بمبدأ ثنائية الإجراءات التي يخضع لها الدفع، بل جعله مباشرا، حيث ألزم المحاكم عند الدفع أمامها بعدم دستورية القوانين إحالة المسألة فورا على المحكمة الدستورية، دون اشتراط تمريره على أية جهة قضائية أخرى، إذا استثنينا تلك اللجان الخاصة التي تحدث لدى المحكمة الدستورية بقرار من رئيسها والمكونة من ثالثة أعضاء من ذوي الاختصاص في القانون، والتي توكل لها مهمة التثبت في مدى احترام مذكرة الدفع بعدم الدستورية لموجباتها الشكلية والإجرائية، وترفع على اثر ذلك لرئيس المحكمة الدستورية اقتراحاتها الرامية لقبول الاحالات من الناحية الشكلية والإجرائية أو رفضها، لكي تتولى البت فيها[2]،و في مقابل ذلك، لم ينص لا الدستور المغربي لسنة 2011 ولا القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية على أية قناة يجب أن يمر بها الدفع بعدم الدستورية قبل عرضه على المحكمة الدستورية[3]، غير أن قراءة مشروع القانون التنظيمي المنظم لإجراءات الدفع بعدم الدستورية يتبين منها أن المتقاضي يقدم طعنه للمحكمة الدستورية بنفسه، دون أن تحيله عليها جهة أخرى، عندما نص على أنه بعد أن "تتحقق المحكمة من استيفاء الدفع للشروط المذكورة في المادة 6 وتحدد لصاحب الدفع، بموجب مقرر غير قابل للطعن، أجل شهر يبتدئ من تاريخ صدور المقرر المذكور لتقديم دفعه أمام المحكمة الدستورية، وفي هذه الحالة يتعين على صاحب الدفع الادلاء بما يفيد تقديمه للدفع داخل الأجل السالف الذكر، كما أن على هذه

---

[1] بودة محمد ، مرجع سابق

[2] الفصل 59 من القانون الأساسي، عدد 50 لسنة 2015 ،مؤرخ في 3 ديسمبر 2015 ،يتعلق بالمحكمة الدستورية التونسية.

[3] يعيش تمام شوقي ، أحكام تقديم الدفع بعدم دستورية القوانين في التعديل الدستوري الجزائري 2020 – بين متطلبات التأصيل الدستوري وتجليات التأطير القانوني – (دراسة مقارنة) ، مقال منشور بمجلة الإجتهاد القضائي ،جامعة بسكرة ،الجزائر ، المجلد 13، العدد 2 ،2021 ،ص 23.

الأخيرة إشعار المحكمة التي أثير أمامها الدفع كتابة بذلك داخل أجل 08 أيام من تاريخ تقديم الدفع، و اذا لم يقدم الدفع داخل الأجل المذكور اعتبر كأنه لم يكن، أما في حالة ما إذا تبين للمحكمة عدم استيفاء الدفع للشروط المذكورة، فإنها تبلغ مقررها القاضي بعدم قبول الدفع فورا للأطراف[1].

ثانيا: تحديد أجل للجهات القضائية للفصل في الدفع بعدم الدستورية:

كان رئيس المجلس الدستوري الفرنسي السابق، السيد جون لويس ديبريLouis-Jean Debré أحد أبرز مهندسي الدفع بعدم الدستورية في فرنسا، يرى أن وقت العدالة هو وقت المتقاضين، لذلك كان يطالب بتحديد آجال معقولة للجهات القضائية لتفصل خلالها في المسألة الدستورية ذات الأولوية التي تثار أمامها، وكذلك الشأن بالنسبة للمجلس الدستوري، مقترحا مدة ستة (06) أشهر للفصل، وهو ما تحقق قانونا و واقعا[2].

فالإحالة عملية أساسية في الدفع بعدم الدستورية لتحريك رقابة المجلس الدستوري، غير أن المجلس الدستوري الفرنسي أخذ بعين الاعتبار حالة عدم إبداء الرأي من مجلس الدولة أو محكمة النقض في الدفع بعدم الدستورية خلال المدة المحددة لهما، وهذا ما أكده في قراره رقم (595-2009) بان المادة (23-7) من القانون التنظيمي المتعلق بتطبيق الفصل (61-1) من الدستور الفرنسي تنص على أن يرفع مجلس الدولة أو محكمة النقض المسألة إليه عن طريق قرار مسبب مصحوب بمذكرات أو طلبات الأطراف المنفصلة والمسببة والتي يجب أيضا إحالتها على المجلس ذا قرر مجلس الدولة أو محكمة النقض عدم عرض المسألة على المجلس الدستوري، فعلى هذا الأخير أن يتسلم صورة من الحكم المسبب، غير أنه في حالة ما إذا لم يبد كل منهما رأيه حسب الحالة خلال مدة ثالثة أشهر المقررة، فإن المسألة تحال عليه (أي المجلس الدستوري) بقوة القانون.

[1] عمار عباس، المرجع السابق، ص38.

[2] Article 23-1 de l'ordonnance n : (58-1067) du 07 novembre 1958 portant loi organique sur le conseil constitutionnel, modifiée par les lois organiques n ; (2009- 1523) du 10 décembre 2009 et n ; (2010-30) du 22 juillet 2010, (al 1).

على هذا النهج، سار كل من المؤسس الدستوري الجزائري ونظيره التونسي، أين حدد الأول للمجلس الدستوري مدة أربعة (4)أشهر لإصدار قراره عندما يخطر في إطار الدفع بعدم الدستورية، ويمكن تمديد هذا الأجل مرة واحدة فقط لمدة أقصاها أربعة (4) أشهر، بناء على قرار مسبب من المجلس الدستوري، يبلغ إلى الجهة القضائية صاحبة الإخطار [1]، اما نظيره التونسي فقد ألزم المحكمة الدستورية بالبت في الطعون المعروضة عليها خلال مدة ثلاثة (3) أشهر قابلة للتمديد لنفس المدة مرة واحدة، على أن يكون ذلك بموجب قرار معلل[2].

أما في المغرب، فلا الدستور ولا القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية حددا لها أجال للفصل خلاله في الدفع بعدم الدستورية، وترك ذلك للقانون التنظيمي المحدد لإجراءات الدفع بعدم الدستورية الذي ألزمها بالبت في الدفع داخل أجل ستين (60) يوما تبدأ من تاريخ توصلها بمذكرة الدفع[3].

إن هذه الآجال، و رغم تفاوتها إلا أنها تتماشى مع المدد التي حددها المشرع الفرنسي لمجلس الدولة ومحكمة النقض و للمجلس الدستوري، و التي لا يمكن أن تتجاوز مجتمعة في كل الأحوال ستة أشهر(06) إلا أنها تبقى معقولة، و حتى أن إمكانية التمديد من شانها أن تتيح لجهة القضاء الدستور ي وقتا كافيا لإجراء التحقيقات اللازمة و إصدار الاستماع للأطراف وإصدار قراراتها بعيدا عن التسرع و الاستعجال، كما أنها بالرغم من ذلك ستساهم لا محالة في تفادي تراكم القضايا لدى الجهات القضائية الدستورية، وهي الظاهرة السلبية التي يعرفها القضاء العادي والإداري، الأمر الذي أصبح يمس بمشروعيته[4].

---

[1] ساعد العقون و مرية العقون ، ضوابط الدفع بعدم الدستورية من خلال القانون العضوي 18- 16 ودوره في حماية الحقوق والحريات ، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون ب الدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر .

[2] الفصل 123 (من الدستور التونسي الصادر بتاريخ 27 جانفي 2014، منشور على الموقع:
http://www.legislation.tn-files-constitution .23.05 تاريخ الزيارة 2021/12/25 على الساعة

[3] المادة 120 من مشروع القانون التنظيمي رقم 15-86 المغربي السابق ذكره.

[4] بن يوب جهيد و تواتي غيلاس، مدى التوازن بين السلطات في إثارة عدم الدستورية: قراءة في النظام القانوني لآلية الدفع بعدم الدستورية المستحدثة، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون ب الدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر .

ثالثا:تحديد الإجراءات المتعلقة بالدفع بعدم الدستورية من اختصاص المشرع

إذا كان المؤسس الدستوري قد وضع شروطا أولية مبدئية للدفع بعدم الدستورية، فإنه قد أحال في مقابل ذلك على المشرع لتحديد باقي الإجراءات المنظمة له، وذلك بموجب قانون عضوي ،وقد كان للمشرع المغربي السبق في المصادقة على القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية[1] بحكم أن التعديلات الدستورية التي أقرت الدفع بعدم الدستورية كانت مبكرة في المغرب مقارنة بالجزائر وتونس، إلا أنه أحال من جانبه على قانون تنظيمي آخر لتحديد الإجراءات المتعلقة بالدفع بعدم الدستورية [2]، على خالف ذلك تضمن القانون الأساسي المتعلق بالمحكمة الدستورية التونسية مختلف الإجراءات الواجب إتباعها للدفع بعدم الدستورية ومبينا حتى النتائج المترتبة عليه[3].

في انتظار إصدار النصوص القانونية تطبيقا لأحكام الدستور الجزائري بعد التعديل الأخير له، ومنها على الخصوص القانون العضوي الذي يأتي تطبيقا لما جاء في الفقرة الأولى من المادة 188 من القانون (16-01) المتضمن تعديل الدستور الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيقها، فإن الإحالة تبقى الطريق المؤدي لتحريك عمل المجلس، إن المؤسس الدستوري الجزائري تبنى تسمية " الدفع بعدم الدستورية " والتي يجب أن تمر قبل الفصل في دستورية النص القانوني من طرف المجلس الدستوري عبر عملية الإحالة من الهيئات القضائية العليا، هذه العملية التي تسبقها عملية التصفية كما ورد في النظام القانوني الفرنسي، الأمر الذي يدفع لتبيان المقصود من التصفية والإحالة وذلك على النحو التالي[4]:

---

[1]لقانون التنظيمي رقم (13-066) المتعلق بالمحكمة الدستورية المغربية، الجريدة الرسمية، عدد (6288) الصادرة بتاريخ 4 سبتمبر 2014.

2فضيلة أفقير ، دعوى الدفع بعدم دستورية القوانين في القضاء الدستوري الجزائري من المجلس الدستوري إلى المحكمة الدستورية ، مقال منشور بمجلة الدراسات القانونية ،جامعة المدية ،الجزائر ، المجلد 8، العدد 1 ،2020 ،ص 149.

[3]القانون الأساسي عدد 50 لسنة 2015 المؤرخ في 3 ديسمبر 2015 يتعلق بالمحكمة الدستورية التونسية، خاصة من الفصل 54 الى الفصل 61.

[4]محديد حميد ، مرجع سابق .

أ/ **التصفية:** هذه العملية وان كانت أساسية إلا أن الفقرة الأولى للمادة 188 من القانون (16-01) المتضمن تعديل الدستور الجزائري لم تنص عليها، وهي التي يقوم بها القضاء.العادي قبل إحالة المسألة إلى المجلس الدستوري بحكم أنها تسهل عمل هذا الأخير، حيث ينتظر النص عليها في القانون العضوي الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الفقرة الأولى من هذه المادة ومقارنة بما ورد في التشريع الفرنسي، فإن المسألة المطروحة أمام القضاء العادي تخضع في المرحلة الأولى إلى عملية التصفية قبل إحالتها إلى المجلس الدستوري، وهذه العملية قد تكون مزدوجة تقوم فيها الهيئة القضائية بمراقبة أولية على مستواها، ثم بعدها مراقبة ثانية من طرف مجلس الدولة أو محكمة النقض بعد تحويلها إليهما حسب الحالة بالاعتماد على الإجراءات المحددة في القانون التنظيمي رقم (1523-2009) المتعلق بتطبيق الفصل 61-01 من الدستور الفرنسي المعدل للأمر (1067-58) المؤرخ في 7 نوفمبر 1958 المتعلق بالقانون التنظيمي الخاص بالمجلس الدستوري[1]، كما قد تكون تصفية وحيدة إذا تم طرح المسألة لأول مرة بمناسبة الطعن أمام مجلس الدولة أو محكمة النقض[2].

وتتم التصفية بمراعاة ومراقبة شروط قبول الدفع من طرف الجهات القضائية والتي حددتها المادة (23-02) من القانون التنظيمي المذكور، وذلك بأن يكون النص القانوني قابلا للتطبيق أو يمثل أساسا للمتابعات، كما لم يكن محل قرار بالمطابقة من قبل المجلس الدستوري ما لم تتغير الظروف، وأن المسألة لا تخلو من الجدية أو أن تكون جديدة[3]

ب/ الإحالة: تبقى الإحالة إلى المجلس الدستوري الجزائري من صلاحيات الهيئات القضائية العليا (مجلس الدولة أو المحكمة العليا) كما ورد صراحة في نص المادة 188 من

[1] Loi organique n° 200 -1 2) du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 1-1) de la constitution de la République Française, JORF n° 2) du 11 décembre 2009.

[2] عبدالرشيد طبي ، مرجع سابق

[3] زهير لعلامة ،آثار توسيع صلاحية إخطار المجلس الدستوري على فعالية الرقابة على دستورية القوانين من خلال التعديل الدستوري 2016 ، مقال منشور بمجلة أبحاث قانونية و سياسية ،جامعة جيجل ،الجزائر ، المجلد 2، العدد 2 ،2017 ،ص 182.

قانون التعديل الدستوري الجديد، وهذا ما ورد على سبيل الحصر أيضا في المادة (61-1) الدستور الفرنسي بالنسبة لمجلس لدولة ومحكمة النقض[1].

ولم يحدد الدستور الجزائري الأجل الذي يجب أن تتم فيه تاركا ذلك للقانون العضوي، كما هو الحال في القانون التنظيمي رقم (1523-2009) المتعلق بتطبيق الفصل (61-1) من الدستور الفرنسي الذي أوجب أن تتم خلال أجل ثلاثة أشهر المحدد للبت في الدفع كما تنص عليه المادة 23-4 منه، ويأتي ذلك تأكيدا على أنه لا يمكن أن تتم الإحالة مباشرة من أي محكمة أخرى، و قاضي الموضوع الذي ينتظر الفصل في المسألة عليه أن يقوم بتحويلها إلى هاتين الهيئتين حسب الحالة[2].

إن هذه العالقة الجديدة بين السلطة القضائية والمجلس الدستوري يحكمها خضوع السلطات العمومية وكل السلطات الإدارية والقضائية لآراء وقرارات المجلس الدستوري التي لها قوة الشيء المقضي به[3].

في حين أن المشرع الجزائري لم يتدخل بعد لإعداد هذا القانون ، وربما يرجع ذلك لامتلاكه فسحة من الوقت مقدرة بثالث 3 سنوات، التي أقرها المؤسس الدستوري قبل دخول إجراء الدفع بعدم الدستورية حيز النفاذ والتطبيق وذلك بموجب المادة 215 من التعديل الدستوري لسنة 2016[4]، كل ذلك بهدف توفير وتهيئة الإطار المناسب لتطبيق المبدأ ، وتجدر الإشارة في الأخير أن الإجراءات المتعلقة بالدفع بعدم الدستورية أمام مختلف الجهات القضائية ستتطلب حتما تحيينا للقوانين المتعلقة بالإجراءات المتبعة أمامها، على غرار قوانين الإجراءات المدنية والإدارية و الجزائية على الخصوص، تماشيا مع هذا المستجد الذي أقره المجلس الدستوري على اعتبار أنها

[1] يعيش تمام شوقي ، مرجع سابق ، ص 26.

2خذيري حنان ، الدفع بعدم دستورية القوانين – مضمون وأبعاد التعديل الدستوري لسنة 2020 ، مقال منشور بمجلة الحقوق و الحريات ،جامعة بسكرة ،الجزائر ، المجلد 10، العدد 1 ،2022 ،ص 1426.

[3]كمال حمريط ،الدفع بعدم دستورية القوانين في التعديل الدستوري الجزائري 2016 (دراسة مقارنة)، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية و الإجتماعية ،جامعة الجلفة ،الجزائر ، المجلد 3، العدد 1 ،2018 ،ص 450.

[4]عبدالرشيد طبي ، مرجع سابق .

ستكون مطبقة على الدفع بعدم الدستورية التي تثار أمام الجهات القضائية العادية والإدارية، وهو الأمر الذي يستوجب لبحث في الطبيعة القانونية لهذا الدفع.

المبحث الثاني :إثارة المسألة الدستورية ذات الأولية الدفع

ان الدستور الجزائري نظم موضوع الرقابة على دستورية القوانين فأسندها إلى هيئة بعينها، هي المجلس الدستوري، الذي ينفرد باحتكار مجال الرقابة الدستورية لا تتقاسمه أي جهة قضائية أو غير قضائية، فهو اختصاص مطلق.

ورغبة المشرع الدستوري هنا بعد تعديل الدستور طبعا، تتمثل في إدخال آلية الدفع بعدم الدستورية إلى المنظومة القانونية الجزائرية دون إحداث تغييرات في النظام القانوني القائم، ودون إخلال بطبيعة التوازنات المؤسساتية متمثلة من جهة في وجود هرم قضائي برأسين، مجلس الدولة ومحكمة النقض، ومجلس دستوري غير منتسب إلى الهيكلة القضائية ملزم بمقتضى آلية الدفع أن يدخل في حوار مع مكوناتها، ومن جهة أخرى في قاعدة تخصص القضاة التي تجعل من القاضي العادي قاضي مراقبة احترام القانون للدستور والقاضي الدستوري محتكرا لاختصاص البث في دستورية القوانين.

ان الرقابة على دستورية القوانين، كما أشرنا سابقا، إما رقابة سياسية، أو رقابة قضائية، والرقابة السياسية تكون قبل إصدار القانون ونفاذه يتولاه المجلس الدستوري، في حين أن الرقابة القضائية تتولاه الجهات القضائية، ولكن تقرير مبدأ جواز حق الأفراد مباشرة الطعن في دستورية قانون معين عن طريق الدفع، معناه أن هذا الحق حتى ولئن كان مكانه الطبيعي أمام المحاكم العادية والمختصة، فإن أمر البث فيه يعود للمجلس الدستوري دون سواه وفقا لقراءة مضمون المادة188 من التعديل الدستور ي 2016.

هذا الاتجاه يكرس إنكار حق الرقابة على دستورية القوانين على القضاء، وفي هذه الحالة فالمجلس الدستوري من يتولى فحص دستورية القانون المطعون فيه عن طريق الدفع بإحالة من المحكمة العادية أو الإدارية بعد أن توقف البت في الدعوى

وعليه فإذا كان المتقاضي بإمكانه الطعن في دستورية قانون ما، أمام القضاء العادي أو الإداري بمناسبة عرض نزاع عليه عن طريق الدفع فإن ذلك لا يعني بأن القضاء قد أسند إليه الدستور مبدأ النظر في دستورية القانون المذكور، فالقاضي في هذا الإطار تنحصر وظيفته في إحالة الأمر على المحكمة العليا أو مجلس الدولة لإحالتها على المجلس الدستوري، ويوقف النظر في الدعوى إلى حين البث في الدفع المثار، من طرف هذا الأخير وإصداره لقراره بشأن القانون المطعون في دستوريته عن طريق الدفع، وبذلك فأمر مطابقة القانون للدستور يبقى من اختصاص المجلس الدستوري دون سواه

إن حصر الاختصاص على المجلس الدستوري للبث في دستورية قانون معين عن طريق الدفع بعدم الدستورية أو رقابة الامتناع، هو تقييد غير مبرر يتعارض مع مبدأ تدرج القوانين، بمعنى أنه من حق المحاكم الامتناع عن تطبيق القانون الأدنى، وإهمال حكمه المخالف لمقتضيات الدستور كقانون أسمى .

ومن المفروض أيضا أنه على المحاكم الامتناع عن تطبيق القانون الذي يتعارض مع الدستور، ألن البث في دستورية القانون من النظام العام، وعلى المحاكم إثارته من تلقاء نفسها حتى ولئن لم يكن محل طعن من جانب أحد أطراف الدعوى المعروضة عليها، ألنه من المعلوم أن إصدار تشريع عن جهة غير مختصة، أو بشكل يخالف مقتضيات الدستور يجعل القاضي ملزم وجوبا الا يطبقه فيما قد يعرض عليه من نزاعات، غير أن تطبيق ذلك مقيد وفق ما هو منصوص عليه في التعديل الدستوري دائما.

المطلب الأول :البث بعدم الدستورية القوانين استئناسا بالتجربة الفرنسية.

من بين التعديلات التي تضمنها الدستور الجزائري، التشكيلة الجديدة لأعضاء المجلس الدستوري، حيث ارتفع عدد أعضائه إلى اثني عشرة عضوا، بعدما كان يتكون من تسعة أعضاء في دستور 1996، ومن سبعة أعضاء في دستور 1989[1].

[1] إن هذا الرفع في عدد الأعضاء المشكلين للمجلس يعود إلى تبني نظام ازدواجية البرلمان وأيضا ازدواجية القضاء، كما قد يكون لهذا الاتساع في التشكيلة دلالته التاريخية تأثرا بالمجلس الدستوري الفرنسي في ظل دستور 0250 الذي

الفرع الأول: هيكلة المجلس الدستوري في ظل التعديل الدستوري 2016

كما تم تمديد عهدته إلى ثماني سنوات يجدد نصفه كل أبع سنوات، كما أن هذه التشكيلة تجمع بين الانتخاب والتعيين، ومدة العضوية غير قابلة للتجديد، هذا من حيث التشكيلة العددية، أما من حيث التشكيلة النوعية فإننا نلاحظ بأن الدستور الجزائري لم يشترط في الدساتير السابقة توفر خصائص معينة في العضو المنتخب أو المعين لشغل منصب في المجلس الدستوري، كأن يكون من بين الكفاءات والشخصيات المتخصصة في القانون مادامت الرقابة الدستورية تبحث في النصوص القانونية وتتبع إجراءات شبه قضائية وان كانت تشكيلات المجلس الدستوري المتتالية منذ سنة 1989 أثبت الواقع أنها كانت تضـم كفاءات قانونية[1].

غير أن المشرع الدستوري الجزائري تدارك هذا الأمر في تعديل 2016 ، هادفا من وراء ذلك تحقيق توازن أحسن داخل تركيبة المجلس، مركزا على ضرورة بلوغ العضو سن الأربعين وهي نفس السن المشروطة للترشح لمنصب رئيس الجمهورية، وكما يقال أيضا أنها سن النبوة

نص في المادة 50على أن المجلس يتكون من تسعة أعضاء يتم تجديدهم كل ثالث سنوات يضاف لهذا العدد كل لرؤساء الجمهورية السابقين

Le Conseil constitutionnel comprend neuf membres, dont le mandat dure neuf ans et n'est pas renouvelable. Le Conseil constitutionnel se renouvelle par tiers tous les trois ans. Trois des membres sont nommés par le Président de la République, trois par le président de l'Assemblée nationale, trois par le président du Sénat. La procédure prévue au dernier alinéa de l'article 13 est applicable à ces nominations. Les nominations effectuées par le président de chaque assemblée sont soumises au seul avis de la commission permanente compétente de l'assemblée concernée. En sus des neuf membres prévus ci-dessus, font de droit partie à vie du Conseil constitutionnel les anciens Présidents de la République. Le président est nommé par le Président de la République. Il a voix prépondérante en cas de partage.

وهو نفس العدد الذي تتشكل منه المحكمة العليا في الواليات المتحدة الأمريكية، وأقل من العدد الذي تتشكل منه الهيئات المكلفة بالرقابة الدستورية في بعض الدول الأوربية، حيث نجدها في إسبانيا تتكون من اثنا عشر عضوا وفي إيطاليا من خمسة عشر عضوا وفي ألمانيا من ستة عشر عضوا

[1]الدستور الفرنسي لسنة 1958 أيضا لا ينص في صلبه على شروط التعيين أو الانتخاب وهذا لم يمنع من تعيين المتخصصين في القانون لتشكيل المجلس الدستوري، فأغلبية أعضاءه يغلب عليهم التخصص القانوني.

والنضوج[1]، بالإضافة لشرط التخصص، والخبرة المهنية فنص في المادة :184يجب على أعضاء المجلس الدستوري المنتخبين أو المعينين ما يأتي:

- بلوغ سن أربعين سنة كاملة يوم تعيينهم أو انتخابهم
- التمتع بخبرة مهنية مدتها خمس عشرة سنة على الأقل في التعليم العالي في العلوم القانونية، في القضاء، أو في مهنة محام لدى المحكمة العليا أو لدى مجلس الدولة أو في وظيفة عليا في الدولة.

الفرع الثاني : تفعيل صلاحيات المجلس الدستوري

وتجدر الملاحظة إلى أن رئيس المجلس الدستوري في الجزائر وعلى غرار نظيره الفرنسي يعين من طرف رئيس الجمهورية على خالف نظيره في كل من إسبانيا إيطاليا حيث نجده ينتخب من طرف أعضاء المجلس، أما عن اختصاصات المجلس الدستوري فهي متنوعة، فهو يقوم بدوره كجهة مختصة بالرقابة على دستورية القوانين عملا بالمادة 186 حيث يفصل في دستورية المعاهدات والقوانين، والتنظيمات، إما برأي قبل أن تصبح واجبة التنفيذ، أو بقرار في الحالة العكسية .كما أن قراراته تكون نهائية غير قابلة ألي طعن بعد صدورها [2]، كما يفصل في مطابقة النظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان، ويبدي رأيه وجوبا بعد إخطاره من طرف رئيس الجمهورية في دستورية القوانين العضوية بعد أن يصادق عليها البرلمان.

زيادة على اختصاصه الرقابي يمارس المجلس الدستوري اختصاصات انتخابية واستشارية؛ ففي المجال الرقابي يسهر على رقابة دستورية القوانين والتنظيمات والمعاهدات وعلى

[1] هنالك اكتشاف علمي لعام 2010 10يؤكد أنه لا يكتمل نمو الدماغ في سن العشرين تقريبا .فهناك بحث جديد يؤكد أن نمو الدماغ يستمر لنهاية سن الأربعين من عمر الإنسان بما يتفق تماما مع ما ذكر في القرآن، فقد نشرت جريدة تيليغراف مقالة تفيد بأن نمو الدماغ يستمر لمنتصف العمر، واستخدم العلماء جهاز المسح بالرنين المغناطيسي الوظيفيFMRI ، ويؤكد البحث الجديد أن المنطقة التي تستمر في النمو هي المنطقة الناصية، أو ما يسميه العلماء préfrontal cortex أعلى ومقدمة الدماغ، وهذه المنطقة مهمة في اتخاذ القرارات والتفاعل الاجتماعي، ومهام شخصية أخرى مثل التخطيط والسلوك وفهم الآخرين والتي تميز البشر عن غيرهم من المخلوقات.

[2] المادة 164 من الدستور الجزائري لسنة 1996 يقابلها المادة 62 من دستور الجمهورية الخامسة "Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles"

رقابة مطابقة القوانين العضوية والأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان للدستور؛ علما أن رقابة المجلس الدستوري قد تكون سابقة أو لاحقة لصدور التشريعات، كما أنها تكون اختيارية إذا تعلق الأمر بالقوانين العادية والتنظيمات،في حين تكون إلزامية على القوانين العضوية والأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان، بعد إخطار من رئيس الجمهورية .وبذلك فإن مهمته الأساسية هي السهر على حماية الدستور من خلال رقابة مدى مطابقة النصوص القانونية له، هذه المطابقة التي تعني حماية الحقوق والحريات على وجه الخصوص.

أما باعتباره قاضي انتخابي فيتولى المجلس مراقبة صحة الانتخابات التشريعية والرئاسية والاستفتاءات ويتلقى الطعون المقدمة بشأنها، ويعلن نتائجها النهائية إضافة إلى لمد أقصاها ستون يوما، فيّ ذلك فقد خوله الدستور صلاحية تمديد فترة إجراء الانتخابات في حالة وفاة أحد المرشحين للانتخابات الرئاسية في الدور الثاني، أو انسحابه أو حدوث أي مانع آخر.

أما اختصاصه الاستشاري فيتجلى في لجوء رئيس الجمهورية لاستشارته قبل إقدامه على إعلان بعض الحالات الخطيرة التي قد تمس بحقوق وحريات المواطنين على الخصوص، كحالة الحصار والطوارئ والحالة الاستثنائية، إضافة إلى إبداء رأيه حول مشروع التعديل الدستوري الذي لا يعرض على الاستفتاء[1].

كما يتدخل المجلس الدستوري في حالات خاصة، وذلك بغية التأكد من شغور رئاسة الجمهورية في حالة استقالة أو مرض أو وفاة رئيس الجمهورية، ويصل الأمر إلى تولي رئيسه رئاسة الدولة، في حالة تزامن شغور رئاسة الجمهورية مع شغور مجلس الأمة[2].

[1] مسعود شيهوب ، مرجع سابق ، 56

[2] يسري محمد العصار ، مرجع سابق ، ص 96

[3] جمال بن سالم ، مرجع سابق ، ص 109

ويظهر دور المجلس الدستوري الجزائري في سهره على مبدأ سمو الدستور، ليس فقط من الطبيعة القانونية للقواعد التي يطبقها على ما يعرض عليه من قضايا، بل في الطبيعة القضائية لعمله، على اعتبار أنه يمتلك صلاحية تأويل القواعد القانونية التي تشكل الكتلة الدستورية، ومن ثم فهو يساهم في إثراء قواعد القانون الدستوري ألنه عندما تغيب أو ال تظهر ممارسة واضحة لنازلة ما، تتفوق الشرعية التقنية على الشرعية الديمقراطية العددية التي كانت التجارب الفرنسية على سبيل المثال تسمح في بعضها للجمعيات الوطنية حق مراقبة دستورية قوانينها بنفسها.

وحتى يتفرغ أعضاء المجلس لمهامهم ويحتفظوا باستقلاليتهم، تتنافى العضوية في المجلس مع ممارسة أي عضوية، أو وظيفة أو تكليف أو مهمة أخرى أو أي نشاط عام أو خاص، كما يمنع على كل عضو الانخراط في أي حزب سياسي، مع الالتزام بمراعاة واجب التحفظ، وعدم اتخاذ أي موقف علني في المسائل المتعلقة بمداولات المجلس الدستوري، ومع ذلك خفف المجلس الدستوري من هذا التشديد، بالسماح لأعضائه بالمشاركة في الأنشطة الثقافية والعلمية، على ألا يؤثر ذلك على استقلالية المؤسسة وحيادها وتدعيما لهذه الاستقلالية، يحدد المجلس قواعد عمله ويمارس المجلس الدستوري بنفسه السلطة التأديبية على أعضاءه[1].

[1] تنص المادة 54 ن النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري على أنه "يجب على أعضاء المجلس الدستوري أن يتقيدوا بإلزامية التحفظ، وأن لا يتخذوا أي موقف علني في المسائل المتعلقة بمداولات المجلس الدستوري"، ومع ذلك، خفف المجلس الدستوري من هذا التشديد وهذه الصرامة بإتاحة الإمكانية أمام عضو المجلس الدستوري للمشاركة في الأنشطة الثقافية والعلمية إذا رغب في ذلك، على ألا تؤثر هذه الأنشطة على استقلالية المؤسسة وحيادها، وفي هذا الإطار تنص المادة54 مكرر من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري والمضافة بموجب المداولة المؤرخة في يناير 2009 على أنه" يمكن رئيس المجلس الدستوري أن يرّخص ألحد أعضاء المجلس الدستوري بالمشاركة في الأنشطة العلمية والفكرية، إذا كانت لهذه المشاركة عالقة بمهام المجلس وال يكون لها أي تأثير على استقلاليته ونزاهته .يقدم العضو المعني عرضا عن مشاركته في أول اجتماع أو يعقده المجلس الدستوري. وتنص المادة 55 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري على أنه "يعقد المجلس الدستوري اجتماعا بحضور كل أعضائه حينما تصبح الشروط المطلوبة لممارسة مهمة أحد أعضائه غير متوفرة، أو عندما يخل بواجباته إخلالا خطيرا وأضافت المادة 56 على أنه" يفصل المجلس الدستوري، إثر المداولة بالإجماع في قضية العضو المعني دون حضوره .وإذا سجل عليه إخلال خطير، يطلب المجلس الدستوري منه تقديم استقالته، ويشعر السلطة المعنية بذلك قصد استخلافه تطبيقا .لأحكام المادة 57.

وإذا كان دستور 1996 قد حافظ على النص على مبدأ الرقابة الدستورية بواسطة المجلس الدستوري، إلا أن تشكيل المجلس وصلاحياته و إخطاره قد عرفت تطورا الفتا كما تم الإشارة إليه أعاله، أما عن إخطار المجلس الدستوري فقد وسع إلى الوزير الأول، إضافة إلى نواب البرلمان، وهو نفس ما ينص عليه الدستور الفرنسي مع اختلاف في عدد النواب حيث يشترط أن يقدم الإخطار من طرف ستين نائبا في الجمعية الوطنية أو ستين عضوا في مجلس الشيوخ[1] بالنسبة للدستور الفرنسي.

المطلب الثاني :البث في المسألة الدستورية وفق قاعدة الأولية

يمكن أن تثار المسألة الدستورية في مواجهة أي مقتضى تشريعي، بغض النظر عن الجهة التي تقدمت به وتاريخ نشره أو سريانه، كما أن تعبير المقتضى التشريعي يمكن أن يفهم سواء من خلال المعيار الشكلي أو المادي أو من خلال تحليل معياري أي كل مقتضى له قوة التشريع بغض النظر عن شكله.

ولقد استثنى بعض الفقه الفرنسي المقتضيات التشريعية التي تمت المصادقة عليها عن طريق الاستفتاء من دعوى المسألة الدستورية ذات الأولية [2] ، أما القوانين التنظيمية فقد رفض بعض الفقه أن تكون موضوع مسألة دستورية ذات أولية ألنها تشكل جزءا مندمجا من المبادئ المرجعية لمراقبة دستورية القوانين، وأيضا كونها تتعلق بصفة عامة بالقوانين التي تنظم العالقة بين السلطات العامة، والتي لا تهتم في الأساس بالحقوق والحريات المضمونة دستوريا، ومن ثم فمن الأجدر عدم إخضاعها لمراقبة الدفع بعدم دستورية التي يجب أن تبقى محصورة في القوانين

[1] المادة 009 يخطر المجلس الدستوري رئيس الجمهورية او رئيس مجلس الأمة أو رئيس المجلس الشعبي الوطني أو الوزير الأول.

كما يمكن إخطاره من خمسين نائبا أو ثلاثين عضوا في مجلس الأمة.

[2] Cf., Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République ;Rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République.

أن القوانين المعنية من قبل الدستور في فصله 20 هي فقط" القوانين المصادق عليها من قبل البرلمان، وليس تلك المتبناة من قبل الشعب الفرنسي، في أعقاب استفتاء مراقب من قبل المجلس الدستوري طبقا للفصل 21 والتي تشكل تعبيرا مباشرا للسيادة الوطنية"

العادية،وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري متخذا نفس الإجراءات فيما يتعلق بالقوانين التي تكون محل دفع بعدم الدستورية، وحصرها في الغالب في التشريعات المتعلقة بالحقوق والحريات المكفولة دستوريا، وبالتالي قصر حقل الطعن في مطابقة الدستورية على موضوع الحقوق والحريات، مع إقصاء كل المقتضيات الدستورية الأخرى خصوصا تلك المتعلقة بإجراءات وضع القوانين أو المقتضيات المتعلقة بتوزيع الاختصاص بين مجال القانون والمجال التنظيمي، فالمسألة الدستورية ذات الأولية بهذا المعنى هي رقابة مادية وموضوعية للقانون وال تنصرف إلى إجراءات صياغته[1].

الفرع الأول :المسألة الدستورية ذات الأولية ونظام التصفية

وجهت انتقادات عديدة لاختيار المشرع الدستوري الفرنسي نظام التصفية، المؤسس على ثالثة مراحل :مرحلة قاضي الموضوع، مرحلة المحاكم العليا، ومرحلة المجلس الدستوري، واصفين نظام التصفية بكونه يعقد الإجراءات القضائية ويطيل أمدها، بحكم أنه لا يتيح إمكانية للقاضي الذي أثيرت أمامه المسألة اللجوء مباشرة إلى المجلس الدستوري، كما انه يجعل مآل الاصلاح الدستوري متحكما فيه من قبل مجلس الدولة ومحكمة النقض[2] ويحول القضاة العاديين إلى قضاة دستوريين سلبيين، أو قضاة دستوريين ابتدائيين، في حال رفضهم إحالة المسألة المثارة أمامهم، والى ممارسين لنوع من الرقابة الدستورية القبلية في تقديرهم لجدية الطعن وإحالة المسألة إما على المحاكم العليا التي يتبعون إليها أو إلى المجلس الدستوري

غير أن المدافعين عن هذا الخيار يوظفون مقولة التوازن المؤسساتي لتبريره، حيث الحفاظ على مكانة كل من مجلس الدولة، ومحكمة النقض على هرمية النظام القضائي والتأكيد على الاختصاص الحصري للمجلس الدستوري في موضوع مراقبة الدستورية، وأن من شأن هذا

[1] محمد أتركين، دعوى الدفع بعدم الدستورية في التجربة الفرنسية، الإطار القانوني والممارسة القضائية، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء 2013، ص 46.

[2] Julien bonnet. le contrôle de la loi par le juge ordinaire ou les carences de la question préjudicielle en appréciation de la constitutionnalité des lois.in .www .droitconstitutionnel.org/ congres Paris/ comc5/ bonnet TT.pdf. P7

النظام التحكم في تدفق الطعون إلى المجلس الدستوري، وتجنب وضعية الإغراق التي تعرفها العديد من المحاكم الدستورية جراء إجراءات الدفع بعدم الدستورية[1].

تأسيسا على ذلك نجد المشرع الدستوري الجزائري أخذ بنفس نظام التصفية الذي نص عليه المشرع الدستوري الفرنسي .فالمادة 188 تنص على" :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"[2].

يستنتج من مقتضيات المادة 188 من الدستور المعدل أنه قرر مبدأ الطعن في دستورية القوانين من طرف الأفراد عن طريق الدفع، وليس عن طريق دعوى ترفع مباشرة إلى القضاء، فالمحكمة بهذه المناسبة ال تصرح بعدم دستورية القانون المطعون فيه، بل أن اختصاصها ينحصر في الامتناع عن تطبيقه على النزاع المعروض عليها، لأن أمر إلغاء قانون أو نص هو من اختصاص المجلس الدستوري مسند إليه بمقتضى الدستور، فالرقابة القضائية على أعمال السلطة التشريعية تنحصر في الرقابة عن طريق الدفع، وان كان من المفروض أن العمل بمبدأ الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدفع، أو رقابة الامتناع من طرف المحاكم[3]، لا يحتاج إلى نص دستوري يمنحها هذا الحق لكونه من صميم عمل القاضي، فمختلف الأنظمة القضائية قررت هذا الاختصاص، حتى ولئن كان غير منصوص عليه صراحة في صلب الوثيقة الدستورية لما في الأمر من عالقة اتصال بالنظام العام الذي لا يجوز مخالفته،

---

[1] بن صديق فتيحة و هاملي محمد ،الدفع بعدم الدستورية في النظام الدستوري الجزائري: مؤشر التوجه نحو الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، مقال منشور بمجلة الأكاديمية للبحث القانوني ،جامعة بجاية ،الجزائر ، المجلد 12، العدد 2،2021 ،ص 270.

[2] خرشي الهام و خلاف وردة ،أثر التكريس الدستوري لآلية الدفع بعدم الدستورية على نظام الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر ، مقال منشور بمجلة الأداب و العلوم الإجتماعية ،جامعة سطيف ،الجزائر ، المجلد 19، العدد 1،2022 ،ص 15.

[3] مسعود شيهوب ، مرجع سابق .

فحكم القاضي بعدم دستورية قانون معين يترتب عنه عدم الأخذ به والامتناع عن تطبيقه على النزاع، لمخالفته أحكام الدستور وهذا ما يفسر بأن حجيته نسبية[1] والتجارب الدولية تتفق على أن الهدف من الدفع متى كان جديا ولم يسبق البت في موضوعه وكان القانون موضوع الدفع مطبقا على دعوى توفرت فيها شروط المحاكمة العادلة، ففي مبدأ الدفع بعدم الدستورية تنقيح للنصوص القانونية من المقتضيات غير الدستورية، وخلق نوع من التوازن والتكامل بين الضمانات التي يكفلها هذا الحق الدستوري من خلال حماية الحقوق والحريات، وتحقيق النجاعة القضائية المرتبطة بجوانب الآجال وقواعد المحاكمة العادلة[2].

بالمقارنة بالتجربة الفرنسية فإن المشرع يحصر الدفع بعدم الدستورية في القانون مستبعدا إمكانية الطعن في دستورية المقررات الإدارية والأحكام القضائية كما يخضع الدفع بعدم دستورية القانون لعدة شروط يتخللها شرطين جوهرين، أولهما ألا يوجه الدفع إلا للقانون الذي سيطبق في النزاع، أي الذي له انعكاس مباشر على مآل الدعوى المعروضة على المحكمة المختصة من جهة، وأن يكون القانون ماسا بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور من جهة ثانية[3].

الفرع الثاني :شروط الدفع بعدم الدستورية ودوره في تنقية النظام القانوني من الأحكام الماسة بالحقوق المكفولة دستوريا

إن المشرع الدستوري الجزائري أحدث في تعديل 2016 نقلة نوعية في مجال ضمان صيانة الحقوق وحمايتها بالنص على مبدأ الدفع بعدم الدستورية، حيث سار وفق ما سار عليه المشرع الفرنسي، وكالعادة لم يحد المشرع الجزائري عند إصداره للقانون العضوي 18-16 المؤرخ في 22 ذي الحجة عام 1439 الموافق 2 سبتمبر 2018 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع

[1] إن جميع المحاكم الأمريكية تمارس رقابة الامتناع سواء كانت اتحادية أو محلية والمواطن الأمريكي من حقه أن يدفع أمام المحاكم الاتحادية بالتناقض بين القانون الإداري والدستور الاتحادي، وأمام المحاكم المحلية بالتناقض بين قانون محلي والدستور المحلي أو الدستور الاتحادي.

[2] جمال بن سالم ، مرجع سابق ، ص 113.

3أوصيف سعيد ،آثار التأسيس الدستوري لآلية الدفع بعدم الدستورية، مقال منشور بمجلة صوت القانون ،جامعة خميس مليانة ،الجزائر ، المجلد 7، العدد 1،2020 ،ص 15.

بعدم الدستورية[1] والذي بدأ سريان مفعوله ابتداءا من تاريخ 07 مارس 2019 لم يخرج عما هو معروف في النظام الفرنسي أو الأنظمة المطبقة لهذه الآلية سواء كانت الجهة التي تتولى الرقابة هيئة سياسية أو قضائية، طالما أن الدفع هنا ممنوح للأفراد –بطبيعة الحال مع بعض الاختلاف المشار إليه سابقا من حيث نوعية الرقابة والجهة المعهود إليها، لان الكلام هنا مخصص لآلية الدفع –فمن حق المتقاضين إخطار المجلس الدستوري، بتقديم دفع بعدم الدستورية، بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية وهذا ما تنص عليه المادة 13 من القانون العضوي 18–16 مؤرخ في سبتمبر 2018 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، ومن خلال النصوص القانونية يمكن حصر أهم الشروط المطلوبة لتقديم الدفع بعدم الدستورية[2].

1–يقدم الدفع أثناء النظر في قضية معروضة أمام إحدى الجهات القضائية

هذا الشرط يجعل من المنازعة الدستورية حقيقية ،ألنها مرتبطة بنزاع حقيقي معروض أمام المحاكم القضائية على اختلاف درجاتها، أو حتى أمام الجهة القضائية الدستورية عندما تكون بمثابة محكمة انتخابية عند فصلها في المنازعات الانتخابية، وبالرجوع إلى المشرع الفرنسي نجده قد نص على إمكانية إثارة الدفع أمام الجهات القضائية التابعة لمجلس الدولة ومحكمة النقض ،مستبعدا بذلك محكمة التنازع والمحكمة العليا للتحكيم، وأيضا استبعاد إثارة هذا الدفع أمام محكمة الجنايات، غير أنه سمح به في القضايا الجنائية أمام قاضي التحقيق وفي مراحل الاستئناف والطعن بالنقض[3].

---

[1] القانون العضوي 18–16 المؤرخ في: 22 ذي الحجة عام 1439 الموافق 2سبتمبر سنة 2018 ، المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، والذي بدأ سريان مفعوله ابتداءا من تاريخ:07 مارس 2019.

2سليمة قزلان ،أبرز الملامح الأساسية لآلية الدفع بعدم الدستورية الاخيرة لسنة 2016، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية و السياسية،جامعة الجزائر1 ،الجزائر ، المجلد 54، العدد 1،2017 ،ص 110.

[3] Article23/1de l’ordonnance n¨58-1067du7/11/1958portant loi organique sur le conseil constitutionnel .modifiée par les lois organiques n’2009-1523 du 10/12/2009 .et n’2010- 830 du 22/07/2010.

2-المسألة الدستورية ذات الأولية حق للمتقاضين:

كل شخص طرف في الدعوى، يمكنه أن يثير مدى مطابقة المقتضى التشريعي المتعلق بالحقوق والحريات للدستور، وتضم هذه القاعدة الأشخاص الطبيعيين وكذا الاعتباريين الخاضعين للقانون الخاص كما القانون العام[1]، فالدفع بعدم الدستورية يعد حقا للمواطن ولا يجوز للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه، وهو أمر يستجيب للغاية من منح المواطن حقا جديدا مع ترك الحرية له لممارسته[2]، ، وقد شكل القضاء الضريبي أهم موضوع للمسألة أمام المحاكم الإدارية، أما المجالات التي عرفت إثارة العدد الكبير من قرارات الإحالة، فتعلق بالقانون المدني، قانون الحماية الاجتماعية، قانون الشغل، قانون الجنسية، وقانون الأجانب[3].

3-أن يكون القانون المطعون فيه ماسا بالحقوق والحريات التي يكفلها الدستور

هذا الشرط الذي سبق للمؤسس الدستوري الفرنسي أن نص عليه في تعديل 2008 نص عليه كذلك المؤسس الدستوري الجزائري في تعديل 2016 ، حيث ربط الدفع بعدم دستورية القانون أن يمس بالحقوق والحريات الأساسية، وهذا يثير عدة تساؤلات، أهمها هل يقتصر الأمر هنا على قائمة الحقوق والحريات التي عددها المؤسس الدستوري في الدستور بمفهومه الشكلي، أم يمتد إلى مجموع الحقوق التي يتضمنها الدستور في مفهومه المادي، أي كل القواعد القانونية ذات المحتوى الدستوري وبمختلف درجاتها، وفي أي مصدر من مصادر القانون الدستوري.

هذا التساؤل تم الفصل فيه في فرنسا من قبل المجلس الدستوري، حيث حدد مكونات الكتلة الدستورية المتضمنة للحقوق والحريات والتي تتكون من دستور 1958 وديباجته وما أحالت عليه من ميثاق البيئة، والاعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن، وأضاف إليها بعد ذلك من خلال اجتهاداته المبادئ المعترف بها من قبل قوانين الجمهورية والمبادئ والأهداف ذات القيمة

[1] Arnoud lipoz. soulever. la question prioritaire de constitutionnalité.IN la question prioritaire de constitutionnalité. Sous la direction de Dominique rousseau .l'extenso éditions .Gazette du palais2010p10

[2] Marec guillaume.la question prioritaire de constitutionnalité.IN www.consielconstitutionnel .fr/../qpc_19fevrier2010pdf .p10.

[3] محمد أتركين، مرجع سابق، ص64.

الدستورية، فقد صرح المجلس الدستوري الفرنسي على مجموعة من الحقوق والحريات التي يمكن إثارتها من خلال المسألة الدستورية، ويتعلق الأمر على سبيل المثال "مبدأ المساواة"،" الحرية الفردية"،" اختصاص السلطة القضائية كحارس للحريات الفردية" " منع الاعتقال التحكمي"،" حرية إدارة الجماعات الترابية" وغيرها من قرارات المجلس الدستور الفرنسي[1].

كذلك سبق للمجلس الدستوري في الجزائر أن وسع من الكتلة الدستورية إلى أبعد الحدود، بمناسبة فصله في مختلف الإخطارات الموجهة إليه، حيث كانت القواعد المرجعية التي يستند عليها لإصدار قراراته وآراءه تمتد من الدستور إلى الديباجة [2] الى المعاهدات الدولية، بل وحتى إلى الأعراف الدبلوماسية .غير أن هذا التوجه قبل انفتاح القضاء الدستوري على المتقاضين، إلا أن الأمر سيكون صعبا في الفترة المقبلة، والتي ستتكاثر فيها الاحالات على المجلس الدستوري في حالة تمسكه باجتهاداته السالفة، كما سيكون للمشرع دورا بارزا، للإجابة على التساؤل السابق بمناسبة إعداده للقانون العضوي المنظم للدفع بعدم الدستورية، وفي انتظار ذلك فصل المؤسس الدستوري في الجزائر في القيمة القانونية للديباجة، معتبرا إياها جزء لا يتجزأ من الدستور[3]

4:ألا يكون القانون المطعون فيه متمتعا بقرينة الدستورية

أي لا يجوز الدفع بعدم دستورية قانون أو حكم تشريعي سبق لهيئة القضاء الدستوري مراقبته،وقضت بدستوريته، على اعتبار أن قراراتها نهائية وغير قابلة أي وجه من أوجه الطعن، وملزمة لجميع السلطات بنص الدستور، فالقوانين العضوية تخضع للرقابة الإلزامية المطابقة للدستور قبل صدورها،الأمر الذي يجعلها متمتعة بقرينة الدستورية، كذلك بالنسبة للقوانين العادية بعد صدورها، تخضع للرقابة الدستورية السابقة الاختيارية، وهو ما يجعل عددا من هذه القوانين، أو على الأقل بعض أحكامها تتمتع بقرينة الدستورية، وبالتالي تحصن من الدفع بعدم الدستورية،

[1] محمد أتركين، مرجع سابق، ص64

[2] جاء في الفقرة الأخيرة من ديباجة تعديل دستور : 2016 تشكل هذه الديباجة جزءا ال يتجزأ من هذا الدستور"

[3] عمار عباس، انفتاح القضاء الدستوري على المتقاضين ومساهمته في تنقية النظام القانوني، مجلة المجلس الدستوري، العدد7 الجزائر 2016 ، ص34.

علما أن القوانين العادية المعدلة لقوانين عادية والتي سبق وأن خضعت للرقابة الدستورية، يمكن أن تكون عرضة للرقابة الدستورية ومن ثم للدفع بعدم دستوريتها[1]

الفرع الثالث :آجال البث والآثار الناتجة عن الدفع بعدم الدستورية

لكل إجراء من الإجراءات القانونية آجال و يترتب على الدفع به آثار ما سنتطرق إليه في هذا الفرع

أولا : آجال البث في الدفع بعدم الدستورية

يتوفر مجلس الدولة الفرنسي، كما محكمة النقض على أجل ثالثة أشهر للبث في إحالة المسألة الدستورية ذات الأولية على المجلس الدستوري، وفي حالة انقضاء هذا الأجل دون أن يتم البث في المسألة فإنها تحال بقوة القانون على المجلس الدستوري[2]

أما في حالة الإحالة فإنه يكون مصحوب بمذكرات وطلبات الأطراف حيث أن المجلس الدستوري غير مختص بأن يعرف عن الدعوى التي بمناسبتها طرحت المسألة الدستورية ذات الأولية إلا المذكرة المنفصلة والمعللة، إضافة إلى المذكرات والمستنتجات الخاصة بالمسألة، ليكون للمجلس الدستوري بعدها أجل ثلاثة أشهر من تاريخ الإحالة لإصدار قرارة[3].

[1] عمار عباس، مرجع سابق، ص36.

[2] البند الأول من المادة 07/23 من القانون التنظيمي المتعلق بالمسألة ذات الأولية" إذا لم يفصل مجلس الدولة، أو محكمة النقض، في المسألة في الآجال المحددة في البندين الرابع والخامس من المادة 23 تحال المسألة على المجلس الدستوري.

[3] المادة 10/23 من القانون التنظيمي للمجلس الدستوري الفرنسي" يبت المجلس الدستوري داخل أجل ثالثة أشهر من تاريخ الإحالة عليه، والأطراف مدعوون لتقديم ملاحظاتهم بشكل تواجهي، وتكون الجلسة علنية فيما عدا الحالات الاستثنائية المحددة في النظام الداخلي للمجلس الدستوري"

و بالرجوع إلى نص المادة 02/189 تعديل دستور 2016 الجزائري [1] نجد المشرع الدستوري منح للمجلس الدستوري أجل أربعة أشهر للبث في المسألة المحالة عليه، ويمكن تمديد هذا الأجل لمدة أربعة أشهر أخرى، وقد تدارك المشرع الدستوري الجزائري هنا هذه المسألة التي لم يشر إليها المشرع الدستوري الفرنسي حيث أثير تساؤل بشأن أحقية المجلس الدستوري الفرنسي في أن يتجاوز أجل ثالثة أشهر، المقررة قانونا لإصدار قراره، وبما أن أجل ثالثة أشهر لم يقترن بأية عقوبة، مما يسمح عند الاقتضاء للمجلس الدستوري ولأسباب مبررة من تجاوزة[2]

ثانيا : الآثار المترتبة عن البث في الدفع بعدم الدستورية

ولما كان الدفع بعدم دستورية مقتضى قانوني دفع موضوعي، لكون تطبيقه في النازلة يمس بحقوق دستورية لدافعه، أو لحكم لصالح خصمه وحيث أنه وسيلة توجه فيها الخصومة إلى التشريع ذاته، فإن مقتضى ذلك أن القرار الذي يصدر بعدم دستورية نص تشريعي يلغى قوة نفاذ هذا النص، ويغدو معدوما من الناحية القانونية أو يسقط كتشريع من تشريعات الدولة، ولما كان ذلك الأثر لا يقبل التجزئة بطبيعته، فإن حجية القرار الصادر بعدم دستورية نص تشريعي، لا يقتصر على أطراف النزاع في الدعوى التي قضى فيها فقط، وانما ينصرف هذا الأثر إلى الكافة وذلك يعني أن القرارات الصادرة برفض الطعن فإنها لا تمس التشريع المطعون فيه ولا يكون لها سوى حجية نسبية بين أطرافها[3].ويكون ملزم للجميع ويصبح له حجية على الكافة بما يعنى عدم جواز إثارة النزاع مرة أخرى حول مدى دستورية نص، كان المجلس الدستوري قد قضى بعدم دستوريته سواء كان ذلك من ذات الخصوم في الدعوى الدستورية أو من خصوم آخرين.

---

[1] المادة " 189 عندما يخطر المجلس الدستوري على أساس المادة 188 فإن قراره يصدر خلال الأشهر الأربعة التي تلي تاريخ إخطاره ويمكن تمديد هذا الأجل مرة واحدة لمدة أقصاها أربعة أشهر بناء على قرار مسبب من المجلس ويبل الجهة القضائية صاحبة الإخطار يحدد المجلس الدستوري قواعد عمله. "

[2] Bernard hemery La procédure devant le conseil constitutionnel .in la question prioritaire de constitutionnalité sous la direction de Dominique rousseau .lextenso éditions. Gazette du palais 2010 p116.

[3] الزكراوي محمد، الدفع بعدم دستورية قانون ساري المفعول المحال على أنظار المحكمة الدستورية على ضوء مشروع القانون التنظيمي رقم 15.86 المخالفة الموضوعية للدستور والانحراف التشريعي، مجلة منازعات الأعما ل ، العدد4 ، ص 126

ومنه في إطار الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في الجزائر، هناك نتيجتين لا ثالث لهما، وهي إما تأكيد دستورية القانون ومطابقته للدستور وبالتالي يبقى العمل به ساري المفعول، أو تقرير عدم دستوريته، فيلغى وينقى النظام القانوني منه، فكل نص تشريعي قرر المجلس الدستوري الجزائري عدم دستوريته، يفقد أثره ابتداء من اليوم الذي يحدده قراره[1] أي أن الحكم بعدم دستورية نص تشريعي، يترتب عنه عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر القرار ما لم يحدد القرار لذلك تاريخا آخر .

ويرجع تمتع المجلس الدستوري بسلطة تقديرية في تحديد تاريخ بداية سريان قراره في إطار الدفع بعدم الدستورية، إلى مراعاة دواعي الأمن القانوني، وإعطاء البرلمان فسحة من الوقت لإعداد تشريعات تصحح تلك التي أعلن عدم دستوريتها، وهنا سيضطر المجلس الدستوري في كل قراراته المتعلقة بالإلغاء على رسم حدود لعمله المقتصر على فعل الرقابة وعدم امتداده للتشريع الذي يبقى من صلاحيات البرلمان باعتباره لا يتوفر على سلطة عامة في التقدير مشابهة لتلك التي تعود للبرلمان.

إن الإلغاء اللاحق للمقتضيات التشريعية عادة ما يكون بصورة صريحة في صلب قرارات المجلس الدستوري مقترنا بالتأكيد على المبدأ، الذي بمقتضاه أن أثر التصحيح بعدم الدستورية يمنع على المحاكم تطبيق القانون المعني [2] ليس فقط على الدعوى التي أدت إلى إثارة المسألة الدستورية ذات الأولية، ولكن أيضا على كل الدعاوى الجارية بتاريخ القرار وأن أي استثناء على هذا التوجه، لا بد أن يكون مضمنا بشكل صريح في حيثيات قرار المجلس الدستوري[3].

[1] المادة 02/191 من تعديل دستور 2016.

[2] تم تبرير إلغاء قرارات المجلس الدستوري الفرنسي بعدة أسباب منها" السماح للمشرع بمعالجة اللا دستورية المثبتة"، أو لتمكين المشرع من تقدير الأثر المناسب إعطاؤه لهذا التصريح بعدم الدستورية "أو ألن الإلغاء الفوري للمقتضيات غير الدستورية "يتجاهل أهداف منع الاعتداءات على النظام العام" ،"يتجاهل مطالب حماية الصحة"،" لا يستجيب لمتطلبات مبدأ المشاركة العامة" "سيلغي الحقوق التي تعترف بها هذه المادة للطرف المدني".

[3] محمد أتركين، مرجع سابق، ص 107.

ومع كل هذا، بما أن سريان القرارات الصادرة في المسائل الدستورية يكون في مواجهة الكافة باعتبار أنهم مخاطبون بها لا يملكون لها تبديلا، وليس لهم الحق في إعادة إثارة المسألة التي صدر بشأنها دفع،فثمة حالة وحيدة يمكن أن تتم فيها إعادة عرض هذه المسألة على المجلس، الذي يتولى الفصل فيها دون أن يكون في ذلك خروج على القرار الذي سبق صدوره، وتتحقق هذه الحالة عندما يصدر دستور جديد، أو يعدل الدستور القائم ويصبح النص التشريعي الذي سبق للمجلس أن قرر دستوريته مخالفا للدستور الجديد أو التعديلات المستحدثة، فالأصل العام أن المرجع في دستورية تشريع معين يكون إلى أحكام الدستور الذي صدر هذا التشريع في ظلها وذلك طوال فترة سريانها [1]، فإذا استبدلت بها أحكام دستورية جديدة، فإن الأحكام الدستورية المستحدثة تكون هي المرجع في دستورية هذا التشريع، وهذا ما يقتضيه سمو أحكام الدستور القائم على ما عداها، وفيما عدا هذه الحالة فإن النزاع الدستوري الذي سبق القضاء بعدم دستوريته أو برفض الدعوى الدستورية بشأنه لا يجوز أن يتجدد أمام المجلس الدستوري مرة أخرى، ألن القرار الذي صدر بشأنه له حجية مطلقة، تحسم الخصومة بشأن دستورية النصوص المطعون فيها، حسما مانعا من نظر أي طعن يثور من جديد بشأنها[2].

[1] بن يوب جهيد و تواتي غيلاس ، مرجع سابق.

[2] خرشي إلهام و خلاف وردة ، مرجع سابق ، ص 19

خاتمة

يعد موضوع الدفوع غير الموضوعية من أهم المواضيع العملية في مادة الإجراءات المدنية و الإدارية لما له من تأثير في الخصومة ، ولقد حاولنا من خلال هذه الأطروحة أن نلم بأهم جوانبه التي جسدناها في تحديد ماهية الدفوع الشكلية و نظامها القانوني ثم فصلنا أهم أنواعها و يتعلق الأمر بالدفوع النسبية و كذلك الدفوع المطلقة.

إن الغوص في موضوع الدفوع غير الموضوعية يقتضي منا تفصيل مواد قانون الإجراءات المدنية و الإدارية مع مقارنة بسيطة مع قانون الإجراءات المدنية و الذي يمكن الخروج بنتيجة أقل ما يقال عنها أنها على قدر كبير من الأهمية و هي أن المشرع الجزائري تدارك الكثير من الفراغات التي كانت موجودة في القانون الملغى و الذي تعرض فيه لموضوع الدفوع بشكل سطحي و عشوائي في مواد متفرقة منه لكنه في القانون الجديد نص عليها بشكل أكثر تنظيما و وضوحا كما أنه قام بتعريف كل نوع من أنواع هذه الدفوع الشيء الذي لا يوجد في القانون القديم كما تعرض أيضا لأنواع الدفوع الشكلية أيضا بشكل مفصل و أكثر دقة و ذلك كله كان في باب كامل خصص لموضوع الدفوع بأنواعها الثلاث و القصد من ذالك هو تسهيل عمل القاضي و توضيح الغموض الذي كان يعتري بعض المسائل القانونية تعترض عمل القاضي و الذي يعتمد كثيرا على التحكم في الإجراءات القانونية و الغاية من ذلك هو صدور أحكام أكثر نوعية موجودة بهدف تعزيز دور العدالة في المجتمع و كذا تعزيز ثقة المواطن فيها .

بعد الانتهاء من دراسة موضوع الدفوع غير الموضوعية وفق قانون الإجراءات المدنية و الإدارية خلصنا إلى جملة من النتائج والتوصيات نعرض أهمها في الفقرتين الآتيتين:

أولاً : النتائج

1-إذا أقيمت الدعوى أمام محكمة غير مختصة نوعيا بنظر الدعوى فيترتب على ذلك أن للخصم الحق في إبداء الدفع بعدم الاختصاص بل ويحق للمحكمة من تلقاء نفسها إبداء هذا الدفع في أي مرحلة من مراحل الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة العليا ، كما ويثبت هذا الحق للنيابة العامة عند تدخله في الدعوى.

2- يهدف المشرع من نظام الإحالة إلى التيسير على الخصوم من أجل عدم صدور أحكام متناقضة.

3- هناك العديد من الفوارق ونقاط الاختلاف ما بين الإحالة لعدم الاختصاص عن غيرها من صور الإحالة الأخرى.

4- من خلال التطرق لموضوع الدفوع غير الموضوعية يبين لنا المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أنه يتماشى مع الفكر القانوني الحديث في تخويل محكمة الموضوع سلطة تقديرية ودوراً ايجابياً ملحوظاً تجاه بعض أنواع الدفوع في كافة مراحل الدعوى، لغرض تلافي حالات الارتباك والتخبط في سلبية دور القاضي ووقوفه موقف المتفرج.

5 -نلاحظ أن المشرع الجزائري قد خول محكمة الموضوع سلطة تكييف الدفوع وتحديد طبيعتها ومدى تعلقها بالنظام العام وإثارتها من تلقاء نفسها، ولها سلطة الفصل فيها على إستقلال أو ضمها للموضوع .

6- في الدفع بعدم قبول الدعوى لم يفرق المشرع الجزائري بين جميع حالات و شروط الدعوى كما أنه لم يبين معالم الدفع بعدم القبول.

7- المشرع الجزائري لم يبين كيفية الفصل في الدفوع غير الموضوع بإستثناء الدفع بعدم الإختصاص في نص المادة 52 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

ثانياً : التوصيات

بعد التوصل الى النتائج السابقة في هذه الدراسة نوصي المشرع الجزائري بما يأتي:

1. وضع جزاء إجرائي على الخصم المتعسف في حالة إقامة الدعوى امام محكمة غير مختصة بنظر الدعوى خصوصا إذا كانت دهوى كيدية .
2. إعادة النظر في الدفع بعدم القبول من خلال تحديد حالات الدفع به صراحة .
3. دعوة المعني إلى تصحيح العريضة الإفتتاحية إذا كانت مشوبة بعيب يرتب عدم القبول و قابلة للتصحيح بدل الحكم بعدم القبول .
4. عند الفصل بعدم الإختصاص ، تحديد الجهة القضائية المختصة في الدعوى ، للتيسير على المتقاضين و ربح الوقت و المصاريف القضائية.

و ما يمكننا قوله في الأخير هو أن تكريس هذه الاقتراحات يبقى مرهونا بما قد تتضمنه تعديلات قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الذي نأمل أن يحمل إصلاحات تعود بالفائدة على المجتمع و جهاز العدالة و في ذلك يستحضرنا قول أحد الفقهاء الذي يفيد أنه : إذا أردت إصلاح الحياة الاجتماعية و إعطاء ضمانات أساسية للأفراد عليك إصلاح قانون الإجراءات المدنية.

المراجع العامة

1. إبراهيم السيد أحمد ، المبادئ القضائية للتقادم في المواد المدنية و التجارية و الجنائية ،ط 1 ، منشأة المعارف ، اسكندرية ،2000.

2. أمزيان عزيز، المنازعات الجبائية في التشريع الجزائري، دارالهدى عين مليلة ،الجزائر ،دس ن.

3. أنور طلبة ، التقادم ، ط 1 ، المكتب الجامع الحديث ، مصر ، 2004 ، ص 120.

4. باديس دبابي ،أثار فك الرابطة الزوجية ، دار هومة للطباعة و النشرو التوزيع ، الجزائر، 2008.

5. بعلي محمد الصغير ، الوجيز في المنازعات الإدارية، دار العلوم ،عنابة ،2005.

6. بلحاج العربي ،النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري (الواقعة القانونية –الفعل غير المشروع–الإثراء بلا سبب– والقانون) ،ج 2 ،ط 1، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،1999.

7. بن صاولة شفيقة ، الصلح في المادة الإدارية، ط1، دار هومة،الجزائر ، 2006.

8. بوبشير محند أمقران، النظام القضائي الجزائري، الطبعة الثالثة، 2003،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

9. جاك نورمان، تطور فكرة النظام العام، القاضي والنزاع، 1965.

10. حمدي باشا عمر، محررات شهر الحيازة عقد الشهرة – شهادة الحيازة، دار هومه ، الجزائر، 2001.

11. خلوفي رشيد، قانون المنازعات الإدارية ،ج 3،الخصومة الإدارية–الاستعجال الإداري– الطرق البديلة لحل النزاعات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013.

12. خليل أحمد حسن قدادة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، مصادر الالتزام ، ج1،ط2 : ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2005.

13. دربال عبدالرزاق ، الوجيز في أحكام الالتزام ، في القانون المدني الجزائري ، دار العلوم، الجزائر، 2004.

14. رمضان أبو السعود،الوسيط في الحقوق العينية الأصلية ،ج 1 ،الدار الجامعية، د ب ن ،1986.

15. سليمان مرقس،الوافي في شرح القانون المدني ،في الإلتزامات،القاهرة 1968.

16. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، ج 1، مصادر الالتزام،ط 3، دار نهضة مصر، القاهرة، 2011.

17. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية ، بيروت،1994.

18. عبد الودود يحي، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية ، القاهرة، طبعة 1994.

19. عبد الوهاب عرفة،المرجع في الحيازة المدنية وحمايتها الجنائية، طبعة 1 ، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007

20. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة ، أسباب قبول دعوى الإلغاء الإداري ،منشأة المعارف ، مصر ، 2011.

21. علي علي سليمان،دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري،ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر،،1989.

22. الغوثي بن ملحة، القانون القضائي الجزائري ، 1995، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، ص 153.

23. فريدة محمدي ، الحيازة و التقادم المكسب، طبعة 01 ،الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2000.

24. محمد المقريني ، المدخل لدراسة القانون الوضعي – نظرية القانون، نظرية الحق وفقا لآخر المستجدات القانونية ،ط3، دار النشر ماليف ،د ب ن ،2016.

25. محمد المنجى ،الحيازة ،ط3 ،دار الفكر العربي ، مصر ،1993.

26. محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الإلتزام ، مصادر الإلتزامات و أحكامها في القانون المدني الجزائري 1983.

27. محمد صبري السعدي ،الواضح في شرح القانون المدني الجزائري 1، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الإلتزام ، العقد و الإرادة المنفردة ، دار الهدى ، الجزائر2012.

28. محمد يحي، عقد الصلح، دار الفكر العربي، القاهرة، 1978، ص 427.

29. محمود مصطفى، شرح قانون الاجراءات الجنائية، الطبعة 12 سنة 1988.

30.مسعود شيهوب، المبادىء العامة للمنازعات الإدارية ، ج 3 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر،2004.

31.هدفي بشير، الوجيز في شرح قانون العمل(علاقات العمل الفردية والجماعية)، الطبعة الثانية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

المراجع المتخصصة

1. إبراهيم حرب محيسن ، النظرية العامة للدفوع المدنية ، دار الفلاح ، الأردن ،2008.

2. إبراهيم رضوان الجغبير، بطلان حكم المحكم ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الإسكندرية 2009.

3. أبوالرب فاروق يونس،المدخل في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001، ط1، 2002.

4. أحمد أبو الوفا،نظرية الدفوع في قانون المرافعات، المعارف بالإسكندرية.

5. احمد الرشيدي، تحرير مصطفى علوي، الاصلاح المؤسسي، الإطار الدستوري كأساس لإدارة شؤون الدولة والمجتمع، مركز دراسات واستشارات الإدارة العامة، منتدى السياسات العامة،2001.

6. أحمد الشافعي، البطلان في قانون الإجراءات الجزائية، دراسة مقارنة، دار هومة،الجزائر،2005.

7. أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في أمريكا، دار النهضة العربية، سنة1960.

8. احمد مليجي،التعليق على قانون المرافعات بآراء الفقه والصيغ القانونية واحكام النقض، جزء 1،1998.

9. أحمد هندي،أصول المحاكمات المدنية و التجارية،طبعة 1989،الدار الجامعية للطبع، بيروت،

10.آدم وهيب النداوي،المرافعات المدنية، طبع جامعة بغداد،1988.

11.أسامة الروبي، الوسيط في قانون المرافعات المدنية التجارية، ج 2، الأحكام والأوامر وطرق الطعن فيها، القاهرة، دار النهضة العربية،2006.

12.أكرم حسن ياغي، نظرية الدعوى الشرعية في التشريع والفقه والقضاء دراسة مقارنة منشورات زين الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان ، 2005 .

13.امينة مصطفى النمر، الدعوى واجراءاتها، ط1 ،دار الكتاب الحديث، مصر ،1990.

14.الأنصاري حسن النيداني، التنازل عن الحق في الدعوى(دراسة تأصيلية و تطبيقية)، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2009.

15.أنطاكي رزق الله،أصول المحاكمات في المواد المدنية و التجارية،ط 5 ،ط6 ، مطبعة المفيد الجديد ، د ب ن ، 1964.

16.أنور طلبة، موسوعة المرافعات المدنية و التجارية، ج 2 ، دار المطبوعات الجامعية،1999.

17.بربارة عبدالرحمن ، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ،ط 4، منشورات بغدادي ،الجزائر ، 2013.

18.بلغيث عمارة ، الوجيز في الإجراءات المدنية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2000.

19.بوبشير محند أمقران قانون الإجراءات المدنية نظرية الدعوى نظرية الخصومة الإجراءات الاستثنائية ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ،1998.

20.بوبشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية (نظرية الدعوى – نظرية الخصومة– الإجراءات الاستثنائية)، ط 4 ، .ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.

21.بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية – الإجراءات الخاصة بكل جهة قضائية)،ج 1.كليك للنشر، الجزائر،2011.

22.جمال بن سالم ، دعوى الدفع بعدم الدستورية بين التأصيل و التأسيس و الممارسة – النموذج الجزائري – ،ط1 بيت الأفكار ، الجزائر ، 2020.

23.حازم بيومي المصري ، لموسوعة التأصيلية في المرافعات المدنية والتجارية (الصفة – المصلحة– القضاء المستعجل) ،ج2،دار النهضة العربية للنشر و التوزيع ، مصر ، 2013.

24. حجايلية رفيقة ، دليل عملي حول الدفع بعدم الدستورية النموذج الجزائري ، دار الهدى ، الجزائر ، 2020.

25.حسين طاهري، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، ج 1 ، دار الخلدونية ، الجزائر، 2012.

26.حمد محمد إبراهيم الحفناوي، البطلان الإجرائي وأثره على الدعوى ال تأديبية ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2007.

27.حمدي باشا عمر، مبادئ الإجتهاد القضائي في مادة الإجراءات المدنية، ط 7، 2007، دار هومة للنشر، الجزائر .

28.ذيب عبد السلام ، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد: ترجمة للمحاكمة العادلة،ط 3 ، موفم للنشر ، الجزائر ،2012.

29.رشيدة العام، المجلس الدستوري الجزائري، دار الفجر للنشر والتوزيع، 2006

30.رمضان جمال كامل، الموسوعة الحديثة في البطلان في ضوء الفقه والقضاء، ط 1، ج 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر ، 2007.

31.رمضان جمال كامل، بطلان صحيفة الدعوى علما وعملا، مكتبة الألفي القانونية، الطبعة الثّانية، مصر ، 1995.

32.سامي جمال الدين، القانون الدستوري والشرعية الدستورية على ضوء قضاة المحكمة الدستورية العليا، دار النهضة، الطبعة الثانية، سنة 2014.

33.سعد عبد العزيز، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية (اليمين كوسيلة إثبات –الخبرة كوسيلة إثبات – الإدخال التدخل في الخصام–سقوط الدعوى و التنازل عنها – الطعن بالتماس إعادة النظر– تنفيذ الأحكام الأجنبية– تزوير وثائق الإثبات)، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.

34.سليمان بارش، شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائري ،ج1، دار الهدى،الجزائر،2006 .

35.سليمة مسراتي، نظام الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع الجزائر، 2012.

36.سيد حسن البغال، المطول في شرح الصيغ القانونية للدعاوى والأوراق القضائية(تشريع – فقه – قضاء)، عالم الكتاب، القاهرة، مصر، 1987.

37.شويحة زينب،الإجراءات المدنية في ظل قانون 08–09 (الدعوى،الاختصاص،الخصومة، طرق الطعن)،ج1، دار أسامة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

38.صاوي أحمد السيد،الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية التجارية، معدلاً بالقانون رقم 76 لسنة 2007، د ب ن، 2009.

39.صلاح الدين عبد اللطيف الناهي، الوجيز في مبادئ التنظيم القضائي والمرافعات في المملكة الأردنية الهاشمية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1996.

40.طلعت يوسف خاطر ، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني ،دار الكتاب الجامعي ،الإمارات ،2017.

41.طلعت يوسف خاطر ، انقضاء الخصومة بالصلح القضائي ،دار الفكر و القانون ، مصر ،2014.

42.طلعت يوسف خاطر ، نظرية الانعدام في قانون المرافعات المدنية والتجارية ،دار الجامعة الجديدة ،مصر ، 2015.

43.عادل بوضياف ، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ،ج 1 ، ط 2012،كليك للنشر ، المحمدية ، الجزائر ، 2012.

44.عاطف فؤاد،أسباب البطلان في الأحكام المدنية ، د س ن ، د ب ن ، 2003.

45.عباس العبودي،شرح أحكام قانون المرافعات المدنية،طبع جامعة الموصل،2000.

46.عبد الباسط جميعي،مبادئ المرافعات،دار الفكر العربي،القاهرة،1980.

47.عبد الحميد الشواربي، البطلان الاجرائي و الموضوعي، دار الكتاب الحديث، الاسكندرية ،سنة 1991.

48.عبد الحميد الشورابي،البطلان المدني ،الإجرائي والموضوعي،المكتب الجامعي الحديث ،مصر ، 1991.

49.عبد الحميد الشورابي،البطلان المدني،الإجرائي والموضوعي ،المكتب الجامعي الحديث،الإسكندرية، 2010.

50.عبد الحميدالمنشاوي،التعليق على قانون المرافعات طبقا للتعديلات الواردة في القانونين رقمي 6 لسنة 1991 23 لسنة 1992طبعة 1993دار الفكر العربي.

51. عبد المنعم الشرقاوي ،فتحي والي،المرافعات المدنية والتجارية،الكتاب الأول،دار النهضة العربية،القاهرة،،1977

52.عبد الهادي عباس، الاختصاص القضائي و اشكالاته،الطبعة الأولى، 1983،أديب استنبولي للنشر.

53. عبد الوهاب بوخرسة، الشروط العامة والخاصة لقبول الدعوى بين النظري والتطبيق دار هومة، الجزائر، 2005.

54. عبد الوهاب بوضرسة ،الشروط العامة و الخاصة لقبول الدعوى، دار هومة للطباعة و النشر، الجزائر ، 2005.

55. عبده جميل غصوب، الوجيز في قانون الإجراءات المدنية ، دراسة مقارنة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع بيروت ، 2010

56. عثمان التكروري،الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية التجارية رقم 2 لسنة 2001، ج1،دار الفكر، 2013.

57. عز الدين ديناصوري و أحمد عكاز ، القضاء المستعجل و قضاء التنفيذ ، ط 5 ، مركز الدلتا للطباعة ، 1997.

58. عزمي عبد الفتاح ، تسبيب الأحكام و أعمال القضاء في المواد المدنية و التجارية ،دار الفكر العربي،مصر ،1997.

59. عزمي عبدالفتاح ، نحو نظرية عامة لفكرة الدعوى أمام القضاء المدني ، ط 1،مطبعة ذات السلاسل ، الكويت،1987.

60. عزمي عبدالفتاح، نحو نظرية عامة لفكرة الدعوى أمام القضاء المدني، ط 1، مطبعة مكتبة جامعة الكويت، الكويت، 1986.

61. علي أبو عطية هيكل، الدفع بإحالة الدعوى في قانون المرافعات، مصر، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005.

62. علي بركات ، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية ،دار النهضة العربية للنشر و التوزيع،مصر ،2000.

63. علي عوض حسن ،الدفع بعدم القبول في المواد المدنية و التجارية ،دار الكتب القانونية ، مصر ، 2003.

64. عمر بن سعيد ،الإجتهاد القضائي وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية،ط 2004،دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع،الجزائر.

65. عوض الزعبي، الوجيز في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، ط 2،دار وائل للنشر و التوزيع،الأردن، 2006.

66.عيد محمد القصاص ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية و التجارية،دار النهضة العربية للنشر و التوزيع ، مصر 2010.

67.العيش فضيل، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد (القانون 08 -09(، منشورات أمين، الجزائر، 2009.

68.غربي نجاح، الطبيعة القانونية للدفع بعدم القبول وعلاقته بالدفوع الإجرائية، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون ب الدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر.

69.فاضلي إدريس، التنظيم القضائي والإجراءات المدنية والإدارية، الجزائري، دار بين مرابط للطبع، الجزائر، 2009.

70.فتحي والي ، نظرية البطلان في قانون المرافعات ، ط 1 ،الاسكندرية ، منشأة المعارف ،1959.

71.فتحي والي،الوسيط في قانون القضاء المدني،دار النهضة العربية،القاهرة، 1987.

72.فرج علواني هليل، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2008.

73. فريجةحسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ،2010

74.كمال الدين أحمد السيد عاطف ، مدى حجية عدم القبول من الناحيتين الشكلية و الموضوعية في القضاء المدني ، دار النهضة العربية للنشر ة التوزيع ، مصر ، 2012.

75.لحسين بن الشيخ آث ملويا ،المنتقى في قضاء الإستعجال الإداري ، ط 2،دار هومة، الجزائر، 2008.

76.محمد ابراهيمي، الوجيز في الإجراءات المدنية،ج 2 ، ط 2001 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2001

77.محمد أتركين، دعوى الدفع بعدم الدستورية في التجربة الفرنسية، الإطار القانوني والممارسة القضائية، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء 2013.

78.محمد أحمد عابدين ،الدعوى المدنية في مرحلتيها الابتدائية والإستئنافية ، منشأة المعارف، الإسكندرية ، 1994.

79.محمد احمد عابدين الدعوى المدنية الابتدائية والاستئنافية، دار الفكر العربي، مصر ، 1994.

80.محمد العشماوي و عبد الوهاب العشماوي،قواعد المرافعات في التشريع المصري و المقارن، مكتبة الأدب ومطبعتها، دار الفكر العربي.

81.محمد شتا أبو سعد،الدفوع المتعلقة بعوارض الخصومة، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2000.

82.محمد عبدالنبي سيد غانم ، قانون المرافعات المدنية و التجارية ،ج 2 ، نظرية الدعوى ، نظرية الخصومة،دار النهضة العربية للنشر و التوزيع ، مصر ، 2017.

83.محمد عزمي البكري ، الدفع بعدم قبول الدعوى ، دار محمود للنشر و التوزيع ،2017.

84.محمد علي خليل الطعاني، سلطة القاضي في توجيه سير إجراءات الخصومة المدنية (دراسة مقارنة)؛ دار الميسرة للنشر و التوزيع، عمان، 2009.

85.محمد فهيم أمين ، قانون المرافعات وقانون الإثبات، دار الفكر العربي، القاهرة، 1994.

86.محمد محمود إبراهيم،الوجيز في المرافعات،دار الفكر العربي،القاهرة،1983.

87.محمد نصر الدين كامل ، عوارض الخصومة (وقف الخصومة- انقطاع الخصومة- سقوط الخصومة وانقضاؤها- ترك الخصومة)،منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990.

88.محمد نصر محمد، أصول الدفوع و المحاكمات ، الطبعة الأولى، دار الراية ، الأردن ، 2013

89.محمود السيد أحمد ،أصول التقاضي وفقا لقانون المرافعات ،دار الكتب القانونية، مصر ،2006.

90.محمود زكي شمس، الانعدام والبطلان في القرارات والأحكام القضائية (تشريعا، فقها اجتهادا، قضاء)، ط 1، مطبعة الداودي، سوريا، 2008.

91.محمود سيد التحيوي ،الصفة غير العادية في الدعوى وأثرها في رفع الدعاوى القضائية ،دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية،2002

92. محمود محمد هاشم،قانون القضاء المدني،ج2،دار الفكر العربي،القاهرة،د س ن .

93. مسعودي عبد الله، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار هومه، الجزائر، 2009.

94. مسلم أحمد،أصول المرافعات التنظيم القضائي و الإجراءات و الأحكام في المواد المدنية و التجارية و الشخصية ، د ط، دار الفكر العربي ، القاهرة، 1963.

95. المصري محمد وليد هاشم،شرح قانون أصول المحاكمات المدنية،عمان، دار قنديل للنشر والتوزيع،د ب ،2003.

96. مصطفى مجدي هرجه، عوارض الخصومة (وقف الخصومة بأنواعها – انقطاعها، سقوطها وانقضاؤها بمضي المدة و تركها)،دار محمود للنشر والتوزيع، د ب ن ،2003.

97. مصطفى محمود الشربيني، بطلان إجراءات التقاضي أمام القضاء الإداري، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2006.

98. معوض عبد التواب، الموسوعة النموذجية في الدفوع،ج 1، في الدفوع المدنية و التجارية، دار الفكر الجامعي بالاسكندرية،1999.

99. معوض عبد التواب،الموسوعة النموذجية في الدفوع،ج 1 ،دار الفكر الجامعي،1999.

100. مفلح عواد القضاه، أصول المحاكمات المنية و التنظيم القضائي، الطبعة الأولى، 2004 دار الثقافة للنشر و لتوزيع.

101. مليجي أحمد، ركود الخصومة المدنية بسب الشطب أو الوقف أو الانقطاع وفقا لقانون المرافعات وآراء الفقه وأحكام المحاكم ، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.

102. منير محمد الجنبيهي و ممدوح محمد النبيهي، الدفوع التجارية ،طبعة 1، دار الفكر الجامعي للنشر،الاسكندرية،2004.

103. المهدي إبراهيم كشبور و عبد الله سالم أبوعود ، قانون المرافعات المدنية والتجارية وتعديلاته حتى عام 2007،مكتبة 5 التمور،ليبيا ،2007.

104. ناصر فتحي بدوي ، الأحكام المنعدمة والدعاوى الأصلية ببطلانها في ضوء قانون المرافعات المدنية والتجارية طبقا لأحدث التعديلات ، دار عمار للنشر والتوزيع ، مصر، 2022.

105. نبيل إسماعيل عمر،الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني،ط 1،منشأة المعارف،الإسكندرية،1981.

106.نبيل صقر ، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (قانون رقم 08 – 09 مؤرخ في فبراير سنة 2008، دار الهدى، الجزائر، 2008.

107.نشأت الأخرس، :شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، ج 1، " التنظيم القضائي والاختصاص والقضاء المستعجل"، دار الثقافة، 2010.

108.هشام الطويل ، الدفع بعدم قبول الدعوى في قانون المرافعات والقوانين الخاصة ،منشأة المعارف ، مصر ، 2000.

109.وجدي راغب،مبادئ الخصومة المدنية،ط1،دار الفكر العربي،القاهرة،1978.

110.الياس أبو عيد، نظرية الدعوى في أصول المحاكمات المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1 ،بيروت، لبنان، 2010.

111.ياسين الدركزلي، شرح أحكام التبليغ، والمواعيد والبطلان في قانون أصول المحاكمات السورية، الطبعة الثّانية، المكتبة القانونية، دمشق، سوريا، 2002.

112.يحي بكوش، الاحكام القضائية و صياغتها الفنية ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر سنة 1984.

113.يوسف دلاندة ، قانون الإجراءات المدنية مدعم بالاجتهادات القضائية، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر ،2000

114.يونس محمود مصطفى، نظرات في الإحالة لعدم الاختصاص القضائي، ط 1، دار النهضة العربية ،القاهرة ،1998.

المراجع الأجنبية

1. Bernard hemery La procédure devant le conseil constitutionnel .in la question prioritaire de constitutionnalité sous la direction de Dominique rousseau .lextenso éditions. Gazette du palais 2010.

2. Christian Gabolde Procédure Des Tribunaux Administratifs D'appel .Dalloz 6eme Edition 1997,p 86.

3. EMMANUEL Bianc, Nouveaux Code De La Procédure Civile, Dalloz Paris, 1985.p169

4. Etienne Vergès, procédure civile‹presses universitaires de Grenoble‹France, 2007,p43.

5. Jean Vincent Serge Guinchard, procédure civile27[e]edition, DALLOZ, p 609.
6. Julien bonnet. le contrôle de la loi par le juge ordinaire ou les carences de la question préjudicielle en appréciation de la constitutionnalité des lois.in .www .droitconstitutionnel.org/ congres Paris/ comc5/ bonnet TT.pdf. P7.
7. Marec guillaume.la question prioritaire de constitutionnalité.IN www.consielconstitutionnel .fr/../qpc_19fevrier2019pdf .p10.
8. Rousseau (D.) : droit du contentieux constitutionnel , préface de Georges Vedel, 7éme édition, Beyrouth, Montchrestien-Delta, 2006,p 1.
9. Xavier Magnon, la question Prioritaire de constitutionnalité Pratique et Contentieux: A Jour au 1 Novembre 2010; P12.

القوانين الوطنية

1. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجريدة الرسمية رقم 76 المؤرخة في 08 ديسمبر 1996 المعدل والمتمم بالقانون رقم 16 – 01 المؤرخ في 06 مارس 2016 ،الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 07 مارس 2016.

2. القانون العضوي 18–16 المؤرخ في: 22 ذي الحجة عام 1439 الموافق 2سبتمبر سنة 2018 ، المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، والذي بدأ سريان مفعوله ابتداءا من تاريخ:07 مارس 2019.

3. القانون العضوي 05/ 11 المتعلق بالتنظيم القضائي ،المؤرخ في 17،07،2005 ، ج ر العدد 51 لسنة 2005

4. القانون 09/08 المؤرخ في 18صفر 1429الموافق ل 25فيفري2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الصادر ب ج .ر العدد . 51

القوانين الأجنبية

1. قانون المرافعات العراقي
2. قانون المرافعات المصري
3. قانون المرافعات الفرنسي

4. القانون الأساسي رقم 50 لسنة 2015 المؤرخ في 03 ديسمبر 2015 المتعلق بالمحكمة الدستورية التونسية.

5. لقانون التنظيمي رقم (13-066) المتعلق بالمحكمة الدستورية المغربية، الجريدة الرسمية، عدد (6288) الصادرة بتاريخ 4 سبتمبر 2014.

6. Loi organique n° 200 -1 2) du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 1-1) de la constitution de la République Française, JORF n° 2) du 11 décembre 2009

7. مشروع القانون التنظيمي رقم 86-15 المتعلق بتحديد شروط واجراءات تطبيق الفصل 133 من الدستور، صيغة 15 ديسمبر 2018 ،الجريدة الرسمية المغربية.

المقالات

1. أوصيف سعيد ،آثار التأسيس الدستوري لآلية الدفع بعدم الدستورية، مقال منشور بمجلة صوت القانون ،جامعة خميس مليانة ،الجزائر ، المجلد 7، العدد1 ،2020.

2. بدوي علي ،التسوية القضائية في القانون التجاري ،مقال منشور م قض، العدد 2 ،2003.

3. بن صديق فتيحة و هاملي محمد،الدفع بعدم الدستورية في النظام الدستوري الجزائري: مؤشر التوجه نحو الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، مقال منشور بمجلة الأكاديمية للبحث القانوني ،جامعة بجاية ،الجزائر ، المجلد 12، العدد2021،2.

4. تاج السر محمد حامد، التجربة السودانية في تطبيق الطرق البديلة لحل المنازعات و ملامح القانون الجديد ،مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الخاص، ج 2،الجزائر 2008، ص،525.

5. جعفر المغربي، الإحالة لعدم الاختصاص في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد العشرون، ع الثامن،2005.

6. جيلالي عبد الحق ، عوارض الخصومة القضائية و الجزاء الإجرائي المترتب عنها في التشريع الجزائري، مقال منشور بمجلة قبس للدراسات الإنسانية و الإجتماعية ،جامعة الوادي ، المجلد 36، العدد2019،2.

7. حليمة حبار، دور القاضي في الصلح و التوفيق بين الأطراف على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية،مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الخاص، ج1،الجزائر 2008.

8. خذيري حنان ، الدفع بعدم دستورية القوانين – مضمون وأبعاد التعديل الدستوري لسنة 2020 ، مقال منشور بمجلة الحقوق و الحريات ،جامعة بسكرة ،الجزائر ، المجلد 10، العدد 1 ،2022 .

9. خرشي الهام و خلاف وردة ،أثر التكريس الدستوري لآلية الدفع بعدم الدستورية على نظام الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر ، مقال منشور بمجلة الأداب و العلوم الإجتماعية ،جامعة سطيف ،الجزائر ، المجلد 19، العدد 1،2022.

10.الزكراوي محمد، الدفع بعدم دستورية قانون ساري المفعول المحال على أنظار المحكمة الدستورية على ضوء مشروع القانون التنظيمي رقم 15.86 المخالفة الموضوعية للدستور والانحراف التشريعي، مجلة منازعات الأعمال ، العدد4،2020.

11.زهير لعلامة ،آثار توسيع صلاحية إخطار المجلس الدستوري على فعالية الرقابة على دستورية القوانين من خلال التعديل الدستوري 2016 ، مقال منشور بمجلة أبحاث قانونية و سياسية ،جامعة جيجل ،الجزائر ، المجلد 2، العدد 2 ،2017 .

12.سعيد سيف السبوسي ، عوارض الخصومة القضائية وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم 11لسنة 1992 وتعديلاته(دراسة وصفية تحليلية)،منشور بمجلة الحقوق و العلوم الإنسانية ،جامعة الجلفة ، المجلد 12، العدد1 ،2019.

13.سليمة قزلان ،أبرز الملامح الأساسية لآلية الدفع بعدم الدستورية الاخيرة لسنة 2016، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية و السياسية،جامعة الجزائر 1 ،الجزائر ، المجلد 54، العدد 1،2017 .

14.طاهري يحى، الدفوع بعدم القبول بين الواقع العملي والاطار القانوني والاختلاف الفقهي، ، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية ، جامعة الجزائر 1 ، المجلد 58، العدد1 ،2021.

15.الطزيز معاذ، قواعد إحالة الدعوى المدنية من محكمة النقض إلى محكمة الموضوع، مجلة مساواة، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاة "مساواة"، عدد نيسان/ إبريل 2009.

16.عادل اللوزي،سلط القاضي الأردني في الحكم بالإحالة لعدم الاختصاص، مجلة المنارة، المجلد 13، ع8، 2007.

17.عامر بورورو ، الطرق البديلة لحل النزاعات في القانون التونسي ، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الخاص، ج1،الجزائر 2008، ص ص 335. 336.

18. عبدالعزيز اللصاصمة،مخالفة قواعد الاختصاص، وأثر الإحالة في تسهيل إجراءات التقاضي، المجلة الأردنية في العلوم القانونية والعلوم السياسية، المجلد 5، العدد (1)، كانون ثاني 2013.

19. عسالي عبدالكريم و قشيو وردية ، الدفع بعدم القبول في الدعوى بين حماية حق المتقاضي واستقرار العمل القضائي،مقال منشور ب مجلة الباحث في العلوم القانونية و السياسية ، جامعة آفلو ، العدد4 ، 2020.

20. عطا الله عمر فتحي،مدى التزام محاكم مجلس الدولة بالأحكام الصادرة بالإحالة من محاكم القضاء العادي،مجلة التنمية الإدارية، مصر، س30، ع140، 2003.

21. عليان بوزيان، أستاذ محاضر بكلية الحقوق جامعة تيارت: آلية الدفع بعدم الدستورية وأثرها في تفعيل العدالة الدستورية، مجلة المجلس الدستوري العدد 02 سنة 2013.

22. عمار روانية، التقادم المكسب",مقال منشور في م ق ج2، 2004 ، ص 110.

23. عمار عباس، انفتاح القضاء الدستوري على المتقاضين ومساهمته في تنقية النظام القانوني من القوانين الماسة بالحريات، والحقوق في الدساتير المغاربية، تونس والغرب نموذجان، مقال منشور بمجلة المجلس الدستوري ، عدد 7 ، 2016.

24. عمار عباس، انفتاح القضاء الدستوري على المتقاضين ومساهمته في تنقية النظام القانوني، مجلة المجلس الدستوري، العدد7 الجزائر 2016.

25. عمار معاشو ، إشكالات التقاضي في النزاع العقاري أمام القضاء الإداري ،م م د العدد 8 ،2006.

26. عمر زودة، نظام البطلان في قانون الإجراءات المدني ة والإدارية، مقال منشور بمجلة المحكمة العليا لسنة 2012 ،العدد الثّاني

27. العيساوي حسين ،الدفع بعدم الدستورية أمام المجلس الدستوري ، مقال منشور مجلة المحامي ، عدد 32 ، الجزائر، 2019.

28. فرس علي عمر الجرجري ،الدفوع بعدم القبول ، مقال منشور بمجلة الرافدين ،كلية الحقوق ، جامعة الموصل،العراق ، العدد37 ،2008.

29. فضيلة أفقير ، دعوى الدفع بعدم دستورية القوانين في القضاء الدستوري الجزائري من المجلس الدستوري إلى المحكمة الدستورية ، مقال منشور بمجلة الدراسات القانونية ،جامعة المدية ،الجزائر ، المجلد 8، العدد 1 ،2020 ،

30.قارة شاكر ، تأثير الدفع بعدم الدستورية على سير المحاكمة، مقال منشور مجلة المحامي ، الجزائر ،عدد32 ، 2019.

31.كراطار بن حواء مختارية ، صلاحيات القاضي في الصلح التلقائي للخصوم ، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الخاص، ج2،الجزائر 2008.

32.كمال حمريط ،الدفع بعدم دستورية القوانين في التعديل الدستوري الجزائري 2016 (دراسة مقارنة)، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية و الإجتماعية ،جامعة الجلفة ،الجزائر ، المجلد 3، العدد 1 ،2018.

33.لبيض ليلى و علي خوجة خيرة، النظام القانوني للبطلان في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري 09/08، مقال منشور بمجلة الحقوق و العلوم الإنسانية ،جامعة الجلفة ، المجلد 11، العدد1، 2019.

34.لعربي شحط عبد القادر، عوارض الخصومة في القانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ،مجلة الراشدية للدراسات وللبحوث العلمية ، جامعة معسكر، عدد 2 الجزائر، 2010.

35.محمد و بن يحيى شهيناز ، الإحالة كآلية لإخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم دستورية القوانين ، مقال منشور بمجلة أفاق علمية ،المركز الجامعي تمنراست ،الجزائر ، المجلد 13، العدد 3 ،2021.

36.محمد بركات ، عوارض الخصومة في ظل القانون 09/08، منشور بمجلة المفكر ،جامعة بسكرة ، المجلد 7، العدد1 ،2012.

37.محمد محمد عبد اللطيف، المجلس الدستوري في فرنسا والتعديل الدستوري في 23 يونيو 2008 ،بحث منشور بمجلة الحقوق الكويت، العدد الثالث السنة 34 ،سبتمبر2010.

38.مسعود شيهوب، المجلس الدستوري: قاضي انتخابات، مجلة المجلس الدستوري العدد الأول، سنة 2013.

39.مولاي عبدالمالك و فنينخ عبدالقادر ، الدفع بوجود اتفاق التحكيم في المنازعات العمالية، مقال منشور بمجلة قانون العمل و التشغيل ، جامعة مستغانم ،المجلد 6 ، العدد 3، 2021.

40.مولاي عبدالمالك ، الدفع بعدم الإختصاص الإقليمي امام القاضي العقاري ، منشور بمجلة القانون العقاري و البيئة جامعة مستغانم ، المجلد 7، العدد2 ،2019.

41.مولاي عبدالمالك ، الدفع بعدم القبول لإنتفاء الشروط الخاصة للدعوى، مقال منشور بمجلة القانون العقاري و البيئة جامعة مستغانم ، المجلد 7، العدد1 ،2019

42.نوري مزرة جعفر، المجلس الدستوري الجزائري بين النظرية والتطبيق، المجلة الجزائرية للعلوم الاقتصادية والسياسية، رقم 4، لسنة 1990.

43.هلال العيد ، إجراءات الدفع بعدم الدستورية أمام القاضي المدني في الجزائر وفي فرنسا ، مقال منشور مجلة المحامي ، الجزائر،عدد32 ، 2019.

44.هيثم حسين الشافعي، دور الرقابة القضائية على دستورية القوانين في حماية الحقوق والحريات العامة، دراسة مقارنة، مجلة دراسات إسلامية معاصرة، جامعة كربلاء، العراق، العدد2012.

45.يحياوي عبد المالك وخليل عمر، عوارض الخصومة في التشريع الجزائري ، منشور بمجلة إيليزا للبحوث و الدراسات ،المركز الجامعي إيليزي ، المجلد 6، العدد 2021،2.

46.يعيش تمام شوقي ، أحكام تقديم الدفع بعدم دستورية القوانين في التعديل الدستوري الجزائري 2020 – بين متطلبات التأصيل الدستوري وتجليات التأطير القانوني – (دراسة مقارنة) ، مقال منشور بمجلة الإجتهاد القضائي ،جامعة بسكرة ،الجزائر ، المجلد 13، العدد 2 ،2021.

الأطروحات و الرسائل

الدكتوراه

1. إبراهيم أمين النفياوي، مسؤولية الخصم عن الإجراءات (دراسة مقارنة في قانون الإجراءات)، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، مصر، 1987.

2.بن ددوش نضرة ، إنقضاء الإلتزام دون الوفاء به في القانون الوضعي و الفقه الإسلامي ، أطروحة دكتوراه في القانون ، جامعة وهران ، الجزائر ، 2011/2010.

3.جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، رسالة دكتوراه،،جامعة عين شمس، دار النهضة العربية، مصر ، القاهرة سنة 1954المحدثة في سنة 1999.

4.حمد سليمان الرشيدي النظرية العامة للجزاء الإجرائي في قانون المرافعات دراسة مقارنة في القانونين الكويتي و المصري ، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة ،2012 .

5.خيري عبد الفتاح السيد البتانوني، الإعلان القضائي وضماناته في القانون المقارن رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، كلية الحقوق، مصر، 2005.

6.رمزي محمود نايف هيلات، القرار الإداري بين البطلان والانعدام، دارسة مقارنة، رسالة دكتوراه، تخصص قانون إداري، جامعة عمان العربية، الأردن، 2005.

7. رمضان إبراهيم، التناقض الإجرائي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، مصر، 2004.

8. الصغير عبدالله أحمد المفلح ،بطلان العمل الإجرائي في قانون أصول المحاكمات المدنية ، أطروحة دكتوراه ، الجامعة الأردنية ، عمان ، الأردن ، 2007.

9. عبد الحكيم عباس قرني عكاشة، الصفة في العمل الإجرائي في قانون المرافعات المصري والمقارن، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 1995.

10. محمد الصاوي مصطفى إبراهيم، الشّكل في الخصومة المدنية في التشريع المصري و الفرنسي، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، كلية الحقوق، د س ن.

الماجستير

1. حميداني محمد ، الدفوع الشكلية على ضوء الإجتهاد القضائي، رسالة ماجيستر، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر،2005/2004.

2. عبد العزيز محمد العبد اللطيف، أحكام البطلان في نظام المرافعات السعودي على ضوء الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2004.

3. مراد مخلوفي، البطلان في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون(فرع القانون الخاص)، كلية الحقوق ، الجزائر، 2008/2007.

البحوث

1. أغليس بوزيد ، البعد القانوني لتنظيم الدفع بالبطلان في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون ب الدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر .

2. بن عمارة محمد،ماهية الدفع بعدم القبول في القانون الجزائري والمقارن، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون ب الدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر .

3. بن دياب مسينيسا ، فعالية دور القاضي في التخفيف من آثار الدفوع الشكلية، دراسة تحليلية للسياسة التشريعية واجتهادات المحكمة العليا، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون ب الدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر .

4. بن سعيد صبرينة و سميحة براهيمي، العوارض المؤدية إلى انقضاء الخصومة دون الفصل في موضوعها "الدفوع الشكلية" ، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون بالدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر2018 ، جامعة بجاية، الجزائر.

5. بن يوب جهيد و تواتي غيلاس، مدى التوازن بين السلطات في إثارة عدم الدستورية: قراءة في النظام القانوني لآلية الدفع بعدم الدستورية المستحدثة، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون ب الدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر .

6. بهلول نادية، الدفع ببطلان الأعمال الإجرائية من حيث الشكل ، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون ب الدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر .

7. بوبشير محند أمقران ، الإشكالات العملية للدفوع الإجرائية وبعدم القبول أمام القضاء المدني مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون ب الدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر.

8. بودة محمد، قراءة دستورية في آلية الدفع بعدم الدستورية، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون ب الدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر .

9. تعويلت كريم،النظام القانوني للدفع باتفاق التحكيم وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون بالدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر2018 ، جامعة بجاية، الجزائر

10. تيزرارين زهرة، جزاء العمل الإجرائي المعيب، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون ب الدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر.

11. جقريف الزهرة ، خصوصية النظام الإجرائي للدفوع الشكلية في ظل القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون بالدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر.

12. خلفي عبد الرحمان و بركاني أعمر،الدفع بعدم القبول في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون ب الدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر .

13. دالي بشير ، إثارة الدفوع من قبل أطراف الدعوى، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون ب الدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر .

14. دالي بشير، إثارة الدفوع من قبل أطراف الدعوى، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون بالدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية، الجزائر.

15. راشدي سعيدة، بطلان الإجراءات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون ب الدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر.

16. ساعد العقون و مرية العقون ، ضوابط الدفع بعدم الدستورية من خلال القانون العضوي 18- 16 ودوره في حماية الحقوق والحريات ، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون ب الدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر .

17. سرايش زكريا، إشكالية الدفع بعدم القبول في حالتي الدفع بحجية الشيء المقضي وباتفاق الوساطة، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون بالدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر .

18. سقلاب فريدة،الآثار المترتبة على الحكم بصحة الدفع بعدم القبول في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون بالدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر .

19. طباع نجاة، خصوصية النظام الإجرائي للدفع بعدم القبول ، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون بالدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر.

20. عبد الرشيد طبي ، دور الهيئات القضائية في تفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية ، مداخلة ألقاها خلال الندوة الدولية المنعقدة بالمجلس الدستوري يومي 23و24 فبراير 2020 حول " حماية الحقوق والحريات".

21. فتوس خدوجة، تفاوت الدفوع غير الموضوعية: بين القوة والضعف في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون ب الدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر .

22. فنينخ عبد القادر و بوسماط مختارية الطبيعة القانونية للدفع بعدم قبول الدعوى والاشكالات العملية التي يثيرها ، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون بالدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر .

23. قحموص نوال، بطلان الإجراءات الشكلية في المواد المدنية طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون ب الدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر.

24. قصري ناسيم ، الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي: قواعد مقررة بأحكام غامضة، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون بالدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر .

25. كمال العطراوي و بوهنتالة ياسين، الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون ب الدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر .

26. كمون حسين و ربيع زهية، قراءة تحليلية لأحكام رقابة الدفع بعدم الدستورية في ضوء القانون العضوي رقم 18-16، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون ب الدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر.

27. كويسي وليد و بن هبري عبد الحكيم، مدى جواز الدفع بالبطلان الاجرائي أو التمسك بمخالفة قاعدة أو أشكال جوهرية في الإجراءات عند تخلف إجراء محاولات الصلح في قضايا فك

الرابطة الزوجية ، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون ب الدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر.

28. لحضيري وردية و إسعد فاطمة، تنظيم الدفع بعدم القبول في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون بالدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر.

29. محمد محجوبي ، دور التحكيم في حل المنازعات الإدارية في ضوء القانون المغربي ، مداخلة ضمن اليومان الدراسيان حول الطرق البديلة لحل المنازعات (الصلح ،الوساطة ، التحكيم) ،يوم 15-16 جوان 2088 ، المحكمة العليا ، الجزائر.

30. مسعود شيهوب ، أثار الدفع بعدم الدستورية ، مداخلة ألقاها بمناسبة الندوة الوطنية حول الدفع بعدم الدستورية المنظمة من طرف وزارة العدل بالتعاون من برنامج الأمم المتحدة للتنمية يومي 10-11 ديسمبر 2018 ، الجزائر العاصمة

31. معيفي لعزيز و صايش عبد المالك، تكريس مبدأ سمو الدستور من خلال آلية الدفع بعدم الدستورية في ضوء التعديل الدستوري لسنة 2016، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون ب الدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر .

32. نجومن سناء، طبيعة الحكم الفاصل في الدفوع الإجرائية وأثره على سير الخصومة، مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون ب الدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر .

33. واسطي عبدالنور ، الدفع بعدم الإختصاص الإقليمي امام القاضي المدني (الواقع و المأمول)،مداخلة ضمن ملتقى وطني المعنون ب الدفوع غير الموضوعية المثارة امام القضاء المدني يوم 12 ديسمبر 2018 ، جامعة بجاية ، الجزائر.

القرارات القضائية القضائية

1. قرار رقم 160.246 مؤرخ في 1998/02/17، م.ق 1998، ع 01

2. قرار رقم149،274 مؤرخ في 1997/12/09 مجلة قضائية 1998 عدد 1.

3. قرار رقم 743، 109 المؤرخ في 1993/09/27، م ق 1994، عدد 01.

4. قرار مؤرخ في 1985/03/04، ملف رقم 34899 ،م ق لسنة ،1990 العدد 1.
5. رقم 38.331 المؤرخ في 1985/11/04 مجلة قضائية 1989 عدد 01

6. قرار رقم 31.432 مؤرخ في 1983/05/30، م.ق 1989، عدد01.
7. قرار رقم 35.724 مؤرخ في 1985/01/09، م.ق 1989، عدد 03.

المواقع الإلكترونية

http://hamoudi.org/arabic/dialogue-of-intellenct/22/05.htm

1. حياة، حاجي، الدفوع الشكلية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، 2009، مقال منشور على موقع وزارة العدل الجزائرية.www.courdetebessa.mjustice.dzdocunent .

2. علي عيسى اليعقوبي، "تعديل 21 تموز 2008 الدستوري و أثره في تطور الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا" الرابط الإلكتروني:
3. المنكوش محمد هاشم، الدفع بعدم الاختصاص الوظيفي أو النوعي، منشور على الموقع التالي:www.lawuokerbala.edu.iq .
4. يسري محمد العصار، الجمع بين الرقابة السابقة واللاحقة على الدستورية في فرنسا بمقتضى التعديل الدستوري لعام 2008. كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، د.ت، متاح على الموقع: eg.gov.hccourt :/http//:

العنوان	الصفحة
إهداء	
كلمة شكر	
قائمة المختصرات	
مقدمة	01
الباب الأول : الدفوع غير الموضوعية المتعلقة بعدم صحة إجراءات الخصومة	10
الفصل الأول:الدفوع غير الموضوعية النسبية	11
المبحث الأول: الدفع بالبطلان المثار أمام القاضي المدني	11
المطلب الأول :ماهية البطلان الإجرائي	12
الفرع الأول: مفهوم البطلان الإجرائي	12
الفرع الثاني : العمل الإجرائي كمحل للبطلان	29
المطلب الثاني: التمسك بالبطلان وتصحيحه وآثار الحكم به	36
الفرع الأول: التمسك بالبطلان وزواله	36
الفرع الثاني: تصحيح البطلان	47
المبحث الثاني : الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي	59
المطلب الأول : ماهية الاختصاص الاقليمي	59
الفرع الأول : مفهوم الاختصاص الإقليمي	59
الفرع الثاني : معايير تحديد الاختصاص الإقليمي	60
المطلب الثاني: كيفية التمسك بعدم الاختصاص الإقليمي	72
الفرع الأول : طبيعة الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي	72
الفرع الثاني : مآل الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي	74
الفصل الثاني : الدفوع غير الموضوعية المطلقة	77
المبحث الأول: الدفوع المتعلقة بالخصومة	77
المطلب الأول : الدفع بالإحالة لوحدة الموضوع و الإرتباط	78

الفرع الأول: شروط الدفع بالإحالة لوحدة الموضوع	78
الفرع الثاني: الدفع بالإحالة للإرتباط	81
المطلب الثاني: الدفوع الشكلية المتعلقة بإجراءات وعوارض الخصومة	84
الفرع الأول: الدفع المتعلق بمخالفة إجراءات الخصومة	85
الفرع الثاني : الدفع المتعلق بالعارضان المنهيان في الخصومة	97
المبحث الثاني :ماهية الدفع بعدم الاختصاص	105
المطلب الأول:التأطير القانوني للدفع بعدم الإختصاص النوعي	105
الفرع الأول:مفهوم الدفع بعدم الاختصاص النوعي	105
الفرع الثاني:معايير تحديد الاختصاص النوعي	107
المطلب الثاني: التمسك بعدم الاختصاص النوعي	116
الفرع الأول :طبيعة الدفع بعدم الاختصاص النوعي	116
الفرع الثاني : آثار اعتبار الدفع بعدم الاختصاص النوعي من النظام العام	117
الباب الأول : الدفوع غير الموضوعية الخاصة	122
الفصل الأول : الدفع بعدم القبول أمام القاضي المدني	123
المبحث الأول : ماهية الدفع بعدم القبول	124
المطلب الأول :مفهوم الدفع بعدم القبول	124
الفرع الأول: التعريف بالدفع بعدم القبول	124
الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للدفع بعدم القبول	136
المطلب الثاني :حالات الدفع بعدم القبول	143
الفرع الأول : الدفوع بعدم القبول المتعلقة بالمتقاضين	144
الفرع الثاني : الدفوع بعدم القبول المتعلقة بالدعوى	161
المبحث الثاني :أحكام الدفع بعدم القبول وآثارها	165
المطلب الأول : أحكام الدفع بعدم القبول	165
الفرع الأول : قواعد الدفع بعدم القبول.	165

الفرع الثاني :كيفية الفصل في الدفع بعدم القبول	170
المطلب الثاني :الآثار المترتبة على الحكم بصحة الدفع بعدم القبول	172
الفرع الأول : زوال الإجراءات والآثار المترتبة على إقامة الدعوى	172
الفرع الثاني : منع المحكمة من الفصل في موضوع الدعوى	175
الفصل الثاني: الدفع بعدم الدستورية المثارة أمام القاضي المدني	179
المبحث الأول: ماهية الدفع بعدم الدستورية	180
المطلب الأول: تعريف الدفع بعدم الدستوريــة	181
المطلب الثاني: شروط الدفع بعدم الدستورية و اجراءاته	184
الفرع الأول: شروط الدفع بعدم الدستورية	185
الفرع الثاني: اجراءات الدفع بعدم الدستورية	193
المبحث الثاني :إثارة المسألة الدستورية ذات الأولية الدفع	202
المطلب الأول:البث بعدم الدستورية القوانين استئناسا بالتجربة الفرنسية.	203
الفرع الأول: هيكلة المجلس الدستوري في ظل التعديل الدستوري 2016	204
الفرع الثاني : تفعيل صلاحيات المجلس الدستوري	205
المطلب الثاني :البث في المسألة الدستورية وفق قاعدة الأولية	208
الفرع الأول :المسألة الدستورية ذات الأولية ونظام التصفية	209
الفرع الثاني :شروط الدفع بعدم الدستورية ودوره في تنقية النظام القانوني من الأحكام الماسة بالحقوق المكفولة دستوريا	211
الفرع الثالث :آجال البث والآثار الناتجة عن الدفع بعدم الدستورية	215
الخاتمة	219
قائمة المراجع	222
الفهرس	245

ملخص

تأخذ نظرية الدفوع غير الموضوعية مكانة هامة في مؤلفات فقهاء القانون لما لها من أهمية عملية في مجال الخصومة القضائية ، و تعتبر هذه الدفوع مصطلحا إجرائيا مضمونه يعني الأداة الأخرى من أدوات استعمال الحق في الدعوى ، يملك صاحبها سلطة استعمالها من عدمه و إن تعلقت بالنظام العام و تخضع الدفوع الشكلية لجملة من المبادئ و الأحكام التي تشكل مجتمعة النظام القانوني الذي يحدد كيفية استعمالها منذ وقت إبدائها إلى غاية الفصل فيها ، و يؤدي قبولها إلى ترتيب آثار هامة.

Résumé

La théorie des défenses formelles prend une place importante dans les écrits des juristes en raison de son importance pratique dans le domaine du contentieux judiciaire, et ces défenses sont considérées comme un terme de procédure dont le contenu signifie l'autre outil d'utilisation du droit dans le procès, dont le titulaire a le pouvoir de l'utiliser ou non, même s'il est lié à l'ordre public et est soumis à Les exceptions formelles sont un ensemble de principes et de dispositions qui constituent collectivement le système juridique qui détermine la manière de les utiliser à partir du moment de leur introduction à la fin de leur décision, et leur acceptation conduit à ménager des effets importants.

Abstract

The theory of formal defenses takes an important place in the writings of jurists because of its practical importance in the field of judicial litigation, and these defenses are considered a procedural term whose content means the other tool of using the right in the lawsuit, whose owner has the authority to use it or not, even if it is related to public order and is subject to The formal defenses are for a set of principles and provisions that collectively constitute the legal system that determines how to use them from the time of their introduction to the end of their decision, and their acceptance leads to arranging important effects.