

الاتحاد الوطني لمنظمات المحامين
مَنْظَمَةُ الْمُحَاْمِيْنَ اَلْبَا حِيْز سَطِيْف



مَجَلَّةُ الْمُحَاْمِيْنَ

عدد: 30 / جوان 2018

مجلة دورية تصدر عن منظمة المحامين سطيف

في هذا العدد:

- النظام الأساسي للصندوق الاحتياطي الاجتماعي للمحامين.
- بحوث و دراسات :
 - < دور القاضي الإداري في الكشف عن عيب مخالفة القانون.
 - < السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في حالة التطبيق.
 - < L'arbitrage Economique.
- اجتهادات قضائية للمحكمة العليا.

مجلة المحامي

تصدر كل ستة أشهر
عن منظمة المحامين لناحية سطيف

هاتف/فاكس: 036.82.13.86

الموقع على الويب: www.avocat-setif.org

البريد الالكتروني: ordre.setif@gmail.com

رقم الايداع: 2909/2005

مدير المجلة

النقيب أحمد ساعي

batonnier_setif@yahoo.fr

رئيس التحرير

أ. قرمادي لامية

L.karmed_i_avocate@yahoo.com

الاخراج الفني و حجز

الصيد لخضر

محتويات العهد

- 05 كلمة رئيس التحرير
- 06 محامون متوفون
- 07 صور حول مختلف الفعاليات و نشاطات المنظمة
- 10 النظام الأساسي للصندوق الاحتياطي الاجتماعي للمحامين
- 15 دور القاضي الإداري في الكشف عن عيب مخالفة القانون
- 37 دور التحكيم التجاري في تسوية منازعات الاستثمار في ضوء
- 89 وسائل الدفع الإلكتروني
- 103 السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في حالة التخليق
- 135 اشكالية اقتران حادث عمل مع حادث مرور
- 182 من اجتهادات المحكمة العليا
- 05 L'arbitrage économique dans les contentieux internationaux
- 01 Le pouvoir discrétionnaire du président du tribunal criminel

قواعد وإجراءات النشر في المجلة

تختص "مجلة المحامي" التي تصدر بشكل دوري وتقدم بحوث علمية تكتب بأقلام المحامين و القضاة و الموثقين و المحضرين القضائيين و الصحفيين و كل من له علاقة بأسرة القانون وأساتذة و باحثي الجامعات و تقدم الأعمال باللغة العربية أو الفرنسية أو الانجليزية. قواعد تقديم البحث:

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

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

ثالثاً: لا تقبل المساهمات التي سبق نشرها.

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

هيئة التحكيم تتشكل من الأساتذة الآتي أسمائهم:

1 - الأستاذ / عزيز مصطفى .

2 - الأستاذ / خلفي عبد الرحمان .

3 - الأستاذ / زياد عبد الحكيم.

4 - الأستاذ/ مهملي ميلود

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

كلمة رئيس التحرير

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

يصدر هذا العدد من مجلة المحامي لمنظمة المحامين لناحية سطيف ثريا و متنوعا، شاملا دراسات و قرارات صادرة عن المحكمة العليا أساسا.

و يتضمن هذا العدد باقة متنوعة من الابحاث و الدراسات في مختلف فروع القانون، المقالات التي امغزى منها ان تكون اضافة علمية و مرجع يستدل به لأهمية المواضيع و قيمتها بالرجوع و الاستناد و الاستدلال بها.

و المجلة تهدف دائما الى تنشيط قنوات التواصل الفكري بين هيئة الدفاع و القضاء و بين الجامعة و تبقى دائما مجلة المحامي تشجع هذا التواصل و تدعو كافة الزملاء و المطلعون على محتوى المجلة المشاركة في اثرائها بكتاباتهم و بحوثهم و تعليقاتهم على القرارات.

و نتمنى ان نوفق في عملنا و ان تكون المجلة اضافة علمية تؤدي من ورائها واجبا نحو المهنة النبيلة.

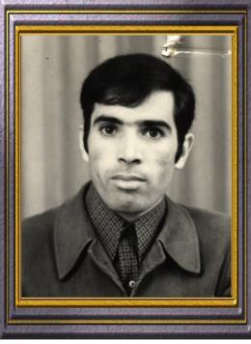
الأستاذة قرمادي لامية

مندوب النقيب مكلفة بالمجلة

زملاء فقدانهم، ينبغي تذكركم "عام 2018"

خبابة عبد الحق

تاريخ و مكان الإزدياد: 1940 / 11 / 09 سطيف



العنوان: سطيف

تاريخ التسجيل: 1981 / 02 / 19

تاريخ أداء اليمين: 1981 / 04 / 12

تاريخ الوفاة: 2018 / 01 / 23

عقون رابع فريد

تاريخ و مكان الإزدياد: 1980 / 01 / 09 سطيف



العنوان: سطيف

تاريخ التسجيل: 2009 / 10 / 10

تاريخ أداء اليمين: 2009 / 11 / 23

تاريخ الوفاة: 2018 / 05 / 01

رحمهم الله برحمته الواسعة

مسابقة أحسن مرافعة

2018/03/17



حفل تكريم فريق المنظمة لكرة القدم

بمناسبة تتويجه بأول كأس للاتحاد - نادي المحامين 14-04-2018



حفل الختان و الافطار الجماعي

نادي المحامين 2018/06/02



النظام الاساسي للصندوق الاحتياطي الاجتماعي للمحامين

(مصادق عليه بموجب مداولة من مجلس الاتحاد مؤرخة في 2018/01/27)

الباب الأول

تعريف الصندوق و مهامه و موارده

المادة الأولى: استحداث صندوق الاحتياطي الاجتماعي المنصوص عليه في المادة

107 من قانون تنظيم مهنة المحاماة و يسمى في صلب هذا النص "الصندوق".

المادة الثانية: يستفيد من خدمات هذا الصندوق المحامية و المحامي الممارس و ذوي

الحقوق في حالة الوفاة و المكفولين حسب التعريف الوارد في النصوص المتعلقة

بالضمان الاجتماعي و التقاعد.

المادة الثالثة: تتمثل مهام الصندوق و الخدمات التي يقدمها فيما يلي:

1- ضمان التغطية الصحية و الطبية للمستفيدين من خدماته.

2- التكفل بالأداءات النقدية الوقتية في حالة التوقف عن العمل بداعي المرض

و/أو الولادة.

3- التكفل بشكل دوري بمنحة العجز الكلي أو الجزئي عن ممارسة العمل بمنحة

تكميلية بعنوان العجز بسبب عاهة مستديمة تحول دون قيام المحامي بممارسة المهنة

حسب الشروط المحددة في النظام الداخلي.

4- أداء المنحة التكميلية للتقاعد المستفاد منه من طرف المحامي من قبل الهيئات المختصة بموجب النصوص السارية المفعول و ذلك وفق النسبة المحددة في النظام الداخلي لصندوق الاحتياط الاجتماعي للمحامين.

5- التكفل بأداء رأسمال وفاة في حالة وفاة محامي و/ أو المحامية حسب النسب و الأشكال المحددة.

6- خدمات اجتماعية أخرى تحدّد بموجب مداولة من مجلس المنظمة.

المادة الرابعة: تتكون موارد الصندوق من دمغة المحاماة المنصوص عليها بالمادة 119 من قانون المالية لسنة 2018.

المادة الخامسة: يتمتع الصندوق بالذمة المالية المستقلة و تعتبر موارده مستقلة استقلالاً مالياً كاملاً عن موارد منظمات المحامين و الاتحاد الوطني لمنظمات المحامين.

الباب الثاني

التنظيم الاداري و المالي للصندوق

المادة السادسة: يقوم مجلس الاتحاد بتسيير الصندوق و في هذا الصدد يتم مسك محاسبة على مستوى مجلس الاتحاد و تتضمن حاصل الدمغة على المستوى الوطني و جميع النفقات المتعلقة بالصندوق.

المادة السابعة: يقوم مجلس الاتحاد باعداد تقرير مالي سنوي حول تسيير الصندوق و يتم عرضه على الجمعية العامة السنوية للاتحاد للمصادقة عليه.

المادة الثامنة: يتعين على مجلس الاتحاد تعيين محافظ للحسابات يتولى مراقبة المحاسبة و اعتماد التقرير المالي طبقا للنصوص السارية المفعول.

المادة التاسعة: يقوم مجلس الاتحاد بدفع مستحقات الخزينة العمومية المقدرة بـ 0.5٪ كل ستة أشهر بعد خصم التكاليف.

المادة العاشرة: يتولى رئيس الاتحاد الوطني لمنظمات المحامين بتمثيل الصندوق لدى كافة السلطات القضائية و الادارية على المستوى الوطني.

المادة 11: تستحدث على مستوى كل منظمة جهوية لجنة للشؤون الاجتماعية تسمى في صلب هذا النص "اللجنة" و تتكفل بتسيير الصندوق على المستوى المحلي.

المادة 12: تتكون اللجنة من 5 أعضاء من أعضاء مجالس المنظمات يقوم بتعيينهم نقيب المحامين من بينهم الرئيس و أمين المال.

المادة 13: تقوم اللجنة بفتح حساب جاري اجتماعي بالبنك تودع فيه جميع مداخيل الصندوق و يكون هذا الحساب البنكي مستقلا من حساب منظمة المحامين.

المادة 14: يتولى رئيس اللجنة تمثيل الصندوق لدى كافة السلطات القضائية و الادارية على المستوى المحلي.

المادة 15: تتداول اللجنة حول الأداءات و الخدمات المقدمة من طرفها و الطلبات الواردة اليها من المستفيدين بأغلبية الأصوات.

المادة 16: تقوم اللجنة بضبط الميزانية السنوية و ضبط نوعية الخدمات الاجتماعية المقدمة للمستفيدين.

المادة 17: يقدم رئيس اللجنة تقرير دوري لمجلس المنظمة حول نشاط اللجنة مشفوعا بالايادات و الخدمات المقدمة.

المادة 18: تتولى اللجنة اعداد نظام داخلي يحكم سير أشغالها.

المادة 19: تقوم اللجنة بتبليغ قرارها للمستفيد بالقبول أو الرفض في مدة لا تتجاوز 30 يوم من تاريخ ايداع الطلب.

المادة 20: يمكن للمعني بالأمر الطعن في قرار اللجنة في أجل 15 يوم من تاريخ تبليغ قرار اللجنة أمام مجلس المنظمة.

المادة 21: ان قرار مجلس المنظمة المذكور في المادة السالفة الذكر قابل للطعن أمام مجلس الاتحاد في أجل 30 يوم من تاريخ التبليغ و يكون قرار مجلس الاتحاد ملزم للجنة المحلية، و ملزمة بتنفيذه.

المادة 22: يمكن للجنة تقليص خدماتها أو تجميدها اذا كانت ايرادات الصندوق غير كافية للتكفل بالطلبات المقدمة.

المادة 23: يقوم رئيس اللجنة بعرض تقرير أدبي و تقرير مالي مشفوع باعتماد محافظ الحسابات للجمعية العامة السنوية للمحامين للمصادقة عليها.

المادة 24: يتضمن التقرير الادبي و المالي المشار اليه في المادة 23 نشاط اللجنة و الخدمات المقدمة مع ذكر نوعيتها و المستفيدين منها.

المادة 25: يتضمن التقرير المالي تسجيل جميع المداخل و التكاليف.

المادة 26: يتعين على رئيس اللجنة تبليغ التقرير الادبي و المالي الى رئيس الاتحاد خلال 15 يوما من تاريخ المصادقة عليه.

المادة 27: يوم مجلس الاتحاد بممارسة الرقابة على التقرير الادبي و المالي المقدم له من طرف اللجان المحلية و له في ذلك:

1- الفصل في الطعون الموجهة اليه ضد قرارات اللجان المحلية خلال 30 يوم من تاريخ الاخطار.

2- ابداء التحفظات حول التقرير المالي للجنة.

3- تقديم التوصيات بشأن الخدمات الاجتماعية الاضافية بناء على الاقتراحات المقدمة من طرف الجمعية العامة للمحامين.

المادة 28: يمكن لمجلس الاتحاد تعديل بنود هذا النظام الاساسي بموجب مداولة.

عن مجلس الاتحاد

رئيس الاتحاد

الاستاذ أحمد ساعي

دور القاضي الإداري في الكشف عن عيب مخالفة القانون في القرارات التي يصدرها الوالي

إسماعيل بوقرة أستاذ محاضر - أ -

رئيس المجلس العلمي بكلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة عباس لغرور - خنشلة -

علاء الدين قليل / طالب دكتوراه.

جامعة عباس لغرور - خنشلة -

ملخص

إن المركز القانوني المهم الذي يتمتع به الوالي في منظومة الإدارة المحلية الجزائرية نتيجة لتمتعته بالازدواجية في الاختصاص، جعلته يمارس عديد الصلاحيات و الاختصاصات، ما من شأنه المساس بالمراكز القانونية للأفراد، نتصدى من خلال هذا المقال إلى دور القاضي الإداري في حماية حقوق و حريات الأفراد من خلال الكشف و التصدي لقرارات الوالي المشوبة بعيب مخالفة القانون.

الكلمات المفتاحية: الوالي - القرارات الإدارية - القاضي الإداري.

Abstract

The justice controlling is an effected tool in establishing a loyal state , also the enjoying of the wali by the character of double functions, would prejudice the rights and liberties of individuals, we study in this article the role of administrative law judge, in the control of the decisions of the wali contrary to the law.

Key words: the wali- the administrative decision-administrative law judge.

مقدمة

يحتل الوالي مكانة هامة جدا و متميزة في هرم الإدارة المحلية الجزائرية، حيث يتمتع بازدواجية الاختصاص، فتارة يمثل الدولة على مستوى الولاية، و تارة يمثل الولاية نفسها، و بمناسبة ذلك يقوم الوالي بإصدار عديد القرارات الإدارية، استنادا إلى صلاحياته الموزعة عبر نصوص قانونية عديدة، هذه القرارات الإدارية من شأنها المساس لا محالة بحقوق و حريات الأفراد، لكن باعتبار أن السلطة القضائية هي حامية المجتمع و الحريات، و تضمن للجميع و لكل واحد المحافظة على حقوقهم و حرياتهم الأساسية يمكننا أن نتساءل:

- إلى أي مدى وضع المشرع الجزائري بين أيدي القاضي الإداري الضمانات و الوسائل القانونية الكفيلة بالكشف عن عيب مخالفة القانون في القرارات التي يصدرها الوالي؟.

للإجابة على هذه الإشكالية نتبع الخطة التالية:

- المبحث الأول: مكانة الوالي في نظام الإدارة المحلية الجزائري

- المبحث الثاني: رقابة القاضي الإداري على عيب مخالفة القانون في

القرارات الإدارية.

المبحث الأول: مكانة الوالي في نظام الإدارة المحلية الجزائري

إن للوالي دور شديد الأهمية في نظام الإدارة المحلية الجزائري، باعتباره يشكل الوساطة الرئيسية بين السلطة المركزية و الإدارة المحلية، ما يجعل الوالي يتميز بمكانة مهمة باعتباره موظفا ساميا في الإدارة المحلية، نتناول من خلال هذا المبحث المركز الوظيفي للوالي في التنظيم الإداري الجزائري (المطلب الأول) ثم نتطرق إلى تحديد حدود صلاحياته المزدوجة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المركز الوظيفي للوالي في التنظيم الإداري الجزائري: إن

الأهمية التي يكتسبها منصب الوالي في التنظيم الإداري ، تتجلى بداية في طريقة اختياره و تعيينه،

نتناول في هذا المطلب كيفية تعيين الوالي و الشروط العامة و الخاصة

المرتبطة به.

الفرع الأول: كيفية تعيين الوالي: لقد أوكل الدستور اختصاص تعيين

الولاية حصرا إلى رئيس الجمهورية دون غيره¹، كما لا يجوز له تفويض ذلك

لغيره²، للإشارة فانه سابقا كانت عملية تعيين الوالي تتم باقتراح من وزير الداخلية داخل مجلس الوزراء وفقا لما جاء في المرسوم 90-230، 3 لكن بعد صدور المرسومين الرئاسيين 99-239 و 99-240 4 فقد أصبح تعيين الولاية من اختصاص رئيس الجمهورية فقط، و يتم ذلك عن طريق مرسوم رئاسي⁵، كما يتم إنهاء مهامهم في الحالات الطبيعية بمرسوم رئاسي صادر عن رئيس الجمهورية⁶، و لا يوجد -حاليا- نص قانوني واحد يبين الشروط الموضوعية و المعايير التي بموجبها يتم تعيين الوالي و يحدد النظام القانوني الخاص به.

أولا- شروط تعيين الوالي: تنص مختلف نصوص القانون العامة و الخاصة المرتبطة بالوظيفة العامة على مجموعة من الشروط العامة الواجب توافرها في جميع المرشحين للوظيفة العامة، إلى جانب ذلك نجد بعض الشروط الخاصة التي توجدها و تتطلبها طبيعة المنصب و الوظيفة.

الفرع الثاني: الشروط العامة و الخاصة لتعيين الوالي: هناك شروط ينبغي توافرها في تعيين الولاية و تنقسم هذه الشروط إلى شروط عامة هي تلك الشروط المنصوص عليها في القوانين المتعلقة بالوظيفة العامة، و شروط خاصة هي التي تم النص عليها في قوانين و تنظيمات خاصة.

أولا- الشروط العامة: و تتمثل -أساسا- في الشروط التالية:

- شرط الجنسية⁷

- شرط التمتع بالحقوق المدنية و السياسية 8

- شرط السن و اللياقة البدنية 9، و تسوية الوضعية تجاه الخدمة الوطنية

ثانيا- الشروط الخاصة لتعيين الوالي:

خص المشرع الجزائري الملحق بالوظيفة العليا بعض الشروط الخاصة،

والمتمثلة في:

أ- شرط المستوى العلمي و التكوين الإداري

يجب على الملحق بالوظيفة العليا بالدولة شرط إثبات تكوين عالي أو

مستوى من التأهيل مساويا له، رجوعا إلى المادة 21 من المرسوم 90-226

نجدها تؤكد ذلك بالنص على " لا يعين في وظيفة عليا في الدولة ما لم تتوافر فيه

شروط الكفاءة و النزاهة، و يجب أن تتوافر فيه على الخصوص ما يلي:

- أن يثبت تكويننا عاليا أو مستوى من التأهيل مساويا لذلك...."

ب- الخبرة الإدارية و المهنية

بالرجوع إلى نص المادة 21 من المرسوم 90-226 و التي تنص على

"...أن يكون قد مارس العمل مدة خمس (5) سنوات على الأقل في المؤسسات

أو الإدارات العمومية أو في المؤسسات و الهيئات العمومية...." و هو ما

جسدته كذلك المادة 13 من المرسوم التنفيذي 90-230 التي تنص على تعيين

الولاية من بين الكتاب العامين للولايات و رؤساء الدوائر، نفس المادة تنص على

وجود فئة أخرى تمثلت فيما ما نسبته خمسة بالمائة خارج الفئتين السابقتين (الكتاب العامين، رؤساء الدوائر).

المطلب الثاني: صلاحيات الوالي

تجب الإشارة أن الوالي و نظرا لمركزه القانوني المتميز و المركب ، الذي جعله يتمتع بالازدواجية في الاختصاص و بمناسبة ذلك يمارس صلاحيات باعتباره ممثلا للولاية (الفرع الأول)، كما يمارس صلاحيات أخرى باعتباره ممثلا للدولة (الفرع الثاني).

- الفرع الأول: صلاحيات الوالي بصفته ممثلا للولاية

يمثل الوالي الولاية، و بمقابل ذلك فهو يمارس العديد من الصلاحيات بهذه الصفة، و التي نصت عليها المواد (102 إلى 109) من قانون الولاية 12-07 و المتمثلة -أساسا- في:

- تمثيل الولاية في جميع أعمال الحياة الإدارية و المدنية، و أمام القضاء
- تنشيط و مراقبة المصالح الولائية و مؤسساتها العمومية
- سلطة الإشراف على المصالح التابعة للولاية، و يمارس السلطة السلمية على جميع الموظفين التابعين للولاية.

- الفرع الثاني: صلاحيات الوالي باعتباره ممثلا للدولة

الوالي هو ممثل الدولة على مستوى الولاية و هو مفوض الحكومة، و بمناسبة هذا المركز القانوني يمارس صلاحيات مهمة و متعددة في مجالات منها (التنفيذ، الإشراف، الرقابة، التمثيل..) هذا في ظل الظروف العادية، كما تتوسع هذه الصلاحيات في ظل الظروف الاستثنائية، ما ينعكس سلبا و إيجابا على الأفراد داخل إقليم الولاية، فصلاحيات الوالي المزدوجة و المتنوعة مرتبطة أساسا بحقوق و حريات الأفراد، السياسية و الاقتصادية و الإدارية بل و حتى الشخصية منها داخل إقليم الولاية.

أولا- السلطات التنفيذية للوالي

يمارس الوالي مجموعة من الصلاحيات التنفيذية من أهمها:

- تنفيذ القوانين و التنظيمات على إقليم الولاية
- المحافظة على النظام العام و الأمن و السلامة و السكينة العامة
- تنفيذ القوانين و أوامر القضاء¹⁰

ثانيا- سلطة الإشراف و الرقابة و التمثيل:

والمتمثلة -أساسا- في ما يلي:

- تنشيط و تنسيق و مراقبة المصالح غير الممركزة للدولة المكلفة بمختلف قطاعات النشاط، إلا ما استثناه القانون.

- تمثيل السلطات المركزية على مستوى إقليم الولاية

- ممارسات سلطات الضبط القضائي وفق الأشكال التي حددها

القانون 11

- ممارسة السلطة السلمية و الرقابية على كل من رئيس المجلس الشعبي

البلدي 12 ورئيس الدائرة.

المبحث الثاني: رقابة القاضي الإداري على عيب مخالفة القانون في

القرارات الإدارية

تعتبر دعوى الإلغاء خصوصا، هي الإطار القانوني العام الذي يمارس من خلاله القاضي الإداري مهامه الرقابية على قرارات الوالي بغية الكشف عن عيب مخالفة القانون، كما نشير أن المشرع الجزائري لم يعرف مباشرة دعوى الإلغاء خاصة و الدعوى الإدارية عموما، أما بالنسبة إلى نصوص القوانين فتسمى تارة "الطعن بالبطلان" أو "دعوى تجاوز السلطة" أو "الطعن بالإلغاء" وهي التسمية التي وردت في نص المادة 9 من القانون العضوي 98-01 المتعلق بمجلس الدولة 13.

بينما يشير ق.ا.م.ا 14 في المواد 801 و 901 إلى مصطلح "دعوى الإلغاء" وهو ما يستوجب تدخل المشرع و ضبط المصطلح و توحيده، هذا و قد قدم الفقه المقارن عديد التعاريف لدعوى الإلغاء، فيعرفها الأستاذ الدكتور

سليمان الطماوي بأنها تلك الدعوى التي يرفعها أحد الأفراد إلى القضاء الإداري بطلب إعدام قرار إداري مخالف للقانون،

كما يعرف الأستاذ الدكتور عمار عوابدي بأنها هي " الدعوى القضائية الإدارية الموضوعية و العينية التي يحركها و يرفعها ذوو الصفة القانونية و المصلحة أمام جهات القضاء المختصة في الدولة للمطالبة بإلغاء قرارات إدارية غير مشروعة 15، نتصدى من خلال هذا المبحث إلى تحديد ماهية عيب مخالفة القانون في القرارات الإدارية (المطلب الأول) ثم نتطرق إلى صور و تطبيقات عيب مخالفة القانون في القرارات التي يصدرها الوالي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: عيب مخالفة القانون (المحل) في القرارات الإدارية

أوجد القضاء عيب مخالفة القانون في قضية " bizet " أين عبر مجلس الدولة عن هذا العيب بتاريخ 13 مارس 1876 بعبارة "المخالفة المباشرة للقانون" و يسمى البعض هذا العيب بعيب المحل، و في الواقع فإن محتوى أو محل القرار هو الذي يجد نفسه غير متطابقا مع مبدأ الشرعية، و بأكثر وضوح مع القواعد أو النماذج التي تعلقه 16.

الفرع الأول- مفهوم عيب مخالفة القانون في القرارات الإدارية

إن عيب مخالفة القانون هو العيب الذي يشوب محل القرارات الإدارية عندما تصدر القرارات الإدارية مخالفة في محلها أي في أثارها القانونية الحالية و

المباشرة لأحكام و قواعد مبدأ الشرعية و النظام القانوني السائد في الدولة ويصبح بذلك محل القرارات الإدارية مصابا أو مشوبا بعيب مخالفة أحكام و قواعد القانون في معناه الواسع، ويشكل نتيجة ذلك حالة وسببا من حالات و أسباب الحكم بالإلغاء في دعوى الإلغاء¹⁷، ولهذا فإن محل التصرف القانوني - بصفة عامة - هو الأثر القانوني الذي يحدثه هذا التصرف مباشرة، ومحل القرار الإداري هو الأثر الذي يحدثه هذا القرار في الحالة القانونية القائمة وهي ما يسميه العميد دوجي ORDENNANCEMENT JURIDIQUE، وذلك إما بإنشاء مركز قانوني جديد أو تعديل مركز قانوني قديم أو إلغائه¹⁸، ويعرف أيضا على أنه الأثر القانوني المترتب على إصداره حالا ومباشرا، فهو يكمن في موضوعه المتمثل في مركز قانوني عام أو خاص¹⁹.

الفرع الثاني: شروط صحة المحل في القرار الإداري

من أجل صحة المحل في القرارات الإدارية، يجب توافر مجموعة من الشروط في القرار الإداري وهي:

- 1- يجب أن يكون القرار مشروعا، ويقصد بمشروعية القرار الإداري أن لا يتعارض مضمون القرار أو محله مع التشريع الجاري به العمل داخل الدولة سواء كان تشريعا أساسيا (الدستور) أو تشريعا عاديا (القانون) أو تشريع تنظيمي (المراسيم و القرارات)²⁰، لأنه من الطبيعي أن الأصل في القرار

الإداري آن يصدر تنفيذا لواحد من النصوص القانونية المتضمنة داخل التشريع السائد في الدولة و مطابقا له.

2- يجب أن يكون محل القرار ممكنا والمقصود بذلك أن يكون القرار الإداري لا يرتب اثر قانوني إلا إذا كان محله أو موضوعه ممكنا للتنفيذ و التجسيد وإلا لن يرتب أي آثار قانونية، فمثلا إذا صدر قرار خاص بترقية موظف داخل إدارة ما فآثر هذه الترقية يكون له أثرا في صنف و درجة هذا الموظف هذا بالطبع اضافة إلى الأثر المالي وبالتالي فمحل هذا القرار إلى جانب كونه مشروع هو ممكن، إذا ثبت أن الموظف توفي قبل صدور القرار.

المطلب الثاني: صور و تطبيقات عيب مخالفة القانون في القرارات

الإدارية التي يصدرها الوالي

إن عيب مخالفة القانون بمفهومه الواسع هو مخالفة قواعد القانون ومبدأ المشروعية و النظام القانوني السائد في الدولة، ما ينجر عنه مخالفة الآثار القانونية الحالة و المباشرة المترتبة عن القرارات الإدارية نتيجة إما تعمد أو تعنت أو إصرار الإدارة على مخالفة صريحة و مباشرة للقانون، كما قد يكون نتيجة خطأ في فهم و تفسير و تطبيق صحيح القانون نتيجة التفسير الضيق و الخاطئ لحساب رجل الإدارة، وتبعاً لهذا فان صور وحالات عيب مخالفة القانون هي:

الفرع الأول: المخالفة المباشرة لأحكام القانون (القاعدة القانونية)

تتجسد المخالفة المباشرة للقاعدة القانونية عندما لا تحترم السلطة الإدارية مبدأ تسلسل النصوص القانونية أي عدم احترام السلطة الإدارية قاعدة و متطلبات هرم النصوص القانونية²¹، ويكون عيب مخالفة القانون في صورة المخالفة الصريحة و المباشرة وذلك عندما يصدر القرار الإداري وهو يخالف الآثار القانونية المتولدة عنه حالا و مباشرا، أي في محله صراحة و مباشرة قاعدة من قواعد القانون في معناه الواسع، كأن يكون القرار الإداري مخالفا لمبدأ من المبادئ العامة الدستورية أو مخالفا لقاعدة من قواعد القوانين التشريعية أو لمبدأ من المبادئ العامة للقانون..، ومن المبادئ التي كرسها القضاء نذكر:

- مبدأ مساواة المواطنين لتقلد الوظائف العامة

- مبدأ مساواة المواطنين أمام المرفق العام

- مبدأ مساواة المواطنين أمام الأعباء العامة.

- في هذا الإطار ، نشير إلى قرار المجلس الأعلى (الغرفة الإدارية)

بتاريخ 17 يونيو 1987 ، في قضية (ت.ق) ضد (وزير الداخلية و والي ولاية

الجزائر)²²، حيث تتلخص وقائع هذه القضية أن المدعي (ت.ق) المقيم

بالجزائر العاصمة، عمل بمدة 13 سنة في الخطوط الجوية الجزائرية بصفته قائدا

للطائرة، و أحيل على التقاعد في 30 يونيو 1983، و تنقل إلى خارج الوطن

بغرض الراحة و الاستجمام، لكن بعد عودته إلى الجزائر علم بمنح مسكنه إلى

السيدة (ش.ز) بناء على طلب قدمته، حيث انه طبقا للمرسوم 102-66 المؤرخ في 6 مايو 1966 المتعلق بحق البقاء، و أن التغيب الوقي للمدعي عن التراب الوطني لا يرخص للوالي بتجاهل هذا الحق، و اتخاذ قرار لصالح الغير.

و هكذا نجد أن المجلس الأعلى قد عبر صراحة عن وسيلة الإبطال، و عبر عن المخالفة المباشرة للقانون بقوله أن قرار الوالي "خرق النص...خرقا واضحا"، فالمرسوم أعلاه 102-66 جعل الشاغلين من المحلات ذلت الطابع السكني يستفيدون من الحق بالبقاء.

- كما قد تخالف الإدارة مخالفة مباشرة عندما تأمر بغلق محل تجاري لكونهم ارتكبوا مخالفة المقتضيات المتعلقة بتشغيل الأجانب، في حين لا يسمح لها القانون إلا بإحالة المعنيين أمام المحكمة و التي توقع عليهم عقوبة الغرامة دون سواها، في هذا الصدد نستدل بقرار المجلس الأعلى (الغرفة الإدارية) بتاريخ.... في قضية.. ضد (والي ولاية المسيلة) 23، حيث تتلخص وقائع هذه القضية، أن المدعي يملك محلا تجاريا ، استخدم فيه أحد العمال الأجانب من جنسية تونسية، و وقع هذا الأخير ضحية حادث عمل، و نظرا لكونه قام بتشغيل أجنبي دون ترخيص من السلطات، اصدر الوالي قرارا بتاريخ 6 نوفمبر 1984 أمر فيه بالغلق النهائي للمحل التجاري.

في هذا الإطار قضى المجلس الأعلى (الغرفة الإدارية) بإبطال قرار الوالي لكونه خالف المرسوم رقم 81-158 المؤرخ في 18-07-1981 المتعلق بالرعايا التونسيين في الجزائر، و في تسببيه أكد المجلس الأعلى أنه طبقا للمادتين 19 و 25 من المرسوم أعلاه تنصان على الحكم بغرامة فقط في هذه الحالة، فالوالي بإصداره لقرار الغلق قد خالف القانون مخالفة مباشرة ما استوجب إبطاله.

- كما تتضمن مخالفة مباشرة للقانون رسالة الوالي (ولاية البويرة) الراضية لتسليم رخصة البناء بعد مضي أكثر من أربعة أشهر، لمخالفتها للمادة السادسة من الأمر 85-01 المتضمن تنظيم رخص البناء، و هذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 28 يوليو 1990، قضية (ت.ع) ضد (والي ولاية البويرة) 24، مسببة قرارها كما يلي "حيث يستخلص من أوراق الملف أن المدعي في الطعن بالبطلان أودع بتاريخ 05-10-1985 ملفا لدى المصالح المختصة للحصول على رخصة بناء مسكن، طبقا للمادة 6 من الأمر 85-01 المؤرخ في 13-08-1985 المتضمن تنظيم رخص البناء، فان دراسة الملف تتم في أربعة أشهر، وهو الأجل الأقصى المسموح به للإدارة كي تجيب على رخصة البناء

- حيث أن رسالة الوالي المتضمنة الرفض لأسباب غير ثابتة جاءت بتاريخ 28-05-1988، و أن عدم الإجابة أو الإجابة سلبيا بعد مضي فترة أربعة أشهر القانونية، يعد تجاوزا للسلطة يترتب عليه البطلان "نلاحظ أن الوالي قد خالف القانون الخاص بتسليم رخص البناء، الذي يفرض عليه الإجابة عن الطلب في مدة أربعة أشهر، و أن جوابه بالرفض خارج الميعاد المذكور قانونا، يعد مخالفة مباشرة للقاعدة القانونية.

الفرع الثاني: عيب مخالفة القانون بسبب الخطأ في تطبيق و تفسير

الصحيح للقانون

إن هناك صورة أخرى لمخالفة القانون تكون أما في الخطأ في تفسير القانون، فقد تفسر الإدارة أو السلطة المختصة على نحو لم يتجه إليه قصد المشرع، أو نتيجة خطأ في التطبيق بما يصدر من قرارات فتكون بذلك آثار هذه القرارات غير مشروعة، في هذا الصدد فإن حالة وجود خطأ في تفسير أو تطبيق القانون خاصة في حالة الغموض أو سكوت المشرع في بعض المسائل، ما ينتج عنه تأويل وانحراف عن روح القانون ومعنى النص القانوني، و من أمثلة ذلك حالات و صور مخالفة القانون عن طريق الخطأ في التفسير وتطبيق القانون من قبل السلطات الإدارية المختصة و المستقاة من تطبيقات القضاء الإداري الفرنسي نجد:

- حالة أن تصدر السلطات الإدارية قرارا إداريا تطبيقا لنص قانوني غير النص القانوني الصحيح و الواجب التطبيق.

- حالة إغفال نصوص قانونية موجودة و نافذة وعدم تطبيقها عند اتخاذ و إصدار القرارات الإدارية ومثال ذلك، أن تصدر السلطات الإدارية المختصة قرار بالتعيين و الإلحاق بالوظائف العامة تطبيقا لمبدأ الجدارة و الاستحقاق.

- حالة صدور قرارات إدارية بخصوص حالات و أوضاع لا يشملها النص القانوني الذي صدرت القرارات الإدارية تفسيراً و تطبيقاً له. 25

هذا و يضيف بعض من الفقه صوراً و حالات التي يمكن أن تكون كصورة لعيب مخالفة القانون والتي من قبيلها، أنه قد يضع القانون قيوداً معينة على بعض الحقوق أو شروط معينة لاستعمالها، فإذا جاءت الإدارة و أضافت قيود جديدة أو شددت من الشروط القائمة بأنها بذلك تأتي عملاً مخالفاً للقانون 26، كما أن هناك جانب آخر يرى أنه إلى جانب الغلط و الخطأ في تفسير و تطبيق صحيح القانون، فإن هناك حالة الغلط المادي، حيث يعتبر الغلط المادي قفزة نوعية لرقابة القاضي الإداري في إطار دعوى الإلغاء بحيث بعدما كان يقتصر دورها على مراقبة الأخطاء القانونية باعتباره "قاضي القانون" وسع مجال رقابته إلى المسائل المادية وأصبح بذلك قاضي وقائع، ويقسم الغلط المادي إلى حالتين :

الحالة الأولى: يقوم القاضي الإداري برقابة الصحة المادية للوقائع، وهي رقابة تدور حول وجود الوقائع التي ارتكزت عليها السلطة الإدارية لإصدار قرارها وسميت هذه الحالة بالغلط المادي بسبب عدم وجود الوقائع المادية.

الحالة الثانية: الوقائع التي أسست القرار الإداري موجودة ولكن تكييفها من طرف السلطة الإدارية غير قانوني أي بمعنى آخر لا يكتفي القاضي الإداري بالوجود الفعلي للوقائع بل يتحقق من قانونية تكييف السلطة الإدارية وسميت هذه الحالة بالغلط القانوني بسبب سوء تكييف الوقائع المادية²⁷، وعموماً فإن عيب مخالفة القانون في القرارات الإدارية، هو ذلك العيب الذي يصيب ركن المحل في القرارات الإدارية، والمحل يكمن في موضوع القرار وفحواه والمتمثل في مركز قانوني عام أو خاص وما ينتج عنه من حقوق و التزامات المترتبة عن تنفيذ القرار الإداري، وأغلب الفقه يتفق على عنصرين رئيسين هما :

1- المخالفة المباشرة لأحكام القانون أو المخالفة المباشرة للقاعدة القانونية أو المخالفة العمدية و الصريحة للقانون، وإن تعددت التسميات إلا أنها تصب في منحى ومغزى واحد مرده إقدام رجل الإدارة أو السلطة الإدارية المختصة بإصدار القرار على المخالفة المباشرة و الصريحة لنص القانون.

2- عيب مخالفة القانون بصورة غير مباشرة عن طريق الخطأ في تفسير و تطبيق القانون أو ما يسمى بالغلط القانوني أو المادي والتي تتحقق في حالة وجود خطأ في تطبيق صحيح القانون أو جراء خطأ في تفسير ضيق أو محدود، أو إعطاءه تأويلا خاص و ضيقا لصالح الإدارة و ضد الطرف الآخر.

في هذا الإطار، نستشهد بقرار المجلس الأعلى (الغرفة الإدارية) رقم 38541 بتاريخ 29-12-1984، قضية (ح.س.ق) ضد (والي البلدية) 28، حيث تتلخص وقائع هذه القضية في أن المدعي قدم طلبا للحصول على جواز سفر، إلى دائرة بوفاريك و أن رئيس الدائرة رد عليه برفض طلبه، طبقا للمادة 11 من الأمر رقم 77-01 المؤرخ في 23-01-1977.

و قد جاء في تسبيب قضاة الغرفة الإدارية (المجلس الأعلى) أنه متى كان من المقرر قانونا أنه لا يجوز للإدارة رفض تسليم جواز سفر أو رفض تمديد اجله للمواطنين الجزائريين إذا ما رأت أن تنقلهم إلى الخارج من شأنه أن يمس بالنظام العام، و هذا دون أن تكون ملزمة بتوضيح أسباب رفضها، و دون أن يكون تقديرها هذا قابلا للمناقشة أمام القاضي الإداري، و في قضية الحال فان الإدارة سببت قرارها بناء على أحكام الأمر 77-01 أعلاه، فانه عليها الالتزام بتطبيق القانون تطبيقا صحيحا و إلا كان قرارها مخالفا للقانون، وإذا كان الثابت في قضية الحال، أن الطاعن حكم عليه بعقوبة أدنى من تلك المنصوص عليها في

أحكام الأمر السالف الذكر، و مع ذلك فإن الإدارة بهذا التسبب لم تلتزم بتطبيق صحيح القانون ما يستوجب إبطال القرار لمخالفة القانون. و هو ما يطلق عليه في فقه القانون المقارن بالغلط القانوني.

- كم يمكن للوالي إن يقع في غلط و خطأ في تفسير و تطبيق صحيح القانون، و هو ما قضى به قرار مجلس الدولة، فهرس 416 (غير منشور)، بتاريخ 26-07-1999، قضية (م.د) ضد (والي ولاية قالمة و من معه) 29، حيث تلخص وقائع هذه القضية في أن الوالي اتخذ قراره المتعلق بغلق النادي الرياضي "نادي الترجي المستغل لبيع المشروبات" و الذي كان يسيره المستأنف، وأن المالك الأصلي هو نادي الترجي الرياضي القالمي الذي منح حق التسيير للمستأنف بموجب عقد عرفي بين الطرفين، كما أن التسيير لا يخضع إلى رخصة ثانية مادام المالك الأصلي متحصل على رخصة و مستوفي لجميع الإجراءات و الشروط الضرورية.

لكن بموجب قرار من الوالي، تم إغلاق النادي الرياضي حتى تسوية الوضعية الإدارية، فالوالي قد تجاهل عمداً أو دون عمد العقد المبرم بين الطرفين، كما أن الوالي إن ظن أو تأكد بأنه غير شرعي كان عليه التوجه إلى القضاء و رفع دعوى قضائية لإبطال عقد إيجار، إذن فالوالي قد وقع في عيب مخالفة القانون من

خلال الغلط القانوني أو الخطأ في تطبيق صحيح القانون ، وبالنتيجة قضى مجلس الدولة بإلغاء قرار الوالي لعيب مخالفة القانون.

في هذا الصدد أيضاً، نستشهد بقرار مجلس الدولة رقم 020195 بتاريخ 15-11-2005، قضية (والي ولاية وهران) ضد (ش.أ)30، حيث يتلخص من القضية، أن موضوع النزاع ينصب حول مدى مشروعية استفادة المدعي عليه من قطعة ارض فلاحية في إطار القانون 87-19 المؤرخ في 08-12-1987 المتعلق بكيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الوطنية و تحديد حقوق المنتجين و واجباتهم، حيث أن تلك الاستفادة تمت بموجب مقرر ولائي رقم 830 الصادر في 20-07-1998.

حيث يرى المستأنف (والي وهران) أن استفادة المستأنف عليه تمت بصفة غير شرعية لكونه يوم استفادته كان موظف يتقاضى أجره من خزينة الدولة و انه لا زال إلى حد الآن يتقاضى مقابل من خزينة الدولة بعد أن أحيل إلى التقاعد، لكن من الثابت - يجب مجلس الدولة - أن فئة المجاهدين و ذوي الحقوق تستفيد بامتيازات استثنائية بحكم التشريع أو التنظيم كالانتفاع بالأراضي الفلاحية و أراضي أخرى، حيث إن مثل هذه الاستفادة لا يخضع أصحابها إلى أحكام المادة 8 من المرسوم 85-59 التي تمنع النشاط الموازي للمواطنين العموميين، على أساس استفادة المجاهدين و ذوي الحقوق تعد امتيازاً أقره القانون يدخل

في إطار حماية المجاهدين و ذوي الحقوق و ترقيةهم، و بالتالي فان الوالي قد اخطأ في تفسير القانون، حيث تأسيسا على ذلك فان القرار المستأنف مخالف للقانون و يتعين إلغائه، وهو ما قضى به مجلس الدولة.

خاتمة

لقد وضع المشرع الجزائري بين أيدي القاضي الإداري ضمانات وسيلة قانونية مهمة، هي كفيلة بالكشف و التصدي للقرارات الإدارية غير المشروعة التي يصدره الوالي، و التي تكون مشوبة بعيب مخالفة القانون، فالقاضي الإداري هو الضامن الفعلي و الحقيقي لحقوق و حريات الأفراد، من خلال دوره الرئيسي في البحث في الأثر النهائي الذي يترتب و ينتج حالا، جراء صدور القرار الإداري الذي أصدره الوالي، وما من شأنه المساس بالمراكز القانونية للأفراد، فيعمل القاضي الإداري على التأكد من أنه غير مخالف لقواعد مبدأ المشروعية و النظام القانوني السائد في الدولة، وعلى هذا فان حالة مخالفة القانون، هي الضمانة و الوسيلة القانونية الأكثر نجاعة لمبدأ الشرعية أو مبدأ القانونية، و لقد سهر القاضي على تطوير هذه الوسيلة، وهذه الوسيلة ليست ضمانات ضد المخالفة البسيطة للقانون فقط، بل تضمن أيضا المعاقبة على كل الغلطات القانونية أو الواقعية.

الهوامش

دور القاضي الإداري في الكشف عن عيب مخالفة القانون في القرارات التي يصدرها الوالي

- 2- المادة 101 من دستور 1996
- 3- المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 90-230 المؤرخ في 25/07/1990 يحدد أحكام القانون الأساسي الخاص بالمنصب و الوظائف العليا في الإدارة المحلية، ج ر عدد 31 بتاريخ 28 يوليو 1990.
- 4- المرسوم الرئاسي رقم 99-239 المؤرخ في 27 أكتوبر 1999 يتضمن إلغاء المرسوم الرئاسي 89-44 المؤرخ في 10 أفريل 1984 المتعلق بالتعيين في الوظائف المدنية و العسكرية للدولة، ج ر عدد 76 بتاريخ 31 أكتوبر 1999.
- 5- المرسوم الرئاسي المؤرخ في 29 يوليو 1990 يتضمن إنهاء مهام ولاية ج ر عدد 36 لسنة 1990
- 6- المرسوم الرئاسي المؤرخ في 29 يوليو 1990 يتضمن تعيين ولاية ج ر عدد 36 لسنة 1990.
- 7- المادة 63 من دستور 1996
- 8- أمر رقم 03-06 المؤرخ في 15-يوليو- 2006 يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العامة، المادة 75 ،جريدة رسمية رقم 46.
- 9- المواد (75 و 78) من الأمر 03-06 يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العامة، المرجع السابق.
- 10- قانون الولاية 12-07 المؤرخ في 21 فبراير 2012 المتضمن قانون الولاية، المادة 113.
- 11- المادة 28 من الأمر 66-156 المؤرخ في 8 جوان 1966 المعدل و المتمم المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج ر عدد 48 لسنة 1966.
- 12- محمد الصغير بعلي، الإدارة المحلية الجزائرية، دار العلوم للنشر و التوزيع، الجزائر، 2004، ص. 145.
- 13- القانون العضوي 98-01 المؤرخ في 30 مايو 1998، يتعلق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه و عمله، ج ر عدد 37 لسنة 1998.
- 14- القانون 08-09 المؤرخ في 25-02-2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج ر عدد 21.
- 15- للتوضيح أكثر انظر:
- سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، ط6، مصر، دار الفكر العربي، 1986، ص 224.
- عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني، نظرية الدعوى الإدارية، د.م.ج، الجزائر، 1995، ص 151.
- محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري، دعوى الإلغاء، دار العلوم للنشر و التوزيع، 2012، الجزائر، ص 28.
- عمار بوضياف، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، دراسة تشريعية و قضائية و فقهية، ط1، دار الجسور للنشر و التوزيع، الجزائر، 2009، ص 46.
- أحمد محيو، المنازعات الإدارية، د.م.ج. الجزائر، 1983، ص 151.
- 16- لحسين بن الشيخ اث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية "وسائل المشروعية"، دار هومو للنشر و التوزيع، ط2، 2006، ص.154.
- 17- عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، المرجع السابق، ص.523.
- 18- أبو زيد فهمي، القضاء الإداري و مجلس الدولة، قضاء الإلغاء، دار المطبوعات الجامعية، ط10، 1999، ص. 722.
- 19- للتوضيح أكثر انظر:
- محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص.186
- عمار بوضياف، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المرجع السابق، ص.62
- 20- عمار بوضياف، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المرجع السابق، ص.62
- 21- رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص.156
- 22- لحسين بن الشيخ اث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية، وسائل المشروعية، ط2، دار هومو للنشر و التوزيع، 2006، ص.269.
- 23- سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء الأول، ط1، منشورات كليك، الجزائر، 2013، ص.296.
- 24- لحسين بن الشيخ اث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 270 و ما بعدها.
- 25- عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، المرجع السابق، ص.525.
- 26- أبو زيد فهمي، القضاء الإداري و مجلس الدولة، المرجع السابق، ص.755
- 27- خلوفي رشيد، قانون المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص.157.
- 28- سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.186
- 29- لحسين بن الشيخ اث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الثاني، دار هومو للنشر و التوزيع، الجزائر، 2004، طبعة 2004، ص.125.
- 30- سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء الثالث، ط1، منشورات كليك، الجزائر، 2013، ص.1458.

دور التحكيم التجاري في تسوية منازعات الاستثمار في ضوء الاتفاقيات الدولية و الإقليمية وموقف التشريع الجزائري منها

المستشار: شعبان رأفت عبد اللطيف

مدير ادارة الشؤون القانونية بغرفة التجارة و الصناعة

الشارقة - الامارات العربية المتحدة

مقدمة...

مما لا شك فيه أن الاستثمار أصبح يلعب دورا مهما في التنمية الاقتصادية لأية دولة، وذلك عائد على اثاره الايجابية، والي تتمثل في زيادة الانتاج و الانتاجية مما يؤدي الى زيادة الدخل القومي وارتفاع متوسط نصيب الفرد منه وبالتالي تحسين مستوى معيشة المواطنين و توفير الخدمات للمواطنين و للمستثمرين، وتوفير الخدمات للمواطنين و للمستثمرين وتوفير فرص عمل وتقليل نسبة البطالة، وزيادة معدلا التكوين الرأسمالي للدولة، وتوفير التخصصات المختلفة من الفنيين و الاداريين و العمالة الماهرة و انتاج السلع

والخدمات التي تشبع حاجات المواطنين وتصدير الفائض منها للخارج ما يوفر العملات الأجنبية اللازمة لشراء الآلات و المعدات مما يؤدي في النهاية الى دعم عملية التنمية الاقتصادية و الاجتماعية داخل الدولة¹.

ومن أجل ايجاد مناخ استثماري جيد و جذب المزيد من الاستثمارات تتسابق الدول على طرح مزايا الاستثمار داخل أراضيها فتعرض للعديد من التسهيلات التي تقوم بها للمستثمر الأجنبي، بل أن بعض الدول حريصة دوماً أن تتابع مدى رضا المستثمر الأجنبي على انظمة واجراءات الاستثمار في الدولة، فنجد على موقع وزارة الاقتصاد بدولة الامارات العربية المتحدة، وعلى سبيل المثال استبيان عن رضا المستثمرين عن اجراءات الاستثمار داخل الدولة².

ومن أهم ما يسعى اليه المستثمر هو ايجاد وسيلة لفض المنازعات التي قد تنشأ بينه وبين الدولة أو بينه وبين الشركات، فدائماً يتسائل المستثمر عن ماهية الوسائل المطروحة لفض النزاعات التي قد تنشأ مع الدولة أو الشركات، وقد كان الوضع من قبل في العديد من الدول ان المستثمر يلجأ الى محاكم الدولة لتفصل في نزاعه و يفصل النزاع وفق القانون الموضوعي والإجرائي المطبق داخل الدولة، الذي قد يكون ظالماً- القانون الموضوعي - أو معقداً- القانون الإجرائي - من وجهى نظر المستثمر، فقد يستغرق الفصل في الدعاوي أمام

محاكم الدولة سنوات تضيع وقتا وجهدا من المستثمر، حيث أن القاضي غالبا ليس متخصص في منازعات الاستثمار، فعادة ما يحتاج الى اهل الخبرة، وبعد تداول دعوى الاستثمار لسنوات يصدر القاضي حكمه ولا يستطيع المستثمر تنفيذ الحكم، او قد ينفذه ولكن بعناء، فأضحت الوسائل التقليدية (محاكم الدولة)، غير مجدية للفصل في منازعات المستثمرين، بل وأصبحت و بحق أحوال العوامل التي تشجع على هروب المستثمر من الدولة.

كما أدت التطورات الحديثة في علم تنازع القوانين الى هروب اطراف العلاقات ذات الطابع الدولي من القضاء الوطني في العديد من الدول و تحييد التحكيم لحل ما يثور بشأن علاقاتهم من منازعات، نظرا لتزايد مثل هذه الاجتهادات الى جعل الاصل هو ان يطبق القاضي قانونه الوطني، حتى في العلاقات ذات الطابع الدولي، وكذلك لتجنب مشاكل التنازع الدولي للقوانين، حيث وجد ان افضل حل لمشكلات المعاملات الدولية هو ذلك الذي يحقق العدالة، ويطبق في ذات القواعد التي يتوقع الاطراف ان تحكم علاقاتهم وهو التحكيم، وهو في الاصل اختياري الا ان المشرع قد يوجب في بعض الاحوال اللجوء اليه.

كل هذه العوامل وغيرها ساعدت على ازدهار التحكيم وتفضيل أطراف العلاقات الخاصة الدولية اللجوء اليه في كل منازعاتهم بدلا من

القضاء، حيث قوبل التحكيم بالاهتمام البالغ على المستويين الداخلي و الدولي،
قتصدت تشريعات مختلف الدول لتنظيمه ووضع القواعد له، وتسيير تنظيم
أحكامه.

وبسبب زيادة أهمية التحكيم الدولي ودوره في تسوية المنازعات الناجمة
عن الاستثمارات الاجنبية فقد حظي باهتمام مختلف دول العالم، فأبرمت في شأنه
العديدي من الاتفاقيات و البروتوكولات الدولية، وأنشأت له الكثير من مراكز
التحكيم الدائمة ذات الطابع الدولي و لعل أهم هذه المراكز: المركز الدولي
لتسوية منازعات الاستثمار، فقد أتى تشكيل هذا المركز معبرا عن مدى الاهمية
الكبيرة للتحكيم الدولي في مجال الاستثمار الأجنبي لدى المستثمرين³.

ومن هنا يمكن القول بأن التحكيم الدولي قد أصبح القضاء الوحيد
للفصل في المنازعات الناجمة عن عقود الاستثمار الاجنبي الخاص بين المستثمرين
الأجانب و الدولة المضيفة، ويدل على ذلك العدد المتزايد من قضايا التحكيم
المتعلقة بالاستثمار، هذا فضلا على أنه لم يعد هناك عقد في اطار الاستثمارات
الدولية خال من بند تحكيمي فالتحكيم هو أحد وسائل الفصل في المنازعات،
فهو النظام الذي بمقتضاه يمكن الفصل في المنازعة بواسطة فرد أو أفراد عاديين
بعيدا عن قضاء الدولة⁴.

سرعة البت في النزاعات: ذلك أن المحكم مدعو الى القيام بمهمته خلال مهلة محددة يتفق عليها الخصوم وعادة ما تكون قصيرة في بعض الاحيان وتتراوح بين 3 و 6 اشهر، بينما القاضي لا يتقيد باي مهلة من هذا النوع⁵.
ايضا الرغبة في التوصل الى حل عادل للنزاع يضمن استمرار العلاقة بين الاطراف: رغم نشوب الخلاف ذلك ان التحكيم يتم في مناخ تتبدد فيه مشاحنات الخصوم.

ومن هذا المنطلق أصبح التحكيم يمثل اهم وسيلة قانونية لضمان الاستثمار ذلك انه يخدم مصلحة الطرفين المتعاقدين (الدولة المضيفة للاستثمار و المستثمر في آن واحد)⁶.

وقد شهدت غالبية الدول العربية ومنها جمهورية مصر العربية و جمهورية الجزائر، ودولة الامارات العربية المتحدة، و المملكة العربية السعودية، ودولة الكويت، وغيرها من الدول تطورا ملموسا في جذب الاستثمارات سواء كانت عربية أم اجنبية وقد ارتبط هذا التوسع في قطاع التجارة⁷.

واذا هذا التطور كان لا بد وان يواكب ذلك تبوأ التحكيم التجاري دورا أكبر في حل و تسوية المنازعات خاصة المرتبطة بالتجارة الدولية و الاستثمار ويؤدي ذلك الى اعتبار التحكيم التجاري قيمة مضافة للاقتصاد الوطني بالدول التي تتبنى التحكيم كوسيلة لتسوية النزاعات.

ونظرا لاهمية موضوع البحث فقد تم تقسيمه الى مبحثين و ذلك على

النحو التالي:

المبحث الاول: أهمية التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار:

المطلب الاول: تعريف التحكيم في عقود الاستثمار،

المطلب الثاني: اتفاق التحكيم في منازعات الاستثمار.

المبحث الثاني: دور الاتفاقيات الدولية و الاقليمية بشأن تسوية

المنازعات و موقف التشريع الجزائري منها.

المطلب الأول: دور الاتفاقيات الدولية و الاقليمية بشأن تسوية

المنازعات،

المطلب الثاني: موقف التشريع الجزائري من الاتفاقات الدولية و

الاقليمية بشأن تسوية المنازعات.

خاتمة

المبحث الأول

أهمية التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار

يعد التحكيم التجاري الدولي عنصرا رئيسيا في عقود الاستثمارات

الأجنبية، فجميع عقود الاستثمارات الأجنبية تكاد تتضمن شرط إحالة جميع

منازعاتها إلى التحكيم التجاري، فالمستثمر الأجنبي يصر على إضافة شرط

التحكيم نظرا للمزايا التي يوفرها التحكيم له، و الدولة المضيفة للاستثمارات تجدد نفسها دائما ملزمة بقبول شرط التحكيم، فبدون إضافة هذا الشرط لا تتمكن الدولة من جذب الاستثمارات الأجنبية⁸.

وكثيرا ما يتم اللجوء الى التحكيم بوصفه وسيلة ودية لفض منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة و بين المستثمرين الأجانب و بصفة خاصة عندما تفشل المفاوضات بين الطرفين.

وبالتالي فإن إدراج شرط التحكيم في مجال عقود الاستثمار ليس مستحدثا ففي بداية القرن العشرين و في ظل غياب التشريعات الوطنية في معظم البلدان العربية وخاصة المتعلق منها بالاستثمار وباستغلال الموارد الطبيعية، درج أطراف عقود الامتياز البترولية وعقود الأشغال العامة على وضع شرط التحكيم وقبوله من الدول العربية و المثال على ذلك معظم الاتفاقيات التي أبرمتها المملكة العربية السعودية مع شركات النفط الأجنبية، وكذلك وجود هذا الشرط في اتفاقيات الاستثمار الثنائية (BITS) 9، التي يتم ابرامها بين الدول المضيفة للاستثمار و دولة المستثمر الأجنبي، و كذلك الاتفاقيات الثنائية بين الجزائر و فرنسا، و غالبا ما تمنح هذه الاتفاقيات الحماية الكافية لرعايا الدول الأخرى الطرف في هذه الاتفاقية بما في ذلك الحماية من اجراءات الدولة المضيفة

الاستثنائية و ما قد يلحق ذلك من اجراءات تمس أموال المستثمر و تعيق من حركتها.

المطلب الأول

تعريف التحكيم في منازعات الاستثمار ومزاياه

أولا تعريف التحكيم:

يعترف التنظيم القانوني بإمكان تحقيق الحماية القضائية للمصالح المعتدى عليها، وبالتالي تطبيق القاعدة القانونية المخالفة، بوسيلة اخرى غير الالتجاء الى قضاء الدولة هي التحكيم¹⁰، وقد ذهب الفقهاء و الباحثون و القانون الوضعي الى مفاهيم تكاد تكون متقاربة في تعريف التحكيم، فعرفه جانب من الباحثين على أنه: نظام قانوني خاص يختار فيه الاطراف قضاتهم، ويعهدون اليهم بمقتضى اتفاق او شرط خاص مكتوب لغرض تسوية المنازعات التي قد تنشأ أو انشأت بالفعل بينهم بخصوص علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية ذات الطابع الدولي و التي يجوز تسويتها بواسطة التحكيم¹¹.

وذهب جانب اخر في تعريف التحكيم بأنه: الطريقة التي يختارها الاطراف لفض النزاعات التي قد تنشأ عن العقد و التي يتم البحث فيها امام شخص او اكثر يطلق عليه المحكم او المحكمين¹².

ومن خلال التعاريف السابقة نلاحظ ان التحكيم يعد وسيلة استثنائية يلجأ اليها المتعاقدان لحل خلافاتهم باللجوء الى اشخاص يختارونهم بعيد عن المحاكم¹³، ويمثل التحكيم أهم وسيلة بمقتضاها يستغني الاطراف عن قضاء الدولة، فبه يتفق الاطراف على عرض منازعاتهم على شخص أو اشخاص يختارونهم أو يحددون وسيلة اختيارهم، هي التحكيم.

ويتمتع التحكيم في عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة بخصوصية، هذه الخصوصية ليستا نابعة من مزايا التحكيم، لكنها نابعة من كون الدولة طرفا في تلك العقود، وذلك من خلال مراعاة الضوابط و الضمانات التي توفرها للأجانب من خلال النص على سلطة الدولة.

أما بالنسبة لموقف التشريعات من التحكيم فقد جاءت على النحو التالي:

- في قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، فيصرف لفظ التحكيم فيه الى : الاتفاق الذي ينصرف فيه أطراف النزاع بارادتهم الحرة، سواء كانت الجهة التي تتولى اجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركز دائم للتحكيم، او لم يكن كذلك¹⁴.

- وفي قانون التحكيم الجزائري رقم 08-09 المؤرخ في 25/02/2007 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الادارية، فينصرف لفظ التحكيم فيه ايضا الى: الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الاطراف في عقد متصل

بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 من القانون لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم¹⁵.

- وفي قانون التحكيم السعودي رقم 46 لسنة 1403 للهجرة،
فينصرف لفظ التحكيم ايضا فيه الى: الاتفاق على اختيار التحكيم في نزاع معين¹⁶.

- وقد اشار قانون التحكيم النموذجي الاونستيرال لسنة 1985 مع
تعديلاته التي اعتمدت في عام 2006 الى تعريف التحكيم وفق الفقرة أ من
المادة الثانية على ان: التحكيم تعني اي تحكيم سواء يدار بواسطة مؤسسة
التحكيم الدائمة أم لا¹⁷.

ثانيا : مزايا التحكيم في عقود الاستثمار:

يعني التحكيم في عقود الاستثمار القيام بتسوية منازعات الاستثمار
المتعلقة بتنفيذ أحكام القانون بالطريقة التي يتم الاتفاق عليها مع المستثمر والتي
يجوز الاتفاق على تسوية هذه المنازعات في اطار الاتفاقيات السارية بين الدول
المضيفة و دولة المستثمر وفي اطار الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن
الاستثمارات بين الدول وبين رعايا الدول الاخرى أو وفقا لأحكام قوانين
التحكيم في المواد المدنية و التجارية و الإدارية للدول¹⁸.

ويتمتع التحكيم التجاري بالعديد من المزايا التي جعلته محط أنظار الخصوم في منازعات عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة (عقود الاستثمار الاجنبية) الأمر الذي ساعد على انتشار التحكيم كوسيلة لحل تلك المنازعات 19، وتمثل هذه المزايا في التالي:

- مرونة التحكيم بما يتناسب مع طبيعة المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار: حيث تتميز عقود الاستثمارات الأجنبية بأنها عقود ذات قيمة مالية عالية، ويحتاج تنفيذها إلى فترة زمنية طويلة وعلى مراحل مختلفة، فعلى سبيل المثال نجد أن عقود الاستثمار في مجال الأعمال الاستخراجية (استخراج البترول) في دولة الامارات وغيرها من دول الخليج العربي، امتد تنفيذها الى عشرات السنين وبرأسمال يقدر بالمليارات، الأمر الذي يتطلب وجود آلية لتسوية المنازعات الناشئة عنها تتناسب وطبيعة هذه العقود لكسب الوقت و الجهد والمال 20، فالتحكيم -بشكل اساسي- يقوم على اطلاق مبدأ سلطان الادارة، حيث يستطيع اطراف النزاع في عقود الاستثمارات الأجنبية تنظيم العملية التحكيمية بما يتناسب مع ظروفهم التجارية والاقتصادية وبما يتفق مع طبيعة عقود الاستثمارات مصدر النزاع، هذه السمة ظاهرة بشكل واضح في جميع تشريعات التحكيم المعاصرة التي تتضمن عادة عبارة: "ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك"، بعبارة أخرى نستطيع القول بأن القواعد القانونية التي تنظم

التحكيم هي من النوع المكمل أو المفسر التي يستطيع الأطراف الاتفاق على ما يخالفها فهم الذين يختارون التحكيم برضاهم، واختيار أعضاء هيئة التحكيم، وتحديد مكان التحكيم ولغته، واختيار القانون الواجب التطبيق، وغيرها من الامور التي تدخل في تركيب القضاء التحكيمي.

- توفير عنصر السرعة في فض المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمارات: حيث تتسم عقود الاستثمارات الأجنبية بضخامة رأس المال المستثمر ووجود جداول زمنية لتنفيذها، فاذا ما حصل بشأنها نزاع فان الامر يتطلب البت بها في أسرع وقت ممكن لاستئناف تنفيذ هذه العقود²¹، و التحكيم التجاري يوفر هذا المطلب لان المحكمين يتفرغون عادة للفصل في خصومة واحدة، وفي كثير من الاحيان ليس في التحكيم طرق للمراجعة مما يختصر كثيرا طريقه الى الحكم النهائي، يضاف الى ذلك أن قوانين التحكيم قد حددت مدة يجب على المحكم أن يصدر قرار التحكيم خلالها وألا يكون اتفاق التحكيم باطلا²².

- استمرار العلاقات الودية بين الطرفين بعد النزاع في العقود التي تبرمها الدولة، اذ ان هذه العقود في الغالب تنفذ على مراحل زمنية مختلفة، الامر الذي يتطلب المحافظة على بقاء هذه العلاقات ودية وحيمية الى حين الانتهاء من تنفيذها، والتحكيم يحقق هذا الهدف²³.

- عدم خضوع المتعاقدين في عقود الاستثمار التي تبرمها لقضاء الدولة التي يقوم باستثمار أمواله فيها خشية وقوعه تحت تأثير قضائها الوطني و ذلك لان التحكيم يعطي اطرافه حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع، والمكان الذي سوف يتم فيه التحكيم وبالتالي يستطيع المستثمر تجنب الخضوع لقضاء الدولة التي يقوم باستثمار أمواله داخلها بالاتفاق على ما ينشأ من نزاع بشأن عقود الاستثمار، التي تبرمها بطريق التحكيم دون القضاء²⁴.

- تجنب الكثير من المشاكل التي تثار في ميدان تنازع القوانين بالنسبة لعقود الاستثمارات بالنظر لما يوفره التحكيم للأطراف من افساح المجال الذي تعمل فيه الإرادة في تعيين القواعد الإجرائية والقواعد الموضوعية الواجبة التطبيق²⁵.

- سهولة الاجراءات المتبعة في التحكيم في منازعات عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة سواء فيما يتعلق بتحديد موعد جلسات التحكيم، او ما يتعلق بكيفية تقديم البيانات حيث يجوز في التحكيم مثلاً تقديم الشهادة الخطية مشفوعة بأداة القسم²⁶.

- ان التحكيم يضمن السرية لأطراف النزاع في عقود الاستثمارات الأجنبية، حيث تتضمن في كثير من الاحيان تنفيذ مشاريع استراتيجية في الدول المضيفة لها، فقد تكون هذه المشاريع ذات طابع عسكري او علمي فيه الكثير من

الاسرار العلمية و التكنولوجيا، الأمر الذي يتطلب بقاء حقائق هذه العقود الاستثمارية طي الكتمان، فاذا ما حصل نزاع بشأن تنفيذ هذه المشاريع الاستثمارية فان الامر يتطلب البحث عن وسيلة آمنة تضمن سرية هذه المشاريع و التحكيم التجاري يوفر هذه الخدمة نظرا لأن اجراءات التحكيم تتم بسرية تامة للحفاظ على الثقة التي تقوم عليها العلاقات التجارية و التي يسعى الاطراف الى الاحتفاظ بجوانبها المختلفة في طي الكتمان نظرا لحساسية هذه العلاقة التعاقدية²⁷.

المطلب الثاني

اتفاق التحكيم في عقود الاستثمار

أولا تعريف اتفاق التحكيم:

لم يرد تعريف محدد لاتفاق التحكيم في القانون، ألا أنه وفقا لتعريف المادة السابعة في فقرتها الأولى من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي اعتمدته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية بتاريخ 21 جويلية 1985 يقصد باتفاق التحكيم: " اتفاق الطرفين على ان يحيل الى التحكيم، جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية"²⁸.

وعلى ذلك يمكن تعريف اتفاق التحكيم بأنه: الاتفاق على اللجوء الى التحكيم بشأن نزاع المشرع ولاية نظره فقط للقضاء.

ولما كان المشرع في كل من دول الإمارات العربية المتحدة، ودولة الجزائر قد نص على حق اللجوء للتحكيم وفق ما قضت به المادة 1/203 من قانون الاجراءات المدنية الاتحادي لدولة الامارات، وكذلك المواد ارقام (1006، 1007، 1008، 2011، 1012، 1013) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لدولة الجزائر 29.

ويعني ذلك أن هذين النصين قد منحا المشروعية لأي اتفاق تحكيمي طالما أن هناك اتفاق بين الأطراف على اللجوء للتحكيم.

ولما كان المقرر طبقا للقواعد العامة أن ولاية الفصل في النزاعات هي من ولاية القضاء بحسب الأصل فقط وأن اللجوء للتحكيم لا بد وأن يتم باتفاق الأطراف و بإرادتهم المنفردة،

وقد عرف قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 اتفاق الحكيم في الباب الثاني منه 30، وبذلك فإن الاتفاق على التحكيم يأخذ الصور التالية:

1/ صورة شرط التحكيم:

وهي بند يوضع في العقد بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين،

2/ صورة مشاركة التحكيم:

وهي عبارة عن عقد مستقل عن العقد الأصلي وهي تحرر بعد حدوث النزاع ويجب أن يحدد موضوع النزاع في هذه المشاركة وتبرم هذه المشاركة حتى ولو أقيمت بشأنه دعوى قضائية، وفي هذه الحالة يجب أن تحدد المشكلات التي يشملها اتفاق التحكيم وإلا كان باطلا.

واتفاق التحكيم سوار كان شرطاً او مشاركة فإنه يقوم على أساس مبدأ سلطان الإرادة، الذي يشكل أساس مشروعية التجاء الأطراف إلى التحكيم ومنه يستمد المحكم سلطته في الفصل في النزاع، ويترتب على عدم وجود الاتفاق المذكور انعدام حكم التحكيم، واعتباره كأن لم يكن، وذلك لانعدام ولاية المحكم في إصداره، كما يقع باطلا ايضاً الحكم الذي يستند على اتفاق تحكيم اختلت فيه الشروط (باطل) 31.

وعليه فمناط اختصاص التحكيم هو صحة أو عدم صحة اتفاق التحكيم، فان كل اتفاق التحكيم صحيحاً فإن القضاء يرفع يده عن البت في المنازعة وينعقد الاختصاص في هذه الحالة لهيئة التحكيم.

أما إذا اختل اتفاق التحكيم، فيسترد القضاء ولايته واختصاصه الأصيل بنظر النزاعات المثارة بين الأفراد بدلا عن هيئة التحكيم.

وكي يكون اتفاق التحكيم صحيحا لا بد من توافر شروط موضوعية و

شكلية على النحو التالي:

أولا - الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم:

1/ التراضي في اتفاق التحكيم:

التراضي باعتباره ركن من أركان اتفاق التحكيم مفاده أن تتجه إرادة الأطراف في اللجوء إلى التحكيم كبديل عن القضاء و بعبارة أخرى أن اتفاق الشخص الذي يصدر الرضا عنه - سواء كان من أبرم العقد باسمه و لحسابه أو كل من اتجهت إرادته إلى الالتقاء بإرادة أخرى - لاتخاذ التحكيم سبيلا لتسوية منازعتهم، بعيدا عن قضاء الدولة، ويتحقق بهذا التوافق بين الإرادتين على إحداث هذا الأثر القانوني وهو اللجوء إلى التحكيم³².

كما يلزم لصحة اتفاق التحكيم تراضي الطرفين بإيجاب وقبول وفقا للقواعد العامة في هذا الشأن، وأن تكون إرادة الطرفين خالية من عيوب الرضا المنصوص عليها في قانون المعاملات المدنية³³.

فتوافق إرادة الطرفين على اللجوء إلى التحكيم بدلا من القضاء، في التحكيم الاختياري، هو الأساس الذي يستمد منه التحكيم شرعيته وإلزامه³⁴.

وتوافق إرادة الطرفين على اللجوء إلى التحكيم قد يكون سابقا على قيام النزاع وقد يكون لاحقا عليه، وهو ما نصت عليه المادة السادسة من مشروع القانون الاتحادي الإماراتي في شأن التحكيم في المنازعات التجارية بقولها:

1/ يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع سواء قام مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين وفي هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع في بيان الدعوى المشار إليه في الفقرة الأولى من المادة 31 من القانون، وكذلك المادة 10 فقرة 2 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

2/ يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم، والا كان الاتفاق باطلا.

فإذا ورد الاتفاق بمناسبة علاقة قانونية وقبل نشوب النزاع سمي: شرط تحكيم، سواء ورد كبند من بنود العقد أو في اتفاق مستقل يلحق بالعقد الأصلي، فالشرط يواجه نزاعا لم يقع بعد، وإذا ورد الاتفاق نبعد نشوب النزاع سمي: مشاركة تحكيم، فالمشاركة تفترض عدم سبق الاتفاق على التحكيم بشأن النزاع المطروح، وشرط التحكيم الورد بالعقد يغني عن توقيع المشاركة عند نشوب النزاع³⁵.

ويجب أن يكون التعبير عن الإرادة واضح الدلالة في اللجوء الى التحكيم بديلا عن القضاء، لأن عدم وضوح العبارة كما لو كانت تمنح الاطراف حق اللجوء الى القضاء الى جانب اللجوء الى التحكيم، لا يحول دون لجوء الأطراف إلى القضاء، ويضحي ذلك اتفاق التحكيم عديم الجدوى و غير ذي

فائدة. 36

2- الأهلية اللازمة لإبرام اتفاق التحكيم:

أولا: أهلية الشخص الطبيعي:

حتى يتم إبرام اتفاق التحكيم لا بد من توافر أهلية التصرف في ذلك الشخص، حيث لا يصح الاتفاق على التحكيم الا من له أهلية التصرف في الحق محل النزاع وقد أكد ذلك المواد 4 / 203 من قانون الاجراءات المدنية الاتحادي لدولة الامارات و المادة رقم 11 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة

1994 . 37

وتطبيقا لذلك فلا يجوز الاتفاق على التحكيم من قبل القاصر، وان تم فانه يكون قاصرا على اجازة الولي و في الحدود التي يجوز للقاصر التصرف فيها، او اجازة القاصر لهذا التصرف بعد بلوغه سن الرشد، باعتبار ان اتفاق التحكيم تصرفا من التصرفات التي تدور بين النفع و الضرر و ذلك مشروط بان يستأذن

الوصي المحكمة قبل ابرام اتفاق التحكيم وهذا ما اكدت عليه محكمة النقض المصرية باعتبار ان اتفاق التحكيم يرتب التزامات متبادلة في ذمة طرفيه 38.

أما القاصر المأذون له بالتجارة أو الادارة فان له اهلية التصرف و التقاضي بشأن التصرفات المأذون له في ابرامها، ومن ثم يكون له سلطة الاتفاق على التحكيم بشأن المنازعات الناشئة عنها 39.

ويعني ذلك أن الاهلية اللازمة لابرام اتفاق التحكيم هي بحسب الاصل الاهلية الكاملة، اي بلوغ سن الرشد، احدى وعشرون سنة قمرية، اما تصرف القاصر سواء كان مأذونا له ام لا فانها تخضع للقواعد العامة.

اما ما يتعلق باهلية الاجنبي الى قانون جنسيته، ويرجع بشأن مدى توافر اهلية الاجنبي من عدمها وقت ابرام اتفاق التحكيم الى قانون جنسيته 40.

ثانيا: أهلية الشخص الاعتباري:

الأشخاص الاعتبارية الخاصة: ويقصد بها الشركة، فهل تكفي صفة الممثل القانوني للشركة لابرام اتفاق التحكيم ام ان ذلك يستلزم نص خاص في عقد لشراكة او في نظامها الاساسي او على الاقل ان يفوض في ذلك صراحة من مجلس ادارة الشركة.

وقد ذهبت محكمة استئناف القاهرة ومركز القاهرة الاقليمي الى القول بانه (من المسلم به ان الشريك المتضامن المدير في شركة الاشخاص له سلطة

واسعة في التصرف في اموال الشركة، ولهذا فان له ان يبرم اتفاق تحكيم نيابة عن الشركة، ولو لم يفوض في ذلك صراحة، وليس للشريك الموصى او للمدير غير الشريك المتضامن هذه السلطة، وبالنسبة للشركات المساهمة او ذات المسؤولية المحدودة يكون لرئيس مجلس ادارة الشركة المساهمة او العضو المنتدب للشركة المساهمة او المدير العام للشركة ذات المسؤولية المحدودة الذي يدير الشركة سلطة كاملة في الادارة و في التصرف في اموال الشركة في حدود تحقيق اغراض الشركة، وقد جرى قضاء محكمة استئناف باريس على ان له بموجب هذه السلطة ان يبرم اتفاق تحكيم دون حاجة الى تفويض خاص بذلك، و ذلك على اسا ان التحكيم قد اصبح الوسيلة العادية للفصل في المنازعات المتعلقة بالنشاط الاقتصادي، ولهذا فان ابرام اتفاق تحكيم يعتبر عملا من الاعمال الجارية للشركة، اذ هو تكملة ضرورية للعقود التي تبرمها الشركة لمباشرة نشاطها، وكذلك كله ما لم يرد نص في نظام الشركة او في عقدها يسلبه هذه السلطة او يقيدها، ونفس الامر بالنسبة للممثل القانوني لاي شخص اعتباري اذا كانت له سلطة ابرام العقود نيابة عنه).

أما المؤسسة الفردية فقد ذهبت محكمة التمييز بدبي في حكم حديث لها ان تفويض مدير المؤسسة في ادارتها من قبل مالك المؤسسة الطاعنة لا يعني ان يدخل في هذه الادارة الاتفاق على التحكيم، بل يلزم لذلك تفويض خاص من

صاحب المؤسسة أو اجازة لهذا التصرف، فان اهل الحكم ذلك و اعتبر ان التفويض في الادارة يشمل التفويض في ابرام اتفاق التحكيم فانه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وشابه القصور في التسبيب مما يتعين نقضه 41.

أما بالنسبة للأشخاص الاعتبارية الأجنبية:

فإن المستقر عليه قانونا انه يسري عليها قانون الدولة الأجنبية التي اتخذت منها مركز رئيس لادارتها،

3/ محل اتفاق التحكيم:

الأصل ان القضاء هو المختص بالبت في كافة النزاعات بالنظر لكونه صاحب الولاية العامة في تحقيق الحماية للحقوق والمراكز القانونية، لذا يبقى اللجوء الى التحكيم كوسيلة بديلة عنه بمثابة استثناء من الأصل يتعين للجوء اليه ان يكون الحق محل النزاع مما يقبل الصلح،

ويقصد بمحل اتفاق التحكيم تلك المنازعة التي يراد حسمها عن طريق التحكيم، و التي يجب ان تقبل التسوية بواسطته و الذي يربط وجوده بوجودها غير ان المنازعة التي تكون محلا لاتفاق التحكيم، قد توجد مستقبلا في شرط التحكيم، وقد تكون موجودة حاليا في عقد التحكيم الذي يتم ابرامه بسبب نزاع قائم بالفعل 42.

وطالما ان اتفاق التحكيم هو عقد كسائر العقود، فإن محله يجب ان تتوفر فيه الشروط العامة المطلوبة في محل الالتزامات التعاقدية بوجه عام، حيث يجب ان يكون محل اتفاق التحكيم موجودا وممكنا معنيا او قابلا للتعين وان يكون مشروعا.

واضافة الى الشروط السابقة لا بد وان ينصب محل اتفاق التحكيم على نزاع مالي في اطار القانون الخاص بين طرفي العلاقة القانونية، وان يكون الحق المتنازع بشأنه مما يقبل الصلح لأنها لا تصلح لأن تكون محلا للتحكيم كونها تمس النظام العام⁴³، كالمسائل الجنائية فلا تصلح ان تكون محلا للتحكيم لتحديد المسؤولية الجنائية بشأنها أو نفيها وتلك المتعلقة بالأحوال الشخصية أيضا⁴⁴. وتستخلص مما سبق أنه لا يجوز الاتفاق على التحكيم ألا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح⁴⁵.

فالحق لا يكون محلا للتحكيم إذا كان مما لا يجوز المصالحة عليه، وعله إخراج المنازعات التي لا يجوز الصلح فيها من نطاق التحكيم هي رغبة المشرع في بسط ولاية القضاء العام في الدولة على هذه المنازعات، وهو ما يقتضي منع اللجوء الى نظام التحكيم للفصل فيها⁴⁶، ومنها أيضا مسائل الأحوال الشخصية و المسائل الجنائية و المنازعات التي تتصل بأموال تمنع الانظمة

القانونية التعامل فيها كالتعامل في المواد المخدرة أو الأسلحة وغيرها، وكذلك تلك المتعلقة و الناشئة بالمراهنات و القمار و ممارسة الدعارة، وكذلك الامور المستعجلة في المنازعة الموضوعية المتفق على الفصل فيها عن طريق التحكيم سواء كان النزاع موضوع الاتفاق معروضا بالفعل على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم للفصل فيه، أم لم يكون قد عرض عليها بعد 47.

وبالتالي فان محل التحكيم يجب ان يكون نزاعا بين الطرفين سواء كان هذا النزاع قائما، ويسمى بمشاركة التحكيم، او محتملا و يسمى بشرط التحكيم، ويجب ان يحدد النزاع في وثيقة التحكيم وفق نص المادة 203 / 3 من قانون الاجراءات المدنية الاتحادي لدولة الامارات 48.

السبب في اتفاق التحكيم

حتى تكتمل اركان اتفاق التحكيم يجب ان يتوافر ركن السبب اي سبب لجوء الاطراف الى التحكيم، وان يكون هذا السبب مشروعاً فاذا كان السبب غير مشروع فلا وجود لاتفاق التحكيم، كما لو قصد من اتفاق التحكيم التهرب من احكام القانون الذي كان سيتعين تطبيقه او طرح النزاع على القضاء 49.

ثانياً- الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم:

1 / الكتابة:

يجب ان يكون اتفاق التحكيم مكتوبا حيث لا يعتد بالاتفاق الشفوي وهذا هو ما استقرت عليه كافة التشريعات الوطنية و الدولية، ونظرا لتعاضد الدور الذي يلعبه التحكيم في تسوية المنازعات وخاصة المنازعات التجارية و الاستثمارية الدولية، فانه لا بد ان يكون هذا الاتفاق وليد ارادة حرة و صادقة من الاطراف اذا لا يمكن التمسك ب هالا باتفاق صريح سواء ادرج كشرط من شروط العقد او تم الاتفاق عليه بصورة مستقلة.

والاتفاق على التحكيم يتخذ شكلا معيناً فلا يكفي كما تذهب بعض التشريعات الغربية التراضي للقول بوجوده وصحته، وانما تلزم الكتابة لصحة هذا الاتفاق 50.

وقد تضمنت التشريعات العربية و الدولية النص على الكتابة فنجد أن القانون المصري رقم 27 لسنة 1994، 51 وقانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري 52، وقانون الاجراءات المدنية الاتحادي لدولة الامارات 53، وقانون الاونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي بصيغته التي اعتمدتها لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي سنة 1985 وما ادخل عليها من تعديلات عام 2006 وذلك على النحو المبين بالمادة السابعة الفقرة الثانية من القانون 54، وكذلك اتفاقية نيويورك 1985 . 55

آثار اتفاق التحكيم

يترتب على اتفاق التحكيم أثرين هامين هما:

1/ الأثر الايجابي: هو ان يكون لكل من الطرفين و خلفهما العام حق اللجوء الى التحكيم فقط لنظر المنازعات التي تنشأ عن ذلك الاتفاق ويضلل الأمر كذلك حتى لو انقضى الحق الموضوعي محل التحكيم بوفاة السلف وذلك تطبيقا لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم⁵⁶.

2/ الأثر السلبي: هو أنه يمتنع على الطرفين او خلفهما العام حق اللجوء الى قضاء الدولة لنظر النزاع محل التحكيم وهو ما يسمى بالأثر السلبي، وهذا الاثر يترتب بمجرد ابرام اتفاق التحكيم⁵⁷.

ومع ذلك اذا كان اتفاق التحكيم موجود ورغم أنه يسلب الاختصاص بنظر النزاع من قضاء الدولة الا انه في الوقت نفسه لا يسلب الحق الشخصي للأطراف من اللجوء الى قضاء الدولة⁵⁸.

المبحث الثاني

دور الاتفاقيات الدولية و الاقليمية في تسوية منازعات الاستثمار وموقف

التشريع الجزائري منها

تتسابق معظم الدول من أجل جذب المزيد من الاستثمارات الاجنبية و توظيف الاستثمارات الوطنية لما لهذه الاستثمارات من دور ايجابي مؤثر في كافة النواحي بالمجتمع الاقتصادية و الصناعية و الزراعية و التجارية و السياحية

للدول المضيفة للاستثمار، حيث يتم تزويدها ببعض مقومات بناء اقتصاد متطور من خلال ما يقدمه المستثمر من رأسمال وخبرة فنية وإدارية وتكنولوجية حديثة مما يهيئ للدولة الأجواء كي تنفتح على الأسواق العالمية، ويؤدي ذلك بالتالي إلى زيادة صادراتها وإيجاد فرص عمل لمواطنيها وتحسين أوضاعهم من الناحيتين الاقتصادية والاجتماعية 59.

كما يحقق الاستثمار عوائد ضخمة ومزايا اقتصادية للمستثمر ولدولته من خلال بناء علاقات اقتصادية وتجارية وسياسية مع الدولة المضيفة للاستثمار.

والواقع أن نجاح الدولة (أي دولة) في جذب الاستثمارات يضع على كاهلها عبء توفير بيئة استثمارية مشجعة للمستثمر وبالتالي يتحقق التوازن بين أطراف عقد الاستثمار لأن أي مستثمر حينما يرغب في توجيه استثماراته خارج دولته عليه أن ينظر إلى المزايا التي سوف يحصل عليها في المقابل، ولكن أهم ما يبحث عنه هو ضرورة توافر شيئين رئيسيين هما الأمن، إضافة إلى التشريعات ويقصد بالتشريعات تلك التي تبني الطرق البديلة لتسوية المنازعات، خاصة في عقود الاستثمار وأهم هذه الطرق هو التحكيم، فإن توافر للمستثمر هذين الشرطين وجه استثماراته لتلك الدولة دونما تردد 60.

ونظرا لما تتسم به عقود الاستثمار من تعقيدات لا سيما الاستثمارات الضخمة بسبب تعدد أطرافها فان معالجة المنازعات الخاصة بها يحتاج الى وسائل تكفل نجاح هذه المعالجات و تحقق في ذات الوقت التوازن بين مصالح أطراف هذه العقود، وقد تعددت هذه الوسائل بين الوسائل الودية و هي التي تتم من خلال المفاوضات أو من خلال اللجوء الى التوفيق أو اللجوء الى التحكيم، أو اللجوء الى القضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار، والتي غالبا ما يتردد المستثمر الاجنبي بقبول المثل امامها لما يساوره من شك في حيطة هذا القضاء، اضافة الى جهل هذا المستثمر بالاجراءات التي تطبق أمام القضاء الوطني⁶¹، كما ان اللجوء الى المحاكم الوطنية و ان كان طريقا مأمونا بسبب ما يحيطه من ضمانات تكفل سلامة العدالة، الا انه طريق طويل وبطيء وهو عيب وان كان من الجائز التجاوز عنه في المعاملات المدنية، فانه غير محتمل في التجارة لأنه يعطل حركة الاموال و يفسد برامج تنفيذ التعهدات، واذا تعلق الامر بالتجارة الدولية، دخل عيب آخر وهو القلق الناجم عن تعيين المحكمة المختصة و القانون الواجب التطبيق- فيما عدا الفرض الذي توجد فيه قواعد دولية موحدة- قانونا وطنيا غريبا على احمد طرفي النزاع ان لم يكن غريبا عليهما معا، فضلا عن عند ملاءمته للتجارة الدولية لانه لم يعد لها⁶².

ومن خلال التطبيقات العملية لوسائل تسوية منازعات الاستثمار يتبين مدى تفضيل المستثمر الأجنبي اللجوء الى الوسائل الدولية لتسوية المنازعات ومنها التحكيم.

المطلب الاول

دور الاتفاقيات الدولية و الإقليمية

في تسوية منازعات الاستثمار

رأينا من خلال التقديم الى اي مدى تتميز منازعات الاستثمار بالتعقيد، ولا سيما في الدولة التي تكون طرفا فيها، حيث ان وجودها كطرف يضيف على المنازعات الكثير من التعقيد و الحساسية لا سيما فيما يتعلق بممارسة السيادة الوطنية، كما تبين عدم رغبة المستثمر الأجنبي في اللجوء الى القضاء الوطني بسبب جهله بإجراءات التقاضي أو لعدم ثقته بحيدة واستقلال قضاء الدولة المضيفة للاستثمار.

أما فيما يتعلق باللجوء للقضاء الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، ففيه صعوبة و يتعذر على المستثمر اللجوء اليها مباشرة، بسبب تخصص هذا القضاء (محكمة العدل الدولية)، وبالتالي فقد لجأت الدول الى الاتفاقيات الدولية و الإقليمية وفي بعض الاحيان الثنائية لتسوية منازعات الاستثمار، وذلك لما تقدمه

هذه الاتفاقيات من ضمانات لكل من الطرفين (المستثمر و الدولة المضيفة للاستثمار).

ومن اهم هذه الاتفاقيات:

أولاً: اتفاقية واشنطن لعام 1965 بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الاخرى (ICSID). 63

وتهدف هذه الاتفاقية الى مايلي:

1/ فض المنازعات التي تنشأ بين المستثمر الاجنبي و الدولة المستثمر فيها المال، ويكون ذلك بطريق التوفيق و التحكيم و تطبيق هيئة التحكيم للقواعد المنصوص عليها في الاتفاقية، ويعني ذلك احلال هذه القواعد محل القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار.

2/ ايجاد القواعد الموحدة التي تهدف الى تبسيط اجراءات التوفيق و الاستعانة بشخصيات مستقلة لها الطابع القضائي تقوم بمهمتها طبقاً لقواعد محددة تقبلها الأطراف.

3/ ايجاد الجو المناسب و المشجع لرأس المال الاجنبي في مجالات التنمية الاقتصادية، وذلك عن طريق ايجاد توازن بين مصالح المستثمرين ومصالح الدول التي يتم فيها الاستثمار 64.

وتتميز هذه الاتفاقية بأن أعضائها موزعين بين الدول المصدرة لرأس المال ودول نامية مستقبلية لها في كل من آسيا و إفريقيا وبعض دول أمريكا اللاتينية، أما بالنسبة للدول العربية، فقد كانت جمهورية مصر العربية من الدول السبّاقة في الانضمام الى هذه الاتفاقية ثم تلتها كل من دولة الكويت والسعودية، ودولة الامارات العربية المتحدة و الجزائر، واعقب ذلك العديد من الدول العربية⁶⁵.

وكان من ثمرة هذه الاتفاقية انشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ال ICSID وكان الغرض من انشاء هذا المركز هو توفير طريقي التوفيق و التحكيم من اجل تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات التي تقوم بين الدول المتعاقدة من ناحية، ورعايا الدول المتعاقدة الاخرى طبقا لأحكام الاتفاقية⁶⁶.

ويشترط لانعقاد اختصاص المركز بتسوية المنازعات الاستثمارية توافر الشروط التالية وفق نص المادة رقم 25 من اتفاقية واشنطن: 67

1/ ان يكون احد الطرفين دولة متعاقدة و الطرف الاخر مواطنا من دول متعاقدة أخرى. 68

2/ موافقة طرفا المنازعة الاستثمارية صراحة على إحالتها الى المركز.

3/ يجب ان تكون المنازع قانونية ومتعلقة بالاستثمار،

ولا يكون اختصاص المركز الدولي بتسوية منازعات الاستثمار قاصرا على الدول المتعاقدة فحسب، بل يمتد ايضا ليشمل المؤسسات و الوكالات التابعة لهذه الدول و التي تقوم الدول المتعاقدة بتعيينها لدى المركز حتي يشملها الاختصاص⁶⁹.

وفيما يتعلق بشرط كون الطرف الاخر في عقد الاستثمار مواطنا لدولة اخرى متعاقدة فانه لا يجوز لأي مستثمر اجنبي ان يكون طرفا في تحكيم المركز اذا كان ينتمي الى دولة اجنبية غير متعاقدة، كما لا يجوز للمستثمر ان يحمل نفس جنسية الدولة المضيفة للاستثمار و تسري هذه القاعدة ايضا على الاشخاص الاعتباريين.

وفيما يتعلق بالشخص الطبيعي فلا بد أن يتمتع بجنسية احدى الدول المتعاقدة في التاريخ الذي يوافق فيه اطراف النزاع الى اللجوء الى المركز الدولي لتسوية المنازعات.

اما بالنسبة للاشخاص الاعتباريين فهم يخضعون لاختصاص محكمة المركز اذا كانوا يحملون جنسية دولة متعاقدة غير جنسية الدولة الطرف الاول في منازعة الاستثمار، وذلك بشرط تمتعهم بتلك الجنسية في التاريخ الذي يرضي فيه اطراف النزاع اللجوء الى المركز، وذلك سندا لنص المادة 2/25 من الاتفاقية⁷⁰.

وفي حالة قبول اطراف منازعة الاستثمار للتحكيم أمام المركز فإن مجرد تحقق هذا الرضاء يترتب على ذلك امكانية العدول عن هذا القبول بالارادة المنفردة لأي طرف من الاطراف ويعني ذلك انسحاب اي طرف من الاتفاقية نفسها لا يؤثر في صحة رضائه السابق بقبول التحكيم لدى المركز، الأمر الذي يجعل قبول الاطراف الحكيم لدى المركز قبولاً باتاً لا يجوز العدول عنه.

وفيما يتعلق بالقانون المصري فان المادة 18 منه قد اثارت منازعة قانونية في قضية Sppvegypt المعروفة بقضية هضبة الاهرامات وتعود وقائع هذه القضية الى عام 1974، عندما تم ابرام اتفاق بين شركة SPP و الحكومة المصرية لإنشاء مجمعات سياحية في منطقة اهرامات الجيزة، وقد تضمن الاتفاق تعهد من الحكومة المصرية بتوفير الارض اللازمة لاقامة المشروع عليها، كما تضمن ديباجة الاتفاقية بان الاتفاق قد تم وفقا للقوانين المصرية ومن بينها قانون الاستثمار رقم 43 لسنة 1974 وفي 12 / 12 / 1974، تم ابرام اتفاق تكميلي بين شركة SPP وهيئة السياحة المصرية لتولي القيام بتنفيذ و تضمين هذا الاتفاق الموافقة على تسوية المنازعات بين الطرفين في غرفة التجارة الدولية بباريس، كما نص على خضوع هذا الاتفاق للقوانين المصرية بما فيها قانون الاستثمار رقم 43 لسنة 1974، وبعد البدء في الاعمال الانشائية عام 1977 وعلى اثر اعتراض الرأي العام الوطني و الدولي، وعلى إثر اعتراض الرأي العام

الوطني و الجولي على المشروع قامت الحكومة المصرية في عام 1978 بسحب موافقتها على المشروع، الامر الذي ترتب عليه لجوء شركة SPP الى غرفة التجارة الدولية بباريس التي اصدرت عام 1984، حكمها بإلزام الحكومة المصرية بدفع مبلغ وقدره اثنا عشر ونصف مليون دولار امريكي لشركة SPP. وعلى نتيجة هذا الحكم قامت الحكومة المصرية باتخاذ اجراءات ابطال هذا الحكم، وتم ابطاله من قبل محكمة استئناف باريس في 12/07/1984، كما تأيد هذا الابطال من قبل محكمة النقش الفرنسية في 06/01/1987، الا ان شركة SPP واثناء نظر دعوى الالغاء (البطلان) امام القضاء الفرنسي أقامت دعويين امام المحكمة الهولندية و الانجليزية لتنفيذ حكم محكمة غرفة التجارة الدولية بباريس، وذلك اضافة الى طلب اجراء التحكيم امام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ICSID في 28/08/1984.

وقد قررت محكمة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بان المادة 6 من قانون الاستثمار المصري تمثل قبولا للتحكيم امام المركز من قبل الحكومة المصرية باعتبارها الدولة المضيفة للاستثمار، وعلى اثر ذلك اعترضت مصر على اختصاص المركز الدولي بالنظر في المنازعة على اساس ان المادة 8 من قانون الاستثمار المصري تضمن قائمة من البدائل لفض المنازعات 71. وعليه لا يمكن إلزامها بتقديم المنازعة الى المركز دون غيرها من البدائل التي نصت عليها هذه

المادة، الا ان محكمة المركز رفضت بحجة عدوم وجود اتفاق ثنائي بين الحكومة السورية و شركة SPP لتسوية المنازعة، وانه في ظل غياب هذه الاتفاقية فان نص المادة 8 المشار اليها يعتبر قبولا كتابيا صريحا من جانب مصر باختصاص محكمة المركز استنادا لنص المادة 25 / 1 من اتفاقية انشاء المركز 72.

أما فيما يتعلق بشرط ان تكون المنازعة التي تعرض على المركز الدولي IDSID منازعة قانونية متعلقة بالاستثمار، فان هذا الشرط يعني من ناحية ضرورة تعلق المنازعة بتنفيذ او تفسير احدى بنود اتفاق الاستثمار، او اعتداء على حق مقرر في اتفاقية ثنائية بين الدولة المضيفة وبين دولة المستثمر 73.

ثانيا: الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الاموال العربية في الدول العربية لعام 1980:

لقد سعت الدول العربية لإبرام العديد من الاتفاقيات لتشجيع الاستثمار بين الدول العربية استنادا الى ميثاق جامعة الدول العربية و الذي يقضي بتوثيق الروابط الاقتصادية و التعاون بينها.

وقد عقدت الدول العربية ايضا عدة اتفاقيات لتشجيع انتقال رؤوس الاموال بين الدول العربية لسنة 1953، واتفاقية الوحدة الاقتصادية بين الدول العربية لسنة 1962، واتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية ومواطني الدول العربية لسنة 1974.

واقتناعا من الدول العربية بأن توفير مناخ ملائم للاستثمار لتحقيق التنمية العربية الشاملة لا يتأتى الا بوضع قاعدة قانونية موحدة، تم ابرام الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الاموال العربية لسنة 1980.

وقد عمدت هذه الاتفاقية الى توفير ضمانات الاستثمار الموضوعية و الاجرائية لاستثمار رؤوس الاموال العربية في الدول العربية، وقد اتجهت الاتفاقية لاعطاء القضاء الوطني الدور المنوط به في بعض المنازعات لاعتبارات كثيرة اهمها سيادة الدولة المضيفة للاستثمار وقد تم التصديق على هذه الاتفاقية في مؤتمر القمة العربية سنة 1980 ودخلت حيز التنفيذ من سنة 1981.

ومن ثمار هذه الاتفاقية انها سايرت اتفاقية واشنطن لسنة 1965 و انشأت المجلس العربي لتسوية منازعات الاستثمار على غرار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ICSID.

كما ان هذه الاتفاقية كفلت للمستثمر العربي الحق في اللجوء الى القضاء الوطني للدولة المضيفة، و اقرت وسيلتين لاقتضاء حقوقه اذا تم التعرض لها من قبل الدولة.

أولهما: الطعن بمشروعية اجراءاتها في حالة نزع الملكية ومقدار التعويض.

ثانيهما: المطالبة بالتعويض عن تجاوزات الدولة المضيفة او اي من هيئاتها على النحو المبين بالمواد 9 و 10 – الاتفاقية 74.

وقد اعتمدت هذه الاتفاقية التوفيق و التحكيم كوسائل لحل منازعات الاستثمار ووافقت الدول العربية على احكامها.

وتتميز اتفاقيات الاستثمار بصفة عامة بانها تنفذ على فترات زمنية طويلة خاصة تلك التي ترتبط بمشاريع التنمية في الدولة المضيفة للاستثمار وغالبا ما تحدث تغيرات في المناخ السياسي او الاقتصادي او الاجتماعي تستدعي اعادة النظر في شرط التعاقد و التفاوض بشأنها.

لذلك يرى جانب من الفقه ان التوفيق افضل الطرق لحل مثل هذه المنازعات و التي تدور حول اعادة النظر في شرط التعاقد لأنه يقوم على محاولة ايجاد نقطة لالتقاء وجهات النظر للأطراف حتى يتمكن الموفق من حل النزاع الذي يعد في طبيعته غير قانوني و انما يتمثل في تعارض المصالح بين الطرفين 75.

ورغم ذلك فإنه لا يوجد ما يمنع من عرض الامر على التحكيم – اذا ما اتفق الاطراف على ذلك 76.

وقد سايرت الاتفاقية الموحدة لرؤوس الاموال العربية المجتمع الدولي في الاهتمام بالتحكيم كوسيلة لفض منازعات الاستثمار 77.

ويقصد بعملية التحكيم وفقا للاتفاقية المعنى الواسع من الناحية الاجرائية للسير في العملية التحكيمية منذ بدايتها حتى نهايتها، اي منذ اخطار احد اطراف النزاع وحى صدور قرار التحكيم في حالة التحكيم الحر. وفي حالة التحكيم المؤسسي فتبدأ الاجراءات التي يقوم بها الدائن لبدء السير في التحكيم مثل تقديم طلب التحكيم للجهة المختصة و بالمفهوم الضيق ان الاجراءات تبدأ بعد تشكيل هيئة التحكيم و تنتهي بصدور التحكيم النهائي 78.

كما ان من ثمار هذه الاتفاقية ايضا انشاء محكمة الاستثمار العربية 79، تمهيدا لانشاء محكمة العدل العربية، وهي تعد اول محكمة اقليمية تختص بالاستثمار على مستوى العالم العربي، وقد اصبحت المحكمة وسيلة لفض منازعات الاستثمار في الدول العربية و اعتمدتها العديد من الاتفاقيات الثنائية للاستثمار بين الدول العربية كوسيلة لفض المنازعات 80.

المطلب الثاني

موقف التشريع الجزائري من

الاتفاقيات الدولية و الاقليمية بشأن الاستثمارات

تلجأ الدول و خصوصا النامية منها الى تنمية اقتصادها وتطوير منشآتها و بناها التحتية عن طريق الاستثمار الاجنبي، وبما ان المستثمر الاجنبي يحتاج الى ضمانات لتسهيل عمله و حفظ حقوقه في مواجهة دول ذات سيادة بامكانها ان

تؤمم استثماره او تعدل تشريعاتها الداخلية مما قد يضعف مركزه القانوني، او لتحقيق نوع من التوازن في عقد محتمل بين مستثمر اجنبي وهو شخص من اشخاص القانون الخاص وبين دول من الدول، وهي شخص من اشخاص القانون العام 81.

وتسعى الدول من خلال ذلك الاطار الى خلق مناخ استثماري آمن ومشجع للاستثمار عن طريق تحديث تشريعاتها ومواكبتها للتطورات العالمية، عن طريق عقد الاتفاقيات لتشجيع الاستثمار أو الانضمام لاتفاقيات قائمة.

ولعل من أهم الضمانات التي يسعى المستثمر الى وجودها بعقد الاستثمار هو إحالة النزاعات التي قد تنشأ بسبب استثماره الى الوسائل البديلة لتسوية النزاعات مثل (الصلح، و الوساطة، و التحكيم) وليس الى القضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار كون هذا القضاء بنظر المستثمر غير حيادي.

وقد عرف التحكيم التجاري الدولي في الجزائر تغيرات وتذبذبات سببها الرفض الواضح لهذا النوع من القضاء الخاص و التي امتدت حتى فترة الثمانينات من القرن الماضي ثم تلى ذلك مرحلة الانفتاح الاقتصادي والحاجة الماسة لمسايرة ركب التطور والدول المتقدمة وهي المرحلة الحالية والتي اتسمت بالقبول للتحكيم الذي أصبح يحتل مكانة متقدمة في القوانين الجزائرية.

ولعل السبب الرئيس لهذا النفور يرجع لاتفاقية EVIAN لسنة 1962 فيما يخص تسوية المنازعات البترولية مع الشركات الفرنسية المستثمرة آنذاك في الجزائر، فوجدت الجزائر نفسها محرومة من ممارسة سيادتها الكلية على ثروتها الطبيعية في الوقت الذي تحصلت فيه على استقلالها السياسي بعد ان دفعت الثمن غاليا.

ورغم محاولة الدول المتقدمة من تبرير الزامية اللجوء الى التحكيم عوضا عن المحاكم الوطنية لكون الجزائر دولة نامية لا تتوفر لديها الاجهزة القضائية ولا الخبرة اللازمة لتقديم ضمانات جدية تسمح للمستثمر الأجنبي اللجوء اليها بكل اطمئنان، عكس التحكيم الذي يوفر الحماية اللازمة.

الا ان هذا التحليل غير الصادق قد زاد القضية تعقيدا خاصة وانه يحتوي على خلفيات لها علاقة وثيقة مع تخوف الشركات البترولية للدول النامية الرافضة للنظام الاقتصادي الدولي القائم و المطالبة بنظام جديد و على رأسها الجزائر.

وتطبيقا لهذه الاتفاقية قامت الجزائر بالمصادقة على اتفاق التحكيم مع

فرنسا عام 1963 . 82

أيضا الاتفاق المبرم في 1965/07/29 المتعلق بالتعاون في مجال استغلال الثروات الهيدروكربونية، فلقد جرى العمل على تعديل بعض

النصوص في اتفاقية EVIAN واتفاق التحكيم لسنة 1963 وبناء على هذا التعديل تم ادخال نظام التوفيق الاجباري الى جانب نظام التحكيم، غير انه ابقى على شرط تنفيذ القرارات التحكيمية الصادرة في شأن النزاعات البترولية دون استلزام وضع الصبغة التنفيذية عليها.

ونظرا لاستعادة الجزائر سيادتها على ثرواتها الوطنية عن طريق تأميم المحروقات في 24 / 02 / 1971 وما نتج عن ذلك من تأثير على نظام التحكيم بتطبيق نطاق استعماله لصالح الهيئات القضائية في الدولة، حيث اجبرت الشركات الاجنبية التي تريد الاستثمار في ميدان المحروقات على تكوين وانشاء شركات تجارية خاضعة للقانون الوطني يقع مقرها في الجزائر وتتعاون مع شركة سونطراك، وعليه اصبح الحديث عن وسائل تسوية المنازعات عديم الجدوى⁸³.

وهو الامر الذي دعا فرنسا الى حث مستثمريها الى اللجوء الى التحكيم الدولي، الا ان الجزائر ظلت متمسكة بحقها السيادي في التأميم وبعدم استطاعة اي جهة منعها من ممارسة هذا الحق وبذلك استبعدت الجزائر فكرة التحكيم الدولي.

وتماشيا مع الظروف الاقتصادية الجديدة التي فرضت نفسها على الحياة العامة في الجزائر و الحاجة الماسة الى تطوير وجذب المزيد من راس المال الاجنبي

لدفع عجلة الاقتصاد و التنمية كان لا بد للمشرع الجزائري ان يقضي على العقبة الاساسية التي تحول دون تدفق راس المال الاجنبي، الا وهي القوانين المعادية للتحكيم التجاري، وايمانا باهمية الاستثمار وتسوية المنازعات المرتبطة به لهدف ترقية الاستثمار وتقوية الاقتصاد الوطني، وذلك ضمن آلية دولية يتوافق عليها الطرفين (المستثمر - و الدولة المضييفة للاستثمار)، فقد انضمت الجزائر الى اتفاقية واشنطن عام 1965 و التي كان من ثمارها انشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ICSID وذلك بموجب المرسوم رقم 88-233 المؤرخ في: 1988 /11 /05.

ونظرا لأن قوانين الاستثمار في اغلب الدول ان لم يكن بها مجتمعة قوانين جاذبة للاستثمار وذلك عن طريق منح المستثمرين امتيازات عديدة، فان الجزائر تاتي ضمن الدول التي منحت امتيازات عديدة للمستثمرين بغرض استقطاب الاستثمارات الأجنبية لتقوية الاقتصاد الوطني ودفع عجلة التنمية الاقتصادية و الاجتماعية، ويؤكد ذلك المادة 15 من المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في: 1993 /10 /05، ويتعلق بترقية الاستثمار، وقد منح هذا المرسوم المستثمرين الأجانب نفس المزايا التي يختص بها الأشخاص الطبيعيين و الاعتباريين الوطنيين بالجزائر من حيث الحقوق والالتزامات فيما يتصل او يتعلق بالاستثمار، بل ذهب لأكثر من ذلك اذ يمكن ان يستفيد الاجانب من نفس

المعادلة مع الوطنيين اضافة الى احكام الاتفاقيات المبرمة بين دولة الجزائر و الدول التي يكون هؤلاء الاشخاص من رعاياها⁸⁴.

وقد منح التشريع الجزائري امتيازات للمستثمرين الأجانب مثل شرط التجميد التشريعي، الذي يعني ابقاء قانون الارادة على العقد بحالته التي كانت عليها وقت ابرام العقد مع استبعاد مختلف المراجعات او الاتفاقيات و التعديلات التي تطرأ في المستقبل⁸⁵، ويهدف شرط التجميد التشريعي الى الحفاظ على التوازن في العلاقة العقدية وذلك م خلال تجميد الاطار التشريعي و التنظيمي الذي سيتم فيه تنفيذ هذا العقد وليس تجميد محتوى الاتفاق⁸⁶.

ونصت المادة رقم 17 من الامر رقم 01-03 على اسناد تسوية المنازعات الى الجهات القضائية المختصة بالجزائر الا في حالة وجود اتفاق بين الاطراف سواء كانت هناك اتفاقية ثنائية او متعددة الاطراف، او وفقا للشروط المتفق عليها في العقد، وبمراجعة اغلب الاتفاقيات نجد ان نصوص هذه الاتفاقيات وان كانت نصوص تشريعية داخلية الا انها تحمل في طياتها احالة المنازعات التي يمكن ان تنشأ بسبب تطبيق وتنفيذ هذه الاتفاقيات الى التحكيم بالمركز الدولي لتسوية المنازعات ICSID وبالتالي القبول باختصاص المركز بالتحكيم حتى في التشريعات الداخلية⁸⁷.

وعلى مستوى الاتفاقيات الاقليمية نجد انضمام الجزائر للاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الاموال العربية في الدول العربية لسنة 1980 ، التي دخلت حيز التنفيذ في سنة 1981 ، بما تضمنته هذه الاتفاقية من انشاء محكمة الاستثمار العربية و التي اختصت بتسوية منازعات الاستثمار العربية الناشئة عن هذه الاتفاقية و اعتمادها للوسائل البديلة لحل وتسوية المنازعات مثل التوفيق و التحكيم.

وهكذا توالى المراسيم التي كان هدفها حماية المصلحة العامة للدولة وقد أدت هذه الثورة التشريعية في الجزائر خاصة في مجال التحكيم الى تطوير التحكيم ورفع كفاءة العاملين بالوسط التحكيمي، ونرى ان ذلك سينعكس ايجابا على زيادة حركة التجارة وترقية الاستثمار بما ينعكس في مجموعه على الاقتصاد الوطني الجزائري.

خاتمة

نستخلص من البحث حقيقة هامة مفادها ان التحكيم هو الوسيلة الامثل لحل وتسوية المنازعات لما يحققه من مزايا عديدة لأطراف العملية التحكيمية، وان نجاح التكميم في عقود الاستثمار مرهون بارام عقد استثمار يوازن بين حقوق المستثمر وبين الضمانات التي تقدمها الدولة المضيفة للاستثمار

لذلك المستثمر دون ان تتعارض هذه الحقوق وتلك الضمانات مع السيادة الوطنية للدولة المضيفة.

وذلك بالنظر الى ان هذه العقود تعد من العقود طويلة المدة وقد يطرأ عليها من ظروف اقتصادية وأزمات سياسية تؤدي احيانا الى الاخلال بالتوازن العقدي بين الطرفين ويكون هناك استحالة في تنفيذ ذلك العقد، لذلك فالتحكيم هو الوسيلة الامثل لحل و تسوية هذه النزاعات.

الهوامش

- 1- د. معتز عفيف- ورقة عمل مقدمة للمؤتمر الدولي الأول حول ' دور التحكيم التجاري في تحقيق التنمية المستدامة، الشارقة – الامارات 25-26 مارس 2013.
- 2- <http://www.economy.gov.ae/Arabic/pages/INVSurvey.aspx> "استبيان عن رضا المستثمرين عن أنظمة واجراءات الاستثمار في الدولة، استبيان تتوجه وزارة الاقتصاد (ادارة الاستثمار) الى المستثمر الكريم بهذا الاستبيان حول : رضا المستثمرين عن أنظمة واجراءات الاستثمار في الدولة، أملين الاجابة على جميع الاسئلة و ذلك باختيار الاجابة المناسبة، الوقت الذي نهدف فيه الى التعرف على آرائكم ورفعها لاصحاب القرار لتحسين البيئة الاستثمارية، نؤكد على أن بيانات هذه الاستمارة ان تستخدم الا في اغراض البحث، متعهدين احاطتها بسرية تامة، شاكرين لكم تعاونكم " ... للاستفسار: nhussein@economy.ae
- 3- د. مجدي كمال محمد الصراف – المركز القانوني للمستثمر الأجنبي- دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه- جامعة الزقازيق- مصر 2006
- 4- د. أحمد خليل – قواعد التحكيم- دراسة متعمقة في طرق الطعن في القرار التحكيمي الصادر في تحكيم داخلي- منشورات الحلبي الحقوقية- 2003.
- 5- د. أحمد خليل المرجع اليابق – ص 10
- 6- أ- والي نادية- التحكيم كضمان للاستثمار في اطار الاتفاقيات العربية الثنائية و المتعددة الاطراف – دراسة للحصول على درجة الماجستير- فرع قانون الاعمال- جامعة امجد بوقرة (بومرداس) كلية الحقوق و العلوم التجارية- الجمهورية الجزائرية.
- 7- د. مجدي كمال الصراف – المرجع الاسبق، ص 13
- 8- د- لافي محمد داروكه- أهمية التحكيم التجاري في ظل الاتفاقيات الدولية و العقود الاستثمارية، ومخاطره على التنمية الاقتصادية في دولة الامارات العربية المتحدة، كإحدى الدول المضيفة للاستثمار الأجنبي- دراسة في الاتفاقيات و القواعد الدولية و العربية و التشريعات الداخلية وتطبيقاتها العملية- ص 1343
- 9- د. عمر مشهولا حديثه الجازي- التحكيم في منازعات عقود الاستثمار- بحث منشور في مجلة نقابة المحامين الأردنية- العددان التاسع و العاشر- ايلول و تشرين 2002.
- 10- د- فتحي والي- قانون التحكيم في النظرية و التطبيق- الطبعة الأولى- منشأة المعارف- الاسكندرية، 2007

ص 13.

- 11- نجم رياض نجم- ضمانات أطراف التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة- رسالة دكتوراه- كلية الحقوق- جامعة القاهرة. 2003
- 12- د- فوزي محمد سامي – التحكيم التجاري الدولي- دار الثقافة للنشر و التوزيع- عمان- 1992 ص 17.
- 13- ناصر عبد الله حسن محمد- التنظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي – دراسة انتقادية- رسالة ماجستير- كلية حقوق طنطا ص 22- 24
- 14- قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.
- 15- قانون التحكيم التجاري رقم 09-08 المؤرخ 2007/02/25، المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية- المواد من 1006 وما بعدها.
- 16- قانون التحكيم السعودي المادة رقم 1
- 17- قانون التحكيم النموذجي الاونستيرال 1985 مع تعديلاته التي اعتمدت عام 2006- المادة رقم 2 الفقرة أ
- 18- د. مجدي كمال محمد الصراف – المرجع السابق ص 17.
- 19- د. محسن شفيق – التحكيم التجاري الدولي- دراسة مقارنة- مذكرات لطلبة دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص- جامعة القاهرة 1993- 1994 ص 201.
- 20- محسن شفيق: التحكيم الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، مذكرات لطلبة دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة القاهرة (1973 - 1974)، ص 1 و 2 – د. حبيب ثروت دراسة في قانون التجارة الدولية، مطبوعات جامعة القاهرة بالخرطوم، القاهرة 1975 ص 105، د. علم الدين محي الدين اسماعيل، منصة التحكيم التجاري الدولي ج 1 1986 ص 7-12.
- 21- د. مراد محمود المواجهة- التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي- دراسة مقارنة- دار الثقافة للنشر و التوزيع- عمان- 2010 ص 25.
- 22- فيجب على المحكم مثلا ان يصدر قرار التحكيم خلال 12 شهرا من تاريخ بدء اجراءات التحكيم بموجب قانون التحكيم الاردني، وخلال 12 شهرا من تاريخ بدء اجراءات التحكيم بموجب قانون التحكيم المصري رقم 47 لسنة 1994، وتسعون يوما من تاريخ صدور القرار باعتماد وثيقة التحكيم بموجب نظام التحكيم السعودي رقم م/46 بتاريخ 1403/07/12 هـ.
- 23- يوم من تاريخ صدور القرار حسب وثيقة التحكيم بموجب نظام التحكيم السعودي رقم 46 لسنة 1403 هـ.
- 24- ناصر عبد الله حسن – المرجع السابق، ص 22-23
- 25- د. جلال وفاء محمدين – التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار- دار الجامعة الجديدة- الاسكندرية- ص 25-26
- 26- د. نجم رياض نجم- المرجع السابق – ص 30-32
- 27- د. جلال وفاء محمدين- المرجع السابق ص 9
- 28- أ.د. الشهابي ابراهيم – اتفاق التحكيم في ضوء أحكام القضاء الاماراتي ومشروع القانون الاتحادي الاماراتي في شأن التحكيم في المنازعات التجارية- سلسلة الدراسات القانونية و القضائية- معهد دبي القضائي ص 11 وما بعدها،
- ومشار اليه في د. أحمد بركات مصطفى – أهمية ودور التحكيم في حل المنازعات- بحث مقدم الى المؤتمر السنوي السابع للجمعية العلمية لكليات الحقوق العربية – المغرب 2007، ص 276، مشيرا الى تعريف د. أحمد ابو الوفا في مؤلفه: اجراءات التنفيذ في المواد المدنية و التجارية، وأيضاً د. أشرف عبد العليم الرفاعي – التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية- دار الكتب القانونية 2016، ص 199.
- 29- المادة رقم 1/203 من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي لدولة الإمارات و التي تنص على أن: يجوز للمتعاقدین بصفة عامة أن يشترطوا في العقد الأساسي أو باتفاق لاحق عرض ما قد ينشأ بينهم من النزاع في تنفيذ عقد معين على محكمة أو أكثر، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بشروط خاصة.
- والمادة 1007 من ذات القانون تنص على أن: شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم.
- و المادة 1008 من ذات القانون: يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تسند إليها.

والمادة 2011 من ذات القانون: اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم.

والمادة 1012 من ذات القانون: يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا، يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع و أسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم،

و المادة 1013 من ذات القانون: يجوز للأطراف الاتفاق على التحكيم، حتى أثناء سريان الخصومة أمام الجهة القضائية.

30- المادة 10 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 و التي تنص على أن

1/ اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على اللجوء لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية.

2/ يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع سواء كان مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع في بيان الدعوى المشار إليها في الفقرة الأولى من المادة 30 من هذا القانون، كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد اقيمت في شأنه دعوى امام جهة قضائية وفي هذه الحالة يجب ان يحدد الاتفاق في المسائل التي يشملها التحكيم والا كان الاتفاق باطلا.

3/ يعتبر اتفاقا على التحكيم كل إحالة ترد في العقد الى وثيقة تضمن شرط التحكيم اذا كانت الاحالة واضحة وفي اعتبار هذا الشرط جزءا من هذا العقد.

31- شعبان رأفت عبد اللطيف – دور التحكيم في تسوية النزاعات – ورقة مقدمة بورشة عمل- مركز الشارقة للتحكيم التجاري الدولي- افريل 2014.

32- د.نبيل اسماعيل عمر- التحكيم في المواد المدنية و التجارية و الوطنية و الدولية- دار الجامعة الجديدة- الاسكندرية 2005 ص 37 الطبعة الثانية.

33- للمزيد حول ركن التراضي في العقود وفقا للقواعد العامة انظر : د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، منشأة المعارف 2004، ج1، نظرية الالتزام بوجه عام ص 142 وما بعدها. د.عبد الناصر العطار، مصادر الالتزام، مؤسسة البستاني للطباعة (دون تاريخ أو رقم الطبعة) ص 19 وما بعدها، د.عبد الودود يحي الموزج في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية (دون تاريخ أو رقم الطبعة)، ص 30 وما بعدها، د.أحمد شوقي عبد الرحمان النظرية العامة للالتزام 2007 ص 32 وما بعدها، د.علي نجيدة، النظرية العامة للالتزام وفقا لقانون المعاملات المدنية وأحكام الشريعة الإسلامية، الكتاب الاول مصادر الالتزام، الطبعة الأولى 1994/1993 ص 66 وما بعدها، د.محمد ابراهيم دسوقي، القانون المدني: الالتزامات 2001/2000 ص 30 وما بعدها، د.الشهابي ابراهيم الشرقاوي، مصادر الالتزام الإرادية في قانون المعاملات المدنية الاماراتي الطبعة الاولى 2008 إثراء للنشر و التوزيع ص 65 وما بعدها.

34- راجع د.فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية و التطبيق، الطبعة الأولى 2007 منشأة المعارف ص 83 وما بعدها، د. أحمد بركات مصطفى، أهمية ودور التحكيم في حل المنازعات بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي السابع للجمعية العلمية لكليات الحقوق العربية، المغرب 2007 ص 271، د. سامي عبد الباقي أبو صالح، التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق ص 119 ومشار اليه في أ- د. الشهابي ابراهيم الشرقاوي- مرجع سابق ص 17.

35- د.أحمد محمد بعد الصادق- المرجع العام في التحكيم المصري و العربي و الدولي، الطبعة الأولى 2008 ص 32 وما بعدها.

36- أ.د.الشهابي ابراهيم الشرقاوي- المرجع السابق ص 20.

37- المادة 4/203 من قانون الاجراءات المدنية الاتحادي لدولة الامارات وتنص على: ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح و لا يصح الاتفاق على التحكيم الا ممن له اهلية التصرف في الحق محل النزاع.

والمادة 11 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، والتي تنص على أن لا يجوز الاتفاق على التحكيم الا للشخص الطبيعي او الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح.

38- المادة 2/159 معاملات مدنية- وقضت محكمة تمييز دبي في هذا الصدد بان النص في المادة 216 من قانون الاجراءات المدنية يدل على الرقابة القضائية على حكم المحكمين عند النظر في طلب المصادقة على حكمهم ، وذلك باستيفائه كافة مقومات الشكلية وان من صدر منها الاتفاق على التحكيم له اهلية كاملة غير منقوصة بأي عارض من عوارضها التي قد تعيب الشخص في تقديره وتدبيره كاسفه أو الغفلة باعتبار أن الاتفاق على التحكيم يدور بين النفع و الضرر ويعني التنازل عن اللجوء الى القضاء. الطعان رقما 460 و 461 لسنة 1994، حقوق جلسة 1999/03/12

39- د.فتيحي والي - قانون التحكيم - النظرية و التطبيق، ص 109 و د. مصطفى محمد الجمال، و د.عكاشة عبد العال بند 280 ص 413

40- د.احمد محمد عبد الصادق- المرجع السابق ص 195 و د. محمود بريري- المرجع السابق ص 45، ومشار اليه في حكم محكمة النقض المصرية، جلسة 1996/03/27، مجموعة الاحكام ص 47 ج 1، قاعدة رقم 107 ص 55 ومشار اليه في أ.د الشهابي الشرفاوي- المرجع السابق ص 25.

41- القضية رقم 681 لسنة 2003 تجاري كلي دبي المستأنفة برقم 584 لسنة 2004 استئناف تجاري، ويأتي موضوع هذه القضية في أن المحتكم ضده، قد امتنع عن تنفيذ الحكم فتم اقامة الدعوى ضده، وبجلسة 2004/05/16 حكمت المحكمة بالتصديق على حكم المحكمة موضوع القضية، وبجلسة 2004/11/30، قضت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم ، وقد تم الطعن على هذا الحكم بالنقض وقد قبلت محكمة النقض الطعن قائلة: من المقرر في قضاء المحكمة ان مدير المؤسسة يعد وكيلًا عن صاحب المؤسسة في القيام بجميعا لعمال اللازمة للإدارة و بالتصرفات التي تدخل في نشاط المؤسسة، الا انه ليس له ان يتصرف في حقوق المؤسسة بغير تفويض مالكيها بذلك او اجازته لهذا التصرف باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكًا في دلالاته على حقيقة المقصود، لما كان ذلك وكان الثابت من الاوراق ان الاتفاقية ماث النزاع و التي اتفق فيها على احالة النزاع بشأنها الى التحكيم موقع عليها من قبل مدير المؤسسة الطاعنة وكذلك وثيقة الاتفاق على التحكيم المؤرخة في: 2002، وكان الثابت في رخصة المؤسسة الطاعنة أنها مؤسسة فردية وأن المذكور مديرها كما أن الثابت بالتفويض الصادر اليه من ... مالك المؤسسة أنه مخول بالتوقيع على الاوراق و المستندات الرسمية وشبه الرسمية الخاصة ببلديات دولة الامارات العربية المتحدة وكافة العقود المبرمة مع الشركات و الاشخاص، لما كان ما قدم وكان الحكم المطعون فيه قد خلص الى مفوض من قبل مالك المؤسسة الطاعنة في ادارتها وان له بهذه المثابة السلطة الكاملة في ادارتها ويدخل في هذه الادارة الاتفاق على التحكيم حل ان الاضطلاع بادارة المؤسسة الفردية بمجردة لا يعطي القائم بها اهلية الاتفاق على التحكيم بغير تفويض خاص بذلك من صاحب المؤسسة او اجازة لهذا الصرف فان الحكم يكون قد اخطأ في تطبيق القانون وشابه القصور في السبب مما يتعين معه نقضه دون حاجة لبحث باقي أوجه الطعن.

وقد ذهب استأنا الدكتور الشهابي الشرفاوي في تعليقه على ذلك الحكم بقوله: لا نؤيد المحكمة فيما ذهبت اليه من " ان الاضطلاع بادارة المؤسسة الفردية بمجردة لا يعطي القائم بها أهلية الاتفاق على التحكيم بغير تفويض خاص بذلك من صاحب المؤسسة أو اجازة لهذا التصرف"

ذلك ان ما يلزم من عقود تقتضيها الادارة يفترض انها تدخل في سلطة مدير المؤسسة ومن ثم يدخل ضمن سلطته ابرام اتفاقات التحكيم بشأنها، سيما وان الثابت في القضية المطروحة " ان الثابت بالتفويض الصادر اليه - اي المدير- من مالك المؤسسة انه مخول بالتوقيع على الاوراق و المستندات الرسمية وشبه الرسمية الخاصة ببلديات دولة الامارات، وكافة العقود المبرمة مع الشركات و الاشخاص".

ولا شك ان تفويضه بابرام العقود يتضمن تفويضه بابرام اتفاقات التحكيم بشأنها باعتبارها امرا ضروريا بالنسبة لتلك العقود، بل لا نبالغ اذا قلنا ان ادراج شرط التحكيم في العقود يرتقي الى مرتبة العرف التجاري الذي تقتضيه طبيعة المعاملات التجارية ان لم يكن قد بلغها بالفعل.

لذلك لا نؤيد محكمة التمييز فيما ذهبت اليه في تلك الواقعة لانه يناقض المبدأ العام في هذا الشأن وهو ما أقره كما سبق القول مركز القاهرة الاقليمي ومحكمة استئناف القاهرة.

نخلص مما سبق ان من تثبت له - بموجب نظام او عقد الشركة سلطة ابرام العقود نيابة عن الشركة تثبت له بالتبعية سلطة ابرام اتفاقات التحكيم المتعلقة بتلك العقود التي يملك سلطة ابرامها.

على ذلك فالمصفي القائم على تصفية الشركة له سلطة إبرام اتفاق تحكيم فيما يبرمه من تصرفات تقتضيها أعمال التصفية.

أما مدير الفرع فليس له سلطة إبرام اتفاق تحكيم ما لم يكون مفوضا من السلطة المختصة في الشركة بإبرام العقود استقلالا عن الشركة الأم.

42- ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية و التجارية رقم 27 لسنة 1994، دار النهضة العربية القاهرة ط 1 1996 ص 240.
ومشار إليه د. حمزة حداد- التحكيم في القوانين العربية ج 1 منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الأولى 2007 ص 147.

43- وفي الشأن قضت محكمة النقض المصرية بأن تنص المادة 501 من قانون المرافعات في فقرتها الرابعة المقابلة المادة 11 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 على أنه: لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، وفي المادة 551 من القانون المدني على أنه لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام، فإن مفاد ذلك وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه لا يجوز التحكيم بصدد تحديد مسؤولية الجنائي من الجريمة الجنائية والا عد باطلا لمخالفته النظام العام، ولما كان البين من محضر التحكيم و الصلح المؤرخ في: 1984/04/12 - محل التداعي- كانه فصل في مسألة جنائية هي ما اسند الى شقيق الطاعن الثاني من اتهام بقتل المطعون عليه الاول- منتهبا- الى ثبوت هذا الاتهام في حقه على ما قاله انه تبين للمحكمين ان المتهم (شقيق الطاعن الثاني) هو القاتل الحقيق للمجني عليه.. (شقيق المطعون عليه الاول)، وان باقي المتهمين وهم.... فلم يثبت لديهم اشتراكهم في الجريمة اذ نفى شقيق المجني عليه اشتراكهم في قتله او اتهامهم لهم، وانه تاسيسا على ذلك حكموا على الطاعنين بدفع عشرين الف جنيه للمطعون عليه بشرط الا يرد الاعتداء، بما مؤداه ان التحكيم انصب على جريمة القتل العمد ذاتها واستهدف تحديد المتهم بالقتل وثبوت الاتهام في حقه. وانها كانت هذه المسألة تتعلق بالنظام العام لا يجوز ان يرد الصلح عليها وبالتالي لا يصح أن تكون موضوعا لتحكيم مما لازمه بطلان الالتزام الذي تضمنه حكم المحكمين ... " نقض مدني - الطعن رقم 795 لسنة 600ث- جلسة 1996/05/26، مجموعة الأحكام س 47"، وانضر كذلك نقض مدني مصري الطعن رقم 2475 لسنة 85 ق جلسة 2002/11/10، و الطعن رقم 562 لسنة 74 ق جلسة 1980/12/02 مجموعة الاحكام س 31 ص 1979، اشار اليهما: احمد محمد عبد الصادق المرجع العام في التحكيم المصري و العربي و الدولي، مرجع سابق ص 203 و 38 و 172 على الترتيب، وايضا د. اشرف عبد العليم الرفاعي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق ص 315 وما بعدها.

44- للمزيد احمد محمد عبد الصادق المرجع العام في التحكيم المصري و العربي و الدولي، مرجع سابق ص 37.

45- د. محمود السيد عمر التحيوي- المرجع السابق ص 431.

46- د. فتحي والي- مبادئ قانون القضاء المدني- بند 41 ص 717 و د. أحمد ابو الوفا- التحكيم الاختياري و التحكيم التجاري- الطبعة الخامسة سنة 1988- بند 29 ص 72 و د. محمود محمد هاشم- اتفاق التحكيم وأثره على سلطة القضاء- بند 46 ص 91 النظرية العامة.

47- في بيان أحكام الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية انضر ديس محمد يحيى- عقد الصبح بين الشريعة الاسلامية و القانون المدني- دراسة مقارنة 1978- دار الفكر العربي بالقاهرة- بند 175 ص 369 وما مبعدها و د. توفيق حسن فرج- الوجيز في احكام الاحوال الشخصية - ص 183 وما بعدها و د. احمد نصر الجندي- الولاية على المال- ص 216 وما بعدها.

48- المادة 2/203 و التي نص على ان: يجب ان يحدد موضوع النزاع في وثيقة التحكيم اثناء نظر الدعوى، ولو كان المحكومون مفوضون بالصلح والا كان التحكيم باطلا. وفي هذا المعنى د. محمود السيد عمر التحيوي- اتفاق التحكيم- وقواعده وفقا لقانون التحكيم المصري- دار المطبوعات الجامعية، القاهرة 2001 ص 414.

وانضر ايضا د. اشرف عبد العليم الرفاعي - المرجع السابق ص 156 وما بعده و د. مختار احمد بربري - المرجع السابق ص 25، 26، 38 وما بعدها.

49- د. محمود بربري- مرجع سابق ص 58.

- 50- أ.د. محمد إبراهيم موسى- التحكيم الالكتروني - ورقة عمل مقدمة للمؤتمر العلمي السنوي السادس عشر - التحكيم التجاري الدولي- اهم الحلول البديلة لحل النزاعات التجارية- المجلد 3- ص 1077- دبي الامارات العربية المتحدة. 2007
- 51- المادة 12 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 ة التي تنص على انه: يجب ان يكون اتفاق التحكيم مكتوباً والا كان باطلاً.
- 52- المادة 1008 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائي و تنص على: يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الاصلية او في الوثيقة التي تستند اليها.
- 53- المادة رقم 2/203 من قانون الاجراءات المدنية الاتحادي لدولة الامارات، وتنص على: ولا يثبت الاتفاق على التحكيم الا بالكتابة.
- 54- المادة رقم 2/7 من قانون الونستيرال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، وتنص على ان: يجب ان يكون اتفاق التحكيم مكتوباً.
- 55- المادة 2/2 من اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين الأجنبية وتنفيذها لعام 1985 وتنص على أن: يشمل مصطلح اتفاق مكتوب، اي شرط تحكيم يرد في عقد او في اي اتفاق تحكيم موقع عليه من الطرفين، او وارد في رسائل او بريقات متبادلة، ومشار اليها تفصيلاً في د.الشهابي الشرقاوي- مصادر الالتزام الارادية في قانون المعاملا المدنية الامارتي- ص 40.
- 56- د.الشهابي الشرقاوي- المرجع السابق ص 68 وما بعدها و د. فتحي والي- المرجع السابق- ص 177
- 57- د.الشهابي الشرقاوي - المرجع السابق.
- 58- المحكم باتفاقية على التحكيم لا ينزل عن حماية القانون أو حقه في اللجوء الى القضاء والا فان المشرع لا يعتد بهذا النزول ولا يقره، اذ ان الحق في اللجوء الى القضاء هو من الحقوق المقدسة المتعلقة بالنظام الام، وبالتالي فإرادة المحكم في عقد التحكيم تقتصر على مجرد احلال المحكم محل المحكمة في نظر النزاع، فالعدالة تفرض على الخصوم سواء بمقتضى المحكمة او بمقتضى المحكم، وبحسم النزاع بمقتضى حكمها او حكمه، ويكون في الحالتين قبلاً للتنفيذ الجبري، و المحكم يعمل على استقلال دون تبعية لاحد من اطراف التحكيم مثله في ذلك مثل القاضي، الدعوى التحكيمية رقم 173 لسنة 2000 مذكر القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي، جلسة 14 ديسمبر 2000 مجلة التحكيم العربي العدد الرابع اوت 2001 ص 211.
- 59- د.مجدي كمال الصراف- المرجع السابق ص 113 وما بعدها
- 60- شعبان رأفت عبد اللطيف- دور التحكيم في تسوية المنازعات- محاضرات ببرنامج إعداد وتأهيل المحكمين رقم 4 بمركز الشارقة للتحكيم التجاري الدولي جوان 2013.
- 61- د. محمد يوسف علوان- النظام القانوني لاستغلال النفط في الأقطار العربية- الكويت 1982، ص 491
- 62- د.محسن شفيق- التحكيم التجاري الدولي- دراسة في قانون التجارة الدولية- دار النهضة العربية 1997 ص 221، و د. أحمد مخلوف - الطابع المميز للتحكيم في اطار منظمة التجارة العالمية- دراسة في ضوء قضايا التحكيم الصادرة بالمنظمة خلال الخمس سنوات الاخيرة، منشور في دراسات قانونية في التحكيم التجاري الدولي- أعمال مهدهاء لروح الاستاذ: الدكتور محسن شفيق- الطبعة الثانية- دار النهضة العربية مصر 2007 ص 209
- 63- اتفاقية واشنطن لعام 1965، بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول و مواطني الدول الاخرى(ICSID)
- 64- د. اشرف عبد العليم الرفاعي- التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة- دراسة في قضاء التحكيم- دار الكتب القانونية- مصر- 2006 ص 761 وما بعدها.
- 65- د.كامران الصالحي- دور القضاء الدولي و الاتفاقيات الدولية و الاقليمية في تسوية المنازعات الاستثمارية - كلية القانون- جامعة الامارات.
- 66- المادة 1 من قانون انشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ICSID.
- 67- المادة 25 من اتفاقية واشنطن لعام 1965 لتسوية منازعات الاستثمار.

- 68- أثّرت تساؤلات عن التاريخ الذي يعتد به لاعتبار الدولة طرفا في الاتفاقية حيث تنص المادة 68 من الاتفاقية على ان تكون الاتفاقية نافذة بعد 30 يوما من وقت ايداع وثيقة تصديقها وقبولها للمعاهدة
- ففي قضية HOLIDAYINNS أثّرت دفعوع فيما يتعلق بالتاريخ الذي يعتد به لعضوية الدولة في الاتفاقية و تتعلق هذه القضية بنزاع متعلق باتفاق بين الحكومة المغربية و شركة هوليداي إن الأمريكية حول قيامها بإنشاء وبناء تشغيل اربعة فنادق في المغرب، و لتنفيذ هذا الاتفاق قامت هذه الشركة بإنشاء شركة تابعة لها في سويسرا هي شركة HOLIDAYINNS Glarus والتي وقعت بدورها على اتفاقية الاستثمار المبرمة بين المغرب و الشركة الأمريكية، وعندما نشب نزاع بين الاطراف قدمت الشركة التابعة طلبا للتحكيم امام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وعلى اثر ذلك قدمت المغرب دفعوعا بعدم الاختصاص لهذا المركز بتسوية النزاع على اساس ان المغرب و سويسرا لم تكونا طرفا في اتفاقية واشنطن وقت ابرام اتفاق الاستثمار، وان التاريخ الذي يعتد به لاكتساب العضوية هو تاريخ عقد الاستثمار الذي يحتوي على شرط التحكيم، بينما تمسكت شركة هوليداي إن بان التاريخ الذي يعتد به هو تاريخ طلب التحكيم الى المركز الدولي، وبناء على ذلك تم رفض دفعوع الحكومة المغربية تأسيسا على ان التاريخ الذي يعتد به لعضوية الدولة هو تاريخ رضاء الاطراف باختصاص المركز وتقديم طلب التحكيم اليه.
- ويستفاد من هذه القضية بانه يمكن تقديم المنازعة الى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار حتى لو كان تاريخ انضمام الدول اطراف النزاع الى الاتفاقية لاحقا لتاريخ ابرام عقد الاستثمار.
- 69- د.جلال وفاء مجدين- التحكيم بين المستثمر الاجنبي و الدولة المضيفة للاستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر - الاسكندرية 2001 ص 24.
- 70- المادة 2/25 من اتفاقية واشنطن لعام 1965 السابق الاشارة اليها.
- 71- المادة رقم 8 من قانون الاستثمار المصري، وتنص على انه: يتعين تسوية منازعات الاستثمار المتعلقة بهذا القانون بأسلوب ينفق عليه مع المستثمر او بموجب الاتفاقيات الدولية النافذة في مصر او في اطار اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار والتي انضمت اليها مصر بموجب القانون رقم 90 لسنة 1971 اذا ما توافرت شروط تطبيق هذه الاتفاقية وقد تم تغيير هذه المادة فيما بعد الى المادة رقم 17 من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم 8 لسنة 1977.
- 72- المادة 1/25 من اتفاقية انشاء المركز الدولي لتسوية المنازعات وتنص على انه: يمتد الاختصاص القانوني للمركز الى اية خلافات قانونية تنشأ مباشرة عن استثمار بين دولة متعاقدة و بين مواطن من دولة اخرى متعاقدة ويشترط ان يوافق طرف النزاع كتابة على تقديمها الى المركز وعند اعطاء الطرفان موافقتهم، ولا يحق لاي الطرفين ان يسحب هذ الموافقة دون مقابل من الطرف الاخر.
- 73- د. عبد المعز عبد الغفار- الجوانب القانونية لنشاط البنك الدولي للانشاء و التعمير القاهرة - مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب 1976، ص 431.
- و د. ابراهيم شحاتة- دور البنك الدولي في تسوية منازعات الاستثمار- المجلة المصرية للقانون الدولي السنة 41، عام 1985، ص 809
- 74- المادة 9 من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الاموال العربية في الدول العربية لسنة 1980، ويقضي مضمونها على عدم خضوع راس المال العربي المستثمر بموجب احكام هذه الاتفاقية لاية تدابير خاصة او عامة دائمة او مؤقتة مهما كانت صيغتها تلحق بأي من اصوله او احتياطاته او عوانده كليا او جزئيا وتؤدي الى المصادرة او الاستيلاء الجبري او نزع الملكية او التأميم او التصفية او الحل او انتزاع او تبديد اسرار الملكية الفنية و الحقوق العينية الاخرى... الخ.
- و للمادة 10 من ذات الاتفاقية ويقضي مضمونها على تعويض المستثمر العربي عما يصيبه من ضرر نتيجة قيام دولة طرف او احدى سلطاتها العامة او المحلية او مؤسساتها بالمساس باي من الحقوق و الضمانات المقررة للمستثمر العربي، او الاخلال باي الالتزامات او التعهدات الدولية المفروضة على عاتق الدولة الطرف و الناشئة عن هذه الاتفاقية لمصلحة المستثمر العربي او الامتناع عن تنفيذ حكم قضائي واجب النفاذ ذا صلة مباشرة بالاستثمار وتكون قيمة التعويض متناسبة مع الضرر الذي لحق بالمستثمر العربي.
- 75- عمر مشهور حديثه الجازي- التحكيم في منازعات عقود الاستثمار- بحث منشور في مجلة نقابة المحامين الاردنية- العددان 9 و 10 سنة 2002 ص 1.

- ومشار اليه في لما احمد كوجان- التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الاجنبي- منشورات زين الحقوقية 2008 بيروت ص 88-98
- 76- د.كوثر عبد الله احمد بيومي- التحكيم في منازعات الملكية الفكرية- دار النهضة – القاهرة- 2007 ص 167.
- 77- لقد ساهم المركز بقدر كبير في تشجيع الاستثمارات الخاصة و كثيرا ما تحيل بنود التحكيم الى المراكز لتسوية منازعات الاستثمار وتكون احالة المنازعات للمركز بمقتضى قوانين الاستثمار كما هو الحال في قانون تشجيع المستثمر لاسوداني لعام 199 منذ عام 2003.
- 78- د. حمزة حداد- التحكيم في القوانين العربية- 2008 س 180 وما بعدها.
- تبدو اهمية الاخذ بهذا المعنى الواسع لاجراءات التحكيم في تحديد مدة سريان التقادم اذ يقطع باول خطوة جدية (اجراء جدي) يقوم بها الدائن لبدء السير في التحكيم.
- 79- انشأت محكمة الاستثمار العربية بموجب المادة رقم 1/28 ورغم ان الاتفاقية قد دخلت حيز التنفيذ منذ عام 1981 الا ان المحكمة لم تباشر اختصاصها الا في مارس 2003.
- يراجع في نشرة المؤسسة العامة لضمان الاستثمار – السنة 17 العدد 130 جانفي 1999.
- 80- مثال ذلك اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادل بين العراق والجزائر لسنة 1999.
- 81- أ- حسام مروان ابو حمادة- التحكيم في منازعات عقود الاستثمار وفقا للقانون الاردني وبعض الاتفاقيات المصادق عليها من قبل المملكة الهاشمية الاردنية- بحث مقدم لكلية قانون- الجامعة الاردنية 2010- 2011.
- 82- مضمون اتفاقية EVIAN لسنة 1962 الموقعة في سنة 1963 بين الجمهورية الجزائرية و فرنسا هو:
- 1/ اللجوء الى محكمة التحكيم الدولية دون سواها لحل كل نزاع حول استغلال الثروات الطبيعية في الصحراء.
- 2/ تكون الاحكام الصادرة عن هذه الاتفاقية قابلة للتنفيذ التلقائي او المباشر في خلال ثلاثة ام بعد صدورها.
- 3/ وفي الملحق التابع للاتفاقية المنظم لعملية التحكيم تعرض صياغة الحكم باللغة الفرنسية وحدها ولا يقبل الطعن بأي طريقة من طرق الطعن.
- 4/ يمكن لهيئة التحكيم اتخاذ كل التدابير اللازمة للتنفيذ الجبري للقرار التحكيمي.
- 83- د.احمد عبد الحميد عشوش- النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية- الشركة المتحدة للنشر و التوزيع- القاهرة 1975 ص 47.
- 84- المادة 15 من الرسموم التشريعي الجزائري رقم 93-12 المرغ في 05 اكتوبر 1993، المتعلق بترقية الاستثمار- الجريدة الرسمية ع 64 صادر في 10 اكتوبر 1993، والتي تنص على: يمكن ان تستفيد الاستثمارات التي تمثل اهمية بالنسبة للقتصاد الوطني، لا سيما من حيث حجم المشروع، ومميزات التكنولوجيا المستعملة، وارتفاع نسبة اندماج الانتاج الذي يجري تطويره، وارتفاع الأرباح بالعملة الصعبة او من حيث مردودية هذه الاستثمارات على المدى الطويل من امتيازات اضافية طبقا للتشريع المعمول به.
- 85- اقلولي محمد- شرط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقد الدولة في مجال الاستثمار- المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية- الجزائر العدد 1 2006 ص 29.
- 86- عيبوط محمد وعلي- الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر- رسالة لنيل دكتوراه دولة في القانون- كلية الحقوق- جامعة مولود معمري- تيزي وزو 2006- ص 29
- 87- المادة رقم 17 من الامر 01-03 و التي تنص على ان: يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي و الدولة الجزائرية يكون بسبب المستثمر او بسبب اجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده للجهات القضائية المختصة، الا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية او متعددة الاطراف ابرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة و التحكيم، او في حالة وجود اتفاق خاص ينص على بند تسوية او بند يسمح للطرفين بالتوصل الى اتفاق بناء على تحكيم خاص.

وسائل الدفع الالكتروني (الشيك الالكتروني)

الاستاذ ديب زكريا
محام بمنظمة سطيف

المقدمة:

لقد نتج عن تطور التجارة الالكترونية عدة وسائل يتم بموجبها تنفيذ الالتزامات المترتبة جراء المعاملات التجارية الحديثة، بحيث ظهرت عدة وسائل دفع يتم بموجبها إبراء ذمة المدين بالوفاء بالثمن الملقى على عاتقه، و من بينها، إن لم يكن أهمها، الشيك الإلكتروني، والذي يشترك مع شبيهه الورقي في كون كل منها يعتبر أداة للوفاء، غير أن معالجة هذا النوع من وسائل الدفع الكترونيا يعطيه صبغة تتماشى ومتطلبات التجارة الالكترونية، وتجعل كيانه القانوني مختلفا عن الشيك الورقي العادي.

وللأهمية التي تحتلها هذه الوسيلة من وسائل الوفاء فقد تصدت له مختلف التشريعات بغية تنظيم أحكامه، وإرساء تنظيم قانوني مستقل به، بالنظر

لشكله الحديث والذي تغيرت طرق معالجته وتداوله ليتماشى مع طبيعة التعامل الالكتروني بعد أن كانت على دعائم ورقية.

ومن هنا يمكن التساؤل عن ماهية هذه الأداة وكيفية إنشائها والتعامل

بها ؟

حيث نظمت هذا النوع من الشيكات العديد من تشريعات الدول، بخلاف التشريع الجزائري الذي لم يتطرق له بكثير من التفصيل، إلا ما ندر في صورة نصوص متناثرة بين مختلف القوانين.

المطلب الأول: ماهية الشيك الالكتروني

يعتبر الشيك الالكتروني من أبرز أشكال النقود الالكترونية، ومن أهم وسائل الدفع الالكتروني، والذي يتماشى مع المميزات الخاصة بالتجارة الالكترونية، الأمر الذي يحقق السرعة في المعاملات الالكترونية، بالإضافة إلى إرساء الثقة بين مختلف المتعاملين، زيادة على ذلك ملاءمته لعالمية التجارة الالكترونية، كونه يدخل في التداول عن طريق الانترنت.

بيد أنه وبالرغم من كل ذلك فهو (الشيك الالكتروني) يشبه إلى حد كبير نظيره الورقي، الأمر الذي يجعلها يشتركان في بعض الأحكام القانونية الخاصة بتنظيمها، إلا ما خالف طبيعة الشيك الالكتروني منها.

الفرع الأول: تعريف الشيك الإلكتروني

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف الشيك الورقي وإنما اكتفى بالنص على البيانات الواجب توفرها فيه بموجب نص المادة 472 من القانون التجاري¹، بخلاف نظيره الأردني والذي عرف الشيك من خلال الفقرة (ج) من المادة 123 على أنه: "محرر مكتوب وفق شرائط مذكورة في القانون ويتضمن أمراً صادراً من شخص هو الساحب إلى شخص آخر يكون معروفاً وهو المسحوب عليه بأن يدفع لشخص ثالث أو لأمره أو لحامل الشيك وهو المستفيد مبلغاً معيناً بمجرد الاطلاع على الشيك".²

وقد تم تعريف الشيك في القانون الفرنسي لسنة 1865 على أنه: صك مكتوب على شكل وكالة بالوفاء، بمقتضاه يتمكن الساحب أن يسحب لمصلحته أو لمصلحة الغير كل أو بعض الأموال الجاهزة والمقيدة لأمره لدى المسحوب عليه.³

أما فيما يخص الشيك الالكتروني فقد أورد له الفقه العديد من التعريفات نذكر منها:

عرف على أنه وثيقة رقمية تتضمن وعداً من الساحب بدفع مبلغ معين للمستفيد عند الطلب.

كما عرف على أنه الانعكاس لذات ورقة الشيك التي تتم عبر نظام تقني آمن، والمتضمنة أدنى معايير الحماية والأمان من خلال استخدام التوقيع الرقمي القائم على التشفير.

بالإضافة إلى تعريفه بأنه محرر رقمي معالج الكترونيا بشكل كلي أو جزئي وفقا لشروط مذكورة قانونا يتضمن أمرا من شخص يسمى الساحب إلى آخر يسمى مسحوبا عليه بأن يقوم بالدفع لشخص ثالث أو لأمره أو لحامل هذا المحرر أو لمصلحة الساحب نفسه مبلغا معينا من النقود بمجرد الاطلاع عليه.

فمن خلال مختلف التعاريف السابق ذكرها يتبين أن للشيك الإلكتروني مميزات أهمها:

- يصرف الشيك الإلكتروني في دفع الصفقات الإلكترونية بجميع أنواعها سواء كانت إدارية أم تجارية أم مدنية وفق كيفية آمنة عن طريق البريد الإلكتروني.

- يخضع الشيك الإلكتروني إلى نفس الإطار القانوني المقرر على الشيك الورقي.

- يحد الشيك الإلكتروني من كلفة إدارة الآليات الخاصة بالدفع، ويحل المشاكل المتعلقة بالشيك الورقي كالتزوير مثلا.

- يخضع الشيك الالكتروني لطرق التدقيق نفسها المعتمدة في الشيك الورقي، فيخضع لكل المعالجات التطبيقية باستثناء تلك التي تمس الطابع المادي له 4.

الفرع الثاني: النظام القانوني للشيك الالكتروني

لم يضع المشرع الجزائري قواعد تنظيمية خاصة بالشيك الإلكتروني، مما يوجب الرجوع إلى القواعد العامة المقررة في القانون التجاري، وبالتالي إخضاع الشيك الالكتروني للأحكام نفسها التي يخضع لها الشيك الورقي مع مراعاة مختلف الفروقات الموجودة بين الاثنين وفقا للآتي بيانه:

أولاً: الشروط الموضوعية

تتمثل الشروط الموضوعية الواجب توافرها لقيام الشيك صحيحا فيما يلي:

1- الرضا: إن إنشاء الشيك الإلكتروني يصنف في خانة التصرفات الانفرادية التي تنعقد بإرادة واحدة دونها حاجة إلى قبول، أي لا يشترط توافق الإيجاب مع القبول فيها، وهذه الإرادة المنفردة التي تصدر من الشخص وجب أن يتحقق فيه شرط الأهلية، بحيث يلتزم محرر الشيك الالكتروني بأن يكون شخصا متمتعاً بكامل الأهلية التي تمكنه من إجراء هذا التصرف، إضافة إلى شرط خلو هذه الإرادة من عيوب الرضا، بحيث إذا قام أحد الأشخاص بتغيير

أو تغليط شخص آخر عبر شبكة الإنترنت في سلعة معينة بأنها مصنوعة في بلد ما أو من مادة محددة بالذات واستنادا إلى تلك المواصفات قام هذا الشخص بتحرير شيك إلكتروني لتسوية تلك الصفقة معه، ثم تبين أن هذه السلعة لا تحمل تلك المواصفات، فبإمكان هذا الشخص التمسك بعيوب الرضا، للممارسة حقوقه المترتبة عن ذلك.

2- **المحل:** وهو عبارة عن الأداء الذي يلتزم به المدين، ويتمثل المحل في الشيك الإلكتروني في دفع مبلغ معين من النقود، وعلى هذا الأساس فلا يتصور عدم مشروعيته لعدم وجود المحل.

3- **السبب:** قصد تحديد السبب في الشيك الإلكتروني فلا بد من وجود علاقة المديونية التي تربط كلا من الساحب بالمستفيد قبل تحرير الورقة التجارية، وذلك دليلا بأن هذا الشيك الإلكتروني تم إنشاؤه للوفاء بالتزام قانوني مشروع.

ثانيا: الشروط الشكلية

تعتبر الشروط الشكلية من الأسس التي يستند عليها قانون الصرف، لكونه يجعل من الورقة التجارية تصرفا قانونيا شكليا، فلا بد لإنشاء الشيك أن يتوافر على بيانات معينة منصوص عليها قانونا، فإذا تم تجاهلها انتفت صفة الشيك من الصك.

وانطلاقاً من هذا فإن أولى الشروط الشكلية اللازمة لإنشاء الشيك هي أن يكتب في محرر وأن يتضمن هذا الأخير جميع البيانات الإلزامية التي حددها المشرع في نص المادة (472) من القانون التجاري على أنه: "يحتوي الشيك على البيانات الآتية: 1- ذكر كلمة شيك مدرجة في نص السند نفسه باللغة التي كتب بها. 2- أمر غير معلق على شرط بدفع مبلغ معين. 3- اسم الشخص الذي يجب عليه الدفع (المسحوب عليه). 4- بيان المكان الذي يجب فيه الدفع. 5- بيان تاريخ إنشاء الشيك ومكانه. 6- توقيع من أصدر الشيك (الساحب)".

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للشيك الإلكتروني

لقد ثار جدل كبير حول تحديد طبيعة الشيك الإلكتروني القانونية، بحيث يذهب جانب من الفقه إلى اعتبار الشيك وكالة بالدفع لمصلحة الساحب أو لغيره المقيمة لمصلحته لدى المسحوب عليه، غير قابلة للرجوع فيها، بالدفع، غير أن هذه الفكرة لم تسلم من النقد على اعتبار أنها لم تراع مصلحة وحقوق حامل الشيك والذي يستمد حقوقه من طرف الساحب.

بينما يرى جانب آخر من الفقه أن الشيك عبارة عن حوالة حق، بيد أن هذا الرأي تعرض لانتقادات جمة كونه لم يراع مصلحة الحامل وحقوقه والتي يستمدّها من غير الساحب.

وبالرجوع إلى التشريع نجد أنه أضفى على الشيك تنظيمًا قانونيًا خاصًا به، وعليه فإن الشيك الإلكتروني نفسه الشيك التقليدي يختلفان فقط في طريقة التعامل والتداول والتقنية المستعملة، فهو نفسه الشيك الورقي ولكن بطريقة رقمية فقط، وهو من طرق الوفاء التي استحدثتها مواكبة التجارة الإلكترونية قصد توفير وسائل دفع ووفاء أخرى غير تلك التقليدية، والتي تدخل ضمن الأوراق التجارة الإلكترونية كالنقود الإلكترونية وبطاقات الائتمان. 5

المطلب الثاني: التعامل بالشيك الإلكتروني

يعتبر الشيك تصرف قانوني ينشأ بإرادة منفردة من الساحب الذي يلتزم بدفع قيمته، وما يترتب على هذا التصرف أنه لا بد وأن يصدر وفق شكل معين حدده القانون، وبالتالي وجب التطرق إلى آلية إنشاء الشيك الإلكتروني وإصداره في فرع أول، ثم دراسة كيفية تداول هذا النوع من الشيكات في فرع ثاني، ليتم بعدها النظر في كيفية الوفاء بمثل هذه الشيكات في فرع ثالث.

الفرع الأول: آلية إنشاء الشيك الإلكتروني وإصداره

يعتمد الشيك الإلكتروني على إجراء عملية تحويل مصرفية من حساب الساحب إلى حساب المستفيد، ويكون ذلك بإصدار أمر عن طريق الحاسب الآلي عبر شبكة الإنترنت، ويقوم بهذه العملية الساحب الذي يملك حساب لدى بنك ما يميز له التصرف به بموجب شيكات إلكترونية، فالساحب في هذه

الحالة له الحرية المطلقة في تحديد الشخص المستفيد من هذا الشيك، أما الإصدار فهو استلام المستفيد للشيك الإلكتروني مستوفيا لكامل شروطه الموضوعية والشكلية، والذي يعتبر الحامل الشرعي للشيك، وذلك تنفيذاً لإرادة الساحب وقبوله من المستفيد، وعليه فإن إنشاء الشيك يختلف عن إصداره، بحيث أن إنشاء يتم بإرادة الساحب المنفردة أما الإصدار فيجب أن تقترن إرادة الساحب مع إرادة المستفيد.

وقد تمت عدة محاولات على الصعيد العملي لتنظيم عملية الدفع بالشيك الإلكتروني، تتمثل أهمها في:

أولاً: مشروع E CHEQUE : بحيث يتعامل هذا المشروع مع طريقة إنشاء الشيكات الإلكترونية بنفس الطرق التقليدية، عن طريق إصدار دفتر شيكات للعميل يعادل دفتر الشيكات التقليدية، إلا أن الوسيلة التي يكون عليها هذا الدفتر تختلف عن الدعامة الورقية التي يستند عليها الشيك التقليدي، فالشيك الإلكتروني يستند على دعائم إلكترونية تظهر على جهاز الحاسوب، والتي بموجبها يستطيع الساحب تحرير الشيكات التي يرغب بإصدارها عند الحاجة من خلال تعبئة البيانات الإلزامية الفارغة بالنموذج مثلها مثل الشيك التقليدي، غير أن التوقيع يكون إلكترونياً، وعند تمام عملية تعبئة هذه البيانات

من قبل الساحب ووضع التوقيع الإلكتروني له يتم إنشاء هذا الشيك الإلكتروني.

ثانياً: مشروع **NETCHEX** : يحقق هذا المشروع قدراً أكبر من الأمان في التعامل، فبموجبه ينبغي لكل من الساحب والمستفيد أن يخزنوا معلوماتهم البنكية فيه، وعندما يريد الساحب إنشاء شيك إلكتروني من خلاله، فإنه يقوم بطلب ذلك منهم ليتم إرسال شيك إلكتروني له (الساحب) والذي يقوم بملء المبلغ واسم المستفيد والتوقيع الرقمي، ومن ثمة يقوم بإعادة إرساله إلى هذا المشروع، حيث يتكفل بفحص مدى صحة إجراء المعاملات مستعينا بالمعلومات المخزنة مسبقاً لديه عن أطراف العملية، فتتم عملية الإنشاء لهذا الشيك الإلكتروني كاملاً، ليكون بعدها مهيناً للإصدار والتداول والوفاء. 6

وكقاعدة عامة، فإن إصدار الشيك وطرحه للتداول يعني إعطائه من الساحب إلى المستفيد، وهذا الفعل إما أن يكون فعلياً، أي نقل حيازة هذا الشيك من شخص لآخر نقلاً فعلياً كتسليم المستفيد الشيك المحرر لصالحه عن طريق اليد، وإما أن يكون حكماً، وأما فيما يخص إصدار الشيك الإلكتروني فيتمثل في إرساله بالطرق الإلكترونية للمستفيد، والذي يرتب نفس الآثار القانونية للتسليم الفعلي أو الحكمي للشيك الورقي.

الفرع الثاني: تداول الشيك الإلكتروني

إذا كان الشيك مستوفيا لكل شروط صحته وتسلمه المستفيد، فإنه يصبح قابل للتداول كأداة للوفاء، بحيث قد يحتفظ المستفيد بهذا الشيك ليقدمه إلى البنك المسحوب عليه للوفاء بقيمته، وقد يطرحه للتداول من شخص لآخر وفقا للطرق التجارية، ولا يمكن تداول هذا النوع من الشيكات إلا بموافقة الساحب على ذلك، وتتم هذه الموافقة بإحدى الطرق التالية:

الطريقة الأولى: أن يكون البرامج الذي يوفر من خلاله المصرف للساحب نموذج الشيكات الإلكترونية يحتوي على نوعين من النماذج، بحيث يقتصر النوع الأول على البيانات الإلزامية ولا يمكن من خلاله إدراج أي إمضاءات إضافية، وبالتالي فلا يمكن للمستفيد طرحه للتداول، وأما النوع الثاني فهو عبارة عن نموذج للبيانات الإلزامية إضافة إلى أيقونات أخرى يمكن من خلالها أن يتم إدراج أكثر من توقيع في هذا الشيك الإلكتروني، وبالتالي إمكانية تداوله من قبل المستفيد وغيره.

الطريقة الثانية: أن يكون البرنامج الذي يوفر المصرف من خلاله نموذج الشيكات الإلكترونية يضمن أيقونات إضافية يمكن من خلالها إدراج البيانات اللازمة لتداول الشيك، من عبارات وأسماء و تواريخ المظهرين، بحيث تكون على شاشة الحاسوب غير أنها غير مفعلة، ولا يمكن تفعيلها إلا بموجب كلمة

سر أو رمز خاص يمنح للساحب، بحيث يمكنه تفعيل هذه الأيقونات إذا كان يرغب بطرح هذا الشيك الإلكتروني للتداول.

وعليه فيمكن تداول الشيكات الإلكترونية وفق آليات تختلف اختلافا جذريا عن تلك المطبقة في تداول الشيكات التقليدية، غير أنها وفي أصلها مستمدة منها، وما هذا الاختلاف إلا للتيان الكبير بين هذين النوع في طريقة التعامل بهما.

الفرع الثالث: الوفاء بالشيك الإلكتروني

يعتبر الشيك من أهم وسائل الوفاء، فهو يقوم مقام النقد وهو الأمر الذي جعل انتشاره واسعا في المعاملات المالية بين الأشخاص، مما جعله ضرورة حتمية في عالم التجارة الإلكترونية لما للشيك من مزايا وخصائص يقدمها للمتعاملين بها، وتتمثل أهم ضمانات للوفاء بالشيك الإلكتروني في مقابل الوفاء مثله مثل الشيك الورقي، بحيث لا يعتبر الشيك سند مديونية، وإنما أداة للوفاء ودليلا على انتقال مبلغ معين من النقود إلى ذمة شخص آخر، بحيث ينتج مقابل الوفاء عن علاقة قانونية بين الساحب والمسحوب عليه، تجعل الأول دائنا للثاني بمبلغ من النقود مع وجود اتفاق يبرر للساحب إصدار الأمر للمسحوب عليه لدفع هذا المبلغ التقدي إلى شخص ثالث ألا وهو المستفيد من الشيك.⁷

والقاعدة العامة في الشك أنه يعتبر مستحق الوفاء بمجرد الإطلاع، أما فيما يخص الشيكات الإلكترونية وميعاد الوفاء بها، فإن البنك يكون على دراية بكل الإجراءات العملية التي يتم فيها الوفاء بالشيك الإلكتروني، فالتعامل بهذا النوع من الشيكات يعتمد على وجود وسيط بين المتعاملين، بحيث يتم فتح حساب لديه بالإضافة إلى تحديد التوقيع الإلكتروني للعميل وتخزينه على مستوى قاعدة المعلومات التي يحتويها، وعلى البنك المسحوب عليه القيام بالوفاء بالمبلغ المحدد في الشيك، متى تحقق من كونه حرر هذا الشيك وفقا للشروط القانونية المنظمة لذلك.

الخاتمة:

يتضح من كل ما سبق، أن الشيكات الإلكترونية كوسيلة من وسائل الدفع الإلكتروني ما هي إلا مظهر من مظاهر التطور التكنولوجي والتقني الضروري لإتمام عمليات التجارة الإلكترونية، غير أننا نفتقد إلى مثل هذه الوسائل، فالتجارة الإلكترونية حتى الساعة لا تزال حديثة العهد وتواجهها تحديات كبيرة تتعلق جزء منها بالأمور التقنية اللازمة لسيورها، وجزء آخر بانعدام تشريعات خاصة منظمة لهذا النوع من التجارة، بيد أنه وعلى الرغم من هذه الصعوبات فإن التجارة الإلكترونية بدأت تأخذ مكانها في الدول النامية والتي سارعت إلى تطوير البنية التحتية اللازمة لهذه التجارة بغية اللاحق بهذا

التطور التكنولوجي والتقني للدول المتقدمة، قصد إنجاح عمليات التجارة الإلكترونية التي تتم بين هذه الدولة.

الهوامش:

- 1- تنص المادة (472) من القانون التجاري الجزائري رقم (59 لسنة 1975)، المنشور في الصفحة (1073) من العدد (101) من الجريدة الرسمية، بتاريخ (1975/12/19) على إنه: "يحتوي الشيك على البيانات الآتية: 1- ذكر كلمة شيك مدرجة في نص السند نفسه باللغة التي كتب بها. 2- أمر غير معلق على شرط بدفع مبلغ معين. 3- اسم الشخص الذي يجب عليه الدفع (المسحوب عليه). 4- بيان المكان الذي يجب فيه الدفع. 5- بيان تاريخ إنشاء الشيك ومكانه. 6- توقيع من أصدر الشيك (الساحب)".
- 2- المادة (123/ج) من قانون التجارة الأردني رقم (12 لسنة 1966)، المنشور في الصفحة (742) من العدد (191) من الجريدة الرسمية، بتاريخ (1966/03/30).
- 3- عبد المعطي محمد حشاد، الشيك رؤية مصرفية وقانونية، دار الكتب الحديثة، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 2004، ص. 130.
- 4- نضال اسماعيل براهيم، التجارة الالكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2005، ص. 124.
- 5- ناهد فتحي الحموري، الأوراق التجارية الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2009، ص. 185.
- 6- مطر عامر محمد بسام، الشيك الالكتروني، دار الجنان للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2013، ص 79 وما يليها.
- 7- ناهد فتحي الحموري، المرجع السابق، ص 208.

السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في حالة التطليق

الأستاذة: شكشوك مفيدة

باحثة دكتوراه قانون خاص

- جامعة الجزائر -

الملخص:

إن الشارع الحكيم قد جعل الطلاق بيد الزوج يوقعه متى شاء، وبمتهنى إرادته دون اشتراط رضا الزوجة، إلا أنه لم يهمل حق المرأة في إنهاء هذه الرابطة، وذلك عن طريق القاضي الذي يعمل على توقيع الفرقة بين الزوجين رفعا للضرر اللاحق بالزوجة، بموجب إقامة دعوى مدنية ضد زوجها، هذا ما كرسه المشرع الجزائري في المادة 48 من قانون الأسرة؛ والتي جاء فيها: (مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج، أو بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون)، فقد منح المشرع في هذه المادة وفي المادتين 53 و 54 الحق للزوجة في فك الرابطة الزوجية إذا تضررت من ذلك، من خلال اللجوء إلى القضاء وطلب التطليق، مما يمنح للقاضي سلطة في الحكم لها إزاء طلبها، غير أن

سلطته قد تكون مقيدة في بعض الحالات التي يكون فيها الضرر ثابتاً، وقد تكون موسعة ومطلقة في الحالات التي يكون فيها الضرر غير ثابت، نظراً لطبيعته الخاصة، وصعوبة إثباته.

الكلمات الدالة: تقدير الضرر - حالات التطليق - قاضي شؤون الأسرة -

غيبية الزوج.

مقدمة:

شرع الله تعالى الزواج، وجعله من أعظم العقود وأدومها أثراً، لأنه عماد الأسرة، التي هي اللبنة الأساس في بناء المجتمع الإنساني، ولئن كان عقد الزواج في نظر الشريعة الإسلامية ميثاقاً غليظاً، فقد احتاطت لأمره واستمراره، وأحاطته بسياج من الأوامر والنواهي التي تضمن نجاحه، وإثمار أهدافه، فأمرت الزوجين بحسن المعاشرة والتعاون على البر والتقوى، فجعلت على كل منهما واجبات، وأعطت لكل واحد حقوقاً؛ لاستمرار تلك الرابطة المقدسة، كما نهت عن كل ما يسيء لها ويعكر صفوها، لكن قد تعترض هذه الرابطة ما يجعل من جوها عذاباً وجحيماً وشقاقاً أليماً من سوء التفاهم، وزوال الثقة واختلاف الأمزجة، فيتعذر إصلاح ذات البين ورأب الصدع؛ الأمر الذي يجعل استمرار العلاقة الزوجية بين الزوجين نقمة وشقاقاً، لا نعمة وسعادة، ولا شك أن المنطق السليم يوجب حين تعذر كل الحلول اختيار طريق الطلاق الذي أصبح

ضرورة لا بد منها، إذ لو كان الموت وحده هو المخلص من الزواج الفاشل، لتنوعت صنوف القتل، واتسعت طرائقه، ولكن شرع الله الحكيم العليم ما يصلح لعباده؛ فجاءت أحكام الطلاق في الإسلام من جملة التشريعات التي تعالج مشكلات الحياة الزوجية بحلول عملية مفيدة بعد أن سدت جميع الأبواب الموصلة لإعادة الرابطة الزوجية لمسيرتها الطبيعية، ولكن قد تنجر عن هذا الطلاق أضرار جسيمة مادية ونفسية، تلحق بالزوجة، كما قد تلحق بالزوج، ولهذا فقد عد الضرر من أسباب التنازع والتخاصم بين الزوجين، وبالتالي حصول التقاضي بشأنه.

ومعلوم أن الشارع الحكيم قد جعل الطلاق بيد الزوج يوقعه متى شاء، وبمتمتهى إرادته دون اشتراط رضا الزوجة، إلا أنه لم يهمل حق المرأة في إنهاء هذه الرابطة، وذلك عن طريق القاضي الذي يعمل على توقيع الفرقة بين الزوجين رفعاً للضرر اللاحق بالزوجة، بموجب إقامة دعوى مدنية ضد زوجها، هذا ما كرسه المشرع الجزائري في المادة 48 من قانون الأسرة؛ والتي جاء فيها: (مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج، أو بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون)، فقد منح المشرع في هذه المادة وفي المادتين 53 و 54 الحق للزوجة في فك الرابطة الزوجية إذا تضررت من ذلك.

والضرر عبارة عن أذى يصيب الإنسان في حق من حقوقه لا يتحمل التفريط فيها، ولهذا فهو متغير في طبيعته ومداه (1)، ولذا يستوجب إثباته أمام القاضي من طرف الزوجة في حالة طلبها التطلاق؛ لعدم تحملها تصرفات زوجها تجاهها؛ سواء بالقول، أو بالفعل، أو نتيجة تجاوز في حق التأديب المباح شرعا، وغيرها من صور الضرر التي نص عليها المشرع في المادة 53 من قانون الأسرة والتي جاء فيها: (يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب الآتية:

- 1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون،
- 2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج،
- 3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر،
- 4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية،
- 5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة،
- 6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 أعلاه،
- 7- ارتكاب فاحشة مبينة،
- 8- الشقاق المستمر بين الزوجين،
- 9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج،

10 - كل ضرر معتبر شرعا).

فالقاضي عموما، وقاضي شؤون الأسرة خصوصا، ملزم بالفصل في جميع النزاعات التي تعرض عليه، والقضاء فيها بحكم قضائي عادل، وهذا طبقا للنص الملائم للنزاع المطروح، لأن القانون عبارة عن مجموعة قواعد عامة ومجردة تشرع من أجل تنظيم سلوك الأفراد، وعلاقتهم في المجتمع (2)، بغرض تحقيق العدالة؛ والتي هي غاية كل قاضي.

وفي سبيل تحقيق عدالة شاملة يعمل القاضي بالاجتهاد حتى يصل إلى حكم يحسم به النزاع المعروض عليه، ويتم ذلك من خلال فحص جميع الأدلة الموجودة أمامه، ويتأكد من صحتها، ثم بعد ذلك يقرر وبكل حرية؛ إما قبول طلب الزوجة المتضررة، وإما رفضه.

غير أن سلطته قد تكون مقيدة في بعض الحالات التي يكون فيها الضرر ثابتا، وقد تكون موسعة ومطلقة في الحالات التي يكون فيها الضرر غير ثابت، نظرا لطبيعته الخاصة، وصعوبة إثباته.

هذا ما يطرح علينا التساؤل حول ما مدى اعتبار الضرر اللاحق بالزوجة في التفريق القضائي بين الزوجين؟ وما هي سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير هذا الضرر؟

المبحث الأول: الحالات المقيدة لسلطة القاضي في تطليق الزوجة.

التطلاق رخصة منحها المشرع للزوجة تلجأ من خلالها إلى القضاء لطلب الفرقة بينها وبين زوجها، استنادا لأسباب محددة، غير أن القاضي له سلطة تقديرية في قبول طلبها أو رفضه حسب توفر الأسباب المنصوص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة، ومن بين هذه الأسباب ما هو مقيد لتصرفاته في التفريق بين الزوجين بناء على طلب من الزوجة، لأن الضرر الواقع عليها ثابتٌ.

المطلب الأول: سلطة القاضي في تطلاق الزوجة لعدم الإنفاق.

إذا كان العقد صحيحا ترتبت عليه حقوق وواجبات على الزوجين، وإذا احترم كل طرف هذه الحقوق وقام بالواجبات الملقاة على عاتقه، فإن الحياة الزوجية ستسير سيرا حسنا وتقوى الرابطة الأسرية، وتستقر ويستقيم أمرها، ويشد عودها، وتكون قادرة على تحقيق أغراضها ومقاصد التشريع فيها، ولعل أهم ما يقع على الزوج باعتباره مسؤول الأسرة، مجموعة التزامات يتكفل بها ويعمل على القيام بها، سواء كانت متعلقة بالجانب المادي، أو الجانب المعنوي، وذلك بغرض تحقيق حياة أسرية دائمة وهادئة، خالية من المشاكل، فتخلي الزوج على هذه الواجبات الملقاة على عاتقه يخول للزوجة طلب التطلاق، خاصة ما تعلق بالنفقة، وهو ما نصت عليه الفقرة 1 من المادة 53 من ق.أ حيث جاء فيها:

(عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة أحكام المواد 78، 79، 80 من هذا القانون).

ويقصد بالنفقة لغة: الإخراج والصرف، يقال: أنفقَ المال: صرف، ونَفَقَ الشيء نفقا: فني، وأنفَقَهُ. أفنيته، والنفقة ما أنفقَ (3).

أما اصطلاحا: فقد عرفها فقهاء الشريعة الإسلامية بتعاريف عديدة منها:

1- هي إخراج مؤونة من تجب عليه نفقته من خبز، وأدم، وكسوة، ومسكن، وما يتبع ذلك من ثمن ماء، دهن ومصباح، ونحو ذلك. (4)

2 - هي اسم لما يصرفه الإنسان على زوجته، وأقاربه، من طعام وكسوة ومسكن وخدمة، فالمراد بالنفقة كل ما تحتاج إليه الزوجة لمعيشتها من الطعام والكسوة والسكن والخدمة وكل ما يلزم من فرش وغطاء وأدوات منزلية بحسب المتعارف بين الناس (5).

3- هي كل ما تحتاج إليه من طعام وكسوة ومسكن وفرش وخدمة، وكل ما يلزم لمعيشتها حسب المعروف، فهي حق واجب على الزوج.

أما من الناحية القانونية فعرفت بأنها: ما يصرفه الرجل على زوجته، فيما تحتاج إليه من طعام وكسوة وسكن وعلاج وخدمة وأثاث وغيرها من متطلباتها الضرورية منها والحاجية أو التحسينية. (6)

وعليه يمكن القول بأن النفقة أثر من آثار الزواج الصحيح المستوفي لجميع الأركان والشروط (7)، وحقا من الحقوق الثابتة للزوجة على زوجها، ولذلك تجب لها ولو كانت الزوجة غنية، ومهما كانت عقيدتها الدينية، سواء مسلمة، أو غير مسلمة، كما أنها تنتهي بانتهاء العلاقة الزوجية. (8)

لكن قد يحدث في بعض الحالات وأن يتوقف الزوج أو يمتنع عن الإنفاق على زوجته، ولهذا كرس القانون للزوجة حق المطالبة بالإنفاق مهما كان نوع النفقة، وهذا عن طريق اللجوء إلى القضاء للمطالبة بها.

و مما لا شك فيه أن الشارع أوجب نفقة الزوجة على زوجها، لأنها بمقتضى عقد الزواج تصبح مقصورة عليه، ويجب عليها طاعته والقرار في بيته ورعاية شؤونه، ونظير ذلك يقوم بكفالتها والإنفاق عليها، مادامت الزوجية قائمة بينهما، ولم يوجد نشوز، أو سبب يمنع من النفقة، وتشمل الطعام، والكسوة، والمسكن، وكل ما لا غنى عنه.

ولا تقتصر النفقة على هذه الأنواع فقط، وإنما يدخل فيها كل ما تحتاج إليه من دواء، وأجرة خاد، وآلات التنظيف والزينة.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يضع تعريفا دقيقا ومحددا لمفهوم النفقة؛ وإنما اكتفى بتحديد مشتملاتها؛ والتي تجعل من مفهومها واسعا، وهو ما نصت عليه المادة 78 من قانون الأسرة (9)، فقد نصت هذه المادة على

مشمتملات نفقة الزوجة وهي: نفقة الغذاء- نفقة الكسوة- نفقة العلاج- نفقة السكن وأجرته- ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.

أما فيما يخص تقدير النفقة التي تطالب بها الزوجة فهي تبقى خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي، فهو الذي يحددها ويحكم بها، غير أن تقديره لها يخضع لجملة من العناصر التي يجب مراعاتها، والحكم على أساسها، من بينها حال الزوجين، وكذا ظروف معيشتهم، وهذا ما كرسته المادة 79 من قانون الأسرة، والتي نصت على أنه: (يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم).

ويتضح أن المشرع قد اختار رأي جانب من مذهب الخيفة الذي يرى أن تقدير النفقة يكون اعتبارا لحال الزوجين معا، يسرا وعسرا.(10) وكذا بالاعتماد على ظروف المعيشة، والأسعار السائدة في تلك الفترة(11).

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تطليق الزوجة لغياب الزوج عنها.

إن الأصل في كل علاقة زوجية هو أن يتواجد الزوجان مع بعضهما البعض، غير أن غياب أحدهما عن الآخر لمدة زمنية طويلة وبدون عذر، قد يؤدي إلى زعزعة استقرار الأسرة، وفي حالة غياب الزوج مثلا وبعده عن زوجته، قد يسبب لها أضرارا نفسية ومعنوية، لأن الزوجة لا تحتاج فقط إلى التكفل المادي، وإنما تحتاج إلى تكفل معنوي وحسي. وهذا ما يخولها حق اللجوء

إلى القاضي لطلب التطلاق، خاصة إذا كان غيابه عنها بدون عذر، وإقامته غير معلومة، فغياب الزوج قد يكون إراديا سواء بعذر، أو بدون عذر، وقد يكون لا إراديا كحالة المفقود؛ والذي قد تكون غيبته تحتوي أحد الاحتمالين: إما أنه سليم وعلى قيد الحياة، وإما أن هناك هلاك واحتمال موته.

الفرع الأول: التطلاق للغيبة عند فقهاء الشريعة الإسلامية .

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في هذه المسألة على قولين: (12)

أولاً- القول الأول: عدم جواز التطلاق للغيبة، وبه قال الحنفية والشافعية والظاهرية (13).

فلا يحق للزوجة عندهم أن تطلب التطلاق بسبب غيبة الزوج عنها، مهما طال مدة غيابه، لأنه لا دليل على هذا الحق، وكذلك لعدم تحقق سبب التفريق، لأن الزوج إذا أعطى الزوجة حقها في الوطاء، ولو مرة واحدة؛ فإنه يكون قد وفاها حقها، ولأن امتناع الزوج عن الوطاء لا يعتبر ظلماً سواء كان حاضراً، أو غائباً. (14)

ودليلهم في ذلك: ما روي عن المغيرة بن شعبة أن النبي قال: (امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان). (15)

فإذا كان هذا الحكم يطبق في امرأة المفقود فالتى غاب زوجها عنها أولى بالانتظار حتى يرجع. (16)

ثانيا- القول الثاني: جواز التطلاق للغيبة، وبه قال المالكية والحنابلة. (17)

ودليلهم في ذلك لقوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكِ بِمَعْرِوفٍ أَوْ تَسْرِحِ بِإِحْسَانٍ﴾. (18)

الفرع الثاني: التطلاق للغيبة عند فقهاء القانون:

طبقا لنص الفقرة 5 من المادة 53 من قانون الأسرة والتي تنص على أن: (...الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة)، فإذا غاب الزوج وتضررت الزوجة من هذا الغياب جاز لها طلب التفريق من القاضي، الذي يتمتع بسلطة تقدير النظر في طلبها، خاصة وأن المشرع لم يبين أنواع الغيبة، لأن للغائب صورتين: غائب معلوم الإقامة ويمكن الوصول إليه، وغائب مجهول الإقامة أو معلومها ولا يمكن الوصول إليه أو الاتصال به.

فالقاضي يقوم بالتحقق من مدى توافر جميع الشروط اللازمة لطلب التطلاق للغياب، فإذا توفرت حكم بالتطلاق. وتتمثل هذه الشروط فيما يأتي:

أولا- أن تزيد الغيبة عن السنة:

وقد اعتمد المشرع في حساب السنة ابتداء من يوم غياب الزوج إلى يوم رفع الدعوى عليه، فلا بد من مرور سنة يُتحقق فيها وقوع الضرر بالزوجة، فتشعر بالوحشة، وتخشى فيها على نفسها من الوقوع فيما حرم الله.

ثانياً - ألا تكون الغيبة بعذر شرعي:

فإن كان هناك عذر شرعي كطلب علم، أو عمل، فلا يجوز لها طلب التطليق، لأن الزوج في هذه الحالة لم يقصد إلحاق الأذى بالزوجة. (19)، غير أن تقدير العذر يبقى خاضعاً لسلطة القاضي. (20)

ثالثاً - أن تكون الغيبة بدون نفقة:

فإذا غاب الزوج عن زوجته لمدة تفوق السنة من دون أن يترك لها مالا تنفق به على نفسها، جاز لها طلب التطليق. (21)

ويمكن للقاضي بموجب السلطة التقديرية الممنوحة له، أن يتأكد بجميع الطرق أن الزوج لم يترك للزوجة مالا تنفق منه خلال غيبته عنها، وكذا الأسباب التي دفعته إلى البعد عن زوجته (22)، لأن غيابه عنها مع تركه لها مالا تنفق منه لا يخول لها حق طلب التطليق.

وتجدر الإشارة إلى أن غياب الزوج قد يكون نتيجة فقده؛ بحيث لا يعرف موته من حياته وهو ما نصت عليه المادة 109 من قانون الأسرة والتي جاء فيها: (المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقود إلا بحكم)، مما يخول للزوجة حق طلب التطليق، وهو ما نصت عليه المادة 112 من قانون الأسرة، والتي جاء فيها: (لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا

القانون)، غير أن التطلاق في هذه الحالة سببه دفع الضرر عن الزوجة، على خلاف طلب التطلاق الوارد في الفقرة 5 من المادة 53 من ق. أ، والذي يعتبر كوسيلة لمعاقبة الزوج عن إضراره بزوجه. (23)

المطلب الثالث: سلطة القاضي في تطلاق الزوجة بسبب العيوب التي

تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

إن الحياة الزوجية أساسها الألفة والمحبة، قال تعالى: ﴿وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾. فالعلاقة بين الزوجين قوامها السكن النفسي، ولو لا هذا الشعور المتبادل الذي غرسه الله في نفوس الأزواج، لما استطاع كل واحد منهما معايشة الآخر. (24) غير أن هذه الألفة والمحبة بينهما، قد لا تستمر في حالة ما إذا وجد أحدهما بالآخر عيبا يمنعه من الاستمتاع به، ولم يكن يعلم به قبل إقدامه على الارتباط به (25)، وهذا العيب قد يكون منفرا لا يمكن تحمله مما يؤدي إلى تقزز نفس الطرف الآخر، وقد يكون من العيوب التي لا تحقق مقاصد الزواج من إنجاب النسل، وتكوين الأسرة، كما أن تواجده في أحدهما يمنح الطرف الآخر حق فك الرابطة الزوجية.

الفرع الأول: معنى العيوب وأنواعها.

إن العيوب عديدة ومتعددة، خاصة في العصر الحالي الذي عرف تطورا هائلا في المجال العلمي مكن من اكتشاف أمراض جديدة سواء منها الجنسية، أو غير الجنسية، وسواء كانت خاصة بالرجل، أو خاصة بالمرأة، أو بهما معا.

أولا- معنى العيوب:

1- لغة: قال ابن منظور: " العاب، والعيب، والعيبة، الوصمة، وعاب الشيء والحائط صار ذا عيب.(26) والعيب: النقيصة وجمعه عيوب، ونقص الشيء ذهب منه شيء بعد تمامه، وانتقص الرجل، عابه، أي ذمه، ونسب إليه النقص.

2- اصطلاحا: هو كل عيب سواء كان بدني، أو عقلي يصيب أحد الزوجين؛ مما يؤثر سلبا على العلاقة الزوجية، ولا يحقق مقاصد الزواج، مما يجعل الزوج السليم لا يستطيع العيش مع الزوج الآخر، وإن استمر معه لحقه ضرر وأذى.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد اقتصر على القول بأنها(العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج) دون أن يحدد أنواع هذه العيوب، وهو ما نصت عليه الفقرة 02 من المادة 53 من قانون الأسرة.

ثانيا- أنواع العيوب:

حرصت الشريعة الإسلامية على حماية الحياة الزوجية من كل ما يؤثر عليها، لكن قد يصاب الزوج بأمراض وعيوب، قد تكون إما عيوباً تتصل بقربان الرجل لأهله، وقد تكون عيوباً مستحكمة لا تعيش الزوجة معها إلا بضرر كالجنون والبرص والزهري. (27)

1- العيوب الجنسية: هي تلك العيوب التي تخص الأعضاء التناسلية، مما يؤدي إلى منع حدوث علاقة جنسية بين الزوجين (28)، لأن من بين مقاصد النكاح هو استمتاع الزوجين ببعضهما البعض، فإذا كان الزوج مصاباً بها فإن ذلك يؤدي إلى الإخلال بأهم مقاصد الزواج. (29)

وتتمثل هذه العيوب في:

الجب: معناه القطع والمجبوب الخصي هو الذي قد استؤصل ذكره وخصياه، ويعرف الجب على أنه يؤدي إلى الإخلال بالاستمتاع والهدف من النكاح. كما أنه يتميز بأن لا أمل في تغييره أو علاجه، لذا جاز للزوجة طلب التفريق إذا كان الزوج مصاباً به على أن تكون هي خالية من العيوب التي تمنع الاستمتاع كالرتق والقرن. (30)

العنة: عيب يصيب الرجل بحيث يجعله لا يقدر على مباشرة المرأة أو الوصول إليها، فهو من العيوب التي اتخذت بشأنها إجراءات على خلاف العيوب الأخرى، لصعوبة إثبات حقيقته، وتتمثل هذه الإجراءات في منح

الزوج العنين مدة سنة للتأكد من أن هذا العيب إما عارضا وسريع الزوال، أو أنه مستحكم فيمنح الزوجة حق طلب التطليق بسبب عنة الزوج. (31)

الخصاء: هو سل الخصيتين ونزعهما، فهو عيب قد لا يمنع من الاستمتاع ولكنه يذهب أهم مقصد من مقاصد الزواج وهو الإنجاب. (32)

2- العيوب غير الجنسية:

هي العيوب التي لا تصيب الأعضاء التناسلية للزوج، ولا تمنع الاستمتاع بين الزوجين، وإنما هي جسدية تثير نفرة في النفس، ولا يمكن معها تحقق علاقة زوجية بلا ضرر. (33)

العيوب المنفرة: هي العيوب التي لا يستطيع الإنسان تحملها، أو النظر إلى المصاب بها، لما تشكله من اشمئزاز، وعدم راحة النفس، فهي تؤدي إلى نفور الشخص السليم من الشخص المصاب وتتمثل في:

الجدام: علة يحمر منها العضو ثم يسود ثم يتقطع ويتناثر، ويتصور ذلك في كل عضو ولكنه في الوجه أغلب، ولذا يجوز طلب التطليق لهذا العيب لما فيه من نفرة وشمئزاز للنفس. (34) قوله: (...وفر من المجذوم فرارك من الأسد) البرص: هو بياض في الجلد يذهب دم الجلد وما تحته من اللحم.

وقد تكون العيوب مما تشكل خطرا للزوجة، أو احتمال تعرضها إلى الأذى، وتتمثل في الأمراض العقلية بمختلف أنواعها. كالجنون الذي يثير نفرة

وينحش ضرره، وبالتالي يتزعزع الاستقرار، ولا تتحقق أهم مقاصد الزواج من تحقيق الاستمتاع والمودة والرحمة.

أما العيوب المعدية: فهي العيوب التي تعرف انتقالا من شخص إلى شخص سواء عن طريق المخالطة، أو عن طريق الاتصال الجنسي، فهي تجيز للزوجة طلب التطلاق بشرط أن تكون خطيرة جدا، بحيث تشكل ضررا حقيقيا للزوجة إن استمرت في العلاقة الزوجية.

ومن بين هذه الأمراض، مرض السل والزهري والإيدز.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في مجال إثبات الضرر بسبب العيب.

إن القاضي إزاء فصله في دعوى الزوجة الرامية من خلالها طلب التطلاق بسبب عيب بالزوج يحول دون تحقيق الهدف من الزواج، يتمتع بسلطة التأكد من توفر جميع الشروط اللازمة لطلب التطلاق للعيب، وكذلك يتأكد من وسائل إثبات هذا العيب المقدمة من طرفها، حتى يتمكن من الوصول إلى حكم عادل، سواء بقبول دعوى التطلاق أو رفضها.

يتضح من نص المادة 53 الفقرة 02 من قانون الأسرة أنه ينبغي توفر

شروط لكي تقبل الدعوى الرامية إلى طلب التطلاق، من أهمها ما يأتي:

1- أن ترفع الدعوى من طرف الزوجة.

2- أن يكون من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

المطلب الرابع: سلطة القاضي في تطليق الزوجة بسبب الحكم على الزوج عن جريمة ماسة بشرف الأسرة.

إن قاضي شؤون الأسرة حال فصله في طلب الزوجة للتطليق بناء على الحكم الصادر ضد زوجها يتمتع بسلطة تقدير الضرر اللاحق بها، لأن اعتبار الجريمة فيها مساس بشرف الأسرة، واستحالة مواصلة العشرة الزوجية بين الزوجين أمر يجب على الزوجة إثباته، غير أن صدور الحكم ضد الزوج في الجريمة التي ارتكبتها، من شأنه جعل سلطة القاضي مقيدة، لأن الحكم القضائي يثبت فعلاً ارتكابه الجريمة، وبالتالي تضرر الزوجة جراء ذلك، غير أن هذا الحكم يجب أن يقضي بعقوبة مقيدة للحرية ونافذة، لارتباط الحبس بغية الزوج (35)، لأنه إذا كانت العقوبة الحبس مع وقف التنفيذ، أو الوضع تحت الحراسة، أو الحرمان من الحقوق السياسية، أو الحكم بغرامة فقط دون الحبس، فإن هذا الشرط يسقط ويسقط معه حق الزوجة في طلب التطليق (36).

وعليه فمتى توافرت جميع شروط التطليق السابق ذكرها حكم القاضي بالتطليق، مستعيناً بالمعيار الموضوعي لتقدير درجة التوتر والضرر ومدى إمكانية مواصلة العشرة الزوجية من عدمها (37)، لأن الحكم على الزوج عن جريمة تمس بشرف الأسرة من الأمور التي لا تستطيع الزوجة تحملها أو الصبر عليها، لما تخلفه من أضرار معنوية، ويستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية، لذا

خولها القانون حق طلب التطلاق، ومن الجرائم التي تعتبر ماسة بشرف الأسرة ويستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية جريمة المتاجرة بالمخدرات، وهو ما أكدته القرار الصادر بتاريخ: 2004.05.14 عن مجلس قضاء سيدي بلعباس، والذي جاء فيه مايلي: (حيث أن المستأنفة تلتمس إلغاء الحكم المستأنف الصادر بتاريخ 2004.04.23 القاضي بعودة المستأنفة إلى بيت الزوجية، والحكم من جديد بتطليقها من المستأنف عليه طبقا للفقرة الرابعة من المادة 53 من قانون الأسرة.

وحيث أن هذه العقوبة مشينة تمس بالشرف فإن طلب المدعية يكون مؤسسا لاستحالة العشرة في هذه الحالة، ومن ثمة إلغاء الحكم المستأنف فيه المؤرخ في 2004.04.23 ومن جديد الحكم بتطبيق المستأنفة من المستأنف عليه طبقا للمادة 53 الفقرة الرابعة من قانون الأسرة....)

المطلب الخامس: سلطة القاضي في تطليق الزوجة بسبب مخالفة الزوج أحكام المادة 08 من قانون الأسرة .

أحل الله تبارك وتعالى عقد الزواج المنفرد، كما أحل معه المتعدد أيضا، لكن قيده بشروط ينبغي أن يحترمها كل من يريد ممارسة حق التعدد، فإذا تزوج الزوج بأكثر من واحدة مع عدم مراعاته للضوابط سواء الشرعية أو القانونية، جاز للزوجة طلب التطلاق، لأن ذلك يعتبر ضررا لاحقا بها، خاصة في حالة

عدم رضاها (38)، لذلك أبحاث الشريعة الإسلامية للزوج التعدد في الزوجات بشرط عدم تجاوز الأربع، مع إقامة العدل بينهما، والقدرة على الإنفاق، وهو ما سار عليه قانون الأسرة الجزائري من خلال نص المادة 08 منه.

فالمرجع أجاز التعدد مع وضع مجموعة شروط يجب مراعاتها، غير أن عدم احترامها من قبل الزوج، يميز للزوجة طلب التطليق. وتبقى للقاضي السلطة التقديرية في ذلك. (39)

وتتمثل هذه الشروط فيما يأتي :

أولاً- أن يكون التعدد في حدود الشريعة الإسلامية أي في حدود أربع نسوة.

ثانياً- أن يكون للزوج مبرر شرعي: نص المشرع في الفقرة 01 من المادة 08 من قانون الأسرة على أنه: (...متى وجد المبرر الشرعي...)، هذا ما يجعل من هذا القيد واسع المفهوم، لأنه لم يحدد طبيعته ما إذا كان من القيود الشرعية أم القانونية، مما يوسع من سلطة القاضي في ذلك، ومن هذه القيود:

ثالثاً- أن تكون الزوجة مريضة مرضاً لا يمكنها معه قيامها بالواجبات الزوجية، كمرض العضال.

رابعاً- أن تكون الزوجة مصابة بالعقم فلا تتحقق واحدة من أهم أهداف الزواج.

خامسا- توفر شروط ونية العدل: وهو ما نصت عليه الفقرة 01 من المادة 08 من قانون الأسرة على ما يأتي: (يسمح بالزواج بأكثر من واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل). فالمرشع ألزم الزوج في حالة زواجه بأكثر من واحدة الالتزام بالعدل بين الزوجات، أي يجب أن يعمل على تحقيق المساواة بينهما، سواء من حيث السكن .

سادسا- علم كل من الزوجة السابقة واللاحقة بالتعدد.

سابعا- تقديم الزوج طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس محكمة مكان مقر الزوجية.

المطلب السادس: سلطة القاضي في تطليق الزوجة بسبب مخالفة الزوج للشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

نصت المادة 19 من قانون الأسرة على ما يأتي: (للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون).

استنادا لأحكام الفقرة 09 من المادة 53 من قانون الأسرة فإنه يحق للزوجة أن تقيم ضد زوجها دعوى قضائية، وتطالبه بتطليقها، في حالة مخالفته

الشروط التي اشترطتها في عقد الزواج، لأن المشرع أجاز وبصريح النص للزوجين أن يتفقا على كل الشروط التي يريانها ضرورية، ما لم تكن مخالفة للقانون(40)، هذا ما يمنح القاضي سلطة واسعة في تقدير ذلك، لأن المشرع لم يضع معايير محددة لهذه الشروط، واقتصر على ذكر نوعين من الشروط فقط، وهما عمل المرأة وعدم تعدد الزوجات، نظرا لأهميتهما، كما لم يبين ما هي الشروط التي تتنافى مع أهداف الزواج، ولذا يجب أن تكون هذه الشروط صحيحة؛ بمعنى أن لا تخالف شرع الله وليس فيها ما هو محظور.

المبحث الثاني: الحالات المعلقة لسلطة القاضي في تطليق الزوجة.

لما كان من واجب القاضي رفع الضرر عن الزوجة الطالبة للتطليق بكل وسيلة ممكنة، مهما كان نوع الضرر الواقع عليها سواء كان مادي أو حتى معنوي، فإن هناك حالات تتجلى فيها سلطته التقديرية الواسعة، ذلك أن هذه الحالات قد لا تتمكن الزوجة من إثباتها، مما يمنح للقاضي سلطة تقدير الضرر الواقع عليها من قبل زوجها، والقضاء إما بقبول طلب التطليق، أو رفضه، لأن هذه السلطة الواسعة الممنوحة له راجعة إلى الطبيعة الخاصة لهذا النوع من الضرر الواقع على الزوجة، وكذا إلى صعوبة إثباته من طرفها، وقد ترجع إلى صعوبة معرفة من المتسبب في هذا الضرر.

المطلب الأول: سلطة القاضي في تطليق الزوجة بسبب الهجر في المضجع

فوق أربعة أشهر.

لكي يحق للزوجة المطالبة بالتطليق بناء على هجر الزوج لها في المضجع، فإنه ينبغي توافر جملة من الشروط؛ لكي يحكم لها القاضي بقبول طلبها (41)، وتكون سلطته هنا واسعة، نظرا لما يمتاز به الهجر من صعوبة في الإثبات، ومن أهم هذه الشروط، ما يأتي:

أولا- أن يكون الهجر في المضجع: يجب أن يكون الهجر حقيقي، وذلك بتركه فراش الزوجية وحرمانها من حقها في الوطء، والذي يعتبر من أهم مقاصد النكاح. (42)

ثانيا- أن لا يكون الهجر لمبرر شرعي أو قانوني: بمعنى أن يكون الهجر عن قصد مع وجود نية الإضرار بها (43)، لأنه إن كان لمبرر شرعي أو قانوني، كأن يكون الزوج مريضا، أو لأداء عمل ما، فهنا لا يجوز للزوجة طلب التطليق. ثالثا- أن تتجاوز مدة الهجر أربعة أشهر: أي بدون اتصال بينهما طوال هذه المدة، فالمشرع اعتبر هجر الزوج لزوجته لمدة أكثر من أربعة أشهر انحرافا في استعمال هذا الحق مما يخول الزوجة حق طلب التفريق.

فتمتى توفرت هذه الشروط وتمكنت الزوجة من إثبات هجر زوجها لها في المضجع فوق أربعة أشهر، وتأكد القاضي من ذلك حكم بالتطليق، وهذا رفعاً للضرر الواقع عليها.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تطليق الزوجة بسبب ارتكاب الزوج لفاحشة مبينة.

قد يرتكب الزوج فحشة مبينة مما يخول للزوجة طلب التطليق لعدم قدرتها للعيش معه نتيجة أفعاله وإتيانه الفواحش، غير أن مصطلح الفاحشة لا يقتصر على جريمة الزنا، بل يطلق على كل الأفعال المشينة، كالزواج بامرأة الأب، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا﴾. (44)

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يعرف الفاحشة كما لم يبين المراد منها، وقد نص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في الفقرة 7 منه حيث نص على أنه: (يحق للزوجة أن تطلب التطليق بسبب ارتكاب الزوج فاحشة مبينة). لكن لم يحدد معنى هذه الفاحشة، ولا صورها، أو أنواعها، وهذا ما يمنح القاضي سلطة واسعة في اعتبار الفعل المرتكب من قبل الزوج فاحشة أم لا. وقد يستعين بأحكام الشريعة الإسلامية، أو النصوص القانونية التي تحدد بعض أصناف الفواحش، أو العرف، وما هو سائد في المجتمع من عادات الناس

وقيمهم، بالإضافة إلى مقتضى العقل السليم لتحديد الفعل المشين من غيره. (45)

وتجدر الإشارة إلى أنه هناك عدة جرائم تلحق بالفاحشة المبينة، لأنها تشمل جميع الأخطاء الجسيمة التي لا تغتفر، فقد تكون قتلا للنفس، أو زوالا للعقل بالمسكرات، أو انتهاك عرض بالزنا، واللواط والقذف، أو إفساد الأديان بالكفر والردة والبدعة، أو إتلافا للأموال بالسرقة والغصب، كما تشمل أيضا العلاقات الجنسية التي ترتكب بين ذوي المحارم والمنصوص عليها في المادة 337 مكرر من قانون العقوبات والتي جاء فيها: (تعتبر من الفواحش بين ذوي المحارم العلاقات الجنسية التي ترتكب بين:

- الأقارب من الفروع والأصول.

- الإخوة والأخوات الأشقاء، من الأب أو الأم.

- بين شخص وابن أحد إخوته أو أخواته من الأب أو الأم أو مع أحد فروع.

- الأم أو الأب أو الزوج أو الزوجة أو الأرملة أو أرملة ابنه أو مع أحد آخر من فروع.

- والد الزوج أو الزوجة الأم أو زوجة الأب وفروع الزوج الآخر.....).

ويمكن القول أن الفاحشة تطلق في الغالب على الزنا، وشرب الخمر، باعتبارهما من الكبائر والفواحش. (46)

فقد وصفتا في نصوص كثيرة بهذا الوصف، ولعل المشرع قد قصد هذا المعنى لما نص عليها في المادة 53 من ق.أ.ج، ولشناعة هذين الفاحشتين فقد أعطى القانون الحق للمرأة المتضررة من ارتكاب زوجها لهما، حق طلب التطليق، على أن تقدم إلى المحكمة من الأدلة والحجج ما يكفي لإثبات فعل الفاحشة وجعل القاضي يقتنع بذلك. (47)

وما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه لم يخص جريمة الفاحشة بحكم خاص، فلم يشترط أن تصدر في هذه الجريمة عقوبة سالبة للحرية، ولمدة تفوق السنة، بل اشترط فقط أن تكون الجريمة المرتكبة من الفواحش مهما كان نوع العقوبة.

المطلب الثالث: سلطة القاضي في تطليق الزوجة بسبب الشقاق المستمر.
إن سلطة القاضي في هذه الحالة واسعة ومطلقة، لأن طلب الزوجة التطليق قائم على أساس الشقاق والخلاف بين الزوجين مما يصعب معرفة من المتسبب في ذلك.

كما أن عدم تحديد المشرع لبعض مظاهر هذا الشقاق، أو الضوابط التي تحكمه يجعل المجال واسعا أمام القاضي لتقدير ما يعتبر شقاقا، وما لا يعتبر (48)، خاصة في حالة عجز الزوجة عن إثبات ذلك.

كما أن أسباب الشقاق الدائم بين الزوجين عديدة ومتعددة، فقد ترجع مثلا إلى إفشاء الزوج الأسرار الخاصة بينه وبين زوجته، وقد تكون نتيجة طمع الزوج في مال زوجته، وقد تكون نتيجة الطعن في عقل الزوجة وأهليتها، وقد تكون نتيجة إتيان الزوجة في غير مكان الحرث (49)، وغيرها من الأسباب التي تؤدي إلى الشقاق الدائم.

فالقاضي عند نظره في طلب الزوجة يدقق جيدا في الأسباب التي أدت إلى الشقاق، ويتأكد من أن الزوج هو المتسبب الوحيد في هذا الشقاق.

وأمام عدم تبيان الفقرة 08 من المادة 53 من قانون الأسرة لمعايير الشقاق، فإنه بالرجوع إلى أحكام المادة 56 من قانون الأسرة والتي تنص على أنه: (إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما).

يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدموا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين).

وفي حالة إثبات الزوجة الضرر اللاحق بها حكم لها القاضي بالتطليق، أما في حالة عجزها عن إثبات ذلك قضى القاضي برفض طلبها.

غير أن إعادة الزوجة رفع دعوى أخرى نتيجة اشتداد الشقاق والخصام مع عجزها على إثبات ذلك مرة أخرى، فإن القاضي هنا يعمل على اتخاذ وسائل أخرى للصالح بين الزوجين قبل الحكم بالتطليق، وهذا من خلال بعث حكمين من أهل كلا الزوجين للعمل على التوفيق بينهما وإصلاح ذات بينهما.

هذا ما أكدته الشريعة الإسلامية في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾.

المطلب الرابع: سلطة القاضي في تطليق الزوجة بسبب الضرر المعتبر شرعا.

نظرا لتوسع مفهوم الضرر المعتبر شرعا، وصعوبة حصره وعدم تقيد المشرع بضرر معين، وكذا صعوبة إثبات الزوجة بعض صور الضرر، فإن ذلك يجعل المجال واسعا أمام القاضي في أعمال سلطته لتقدير الضرر.

فالزوجة في حالة طلبها التطليق بناء على ضرر معتبر شرعا، تجد صعوبة في إثباته، لأن بعض صوره لا يمكن الإطلاع عليه، أو أن بعضها تحصل داخل البيت لا يمكن للغير العلم بها، وبالتالي من الصعب الوقوف على حقيقتها، ومع

ذلك فإن بعض هذه الأضرار يمكن إثباتها، كالضرب مثلاً اعتماداً على الخبرة الطبية، أو شهادة شهود، أو بكل الوسائل القانونية المتاحة لها، سواء بالإقرار، أو البينة (50)، ولا يستلزم ذلك صدور حكم جزائي ضد الزوج نتيجة ضربه لزوجته.

الخاتمة: يمكن استخلاص أهم نتائج البحث وتوصياته في:

النتائج:

- 1- التفريق بين الزوجين وإن كان من الأمور التي لا يباح اللجوء إليها إلا عند الضرورة، وفي حالة استحالة العشرة بينهما. ألا أنه يعتبر حلاً للمتضرر منهما، وقد تكون هذه الفرقة بينهما راحة لهما.
- 2- أعطت الشريعة الإسلامية والقانون المرأة حق طلب التطليق، وفك الرابطة الزوجية متى تعرضت لأضرار سواء مادية أو معنوية، ومتى ساد العلاقة الزوجية الشقاق والنفور، وانعدمت كل معاني المودة والرحمة بينهما.
- 3- إن حالة التطليق من الحالات التي يبرز فيها الدور الفعال لقاضي شؤون الأسرة، وذلك من خلال تقدير الضرر، وتقدير التعويض عنه، وهو ما أكدته جملة من القرارات الصادرة عن المحكمة العليا.
- 4- يقوم قاضي شؤون الأسرة بتطبيق القواعد القانونية على وقائع النزاع المعروضة عليه، وفي حالة التطليق فإنه يلجأ إلى الحالات التي جاء بها المشرع في

نص المادة 53 من قانون الأسرة. وهنا تبرز سلطته التقديرية في تحديد الضرر الذي تعرضت له الزوجة ومن ثمة الحكم بتطليقها، ثم الحكم لها بالتعويض.

5- قد تكون سلطة قاضي شؤون الأسرة مطلقة، وقد تكون مقيدة، وهذا تبعا لثبوت الضرر من عدمه، فإذا ثبت كانت سلطة القاضي مقيدة كما في بعض الحالات التي أوردها المشرع الجزائري في المادة 53 من قانون الأسرة .

6 - إن صعوبة ثبوت الضرر إما لطبيعته الخاصة، أو لصعوبة التأكد من وقوعه، تجعل من سلطة القاضي مطلقة، فتكون له الحرية الكاملة في قبول طلب التطلاق أو رفضه، وذلك وفق اقتناعه بالأدلة المتوفرة لديه ويكون ذلك جليا في بعض الحالات التي نصت عليها المادة 53 من قانون الأسرة السابقة الذكر.

7- لم يحدد المشرع الجزائري مفهوما واضحا للضرر المعتبر شرعا الذي يمكن للزوجة أن تطلب التطلاق وفقه، وتركه دون تحديد، مما يعطي سلطة واسعة للقاضي في الحكم وكما يراه مناسب.

التوصيات: وأهم التوصيات التي يمكن إجمالها في هذا البحث هي:

1- يجب على المشرع ضمان حقوق الزوجة الطالبة التطلاق لتضررها من طرف زوجها بوسيلة أكثر فعالية وضمان، خاصة في الحالات التي لا تستطيع فيها إثبات الضرر الواقع عليها، إما لطبيعته الخاصة أو لصعوبة إثباته.

2- على المشرع إعطاء مفهوم واضح للضرر المنصوص عليه في الفقرة

10 من المادة 53 من قانون الأسرة.

3- يجب على المشرع عند تقنين القواعد القانونية تدعيمها بنصوص

تفسيرية حتى يتمكن القضاة من تطبيق القوانين تطبيقاً سليماً، ويضمن توحيد

طريقة تطبيق القانون بين جميع القضاة.

الهوامش

- (1) مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، غير مطبوعة، جامعة تلمسان، 2009-2010، ص2.
- (2) محمد سعيد جعفر، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2004، ص19.
- (3) الفيومي، أحمد بن محمد بن يعقوب بن علي، المصباح المنير، ط2، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، 1997، ص674.
- (4) عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ط4، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1969، ج4، ص553.
- (5) بدران أبو العنين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، الزواج والطلاق، دار الطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط1967، ج1، ص232.
- (6) عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص169.
- (7) بدران أبو العنين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص81.
- (8) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2005، ص230.
- (9) تنص المادة 78 ق.أ: (تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة).
- (10) عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على مذهب أبو حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، ط2، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، 1990، ص109.
- (11) عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996، ص227.
- (12) الشيخ علي الخفيف، فرق النكاح في المذاهب الإسلامية، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2008، ص271.
- (13) ابن همام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السكندري، شرح فتح القدير، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ج4، ص443، ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد، المحلى، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، ج10، ص142.
- (14) المغاوري محمد عبد الرحمن الفقي، التفريق القضائي بين الزوجين للغياب والفقدان، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2011، ص47.
- (15) البهيقي، زوائد السنن الكبرى، تعليق الذهبي وابن الترمكاني، ط1، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 2010، ج2، ص395.
- (16) محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر ناشرون وموزعون، الأردن، ط3، ص302.
- (17) الحطاب، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المالكي المغربي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، مجلد4، دار الرضوان، نواكشوط، موريتانيا، ص551.
- (18) سورة البقرة، الآية 229.

- (19) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 366.
- (20) أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص 118.
- (21) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ج 1، ص 298.
- (22) فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ج 1، ص 294.
- (23) عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في ق.أ.ج، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996، ص 269.
- (24) عبد المؤمن بلباقي، التقريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مدعمة بنصوص من قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2000، ص 62.
- (25) محمد عبد ربه محمد السبحي، الموانع التي تمنع الاستمتاع بين الزوجين، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، مصر، 2008، ص 06.
- (26) ابن منظور جمال الدين أبو الفضل، لسان العرب، المعارف، القاهرة، ج 4، ص 3183، 3184.
- (27) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 355.
- (28) خيرة قويدري، حالات التطليق في ق.أ.ج في ضوء الفقه والقضاء، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، ص 52.
- (29) محمد عبد ربه محمد السبحي، الموانع التي تمنع الاستمتاع بين الزوجين، المرجع السابق، ص 79.
- (30) محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 307-308.
- (31) عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 162-163.
- (32) محمد عبد ربه محمد السبحي، الموانع التي تمنع الاستمتاع بين الزوجين، المرجع السابق، ص 56.
- (33) صالح حسين أبو زيد، الأمراض الحديثة وأثرها على استمرار الحياة الزوجية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 130.
- (34) محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 310.
- (35) نورة منصوري، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى للطباعة والنشر، عين مليلة، الجزائر، 2012، ص 58.
- (36) خيرة قويدري، المرجع السابق، ص 134.
- (37) نورة منصوري، المرجع السابق، ص 58.
- (38) بن الشويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري، المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 204.
- (39) (يسمح بالزواج بأكثر من واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل).
- (40) بن الشويخ الرشيد، شرح ق.أ.ج، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 204.
- (41) يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة، الزواج والطلاق، ط 2، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 61.
- (42) نجية زيتوني، دراسة تحليلية للمادة 53 ق.أ.ج، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، ص 114.
- (43) خيرة قويدري، المرجع السابق، ص 87.
- (44) نورة منصوري، المرجع السابق، ص 35.
- (45) سورة النساء، الآية 22.
- (46) فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، 1989، ص 299.
- (47) يزيد العيسات، التطليق بطلب من الزوجة في ق.أ.ج، مذكرة ماجستير جامعة الجزائر 2002-2003، ص 170.
- (48) نورة منصوري، المرجع السابق، ص 62.
- (49) خيرة قويدري، حالات التطليق في ق.أ.ج، المرجع السابق، ص 158.
- (50) أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 122.
- (51) نورة منصوري، مرجع سابق، ص 68.

إشكالية اقتران حادث عمل مع حادث مرور – الحادث المزدوج – (إجراءات التعويض والصعوبات العملية)

إعداد : القاضي سماتي الطيب
رئيس فرع عين أزال سطيف

مقدمة :

ألزمت القوانين المقارنة كل مستخدم لمركبة تسير على الشوارع أن يكون لديه وثيقة تأمين صادرة من مؤمن معتمد لممارسة أعمال التأمين على نحو تغطي هذه الوثيقة المسؤولية القانونية المترتبة عليه بالتعويض على الغير بسبب وفاة أو إصابة أي فرد وبالإضافة إلى التعويض على الغير بسبب وفاة أو إصابة أي فرد وبالإضافة إلى التعويض على الغير بسبب ما لحق به من خسارة أو أضرار في ممتلكاته ويشمل ذلك مسؤولية عن وفاة أو إصابة أي من ركاب السيارة نفسها ففي الجزائر مثلا في عام 2006 وحسب الإحصائيات التي جمعتها مصالح الأمن والدرك الوطني فقد سجل 29940 حادث مرور خلف 4453 قتيلا و إصابة 65009 جريحا وهذا العدد في ارتفاع من سنة لآخر مما أدي لسن الأمر

03/09 الذي يتمم القانون رقم 14/01 المتعلق بتنظيم حركة المرور عبر الطرق وسلامتها وأمنها.

وكون أن حوادث المرور التي يتعرض لها العمال أثناء تنقلاتهم في ارتفاع مستمر نظرا ما تتميز بها الحياة الاقتصادية الحديثة من تنقلات وحركة مستمرة وما تفرضه ظروفهم المهنية عند قطعهم المسافة التي تفصل ما بين مقر سكنهم إلى مقر عملهم أو أثناء تنقلاتهم لتناول الطعام وحفاظا لمصالح العمال وسلامتهم تفتن المشرع وذلك باعتبار حوادث المسار حوادث عمل بنص المادة 12 من القانون 13/83 كما خص نفس القانون ضحايا حوادث المسار بحق الحصول على الخدمات التي تمنحها صناديق الضمان الاجتماعي فالتكفل الفوري بالضحية أو بذوي حقوقه يتماشى ومضمون المادة 52 من القانون 15/83 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي التي تلزم صندوق الضمان الاجتماعي بمنح الضحية أو ذوي حقوقها فورا الاداءات المقررة في القانون رقم 13/83 التعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية.

إلا أن بالرجوع إلى الأمر 15/74 المعدل والمتمم بالقانون 31/88 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات و بنظام التعويض عن الأضرار فان تطبيقه من النظام العام فكل ضحية حادث مرور يكون محل تعويض وفق المادة 8 من الأمر السالف الذكر.

فهل هذا يعني أن ضحية الحادث المزدوج يستفيد من تعويضين وهل هذا لا يتعارض مع مبدأ عدم الجمع بين التعويضات؟ وهل يحق لهيئات الضمان الاجتماعي التأسيس أمام القاضي الجزائي للدفاع عن حقوقها؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه في هذه المداخلة.

المبحث الأول

التكفل بالحوادث التي تقع في الطريق (الحادث المزدوج)

لم يقتصر المشرع على تغطية حوادث العمل بمفهومها الضيق كما سبق تناوله، بل تعداه إلى مجموعة أخرى من الحوادث تتمثل في حوادث الطريق التي تصيب العامل أثناء ذهابه وإيابه إلى مكان عمله، وهذا كله حماية له ولأسرته من هذا النوع الحوادث واستفادته من تغطية أوسع في مجال التعويض عن حوادث العمل، لأن حوادث الطريق غالبا ما تقع في الفترة التي تسبق بداية العمل أو في الفترة التي يتزامن معها انتهاء العمل، وعليه فإننا نتناول في هذا المبحث تعريف الحادث المزدوج (أولا)، ثم نتطرق إلى المعيار المكاني و الزماني في تحديد حادث الطريق (ثانيا)، وأخيرا شروط الاستفادة من الحماية في إطار الحادث المزدوج (ثالثا).

المطلب الأول

تعريف الحادث المزدوج

لقد عرف المشرع الجزائري الحادث المزدوج في المادة 12 من القانون رقم 83 / 13 على أنه ((يكون في حكم حادث العمل، الحادث الذي يطرأ أثناء المسافة التي يقطعها المؤمن للذهاب إلى عمله أو الآيب منه، وذلك أيا كان وسيلة التنقل المستعملة شريطة ألا يكون المسار قد انقطع أو انحرف إلا إذا كان في حكم الاستعجال أو الضرورة أو ظرف عارض أو لأسباب قاهرة.

ويقع المسار المضمون على هذا النحو بين مكان العمل من جهة ومكان الإقامة أو ما شابهه كالمكان الذي يتردد عليه العامل عادة إما لتناول الطعام إما لأغراض عائلية)) 1.

وهكذا يشترط في الحادث لكي يعتبر إصابة عمل أن يقع الحادث أثناء أداء العامل لعمله أو بسبب هذا العمل بحيث يكون العامل تحت إشراف ورقابة صاحب العمل أو ممثليه ، أي يجب أن تقوم علاقة السببية بين الحادث والعمل .

ويشترط للقول بتوافر علاقة سببية أن يقع الحادث في الزمن المقرر للعمل أو في المكان المخصص له أو المكان الذي يعتبر امتدادا للعمل بحسب اللزوم وهكذا يتبين أن المشرع قد ضمن للعامل حماية من أخطار حادث المرور الذي قد يتعرض له أثناء قيامه بالمهمة وفقا لتعليمات صاحب العمل أما أثناء المسافة العادية التي تعود العامل أن يمر عليها للذهاب إلى مقر عمله أو الإياب منه أو الذهاب لتناول وجبة الطعام مثلا وبالتالي فإن المبدأ الذي ركز عليه

المشرع هو انه في حالة الحادث المزدوج حادث عمل وحادث مرور وكيف الحادث أصلاً كحادث عمل².

وتطبق هذه القاعدة مهما كان قطاع النشاط الذي ينتمي إليه العامل، كما تطبق هذه القاعدة على كل عامل مؤمن اجتماعياً، لكن المادة 11 من نفس القانون تستثني من هذه القاعدة الحالة التي يعترض فيها ذوي حقوق المصاب لإجراء تشريح الجثة المطلوب من قبل هيئة الضمان الاجتماعي ما لم يبادر بإثبات العلاقة السببية بين الحادث والوفاة، وهذا ما نصت عليه المادة السالفة الذكر بقولها ((يسقط افتراض عوز الوفاة للعامل أو للحادث إذا اعترض ذوو حقوق المصاب لإجراء تشريح الجثة المطلوب من قبل هيئة الضمان الاجتماعي ما لم يبادروا بإثبات علاقة السببية بين الحادث والوفاة))³.

المطلب الثاني

المعيار المكاني والزمني في تحديد حادث الطريق

فمن خلال المادة 12 من القانون رقم 83-11 يتأكد لنا أنه يوجد معيارين لتحديد إصابات الطريق (حوادث الطريق) لاعتباره حادث عمل وذلك من أجل الاستفادة من التعويضات المقررة في القانون رقم 83-13 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية والمعياران هما المعيار المكاني والزمني

في تحديد حادث الطريق نتناول كل واحد منهما في بند مستقل، و أخيرا نتطرق إلى موانع الاستفادة من الضمان في حادث الطريق والاستثناء على هذه القاعدة.

الفرع الأول

المعيار المكاني في تحديد حادث الطريق

لكي يعتبر حادث عمل أن الحادث بين مكان العمل ومكان إقامة العامل، بمعنى أن يقع الحاث أثناء المسافة التي يقطعها المؤمن الاجتماعي للذهاب إلى عمله والإياب منه.

فمكان العمل هو الذي يحدده صاحب العمل لكي ينفذ فيه العامل علاقة العمل، وقد يكون المكان ثابت أو متغير حسب طبيعة النشاط، وكمثال واضح لذلك العمل الذي ينجز في المقاولات وخاصة أشغال الطرق ومشاريع نجاز المنشآت بمختلف أنواعها، ففي مثل هذه الأنواع من النشاطات نجد أن العمل يتغير بتغير مكان المشروع.

فالذهاب والإياب من وإلى مكان العمل لا يكفي لاعتبار الواقعة حادث عمل، فيجب أن يثبت العامل أنه كان متوجها إلى مكان العمل بغرض مباشرة عمله أو العودة منه بعد انتهاء مدة عمله وذلك بكل وسائل الإثبات التي نص عليها القانون.

فالطريق الخاضع للحماية هو الطريق الرباط بين مكان العمل من جهة ومكان الإقامة من جهة أخرى قد يكون طريق رئيسي أو ثانوي وسواء كان فعليا أو قانونيا، أما محل الإقامة وبالرجوع إلى المادة 36 من القانون المدني الجزائري فإن المشرع جعل محل الإقامة الرئيسي للشخص هو المحل الذي يوجد فيه سكنه الرئيسي، وعند عدم وجود سكنى يقوم محل الإقامة العادي مقام المواطن 5.

ومحل الإقامة له عناصره ومقوماته التي تميزه، فمنها ما هو مادي (منزل، شقة) ومنها ما هو معنوي يتمثل في الفوائد و المصالح العائلية و الراحة النفسية و السكنية، و جميع هذه العناصر خاضعة لسلطة التقديرية للقاضي، و من الواضح أن تحديد محل الإقامة الرئيسي لا يثير عادة أدنى صعوبة لكونه في الغالب تحدده قرائن قوية تسهل التعرف عليه 6.

أما محل الإقامة الثانوي فيصعب تحديده في بعض الأحيان ، وقد أكد القضاء الفرنسي في هذا المجال أنه لكي يجب اعتبار مكان إقامة ثانوي أن يثبت العامل التردد عليه بقدر الثبات والاستقرار 7.

كما ولاعتبار الحادث الذي يقع في المسار أي الحادث الذي يطرأ أثناء المسافة التي يقطعها المؤمن للذهاب إلى عمله أو الآيب منه لا بد من توافر علاقة

السببية، بحيث يجب أن يكون الحادث الذي وقع كان بسبب الذهاب إلى العمل أو الرجوع منه لا لتحقيق أغراض أخرى.

كما اعتبرت المادة 2/12 من القانون رقم 83-13 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية في حكم مكان العمل أو محل الإقامة، إذا أصيب العامل وهو متواجد بها، وهو المكان الذي يتردد عليه العامل عادة لتناول الطعام أو لأغراض عائلية كأن يتوجه العامل إلى تلك الأماكن بصفة اعتيادية؛ كأن يكون للعامل محل إقامة خاص بوالديه ويقوم بزيارتهم بصفة اعتيادية ومنتظمة للاطمئنان عليهم.

الفرع الثاني

المعيار الزمني في تحديد حادث الطريق

أما فيما يخص المعيار الزمني ، فإنه لكي يعتبر حادث عمل ناتج من إصابة العامل في مسار الطريق فيجب أن يكون حادث العمل خلال فترة ذهابه لمباشرة العمل والعودة منه.

و يطبق هذا المعيار مهما كان قطاع النشاط الذي ينتمي إليه العامل كما تطبق هذه القاعدة على كل عامل مؤمن اجتماعي.

الفرع الثالث

موانع الاستفادة من الضمان في حادث الطريق والاستثناء على هذه القاعدة

قد يصاب العامل بحادث في مسار الطريق المؤدي إلى مكان عمله أو الطريق المؤدي إلى محل إقامته بعد انتهاءه من عمله، لكن دون أن يكون له الحق في التعويض عن حادث العمل والاستفادة من التعويضات المقررة في القانون رقم 83-13، وهذا ما أكدته المادة 12 / 1 من القانون السالف الذكر والتي جاء فيها على أنه ((.... شريطة ألا يكون المسار قد انقطع أو انحرف ...))8.

فبالنسبة لانقطاع المسار أو التوقف يقصد به الكف عن السير لفترة من الوقت مع بقاء العامل على الطريق الطبيعي للعمل، كأن يجد العامل جمع من الناس ملتفين حول سيارة معطلة وينظم إليهم العامل ويكف عن سيره، ويتوقف العامل بغرض شراء بعض المقتنيات التي توضع على رصيف الطريق، أو يتوقف للراحة أو النزهة، وهذا ما أكدته قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر عن الغرفة الاجتماعية بتاريخ 29-11-1961، 9 كما ينطبق نفس الحكم على العامل الذي انحرف عن المسار المضمون ، وذلك من خلال سلوكه طريق آخر غير الطريق المعتادة لو كان ذلك المسار يؤدي إلى مكان عمله ، ففي هذه الحالة والحالة السابقة فإن العامل يحرم من التعويض في حالة وقوع حادث طريق.

وقد ورد على الحالتين السابقتين استثناء نصت عليه المادة 12 / 1 من القانون رقم 83-13 والتي جاء فيها على أنه ((...إلا إذا كان ذلك بحكم الاستعجال أو الضرورة أو ظرف عارض أو لأسباب قاهرة)).

ما يلاحظ على هذا الاستثناء أن المشرع اعتبر حالة الاستعجال وحالة الضرورة ووجود ظرف عارض أو أسباب قاهرة، لا تحول دون تعويض العامل عن حادث الطريق الذي وقع له، وهذا يعد في نظرنا حماية للعامل لأنها ظروف خارجة عن نطاقه ولا دخل للعامل في حدوثها، وحسن وما فعل المشرع لما نص على هذه الظروف الفجائية حتى لا يحرم العامل من حقوقه، فالمشرع يعي بمخاطر الطريق والواقع يثبت ذلك يومياً.

وتجدر الملاحظة في الأخير أن القضاء الفرنسي استبعد حادث الطريق بسبب خروج الضحية قبل الوقت المحدد للعمل 10 في حين أن القضاء المصري قرر أن المناط في اعتبار حادث الطريق إصابة عامل أن يقع خلال الطريق الطبيعي لذهاب العامل إلى عمله أو عودته منه ولا يغير من ذلك أن يكون العامل منصرفاً من مكان عمله قبل ميعاد الانصراف أو ذهاباً إليه بعد الميعاد المحدد للحضور، لأن هذه المخالفة ليس من شأنها أن تقطع رابطة السببية بين الحادث والعمل ما دام ليس ثمة تخلف أو انحراف عن الطريق الطبيعي¹¹.

المطلب الثالث

شروط الاستفادة من الحماية في إطار الحادث المزدوج

تتمثل شروط الاستفادة من الحماية في إطار الحادث المزدوج وهي أن يكون الحادث في إطار عقد العمل، وأن يكون العامل ضحية حادث المرور، وعليه فإننا نتناول كل شرط على حدى.

الفرع الأول

أن يكون الحادث في إطار عقد العمل

إن التشريع الجزائري قد حذا حذو الكثير من تشريعات العمل الأجنبية إذ لم يعرف عقد العمل في مختلف التشريعات المتعاقبة من بينها قانون علاقات العمل الحالي حيث نصت المادة الثامنة منه على أنه ((تنشأ علاقة العمل بعقد كتابي أو غير كتابي وتقوم هذه العلاقة على أية حال بمجرد العمل لحساب مستخدم ما وتنشأ عنها حقوق المعنيين وواجباتهم...))¹².

أما من جانب الفقه فقد تعددت وتنوعت تعاريف عقد العمل نذكر منها ما أجمع عليه الفقه الفرنسي على أنه "اتفاق يضع بموجبه شخص هو الأجير نشاطه المهني تحت تصرف وإشراف شخص آخر هو المستخدم أو رب العمل مقابل عوض"¹³.

ويمكن اعتماد التعريف الأكثر شمولية لهذا العقد وفقا لما يجمع عليه الفقه الحديث "بأنه عقد يلتزم بمقتضاه العامل بالعمل لصالح صاحب العمل أو المستخدم تحت إشرافه أو توجيهه مقابل أجر محدد ولمدة محددة أو غير محددة

"إذ اشتمل التعريف السابق على العناصر الأربعة لهذا العقد وهي العمل، الأجر، التبعية، الزمن 14.

وعليه يشترط للاستفادة من الحماية في إطار الحادث المزدوج أن يقع الحادث أثناء أداء العامل لعمله أو بسبب هذا العمل، بحيث يكون العامل تحت إشراف ورقابة صاحب العمل أو ممثليه، أي يجب أن تقوم علاقة السببية بين الحادث والعمل، بمعنى وجود علاقة العمل وفي غيابها لا يمكن الحديث عن حادث مزدوج أصلاً.

الفرع الثاني

أن يكون العامل ضحية حادث المرور

ان حادث المرور هو الحادث الذي ينجم عنه اصطدام مركبة برية بشخص ما ويترتب عليه إصابات بدنية أو جسمية.

فالمشرع في نص المادة 12 من القانون رقم 83-13 على أنه ((يكون في حكم حادث العمل الحادث الذي طرأ أثناء المسافة التي يقطعها المؤمن للذهاب إلى عمله أو الإياب منه وذلك أيا كانت وسيلة النقل المستعملة شريطة ألا يكون المسار قد انقطع أو انحرف إلا إذا كان ذلك بحكم الاستعجال أو الضرورة أو ظرف عارض أو لأسباب قاهرة)) 15.

يفترض أن يكون سبب الحادث مركبة برية حتى إذا كانت الوسيلة غير تلك المنصوص عليها في القانون التأمين مثلاً بالنسبة لحوادث السكك الحديدية فهي تعتبر حادث عمل إلا أنه لا يمكن اعتباره حادث مزدوج كون أن المادة 03 من الأمر 15/74 استثنت حوادث السكك الحديدية من تكيف حوادث المرور 16.

ورغم أن الحادث هو حادث مرور إلا أن المبدأ الذي ركز عليه المشرع هو أنه في حالة حادث مزدوج يكيف الحادث أصلاً كحادث عمل، وقد أكدت المحكمة العليا هذا المبدأ في قرارها رقم 25777 وذلك في الوقت الذي يفصل بين ساعة العمل وساعة وقوع الحادث 17.

المبحث الثاني

إجراءات إثبات الحادث المزدوج

نصت المادة 12 من القانون 13/83 على أنه ((يكون في حكم حادث العمل الحادث الذي طرأ أثناء المسافة التي يقطعها المؤمن للذهاب إلى عمله أو الإياب منه وذلك أياً كانت وسيلة النقل المستعملة ...)) 18.

بما أن المبدأ الذي ركز عليه المشرع هو أنه في حالة حادث مزدوج، حادث عمل مقترن بحادث مرور يكيف الحادث أصلاً كحادث عمل.

وعليه فإن الإجراءات المتبعة من أجل الاستفادة من الحماية هي نفسها التي تم ذكرها بمناسبة التطرق للإجراءات المتبعة للاستفادة من الحماية من حوادث العمل، هذا إذا لجأ المصاب للصندوق الضمان الاجتماعي للحصول على التعويض.

أما إذا اختار المصاب اللجوء إلى شركات التأمين للحصول على التعويض فعليه احترام الشروط والإجراءات المتبعة من أجل الحصول على التعويض من قبل شركات التأمين، وعليه فإننا نتطرق باختصار إلى الشروط والإجراءات المتبعة في الاستفادة من حادث المرور باختصار وذلك كما يلي:

المطلب الأول

شروط الاستفادة من الحماية في إطار حادث المرور

نتناول في هذا الفرع شروط الاستفادة من الحماية في إطار حادث المرور وهما أن تكون هناك مركبة مسببة للضرر وإلزامية التأمين عن المسؤولية من حوادث المرور وذلك كما يلي:

الفرع الأول

أن تكون هناك مركبة مسببة للضرر

و نعني بالمركبة وفقاً للمادة الأولى من الأمر رقم 74-15 كل مركبة برية ذات محرك، وكذلك مقطوراتها أو نصف مقطوراتها وحمولاتها، سواء كانت

المركبة مستعملة لنقل الأشخاص أو لنقل البضائع، فإذا تحقق هذا التعريف في مركبة ما يكون مالکها ملزماً قبل انطلاقها للسیر بإبرام عقد تأمين يغطي الأضرار التي تسببها للغير²⁰، وهذا ما أكدته المادة الأولى من الأمر السالف الذكر في فقرتها الأولى بقولها ((كل مالك مركبة ملزم بالاكتتاب في عقد تأمين يغطي الأضرار التي تسببها تلك المركبة للغير وذلك قبل إطلاقها للسیر²¹).

وبالتالي لا يمكن الحديث عن حادث مرور ما لم تكن الوسيلة المستعملة في تحقيق الضرر هي مركبة ذات محرك، وكذلك مقطوراتها أو نصف مقطوراتها²²، ويفهم منها حسب المادة الأولى السالفة الذكر ما يلي:

1- المركبات البرية المنشأة بقصد ربطها بمركبة برية ذات محرك، وتكون تلك المركبات مخصصة لنقل الأشخاص أو الأشياء.

2- كل جهاز بري مرتبط بمركبة برية ذات محرك.

3- كل آلية أخرى يمكن أن تكون مشابهة للمقطورات أو نصف المقطورات بموجب مرسوم²³.

الفرع الثاني

إلزامية التأمين عن المسؤولية من حوادث المرور

وقد نص على هذا الشرط المادة 04 من الأمر رقم 15 / 74 بقولها ((إن إلزامية التأمين يجب أن تغطي المسؤولية المدنية للمكتب بالعقد ومالك المركبة،

وكذلك مسؤولية كل شخص آلت له بموجب إذن منها حراسة أو قيادة تلك المركبة (...))²⁴، فضلا على أن المادة الأولى من الأمر السالف الذكر نصت على أنه كل مالك مركبة ملزم بالاكتتاب في عقد تأمين يغطي الأضرار التي تسببها تلك المركبة للغير وذلك قبل إطلاقها للسير.

فحسب هاتين المادتين فإذا كان المالك سواء شخص طبيعي أو معنوي فهو المسؤول والمُلزم بتأمين سيارته قبل انطلاقها للسير، فلا يجوز لماك السيارة أن يستعمل سيارته قبل تأمينها، فإذا اشترى سيارة غير مؤمن عليها وجب عليه تركها في مكانها حتى يحصل على شهادة تأمين سارية المفعول لمدة طويلة أو قصيرة، وإذا استورد سيارة من خارج الوطن وجب عليه أن يؤمنها في الميناء قبل استعمالها حتى ولو كان هذا الاستعمال لغرض الإجراءات الجمركية وذلك لاحتمال تسببها في إضرار العمال المتواجدين بالميناء بما فيهم أعوان الجمارك²⁵.

المطلب الثاني

إجراءات إثبات حادث المرور

نتناول في هذا الفرع الإجراءات المتعلقة بالتحقيق في بند أول ثم نتطرق إلى الإجراءات المتعلقة بمعاينة الأضرار في بند ثاني وذلك كما يلي:

الفرع الأول

الإجراءات المتعلقة بالتحقيق

كل حادث مرور يتسبب في أضرار جسمية يجب أن يكون موضوع تحقيق يقوم به ضابط الشرطة القضائية أو أعوان الشرطة أو أعوان الأمن العمومي أو كل شخص آخر، يؤهله القانون لذلك، وهذا ما نصت عليه المادة

01 من المرسوم رقم 80-35.26

ويحجر حسب نص المادة الثانية من نفس المرسوم إثر انتهاء التحقيق محضر، الذي يجب أن يتضمن ظروف الحادث وأسبابه الحقيقية وإثبات مدى الأضرار، كما يجب أن يتضمن حتما البيانات التالية:

- أسماء مالكي وسائقي السيارات المعنية بالحادث، وألقابهم وعناوينهم.
- رقم رخصة القيادة للسائقين وتاريخ تسليمها ومكانها.
- مميزات السيارات المعنية بالحادث وأرقام تسجيلها.
- اسم وعنوان شركات التأمين المعنية بالتعويض عن الأضرار المسببة للأشخاص والسيارات.
- النسب الكامل للمصاب، وعند الاقتضاء لذوي حقوقهم.
- صناديق الضمان الاجتماعي التي ينتمي إليها عند الاقتضاء المصاب كذلك أرقام تسجيلها 27.

كما يجب على السلطة التي قامت بالتحقيق أن ترسل المحضر ونسخة مصدقة عنه مع جميع الوثائق الثبوتية وخاصة خريطة الحادث، خلال 10 أيام ابتداء من تاريخ انتهاء التحقيق إلى وكيل الجمهورية لدى المحكمة التابعة للمكان الذي حصل فيه الحادث 28.

ويجب أن تحال نسخة من المحضر الذي يتعلق بإصابة جسمية في حادث مرور تسبب فيه شخص مجهول أو غير مؤمن عليه إلى الصندوق الخاص للتعويض، وذلك خلال المهلة نفسها المذكورة في الفقرة الأولى 29.

الفرع الثاني

الإجراءات المتعلقة بمعاينة الأضرار

يجب أن يسعى المصاب للحصول على أول شهادة طبية تثبت مدى الضرر الذي لحقه وينبغي أن ترسل هذه الشهادة خلال 08 أيام ابتداء من تاريخ الحادث إلى السلطة التي شرعت في التحقيق، إلا في حالة القوة القاهرة 30.

كما يجب أن يسعى المصاب للحصول على جميع الشهادات الطبية، ولا سيما شهادة استقرار الجروح ثم إرسالها إلى المؤمن بناء على طلبه 31، ويمكن أن يلزم المؤمن المصاب بفحص يجريه عليه طبيبه المستشار، الذي يحدد مدة العجز المؤقت عن العمل أو نسبة العجز الدائم والجزئي إذا كان له، وإذا لم يقبل

المصاب نسبة العجز الجديدة جاز الاستعانة بطبيب ثالث بطريقة ودية أو بحكم قضائي 32.

وفور تلقي شركة التأمين محضر التحقيق الابتدائي من قبل الضبطية القضائية تقوم بالاستدعاء الفوري للضحية أو ذوي حقوقها وتقدم له عرض الوفاء أي المصالحة أو عرض مبالغ التعويض على أساس الجداول الملحقه والتابعة للأمر رقم 74-15 على كل الضحايا باستثناء الحالات الواردة في المواد 13 ، 14 ، 15 من نفس الأمر، وعندئذ تعتبر شركة التأمين قد وفّت بالتزاماتها حسب الشروط المنصوص عليها في المواد من 274 من القانون المدني وما يليها 33.

وفي هذا الإطار نصت المادة 16 من الأمر رقم 74-15 على أنه ((إذا كان الحادث ناجما عن مركبة مؤمنة يستدعي المؤمن أمام الجهة القضائية الجزائية في نفس الوقت الذي تستدعي فيه الأطراف طبقا لقانون الإجراءات الجزائية. ويستدعى الصندوق الخاص بالتعويضات فيما يخصه ضمن نفس الأشكال)) 34.

المبحث الثالث

الأداءات التي يستفيد منها العامل المصاب بحادث مزدوج

نصت المادة 12 من القانون رقم 83 / 13 على أنه ((يكون في حكم حادث العمل الذي يطرأ أثناء المسافة التي يقطعها المؤمن للذهاب إلى عمله أو الآيب منه وذلك أيا كانت وسيلة النقل المستعملة شريطة أن لا يكون المسار قد انقطع أو انحرف ... ويقع المسار المضمون على هذا النحو بين مكان العمل من جهة ومكان الإقامة أو ما شابهه كالمكان الذي يتردد عليه العامل عادة لتناول الطعام وإما لأغراض عائلية))³⁵.

فمن خلال هذه المادة يتضح لنا أنه متى توافرت شروط قيام المسؤولية المدنية الناتجة عن الحادث المزدوج من خطأ وضرر وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر، فإن العامل المصاب يستفيد إما من أداات عن حادث العمل كما سبق التطرق إليه سابقا أو يستفيد من أداات عن حادث المرور، والتي ستتطرق إليها في هذا المبحث لكن قبل ذلك فإننا نتناول في المطلب الأول بعض المبادئ العامة المتعلقة بالتعويض عن الحادث المزدوج والجهة المسؤولة عن هذا التعويض.

المطلب الأول

المبادئ العامة المتعلقة بالتعويض عن الحادث المزدوج والجهة المسؤولة عنه
نتناول في هذا الفرع المبادئ العامة المتعلقة بالتعويض عن الحادث المزدوج (أولا)، ثم حلول هيئات الضمان الاجتماعي محل المصاب أو ذوي حقوقه لاسترجاع ما تم دفعه (ثانيا).

الفرع الأول

المبادئ العامة المتعلقة بالتعويض عن الحادث المزدوج

نتناول في هذا العنصر مبدأ عدم الجمع بين التعويضات، ثم نتطرق إلى مبدأ اختيار العامل المصاب الجهة التي يتحصل منها على التعويض وذلك كما يلي:

أولاً: مبدأ عدم الجمع بين التعويضات.

تنص المادة 1/10 من الأمر رقم 15/74 على أنه ((إن التعويض المنصوص عليه في المواد السابقة لا يمكن أن يجمع مع التعويضات التي يمكن أن يستوفيهها نفس الضحايا بعنوان التشريع المتعلق بالتعويض عن حوادث العمل والأمراض المهنية)) 36.

يستشف من نص المادة السالفة الذكر أن التعويضات الممنوحة بمقتضى هذا الأمر، لا يمكن جمعها مع التعويضات الممكن قبضها من طرف العامل المصاب أو ذوي حقوقه في إطار قانون حوادث العمل والأمراض المهنية رقم 83/13 المعدل والمتمم.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 11/05/1992 والذي جاء فيه على أنه ((من المستقر عليه قانوناً وقضاء أنه لا يجوز أن يجمع المضرور بين التعويض المحدد بمقتضى التشريع المتعلق بحوادث

العمل والأمراض المهنية والتعويض المنصوص عليه بموجب التشريع الخاص
بحوادث المرور))37.

وتجدر الإشارة أنه على مستوى صندوق الضمان الاجتماعي للعمال
الأجراء توجد مصلحة مختصة باسترجاع المبالغ المدفوعة للعامل المصاب إذا ما
تحصل على تعويضين، وإذا لم يمثل لطلب استرداد المبالغ المدفوعة يمكن
لصندوق الضمان الاجتماعي أن يرفع دعوى قضائية لاسترجاع المبالغ المدفوعة،
ويوجد عمليا أيضا بعض صناديق الضمان الاجتماعي تقوم بالامتناع عن دفع
الأداءات المستحقة للعامل المصاب بحادث عمل إذا تم تسديد له التعويضات
في إطار حوادث المرور، وذلك حتى يقوم باسترجاع ما تم استفادته من صندوق
الضمان الاجتماعي للعمال الأجراء.

كما أنه ومن جهة أخرى فإن بعض شركات التأمين والتي حكم عليها
أن تدفع للعامل المصاب أو لذوي حقوقه تعويضات عن الضرر الناتج عن
حادث المرور، فهي تطلب من العامل المصاب بحادث العمل أو من ذوي
حقوقه تقديم شهادة رفع اليد عن الأداءات الممكن دفعها من قبل هيئة الضمان
الاجتماعي كشرط أساسي لتنفيذ الحكم الذي قضى لصالح المؤمن له، وهذه
الوسيلة ما هي إلا طريقة لتفادي الجمع بين التعويضات للعامل أو لذوي
حقوقه، وبالتالي فهذا الإجراء احتياطي وليس إجراء قانوني38.

ثانياً: مبدأ اختيار العامل المصاب الجهة التي يتحصل منها على

التعويض.

إذا اجتمع في آن واحد ضرر عن حادث العمل وحادث المرور فللعامل المصاب الخيار للجهة التي يحصل عليها على التعويض، سواء يلجأ إلى صندوق الضمان الاجتماعي للعمال الأجراء أو شركة التأمين، ولا يمكن للعامل أن يجمع بين التعويضين مهما كان الأمر.

لكن نحن نرى أنه من الأجدر على العامل أن يلجأ إلى صندوق الضمان الاجتماعي للعمال الأجراء، لكون أن شركات التأمين تمنح تعويض إجمالي يتضمن التعويض عن العجز الكلي المؤقت والعجز الجزئي الدائم وضرر التألم والمصاريف الصيدلانية والضرر الجمالي إن وجد إلخ... وذلك دفعة واحدة، بينما صندوق الضمان الاجتماعي للعمال الأجراء بعدما يسدد مبلغ العجز الكلي المؤقت للعامل المصاب بحادث عمل والذي يتقاضاه شهرياً فإن العامل له الحق في أن يستفيد كذلك شهرياً من مبلغ ريع شهري حسب نسبة العجز الممنوحة له، فضلاً على أنه يمكن أن يستفيد من العجز (الريع) في حالة تفاقم ضرره، وذلك في حالة انتكاس الحالة الصحية للعامل المصاب، كما أن هذا الأخير الذي له نسبة عجز تفوق 50 ٪. فإنه يستفيد من المنح العائلية ومن تعويضات وأداءات عن التأمين عن المرض.

وبالتالي فاللجوء إلى صندوق الضمان الاجتماعي يوفر حماية أفضل للعامل المصاب، وعليه ومن خلال ما سبق فإننا نتطرق إلى حالة لجوء العامل المصاب إلى شركات التأمين ثم إلى صندوق الضمان الاجتماعي للحصول على التعويض وذلك كما يلي:

1- حالة لجوء العامل المصاب إلى شركات التأمين للحصول على التعويض.

في حالة لجوء العامل الضحية أو ذوي حقوقها إلى شركات التأمين للحصول على التعويضات عن الضرر الناتج عن الحادث بصفتها ضامن عن المسؤول المدني الذي ارتكب الحادث، فهذه الشركة (شركة التأمين) من الناحية العملية تطلب من العامل المصاب أو ذوي حقوقه تقديم شهادة رفع اليد عن الأدعاءات الممكن دفعها من قبل هيئة الضمان الاجتماعي وذلك لتجنب استفادة العامل المصاب من تعويضين.

فإذا تحصل المصاب أو ذوي حقوقه على تعويضات من شركة التأمين فلا يمكن له اللجوء إلى صندوق الضمان الاجتماعي للحصول على التعويض مرة ثانية ما عدا فيما يخص التعويض عن منحة الوفاة³⁹.

أما إذا رفضت شركة التأمين دفع أي تعويض بسبب عدم وجود الضمان أو سقوط الحق في الضمان، فإنه يقع على عاتق صندوق الضمان الاجتماعي تحمل مسؤولية التعويض لأنه أصبح الخيار الوحيد للعامل المصاب.

2- حالة لجوء العامل المصاب إلى هيئة الضمان الاجتماعي للحصول على

التعويض.

أما إذا اختار الضحية اللجوء إلى هيئات الضمان الاجتماعي للحصول على التعويض، فهذه الأخيرة تدفع للعامل المصاب التعويضات المقررة قانونا والتي نص عليها قانون رقم 83/13 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، وهنا تحل هيئة الضمان الاجتماعي محل العامل المصاب أو ذوي حقوقه لاسترجاع المبالغ من طرف شركة التأمين.

الفرع الثاني

حلول هيئات الضمان الاجتماعي محل المصاب أو ذوي حقوقه لاسترجاع ما تم

دفعه

إن السؤال المطروح في هذا البند هو هل يحق لهيئات الضمان الاجتماعي مطالبة الحقوق التي تم دفعها للعامل المصاب بالحادثة أو لذوي حقوقه من العامل أمام القضاء في حالة ما إذا لم تمثل شركات التأمين في دفع المبالغ لهيئات

الضمان الاجتماعي بالطرق الودية أو لتفادي حصول الضحية أو ذوي حقوقه على التعويض مرتين؟

بالرجوع إلى مضمون المادة 10 مكرر من الأمر رقم 74 / 15 المعدل والمتمم بالقانون رقم 88 / 31 فإننا نجد أن هيئات الضمان الاجتماعي تحل محل الضحية أو ذوي حقوقها بقوة القانون 40، لكن هذه الصفة تسمح لها برفع دعوى ضد المؤمن (شركة التأمين) أمام المحكمة المدنية، فهل هذه الصفة تسمح لهيئات الضمان الاجتماعي أن تتأسس كطرف مدني أمام المحكمة الجزائية للمطالبة بحقوقها (المبالغ المالية التي سددتها للعامل المصاب).

إن الجواب على ذلك سهل في ظل نصوص قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، فنجد أن نص المادة 02 من قانون الإجراءات الجزائية تنص على أنه ((يتعلق الحق في الدعوى المدنية للمطالبة بتعويض الضرر الناجم عن جناية أو جنحة أو مخالفة بكل من أصابهم شخصا ضرر مباشر تسبب عن جريمة)) 41، كما نصت المادة 03 من نفس القانون على أنه ((يجوز مباشرة الدعوى المدنية مع الدعوى العامة في وقت واحد أمام الجهة القضائية نفسها. وتكون مقبولة أيا كان الشخص المدني أو المعنوي المعتبر مسؤولا مدنيا عن الضرر)) 42.

وبالرجوع أيضا إلى المادة 20 من القانون رقم 83 / 13 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية فإننا نجد أنها تنص على أنه ((في حالة وقوع الحادث أثناء

المسار ترسل وجوبا نسخة من المحضر الذي تعده الجهة الإدارية او القضائية في أجل مدة 10 أيام إلى هيئة الضمان الاجتماعي لمكان الحادث))43.

وتضيف المادة 21 من نفس القانون أنه ((عندما يقحم الحادث المسؤولية الجنائية لمن كان سببا فيه تحصل هيئة الضمان الاجتماعي من النيابة العامة أو من القاضي المكلف بالملف تسليم المستندات الخاصة بالإجراءات الجارية))44.

لكن هل إرسال المحاضر والمستندات الخاصة بالإجراءات الخاصة بملف حادث المرور من طرف النيابة العامة أو القاضي المكلف بالملف إلى هيئة الضمان الاجتماعي يعطي الحق لهذه الأخيرة صفة الطرف في النزاع أمام الجهة القضائية الجزائية أم لا ؟

وبالرجوع أيضا إلى المادة 16 مكرر من الأمر رقم 74 / 15 والتي جاء فيها على أنه ((إذا كان الحادث ناجما عن مركبة مؤمنة يستدعى المؤمن أمام الجهة القضائية الجزائية في نفس الوقت الذي تستدعى فيه الأطراف طبقا لقانون الإجراءات الجزائية. ويستدعى الصندوق الخاص بالتعويضات فيما يخصه ضمن نفس الأشكال))45، فمن خلال هذه المادة فإننا نجد أنها نصت على هئتين فقط هما المؤمن (شركة التأمين والصندوق الخاص بالتعويضات).

وعليه ووفق ما سبق بيانه فإن أطراف القضية أمام المحكمة الجزائية هم محدّدون على سبيل الحصر بأحكام القانون، وأن إدخال أي طرف في الخصام هو إجراء معمول به خاصة أمام المحكمة المدنية 46 وذلك طبقاً للمادة 199 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 47.

وحاليا الطريقة الوحيدة والتي أصبحت عرف قضائي في الجزائر منذ عدة سنوات هو أن هيئة الضمان الاجتماعي تحضر جلسة المحاكمة الجزائية متى وصل إلى علمها تاريخ انعقاد الجلسة بأية طريقة كانت ، وذلك حتى تتمكن من تقديم مجمل ملاحظاتها وطلباتها ورأيها وكذا المطالبة بحقوقها في استرجاع المبالغ المالية التي سدّتها للمؤمن له المصاب، وذلك في حالة حادث مرور يكتف على أنه حادث عمل في نفس الوقت، لأنه كما سبق التطرق إليه سابقا لا يمكن للعامل أن يأخذ تعويضين عن حادث واحد.

وهذا في رأينا اتجاه شديد للمحافظة على حقوق هيئة الضمان الاجتماعي التي تبقى الممول الرئيسي لتعويضات العمال الأجراء وهذا أسوة بالمادة 11 من المرسوم رقم 37/80 المؤرخ في 16/02/1980 والتي تنص على أنه يمكن أن يتدخل الصندوق الخاص بالتعويضات أمام المحكمة الجزائية في جميع الدعاوى القائمة بين المصابين جسمانيا بحوادث المرور أو ذوي حقوقهم من جهة وبين المسؤولين عن الأضرار غير المضمونين بتأمين على السيارة...)) 48.

لكن لماذا لم ينص المشرع في قانون حوادث العمل والأمراض المهنية تحت رقم 83 / 13 على منح الحق لهيئات الضمان الاجتماعي أن تتدخل أمام المحاكم الجزائية أسوة بشركات التأمين والصندوق الخاص بالسيارات، والذي أصبحت تسميته صندوق ضمان السيارات في جميع الدعاوى القائمة بين المصابين جسمانيا بحوادث المرور والتي تكيف على أنه حادث عمل.

باعتبار أن هيئة الضمان الاجتماعي تقوم بتسديد مبالغ التعويض عن مدة العجز الكلي المؤقت والعجز الجزئي الدائم للمصاب بحادث المرور حتى يتم تجنب تسديد التعويض للمصاب مرتين، وعليه فإننا نلح على المشرع على ضرورة النص على أن يدخل مثل هذا النص في قانون حوادث العمل والأمراض المهنية، وحتى يتسنى أيضا لهيئة الضمان الاجتماعي استرجاع المبالغ التي سبق لها وأن دفعتها للضحية المصاب أو لذوي حقوقه، وهذا كله بهدف ربح الوقت في التكفل بالعامل المصاب.

ومن جهة ثانية إعفاء هيئة الضمان الاجتماعي من اللجوء إلى المحكمة المدنية للمطالبة باسترجاع مبالغها، ومن جهة ثالثة التخفيف على القضاء في رفع الدعاوى والحد من أمد وطول النزاع وخاصة أنه لا يحق لهيئة الضمان الاجتماعي الرجوع على الصندوق الخاص بالتعويضات لاسترجاع ما تم دفعه في حالة سقوط الضمان على المؤمن (شركات التأمين).

وفي هذا الإطار صدر حكم جزائي عن محكمة عين ولمان -سطيف- بتاريخ 29 / 04 / 2012 تحت رقم الفهرس 12 / 03342 أكد على عدم تسديد التعويض مرتين عن حادث واحد الذي هو حادث عمل يكيف حادث مرور ، بحيث جاء فيه على أنه ((...

- فيما يخص طلب التدخل في الخصام من طرف الصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية للعمال الإجراء وكالة سطيف .

أ- في الشكل :

حيث أن طلب صندوق الضمان الاجتماعي للتدخل في الخصام مقبول من الناحية الشكلية لكون أن الصندوق له الصفة والمصلحة في قضية الحال مادام أن المرجع هو مؤمن اجتماعي لدى الصندوق.

ب- في الموضوع :

حيث أنه بالرجوع إلى الملف الذي قدمه صندوق الضمان الاجتماعي نجد أن المرجع استفاد من تعويضات يومية تقدر ب 86410.35 وتعويضات عينية تقدر ب 5587.00 دج ومبلغ رأسمال إيراد يتمثل في 10.35 / . من العجز يقدر بمبلغ 67500.00 دج وبالتالي فالمجموع يقدر ب 159497.35 دج وأنه تم منح له هذه التعويضات على أساس أن الحادث الذي وقع للمرجع تم تكييفه من جهة ثانية كحادث عمل، وبالتالي فالمرجع له الحق في التعويض سواء

من شركة التأمين أو من صندوق الضمان الاجتماعي لكن لا يحق للمرجع أن يتقاضى تعويضين عن نفس الحادث وهذا ما أكدته المادة 10 من الأمر رقم 15 / 74.

وعليه فإن بالرجوع إلى كشف حساب التعويضات المقدم من طرف مصالح الصندوق والذي يتضح أن مصالح الصندوق سددت مبلغ 5587 دج مقابل تعويضات عينية ومبلغ 86410.35 دج مقابل التعويض عن العجز الكلي المؤقت ومبلغ 67500.00 دج مقابل العجز الجزئي الدائم، كما هو واضح من مقرر الاستفادة المقدم من طرف الصندوق والذي اتضح للمحكمة أن المرجع استفاد من هذه التعويضات بعد تاريخ الحادث أي بعد تاريخ 2011 / 04 / 05 مباشرة وأمام هذه المعطيات فإن المحكمة تصرح بقبول طلب الصندوق فيما يخص استرجاع هذه المبالغ.

- المبلغ الواجب تسديده للمرجع من طرف شركة سلامة للتأمينات.

وعليه فإنه بجمع المبالغ التي تمنحها شركة سلامة للتأمينات وكالة عين أزال للمرجع هو مبلغ 279400 دج، وهذا المبلغ يخصم منه المبلغ الذي تم تسديده للمرجع من طرف الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي للعمال الأجراء وهو مبلغ 159497.35 دج وبالتالي فإن المرجع يستحق المبلغ التالي:

279400 دج - 159497.35 دج = 119902.65 دج وهو المبلغ الواجب

تسديده من طرف شركة سلامة للتأمينات وكالة عية أزال للمرجع (م،ع).

حول المبلغ الواجب تسديده من طرف شركة سلامة للتأمينات

للسندوق الضمان الاجتماعي للعمال الأجراء.

بالرجوع إلى الملف المقدم من طرف مصالح الضمان الاجتماعي وكالة

سطيف نجد أن هذه الأخيرة سددت مبلغ 86410.35 دج كتعويضات يومية

(عجز كلي مؤقت) ومبلغ 5587.00 دج كتعويضات عينية (مصاريف العلاج)

ومبلغ 67500.00 دج رأس مال إيراد (عجز جزئي دائم).

وعليه فإن مجموع المبالغ التي تم منحها من طرف صندوق الضمان

الاجتماعي للمرجع (م،ع) هو 159497.83 دج.

وعليه بالرجوع إلى المادة 10 من الأمر رقم 15 / 74 نجدها تمنع الجمع

بين تعويضين عن حادث واحد وعليه فإن المرجع يستحق مبلغ واحد ومادام أنه

استفاد من تعويض من الضمان الاجتماعي فإن المحكمة تقوم بخصم هذا المبلغ

الذي يستفيد منه من شركة سلامة للتأمينات وكالة عين أزال والباقي يرجع

لصندوق الضمان الاجتماعي للعمال الأجراء وكالة سطيف بقدر ما تم تسديده

من طرف مصالح الضمان الاجتماعي.

حيث أن المصاريف القضائية تتحملها شركة سلامة للتأمينات .

ولهذه الأسباب

حكمت المحكمة حال فصلها في قضايا الجرح وفصلا في الدعوى المدنية
علنيا ابتدائيا حضوري في حق المرجع والمرجع ضده والشركة الجزائرية للتأمين
وكالة سطيف رمز 506 وشركة سلامة للتأمينات وكالة عين أزال والصندوق
الوطني للتأمينات الاجتماعية للعمال الإجراء وكالة سطيف.

في الشكل

- الحكم بقبول تدخل الصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية للعمال
الأجراء وكالة سطيف .

في الموضوع

- القضاء من جديد بإفراغ الحكم التمهيدي الصادر بتاريخ 14-07-
2011 وبالتبعية المصادقة على تقرير الخبرة المنجز من طرف الخبير بودالي رشيد
المودع لدى أمانة ضبط المحكمة وبالنتيجة الحكم بإلزام شركة سلامة للتأمينات
وكالة عين أزال رمز 23212 أن تدفع المبالغ التالية:

1- أن تدفع للمرجع (م،ع) مبلغ 119902.65 دج مائة وتسعة عشر
ألف وتسعمائة و اثنان دينار جزائري وخمسة وستين ستم وكتعويض عن
مختلف الأضرار.

2- أن تدفع مبلغ 159497.35 دج مائة وتسعة وخمسين ألف وأربعة مائة وسبعة وتسعين دينار جزائري وخمسة وثلاثين سنتيم للصندوق الوطني للعمال الأجراء وكالة سطيف.

وتحميل شركة سلامة للتأمين وكالة عين أزال المصاريف القضائية.

بذا صدر الحكم وأفصح به جهارا بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه ولصحته أمضي الأصل من طرف الرئيس وأمين الضبط)) 49.

وفي الأخير نقترح على المشرع الجزائري أن يعدل المادة 21 من القانون رقم 83 / 13 من خلال إضافة فقرة ثانية للمادة وهي: ((وتستدعي النيابة العامة صندوق الضمان الاجتماعي لحضور الجلسة طبقا لقواعد قانون الإجراءات الجزائية)).

المطلب الثاني

الأداءات التي يستفيد منها العامل المصاب بحادث مزدوج

إن العامل الذي أصيب بحادث مزدوج أي بحادث مرور كيف على أنه حادث عمل، فإنه يستفيد إما من الأداءات التي نص عليها قانون رقم 83 / 13 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهن، وقد تطرقنا إليها سابقا ولا داعي لتكرارها في هذا المجال، وإما يستفيد من أداءات في إطار حادث مرور؛ أي وفقا للأمر 15 / 74.

الفرع الأول

الأداءات عن العجز المؤقت والدائم

نتناول في هذا العنصر الأداءات عن العجز المؤقت، ثم نتطرق إلى الأداءات عن العجز الدائم الكلي أو الجزئي، ثم نتطرق إلى حالة الاستعانة بالغير (40. / من نسبة العجز)، وبعد ذلك ندرس مراجعة نسبة العجز في حالة تفاقم عاهات المصاب أو تخفيفها، و التعويض عن المصاريف الطبية والصيدلانية، وأخيرا نتناول التعويض عن الضرر الجمالي وضرر التألم.

أولا : الأداءات عن العجز المؤقت.

الشخص المصاب الذي لحقه عجزا مؤقتا عن العمل هو الشخص الذي لا يستطيع القيام بنشاطه نتيجة الحادث الذي وقع له وذلك لفترة محددة 50، يتم التعويض عن العجز المؤقت عن العمل على أساس 100 . / من أجر المنصب أو الدخل المهني للضحية 51، شريطة ألا يتجاوز (8) مرات الأجر الوطني الأدنى المضمون فإن لم يثبت للضحية أي نشاط مهني يعتمد في حساب هذا التعويض الأجر الوطني الأدنى المضمون عند تاريخ الحادث 52.

ويتم تحديد العجز المؤقت عن العمل إما بشهادة طبية معدة ومحرة من طرف الطبيب الشرعي أو طبيب معتمد لدى شركات التأمين، وإما بناء على

خبرة طبية وذلك في حالة وجود منازعة بين الضحية والمتسبب في الحادث وشركة التأمين أو المؤمن لديها المتسبب في الحادث 53.

أما بالنسبة للضحايا القصر فإن المحكمة العليا قضت أنه لا يستحقون التعويض عن العجز المؤقت على اعتبار أنهم غير مأجورين وليس لهم دخل مهني 54.

ثانيا : الأداءات عن العجز الدائم الكلي أو الجزئي.

يعني العجز الدائم الجزئي أو الكلي النقص العضوي أو القصور الوظيفي والنفسي للضحية المصابة جراء تعرضها لحادث مرور، ويتم تحديد العجز الدائم الجزئي أو الكلي من طرف طبيب مختص يعين لفحص الضحية وتقدير نسبة العجز 55.

ويتم حساب التعويض عن هذا العجز وفق المقطع الرابع من ملحق القانون رقم 31/88 وذلك بضرب قيمة النقطة الاستدلالية وفق الجدول المرفق بالقانون المطابقة للدخل السنوي في معدل العجز الدائم الكلي أو الجزئي 56، بحيث يضرب الأجر أو الدخل المهني للضحية في 12 والمجموع المتحصل عليه تقابله النقطة الاستدلالية حسب الجدول المرفق بالقانون رقم 31-88، والنقطة الاستدلالية تضرب في نسبة العجز والرقم المتحصل عليه يشكل التعويض عن العجز الدائم الجزئي أو الكلي.

ويتم حساب التعويض المستحق للقصر غير الأجراء على أساس الأجر الوطني الأدنى المضمون، أو على أساس الحد الأدنى للأجر الصافي من الضرائب والتكاليف المناسبة لمستوى تأهيلهم.

ثالثا : حالة الاستعانة بالغير (40٪ . من نسبة العجز).

وفي حالة إصابة الضحية بعجز دائم يساوي 80٪ . أو أكثر يجبرها على الاستعانة بالغير، يضاعف مبلغ الرأسمال أو المعاش بنسبة 40٪ . وتحدد الاستعانة بالغير بموجب خبرة طبية 57.

رابعا : مراجعة نسبة العجز في حالة تفاقم عاهات المصاب أو تخفيفها.

يمكن أن تراجع نسبة العجز بعد الشفاء أو الاستقرار في حالة تفاقم عاهات المصاب أو تخفيفها 58، شريطة أن تطلب هذه المراجعة إلا بعد مهلة 03 سنوات ابتداء من تاريخ الشفاء أو الاستقرار 59.

وقد لوحظ أن أغلب الطعون بالنقض ضد قرارات صادرة بشأن دعاوى مراجعة نسبة العجز بعد التفاقم بنيت على إساءة تطبيق المادة 02 من المرسوم رقم 80/36 من حيث كيفية حساب التعويض عن نسبة تفاقم العجز بعد المراجعة، وكذا من حيث نشوء الحق في طلب المراجعة وسريان مدة تقادم الالتزام بالتعويض، وعليه يتعين على قضاة الموضوع التأكد من نشوء حق المطالبة بمراجعة نسبة العجز، وإن ثبت تفاقم العجز تقرر الحق في التعويض عن

نسبة العجز بعد التفاقم فقط وبأن يكون بدأ سريان تقادم الالتزام بالتعويض بعد مضي ثلاث سنوات من تاريخ الاستقرار والشفاء وهو التاريخ الذي يستخلص من نتائج الخبرة السابقة المحددة لنسبة العجز المطالب بمراجعتها 60.

خامسا: التعويض عن المصاريف الطبية والصيدلانية.

ما يستفاد من المقطع الثالث من ملحق القانون رقم 31 / 88 أنه حددت المصاريف الطبية التي يعوض عنها وكذا المصاريف الصيدلانية التي يتم تعويضها بكاملها، لكن بشرط تقديم الوثائق الثبوتية ومستندات طبية وإدارية تثبت هذه المصاريف وإلا فإنه يحرم المصاب من التعويض، وتتمثل هذه المصاريف في ما يلي:

- مصاريف الأطباء والجراحين وأطباء الأسنان والمساعدين الطبيين.
- مصاريف الإقامة في المستشفى أو المصحة.
- المصاريف الطبية والصيدلانية.
- مصاريف الإسعاف .
- مصاريف الحراسة النهارية والليلية.
- مصاريف الأجهزة والتبديل.
- مصاريف النقل للذهاب إلى الطبيب إذا بررت حالة المضرور 61.

كما استقر اجتهاد المحكمة العليا على أن تحمل شركة التأمين الالتزام بالتعويض عن مصاريف العلاج والتنقل إلى الخارج، بشرط أن يتم فحص الضحية والأمر بالعلاج في الخارج من قبل طبيب بصفته مستشارا للمؤمن وليس بصفته طبيبا عاديا 62.

سادسا: التعويض عن الضرر الجمالي.

جاء في الفقرة 01 من خامسا من ملحق القانون رقم 31/88 أنه يعرض عن العمليات الجراحية الآزمة لإصلاح ضرر جمالي مقرر بموجب خبرة طبية وتسدد بكاملها (أي التعويض يكون 100 ٪)، فيستفاد من صياغة هذه الفقرة أنه لا يعرض عن الضرر الجمالي بحد ذاته، وإنما يعرض الضحية عن مصاريف العمليات الجراحية الآزمة التي أجريت لإصلاح ضرر جمالي شريطة أن يكون ذلك مقررًا بموجب خبرة طبية 63.

سابعا: التعويض عن ضرر التألم.

لم يكن هذا النوع من التعويض مقرر في الأمر رقم 15/74 بل تم النص عليه في القانون رقم 31/88 فهذا الأخير سمح بالتعويض عن ضرر الآلام التي كابدها أو لا يزال يكابدها المضرور ويحدد بموجب خبرة طبية بأحد الوصفين:

1- ضرر التألم المتوسط.

والتعويض عنه يكون مرتين قيمة الأجر الشهري الوطني الأدنى المضمون عند تاريخ الحادث.

2- ضرر التألم الهام.

ويقرر بشأنه تعويض حسب أربع مرات قيمة الأجر الشهري الوطني الأدنى المضمون عند تاريخ الحادث.

الفرع الثاني

الأداءات في حالة الوفاة

في حالة وقوع حادث مرور نتج عنه وفاة الضحية فإن ذوي الحقوق لهم الحق في التعويض بنسب مختلفة على أساس ما جاء به الأمر 15 / 74 وقانون 31 / 88 وذلك حسب تاريخ الحادث، وحساب التعويض في هذه الحالة يختلف باختلاف سن الضحية فيما إذا كانت بالغة أو قاصرة.

أولا : التعويض في حالة وفاة ضحية بالغة.

نتناول في هذا البند كيفية حساب التعويض، ثم التعويض المعنوي، وأخير التعويض عن مصاريف الجنازة وذلك كما يلي:

1- كيفية حساب التعويض.

ونص القانون رقم 31 / 88 على هذه الحالة في البند سادسا، وأوضح أنه في حالة وفاة الضحية يرجع إلى الرأسمال التأسيسي بالنسبة لكل مستفيد

بضرب قيمة النقطة الاستدلالية المقابلة للأجر أو الدخل المعني للضحية عند تاريخ الحادث طبقاً للقائمة المذكورة حسب المعاملات التالية:

- الزوج أو الأزواج 30. / . .

- لكل واحد من الأبناء القصر تحت الكفالة 15. / . .

- الأب والأم 10. / . لكل واحد منهما و 20. / . في حالة عدم ترك

الضحية زوج وولد.

- الأشخاص الآخرون تحت الكفالة بمفهوم الضمان الاجتماعي

10. / . لكل واحد منهم .

- يستفيد الأولاد اليتامى بأقساط متساوية من شطر التعويض المقرر في

حالة وقوع حادث بالنسبة لزوج الضحية.

وتجدر الإشارة إلى أنه في حالة وفاة ضحية بالغة وكانت تتقاضى أجر

معلوم يتم على أساسه تحديد الدخل السنوي، وفي حالة عدم إثبات أن الضحية

كان يتقاضى أجراً أو له دخل مهني يتم تحديد الدخل السنوي على أساس الحد

الأدنى للأجر الوطني المضمون عند تاريخ الحادث، والنقطة الاستدلالية المقابلة

للدخل السنوي تضرب في السنة المحددة لكل واحد من ذوي حقوق الضحية.

2- التعويض المعنوي.

نصت الفقرة الثالثة من خامسا من ملحق القانون رقم 31/88 بأنه يمكن التعويض عن الضرر المعنوي بسبب الوفاة لكل أم وأب وزوج أو (أزواج) وأولاد الضحية في حدود ثلاث أضعاف قيمة الأجر الشهري الوطني الأدنى المضمون عند تاريخ الحادث ، ويستتبع من نص هذه الفقرة أن الإخوة ليس لهم الحق في التعويض عن الضرر المعنوي.

3- التعويض عن مصاريف الجنازة .

وفق الفقرة الأخيرة من المقطع السادس من ملحق القانون رقم 31/88 يحدد التعويض الممنوح لقاء مصاريف الجنازة بخمسة أضعاف المبلغ الشهري للأجر الوطني الأدنى المضمون عند تاريخ الحادث ولوحد فقط من ذوي الحقوق سواء للأب أو الأم أو الزوج؛ أي للشخص الذي تكفل بمصاريف الجنازة.

ثانيا: التعويض في حالة وفاة ضحية قاصرة.

نتناول في هذا البند كيفية حساب التعويض، ثم التعويض المعنوي، وأخيرا التعويض عن مصاريف الجنازة وذلك كما يلي:

1- كيفية حساب التعويض.

وفق المقطع الثامن من ملحق القانون رقم 31/88 يمنح هذا التعويض للباب والأم بالتساوي أو الولي القانوني حسب سن الضحية.

أ- إلى غاية 06 سنوات .

يتم تعويض الأب والأم على أساس ضعف المبلغ السنوي للأجر الوطني الأدنى المضمون عند تاريخ الحادث.

ب- من 06 سنوات إلى غاية تمام 19 سنة.

ففي هذه الحالة فإن أبوي الضحية يستحقون تعويضا يساوي ثلاثة أضعاف المبلغ السنوي للأجر الوطني الأدنى المضمون عند تاريخ الحادث. مع الإشارة على أن المبلغ المحصل عليه يقسم على الأب والأم بالتساوي وفي حالة وفاة أحدهما يتقاضى المتبقي منهما على قيد الحياة التعويض بكامله، وهذا التعويض لا يشمل مصاريف الجنازة.

2- التعويض المعنوي.

في كلتا الحالتين فإن الأبوين ينالان تعويض معنوي في حدود أضعاف قيمة الأجر الشهري الوطني الأدنى المضمون عند تاريخ الحادث لكل واحد منهما.

3- التعويض عن مصاريف الجنازة.

ينال في جميع الحالات ذوي حقوق الضحية المتوفاة تعويض عن مصاريف الجنازة في حدود 05 أضعاف المبلغ الشهري للأجر الوطني المضمون عند تاريخ الحادث.

الخاتمة

توصلنا في هذه المداخلة إلى أن العلاقة الموجودة بين التشريع الخاص بحوادث العمل والتشريع الخاص بنظام التعويضات عن الضرر الناجم عن حادث مرور تمثل أساسا في حالة الحادث المزدوج، الذي يقع إثر حادث مرور ولكن يكيف في نفس الوقت كحادث عمل، لأنه يضمن حماية اجتماعية أكثر للعامل ولذوي حقوقه فيما يخص الجانب الطبي والمالي، وفي هذه الحالة بالذات فالمبدأ المعمول به هو اعتبار الحادث كحادث عمل في الأصل، وبالتالي تكون هيئة الضمان الاجتماعي هي التي تتكفل بالأداءات المستحقة للمصاب أو لذوي حقوقه مع أنه للمؤمن له الحق في اختيار الجهة التي تعوضه.

كما أن القانون يمنع الجمع في المطالبة بالتعويضات، ويكون المؤمن (شركة التأمين) ملزما بالتسديد لهيئة الضمان الاجتماعي المبالغ الممنوحة من طرف هذا الأخير إلى المصاب أو ذوي حقوقه، ما عدا منحه الوفاة التي تبقى على عاتق هيئة الضمان الاجتماعي وبعض التعويضات الرمزية التي تدفع للضحية أو لذوي حقوقها على أساس التعويض عن الضرر الجاهلي وضرر التألم والضرر المعنوي ومصاريف الجنازة والتي هي على عاتق المؤمن.

لكن الخلاصة التي نصل إليها هي أن القوانين الحالية يجب أن تطبق لكن في نفس الوقت يجب العمل على تغييرها وتعديلها لأنه لا يحق لأي شخص

أن يحرم شخصا من حقه في التعويض لأن كل تعويض مصدر مستقل مما يبرر للضحية في رأينا أن يجمع بين الحقين لأنه إذا كان العامل يقتضي حقه في التعويضات عن حادث العمل من صندوق الضمان الاجتماعي في مقابل الاشتراكات التي شارك هو ورب العمل في دفعها بينما يتقاضى حقه في التعويض قبل المسؤول عن الفعل الضار بسبب الخطأ الذي ارتكبه المسؤول، وبالتالي فليس ثمة ما يمنع الجمع بين التعويضات على أن يكون ذلك طبعا في حدود جبر الضرر كاملا حيث لا يجوز أن يكون التعويض زائدا عن الضرر إذ أن كل زيادة تعتبر إثراء على حساب الغير دون سبب.

الهوامش

- 1- المادة 12 من القانون رقم 13/83 المؤرخ في 1983/07/02 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية المعدل والمتمم.
- 2- سماتي الطيب ، المنازعات العامة في مجال الضمان الاجتماعي على ضوء القانون الجديد ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر، 2010 ، ص 43
- 3- المادة 11 من القانون رقم 13/83 المؤرخ في 1983/07/02 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية المعدل والمتمم.
- 4- يحيوي فاطمة ، التعويض عن حوادث العمل والأمراض المهنية ، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السابعة عشر ، 2006-2009، ص 13
- 5- المادة 36 من القانون المدني الجزائري .
- 6- يحيوي فاطمة ، المرجع السابق ، ص 13.
- 7- أمال جلال، مسؤولية المؤجر عن حوادث الشغل والأمراض المهنية في التشريع المغربي، 1997، ص 222.
- 8- المادة 12 من القانون رقم 13/83 المؤرخ في 1983/07/02 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية المعدل والمتمم.
- 9- قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر عن الغرفة الاجتماعية بتاريخ 11-29-1961.
- 10- " Le fait de quitter son travail avant l'heure a conduit la jurisprudence à écarter l'accident (de trajet (soc 3.3 1960, brell-civ. IV. N° 258.
- 11- محمد الفولي ، شرح قانون التأمين الاجتماعي والتطبيقات الحسابية لنصوصه ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، طبعة 2000، ص 75.
- 12- المادة 08 من القانون رقم 11-90 المؤرخ في 1990/04/21 المتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم .
- 13- بايك ناصر ، إشكالية اقتران حادث عمل بحادث مرور ، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الثامنة عشر، 2007-2010، ص 32.
- 14- بشير هدي، الوجيز في شرح قانون العمل «علاقات العمل الفردية والجماعية»، دار ربحانة للنشر والتوزيع، الجزائر، بدون سنة النشر، ص 56.

- 15- المادة 12 من القانون رقم 13/83 المؤرخ في 1983/07/02 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية المعدل والمتمم.
- 16- ببايك ناصر، المرجع السابق، ص. 33.
- 17- محمادي مبروك، "المنازعات المتعلقة بحوادث العمل"، المجلة القضائية، عدد خاص، الجزء الثاني، الصادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجزائر، 1977، ص ص 103-104.
- 18- المادة 12 من القانون 13/83 المؤرخ في 1983/07/02 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية المعدل والمتمم.
- 19- المادة رقم 2/1 من الأمر رقم 15/74 المؤرخ في 30 يناير 1974 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار المعدل والمتمم.
- 20- ببايك ناصر، المرجع السابق، ص 20.
- 21- المادة رقم 1/1 من الأمر رقم 15/74 المؤرخ في 30 يناير 1974 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار المعدل والمتمم.
- 22- ببايك ناصر، المرجع السابق، ص. 20.
- 23- المادة رقم 3/1 من الأمر رقم 15/ 74 المؤرخ في 30 يناير 1974 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار المعدل والمتمم.
- 24- المادة رقم 4 من الأمر رقم 15/74 المؤرخ في 30 يناير 1974 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار.
- 25- ببايك ناصر، المرجع السابق، ص. 22.
- 26- المادة 01 من المرسوم رقم 35-80 المؤرخ في 16-02-1980 الذي يتضمن تحديد شروط التطبيق الخاصة بإجراءات التحقيق في الأضرار ومعايبتها التي تتعلق بالمادة 19 من الأمر رقم 74-15 المؤرخ في 30-01-1974 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار.
- 27- المادة 03 من المرسوم رقم 35-80 المؤرخ في 16-02-1980 الذي يتضمن تحديد شروط التطبيق الخاصة بإجراءات التحقيق في الأضرار ومعايبتها السالف الذكر.
- 28- المادة 2/04 من المرسوم رقم 35-80 المؤرخ في 16-02-1980 السالف الذكر.
- 29- المادة 3/04 من المرسوم رقم 35-80 المؤرخ في 16-02-1980 السالف الذكر.
- 30- المادة 05 من المرسوم رقم 35-80 المؤرخ في 16-02-1980 السالف الذكر.
- 31- المادة 06 من المرسوم رقم 35-80 المؤرخ في 16-02-1980 السالف الذكر.
- 32- المادة 07 من المرسوم رقم 35-80 المؤرخ في 16-02-1980 السالف الذكر.
- 33- ببايك ناصر، المرجع السابق، ص 25. نصت المادة 274 من القانون المدني على أنه ((يقوم العرض الحقيقي بالنسبة إلى المدين مقام الوفاء، إذا تلاه إيداع وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية، أو تلاه أي إجراء مماثل يشترط قبول الدائن أو صحته بحكم له قوة الشيء المقضي به)).
- 34- المادة رقم 16 من الأمر رقم 15/74 المؤرخ في 30 يناير 1974 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار.
- 35- المادة 12 من القانون رقم 13-83 المؤرخ في 1983/07/02 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية المعدل والمتمم.
- 36- المادة 10 من الأمر رقم 15/74 المؤرخ في 30 يناير 1974 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 31/88 المؤرخ في 30 يناير 1988.
- 37- قرار المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، الصادر بتاريخ 1992/05/11 تحت رقم 76892، غير منشور.
- 38- ببايك ناصر، المرجع السابق، ص. 35.
- 39- ببايك ناصر، المرجع السابق، ص. 36.
- 40- تنص المادة 10 مكرر من الأمر رقم 15/74 المؤرخ في 30 يناير 1974 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 31/88 المؤرخ في 30 يناير 1988 على أنه ((لا يلتزم مؤمن السيارات إزاء الضحايا و/ أو هيئات الضمان الاجتماعي والدولة والولايات والبلديات التي تحل محله، إلا بتسديد التعويضات التي وضعها الجدول على عاتقه تمتد الطعون المرفوعة من طرف هيئات الضمان الاجتماعي أو الدولة أو الولايات التي تحل محل الضحايا في حقوقهم إلى كامل الادعاءات الممنوحة ما عدا رأسمال الوفاة)).
- 41- المادة 1/2 من قانون الإجراءات الجزائية.
- 42- المادة 2، 1/3 من قانون الإجراءات الجزائية.

- 43- المادة 1/20 من القانون رقم 83-13 المؤرخ في 1983/07/02 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية المعدل والمتمم.
- 44- المادة 21 من القانون رقم 83-13 المؤرخ في 1983/07/02 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية المعدل والمتمم.
- 45- المادة 16 مكرر من الأمر رقم 15/74 المؤرخ في 30 يناير 1974 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 31/88 المؤرخ في 30 يناير 1988 .
- 46- ببايك ناصر ، المرجع السابق ، ص 39.
- 47- تنص المادة 199 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه ((يجوز لأي خصم إدخال الغير الذي يمكن مخصصته كطرف أصلي في الدعوى للحكم ضده. كما يجوز لأي خصم القيام من أجل أن يكون الغير ملزما بالحكم الصادر)).
- 48- المادة 11 من المرسوم رقم 37/80 المؤرخ في 1980/02/16 المتضمن تحديد شروط تطبيق المادة 32 -هـ و 34 من الأمر رقم 15/74 المؤرخ في 30 يناير 1974 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 31/88 المؤرخ في 30 يناير 1988 .
- 49- الحكم الصادر بتاريخ 29-04-2012 عن محكمة عين ولمان ، سطيف - ، قسم الجنب بين (م،ع) وشركة سلامة للتأمينات وكالة عين أزال (و،ب،م) ، والشركة الجزائرية للتأمينات وكالة سطيف والصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية للعمال الأجراء وكالة سطيف.
- 50- ببايك ناصر ، المرجع السابق ، ص 28.
- 51- يوسف دلاندة ، نظام التعويض عن الأضرار الجسمية والمادية الناتجة عن حوادث المرور ، دار هومة ، الجزائر ، 2009، ص 08.
- 52- زرهوني زيلوخة ، نظام التعويض عن الأضرار الجسمية والمادية الناجمة عن حوادث المرور ، مقال منشور في مجلة المحكمة العليا ، الصادرة عن قسم المستندات والنشر ، العدد الأول ، 2011 ، ص 16.
- 53- يوسف دلاندة ، المرجع السابق، ص 08.
- 54- قرار المحكمة العليا ، غرفة الجنب والمخالفات ، الصادر بتاريخ 1996/10/15 ، تحت رقم 147026 ، غير منشور .
- 55- يوسف دلاندة ، المرجع السابق، ص 08.
- 56- زرهوني زيلوخة، المرجع السابق ، ص 21.
- 57- زرهوني زيلوخة، المرجع السابق ، ص 21.
- 58- المادة 01 من المرسوم رقم 36-80 المؤرخ في 1980/02/16 الذي يتضمن تحديد شروط التطبيق الخاصة بطريقة تقدير نسب العجز ومراجعتها والتي تتعلق بالمادة 20 من الأمر رقم 15-74 المؤرخ في 30 يناير 1974 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار.
- 59- المادة 02 من المرسوم رقم 36-80 المؤرخ في 1980/02/16 السالف الذكر.
- 60- زرهوني زيلوخة، المرجع السابق ، ص 22.
- 61- القانون رقم 31/88 المؤرخ في 19 يوليو المعدل والمتمم للأمر رقم 15/74 (الملحق المحدد لجدول التعويضات الممنوحة لضحايا حوادث المرور الجسمية أو لذوي حقوقهم الفقرة الخامسة).
- 62- زرهوني زيلوخة، المرجع السابق ، ص 21.
- 63- قارة بوجمعة ، النظام القانوني للمسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث المرور في الجزائر ، محاضرات ألقيت على طلبة المدرسة العليا للقضاء ، 2009 ، ص 50.
- 64- الفقرة الثالثة من خامسا من ملحق القانون رقم 31/88 المؤرخ في 19 يوليو المعدل والمتمم للأمر رقم 15/74 (الملحق المحدد لجدول التعويضات الممنوحة لضحايا حوادث المرور الجسمية أو لذوي حقوقهم الفقرة الخامسة).

من اجتهادات المحكمة العليا

غرفة الجنب و المخالفات

ملف 613331 قرار بتاريخ 2010 / 1 / 02

قضية (ح.ل) ضد (ب.م) و النيابة العامة

الموضوع: تحقيق - غرفة الاتهام - بطلان اجراءات التحقيق - قرار الاحالة.
أمر رقم : 66-155 (اجراءات جزائية)، المادة: 2 / 161، جريدة رسمية عدد:
48.

المبدأ: لا يجوز للمحكمة ولا للمجلس القضائي، عند النظر في جنحة أو مخالفة،
الحكم ببطلان اجراءات التحقيق المحالة اليهما من غرفة الاتهام.
قرار غرفة الاتهام يظهر اجراءات التحقيق السابقة له من العيوب و المطاعن
المحتملة.

و عليه فان المحكمة العليا

عن الوجه الاول: المأخوذ من عدم الاختصاص طبقا لأحكام المادة 500 ف1
من قانون الاجراءات الجزائية.

حيث أن القرار المطعون فيه قد أجاب على الدفع الذي تقدم به المتهم فيما يتعلق
بالاختصاص المحلي لمحكمة بئر مراد رابس، و أوضح أن "مقر الشركة محل
جريمة الاستيلاء على أموال مشتركة كائن ب ... طريق محمد قاسم حسب عقد

تحويل مقر الشكوة سيكات ... و هو المعيار في هذه الحالة لتحديد الاختصاص المحلي " عملاً بأحكام المواد 40 و 329 من ق.ا.ج، وبذلك فإن هذا الوجه غير سديد و يرفض.

و عن الفرعين الأول و الثاني من الوجه الثاني: المأخوذ من مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه طبقاً لأحكام المادة 500 ف7 من قانون الاجراءات الجزائية.

حيث ان هذين الفرعين يتعلقان بكيفية سماع المشتكى منه أمام قاضي التحقيق و وجوب اخباره أن من حقه أن يسمع كمتهم و ليس كشاهد (المواد 73 و 89 من ق.ا.ج)، و أمر قاضي التحقيق باجراء خبرة رغم أن الطاعن كان شاهداً في القضية و بالتالي فكان محروماً من حقوق الدفاع (المواد 151-152-154 من ق.ا.ج).

و حيث ان القرار المقطعون فيه باستبعاده لهذه الالوجه قد التزم بتطبيق أحكام المادة 161 ف2 من ق.ا.ج التي تقضي بأنه: "لا يجوز للمحكمة ولا للمجلس القضائي لدى النظر في موضوع جنحة أو مخالفة الحكم ببطلان اجراءات التحقيق إذا كانت قد أحييت اليه من غرفة الاتهام"، و الحكم الابتدائي قد أوضح بأنه فيما يتعلق بالدفع الخاص بضمانات الدفاع أمام قاضي احق إهتد سبق لغرفة اته أن رفضته بموجب قرارها الصادر في 11-03-2007 (و للعلم فان المحكمة العليا قد فصلت في الطعن رقم 525595 القاضي بعدم قبول الطعن شكلاً لعدم جوازه-فهرس 08/02813)، فقرار غرفة الاتهام كما هو

معلوم فقها و قضاء و قانونا يطهر اجراءات التحقيق السابقة له من كل العيوب و المطاعن المحتملة، و بالتالي فان هذين الفرعين غير سديدين و يرفضان.

و عن الفرع الثالث من هذا الوجه: و المأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون،

حيث ان القضاء بادانة المتهم الطاعن على أساس المواد 222 و 223 من قانون العقوبات المتعلقة بتزوير الوثائق التي تصدرها الادارات العمومية، بينما الشركة القائمة بين أطراف الخصومة هي شركة خاصة فان ذلك لا يشكل وجها للنقض مادام النص الواجب التطبيق و هو نص المادة 219 من قانون العقوبات ينص على عقوبة أشد (الحبس الى خمس سنوات بدلا من الحبس ثلاث سنوات كما هو في نص المادة 222 من قانون العقوبات) و بالتالي فان الخطأ في القانون المستشهد به لتدعيم الادانة لا يشكل بابا للنقض في هذه الحالة عملا بأحكام المادة 502 من قانون الاجراءات الجزائية.

و عن الوجه الثالث: المأخوذ من اغفال الفصل في وجه الطلب طبقا لأحكام المادة 500 ف5 من قانون الاجراءات الجزائية،

حيث أن ما يثيره الطاعن في هذا الزجه لا يشكل طلبات بلي يعتبر تجريحا لعمل الخبراء و مناقشة لتقارير الخبرة، و القرار المنتقد من خلال تحليله للخبرتين و اعتماده على النتائج المتوصل اليها فان ذلك يعتبر رفضا ضمنياا للتجريح و المناقشة التي أثارها الطاعن في هذا الباب، و بذلك فان هذا الوجه غير سديد و يرفض.

و عن الوجه الرابع: المأخوذ من التناقض فيما قضى به القرار نفسه طبقاً لأحكام المادة 500 ف6 من قانون الاجراءات الجزائية،

حيث ان قضاء قضية الموضوع ببراءة المتهم بالطاعن من تهمة النصب الاحتيال و ادانته بجنحة الاستيلاء على أموال مشتركة لا يشكل أي تناقض مادام أن لكل جنحة أركانها، و ان قضية الموضوع قد توصلوا بها لديهم من سلطة تقديرية و حسبما قدموه من تسيب كامل الى قيام أركان جنحة الاستيلاء و عدم قيام أركان جنحة النصب، و بذلك فان هذا الفرع غير سديد.

و أمام عن الفرع الثاني: المأخوذ من الاعتماد على خبرتين متناقضتين، فانه بالرجوع الى القرار المطعون فيه يتضح أن قضية الموضوع قد أبرزوا بأن الخبرتين تؤكدان جميعاً ان المتهم الطاعن "كان يقدم ميزانية غير صحيحة لاختفاء الوضع الحقيقي للشركة ولاسيما فيما يخص تسيير مخزون البضاعة اذ كان يسجل أرقاماً بالوثائق المالية للشركة في حين أن إعادة تشكيل حركة البضائع تثبت شيئاً آخر .. و هو الأمر الذي أكدته الخبرة المضادة المنجزة من طرف الخبر (ك.م) المعين بناء على طلب المتهم .."، و أما اختلاف تقدير مبلغ الضرر في الخبرتين فان ذلك لا يشكل تناقضاً بل هو اختلاف في تقدير مبلغ الضرر فقط و هو أمر عادي، و بذلك فان هذا الفرع بدوره غير سديد و يرفض.

و عن الوجه الخامس: المأخوذ من انعدام أو قصور الأسباب طبقاً لأحكام المادة 500 ف4 من قانون الاجراءات الجزائية،

حيث ان ما ينعاه الطاعن ي هذا الوجه يتعلق بتقدير كفاية الأدلة سواء فيما يتعلق بالاعتماد على الدليل المقدم بشأن تحويل المتهم الطاعن لمبلغ 500 الف دينار الى حسابه الخاص، أو الاعتماد على ما توصل اليه الخبيران، و قانون الاجراءات الجزائية في باب تقدير أدلة الاثبات قد ترك لأمر كله للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ذلك ان المسألة قد حسمها نص المادة 212 من قانون الاجراءات الجزائية التي اجازت اثبات الجرائم كقاعدة عامة بأي طريق من طرق الاثبات ما لم يوجد نص خاص مخالف، و سمحت للقاضي بأن يصدر حكمه تبعا لاقتناعه الخاص شريطة ان يبنى قراره على الأدلة المقدمة له في معرض المرافعات و التي حصلت مناقشتها في الجلسة، فمحكمة الموضوع لها كامل الصلاحية للموازنة بين الحجج و تقدير أدلة الدعوى و الأخذ بما تطمئن اليه مادامت تستند على أسباب سائغة تؤدي الى النتيجة التي انتهت اليها.

و حيث يترتب على بذلك أن ما يثيره الطاعن يتعلق بالسلطة التقديرية التي اسندها المشرع لقضاة الموضوع دون رقيب عليهم في ذلك من طرف المحكمة العليا التي يقتصر دورها على مراقبة تطبيق القانون فحسب، و بالتالي فان هذا الوجه غير سديد و يرفض، و ينجر على ذلك رفض الطعن.

و حيث أن المصاريف القضائية يتحملها خاسر لا الدعوى عملا بأحكام المادة 524 من قانون الاجراءات الجزائية.

فلهذه الأسباب

تقضي المحكمة العليا:

بقبول الطعن بالنقض شكلاً، و برفضه موضوعاً.

و تحميل الطاعن بالمصاريف القضائية.

بذا صدر القرار بالتاريخ المذكور اعلاه من قبل المحكمة العليا غرفة الجنح و المخالفات - القسم الخامس.

(مجلة المحكمة العليا-العدد الثاني-2012-ص338).

ملف رقم 0612261 قرار بتاريخ 26 / 06 / 2014

قضية (ل.ع) ضد ادارة الجمارك و النيابة العامة

الموضوع: تهريب-حيازة بضاعة حساسة للغش لغراض تجارية-وثائق ثبوتية.

قانون رقم: 79-07 (قانون الجمارك): المادة 226، جريدة رسمية، عدد: 30.

قانون رقم: 02-11 (قانون المالية لسنة لسنة 2003)، المادة: 76، جريدة رسمية، عدد: 86.

المبدأ: يجوز لحائز بضائع حساسة للغش لأغراض تجارية، تقديم الوثائق المثبتة شرعية الحيازة في أي وقت، حتى و لو لأول مرة أمام المجلس القضائي أو المحكمة العليا.

و عليه فان المحكمة العليا

عن أوجه الطعن:

الوجه الثالث للطعن: المأخوذ من القصور في التسبيب.

و الوجه الثاني له: لمأخوذ من انعدام الأساس القانون.

و اجه الاوله: المأخوذ من انعدام أو قصور الأسباب.

بدعوى أنه صرح أنه يجوز فواتير السلعة و لم يطلب منه قاضي لتحقيق إيداعها و المحكمة لم تبرر استبعادها و رفضها و اكتفت بمعاقبته على عدم تقديمها فالقرار رغم إشارته لهذه الفواتير إلا أنه تجاهلها تماما رغم وجودها و استبعادها دون إعطاء التسبب الواضح عن ذلك و اكتفى بالقول أنه لا يملك فواتير عن ذلك. حيث يتبين من معاينة القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس قضوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بإدانة المتهم (ل.ع) بجرم حيازة غير شرعية لبضاعة أجنبية عن طريق التهريب معاقبته بستة (06) أشهر حبسا موقوف التنفيذ و أن يدفع غرامة جمركية قدرها 7.166.550.00 دج و مصادرة البضاعة لفائدة الدولة مسببين قرارهم بقولهم أن المتهم (ل.ع) لم يقدم الفواتير حال طلبها منه عند حجز البضاعة فالتهمة المسندة له قائمة.

حيث أن التسبب الذي جاء به قضاة المجلس تسبب خاطيء يخرق أحكام المادة 379 من ق.ا.ج و أخطئوا في تطبيق أحكام المادة 226 من قانون الجمارك باعتبار أن المقرر قانونا انه يجوز للمتهم تقديم الوثائق المثبتة لشرعية الحيازة في أي وقت و لو لأول مرة أمام المحكمة أو المجلس و هو ما قررته أحكام المادة 226 من قانون الجمارك المعدلة بقانون المالية لسنة 2003 في مادته 76 التي تنص على أن حيازة البضائع الحساسة للغش لأغراض تجارية و تنقلها عبر سائر الاقليم الجمركي و التي تحدد قائمتها بقرار وزاري مشترك بين الوزير المكلف بالمالية و الوزير المكلف بالتجارة لتقديم بناء على طلب من الأعوان المذكورين بالمادة 241 من قانون الجمارك الوثائق المثبتة لشرعية الحيازة، فان القضاة كما

فعلوا لما اعتمدوا تقديم الوثائق حال طلبها عند حجز البضاعة تأسيس خاطئ و منه تعين القول بسداد الأوجه المذكورة دون حاجة لمناقشة بقية الأوجه.

فلهذه الأسباب

تقضي المحكمة العليا:

في الشكل: بقبول الطعن.

في الموضوع: القول بتأسيس الطعن و بنقض و إبطال القرار المطعون فيه الصادر في 20 ديسمبر 2008 رقم 08/10202 الصادر عن الغرفة الجزائية لمجلس قضاء سطيف و احالة القضية و الأطراف على نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد طبقا للقانون.

المصاريف على الخزينة.

بذا صدر القرار بالتاريخ المذكور اعلاه من قبل المحكمة العليا-غرفة الجench و المخالفات-القسم الثالث.

(مجلة المحكمة العليا-العدد الاول 2014-ص 379).

ملف رقم 0627365 قرار بتاريخ 2013/12/26

قضية النيابة العامة ضد (ب.ن)

الموضوع: تعد على ملكية عقارية-خلصة-تدليس.

أمر رقم: 66-156 (قانون العقوبات)، المادة: 386، جريدة رسمية عدد: 49.

قانون رقم: 82-04 (قانون عقوبات، تعديل و تتميم)، المادة الأولى، سجريدة

رسمية عدد: 7.

المبدأ: لا يكون جريمة التعدي على الملكية العقارية، الاعتراض على حرث قطعة أرض ذات طابع فلاحي و منع العمال من استصلاحها، لانعدام الشرطين الاساسين: الخلسة و التدليس.

و عليه فان المحكمة العليا

عن الوجه الوحيد للطعن: المأخوذ من قصور الاسباب،

حيث من المقرر قانونا، استنادا الى مقتضيات المادة 386 من قانون العقوبات، سند المتابعة الجزائية الحالية، و المستقر العمل به تكريسا لاجتهاد المحكمة العليا، أن التصرف المجرم قانونا المستوجب لفرض عقوبة جزائية، و الذي يشكل جنحة "التعدي على الملكية العقارية" يتجلى في قيام الجاني بانتزاع عقار مملوك للغير و ذلك خلصة أو عن طريق التدليس، و أنه بمقتضى هذا التعريف، يجب أن يظهر الركن المادي لهذه الجريمة في فعل انتزاع الحيازة من بيدع العقار - دون رضا هذا الأخير - و إدخاله في حيازة المعتدي، و ينتفي ذات الركن إذا حصل تسليم العقار بفعل حائزه بصرف النظر عن نية المسلم له، حيث متى كان الوضع القانوني محدد و معرفا على هذا المنوال، فبالرجوع الى القرار المطعون فيه، يتبين أن قضاة هيئة الاستئناف عاينوا بالعناية الوافية وقائع الدعوى التي فحواها أنه بتاريخ 2008/02/06، تقدم المدعو (ت.ص) بشكوى أمام نيابة الجمهورية لدى محكمة بسكرة ضد المطعون ضده - في قضية الحال - على أساس أن هذا الأخير أوقف له المسوم الفلاحي 2008/2007، و جاء فيها أنه يملك قطعة أرضية ذات طابع فلاحي ذات رقم 121، تقع بمنطقة (...) باقليم بلدية (...).

مجاورة للقطعة رقم 139، و أن المشتكى ضده اعترض له و منعه من حرثها و منع كذلك العمال من استصلاحها بالرغم من وجود حكم عقاري مؤرخ في 23/04/2005 يقضي بالمصادقة على خبرة الخبير طهراوي حسين الذي حدد معالم حدود كل قطعة، كما اطلع قضاة المجلس القضائي على كافة الاجراءات القضائية المتبعة بشأن القضية، و أجروا فيها تحقيقا نهائيا خلال جلسة المرافعات احتكاما منهم لمقتضيات المادتين 2/212 و 431 من قانون الاجراءات الجزائية، حيث أنكر المطعون ضده الحالي الوقائع الملاحق بها في مواجهة تمسك الضحية بمضمون شكواه، و خلصوا، على ضوء ذلك، و بناء على نتائج دراسة الملف و عناصره التي تمت المناقشة فيها حضوريا أمامهم خلال جلسة النظر في الاستئناف، الى أن أركان جنحة "التعدي على المليكة العقارية" المنصوص و المعاقب عنها بنص المادة 386 من قانون العقوبات غير متوفرة في حق المتهم، كون الضحية يدعي أن هذا الأخير منعه من حرث قطعتة الارضية، في حين أنكر المتهم ما نسب اليه، و أن الحكم العقاري المشار اليه أعلاه يتعلق بأخ المتهم المذكور، و ارتأى لهم تأييد الحكم المستأنف كون قاضي الدرجة الأولى أحسن تقدير الوقائع و أعطى لقضائه أسبابا كافية.

حيث اعتبارا لكون قضاة المجلس القضائي قضوا بتأييد الحكم المستأنف فإنهم يكونوا بذلك قد تبنوا مضمونه و تعليله و كذا النتيجة التي توصل إليها قاضي الدرجة الأولى إثر معاينته وقائع القضية و عقب التحقيق فيها نهائيا خلال جلسة المرافعات، من حيث تأكيده أن جرم التعدي على الملكية العقارية غير قائم بالنظر

الى أن هذا الجرم يقتضي ان يكون انتزاع عقار مملوك للغير خلصة أو عن طريق التدليس، وهو الركن الغير متوفر في قضية الحال لكون المطعون ضده من العمال و لم يعتد خلصة على الأرض.

حيث متى كان الحال كذلك، يتبين ان قضاة هيئة الاستئناف و من قبلهم، قاضي الدرجة الاولى، قد عاينوا و حللوا و ناقشوا وقائع الدعوى، و أبرزوا في قضائهم، بما لا يدع مجالا لأي غموض أو لبس، انتفاء الأركان القانونية و العناصر المستوجبة لقيام جنحة التعدي على الملكية العقارية، على ضوء ما تقتضيه المادة 386 من قانون العقوبات، بالنظر إلى أن الفعل المنسوب إلى المطعون ضده، حسب تصريحات الضحية، ينحصر في اعتراضه على حرث قطعة أرضية ذات طابع فلاحي و منع العمال من استصلاحها و لم يقيم بانتزاع ذات العقار من حائزه أو من ماله خلصة أو عن طريق التدليس، و هما الشرطان الأساسيان في هذا الجرم، و يكونوا بذلك قد سببوا قرارهم تسبباً قانونياً كافياً بما ينسجم و مقتضيات المادة 379 من قانون الاجراءات الجزائية و طبقوا صحيح القانون، مما ينجر عنه اعتبار ما ينعه الطاعن غير سديد و غير منتج و مرفوض.

حيث أن المصاريف القضائية تقع على عاتق الخزينة العمومية.

فلهذه الأسباب

تقضي المحكمة العليا

بقبول طعن النائب العام لدى مجلس قضاء بسكرة شكلاً و برفضه موضوعاً.

ابقاء المصاريف القضائية على عاتق الخزينة العمومية.
بذا صدر القرار بالتاريخ المذكور أعلاه من قبل المحكمة العليا-غرفة الجench و
المخالفات-القسم الثاني.
(مجلة المحكمة العليا-العدد الاول 2014-ص384).

ملف رقم 0668201 قرار بتاريخ 2013 / 11 / 28

قضية (ج.ب) ضد (ز.ب) و النيابة العامة

الموضوع: معارضة-معارضة كأن لم تكن.
أمر رقم: 66-155 (اجراءات جزائية)، المادة: 413، جريدة رسمية عدد: 48.
المبدأ: يصرح قاضي الموضوع في المنطوق باعتبار المعارضة كأن لم تكن، عندما
يتغيب الطاعن بالمعارضة عن الجلسة المحددة الفصل فيها، بالرغم من تبليغه
قانونيا بتاريخها، بدون تقديم عذر مقبول.
لا يتطرق قاضي الموضوع، في هذه الحالة، للناحية الشكلية.
و عليه فان المحكمة العليا،

عن الوجه المثار تلقائيا من طرف المحكمة العليا:

حيث أن المادة 413 من ق.ا.ج تنص على اعتبار المعارضة كأن لم تكن، و ذلك
اذا لم يحضر المتهم المعارض الجلسة المحددة له للنظر في المعارضة بعد أن يكون قد
بلغ بها تبليغا قانونيا صحيحا فهذا جزاء رتبه المشرع على المعارض الذي لم يحضر
رغم صحة علمه بتاريخ الجلسة دون تقديم عذر مقبول.

حث أنه ولكن في هذه الحالة فلا يتطلب من المجلس التطرق للناحية الشكلية في المنطوق كما فعل فالناحية الشكلية القصد منها مراقبة مدى توفر شروط رفع المعارضة من حيث الآجال القانونية المحددة لها و هي هنا لا مجال لها مادام المعارض لم يحضر بل كان على المجلس التصريح باعتبار المعارضة كأن لم تكن و فقط أي كما نص عليه القانون وما استقر عليه الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا.

حيث ان القرار المطعون فيه مخالف لنص المادة 413 من ق.ا.ج مما يعرضه للنقض و الابطال.

فلهذه الاسباب

تقضي المحكمة العليا:

في الشكل: قبول الطعن.

في الموضوع: نقض و ابطال القرار المطعون فيه الصادر عن المجلس القضائي بتيارت في 05 / 05 / 2009.

احالة القضية و الأطراف أمام نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد طبقا للقانون.

المصاريف على الخزينة العمومية.

بذا صدر القرار بالتاريخ المذكور أعلاه من قبل المحكمة العليا-غرفة الجench و المخالفات-القسم الرابع.

(مجلة المحكمة العليا-العدد الاول 2014-ص398).

ملف رقم 0907531 قرار بتاريخ 27/02/2014

قضية (ب.ص) ضد (ف.ب) و النيابة العامة

الموضوع: علامة-تسجيل علامة-علامة سلعة.

أمر قم: 06-03 (علامات)، المادتان: 3 و 26، جريدة رسمية عدد: 44.

المبدأ: يشكل جريمة تقليد علامة مسجلة التماثل المرئي و النطقي، المحدث لبسا لدى المستهلك و يجعله لا يميز بين السلعة الأصلية و بين السلعة المقلدة.

و عليه فان المحكمة العليا

عن أوجه الطعن:

الوجه الأول: المأخوذ من انعدام أو قصور الأسباب:

بالقول ان القرار المطعون فيه اعتمد للتصريح بادانة المتهم على انه "يتضح من خلال دراسة أوراق ملف القضية و وقائعها و المناقشة التي دارت بالجلسة أن للمتهم قد أصر و ثابر على النفي بأن يكون فعلا متورطا لارتكابه جرم تقليد علامة تجارية ممثلة في tudor و هو ما تفنده حقيقة الوقائع و ملابساتها التي جرت" و "أن الحكم المستأنف كان سديدا في اسناده للتهمة و وقائعها الجرمية للمتهم استنادا قانونيا و ان قاضي أول درجة قد أصاب في حكمه" و ان القرار لم يبين و لم يناقش الاسباب التي اعتمدها و توصل بمقتضاها الى ادانة المتهم، و ان القرار المطعون فيه في الحثيات المشار اليها أعلاه لم يبرز العناصر و الأدلة التي استند عليها للتصريح بان التهمة ثابتة طبقا للمادتين 212 و 213 من ق.ع و استعمل عبارات عامة و كان على القضاة ابراز أركان جريمة تقليد علامة و التي

يتمثل ركنها المادي في اصطناع علامة مماثلة أو مطابقة تماماً أو تشبه علامة حقيقية بكاملها أو جزء منها و تؤدي الى خداع المستهلك فيضن أنها العلامة الاصلية و ان الركن المعنوي يتمثل في النية الاجرامية و ان قضاة الموضوع لم يبينوا في قرارهم ما يثبت على الاقل التشابه من جهة و اثبات تورط الطاعن في ذلك.

الوجه الثاني: المأخوذ من انعدام الاساس القانوني.

بالقول ان الطاعن تمت متابعتة بجنحة تقليد علامة بناء على شكوى تقدمت بها شركة "اكزيد تكنولوجيا" ممثلة بمديرتها (ا.ر) ضد مسير الشركة ذات المسؤولية المحدودة الاخوة (ب) للاستيراد و التصدير و المسمى (ب.ع) و (د.ك) و ذلك كون مصالح الشاكية تعرضت لأضرار بليغة نتيجة تقليد علامتها و عرض تجار قطع الغيار لبطاريات مزيفة تحمل علامة تيدور للبيع و انه اضافة الى عدم ثبوت قيام المتهم بفعل التقليد لبطاريات مزيفة و مقلدة تحمل علامة tudor بطريقة غير شرعية فانه لم يبين من ملف القضية انه تم حجز البضاعة المقلدة و اجراء خبرة فنية تثبت انها مزيفة و مقلدة على اسم العلامة التجارية للسالفة و القرار لم يتعرض اصلا الى الخبرة و لم يناقشها ان وجدت.

عن الوجهين مجتمعين:

بحيث ان القرار المطعون قضى بتأييد الحكم المستأنف متبنيا أسبابه و بالرجوع الى اسباب الحكم يمكن التحقق ان قضاة الموضوع و لادانة الطاعن من اجل جنحة تقليد علامة طبقا للمادتين 26 و 32 من الامر 06-03 عاينوا بكفاية الوقائع و

الظروف التي تمت فيها و عرضوا الأسباب التي من خلالها خلصوا بأنها ثابتة و تجتمع فيها الاركان القانونية للجنة المتابعة و المدان من أجلها الطاعن و لما اوضحوا "ان المتهم أقر باستيراده لبطاريات من نوع تيدور بمواصفات البطارية المحجوزة من 1995 الى 2009 و التي عليها ملصقة صغيرة باسم الاخوة (ب) من الشركة الفرنسية Ag distribution الموزع الوحيد للعلامة بفرنسا دون ان يقدم اية وثيقة ولا سيما التصريحات الجمركية" و ان المتهم استعمل علامة "تيدور" على بطاريات ليست اصلية من انتاج الشركة الضحية و دون ترخيص منها و نظرا للتماثل المرئي و المنطقي للعلامتين فان ذلك يدخل اللبس لدى المستهلك ولا يستطيع التمييز بين البطاريات الأصلية و المقلدة.

حيث ان الوجه المؤسس عليه الطعن و الذي يقتصر على اعادة طرح الوقائع و يراد به فقط اعادة النظر في تقدير القضاة لا يمكن قبوله و انه يتعين استبعاد الوجهين و بالنتيجة رفض الطعن.

فلهذه الاسباب

قضي المحكمة العليا

بقبول الطعن شكلا و برفضه موضوعا و المصاريف على الطاعن.

بذا صدر القرار بالتاريخ المذكور اعلاه من قبل المحكمة العليا-غرفة الجنح و المخالفات-القسم الثاني.

(مجلة المحكمة العليا-العدد الاول 2014-ص 413).

لجنة التعويض

ملف رقم 006824 قرار بتاريخ 2013 / 10 / 09

قضية (ع.م) ضد الوكيل القضائي للخزينة

الموضوع: لجنة التعويض عن الحبس المؤقت غير المبرر و الخطأ القضائي -حبس مؤقت غير مبرر -محبوس بطل.

أمر رقم : 66-155 (اجراءات جزائية)، المادة: 137 مكرر، جريدة رسمية عدد: 48.

قانون رقم: 01-08 (اجراءات جزائية، تعديل و تتميم)، المادة: 11، جريدة رسمية عدد: 34.

المبدأ: لا حق لمن لم يكن عاملا، قبل دخوله الحبس المؤقت غير المبرر، في تعويض مادي عن فقدان أجر.

و عليه فان المحكمة العليا،

في التعويض عن الضرر المادي:

حيث ان الأجر الوطني الأدنى المضمون الذي يتمسك به المدعي في طلب التعويض المادي يخص العمال الذين يؤدون عملا في قطاعات النشاط في حين أن المدعي لم يثبت انه كان عاملا قبل دخوله الحبس المؤقت غير المبرر و منه فهو لم يفقد اجرا كان يتقاضاه بسبب هذا الحبس مما يجعل طلبه لا يستند على أي اساس قانوني مما يتعين رفضه.

في التعويض عن الضرر المعنوي:

حيث ثابت من الملف أن المدعي حرم من حريته لمدة (71) يوما بسبب الحبس المؤقت، كما أن الحبس غير المبرر أثر على سمعته في محيطه مما يجعل اللجنة تعوضه عن هذا الضرر المعنوي بمبلغ 200.000.00 دج (مائتا ألف دينار جزائري).
حيث ان من خسر الدعوى يتحمل المصاريف القضائية.

لهذه الاسباب

قررت اللجنة

قبول الدعوى.

رفض طلب التعويض المادي لعدم التأسيس.

منح المدصعي تعويضا معنويا بمبلغ 200.000.00 دج (مائتا ألف دينار جزائري).

الزام أمين خزانة الجزائر بدفع المبلغ المحكوم به.

المصاريف على الخزينة.

بذا صدر القرار و وقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ

9 / 10 / 2013 من قبل المحكمة العليا- لجنة التعويض.

(مجلة المحكمة العليا- العدد الاول 2014 -ص 502).

ملف رقم 004673 قرار بتاريخ 14 / 04 / 2010

قضية (خ.ا) ضد الوكيل القضائي للخزينة

الموضوع: رقابة قضائية- حبس مؤقت غير مبرر- تعويض.

أمر رقم: 66-155 (اجراءات جزائية)، المادتان: 125 مكرر و 137 مكرر،
جريدة رسمية عدد: 48.

قانون رقم: 90-24 (اجراءات جزائية، تعديل و تتميم)، المادة: 3، جريدة
رسمية عدد: 36.

قانون رقم: 01-08 (اجراءات جزائية، تعديل و تتميم)، المادة: 11، جريدة
رسمية عدد: 34.

المبدأ: بقاء شخص رهن الرقابة القضائية، مع المنع من مغادرة التراب الوطني
مدة ثماني (8) سنوات، لا يدخل ضمن حالات الحبس المؤقت غير المبرر،
المستوجب التعويض.

عن الضرر المادي:

حيث ان المدعي قدم قسيمة الراتب لشهر مارس 2000 بمبلغ 28.527.40
دج، مما يثبت ان حبسه الغير مبرر تسبب في وقف هذا الدخل، و عليه يتعين
اعتماد أسسه لتقدير الضرر المادي في دعوى الحال.

و حيث ان بقاءه رهن الرقابة القضائية ممنوع من مغادرة تراب الولاية لمدة ثماني
سنوات، لا تدخل حالات الحبس الغير مبرر التي تستوجب التعويض، و عليه
يتعين استبعادها.

عن الضرر المعنوي:

حيث ان حيس المدعي قد قيد حريته اتجاه نفسه و عائلته و محيطه، مما ألحق به
أضرارا معنوية تستوجب التعويض.

و حيث ان المبلغ المطالب به مبالغ فيه، و يتعين ارجاعه للحد المعقول وفق
المادتين 131 و 132 من ق.م.

و حيث ان كل من يخسر الدعوى يلزم بمصاريفها القضائية.

فلهذه الاسباب

تقرر اللجنة:

- 1- بقبول طلب التعويض المرفوع من طرف المدعي (خ.ا).
 - 2- منحه تعويضا عن الضرر المادي بمبلغ قدره مائتان و سبعون ألف
(270.000.00) دينار.
 - 3- و منحه تعويضا عن الضرر المعنوي بمبلغ قدره أربعمئة الف
(400.000.00) دج، ورفض ما زاد عن ذلك من طلبات، مع الزام أمين خزانة
ولاية الجزائر بدفع هذا المبلغ.
 - 4- و تحميل الخزينة العمومية المصاريف القضائية.
- بذا صدر القرار و وقع التصريح به في السنة العلنية المنعقدة بتاريخ
14 / 4 / 2010 من قبل المحكمة العليا-لجنة التعويض.
(مجلة المحكمة العليا-العدد الثاني 2012-ص 481).

ملف رقم 005202 قرار بتاريخ 09 / 02 / 2011

قضية (ب.و.ي) ضد الوكيل القضائي للخزينة

الموضوع: ضرر احتمالي-ترقية-حبس مؤقت غير مبرر-تعويض.

أمر رقم: 66-155 (اجراءات جزائية)، المادة: 137 مكرر، جريدة رسمية عدد: 48.

قانون رقم: 01-08، (اجراءات جزائية، تعديل و تتميم)، المادة: 11، جريدة رسمية عدد: 34.

المبدأ: تفويت فرصة الترقية على محبوس حبسا مؤقتا غير مبرر، ضرر احتمالي لا يستوجب التعويض.

عن الضرر المادي:

حيث أنه ثبت من الملف أن المدعي تم حبسه و بغير مبرر لمدة ثلاثون شهرا (30) من 17/08/2004 لغاية 17/02/2007.

و حيث ان المدعي قدم قسيمة الراتب لشهر جوان 2004 بمبلغ 31.923.51 دج. مما يثبت أن حبسه الغير مبرر تسبب في وقف هذا الدخل، و عليه يتعين اعتماد أسسه لتقدير الضرر المادي في دعوى الحال.

حيث ان تفويت فرصة الترقية على المدعي، أضرار احتمالية و عليه يتعين استبعادها.

و حيث ان التعويض عن الأمراض غير مبررة، لعدم ثبوت العلاقة السببية بينها و بين الحبس.

عن الضرر المعنوي:

حيث ان حبس المدعي قد قيد حريته اتجاه نفسه و عائلته و محيطه، مما ألحق به أضرارا معنوية تستوجب التعويض.

و حيث أن المبلغ المطالب به مبالغ فيه، و يتعين ارجاعه للحد المعقول وفق
المادتين 131 و 132 من القانون المدني.

و حيث ان كل من يخسر الدعوى يلزم بمصاريفها القضائية.

فلهذه الأسباب

تقرر اللجنة:

- 1- بقبول طلب التعويض المرفوع من طرف المدعي (ب.و.ي).
 - 2- منحه تعويضا عن الضرر المادي بمبلغ (958.000 دج) تسعمائة و ثمانية و خمسون الف دينار.
 - 3- و منحه تعويضا عن الضرر المعنوي بمبلغ (900.000 دج) تسعمائة الف دينار.
 - مع إلزام أمين خزينة ولاية الجزائر بدفع هذا المبلغ. و رفض ما زاد عن ذلك من طلبات.
 - 4- تحميل الخزينة العمومية المصاريف القضائية.
- بذا صدر القرار و وقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ
9 / 2 / 2011 من قبل المحكمة العليا-لجنة التعويض.
(مجلة المحكمة العليا-العدد الثاني 2012-ص 488).

الغرفة الجنائية

ملف رقم 728841 قرار بتاريخ 21 / 04 / 2011

قضية (ب.م) ضد النيابة العامة

الموضوع: تحقيق - اجراءات تحقيق - بطلان اجراءات التحقيق.

قانون الاجراءات الجزائية: المادة: 158 .

المبدأ: لا صفة للمتهم و الطرف المدني، أثناء التحقيق، في طلب بطلان إجراءات التحقيق لقاضي التحقيق، أمام غرفة الاتهام، لا صفة لهما كذلك، في الزام وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق، بعرض طلب بطلان الاجراءات على غرفة الاتهام، ولا في استئناف أمر رفض الطلب.

عرض بطلان اجراءات التحقيق على غرفة الاتهام، من حق وكيل الجمهورية و قاضي التحقيق، فقط.

و عليه فان المحكمة العليا

من حيث جواز الطعن:

حيث ان المدعو (ب.م) (متهم) رفع طعنه بالنقض ضد قرار غرفة الاتهام الصادر بتاريخ 01 / 06 / 2010 القاضي برفض الطلب موضوعا.

و حيث ان طلب الطاعن كان يهدف الى بطلان اجراءات التحقيق المتمثلة في الأمر بنذب خبير و محضر الاستجواب عند الحضور الأول و الاجراءات التالية له.

و حيث أن أحكام المادة 158 من قانون الاجراءات الجزائية لا تحول للخصوم (المتهم و الطرف المدني) رفع طلب البطلان مباشرة أمام غرفة الاتهام أثناء سير اجراءات التحقيق و إنما قصرته على وكيل الجمهورية و قاضي التحقيق وحدهما. حيث أنه ليس للمتهم ولا للطرف المدني فعل ذلك لا مباشرة ولا بطريق غير مباشر كما أنه ليس لهما إلزام وكيل الجمهورية أو القاضي المحقق على فعله ولا يجوز لهما استئناف الأمر الذي بموجبه يرفض قاضي التحقيق رفض طلب رفع البطلان الى غرفة الاتهام.

حيث أنه لا صفة للمتهم أصلا في طلب رفع البطلان أمام غرفة الاتهام ولا صفة له في استئناف الأمر برفض الطلب و بالتالي فان طعنه في القرار القاضي برفض طلبه غير جائز قانونا و يتعين عدم قبوله.

فلهذه الأسباب

تقضي المحكمة العليا-الغرفة الجنائية:

بعدم قبول طعن: (ب.م) (متهم) لعدم جوازه قانونا.

و المصاريف القضائية على عاتق الطاعن.

بذا صدر القرار بالتاريخ المذكور أعلاه من قبل المحكمة العليا-الغرفة الجنائية- القسم الأول.

(مجلة المحكمة العليا-العدد الثاني 2011-ص 372).

ملف رقم 367878 قرار بتاريخ 2006 / 03 / 22

قضية النيابة العامة و من معها ضد (م.م)

الموضوع: قاضي التحقيق - خبرة مضادة - انتفاء وجه الدعوى - استئناف.

قانون الاجراءات الجزائية: المادتان: 154 و 172.

المبدأ: يجوز لقاضي التحقيق، إصدار أمر واحد يتعلق بموضوعين مختلفين: رفض طلب الخبرة المضادة و انتفاء وجه الدعوى، ما دامت حقوق الطرف المدني و النيابة العامة، في استئناف أمر رفض طلب خبرة مضادة، مضمونة.

و عليه فان المحكمة العليا

عن الوجه المشترك المثار من الطاعنين: و المأخوذ من مخالفة قاعدة جوهرية في الاجراءات، بالقول أن قاضي التحقيق أصدر أمرا واحدا يتعلق بموضوعين مختلفين الأول يخص رفض طلب خبرة مضادة و الثاني يرمي الى انتفاء وجه الدعوى و كان عليه أن يصدر أمرا مستقلا برفض الخبرة المضادة حتى يمكن للأطراف استئنافه.

حيث ان الاجراء الذي قام به قاضي التحقيق و تمت الموافقة عليه من طرف غرفة الاتهام بإدماج رفض طلب خبرة مضادة مع انتفاء وجه الدعوى ليس باطلا كما يتوهم الطاعنان طالما أن القاضي اعتبر التحقيق منتهيا و لم يبق هناك ما يقوم به. و حيث ان حقوق الطرف المدني و النيابة في استئناف الأمر القاضي برفض طلب خبرة مضادة تبقى مضمونة حتى و لو كان هذا الامر مدججا في الأمر القاضي بانتفاء وجه الدعوى إذ ليس هناك أي ضرر في ذلك لأن غرفة الاتهام في حالة قبول الخبرة تلغي الشق الثاني من الأمر الرامي الى انتفاء وجه الدعوى.

عن الوجه الثاني المثار من (خ.أ): و المأخوذ من القصور في الأسباب،

بالقول أن القرار المطعون فيه اكتفى بالموافقة على الأمر المستأنف دون تسييب و
 اكتفى بتبني تعليل الأمر المستأنف و لم يشر الى الخبرة المنجزة من قبل الخير بن
 سعيد عبد الوهاب التي اقترحت اجراء مضاهاة الخطوط طالما أن الطاعن ينكر
 توقيعه على الوثائق التي يحتج بها البنك في مواجهته و كذلك الشأن بالنسبة لخبرة
 جليد الطاهر الذي أوضح أن العمليات المصرفية التي قام بها البنك في حساب
 المدعي المدني كلها مشبوهة و غير مبررة و أن الوثائق المطعون فيها بالتزوير و
 استعمالها هي التعهدات و الأوامر بالصرف التي يرفض البنك تقديمها و التي
 بموجبها سحبت أموال المدعي المدني التي تفوق 5.000.000 دج.

حيث يتبين من وثائق الملف أن قاضي التحقيق سبق له أن رفض طلب مضاهاة
 الخطوط بموجب أمره الصادر بتاريخ: 2002/07/07 و الذي أيده القرار
 الصادر بتاريخ: 2002/08/05.

و حيث ان هذا القرار ليس قابلا للطعن بالنقض بصورة مستقلة لكن ذلك جائز
 مع القرار الفاصل في الموضوع و بالرجوع الى صحيفة الطعن يتبين و أنه لم يطعن
 فيه الأمر الذي يجعله حائزا لقوة الشيء المقضي.

و حيث أن قاضي التحقيق ارتكز في رفضه طلب مضاهاة الخطوط على أمره
 السابق في نفس الموضوع و الذي صار نهائيا.

مما يجعل الطعن غير مؤسس و يتعين رفضه.

لهذه الأسباب

تقضي المحكمة العليا-الغرفة الجنائية

بقبول الطعنين شكلا و رفضهما موضوعا، المصاريف على الخزينة العمومية و
(خ-أ) مناصفة.

بذا صدر القرار بالتاريخ المذكور أعلاه من طرف المحكمة العليا-الغرفة
الجنائية.

(مجلة المحكمة العليا-العدد الثاني 2007-ص 501).

ملف رقم 339475 قرار بتاريخ 2006 / 10 / 18

قضية (ب-ن) ضد (ع-ع)

الموضوع: تحقيق-قاضي التحقيق-غرفة الاتهام-أمر برفض التحقيق-أمر بألا
وجه للمتابعة.

قانون الاجراءات الجزائية: المادة: 163.

المبدأ: يجب على قاضي التحقيق، بعد اصداره أمرا بالشروع في التحقيق، إتمامه و
إصدار أمر بألا وجه للمتابعة عند الاقتضاء، و ليس إصدار أمر برفض التحقيق،
كما ذهبت غرفة الاتهام إليه.

و عليه فان المحكمة العليا

حيث إنه و دون التطرق الى الوجهين المثارين و الذين يناقشان الأفعال و
تفسيرها من طرف غرفة الاتهام، فانه يتعين تحديد أن قرار غرفة الاتهام المطعون
فيه هو قرار مؤيد لأمر رفض التحقيق.

حيث أنه يستخلص من وثائق ملف الدعوى أن قاضي التحقيق أصدر أوامر
بالتحقيق كاستجوابات الأطراف مثل استجواب الضحايا، و أنه و رغم بداية

التحقيق، فان قاضي التحقيق أصدر أمرا برفض التحقيق بدلا من اتمام تحقيقه بإصدار أمر بالألا وجه للمتابعة إذا اقتضى الأمر في حالة عدم وجود أدلة كافية ضد المتهم، وأنه و باصداره أمر برفض التحقيق، فان قاضي التحقيق خرق مقتضيات المادة 163 من ق.ا.ج.

حيث إنه و بتأييد الأمر غير القانوني لقاضي التحقيق و بعدم تسبب لقرارها، فان غرفة الاتهام لم تعط أساسا قانونيا لقرارها و عرضته للنقض.

فلهذه الأسباب

تقضي المحكمة العليا-الغرفة الجنائية

في الشكل: القول بأن طعن الطرف المدني (ب.ن) قانوني و مقبول.

في الموضوع: القول بتأسيسه، و عليه نقض و ابطال القرار المطعون فيه و إحالة القضية الأطراف الى نفس الجهة القضائية مشكلا تشكيلا آخر لفصل فيها وفقا للقانون.

ترك المصاريف على عاتق الخزينة.

بذا صدر القرار بالتاريخ المذكور أعلاه من طرف المحكمة العليا-الغرفة الجنائية.

(مجلة المحكمة العليا-العدد الأول 2007-ص 563).

ملف رقم 528135 قرار بتاريخ 22/10/2009

قضية ادارة الضرائب ضد (ق.م) و النيابة العامة

الموضوع: تحقيق-ادعاء مدني-رفض التحقيق.

قانون الاجراءات الجزائية: المادة 72.

المبدأ: لا يؤدي عدم حضور المدعي المدني الى رفض الادعاء المدني.
يتعين على قاضي التحقيق اجراء التحقيق، طبقا للقانون و التصرف في القضية،
باحالتها الى جهة الحكم المختصة، أو الأمر بانتفاء وجه الدعوى، و ابلاغ المدعي
المدني في موطنه المختار، المدون في العريضة.

و عليه فان المحكمة العليا

عن الوجه الاول: المأخوذ من النقص الفاضح في التسبيب و التعليل،
بدعوى انه لم يسبق اطلاقا و أبدا في تاريخ القضاء الجزائري أن عدم الاستجابة
الاستدعاءات قاضي التحقيق يكون تسببيا كافيا لرفض الادعاء المدني.

عن الوجه الثاني: مأخوذ من خرق القانون،
بدعوى انه لا يوجد نص قانوني يجيز للقاضي رفض اجراء التحقيق لعدم
حضور المدعي المدني.

و عن الوجهين الثارين من لدن الطاعن لوحدة موضوعهما و ارتباطهما:

و حيث أنه يتعين التذكير بدءا في موضوع الادعاء المدني بما يلي:

1- وجوب اجراء التحقيق من لدن قاضي التحقيق: أي أن قاضي التحقيق يجب
عليه التحقيق في الشكوى المصحوبة بادعاء مدني المطروحة أمامه طبقا للقانون و
وفقا لأحكام المادة 72 من قانون الاجراءات الجزائية و ذلك مهما كانت
التماسات النيابة العامة و أن هذه الوجوبية لا تجد نهايتها إلا طبقا لحكام المادة
73 من قانون الاجراءات الجزائية لأسباب تمس الدعوى العمومية ذاتها تجعل

الوقائع غير جائز قانونا التحقيق فيها أو إذا كانت الوقائع و على فرض ثبوتها ال
تقبل أي وصف جزائي.

2- ان قاضي التحقيق المطروحة أمامه الشكوى المصحوبة بادعاء مدني واجب
عليه التحقيق فيها و ليس له أن يرفض اجراء التحقيق الا استثناء و بعد فحص
دقيق لموضوع الشكوى اذ ليس له خاصة:

- ان يرفض اجراء التحقيق لمجرد بحث أولي في الوقائع موضوع الادعاء أو على
أساس أن الشكوى تبدو غير مؤسسة مع أن التحقيق يمكنه الفصل عن دراية في
مدى قيام المتابعة.

- أن يرفض اجراء التحقيق لمجرد عدم حضور المدعى المدني الذي استوفت
شكواه شروطها الموضوعية و الشكلية طبقا لأحكام المواد 72-73-75-76
من قانون الاجراءات الجزائية أو لعدم تعيينه موطنا مختارا ولا يرتب عدم قيامه
بذلك الى عدم جواز معارضته في عدم تبليغه بالاجراءات الواجب تبليغها اياه.

و حيث أنه يبين من القرار المطعون فيه المؤيد لأمر قاضي التحقيق أن الشكوى
المصحوبة بالادعاء المدني المرفوعة من لدن الطاعن قد استوفت شروطها
الشكلية و الموضوعية المقررة قانونا في أحكام المواد 72 و ما بعدها من قانون
الاجراءات الجزائية و أن عدم حضور المدعى المدني لا يشكل البتة سببا لرفض
ادعائه و غير متضمن أصلا في أسباب رفض اجراء التحقيق في أحكام الادعاء
المدني ولا يرتب من أثر غير المقرر قانونا حال تغيير عنوانه دون اخطار قاضي
التحقيق.

و عليه فانه كان على قاضي التحقيق مواصلة التحقيق طبقا للقانون و التصرف في القضية باحالتها على جهة الحكم المختصة أو الأمر بانتفاء وجه الدعوى و ابلاغ الطاعن في موطنه المختار في عريضة الادعاء المدني.

و حيث أنه و لم يفعل القاضي المحقق و أيد قضاة غرفة الاتهام أمره فقد شابوا قرارهم فعلا بعيب مخالف القانون ولا مناص من التصريح بقبول الطعن موضوعا و نقض و لإبطال القرار المطعون فيه و احالة القضية و الأطراف على نفس الجهة القضائية مشكلة تشكيلا آخر للفصل فيها من جديد و المصاريف القضائية على عاتق الخزينة العامة.

فلهذه الاسباب

تقضي المحكمة العليا-الغرفة الجنائية

بقبول طعن ادارة الضرائب لولاية تلمسان شكلا و موضوعا و بنقض و إبطال القرار المطعون فيه و احالة القضية و الأطراف على نفس الجهة القضائية مشكلة تشكيلا آخر للفصل فيها من جديد.

المصاريف القضائية على عاتق الخزينة العامة.

بذا صدر القرار بالتاريخ المذكور اعلاه من قبل المحكمة العليا-الغرفة الجنائية.

(مجلة المحكمة العليا-العدد الاول 2011-ص322).

ملف رقم 307075 قرار بتاريخ 2003 / 05 / 27

قضية (ف.غ) ضد (النيابة العامة و من معها)

الموضوع: رفض التحقيق-شكوى مع ادعاء مدني-سلطة قاضي التحقيق.

المبدأ: لا يمكن لقاضي التحقيق في حالة شكوى مع ادعاء مدني رفض اجراء التقيق إلا إذا كانت الوقائع لأسباب تمس الدعوى العمومية غير جائز قانونا متابعة التحقيق من أجلها أو كانت الوقائع حتى على فرض ثبوتها لا تقبل قانونا أي وصف جزائي.

و عليه فان المحكمة العليا

عن الوجه المأخوذ من مخالفة القانون

بالقول أنه لا يمكن لقاضي التحقيق تجنب التحقيق طالما كانت الشكوى المصحوبة بالإدعاء المدني تحققت شروطها.

حيث أن أهم أثر للشكوى مع الادعاء المدني هو تكليف قاضي التحقيق الذي يصبح مجبرا بالتحقيق في الوقائع المنوه عليها في الشكوى و يصدر فيها أمرا بالتصرف إما بانتفاء وجه الدعوى أو الاحالة ولا يمكن رفض إجراء التحقيق إلا إذا كانت الوقائع لأسباب تمس الدعوى العمومية غير جائز قانونا متابعة التحقيق من أجلها أو كانت الوقائع على فرض ثبوتها لا تقبل قانونا أي وصف جزائي، و في جميع الأحوال يجب على قاضي التحقيق أن يضع تحت الاتهام الشخص المسمى المنوه عليه في الشكوى.

حيث أن رفض التحقيق لا يمكن أن يستند على عناصر تتعلق بالوقائع التي ينتظر من التحقيق أن يحلها و يحقق في صحتها، أو ينسبها للمتهم.

حيث يتضح من قرار غرفة الاتهام أن الوقائع المنوه عليها في الشكوى تتلخص في كون الشاكي في تعامله مع المؤسسة التي يديرها المشتكى منه اضطر الى ايداع

شيك موقع على بياض بعنوان الكفالة و أنه بعد مدة من وقف التعامل مع المؤسسة المذكورة فوجيء باستعمال هذا الشيك بإساءة استعمال توقيعه على بياض.

حيث أن غرفة الاتهام في القرار المطعون فيه قد أسست قضاءها برفض التحقيق كون الشاكي لم يقدم أصل الشيك ولا توجد دلائل تؤكد التعاملات التي جرت وطبيعتها.

لكن حيث أن ما خلصت إليه غرفة الاتهام لا يستند على أسس قانونية لما اعتمدت وقائع يطلب المدعي المدني التحقيق فيها و دون أن يأخذ في الاعتبار المخالفة التي ارتكبها قاضي التحقيق الذي بعد قبول الشكوى و إبداء وكيل الجمهورية بشأنها طلبه بفتح تحقيق بالجريمة المنوه عليها في الشكوى قام بسماع المشتكي منه كشاهد في حين كان لزاما عليه أن يضعه تحت الاتهام و يحقق في صحة الوقائع و نسبتها إليه.

حيث أن قرار غرفة الاتهام لم يتصد لكل هذه الجوانب التي تحكم الإدعاء المدني أمام قاضي التحقيق و المخالفة لأحكام المادة 72 من قانون الاجراءات الجزائية و بالتالي لم يكن مبررا مما يجعل النعي في محله و مؤسس و يعرض القرار المطعون فيه إلى النقض.

فلهذه الأسباب

تقضي المحكمة العليا-الغرفة الجنائية-القسم الأول

بقبول الطعن شكلا و موزعا و بنقض و إبطال القرار المطعون فيه الصادر في 2002/11/18 عن مجلس قضاء سعيدة غرفة الاتهام و بإحالة القضية على نفس الجهة القضائية مشكلة مجددا من هيئة أخرى للفصل فيها طبقا للقانون. و المصاريف على الخزينة. بذا صدر القرار بالتاريخ المذكور أعلاه من طرف المحكمة العليا-الغرفة الجنائية. (المجلة القضائية- العدد الثاني 2003-ص 340).

الغرفة المدنية

ملف رقم 0924399 قرار بتاريخ 2014/05/22

قضية (ح.و) و من معها ضد (أ).

الموضوع: مصاريف قضائية-اعتراض على تصفية مصاريف قضائية.

قانون رقم: 08-09 (اجراءات مدنية و ادارية)، المادتان: 421 و 422، جريدة رسمية عدد: 21.

المبدأ: يجوز للخصوم الاعتراض على تصفية المصاريف القضائية، أمام رئيس

الجهة القضائية المصدرة للحكم.

الأمر الفاصل في الاعتراض على تصفية المصاريف القضائية، غير قابل لأي طعن.

و عليه فان المحكمة العليا

لكن عن الوجه المثار تلقائيا من طرف المحكمة العليا: و المأخوذ من مخالفة القانون، حيث أنه من المعلوم بالضرورة أن المصاريف القضائية تتم تصفيتها بموجب أمر يصدره القاضي إذا لم تتم تصفية تلك المصاريف في الحكم الفاصل في النزاع و ذلك طبقا لما تنص عليه المادة 421 ق.ا.م.ا.

و حيث انه في دعوى الحال فان الحكم الصادر بتاريخ 2010/01/24 الذي فصل في النزاع الذي كان قائما بين الاطراف لم يصف مقدار مصاريف تلك الدعوى و من اجل ذلك طلبت الطاعنات تصفية تلك المصاريف فصدر أمر عن قاضي القسم العقاري لمحكمة مسعد بتاريخ 2012/07/15 أمر فيه بتصفية المصاريف القضائية المقدرة بمبلغ 208.800 دج.

و حيث ان المطعون ضده بدل أن يقوم بالاعتراض على تصفية المصاريف أمام رئيس الجهة القضائية طعن فيه بالاستئناف أمام قضاة المجلس الذين قبلوا استئنافه عن خطأ مخالفين بذلك مقتضى المادة 422 ق.ا.م.ا التي تسمح فقط بالاعتراض دون الاستئناف.

و حيث انه بسبب ما ذكر يتعين نقض القرار المطعون فيه بدون احالة مادام الفصل في هذا الطعن لم يترك من النزاع ما يتطلب الحكم فيه طبقا لما نصت عليه المادة 365 ق.ا.م.ا.

فلهذه الاسباب

قررت المحكمة العليا

قبول الطعن شكلا و في الموضوع نقض و ابطال القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء الجلفة بتاريخ 11/12/2012 بدون احالة و تحميل المطعون ضده المصاريف القضائية.

بذا صدر القرار و وقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور اعلاه من قبل المحكمة العليا-الغرفة المدنية-القسم الاول.
مجلة المحكمة العليا-العدد الاول 2014-ص 203).

ملف رقم 0925727 قرار بتاريخ 20/03/2014

قضية (س.ذ) ضد المؤسسة الوطنية للكهرباء و الغاز

الموضوع: ختصاص نوعي-قيمة الدعوى.

قانون رقم: 08-09 (اجراءات مدنية و ادارية)، المادة: 33، جريدة رسمية عدد 21.

المبدأ: تحدد قيمة الدعوى أو النزاع، بالطلبات الاصلية المقدمة من المدعي و ليس بقيمة الطلب المقابل أو المقاصة القضائية.

و عليه فان المحكمة العليا

عن الوجه المثار تلقائيا: المأخوذ من مخالفة القانون.

حيث من المقرر قانونا وفقا لاحكام المادة 33 من ق.ا.م.ا تفصل المحكمة بحكم في أول و آخر درجة في الدعاوى التي لا تتجاوز قيمتها مائتي ألف دينار (200.000 دج).

و اشارت المادة ان العبرة في تحديد قيمة الدعوى او النزاع بالطلبات المقدمة من المدعي أي الطلبات الاصلية وليس بقيمة الطلب المقابل أو المقاصة القضائية. و حيث بالرجوع الى الحكم المطعون فيه يتبين ان المدعية الاصلية (الطاعنة) قد طلبت بموجب عريضتها الافتتاحية للدعوى التي أقامتها مبلغ 135.642.47 دج مقابل اتعابها و مبلغ 100.000 دج كتعويض عن التأخير مما يجعل قيمة الطلبات تتجاوز 200.000 دج.

و متى كان ذلك، فان قاضي الموضوع الذي أعطى للحكم المطعون فيه وصف حكم في أول و آخر درجة قد خالف احكام المادة 33 السالفة الذكر. و حيث فضلا عن ذلك، حتى و ان كانت المادة 08 من ق.ا.م.ا تنص على وجوب تقديم الوثائق و المستندات باللغة العربية أو مصحوبة بترجمة رسمية الى هذه اللغة، تحت طائلة عدم القبول، يجوز للقاضي وفقا لحكام المادة 27 من نفس القانون أن يأمر شفها، باحضار أية وثيقة يراها ضرورية لحل النزاع و من ثمة كان ممكن لفت انتباه الخصوم الى احترام مقتضيات المادة 08 من ق.ا.م.ا أو حتى الأمر باجراء الترجمة المطلوبة. و عليه و بالنظر لما سبق ذكره يتعين التصريح بنقض و ابطال الحكم المطعون فيه دون الحاجة لمناقشة الاوجه المثارة.

فلهذه الاسباب

قررت المحكمة العليا

قبول الطعن شكلا

في الموضوع: نقض و ابطال الحكم المطعون فيه الصادر عن محكمة تيزي وزو بتاريخ 2012/02/14 و احالة القضية و الطرفين أمام نفس المحكمة مشكلا من قاضي آخر للفصل فيها مجددا وفقا للقانون.

تحميل المطعون ضدها المصاريف القضائية.

بذا صدر القرار و وقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة التاريخ المذكور اعلاه من قبل المحكمة العليا-الغرفة المدنية-القسم الاول.
(مجلة المحكمة العليا-العدد الاول 2014-ص 207).

ملف رقم 0933516 قرار بتاريخ 2014/05/22

قضية مصنع الخزف شركة ذات اسهم

ضد (ب.ع) و المحضر القضائي (ش.ا)

الموضوع: تبليغ-تبليغ رسمي-تبليغ الشص المعنوي.

قانون رقم: 08-09 (اجراءات مدنية و ادارية)، المادة: 688، جرية رسمية عدد: 21.

المبدأ: لا يترتب بطلان محضر التبليغ، في حالة خلوه من ذكر الممثل القانوني أو الاتفاق، طالما ثبت تبليغه، بوضع الختم المقرر عليه.

و عليه فان المحكمة العليا

عن الوجه الاول:

حيث انه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه نجد ان قصاصة المجلس تناولوا الدفع المتعلق بعدم ذكر الشخص المبلغ له و عدم ذكر المبلغ له الممثل القانوني أو

الاتفاقي في محضر التبليغ إلا أن تخلف هذه البيانات لا يضر بمصلحة الطاعن مادام أنه قد بلغ و تسلم محضر التبليغ و وضع الختم المصنع و لم يثبت الضرر الذي لحقه من ذلك مما يستوجب رفض ما جاء به الوجه.

عن الوجهين الثاني والثالث لارتباطهما:

حيث انه بالرجوع الى القرار المطعون فيه نجد أن قضاة المجلس تناولوا جميع الدفوع المقدمة و توصلوا إلى القرار محل التنفيذ واضح في ما قضى به بحيث حددت مدة الخبرة 46 يوما بقيمة شهرية محددة مبلغ 3338.47 دج حسب كشوف الراتب و هذا يدخل ضمن موضوع النزاع الأصلي ولا مجال لمناقشة قضية الحال و بذلك ما جاء في الوجهين ما هو إلا مناقشة لوقائع القضية الأصلية و عليه رفض ما جاء في الوجهين.

و حيث أن المصاريف يتحملها خاسر الطعن عملا بالمادة 378 ق.ا.م.ا.

فلهذه الأسباب

قررت المحكمة العليا

في الشكل قبول الطعن و في الموضوع رفض الطعن و المصاريف على الطاعن.
بذا صدر القرار و وقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور اعلاه من قبل المحكمة العليا-الغرفة المدنية-القسم الاول.
(مجلة المحكمة العليا-العدد الاول 2014-ص 211).

الغرفة التجارية و البحرية

ملف رقم 0866361 قرار بتاريخ 2013 / 12 / 05

قضية (ك.ن) ضد (ت.غ) و من معه

الموضوع: طلب أصلي- طلب مقابل.

قانون رقم: 08-09 (اجراءات مدنية و ادارية)، المادتان: 867 و 868، جريدة رسمية عدد: 21.

المبدأ: لا يعد خرقا للقانون، رفض الطلب الأصلي، الرامي إلى ابطال عقد بيع حصص شريك في الشركة و قبول الطلب المقابل، الرامي الى اخلاء مقر الشركة.

و عليه فان المحكمة العليا

عن الوجه الاول: المأخوذ من القصور في التسبيب طبقا للمادة 358 / 10 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية.

بدعوى أن القضاة لم يبنوا كيف كان الحكم صائبا لكي يتم تأييده و لم يظهروا أي تأسيس قانوني في القرار و ذلك أن القرار حور الدعوى من دعوى الغبن الى دعوى الطرد بدون أدنى تأسيس و لم يبين القرار المساحة الموجودة في مقر الشركة و أن مقر الشركة كان أخلاه المدعي مباشرة بعد البيع خاصة أن شركة سماكو موجودة بجوار شركة المشروبات و قد تجاوز القرار تنفيذه الى الموضوع المجاور.

لكن حيث ان الطاعن يناقش وقائع الدعوى من جديد و أن القرار المطعون فيه قضى برفض طلب ابطال عقد البيع الذي أبرمه الطاعن عن طريق وكالة لابنته

على أساس ان العقد كان صحيحا، و أن الطاعن لم يثبت لقضاة المجلس الغبن الذي وقع فيه، و على هذا الأساس رفضت دعواه، و أن القرار جاء مسببا بما فيه الكفاية و عليه فان الوجه المثار غير سديد.

عن الوجه الثاني: المأخوذ من مخالفة قاعدة جوهرية في الاجراءات طبقا للمادة 358 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية.

بدعوى أن لا يكون الطلب المقابل مقبولا إلا إذا ارتبط بالطلب الأصلي طبقا للمادة 867 من ق.ا.م و انه طبقا للمادة 868 من نفس القانون يترتب على عدم قبول الطلب الأصلي عدم قبول الطلب المقابل، لكن في دعوى الحال فان الطلب الاصيلي رفض و قبل الطلب المقابل خلافا للقانون و قد خرق القرار المطعون فيه الاجراءات و ذلك يستوجب نقضه و ابطاله.

لكن حيث إن دعوى الحال تتعلق بطلب الطاعن ابطال عقد البيع الذي حرره عن طريق موثق بموجب وكالة سلمت لابنته تتضمن موضوع بيع حصته لشركائه، و قد حرر العقد و تم بيع هذه الحصص، و أن الطلب الأصلي الذي قدمه أمام المحكمة رفض من قبل المحكمة، و قدم المطعون ضدهم طلب المقابل يتمثل في اخلاء الطاعن لمقر الشركة لكنه رفض، و قد أيد القرار المطعون فيه الحكم بما قضى فيه برفض الطلب الأصلي الذي تقدم به المطعون ضدهم.

و حيث ان الطلب المقابل الذي استجاب له المجلس نتيجة استئناف فرعي رفعه المطعون ضدهم يتعلق باخلاء مقر الشركة يرتبط ارتباطا وثيقا بالطلب الاصيلي ذلك أنه ما دام أن الطاعن رفضت دعواه المتعلقة بابطال عقد البيع الذي أبرمه

مع المطعون ضدهم فان بقاء الطاعن بمقر الشركة لم يعد له أي أساس، و عليه
فان المجلس عندما أيد الحكم القاضي برفض الطلب الأصلي و قبل الطلب
المقابل المتعلق باخلاء مقر الشركة طبق صحيح القانون و لم يخالف الإجراءات
و عليه فان الوجه المثار غير سديد.

حيث أن المصاريف القضائية تقع على عاتق الطاعن طبقا للمادة 378 من
ق.ا.م.ا.

فلهذه الاسباب

تقضي المحكمة العليا

بقبول الطعن شكلا و رفضه موضوعا و المصاريف القضائية على الطاعنة.
بذا صدر القرار و وقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور
اعلاه من قبل المحكمة العليا-الغرفة التجارية و البحرية.
(مجلة المحكمة العليا-العدد الاول 2014-ص 216).

ملف رقم 0904932 قرار بتاريخ 2014 / 04 / 03

قضية (ب.م) ضد شركة اوراسكوم تيليكوم

الموضوع: موثق-أتعاب الموثق-خبرة.

قانون رقم: 06-02 (تنظيم مهنة الموثق)، المادة: 41، جريدة رسمية عدد: 14.

مرسوم تنفيذي رقم: 08-243 (أتعاب الموثق)، جريدة رسمية عدد: 45.

المبدأ: يحدد القاضي و ليس الخبير أتعاب الموثق، طبقا للقانون.

و عليه فان المحكمة العليا

عن الوجه الثاني: بالابقية و المأخوذ من مخالفة القانون الداخلي،

الفرع الاول: مخالفة المادة 268 من ق.ا.م.ا القديم و المادة 374 من ق.ا.م، حيث أن الطاعن يعيب على القضاة عدم الامتثال لما جاء بقرار المحكمة العليا الصادر في 03/09/2008 تحت رقم 472679 الذي قضى بنقض القرار الصادر ن مجلس قضاء الجزائر في 21/12/2004 فهرس رقم 8445 مع الاحالة سيما ان القرار المطعون فيه و كذا القرارين الصادرين عن الغرفة التجارية تحت رقم 3276/09 و 3278/09 الصادرين بنفس اليوم 07/07/2009 جاء على اثر قرار الاحالة في الملف رقم 472679 الصادر عن المحكمة العليا في 03/09/2004 فهرس رقم 8445 مع الاحالة على نفس المجلس، علما ان الطعن بالنقض الذي رفعته المدعى عليها في الطعن كان ينصب حول العقدان التصحيحيين فقط لا يستحق الموثق أتعاب عن ذلك طبقا للمادة 03 من المرسوم 90/81 كونها غير مستقلان عن عقود الرهن الأصلية. فعلا حيث يتبين من ملف الاجراء أن الطاعن (ب.م) بصفته موثقا دم خدمة للشركة المطعون ضدها تمثلت في تحريره لفائدتها 05 عقود رسمية مسجلة بمفتشية الطابع و التسجيل للجزائر الوسطى و هم: عقدين رهن جزء من اسهم الشركة المطعون ضدها لصالح كل من بنك سوسيتي جنرال و المؤسسة المصرفية إلكترونيك، عقد ثالث يتعلق برفع رأسمال الشركة المطعون ضدها و عقدين تصحيحيين للعقد الاول و الثاني و ان الطاعن بغية استيفاء أتعابه حرر فواتير مفصلة مؤرخة في 20/10/2003 بمبلغ اجمالي قدره 92.209.050.00 دج

عن العقود الخمسة غير ان المدعى عليها في الطعن رفضت التسديد بحجة المبالغة في تحديد الأتعاب عندئذ دخلا في النزاع أصدرت المحكمة على اثره حكما مؤرخا في 07/04/2004 قبل الفصل في الموضوع تعيين خبير لتحديد أتعاب وفقا للمرسومين التنفيذي رقم 81/90 المؤرخ في 13/03/1991 و رقم 183/91 المؤرخ في 01/06/1991 على اثر استئناف الحكم المذكور أصدر المجلس قرار مؤرخا في 21/12/2004 بتأييد الحكم المستأنف.

حيث انه على اثر الطعن في القرار المذكور اصدرت المحكمة العليا قرارا في 03/09/2008 بنقض و ابطال القرار المطعون قفيه المؤرخ في 21/12/2004 مع الاحالة.

حيث جاء في قرار المحكمة العليا: "حيث تبين من حيثيات القرار المطعون فيه ان القضاء بالخبرة لا يمس بحقوق الأطراف مع أن النزاع المعروض على القضاة هو مدى احقية الموثق في أتعاب العقدين التصحيحيين المتنازع حولهما و هو جانب موكول للقضاة لا للخبراء و كان على قضاة المجلس أن لا يكلفوا الخبير لتحديد الأتعاب طالما أن هناك نصوص قانونية مطبقة في هذا المجال تحدد أتعاب الموثقين و أن يقوموا بأنفسهم بتحديد هذه الأتعاب بعد مناقشة أحقية الموثق في أتعاب العقدين التصحيحيين و هو ما لم يناقشه القضاة في قرارهم و أن السكوت عن هذا الدفع يجعل قرارهم مخالف للقانون الذي يلزمهم بتسبيب القرارات وفقا للقانون".

حيث أنه خلافا لمزاعم الطاعن فإن المحكمة العليا لم تستثني العقود الثلاثة الأخرى وإنما طلب من القضاة تحديد الأتعاب الخاصة بها وفقا للقانون و فيما يخص العقدين التصحيحين بعد مناقشة مدى أحقية الطاعن في مقابلتهما من عدمه تحديد الأتعاب وفقا للنصوص المشار إليها آنفا.

حيث أنه من الثابت قانونا لا سيما بنص المادة 374 من ق.ا.م.ا تفصل جهة الاحالة من جديد في القضية من حيث الوقائع و من حيث القانون باستثناء المسائل غير المشمولة بالنقض يجب على جهة الاحالة أن تطبق قرار الإحالة فيما يتعلق بالمسائل القانونية التي فصلت فيها المحكمة العليا.

حيث أنه بالرجوع إلى القرار المؤرخ في 07/07/2009 الصادر على إثر إعادة السير في الدعوى بعد النقض و القرار موضوع الطعن الحالي المؤرخ في 2011/12/1 يتبين جليا أن قضاة المجلس لم يتقيدوا بما فصلت فيه المحكمة العليا و راحوا يعينون محافظا للحسابات للتحقيق فيها إذا كانت العقود مشهورة و مسجلة و تحديد مبلغ الرسوم المسددة للضرائب بالرغم من أن موضوع النزاع يتعلق بأتعاب الطاعن المدعى الأصلي لا غير.

حيث أنه بقضائهم كما فعلوا و بعد تقيدهم بما فصلت فيه المحكمة العليا يكونون فعلا قد أخطؤوا في تطبيق القانون سيما المادة 374 من ق.ا.م.ا و بذلك قد عرضوا قرارهم للنقض و الابطال دون مناقشة باقي الأوجه مع احالة القضية على جهة قضائية أخرى طبقا للمادة 364 من ق.ا.م.ا.

حيث أن المصاريف على المطعون ضدها.

فلهذه الأسباب

تقضي المحكمة العليا

بقبول الطعن و بنقض و إبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء الزائر بتاريخ 2011/12/13 / 06013/11 فهرس و بإحالة القضية و الأطراف على مجلس قضاء البلدة للفصل فيها من جديد وفقا للقانون. و بابقاء المصاريف القضائية على عاتق المطعون ضده. بذا صدر القرار و وقع التصريح به في الجلسة العلنية بالتاريخ المذكور اعلاه من قبل المحكمة العليا-الغرفة التجارية و البحرية. (مجلة المحكمة العليا-العدد الاول 2014-ص224).

ملف رقم 0871566 قرار بتاريخ 2014/01/09

قضية (ب.ج) ضد (ب.ب)

الموضوع: شيك-إثبات.

أمر رقم: 75-59 (قانون تجاري)، المادة: 500، جريدة رسمية عدد: 101.

المبدأ: الشيك أداة تخلص من دين، لا تحتاج الى اثباتها بوسائل أخرى.

و عليه فان المحكمة العليا

عن الوجه الاول: المأخوذ من قصور الاسباب.

حيث يعيب الطاعن على القرار المطعون فيه عدم مناقشة الدفوع القانونية التي استند اليها كونه قدم الشيك المسلم له من طرف المطعون ضده كأداة إثبات التعامل التجاري و وفقا لقيمة السلع التي استلمها و اعتمدوا على عدم تقديمه

للفواتير بينما الشيك أداة وفاء تثبت التعامل التجاري و عدم الوفاء به يترتب عليه دين في حق المسحوب عليه.

عن الوجه الثاني: المأخوذ من انعدام الأساس القانوني.

حيث يعيب الطاعن على القرار المطعون فيه تأسيس قضاءه على كون الشيك وحده ليس له قوة اثبات دون دعمه بأدلة أخرى.

عن الوجهين معا لتشابههما:

حيث انه يتبين فعلا ان القرار المطعون فيه رفض الدعوى لعدم تقديم ما يثبت العلاقة التجارية التي سلم الشيك بسببها في حين ان الشيك أداة تخلص من دين لا تحتاج الى اثباتها بوسائل أخرى، و بمجرد تسليم الشيك يصبح قابلا للمخالصة ولا يمكن مناقشته من حيث السبب الذي سلم من أجله.

و عليه، فالقرار المطعون فيه أخطأ في تطبيق القانون.

فلهذه الاسباب

تقضي المحكمة العليا

بقبول الطعن شكلا و بنقض و ابطال القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء سكيكدة بتاريخ 2012 / 01 / 08 و باحالة القضية و الاطراف على نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد وفقا للقانون. و بابقاء المصاريف القضائية على المطعون ضده.

بذا صدر القرار و وقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور اعلاه من قبل المحكمة العليا-الغرفة التجارية و البحرية.

مجلة المحكمة العليا-العدد الاول 2014-ص 233).

ملف رقم 0889937 قرار بتاريخ 2014 / 03 / 06

قضية شركة المركب الصناعي الغذائي (ز.ا و ابناؤه) ضد الشركة العمومية

ذ.ا. لصناعة و تسويق الرزم المعدنية SPA/EMB-FBF

الموضوع: حكم-خطأ مادي-تصحيح خطأ مادي.

قانون رقم: 08-09 (اجراءات مدنية و ادارية)، المادتان: 286 و 287، جريدة

رسمية عدد: 21.

المبدأ: لا تناقش، في دعوى تصحيح الخطأ المادي، مسائل قانونية لا علاقة لها
بدعوى التصحيح.

تنصب دعوى التصحيح على الأخطاء المادية الواردة في الحكم، عند تحريره أو
طبعه.

لا تؤدي دعوى التصحيح الى تعديل ما قضى به الحكم من حقوق و التزامات.

و عليه فان المحكمة العليا

عن الوجه الاول: المأخوذ من مخالفة قاعدة جوهرية في الاجراءات تبعا لما جاء

بالمواد 358 / 01، 546 و 547 من ق.ا.م.ا.

باعتبار أنه يؤخذ على القرار المتتقد أن قضاة المجلس قد خالفوا المادتين

546 و 547 من ق.ا.م.ا و هما مادتان من النظام العام، إذ أنه من الثابت بالملف

بأن تقرير المستشار المقرر لم يودع أمانة ضبط الغرفة ثمانية أم على الأقل قبل

انعقاد جلسة المرافعات وفق ما جاء بالمادة 546 من ق.ا.م.ا ليتسنى للخصوم

الاطلاع عليها، فيما ان نفس القضية لم يحددوا جلسة للمرافعات ليتمكن الخصوم خلالها إبداء ملاحظاتهم الشفوية حول التقرير طبقاً لأحكام المادة 547 من ق.ا.م.ا مما يستوجب الحكم بنقض و ابطال القرار المطعون فيه.

لكن حيث من جهة اولى فان الطاعنة لم يسبق لها و أن أثارت مثل هذين الدفيعين الإجرائيين أمام قضاة المجلس، و أنه لا يستشف من صلب القرار المنتقد أن مثل هذين الدفيعين أتوا فعلاً.

حيث من جهة ثانية فان المادتين المعتمد عليهما لا تحددان الجزاء الذي يمكن أن ينجر عن مثل هذا الاغفال فيما أن المادة 60 من ق.ا.م.ا تبين بدقة كافية أنه لا يقرر بطلان الأعمال الإجرائية شكلاً إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك و على من يتمسك به أن يثبت الضرر الذي لحقه وهو الأمر المفتقر في دعوى الحال.

حيث أن الوجه كما جاء يبقى غير مؤسس وجب استبعاده.

عن الوجه الثاني: المأخوذ من اغفال الأشكال الجوهرية في الاجراءات تبعا لما جاء بالمادة 02 / 358 من ق.ا.م.ا.

باعتبار أنه يؤخذ على القرار المطعون فيه بكون قضاة المجلس عند اصدارهم لذات القرار أغفلوا الأشكال الجوهرية للاجراءات بحيث أن إغفال النطق بمنطوق القرار بجلسته النطق به بعد المداولة تالقانونية شكلاً يعد اغفالا جوهريا للأشكال الجوهرية للاجراءات و يكون بذلك القرار القضائي يصبح بشأنه إجراء الطعن بالنقض ولا يقبل تصحيح الخطأ المادي الاجرائي، ولما ذهب قضاة المجلس خلافا لهذا المبدأ فإنهم عرضوا قرارهم المنتقد للنقض و الإبطال

بسبب عدم التفرقة بين الخطأ المادي الناتج عن الكتابة و الطبع و الخطأ الاجرائي الجوهرى الناتج عن اغفال الأشكال الجوهرية للإجراءات.

بالفعل حيث من المقرر قانونا أنه يجوز للجهة القضائية التي أصدرت الحكم و لو بعد حيازة ذلك الحكم قوة الشيء المقضي به أن تصحح الخطأ المادي أو الإغفال الذي يشوبه كما يجوز للجهة القضائية التي يطعن في الحكم أمامها القيام بتصحيحه، فيما أنه من المقرر قانونا أنه يقصد بالخطأ المادي عرض غير صحيح لواقعة مادية أو تجاهل وجودها و أن تصحيح الخطأ المادي أو الاغفال لا يؤدي الى تعديل ما قضى به الحكم من حقوق و التزامات للأطراف.

حيث أن الثابت من محتوى الدعوى الحالية أنه صدر قرارا بتاريخ 25/10/2009 قضى بقبول إعادة السير في الدعوى بعد النقض و في الموضوع القضاء بضم القضية رقم 09/919 الى القضية رقم 09/753 لوحدة الأطراف و الموضوع مع حفظ المصاريف القضائية، فيما أن هذا القرار كان محل طلب تصحيح خطأ مادي بخصوص المنطوق.

حيث أن قضاة المجلس بإقبالهم على قبول الدعوى التصحيحية لمنطوق القرار المبين أعلاه على النحو الذي جاء به منطوق القرار محل الطعن الحالي أي تصحيح الخطأ المادي بالقول بقبول الدعوى بعد النقض و القضاء بضم القضية رقم 09/919 الى القضية 09/753 لوحدة الموضوع و الأطراف و في الموضوع القضاء بالغاء الحكم المستأنف و من جديد القضاء بسبق الفصل في النزاع

بموجب قرار 07 / 11 / 2004، قد خالفوا مقتضيات المادتين 286 و 287 من ق.ا.م.ا.

بدعوى ان تصحيح الخطأ المادي هو اجراء ينصب بطبيعته على تصحيح الأخطاء التي قد ترد في الحكم عن غير قصد في مادتيها عند تحريرها أو طبعها ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن تناقش مسائل قانونية لا علاقة لها و دعوى التصحيح، فيما تصحيح الخطأ المادي أو الاغفال لا يؤدي الى تعديل ما قضى به الحكم من حقوق و التزامات.

حيث فضلا عن ذلك فإن القرار الصادر بتاريخ 25 / 10 / 2009 يكون قابلا للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا.

حيث ان القرار الحالي فيما فصل فيه من نقاط قانونية لا يترك من النزاع ما يتطلب الحكم فيه لذى فان نقض القرار يكون بدون احالة وفق ما نصت عليه المادة 365 / 1 من ق.ا.م.ا.

حيث ان المصاريف القضائية تبقى على عاتق المطعون ضدها.

فلهذه الاسباب

تقضي المحكمة العليا

بقبول الطعن شكلا و موضوعا و بنقض و ابطال القرار الصادر عن مجلس قضاء سكيكدة غرفته التجارية و البحرية بتاريخ 03 / 10 / 2010 رقم فهرس 1663 / 10 بدون احالة.

ابقاء المصاريف القضائية على المطعون ضدها.

بذا صدر القرار و وقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور اعلاه من قبل المحكمة العليا-الغرفة التجارية و البحرية.

(مجلة المحكمة العليا-العدد الاول 2014-ص 236).

ملف رقم 0882206 قرار بتاريخ 09/01/2014

قضية (ز.ع) ضد شركة لمياه و التطهير للجزائر "سيال"

الموضوع: استئناف-أثر ناقل للاستئناف-تقادم.

أمر رقم: 75-58 (قانون مدني)، المادة: 309، جريدة رسمية عدد: 78.

قانون رقم: 08-09 (اجراءات مدنية و ادارية)، المادتان: 334 و 340، جريدة رسمية عدد: 21.

المبدأ: ينقل الاستئناف، الى المجلس القضائي، مقتضيات الحكم التي يشير إليها هذا الاستئناف صراحة أو ضمناً أو المقتضيات الأخرى المرتبطة بها.

لا يحق لقضاة المجلس استبعاد الدفع بالتقادم، المثار خلال الدعوى المنتهية بالحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع و غير المثار في الدعوى المنتهية بالحكم القطعي المستأنف.

و عليه فان المحكمة العليا

عن الوجه الوحيد للطعن:

حيث ان الطاعن ينعى على القرار المطعون فيه مخالفته لنص المادة 309 من القانون المدني التي تنص على التقادم بخمس سنوات كل حق دوري متجدد و لو أربه المدين موضحاً أن المبالغ المطالب بها تشمل مقابل الاستهلاك لسنوات

2000/2004/2005 لغاية 2010 و ان الدعوى رفعت في 25/02/2010 و عليه فان الديون الخاصة بسنة 2003/2004 تكون قد سقطت بالتقدم و لذا فإنه قد تمسك أمام محكمة الدرجة الأولى بالتقادم المسقط إلا أن المحكمة لم ترد على ذلك الدفع و أنه على مستوى الاستئناف جدد تمسكه بها الدفع غير ان المجلس اعتبر ان الطاعن و مادام لم يتمسك مرة ثانية أمام الدرجة الأولى يكون قد تنازل على هذا الدفع و أن هذا جاء مخالفا لنص المادة 340 من ق.ا.م.ا.

فعلا حيث يتبين من القرار المطعون فيه ان القضاة لتبرير استبعاد الدفع المتعلق بالتقادم تأسسوا على أن هذا الدفع لم يتم اثارته ضمن الحكم المستأنف الحالي بل اثاره المستأنف خلال الدعوى الاولى المنتهية بالحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع في 04/01/2011 و الذي لم يكن محل طعن باستئناف مع الحكم القطعي طبقا للمادة 334 من ق.ا.م.ا.

حيث أن مثل هذا التأسيس خاطيء و فيه مخالفة لنص المادة 340 من ق.ا.م.ا. التي تنص ينقل الاستئناف الى المجلس القضائي مقتضيات الحكم التي يشير اليها هذا الاستئناف صراحة أو ضمنا أو المقتضيات الأخرى المرتبطة بها.

حيث انه من الثابت بالملف أن الطاعن كان قد تمسك بالتقادم لمسقط أثناء سريان الدعوى الاولى التي انتهت بصدور حكم قبل الفصل في الموضوع بتعيين خبير لحساب كمية المساهم المستهلكة من قبل الدعوى من 28/01/2009 لغاية الثلاثي الاول لسنة 2010 أي الفترة الغير مشمولة بالتقادم و بالتالي فإنها كانت في غنى عن الاجابة على التقادم لأنها لم تحمل الطاعن حاليا مسؤولية استهلاك

الماء اثناء المرحلة التي كانت السفارة تشغل الأمكنة، و عليه و على هذا الأساس فان الطاعن كان قد طالب أمام المحكمة عند النظر الدعوى بعد الخبرة المصادقة على الخبرة فقط غير ان المحكمة غيرت الاتجاه دون وجه حق و ذهبت لتحميل الطاعن بكل التكاليف على أساس أن العقد المبرم بينه و بين المطعون ضدها ولا علاقة للسفارة الشاغلة للأمكنة بهاته الأخيرة.

حيث لئن كان القضاة قد أحسنوا تطبيق القانون فيما يخص اعتبار الطاعن متعاقد مع المطعون ضدها و هو ملزم بتسديد ما عليه من مستحقات الماء سواء هو من استهلكها أو بواسطة الغير (مستأجر لديه) ولا تمتد هذه العلاقة التعاقدية ولا يكون لها أثر في مواجهة المستأجر غير أنه أخطؤوا لما استبعدوا الدفع الخاص بالتقادم على اعتبار أنه لم يثر أمام الدرجة الاولى المنتهية بالحكم المستأنف و كان عليه مناقشة هذا الدفع ثم استنتاج ما يمكن استنتاجه سيما أن الطاعن تمسك به في مرحلة الاستئناف، مما يعرض قضائهم للنقض و الإبطال.

حيث ان المصاريف على المطعون ضدها.

فلهذه الاسباب

تقضي المحكمة العليا

بقبول الطعن شكلا و بنقض و ابطال القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء الجزائر بتاريخ 2012/03/14 و بحالة القضية و الأطراف على نفس المجلس مشكلا من هيئة اخرى للفصل فيها من جديد وفقا للقانون.
و بابقاء المصاريف على المطعون ضدها.

بذا صدر القرار و وقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور اعلاه من قبل المحكمة العليا-الغرفة التجارية و البحرية.
(مجلة المحكمة العليا-العدد الاول 2014-ص 246).

الغرفة الاجتماعية

ملف رقم 0779082 قرار بتاريخ 2013 / 12 / 05

قضية (غ.ك) ضد شركة بناء العمارات بالجزائر "صوكوبا"

الموضوع: تسريح تعسفي-تعويض مالي-تعويضات محتملة-إعادة إدماج.
قانون رقم: 90-11 (علاقات العمل)، المادتان: 73 و 73-4، جريدة رسمية
عدد: 17.

المبدأ: يمنح للعامل تعويض مالي، لا يقل عن الأجر الذي تقاضاه عن مدة 06 أشهر، دون الاخلال بالتعويضات المحتملة، في حالة رفض أحد الطرفين إعادة الإدماج، اثر تسريح تعسفي.

حصول العامل على التعويضات المحتملة، متوقف على إثباته الضرر الذي سببه المستخدم له و العلاقة السببية بين الضرر و المستخدم.

و عليه فان المحكمة العليا

عن الوجه الاول: المأخوذ من السهو عن الفصل في الطلبات.

ذلك ان محضر عدم المصالحة تضمن طلبات تقدم بها الطاعن أمام مكتب المصالحة و تتعلق بأجرته الشهرية إضافة إلى عدة منح منها منحة السلة و منحة التنقل إلا أن لاقاضي الابتدائي لم يجب إلا على طلب واحد و هو التعويض عن التسريح التعسفي مكثفيا بمنح الطاعن الحد الأدنى للتعويض استنادا إلى قسيمة أجرة شهر جويلية 2009 التي كان ولا يزال الطاعن يطالب بها. و تجاهل الحكم المطعون فيه باقي الطلبات.

لكن حيث أن المحكمة ملزمة بالفصل في الطلبات الواردة في عريضة افتتاح الدعوى و ليس التي ذكرت في محضر عدم المصالحة، و عليه فالاثارة غير سديدة.

عن الوجه الثاني: المأخوذ من مخالفة القانون.

بدعوى أن قاضي الدرجة الاولى رفض طلب التعويض عن مختلف الأضرار لعدم التأسيس و لم يستجب إلا للتعويض عن التسريح التعسفي طبقا لقاعدة عدم جواز التعويض عن نفس الضرر مرتين إلا أن المادة 04/73 في فقرتها الثانية تمنح العامل الحق في التعويض عن التسريح التعسفي بغض النظر عن التعويضات الأخرى، و بالتالي فان القاضي خالف القانون.

لكن حيث إذا كانت المادة 04/73 تنص فعلا على أن للعامل الحق في التعويضات المحتملة، زيادة على التعويض عن التسريح الذي لا يقل عن الأجر الذي كان يتقاضاه العامل عن مدة لا تقل عن ستة أشهر من العمل، فإن على الطاعن يقع عبء إثبات الضرر أو الأضرار التي تكون قد سببتها له الطاعنة

حتى يمكنه المطالبة بالتعويض عنها، أما و أن يطلب، كما جاء في الدعوى، مبلغا ماليا كتعويض دون أن يبين الضرر اللاحق به و من هو المتسبب فيه و علاقة السببية بين الضرر و المسؤول عنه، فان طلبه يتعبر تعويضا ثانيا عن نفس الضرر الناتج عن التسريح التعسفي، و هذا ما قضى به، عن صواب، قاضي الدرجة الأولى، و النعي عليه بخلاف ذلك غير مؤسس.

حيث ان خاسر الدعوى يلزم بالمصاريف.

فلهذه الاسباب

تقضي المحكمة العليا

قبول الطعن شكلا و رفضه موضوعا.

تحميل الطاعن المصاريف القضائية.

بذا صدر القرار و وقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور اعلاه من قبل المحكمة العليا-الغرفة الاجتماعية.

(مجلة المحكمة العليا-العدد الاول 2014-ص 279).

ملف رقم 0779481 قرار بتاريخ 04 / 04 / 2013

قضية (ب.ص) ضد الصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية

الموضوع: ضمان اجتماعي-منازعات ضمان اجتماعي-منازعة طبية-خبرة طبية-لجنة العجز الولائية.

قانون رقم: 08-08 (منزعات في مجال الضمان الاجتماعي)، المواد: 17، 18 و35، جريدة رسمية عدد: 11.

المبدأ: يتم الطعن في القرارات الصادرة عن لجنة العجز الولائية، أمام المحكمة (القسم الاجتماعي) في أجل 30 يوما من تاريخ استلام تبليغ القرار.

و عليه فان المحكمة العليا

عن الوجه الوحيد: المأخوذ من انعدام الاساس القانوني.

و ينعى فيه الطاعن على القرار المطعون فيه أنه أسس قضاءه لما قضى بعدم اختصاص المحكمة على المادتين 30، 31 من القانون 08/08 اللتين لا علاقة لهما بموضوع النزاع طالما أن المادة الاولى تخص انشاء لجنة العجز و الثانية تحدد اختصاصهما بخلاف الحكم المستأنف الذي تأسس على المادة 35 من نفس القانون، مما يعرض القرار المطعون فيه للنقض.

حيث يبين فعلا من القرار المطعون فيه انه قضى بعدم اختصاص المحكمة للبت في الطعون الصادرة عن قرارات لجنة العجز معتبرا ذلك من اختصاص المحكمة العليا التي يطعن أمامها ضد هذه القرارات في حين أنه بموجب القانون 08/08 المؤرخ في 23/02/2008 المعدل للقانون 15/83 المؤرخ في 02/07/1983 و الذي يعدل المادة 30 المنشئة للجنة العجز و التي لم يصبح يرأسها قاضي برتبة مستشار بالمجلس و المحددة تشكيلتها بموجب المرسوم التنفيذي 09/73 المؤرخ في 07/02/2009 أصبحت الطعون في قرارات لجنة العجز تخضع للطعن فيها أمام الجهة القضائية المختصة و هي المحكمة الاجتماعية عملا بالتعديل الجديد المشار اليه حسب المادة 35 من القانون

08/08 و ليس المحكمة العليا كما كان سابقا و لما قضى القرار المطعون فيه بخلاف ذلك يكون أخطأ في تطبيق القانون مما يعرضه للنقض و الإبطال. حيث أن من خسر الدعوى يتحمل المصاريف القضائية. فل هذه الاسباب

قررت المحكمة العليا

قبول الطعن شكلا و و نقض و ابطال القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء البويرة بتاريخ 16/02/2010 و باحالة القضية و الأطراف على نفس الجهة مشكلة من هيئة اخرى للفصل فيها من جديد وفقا للقانون. و تحميل المصاريف على المطعون ضده. بذا صدر القرار و وقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور اعلاه من قبل المحكمة العليا-الغرفة الاجتماعية. (مجلة المحكمة العليا-العدد الاول 2014-ص 282).

ملف رقم 0820542 قرار بتاريخ 07/11/2013

قضية المؤسسة الوطنية للأقمشة الصناعية الجزائرية (تيندال) ضد ورثة

(ز.ع)

الموضوع: علاقة عمل-اثبات علاقة عمل-كشوفات الرواتب-اختصاص نوعي.

قانون رقم: 90-04 (تسوية النزاعات الفردية في العمل)، المادة: 21، جريدة رسمية عدد: 6.

المبدأ: يتم الفصل، ابتداءً ونهاياً، في دعوى العامل الرامية الى تسليم كشوفات الرواتب، لاثبات نشاكة المهني.

يتم الفصل، ابتداءً، في دعوى ذوي حقوق العامل الرامية الى تسليم كشوفات الرواتب، لاثبات حقوقهم تجاه مستخدم العامل المتوقى.

و عليه فان المحكمة العليا

عن الوجه التلقائي المطروح من قبل المحكمة العليا-الغرفة الاجتماعية، حول انعدام الاساس القانوني:

حيث انه يتبين من أوراق ملف الطعن و من الحكم المستأنف الصادر يوم 2011/04/07 عن محكمة المسيلة و القرار المطعون فيه الصادر يوم 2011/07/04 ان ورثة (ز.ع) و هم أولاده الراشدين و كذا أولاده القصر مقدم عنهم (ز.ا) أقاموا دعوى بإعادة الدعوى أمام المحكمة ملتجئين إلزام الرئيس المدير العام للمؤسسة الوطنية للأقمشة الصناعية (تيندال) بالمسيلة بتسوية الوضعية المالية و الإدارية لمورثهم مع الزامه بتمكين المدعين من مقرر التسوية للأجور الجديدة و المعدلة من أكتوبر 1998 الى 2004/05/05 و تمكينهم من كشف الأجور الجديدة المعدلة في أكتوبر 1998 الى 2009/05/31 و إيداع تصريح سنوي للأجور الجديدة اتجاه الصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية للفترة من 1998 و ايداع شهادات الاجر و الأجور الجديدة المعدلة لشهر جوان 99 لغاية 2004 لدى الصندوق الوطني للمعاشات (التقاعد) و بنسخة منها الزام المدعي بدفع مبلغ 100.000 دج

تعويضاً عن الأضرار، إلى أن صدر حكم مؤرخ في 25/11/2010 عن محكمة المسيلة بأجراء خبرة حسابية و بعد تنفيذ الخبرة صدر حكم 07/04/2011 عن محكمة المسيلة افرأا للحكم الصادر يوم 25/11/2010 باعتماد الخبرة و إلزام المرجع ضدها بدفع للمرجعين الفارق في العلاوة المقدّر ب 15٪ من أجر مورثه المرجعين بأثر رجعي لخمس سنوات و تمكين المرجعين من قرار التسوية بأثر رجعي من 1998 الى 2004 و تمكينهم من كشوفات الراتب لنفس الفترة و تعويض عن الأضرار اللاحقة بهم.

حيث انه بعد استئناف الحكم هذا صدر قرار عن المجلس المطعون فيه المؤرخ في 04/07/2011 قضى بعدم جوازه و تحميل المستأنفة المصاريف القضائية، مؤسساً قضاءه على انه "عندما يتعلق الأمر بتسليم كشوفات الرواتب و طالما أن الحكم المستأنف ورد مضمونه هذا الطلب يتعين على المجلس طبقاً للمادة 21 من القانون 90/04 التصريح بعدم قبول الاستئناف لعدم جوازه.

حيث انه خلافا لما جاء في القرار المطعون فيه فإنه إذا كان للمادة 21 من القانون 90/04 المشار اليه أعلاه أن توجب إصدار الحكم الفاصل في طلب تسليم كشوفات الأجور ابتدائياً نهائياً لأنها تثبت النشاط المهني لطالبها فإنه بالنسبة للورثة أو ذوي الحقوق الغاية من الحصول عليها هي لإثبات حقوقهم على المستخدم الناتجة عن عمله لديه و بالتالي فإنها ليس لإثبات النشاط المهني للمدعي كون الورثة ليس بحق شخص لهم و أن المادة 21 من القانون 90/04 تطبق في حالة طلب المعني للوثائق في حين أن في الدعوى موضوع القرار

المطعون فيه الوثائق تمت المطالبة بها من قبل الورثة ولا تعتبر هذه الطلبات نهائية مما يجعل القرار الفاصل بخلاف ذلك معرض للنقض و الإبطال لعدم التأسيس القانوني.

فلهذه الأسباب

قررت المحكمة العليا

قبول الطعن شكلا و في الموضوع نقض و ابطال القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء المسيلة بتاريخ 2011/07/04 و بإحالة القضية و الأطراف على نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد وفقا للقانون. و تحميل المطعون ضده المصاريف القضائية. بذا صدر القرار و وقع التصريح به الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور اعلاه من قبل المحكمة العليا-الغرفة الاجتماعية.

(مجلة المحكمة العليا-العدد الاول 2014-ص 285).

ملف رقم 0906982 قرار بتاريخ 2014/02/06

قضية (س.ا) ضد الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي لغير الاجراء

الموضوع: ضمان اجتماعي-منازعات الضمان الاجتماعي-منازعات عامة-اللجنة الوطنية للطعن المسبق-طعن قضائي.

قانون رقم: 08-08 (منازعات في مجال الضمان الاجتماعي)، المادة: 15، جريدة رسمية عدد: 11.

المبدأ: القرار الصادر عن اللجنة الوطنية المؤهلة للطعن المسبق، في مجال منازعات الضمان الاجتماعي (المنازعات العامة)، قابل للطعن فيه أمام المحكمة المختصة، طبقاً لأحكام قانون الاجراءات المدنية و الادارية، في أجل 30 يوماً. يحسب الأجل من تاريخ تسليم قرار اللجنة و ليس من تاريخ صدوره.

و عليه فان المحكمة العليا

عن الوجه الاول: المأخوذ من مخالفة القانون الداخلي

حيث يعاب على القرار المطعون فيه تطبيق بطريقة خاطئة أحكام المادة 15 من القانون 08-08 المتعلق بمنازعات الضمان الاجتماعي، هذه المادة حددت أجل الطعن في قرارات اللجنة الوطنية للطعن المسبق أمام القضاء بثلاثين يوماً من تاريخ تسليم تبليغ القرار و 60 يوماً من تاريخ استلام العريضة من طرف اللجنة في حالة عدم تلقي الرد و الثابت أن القرار الصادر بشأن الطاعن عن هذه اللجنة صدر بتاريخ 27/11/2011 و الثابت من هذا القرار حمله ملاحظة على أن أجل الطعن أمام الجهات القضائية في قرار اللجنة هو 30 يوماً من تاريخ تسليم نسخة منه، إلا أن القرار المطعون فيه ذهب الى القول أن قرار اللجنة صدر بتاريخ 27/11/2012 أي أنه مر شهرين و 18 يوماً و بالتالي فالدعوى مرفوعة خارج الأجل القانوني و بذلك يكون خالف صراحة أحكام القانون بالنظر أن تاريخ 27/11/2011 هو تاريخ صدور القرار و ليس تاريخ تبليغه، و أن الملف لا يحتوي على محضر تبليغ و القرار المطعون فيه جعل بطريقة مخالفة للقانون تاريخ صدور قرار اللجنة هو نفس تاريخ تبليغه، ولا يعقل أن يبلغ

الطاعن بقرار اللجنة في نفس يوم صدوره و القرار المطعون فيه يؤكد بأنه لا يوجد بالملف ما يثبت استلام أو تبليغ قرار اللجنة للطاعن و مع ذلك اعتمد تاريخ صدور القرار لتبليغه بطريقة مخالفة للقانون مما يستوجب نقضه.

بالفعل حيث و طبقا لنص المادة 15 من القانون 08 / 08 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي فان القرارات الصادرة عن اللجنة الوطنية المؤهلة للطعن المسبق قابلة للطعن فيها أمام المحكمة المختصة طبقا لأحكام قانون الاجراءات المدنية في أجل 30 يوما ابتداء من تاريخ تسليم تبليغ القرار المعترض عليه أو في أجل 60 يوما ابتداء من تاريخ استلام العريية من طرف هذه اللجنة إذا لم يتلقى المعني أي رد على عريضته و كل القرارات الصادرة عن هذه اللجنة تتضمن الإشارة إلى امكانية اللجوء إلى القضاء في أجل 30 يوما ابتداء من استلام تبليغ القرار.

و حيث يتبين من القرار المطعون فيه ان قضاة المجلس رغم اعتمادهم على هذه المادة و معاينتهم أنه ليس ما يفيد تاريخ استلام المستأنف عليه (الطاعن حاليا) لقرار اللجنة الوطنية المؤهلة للطعن المسبق أخذوا بتاريخ صدور القرار لاحتساب الأجل الواجب احترامه لتسجيل الدعوى و اعتبروا الدعوى غير مقبولة لرفعها شهرين و ثمانية عشر يوما، في حين و في غياب محضر يثبت تاريخ استلام المبلغ له للقرار فان الآجال تبقى مفتوحة حسبما استقر عليه الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، و باعتبارهم تاريخ صدور القرار هو تاريخ تسليمه

يكونوا خالفوا القانون لاسيما المادة 15 من القانون 08/08 السابق ذكره و عرضوا بذلك قرارهم للنقض و الابطال.

عن الوجه الثاني: الماخوذ من قصور التسبيب.

حيث يعاب على القرار المطعون فيه اعتماده على المادة 285 من ق.ا.م.ا رغم عدم تمسك أي طرف بها أو علاقتها بالنزاع الحالي او اثارها من خلال الأطراف، الطاعن قدم طلبات واضحة مدونة بعريضة افتتاح الدعوى و لم يطلب تفسير قرار اللجنة الوطنية للطعن المسبق بل طلب بالغائه كما هو مدون في الطلبات خلافا لما ذهب اليه القرار المطعون فيه.

بالفعل حيث يتبين من القرار المطعون فيه اعتمد قضية المجلس على المادة 285 من ق.ا.م.ا و التي لا علاقة لها اصلا بموضوع النزاع الحالي، و لم يطلب منه تفسير أي حكم أو قرار و لم يبين حتى المقصود من اثاره هذه المادة، مع التذكير بأن قضاي الموضوع و طبقا للمادة 25 من ق.ا.م.ا ملزم بالتقيد بموضوع النزاع المحدد بالادعاءات التي يقدمها الخصوم في عريضة افتتاح الدعوى و مذكرات الرد و الطلبات العارضة إذا كانت مرتبطة بالادعاءات الأصلية ما لم يتقيدوا به قضية المجلس في اثارهم للمادة 285 من ق.ا.م.ا و من ثم فان الوجه سديد.

حيث ان المصاريف القضائية يتحملها المطعون ضده طبقا للمادة 378 من ق.ا.م.ا.

فلهذه الاسباب

قررت المحكمة العليا

قبول الطعن شكلا و نقض و ابطال القرار المطعون فيه عن مجلس قضاء برج
بوعرييج بتاريخ 2012/11/27 و احالة القضية و الأطراف على نفس
المجلس شكلا من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد وفقا للقانون.
و تحميل المطعون ضده المصاريف القضائية.
بذا صدر القرار و وقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور
اعلاه من قبل المحكمة العليا-الغرفة الاجتماعية-القسم الثاني.
(مجلة المحكمة العليا-العدد الاول 2014-ص 298).

- La loi n° 86-14 du 19/08/1986 relative aux activités de prospection, de recherche, d'exploitation et de transport, par canalisation, des hydrocarbures.
- La loi n° 91-21 du 04/12/1991 modifiant et complétant la loi n°86-14 du 19/08/1986.
- Ordonnance n°06-10 du 29/07/2006 modifiant et complétant la loi n° 05-07 du 28/04/2005 relative aux hydrocarbures.
- La loi n°08-09 du 25/02/2008 portant code de procédure civile et administrative.
- Décret présidentiel n°15-247 du 16/09/2015 portant réglementation des marchés publics.
- L'arbitrage économique international : article paru dans le quotidien Liberté le 05/02/2017.

compagnie, laisser un peu plus de temps à Rosneft pour régler ce problème financier. Mais une fois passé un certain délai qui court jusqu' à fin 2017, l'issue sera soit une résiliation du contrat, soit un règlement du litige à l'amiable.

Pour Medex, Sonatrach a porté le différend devant le Tribunal et a gagné. Il est avéré que Medex n'avait ni les capacités techniques ni les capacités financières pour mener le projet de développement des champs de Bourrahat, situé au Nord et d'erg-issaouène.

Sonatrach a pris beaucoup de temps pour réagir, en un mot pour résilier le contrat, pour des raisons politiques : maintenir les bonnes relations de voisinage, les actionnaires de Medex étant Tunisiens. Comme pour Rosneft, la mise en service du gisement connaît un grand retard.

Conclusion:

Les compagnies étrangères opérant en Algérie devraient être bien placées pour accepter le système contractuel digne de la révolution de 1789. Que ce soit dans le pétrole ou dans le gaz, un contrat doit être bien négocié et ficelé, ne laissant pas de place à l'interprétation.

En vérité, même si ces contentieux font partie de toute activité commerciale, la vigilance et la compétence managériale êtres sans faille et l'intérêt national doit primer avant tout. Nous savons que les accords commerciaux ne sont jamais dénués d'arrière-pensées politiques.

Documents consultés:

- RDEJAL MELAH Mourad et LADFAR Rachid : La problématique de la responsabilité internationale dans le cadre des contrats de partenariat avec les sociétés pétrolières étrangères en Algérie, Thèse de fin d'études. Faculté de Droit. Université de Ouargla – Faculté de droit. 1999/2000.

“Taxes sur les profits exceptionnelles” remonte à 2006 et Total décide de réagir 10 ans après ! Cette durée écoulée pose deux problèmes juridiques majeurs : d’abord la prescription extinctive : un droit est éteint si le titulaire ne le réclame pas dans un certain délai. Il est vrai que ni le droit algérien ni le droit français fixent des délais de prescription spécifiques aux contrats pétroliers, nous n’avons pas non plus connaissance ce du contrat qui lie Sonatrach à Total qui a peut être fixé des délais ad-hoc, mais attente de 10 ans est forcément problématique.

Ensuite, la nature fiscale du litige : il faut aussi savoir qu’à l’origine, il n’est pas de nature contractuelle entre Sonatrach et Total, mais plutôt de nature fiscale, il n’implique pas uniquement Sonatrach mais l’Etat algérien dont on conteste la fiscalité. Il est inacceptable de contester l’application d’une disposition fiscale dix (10) années après.

Il faut par ailleurs rappelle que cette forme de taxe a déjà été appliqué par beaucoup de pays, dont les Etats-Unis (Windfall profit tax), la Russie, etc. il s’agit de la souveraineté de chaque pays en fonction de l’évolution du marché énergétique mondial et de ses retombées économiques et financières.

2/ Contentieux relative aux clauses contractuelles : (Différends Rosneft et Medex)

Pour non-respect des délais contractuels, Sonatrach pour ces deux différends est en position de force. Premier litige: la compagnie Russe Rosneft en raison de difficultés financières peine à développer le gisement de Takazaout, situé au Sud-Est. A cause de ce problème, les délais contractuels concernant le développement de ce champ de gaz n’ont pas été respectés par la partie Russe. A cause de ce litige : la mise en service de ce champ qui produit aussi des liquides et reportée. Plusieurs options se présentent pour la partie algérienne : la cession des parts de Rosneft à Sonatrach ou à une autre

exceptionnelles. Repsol s'inscrit dans la même démarche. Au demeurant, dans un communiqué de Sonatrach, il est clairement dit que " Total a renoncé à plusieurs projets en Algérie au cours de la dernière décennie."

Par ailleurs, le groupe Sonatrach va mobiliser tous les moyens légaux, étant convaincu de son droit légitime pour protéger les intérêts du pays et de la compagnie, suite au recours par les compagnies Total et Repsol à l'arbitrage international sur un différend liés aux taxes sur les profits exceptionnelles.

Les deux groupes, le français Total et l'Espagnol Repsol, marchent en fait dans les pas de l'Américain Anadarko et du danois Maersk Oil. Ces derniers étaient, en 2010, en conflit avec Sonatrach au sujet de la TPE. Elles ont porté l'affaire devant une instance arbitrale et obtenu un accord de compensation à l'amiable et, il y aura certainement d'autres conflits à l'avenir, parce que la législation pétrolière est faite ainsi et que toutes les entreprises, Sonatrach comprise, doivent s'y conformer. Cette législation qui renvoie au système contractuel préserve tous les droits des parties contractantes. Par opposition au système de concession, le système contractuel, moderne et équitable au sens de l'économie de marché, est appliqué depuis les années 1960. Le système contractuel trouve ses origines dans l'époque napoléonienne fondée sur le droit minier qui considère que les ressources doivent être la propriété de l'Etat pour le bénéfice de l'ensemble des citoyens.

«Le groupe français Total conteste la façon dont, au milieu des années 2000, l'Algérie a rétroactivement modifié à son avantage le partage des profits tirés du pétrole et de gaz ». Tout d'abord, il y a une date précise : 2006 et non « au milieu des années 2000 ». Et puis il n'y a aucune modification du partage des profits mais une fiscalité supplémentaire.

Dans la politique ou dans une stratégie de négociation. L'origine du litige ou de la situation litigieuse notamment les

I/ Contentieux relative à la taxe sur les profits exceptionnelles (Différends Total et Repsol):

La taxe sur les profits exceptionnelles (TPE) instaurée en Aout 2006, s'applique en vertu de la loi 86/14 du 19/08/1986 mais dans laquelle malheureusement cette taxe n'a pas été prise en compte d'où la demande de l'annulation de l'effet rétroactif de la TPE par des groupes Total et Repsol, qui s'inspirent aussi de l'accord à l'amiable conclu entre Sonatrach et Anadreko (compagnie pétrolière Américaine) et qui s'est soldé par un profit d'environ 6 milliard de dollars engagés par cette dernière. Ce manque d'anticipation sur l'évolution des cours des hydrocarbures, qui avaient dépassé le 100 dollars le baril dans les années 2010, a été comblé 20 ans plus tard, par l'ordonnance n°06/10 du 29/07/2006, relative à la loi 05/07 du 28/04/2005.

La taxe fait partie des amendements à la loi sur les hydrocarbures de 2005. Ces changements ont été promulgués en 2016. A travers cette disposition, l'Etat algérien exerce son droit souverain sur ses richesses en hydrocarbures en prélevant une taxe à hauteur de 5% à 50% sur les profits des compagnies exploitant des gisements d'hydrocarbures en Algérie dans le cadre de la loi 86/14 amendé en 1991. Dans un contexte où les prix du pétrole étaient à la hausse (70 dollars).

Dans ces relations commerciales avec ses partenaires étrangers, Sonatrach est souvent confronté à des contentieux juridiques. Ces contentieux sont générés par des litiges liés à des interprétations " souvent pernicieuses" de la législation nationale par les compagnies étrangères. C'est le cas de Total et Repsol.

Le groupe Total, subissant des pressions de la part des politiques français, avait de son propre gré baissé sa production en Algérie de près de 40%, manifestant ainsi sa volonté de désengagements de ses investissements, tout en revendiquant un dédommagement de plusieurs centaines de millions de dollars, du fait de l'application rétroactive de la taxe sur les profits

L'arbitrage économique dans les contentieux internationaux

Etude de cas : Sonatrach avec les compagnies étrangères

Mr REDJAL MELAH Mourad

Conseiller Juridique

Naftal SPA

Introduction:

Actuellement, l'Algérie est toujours engagée ou en voie de l'être dans plusieurs procès d'arbitrage économique. Il s'agit entre autres du Français Total, de l'Espagnol Repsol, et bientôt du groupe Allemande Linds Gaz.

En égard aux nombreux litiges, l'Algérie est considérée, depuis 2013, comme le client le plus important de la cour internationale d'arbitrage économique dans la région MENA. Ce statut est imputé à l'Algérie pour deux raisons, constatent les spécialistes nationaux en arbitrage. La première raison, d'ordre économique, remonte à la période de l'embellie pétrolière ayant généré beaucoup d'investissement et de marchés publics. Quant à la seconde, elle est à caractère juridique et tient à deux réformes portant sur le code des marchés publics (Article 153) qui autorise le recours à l'arbitrage économique international et le code de procédure civile et administrative (Article 1006) qui va dans le même sens.

Il est à remarquer, que dans la quasi-totalité des affaires, l'Algérie adopte la posture de défense et ne traduit presque jamais ses partenaires étrangères devant la cour internationale d'arbitrage économique. Cela est expliqué par un outillage insuffisant et des dispositions réglementaires qui prohibent l'accès aux devises pour payer les institutions arbitrales.

forme d'objections que le président, en arbitre impartial, tronche sur le champ.

C'est à ce prix que le président peut retrouver son rôle d'arbitre neutre et impartial et par la même occasion la confiance de la défense.

Concrètement, le texte actuel peut donner lieu aux interprétations suivantes:

- ☐ L'autorisation et le contrôle visés à l'article 288 du C.P.P... peuvent signifier l'attribution de la parole.
- ☐ Le retrait d'une question ou l'ordre de ne pas y répondre fait suite nécessairement aux objections des parties.

... ce qu'il faudra ajouter au texte actuel.

A la lecture de la nouvelle mouture de l'article 288 du C.P.P., on peut noter :

1- Le parquet et la défense sont sur un pied d'égalité ce qui n'était pas le cas auparavant.

2- Les questions sont adressées à toutes les personnes interrogées à l'audience et pas seulement aux accusés et témoins comme le prévoyait l'ancienne version de l'article 288 du C.P.P.

3- Les questions sont posées après autorisation du président et sous son contrôle.

4- Le président peut ordonner le retrait d'une question ou qu'il n'y soit pas répondu.

Le texte n'étant pas explicite, chacun y va de son explication... alors que les audiences font ressortir:

*Une place toujours prépondérante du parquet

*Les questions sont souvent posées par l'intermédiaire du président.

*Le président n'est pas aussi patient avec la défense qu'avec le ministère public.

Conclusions

□ Les droits de la défense, à ce niveau, ont toujours été perçus comme une atteinte au pouvoir discrétionnaire du président.

□ A travers le débat, le président n'est pas perçu par la défense comme un arbitre impartial et neutre... il est partie prenante dans la procédure surtout qu'il lui arrive souvent d'exprimer son avis, son opinion durant les débats.

□ En fait, et partant de l'expérience des pays anglo-saxons ou même de l'expérience française, le débat serein obéissant aux principes de l'oralité, de la contradiction et de la publicité doit permettre aussi bien à la défense qu'au parquet d'interroger directement les personnes entendues au procès.

Les abus que semblent craindre les magistrats, les abus des uns et des autres doivent être relevés par la partie adverse sous

doit juger l'accusation telle que le débat la fait apparaître et non telle que la procédure écrite l'a établie».

Ces principes guident le déroulement de l'audience autrement dit le débat. C'est en cela que la modification de l'article 288 du C.P.P est importante.

Depuis juin 1966 et jusqu'au 27/03/2017, le contenu de cet article n'a pas changé. Il consacrait le pouvoir discrétionnaire du président et la place prépondérante du parquet :

- Les questions étaient posées aux accusés et témoins par l'intermédiaire du président .
- Les questions étaient posées directement aux accusés et témoins par le représentant du parquet

Ce que signifie:

- Que l'avocat formule sa question et l'adresse au président qui peut ne pas l'accepter... et quand il l'accepte... il peut en changer la formulation de sorte que l'avocat ne reconnait pas sa question... reposer la même question peut être refusé par le président d'où parfois des incidents ...

Dans tous les cas de figure, il était difficile à l'avocat, à travers le débat, d'arriver à ressortir avec une preuve : un aveu, une contradiction ...

- Ce qui n'était pas le cas du représentant du parquet qui peut interroger l'accusé ou les témoins à loisir – son avantage est certain.
- De cette manière, le président apprécie quelles sont les questions à poser et celles qu'on ne peut pas poser parce qu'inutiles ou n'allant pas dans le sens des idées qu'il s'est faites après lecture du dossier... et il n'y a aucun recours possible... sauf à en demander acte... et cela aussi peut déboucher sur un incident d'audience.

A l'occasion de la nouvelle modification du C.P.P il y a eu un effet d'annonce disant que la défense aura le droit de poser des questions directement : l'espoir d'une avancée appréciable des droits de la défense est né.

Le pouvoir discrétionnaire du président du tribunal criminel est-il antinomique des droit de la défense?

Maître / LEGHRIB ESSAID
Avocat agréé près la Cour Suprême

Anciennement consacré à l'action publique, l'article I modifié du code de procédure pénale sert, dorénavant, d'exposé des motifs à la loi 07/17 du 27 mars 2017.

Partant de la nécessité de respecter la dignité et les droits Humains, le législateur algérien déduit la nécessité de faire examiner la condamnation par une juridiction supérieure et par la même la nécessité d'un tribunal criminel à double degré.

La modification de l'article 288 du C.P.P entre dans le cadre du procès équitable visé par l'article I ci- dessus cité.

Le tribunal criminel est une juridiction populaire c'est à dire composée en majorité de juges non professionnels qui ne seront pas obligés de motiver leurs jugements et qui n'obéiront qu'à leur intime conviction.

Le procès criminel obéit aux principes de l'oralité, de la contradiction et de la publicité. Autrement dit les juges sont obligés de former leur intime conviction à partir des débats qui se déroulent devant eux et non à partir de la procédure écrite qui les a procédé.

D'ailleurs, seul le président a connaissance du dossier d'instruction ; les assesseurs et les jurés doivent se forger une intime conviction à partir des propos exposés et développés à l'audience.

Dans un arrêt du 12/05/1970, la Cour de Cassation affirme : « c'est un principe fondamentale que la cour d'assises

يوم دراسي حول الصفقات العمومية

"نادي المحامين 2018-02-08"

