

نيابة العمادة لما بعد التدرج
والبحث العلمي والعلاقات الخارجية

كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المواد المدنية

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث ل م د (LMD)
في الحقوق تخصص: القانون المدني

إشراف:

أ.د قصوري رفيقة

إعداد الطالب الباحث:

خالد مساعدي

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
علي لكبير	أستاذ التعليم العالي	جامعة خنشلة	رئيسا
قصوري رفيقة	أستاذ التعليم العالي	جامعة خنشلة	مشرفا ومقررا
بولقواس سناء	أستاذ التعليم العالي	جامعة خنشلة	عضوا ممتحنا
نبيل مالكية	أستاذ التعليم العالي	جامعة خنشلة	عضوا ممتحنا
مقران ريمة	أستاذ التعليم العالي	جامعة تبسة	عضوا ممتحنا
زهية يهوني	أستاذ محاضراً	جامعة البليدة 02	عضوا ممتحنا
بوشيربي مريم	أستاذ محاضراً	جامعة خنشلة	عضو مدعو مشرف مساعد

أعضاء لجنة المناقشة:



شكر وتقدير

إلى كل من أسهم في إنجاز هذا العمل، أرفع أسمى آيات التقدير والعرفان، فالشكر حق لكل من وقف إلى جانبي ودعمني خلال رحلتي العلمية، وخصيصاً أولئك الذين أمدوني من علمهم وخبراتهم.

أخص بالشكر الجزيل * البروفيسور رقيقة قصوري*، التي تكرمت بتوجيه أطروحتي والإشراف عليها بعين العناية والدقة. لقد كان لعلمها الواسع وتوجيهاتها الثمينة الأثر العميق في تشكيل مسار البحث وتعميق فهمي. وأعبر لها عن عظيم الامتنان لوقتها وجهدها وتفانيها.

كما أتوجه بالشكر العميق للأستاذة *بوشيربي مريم*، التي رافقتني منذ السنة أولى ماستر في جامعتنا هذه وكانت نعم الأستاذة في صدقها وأمانتها وتوجيهاتها، وشاءت الأقدار مرة أخرى بعد رسالة الماجستير أن تمنحني شرف اشرافها كمشرفة مساعدة على هذا البحث، والتي لم تدخر جهداً في تقديم الدعم والإرشاد منذ بداية هذا المشروع وحتى نهايته، وكان لحكمتها ونصائحها عظيم الأثر في إتمام هذا العمل بالشكل الأمثل، فلها مني كل عبارات التقدير والامتنان والشكر والعرفان.

وإلى أساتذتي الأفاضل في كل مراحل تعليمي، وكل فرد من أسرة كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة عباس لغرور - خنشلة، أعبر عن اعتزازي وامتناني العميق لهم؛ فهم عماد العلم وركيزته، وكان لوجودهم وإرشاداتهم الأثر الكبير في مسيرتي.

وأعرب عن بالغ الشكر لأعضاء لجنة المناقشة الكرام، الذين تفضلوا بقبول دراسة هذه الأطروحة، ومنحوني من وقتهم وجهدهم لتحليلها وتقديم ملاحظاتهم القيّمة، فلكل منهم شكري وتقديري لما أسهم به من توجيه وإثراء.

الاهل

إلى كل من آمن بي ودعمني، إلى كل من كان له دور في وصولي إلى هذا الإنجاز، إلى كل من وقف بجاني في لحظات الصعوبات ومدني بالقوة والتشجيع، إلى كل من أراد لي المجد وتمنى أن ينير سمائي بدل البدر بدور.

إلى أبي العزيز، قدوتي ومثلي الأعلى في الجد والصبر، أهديك هذا العمل المتواضع، ثمرة صبرك وتعبك في تربيته ودعمي، عسى أن يكون بعضا مما زرعت من قيم وعلم.

إلى أمي العزيزة، يا من حملتني وهنا على وهن، وغرست في حب العلم والاجتهاد، وأيقظت في روحي الإرادة والإصرار، أهديك هذا العمل مرآة لجهدك وسهرك في تربيته، اعترافا بفضلك ودعائك الذي لولاه ما بلغته.

إلى زوجتي الغالية، رفيقة الدرب وسندي في الأوقات الصعبة، أهديك هذا العمل تعبيراً عن امتناني لصبرك ودعمك الدائم.

إلى أبنائي الأحباء، مروان خليل المجتهد، وميسون الحنونة، ونوميديا سليلة الأمازيغ، وإلى ابن أخي ماسينيسا ملك البيت، أنتم زينة الحياة، والنور الذي استمد منه الأمل والطاقة.

إلى اخوتي الأعزاء، أركان الدعم ومصدر القوة، لكم كل التقدير على محبتكم وتضحياتكم التي ساندتني في رحلتي العلمية، أهديك هذه الأطروحة عرفانا بوجودكم الدائم في حياتي.

أهدي هذا العمل إلى روحك أخي عبد الحكيم، يا من تركت فراغا في قلبي وروحي، وحياتي، لا يملأه سوى اليقين بحكم الله وقضائه وقدره، داعيا لك بالرحمة وجنات النعيم مع الصديقين والشهداء في سرر متقابلين، لا يمسه فيها جوع ولا نصب، أهديك هذا العمل صدقة جارية على روحك الطاهرة الزاكية.

أهدي هذا العمل المتواضع لكل قارئ له، متمنيا من المولى عز وجل أن يسدد خطاي، ويوفقني وإياكم إلى سواء السبيل.

مقدمة

مقدمة

منذ بزوغ فجر العدالة كفكرة إنسانية، سعى الفكر القانوني إلى إقامة توازن دقيق بين تطبيق النصوص القانونية وتلبية متطلبات العدالة، التي وفي كثير من الأحيان تتجاوز جمود النص القانوني نظرا لتعدد الوقائع واختلافها من قضية إلى أخرى، وقد اضطلع القضاء بمهمة سامية تتمثل في انصاف المظلوم وإقامة أسس الحق من خلال تطويع أحكام النصوص القانونية وتطبيقها بما يتلاءم وكل واقعة معروضة على القضاء، إلا أن التطور المتسارع للمجتمعات نتج عنه تعقيد كبير في القضايا المطروحة أمام المحاكم ما ألقى على القاضي عبء مواجهة ذلك أثناء تأدية مهامه كواجهة للعدالة ورمز للحياة، مستخدما نشاطا ذهنيا لتحليل الواقعة وتقدير أبعادها الخاصة والسعي لاستنباط الحكم الملائم لها والموافق للنص القانوني المتضمن أركانها وشروطها.

إن تنوع القضايا وتشابك الوقائع فرض على القاضي مسؤولية استثنائية تتجاوز في بعض الأحيان حرفية النص، فاختلاف الوقائع وتباين الظروف المصاحبة لكل واقعة حتم على القاضي التوفيق بين خصوصية كل نزاع من جهة، وأحكام النص القانوني من جهة أخرى، وذلك من خلال اكتساب القاضي فسحة من المرونة في تكييف النزاع القانوني مع متطلبات القانون، هاته الفسحة هي التي نسميها السلطة التقديرية للقاضي والتي تعد مكنة ضرورية وفعالة لتحقيق متطلبات العدالة، إذ أن أهمية الاستجابة لتحديات اتخاذ القرارات المعقدة في السياق القضائي يتطلب فهما أعمق للواقع، وتقديرا دقيقا للظروف المحيطة، والقاضي باعتباره الجهة المسؤولة عن الفصل في المنازعات يحتاج بالضرورة إلى مجال في التقدير، يسمح له باستنباط الأحكام الفاصلة في النزاع بالطريقة التي ترضي شعور العدالة وتسهم في تعزيز الثقة في النظام القضائي.

كما أن السلطة التقديرية كمصطلح عام ليس قاصرا على القضاء بل يتجاوزه ليمس كل المجالات التي تتسم بالتزام أفرادها بإصدار القرارات، فحيثما وجدت ضرورة لإصدار القرار وجد ما يسمى بالسلطة التقديرية، فالقرارات التي تتخذها الهيئات الإدارية تعتمد أساسا على القدرة على تقييم الظروف المحيطة واتخاذ الخيار المناسب والمتوافق معها، والفتاوي التي يصدرها رجل الدين يراعي فيها في كثير من الأحيان الظروف المحيطة بها، والمشرع يراعي أثناء سنه للنصوص القانونية أو تعديلها أو الغائها متطلبات السياسة التشريعية وحفظ النظام العام والآداب، بل إن السلطة التقديرية تتجلى في أدق من ذلك لتشمل محيط الأسرة، حيث يحتاج الآباء إلى اتخاذ قرارات تعكس تفهمهم لاحتياجات أبنائهم وحساسيات ظروفهم الفردية والاجتماعية.

مقدمة

إن الاهتمام بالسلطة التقديرية وتوسع نطاقها لم يكن وليد الأنظمة القانونية الحديثة، بل كان محور لاهتمامات التشريعات القديمة أيضا، بما في ذلك الشريعة الإسلامية السمحاء التي أكدت على أهمية تقدير الأحوال الفردية، ومحاولة وضع حلول للنزاعات في حالة غياب نص شرعي قطعي الثبوت قطعي الدلالة من خلال عديد الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة وما ثبت في اجتهادات الأثر المبارك، وفي السياق القانوني والقضائي نجد السلطة التقديرية تمثل مكنة مهمة لدى كل أنواع القضاء سواء القضاء العادي أو الإداري، وكذلك بالنسبة للقضاء الجنائي الذي ورغم خضوعه لمبدأ شرعية الجريمة والعقوبة وكذا الالتزام بالتفسير الضيق للنص الجزائي، إلا أن القانون يمنح القاضي الجزائي فسحة كبيرة في تطبيق أحكام قانون العقوبات.

أما بالنسبة للقاضي الناظر في الدعاوى المدنية وبالرغم من تحديد القانون المدني والقوانين ذات الصلة به سلفا للأحكام الواجبة الاتباع في كثير من نظرياته كنظرية الالتزام ونظرية الإثبات، إلا أن القانون في نصوصه يقر إلى جانب ذلك سواء في إطار الدور الإيجابي أو السلبي للقاضي المدني بفسحة من التقدير، تتسع وتضيق بحسب ما حدده القانون أو راقبته محاكم النقض في مختلف الأنظمة القضائية المقارنة، حيث تبرز المحكمة العليا بصفة المراقب على أعمال القاضي المدني بما يحقق التوازن بين حياد القاضي وتطبيق العدالة.

ومن هنا تبرز لنا مسألة في غاية الأهمية يتحدد من خلالها مجال سلطة القاضي التقديرية وحدودها، فالقاضي المدني عند تطبيقه للنص القانوني لا يطبقه إلا بعد تثبته من الواقع الثابت في مستندات الدعوى وأوراقها، وبالتالي وإلى جانب مكنة النص القانوني يتمتع بمكنة التقدير ومراعات الظروف، ما يجعل من هذا الهامش في التقدير يقتضي في الوقت نفسه التزام حدود معينة تمنع تعسفه وخروجه على روح القانون ومقصد المشرع أثناء إصدار أحكامه القضائية، هاته الحدود يصطلح عليها تارة بالقيود وتارة أخرى بالضوابط وهذه الأخيرة تمثل عنوان هذا العمل البحثي الموسوم بضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المواد المدنية.

إن دراسة ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المواد المدنية يقتضي منا الوقوف على النصوص القانونية فهي الأولى بضبط سلطة القاضي التقديرية، وهي التي تمثل الإطار القانوني الملزم الذي يوجه القاضي أثناء إصدار أحكامه وقراراته، فهي ليست مجرد قواعد جامدة تطبق لمجرد حرفيتها، بل هي قواعد تمثل فلسفة المشرع في تنظيم الحياة المالية والاجتماعية للأفراد، وبالتالي فإن فهم هاته النصوص وتحليلها تحليلًا دقيقًا أمر ضروري للقاضي من أجل التزامه بالنصوص القانونية وتحقيقه للعدالة.

مقدمة

إضافة إلى ذلك فإن مجال الضوابط المقيدة لسلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية لا يمكن تحديدها من خلال الوقوف على فحوى النصوص القانونية فقط وتحليلها، بل إن متابعة قرارات محاكم النقض بما فيها المحكمة العليا يكتسي أهمية بالغة في هذا السياق، إذ أن محاكم النقض تضطلع أساسا بمراقبة تطبيق القانون، إلا أنها إضافة إلى ذلك تعمل كدور جوهري على تكريس معايير قضائية موحدة في البلاد، تهدف من ورائها إلى سد الفجوات القانونية في حالة انعدام نص صريح أو قصوره، ما يقتضي من القاضي المدني إلى جانب فهم النصوص القانونية المنظمة لضوابط سلطته التقديرية، الوقوف بشكل من الاهتمام على قرارات المحكمة العليا ومحاكم النقض في الأنظمة القضائية ذات الخلفية القانونية المشابهة للقانون المدني الجزائري، من أجل تطبيق سليم لسلطته التقديرية وتحقيق الأهداف المرجوة بشكل يعكس حقيقة إرادة المشرع.

إن مصطلح ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المواد المدنية مصطلح شاسع النطاق فهو يشمل القاضي المدني بمفهومه الواسع الذي يتعدى مفهوم القاضي الناظر في المنازعات موضوع القانون المدني إلى المنازعات التي ينظرها القاضي في مجال القانون الخاص بكل فروعه، كالقانون التجاري، والقانون البحري، والقانون العقاري، وقانون الأسرة، ما يستدعي معه خدمة لنوعية البحث ونتاجيته تحديد مجال دراسة هاته الضوابط في حدود القانون المدني، هاته الحدود التي يضطلع القاضي من خلالها بمهام عديدة تختلف باختلاف موضوع المنازعة، فالقاضي قبل البت في المنازعة موضوع العقد كمصدر من مصادر الالتزام وفي إطار ما له من سلطة تقديرية تحدها ضوابط معينة، يقوم بالتأكد من اجتماع أركان انعقاد هذا العقد، وتفسيره وتحديد نطاقه، وربما في بعض الحالات نظرا لظروف معينة قد يعتمد القاضي إلى مهمة غاية في الخطورة تمس مباشرة بمبدأ سلطان الإرادة وذلك بتعديل العقد، وفي مجال الإثبات الذي يمثل الجانب المهم والجوهري في حسم النزاع يواجه القاضي مسألة في غاية الأهمية تتمثل في تقدير وسائل الإثبات خاصة في ظل التحديد الحصري لها وبيان حجيتها تشريعا، وفي مادة التعويض كجزاء لقيام المسؤولية المدنية بشقيها العقدي والتقصيري يقف القاضي أمام مسألة تقدير التعويض كما ونوعا، في كل هاته المسائل التي يقع فيها القاضي بين حتمية التزام حرفية النص القانوني من جهة وظروف النزاع من جهة أخرى يكون من الضروري أن يتمتع القاضي بمجال لتطبيق سلطته التقديرية في إطار ما رسمه القانون وكرسه القضاء لأجل ذلك.

كما تتضمن دراسة ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المواد المدنية اهتماما خاصا بالجانب الإجرائي لهذه السلطة، حيث لا يقتصر البحث على القواعد والمبادئ التي تضبط سلطة القاضي من

مقدمة

الناحية الموضوعية، بل يمتد ليشمل الجانب العملي والتطبيقي لهذه السلطة في التعامل مع النزاعات المعروضة عليه، إذ يمثل الجانب الإجرائي الإطار العملي الذي يجسد فيه القاضي سلطته التقديرية بصورة فعلية، من خلال مراعاة الضوابط الإجرائية التي تنظم كيفية نظره للمنازعات وتقييمه للأدلة وتفاعله مع الأطراف، كما يتطرق هذا الجانب إلى الآليات التي تتيح للمتقاضين عرض دعواهم بشكل واضح ومباشر، مما يعزز من شفافية الإجراءات وضمن حقوق الأطراف في تقديم حججهم ودفاعهم، بهذا يشكل الجانب الإجرائي محوراً مهماً لتحقيق التوازن بين سلطة القاضي التقديرية ومتطلبات العدالة الإجرائية، مما يضمن التطبيق الفعلي للعدالة ويكفل حق المتقاضين في محاكمة عادلة ومنصفة، وبالتالي فإن دراسة هذا الموضوع تقتضي دراسة الضوابط الإجرائية جنباً إلى جنب مع الضوابط الموضوعية حتى نتمكن من الامام بها بشكل كاف وشامل.

أولاً: أهمية الموضوع:

إن التطور المتسارع للمجتمعات والانظمة خاصة في مجال المعاملات المالية والمسؤولية نتج عنه تعدد الوقائع واختلاف القضايا، ما يجعل من دراسة ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المواد المدنية ذا أهمية خاصة نظراً لدورها الكبير في تحقيق التوازن بين ضرورة تمتع القاضي بسلطة تقديرية يراعي من خلالها اختلاف القضايا والوقائع، وبين الوقوف دون تعسفه في ذلك ما يخل بتحقيق مبادئ العدالة والانصاف، ومن خلال ذلك تتضح أهمية هذه الدراسة على المستويين العلمي والعملي.

أ- الأهمية العلمية: تمثل السلطة التقديرية للقاضي عنصراً حاسماً في ضمان تطبيق القانون بمرونة تتناسب مع الظروف المحيطة بالنزاع، كما تمثل الضوابط الواردة على هذه السلطة صمام الأمان الذي يوجه القاضي في اعماله لسلطته التقديرية دون حيف أو جور، ودون اخلال بروح القانون وإرادة المشرع، وبالتالي فالأهمية العلمية لدراسة ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المواد المدنية تكمن في النقاط التالية:

- (1) الدور الذي تلعبه فكرة التمييز بين الواقع والقانون ذا أثر بالغ في تحديد نطاق رقابة المحكمة العليا على السلطة التقديرية للقاضي المدني.
- (2) إن الضوابط التي حددها القانون على سلطة القاضي التقديرية أثناء تفسيره للعقد وتحديد نطاقه من جهة، وتبيان الحدود التي يمكن في اطارها للقاضي أن يعدل في بنود العقد، من جهة أخرى، تعد ضماناً فعالاً لحماية حقوق الافراد.

مقدمة

(3) إن الوقوف على مناط الإثبات ومحلّه، والوقوف على حدود ما للقاضي من سلطة في تقدير الإثبات بالكتابة بشئ أنواعها، وكذا تقدير وسائل الإثبات الأخرى، هو تبيان لكيفية حماية الحق وتقويته.

(4) إن الفصل بين القيود القانونية والقيود القضائية التي يجب على القاضي التقيد بها لتقدير التعويض في كل من الدعوى المدنية الأصلية والتبعية بعيدا عن الحالات التي عمد فيها المشرع بشكل مسبق إلى تحديد مقادر التعويض كما ونوعا، مسألة تتطلب دراسة لما فيها من أهمية على فهم كيفية تعويض ضحايا الحوادث الجسمية.

(5) كما أن هذه الدراسة يمكن أن تكون لبنة أساسية ينطلق من خلالها الباحثون في دراسة الجزئيات التفصيلية لضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المواد المدنية بصفة عامة، الشيء الذي يعزز كفاءة البحث العلمي القانوني، ويثري المكتبة القانونية ببحث متخصص في هذا المجال.

ب-الأهمية العملية:

إن دراسة ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المواد المدنية لما فيها من أهمية علمية إلا أن أهميتها العملية تفرض نفسها بشكل أكثر قوة وفعالية، ونبرزها في النقاط التالية:

(1) تحسين واثراء الممارسة القضائية للقضاة من خلال توضيح كاف للأطر والنطاق الذي ينبغي أن يعملوا فيه سلطتهم التقديرية، ما يساهم في توحيد العمل القضائي ويقلل من تضارب الاحكام، كما يمكن أن تحتوي هذه الدراسة على إرشادات عملية لهم بطريقة تتماشى مع روح القانون وإرادة المشرع وكذا رقابة المحكمة العليا حول كيفية تقييم القضايا المطروحة أمامهم بشكل أكثر كفاءة وانسجاما.

(2) عندما يتم ضبط السلطة التقديرية للقاضي الناظر في الدعاوى موضوع المواد المدنية، يمكن أن يساهم ذلك في تعزيز ثقة الأفراد في النظام القضائي، لأن مثل هذه الدراسة تعزز قدرة القضاة على اتخاذ قرارات عادلة ومنصفة.

(3) يمكن لهذه الدراسة أن تكون أساسا قويا لتوجيه التشريعات أو ادخال تعديلات عليها، تضمن مزيدا من التوازن والمرونة في استخدام السلطة التقديرية بما يتماشى مع السياسة التشريعية والتطور الحاصل في المجتمعات.

ثالثا: أهداف الموضوع: نهدف من خلال دراسة هذا الموضوع لمجموعة من الأهداف يمكن حصرها فيما يلي:

مقدمة

- 1) محاولة الوصول إلى معيار نحدد من خلاله الحد الفاصل بين ما يعتبر مسألة واقع للقاضي فيها سلطة تقديرية مطلقة، وما يعتبر من قبيل مسائل القانون التي يقع القاضي فيها تحت رقابة المحكمة العليا.
- 2) تبيان الضوابط الواردة على سلطة القاضي التقديرية في مجال العقد، لا سيما أثناء تفسير العقد أو تحديد نطاقه، مع تحديد الضوابط التي يجب مراعاتها قبل أي تعديل لبنود العقد.
- 3) تحديد معايير الإثبات ومناطه، من خلال دراسة الجانب الموضوعي البحت وكذا الوقوف على الممارسات القضائية في هذا المجال.
- 4) تحديد ضوابط سلطة القاضي التقديرية في تقدير التعويض، وكذا محاولة الوقوف على اختلافها بين الدعوى المدنية والدعوى المدنية بالتبعية.
- 5) تعزيز العمل القضائي في المادة المدنية، من خلال تقديم توصيات تساعد القضاة على التطبيق السليم لسلطتهم التقديرية بطريقة تحقق الاتساق مع التشريعات وقرارات المحكمة العليا.
- 6) تقديم أساس عملي لتطوير التشريعات وتعديلها، من خلال تقديم نظرة شاملة تركز على الجانب النظري دون إهمال الجانب العملي التطبيقي.

ثالثا: الإشكالية:

تعد السلطة التقديرية للقاضي في المواد المدنية من المواضيع التي تثير الكثير من الإشكاليات، لما لها من تأثير مباشر على تحقيق مقتضيات العدالة وحماية حقوق الأفراد، فبينما تمنح هذه السلطة القاضي مرونة في تفسير وتطبيق النصوص القانونية بشكل يتناسب مع اختلاف الوقائع وتعدد القضايا، يصبح من الضروري ضبط هاته السلطة عن طريق النصوص القانونية وكذا رقابة المحكمة العليا، وذلك من أجل المساهمة في تحقيق توازن فعال بين سلطة القاضي في التقدير من جهة، وضمان عدم تعسفه من جهة أخرى، وبناء على ذلك تبرز لنا إشكالية رئيسة لمعالجة موضوع هذا البحث تتمثل في "إلى أي مدى تساهم النصوص القانونية والاجتهادات القضائية في ضبط سلطة القاضي المدني التقديرية في كل من مجالات العقد، والإثبات، والتعويض بما يحقق توازن يوافق مقتضيات العدالة ويحافظ على وحدة الاجتهاد القضائي؟" هذه الإشكالية ذات أهمية في عدة جوانب، إذ نسعى من خلالها لفهم طبيعة وجوهر الضوابط الواردة على سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية، كما نركز في نفس الوقت على مصدرها القانوني أو القضائي، وكيفية تطبيقها على المستوى العملي التطبيقي، من خلال ما استقرت عليه الممارسات القضائية، كما ينبثق عن هذه الإشكالية مجموعة من التساؤلات الفرعية كالآتي:

مقدمة

- (1) ما هو مفهوم السلطة التقديرية كمصطلح عام بالنسبة للقضاء بمختلف فروعها؟ وما مدى رقابة المحكمة العليا على ذلك؟
- (2) ما هو النطاق الذي يمارس فيه القاضي سلطة تقديرية بالنسبة لتفسير العقد وتحديد نطاقه أو تعديله؟
- (3) على ماذا يقوم الإثبات في المواد المدنية؟ وما هي الضوابط الواردة على سلطة القاضي في تقدير وسائل الإثبات المختلفة؟
- (4) كيف يتم ضبط سلطة القاضي المدني والقاضي الجزائي في تقدير التعويض، خاصة في ظل وجود تعويضات قانونية محددة سلفا بموجب القانون؟

رابعاً: المنهج المتبع في الدراسة:

في هذه الدراسة الموسومة بعنوان ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المواد المدنية، تم اعتماد المنهج الوصفي كمنهج رئيسي وأساسي لها، والذي يساعد بشكل كبير على تتبع النصوص القانونية والسوابق والممارسات القضائية الصادرة عن المحاكم المختلفة، وبالأخص محاكم النقض بما فيها المحكمة العليا الجزائية، كما يتيح هذا المنهج للباحث تفسير المبادئ العامة من خلال الحالات والتطبيقات القضائية الواقعية، الأمر الذي يعزز الوصول إلى قواعد وضوابط عامة يمكن الاستناد إليها لضبط السلطة التقديرية للقاضي، كما تم في إطار هذا المنهج الاستعانة بأداة التحليل كأداة مساعدة تمكنا من تحليل النصوص القانونية وتفسيرها، وكذا توضيح مدى انعكاسها على الممارسة القضائية بشكل أعمق.

ومن أجل محاولة وضع تصور كاف لموضوع ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المواد المدنية لدى الأنظمة القانونية والقضائية، تم تعزيز البحث من خلال الاستناد أيضاً للمنهج المقارن كمنهج مساعد كلما استدعت الضرورة ذلك، ما يسمح بمقارنة كيفية ضبط سلطة القاضي التقديرية بين مواد قانونية ونظم قضائية مختلفة.

إن الجمع بين المنهجين، المنهج الوصفي كمنهج رئيسي، والمنهج المقارن كمنهج مساعد، كل ذلك إطار تحليلي، يتيح لنا الوصول إلى دراسة متوازنة تستند إلى وقائع ملموسة وتحليل دقيق للنصوص القانونية من خلال رؤية واسعة تركز على النظام القانوني الجزائري، ولا تهمل الأنظمة القانونية والقضائية المقارنة خاصة منها التي تعتبر مصدر تاريخي للتشريع المدني الجزائري، ما يحقق شمولية

مقدمة

للبحث، ويسمح للباحثين من بعد ذلك بأخذ نظرة واسعة تكون منطلقا جيدا للتوسع في أبحاثهم ذات الصلة بضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المواد المدنية.

خامسا: أسباب اختيار الموضوع:

إن اختيار موضوع ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المواد المدنية يعكس بشكل كبير التوازن بين تحقيق العدالة وحماية الحقوق المالية للأفراد وكذا ضمان وحدة الاجتهاد القضائي، هذا ما يمثل للباحث دفعا موضوعيا وذاتيا لاختياره كموضوع بحث يمكن أن نجملهما فيما يلي:

أ- الأسباب الموضوعية: لموضوع ضوابط السلطة التقديرية للقاضي أهمية بالغة في المجال البحثي والعملية، الشيء الذي جعل منه موضوعا يستحق البحث والتنقيب في كل جوانبه لعدة أسباب موضوعية نذكر منها:

(1) تعتبر السلطة التقديرية المخولة للقضاة ذات أهمية بالغة في تحقيق العدالة، حيث تمنح القاضي مرونة في معالجة القضايا والنزاعات من خلال مراعاة خصوصية كل قضية، هذا ما يساهم في الوصول إلى مستوى قضائي يسمح بإصدار أحكام وقرارات قضائية نوعية تراعي كل الجوانب القانونية والاجتماعية بشكل متوازن وفعال دون تفاوت بينهما.

(2) مع أهمية السلطة التقديرية للقاضي في المواد المدنية لا سيما في مجالات العقد، والإثبات، والتعويض يأتي التحدي في ضبطها لضمان عدم تجاوزها، أو إساءة استخدامها، لأن منح سلطة تقديرية مطلقة للقضاة قد ينتج تعسفهم في تقدير الوقائع وإصدار الأحكام، وفي أحسن الحالات ينتج عنه تضارب صارخ وتباين كبير في هذه الأحكام على مستوى النظام القضائي الواحد، ما يجعل من اختيار هذا البحث دافع موضوعي نحو وضع دراسة تحدد الحدود التي يجب على القاضي مراعاتها في أعماله لسلطته التقديرية.

(3) تلعب المحكمة العليا دورا محوريا في مراقبة تطبيق القانون، والعمل على توحيد الاجتهاد القضائي، ما يثير التساؤل حول المنهج الذي تتبعه في رقابتها على استخدام قضاة الموضوع لسلطتهم التقديرية، والإجابة على هذا التساؤل تقتضي حتما دراسة معمقة تتقصى الحالات التي تلقي المحكمة بظل رقابتها على القاضي عند استعماله لسلطته التقديرية.

(4) في ظل اقتراب عمر القانون المدني الجزائري على 50 سنة منذ صدوره أول مرة سنة 1975، وفي ظل مرور 20 سنة تقريبا على آخر تعديل جوهري له والذي صدر سنة 2005، أصبح من الضروري

مقدمة

صياغة تعديل يواكب التطور المتسارع للمجتمع فيما يخص المعاملات المالية، الأمر الذي يكون أكثر فاعلية إذا ما تم التركيز على وضع قواعد ومبادئ تفصيلية تتناول السلطة التقديرية للقاضي وضوابطها، ما يجعل من دراسة الموضوع في إطار بحث مفصل ومعمق وثيقة يمكن الرجوع إليها واعتمادها كمبدأ لتطوير وتحسين مدونة القانون المدني.

ب- الأسباب الذاتية: لم تكن الأسباب الموضوعية هي الدافع الوحيد لاختيار الموضوع، فقد اشتركت معها أسباب أخرى متعلقة بشخص الباحث تمثل الأسباب الذاتية والتي نجملها فيما يلي:

(1) استكمال البحث في مجال القانون الخاص الذي كان مجالاً لبحثي في كل من مرحلة الليسانس والماستر.

(2) الولع الكبير للباحث بالقانون المدني، وأحكامه، ومبادئه، الشيء الذي يجعل من استكمال متطلبات الحصول على شهادة الدكتوراه في القانون المدني دافع وحافز كبير بالنسبة لشخص الباحث.

(3) اهتمام الباحث بالعمل القضائي، الذي يمثل الجانب التطبيقي للدراسات النظرية في مجال القانون، الأمر الذي يساهم في تكوين خلفية قانونية أكثر شمولية بالنسبة للباحث، ويرفع في مستوى تحليله، وكيفية تقديره للعمل القضائي في المواد المدنية.

(4) تعطي هذه الدراسة للباحث التحفيز لاستكمال البحث في جوانب أخرى متعلقة بها، من خلال مواصلة البحث العلمي واثراء هذا الموضوع بأبحاث لم يتطرق لها موضوع الاطروحة.

سادساً: الدراسات السابقة:

تعتبر الدراسات السابقة حجر الزاوية في بناء المعرفة القانونية، حيث توفر أساساً متيناً لفهم التطورات النظرية والعملية المتعلقة بموضوع ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المواد المدنية، كما تعكس الدراسات السابقة الجهود المبذولة من قبل الباحثين في استكشاف كيفية تطبيق القضاة لسلطتهم التقديرية، وكذلك الضوابط القانونية والممارسات القضائية المتعلقة بها، فمن خلال استعراض الدراسات السابقة، يمكن تحديد النقاط الرئيسية التي تم تناولها، والنتائج المستخلصة منها، والفجوات التي يمكن لدراستنا معالجتها، ما يساهم في التعرف على التطورات الحالية والممارسات المثلى الأمر الذي يعزز فهمنا لدور السلطة التقديرية بشكل عام في النظام القضائي، ولعل من بين الدراسات الأهم التي تناولت هذا الموضوع بشكل مباشر أو غير مباشر الدراسات التالية:

الدراسة رقم 01:

مقدمة

الدراسة التي قدمها الطالب الباحث مولود مغمولي تحت اشراف الأستاذ الدكتور كمال لدرع الموسومة بعنوان (ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المواد المدنية والاحوال الشخصية -دراسة مقارنة-) أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه (علوم) في الشريعة والقانون، صادرة عن جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، تخصص شريعة، السنة الجامعية 2016-2017.

تناولت هذه الدراسة موضوع ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المواد المدنية والاحوال الشخصية، وقد قسمت إلى ثلاث فصول تناول الباحث في فصلها الأول السلطة التقديرية للقاضي، طبيعتها وماهيتها، وضوابطها، وتناول في الفصل الثاني ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني وتطبيقاتها، بينما خصص الفصل الأخير لدراسة السلطة التقديرية للقاضي في الأحوال الشخصية، ويلاحظ من خلال هذه الدراسة تركيز الباحث على المقارنة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، كما أن الباحث لم يولي أهمية كبيرة في بحثه للجانب العملي والتطبيقي للقضاء المدني في أعمال ومراقبة السلطة التقديرية للقاضي في المواد المدنية إلا من خلال دراسة الباحث لمجال التمييز بين مسائل الواقع ومسائل القانون نظرياً، ومن هنا تبرز لنا الفجوة البحثية التي يمكن لدراستنا سدها واستكمال الدراسة السابقة، فدراستنا تركز على الجانب العملي التطبيقي بنفس القدر الذي ركزت فيه على الجانب النظري، كما أن دراستنا حاولت تخصيص دراسة هذه الضوابط من خلال مسائل لم تشملها الدراسة السابقة، تتمثل في مجال العقد، والتعويض وذلك بالاستعانة إلى جانب النصوص القانونية بالأحكام القضائية المختلفة، ما سمح لنا بعدم الاكتفاء بدراسة التمييز بين مسائل الواقع والقانون نظرياً فقط، بل قدمنا هذا التمييز بشكل عملي في كل فصول البحث.

الدراسة رقم 02:

الدراسة المقدمة من طرف الطالب الباحث برنابا كورينا لوبنق أقيرا تحت اشراف البروفيسور خلف الله محمد تحت عنوان السلطة التقديرية للقاضي المدني في نطاق الرابطة العقدية والإثبات القضائي -دراسة مقارنة)، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في القانون، صادرة عن جامعة النيلين، كلية الدراسات العليا، قسم القانون، السودان سنة 2017.

وقد قسم الباحث موضوع دراسته إلى فصل تمهيدي تحت عنوان الاحكام العامة لسلطة القاضي التقديرية، تناول فيه ماهية السلطة التقديرية بشكل عام، وإلى بايين باب أول تحت عنوان السلطة التقديرية في نطاق الرابطة العقدية والذي قسمه إلى أربعة فصول، فصل أول تحت عنوان سلطة

مقدمة

القاضي في تقدير انعقاد العقد، وخصص الفصل الثاني لدراسة سلطة القاضي في تقدير صحة العقد، ثم الفصل الثالث بعنوان سلطة القاضي في تفسير العقد، ثم الفصل الأخير عنونه بسلطة القاضي في تحديد نطاق العقد، أما الباب الثاني فكان بعنوان سلطة القاضي التقديرية في نطاق أدلة الإثبات، والذي قسمه إلى ثلاث فصول، خصص الفصل الأول لدراسة سلطة القاضي في الرقابة على الأدلة، أما الفصل الثاني كان تحت عنوان سلطة القاضي في تقدير وزن الأدلة، وانتهى في الفصل الثالث إلى دراسة البحث عن الحقيقة من خلال دراسة سلطة القاضي التقديرية في التحقيق.

حاول الباحث في هذه الدراسة وضع إطار عام لمفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، وركز على الجانب النظري بشكل رئيسي، كما لم يهمل الجانب العملي من خلال دراسة الرقابة القضائية على سلطة القاضي التقديرية، ثم حاول بعد ذلك حصر دراسته في مسائل العقد والإثبات، غير أنه لم يوازن بين دراسة الجانب النظري والجانب التطبيقي بشكل أكثر اتساعاً، من خلال الالتجاء إلى التدليل على هذا الانسجام بقرارات محاكم النقض بشكل مركز ودقيق، ومن هنا وإضافة إلى الفرق الجوهرية بينها وبين موضوع دراستنا الذي يهتم أساساً بضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني في حين تهتم هاته الدراسة السابقة بالسلطة التقديرية بصفة عامة تبرز لنا فجوة بحثية أخرى، تتمثل في أن دراستنا لم تهمل الجانب العملي وركزت عليه بشكل واسع من خلال تقديم حالات تطبيقية ممثلة في قرارات عديدة ومختلفة لمحاكم النقض المختلفة، كما لم تهمل أيضاً مسألة ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض وهي النتيجة الطبيعية التي غالباً ما تنتهي بها المنازعات العقدية بعد إثبات الإخلال ببند العقد، في حين لم تشملها الدراسة السابقة محل المقارنة.

الدراسة رقم 03:

قدمها الطالب الباحث حمدي محمد عبد الحياصات، تحت إشراف الأستاذ الدكتور جعفر المغربي، تحت عنوان السلطة التقديرية للقاضي والرقابة القضائية عليها، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات درجة الدكتوراه في تخصص القانون الخاص، صادرة عن جامعة العلوم الإسلامية العالمية، كلية الدراسات العليا، قسم القانون المقارن، الأردن، سنة 2015.

قسم الباحث دراسته إلى ثلاث فصول، خصص الفصل التمهيدي لدراسة السلطة التقديرية للقاضي من حيث تعريفها، ومشروعيتها، وضوابطها، وكذا رقابة محكمة التمييز الأردنية عليها، وخصص الفصل الأول لدراسة الوسائل التي يستعين بها القاضي لحل النزاع المعروض أمامه، والذي تناول فيه

مقدمة

دراسة سلطة القاضي التقديرية في مجال الإثبات، وأخيرا خصص الفصل الثالث لدراسة السلطة التقديرية للقاضي المدني في المجال غير التعاقدية والرقابة عليها، ويلاحظ أن الباحث حاول الجمع بين الجانب النظري والجانب التطبيقي خاصة من خلال الاعتماد على موقف محكمة التمييز الأردنية، ومن خلال تتبع مراحل هذه الدراسة تبرز لنا الفجوة البحثية بينها وبين دراسة الحال، والتي تكمن تركيزنا على التشريع الجزائري وموقف المحكمة العليا، إلى جانب محكمة النقض المصرية للارتباط التاريخي بين القانون المدني الجزائري والمصري، كما أن دراستنا تركز على ضوابط السلطة التقديرية بخلاف الدراسة السابقة التي تناولت السلطة التقديرية بشكل عام.

دراسات أخرى:

هناك دراسات أخرى عديدة كالدراسة التي قدمها الطالب الباحث محمد بوكماش تحت اشراف الأستاذ الدكتور محمود بوترعة، تحت عنوان سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، بحث مقدم لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، صادرة عن قسم العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، سنة 2011-2012، وكذا الدراسة المقدمة من طرف الطالب الباحث شمام منير، تحت اشراف الدكتورة حيدرة محمد، تحت عنوان السلطة التقديرية للقاضي المدني في الإثبات، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، تخصص قانون مدني معمق، صادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، سنة 2018-2019، والدراسة التي قدمها الطالب الباحث قربة رضا، تحت اشراف الأستاذة لحلو خيار غنيمة، بعنوان سلطة القاضي في تقدير التعويض، (دراسة في إطار المسؤولية العقدية)، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع عقود ومسؤولية، دراسة صادرة عن كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، سنة 2012-2013

إن الفجوة بين هاته الدراسات ودراستنا الحالية واضحة دون ما حاجة لبيان ذلك، فالأولى عنت بسلطة القاضي في تعديل العقد، والثانية بالإثبات، والثالثة بالتعويض، بينما عنت دراستنا بعمق ودقة الضوابط من جهة، وشمولية المسائل المتناولة لكل هاته المواضيع من جهة أخرى.

هناك أيضا محاولات فقهية عديدة في هذا المجال أهمها الدراسة التي قدمها الدكتور أحمد محمود سعد، تحت عنوان مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني (ماهيتها، وضوابطها، وتطبيقاتها) كتاب صادر عن دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1988، وأهميتها تكمن في أنه عند دراسته لضوابط

مقدمة

السلطة التقديرية قصرها على رقابة محكمة النقض، والفجوة العلمية التي حاولت دراستنا هذه سدها تتمثل في عدم وقوفنا عند رقابة المحكمة العليا وقمنا بتتبع الحالات التطبيقية لضوابط السلطة التقديرية للقاضي بشكل تفصيلي، وعلى كل حال فكل هاته الدراسات التي قدمناها كدراسات سابقة وغيرها التي لم يتسع المجال لذكرها تشكل بالإضافة لدراستنا الحالية تراكمية البحث العلمي ما يساهم في تطوره وارتباط الدراسات ببعضها البعض.

ثامنا: صعوبات الموضوع: ككل بحث واجهتنا في تقديم بحثنا المعنون بضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المواد المدنية صعوبات جمة، إلا أننا حاولنا بقدر المستطاع تذكيلها حتى لا تثنيينا عن تقديم هذا العمل نذكر أهمها فيما يلي:

تعدد المصادر القانونية: إن دراسة ضوابط السلطة التقديرية للقاضي تتطلب مراجعة النصوص القانونية المختلفة، والمتشعبة، والسوابق القضائية، والآراء الفقهية المتضادة، هذا التنوع يتطلب جهدا كبيرا من أجل توحيد الرؤية، والتوفيق بين الآراء المختلفة، وتحليلها بشكل منسجم وأكثر ترابطا.

التوازن بين مرونة السلطة التقديرية والضوابط المحددة لها: إذ من الصعب التمييز بين مسألة السماح للقاضي بسلطة تقديرية تقتضيها الممارسة القضائية، وبين وضع معايير وضوابط صارمة تحد من هاته المرونة من أجل تحقيق متطلبات العدالة.

التنوع في الاجتهادات القضائية: إن السلطة التقديرية كمفهوم عام تتطلب بطبيعتها هامشا كبيرا من المرونة، ما ينتج عنه تضارب واختلاف في الأحكام القضائية بما فيها قرارات محاكم النقض، وتحليل هذه الاجتهادات واستنباط ضوابط مشتركة تمثل المبادئ الراسخة الغير مختلف فيها، يمثل تحديا كبيرا لأنها تتطلب جمع عديد القرارات والأحكام المحلية والأجنبية ومقارنتها ببعضها البعض من أجل تحديد قواعد عامة تحكم المسألة.

صعوبة الوصول إلى المعلومة: صعوبة الحصول على الأبحاث، والقرارات، في ظل عدم شمول البوابة الوطنية للإشعار عن الأطروحات لكل الأبحاث الصادرة عن الجامعات الجزائرية، وكذا الموقع الرسمي للمحكمة العليا الذي لا يسعفنا إلا بقدر محدود في الوصول إلى الأحكام القضائية، ما يجعلنا نلتجئ للمجلات القضائية والبحث فيها استقلالاً وهو عمل جد مضني ومتعب ولا يسعفنا دائما في تحقيق النتيجة المرجوة.

مقدمة

تاسعا: خطة البحث:

إن عنوان الأطروحة (ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المواد المدنية) واسع النطاق، فالمواد المدنية متعددة تتجاوز نطاق القانون المدني إلى كل فروع القانون الخاص، ما حدى بنا إلى محاولة حصر الموضوع في مجال القانون المدني دون باقي الفروع، فاسحين المجال للباحثين من بعد ذلك للغوص في غمارها وسد الفجوة البحثية التي قد تنتج عن دراستنا هذه، لاعتقادنا أن توسعة نطاق البحث لا يخدم الدراسة بالشكل المطلوب وقد ينتج عنه مجرد سرد مخل ودون تفصيل لضوابط السلطة التقديرية في مجال القانون الخاص بصفة عامة.

كما واجهتنا مشكلة أخرى في اختيار التقسيم الأكثر توافقا مع عنوان البحث وإشكاليته، ولم نجد بدا من التخلي عن التقسيم التقليدي للأبحاث من خلال الأبواب، وفضلنا تقسيم البحث إلى فصول، إذ أننا نرى أنه من غير المنطقي اعتماد تقسيم البحث إلى أبواب في ظل تركيز دراسة البحث على مجالات متداخلة يصعب فصل بعضها عن بعض، اللهم الا باستعمال العناوين المركبة وهو ما لم نختره لدراستنا هذه، فالإثبات يتناول كل الوقائع المطروحة سواء المتعلقة بالعقد أو المتعلقة بمصادر الالتزام الأخرى، فلا يمكن في نظرنا جمعه في باب واحد سواء بعنوان ماهية السلطة التقديرية للقاضي المدني وطرق الإثبات، أو بعنوان سلطة القاضي في تقدير العقد ووسائل الإثبات، كما لا يمكن جمعه مع التعويض في باب واحد لأن الإثبات يقترب من العقد بذات القدر الذي يقترب فيه من المسؤولية التقصيرية، وما قيل في الإثبات يقال في التعويض، ونتيجة لذلك قسمنا دراستنا هذه بالشكل التالي:

مقدمة.

الفصل الأول: ماهية السلطة التقديرية للقاضي ورقابة المحكمة العليا عليها

المبحث الأول: ماهية السلطة التقديرية للقاضي.

المطلب الأول: ماهية السلطة التقديرية للقاضي في الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني: ماهية السلطة التقديرية للقاضي في القانون الوضعي.

المبحث الثاني: مجال رقابة المحكمة العليا على السلطة التقديرية للقاضي المدني.

المطلب الأول: مضمون السلطة التقديرية للقاضي المدني.

المطلب الثاني: نطاق رقابة المحكمة العليا على السلطة التقديرية للقاضي المدني.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية.

المبحث الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في تحديد موضوع العقد.

مقدمة

المطلب الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في تفسير العقد.

المطلب الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في تحديد نطاق العقد.

المبحث الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في تعديل العقد.

المطلب الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في تعديل العقد في مرحلة التكوين.

المطلب الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في تعديل العقد في مرحلة التنفيذ.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

المبحث الأول: الضوابط العامة الواردة على سلطة القاضي التقديرية في الإثبات.

المطلب الأول: مفهوم الإثبات.

المطلب الثاني: المبادئ الموضوعية المقيدة لسلطة القاضي التقديرية في الإثبات.

المبحث الثاني: ضوابط سلطة القاضي في تقدير ادلة الإثبات المختلفة.

المطلب الأول: ضوابط سلطة القاضي في تقدير طرق الإثبات المباشرة.

المطلب الثاني: ضوابط سلطة القاضي في تقدير طرق الإثبات الغير مباشرة.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض.

المبحث الأول: ماهية التعويض.

المطلب الأول: مفهوم التعويض.

المطلب الثاني: شروط استحقاقه.

المبحث الثاني: الضوابط الواردة على سلطة القاضي في تقدير التعويض.

المطلب الأول: ضوابط سلطة القاضي في تقدير التعويض في الدعوى المدنية.

المطلب الثاني: ضوابط سلطة القاضي في تقدير التعويض في الدعوى المدنية بالتبعية.

الخاتمة.

الفصل الأول:

ماهية السلطة التقديرية للقاضي المدني
ورقابة المحكمة العليا عليها

الفصل الأول: ماهية السلطة التقديرية للقاضي ورقابة المحكمة العليا عليها

تعتبر السلطة التقديرية أداة هامة في سد الفجوات التي يتسبب فيها النص القانوني، فهذا الأخير مهما بلغ من درجات الكمال يقف عاجزا امام الإمام بكل الوقائع والظروف التي تحيط بالدعوى المتنازع فيها، لذلك يعتبر القاضي حجر الزاوية في مختلف الأنظمة القانونية لأنه المكلف بتطبيق القانون، وهو المطالب بالتكيف مع الوقائع المختلفة من أجل اصدار حكم قضائي يوافق العدالة وينسجم مع النص القانوني، لذلك يقع عاتق القاضي إلى جانب تطبيقه للقانون أن يراعي التوازن والحكمة في استخدام ما منحه المشرع من هامش لسلطة التقدير، لأن إساءة استعمال هاته السلطة ينجر عنه حتما اختلالا في ميزان العدالة،

إن العمل القضائي واسع مترامي الأطراف، متشعب القوانين والنصوص، تختلف فيه طريقة سير ونظر القضايا من فرع لآخر، إلا انها رغم اختلاف فروع القضاء نجدها تلتقي عند مصطلح السلطة التقديرية، فالقاضي الإداري كما القاضي العادي كل منهما له هامش من سلطة التقدير، والقاضي الجزائي كما القاضي المدني كل منهما منحه المشرع مكنة السلطة التقديرية، هذا المصطلح يعترضنا كل ما كنا بصدد عمل قضائي، بل أبعد من ذلك نجد هذا المصطلح في مجالات أخرى بعيدة عن مجال المحاكم، فالإدارة لها سلطة تقديرية، والمحكم له سلطة تقديرية، كذا السياسي ورجل الدين، وحتى رب الأسرة كل منهم يتمتع بهامش من سلطة التقدير تختلف بحسب المجال الذي تستعمل له، وبالتالي وإن كان يفترض في هؤلاء معرفة المقصود من السلطة التقديرية المخولة لهم فإن القاضي إلى جانب أنه يفترض علمه بالقانون فإنه من باب أولى يفترض فيه أن يعرف إلى جانب ذلك وبشكل دقيق كل الجوانب المتعلقة بالسلطة التقديرية المخولة له حتى يكفل بذلك وصول حكمه القضائي إلى اعلى درجات الانصاف (المبحث الأول).

إن خطورة السلطة التقديرية لا تنفي أبدا أن العمل القضائي عمل انساني غير منزل، والقاضي بصفته بشر أولا وأخيرا فإنه معرض ككل الناس للخطأ، إلا أن خطأ القاضي يختلف أثره وخطورته على خطأ الناس العاديين، ومن هنا تحتم على المحكمة العليا بسط رقابتها على عمل القاضي حتى لا يكون حكمه بمثابة رصاصة تخرج ولا تعود وعلى هذا الأساس يمارس القاضي في كل الأنظمة القضائية سلطة تقديرية تحت رقابة المحكمة العليا (المبحث الثاني)،

المبحث الأول: ماهية السلطة التقديرية للقاضي:

إن مصطلح السلطة التقديرية يعترضنا كل ما كنا بصدد عمل قضائي بمفهومه الواسع، فلا يقتصر مفهومها على مجال القانون الوضعي، بل يشمل إلى جانب ذلك كل شخص كان بصدد الحكم بين المتخاصمين وفض المنازعات الناشئة بينهم، فالقاضي يتمتع بسلطة تقديرية دائماً، تتسع وتضيق بحسب النظام القانوني الخاضعة له، ولأجل ذلك سنحاول الوقوف على ماهية السلطة التقديرية للقاضي، وذلك بالوقوف على مفهومها في مختلف الأنظمة القانونية، فندرس ماهية السلطة التقديرية للقاضي في الشريعة الإسلامية (المطلب الأول)، ثم ننتقل لدراستها في القانون الوضعي (المطلب الثاني) مع قصر دراسة هذا المطلب على القانون الإداري والجزائي.

المطلب الأول: ماهية السلطة التقديرية للقاضي في الشريعة الإسلامية.

إن البحث في مفهوم السلطة التقديرية للقاضي، يقتضي منا أولاً الوقوف على مفهوم المتغيرات المكونة لهذا اللفظ من جهة (الفرع الأول)، ومن ثم تتبع مفهوم السلطة التقديرية للقاضي وضوابطها عند فقهاء الشريعة الإسلامية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي في الشريعة الإسلامية.

نقف على تعريف لفظ السلطة (أولاً)، ثم تعريف لفظ التقدير (ثانياً).

أولاً - تعريف السلطة التقديرية لغة: لا يمكننا تبين مفهوم السلطة التقديرية دون أن نقف على مفهومها لغة.

01-تعريف لفظ سلطة لغة: من سلط يسלט سلاطه، ويسلط بسلاطه، والسلاطة: القهر والحدة، التسليط: إطلاق السلطان، وقد سلطه الله عليه فتسلط، والاسم سلطة¹، وفي نفس المعنى سلطه أي أطلق له السلطان والقدرة، وتسلط عليه وتمكن وسيطر عليه، وهذا نفس معنى السلطة فهي السيطرة والتحكم².

¹ <https://n9.cl/m0vvm> ، تاريخ الدخول 15 أكتوبر 2024، الساعة 21:30د.

² مجمع اللغة العربية، قسم المعاجم و المقاييس، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، 2005، ص443.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

وهو نفس ما يذهب إليه معجم مقاييس اللغة من أن السلطة مصدر سلط، والسين واللام والطاء أصل واحد، ويقصد بها القهر، ولذلك سمي السلطان سلطاناً، والسلطان هو الحجة، والسيط من الرجال هو الرجل الفصيح، أما المرأة السليطة فهي الصاحبة¹، ومن معانيها أيضاً القدرة والملك² وفي القرآن الكريم <<... ولو شاء الله لسلطهم عليكم³...>>

02- تعريف التقدير لغة: يقال قدر كل شيء مقداره: مقياسه، وقدر الشيء بالشيء يقدره قدراً وقدره: قاسه.

وقادرت الرجل مقداره: اذا قايسته وفعلت مثل فعله، والتقدير على وجوه ومعاني:

أحدهما: التروية والتفكير في تسوية الأمر وتهيئته.

الثاني: تقديره بعلامات يقطعه عليها.

الثالث: أن تنوي أمراً بعقدك، تقول: قدرت أمر كذا وكذا أي نويته وعقدت عليه⁴

ثانياً- تعريف السلطة التقديرية للقاضي في الشريعة الإسلامية.

لم يعرف فقهاء الشريعة الإسلامية مصطلح السلطة التقديرية، رغم أنهم عرفوا معناه ومضمونه، إذ انه مصطلح معاصر وضعته الأنظمة القانونية الحديثة⁵، ولكنهم عرفوا بدلاً عنه مصطلح اجتهاد القاضي، فنتبع من خلال هذا الفرع.

الفقرة 01- الإجهاد لغة: الاجتهاد افتعال من الجهد وهو مصدر جهد كنفع و هو من المصادر الثلاثية،

جهد: الجُهدُ والجُهدُ: الطاقة، وقيل الجُهدُ المشقة والجُهدُ المشقة، وعند الليث الجُهدُ ما جهد الإنسان من مرض أو أمر شاق فهو مجهود

وقال ابن الأثير: قد تكرر لفظ الجُهد والجُهد بالفتح المشقة، وقيل المبالغة، والغاية، وبالضم الوسع والطاقة.

¹ ابي الحسن أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، الجزء الثالث، دون ط، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دون سنة، ص 95.

² <https://n9.cl/9civb>، تاريخ الدخول 15 أكتوبر 2024، الساعة 21:30 د.

³ النساء، الآية 90.

⁴ <https://n9.cl/ri0gx>، تاريخ الدخول 2024/10/15 الساعة 21:30 د.

⁵ درويش سة ركة و ت كريم، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي والقانون العراقي والسوداني (دراسة مقارنة)، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون المقارن، كلية الشريعة و القانون، قسم الفقه المقارن، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2011، ص 65.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

أما الاجتهاد والتجاهد: بذل الوسع والمجهود، وفي حديث معاذ اجتهد رأي الاجتهاد بذل الوسع وفي طلب الأمر، والمراد به رد القضية التي تعرض للحاكم من طريق القياس إلى الكتاب والسنة¹

102 الفقرة 02- الاجتهاد اصطلاحاً: إن أول عمل يطرح للقاضي هو استنباط الحكم الشرعي الذي يحكم مجموع المسألة المعروضة عليه من بينات وأمارات ودلائل، من خلال النصوص الشرعية القطعية الدلالة، وإلى هنا لا اجتهاد للقاضي، فصميم عمله هو الاهتداء للقاعدة الشرعية المناسبة لحكم المسألة، وتطبيقها عليها، وهذا هو التكييف عند رجال القانون.

ولكن الأمر يدق إذا لم يجد القاضي في النصوص الشرعية حكماً قطعي الدلالة يحكم المسألة، فيقع القاضي بين واجبه في استصدار الحكم من جهة، وانعدام النص من جهة أخرى، فيتحتّم عليه الاجتهاد في الرأي، وقد ورد عن الحارث ابن عمرو أن رسول الله عندما أراد أن يبعث معاذاً إلى اليمن قال (كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟ قال أقضي بكتاب الله، قال فإن لم تجد في كتاب الله؟ قال فبسنة رسول الله، قال فإن لم تجد في سنة رسول الله ولا في كتاب الله؟ قال أجتهد رأيي ولا آلو...) فأقره رسول الله صلى الله عليه وسلم على ذلك واستحسنه،

ويبدو أن هذا الحديث قد كان سند الأصوليين في الانتقال بمهمة القاضي من التزام البحث في الكتاب والسنة إلى دور جديد يصل إلى خلق قواعد جديدة، وإن كان هذا الدور غير مطلق بل مضبوط في حدود حدها الأصوليون، إلا أنه لا يخفى أثره في مجال دور القاضي في الشريعة الإسلامية².

فاجتهاد القاضي في معنى الحديث هو القضاء في خارج مورد النص، سواء في حالة انعدام النص أو في حالة عدم قطعية دلالاته، ويعرف الاجتهاد القضائي في الشريعة الإسلامية بأنه است فراغ القاضي وسعه في درك الاحكام الشرعية، ومن ثم تنزيل هذه الأحكام على الواقع تنزيلاً محكماً لوضع حكم للنزاع المطروح على القاضي والاجتهاد في كل حكم شرعي ليس فيه دليل قطعي³.

الفرع الثاني: مشروعية السلطة التقديرية في الشريعة الإسلامية

¹ <https://n9.cl/uqkaip> ، تاريخ الدخول 2024/10/15، ساعة 21:45.

² شحاتة إبراهيم إبراهيم، في إجتهد القاضي (نظرة مقارنة)، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مج 04، ع 02، 1962، ص 01.

³ نهاية السؤل للإمام جمال الدين عبد الرحيم الإسنوي المتوفي سنة 776 هجرية، في شرح منهاج الوصول في علم الأصول، للقاضي ناصر الدين عبد الله بن عمر بن محمد ابيضاوي المتوفي سنة 685 هجرية، ط 01، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1999، ص 394. وفي هذا المعنى أنظر أيضاً: قطب الرسوني، الإجتهد القضائي المعاصر، ط 01، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2007، ص 11.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

إذا كانت السلطة التقديرية للقاضي ترتبط بالنص الشرعي وجودا وعدما، فتنعدم في حالة وجوده، وتتسع أو تضيق في حالة انعدامه أو عدم قطعته، فإن منح السلطة تقديرية للقاضي على ضرورته للعمل القضائي، لم يكن مجرد اجتهد من الأصوليين والفقهاء لا يسنده أدلة شرعية تبرر منح هذه المكنة للقاضي حتى يتسنى له الفصل في المنازعات المعروضة عليه، لذا سنبحث من خلال هذا الفرع عن مشروعية منح سلطة تقديرية للقاضي في الشريعة الإسلامية.

أولاً: مشروعيتها من القرآن الكريم: وردت عديد الآيات البينات في القرآن الكريم، أولها الأصوليون ومفسري القرآن من باب منح الشارع مجالا للاجتهاد في الحكم، ونذكر من بين هذه الآيات:

01- قوله تعالى ((وداود وسليمان إذ يحكمان في الحرث، إذ نفشت فيه غنم القوم، وكنا لحكمهم شاهدين، ففهمناها سليمان، وكلا آتينا حكما وعلما))¹، قال الشافعي: قال الحسن بن أبي الحسن: لولا هذه الآية، لرأيت أن الحكام قد هلكوا، ولكن الله تعالى، حمد هذا بصوابه، و أثنى على هذا باجتهاده².

والآية تدل على أن كل من النبي داود والنبي سليمان عليهما السلام قد اجتهدا الحكم، وثبت الحكم، ثم نسخ حكم داود عليه السلام ونزل النص بتقرير حكم سليمان، والله تعالى أثنى على حكم داود باجتهاده، وأثنى على حكم سليمان بإصابته في الحكم³.

02- قوله تعالى ((قال هي راودتني عن نفسي، وقد شهد شاهد من أهلها إن كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين، وإن كان قميصه قد من دبر فكذبت وهو من الصادقين))⁴، قال ابن عربي إن قوله "شهد" تأتي بمعنى الحكم، و في نفس هذا المعنى يقول الإمام القرطبي: "شهد شاهد من أهلها" أي حكم حاكم من أهله، فهو حكم وليس شهادة⁵، وربط هذه الآية بمشروعية منح سلطة تقديرية يعود لاعتماد الشاهد فيها في معرض انعدام الدليل على المذنب إلى اجتهاده في اعتبار قرينة قد القميص دليل على المذنب من بين المتهمين.

¹ الأنبياء، (78-79).

² الإمام البيهقي، أحكام القرآن للإمام الشافعي، ط 01، دار إحياء العلوم، بيروت، لبنان، 1990، ص 466.

³ محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، ط 01، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص 83.

⁴ يوسف، (25-26)

⁵ العمري محمد علي محمد علي، السلطة التقديرية في القضاء الإسلامي وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية، أطروحة مقدمة إستكملا لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، 2005، ص 33.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

03-قوله تعالى: ((يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم، ومن يقتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة، أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياما ليدوق وبال أمره، عفا الله عما سلف ومن عاد فينتقم منه، والله عزيز ذو انتقام))¹.

ويحكم في معنى الآية يقضي، ويفسر الطبري قوله تعالى " يحكم به ذوا عدل منكم " أي يحكم بذلك الجزاء الذي هو مثل المقتول من الصيد عدلان منكم، يعني فقهاء عالمان من أهل الدين والفضل، ويحكم أي يقضي بالجزاء ذوا عدل²، ووجه الدلالة في قوله " يحكم به ذوا عدل " أي لهما سلطة تقدير الهدي كجزاء، وقد اختلف فيه أيكون جزاء المثل من النعم، أم يكون ثمن المثل دراهم³، وهل يكون صغير الهدي مثل كبيره؟ وفي هذا الموضع يبرز ابن عربي دلالة مشروعية السلطة التقديرية من خلال الآية، في خلافه لرواية عن مالك قال فيها: إن صغير الهدي مثل كبيره في القيمة، كما أن صغير الأدمي مثل كبيره في الدية، ويرد ابن عربي بقوله عن هذا غير صحيح، فالدية مقدرة جبرا، وهذا (يقصد الهدي من النعم في الآية) وهذا مقدر نظرا، يحكم به ذوا عدل⁴.

04-قوله تعالى: ((ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف)) ووجه الدلالة في الآية في كيفية التقدير بقوله تعالى " ومتعوهن " وقوله " على الموسع قدره وعلى المقتر قدره " فطريق تقدير المتعة الواجبة هو إثبات المقدار على اعتبار حالة الإعسار وحالة اليسار، و طريقه الاجتهاد، وغالب الظن⁵.

ثانيا: مشروعيتها من السنة النبوية المطهرة: ثبت في السنة المشرفة الكثير من الأحاديث النبوية الدالة على مشروعية الاجتهاد القضائي ولعل أشهرها وأكثرها قطعية حديث معاذ رضي الله عنه عندما بعثه النبي صلى الله عليه وسلم إلى اليمن ووجه الدلالة فيه إقرار النبي لقول معاذ أجتهد رأيي ولا آلو وقد تم ذكر ذلك، ويمكننا تتبع مشروعية السلطة التقديرية للقاضي من خلال السنة النبوية في عديد الأحاديث نذكر منها

¹ المائدة، (95).

² الطبري محمد بن جرير، تفسير الطبري (جامع البيان عن تأويل آي القرآن)، المجلد الثالث، ط 01، مؤسسة الرسالة للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت، لبنان، 1994، ص 170.

³ الطبري محمد جرير، المرجع نفسه، ص 166 و ما بعدها.

⁴ ابن عربي، أحكام القرآن، القسم الثاني، ط 03، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003، ص 187.

⁵ أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، الجزء الثاني، دون طبعة، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1996، ص 143.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

01- قوله عليه الصلاة والسلام من حديث شهاب بن عباد قال حدثنا إبراهيم بن حميد عن قيس عن عبد الله في ثناء النبي على صاحب الحكمة يقضي بها ويعلمها حين قال ((لا حسد إلا في اثنين:- رجل أتاه الله مالا فسلطه على هلكته في الحق، ورجل أتاه الله حكمة فهو يقضي بها ويعلمها))¹، ووجه الدلالة فيه قوله رجل أتاه الله حكمة فهو يقضي بها، والحكمة عند علماء الشريعة لا تخرج عن التبصر والتقدير الصحيح المصحوب بنفاذ البصيرة، ووضع الشيء في موضعه، وهي عند ابن القيم فعل ما ينبغي، على الوجه الذي ينبغي، في الوقت الذي ينبغي².

02- قوله صلى الله عليه وسلم، عن حديث بسر بن سعيد عن قيس مولى عمر بن العاص عن عمر بن العاص انه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ((إذا حكم الحاكم فاجتهد فأصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر))، وروي من طريق آخر عن أبي هريرة رضي الله عنه³، ووجه الدلالة في قوله إذا حكم الحاكم فاجتهد، فهو دلالة قطعية على مشروعية الاجتهاد، وأن له أجرا حتى ولو أخطأ، ومعنى الخطأ هنا لا يعود على الخطأ فيما كلف به القاضي ولكنه يعود على خطأه في عدم إصابة النص رغم اجتهاده⁴.

ويستشف من الحديث في نظر الباحث أكثر من مجرد وضع حكم لأثر الاجتهاد بل هو دعوة صريحة للاجتهاد في القضاء، وبث للطمأنينة والأمان لدى القاضي في سبيل إعماله لسلطته التقديرية باجتهاده دون خوف من مغبة الخطأ فيه، ونرى أن الحديث يعد من بين أقوى الأدلة على مشروعية السلطة التقديرية للقاضي في السنة النبوية.

03- قوله صلى الله عليه وسلم من حديث هشام عن أبيه عن زينب بنت أبي سلمة عن أم سلم زوج رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال:- ((إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي على نحو ما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئا فلا يأخذه فإنما

¹ صحيح البخاري، (جامع المسند الصحيح المختصر)، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب ما جاء في اجتهاد القضاء بما انزل الله، حديث رقم 7316، دون طبعة، جمعية البشري الخيرية للخدمات الإنسانية والتعليمية، 2016، ص 3239.

² <https://n9.cl/7m1jqr> يوم الدخول، 05. 06. 2022/ على الساعة 12:42 دقيقة.

³ راجع في ذلك، صحيح البخاري، مرجع سابق، نفس الكتاب، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، رقم الحديث 7356، ص 3251/ صحيح مسلم، باب كتاب الأفضية، باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، ط 01، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، لبنان، 1991، حديث رقم 1716، ص 1342/ سنن الترمذي، كتاب الأحكام عن رسول الله، باب ما جاء في القاضي يصيب و يخطأ، المجلد الثاني، ط 01، دار التأصيل، 2014، حديث رقم 1373، ص 452/ سنن ابن ماجة، كتاب الأحكام، باب يجتهد القاضي فيصيب الحق، جزء الأول، ط 01، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، رقم الحديث 2314، ص 776.

⁴ الاجتهاد للجويني، ص ص 45-46.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

أقطع له قطعة من النار)) وفي رواية ((إنما أنا بشر مثلكم، وإنه يأتيني الخصم، فلعل بعضهم أن يكون أبلغ من بعض فأحسب أنه صادق، فأقضي له، فمن قضيت له بحق مسلم، فإنما هي قطعة من النار، فليحملها أو يذرها))¹، ووجه الدلالة قوله عليه الصلاة والسلام ((فأقضي على نحو ما أسمع)) وقوله ((فأحسب أنه صادق))، ما يستفاد منه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقضي بالاجتهاد في ما لم يرد عليه به نص، فيعمل اجتهاده في ما يسمع من المتقاضين، ويرجع بناء على ما تقاضفه الخصوم من ادعاءات وبيانات وحجج الطرف صاحب الحق، ثم يقضي له.

ثالثا: مشروعية السلطة التقديرية من الأثر: يمكننا تتبع العديد من الدلائل على مشروعية السلطة التقديرية للقاضي في الأثر وسنقتصر على أهمها.

01-رسالة عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري، ولأهميتها تسمى عند الناس بسياسة القضاء وتدير الحكم ويطلق عليها حديثا تسمية دستور القضاء²، ومما ورد فيها يعزز مشروعية السلطة التقديرية للقاضي ما يلي:

((فأفهم إذا أدلي إليك فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له))³ ووجه الدلالة دعوته رضي الله عنه للاستماع قبل الفهم، فواجب القاضي أن يستمع بعناية للمتخاصمين، ثم من صميم ما أدلي إليه يبذل الجهد في الوصول إلى الحكم، ويقول الإمام شمس الدين السرخسي أن الفهم بذل المجهود في إصابة الحق، وقيل معناه فهم مراد المتخاصمين كل على حدا⁴، ومما يدل على مقصده رضي الله عنه الاجتهاد من وراء دعوته للفهم قوله في موضع آخر من الرسالة.

((... الفهم الفهم عندما يتلجلج في صدرك مما لم يبلغك في كتاب الله ولا سنة النبي صلى الله عليه وسلم، اعرف الأمثال والأشباه وقس الأمور عند ذلك ثم اعمد إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق فيما ترى...)) ووجه الدلالة ربط الفهم بمواضع انتفاء النص الشرعي، والمعروف أن قرينة الاجتهاد انعدام النص فكلما

¹ صحيح البخاري، مرجع سابق، كتاب الاحكام، باب موعظة الإمام للخصوم، رقم الحديث 7169، ص 3166/ صحيح مسلم، مرجع سابق، كتاب الأقضية، باب الحكم بالظاهر واللعن بالحجة، رقم الحديث 1713، ص 1337_1338/ سنن الترمذي، مرجع سابق، كتاب الأحكام عن رسول الله، باب ما جاء في التشديد على من يقضي له بشيء ليس له أن يأخذه، حديث رقم 1386، ص 458-459.

² راجع في ذلك كل من المبسوط للسرخسي، الجزء 16، كتاب أدب القاضي، ط01، مطبعة السعادة، مصر، دون سنة، ص 60./ محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 90.

³ السنن الكبرى للبيهقي، الجزء العاشر، ط03، كتاب الشهادات، باب لا يحيل حكم القاضي على المقضي له و المقضي عليه، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 2033، ص 252-253./ سنن الدار قطني، الجزء الرابع، كتاب في الأقضية و الأحكام وغير ذلك، رقم 4425، دون طبعة، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، لبنان، 2008، ص 733.

⁴ المبسوط للسرخسي، المرجع نفسه، ص 60 وما بعدها.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

غم النص الشرعي على القاضي فتح باب اجتهاده، ثم أكد على معرفة الأمثال والأشباه وقياس الأمور عليها، ثم اختيار أحبها إلى الله فيما يرى، وهذا فيما نرى صميم الاجتهاد القضائي بمفهومها الشرعي، والسلطة التقديرية للقاضي بمفهومها الحديث، والقاضي مكلف بالتدبر وطول النظر والاجتهاد¹.

02-رسالة عمر رضي الله عنه للقاضي شريح، ((إذا جاءك شيء في كتاب الله فقضي به، ولا يلفتك عنه الرجال، فإن جاءك أمر ليس في كتاب الله فانظر سنة رسوله صلى الله عليه وسلم فاقض بها، فإن جاءك ما ليس في كتاب الله وليس فيه سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فانظر ما اجتمع عليه الناس فخذ به، فإن جاءك ما ليس في كتاب الله ولا فيه سنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يتكلم فيه أحد قبلك فاختر أي الأمرين شئت: إن شئت أن تجتهد برأيك وتقدم فتقدم، وإن شئت أن تتأخر فتأخر، ولا أرى التأخر إلا خيراً لك))²، ووجه الدلالة فيه قوله ((إن شئت أن تجتهد برأيك وتقدم فتقدم)) وهي دعوة صريحة لإعمال الرأي في حالة انتفاء النص، ولا يؤخذ قوله((... ولا أرى التأخر إلا خيراً لك)) على محمل كراهية الاجتهاد، فزماننا غير زمانهم، إذ في زمانهم كان في المجتهدين كثرة، فإذا امتنع أحدهم عن الاجتهاد لا يضيع حكم الله تعالى، أما في زماننا ففي المجتهدين قلة، فإذا امتنع هذا فلا يوجد من يجتهد، فيؤدي ذلك إلى ضياع حكم الله تعالى³.

03-رواية عبد الرحمان بن يزيد، قال قال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه((أيها الناس قد أتى علينا زمان لسنا نقضي ولسنا هنالك، فإن الله عز وجل قد بلغنا ما ترون، فمن عرض له منكم قضاء بعد اليوم فليقض فيه بما في كتاب الله عز وجل، فإن أتاه أمر ليس في كتاب الله فليقض بما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم، فإن أتاه أمر ليس في كتاب الله عز وجل ولم يقضي به رسول الله فليقض بما قضى به الصالحون، فإن أتاه أمر ليس في كتاب الله عز وجل ولم يقضي به رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يقضي به الصالحون فليجتهد رأيه ولا يقولن أحدكم إني أخاف، و إني أرى، فإن الحلال بين والحرام بين وبينهم أمور مشتهية، فدع ما يريبك إلى ما لا يريبك))⁴.

¹ احمد سحنون، رسالة القضاء، دون طبعة، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، المملكة المغربية، 1992، ص 19.

² السنن الكبرى للبيهقي، مرجع سابق، رواية رقم 20342، ص 197.

³ حسام الدين عمر بن عبد العزيز، كتاب شرح أدب القاضي، للخصاف، تحقيق هلال سرحان، ط 01، مطبعة الإرشاد، بغداد، الجمهورية العراقية، وزارة الأوقاف، إحياء التراث الإسلامي، 1977، ص 261.

⁴ السنن الكبرى للبيهقي، المرجع نفسه، رواية رقم 20343، ص 197-198.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

المطلب الثاني: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي في القانون الوضعي.

بعد تطرقنا لجوانب السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، بقي لنا أن ندرس جوانبها في القوانين الوضعية، على اعتبار أن موضوع الدراسة يتمثل في دراسة ضوابط السلطة التقديرية في فرع من فروع القوانين الوضعية ألا وهي المادة المدنية، وقد غنى عنا البيان أن السلطة التقديرية في العمل القضائي بصفة عامة لا تقف عند فرع من الفروع دون الآخر، فهي مكون للعمل القضائي أيا كان نوعه، ولا يمكن في نظرنا الإحاطة بها في فرع واحد دون الإلمام بمبادئها العامة في الفروع الأخرى، فالقانون وإن تعددت أحكامه واختلفت فروعه فروحه واحدة ومنبعه واحد، والقاضي وإن تقيد اختصاصه في مجال معين إلا أنه يخضع قبل الاختصاص إلى هذا القانون، وبناء على ذلك ندرس من خلال هذا المطلب السلطة التقديرية في القانون الإداري (فرع أول) ثم نتقل لدراستها في القانون الجنائي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: السلطة التقديرية في القانون الإداري.

تعتبر السلطة التقديرية من أهم المميزات التي تحظى بها الإدارة، وترتبط هذه الميزة أساسا بالمركز السامي للإدارة في القانون الإداري، وهذا ما تمليه المصلحة العامة التي تعد أساسا للقانون الإداري، وتسمح للإدارة باتخاذ القرار الأكثر ملائمة لحسن سيرها، ولكن منح مثل هاته المكنة للإدارة يقابله منح صلاحية مراقبتها من طرف القضاء الإداري، بغية ضمان عدم خروج الإدارة عن مبدأ المشروعية الذي يخضع السلطة الإدارية للقانون، وكما أن القانون يفرض رقابة على سلطة الإدارة التقديرية حفاظا على مبدأ المشروعية، فهو بالمقابل يفرض حدود لهذه الرقابة حتى لا يصبح القاضي الإداري بمركز سلطة إدارية على أعمال الإدارة، وسندرس من خلال هذا الفرع السلطة التقديرية في القانون الإداري من خلال السلطة التقديرية للإدارة (أولا)، ورقابة القاضي الإداري عليها (ثانيا).

أولا- السلطة التقديرية للإدارة: لا يقتصر دور الإدارة على مجرد التطبيق الحرفي للقانون، وإلا أصابها الجمود والركود وانعدام مكنة الابتكار والاختراع بما لا يخدم سير الإدارة ويعرقل تحقيق المصلحة العامة¹، وفي سبيل ممارستها هذه السلطة تلزم الإدارة بحدود ومعايير معينة.

01- معنى السلطة التقديرية للإدارة: لا يثير مفهوم مصطلح السلطة التقديرية اختلافا في

المعنى بين فروع القانون، فالمعنى واحد وقد تم تفصيل ذلك، ولكنه يثير اختلافا في الأحكام، فممارسة

¹ ياقوتة عليوات، السلطة التقديرية للإدارة، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، ع 34، 2015، ص 369

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

السلطة التقديرية تختلف معاييرها وضوابطه من مجال لآخر، والمقصود بالسلطة التقديرية للإدارة هو تمتع الدارة بحيز من حرية التصرف، يسمح لها باتخاذ ما تراه مناسباً لحسن سيرها، وفي الوقت الذي تراه يخدم مرفق الإدارة ويحقق المصلحة العامة¹، ويتنازع مفهوم السلطة التقديرية عند الفقه مفهومين.

فقرة 01- المفهوم الإيجابي للسلطة التقديرية للإدارة: يرى أصحاب هذا الرأي أن السلطة التقديرية للإدارة ترتبط ارتباطاً وثيقاً بمبدأ المشروعية²، فهي تدور وجوداً وعدماً مع إرادة المشرع، وهو الذي يحدد متى يكون للإدارة حرية التصرف والتقدير، وفي هذا يقول الفقيه بونار bounar أن السلطة التقديرية للإدارة هي الحالة التي يترك فيها القانون للإدارة الحرية في أن تتدخل أو تمنع، أو تقرر الزمن في كيفية وفحوى قراراتها³، فهي وإن كانت سلطة تقديرية إلا أنها محصورة في مجالات محددة⁴.

فالمفهوم الإيجابي للسلطة التقديرية عند هذا الجانب من الفقه يرى أنها حق ذاتي للإدارة مقرر ومعتترف به من قبل المشرع، على اعتبار أنه من غير اللائق للمصلحة العامة تحديد الطريق الذي تسلطه الإدارة إزاء كل نشاط تباشره، غير أن هذا الحق مقيد بحالتين:

- حالة عدم وجود نص تشريعي يحكم المسألة محل القرار الإداري
- أو حالة عدم تحديد النص التشريعي للإجراء الواجب اتباعه⁵.

وبذلك نرى أن المفهوم الإيجابي للسلطة الإدارية وإن كان يعطي هامشاً للإدارة في التقدير واتخاذ القرار الإداري الأنسب والأكثر ملائمة لمصلحة السلطة العامة والمرفق الإداري، إلا أنه لا يمكن أن

¹ جمال الدين محمود سامي محمد، العمل الشرطي والسلطة التقديرية للإدارة، الفكر الشرطي، مركز بحوث الشرطة، مج 03، عدد 03، سنة 1994، ص 56.

² (يقصد بمبدأ المشروعية في معناه العام، خضوع الجميع لحكام ومحكومين لسيادة القانون، وأن جميع الأجهزة والسلطات العامة في الدولة يجب أن تلتزم وتخضع في جميع تصرفاتها وأعمالها لحكم القانون في مفهومه العام، وكل عمل أو تصرف يخرج عن أحكام ومقتضيات مبدأ المشروعية يكون عملاً غير مشروع ...) راجع في ذلك عمار عوابدي، دروس في القانون الإداري، معهد العلوم القضائية والإدارية، جامعة الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص 232.

³ سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، ط 01، دار الفكر العربي، مصر، 1957، ص 22.

⁴ وضع الفقيه فالين قاعدة في ذلك (Elle est liée pas juste; Elle n'est pas liée par l'utile) ويشرحها الفقيه الطماوي بأنه لا يكون للإدارة حرية تقدير قانونية إلزاماتها، بل تكون إختصاصاتها في حدود حالة تحديد مناسبة إتخاذ القرار، أو إتخاذه بصورة معينة، أو إتخاذه في وقت معين) راجع في ذلك، سليمان الطماوي، السلطة التقديرية والسلطة المقيدة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، س 04، ع 1.2، سنة 1950، ص 102.

⁵ أبو ارميلة بسام محمد، مفهوم السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية عليها (دراسة مقارنة بين القضائين الإداريين الفرنسي والسعودي)، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد والإدارة، مج 25، ع 01، سنة 2011، ص 176.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

تعارض هذه السلطة مع مبدأ المشروعية¹، الذي يضبط الحيز العام لها، وفي كل الحالات فإن القانون يعطي للإدارة سلطة تقديرية إما بصورة مطلقة أو بصورة مقيدة والفرق بينهما أن السلطة التقديرية للإدارة هي الحالة التي يعطي فيها القانون للإدارة حرية التصرف في مسألة معينة كما سبق شرح ذلك، بينما السلطة المقيدة للإدارة هي الحالة التي يحدد فيها القانون على وجه الدقة الطريق الذي تسلكه والاجراء الواجب الاتباع في مسألة معينة ومنذ الوهلة الأولى.

ويرى فقيه القانون الإداري سليمان الطماوي، أن السلطة المقيدة تعتبر ضمان هام للأفراد في تعاملاتهم مع الإدارة، التي تلتزم بالشروط المادية التي فرضها القانون في إجابة طلبات الأفراد دون أن يكون لها الانحراف عن هذه الضوابط، ما يمنعها من التعسف بموجب مالها من سلطة تقديرية التي يتميز بها النوع الآخر من السلطة².

فقرة 02- المفهوم السلبي للسلطة التقديرية للقاضي: على خلاف من الاتجاه الأول الذي

يربط السلطة التقديرية بمبدأ المشروعية القانونية، فإن أنصار الاتجاه السلبي للسلطة التقديرية يرون أن مبدأ المشروعية يتمثل في رقابة القاضي الإداري على أعمال الإدارة، وأن هذه السلطة لا توجد إلى في حالة انعدام الرقابة القضائية، على اعتبار أن القاضي لا يراقب إلا ما تباشره الإدارة من اختصاصات مقيدة³.

فالإدارة تتسع سلطتها التقديرية في الحالات التي تمارس فيها اختصاصاتها دون رقابة عليها من القضاء الإداري، ولما كانت الإدارة ترتبط بالقانون من جانب، وتمارس الواقع من جانب آخر، فإنه يمكننا القول أن السلطة التقديرية للإدارة تغيب تماما في حالة ممارستها لمسألة من مسألة القانون، وتتسع وتضيق في حالة ممارستها للواقع، على اعتبار أن القاضي يراقب تطبيق الإدارة للقانون ويقدر في نفس الوقت سلوك الإدارة في مجال الواقع، فتتقيد سلطتها بكل مسألة تخضع لرقابة القضاء الإداري.

¹ لمزيد من الإيضاح حول مبدأ المشروعية راجع في ذلك كل من، كاظم هناء عباس، السلطة التقديرية ومبدأ المشروعية، مجلة الكلية الإسلامية الجامعة، مج 05، ع 15، سنة 2011، ص 261-262/ رمضان محمد بطيخ، مبدأ المشروعية و ضمانات احترامه، ندوة دور القضاء الإداري في دعم وتعزيز الخدمة المدنية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، 2007، ص 32-01/ محمد رشدي موسى الطيب، مبدأ المشروعية في القرار الإداري، مجلة العدل، س 22، ع 56، سنة 2020، ص 146-128.

² سليمان الطماوي، السلطة التقديرية والسلطة المقيدة، مرجع سابق، ص 99.

³ أبو ارميلة بسام محمد، مفهوم السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية عليها (دراسة مقارنة بين القضائين الإداريين الفرنسي والسعودي)، مرجع سابق، ص 180.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

أي بعبارة أخرى كما يرى الفقيه سليمان الطماوي انه ليس هناك ثمة قرار تقديري بحت، وأن التقييد في القرار الإداري يرد على عنصر بعينه من عناصر القرار الإداري، لذا يجب تحليل هذا القرار واستخراج الجوانب التقديرية والجوانب المقيدة¹، وهذا لا يكون إلا بفهم المسائل القانونية والمسائل الواقعية التي تمارس من خلالها الإدارة سلطاتها التقديرية.

وبالتالي فممارسة السلطة التقديرية ليست خاضعة دائما لرقابة القاضي الإداري، فالتصرفات التقديرية للإدارة تعتبر أعمال مادية (مسألة واقعية) بحتة تستند للملائمة والنفع، وإن كان القاضي في رقابته للمشروعية يمارس رقابة صارمة، إلا أن الأمور تطورت وأصبحت هذه الرقابة على أعمال الإدارة محدودة مقيدة بالفهم والتقدير الجيد للوقائع، ومبنية على دقة الوقائع، أو إساءة استخدام السلطة²، ما يبرر تقييد السلطة التقديرية للإدارة برقابة القاضي الإداري، أن هذا الأخير على خلاف من القاضي العادي، لا يقتصر دوره على كشف القاعدة القانونية، بل بدوره يتسع لخلق قواعد قانونية مستقلة³، وذلك بما للقاضي الإداري من هامش كبير في الاجتهاد القضائي

وتجدر الإشارة إلى أنه وإن كان أغلب الفقه يربط مفهوم السلطة المقيدة برقابة القاضي الإداري، إلا أن هناك من يرى أن المفهوم المقيد للسلطة التقديرية للإدارة هي تلك الحالة التي يفرض فيها القانون على الإدارة وبصفة أمرة الطريق الذي يجب أن تسلكه في مسألة معينة⁴، ويرى الباحث أن هذا الرأي على قلة القائلين به إلا أنه الأكثر انتاجا في المعنى، فربط السلطة التقديرية للقاضي بالمشروعية، يعني أن المشروعية في القرار الإداري ترتب أثارا مهمة على السلطة التقديرية للإدارة، وهته الآثار كما انها تقرر مساحة من التقدير المقيد في حالة ارتكاز القرار على النص القانوني، فإنها بنفس الشكل ترتب مساحة أوسع للإدارة لممارسة السلطة التقديرية، اما الرقابة القضائية على أعمال الإدارة فلا يمكن حصرها في نطاق معين دائما، فقد توجد في حالة ممارسة الإدارة لسلطة تقديرية بموجب النص القانوني، كما توجد في حالة انعدام النص أو قصوره.

¹ نابي عبد القادر، حدود التشابه والاختلاف بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة للإدارة، دفاتر السياسة والقانون، مجلد 07، عدد 13، سنة 2015، ص 356.

² Wenceslas BUSANE RUHANA MIRINDI, Le contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'administration par le juge administratif congolais, thèse présentée de l'obtention du garde de docteur en sciences juridiques, faculté de droit et de criminologie, département de droit public, 2010, p 08.

³ أبو ارميلة بسام محمد، مفهوم السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية عليها (دراسة مقارنة بين القضاء الإداري الفرنسي والسعودي)، المرجع السابق، ص 179.

⁴ نابي عبد القادر، حدود التشابه والاختلاف بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة للإدارة، المرجع نفسه، ص 355.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

02-مبررات السلطة التقديرية للإدارة وضوابطها: تمثل الإدارة بما لها من صلاحيات

السلطة العامة، وتؤدي مهامها على أساس من الملائمة ويهدف تحقيق المصلحة العامة، ومن أجل تحقيق الأهداف المنوطة بها خولت لها سلطة تقديرية لا على سبيل التزيد وإنما لأجل غايات معينة، وحتى لا تتحول هذه السلطة التقديرية لسلطة تسلطية رسم لها القانون حدود معينة من أجل حفظ حقوق الأفراد وحمايتهم من المركز القوي للإدارة كممثل للسلطة العامة.

فقرة 01- مبررات منح سلطة تقديرية للإدارة وضوابطها : إن منح سلطة تقديرية للإدارة

تمليه ضرورات متعددة تصب مجملها في تحقيق المصلحة العامة التي تعتبر معيارا لمشروعية العمل الإداري بصفة عامة، وهي التي تبرر بوجه أساسي حرية الإدارة في التصرف، غير أن هذه الحرية مرتبطة بنطاق معين لا تخرج منه، ولضمان تقييد الإدارة بصدد أعمال سلطتها التقديرية بما رسمه المشرع من حدود لها، كان على الإدارة مراعات مجموعة من الضوابط التي تسمح لها بتنظيم أعمالها وقراراتها بما يحقق حسن سيرها، وفي نفس الوقت يحمي المتعاملين معها الذين لا يكونون بنفس مركزها المتميز من تعنتها وتعسفها.

أ-مبررات السلطة التقديرية للإدارة: تدور مبررات منح سلطة تقديرية للإدارة في مجملها

حول تحقيق المصلحة العامة، وتتمثل في مبررات متعلقة بتحقيق المصلحة العامة، ومبررات متعلقة بمقتضيات النشاط الإداري وأخرى متعلقة باعتبارات قانونية.

*مبررات المصلحة العامة: ليس من المصلحة العامة تقييد الإدارة بموجب نصوص قانونية

جامدة بحيث تصبح الإدارة مجرد آلة لتنفيذ أوامر المشرع دون مراعاة الواقع العملي¹، فالإدارة لها أساليب فنية في تنظيم أعمالها تختلف باختلاف الوقائع والظروف، وفرض طريق معين على الإدارة هو بمثابة سلبها حقها في تطوير نفسها، وتحسين وسائلها التنظيمية والإدارية، مما يعود بالسلب على الإدارة والمصلحة العامة، كما أن من أهم أساليب تطور الإدارة هي مكنة الابتكار والاختراع، والتضييق على السلطة التقديرية للإدارة بمثابة وضع عصي في عجلة الابتكار.

كما أن منح سلطة تقديرية للإدارة للحفاظ على المصلحة العامة لم يعد مجرد مبرر لمشروعية منح سلطة التقدير للإدارة، بل تجاوزه ليصبح معيار لقياس مدى مشروعية العمل الإداري ككل، فكل عمل أو

¹ بوعكة شهنواز، السلطة التقديرية للإدارة، رسالة ماجستير في القانون الإداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح- ورقلة- 2014، ص 20.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

قرار تصدره الإدارة ولا يراعى فيه جانب المصلحة العامة هو عمل غير مشروع يقع تحت طائلة رقابة القضاء الإداري، وهذا ما يبرز مدى أهمية المعيار بالنسبة للسلطة العامة الذي يرتبط هدف وجودها ونشأتها أساساً بهذا المعيار حسب أنصار نظرية العقد الاجتماعي¹، وهذا ما يبرر ما تحوزه السلطة العامة من امتيازات في مواجهة الأفراد.

لهذا يجب أن نفرق بين سلطة الإدارة التقديرية في حماية المصلحة العامة، وبين المصلحة العامة كهدف أساسي لعمل الإدارة، فحدود سلطة الإدارة التقديرية هي تحقيق المصلحة العامة، ولا سلطة تقديرية لها للمفاضلة بين تحقيق المصلحة العامة أو تحقيق مصلحة الإدارة في ذاتها، فإذا ما تعارضت مصلحة الإدارة مع المصلحة العامة وجب تغليب المصلحة العامة ولا سلطة تقديرية للإدارة في ذلك، فالمصلحة العامة هي ضابط على السلطة التقديرية للإدارة ومحدد لنطاقها وهدفها الأساسي الذي وجدت من أجله.

***مقتضيات النشاط الإداري:** يرى جانب من الفقه² أن السلطة المقيدة للإدارة تتمثل أكبر ضمان لحماية حقوق الأفراد من تعسف الإدارة، إلا أن الغلو في تقييد سلطة الإدارة قد يتعارض مع مقتضيات النشاط الإداري الذي يتطلب الكثير من الليونة والتصرف بما يقتضيه الواقع العملي وبحسب ظروف الحال، ولا يمكن للمشرع مهما اجتهد أن يحيط بما تواجهه الإدارة من مواقف وظروف قد تتعدى إدراك المشرع والقاضي على حد سواء، لما تستلزمه من خبرة وأساليب فنية ووسائل خاصة تقتضي منها الإدارة معلوماتها، وتقييد الإدارة في هذا الجانب تنجر عنه عواقب وخيمة تؤثر في حسن سير الإدارة وكذا تعطل المصلحة العامة.

ولمراعات الواقع العملي وجب منح مجال من حرية التقدير والتصرف للإدارة من أجل مواجهة التحولات الكبرى التي تواجهها الإدارة اليوم في أهدافها ووسائلها وأساليبها ونشاطها، مما ينعكس إيجاباً على الإدارة والأفراد في آن واحد ويحقق المصلحة العامة³، ومن هنا يمكن القول أن السلطة التقديرية للإدارة من أهم مقتضيات النشاط الإداري، ولا يمكن بأي حال الغلو في تقييدها على اعتبار حماية حقوق الأفراد في مواجهة المركز المتميز للإدارة، فحماية حقوق الأفراد لا تتحقق بأحد وجهي السلطة التقديرية

¹ البقالي وديع، المصلحة العامة والسلطة التقديرية للإدارة، مجلة الدراسات القانونية والإدارية، ع 18، سنة 2017، ص 273.

² سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 23.

³ المخزومي عمر محمود سليمان، السلطة التقديرية في اتخاذ القرارات الإدارية، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، مج 10، ع 31، سنة 2017، ص 36.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

دونا عن الآخر، فكما أن تقييدها يعد ضمانا مباشرا لحماية حقوقهم، فإن حرية الإدارة في التصرف هو الآخر ضمان هام لذلك وإن كان ضمانا غير مباشر.

***الاعتبارات القانونية:** سبق القول أن المشرع ليس له من الخبرة والدراية بالأساليب الفنية لحسن سير الإدارة ما يمكنه من ضبط نشاط الإدارة في كل المواقف التي تعترضها على وجه دقيق يحقق الصالح العام، فكان من اللزوم منح هامش من الحرية للإدارة في تقدير المناسب لحسن سيرها بما تمتلكه من وسائل فنية تسمح لها بذلك، خاصة في ظل تعدد القوانين وجودها في بعض الأنظمة القانونية مما يربك ويؤثر على نشاطات الإدارة وقراراتها على المستوى الواقعي المتميز بسرعة تطوره خاصة في ظل التقدم التكنولوجي، ما يحتم مراعاة لمركز الإدارة المتميز بصفتها أداة لممارسة السلطة العامة وذلك بإسناد مهمة التشريع في نطاق محدد بيد السلطة العامة ممثلة في السلطة التنفيذية، لمواجهة هذه التغيرات سواء في مجال الواقع العملي أو التشريع.

ويمثل التشريع باللوائح أهم وسائل السلطة التنفيذية في تنظيم سير الإدارة وضبط ممارساتها، لما تتميز به من مرونة وبساطة في إجراءات وضعها وتعديلها واتساع نطاقها¹، ما يسمح لها بوضع الإدارة في مناخ عمل يحقق الأهداف المرجوة منها دون تأثرها بسرعة تطور الواقع العملي.

ب- ضوابط السلطة التقديرية للإدارة: تنحصر السلطة التقديرية كقاعدة عامة في مجال الواقع، فكلما كان هناك مجال لحرية التقدير كلما كنا بصدد واقع يتم تقديره وفق ما يتلاءم ومنظور الإدارة ودون معقب عليها من القضاء الإداري، على اعتبار المبررات التي خولتها مثل هذه السلطة ومن أهمها المصلحة العامة، وهذا لا يعني أن حرية التقدير مطلقة تمارسها الإدارة وفق هواها، بل تتقيد بضوابط محددة تساهم في منع استبدادها وتعنتها.

وترتبط هذه الضوابط مباشرة بمبدأ المشروعية، وفي هذه النقطة ننتقل من مجال الواقع لمجال القانون الذي تقع الإدارة في حالة مخالفته تحت رقابة القضاء الإداري، ويمكن إجمالها فيما يلي:

- مراعاة قواعد الاختصاص: إذا حدد القانون جهة معينة لممارسة الاختصاص، أو شكلا إجرائيا معيناً، فإن الإدارة ملزمة باحترامه تحت طائلة البطلان¹، ولا سلطة تقديرية لها في ذلك، بل تمارس هذه السلطة من خلال قالب وضعه المشرع مسبقاً لا تجوز مخالفته.

¹ المخزومي عمر محمود سليمان، السلطة التقديرية في اتخاذ القرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 37.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

- يجب أن تتم ممارسة السلطة التقديرية في إطار القواعد القانونية دون مخالفتها، فالقانون عندما يسمح للإدارة بتكريم الموظفين الذين يقومون أثناء تأدية مهامهم بعمل شجاع مثبت قانوناً أو مجهودات استثنائية، تنحصر فيه سلطة الإدارة التقديرية في اختيار نوع التكريم المحدد قانوناً² (المادة 113 من الأمر 03-06) إما بالاستفادة من أوسمة و/أو مكافآت، وليس لها الخروج عما حدده القانون ومكافأته بالترقية مثلاً، لأن شروط الترقية محددة بموجب نص المادة 107 من الأمر رقم 03-06، ولا سلطة تقديرية للإدارة في ذلك.

- مراعات المصلحة العامة، وفي ذلك لا يراقب القضاء الإداري النشاط التقديري للإدارة، ولكنه يراقب مدى استخدامه فيما شرع له³، فنقل الموظف إجبارياً في إطار حركات نقل الموظفين يخضع لتقدير الإدارة، غير أنه يرتبط بضرورة المصلحة المادة 158 من نفس الأمر، وإلا اعتبر تعسفاً من الإدارة التي تقرر نقل الموظف إجبارياً دون سبب جدي يبرر ذلك، كذلك لجوء إحدى الجهات الحكومية لنزع الملكية للمنفعة العامة، يجب التأكد من أن هذا الإجراء يصب في صالح المصلحة العامة ولا يرتبط بمصلحة شخصية.

- مراعاة الوقائع: يجب على الإدارة مراعاة تناسب القرار المتخذ مع أهمية الوقائع، والتأكد من صحتها، فسلطة وزارة النقل في منع أو منح رخص لاستعمال سيارات النقل ليست مطلقة، بل يجب أن يكون على أساس من الوقائع الثابتة المقدرة تقديراً صحيحاً⁴.

- يجب التحقق من الأسباب التي تبني عليها الإدارة قراراتها التقديرية، ويجب أن تكون أسباب حقيقة، ومطابقة للأنظمة⁵، فالإدارة التي تقرر توقيع عقوبات تأديبية على الموظف، يجب أن تستند لأسباب حقيقة تخولها توقيع العقوبة التأديبية، مطابقة للنصوص القانونية المحددة للنظام التأديبي للموظف، فالإدارة ملزمة بتبرير أسباب العقوبة التي حددها القانون مسبقاً، كالتخلي عن الواجبات المهنية، أو المساس بالانضباط المادة 160 من الأمر 03-06.

¹ العيسى غزيل سعد عبد الله، محددات وضوابط السلطة التقديرية في اتخاذ القرارات الإدارية ودور القضاء في الرقابة عليها، المجلة العربية للإدارة، مج 39، ع 03، سنة 2019، ص 184.

² الأمر رقم 03-06 مؤرخ في 19 جمادى الثانية عام 1427 الموافق ل 15 يوليو سنة 2066 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج ر 46.

³ بوعكة شهناز، السلطة التقديرية للإدارة، مرجع سابق، ص 25.

⁴ سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 48.

⁵ العيسى غزيل سعد عبد الله، مرجع نفسه، نفس الصفحة.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

- يجب أن تكون الوقائع التي استندت لها الإدارة خاضعة للتكييف القانوني الصحيح، فقرار الإدارة بعدم منح ترخيص بفتح محل عام لقربه من أماكن العبادة، أو قرارها بإغلاق محلات لخطورتها على الصحة العامة، أو إخلالها بالسكينة والنظام العام، مسائل قانونية تخضع فيها الإدارة لرقابة القاضي الإداري، فيجب أن يكون هذا التقدير خاضعاً للأنظمة القانونية واللائحة التي تحدد مسألة القرب والبعد، وكذا معايير الإخلال بالصحة العامة، والسكينة، والنظام العام¹.

كل هذه الضوابط المذكورة على سبيل المثال، فلا يمكن حصرها ولكن يمكننا وضع معيار نحدد فيه متى تكون الإدارة ملزمة بحدود معينة في استعمال نشاطها التقديري، وهذا المعيار يرتبط بفرز أعمال الإدارة، فكلما كانت الإدارة تمارس نشاطاً تقديرياً على مسألة واقعية بحتة كلما كانت سلطتها التقديرية مطلقة، وكلما ارتبط نشاطها التقديري بممارسة نشاط من قبيل القانون كلما كانت مرتبطة بحدود وضوابط لا يمكن مجاوزتها تقع فيها تحت رقابة القاضي الإداري، أي بصيغة أخرى يمكننا القول أنه متى ما وقع النشاط التقديري للإدارة تحت رقابة القاضي الإداري فإنها تمارس نشاطاً مضبوطاً ومحدداً لا سلطة تقديرية لها فيه، بقي أن نقف على كيفية رقابة القضاء الإداري على سلطة الإدارة التقديرية وهو ما سندرسه من خلال الآتي.

ثانياً: رقابة القضاء الإداري على السلطة التقديرية للإدارة: تخضع الإدارة في أعمالها لأشكال متعددة من الرقابة، سواء كانت رقابة داخلية تقيمها الإدارة نفسها، أو رقابة خارجية تسند لجهة بعيدة عنها، وأهم هذه الأشكال وأنجعها هي رقابة القضاء الإداري على أعمال الإدارة، والذي يهدف أساساً إلى حماية الحريات الفردية²، وإن كانت المصلحة العامة تقتضي منح سلطة تقديرية للإدارة كما تقدم بيان ذلك، إلى أن ضمان استعمالها في حدود الضوابط المحددة لها يقتضي إخضاعها لرقابة القضاء الإداري وهو ما سيتم دراسته من خلال التالي.

01- فحوى رقابة القضاء الإداري على السلطة التقديرية للإدارة: نتطرق لدراسة ماهية

الرقابة القضائية، ثم ننتقل لدراسة موقف الفقه والقضاء منها.

فقرة 01- ماهية الرقابة القضائية: نتطرق لدراسة مفهومها ومميزاتها ودرجاتها تباعاً.

¹ راجع في ذلك كل من سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 48/ العيسى غزيل سعد عبد الله، محددات وضوابط السلطة التقديرية في اتخاذ القرارات الإدارية ودور القضاء في الرقابة عليها، مرجع سابق، ص 184.

² الطماوي سليمان محمد سليمان، مشكلة استبعاد المشرع لبعض القرارات الإدارية من رقابة القضاء الإداري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، مج 03، ع 01، سنة 1961، ص 01.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

أ- مفهوم الرقابة القضائية: مر بنا أن مبدأ المشروعية في المجال الإداري يعني تحديد نطاق السلطة التقديرية للإدارة في القانون، فهو الذي يقيد سلطة الإدارة فلا تتجاوزها مما يعرقل تحقيق المصلحة العامة، أي بمعنى آخر أن مبدأ المشروعية هو معيار لتحديد المصلحة العامة، فكلما تقيدت الإدارة بالقانون كلما ساهم ذلك في تحقيق أهدافها التي وجدت من أجلها والتي تصب أساساً في تحقيق المصلحة العامة، غير أن تزايد نشاط الإدارة واحتكاكها بالمجتمع سواء في إطار التنظيم الإداري أو مع الأفراد يجعل من خرق مبدأ المشروعية أمر واد، فأصبح من الضروري إخضاع الإدارة لنظام رقابي يحمي مبدأ المشروعية ويفرضه في حالة الخروج عليه، ويتمثل هذا النظام الرقابي إلى جانب الرقابة الداخلية بـ رقابة القضاء الإداري.

ويقصد بالرقابة القضائية ولاية القضاء الإداري على المنازعات التي تقوم بين الجهات الإدارية، والأعمال التي تصدر منها لضمان عدم خرق مبدأ المشروعية¹، أي أن الرقابة القضائية هي تلك الصلاحيات المخولة للقضاء الإداري لحماية المشروعية، وإزالة العيوب التي تلحق القرارات الإدارية وجبر الأضرار المتولدة عنها²، وكذا تحقيق نوع من الملائمة بين المصلحة العامة ومصلحة الأفراد، غير أن القاعدة العامة أن رقابة القضاء في المجال الإداري ليست رقابة ملائمة بقدر ما هي رقابة مشروعية فأى خرق أو إخلال للقواعد التي تضعها السلطة التشريعية أو التنفيذية يعرض قراراتها للإلغاء لعدم المشروعية³.

ب- مميزات الرقابة القضائية على عمل الإدارة: تتمتع الرقابة القضائية على أعمال الإدارة بمميزات تميزها عن غيرها من طرق الرقابة يمكن إجمالها فيما يلي

بخلاف الرقابة السياسية التي يكون مصدرها البرلمان والرقابة الإدارية الداخلية التي تتولها الإدارة ذاتها، فإن الرقابة القضائية تتولها المحاكم الإدارية ومجلس الدولة وهذا ما نصت عليه المواد 800 و 901 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁴.

¹ المقابلي علي بن سيف بن سالم، الرقابة القضائية على أعمال الضبط الإداري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة السلطان قابوس، عمان، 2012، ص 31.

² الدعجة باسم محمد قبلان، الرقابة القضائية على القرارات الإدارية خلال فترة فيروس كورونا (كوفيد 19)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة جرش، الأردن، 2021، ص 12.

³ ابري محيسن، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، ع 16، ص 287.

⁴ القانون 09-08 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

لا يمارس القضاء الإداري رقابته على أعمال الإدارة من تلقاء نفسه، فهي ليست رقابة ذاتية بل يجب لممارستها أن ترفع دعوى قضائية أمامها بموجب عريضة شكلية كما نصت المادة 815 من نفس القانون، ويجب احترام الآجال القانونية المحددة في ذلك بموجب النصوص القانونية التي تنظم إجراءات التقاضي أمام المحاكم الإدارية، بينما لا تتقيد الإدارة الداخلية بمواعيد معينة إلا في إطار اللوائح التي تصدرها¹.

تكتسب الأحكام القضائية حجية الشيء المقضي فيه، وتكون ملزمة لأطرافها متى كانت نهائية²، فلا يمكن رجوع القاضي عن هذا الحكم إلا في الحالات المنصوص عليها في القانون، وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 297 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية³، بينما على خلاف ذلك لا يكتسب القرار الإداري أية حجية ويمكن الطعن فيه أمام القضاء الإداري كما يمكن الرجوع عنه⁴ متى كان في ذلك تحقيقاً للمصلحة العامة.

ليس للقضاء الإداري مكنة تعديل القرار الإداري أو إصدار قرارات بديلة عنه، فالقضاء الإداري تتمثل مهمته الأساسية من حيث رقابته على القرار الإداري إما في الإلغاء، أو التفسير، أو فحص المشروعية⁵، والقاضي الإداري كما هو سائد فقها يقضي ولا يدير فالأساس الذي يحكم القضاء الإداري هو مبدأ الفصل بين الإدارة والقضاء، ويدور الحكم القضائي بالنسبة للعمل الإداري إما بالحكم بمشروعيته أو عدم مشروعيته دون أن يمتد إلى النظر في مدى ملائمة القرار لأن ذلك اختصاص أصيل للإدارة⁶، بعكس الإدارة التي يمكن لها تعديل قراراتها، أو إلغائها وسحبها⁷، وإصدار قرارات بديلة عنها، وكل ذلك في إطار مبدأ المشروعية.

¹ المقابلي علي بن سيف بن سالم، الرقابة القضائية على أعمال الضبط الإداري، مرجع سابق، ص 37.

² المادة 2/296 من القانون 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية (... ويكون هذا الحكم بمجرد النطق به، حائزة لحجية الشيء المقضي فيه في النزاع المفصول فيه)

³ المادة 2/297 من القانون 09-08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية (غير أنه يمكن للقاضي الرجوع عن حكمه في حالة الطعن بالمعارضة أو اعتراض الغير الخارج عن الخصومة أو إلتماس إعادة النظر، ويجوز له أيضا تفسير حكمه أو تصحيحه ...).

⁴ المقابلي علي بن سيف بن سالم، الرقابة القضائية على أعمال الضبط الإداري، المرجع نفسه، ص 36.

⁵ المادة 801 من القانون 09-08.

⁶ سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، دون طبعة، دون دار نشر، 1993، ص 299.

⁷ طعيمة الجرف، القانون الإداري، دراسة مقارنة في تنظيم ونشاط الإدارة العامة، دون طبعة، ملتزم الطبع والنشر مكتبة القاهرة الحديثة، دار الحماني للطباعة والنشر، القاهرة، 1970، ص 419.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

ج- درجات الرقابة القضائية على أعمال الإدارة: يراقب القضاء الإداري عمل الإدارة على ثلاث مستويات تتمحور أساساً حول الرقابة على الوقائع أو بمعنى آخر رقابة على عنصر السبب في القرار الإداري وهي إما رقابة دنيا أو عادية أو قصوى.

رقابة دنيا: يقتصر دور القاضي الإداري فيها على التأكد من الوجود المادي للوقائع التي استندت عليها الإدارة في إصدار قرارها بالإضافة للرقابة على عناصر المشروعية، أي التأكد من صحة هذه الوقائع وعدم استناد الإدارة في قرارها لوقائع غير صحيحة أو غير موجودة وإلا كان قرارها معيباً يستوجب الإلغاء لعدم ارتكازه على أساس واقعي صحيح، وبالرقابة على سبب القرار الإداري يجد القاضي منفذاً له لمناقشة الأسانيد والدوافع الموضوعية التي حدت بالإدارة لإصدار القرار، والتي يجب أن يكون له وجود سابق على إصدار القرار وخارجي عنه، وهذا كله بحث في مدى مشروعية القرار الإداري، فالسبب لا يكون مشروعاً ما لم يرتكز على علة حقيقة صحيحة تبرر وجوده¹.

الرقابة العادية أو الوسطى: لا يقتصر فيها دور القاضي الإداري على مراقبة الوجود المادي للوقائع، بل يتجاوزه للبحث في مدى ارتكازها على سند قانوني، وبالتالي البحث إلى جانب الوجود المادي الحقيقي للوقائع على مدى صحة التكييف القانوني للإدارة لتلك الوقائع التي استندت عليها ومدى تحقيقها لمقاصد المشرع، فالقاضي في مجال الرقابة العادية يبحث أولاً في صحة الوقائع²، ثم ينتقل لبحث صحة التكييف القانوني الذي استندت عليه الإدارة في تبرير قانونية القرار الإداري الصادر، والتكييف كعملية ذهنية تقوم بها الإدارة لتحديد القاعدة القانونية التي تستوعب الواقع المادي مسألة قانونية لا سلطة تقديرية للإدارة فيها، فالغلط في التكييف غلط في القانون.

الرقابة القصوى (رقابة الملاءمة): الأصل أن تقدير مدى ملائمة القرار الإداري يدخل في صميم سلطة الإدارة التقديرية للإدارة إذ القاعدة العامة أن القضاء الإداري لا يتدخل في تقدير أهمية الوقائع وتناسبها مع مضمون القرار، غير أن للملائمة جانب آخر قانوني يدخل تحت رقابة القضاء الإداري الذي يراقب الجوانب القانونية المحيطة بالسلطة التقديرية وليس الجوانب التقديرية، ذلك أن القاضي الإداري

¹ مقلد غادي عاطف، رقابة التناسب في اجتهاد القضاء الإداري، مجلة الفكر القانوني والسياسي، مج 05، ع 2، ص 27.

² العموري محمد رسول، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية وأساليب الحد منها، مجلة تشرين للبحوث والدراسات العلمية، سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية، مج 37، ع 04، سنة 2015، ص 59.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

عندما يراقب التناسب فإنه قد يمارس أحد اختصاصات الإدارة العامة ويصبح بذلك الرئيس الأعلى للإدارة¹.

فأمام قصور درجات الرقابة الدنيا والعادية في بعض الأحيان ابتكر نظرية الموازنة بين المزايا والتكاليف للرقابة على القرار الإداري فيدرس مضمون القرار من جميع الجوانب التي دخلت أو ساهمت في إصداره وذلك بالبحث في الأثر الذي انصرفت له نية الإدارة عند إصدارها له، فتقوم موازنة بين الغاية والهدف²، وهذه الموازنة لا تقتصر على رقابة المسائل القانونية فحسب بل تتعداها لمناقشة المسائل الواقعية، وفي هذا تتحد الرقابة القصوى مع الرقابة العادية، التي مر بنا أنها تراقب مدى صحة الوصف الذي أعطته الإدارة للوقائع فهي رقابة على الوقائع وإن كان التكييف مسألة قانون إلا أنه ينصب على الواقع ويختلط به. ولا يمكن الفصل بينهما فصلا تاما،

إن الرقابة على عنصر الملائمة رقابة على مدى مشروعية القرار الإداري، ولما كنت المشروعية بمعناها العام التزام الإدارة القانون وعدم الخروج عليه في قراراتها، وإذا كانت القاعدة هي عدم الحلول محل الإدارة أو توجيه أوامر لها فإن هذه القاعدة لا تؤخذ على الإطلاق، فالقاضي لا يقف متفرجا على ذلك بل يتدخل لإلزام الإدارة حدود المشروعية وعدم خروجها على القانون³.

فقرة 02- موقف الفقه والقضاء من الرقابة القضائية على أعمال الإدارة: اختلف الفقه في مشروعية الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، بين معارض ومؤيد، وكل له مبرراته وحججه، وبسبب هذا الخلاف ظهر اتجاه ثالث معتدل، وسنتطرق بإيجاز إلى هذه الاتجاهات على اعتبار أن نفس الفلسفة التي غذت هذا الخلاف سنجد لها لاحقا في بحثنا لمشروعية السلطة التقديرية بصفة عامة.

أ- المذهب المعارض للرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة: يرى أنصار هذا الاتجاه أن فرض رقابة قضائية على أعمال الإدارة يأتي بنتائج عكسية تضر بالإدارة وبالتالي لا تحقق المصلحة

¹ محمد حسنين عبد العال، فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء، دون ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971، ص 72.

² زروق العربي، مبدأ الموازنة بين التكاليف والمزايا بين (بين المنافع والاضرار)، النظرية التقييمية كأسلوب حديث لمراقبة ملائمة القرارات الإدارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، مج 44، ع 01، سنة 2007، ص 143-144. راجع أيضا العزوي جمال، الرقابة القضائية على أعمال السلطة التقديرية للإدارة بين النظريتين، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، عدد 07 لشهر سبتمبر، 2014، ص 200.

³ أ. ر (مستشار الدولة بالغرفة الثانية، القسم الثاني)، دعوى إلغاء ومراقبة القاضي الإداري لمبدأ الملاءمة والمشروعية، محاضرات مجلس الدولة، المحاضرة الثانية، 07 جويلية 2021، منشورة بالموقع الرسمي لمجلس الدولة الجزائري <https://n9.cl/mbkjp>، تاريخ الاطلاع، 23، 06، 2022، الساعة 10:55.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

العامة، ولما كان تحقيق المصلحة العامة مناط عمل الإدارة فإنه من غير السليم تقييد السلطة التقديرية للإدارة بمثل هاته الرقابة التي تضع القاضي الإداري في مكانة رئيس إدارة أكثر منه قاضي إداري،

ولما كان القاضي الإداري مكلف بمراقبة الإدارة في إطار مراقبة المشروعية، وكانت الإدارة تمارس سلطتها التقديرية في إطار الملائمة فإن منح القاضي الإداري رقابة على السلطة التقديرية للإدارة هو فرض رقابة على الملائمة بطريق غير مباشر رغم أن القاضي الإداري لا يختص بالرقابة على الملائمة إذ هي اختصاص أصيل للإدارة وحدها فرضته جملة من المعطيات الواقعية التي تقدرها الإدارة بما لها من وسائل وأساليب فنية، فالإدارة في ممارسة سلطتها التقديرية تمارس مكنة منحها إياها المشرع، والمشرع من له أن يفرض على هذه السلطة ضوابط تقيدها وليس من الصواب أن يوضع القاضي الإداري موضع المشرع¹، يسوق أنصار هذا المذهب الحجج الآتية في تبرير مذهبهم:

يضع أنصار هذا المذهب القاضي الإداري في مركز مجلس الدولة، ويضعون الإدارة في مركز القاضي الإداري، ولما كان مجلس الدولة في اختصاصاته بمثابة جهة نقض على أعمال المحاكم الدنيا الإدارية، فهو بمنزلة المحكمة العليا في القضاء العادي، وغنى عن البيان أن محاكم النقض هي محاكم قانون تمتنع عن رقابة الواقع الذي يعتبر الوجه الآخر للسلطة التقديرية للقاضي وله فيه كل التقدير، لذا فإن القاضي الإداري ليس له أن يراقب سلطة الإدارة التقديرية في أعمالها التي تتخذها في إطار المشروعية ما التزمت في ذلك حدود القانون، وقد كان مجلس الدولة يمتنع عن مراقبة صحة الوقائع ولا حتى وجودها القانوني على اعتبار أنها لا تدخل في اختصاصاته²، ولا يفهم من ذلك أن هناك تناقض بين المشروعية والملائمة فغاية ما في الأمر أن القاضي الإداري يقتصر دوره على رقابة التزام الإدارة حدود القانون والمشروعية مسألة قانون، أما الملائمة فهي مسألة واقع تختص بها أصالة الإدارة³

يستند أنصار هذا المذهب لحجة أخرى فنية تتمثل في أن القاضي الإداري مهما وضع أمامه من وقائع وأسانيد وأدلة لا يمكنه أن يقيم النشاط التقديري للإدارة، لأنه يكون بعيدا عن المكان الذي وقعت فيه هذه الوقائع وفي زمن لاحق بفترة بعيدة عن زمن حدوثها، كما أن الوقوف على الأسباب الحقيقية التي

¹ العموري محمد رسول، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية وأساليب الحد منها، مرجع سابق ص 56.

² راجع في ذلك، رمضان محمد بطيخ، الإتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصري منها، دار النهضة العربية، 1966، ص 06 وما بعدها/ خالد خميس المحمد، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية عليها، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة حلب، غير منشورة، 2008، ص 159 وما بعدها./ صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 23.

³ خالد خميس المحمد، مرجع نفسه، ص 161.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

حدثت بالإدارة لاتخاذ قراراتها يحتاج إلى دراية كبيرة بمجال التسيير الإداري وعلى أساليب فنية يفقدها القاضي بصفته غير متخصص فيها فالقاضي كما سبق القول يقضي ولا يدير¹.

ويرى الباحث أن هاته الحجج لا يمكن الأخذ بها لتبرير عدم فرض رقابة على السلطة التقديرية للإدارة، فالقول أن محاكم النقض محاكم قانون لا تنظر للوقائع كلام مضلل، فمحاكم النقض وإن كانت محاكم قانون في الأصل إلا أنها لا تمتنع كلية عن رقابة الواقع، ونجدها في كثير من الأحيان تبسط رقابة على مسائل طالما اعتبرها الفقه مسألة واقع للقاضي فيها كل التقدير، كما أن وضع مثل هذه المقارنة يوحي أن محاكم النقض بمثابة رئيس إداري على المحاكم الدنيا، وهذا غير صحيح خاصة أن قرارات محاكم النقض ليست ملزمة كقاعدة عامة للمحاكم الدنيا، وبالتالي فوضع مقارنة بين عمل سلك القضاء وعمل الإدارة يعقد الأمور أكثر من تبسيطها.

كما يرى الباحث أن الاحتجاج بامتلاك الإدارة وسائل فنية وأساليب خاصة لإدارة أعمالها يجعلها القضاء لا يمكن طرحه في عصرنا الحالي على الأقل، في ظل إمكانية القاضي الاستعانة بأهل الاختصاص لتزويده بخبرة في المجالات البعيدة عن اختصاصاته.

ب- الاتجاه المؤيد لإخضاع الإدارة لرقابة القضاء: إلى جانب الاتجاه المعارض برز اتجاه آخر يرى أنه يجب أن تخضع الإدارة إلى رقابة القضاء الإداري، ليس فقط في مجال الرقابة على المشروعية، بل حتى في الرقابة على عناصر النشاط التقديري لها، أي عنصر الملائمة، على أساس أن القاضي الإداري على دراية كافية للكشف عن قواعد القانون الإداري ومبادئه²، ويمكنه حتى في ظل التزامه بمراقبة المشروعية أن يوسع من نطاق المشروعية لتلمس مجال الملائمة خاصة في المسائل التي يرى القاضي الإداري أنها تؤثر في المشروعية ويرى أنها تدخل في إطار سلطته التقديرية، ويبررون ذلك بالمركز الإنشائي للقاضي الإداري الذي يمكنه أن يخلق في بعض الأحيان حالات اختصاص جديدة يدخل بها الإدارة للسلطة المقيدة³.

ج- الاتجاه المعتدل في إمكانية فرض رقابة على أعمال الإدارة: يوافق هذا الجانب الاتجاه المؤيد في وجوب منح سلطة تقديرية للإدارة حتى لا تكون الإدارة آلة صماء لتنفيذ أحكام المشرع، ولكنه يعارضه

¹ راجع في ذلك صلاح يوسف عبد العليم، المرجع نفسه ص 77/ ليله حمد كامل، مبادئ القانون الإداري، ط1، مطابع منيمنة الحديثة،

بيروت، 1968 ص 78/ نوري سامية، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية،

قسم الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، الجزائر، 2012، ص ص 87-88.

² العموري محمد رسول، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية وأساليب الحد منها، المرجع السابق، ص 57.

³ خالد خميس المحمد، المرجع السابق، ص 163.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

في منحها إلى حد الإطلاق، وبالتالي فهو يوافق الاتجاه المعارض أيضا ولكن بشرط ضمان عدم تعسفها في استعمال السلطة ولا يكون ذلك إلا بإخضاعها لرقابة قضائية في حدود معينة.

ويقول الأستاذ سليمان الطماوي (أن جوهر السلطة التقديرية يقوم على الإطلاق، فهي تأبى التقييد بالنسبة للعنصر الذي تلازمه، وبالتالي فهي موجودة أو غير موجودة، وبهذا المعنى تكون الإدارة - في ممارستها للسلطة التقديرية- بمنجاة من كل رقابة قضائية إلا إذا دفع بأن الإدارة استعملت سلطتها التقديرية لتحقيق غرض غير مشروع، أو لم يجعله المشرع من اختصاصها فتكون الإدارة قد خرجت عن نطاق التقدير المتروك لها) ولكن الأستاذ بالمقابل يرى ان (القضاء الإداري لا يلغي القرار الإداري لعدم الملائمة ولكنه يخضع الملائمة ذاتها للرقابة إذا ما كانت الملائمة شرطا من شروط المشروعية)¹.

اذن فالملائمة قد تكون محلا لرقابة القضاء الإداري، إذا ما كانت شرطا من شروط المشروعية كما يرى الفقه (ديجي، دوبسون، محسن خليل) ويتحقق ذلك إذا كان الكشف على مشروعية القرار الإداري يقتضي حتما البحث في عنصر الملائمة²، وبالتالي يرى انصار هذا الاتجاه الأخذ بموقف وسط يكون بموجبه للإدارة سلطة تقديرية في اتخاذ القرار الملائم للمصلحة العامة، بشرط عدم خرق مبدأ المشروعية ولو كان ذلك بداعي الملائمة، ولتحقيق هذا التوازن يجب فرض رقابة قضائية في حدود معينة للقضاء الإداري على سلطة الإدارة التقديرية تمتد حتى للرقابة على عنصر الملائمة.

ومن خلال ما تقدم يرى الباحث أن هناك تنازعا واضح بين حدود سلطة التقديرية للإدارة في اتخاذ قراراتها من جهة، وبين حدود السلطة التقديرية للقاضي الإداري في الرقابة عليها، وقد تم التطرق في ما تقدم لحدود السلطة التقديرية للإدارة، فننتقل الآن لدراسة حدود السلطة التقديرية للقاضي الإداري في الرقابة على أعمال الإدارة.

02-حدود رقابة القضاء الإداري على السلطة التقديرية للإدارة: غنى عن البيان أن القاضي

الإداري لا يتصل بالقرار الإداري إلا بموجب دعوى يرفعها صاحب الصفة والمصلحة، وهذا من أهم الضمانات التي تبقي القاضي في مكانه الطبيعي دون أن تنتقل به إلى وظيفة رئاسية على الإدارة، كما ان القاضي الإداري حتى في ظل اتصاله بالقرار الإداري من خلال الدعوى فهو لا يعطي أوامر للإدارة تحت

¹ سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة (الانحراف بالسلطة)، دراسة مقارنة، ط 03، مطبعة جامعة عين شمس، دار الفكر العربي، 1978، ص 292.

² العموري محمد رسول، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية وأساليب الحد منها، المرجع السابق، ص 58.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

عليها سلوك نهج معين في تسيير أعمالها، وكل ما يملكه القاضي الإداري في ذلك محدد بموجب القانون، وهذا ما تؤكدته المواد 1800¹ و 801² من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

والملاحظ في نصوص المواد السالفة الذكر أن أهم أنواع الرقابة القضائية على أعمال الإدارة تتمثل في دعوى الإلغاء، ودعوى التعويض (دعوى القضاء الكامل)، على اعتبار أن دعوى التفسير لا تمس بالسلطة التقديرية للإدارة، وإنما تنحصر في توضيح مدلول القرار الإداري ومداه، أما دعوى فحص المشروعية فينحصر نطاقها في بيان مدى مطابقة القرار الإداري للقانون، بعكس دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل التان تمسان مباشرة بالقرار الإداري من ناحية القانون والواقع³، وعلى ذلك سنقتصر في دراستنا على رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة من خلال دعوى الإلغاء ودعوى التعويض

فقرة 01- دعوى الإلغاء: نتطرق أولاً لمفهوم دعوى الإلغاء ثم ننتقل إلى دراسة أثر دعوى الإلغاء على القرار الإداري

أ- مفهوم دعوى الإلغاء: يرى الأستاذ عمار بوضياف (أن دعوى الإلغاء وسيلة قانونية للمحافظة على مبدأ المشروعية وصيانتها وتكريس مفهوم دولة القانون في أرض الواقع⁴)، فدعوى الإلغاء في حقيقتها دعوى تتعلق بالمشروعية لهذا يطلق عليها تسمية دعوى تجاوز السلطة، وقد عرفها الفقه تعريفات مختلفة نذكر منها:

يعرفها الفقيه الفرنسي Delaubader بأنها (طعن قضائي يرمي إلى إبطال قرار إداري غير مشروع من طرف القاضي الإداري⁵).

¹ المادة 800 (المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية، تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً فيها)

² المادة 801 (تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في:

1- دعاوى إلغاء القرارات الإدارية والدعاوى التفسيرية ودعاوى المشروعية ...

2- دعاوى القضاء الكامل

3- القضايا المخولة لها بموجب نصوص خاصة)

³ عبد الله طلبة، القانون الإداري، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، القضاء الإداري، ط 02، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، منشورات جامعة حلب، دون سنة، ص 187.

⁴ عمار بوضياف، علاقة مبدأ المشروعية بالدعاوى الإدارية (دعوى الإلغاء نموذجاً)، مؤتمر القضاء الإداري-دعوى الإلغاء والتعويض- المنظمة العربية للتنمية الإدارية، الرياض، السعودية، 2008، ص 353.

⁵ (Le recours pour excès de pouvoir est un recours contieux visant a faire annuler par le juge administratif un acte administratif illégal) Delaubader (A), veneria (j.c), Gaudement (y), Traité de droit administratif.GD.Paris, 1999.p 536.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

يعرفها الفقيه الكبير سليمان محمد الطماوي بأنها (الدعوى التي يرفعها أحد الأفراد إلى القضاء الإداري يطلب فيها إعدام قرار إداري مخالف للقانون¹).

ويعرفها الأستاذ عمار بوضياف على أنها (دعوى قضائية ترفع أمام الجهات القضائية المختصة بغرض إلغاء قرار إداري غير مشروع طبقا لإجراءات خاصة ومحددة قانونا²).

ومن خلال هاته التعاريف نرى أنها تجمع على أن دعوى الإلغاء توجه ضد قرار مخالف للمشروعية، لهذا يقول الفقه أن دعوى الإلغاء ليست دعوى ضد الخصوم ولكنها دعوى ضد قرار³ (Le recours pour excès de pouvoir n'est pas un procès entre parties, mais un procès fait contre un acte).

وبالتالي يمكننا تعريف دعوى الإلغاء بأنها دعوى قضائية ترفع أمام القضاء الإداري، من طرف صاحب المصلحة، توجه ضد قرار إداري غير مشروع صادر عن الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية بغرض إبطال أو إلغاء هذا القرار.

ب- مراقبة القاضي الإداري للسلطة التقديرية للإدارة من خلال دعوى الإلغاء: مر بنا أن المبدأ في القضاء الإداري اقتصر دور القاضي على القضاء دوناً عن الإدارة، وبالتالي فالقاضي الإداري لا يراقب عنصر الملائمة من حيث الأصل غير أنه ولا اعتبارات عملية توجه الفقه إلى تمديد نطاق سلطة القاضي الإداري لمراقبة ملائمة القرار الإداري إذ كان لازماً للتأكد من مدى مشروعية القرار، ولما كان ذلك فإن القاضي الإداري بعد أن يتأكد من سلامة عريضة افتتاح الخصومة من الناحية الشكلية يمر للنظر في موضوعها، وأول موضوع يخضعه لرقابته هو فحص مدى مشروعية القرار الإداري، فإن وجد أنه لا يرتكز على أساس قانوني صحيح قام بإلغائه، ولكن السؤال المطروح هو الحالة التي يكون فيها القرار الإداري مستندا على أساس قانوني صحيح، فهل يمر القاضي للنظر في مدى صحة تقدير الواقع في القرار، أم أنه يقر الإدارة في قرارها بموجب ما لها من سلطة التقدير؟

وقد أجبنا على هذا السؤال بأن المشروعية لا تقف حدودها عند النص القانوني، بل تتعداه إلى كل ما من شأنه أن يمس بها ولو كان خاضعا أصالة لتقدير الإدارة، فتشمل رقابة القاضي الإداري عنصر

¹ سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القضاء الإداري، دراسة مقارنة، دون طبعة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1985، ص 151.

² عمار بوضياف، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دون ط، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 48.

³ راجع في ذلك، عبد الله طلبة، القانون الإداري، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 188/ عمار عوابدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، دار هومة للطباعة والتوزيع، الجزائر، طبعة 2003، ص 174.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

الملائمة طالما كانت رقابته لازمة ولا غنى عنها عند القاضي للتأكد من عدم مخالفة الإدارة للقانون، ولهذا يرى الفقيه هوريو أن تجاوز السلطة أوسع نطاقاً من عدم المشروعية، فالقاضي الإداري لا يلغي القرار الإداري فقط لعدم مشروعيته، ولكنه قد يلغيه أيضاً لخروجه عن الأخلاق الإدارية¹ (la moralité administrative)، وقد جعل الفقيه Delaubader عيب السبب وعيب الانحراف بالسلطة وجهاً من وجوه الإلغاء².

عيب السبب: غنى عن البيان أن لكل قرار إداري سبب ولو لم تفصح عنه الإدارة، ونرى أن القاضي في حالة رقابته على القرار الإداري المسبب يمارس رقابة على المشروعية، فيراقب مدى استفاء ركن السبب لعناصره القانونية، فالمشرع قد يتجه في بعض الأحيان إلى إلزام الإدارة باتخاذ قرارات معينة إذا ما توافرت شروط معينة يحددها القانون، هذه الشروط تتمثل في الأسباب التي يجب على الإدارة أن تأسس قرارها عليها³، فلا سلطة تقديرية للإدارة في هذه الحالة والرقابة عليها رقابة على مسألة من مسائل القانون.

بينما في حالات كثيرة لا ينتهج المشرع هذا النهج، فلا يحدد هذه الشروط أو يحددها ويترك مجالاً لتقدير الإدارة في اختيار نوعية القرار الذي تصدره، ومن هنا يتحول ركن السبب من مسألة قانون إلى مسألة واقع تخضع للسلطة التقديرية للإدارة، وهذا لا يعني أنها لا تقع تحت

طائلة رقابة القضاء الإداري، فالقاضي يراقب مدى توافر الوقائع التي ارتكزت عليها الإدارة في إصدار قرارها ومدى موضوعيته من خلال الجوانب المحيطة به

وفي ذلك يرى الفقيه سليمان محمد الطماوي، أن القاضي الإداري لا يراقب النشاط التقديري للإدارة في ذاته ولكنه يراقب مدى التزامها بوضع نفسها في أفضل الظروف والأحوال لممارسة هذا النشاط، وذلك بأن تمارسه بموضوعية بعيداً عن البواعث الشخصية، وفي إطار امتلاكها للعناصر اللازمة للتقدير، ويرى الفقيه أن هذا الالتزام القانوني لا مجرد ضابط من ضوابط الأخلاق والفن الإداري، فإن كانت الظروف المحيطة بإصدار القرار لا يمكن معها إجراء تقدير سليم، تكون الإدارة قد خرجت عن هذا الالتزام القانوني⁴.

¹ عبد الله طلبة، المرجع نفسه، ص 193.

² Delaubader (A), veneria (j.c), Gaudement (y), Traité de droit administratif, OP.CIT, P 533.

³ عمار بوضياف، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق، ص 197.

⁴ سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة (الانحراف بالسلطة)، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 293.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

ويرى الباحث أن القول بأن الظروف المحيطة بالقرار، والتزام الإدارة التحلي بالموضوعية بعيدا عن البواعث الشخصية مسألة من مسائل القانون، نابع من فكرة أن مسائل الواقع لا تخضع للرقابة، فيتجه الفقهاء كلما كانوا بصدد مسألة واقع تقع تحت طائلة الرقابة إلى إخراجها من دائرة الواقع وادخالها في دائرة القانون، بينما نرى أن الفصل بين مسائل الواقع ومسائل القانون لا يؤخذ على الإطلاق، فالرقابة القضائية ترد على كل جوانب القرار بما فيها الواقع ولو في حدود معينة، فالرقابة على البواعث رقابة على السبب الذي يتخذ كما أسلفنا مظهر القانون كما يتخذ مظهر الواقع، والرقابة عليه لا تخرجه من دائرة لتدخله أخرى، بل كل ما في الأمر أن القرار الإداري لا يمكن فصله من حيث الرقابة بين رقابة على الواقع وأخرى على القانون، فهو وحدة متماسكة يخالط فيها الواقع بالقانون والعكس.

عيب الانحراف بالسلطة: نحن لسنا بصدد ذكر كل التعريفات التي أوردها الفقه لعيب الانحراف بالسلطة فهو لا يدخل في مجال الدراسة، ونكتفي بالتعريف الذي أورده الأستاذ أحمد محيو بقوله، أنه (يكون هناك انحراف بالسلطة عندما تستعمل هيئة إدارية سلطاتها لغرض مغاير لذلك الذي منحت من أجله السلطة¹)، فالسلطة التقديرية تعتبر المجال الخصب لعيب الانحراف بالسلطة²، الذي يتخذ حالات عديدة نتطرق لأهمها:

إن أهم حالات الانحراف بالسلطة هي الحالة التي تنافي تحقيق المصلحة العامة، فالعمل الإداري وجد من أجل تحقيق المصلحة العامة، وقد قصرها الفقيه محمد الطماوي³ في حالتين

الحالة الأولى تتمثل في استعمال السلطة بغرض الانتقام ويرى الأستاذ أنها من أسوأ أنواع الانحراف في استعمال السلطة ذلك أن القصد منها هو الإضرار، فالإدارة التي تفصل الموضوع بسبب ضغائن شخصية لا تتصل بالصالح العام بسبب، استعمال السلطة لتحقيق أغراض شخصية لمصدر القرار أو للغير.

الحالة الثانية: الأغراض التي تجانب مبدأ تخصيص الأهداف: وهذه الحالة لا تخرج فيها الإدارة عن الصالح العام بيد أنها تخطئ في تحديد الأهداف المنوط بها تحقيقها، أو تخفق في استعمال الوسائل التي بين يديها على الوجه الصحيح بغرض تحقيق هذه الأهداف¹.

¹ أحمد محيو، المنازعات الإدارية، (ترجمة فائز انجق وبيوض خالد)، ط 07، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 112.

² نويرة سامية، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، مرجع سابق، ص 135.

³ راجع في ذلك : سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة (الإنحراف بالسلطة)، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 240-238.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

فقرة 02-دعوى التعويض: لا تختلف دعوى التعويض في القانون الإداري عن دعوى التعويض في القانون المدني فكلاهما يقوم على وظيفة واحدة هي الوظيفة الإصلاحية التي يهدف من ورائها إلى جبر الضرر، ومناط الدعويين واحد هو الضرر، ويرى الأستاذ عمار بوضيف أن دعوى التعويض تختلف عن دعوى الإلغاء من حيث نطاق السلطة التقديرية للقاضي، فهي واسعة في قضاء التعويض عنها في قضاء الإلغاء²، وعلى ذلك سندرس من خلال هاته الفقرة مفهوم دعوى التعويض، وتمييزها عن دعوى الإلغاء، ومن ثم آثارها.

أ- مفهوم دعوى التعويض: رغم أن أهم وأقوى وسائل الرقابة القضائية على أعمال الإدارة هي دعوى الإلغاء، لما فيها من خطورة على القرار الإداري لدرجة إعدام وجوده، إلا أنها غير كافية لبسط حماية كاملة للأفراد المتضررين من القرار الإداري الغير مشروع، ولما كانت الدولة مسؤولة عن أخطاء موظفيها³، فقد امتد اختصاص القضاء الإداري الى جانب إلغاء القرار الإداري إلى جبر الضرر اللاحق بالأفراد بسبب العيب في القرار، وذلك عن طريق دعوى التعويض، ودعوى التعويض تشمل جبر الضرر الناتج عن أي عمل مادي أو قانوني إداري صادر عن الإدارة، وقد اطلق على هذه الصورة من التقاضي دعوى القضاء الكامل بسبب امتداد سلطة القاضي لتشمل الإلغاء والتعويض معا.

وقد عرف الأستاذ عمار عوابدي دعوى التعويض بأنها (الدعوى القضائية الذاتية التي يحركها ويرفعها أصحاب الصفة والمصلحة أمام الجهات القضائية المختصة وطبقا للشكليات والإجراءات المقررة قانونا، للمطالبة بالتعويض الكامل، والعادل اللازم لإصلاح الأضرار التي أصابت حقوقهم بفعل النشاط الإداري الضار، وتمتاز دعوى التعويض الإدارية بأنها من دعاوى القضاء الكامل⁴)، وعلى عكس من ذلك يرى الأستاذ أحمد محيو أن دعوى القضاء الكامل ودعوى التعويض شيء واحد وانها هي السبيل الوحيد

¹ سليمان محمد الطماوي، المرجع نفسه، ص ص 343-353.

² عمار بوضيف، دعوى التعويض في القانون الجزائري، مؤتمر: القضاء الإداري- الإلغاء والتعويض، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، الرياض، 2008، ص 329.

³ (دعوى التعويض في فرنسا دعوى حديثة نسبيا، برزت للوجود بعد صدور قرار بلانكو الشهير، فقبل هذا القرار كانت الدولة لا تسأل على أخطاء موظفيها مهما بلغ الضرر من جسامته، غير أن صدور القرار غير هذه القناعة وادى إلى تحمل الدولة المسؤولية عن العمل الضار الصادر عن أعوانها، وقد قضت محكمة التنازع في قرار لها، أن دعوى التعويض ذات الطابع الإداري، لا تخضع للأحكام الواردة في القانون المدني...) عمار بوضيف، المرجع نفسه، ص 330/راجع في ذلك أيضا، سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثاني، قضاء التعويض وطرق الطعن فيه، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1986، ص 12 وما بعدها.

⁴ عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية- دراسة تأصيلية، تحليلية، ومقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، طبعة 1998، ص 255.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

للمواطن من أجل الحصول على تعويض عن الضرر الذي سببه العمل الإداري إذا ما ترتبت عنه مسؤولية¹،

وعرف الأستاذ عمور سلامي دعوى القضاء الكامل بأنها مجموعة دعاوى إدارية يرفعها ذوي الصفة والمصلحة، أمام القضاء المختص به بهدف المطالبة والاعتراف لهم بوجود حقوق (مراكز) شخصية مكتسبة، والتقرير أن الإدارة من خلال أعمالها القانونية أو المادية قد مست بهذه الحقوق الذاتية بصفة غير شرعية، ثم تقدير الاضرار المادية والمعنوية الناجمة عن ذلك، ثم التقرير بإصلاحها وجبرها، إما بإعادة الحال إلى ما كانت عليه على أساس القانون أو التعويض عنها².

ومن خلال التعاريف السابقة نجد ان هناك فرقا بين دعوى الإلغاء ودعوى التعويض، فعلى خلاف من ان دعوى الإلغاء هي دعوى ضد قرار، فإن دعوى التعويض، أو دعوى القضاء الكامل هي دعوى ضد الخصوم³.

ب- خصائص دعوى التعويض: تتميز دعوى التعويض بجملة من الخصائص: لها عدة خصائص يمكن حصرها فيما يلي:

* من حيث موضوعها فهي دعوى شخصية لا شخصية⁴، يهدف رافعها من ورائها إلى الحصول على تعويض جراء الضرر اللاحق به بسبب القرار الإداري، بعكس دعوى التعويض التي يكون الهدف منها إلغاء القرار الإداري، غير أن هذا التمايز بين موضوع دعوى التعويض وموضوع دعوى الإلغاء كثيرا ما يتحد في الدعوى الواحدة، فقد لا يقتصر رافع دعوى الإلغاء على مجرد طلب إعدام القرار الإداري ويتعداه إلى طلب الحصول على تعويض إن كان قد لحقه ضرر بسبب هذا القرار الإداري الغير مشروع.

¹ أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة محمد عرب صاصيلا، ط 04، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1986، ص338.

² عمور سلامي، الوجيز في قانون المنازعات الإدارية، محاضرات أُلقيت على طلبة كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بن عكنون، السنة الجامعية، 2008-2009، ص39.

³ عبدالله طلبة، مرجع سابق، ص302.

⁴ سلهب كندة فيصل، دعوى القضاء الكامل (دعوى التعويض) مفهومها- خصائصها- تمييزها عن دعوى الإلغاء، مجلة جامعة تشرين للبحوث والدراسات العلمية، سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية، مج 41، ع2019، ص307/عمار بوضياف، دعوى التعويض في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 331.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

*من حيث الجهة القضائية المختصة ترفع دعوى التعويض أما المحاكم الإدارية بخلاف دعوى الإلغاء التي يختص بنظرها مجلس الدولة كأول وآخر درجة¹، ويرى الأستاذ عمار بوضياف أن منح الاختصاص للمحاكم الإدارية للنظر في دعاوى التعويض الإدارية مردده لتشابه موضوعها بدعاوى التعويض المدنية².

يتمتع القاضي الإداري بصلاحيات واسعة في دعوى القضاء الكامل بخلاف دعوى الإلغاء التي يقتصر دوره فيها في مراقبة مشروعية القرار الإداري، فله سلطة البحث في أساس القرار الإداري، وله فوق ذلك البحث والتحقيق والتأكد من وجه المساس بالحق في القرار الإداري، وله أن يلغي القرار المخالف لمبدأ المشروعية ويحكم بالتعويض على أساس الخطأ، وله في حدود ضيقة تعديله كما هو الحال في الأخطاء المتعلقة بحساب الأصوات في الانتخابات³.

الفرع الثاني: السلطة التقديرية في القانون الجنائي.

تختلف فكرة السلطة التقديرية في القانون الجنائي عنها في القانون الإداري، فالقاضي الجنائي لا يمارس سلطته التقديرية على سبيل الرقابة كما في القانون الإداري، كما أنها تختلف في بعض جوانبها عن السلطة التقديرية للقاضي المدني، فالقاضي الجنائي يتمتع في ممارسته للسلطة التقديرية بسلطة كبيرة في تكوين عقيدته واقتناعه، بعكس القاضي المدني المقيد بوسائل محددة في ما يخص الإثبات، وعلى كل حال فإننا نلمس مظاهر السلطة التقديرية للقاضي الجنائي من خلال مظهرين أساسيين، أولهما يتمثل في سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة (أولا)، أما الوجه الثاني فيتمثل في سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة (ثانيا)، وهو ما سنحاول التطرق إليه من خلال هذا الفرع.

أولا- سلطة القاضي في تقدير الأدلة: إن ارتباط دور القاضي الجنائي في توقيعه للجزاء بالنص القانوني يتطلب منه أساسا الاقتناع الشخصي بالأدلة والوقائع من أجل تكوين عقيدته وهو ما يطلق عليه فقها مبدأ اقتناع القاضي، فالقاضي الجزائي على خلاف من القاضي المدني الذي يرتبط في تقديره للأدلة والوقائع بالثابت من أوراق الدعوى، فإن القاضي الجنائي يكون عقيدته لا على أساس

¹ المادة 02 من القانون العضوي 11-13 مؤرخ في 24 شعبان عام 1433 الموافق ل 26 يوليو سنة 2011، ج، ر عدد 43، صادرة في 03 رمضان 1432، موافق 2011، تعدل المادة 09 من القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 04 صفر عام 1419، الموافق ل 30 مايو 1998 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة.

² عمار بوضياف، دعوى التعويض في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 332.

³ راجع في ذلك كل من/ عمار بوضياف، المرجع نفسه، نفس الصفحة/ عبدالله طلبة، المرجع السابق، ص 310/ سلهب كندة فيصل، دعوى القضاء الكامل (دعوى التعويض) مفهومها- خصائصها- تمييزها عن دعوى الإلغاء، المرجع السابق، ص 307.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

محاضر الضبطية والتحقيق التي لا يأخذ بها إلا على سبيل الاستئناس، بل على أساس ما يقدم إليه في الجلسة.

01- حرية القاضي الجزائي في تكوين اقتناعه: العبرة في تكوين القاضي الجنائي لعقيدته باقتناعه، فهو لا يلزم بطريق معين في الإثبات كأصل عام وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية (العبرة في المحاكمات الجنائية باقتناع القاضي) وله في ذلك كل السلطة التقديرية ولا رقابة عليه من محكمة النقض وتردف قائلة (ان ما ينعه الطاعن على الحكم من تعويله على تحريات الشرطة على الرغم من عدم جديتها ينحل إلى جدل موضوعي في سلطة محكمة الموضوع في تقدير أدلة الدعوى، مما يخرج عن رقابة محكمة النقض⁽¹⁾).

فالدليل في المسائل الجنائية يخضع لكامل السلطة التقديرية للقاضي وهذا ما نصت عليه المادة 213 من قانون الاجراءات الجزائية، (الاعتراف شأنه كشأن جميع عناصر الإثبات يترك لحرية تقدير القاضي⁽²⁾)، وتبعاً لذلك يملك القاضي سلطة تقديرية مطلقة في تكوين عقيدته، وتقدير أدلة الإثبات، وبمقتضى ذلك يكون للقاضي الجنائي حرية كاملة في تقدير الأدلة بناء على قناعته، فله أن يكون عقيدته من أي دليل يطمئن له، وهو ليس مقيداً بدليل معين يلزمه به المشرع كقاعدة عامة، وله فوق حرية قبول الدليل مكنة طرح أي دليل لا يطمئن له، وله كذلك في سبيل الوصول إلى نتيجة منطقية التنسيق بين الأدلة المطروحة أمامه⁽³⁾.

فتقدير الدليل والبيئة لدى القضاء الجاني لا يجوز المجادلة فيه أمام جهة النقض وفي ذلك تقرر محكمة التمييز الأردنية (... نجد أن وزن البيئة وتقدير الأدلة يعود إلى محكمة الموضوع ولا معقب عليها في هذه المسألة الموضوعية من قبل محكمتنا...⁽⁴⁾)

وبهذا فإن محاكم النقض تعتبر مسألة تقدير الأدلة ووزنها بالشكل الذي يؤدي إلى تكوين القاضي قناعته، واطمئنانه مسألة واقع لا يقع فيها قاضي الموضوع تحت طائلة الرقابة وبقوة القانون، وهو ما تؤكد عليه المحكمة العليا الجزائية بقولها (حيث أن السلطة التقديرية لقضاة الموضوع في تقدير الوقائع،

¹ الطعن بالنقض رقم 36127، لسنة 85 قضائية، الدوائر الجنائية، جلسة 2017/12/27، <https://n9.cl/x005>.

² الأمر رقم 155-66 مؤرخ في

³ فاضل زيدان محمد، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة كجزء من متطلبات درجة الدكتوراه في القانون، كلية القانون، جامعة بغداد، سنة 1987، ص 121.

⁴ حكم رقم 943 لسنة 2022، محكمة التمييز الأردنية بصفتها الجزائية، صادر بتاريخ 2022/05/29، [الحكم رقم 943 لسنة 2022 - محكمة التمييز بصفتها الجزائية](#).

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

وهذا في إطار الأدلة المطروحة عليهم طبقا للمادة 212 من قانون الإجراءات الجزائية لا معقب عليهم في ذلك، وبذلك فإن قضاة الموضوع يكونون بما فعلوا قد أبرزوا الأسباب التي ساهمت في تكوين اقتناعهم وطبقوا صحيح القانون¹ وفي نفس الصدد تقول (...علما أن تقدير الوقائع والأدلة هي مسألة مخولة لقضاة الموضوع بقوة القانون...²).

وقد ذهب الفقه³ في تبرير منح حرية في تكوين القاضي اقتناعه وتقديره للأدلة إلى أن القاعدة التي تقرر بأن الشك يفسر لصالح المتهم تقتضي من القاضي أن يكون مدركا يقينا إلى اسناد الفعل المجرم إلى المتهم، وهذا أمر خطير يمس المتهم في شخصه أو ماله، أو في الإثنين معا، وتحقيقا للعدالة يجب ان يمنح القاضي من السبل والوسائل ما يمكنه من الوصول إلى الحقيقة في الواقعة المطروحة عليه، ولا يكون ذلك إلا بمنح فسحة تقديرية يكون من خلالها اقتناعه.

كما ان السلطة التقديرية هي عنصر من عناصر العمل القضائي، تحول دون تحول القاضي إلى آلة تدخل من خلال أحد جهاتها الوقائع وتخرج من الجهة الأخرى مغلفة بنص قانوني، فاعتبار السلطة التقديرية من مستلزمات العملية القضائية يوجب على المشرع منح القاضي مكنة التقدير.

02-ضوابط سلطة القاضي الجزائي في تقدير الأدلة: مر بنا أن القاضي الجزائي حر في تكوين عقيدته ولا يفهم من ذلك انه يمارس سلطته التقديرية على محض الإدارة، وبشكل تحكيمي، فالقاضي وإن كان له أن يكون عقيدته من الأدلة بمجموعها طالما أنها تقوده لتكوين اقتناعه ولا يلزم بمناقشة كل دليل على حدا لا بصفة الترتيب ولا القوة، إلا أنه مقيد بمجموعة من الشروط تهدف إلى ضمان عدم تعسفه وتحكمه ويمكن إجمال أهم هذه القيود فيما يلي:

يجب أن يكون الدليل الجزائي الذي كون من خلاله القاضي قناعته مشروعاً⁴ فلا يستند القاضي في إدانته للمتهم على دليل نتج عن إجراء باطل⁵، أو اعتراف مشوب بإكراه، أو معلومات وصلت إلى الشاهد

¹ قرار رقم، 1066768، مؤرخ في 2018/04/24، صادر عن الغرفة الجزائية، <https://n9.cl/pddpb>.

² قرار رقم 1076416، مؤرخ في 2017/01/26، صادر عن الغرفة الجزائية، <https://n9.cl/yplml>.

³ فاضل زيدان محمد، المرجع نفسه، ص 130-131.

⁴ راجع في ذلك، محمد عبد الكريم فهد العلوان العابدي، القناعة الوجدانية للقاضي الجزائي ورقابة القضاء عليها، دراية تحليلية مقارنة، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات منح درجة الدكتوراه فلسفة في القانون العام، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، 2008، ص 157 وما بعدها./البحر ممدوح خليل، القيود الواردة على سلطة القاضي الجزائي في وزن الأدلة، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، ع 29 لشهر ابريل، 2001، ص 411.

⁵ جمال نجيمي، الطعن بالنقض في المواد الجزائية والمدنية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، ط 04، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2017، ص ص 215-216.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

عن طريق مخالف للنظام العام، فتكون الإدانة غير مشروعة¹، وهو ما تؤكد المادة 214 من قانون الإجراءات الجزائية التي تقرر أن القوة الثبوتية للمحاضر أو التقرير لا تتوفر إلا إذا كانت صحيحة من حيث الشكل، كما أنه تبعاً لذلك لا يجوز لأي كان القيام بإجراءات الدعوى العمومية إلا تحت إشراف ورقابة السلطة القضائية، وبمراعات المبادئ القانونية العامة².

وتؤكد محكمة النقض المصرية ذلك بقولها في عديد القرارات (ان الدفع على الحكم قصوره في الرد على الدفع ببطالان القبض أو بطلان الاستجواب أو بطلان الإقرار غير مجد، ما لم يستند قضية الموضوع في الإدانة إلى دليل مستمد منها³) أي بمفهوم المخالفة أن الاستناد إلى دليل ناتج من إقرار باطل أو استجواب باطل أو قبض باطل فيه تجاوز لحدود السلطة التقديرية للقاضي الجزائي وفيه مخالفة لمبدأ نزاهة الحصول على أدلة الثبات.

يجب ان يتولد اقتناع القاضي من أدلة طرحت بالجلسة، لها أصلها الثابت في الأوراق، ولا يكفي ثبوته في الأوراق فحسب بل يجب أن يكون ما ستمده القاضي من هذا الدليل قائماً فعلاً في الأوراق، أي التأكد من قيام علاقة سببية بين النتيجة التي توصل وكأن لها القاضي وبين هذا الدليل⁴، وينتج عن ذلك مبدأ عدم جواز قضاء القاضي بعلمه الشخصي⁵، فالقاضي ملزم بما دار في الجلسة ويمتنع عليه أن يؤسس قناعته وتقديره بناءً عن معلومات شخصية توصل إليها أو حققها في غير مجلس القضاء وبدون حضور الأطراف⁶.

كما أنه يجب أن يخضع الدليل الجزائي الذي يؤسس عليه القاضي قناعته للمناقشة من قبل أطراف الدعوى⁷ وفي ذلك تنص المادة 212 من قانون الإجراءات الجزائية (... وللقاضي أن يصدر حكمه

¹ هلالى عبد الله، النظرية العامة للإثبات في المواد الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1987، ص 453.

² عمر زودة، الإثبات في المواد الجزائية، دون طبعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص 26-28.

³ راجع في ذلك الطعن رقم 10377، سنة 88 قضائية، صادر عن الدوائر الجنائية بتاريخ 2021-07-03/ الطعن رقم 9081، لسنة 90، صادر عن الدوائر الجنائية بتاريخ 2021-07-03.

⁴ نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دراسة تحليلية وتطبيقية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص 92-93.

⁵ عمر زودة، المرجع نفسه، ص 23.

⁶ وقد ذهب القضاء الأمريكي في تنظيمه لنظام المحلفين إلى وضع المحلفين في ما يشبه الحجز أثناء سير الدعوى الجنائية، فيمنع عنهم الاتصال بالعالم الخارجي سواء فعلياً أو عن طريق وسائل الاتصال المختلفة إلى حين صدور الحكم في القضية إلقاء الإمكانية تأثرهم بالعالم الخارجي وما يدور من ظروف محيطية بالقضية مما يؤثر على موضوعية قراراتهم بالإدانة أو البراءة.

⁷ علي شملال، المستحدث في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، الكتاب الثاني، التحقيق والمحاكمة، ط 02، Editions Itinéraires Scientifiques، الجزائر، 2022، ص 172.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

تبعا لاقتناعه الخاص، ولا يسوغ للقاضي بناء قراره إلا على الأدلة المقدمة له في معرض المرافعات، والتي حصلت المناقشة فيها حضوريا أمامه) ومرد ذلك راجع إلى وضع الخصم موضع إجابي يكون فيه على بينة مما قدم ضده من أدلة، فلا يفاجئ بحكم صادر ضده مؤسس على دليل يجهله أو يعلمه ولكن لم تمنح له الفرصة لمناقشته وفي حالة مخالفة ذلك ترتب عنه بطلان الحكم.

ثانيا: السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في تقدير العقوبة: العقوبة جزاء جنائي
يحكمه مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات وفي ذلك نصت المادة الأولى من قانون العقوبات الجزائي على أنه (لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن إلا بناء على قانون) فالقانون هو الذي يحدد دائرة التجريم ويحدد تبعا لذلك الجزاء المترتب عليها، وهنا تختفي السلطة التقديرية للقاضي ولا يكون لها وجود، غير أنها تظهر بشكل بارز عند إعماله للجزاء الذي حدده القانون حسب نوع الجريمة جنائية كانت أو جنحة أو مخالفة، وذلك بعد أن يستخلص قناعته من أدلة الإثبات على النحو السابق ذكره مراعيًا في ذلك مقدار الجسامة والذنب، مسترشدا بالحدود التي خطها المشرع الجزائي من حيث نوع العقاب ومقداره، وله في إطارها سلطة تقديرية مطلقة في التقدير النوعي للجريمة (فقرة 01)، والتقدير الكمي للجريمة (فقرة 02) وله فوق ذلك سلطة تقديرية في تشديد وتخفيف العقوبة (فقرة 03).

01- سلطة القاضي التقديرية في التقدير النوعي للعقوبة: يقصد بتقدير العقوبة نوعا وضع المشرع لأكثر من عقوبة على العمل المجرم الواحد ثم يترك للقاضي مكنة التقدير في الاختيار بينهم، إما باختيار احدهما أو الجمع بينهما وفق الجسامة والذنب بحسب تقدير القاضي، وعلى العموم فالتقدير النوعي للعقوبة له نظامان نظام اختياري، ونظام ابدالي

فقرة 01- النظام الاختياري: يعتبر أهم داعم للتقدير القضائي للعقاب وأفضل وسائله¹، ف للقاضي سلطة تقدير أي عقوبة من بين العقوبات التي حددها المشرع في النص القانوني المعاقب للجريمة، بناء على ما حصله القاضي من قناعة، ويمكن القول أن هذا النظام هو وليد ما أثاره الفقيه (فان هامل) في المؤتمر الدولي لجمعية السجون العامة المنعقد في مدينة روما سنة 1887م²، الذي دعى فيه إلى وضع بين يدي القاضي نوعين من العقوبة على الجريمة الواحدة كالحبس والغرامة مثلا حتى يكون له سلطة التقدير والاختيار بما يلائم العقوبة طبقا لظروف المجرم والجريمة.

¹ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، ط 06، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص 806.

² إبراهيم نشأت أكرم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ط 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1998، ص 107.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

والمرجع كثيرا ما ينتهج هذا الطريق في تحديد نوع العقوبة، وقد وسعت القوانين الأنجلوسكسونية من نطاق العقوبات التخيرية كالقانون الإنجليزي الذي يعممها كقاعدة عامة على كل الجرائم باستثناء الجرائم التي تكون عقوبتها السجن المؤبد والإعدام¹، وهناك من القوانين التي ضيقّت من مجال تطبيق نظام العقوبات التخيرية كالقانون الجزائري الذي يجيز للقاضي أن يحكم بالحبس والغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين، وفي معادهما لا نجد أثرا لإعمال هذا النظام².

كما يلاحظ أن مشروع العقوبات الجزائري وفي خضم تضيقه من نطاق سلطة القاضي في التقدير النوعي للعقوبة بوجه عام، حصر النظام التخيري في بعض الجنح والمخالفات دوناً عن الجنايات، ومن الأمثلة على ذلك النصوص التالية:

أ- في الجنح: خير المشرع الجزائري القاضي في جنحة التحريض على الإجهاض المادة 310 من قانون العقوبات القاضي الحكم على الجاني، بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين.

كما نص في المادة 329 من نفس القانون على عقوبة الحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من 20.000 دج إلى 1.000.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين بالنسبة لجنحة إخفاء قاصر.

ونص المشرع في المادة 12 من القانون رقم 18/04 المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الاستعمال والإتجار غير المشروعين بها بالنسبة لاستهلاك أو الحيازة من أجل الاستهلاك الشخصي، مخدرات أو مؤثرات عقلية بصفة غير مشروعة بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 20.000 دج إلى 50.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين.

ب- في المخالفات: أقر المشرع الجزائري نظام التخير النوعي للعقوبة في مادة المخالفات بشكل أوسع منه في مادة الجنح ومن الأمثلة على ذلك في قانون العقوبات المواد 440 المتعلقة بإهانة مواطن مكلف بأعباء خدمة عمومية (يعاقب بالحبس من عشرة أيام على الأقل إلى شهرين على أكثر وبغرامة من 8000 دج إلى 16000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين).

¹ إبراهيم نشأت أكرم، المرجع نفسه، ص 108.

² قريمس سارة، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، مذكرة مقدمة للحصول على شهادة الماجستير في فرع القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، بن يوسف بن خدة، 2011-2012، ص ص 104-105.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

*المادة 440 مكرر قبل الغائها تنص على أنه (يعاقب بالحبس من شهر إلى شهرين وبغرامة من 10000 دج إلى 20000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين الموظف اثناء تأدية مهامه الذي يسب أو يشتم مواطن بأية ألفاظ ماسة)

*المادة 441 فيما يتعلق بالمخالفات المتعلقة بالأمن العمومي (يعاقب بالحبس من عشرة أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر وبغرامة من 8000 دج إلى 16000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين).

*المادة 443 فيما يتعلق بالمخالفات المتعلقة بالحيوانات (يعاقب بالحبس من عشرة أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر وبغرامة من 8000 دج إلى 16000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين)

*المادة 444 المتعلقة بالمخالفات الماسة بالأموال (يعاقب بالحبس من عشرة أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر وبغرامة من 8000 دج إلى 16000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين).

*المادة 442 مكرر التي جاءت بنظام تخيري غير الأنظمة السابق ذكرها في المواد أعلاه (يعاقب بالغرامة من 8000 دج إلى 16000 دج كما يجوز أيضا أن يعاقب بالحبس لمدة عشرة أيام على الأكثر) فيما يتعلق بالأشخاص وشركائهم في المشاجرات وأعمال العنف وكذا فيمن يقلق راحة السكان ليلا، فالمرجع على خلاف من المواد السابقة التي تعطي القاضي سلطة تقدير نوع العقوبة بين الغرامة والحبس، أعطى القاضي سلطة تقدير نوع العقوبة بين الغرامة أو الحبس معا.

يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يأخذ بالنظام التخييري للعقوبة إلا على احتشام شديد، فقد استبعده تماما في ما يتعلق بالجرائم الموصوفة كجنايات، وأخذ به في نطاق محدود وضيق جدا في الجرائم الجنحية، كما أنه حتى في مواد المخالفات لم يطلقه تمام الإطلاق في كل المخالفات، واكتفى بالتقرير في البعض منها فقط، وإن كان من الممكن تبرير ذلك على اعتبار معيار الجسامة الجرمية، إلا أننا نرى أن المشرع الجزائري لازال متخوفا من تمكين القاضي من الاختيار النوعي للجريمة، ونرى أن مرد ذلك لا يرجع بالأساس إلى معيار الجسامة فيطلق سلطة القاضي في التقدير كلما كانت الجريمة اقل جسامة و يمنعها كل ما كانت أكثر خطورة، وإنما يرجع ذلك إلى السياسة الجنائية بحد ذاتها، التي لازلت ترى أن تقدير نوع الجريمة يجب أن يبقى حصرا في يد المشرع دون اشراك القاضي في ذلك.

ومن الأدلة على ذلك أننا لو اعتمدنا معيار الجسامة لما أمكن لنا تفسير النظام التخييري في كل من المواد 440، 441، 441 مكرر، 443 اللواتي يحددن عقوبة الحبس من عشرة أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر وبغرامة من 8000 دج إلى 16000 دج، يضيفون فوق تمكين القاضي من هذا التقدير الكمي

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

للعقوبة بين حدين عامين مكنة التقدير النوعي للقاضي باختيار إحدى هاتين العقوبتين، وهو ما توفر أيضا في نص المادة 12 من القانون 04-18 السالفة الذكر رغم جسامة الجريمة وصفا وعقوبة. التي تنص على عقوبة الحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 5000 دج إلى 50000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين،

وعلى كل حال فالقاضي له مطلق السلطة في اختيار نوع العقوبة على شرط أن يسمح له المشرع بذلك بنص صريح على اعتبار أنه لا عقوبة ولا جريمة أو تدابير أمن إلا بناء على قانون، فليس للقاضي مثلاً أن يقرر أن له أن يحكم بالغرامة دون الحبس أو العكس في المخالفات التي نصت عليها المادة 442، على أساس أن المشرع وإن لم ينص على ذلك صراحة فهو يقصده¹ بالرجوع إلى سياسته الجنائية في المواد السابقة والتالية لها.

فقرة 02- النظام الإبدالي: وهو نظام يخول للقاضي سلطة تقديرية في إحلال عقوبة معينة محل عقوبة سبق الحكم بها أو يمكن الحكم بها على مرتكب الجريمة²، وللقاضي في ذلك سلطة تقديرية غير أنها سلطة مقيدة بمجموعة من الضوابط، وقد نص القانون 09-01 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المعدل والمتمم لقانون العقوبات على جواز استبدال عقوبة العمل للنفع العام بدلا عن العقوبة السالبة للحرية في المواد 05 مكرر 01 إلى 05 مكرر 06.

أ- طبيعة عقوبة العمل للنفع العام: تنضي المادة 05 مكرر 01 بأنه (يمكن للجهة القضائية أن تستبدل عقوبة الحبس المنطوق بها بقيام المحكوم عليه بعمل للنفع العام بدون أجر...)، أي أن العمل للنفع العام في قانون العقوبات ليس من قبيل العقوبات التكميلية التي لا يجوز الحكم بها منفردة إلا مع العقوبة الأصلية، وفي نفس الوقت لا يمكن اعتباره عقوبة أصلية³، فالعقوبة الأصلية كما ورد في نص المادة 05 مكرر 01 هي عقوبة الحبس⁴، ولكن غاية ما في الأمر أنه يمكن للقاضي أن يستبدل العقوبة الأصلية المنطوق بها في الحكم النهائي بعقوبة العمل للنفع العام وفق شروط محددة ، فهي مجرد تدبير

¹ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ط 19، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2017، ص 171.

² إبراهيم نشأت أكرم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، المرجع السابق، ص 133.

³ يذهب الأستاذ أحسن بوسقيعة إلى أن عقوبة العمل للنفع العام عقوبة أصلية بديلة لعقوبة الحبس كما يرى أنه وإن كانت عقوبة أصلية إلا أنها ليست عقوبة مستقلة قائمة بذاتها نظرا لعدم إدراجها في قائمة العقوبات الأصلية المنصوص عليها في نص المادة 05 قانون العقوبات، راجع أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، مرجع سابق، ص 312. وبخلاف ذلك يذهب الأستاذ علي شملال إلى أن عقوبة العمل للنفع العام عقوبة بديلة وليست أصلية على اعتبار عدم النص عليها في المادة 05 من قانون العقوبات، راجع علي شملال، عقوبة العمل للنفع العام، مجلة حوليات جامعة الجزائر 01، مجلد 35، عدد 02، 2021، ص 352.

⁴ وهذا ما نستشفه من منشور وزير العدل رقم 02 الصادر بتاريخ 21-04-2009، حيث جاء فيه: ومن الناحية العملية فإن القاضي يصدر حكمه بالعقوبة الأصلية، ثم يعرض على المحكوم عليه استبدال الحبس المنطوق بها بعقوبة العمل للنفع العام.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

وقائي يتوخى منها تحقيق مصلحة اجتماعية بالحيلولة دون اختلاط الجاني المبتدأ صاحب الجريمة البسيطة بالجناة الخطرين.

وتخضع عقوبة العمل للنفع العام لمبدأ المشروعية، فلا يجوز للقاضي أن يحكم به خارج الضوابط التي حددتها المواد السالفة الذكر، كما أنه لا يجوز فرضه إلا بموجب حكم قضائي من جهة جزائية مختصة، التي لها كامل السلطة التقديرية في استبدال العقوبة السالبة للحرية بعقوبة العمل للنفع العام، إذا ما راعت الشروط القانونية في ذلك.

ب- ضوابط الحكم بعقوبة العمل للنفع العام: ليس للقاضي الجزائي الحكم كما سبق القول بعقوبة العمل للنفع العام إلا بناء على مجموعة من الشروط محددة بموجب القانون وهذه الشروط هي ضوابط على سلطته التقديرية التي منحتة إياها المادة 05 مكرر 01 بقولها (يجوز للجهة القضائية ...)، وتتعلق هذه الشروط بالمحكوم عليه كما تتعلق بالعقوبة نوردها تباعا كما يلي:

ب-01-الشروط الخاصة بالمحكوم عليه: نصت المادة 05 مكرر 01 من قانون العقوبات على الشروط المتعلقة بالمحكوم عليه

*أن لا يكون المحكوم عليه مسبقا قضائيا، فلا يمكن للجهة القضائية استبدال العقوبة السالبة للحرية بعقوبة العمل للنفع العام في حق محكوم عليه مسبق قضائيا، بل يجب أن يكون الجاني مبتدأ، غير أن هذا الشرط يفقد في كثير من الأحيان عمليته نظرا لوجود نظام وقف العقوبة، إذ أن غالبية الجناة المبتدئين يستفيدون من وقف تنفيذ العقوبة بموجب المادة 592 وما بعدها من قانون الإجراءات الجزائية، في سبيل السياسة الجنائية التي انتهجها المشرع الجزائري للحيلولة دون اختلاط الجناة المبتدئين التي يمكن أن تكون الصدفة هي التي جعلت منهم مجرمين، مع معتادي الإجرام الخطرين وذلك مراعاة للمصلحة العامة¹.

*يجب أن يكون المحكوم عليه يبلغ من العمر 16 سنة على الأقل وقت ارتكاب الوقائع المجرمة، وهذا الشرط تحصيل حاصل اذ المتهمين البالغين ما دون 13 سنة لا تطبق عليه سوى تدابير الحماية والتهذيب، بينما يمكن أن تطبق على القصر من 13 إلى 18 عقوبات مخففة.

¹ عبد الله وهابية، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، دون طبعة، موفم للنشر، الجزائر، 2015، ص 461.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

*كما يجب لتطبيق عقوبة العمل للنفع العام أن يكون الحد الأقصى لعقوبة الجريمة المرتكبة لا يتجاوز 05 سنوات حبسا من جهة، وألا تكون العقوبة الأصلية المنطوق بها تتجاوز سنة حبسا من جهة أخرى، أي أن عقوبة العمل للنفع العام لا يمكن تطبيقها في مواد الجنايات حتى لو كانت العقوبة تدخل ضمن الحدود التي حددها المشرع، كما يستشف أن المشرع منح للقاضي الجزائي بنفس اليد السلطة التقديرية وقيودها مراعيًا في كل ذلك جسامته الجريمة.

*يجب تنبيه المحكوم عليه بأن له كل الحق في قبول أو رفض عقوبة العمل للنفع العام، وهو حكم غريب في نظرنا على اعتبار أن العقوبة عقوبة العمل للنفع العام يراد بها حماية الجاني المبتدأ من اختلاطه بمجرمين معتادين في المؤسسات العقابية، وهذه السياسة انتهجت أساسا لحماية المصلحة العامة، فكان من الأفضل عدم تقييد القاضي بقبول المحكوم عليه، لأن القاضي وحده هو الذي له سلطة تقدير المصلحة العامة والحفاظ على النظام العام، كما أن الجاني لا يجب أن يكون في موقع الاختيار خاصة أنه قد يكون قاصرا ليس له من الإدراك ما يسمح له بتقدير عواقب اختياره على النحو الصحيح.

*تنبيه المحكوم عليه كما نصت على ذلك المادة 05 مكرر 02 والمادة 05 مكرر 04، إلى أنه في حالة إخلاله بالالتزامات المترتبة على تنفيذ عقوبة العمل للنفع العام، تنفذ عليه العقوبة السالبة للحرية المنطوق بها،

ب-02-الشروط المتعلقة بالعقوبة: سبق لنا بيان شروط متعلقة بالعقوبة متمثلة في الحد الأقصى للجريمة المعاقب عليها الجاني محل المتابعة وهي ألا تتجاوز 05 سنوات، والحد الأقصى للعقوبة المنطوق بها في حق الجاني وهي ألا تتجاوز سنة. بقي لنا أن نتطرق لحدود العمل للنفع العام والذي حددته الفقرة الأولى والفقرة الأخيرة من المادة 05 مكرر 01 على النحو الآتي:

حددت المادة سالفه الذكر حدين عامين لعقوبة العمل للنفع العام، بحيث لا يجوز أن تقل عقوبة العمل للنفع العام المنطوق بها في حق الجاني البالغ عن 40 ساعة وألا تزيد عن 600 ساعة، وعلى خلاف من سياسة المشرع الجزائري الجزائري في منح سلطة تقديرية مطلقة للقاضي الجزائي في تقدير العقوبة بين الحدين العامين، إلا أنه خرج عن هذه السياسة في ما يخص عقوبة العمل للنفع العام، بتقييده لهذه السلطة وذلك بتحديد المعيار الذي يمارس فيه القاضي الجزائي سلطة تقدير العقوبة في إطار الحدين الأدنى والأقصى بساعتين عن كل يوم حبس، وفي أجل أقصاه 18 شهرا.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

كما حددت الفقرة الأخيرة من المادة 05 مكرر 01 الحدين العامين لعقوبة العمل للنفع العام الواقعة في حق الجاني القاصر بأن لا تقل في حدها الأدنى عن 20 ساعة وألا تزيد عن 300 ساعة، ونتساءل عن سكوت المشرع الجزائري عن اعتماد معيار يسترشد به القاضي في إعماله للجزاء بين الحدين العامين كما فعل بالنسبة للجاني البالغ، فهل يعد ذلك إطلاقاً لسلطة القاضي الجزائي في التقدير؟ أم أن المشرع تفادى توضيح الواضح وتفسير المفسر؟ حيث أنه لما كانت سياسة المشرع في التعامل مع الأحداث من حيث العقاب كأصل عام هي توقيع نصف العقوبة المقررة للبالغين، ولما كان الحدان العامين المقررين على القاصر في عقوبة العمل للنفع العام هي نصف ما قرره المشرع للبالغ، فإن المنطق يقتضي إعمال نصف المعيار المقرر على الجاني البالغ وذلك بحساب ساعة عن كل يوم حبس وفي أجل أقصاه 09 أشهر، أم أن هناك فرضاً ثالثاً يتمثل أن المعيار المذكور في الفقرة 01 من المادة 05 مكرر 01 معيار شامل يطبق على الجاني البالغ كما يطبق على الجاني القاصر؟

ونرى أن نستبعد الفرض الأخير على اعتبار أنه يثير إشكالات في تطبيقه في بعض الفروض حتى بالنسبة للبالغ¹، وأن التفسير الأول هو الأكثر انسجاماً مع مبدأ المشروعية الجنائية حيث لا يجوز للقاضي الجزائي تفسير النص الجزائي إلا في حدود ضيقة جداً، ولا محل للتفسير في هذا النص على اعتبار أن المشرع لو قصد ربط الحدين العامين المقررين على القاصر بالنصف لصرح بعبارة تفيد ذلك دون تحديد الحدين العامين على وجه الدقة، وبالتالي فلا يلزم القاضي الجزائي إذا ما التزم بعدم مجاوزة 02 ساعة عن كل يوم عمل بتسبب الطريقة التي انتهجها في توقيع عقوبة العمل للنفع العام الواقعة على قاصر، وله في ذلك مطلق السلطة التقديرية دون رقابة عليه من المحكمة العليا.

02- سلطة القاضي التقديرية في التقدير الكمي للجريمة: ذهب القاضي الألماني Busch إلى أن تحديد العقوبة فن لا يمكن تدريسه أو مراقبته² وغنى عن البيان أن سلطة التقدير هي نشاط ذهني يقوم به القاضي في فهم الواقع وتكييفه التكييف القانوني الصحيح وهي عملية تختلف من قاضي لآخر، وهذا ما قصده bush بقوله لا يمكن تدريسه، وهو النفس السبب الذي يجعل من الصعب على محاكم النقض مراقبته أيضاً، ولهذا درجت التشريعات على محاولة ضبط هذه العملية الذهنية من خلال تقييد سلطة

¹ راجع في هذه الإشكالات ، أحمد سعود، دور قاضي تطبيق العقوبات في تطبيق عقوبة العمل للنفع العام، مجلة القانون والعمل، مج 05، ع 01، 2017، ص46.

² أحمد فتحي السرور، أصول السياسة الجنائية، دار النهضة العربية، 1972، ص236. نقلا عن Cafos, Le control du pouvoir d'appréciation du juge dans la détermination des peines et des mesures, de surêté, rapport général, Rev. Inter. Droit pénal, 1957, PP.548 et 549.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

تقدير القاضي الجنائي للعقوبة كما في نطاق محدد، بحيث يقوم نظام التقدير الكمي للعقوبة بوضع المشرع حدين عامين للعقوبة، حد أدنى و حد أقصى، وللقاضي سلطة تقديرية مطلقة يمارسها بين هذين الحدين العامين¹، وله طريقتان إما تقدير كمي ثابت أو تقدير كمي نسبي ندرسهما على التوالي.

فقرة 01- نظام التدرج الكمي الثابت: يكون التدرج الكمي للعقوبة ثابتا في الأحوال التي يحدد فيها النص القانوني حدا أدنى وأعلى ثابتين، سواء كانا خاصين، أو كان الحد الأدنى عاما، والحد الأقصى خاصا، أو العكس، أو كان الحد الأعلى والحد الأقصى عامين².

أ- العقوبة ذات الحدين الأدنى والأعلى العامين: يقوم المشرع في هذا النوع بتثبيت العقوبة دون أن يحدد مقدارها بحدين أدنى وأعلى خاصين، فاسحا المجال للسلطة التقديرية للقاضي في تحديد مقدار العقوبة بينهما، ولفهم المقصود بالحدين الأدنى والأعلى العامين هو تحديد المشرع في جريمة حدين يتمثلان في أدنى حد وأعلى حد حدده المشرع للعقوبة من خلال وصفها جنائية كانت أو جنحة أو مخالفة، ومن أمثلته في قانون العقوبات الجزائري:

ما نصت عليه المادة 414 (كل من أتلف أو كسر أية أداة من أدوات الزراعة أو حظائر المواشي أو أكشاك ثابتة أو متنقلة للحراس أو جعلها غير صالحة للاستعمال يعاقب بالحبس من شهرين إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دينار)، وما نصت عليه المادة 160 مكرر 4 (يعاقب بالحبس من شهرين إلى خمس سنوات وبغرامة من 20000 إلى 100000 دج).

والجدير بالذكر أن هاتين العقوبتين تتخذان وصف الجنحة، وبالرجوع لنص المادة 05 من قانون العقوبات الفقرة 02 بند 01 تقرر عقوبة الجنب بالحبس مدة تتجاوز الشهرين إلى خمسة سنوات كأصل عام، وهو الحد المقرر للعقوبتين الواردتين في نص المادة 414 و 160 مكرر 4 وهذا هو المقصود عمليا بعبارة الحدين الأدنى والأعلى العامين.

والملاحظ من خلال استقراء نصوص قانون العقوبات الجزائري أن المشرع لم يأخذ بهذا النظام إلا من خلال المادتين السالفتين، ولا نجد أثرا لتطبيقه في باقي نصوص قانون العقوبات، ويعود تبرير تضيق المشرع من الأخذ بهذا النظام يعود للسياسة الجزائية التي يتبعها المشرع الجزائري في التقليل من الحبس

¹ قريمس سارة، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، المرجع السابق، ص 87.

² راجع في ذلك، إبراهيم نشأت أكرم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، المرجع السابق، ص 71/ أمخير يوسف عيسى حامد، سلطة المحكمة في تقدير العقوبة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة النيلين، الخرطوم، 2016، ص 223.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

قصر المدى، بعد ان كان قد أخذ به في المواد 207، 264، 266، 430، قبل أن يتراجع عنه بموجب التعديل 23-06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، وذلك تفاديا لإطلاق سلطة القاضي الجزائي في تقدير العقوبة كما وما قد ينجر عنه من حدوث خلل في موازين العقاب¹.

ب-الحدين الأدنى والأعلى الخاصين: يقوم هذا النظام على تحديد المشرع العقوبة بحدين، حد أدنى خاص، وحد أعلى خاص لكل جريمة، ولا يجوز للقاضي الخروج عن هذين الحدين، وقد اختلفت التشريعات في اعتماد هذا النظام، فمنها من تأخذ به على إطلاقه كالقانون الفرنسي والمغربي، وتشريعات أخذت به في معظم نصوصها كالقانون السوري رقم 148 لسنة 1949، واللبناني لسنة 1943، وتشريعات أخرى أخذت به في نطاق محدود كالتشريع الألماني، وقانون العقوبات التونسي لسنة 1980، والمغربي لسنة 1962، بينما لا نجد أثرا لهذا النظام في القوانين الأنجلوسكسونية وفي احسن الاحوال يندر وجوده فيها².

أما قانون العقوبات الجزائري فقد اخذ بهذا النظام بنسبة متوسطة، فلم يغالي فيه إلى الحد الذي يقيد من السلطة التقديرية للقاضي الجزائي إلى حد التفريط، ولم يضيق من الأخذ بهذا النظام لدرجة توسيع مجال السلطة التقديرية للقاضي الجزائي لحد الإفراط، ومن الأمثلة على هذا النظام في قانون العقوبات الجزائري:

* ما نصت عليه المادة 102 قبل الغائها بالقانون 06-24³ (إذا منع مواطن أو أكثر من ممارسة حق الانتخاب بوسائل التجمهر أو التعدي أو التهديد، فيعاقب كل واحد من الجناة بالحبس من ستة أشهر على الأقل إلى سنتين على الأكثر...)، والمادة 110 من ذات القانون التي نصت على عقوبة (من ستة أشهر إلى سنتين لكل عون في مؤسسة عقابية يستلم مسجوناً دون أن يكون مصحوباً بأوامر حبس قانونية) وبالتالي فالمشرع الجزائري لم يضبط حدود العقوبة بالنسبة لهاتين الجريمتين بالحدين العامين المذكورين في نص المادة 05 فقرة 02 بند 01، وإنما حدد حداً أدنى مغايراً للحد الأدنى العام المقرر بشهرين وفرض حداً خاصاً بستة أشهر، وفعل نفس الشيء بالنسبة للحد الأدنى العام بفرض حد أقصى خاصاً بسنتين، وهذا هو

¹ قريمس سارة، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، المرجع السابق، ص 89.

² رجع في ذلك إبراهيم نشأت أكرم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، المرجع السابق، ص 71/. أمخير يوسف عيسى حامد، سلطة المحكمة في تقدير العقوبة، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 224.

³ القانون رقم 06-24 مؤرخ في 19 شوال عام 1445 الموافق لـ 28 أبريل سنة 2024، ج ر 30 مؤرخة بتاريخ 21 شوال عام 1445 الموافق لـ 30 أبريل لسنة 2024، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق لـ 08 يونيو سنة 1966، جر 49 مؤرخة في 21 صفر عام 1386 الموافق لـ 11 يونيو 1966.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

المعنى التطبيقي للحد الأدنى والأعلى الخاصين، ، وقد انتهج المشرع هذا الطريق في تقرير الحدين الأدنى والأعلى الخاصين بشكل كبير في مادة الجنع (307. 328. 330. 413 مكرر... الخ).

أما بالنسبة لمادة الجنايات نجد أن المشرع الجزائري لا يأخذ بهذا النظام سواء كعقوبة عادية ولا كعقوبة مقترنة بظرف تشديد أو تخفيف، غير أن المشرع الجزائري كسر هذه القاعدة بصدد سنه لقانون مكافحة المضاربة الغير مشروعة¹، وقرر في المادة 14 منه على عقوبة السجن المؤقت من (20 سنة إلى غاية 30 سنة) في حالة اقتران جريمة المضاربة غير المشروعة بظرف تشديد متمثل في الحالة الاستثنائية، أو ظهور أزمة صحية طارئة، أو تفشي وباء، أو وقوع كارثة.

ويعد هذا الحكم غريبا على مادة الجنايات في التشريع الجزائري ذلك أن المشرع الجزائري لم يفرض في كل تاريخه حد أعلى خاص يفوق الحد الأعلى العام كما لم يبلغ به مبلغ رفع الحد الأعلى الخاص ليساوي الحد الأعلى العام في مادة الجنايات، غير أنه يمكننا أن نلتزم للمشرع ما يبرر ذلك نظرا للظروف الخاصة جدا التي صدر فيها القانون تزامنا مع الوضع الصحي الذي كان يعيشه العالم بسبب جائحة فيروس كورونا (كوفيد 19)، وما انجر عنه من أزمة اقتصادية سببت ندرة كبيرة في المواد الغذائية والصحية.

ج-العقوبات ذات الحد الأدنى العام والحد الأعلى الخاص: وتطبيقا لنفس القواعد السابق ذكرها يقوم المشرع بالحفاظ على الحد الأدنى العام المقرر على الجرائم في المادة 05 من قانون العقوبات، ولكنه يفرض حدا أعلى خاص غير الحد الأعلى العام المقرر في نص المادة 05، ونورد بعض المواد على سبيل المثال لا الحصر في قانون العقوبات.

ومن أمثله في مادة الجنايات ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 66 فقرة 03 من قانون العقوبات (تكون العقوبة بالسجن المؤقت من خمس سنوات - وهذا هو الحد الأدنى العام المقرر على عقوبة السجن في الجنايات في نص المادة 05 فقرة 01 بند 3- إلى عشر سنوات - وهذا هو الحد الأقصى الخاص المغاير للحد الأقصى العام المقرر في نفس المادة- إذا أمر بعمل تحكيمي أو ماس سواء بالحرية الشخصية للفرد أو بالحقوق الوطنية لمواطن أو أكثر).

¹ القانون رقم 21-15 المؤرخ في 23 جمادي الأولى عام 1443 الموافق ل 28 ديسمبر 2021، المتعلق بمكافحة المضاربة غير المشروعة، ج ر 99، مؤرخة في 24 جمادي الأولى 1443، الموافق ل 29 ديسمبر 2021.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

وفي مادة الجench ما نص عليه المشرع في المادة 363 (يعاقب بالحبس من شهرين – وهذا هو الحد الأدنى العام المقرر في مادة الجench- إلى ثلاث سنوات – وهو الحد الأعلى الخاص المغاير للحد الأعلى العام المقرر في مادة الجench بخمس سنوات- ... إلى آخر المادة)

وفي مادة المخالفات ما نصت عليه المادة 458 (يعاقب بالغرامة من 2000 – وهو الحد الأدنى العام المقرر على المخالفات في نص المادة 05 فقرة 03 بند 02- إلى 4000 دج – وهو الحد الأقصى الخاص المغاير للحد الأقصى العام المقرر في نص المادة السالفة الذكر ب 20000 دج- ... إلى آخر المادة)

د-العقوبات ذات الحد الأدنى الخاص والحد الأقصى العام: يقوم المشرع بتثبيت الحد الأعلى العام، وتقرير حد أدنى خاص مغاير للحد الأدنى العام، وهو الطريق الذي يغلب على المشرع انتهاجه في مواد الجنائيات، ومن أمثلته نص المادة 63 مكرر 01 التي قررت عقوبة السجن المؤقت من عشرين سنة (وهذا هو الحد الأدنى الخاص المغاير للحد الأدنى العام المقرر في مادة الجنائيات بخمس سنوات) إلى ثلاثين سنة (وهو الحد الأعلى العام المقرر لعقوبة الجنائيات).

02- نظام التدرج الكمي النسبي: تعد الغرامة هي العقوبة الوحيدة التي يلزم فيها القاضي بتدرج مقدارها¹، ويكون هذا التدرج بأحد الطريقين، إما بالنسبة إلى قيمة الضرر أو الفائدة المترتين عن الجريمة، وهذا هو التدرج النسبي الموضوعي، وإما بالنسبة للدخل اليومي للمجرم وهذا هو التدرج النسبي الشخصي، ويصطلح على عقوبة الغرامة في هذه الحالة بالغرامة النسبية، وهي بخلاف الغرامة العادية التي يحدد فيها المشرع حدودا عامة أو خاصة بنفس الكيفية التي سبقت دراستها، التي قد لا تتكيف مع المتغيرات الاقتصادية كان يكون مبلغها منخفضا جدا بالنسبة لهته التحولات التي طرأت بعد صدور النص الذي يقررها، أو بسبب انخفاض قيمة العملة الوطنية التي تحدد مبلغ الغرامة العادية، مما يقلل من أهمية عقوبة الغرامة².

ورغم الاتجاهات العقابية الحديثة الرامية الى التقليل من العقوبات السالبة للحرية، إلا أن المشرع الجزائري لم يأخذ بنظام التدرج الكمي النسبي الشخصي، فهو نظام غير وارد في قانون العقوبات الجزائري والقوانين المكملة له³، ولكن المشرع بمقابل ذلك لم ينفي نظام التدرج النسبي مطلقا فقد اخذ

¹ خالد سعود بشير الجبور، التفريد العقابي في القانون الأردني، ط 01، دار وائل للنشر، 2009، ص 104.

² عثمان عبد الرحمان، بو برقيق عبد الرحيم، عقوبة الغرامة النسبية وجرائم الفساد في القانون الجزائري، مجلة الإجتهد للدراسات القانونية والاقتصادية، مج 10، ع 02، سنة 2021، ص ص 212-213.

³ قريمس سارة، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، المرجع السابق، ص 101.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

بهذا النظام في شقه الموضوعي، وبالأخص في ما يتعلق بجرائم المال، ذلك انه لا يمكن بلوغ الهدف من مكافحة هاته الجرائم والجرائم المرتبطة بها بصورة فعالة، دون وضع الجانب الاقتصادي للجريمة بعين الاعتبار وحرمان الجاني من عائدات الجريمة، وفي ذلك يقول الفقيه الإيطالي Beccaria (لكي تنتج العقوبة أثرها المطلوب، يكفي أن تتجاوز قيمتها المزية الناتجة عن الجريمة)¹.

ومن أمثلة نظام التدرج الكمي النسبي في القانون الجزائري ما نصت عليه المادة 387 من قانون العقوبات (كل من أخفى عمدا أشياء مختلسة أو مبددة أو متحصلة من جنائية أو جنحة في مجموعها أو في جزء منها يعاقب بالحبس من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر وبغرامة من 10.000 إلى 50.000 دينار. ويجوز أن تتجاوز الغرامة 500.000 دينار حتى تصل إلى ضعف قيمة الأشياء المخفأة ... إلى آخر المادة)، وكذا المادة 12 من الأمر 05-06² المتعلق بمكافحة التهريب التي نصت على معاقبة أفعال التهريب التي ترتكب باستعمال أي وسيلة نقل بالحبس وبغرامة تساوي في مقدارها (10 مرات قيمة البضاعة مجموع قيمتي البضاعة المصادرة ووسيلة النقل).

ثالثا: سلطة القاضي الجزائي في تخفيف وتشديد العقوبة ووقفها: لا تقتصر السياسة الجزائية على تحديد حدود عامة او خاصة للعقوبة نظرا للجريمة في حد ذاتها، وترك سلطة تقديرية مطلقة للقاضي في تقدير العقوبة بين حديها العامين أو الخاصين، بل كثيرا ما يراعي مشرع العقوبات الظروف الموضوعية والشخصية المزامنة للجريمة والمجرم، فللقاضي الاعتداد بهاته الظروف في تخفيف العقوبة او تشديدها أو حتى وقف تنفيذ العقوبة، والقانون من وراء ذلك محيط، فهو الذي يحدد حالات التخفيف والتشديد ويرسم حدودها، وهو الذي يضبط الحالات التي يجوز فيها للقاضي وقف تنفيذ العقوبة.

01-سلطة القاضي الجزائي في تخفيف العقوبة: يسمح المشرع في بعض النصوص الجزائية للقاضي سلطة تخفيف العقوبة، بأن يحكم بالحد الأدنى المقرر للعقوبة وذلك لتوفر أسباب يحددها النص الجزائي سلفا تستدعي التخفيف، وتسمى هذه الأسباب بالأعذار المخففة، والقاضي في إعماله للأعذار يتقيد بين ما إذا كان الاعتداد بها وجوبيا أو جوازيا، ففي الأولى لا سلطة تقديرية له فيها، وهو ملزم

¹ عثمانى عبد الرحمان، بو برقيق عبد الرحيم، عقوبة الغرامة النسبية وجرائم الفساد في القانون الجزائري، المرجع نفسه، ص 214.

² أمر رقم 06-05 المؤرخ في 23 اوت 2005، المتعلق بمكافحة التهريب، ج ر عدد 59، مؤرخة في 20-08-2005، معدل ومتمم بالأمر رقم 06-09، مؤرخ في 15 يوليو 2006، ج ر عدد 47، مؤرخة في 19 جويلية 2006.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

بالاعتداد بها، وخلافا لذلك يجد القاضي فسحة للتقدير بصدد الأعذار المخففة الجوازية، فله أن يأخذ بها وله أن يستبعدا مراعيًا في ذلك ضوابط محددة.

فقرة 01- التخفيف الوجوبي: من أمثلته عذر صغر السن، وقد نصت المادة 50 من قانون العقوبات الجزائي في حالة ما إذا قضي بأن يخضع القاصر الذي يبلغ سنه من 13 سنة إلى 18 سنة لحكم جزائي فإن العقوبة التي تصدر عليه تكون كالاتي : (إذا كانت العقوبة هي الإعدام أو السجن المؤبد فإنه يحكم عليه بعقوبة الحبس من 10 سنوات إلى 20 سنة ... الى آخر المادة) ، فالقاضي ليس له سلطة استبعاد عذر صغر السن، ذلك أن المشرع قد حدد العقوبة والظرف المخفف على سبيل الوجوب لا الجواز، ومن أمثلته أيضا ما نصت عليه المادة 281 قانون عقوبات في ما يتعلق بما أسماه المشرع على غير دقة الأعذار المعفية المقررة على الجرائم الواردة في المواد 277، 278، 279، 280 من نفس القانون، وكان الأصح تسميتها بالأعذار المخففة، لأن نص المادة 288 تقرر (إذا ثبت قيام العذر فتخفض العقوبة..) ، فهي بخلاف الأعذار المعفية التي تعفي الجاني كلية من العقاب (47، 48، تقرر أن لا عقوبة على من كان في حالة جنون وقت ارتكاب الجريمة، أو في حالة ضرورة) تخفف في الجزاء فقط.

فقرة 02-التخفيف الجوازي: يجد القاضي مجالا واسعا لسلطة التقدير في تخفيف العقوبة إذا كانت جوازيه، فله أن يأخذ بها، كما له أن يطرحها، ولا يلزم القاضي ببيان نوع الظروف التي أخذ بها، ولا حتى بالإشارة إليها، ويكفيه أن ينزل إلى ما دون العقوبة المقررة جزاءا للجريمة المرتكبة¹، وتستخلص الحالات التي يكون للقاضي فيها سلطة الأخذ بالظروف المقررة أو استبعادها بطريق غير مباشر، ذلك ان المشرع الجزائي لا يستعمل الفاظ توجي بذلك بطريق مباشر في قانون العقوبات (يجوز، يمكن...الخ)، ونقول بطريق غير مباشر ذلك أن المبدأ أن تطبيق الظروف المخففة جوازي للقاضي²، وهذا هو الأصل العام، غير أن الاستثناء هو ما يقرره المشرع صراحة حالات يستبعد فيها تطبيق هاته الظروف في جرائم أو حالات معينة.

ولا يسعنا ذكر كل الحالات التي يستبعد فيها القانون صراحة تطبيق الظروف المخففة لأنها لا تدخل في مجال دراستنا، غير انه يمكننا ذكر بعض الأمثلة عليها، ومن أمثلتها في قانون العقوبات الجزائي المواد 303 مكرر⁰⁶، والمادة 303 مكرر³⁴، المتعلقة بجريمة الإتجار بالأشخاص، وجريمة الإتجار بالأعضاء،

¹ أحسن بو سقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، مرجع سابق، ص ص 386-408.

² المرجع نفسه، ص 388.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

وجريمة تهريب المهاجرين على التوالي، التي نصت صراحة على عدم استفادة الشخص المدان بالجرائم المذكورة من الظروف المخففة المنصوص عليها في المادة 53 من قانون العقوبات.

02- سلطة القاضي الجزائي في تشديد العقوبة: إذا كانت الحكمة من تخفيف العقوبة مراعاة ظروف متعلقة بالجريمة أو متصلة بشخص الجاني، كأن تكون النتيجة غير ذات ضرر كبير، أو كأن يكون الجاني مبتدأ، ما يبرر الرأفة في توقييع العقوبة على الجاني، فإن ذات السياسة الجنائية تقتضي الاعتداد بهاته الظروف في الحالة العكسية وذلك بتشديد العقوبة على الجاني في حالة العود مثلاً، أو في حالة كانت النتيجة من الجسامة ما يبرر تشديد العقاب، وتحصر الظروف المشددة للعقاب في ظروف موضوعية عامة ممثلة في العود، وظروف مشددة خاصة إما شخصية أو موضوعية.

فقرة 01-الظروف المشددة العامة: وتتمثل أساساً في جرائم العود، التي ظهرت أول مرة في قانون العقوبات الفرنسي الصادر سنة 1791، ولم يضع القانون الروماني والكنسي تنظيمًا خاصاً لجرائم العود عدى ما نص عليه بصدد عقوبات محددة بذاتها، إذ نص القانون الروماني مثلاً في مدونة كونتيليان (من يجرح شخصاً لأول مرة قد يعفى عنه، أما من يفعل ذلك بعد الحكم عليه مرتين فإنه يعتبر كالقاتل)¹، ونص عليها المشرع الجزائري في المواد 54 مكرر إلى غاية 59 من قانون العقوبات.

وكعادة المشرع الذي يتجنب إيراد التعاريف إلا في النادر، لم يورد المشرع الجزائري على غرار المشرع المقارن تعريفاً للعود، غير أن مختلف التشريعات تورد شروطاً خاصة إذا ما توفرت في جريمة معينة وعلى سبيل التعميم لا الحصر تكون الجريمة جريمة عود، وقد حاول الفقه تدارك الأمر بإيراد تعاريف للعود.

حيث عرفه الأستاذ عبد القادر عدو، بأنه (حالة الشخص الذي يرتكب جريمة أو أكثر بعد سبق صدور الحكم عليه من أجل جريمة سابقة²)، ويعرفه الأستاذ عبد الله وهابية بأنه صفة تقوم في شخص مرتكب الجريمة، بعد أن يكون قد حكم عليه نهائياً عن جريمة سابقة³، ويستخلص من هاته التعاريف ان العود في طبيعته ظرف شخصي غير انه ظرف عام يطبق متى توفرت شروطه على كل الجرائم مهما كانت

¹ أحمد علي الجدوب، نظرية العود إلى الجريمة في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، مجلة الوعي الإسلامي، س 09، ع 07، 1973، ص 28-29.

² عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، ط 02، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 448.

³ عبد الله وهابية، مرجع سابق، ص 453.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

أوصافها، وبالتالي يمكننا تعريفه بأنه (وصف يلحق الجاني يوجب تشديد العقاب متى اقترن بتكرار جريمة ما، بعد صدور حكم نهائي في جريمة سابقة).

ويقسم فقهاء القانون الجنائي العود إلى عدة أنواع، فهو إما أن يكون عودا عاما أو خاصا، ويكون العود عاما إذا لم يشترط فيه تماثلا أو تشابها بين الجريمة التي سبق الحكم فيها على الجاني والجريمة الجديدة، ويكون خاصة إذا اشترط ذلك، وقد يكون العود مؤقتا أو مؤبدا، بحسب ما ينص عليه المشرع بأشراطه مدة معينة يرتكب فيها الجاني جريمة ثانية فيكون العود في هذه الحالة مؤقتا، ويكون مؤبدا إذا لم يربط المشرع الجريمة الثانية بوقت زمني محدد¹.

فقرة 02-الظروف المشددة الخاصة: وهي ظروف مشددة حدد المشرع نطاق تطبيقها في جرائم محددة، فلا تسري على وجه العموم على كل الجرائم، وهي إما ظروف شخصية او موضوعية.

أ- الظروف المشددة الخاصة الشخصية: وهي ظروف تتصل بشخص الجاني أو المجني عليه، إذا ما توفرت في جريمة معينة أدت إلى تغليظ العقاب، ومن أمثلتها ارتكاب جريمة القتل العمد مع سبق الإصرار والترصد المواد (256، 265، 257)، وارتكاب الجريمة في حالة السكر المادة 290، وكذا المادة 48 من القانون 01-06 المتعلق بجرائم الفساد ومكافحتها التي تغلظ العقوبة إذا كان الجاني في جرائم الفساد من الأشخاص المذكورين في نص المادة، وهذه الجرائم متعلقة بشخص الجاني، وقد يغلظ العقاب إذا تعلقت الظروف المشددة بشخص المجني عليه كما في جريمة قتل الأصول المواد 267، 261، 258، وكذا تغلظ العقوبة في حالة كان المجني عليه من الفروع² 271، 272، وكذا يكون ظرفا مشددا جرائم قتل الأطفال المادة 259.

¹ حسن معتصم زكي، العودة إلى الجريمة، مجلة الشؤون الإجتماعية، جمعية الإجماعيين في الشارقة، مج 16، ع63، سنة 1999، ص 153-154.

² يذهب جانب من الدارسين إلى ان المادة 272 من قانون العقوبات الجزائر تشمل فوق جريمة الضرب والجرح الموقع من الأصول اضرارا بأصولهم جريمة القتل العمد، بينما يرى جانب آخر أن المادة 272 تتعلق بتشديد العقاب في جرائم الضرب والإيذاء الذي يقتضيه الأصل إضرارا بفرعه، وليس فيها أية إشارة على القتل العمد، وأن الرأي الأول قد اعتمد على القياس، فقاس جريمة القتل العمد على جرائم الضرب والإيذاء، وأن هذا القياس غير جائز لأنه لا يمكن الإلتجاء للقياس فيما إذا أدى ذلك إلى خلق الجرائم والعقوبات، فهو محظور في مجال التجريم والعقاب، لذا يرى هذا الجانب من الفقه أن المشرع الجزائري لم يورد نصا خاصا بجريمة القتل التي ترتكب من الأصل على الفرع وأخضعها للقواعد العامة لجريمة القتل/ عيسى حسين عبد علي، محمود سليمان كريم، أثر صفة المجني عليه في تشديد العقاب في الجرائم الماسة بحق الحياة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، كلية القانون والعلوم السياسية، مج 09، ع 34، سنة 2020، ص7.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

ب- الظروف المشددة الخاصة الموضوعية: هي ظروف تتصل بالوقائع الخارجية التي رافقت الجريمة فتؤثر في جسامتها، فتغلظ العقوبة.

قد تتعلق هذه الظروف بالوسيلة المستعملة في ارتكاب الجريمة، كجريمة القتل بالتسميم المواد (260، 261) والقتل باستعمال التعذيب والوحشية المادة 262، حمل السلاح أثناء ارتكاب جريمة السرقة المادة 351، وقد تتعلق هاته الظروف بزمان وقوع الجريمة، كجريمة السرقة أثناء الظواهر والكوارث الطبيعية والاجتماعية المادة 351 مكرر، أو وقوع السرقة ليلا المادة 354.

وعلى كل حال فسلطة القاضي التقديرية في تشديد العقاب تنعدم إذا كان الظرف المشدد ظرفا خاصا، فالقاضي ملزم بتشديد العقاب على النحو المنصوص عليه في القانون إذا ما رافقت جريمة القتل سبقا في الإصرار والترصد، أو في جريمة السرقة ليلا مثلا، وعمل القاضي محصور في حدود القانون، ويلزم بالتحقق من قيام الظرف المشدد الخاص، وذلك بتقدير الوقائع تقديرا صحيحا وإن كان في ذلك لا يقع تحت طائلة رقابة المحكمة العليا، وفي حالة اقتناعه بوجود ظرف مشدد خاص لزم عليه تغليظ العقوبة على أن لا يجاوز الحد الأقصى للعقوبة المقررة لها.

أما إذا كان الظرف المشدد عاما فسلطة القاضي الجزائي تتسع، وفي ذلك تنص المادة 54 مكرر 10 انه (يجوز للقاضي الجزائي أن يثير تلقائيا حالة العود إذا لم يكن منوها عنها في إجراءات المتابعة) وبمفهوم المخالفة فيجوز للقاضي عدم إثارة حالة العود تلقائيا ولو أدى اقتناعه لقيام حالة العود، ورغم ذلك فإن هذا النص يثير التساؤل على اعتبار أن منح سلطة للمحكمة في إثارة مسألة ما تلقائيا يعني أن هذه المسألة متعلقة بالنظام العام، فإن كان العود مسألة متعلقة بالنظام العام فالقاضي ملزم بإثارتها تلقائيا، في أي مرحلة كانت عليها الدعوى العمومية، وليس له أي سلطة تقديرية في ذلك، ولكن استعمال المشرع لعبارة يجوز توحي بمنح سلطة تقديرية للقاضي واسعة في تغليظ العقاب إذا ما قترن بظرف تشديد عام، فله مكنة تشديد العقاب وله فوق ذلك الاكتفاء بتوقيع العقوبة في نطاق ما قرره المشرع للجريمة من عقاب بين حدودها العامة أو الخاصة بحسب الأحوال.

فقرة 03-سلطة القاضي التقديرية في وقف العقوبة: التجريم باعتباره إصاق صفة الجريمة بسلوك إنساني، يستتبع آثارا قانونية هامة أولها وأخطرهما هو استحقاق العقاب¹، غير أن توقيع العقاب على ما فيه من حماية لمصلحة المجتمع، قد يعود بالسلب عليه في بعض الحالات مما يستدعي معه حماية

¹ رمسيس بهنام، نظرية التجريم في القانون الجنائي، معيار سلطة العقاب تشريعا وتطبيقا، ط2، دون ناشر، ص 87.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

مجرمي الصدف بوقف تنفيذ العقوبة في حقهم، وقد مر بنا أن المشرع الجزائري قد اعتمد نظام عقوبة العمل للنفع العام على المجرم المبتدأ كبديل لعقوبة الحبس، وما قيل هناك في تبرير اعتماد هذا الأخير يقال هنا في تبرير نظام وقف تنفيذ العقوبة.

أ- مفهوم نظام وقف تنفيذ العقوبة: يعرفه الأستاذ رؤوف عبيد بأنه نظام ينطق بمقتضاه القاضي بعقوبة، ويأمر بوقف تنفيذها خلال مدة معينة¹، ويعرفه الأستاذ علي راشد بأنه نظام يرمي إلى إصلاح المجرم المحكوم بإدانته وعقابه عن طريق تهديد بالحكم الصادر بالعقوبة فترة تكون بمثابة التجربة².

والواضح من هذه التعريفات أن وقف العقوبة هو نظام يكون فيه للقاضي بعد النطق بعقوبة الحبس الأمر بوقف تنفيذها لمدة زمنية محددة تكون بمثابة فترة تجريبية للمحكوم عليه، فإن نجح في اجتيازها دون أن يأتي بجريمة أخرى سقطت العقوبة عنه، أما في حالة عدم نجاحه في ذلك فالحكم بوقف التنفيذ يسقط ويصبح عديم الأثر³.

ولنظام وقف تنفيذ العقوبة نوعان، فهو إما نظام وقف بسيط أو مركب، أما بالنسبة لنظام وقف التنفيذ المركب فهو لا يخرج على صورتين، صورة وقف التنفيذ الاختباري وصورة وقف التنفيذ المقترن بأداء عمل للمصلحة العامة، فبالنسبة للصورة الأولى فإننا لا نجد لها أثرا في التشريع العقابي الجزائري، أما الصورة الثانية فقد عرجنا عليها عند دراستنا لسلطة القاضي الجزائري فاستبدال عقوبة الحبس بعقوبة العمل للنفع العام، وقد حددنا مفهومها وشروطها وسلطة القاضي الجزائري التقديرية في أعمالها فلا نعود لذلك.

كما أن نظام وقف العقوبة في صورته البسيطة، قد يكون كلياً وقد يكون جزئياً وفي ذلك تقول المادة 592 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري (يجوز للمجالس القضائية وللمحاكم، في حالة الحكم بالحبس أو الغرامة، إذا لم يكن المحكوم عليه قد سبق الحكم عليه بالحبس لجناية أو جنحة من جرائم القانون العام، أن تأمر بحكم مسبب بالإيقاف الكلي أو الجزئي لتنفيذ العقوبة الأصلية)، فنظام وقف تنفيذ العقوبة البسيط هو الصورة التقليدية لنظام وقف تنفيذ العقوبة، وفيها يصدر القاضي حكمه بالحبس والغرامة، ويعلق تنفيذ هاته العقوبة لمدة 05 سنوات تعتبر فيها فترة تجريبية تلزم المحكوم عليه

¹ رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، دار الفكر العربي، 1979، ص 195.

² علي راشد، القانون الجنائي، المدخل وأصول النظرية العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974، ص 653.

³ نعمون آسيا، نظام وقف تنفيذ العقوبة في التشريع الجزائري وسلطة القاضي الجزائري في تفعيله، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، مج 06، ع 01، رقم العدد التسلسلي 15، سنة 2019، ص ص 833-834.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

عدم العود العام¹ تحت طائلة تنفيذ العقوبة، وفي ذلك تنص المادة 593 من نفس القانون (إذا لم يصدر ضد المحكوم عليه بعد ذلك خلال مهلة خمس سنوات من تاريخ الحكم الصادر من المحكمة أو المجلس حكم بعقوبة الحبس أو عقوبة أشد منها لارتكاب جناية أو جنحة اعتبر الحكم بإدانته غير ذي أثر).

ب- سلطة القاضي الجزائي في وقف تنفيذ العقوبة: علق المشرع الجزائي وقف تنفيذ العقوبة على وجه الجواز لا الإلزام، وهذا واضح من خلال نص المادة 592 التي نصت في مطلعها على (يجوز للمجالس القضائية والمحاكم...)، فالقاضي الجزائي له مطلق السلطة التقديرية في وقف التنفيذ أو عدمه، ولا رقابة عليه في ذلك من المحكمة العليا، فهي مسألة واقع بنص القانون يمارسها القاضي دون تعقيب عليه²، ولا يلزم القاضي الجزائي عند عدم وقف التنفيذ بتسبيب ذلك، غير أن القاضي الجزائي ملزم بالتسبيب في حالة إعمال نظام وقف التنفيذ المادة 592 (... أن تأمر بحكم مسبب بالإيقاف الكلي أو الجزئي لتنفيذ العقوبة الأصلية)، أي أن القاضي لا يسأل عن عدم وقف العقوبة فله مطلق السلطة التقديرية في ذلك، غير أن هذه السلطة بمجرد إعمال نظام الوقف تتقيد بالتسبيب.

ويثور التساؤل حول مدى سلطة المحكمة العليا في نقض القرار القاضي بوقف العقوبة المسبب، فهل يعتبر التسبيب مدخلا لتدخل المحكمة العليا في السلطة التقديرية للقاضي الجزائي، فإذا لم تقتنع بالأسباب التي اتخذها القاضي الجزائي ذريعة لوقف التنفيذ نقضت القرار، أم أن القاضي الجزائي له سلطة تقديرية مطلقة حتى في حالة الحكم بوقف التنفيذ بغض النظر عن الأسباب التي أوردها في الحكم المسبب؟ ونبادر للإجابة على هذا السؤال بالقول أن الحكم القاضي بوقف التنفيذ غير المسبب يوجب النقض³، ذلك أن الأصل هو تنفيذ العقوبة والاستثناء وقفها، والقاضي له سلطة تقديرية مطلقة، وكيفيه تسبيب الحكم، على أن يتبع في ذلك الشروط القانونية المتعلقة بوقف التنفيذ، فإن هو التزمها فلا معقب عليه من المحكمة العليا، و المحكمة العليا تراقب التزام القاضي بالضوابط القانونية في وقف التنفيذ من خلال التسبيب فإن تجاوزها عرض حكمه للنقض.

¹ تنص المادة 594 من قانون الإجراءات الجزائية (يتعين على رئيس المجلس أو المحكمة بعد النطق بحكم الإدانة طبقا للمادة 592 أن ينذر المحكوم عليه بأنه في حالة صدور حكم جديد عليه بالإدانة فإن العقوبة الأولى ستنفذ عليه دون أن يكون من الممكن أن تلتبس بالعقوبة الثانية، كما يستحق عقوبات العود بنصوص المواد 57 و 58 من قانون العقوبات).

² القرار رقم 1034890، الصادر عن المحكمة العليا، الغرفة الجزائية، المؤرخ في 2018/05/23 (حيث أن تقدير العقوبة، ومنح الظروف المخففة، ووقف تنفيذ العقوبة، تدخل ضمن السلطة التقديرية لمحكمة الجنايات، ولا رقابة للمحكمة العليا على ذلك طبقا للقانون)،

<https://n9.cl/vu6i9>

³ أحسن بوسقيعة، القانون الجزائي العام، مرجع سابق، ص 467.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

وقد حددت المواد من 592 إلى غاية 559 من قانون الإجراءات الجزائية ضوابط وشروط وقف تنفيذ العقوبة، فقصرتها في الحبس والغرامات، ويفهم من ذلك إمكانية تطبيقها على الجنايات التي تقتزن بظروف مخففة التي تكون عقوبتها الحبس بدلا عن السجن¹، كما اشترط القانون عدم جواز إفادة المحكوم عليه العائد من جناية أو جنحة من جرائم القانون العام من نظام وقف تنفيذ العقوبة، كما يشترط على الجهة المصدرة للحكم في حالة الحكم بوقف التنفيذ تسبيب قرارها تحت طائلة النقض.

المبحث الثاني: مجال رقابة المحكمة العليا على السلطة التقديرية للقاضي المدني.

لا يختلف مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني عنها في القضاء الإداري والجزائي، فالسلطة التقديرية واحدة في معناها، باعتبارها مكنة يمنحها المشرع للقاضي بموجبهما يكون لهذا الأخير فسخة في تقدير الدعوى وفهم فحواها وتوقيع الجزاء فيها، غير أن السلطة التقديرية للقاضي المدني وإن اتحدت في مفهومها مع فروع القضاء الأخرى، فإنها تختلف من حيث مضمونها ونطاقها (المطلب الأول)، وهذا الاختلاف نابع من خصوصية القضاء المدني التي يستمدّها من مبادئ القانون المدني المتميزة بطبيعتها عن القانون الإداري والجزائي، كما أن المحكمة العليا في ممارستها لرقابتها على المحاكم الدنيا لا تمارسها في نطاق موحد على كل فروع القضاء، فالرقابة القضائية على سلطة القاضي المدني متميزة من حيث نطاقها، وبها يتضح المجال الذي تنقيد فيه السلطة التقديرية للقاضي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مضمون السلطة التقديرية للقاضي المدني.

تقدم بنا أن مفهوم السلطة التقديرية واحد في كل فروع القانون، وقد عالجنّا ذلك بالدراسة في المبحث الأول فلا نعود إليه، بقي أن ندرس الجوانب العامة التي تميز السلطة التقديرية للقاضي المدني، فنعرج بالدراسة أولا على مشروعيتها (الفرع الأول)، ونخصص (الفرع الثاني) لدراسة أثر النص القانوني على سلطة القاضي المدني التقديرية.

الفرع الأول: مشروعية السلطة التقديرية للقاضي المدني.

اختلف الفقهاء في وجوب منح سلطة تقديرية للقاضي المدني من عدمها، فذهب اتجاه بالرفض القاطع لفكرة منح سلطة تقديرية للقاضي المدني وتقييده بالنصوص القانونية دون منحه أي فسخة

¹ نعمون آسيا، نظام وقف تنفيذ العقوبة في التشريع الجزائري وسلطة القاضي الجزائي في تفعيله، المرجع السابق، ص 839.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

للتقدير (أولاً)، وذهب اتجاه آخر إلى ضرورة منح سلطة تقديرية للقاضي المدني (ثانياً)، وبسبب اختلاف الفقهاء على ذلك ظهر اتجاه ثالث يعرف بالاتجاه المعتدل (ثالثاً).

أولاً- الاتجاه الرافض لفكرة منح سلطة تقديرية للقاضي المدني: يذهب هذا الاتجاه للقول أن القاضي لا يستمد حكمه من نفسه، بل من قاعدة قانونية يفرض المشرع إعمالها ولا اجتهاد في مورد النص¹، فالمشرع هو الذي يحدد نطاق ولاية القاضي بنصوص تشريعية قاطعة الدلالة في المعنى المراد منها، ومن ثم فالحديث عن سلطة تقديرية يمارسها القاضي عند مباشرة ولايته لغو لا أساس له²، فالقاضي عند أنصار هذا الاتجاه شبيه بالآلة التي لا تملك من زمام عملها إلا ما برمجت عليه، تدخل إليها الوقائع لتطبع بما حدده القانون لها، فإذا ما جاوز القاضي هذا الدور ترتب عنه عدم استقرار وتضارب في الأحكام القضائية.

لذلك يرى هذا الاتجاه ضرورة استبعاد منح سلطة تقديرية للقاضي، فالقانون عندهم يتسم بالكمال ولا يوجد به أي نقص، ومن ثم فممنح سلطة تقديرية للقاضي ينافي العدالة ويؤدي بالقاضي إلى التحكم، وحتى عندما يمارس القاضي فيها سلطة تقديرية في حالة غياب النص القانوني، مراعيًا في ذلك قواعد العدالة، فهذا لا يعني نقصاً في نصوص القانون، بل كل ما في الأمر أن القاضي يبحث عن قاعدة قانونية موجودة في ضمير الجماعة، أي أن دوره لا يعدو أن يكون دوراً كاشفاً لا منشئاً لقاعدة بديلة عن قواعد القانون³.

وخلاصة هذا الاتجاه في رأينا أنهم يضعون القاضي المدني في منزلة سواء مع القاضي الجزائي الذي يحكم عمله قاعدة أن لا جريمة ولا عقوبة بدون قانون، فالسلطة التقديرية عندهم واحدة من حيث مبدئها ومن حيث مضمونها، يمارسها القاضي وفق إرادة المشرع، والقاضي لا يعدو أن يكون يداً للمشرع يستعملها حيث شاء وبالطريقة التي يشاء، وهو وحده الذي يضع القاعدة وجزائها، وهو وحده الذي يحدد الطريقة التي ينتهجها القاضي للربط بين القاعدة القانونية وجزائها، فإذا ما التزم القاضي إرادة المشرع كما سطرها له، تجنب القضاء مشكلة تضارب الأحكام القضائية وعدم استقرارها.

¹ نبيل إسماعيل عمر، السلطة التقديرية للقاضي في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 103.

² أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، (ماهيتها، وضوابطها، وتطبيقاتها)، ط01، دار النهضة العربية، 1988، ص 23.

³ إبراهيم بن جديد، السلطة التقديرية للقاضي المدني، دراسة تحليلية، رسالة ماجستير في القانون، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1994-1995، ص 7.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

وإن كان لهذا الاتجاه ما يبرره، إلا أن إخضاع القاضي المدني لنفس المبادئ التي يخضع لها القاضي الجزائي فيه نوع من المغالاة، خاصة أن القاضي الجزائي رغم تقيده بالنص القانوني، إلا أن له فسحة واسعة من سلطة التقدير هذا من جهة، كما أنه من جهة أخرى يمارس القاضي المدني ولايته على مسائل ليست بخطورة المسائل التي يمارس القاضي الجزائي عليها ولايته، فالقاضي سواء كان قاضي جزائي أو مدني، هو الذي تطرح أمامه الوقائع وهو الذي يتقاذف أمامه الخصوم ادعاءاتهم ودفعاتهم، فهو وحده الأقدر على تقدير مكان العدالة في الدعوى، ولا يمكن للمشرع الإحاطة بكل ذلك في نص قانوني عام ينطبق على كل الوقائع، فلا غنى عن منح فسحة من التقدير للقاضي يمارسها لتحقيق العدالة وإن أدى ذلك لتضارب في الأحكام القضائية، ذلك أن تحقيق العدالة هو الغاية الرئيسة من سن القانون، وهو الهدف الأول الذي ينشد القاضي تحقيقه، أما استقرار الأحكام القضائية فلا يعدو غاية مثالية من الصعب تحقيقها على أرض الواقع، فالخصومات متنوعة متعددة وإن تشابهت في القاعدة التي تحكمها فإنها تختلف من حيث الوقائع التي تكونها.

ثانيا- الاتجاه القائل بوجود سلطة تقديرية للقاضي المدني: يذهب هذا الاتجاه إلى أن السلطة التقديرية ترد على مفترضات القاعدة القانونية والأثر الذي تنتجه وليس على القاعدة القانونية في حد ذاتها، فالقاضي عند إعماله نشاطه التقديري يقوم بتطبيق مضمون القاعدة القانونية متوخيا الأهداف المرجوة منها ولا يخرج عنها، فقد يكتنف التشريع نقصا أو غموضا مما يحتم على القاضي استكمال هذا النقص، أو تفسير الغموض، خاصة أن التشريع من غير الممكن أن يحيط بجميع الظواهر الاجتماعية والوقائع التي تؤدي إلى التنازع بين ذوي الحقوق، فيكون القاضي بين خيارات متعددة لقواعد قانونية مختلفة، فلا غنى عن تمتعه بسلطة تسمح له بتقدير القاعدة القانونية الملائمة لحكم الواقع المعروض أمامه¹.

فأصحاب هذا الاتجاه يرون أن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في فهم الواقع وفهم القانون²، كما أنهم قرروا أن أنصار الاتجاه الأول لهم تصور خاطئ لمفهوم السلطة التقديرية التي تؤدي وفق رؤيتهم إلى التماثل بينها وبين التحكم، مما أدى بهم للقول بوجود استبعاد قيام القاضي بممارسة

¹ حمدي محمد عبد الحياصات، السلطة التقديرية للقاضي المدني والرقابة القضائية عليها، أطروحة مقدمة إكمالاً لمتطلبات درجة الدكتوراه في تخصص القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان، الأردن، 2015، ص 20.

² محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، بحث مقدم لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011-2012، ص 51.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

نشاط تقديري، وأن هذا الخلط يزول إذا ما حددنا الفرق بين السلطة التقديرية والتحكم، فالتحكم هو صفة تطلق على السلوك الذي يكون الباعث عليه غير مطابق للقاعدة القانونية التي تحكمه، وإنما يطابق القاعدة التي يختارها القاضي تبعاً لرغباته وأهوائه، أما السلطة التقديرية تعني في مجال القانون القدرة على الاختيار بين عدة قرارات، فهي إذا تنجم عن حالة قانونية معينة، مصدرها من دون شك مصدر قانوني¹.

ومعنى ذلك أن القاضي عندما يصدر أحكامها بناءً على ما له من سلطة تقديرية، فإن هذه الأحكام تصدر منه بناءً على ماله من سلطة قضائية، فهو لا يقوم مقام المشرع بوضع قاعدة قانونية جديدة، وإنما غاية ما في الأمر أن عمله يقتصر على تحديد مضمون إرادة قانونية يملها عليه عمله القضائي الذي يهدف لتحقيق المصلحة العامة².

والقول أن السلطة التقديرية تشمل الواقع والقانون يعني أنها تنبع من الوقائع المستخلصة من النزاع المعروض على القاضي، شريطة أن يتقيد بحدود الطلب القضائي، بحيث يرجع القاضي إلى القاعدة القانونية التي تحكم النزاع المطروح أمامه كما رسمه الخصوم، فيقوم القاضي بتحليل تلك القاعدة القانونية، بالوقوف على عناصرها الأولية والقيام بإجراء مطابقة ذهنية بين تلك الوقائع، فتكون سلطته التقديرية منصبة على الواقع والقانون على حد سواء³.

والواقع أن هذا الاتجاه لا يختلف كثيراً عن الاتجاه الأول، فكلاهما يمنح أو يمنع بصفة مطلقة، ولا يخفى ما في ذلك من آثار سلبية على العمل القضائي بصفة عامة، فإن كان القول أن منع أية سلطة تقديرية للقاضي يمنع تحقيق العدالة المنشودة ويجعل من القاعدة القانونية الواحدة تطبق على كل الوقائع مهما اختلفت ولا يكون للقاضي مكنة تقدير الملائمة باختلاف الواقع، فإن القول بإطلاق سلطة القاضي التقديرية يضع القاضي موضع التحكم أكثر من التقدير، وانطلاقاً من هذه الانتقادات ظهر اتجاه ثالث يتخذ موقفاً وسطاً بينهما فلا يمنع القاضي سلطة التقدير إطلاقاً، ولا يطلق يده فيها تمام الإطلاق.

¹ أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، (ماهيتها، وضوابطها، وتطبيقاتها)، مرجع سابق، ص 24-25.

² نبيل إسماعيل عمر، السلطة التقديرية للقاضي في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 107.

³ حمدان بسام أحمد مسلم، مطاق سلطة القاضي التقديرية في الخروج على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات درجة الدكتوراه في تخصص القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، قيم القانون المقارن، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان، الأردن، 2016، ص 62.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

ثالثا- الاتجاه المقيد: ينطلق هذا الاتجاه من حيث توقف الاتجاهان السابقين، فهو يقر بضرورة منح سلطة تقديرية للقاضي المدني لما في ذلك من فائدة تعود أساسا على تحقيق مبدأ العدالة المنشودة، غير أنه لا يجب إطلاقها تمام الإطلاق لدرجة التأثير على استقرار الأحكام القضائية وتضاربها في الوقائع والخصومات المتشابهة فينتفي مع ذلك وجه العدالة، أي أن أنصار هذا المذهب يقولون بسلطة تقديرية مقيدة تحكمها ضوابط قانونية يحددها المشرع سلفا، يلتزم القاضي بمراعاتها عند إعمال نشاطه التقديري.

ويبرر أنصار هذا المذهب اتجاههم بأن العمل القضائي وليد العمل القانوني، فيجب أن يكون مقيدا بالقواعد القانونية، ولا سلطة مطلقة للقاضي فيه، فهو يباشر سلطته التقديرية باسم القانون وبالشروط التي يحددها القانون، ولا يجوز مباشرتها في غير الحالات التي حددها القانون، ويجب على القاضي التزام الحياد في الدعوى ويكون ذلك بتقيد بحدود الطلب القضائي فلا يجوز له أن يصطنع دليلا غير صادر عن الخصوم، ولا أن يخالف الحجة الثبوتية للأدلة كما حددها القانون¹.

ويرى جانب من الفقه المصري أنه لا يلزم على القاضي أن يكون التقدير بعدالة الطلب، بل يكفي أن ينصب على ملائمة النشاط التقديري لهدفه المباشر، والهدف المباشر لعدالة الدليل هو إظهار الحقيقة²، وفي هذا الصدد ذهب محكمة النقض المصرية إلى أن (تطبيق القانون على وجهه الصحيح، واجب دون طلب من الخصوم، أثره التزام القاضي بالبحث عن الحكم القانوني المطبق على الواقعة المطروحة وانزاله عليها³)، والمقصود هنا أن القاضي له سلطة تقديرية في تطبيق القانون دون حاجة للتقيد بالطلب القضائي، ذلك أن صميم عمل القاضي هو تطبيق القانون فمن غير المعقول تعليق ذلك على طلب الخصوم.

غير أن أنصار هذا الاتجاه رغم قولهم بأن السلطة التقديرية للقاضي تجد مجالا خصبا في العقد⁴، إلا أنهم يرون بأن القاضي ليس له سلطة تقديرية فيما يخص تفسير العقد وتكييفه، وكذا التقديرات الاقتصادية كتقدير التعويض عن الضرر فالقانون هو الذي يحدد قيمته¹.

¹ أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، (ماهيتها، وضوابطها، وتطبيقاتها) مرجع سابق، ص 28-29 / محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 45.

² نبيل إسماعيل عمر، السلطة التقديرية للقاضي في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 113.

³ الطعن رقم 9542، لسنة 91 قضائية، صادر عن الدوائر التجارية، جلسة 2022/03/16، <https://n9.cl/arg6z>.

⁴ عبد الرحمن عبد العزيز متولي سعودي، سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1990، ص 124.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

رابعا- تقدير موقف المشرع الجزائري من السلطة التقديرية للقاضي المدني: يقول

الأستاذ الفقيه عبد الرزاق أحمد باشا السنهاوري أن القانون المدني المصري فوض القاضي بموجب ما منح من سلطة تقديرية تطبيق القانون وفقا للمناسبات، تصل به في بعض الحالات إلى استكمال ما فات المتعاقدين أن يتفقا عليه بل وإلى تعديل ما اتفقا عليه، غير أن القانون سلك في ذلك مسلكا وسطا، فوقف عند حدود معقولة تمنع من الخلط بين وظيفة التشريع ووظيفة القضاء².

ويمكننا تتبع بعض مظاهر هذا الطريق الوسط الذي تحدث عنه الأستاذ السنهاوري في القانون المدني الجزائري، على اعتبار أن القانون المدني المصري يعتبر مصدرا تاريخيا للقانون المدني الجزائري، فتنبص المادة 132 مدني جزائري من أن القاضي له سلطة تقدير التعويض تبعا للظروف، كما له في سبيل ذلك أن يأمر بتعويض غير نقدي إذا ما طلبه الخصوم، كما منح القاضي سلطة تقديرية في تقدير ما إذا كان هناك التزام طبيعي في مورد انعدام النص (المادة 161) على أن لا يخالف الالتزام النظام العام، وهذا هو الطريق الوسط فالقاضي يسلك مسلكا وسطا في الحكم بتعويض غير مادي بين ماله من سلطة تقديرية وما عليه من التزام بطلب الخصوم، كما له أن يقدر وجود الالتزام الطبيعي ويقيده في ذلك أن لا يخالف النظام العام.

وفي نظرة الميسرة للقاضي أن يعين ميعادا جديدا لحلول أجل الدين على أن سلطته في ذلك غير مطلقة، بل يجب عليه أن يراعي في ذلك موارد المدين من جهة، ومن جهة أخرى ليس له ذلك إلا إذا تبين له أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة (المادة 210).

وفي تقدير الأدلة أنه يترك للقاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون، غير أنه مقيد في ذلك بعدم جواز الإثبات بهذه القرائن إلا فيما يجيز فيه القانون الإثبات بالبينة (المادة 340).

ويجوز للقاضي أعمال سلطته التقديرية بصدد استكمال شروط العقد، ففي حالة إهمال المتعاقدين لبعض الشروط الغير جوهرية دون اشتراط عدم تمام العقد إلا بالاتفاق عليها تقرر المادة 107 أن العقد لا يقتصر على ما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته، وإن كانت هناك سلطة تقديرية للقاضي في ذلك، غير أنه يجب أن يحدد هذه الالتزامات وفقا للقانون والعرف والعدالة، وبحسب طبيعة الالتزام.

¹ نبيل إسماعيل عمر، المرجع نفسه، ص 109.

² عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ط 03، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011، ص 104.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

وهذه مجرد أمثلة لا على سبيل الحصر يتبين منها أن المشرع الجزائري اتبع المنطق بما يحقق العدالة ولا يضر باستقرار الأحكام القضائية، فمنح القاضي سلطة تقديرية واسعة يمارسها في حدود القانون وشروطه، دون أن يصل به الأمر لدرجة التحكم، وفي نفس الوقت دون أن يكون مجرد آلة لتطبيق القانون على الواقع المعروض أمامه.

الفرع الثاني: أثر النص القانوني على السلطة التقديرية للقاضي.

تنص المادة 01 من القانون المدني الجزائري على (يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها).

وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف. فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة)، فباستقراء نص المادة نجد أن القاضي وهو بصدد تكييف الواقع الثابت في الدعوى يكون بصدد حالتين، حالة وجود نص قانوني يتناول حكم الواقع المعروض أمامه (أولا)، والحالة التي ينعدم فيها نص قانوني يتناولها (ثانيا).

أولا- حالة وجود النص القانوني: يتكون القانون من مجموعة من القواعد القانونية، التي يفرض المشرع على مخالفتها جزاء توقع السلطة العامة في البلاد، وهذه القواعد لا تتعلق بشخص معين بالذات ولا بطائفة معينة بأشخاصها، وهذا هو المقصود من القول أن القاعدة القانونية تتسم بالعمومية، كما أن القاعدة القانونية عند صياغتها لم توضع لتطبق على شخص معين ولا على واقعة معينة وهو المقصود من القول أن القاعدة القانونية قاعدة مجردة¹، وبهذا المعنى فإن العموم والتجريد فكرتان متلازمتان، فهما عبارة عن وجهين لعملة واحدة، غاية ما في الأمر أن القاعدة مجردة من حيث نشوئها وعامة من حيث تطبيقها².

وإذا كانت القاعدة القانونية دائما عامة ومجردة ولا يتصور قاعدة قانونية تخاطب شخصا معينا بذاته (بشخصه)، فإن ذلك لا يعني أن القاضي ليس له أي سلطة تقديرية في أعمالها، فالقواعد القانونية

¹ سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974، ص 39.

² عبد الرزاق أحمد السهوري باشا، أحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1950، ص 15.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

تختلف من حيث صياغتها بمظاهر عديدة، تتسع وتضيق سلطة القاضي التقديرية فيها بحسب ما إذا كانت القاعدة المقررة قاعدة جامدة أو مرنة، وكذا بحسب ما إذا كانت القاعدة أمرة أو مكملة.

01-أثر جمود ومرونة القاعدة القانونية على السلطة التقديرية للقاضي: نتطرق أولاً لأثر القاعدة القانونية الجامدة والمرنة على سلطة القاضي التقديرية تالياً.

فقرة 01-أثر القاعدة القانونية الجامدة على السلطة التقديرية للقاضي المدني: يقصد بالقاعدة القانونية الجامدة القاعدة التي لا تقبل تغييراً ولا انتقالاً من حال إلى حال¹، فالقاعدة القانونية تتكون من عنصرين عنصر الفرض وعنصر الحل، وفي الصياغة الجامدة للقاعدة القانونية يفرض المشرع فرضاً قانونياً معيناً، ويقرنه بحل ثابت لا يتغير بتغير الوقائع ولا بالظروف²، فهي صياغة يحدد فيها المشرع المخاطب بالقاعدة القانونية، والواقعة وأثرها، ويكون كل ذلك بوصف منضبط لا يدع مجالاً لاختلاف وجهات النظر حولها³.

ولما كانت الصياغة القانونية الجامدة تأتي بشكل ثابت لا يتغير، وحكم قطعي غير قابل للتأويل، فالسؤال يطرح حول موقف القاضي عندما يكون بصدد قاعدة قانونية من هذا الشكل، ونبادر إلى القول أن القاضي يقوم بتطبيق القاعدة القانونية بصفة آلية، فهي لا تعطيه أي مجالاً للتقدير⁴، ولا تمنحه أي سلطة تقديرية في ذلك، بل يمكننا القول إن الصياغة الجامدة للقاعدة القانونية لا تعد ضابطاً على السلطة التقديرية للقاضي بل تمنع عنه أي فسحة لها.

ويذهب جانب من الفقه إلى القول بخلاف ما تقدم، ويقررون أن القاعدة الجامدة نوعان، فإما أن تكون قاعدة جامدة جموداً مطلقاً فتمنع أي سلطة تقديرية للقاضي عند تطبيقها، وإما أن تكون قاعدة جامدة جموداً نسبياً وهذا الجمود يعطي القاضي فسحة لتقدير فيمكنه استعمال سلطته في الحدود التي أقرتها القاعدة القانونية، وله أن يتصرف في نطاق حدين لا يجوز له النزول عن أحدهما ولا

¹ محمد عبد الجواد محمد، بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون، مطبوعات جامعة القاهرة، الخرطوم، 1973، ص 72.

² نصراوين ليث كمال، أبو عزام صدام إبراهيم، مبادئ الصياغة التشريعية، ط 02، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2020، ص 31. / سميح تناغو، المرجع نفسه، ص 43.

³ الشيعي عبد القادر، فن الصياغة القانونية تشريعاً وفقهاً وقضاءً، ط 01، مكتبة دار الثقافة، عمان، ص 21.

⁴ محمد مهند جاسم، الصياغة التشريعية بين لغة القانون وقانون اللغة، رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون العام، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2020، ص 30.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

الصعود بالآخر¹، ويمكننا القول أن هذا الرأي لا نجد له أثراً في القانون المدني بخلاف القانون الجنائي الذي تعتبر قواعده قواعد جامدة نسبياً² تمنح القاضي في توقيع العقاب حدين له بينهما سلطة تقديرية مطلقة.

ومن أمثلة الصياغة الجامدة في القانون المدني المادة 2/40 التي تنص على أن سن الرشد تسعة عشرة (19) كاملة، ونص المادة 45 التي تقرر أن ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا تغيير أحكامها، والمادة 124 التي تنص على أن كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض، و المادة 260 التي تشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفا مالكا للشيء الذي وفي به، وأن يكون ذا أهلية للتصرف فيه والمادة 72 مكرر التي حددت دلالة العربون بأنه مقابل لحق العدول، وفي كل هذه الأمثلة لا سلطة تقديرية للقاضي في أن يرفع أو يخفض من سن الرشد إلا بنص من القانون، فالمشعر هو الذي يفرض الفرض وحله، كما له وحده أن يورد الاستثناء عليه، كما أنه ليس للقاضي أن يقر الشخص على التنازل عن أهليته وكل حكم أو قرار بذلك فيه مخالفة للقانون توجب النقض مهما كان التسبب، كما أن القاضي إذا ما كان بصدد طلب قضائي بالتعويض عن الضرر وتوافرت شروطه كاملة التي نصت عليها المادة 124 ليس له إلا الحكم بالتعويض ولا سلطة تقديرية له في أن يحكم بألا وجه للتعويض، وإنما سلطته التقديرية تشمل مفترضات القاعدة القانونية فله تقدير الخطأ وله تقدير وقوع الضرر ومداه والعلاقة السببية بينهما، فإذا ما قدر قيام ذلك فلا سلطة له في نفي التعويض، كما أنه ليس للقاضي أن يحدد دلالة للعربون غير التي حددتها نص المادة 72 مكرر، فلا يمكنه اعتباره دفعة أولية من الثمن إن لم يتفق المتعاقدان على ذلك.

فقرة 02- أثر القاعدة القانونية المرنة على السلطة التقديرية للقاضي المدني: يقصد بالصياغة المرنة أن يضع المشرع قاعدة قانونية ذات ألفاظ وعبارات واسعة المعنى، وذلك بوضع فرض وحل أو أحدهما غير محدد تحديدا دقيقا، فيقتصر المشرع على وضع الفكرة ويترك ما يدخل في تكوينها وما يحدد معاني مفرداتها للقاضي، مما يجعل القاعدة القانونية قاعدة مرنة تسمح بتغيير الحلول بتغير الظروف والوقائع والأحوال³، فالصياغة القانونية الجامدة لا تفرض على القاضي حكما ثابتا لا يتغير بتغير

¹ أبو سعد محمد شتا، السلطة التقديرية للقاضي المدني في ضوء المعايير والقواعد القانونية المرنة والجامدة، مجلة مصر المعاصرة، الجمعية المصرية للإقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، مج 77، ع 406، ص 122.

² ويرى الأستاذ سمير عبد السيد تناغو أن غالبية قواعد القانون الجنائي قواعد قانونية مرنة، سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، ص 46.

³ أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة لطلبة كلية التجارة، ط 04، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1983، ص 96/نصر الله محمد احمد شاعر، الأصول اللغوية في صياغة النصوص التشريعية (التشريعات الفلسطينية مثالا)، أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

الظروف، وإنما تجعل بين يديه معياراً مرناً يسمح له بملائمة حكمه بحسب الوقائع المعروضة أمامه وبحسب الأحوال والظروف¹.

ومن أمثلة القواعد القانونية المرنة فكرة النظام العام، فطالما يسمح القانون ببعض الممارسات ويعلقها على شرط عدم مخالفة النظام العام، وقد قرر المشرع في نصوص القانون المدني أن من شروط مشروعية المحل (المادة 93) و السبب (المادة 97) أن لا يكونا مخالفين للنظام العام، فالمشرع بذلك وضع الفكرة المتمثلة في النظام العام أو الآداب وترك تحديد مضمونها لسلطة القاضي التقديرية، وإن كانت فكرة النظام العام في القانون الموضوعي (المدني) فكرة مرنة تسمح للقاضي بتحديد مضمونها، فإنه في كثير من الحالات وبخاصة في القانون الإجرائي (قوانين المرافعات) ما يحدد المشرع الفكرة المتمثلة في النظام العام، ويحدد معها مضمونها ذلك أن القواعد القانونية الإجرائية في غالبيتها قوانين جامدة، ومن ذلك ما نص عليه المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 36 بأن (عدم الاختصاص النوعي من النظام العام تقضي به الجهة القضائية تلقائياً...) ، أي أن المشرع قد وضع الفكرة ووضع معها مضمونها بأن الاختصاص النوعي من النظام العام، وفي حالات أخرى يقوم المشرع باستعمال أسلوب مزدوج كما في نص المادة 69 من نفس القانون (بأنه يجب على القاضي أن يثير تلقائياً الدفع بعدم القبول إذا كان من النظام العام، لا سيما عند عدم احترام آجال طرق الطعن، أو عند غياب طرق الطعن)، فالمشرع وضع الفكرة المتمثلة في النظام العام وحدد أمثلة عنها، فالقاعدة جامدة إذا ما كان القاضي بصدد أحد الأمثلة الواردة في نص المادة 69، بينما هي في غيرها قاعدة مرنة يحدد فيها القاضي الدفع بعدم القبول المتعلق بالنظام العام ويثيره تلقائياً.

وهكذا نرى بوضوح كيف يطلق المشرع من سلطة القاضي التقديرية، وكيف يقيد بها ويعدمها بحسب إرادته، فهو يقيد بها بالقواعد القانونية الجامدة جموداً نسبياً، ويعدمها بالقواعد الجامدة جموداً مطلقاً، ويطلقها بمرونة قواعده القانونية، أي أن القاضي لا يستمد سلطته التقديرية من نفسه كما ذهب إلى ذلك أنصار الاتجاه القائل بمنح سلطة تقديرية مطلقة للقاضي، وإنما هو يستمدّها من القانون، فالقانون هو الذي يحدد متى وكيف يستعمل القاضي سلطته التقديرية، ويحدد إلى جانب ذلك ضوابطها لا بطريق مباشر كما قال أنصار الاتجاه الرافض لفكرة منح سلطة تقديرية للقاضي لدرجة أن يعدمها

الحصول على درجة الدكتوراه في الدراسات اللغوية، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، كلية الدراسات العليا، قسم اللغة العربية، عمان،

2013، ص 36. / سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص 44.

¹ حسن خالد جمال احمد، مبادئ الصياغة التشريعية، مجلة القانونية، هيئة التشريع والإفتاء القانوني، ع 04، البحرين، 2015، ص ص

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

تماما، بل بطريق غير مباشر باستعمال فنون الصياغة القانونية وتدرج القواعد وتنوعها، و المثال الحقيقي على فكرة أنصار الاتجاه المقيد تتمثل في الصياغة المرنة بحسب رأيينا، أو كما يقول أحد الفقهاء الصياغة المرنة هي تعبير المشرع عن الثقة التي يمنحها للقاضي¹

02-أثر القواعد الآمرة والمكملة على سلطة القاضي التقديرية: تقدم أن المشرع ضبط سلطة القاضي التقديرية بنوع الصياغة التشريعية للقاعدة القانونية من خلال جمودها أو مرونتها، غير أن المشرع إضافة إلى ذلك وضع وصفا على الصياغة القانونية فتكون إما صياغة أمرة أو مكملة، ولم يرد المشرع من خلالها تقييد سلطة القاضي بقدر تحديد ما يعتبر من النظام العام فلا يجوز للأطراف ولا للقاضي تقرير ما يخالفه، وما لا يعتبر من النظام العام فيكون للأطراف الاتفاق على ما يخالفه، كما يجوز للقاضي تقديره بما له من سلطة تقديرية، فنتناول مفهوم القاعدة القانونية الآمرة والمكملة، ثم ننتقل لدراسة أثر النظام العام على سلطة القاضي التقديرية.

فقرة 01- مفهوم القاعدة القانونية الآمرة: يقصد بالقواعد القانونية الآمرة تلك القواعد التي وضعها المشرع وأوجب على الأفراد التزامها في تصرفاتهم تحت طائلة البطلان المطلق، فينعدم أي سلطان لإرادتهم حيال ذلك، وليس للقاضي إزاءها أن يريد أو لا يريد فهي قواعد ملزمة للأفراد وللقاضي على حد سواء²، فهي قواعد ملزمة إلزاما باتا لتعلقها بالمصلحة العامة.

وتجد القواعد الآمرة مجالا مطلقا في قواعد القانون الجنائي فالقاعدة التي تقرر تجرم القتل والسرقة لا يجوز لأحد ولو كان القاضي مخالفتها أو الاتفاق على عكسها بأي حال من الأحوال³، وعلى كل حال لا يقتصر مجال القواعد القانونية الآمرة على القانون الجنائي، وكما قدمنا أن معيار القواعد القانونية الآمرة المصلحة العامة، فكلما كنا بصدد قاعدة قانونية متعلقة بالمصلحة العامة كلما كانت قاعدة أمرة تفرض على الجميع احترامها وعد مخالفتها لا بداعي الاتفاق ولا بداعي السلطة التقديرية.

ومن أمثلة القواعد الآمرة في القانون المدني الجزائري ما نصت عليه المادة 02/92 (غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطلا ولو كان برضاه ...) فهي قاعدة أمرة ودليل ذلك أن المشرع في

¹ سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، المرجع السابق، ص 46، نقلا عن R. HOUIN. De LELEGE FERENDA, in Mélanges Roubier, R, I, 1961, p 287.

² حسن كيرة، المدخل للقانون، ط 06، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993، ص 42/ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ط 06، ج 1، المدخل للعلوم القانونية، مطبعة السلام، ص 12-13/ عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية القانون، ط 04، دار الكتاب العربي، مصر، 1965، ص 68.

³ حسن كيرة، المرجع نفسه، ص 43.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

الفقرة الأولى من نفس المادة استعمل عبارة (يجوز) أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ومحققاً، ولكنه استثنى من ذلك التعامل في تركة شخص باستخدام عبارة دالة دلالة قطعية في الفقرة الثانية (غير أن ..)، ومن أمثلتها أيضاً ما نصت عليه المادة 02/112 (غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدّعين) فالواضح من نص المادة أن المشرع لا يقصد أطراف العقد، ذلك أن تفسير العقد عمل القاضي لا الأطراف وقد ألزمه المشرع بقاعدة قانونية أمرة لا يجوز له إعمال سلطة تقديرية بأن يحمل عبارات العقد الغامضة على نحو يضر بالطرف المدّعين، وفي نفس الوقت هي قاعدة أمرة لا يجوز للأطراف الاتفاق على خلافها، فليس للقاضي تأويل العبارات الغامضة في عقد الإذعان بشكل ضار للطرف المدّعين بداعي أن المتعاقدان قد اتفقا على أن يكون تأويل العبارات الغامضة لصالح الطرف الذاعن.

فقرة 02- مفهوم القواعد القانونية المكملّة: القواعد المكملّة¹ هي تلك القواعد التي تراعي مصلحة خاصة لا عامة، ولا ترتبط بالنظام العام، ولا يقصد بها المشرع تقييد أو إطلاق سلطة القاضي التقديرية في الأخذ بها أو طرحها، فالقاضي ليس له أي مصلحة خاصة ودوره يقتصر على تطبيق القانون، فالقواعد القانونية الأمرة قواعد متعلقة بالأفراد ومصالحهم الخاصة، فيجوز لهم وحدهم الأخذ بها كما هي أو استبعادها بالاتفاق على خلاف حكمها.

وإذا كانت القواعد المكملّة لا تتعلق بسلطة القاضي التقديرية فهي تعني أطراف الخصومة بخطابها، وهذا لا يعني أن القاضي ينتظر ما اتفق عليه الأطراف دون أن يكون له أي موقف إيجابي حيالها، فالقاعدة القانونية سواء كانت أمرة أو مكملّة هي جزء من القانون وهي ملزمة في كل أحوالها، غاية ما في الأمر أن صياغة القواعد المكملّة مجرد رخصة للأطراف في تقرير ما يعود بالنفع على مصالحهم الخاصة شرطه أن لا يخالف المصلحة العامة، والقاضي ملزم بتطبيق القانون كما فرضه المشرع سواء كان بصدد قاعدة أمرة، أو كان بصدد قواعد مكملّة، فالقاعدة المكملّة في حقيقتها قاعدة أمرة ملزمة للأطراف والقاضي في حالة سكوت الأطراف دون تقرير ما يخالفها وهذا هو المبدأ العام.

أي أن غاية ما في الأمر أن المشرع غل يد القاضي وأطلق يد الأطراف بالاتفاق على خلاف القاعدة المكملّة استثناءً عن المبدأ العام، فالأطراف عندما يقررون استعمال الرخصة بالاتفاق على خلاف

¹ راجع في مفهوم القواعد القانونية المكملّة، سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، المرجع السابق، ص 85/حسن كيرة، المدخل للقانون، المرجع السابق، ص 44/جميل الشرقاوي، دروس في أصول القانون، دار النهضة العربية، 1971، ص 55/شمس الدين الوكيل، مبادئ القانون المدني، ط 01، منشأة المعارف الإسكندرية، 1986، ص 79.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

القاعدة المكملّة لا يكونون بذلك قد استبعدوا القانون تماماً، ذلك أنهم من ناحية يستعملون رخصة قانونية، ومن الناحية أخرى يستبدلون القاعدة القانونية التشريعية بقاعدة اتفاقية، فالعقد شريعة المتعاقدين أي أنه يقوم بالنسبة للقاضي مقام القانون، فيمكننا القول على سبيل المجاز أنهم يستبدلون قاعدة قانونية مباشرة بقاعدة قانونية غير مباشرة.

ومن خلال ما تقدم يتبين أن القواعد الأمرة والمكملة تعتبر وسيلة من وسائل التمييز بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة في القانون المدني، الذي تدور قواعده بين قواعد متعلقة بالنظام العام وأخرى ليست كذلك، ولما كانت فكرة النظام العام مرنة وواسعة يصعب على المشرع حصرها في مواد قانونية محددة، فإن تحديد مفهومها ومجالها يترك لتقدير القاضي في غير النصوص القانونية التي تناولت مسائل محددة متعلقة بالنظام العام، ومن أجل الوقوف على سلطة القاضي التقديرية في ما يتعلق بالنظام العام نعرض على دراستها في الفقرة التالية.

فقرة 03- أثر النظام العام على سلطة القاضي التقديرية: مر بنا أن القاعدة القانونية الأمرة هي قاعدة مرتبطة بالنظام العام لأنها قاعدة تحمي مصلحة عامة، ولما كانت القاعدة المكملّة تحمي مصلحة خاصة فهي قاعدة قانونية لا ترتبط بالنظام العام، أي أنه بعبارة أخرى فكرة النظام العام يمكن اعتبارها معياراً للتمييز بين القواعد القانونية الأمرة والمكملة¹، إن من أهم الضوابط والقيود العامة التي ترد على السلطة التقديرية للقاضي وتعتزضه في كل عمل من أعماله هو فكرة النظام العام، وهي فكرة وإن كانت على هذا القدر من الأهمية إلا أنها فكرة فضفاضة واسعة تختلف باختلاف التشريعات والأنظمة القانونية، مما جعل المشرع يتحاشى وضع تعريف لها. غير أنه يمكننا تتبع مفهوم النظام العام ومعياره من خلال دراسات الفقهاء.

¹ ويسمى هذا المعيار بالمعيار الموضوعي، وهناك إلى جانبه معيار آخر هو المعيار الشكلي، أو اللفظي وهو معيار يعتمد على الالفاظ المصاغ بها النص، بحيث يسهل التعرف من خلالها على صفة القاعدة القانونية، وذلك بالرجوع إلى العبارات التي تفيد الأمر والوجوب، كألفاظ النبي القطعي، المادة 2/36 قانون مدني (لا يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد في نفس الوقت)، والمادة 45 (ليس لأحد..)، أو أن يستعمل المشرع ألفاظ الوجوب نص المادة 886 ق م ج (يجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه...)، أو أن يستعمل المشرع ألفاظ البطلان المادة 2/107 ق م ج (... ويقع باطلاً كاتفاق على خلاف ذلك) كل هذه الالفاظ تفيد أن القاعدة القانونية أمرة، بينما إذا استعمل المشرع ألفاظاً من قبيل الجواز، كيجوز، يمكن، إذا لم يتفق المتعاقدان على ذلك فذلك يفيد أن القاعدة القانونية مكملّة، راجع في ذلك كل من بوكرازاة احمد، القواعد الأمرة والقواعد المكملّة التفرقة بين القواعد الأمرة والمكملة مؤسسة على شروط التطبيق، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 24، العدد 01، سنة 2013، ص ص 207-210/ حسن خالد جمال احمد، مبادئ الصياغة التشريعية، المرجع السابق، ص 41-42.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

أ- مفهوم فكرة النظام العام: يذهب جانب من الفقه¹ إلى تحديد مفهوم النظام العام من خلال تحديد نطاقه، فالقانون العام تعتبر قواعده بداهة من النظام العام، كالقانون الدستوري والإداري والمالي وقانون العقوبات، أما قواعد القانون الخاص فتدور بين قواعده متعلقة بالنظام العام وأخرى ليست منه، فالقواعد التي تنظم اختصاص المحاكم ووظائفها يعتبر من النظام العام، ويعتبر من النظام العام أيضا القواعد الخاصة بحالة الأشخاص وأهليتهم، وقوانين المنظمة لحق الملكية، والقاعدة التي تقرر انه ليس لأي شخص أن يثرى إثراء بدون سبب على حساب الغير، كما أن القاعدة التي تقرر مسؤولية الشخص عن خطئه التقصيري لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، أو الإعفاء منها فهي من النظام العام، والقواعد التي تعنى بالمحافظة على حقوق الغير، والقواعد المتعلقة بحرية الأشخاص كالزواج والتجارة تعتبر من النظام العام.

وهناك من الفقه من حاول تعريف النظام العام من خلال الغاية منه، فتعتبر من النظام العام القواعد التي يقصد منها حماية مصلحة عامة، سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد²، فهو في هذا المعنى النظام العام عندهم هو النظام الأعلى للمجتمع³، وهناك من عرفه على أن النظام العام هو مجموعة الشروط اللازمة للأمن والآداب العامة، التي لا غنى عنها علاقات سليمة بين المواطنين، بما يناسب علاقاتهم الاقتصادية العامة، بينما عرفه الفقيه هوريو بأنه حالة واقعية تعارض حالة واقعية أخرى هي الفوضى⁴.

على انه رغم تعدد واختلاف التعاريف التي ساقها الفقه لفكرة النظام العام، إلا أن الفقه يجمع على أن فكرة النظام العام فكرة جد مرنة ومطاطة ومن الصعب تحديد مفهوم لها، وأنه من العبث حتى المحاولة في الوصول لتعريف دقيق لفكرة النظام العام، لدرجة تشبيه البحث على مفهوم دقيق لفكرة

¹ محمد كامل المصري، سيد مصطفى، أصول القوانين (مع تطبيقات من القانون المصري وبعض القوانين الأخرى) مطبعة الدهبانية، 1952، ص 321-329. / محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، طبعة 2021، ص 214/ عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء الفقهاء وأحكام القضاء، ط 02، ENCOYCLOPEDIA، 2015، ص 519.

² عبد الرزاق أحمد السنيهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، مصادر الإلتزام، مرجع سابق، ص 434-435.

³ عبد الرزاق أحمد السنيهوري، علم أصول القانون، خلاصة المحاضرات التي ألقاها الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنيهوري بك عميد كلية الحقوق، على طلبة السنة الأولى بكلية الحقوق في علم أصول القانون، كمقدمة تمهيدية لدراسة القانون بوجه عام ودراسة القانون المدني بوجه خاص، مطبعة فتح الله الياس وأولاده، مصر، 1936، ص 251.

⁴ نسيغة فيصل، النظام العام، مجلة المنتدى القانونية، ع 05، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، 2008، ص 166.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

النظام العام أشبه بالمغامرة على الرمال الزاحفة، أو مسلك محاط بالأشواك، وان من يحاول تعريف النظام العام كأنما يركب حصانا جامحا لا يدري أين سيلقي به¹،

إن فكرة النظام العام فكرة مرنة جدا لدرجة أن بلغ من مرونتها استبعاد القانون المدني الألماني النص عليها في المادة 138 وذلك بعد مناقشات عنيفة وهامة، جرت في مجلس الريشستاج انتهى بهم إلى استبعاد نصوص مختلفة جاء فيها ذكر العقد المخالف للأداب والنظام العام².

ب- تقدير القاضي لفكرة النظام العام: تقدم بنا أن التقنين المدني الألمان استبعد النص على فكرة النظام العام على الأقل فيما يخص مجال العقود بسبب مرونته، التي قد ترتب نتائج بالغة الخطورة ومن بينها أن القاضي ربما أباح لنفسه أن يتخذ من النظام العام نظرية فلسفية أو دينية يبنها على مجموعة من المبادئ الدستورية أو على سياسة التشريع العامة، أو على رأيه الخاص في المسائل الاجتماعية أو الفلسفية الأخلاقية أو الدينية³، غير أن السؤال الذي يطرح نفسه هو كيف للقاضي أن يتبين ما إذا كان بصدد مسألة متعلقة بالنظام العام؟

نبادر إلى القول أن المعيار الذي يسترشد به القاضي في تحديد فكرة النظام العام هو معيار المصلحة العامة التي يحميها القانون⁴، فالقاضي لا يبحث في مفهوم النظام العام إلا من خلال معيار المصلحة التي يحميها القانون، فإذا كانت مصلحة عامة كان ولا شك بصدد مسألة متعلقة بالنظام العام، أي أن النشاط الذهني للقاضي ينصب على بحث ما إذا كانت المصلحة المحمية مصلحة عامة أو خاصة، غير أن هذا الجواب لا يحل المشكلة وإنما ينقلنا من إشكالية البحث عن معيار للنظام العام، إلى إشكالية البحث عن معيار للمصلحة العامة ذاتها، أي متى يكون القاضي بصدد مسألة تمس بالمصلحة العامة ومتى يكون بصدد مسألة تمس بمصلحة خاصة؟

ويقول الأستاذ رأفت فودة عن المصلحة العامة (أنه لكي نتعرف على أبعاد ومعاني هذه الفكرة يجب علينا اختراق ضمير المشرع حيث يقدر وينص على تحقيق المصلحة العامة، أو الاشتراك في المداولات

¹ علي فيلاي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، ط 03، موفم للنشر، الجزائر، 2013، ص 278.

² الحكومة المصرية، وزارة العدل، القانون المدني، مجموعة الأعمال التحضيرية، ج 02، الإلتزامات، مصادر الإلتزام (من المادة 89 إلى غاية المادة 264)، مطبعة دار الكتاب العربي، مصر، دون سنة، ص 223.

³ مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

⁴ عبدالرزاق احمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص 437/ علي فيلاي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 283/ منال ربوح، النظام العام والعقد، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في علوم القانون الخاص، فرع قانون حناية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2019، ص 84.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

القضائية للتعرف على ضمير القضاة حين يقضون بوجود مصلحة عامة في نشاط إداري معين، وكل ذلك غير ممكن التحقيق¹، فعبارة المصلحة العامة لا تقل مرونة عن مصطلح النظام العام، غير أنها ليست بذات الغموض، ونجد أول آثار مفهوم المصلحة العامة عند الفيلسوف جان جاك روسو في كتابه العقد الاجتماعي، حيث يرى أن قوام المجتمعات يقوم في حقيقته على تعارض المصالح الخاصة، والمشارك بين هاته المصالح المتعارضة هو الذي تتألف منه الرابطة الاجتماعية، ولو لم توجد نقطة تتوافق فيها لم يكن قيام أي مجتمع ممكناً، ويجب أن يبني المجتمع على أساس هذه المصلحة المشتركة².

فالمصلحة العامة بنظر الفيلسوف جان جاك روسو تتمثل في ما يتفق ضمير المجتمع على ضرورته، ولا يقوم بشأنه خلاف بين أفرادها، أي بمعنى آخر هي مجموعة المصالح التي تخدم المجتمع ذاته، وتحقق صالح أفرادها بنفس القدر، فالإبطال المطلق للعقد مثلاً يحقق مصلحة عامة تحمي كل أفراد المجتمع من عدم المشروعية، وتحقق الاستقرار والاطمئنان داخل المجتمع، ذلك أن نظام التعاقد نظام واحد يسري على جميع أفراد المجتمع، ومن غير الممكن أن يختلف حوله أفراد كالمصلحة اتفاقية تهم المجتمع ككل، وهذا التعريف قريب من تعريف فقهاء الشريعة الإسلامية الذين يعرفون المصلحة العامة بأنها (ما فيه صلاح عموم الأمة أو الجمهور، ولا التفات منه إلى أحوال الأفراد إلا من حيث أنهم أجزاء من مجموع الأمة³).

أذن فالقاضي كلما كان بصدد مسألة قدر أنها تمثل غاية تشترك فيها مصالح الأفراد كأشخاص وتخدم المجتمع بصفته وحدة، كان بصدد مصلحة عامة، فالمصلحة العامة تقتضي توافر أركان العقد، والالتزام بعدم الإضرار بالغير يحمي مصلحة عامة، وعدم مشروعية الإثراء على حساب الغير بلا سبب يقصد من ورائه حماية مصلحة عامة، وحماية الطرف الضعيف في العقد، وحماية الأسرة، واستقرار مرفق القضاء، كل هاته المسائل⁴ واردة بموجب قواعد قانونية أمرة، فهي تحمي مصلحة عامة، وبالتالي فهي مسائل متعلقة بالنظام العام لا سلطة تقديرية فيها للقاضي بأن لا يرتب عليها آثارها القانونية.

¹ بنعياش رشيد، المصلحة العامة أساس وجود الدولة، المجلة المغربية للسياسات العمومية، ع 22، سنة 2017، ص 163، نقلاً عن رأفت فودة، مصادر المشروعية الإدارية ومنحنياتها.

² جان جاك روسو، العقد الاجتماعي، ترجمة عادل زعير، مؤسسة هندواي للتعليم والثقافة، مصر، 2013، ص 51.

³ سناء رحمان، القاعدة الفقهية (المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة) ودورها في مكافحة الفساد، مجلة الأحياء، مج 19، ع 22، سنة 2019، ص 381-382.

⁴ راجع في ذلك علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 285-290.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

وإذا كانت غالبية القواعد القانونية الأمرة هي قواعد متعلقة بالنظام العام، فإننا نجد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بعض القواعد الغير متعلقة بالنظام العام رغم أن كل قواعده قواعد أمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، فالقاعدة الإجرائية إذا قرر المشرع بالنص أنها متعلقة بالنظام العام فهذا يعني أنه قرر بالنص أنها تستجيب إلى الغايات العليا التي تصبو إليها الجماعة، ولا يشترط أن ينص القانون في كل قاعدة يوردها بأنها تتعلق أو لا تتعلق بالنظام العام، بل يكفي فقط أن يقدر القاضي بموجب ما له من سلطة تقديرية بأن هذه القاعدة أو تلك تمس بالمصالح الأساسية للجماعة لكي تعتبر أنها قاعدة متعلقة بالنظام العام¹، والقاضي ملزم إذا ما تبين له ذلك أن يثير المسائل المتعلقة بالنظام العام تلقائيا وفي أية مرحلة كانت عليها الدعوى، وفي ذلك تنص المادة 56 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية (يثير القاضي تلقائيا انعدام الأهلية..).

ثانيا: حالة القصور في التشريع: تتطور القوانين بتطور المجتمعات، والحوادث الاجتماعية تساهم في نشوء القانون، فالواقعة تستتبع ظاهرة، والظاهرة تستتبع تدخل المشرع لضبطها، أو تجريمها ومنعها، فالقانون ينشأ في الواقع من الأمر وفق دورة محددة (واقعة، فظاهرة، فقانون)، فهو يطارده تطور المجتمعات ولا يسبقها، وطالما أن المجتمعات في تطور دائم ومتسارع فالقانون كثيرا ما يكون قاصرا في نصوصه، غير أن سرعة وعجز التشريع عن مجاراتها في حينها لا يمكن اتخاذ عذرا من قبل القاضي لتملص من التزامه بإصدار حكم في المنازعات المطروحة أمامه وإلا اعتبر منكرا للعدالة، وعلى ذلك يطرح التساؤل ما هو موقف المشرع في حالة قصور التشريع؟ وما هي الضوابط التي يتبعها لتغطية هذا القصور؟

01- مفهوم القصور التشريعي: لا نتفق مع القول أنه لا يمكن وضع تعريف دقيق للقصور التشريعي، لأنه ذو طابع فجائي وطارئ و من الصعب تقديره قبل وقوعه أو ادراكه²، فالطبيعة الفجائية والطارئة مجرد خصيصة وليست شرطا لقيام القصور التشريعي، وقد يقوم القصور في غير فجائية، فالمشرع المدني الجزائري رغم إصداره القانون المدني في سنة 1975 إلا أنه لم ينظم عديد الأحكام التي نظمها المصادر التاريخية له كالقانون المدني المصري، وعلى سبيل المثال يعرف المشرع الجزائري حالة الإعسار غير أنه ولغاية يومنا هذا لم يعرف المشرع الجزائري الإعسار كنظام قائم بأحكام مضبوطة آثار

¹ أنظر في هذا المعنى، عبد الحميد الشواربي، عاطف الشواربي، عمرو الشواربي، البطلان المدني، الإجمالي، الموضوعي، المكتب الجامعي الحديث، 2010، ص 28.

² عواطف عبد المجيد، القصور التشريعي، مجلة دجلة، مج 02، ع 01، 2019، ص 63

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

محددة رغم أن الإعسار ليس حالة طارئة ولا مفاجئة بل العكس من ذلك هو ظاهرة منتشرة بكثرة بين المدنيين،

وبالرجوع لنص المادة الأولى قانون مدني جزائري نجدها تستعمل عبارة (وإذا لم يوجد نص تشريعي) ونجده يستعمل في نص المادة الأولى مكرر عبارة (وفي حالة عدم وجود نص) واستعمل عبارة شبيهة بها في المادة 222 (كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون...)، كل هذه العبارات تعالج حالة واحدة، هي حالة عدم وجود نص تشريعي يعالج الوقائع التي تعترض القاضي في مسألة ما، أي أن القصور التشريعي من خلال هذه النصوص القانونية هو ظاهرة واقعية تعترض القاضي أثناء فصله في النزاع المطروح عليه لا يجد فيها القاضي نصا قانونيا يعالج المسألة المتعلقة بهذا النزاع.

غير أن حالة انعدام النص القانوني ليست الحالة الوحيدة للقصور التشريعي، فكثيرا ما ينص القانون بنص تشريعي على مسألة ما، غير أن عبارات النص لا تعالج المسألة بكل جوانبها، فتعالج جانبا وتسكت عن جانب وهذا ما يسمى بحالة النقص، وتعرف فكرة نقص النص القانوني أنها الحالة التي تكون فيها القاعدة القانونية التي عينها النص لا تكون لها علاقة مباشرة أو غير مباشرة بالحالة الواقعية المتنازع فيها على الرغم (من تفسير ألفاظ النص وفحواه)¹.

وبين حالة انعدام النص القانوني وحالة نقصه يمكننا أن نعرف القصور التشريعي بصورة أدق وأشمل، على أنه ظاهرة واقعية تلحق النص القانوني بصفة كاملة أو جزئية، تعترض القاضي أثناء فصله في النزاع المطروح عليه، تقتزن بنقص أو غياب للنص القانوني الذي يحكم وقائع النزاع.

02- أثر قصور النص التشريعي على سلطة القاضي التقديرية: نبادر للقول أن القاضي ليس له أي سلطة تقديرية في سد القصور التشريعي، فقد حدد له المشرع مسبقا ضوابط لا يحيد عنها ويقع فيها تحت طائلة رقابة المحكمة العليا، وقد جاء في الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري (أن رئيس لجنة تعديل القانون المدني تساءل ماذا يكون الحال لو فرض أن نص المادة 11 من القانون المدني المختلط لم يكن موجودا في القانون، إذ أن القاضي ملزم بأن يفصل في كل نزاع يطرح عليه، وإلا عد ممتنعا عن حكم ومنكرا للعدالة، فهو إذن يلتزم الحل المعروض أمامه بحسب شعوره بالعدالة، أو يلجأ إلى تشريع أو قضاء أجنبي يستهدي به، وعليه فالفائدة من وجود نص كنص المادة 11 ينحصر في بيان القاعدة التي يتعين على القاضي إتباعها للوصول إلى حل النزاع وفي توحيد هذه القاعدة بالنسبة لجميع القضاة في

¹ عواطف عبد المجيد، نفس المرجع، ص 65.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

حالة عدم وجود نص في القانون¹، أي بمعنى آخر أن المشرع المصري لم يشأ ترك مسألة ملئ فراغ القصور التشريعي بيد القاضي على سبيل الإطلاق، وحدد له طريقا محددا يسلكه في مثل هذه الحالة.

وقد سلك المشرع الجزائري في المادة الأولى نفس المسلك الذي قرره المشرع المصري من حيث المبدأ في ضبط سلطة القاضي التقديرية في اختيار القواعد الواجبة التطبيق على النزاع في حالة قصور النص التشريعي، غير أن القاضي مقيد بالمادة الأولى في حالة انعدام النص وقصوره بالنقص، أما في حالة غموض النص القانوني أو تعارض النصوص القانونية فالقاضي يسلك مسلكا آخر في تفسير النص القانوني الغامض

فقرة 01- سلطة القاضي التقديرية في حالة القصور بالانعدام والنقص: تنص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري على ترتيب معين يتبعه القاضي في حالة لم يوجد نص تشريعي يحكم النزاع، ولكن السؤال المطروح ما المقصود من النص التشريعي؟ هل يقصد المشرع نصوص القانون المدني دون غيرها على اعتبار أنه هو الشريعة العامة، أم المقصود من النص التشريعي أوسع نطاقا من ذلك؟

وللإجابة على هذا السؤال يجدر بنا البحث في نية المشرع أثناء صياغته لنص المادة، ولكي نتحقق من هذا الأمر يجب أن نعود للمصدر التاريخي للنص، وبإجراء مقارنة بسيطة بين نص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري ونص المادة الأولى من القانون المدني المصري نجد أن النصين متطابقان² لفظا وفحوى إلا في ما عدا تقديم النص المصري للعرف على مبادئ الشريعة الإسلامية كمصادر رسمية للقانون واستبدال المشرع الجزائري عبارة تسري النصوص التشريعية بعبارة يسري القانون، مما يدل حتما على أن المشرع الجزائري تبني نص المادة الأولى المصرية لفظا وفحوى وبالتالي حكما.

وبالرجوع للأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري نجد فيها إجابة السؤال المطروح إذ تقول أن القاضي قبل الانتقال إلى المصادر بالترتيب الوارد في النص، (وجب عليه في حالة سكوت القانون أن يجتهد في حل النزاع المطروح أمامه مستهديا بالمبادئ التي يتضمنها القانون المصري في البلاد³)، وهذا موقف واضح من أن القاضي غير ملزم عند سكوت النص القانوني المدني بالمرور مباشرة للمصدر الأول بعد التشريع،

¹ الحكومة المصرية، وزارة العدل، القانون المدني، مجموعة الأعمال التحضيرية، ج 01، الباب التمهيدي، أحكام عامة، (من المادة 01 إلى المادة 88) مطبعة دار الكتاب العربي، دون سنة، ص ص 173-174.

² نص المادة الأولى من القانون المدني المصري الصادر سنة 1948 (1- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو فحواها

2- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة)

³ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الأول، المرجع السابق، في الهامش، ص 184.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

وإنما يؤخذ اصطلاح النص التشريعي في المادة بمعناه الواسع بأن يبحث المشرع في القوانين الأخرى المكملّة للقانون المدني، وفي المبادئ التي قام عليها القانون الجزائري. ونرى أن القاضي ملزم بذلك تحت طائلة النقص، فالقاضي ملزم بالرجوع لأحكام قانون حماية المستهلك مثلا في التأكد من مفهوم المصطلحات الواردة في نص المادة 140 مكرر قانون المدني، كالمنتج، والمنتوج، والعييب.

أما في حالة أن القاضي لم يجد لا في نصوص القانون المدني ولا في كل مبادئ التشريع نصا يحكم النزاع المطروح أمامه فإنه ينتقل إلى المصادر القانونية للقانون المدني على الترتيب الوارد في نص المادة الأولى، وهذا الترتيب ملزم للقاضي، وليس له تقديم مصدر على آخر ولا تأخير مصدر عن آخر، فالقاضي ليست له سلطة تقديرية في أن يبحث عن حل للمسألة المعروضة عليه من خلال العرف دون أن يمر على مبادئ الشريعة الإسلامية، أو أن يبني حكمه على مبادئ العدالة رغم وجود أحكام للمسألة محل الحكم في مبادئ الشريعة الإسلامية، أو العرف، أو أحكام القضاء، وفي كل ذلك يقع القاضي تحت طائلة النقص إذ القاضي وإن كان لا يطبق نصا تشريعيًا، فهو ما يقوم مقامه وفق إرادة المشرع فهو يحل قاعدة قانونية بمفهومها الواسع بدل قاعدة تشريعية لا تغدو أن تكون قاعدة قانونية بمفهومها الضيق، كما أن القاضي مقيد بأن لا تكون القاعدة البديلة (العرف مثلا) مخالفة للنظام العام ولا للأداب، ولا أن تكون مخالفة لقاعدة قانونية تشريعية، فلا يجوز أن تخالف قاعدة أدنى لقاعدة أعلى وفق مبدأ تدرج القوانين¹.

غير أنه إذا كانت المادة الأولى من القانون المدني ضابط على سلطة القاضي التقديرية في الانتقال من مصدر إلى مصدر آخر، فإن القاضي له سلطة تقديرية واسعة يمارسها بعد اهتدائه للقاعدة التي تحكم النزاع والتي استقاها من أحد المصادر بالقيود التي سبق بيانها، فالقاضي له سلطة التقدير فيما وصل به اقتناعه بأن يرجح قاعدة على أخرى وفي ذلك يذهب الأستاذان السهوري وحشمت أبو ستيت بأن القاضي ليس ملزما عند تطبيقه مبادئ الشريعة الإسلامية بمذهب معين دون آخر²، غير أننا نجد في أحكام القضاء المصري الحديثة ما يذهب إلا وجوب تغليب الراجح من أحكام مذهب أبي حنيفة في مسائل الأحوال الشخصية³، غير أن المشرع الجزائري لم يقف صراحة عند مذهب معين رغم غلبة

¹ سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، المرجع السابق، ص 440.

² عبد الرزاق السهوري، حشمت أبو ستيت، أصول القانون، أو المدخل لدراسة القانون، مرجع سابق، ص 107.

³ الطعن بالنقض رقم 679 لسنة 71 قضائية، صادر عن الدوائر المدنية، جلسة 2008/10/25 <https://n9.cl/x2t3y> / الطعن بالنقض رقم 774، لسنة 70 قضائية، صادر عن دوائر الأحوال الشخصية، جلسة 2008/10/08 <https://n9.cl/ljuhn> / الطعن بالنقض رقم 337، لسنة 67 قضائية، صادر عن دوائر الأحوال الشخصية، جلسة 2007/05/07 <https://n9.cl/ljuhn>.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

استقاء أحكام قانون الأسرة من المذهب المالكي¹، وبذلك فإن القاضي الجزائري يبقى له مطلق السلطة التقديرية في الاقتناع بمذهب دون آخر ولا ضابط عليه في ذلك، ونرى أنه غير ملزم بتسبيب اقتناعه بمذهب معين وطرح آخر وأنها مسألة واقع بحث لا يقع فيها تحت طائلة رقابة المحكمة العليا.

فقرة 02-سلطة القاضي التقديرية في حالة غموض النص التشريعي: قد يعترض القاضي في سبيل نظره المنازعة المطروحة عليه لحالة انعدام النص التشريعي، ولنقص شمولية أحكامه، بل قد يعترضه نص مبهم غامض يدفع فيه كل طرف في الدعوى بمعنى يحتمل أن يكون المشرع قد قصده، فيقع القاضي في ذلك أمام نص قانوني يحتمل أكثر من تأويل فما موقف القاضي من ذلك؟

غنى عن البيان أن القانون يحمي مراكز معينة في حالة قيام الشك، فلا يجوز أن يؤول الشك لمصلحة الدائن، ولا أن يكون لمصلحة الطرف الداعن في العقد المادة 112 قانون مدني جزائري، وهذا تكريسا لمبدأ حماية الطرف الضعيف في العقد، وهاته النصوص تشمل تفسير العقد لا القانون، وتفسير القانون غير تفسير العقد، فإذا كان تفسير العقد هو البحث عن النية المشتركة للمتعاقد²، فإن نطاق تفسير القانون هو البحث عن نية المشرع عند وضعه للنص القانوني الغامض بالبحث في تحديد نطاقه، والبحث في معاني ألفاظه، دون تغيير أو تبديل فيه³.

يذهب الأستاذ سمير عبد السيد تناغو إلى أن تفسير القانون يجب أن يسبقه تحديد السبب المنشئ للقاعدة محل التفسير، أي تحديد مصدرها، وتحديد مصدر القانون يعتبر مسألة أولية لا بد من الانتهاء منها قبل البدئ في التفسير، فمصادر القانون هي التي تحدد القواعد القانونية محل التفسير⁴، وهذا كلام منطقي فالمبادئ التي يقوم عليها روح القانون وفلسفته تختلف من تشريع لآخر، فحري بالقاضي عند تفسيره للنص محل التطبيق على النزاع أن يستمد من مبادئه ومن فلسفته.

في نفس هذا السياق يبدو ان فكرة تحديد السبب المنشئ للقاعدة المطالب تفسيرها، تأثر واضح بالقانون الإنجليزي، حيث أن القاضي في النظام القانوني الإنجليزي يقوم بتفسير القانون إما حرفيا دون الاستناد لاي معيار مساعد، وإما من خلال مراعاة ما يقصده المشرع او الهدف الذي كان يرجوه من النص

¹ راجع في ذلك، بريبر محمد، مركز الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري (أحكام الزواج والطلاق نموذجا)، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، بن يوسف بن خدة، 2020/ أحمد غرابي، المرجعية الفقهية لأحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري وموقع المذهب المالكي منها، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 01، العدد 23.

² عبد الرزاق أحمد السنيهوري، مصادر الالتزام، مجلد 01، المرجع السابق، ص 661.

³ محمد كامل المصري، سيد مصطفى، أصول القوانين، مرجع سابق، ص 269.

⁴ سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، المرجع السابق، ص 738.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

القانوني، وهناك طريقة أخرى تسمى القاعدة الذهبية في التفسير مفادها وجوب التزام القاضي بحرفية النص ما لم يؤدي ذلك إلى نتيجة سخيفة أو غير عادلة ما كان للمشرع أن يقصدها، وبالتالي فالقاضي الإنجليزي يقوم بعدة افتراضات قبل تفسيره للنص، فيفترض أولاً أن هذا النص واضح ويجب تطبيقه كما هو، فإن أدى ذلك لنتيجة غير عادلة قدم افتراضاً آخر مفاده أن المشرع أراد تعديل هذا النص بأقل قدر ممكن، كما يفترض كذلك أن المشرع لا ينوي الإخلال بالقانون الدولي، والسوابق القضائية، وبعد وضع هذه الافتراضات يتم تفسير النص في ضوءها¹.

ومن نافلة القول أن تفسير القانون ثلاثة أنواع، فهو إما تفسير تشريعي، أو قضائي، أو فقهي، ويعتبرنا في مقام دراستنا التفسير القضائي، والتفسير القضائي لا يختلف في مفهومه عن مفهوم تفسير القانون إلا في الجهة الصادر عنها، فهو البيان الذي يقوم به القاضي بمناسبة تصديده لما يعرض عليه من دعاوى لسد النقص ورفع العيب²، والقاضي ملزم بالتفسير كلما كان بصدد نص قانوني غامض، أو نصوص قانونية متعارضة، وهو ملزم بأن يفسر القانون بما يوافق أهداف ومبادئ التشريع الذي استقى منه النص الغامض أو المتعارض، كما لا يجوز له تفسير القانون دون إتباع الوسائل التي يلزم باستعمالها لذلك والتي نعتبرها ضوابط تحدد كيفية إعمال التفسير ويمكن أن نجملها في ما يلي:

- لا تفسير في الواضح من القانون، فالقاضي لا يمكنه تفسير النص بما يخالف معناه الواضح بدعوى أن هذا المعنى أقرب للعدالة، ذلك أن تحديد العدالة عمل المشرع لا القاضي، وهي مسألة قانون يقع فيها القاضي تحت رقابة المحكمة العليا³.
- إذا كانت عبارات النص الواضحة لا تكون محلاً للتفسير، فإن القاضي يجب أن يستدل على نطاق التفسير بحالات محددة لا يخرج عنها، وهي حالة غموض النص بأن يحمل نص أكثر من معنى، وحالة التناقض بأن يعترض نصان قانونيان يحكمان مسألتين متشابهتين، وحالة النقص بأن يأتي النص القانوني مقتضياً لا يشمل كل جوانب الواقعة محل الحكم.
- كما يلتزم القاضي بطرق تفسير محددة، وهي إما طرق تفسير داخلية وأخرى خارجية:

أ- طرق التفسير الداخلية: ليس للقاضي أن يستعمل التفسير وفق هواه بل له أن يفسر القانون بمنهجية قانونية ومنطقية غير مخالفة لروح القانون ومبادئه، ونصوص القانون قد يفسر بعضها

¹ Michel Fromont, Thomas Perroud, Grand de droit étranger, 09^e édition, Dalloz, 2023, P 124.

² الرميخاني وليد بن سليمان، تفسير القاعدة القانونية، المجلة العربية للآداب والدراسات والإنسانية، ع 19، سنة 2021، ص 318.

³ عبد الرزاق أحمد السهنوري، حشمت أبو ستيت، أصول القانون، المرجع السابق، ص 241.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

بعضها كما يمكن للقاضي أن يتبين معنى النص من فحوى المادة حتى لو تحملت ألفاظه عدة معاني، وفي ذلك نصت المادة الأولى من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى على أنه (يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها) فالقاضي لا

يقف في حالة غموض النص عند ألفاظ النص دون أن يتبين فحواها، ويمكن للقاضي تبين مقصود المشرع من خلال طرق التفسير الداخلية كما يلي:

✓ طريقة الاستنتاج من باب أولى: وفيها يقوم القاضي بقياس حكم القانون في مسألة منصوص عليها على مسألة غير منصوص عليها تكون علتها أكثر ظهورا فيها من المسألة المنصوص عليها.

✓ الاستنتاج بطريق القياس: وهو أن يقيس القاضي حكما منصوص عليه على مسألة غير منصوص عليها لاتحاد العلة.

✓ الاستنتاج بمفهوم المخالفة: وهو أن يعطي القاضي حكما لمسألة معينة منصوص عليها يكون مخالفا لحكم مسألة أخرى منصوص عليها لاختلاف العلة في الحالتين¹.

ب- طرق التفسير الخارجية: وهي طرق خارجة عن التشريع المراد تطبيقه على النزاع يعتمدها القاضي من أجل إزالة الغموض أو التعارض أو النقص الذي يعترض النص القانوني:

✓ مراعات الغاية من التشريع: تعتبر في رأينا مراعات الغاية من التشريع من اهم الضوابط العامة التي تنظم السلطة التقديرية للقاضي، ومعناها أن يتبين القاضي العلة التي كانت سببا في وضع النص القانوني، فاعتبار القانون الجنائي الليل ظرفا للتشديد في جريمة السرقة مثلا لا يعني أن الليل يخذ بمفهومه الفلكي أي من وقت غروب الشمس إلى طلوعها، إذ أن الحكمة من التشريع هي تشديد العقاب على من يستسهلون ارتكاب جرائم السرقة ليلا بسبب الظلام، فيجب أن يؤخذ الليل بمفهوم حلول الظلام دون تقييده بوقت معين².

✓ الأعمال التحضيرية: هي مجموعة المذكرات التفسيرية ومناقشات المجالس التشريعية ومحاضر المجالس وأعمال اللجان التي تقترن عادة بالتشريعات عند تحضيرها³، فيجب

¹ يذهب الأستاذ سمير تناغو إلا القول أن النص لا يستدل به على حكم من مفهوم المخالفة ذلك ان الأصل في الأفعال الإباحة، راجع سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، المرجع السابق، ص 763.

² عبد الرزاق السنهوري، حشمت أبو ستيت، أصول القانون، المرجع السابق، ص 248

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، حشمت أبو ستيت، المرجع نفسه، ص 249.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

على القاضي الرجوع إليها من أجل تبيين ما قصده المشرع من النص، فغالبا ما تحتوي على تفصيلات دقيقة للنصوص القانونية.

✓ المصدر التاريخي: قد يكون المصدر التاريخي للقانون فيه ما يزيل الغموض والنقص والتعارض في نصوص القانون، كالقانون المدني المصري والفرنسي الذان يعتبران مصدران تاريخيان للقانون المدني الجزائري.

المطلب الثاني: نطاق رقابة المحكمة العليا على السلطة التقديرية للقاضي المدني

يتحدد اختصاص المحكمة العليا كقاعدة عامة بالتمييز بين مسائل الواقع ومسائل القانون، وبدون هذا التمييز لا يمكن لا للمحكمة العليا بسط رقابتها بصفتها محكمة قانون على محاكم الموضوع، ولا لقاضي الموضوع تكييف النزاع المطروح أمامه بموجب ما خول له من سلطة تقديرية، وعلى هذا الأساس يجري النقض والتأييد، ولكن هذه القاعدة اصطدمت بصعوبة تطبيقها على الواقع العملي، مما نتج عنه خلاف فقهي شديد حول مدى إمكانية وضع معيار للتمييز بين المسألتين، خاصة في ظل الأهمية البالغة لهذا الموضوع في النظام القضائي.

الفرع الأول: الإطار النظري لمسائل الواقع ومسائل القانون.

من الصعب للغاية التوصل إلى تعريف دقيق لمفهومي الواقع والقانون، على الرغم من المحاولات الفقهية المتعددة لحل هذه المسألة. ويرجع ذلك إلى عجز الدراسات النظرية عن تقديم مثل هذا التعريف بشكل متكامل، حيث تصطدم بالواقع العملي. فعند الادعاء بحق أمام القضاء، لا يكون الادعاء مبنياً فقط على الواقع أو على القانون بمفرده، إذ تتكون الدعوى المدنية من عنصرين مترابطين: عنصر الواقع وعنصر القانون. ولم يتمكن الفقه والقضاء حتى الآن من وضع نظرية شاملة تفصل بين هذين العنصرين بدقة تتيح للباحثين تحديد مفهوم كل منهما بشكل واضح. ورغم هذا التعقيد، هناك تصور عام حول ماهية كلا المفهومين، وإن كان غير دقيق ولا يمكن تعميمه في جميع الحالات. مع ذلك، فإن أهمية التمييز بينهما تستدعي دراسة أعمق لهذه المسألة، فنبدأ بدراسة ماهية مسائل الواقع أولاً، على اعتبار أن القانون يأتي ليطبق على الواقع بعد ثبوته في الدعوى، ثم ننقل لدراسة ماهية مسائل القانون ثانياً.

أولاً: ماهية مسائل الواقع: ينطلق الفقهاء في تعريفهم لمسائل الواقع من خلال الواقعة القانونية، وقد اختلف في تعريف الواقعة القانونية بين الفقه الموضوعي والفقه الإجرائي، فيعرفها الأستاذ السنهاوري (بأنها مصدر لكل الروابط القانونية، وهي إما أن تكون طبيعية أو اختيارية، والواقعة الاختيارية إما أن

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

تكون مادية أو قانونية، والأعمال القانونية إما أن تكون صادرة من جانب واحد أو صادرة من جانبين، والقانون يحدد الآثار المترتبة على الوقائع والأعمال كلها⁽¹⁾

ويعرفها أنصار الفقه الإجرائي (بانها كل واقعة، أي تغيير في مركز موجود، يرتب عليه القانون أثراً، بأن يعطي للمركز الجديد وصفا قانونيا جديداً، ومن هذا يتضح أن الواقعة القانونية ليست مصدراً للأثر القانوني، إنما هي ظرف لترتيب هذا الأثر، ومن الخطأ النظر إلى الواقعة باعتبارها مصدراً لنشوء الحق أو لنقله أو لانقضائه⁽²⁾).

ونرى ان هذا الخلاف لا يؤثر في مفهوم مسائل الواقع طالما أن الأستاذ السهوري يفرق بين الواقعة القانونية والواقع المقصود بالدراسة، ونجده يعرف الواقع بأنه (مصدر الحق المدعى به، أي التصرف القانوني أو الواقعة القانونية التي أنشأت هذا الحق، وهذا العنصر هو وحده الذي يطالب المدعي بإثباته، والإثبات هنا يتناول مسائل موضوعية لا رقابة لمحكمة النقض عليها⁽³⁾...).

يتضح من خلال هذا التعريف أن الأستاذ السهوري يميز بين الواقعة القانونية، التي تعد مصدراً للرابطة القانونية، وبين "الواقع" الذي يشكل إطار رقابة محاكم النقض وسلطة القاضي التقديرية. فالواقع يُعرف على أنه مصدر الحق المدعى به، ولا يمكن اعتباره مجرد واقعة قانونية أو تصرف قانوني فقط، بل يشمل كلاً من الواقعة القانونية والتصرف القانوني معاً..

ولا يقف الأستاذ السهوري عند هذا الحد بتعريفه للواقع، بل اعتبر أن الإثبات يرد فقط على مسائل موضوعية ولا رقابة لمحكمة النقض عليها، وهو ما يذهب إليه الأستاذ سمير تناغو⁽⁴⁾ بقوله أن (...والمقصود بالواقع الذي يثبتته الخصوم هو مصدر الحق المدعى بوجوده، أو زواله، أو إلحاق وصف به، وهذا هو محل الإثبات ...).

بمعنى آخر أنما يقدمه الخصوم من وقائع وادعاءات هو ما يحدد دور القاضي في التقدير، فلا يعتد إلا بالوقائع المنتجة متقيداً بقواعد الإثبات كما سنها القانون، والوقائع المنتجة هي كما يقول الأستاذ عمر

¹ وهناك من الباحثين من يعرف الواقع من خلال الربط بين وقائع مادية و وقائع مادية أخرى فإن كان في أحد طرفي المعادلة مسألة قانون ومسألة واقع فإننا نكون بصدد مسألة قانون راجع في ذلك، عبد القادر حوبة أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، مجلة الحقوق والعلوم السياسية جامعة خنشلة، مجلد 08 عدد 02 سنة 2021، ص 21..

² فتحي والي، أحمد ماهر زغلول، نظرية البطلان في قانون المرافعات، ط 3، القاهرة، 1997 منشورات الحلبي الحقوقية، ص 86.

³ عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانوني المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام، الكتاب الثاني، في الإثبات و آثار الإلتزام، الطبعة الثالثة الجديدة، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2011، ص 49.

⁴ سمير عبد السيد تناغو، أحكام الإلتزام والإثبات، الطبعة الأولى، الإسكندرية، مصر، مكتبة الوفاء القانونية، 2009، ص 50.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

زودة عناصر الطلب القضائي⁽¹⁾، والقاضي في التزامه حدود عناصر الطلب القضائي له أن يستبعد ما الوقائع التي لا تصلح سببا للدعاء، وله في سبيل ذلك على سبيل الاستثناء بالاعتداد بوقائع لم يثرها الخصوم.

ويمكننا القول ان الوصول لتحديد لفكرة الواقع بشكل دقيق امر في غاية الصعوبة، خاصة في ظل الاختلاف الفقهي في تحديد مفهومه عند أنصار الفقه الموضوعي والإجرائي، والحقيقة أن هذا الاختلاف في حقيقته ناتج عن اختلاط الدعوى المدنية بين عناصر موضوعية وأخرى إجرائية، فالدعوى المدنية لها شقان شق موضوعي وشق آخر إجرائي يحركها، كما أنهم لم يأتونا بتعريف دقيق لمسائل الواقع، والقول أن الواقع هو مصدر الحق المدعى به، أي الواقعة القانونية أو التصرف القانوني الذي نشأ عنه هذا الحق، يصطدم بما درج عليه قضاء محاكم النقض التي طالما راقبت تقدير القاضي للوقائع من خلال التسبيب، كما تراقبه من خلال مراقبة التكييف، فالقاضي وأن كانت له سلطة تقديرية مطلقة في تقدير الوقائع فإنه يجب أن يكون تقديره مستساغاً منطقياً وإلا وقع تحت طائلة النقض، كما أن هذه السلطة تفترض التزام القاضي ببعض الحدود القانونية والتي يشكل تجاوزها خطأ في القانون يوجب رقابة المحكمة العليا².

كما ان نظرة الفقه الإجرائي للواقعة القانونية بأنها ليست مصدراً للحق بل مجرد ظرف لترتيب هذا الأثر، وبأن الواقعة هي كل تغيير في مركز موجود يعطي عليه القانون أثراً قانونياً⁽³⁾، تزيد الأمر تعقيداً بإحالتنا من بحث ماهية الواقعة إلى البحث في ماهية الأثر، وفي الحالتين لا تسعفنا لا الواقعة ولا أثرها في تحديد مفهوم الواقع بدقة.

ثانياً: ماهية مسائل القانون: بعكس الواقع الذي يستند فيه القاضي إلى ما يقدمه الخصوم من طلبات، ادعاءات، ودفع، يفترض القانون أن القاضي على دراية تامة به، ولا يُسمح له بالاحتجاج بجهله بالقانون لتجنب التزامه بإصدار الأحكام، وإلا عُذ ذلك إنكاراً للعدالة. القانون الذي يفترض علم القاضي به هو مجموعة القواعد التي تحكم النظام القانوني والقضائي في إقليم معين. ومع ذلك، هذا القانون لا يتعارض مع الواقع الذي تخضع له رقابة محاكم النقض وسلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية، بل يعد جزءاً منه. فمثلاً، لا يمكن لمحاكم النقض النظر في صحة الطعن دون مراجعة وقائع

¹ عمر زوده، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، ط 2، بن عكنون، الجزائر، 2015، ENCYCLOPEDIA، ص 610.

² أمين مصطفى محمود، التمييز بين الواقع والقانون في الطعن بالنقض، دار الجامعة الجديدة، 2010، ص ص 17-26.

³ محسن منصور حاتم، الأثر الإجرائي للواقع والقانون في تحديد وصف محكمة التمييز، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 01، جامعة بابل، كلية القانون، العراق، 2009، ص 05.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

الدعوى. كما أن تقدير القاضي للواقع يخضع لرقابة محكمة النقض من خلال التسبيب، الذي يعد أحد أوجه الطعن وفقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية. يتضح هنا أن مسائل القانون تتداخل مع مسائل الواقع بشكل كبير، ولا يمكن الفصل بينهما بسهولة. وقد حاول المشرع الجزائري في نص المادة 358 من القانون السالف الذكر تحديد أوجه الطعن بالنقض على سبيل الحصر، على خلاف لما جاء في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي في مادته 604 التي تنص على أن الطعن بالنقض يبني على مخالفة القانون، دون حصر أوجه الطعن كما فعل المشرع الجزائري، ولكن أوجه الطعن في قانون الإجراءات المدنية والإدارية تدور عموماً حول مسائل لا خلاف في اعتبارها من قبيل مسائل القانون، ويمكن رد أبرزها إلى أوجه طعن متعلقة بمخالفة الإجراءات، وأوجه طعن متعلقة بالاختصاص، وأوجه طعن متعلقة بالتسبيب، وأخرى متعلقة بمخالفة القانون.

ويمكننا من خلال ما ورد في المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أن نتساءل هل القول أن مسائل القانون تتحدد من خلال أوجه الطعن بالنقض التي عدتها المادة دون سواها قول سليم؟ ولا نتردد في الإجابة على ذلك بالقول أن ما عدته المادة لا خلاف في أنه من قبيل مسائل القانون، ولكن لا يمكن حصر مسائل القانون في نص المادة 358 فقط، فالتكييف مثلاً كنشاط ذهني يقوم به القاضي بهدف اختيار القاعدة القانونية المناسبة لحكم الواقع الثابت في الدعوى، يعتبر مسألة قانون لا يستقل القاضي فيها بسلطة تقديرية بعيداً عن رقابة المحكمة العليا، ورغم ذلك لم يذكر في نص المادة 358 كوجه من أوجه الطعن لا صراحة ولا ضمناً.

في ظل الغموض المحيط بتحديد ماهية مسائل القانون ومسائل الواقع، يصبح من الضروري الرجوع إلى المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، والمادة 604 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي لتحديد هذه المفاهيم بدقة. وعبر تتبع قرارات المحكمة العليا، يمكن القول إن مسألة القانون تشمل كل ما يخضع لرقابة محاكم النقض، بينما تُعتبر مسألة الواقع تلك التي تُترك لقاضي الموضوع، حيث يتمتع فيها بكامل السلطة التقديرية دون تدخل محاكم النقض، إلا أنه يجب أن ننتبه لأن الاعتماد على تتبع قرارات المحكمة العليا الجزائرية ومحاكم النقض في الأنظمة القضائية المقارنة من أجل تحديد ما يعتبر من مسائل الواقع وما يعتبر من مسائل القانون، رغم أنه الطريق الوحيد لتحديد ذلك، إلا أنه لا يعطينا قاعدة علمية محددة باتباعها يتضح لنا تكييف المسألة تلقائياً بين أن تكون مسألة واقع أو مسألة قانون، فقد تعتبر مسألة ما مسألة واقع في محكمة نقض في نظام قضائي معين، بينما قد تعتبرها محاكم النقض الأخرى مسألة قانون، غير أن هذا التضارب في رأيينا لا يفقد المعيار صلاحيته، طالما أنه لا يوجد تعدد لمحاكم النقض في النظام القضائي الواحد.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

ثالثاً: أهمية التمييز بين مسائل الواقع ومسائل القانون: اثناء عرض النزاع على القاضي فإن القاضي يتلقى مجموعة من الادعاءات والطلبات ويتلقى مجموعة من الدفوع، وكل ذلك يعتبر وقائع يوردها الخصوم في سبيل الحصول على حكم لصالحهم في الدعوى، وللأطراف مطلق الحرية في ايراد ما يرونه يدعم موقفهم امام القاضي، غير أن القاضي رغم تقيده بحدود الطلب القضائي وفي ذلك تذهب المحكمة العليا إلى القول (من المقرر قانوناً انه ليس من حق القاضي أن يقوم من تلقاء نفسه بتعديل موضوع النزاع أو أسبابه أو وقائعه، وأنه يجب عليه أن يعرض مقالات الخصوم على حقيقتها¹)، غير أن للقاضي سلطة تقديرية واسعة في استخلاص الوقائع المنتجة وطرح الوقائع الغير منتجة في الدعوى ولا يقع في ذلك تحت طائلة النقض وفي ذلك تقول المحكمة العليا (وحيث انه من المستقر قضاءً أن تقدير الوقائع موكل لاجتهاد قضاة الموضوع ولا يخضع لرقابة المجلس الأعلى²...)، ثم يمر القاضي للبحث عن القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على هذا الواقع الثابت في الدعوى، وهذا ما يسمى بالتكييف، والخطأ في التكييف خطأ في القانون يوجب النقض وفي ذلك تقول المحكمة العليا في قرار لها (وحيث أن قضاة الموضوع عندما انتهوا إلى إلزام الطاعن بتنفيذ تلك الاتفاقية المبرمة بين الطرفين دون تكييفها تكييفاً صحيحاً، يعد ذلك خطأً في تطبيق المادة 29 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يعرض قضاءهم للنقض³).

فالقاضي يدور عمله بين مسائل له فيها سلطة تقديرية واسعة وهي مسائل الواقع، وأخرى تقع فيها سلطته التقديرية تحت طائلة رقابة المحكمة العليا وهي مسائل القانون، ولتحديد متى يكون للقاضي بصدد مسألة معينة سلطة تقديرية واسعة ومتى تكون سلطته التقديرية مقيدة أو منعقدة، يجب التمييز بين مسائل الواقع ومسائل القانون، وهذه التفرقة على أهميتها إلا أن الواقع العملي يجعلها من أكثر المسائل الإجرائية صعوبة وتعقيداً، ويقول عنها على حد تعبير الفقيه Peter neu، هذا الوضع دفع بالبعض إلى حد القول أن التمييز بين المسألتين غير ممكن من الناحية العملية وإن كان يبدو من الناحية النظرية مستساغاً. وما يزيد الطين بلة أن قرارات محاكم النقض في فرنسا ومصر، وكذلك المحكمة العليا الجزائرية، لا تقدم لنا معياراً واضحاً، وكل ما يمكننا أن نستشفه منهم أن التمييز بين مسائل الواقع والقانون يكون بالنظر إلى نطاق رقابة محاكم النقض على قاضي الموضوع، فكل ما راقبته رقابة مباشرة أو غير مباشرة يعتبر من قبيل مسائل القانون، بينما تعتبر مسألة واقع كل مسألة نأت محاكم النقض عن

¹ قرار ، رقم 6655 مؤرخ في 1973/01/20، غير منشور.

² المحكمة العليا، الغرفة المجتمعة، قرار رقم، 16994، مؤرخ في 1979/12/05، <https://n9.cl/hytug9>.

³ المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم 0879494، مؤرخ في 2014/10/16، غير منشور.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

رقابتها.¹ وبذلك يمكننا القول أن أهمية التفرقة بين مسائل الواقع ومسائل القانون تتمثل في تحديد نطاق رقابة المحكمة العليا من جهة، وتحديد نطاق السلطة التقديرية للقاضي من جهة أخرى.

01_ أثر التمييز بين مسائل الواقع والقانون على المحكمة العليا: ، تبرز هذه الأهمية التمييز بين مسائل الواقع ومسائل القانون بشكل أساسي في القول أن محاكم النقض محاكم قانون، يقتصر عملها على رقابة مدى تطبيق قضاة الموضوع للقانون تطبيقاً صحيحاً، أي أن مجال رقابة المحكمة العليا لا يتجاوز القانون للواقع، وهو ما حدى بجانب من الفقه إلى القول أن إشكالية التمييز بين مسائل الواقع ومسائل القانون تعترضنا فقط في مرحلة الطعن بالنقض، إذ غنى عن البيان أن المحاكم الدنيا ومحاكم الاستئناف جهات حكم تختص بالنظر في المسألتين⁽²⁾، يبدو أنه من المناسب تحديد نطاق رقابة محاكم النقض من أجل الفصل بين المسألتين، وإن كان لا يكفي لوصف أهمية البحث في التمييز بين الواقع والقانون. فتحديد نطاق الرقابة يعتبر وإن كان يعتبر تحصيل حاصل لوظيفة محاكم النقض أثناء مرحلة الطعن، إلا أننا نرى أنه ضروري للغاية لتحديد نطاق السلطة التقديرية لقاضي الموضوع. وبالتالي، يؤثر هذا التمييز على جميع مراحل الدعوى.

تُعد المحكمة العليا هي الجهة العليا للنقض، يتمثل دورها كقاعدة عامة، في تقييم شرعية الأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم، يعتمد ذلك على اجتهادات قضاة الموضوع فيما يتعلق بتطبيقهم للقانون على الوقائع الثابتة عندهم، ولا أدل من أن المحكمة العليا محكمة قانون أن الفقه يعرف النقض بأنه (إلغاء حكم سبق صدوره لمخالفته القانون أو بصياغة أخرى إلغاء حكم سبق صدوره إلغاء كلياً أو جزئياً، وذلك لمخالفته القانون بمعنى الواسع لهذه الكلمة)³، أي أن المحكمة العليا هي محكمة يتحدد اختصاصها بمسائل القانون وهو المقصود من القول مخالفة القانون بالمعنى العام⁴.

ولما كانت المحكمة العليا محكمة يتحدد نطاقها بمراقبة مسائل القانون دوناً عن الواقع، فإنه لا يمكنها القيام بتحديد هذه المسائل دون أن تحدد متى تكون المسائل المطعون فيها بالنقض مسائل قانون ومتى تكون مسائل واقع، وبالتالي فوضع معيار يتم به تحديد الفاصل بين مسائل الواقع التي تخرج عن

¹ راجع في ذلك أحمد السيد الصاوي، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1984، ص 108.

² راجع في ذلك، مستاري عادل، التمييز بين الواقع والقانون في الدعوى الجنائية، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد حيضر بسكرة، المجلد 11، العدد 21، لسنة 2011، ص 297.

³ جمال نجيمي، الطعن بالنقض في المواد الجزائية والمدنية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، ط 04، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2017، ص ص 13-14.

⁴ أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، بمقتضى قانون المرافعات رقم 12 لسنة 1968 وقانون الإثبات رقم 35 لسنة 1968، ط 05، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990، ص 947.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

نطاق رقابة المحكمة العليا، وتحديد مسائل القانون التي تقع تحت طائلة رقابتها امر ضروري، وإن مر بنا أن وضع مثل هذا المعيار لم يصل فيه القضاء والفقه إلى تبين نظرية علمية مضبوطة يمكننا بمجرد تطبيقها على النزاع أن تحدد لنا بصفة تلقائية ما يعتبر واقعا وما يعتبر قانونا، إلا أن ذلك لا يمنع من القول بأن هذا المعيار ضروري لتحديد كل ما سبق طرحه، وإحالة الأمر إلى تتبع قرارات المحكمة العليا للوقوف على ما شملته بالرقابة فيعتبر مسألة قانون، وما استثنته من رقابتها سواء صراحة أو ضمنا، لا بد أن ينتج لنا معيار لتمييز بين المسألتين في يوم ما.

02- أثر التمييز بين مسائل الواقع ومسائل القانون على سلطة القاضي التقديرية: تثير الدعوى المقدمة أمام القضاء خليطا بين الواقع والقانون، والقاضي عند تطبيقه للقانون لا يجد نفسه أمام نصوص تحتاج إلى مجرد التفسير والتطبيق، وإنما يصادف مجموعة من الوقائع، وفهم القاضي لها يحدد له القاعدة القانونية الواجبة التطبيق أو التفسير¹، ولما كانت الدعوى كما سبق بيانها خليطا بين الواقع والقانون فالقاضي يمارس نشاطا فكريا من أجل حسم مسألة التمييز بين ما يعد مسألة واقع له فيها سلطة تقديرية واسعة وما يعتبر مسألة قانون يقع فيها تحت طائلة رقابة المحكمة العليا.

والقاضي كمبدأ عام يطرح أمامه الخصوم مركزا قانونيا متنازعا فيه، ويطلب منه حسم هذا المركز، ويكون تقديم المركز القانوني أمام القاضي بتقديم الخصوم مجموعة من الوقائع، قد يصفها الخصوم بوصف قانوني معين، أي تكييفها تكييفا معيناً، وقد لا يفعلون، والقاضي لا يتقيد بهذا الوصف²، وعلى ذلك يقال على سبيل المثال انه لا يعتد بالوصف في مجلس العقد، لأن القاضي ملزم بإعطاء الوصف القانوني بناء على ما يصفه القانون لا على ما يصفه الخصوم³، فينصب النشاط الذهني للقاضي على فهم الواقع والبحث عن القاعدة القانونية التي تحكم هذا الواقع، ثم يصدر الحكم، والسؤال المطروح ما هو نطاق النشاط التقديري للقاضي، فهل يشمل كل هذه المراحل، أم أن نشاطه التقديري محصور في نطاق معين؟

ويذهب الفقه إلى القول أن النشاط الذهني للقاضي يتحدد في إطار تطبيق القواعد القانونية الملائمة والتي تتحدد عن طريق المشرع⁴، إذ ينصب النشاط الذهني للقاضي أول ما ينصب على فهم المعيار الوارد في القاعدة القانونية، وذلك بسلوك القاضي سلوك تقديري موضوعي، ثم يقوم بإسقاط هذا المعيار على

¹ أحمد فتحي السرور، سلطة محكمة النقض في الرقابة لضمان حسن تطبيق القانون، دار النهضة العربية، 1990، ص 05.

² (محكمة الموضوع، التزامها بإعطاء الدعوى وصفها الحق في حدود سببها والطلبات المطروحة فيها، عدم تقيدها بتكييف الخصوم لها) محكمة النقض المصرية، دائرة الأربعاء التجارية، الطعن رقم 11845 لسنة 85 قضائية، جلسة 15 ديسمبر 2021، <https://n9.cl/5enzg>.

³ نبيل إسماعيل عمر، السلطة التقديرية للقاضي في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 162.

⁴ أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي (ماهيتها، وضوابطها، وتطبيقاتها) مرجع سابق، ص 284.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

ما ثبت عنده من وقائع النزاع¹، أي بالبحث عن مدى توافر المعيار الموضوعي في وقائع النزاع، وفي كل ذلك يمارس القاضي نشاطا تقديريا يدور بين الواقع والقانون.

وبالنتيجة فإن القاضي عند بحثه في مسألة الاختصاص يكون بصدد بحث مسألة قانون، ليس له فيها سلطة تقديرية بل هو يتبع ما نص عليه المشرع من قواعد قانونية تنظم هاته المسألة، وعند البحث في مسألة قبول الدعوى، فهو يبحث في مدى توافر شروط قبول الدعوى سواء العامة (الصفة والمصلحة والإذن) أو الخاصة (كالتقادم، وسبق الفصل...الخ) وفي ذلك أيضا يكون القاضي بصدد مسائل قانون يقع فيها تحت طائلة رقابة المحكمة العليا، ثم ينتقل القاضي لتقدير الواقع، وفي هذه المرحلة يتلقى القاضي الوقائع من الخصوم، ويمارس عليه نشاطا تقديريا وله فيه مطلق السلطة التقديرية، فهو يفهمه ثم يقدر المنتج منه وي طرح الوقائع التي لا تصلح أساسا للدعاء، وللقاضي على العموم سلطة تقديرية غير أنه يلزم في كثير من الأحيان على تسبيب تقديره.

ثم ينتقل القاضي للتكيف من خلال البحث عن القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على واقع النزاع، ونلاحظ أن القاضي لا يمكنه تقدير الوقائع المنتجة وطرح الوقائع التي لا تصلح أساسا للدعاء إذا لم يستند في ذلك ذهنيا لقاعدة قانونية محددة، فالقول بترتيب معين لنشاط القاضي الذهني في تقدير الدعوى وإنزال الحكم القانوني عليها قول منافي للواقع، فانتقال القاضي من مسألة قانون لمسألة واقع أو العكس لا يأتي على سبيل الترتيب، بل هو يمارس نشاطا ذهنيا يختلط فيه الواقع والقانون في نفس الوقت وعلى نفس الحالة، وبالتالي فتحديد مسائل الواقع والقانون لها أثر بالغ على تحديد نطاق السلطة التقديرية للقاضي.

رابعاً: الخلاف الفقهي حول ضرورة التمييز بين مسائل الواقع ومسائل القانون: تقدم

بنا أن وضع مفهوم دقيق لمسائل الواقع والقانون امر في غاية الصعوبة والتعقيد، خاصة في ظل سكوت التشريعات عن الفصل في هذه المسألة من جهة وتضارب قرارات محاكم النقض في تحديد ما هو واقع وما هو قانون على سبيل الدقة، غير أننا قدمنا ما للبحث عن معيار فاصل بين الواقع والقانون من أهمية بالغة خاصة في تحديد نطاق رقابة المحكمة العليا ونطاق سلطة القاضي التقديرية، ونظرا لاختلاط أهمية وضع معيار فاصل بين المسألتين مع صعوبة تحييد مفهوم دقيق لهما برزت لنا اتجاهات فقهية في محاولة منها لحل هذه الإشكالية، وقد انحصرت في اتجاهين، اتجاه قائل بعبثية المحاولة وبأن البحث في تمييز بين مسائل الواقع والقانون لا يكون إلا على سبيل المجاز وأنه لا اثر له حقيقة على المستوى العملي (الفقرة

¹ راجع في ذلك، نبيل إسماعيل عمر، نفس المرجع، ص 166-170/ احمد محمود سعد، نفس المرجع، ص ص 286-287.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

(01)، واتجاه قائل بضرورة وضع معيار فاصل بين مسائل الواقع ومسائل القانون لما في ذلك من أهمية (الفقرة 02).

01- حجج الاتجاه القائل بصعوبة وضع معيار للتمييز بين مسائل الواقع والقانون: يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى استحالة وضع معيار يمكن على أساسه التفرقة بين مسائل الواقع ومسائل القانون، ويرون أن الخطأ في فهم الواقع أو تقديره هو خطأ في تطبيق القانون، وهو ما يضع القاضي تحت طائلة النقص، إذ المتعارف عليه عند القائلين بتفرقة بين الواقع والقانون أن القاضي في فهمه وتقديره للواقع لا يقع تحت رقابة المحكمة العليا فالواقع هو المجال الخصب لسلطة القاضي التقديرية، بينما تتبع قرارات محاكم النقص نجدها قد بسطت رقابتها في كثير من الأحيان على مسائل واقعية بحتة عند القائلين بالتفرقة، وأنه لا يمكن التأكد من تطبيق القاضي للقانون بشكل صحيح إلا من خلال اتباعه للإجراءات القانونية المتبعة في إثبات الواقع¹.

وقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن (فهم الواقع وتقدير الأدلة والمستندات المقدمة فيها، والأخذ بتقرير الخبر من سلطة محكمة الموضوع)²، وفي قرار آخر لها (إذا بنى القاضي حكمه على واقعة استخلصها من مصدر لا وجود له، أو موجود ولكنه مناقض لما أثبتته، أو غير مناقض ولكن من المستحيل عقلا استخلاصه من تلك الواقعة كان هذا الحكم معيبا يتعين نقضه)³.

كما ذهبت في قرار آخر في نفس السياق إلى (...وإن كان فهم الواقع في الدعوى من سلطة محكمة الموضوع إلا أن ذلك مشروط بأن يكون استخلاصها سائغا وله أصله الثابت بالأوراق، وتعتبر أسباب حكمها مشوبة بالفساد في الاستدلال إذا انطوت على عيب يمس سلامة الاستنباط ويتحقق ذلك بعدم فهمها العناصر الواقعية التي ثبتت لديها)⁴.

كما لم تختلف محكمة التمييز الأردنية على ما قضت به محكمة النقض المصرية في عديد القرارات حيث تقول (وفقا لنص المادتين 33 و34 من قانون البيانات، ومن المقرر قضاء أن تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير ادلتها واستخلاص القرائن المستفادة منها هو من سلطة محكمة الموضوع وحسبها أن تبين الحقيقة التي اقتنعت بها وتقيم قضائها على أسباب سائغة ومقبولة ولها أصلها الثابت في الأوراق وتكفي

¹ راجع في ذلك أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني (ماهيتها، وضوابطها، وتطبيقاتها)، ط1 القاهرة، 1988، دار النهضة العربية، ص ص524_525.

² الطعن رقم، الطعن رقم 9542 لسنة 91 قضائية، صادر عن الدائرة المدنية بتاريخ 2022/03/16، <https://tinylink.info/OffHu>.

³ الطعن رقم 4824 لسنة 77 قضائية صادر عن دائرة الإجراءات بتاريخ 2018/12/23، <https://tinylink.info/LUA4>.

⁴ الطعن رقم 13887 لسنة 90 قضائية، صادر عن الدائرة المدنية بتاريخ 2024/06/28، <https://n9.cl/7lp7x>.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

لحمله¹) وذهبت في قرار آخر لها إلى (تعتبر محكمة التمييز محكمة قانون لا تتدخل في إستخلاصات محكمة الموضوع إذا كان لها أصل ثابت في الأوراق ومستمدة من بيانات مقبولة قانوناً في الدعوى²..)، كما أن محكمة التمييز الأردنية تراقب تفسير القاضي للعقد رغم أن التفسير من المسائل التي يجمع الفقه على أنها مسألة واقع، وتذهب في ذلك إلى (...وحيث أن محكمة الموضوع وإن كانت تملك الصلاحية في تفسير العقود إلا أنه وفقاً للأصول وما استقر عليه الفقه والاجتهاد فإن لمحكمة التمييز حق التدخل إذا أخطأت محكمة الموضوع في تأويلها وتفسيرها للعقود³).

أما بالنسبة للمحكمة العليا الجزائية فلم تخرج عن ما قرره محاكم النقض في الأنظمة القضائية المقارنة، وتتبع بعض قراراتها نجدها تقر في كثير منها إلى الرقابة على مسائل واقعية، وقد اقرت في قرار لها بأن (توجيه اليمين المتممة بناءً على السلطة التقديرية للقاضي، وهو الذي يختار الخصم الذي يحق له أن يؤديها، شرط أن لا تكون الدعوى خالية من أي دليل أو لا يكون أي دليل⁴) وفي قرار آخر لها تذهب المحكمة العليا إلى أن (إذا كان تقدير الوقائع من اختصاص قضاة الموضوع ولا يخضع لرقابة المحكمة العليا، إلا أن ذلك لا يعني قضاة الموضوع من تسبب موقوفهم⁵) وهي بذلك وإن أقرت بسلطة محكمة الموضوع في تقدير وفهم الواقع إلا أنها ألزمتهم بتسبب هذا الفهم، مما يسمح للمحكمة العليا بالرقابة على تقدير محكمة الموضوع للواقع، وتؤكد المحكمة العليا هذه الرقابة على تقدير قضاة الموضوع للواقع في قرار آخر لها بقولها (... أن تقدير الوقائع ترجع لقضاة الموضوع الذين عليهم تبيان الوسائل القانونية والموضوعية المعتمد عليها في أحكامهم⁶)

كما نجد في قرارات المحكمة العليا الجزائية في أحد قراراتها ما يفيد أن المحكمة العليا الجزائية لا تميز في رقابتها بين مسائل الواقع والقانون في مسائل معينة بحيث ترى أن (...وباعتبار أن الصفة من المسائل القانونية التي خالطها الواقع، فإنه لا يمكن مناقشتها لأول مرة أمام المحكمة العليا⁷..) وهو إقرار صريح من المحكمة العليا بأن الواقع يختلط بالقانون في مسائل معينة مما يمنع معه القول بحد فاصل بين المسألتين.

¹ محكمة التمييز الأردنية، بصفتها الحقوقية، حكم رقم 107 لسنة 2023، الصادر بتاريخ 2024/02/14، <https://n9.cl/v7q9ve>.

² محكمة التمييز الأردنية، بصفتها الحقوقية قرار رقم 4171 لسنة 2023/02/18، <https://n9.cl/e5rsvt>.

³ محكمة التمييز الأردنية، بصفتها الحقوقية قرار رقم 226 لسنة 1963. الصادر بتاريخ 1963/09/29، <https://n9.cl/e78kz>.

⁴ القرار رقم 1021040، الغرفة المدنية، صادر بتاريخ 2015/12/23، <https://n9.cl/datmf>.

⁵ القرار رقم 16994، الغرفة المجتمعة، مؤرخ في 1979/12/05، <https://n9.cl/hytug9>.

⁶ ملف رقم 1168774، الغرفة المدنية، قرار صادر بتاريخ 2018/01/18، <https://n9.cl/0gmlt>.

⁷ القرار رقم 1114000 الصادر بتاريخ 2018/06/25، عن الغرفة المدنية، <https://n9.cl/c4mek>.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

ومما سبق يتبين لنا أن رقابة المحكمة العليا الجزائية بصفة خاصة ومحاكم النقض في الانظمة القضائية المقارنة تمتد لتشمل مسائل الواقع إضافة لمسائل القانون التي تعتبر اختصاص اصيل لمحاكم النقض، وبالتالي فحصر نطاق سلطة القاضي التقديرية في مسائل الواقع بعيدا عن رقابة المحكمة العليا، وكذا حصر مجال رقابة المحكمة العليا على السلطة التقديرية للقاضي في مسائل القانون دوناً عن مسائل الواقع لا يثبت عند التعمق في البحث، خاصة إذا ما تتبعنا قرارات محاكم النقض في هذا المجال والتي نجدها تراقب الواقع والقانون إما بطريقة مباشرة (مسائل القانون)، أو بطريقة غير مباشرة (تسبب الواقع).

يبرر الفقيه Rigaux ذلك بالقول إنه عندما نقول إن (أ) قد اختلس بوسائل احتيالية عربية (ب)، فإننا بنفس الكلمات نؤكد حقيقة الواقعة وتكييفها القانوني في آنٍ واحد. بمعنى أن ذكر الواقعة يترافق تلقائياً مع وصفها القانوني. ويضيف أنه من المستحيل وضع معيار واضح للتمييز بين مسائل الواقع ومسائل القانون لأنهما يتداخلان في الدعوى المدنية بشكل يصعب التفريق بينهما. في هذا السياق، يرى الفقيه Jonquère أن الانتقال من الواقع إلى القانون هو مسألة دقيقة، تشبه محاولة تمييز الحدود بين الألوان المتداخلة.⁽¹⁾

ويمكننا تبرير هذا القول بأنه من غير الصائب القول بأن الدعوى المدنية تتكون من جانب واقعي بحت وجانب قانوني بحت بحيث يمكن الفصل بينهما، ومن ثم تحديد نطاق كل من سلطة القاضي التقديرية ونطاق رقابة المحكمة العليا عليها، فالواقع أن الواقع متداخل مع القانون مما يحتم تداخل نطاق السلطة التقديرية للقاضي مع نطاق رقابة المحكمة العليا عليها.

ولكن السؤال ما الذي يقصده الفقهاء بقولهم انه من الصعب التمييز بين مسائل القانون والواقع، وهل يعني ذلك أن المحكمة العليا يمتد نطاق رقابتها من مسائل القانون إلى مسائل الواقع وبنفس الشكل؟ وهل تقتصر السلطة التقديرية للقاضي على مسائل الواقع دوناً عن مسائل القانون، أي بمعنى آخر هل تشمل رقابة المحكمة العليا كل مسائل القانون؟

ويجبنا الفقه² على ذلك بقوله أن أصحاب هذا الرأي لا يجزمون بذلك وإنما يتحفظون على الأمرين معاً، فهم من ناحية يقرون أن محكمة النقض لا تبسط رقابتها على كل مسائل الواقع، وإنما وسعت في هذه الرقابة سواء من زاوية الرقابة على كفاية الأسباب الواقعية أو من زاوية الرقابة على المسخ

¹ أحمد السيد الصاوي، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية و التجارية، مرجع سابق، ص111، نقلا عن Journ2es uridique.1986.op.cit.P.118. et s.

² أحمد السيد الصاوي، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية و التجارية، مرجع سابق، ص112.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

والتحريف، كما أنهم من جهة أخرى يسلمون بأن محاكم النقض لا تشمل رقابتها كل مسائل القانون، وهو ما يفيد أنه حتى في مسائل القانون والتي تعتبر مجالا أصيلا لرقابة محاكم النقض يجد القاضي في بعضها سلطة تقديرية تمتنع المحكمة العليا عن رقابتها،

وحتى في حالة القول بإسناد حل هاته المسألة إلى خبرة القاضي ووجدانه في تحديد متى تكون المسألة محل التقدير مسألة واقع له فيها سلطة تقديرية مطلقة، ومتى يكون بصدد مسألة قانون يخضع فيها لرقابة المحكمة العليا، لا يمكن اعتماده كمعيار للتمييز بين مسائل الواقع والقانون، إذا الأمر يتعلق بالنشاط الذهني الذي يمارسه قضاة المحكمة العليا في تحديد نطاق رقابتهم على قضاة الموضوع أكثر من تعلقه بتحديد مسائل الواقع والقانون على وجه الدقة، فقد عنى عن البيان أن المحكمة العليا وإن كانت ليست درجة تقاضي إلا أنها تقترب من ذلك في أنها آخر درجة طعن، فإذا ما نقضت حكما معينا على أساس ما لها من رقابة على محاكم الموضوع، تكون بذلك قد حددت ما يعتبر مسألة واقع وما يعتبر مسألة قانون حتى ولو كان ما أقامت عليه قرار النقض يعتبر مسألة واقع عند الفقه والقضاء، وبنفس الطريقة يكون ما أخرجته عن نطاق رقابتها مسألة واقع حتى لو درج الفقه والقضاء على اعتباره مسألة قانون، وفي كل ذلك نقف عاجزين عن الخروج بمعيار فاصل ومحدد لضبط به الحد الفاصل بين المسألتين.

02- الاتجاه المخالف: برز اتجاه آخر يقف موقفا أكثر ليونة في نظريته للمسألة، فهو يوافق الاتجاه الأول من حيث قوله بصعوبة وضع معيار دقيق للتمييز بين مسائل الواقع ومسائل القانون، بل يوافقونه في القول إنه من المستحيل ضبط مثل هذا المعيار على وجه الدقة، غير أنهم يذهبون أن ذلك لا يمنع من اعتماد التفرقة بين مسائل الواقع ومسائل القانون كمعيار لتحديد مجال سلطة القاضي التقديرية من جهة، ونطاق رقابة محاكم النقض من جهة أخرى.

فرغم إقرار هذا بصعوبة التمييز بين مسائل الواقع والقانون، إلا أنهم يرون أنه لا مفر في تحديد نطاق رقابة محاكم النقض، ومجال سلطة القاضي التقديرية من التمييز بين المسألتين، ويردون على أنصار الاتجاه الأول بقولهم أن القول بأن الوقائع ذاتها هي موضوع لتطبيق القانون لا يعني كما يتصور الرأي الأول بتعارضهما وإنما يؤكد تداخلهما، فالخلط لا يقع إلا بصدد المسائل المتداخلة لا المتعارضة، كما أن تبرير القول بوحدة الواقع والقانون على أساس أن ذكر الواقعة يصاحبه في نفس الوقت وصفها القانوني، لا صحة له ذلك أنه لا يمكن وضع وصف للواقعة قبل ثبوتها إذ التكييف عملية لاحقة على الثبوت وليست معاصرة له، والقاضي لا يخلع تكييفا معينا على واقعة معينة إلا بعد ثبوتها في دعوى، كما

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

أن القول من جهة أخرى أن الأفكار الوسيطة لا يمكن ردها للواقع أو القانون، فقواعد الخبرة تعين القاضي في مجال إثبات الواقع كما تعينه في نفس الوقت في عملية التكييف¹.

وعلى كل حال فقد جاء أنصار الاتجاه القائل بوجود إعمال التفرقة بين مسائل الواقع ومسائل القانون بنظريات عديدة يمكن إجمالها فيما يلي:

فقرة 01-نظرية الأستاذ **Bonnier** (2): وتسمى بنظرية تتبع نشاط القاضي في مراحل الدعوى وتقوم على تتبع المراحل التي يمر بها النزاع، ومن خلالها يتم استخلاص القاضي لما يعتبر مسألة واقع وما يعتبر مسألة قانون، ويكون ذلك عن طريق الخطوات التالية:

أ- مرحلة التحقق من وجود الوقائع المدعاة، يقوم الواقع في الدعوى على مسائل يتعين إثباتها أمام القضاء بإقامة الدليل عليها، وبعد ذلك يتدخل القاضي ليستخلص منها إرادة الخصوم، بما له من خبرة ومنطق، ويقوم بتفسير إرادة الخصوم على ضوء ما ثبت عنده من وقائع، إذ التفسير ليس هو محل الإثبات إنما يرد الإثبات على الوقائع، وذلك بخلاف مسائل القانون التي لا تكون محلاً للتفسير أمام القضاء، إذ أن دورها منطقياً لاحق على ثبوت الوقائع حتى يتعين تكييفها واستخلاص آثارها، فمن خلال هذه المرحلة يقوم القاضي باستخلاص الوقائع المنتجة في الدعوى وطرح الوقائع التي لا تصلح كأساس للدعاء لعدم كفاية الدليل عليها، وهذه المرحلة عند الفقيه **Bonnier** مسألة واقع للقاضي فيها سلطة تقديرية مطلقة لا يقع فيها تحت طائلة النقض.

ب- يمر القاضي بعد أن يستخلص ما ثبت في الدعوى من وقائع وطرح ما لم يثبت إلى مرحلة ثانية يبحث فيها عن التعريف القانوني للوقائع التي ثبتت عنده، وهذا هو التكييف، الذي يقوم القاضي فيه بإعطاء وصف قانوني لهذه الوقائع، والتكييف كنشاط ذهني يقوم به القاضي يتمثل في البحث عن القاعدة القانونية التي تحكم الواقع الثابت في الدعوى، والخطأ في الواقع خطأ في القانون يوجب النقض، أي أن هذه المرحلة مرحلة متعلقة بمسألة من مسائل القانون لا سلطة تقديرية فيها لقاضي الموضوع، وهي في نفس الوقت مجال أصيل لرقابة محكمة النقض على السلطة التقديرية للقاضي.

ج- ثم يمر القاضي لاستخلاص النتائج القانونية المترتبة على المرحلتين السابقتين، ومن ثم إنزال الحكم الوارد في القاعدة القانونية التي توصل إليها في مرحلة التكييف، وهي مسألة قانون تقع فيها سلطة القاضي التقديرية تحت طائلة النقض

¹ أحمد السيد الصاوي، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية و التجارية، مرجع سابق، ص 113-114.

² أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي (ماهيتها، وضوابطها، وتطبيقاتها) مرجع سابق، ص 490.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

ويرى أنصار هذه النظرية أن مسائل الواقع ليست في منأى عن رقابة محكمة النقض كليا، وإنما تقع تحت طائلة رقابة استثنائية، كمرقبة محكمة النقض مراعاة قاضي الموضوع لقواعد القانون عند الإثبات⁽¹⁾، ولكن لم تسلم هذه النظرية من النقد واعتبرت أنها طريقة مجعدة للقاضي، تقتضي الوقوف عند كل مرحلة وبحث ما هو من قبيل مسائل الواقع وما هو من قبيل مسائل القانون⁽²⁾.

فقرة 02--طريقة الألمان والإيطاليين: وتقوم هذه القاعدة على أساس أن القاضي عند إصداره حكم قضائي في دعوى معينة، يقوم بتطبيق القاعدة القانونية التي تحكم الواقع الثابت في الدعوى، فالقاعدة القانونية التي تنص مثلا على أن (كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض⁽³⁾) تفترض حدوث خطأ يسبب ضررا ويربط بينهما علاقة سببية، فتكون نتيجة ذلك الحكم بالتعويض، فإن اخطأ القاضي في دعوى يكون محل طلب التعويض، وتتوافر شروطه من خطأ وضرر وعلاقة سببية، بأن يتخير القاضي بدل القاعدة القانونية التي تحكم التعويض قاعدة قانونية أخرى، أو يهتدي إليها غير أنه يطبقها تطبيقا معيبا، كأن يعتبر أن الخطأ مفترض بينما وقائع الدعوى تقوم على خطأ واجب الإثبات، فإن القاضي يكون بذلك قد أخطأ في مسألة من مسائل القانون يقع فيها تحت طائلة النقض.

ويكون القاضي بصدد مسألة من مسائل الواقع إذا أعتد بوقائع لم يقم عليها الدليل مثلا، أو أعتد بوقائع غير منتجة في الدعوى، فإن كل ذلك يدخل في سلطة القاضي التقديرية ولا رقابة عليه في ذلك من محكمة النقض وفق مبدأ أن مسائل الواقع مجال مطلق لسلطة القاضي التقديرية.

كذلك يكون القاضي بصدد مسألة قانون إذا أخطأ في وصف الواقع الثابت في الدعوى بإعطائه تكييفاً خاطئاً، كما انه يكون بصدد مسألة قانون إذا فهم القاضي الواقع فهم وقدر تقديراً صحيحاً، ثم كيفه بعد ذلك تكييفاً صحيحاً، وطبق عليه القاعدة القانونية الواجبة التطبيق إلا انه أخطأ في استخلاص النتائج القانونية المترتبة على هذا التطبيق، فيقع في ذلك تحت طائلة النقض⁽⁴⁾.

والملاحظ من هذه النظرية أن أنصارها يعتبرون وصف الواقع، وتكييفه، واستخلاص النتائج القانونية من ذلك، يعتبر مسألة قانون تخضع فيها السلطة التقديرية للقاضي تحت طائلة النقض، بينما

¹ انظر مستاري عادل، التمييز بين الواقع والقانون في الدعوى الجنائية، مرجع سابق، ص 299.

² ، أحمد السيد الصاوي، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية و التجارية، مرجع سابق، 115، نقلا عن Marty.op.cit.N103.p 178.

³ المادة 124 قانون مدني جزائري تقابلها المادة 163 قانون مدني مصري.

⁴ انظر أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي (ماهيتها، وضوابطها، وتطبيقاتها) مرجع سابق، ص ص 491-492.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

يعتبر فهم الواقع وتقديره مسألة واقع للقاضي فيها سلطة تقديرية مطلقة لا رقابة لمحكمة النقض عليه في ذلك، ونرى أن هذه الطريقة لا تختلف عن نظرية الفقيه Bonnier فكلاهما لم يأتينا بوسيلة فنية يمكننا من خلالها تبين متى نكون بصدد مسألة واقع أو مسألة قانون، خاصة أن الطريقتين تتفقان على أن الواقع قد يكون محلاً لرقابة محكمة النقض، كما أن القول أن الاعتداد بوقائع لم يقم عليها الدليل هو مسألة واقع للقاضي فيها سلطة تقديرية قول منافي لما درجة عليه محاكم النقض وفي ذلك تذهب محكمة النقض المصرية إلى أن (محكمة الموضوع سلطتها في تقدير أدلة التزوير لا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك شرطه أن يكون تقديرها سائغاً¹). وذهبت في قرار آخر لها إلى أن (محكمة الموضوع لها سلطة استخلاص وفهم الواقع وتقدير الأدلة، فيها دون رقابة عليها في ذلك، طالما لم تعتمد على واقعة بغير سند، حسبها أن تبين الحقيقة التي اقتنعت بها وان تقيم قضائها على أسباب سائغة تحمله²).

فقرة 03-طريقة الاستدلال القضائي، وتسمى أيضاً بفكرة القياس المنطقي القضائي، تقوم على أن الحكم القضائي هو استدلال معين⁽³⁾، يقوم على ثلاث مراحل:

أ-المقدمة الكبرى: وتتمثل المقدمة الكبرى في القاعدة القانونية التي يهتدي إلى أنها هي القاعدة التي تحكم واقع النزاع، ففي العمل الغير مشروع مثلاً تنص المادة 128 (من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه، أو عن ماله، أو عن نفس الغير، أو عن ماله، كان غير مسؤول، على ألا يجاوز في دفاعه القدر الضروري، وعند الاقتضاء يلزم بتعويض يحدده القاضي)، فنص المادة يمثل المقدمة الكبرى وهي مسألة من مسائل القانون يقع القاضي في حالة الخطأ فيها تحت رقابة محكمة النقض، ولا سلطة تقديرية له في ذلك.

ب-المقدمة الصغرى: تتمثل فيما يقدره القاضي عند استخلاصه للوقائع المنتجة، وإسباغها بالوصف القانوني الذي يستوعب هذه الوقائع حقيقة، غير أن المقدمة الصغرى تشتمل على مسائل واقعية وأخرى قانونية، فالقاضي عند تقديره للوقائع واستخلاص المنتج في الدعوى وطرح الوقائع التي لا تصلح سبباً للدعاء بما له من سلطة تقديرية مطلقة، يكون بصدد مسائل واقع لا يخضع فيها لرقابة محكمة النقض، غير أن تكييف هذا الواقع بإسباغه بالوصف الصحيح مسألة قانون لا سلطة تقديرية للقاضي فيها، والخطأ فيها يوجب رقابة النقض.

¹ الطعن رقم 4469 لسنة 84 قضائية، صادر عن الدائرة المدنية بتاريخ 2019/04/14، <https://n9.cl/zf0t4>.

² الطعن رقم 06 لسنة 75 قضائية، صادر عن دائرة الأحوال الشخصية بتاريخ 2010/03/09، <https://n9.cl/j5uob>.

³ أحمد السيد الصاوي، نفس المرجع، 116.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

ج-النتيجة: تمثل النتيجة الحكم الذي يصدره القاضي بناءً على فهمه للواقع وتكييفه له بالاهتداء للقاعدة القانونية الواجبة التطبيق على الواقع الثابت عنده، والخطأ في النتيجة خطأ في القانون يقع القاضي فيه تحت رقابة محكمة النقض.

وقد وجه لهذه الطريقة انتقاد بأنها طريقة مضنية وتقتضي تتبع النشاط الذهني للقاضي في مختلف مراحل الدعوى واستخراج ما يعتبر واقع وما يعتبر قانون من ذلك، وهي نفس الانتقادات التي طالت نظرية تتبع نشاط القاضي¹.

فقرة 04-نظرية الفقيه Boré: بدأ الفقيه Boré بمحاولة تصحيح بعض المفاهيم الخاطئة في نظره، يرى أنها هي التي ساهمت في تعقيد الوصول لمعيار يمكن به التمييز بين الواقع والقانون بشكل حاسم، إذ يرى أنه محكمة النقض الفرنسية لا تبسط رقابتها على كل مسائل القانون، فهي لا تعتبر مخالفة القانون الأجنبي ومخالفة العرف مجالا لرقابتها وسببا للطعن بالنقض، إذ أنها تعتبر العرف والقانون الأجنبي مسائل واقع للقاضي فيها سلطة تقديرية مطلقة، كما أنها لا تعتبر الخطأ في القانون مجالا لرقابتها إلا في حالة ما إذا كان له تأثير مباشر على الحكم القضائي.

هذا بالنسبة لمسائل القانون، أما بالنسبة لمسائل الواقع فالقول بأنها مجال لسلطة القاضي المطلقة قول لا يؤخذ على إطلاقه، فمحكمة النقض تراقب الواقع عن طريق رقابتها على التسبيب، كما أنها تشترط ثبوت الوقائع التي اعتمدها القاضي في تكوين فهمه للواقع في المستندات المقدمة في الدعوى.

ثم يصل Boré إلى نتيجة أنه لكي يمكننا التمييز بين مسائل الواقع والقانون، يجب الرجوع لقرارات محكمة النقض، فكل مسألة درجت محكمة النقض على رقابتها هي مسألة قانون لا سلطة تقديرية لقاضي الموضوع فيها، وكل ما أحجمت عن رقابته محكمة النقض يعتبر مسألة واقع للقاضي فيها مطلق السلطة التقديرية².

الفرع الثاني: سلطة القاضي المدني في تقدير الدعوى المدنية.

تبين لنا من خلال ما سبقت دراسته أنه من المقرر في احكام محاكم النقض ومن بينها المحكمة العليا الجزائية التمييز بين مسائل الواقع ومسائل القانون، وانها تنتهج هذا الطريق للتمييز بين المسائل التي يتحدد بها مجال سلطة القاضي التقديرية والمسائل التي يقع فيها تحت طائلة رقابة النقض، بقي لنا أن

¹ أحمد السيد الصاوي، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 116

² راجع في ذلك كل من، أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي (ماهيتها، وضوابطها، وتطبيقاتها) مرجع سابق، ص 501 / أحمد السيد الصاوي، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص ص 118-120.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

نتنقل لدراسة كيفية إعمال قاضي الموضوع لسلطته التقديرية في تقدير الدعوى، ومدى مراقبة المحكمة العليا لالتزام القاضي بضوابط هذه السلطة وعدم الخروج عليها، فندرس من خلال (الفقرة الأولى) سلطة القاضي التقديرية في التقدير الواقع في الدعوى، وننتقل في (الفقرة الثانية) لدراسة المسائل القانونية التي تخضعها المحكمة العليا لرقابتها.

أولاً: سلطة القاضي المدني في تقدير الواقع. يتلقى القاضي الدعوى المدنية من خلال ثلاث مراحل، المرحلة الأولى منها هي تلقي القاضي لوقائع الدعوى من طرف الخصوم، وللخصوم مطلق الحرية في طرح ما يرونه منتجا في استصدار حكم لصالحهم، ولا يجبر الخصوم على تقديم دليل ضدهم وهذا هو المبدأ العام، ثم يقوم القاضي بتمحيص هذه الوقائع وفهمها وتقديرها فيعتقد بالوقائع المنتجة وي طرح ما يرى أنه لا يصلح أساسا للدعاء وهذه هي المرحلة الثانية، ثم تأتي المرحلة الثالثة التي يبحث فيها القاضي على القاعدة أو القواعد القانونية التي تحكم هذه الوقائع الثابتة في الدعوى بعد أن قام بتقديرها، ثم تأتي المرحلة الرابعة وهي مرحلة تسبب الحكم القضائي وإصداره.

01- من حيث تقدير الوقائع: يمكننا القول ودون تردد انه من المقرر قضاء أن تقدير الوقائع ومناقشتها يؤول فيه الاختصاص حصرا لقاضي الموضوع ودون رقابة عليه من المحكمة العليا والتي تقرر في قرارها (... حيث أن حاصل ما ينعمها الطاعن بهذا الوجه هو النقض في التسبب و الاستدلال، مكتفيا بتوجيه الانتقادات لوقائع الدعوى ومسألة تقدير الأدلة والقرائن وإعادة تكييف الوقائع، علما أن هذه المسائل مخولة لقضاة الموضوع بقوة القانون وبدون منازع¹...)، وهذا القرار واضح ولا يدع أي مجال للشك في ان المحكمة العليا تعتبر مناقشة الوقائع وتقدير الأدلة والقرائن وتكييف الوقائع يعتبر مسألة واقع لمحكمة الموضوع فيه سلطة تقديرية مطلقة، غير أن القول أن إعادة تكييف الوقائع وإن كانت المحكمة العليا تقصد من ورائه عدم التزام القاضي بالتكييف والوصف الذي طرحه الخصوم للوقائع بما يخدم مصالحهم، إلا أن الباحث يرى أن مسألة التكييف لا يمكن ردها للواقع مطلقا ولا للقانون مطلقا فهي مسألة قانون يخالطها واقع كما سيأتي بيان ذلك.

والقول أن للخصوم مطلق السلطة التقديرية في طرح الوقائع اما القاضي، لا يعني أن القاضي ليس له إلا أن يعتد بما قدمه الخصوم دون أي سلطة في تقدير هذا الواقع، بل العكس من ذلك لقاضي الموضوع مطلق السلطة في تقدير هذا الواقع، فله ان يستبقي ما يراه منتجا في الدعوى وطرح الوقائع التي لا تصلح كأساس للدعاء،

¹ قرار رقم 1426916، صادر بتاريخ 2020/06/25، الغرفة الجزائية، <https://n9.cl/ptepup>.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

وهو ما تؤكد عليه محكمة النقض المصرية في (أن محكمة الموضوع ليس عليها أقوال الخصوم في مختلف أقوالهم وطلباتهم وترد استقلالاً على كل قول أو حجة أو طلب أثاروه مادام قيام الحقيقة التي اقتنعت بها وأوردت دليلها الضمني المسقط لتلك الأقوال والحجج والطلبات¹)، ويرى الأستاذ الفقيه سليمان مرقس أن لقضاة الموضوع سلطة تقديرية مطلقة في ذلك²، وهو ما كانت المحكمة العليا الجزائية تقصده لما قالت (علماً أن هذه المسائل مخولة لقضاة الموضوع بقوة القانون ودون منازع)، وهو ما تؤكد عليه محكمة النقض المصرية بقولها (... إن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة، إذ أنها تقضي إلا على أساس ما تطمئن إليه وتثق به، ولا رقيب عليها في ذلك، طالما لم تعتمد على واقعة بغير سند³...).

فالعبرة من خلال ما قدمته محكمة النقض المصرية في تقدير الوقائع والأدلة يتعلق بإحساس القاضي وضميره، ولما كان ذلك فإنه لا مفر من الاعتراف لقاضي الموضوع بسلطة تقديرية فهو المطالب بإصدار حكم فيها، وهو الذي يتقاذف الخصوم أمامه ادعاءاتهم ودفوعهم، وي طرحون أمامه أدلتهم وحججهم، بشرط أن يكون تقديره سائغاً وله ما يدعمه في المستندات وأوراق الدعوى..

غير أنه لا يجب أن يفهم من قول محكمة النقض المصرية أن العبرة في تقدير الوقائع بما تطمئن إليه محكمة الموضوع وتثق فيه، أن تقدير الواقع في الدعوى يقوم على مجرد الإحساس والظن، بل يجب أن يستمد من وقائع ثابتة، مستنداً لما قدمه الخصوم من طلبات دون الخروج عليها، ودون طرح دفاع منتج بحجة أن قضاة الموضوع لم يطمئنوا له، وهم ملزمون بتسبيب ذلك وهو ما قرره المحكمة العليا بقولها (... وحيث أنه من المستقر قضاء أن تقدير الوقائع موكول لاجتهاد قضاة الموضوع، ولا يخضع لرقابة المجلس الأعلى شريطة أن يعللوا قضاءهم تعليلاً كافياً، وألا يتعارض هذا التعليل مع ما هو ثابت في أوراق الدعوى⁴).

من خلال تتبع قرارات محاكم النقض في التنظيمات القضائية المقارنة نجد أنها أرست لعدد المبادئ القضائية التي يمكن من خلالها تمييز بين المسائل الواقعية التي تعطي للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقديرها وفهمها، والمسائل القانونية التي يخضع فيها القاضي رقابة محكمة النقض، غير أن تتبع قرارات

¹ الطعن رقم 489 لسنة 71 صادر عن الدائرة التجارية بتاريخ 2009/10/08، <https://n9.cl/43gp3j>.

² سليمان مرقس، أصول الإثبات و إجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري ومقارنا بتقنيات سائر البلاد العربية (الأدلة المطلقة)، ط 02، القاهرة، عالم الكتب، 1981، ص 73.

³ طعن رقم 1646 لسنة 87 قضائية، صادر عن الدائرة المدنية بتاريخ 2019/06/27، <https://n9.cl/g9063>.

⁴ قرار رقم 16994 صادر بتاريخ 1979/12/05، عن الغرفة المختلطة، <https://n9.cl/hytug9>.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

محاكم النقض وإن كان يحدد لنا حالات الواقع والقانون إلا أن محاكم النقض على اختلاف الأنظمة القضائية لم تضع معيار واضح لذلك.

قررت محكمة النقض المصرية أن الأمر إذا تعلق بالتقدير الأدلة، والموازنة بين إفادات الشهود، والموازنة بين القرائن، فإن ذلك كله يعتبر مسألة واقع، وجاء في قرار لها بأنه من المقرر في قضاء محكمة النقض (أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى وبحث أدلتها وموازنة بعضها ببعض الآخر وترجيح ما تطمئن إليه من أقوال الشهود مادام لم تخرج بها عما يؤدي إليه مدلولها، وحسبها أن تبين الحقيقة التي استخلصتها من الأوراق واقتنعت بها متى كان استخلاصها سائغا وله أصل ثابت في الأوراق¹) وفي نفس السياق ذهبت إلى انه (من المقرر في قضاء محكمة النقض أن سلطة تقدير أقوال الشهود والقرائن متروكة لمحكمة الموضوع تستخلص ما تقتنع به منها متى كان استخلاصها سائغا ولا مخالفة فيه للثابت في الأوراق، وأن سلطتها في ذلك التقدير مرهونة بما يطمئن إليه وجدانها، إذ لها أن تأخذ بأقوال شاهد دون آخر حسبما ترتاح إليه وتثق فيه، ولا سلطان لأحد عليها ما لم تخرج بتلك الأقوال إلى ما لا يؤدي إليه مدلولها²) كما ذهبت في قرار آخر لها وفي نفس السياق إلى أنه من المقرر في قضاء محكمة النقض المصرية (ان تقدير أقوال الشهود والموازنة بينها، من سلطة محكمة الموضوع تستخلص ما تقتنع به منها... وأن سلطتها في تقدير أقوال الشهود مرهون بما يطمئن له وجدانها³...) كما تذهب أيضا في قرار آخر لها إلى انه من المقرر في قضاء محكمة النقض (أنه لمحكمة الموضوع سلطة تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة فيها، ولها في حدود سلطتها الموضوعية أن تأخذ النتيجة التي انتهى إليها الخبير للأسباب التي أوردها في تقريره وهي غير مكلفة بأن تتبع الخصوم في مختلف أقوالهم وحججهم وأن ترد استقلالا على كل قول أو حجة أثاروها⁴).

وقد قرر القضاء الأردني نفس المبادئ فذهبت محكمة التمييز الأردنية إلى أنه من المستقر عليه فقها وقضاء (أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في قبول البيئة وتقديرها وتمحيصها واستخلاص الوقائع منها استخلاصا سائغا وسليما وبما يتفق وأحكام المادتين 33 و34 من قانون البيئات دون رقابة عليها في ذلك من محكمة التمييز ما لم تكن الوقائع قد تم استخلاصها بصورة غير سليمة وليس لها ما يؤيدها من البيئة وأن هناك مخالفة صريحة للواقع والقانون⁵) وفي ذلك فإنه من

¹ الطعن رقم 10056 لسنة 86 قضائية، صادر عن الدائرة المدنية والتجارية بتاريخ 2016/11/21، <https://n9.cl/f1d7by>.

² الطعن رقم 60444 لسنة 77 صادر عن الدائرة التجارية، بتاريخ 2016/05/16، <https://n9.cl/waiwh>.

³ الطعن رقم 13066 لسنة 79، صادر عن الدوائر المدنية، بتاريخ 2017/02/13، <https://n9.cl/c9ytd8>.

⁴ الطعن 10674 لسنة 88، صادر عن الدوائر التجارية، بتاريخ 2019/01/01، <https://n9.cl/o623u6>..

⁵ محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية، الحكم رقم 5986 لسنة 2023، صادر بجلسة 2023/12/31، <https://n9.cl/vq2yl>.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

المقرر قانوناً أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تحصيل الوقائع وتقدير الأدلة المقدمة في الدعوى وفق مقتضيات المادتين 33 و34 من قانون البينات و المستخلصة بصورة سائغة ومقبولة، ولها بحث وتمحيص سائر الأدلة والمستندات المطروحة عليها واستخلاص الواقع الصحيح منها وصولاً إلى ما تراه مع وجه الحق في الدعوى، والاخذ بما تطمئن إليه منها وطرح ما عداه¹...

ولم تخرج المحكمة العليا الجزائرية على منح سلطة تقديرية للقاضي في تقدير الواقع وذهبت إلى أن (حيث أنه من المستقر قضاء أن تقدير الوقائع موكل لاجتهاد قضاة الموضوع ولا يخضع لرقابة المجلس الأعلى شريطة أن يعللوا قضاءهم تعليلاً كافياً وألا يتعارض هذا التعليل مع ما هو ثابت في أوراق الدعوى²) وفي نفس السياق (حيث أنه من ناحية أخرى، فإن تقدير الوقائع يرجع لقضاة الموضوع الذين بينوا الوسائل القانونية والموضوعية المعتمد عليها في قرارهم³).

وباستقراءنا للقرارات أعلاه نرى أن محاكم النقض على اختلاف الأنظمة القضائية التابعة لها، تتفق على أن تحصيل الوقائع وفهمها وتقديرها، وكذا تقدير الأدلة وقبولها وبحثها والموازنة بينها، وكذا الموازنة بين أقوال الشهود والقرائن بأخذ ما تطمئن له وطرح ما تراه غير منتج في نظرها، كلها مسائل واقع تخضع لسلطة محكمة الموضوع ولا سلطان لأحد عليها كما تقول محكمة النقض المصرية، ومقصدها من ذلك أنه لا رقابة عليها في ذلك من هذه الأخيرة، غير أننا نرى أن هذا الكلام لا يثبت على قدم عند التعمق، فمحاكم النقض ومن بينها المحكمة العليا الجزائرية تنزع بيد ما أعطته باليد الأخرى لمحاكم الموضوع من سلطة تقديرية، فقد لاحظنا أنه في كل القرارات محل الدراسة أعلاه كانت السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع معلقة على شروط أن يكون لها أصلها الثابت في الأوراق، وأن تؤدي إلى مدلولها، وأن يكون استخلاصها سائغاً⁴ ومقبولاً وغير مخالف للثابت في المستندات وأوراق الدعوى، أي أن محاكم النقض تمارس رقابة على الوقائع من خلال التسبيب، وهو ما سنتطرق لدراسته في الفقرة التالية.

02- الرقابة العرضية للمحكمة العليا على تقدير الوقائع: مر بنا أن المحكمة العليا وإن درج على وصفها بأنها محكمة قانون فإنها في حالات كثيرة تراقب الواقع، وقد لاحظنا أثناء تتبعنا لعدد قرارات محاكم النقض ومن بينها المحكمة العليا الجزائرية نجدها دائماً ما تختبئ في رقابتها على مسائل الواقع وراء

¹ محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية، الحكم رقم 4412، لسنة 2021، صادر بتاريخ 2021/11/14، <https://n9.cl/tfeg9>.

² قرار رقم 16994، صادر عن الغرفة المختلطة بتاريخ 1979/12/02، <https://n9.cl/hytug9>.

³ الملف رقم 1168774، قرار رقم 1168774، الغرفة المدنية، صادر بتاريخ 2018/01/18، <https://n9.cl/0gmlt>.

⁴ وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية صراحة (من المقرر في قضاء محكمة النقض أنه وإن كان لمحكمة الموضوع سلطة فهم الواقع في الدعوى وتقدير أقوال الشهود والأدلة والموازنة بينها إلا أن ذلك مشروط بأن يكون استخلاصاً سائغاً له أصله الثابت في الأوراق) الطعن رقم 10674 لسنة 88، صادر عن الدائرة العمالية بتاريخ 2019/01/01، <https://n9.cl/o623u6>.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

التسبيب والذي لا خلاف في اعتباره مسألة قانون، غير ان السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام، هل الالتزام القانوني الواقع على القاضي يقتصر على مجرد التسبيب؟ أي بصيغة أخرى هل يفلت القاضي من الرقابة لمجرد تسبيه الحكم؟

إن القول بأن المحكمة العليا محكمة قانون تقتصر في رقابتها على مدى مطابقة الحكم للقانون، قول لا يؤخذ إلا على سبيل المجاز، فالحقيقة أن المحكمة العليا تراقب تقدير القاضي للواقع وفهمه له، وتراقب تقديره للأدلة، وليس يعني ذلك أن القاضي له سلطة مطلقة في تقدير الواقع وحسبه في ذلك مجرد التسبيب، وان المحكمة العليا تكتفي بمراقبة ظاهرية لتسبيب القاضي لاقتناعه، فطالما راعى القاضي ذلك، فإن المحكمة العليا لا تراقب الطريق الذي سلكه القاضي في تكوين اعتقاده، بل إن المحكمة العليا لا تكتفي بالتسبيب مجردا دون البحث فيما ورائه في نظرنا.

وما يؤكد ذلك قول المحكمة العليا (حيث انه من المستقر قضاء أن تقدير الوقائع موكل لاجتهاد قضاة الموضوع... شريطة ان يعللوا قضاءهم تعليلا كافيا وألا يتعارض هذا التعليل مع ما هو ثابت في أوراق الدعوى¹...)، وهو موقف صريح من المحكمة العليا يفيد بامتداد رقابة المحكمة العليا لكيفية تقدير القاضي للواقع وأن مجرد التسبيب لا يخرج من تحت طائلة هذه الرقابة، فاشتطت فوق التسبيب المجرد عدم تعرضه مع ما هو ثابت في أوراق الدعوى.

فالمحكمة العليا تراقب أولا التسبيب المجرد على اعتبار انه مسألة قانونية بنص المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والرقابة على التسبيب رقابة على فهم قاضي الموضوع للواقع²، غير أن المحكمة العليا إذا ما وجدت أصلا لتقدير الوقائع كما سببها القاضي في الثابت من أوراق الدعوى ومستنداتها وطلبات الخصوم ودفوعهم فإنها تعتبره قد مارس ما له من سلطة تقديرية ولا يخضع فيها للنقض، وبعبارة أخرى فإن القاضي في ممارسته للواقع يخضع لرقابة المحكمة العليا، غير أن استخلاصه لهذا الواقع استخلاصا صحيحا له أصله الثابت في الدعوى مسألة قانون إذا ما تقيد بها تمنع عنه النقض دون أن تخوض المحكمة العليا في ما وراء ذلك، بأن تنقض قراره لاعتماده قرينة ما وطرح أخرى لم يطمئن لها فهذا هو المقصود في نظرنا من أن المحكمة العليا محكمة قانون،

وبهذا القول نرجع لنقطة البداية من أن المحكمة العليا لا تحجم مطلقا عن رقابة الواقع، فهي أما أن تراقبه عرضيا من خلال التسبيب، الذي يعتبر كما قدمنا مسألة قانون بموجب نص المادة 358 وكذا

¹ القرار رقم 16994، المرجع السابق.

² أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي (ماهيتها وضوابطها، وتطبيقاتها) مرجع سابق، ص 501.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

قرارات المحكمة العليا التي تسمى التسبيب بمسميات عديدة تصب كلها في اعتباره مسألة قانون، فتطلق عليه تارة مسمى التسبيب، أو التعليل، كما تطلقه عليه في قرارات أخرى وصف القصور في الأساس القانوني، أو مخالفة للقانون¹، وهي عبارات لا تدع مجالاً للشك في اعتباره مسألة من مسائل القانون تخضع لرقابة المحكمة العليا وليس للقاضي فيه أية سلطة تقديرية، إذ أن فهم محكمة الموضوع للواقع مصدره الأدلة التي قدمها الخصوم وكونت منها المحكمة عقيدتها وفحواها²، وهي ملزمة في أعمال سلطتها التقديرية في تقديرها للواقع أن تفصح عن مصدر هذا الواقع من الأوراق الثابتة لديها³، فقاضي الموضوع ليست له سلطة تقدير الواقع وفهمه بصورة مطلقة على هواه، بل هو ملزم بأن يكون هذا الفهم والتقدير منطقياً وسائغاً ومقبولاً ولا يتعارض مع ما يؤدي إليه مدلول المستندات ووثائق الدعوى، وعليه تسبيب ذلك حتى لا يؤدي انفراده بهذه السلطة دون رقابة عليه إلى طرح مسألة منتجة في الدعوى، مما يؤثر في تكييفه للواقع تكييفاً صحيحاً، والخطأ في التكييف يوجب النقض وإن كان مسألة قانون يخالطها واقع كما سيأتي بيانه في الفقرة التالية.

ثانياً- الرقابة على التكييف: تتجلى صراحة المبدأ القائل أن المحكمة العليا محكمة قانون بشكل أكثر وضوحاً بالنسبة لعملية التكييف، فبعد أن يتلقى القاضي النزاع من الخصوم، ويقوم بتقديره تقديراً صحيحاً وسائغاً ويؤدي إلى منطقياً للثابت في الأوراق والمستندات يمر القاضي للبحث عن القاعدة القانونية التي تحكم هذا النزاع، غير أن هذه المسألة وإن كانت مسألة قانون إلا أن القاضي عند تكييفه للنزاع يستند إلى واقع ثابت عنده مما يجعلنا نتساءل عن طبيعة التكييف القضائية، خاصة في ظل سكوت المادة 358 عن إيراد الخطأ في التكييف كوجه من أوجه الطعن.

01- التكييف مسألة قانونية يخالطها واقع: يعرف التكييف القانوني على أنه إنزال الحكم القانوني على الواقع⁴، ويعرفه الفقيه الفرنسي lion بأنه (العملية التي تعطي العمل القانوني في مجمله عنواناً أو وصفاً يحدد مكانه في القانون، ضمن طائفة قانونية محددة في نصوص القانون⁵)، أي أنه يمكننا تعريف

¹ جمال نجيب، الطعن بالنقض في المواد الجزائية والمدنية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، ط4، 2017، دار هومة، ص190.

² انظر أيضاً أمين مصطفى محمود، التمييز بين الواقع والقانون في الطعن بطريق النقض، دون طبعة، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2010 ص 17 وما بعدها.

³ الطعن رقم 143691000 لسنة 65 قضائية، صادر عن الدائرة المدنية بتاريخ 2018/08/06، <https://n9.cl/5ic0w>.

⁴ شجادة، محمد نور عبد الهادي، سلطة التكييف في القانون الإجرائي، دراسة مقارنة، ط1، القاهرة، دار النهضة العربية، 1993، ص5.

⁵ أبو شنب المعتز عبد محمود، مدى إلزام محكمة التمييز بإختصاصها المحدد في قانون أصول المحاكمات المدنية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون، كلية القانون، جامعة عمان العربية، 2012، ص35.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

التكييف على أنه عملية ذهنية يقوم بها القاضي بهدف اختيار القاعدة القانونية التي تحكم الواقع الثابت في الدعوى.

فلو أن القاضي قرر مثلاً بأن وقائع الدعوى تتعلق بعقد بيع مستنداً في ذلك للأوصاف التي حددها الخصوم، بينما عند التعمق وبمراعاة الواقع الاقتصادي للعقد يتبين أن هذا العقد هو عبارة على عقد هبة مستترة في عقد بيع، فتقدير الوقائع والأدلة وتلقي الأوصاف التي طرحها الخصوم بين يدي القاضي بما فيها وصف العقد بأنه عقد بيع كلها مسائل واقع، غير أن القاضي عند تحصيل كل ذلك ينتقل لتكييف العقد محل الدعوى القضائية، وهو في ذلك يمارس نشاطاً ذهنياً مرتبطاً بمسألة قانون الخطأ فيها خطأ في القانون، فإن كيف العقد على أساس المواد من 351 إلى 412 من القانون المدني يكون قد أخطأ في التكييف وانزل حكمه على وقائع الدعوى بموجب مواد قانونية لا تتناول أحكامها مسألة العقد محل الحكم القضائي، مما يعرض حكمه للنقض لخطأه في مسألة قانون.

ونرى أن التكييف مسألة قانون يخالطها واقع، إذ أنه مرحلة تالية لسلطة القاضي في تقدير الواقع، و ومن ذلك الرقابة على تكييف الفعل في العمل غير المشروع وفي ذلك تقرر محكمة النقض المصرية (من المقرر في قضاء محكمة النقض أن تكييف الفعل المؤسس عليه طلب التعويض بأنه خطأ أو نفي هذا الوصف عنه من المسائل التي يخضع فيها قضاء الموضوع لرقابة محكمة النقض التي تمتد إلى تقدير الوقائع فيما يستلزمه التحقق من صحة استخلاص الخطأ من تلك الوقائع والظروف التي كان لها أثر في تقدير الخطأ واستخلاصه¹) رغم أن محكمة النقض تقرر صراحة وفي نفس هذا القرار بأن استخلاص الخطأ الموجب للمسؤولية وإن كان مشروطاً بأن يكون سائغاً ومستمداً من عناصر الدعوى إلا أنه بحكم الأصل مسألة واقع يدخل في سلطة قاضي الموضوع التقديرية.

وعلى ذلك فإننا نعتمد في قولنا على أن التكييف مسألة قانون يخالطها واقع، أن قاضي الموضوع لا يمكنه الوصول لتكييف صحيح دون أن يفهم الواقع فهما صحيحاً ثم يقدره تقديرًا صحيحاً مستنداً في ذلك لوقائع يصلح الاعتداد بها كأساس للدعوى، وطرح الوقائع والادعاءات والأوصاف الغير منتجة فيها.

02- رقابة المحكمة العليا على التكييف: لا يجب أن يفهم من القول بأن التكييف كمسألة قانون يخالطها واقع أنها مسألة تفلت من رقابة المحكمة العليا، فقد مر بنا أن المحكمة العليا تشمل رقابتها الواقع والقانون معاً، كما أن شرط تكييف الدعوى وإنزال وصفها الصحيح في القانون، هو تقيدها

¹ الطعن رقم 13409، لسنة 79 قضائية، صادر عن الدائرة المدنية بتاريخ 2019/06/08، <https://n9.cl/iajvx6>.

الفصل الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني ورقابة المحكمة العليا عليها

بالوقائع والطلبات المطروحة على قاضي الموضوع وتقيدها بالسبب القانوني الذي تركز عليه⁽¹⁾، والمحكمة العليا عندما تراقب التكييف تراقب الوصف القانوني الذي يعطيه القاضي لواقع النزاع بموجب مواد قانونية محددة، ، لأن الخطأ في التقدير يؤدي خطأ في التكييف، وهذا خطأ في إعمال القانون، يوجب النقض⁽²⁾.

رغم صعوبة الوصول إلى معيار يمكننا من خلالها التمييز بين ما هو واقع وما هو قانون في الدعوى المدنية، إلا أننا نرى أنه لا يجب الوقوف عند هذا الحد والقول بنفي اشتغال الدعوى المدنية على مسائل واقع وأخرى قانون، أو القول بأن صعوبة تحديد الحد الفاصل بين المسألتين يحتم علينا التعامل مع الدعوى المدنية كوحدة دون تجزئتها داخليا، خاصة أننا عند تتبع كتابات الفقهاء وقرارات محاكم النقض نجد أن مصطلح مسائل الواقع ومسائل القانون مصطلح مستعمل بكثرة، ويقصد من ورائه تبيان مجال السلطة التقديرية لقاضي الموضوع من جهة، ومن جهة أخرى تحديد نطاق رقابة محكمة النقض، ونرى أن حل المسألة يكون في تتبع نشاط القاضي في مختلف مراحل الدعوى من خلال قرارات المحكمة العليا بصفة خاصة ومحاكم النقض في الأنظمة القضائية المقارنة، وتحديد ما يعتبر مسألة واقع للقاضي فيها سلطة تقديرية وما يعتبر مسألة قانون يقع فيها تحت طائلة النقض، و مادامت النظرية تحقق ما هو مطلوب منها فلا يمكن طرحها بحجة انها نظرية مجتهدة.

¹ الطعن رقم 16473، لسنة 83 قضائية، صادر عن الدائرة التجارية بتاريخ جلسة 2019/01/13، <https://n9.cl/w0rjv>.

⁽²⁾ نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دراسة تحليلية و تطبيقية، دون ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر، 2002، ص 531.

يشير مصطلح السلطة التقديرية إلى الصلاحيات التي تقرها الأنظمة القانونية لقضاة الموضوع من أجل تمكينهم من إصدار أحكام تتماشى مع اختلاف الوقائع والقضايا وتعزز الشعور بالعدالة، وقد حظيت باهتمام مختلف الأنظمة القانونية والقضائية في كل العصور، حيث لم يقتصر الاهتمام بها على القوانين الوضعية الحديثة، فكان لها أثر كبير في الشريعة الإسلامية التي خولت القاضي هامش كبير للتقدير، ونفس الأمر بالنسبة الأنظمة القضائية الحديثة بما فيها النظام القانوني والقضائي الجزائري لم تكن السلطة التقديرية للقاضي حكرا على القضاء المدني، فهي تمثل ركيزة أساسية تعتمد عليها الإدارة ويراعها القضاء الإداري الذي يرفض الرقابة عليها، وفي القضاء الجنائي الذي ورغم ارتكازه على مبدأ شرعية العقوبة والجريمة إلا أن للقاضي الجزائري هامش كبير مسلكة تقدير العقوبة مخولة له بموجب القانون.

وفي القضاء المدني ورغم أن مكنة السلطة التقديرية تجاذباتها ثلاث اتجاهات، اتجاه يرفضها بالمطلق ويعتبرها لغوا لا مكان له في ظل التزام القاضي بتطبيق النص القانوني دون زيادة ولا نقصان، واتجاه آخر يقبلها على نطاق واسع ويرى أن العمل القضائي عمل بشري يراعي ظروفًا وحالات بشرية، ما يلزم معه أن يتمتع القاضي بحرية وهامش كبير للتقدير، أما اتجاه ثالث يمزج بين الاتجاهين ويمنح القاضي سلطة تقديرية بشروط، هاته الشروط هي في الحقيقة المعنى الحقيقي لضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المواد المدنية.

ولا يمكن تحديد هاته الضوابط بالركون إلى النصوص القانونية فقط، بل إن الجزء الكبير منها يمكن استخلاصه من خلال تتبع نطاق رقابة المحكمة العليا على السلطة التقديرية للقاضي، التي تميز بين مسائل الواقع ومسائل القانون، هذا التمييز الذي وعند تعمقنا في الدراسة خلصنا إلى أنه تمييز وهمي فكثيرا ما راقبت المحكمة العليا مسائل تعتبر من قبيل مسائل الواقع التي يختص بها القاضي دون رقابة عليه من المحكمة العليا، وبالتالي فإن المحكمة العليا في إطار توحيد الاجتهاد القضائي وإن كانت تقرر بوجود هذا التمييز إلا أنها أثرت على مستوى الممارسة القضائية لهاته الأخيرة يكاد يكون منعدما، وحتى في إطار الدراسة النظرية خلصنا أيضا إلى صعوبة وضع مثل هذا التمييز.

وعلى العموم كنظرة عامة فإن المحكمة العليا تراقب القاضي رقابة مباشرة على مسائل القانون كالتكييف ومراعاة أوجه الطعن بالنقض الواردة في نص المادة 358 ق.إ.م.أ، وتراقبه على مسائل الواقع رقابة مباشرة بالنسبة للاستخلاص المنطقي للوقائع، ورقابة غير مباشرة من خلال الرقابة على التسبيب.

الفصل الثاني:

ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية.

بعد أن تناولنا في الفصل الأول ماهية السلطة التقديرية للقاضي ورقابة المحكمة العليا عليها، بقي أن نبحث عن ضوابط هذه السلطة في بعض تطبيقات العقد، وقد خول المشرع الجزائري في عديد من نصوصه بمناسبة معالجته للعقد سلطات للقاضي تتسع وتضيق حسب الأحوال وحسب سياسة تشريعية ينتهجها المشرع لعدة اعتبارات، منها على سبيل المثال لا الحصر حفظ النظام العام أو تكريس مبدأ القوة الملزمة للعقد، واستقرار المعاملات أو من أجل حماية الطرف الضعيف في العقد غير أنه ومهما كان السبب أو الاعتبار الذي خول من أجله المشرع القاضي سلطة تقديرية، فإنه لا يطلق يده في إعمالها كل الإطلاق، بل يقيده في ذلك بقيود وضوابط قانونية محددة لا يجوز للقاضي الخروج عنها وإلا عرض حكمه للنقض.

وقد منح المشرع للقاضي سلطة تقديرية في تفسير ما غمض من إرادة المتعاقدين، وألزمه في ذلك مجموعة من الضوابط حددتها المادة 111 قانون مدني، بحيث لا يعتمد القاضي على التفسير إلا في معرض عقد صحيح، مع الأخذ بالاعتبار احترام العبارات الواضحة فلا يبحث من خلال تأويلها على النية المشتركة للمتعاقدين، فإن تبين أن هناك غموضاً في هذه النية المشتركة وجب على القاضي عدم الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ولا يقف القاضي عند ذلك فحتى مع تفسير العقد وإزالة الغموض قد يعرض للقاضي تقصير المتعاقدين في تحديد مشتملات العقد ومستلزماته، أو اتفاقهم على المسائل الجوهرية دون التفصيلية، فلا يكون أمام القاضي من أجل البت في النزاع إلا تكملة ما نقص من إرادة أطراف العقد وهو ما يطلق عليه في الفقه الحديث بتطويع العقد إما بتحديد نطاقه أو بتكاملته، ويراعي القاضي في ذلك مجموعة من الضوابط حددها المشرع في نص المادتين 65 و 02/107 قانون مدني تنحصر في طبيعة التعامل، أحكام القانون، والعرف الجاري في المعاملات، والعدالة، وكل ذلك يدخل في تحديد القاضي لموضوع العقد (المبحث الأول).

كما أولى المشرع أهمية خاصة للمرحلة السابقة على التعاقد بعدد النصوص التي تحمي المتعاقد ولا تفرط في النظام العام، وبذلك حى المشرع الطرف الضعيف في العقد من الهيمنة الاقتصادية للمتعاقد الآخر ومنح القاضي سلطة تقديرية تصل لدرجة تتجاوز تفسير العقد وتطويعه إلى تعديله (المبحث الثاني)، فللقاضي بصدد المنازعات التي يكون موضوعها عقد اذعان أن يعتمد إلى إلغاء الشروط التعسفية، كما منح المشرع للقاضي سلطة في تعديل العقد إذا ما شاب إرادة المتعاقد عيب الاستغلال وذلك من خلال انقاص التزامات المتعاقد المغبون وبشروط معينة، وسواء كان تعديل العقد من التصدي

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

للشروط التعسفية لعقد الإذعان، أو من خلال انقاص التزامات المتعاقد المشوبة ارادته بعيب الاستغلال فإن مجالهما هو مرحلة تكوين العقد، كما منح المشرع للقاضي سلطة في تعديل العقد في مرحلة تنفيذه، وأهم تطبيقاتها سلطة القاضي في تعديل العقد بمناسبة الحوادث الاستثنائية العامة، و سلطته في تعديل العقد بمنح أجل لم يتناوله العقد سواء بصدد نظر دعوى التنفيذ او نظر دعوى الفسخ.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

المبحث الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في تحديد موضوع العقد

ينعقد العقد بتوافر أركانه، من تراضي ومحل¹ وسبب، ولا يكفي مجرد وجودها بل يجب فوق ذلك قيامها قيما صحيحا غير معيب، وقد عرّف فقهاء الشريعة الإسلامية التراضي عرضا أثناء تعريفهم للعقد بأنه (ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يؤتي أثره في المعقود عليه²)، وبناءا على ذلك لا يمكن أن ينعقد العقد إلا إذا لم يقم خلاف في ما قصده المتعاقدان أثناء التعبير عن إرادتهما بما يحول دون تطابقها، فإن قام خلاف في ذلك برز دور القاضي في تفسير ما غمض من هاتيه الإرادة، بناءا على ما خوله القانون من سلطة تقديرية يمارسها في حدود وضوابط معينة (المطلب الأول)، ولا يتوقف دور القاضي في خلال ما غمض من العقد، بل قد يتعداه إلى تحديد نطاق هذا العقد بتعيين ما يعتبر من مستلزماته، وهو في ذلك مقيد بضوابط يسترشد بها أثناء البحث في نطاق العقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في تفسير العقد

البحث في تفسير العقد يأتي بعد البحث في صحة انعقاده، كما أن صحة العقد تفترض انصراف مدلول إرادة أطرافه إلى ما ورد في العقد من عبارات وألفاظ، غير أن هذا الافتراض قائم بموجب قرينة بسيطة مفادها تطابق الإرادة الظاهرة مع الباطنة، فإذا ما ثبت عكس ذلك وجب على القاضي أثناء تفسيره للعقد البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، مسترشدا في كل ذلك بضوابط قانونية وأخرى واقعية، فندرس أولا مفهوم تفسير العقد (فرع أول)، ثم ننقل لدراسة الضوابط القانونية، والواقعية في تفسير العقد (فرع ثاني).

¹ للعقد في الأصل ركنان التراضي والسبب أما المحل فهو ركن في الالتزام لا في العقد، غير أن الشائع لدى الدارسين ذكر المحل كركن في العقد إلى جانب التراضي والسبب وهذا تجاوز كما يقول في ذلك الأستاذ علي سليمان، وهو فوق ذلك كلام غير صحيح كما يقول الأستاذ علي فيلالي، وعلى كل حال فهذا هو الرأي الراجح وقد تبناه فقيه العرب وعلمائهم الأستاذ عبد الرزاق أحمد باشا السنهاوري صراحة بقوله أن المحل ركن في الالتزام لا في العقد، ولكن أهميته لا تبرز إلا في الالتزام الذي ينشأ من العقد، راجع في ذلك كل من، عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 182/ علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، ط 03، دار موفهم للنشر، الجزائر، 2013، 237 ص / علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط 09، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دون سنة، ص 69.

² المادة 168 من مدونة مرشد الحيران.

الفرع الأول: مفهوم تفسير العقد

لا بد لنا قبل أن نخوض في ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في تفسيره للعقد، أن نحدد مفهوم تفسير العقد، خاصة في ظل استعمال المشرع الجزائري لعبارة التأويل بدلا عن التفسير في نص المادة 111 من القانون المدني

أولا: مفهوم عبارتي التفسير والتأويل.

فقرة أولى: تعريف التفسير: يقصد بالتفسير لغة الشرح والبيان، تفسير القرآن توضيح معانيه، وبيان وجوه البلاغة والإعجاز فيه، وشرح مانطوت عليه آياته وأحكامه¹، وعلى كل فسر الأمر لغة معناه وضح، وشرحه، أبانه، وضعه في صورة أبسط.

فقرة ثانية: تعريف التأويل: التأويل لغة هو إعطاء معنى لحدث أو قول أو نص لا يبدو فيه المعنى واضحا لأول وهلة، والتأويل في علوم الدين مختلف فيه، فمفهم من قال يراد به التفسير فلم يفرق بين التفسير والتأويل²، ومفهم من قال يراد به الرجوع إلى مراد المتكلم.

فقرة ثالثة: الفرق بين التفسير والتأويل: يفرق الثعلبي بين التفسير والتأويل، ويرى أن التفسير هو بيان وضع اللفظ إما حقيقة أو مجازا، بينما يراد بالتأويل تفسير باطن اللفظ، فالفرق بين التأويل والتفسير عند فقهاء الشريعة الإسلامية أن التأويل بيان مراد الكلام على سبيل الظن، بينما التفسير هو بيان لمراد النص على سبيل الجزم.

وقد غنى عن البيان أن لكل نص معنى ظاهر، فإن كان المعنى يمكن الوصول له من ذات النص دون أن يتبادر للذهن أن معنى الحقيقي للعبارة يحتمل في معنى آخر غير الظاهر فإن النص هنا يكون مفسرا، بينما إذا كان المعنى الظاهر للنص لا يكون إلا على سبيل الترجيح لا القطع دون أن يمنع قابليته لصرفه لمعنى آخر فالنص في هذه الحالة يكون مؤولا³، فالتفسير في حقيقة الأمر لا يعدو أن يكون شرحا للفظ ما وذلك في حدود هذا اللفظ، بينما التأويل هو إرجاع مراد اللفظ الحقيقي لمعنى آخر غير الظاهر منه.

¹ <https://n9.cl/mtkvh> ساعة وتاريخ الدخول 23 نوفمبر 2023 على الساعة 00:00

² <https://n9.cl/fdqju> التاريخ نفسه

³ عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993، ص 155.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

فقرة رابعة : موقف المشرع الجزائري: تقدم بنا القول أن المشرع الجزائري رغم استيراده لنص المادة 111 من نص المادة 150 قانون مدني مصري بحذافيرها، إلا أنه عمد إلى تغيير وحيد وذلك بتبديل عبارة (التفسير) في النص المصري بعبارة (التأويل) في النص الجزائري، ولكنه بالمقابل احتفظ بالنص الفرنسي للمادة 111 المستورد بدوره من النص الفرنسي للمادة 150 قانون مدني مصري كما هو لفظا وفحوى، واحتفظ معه بعبارة (l'interprétation) دون تغيير، وعلى اعتبار أن النص الفرنسي سابق على النص العربي، فهذا يجعلنا نقول أن المشرع الجزائري أثناء وضعه للقانون المدني أول مرة، كان راضيا تماما بعبارة l'interprétation الواردة في النص المصري واستوردها منه دون تغيير، رغم أن النص العربي لذات المادة كان مطروحا أمامه وبترجمة لهذه العبارة (l'interprétation) بعبارة (التفسير)، غير أن هذا الرضا لم يبقى على حاله أثناء وضع النص العربي فيما بعد، فالمشرع تخطى عن عبارة التفسير كما تقدم وأحل محلها عبارة التأويل، وهو ما يجعلنا نتساءل عن السبب الذي جعل المشرع الجزائري يرى أن عبارة التأويل تؤدي مفهوما للمادة يختلف عن المفهوم الذي تؤدي إليه عبارة التفسير؟

وعند تتبع شرح المادة 111 عند الفقهاء الذين شرحوا القانون المدني الجزائري من أجل الوصول لإجابة السؤال السالف الذكر، نجد أنهم متفقون تقريبا على رأي واحد وإن اختلفوا في استعمال العبارة، فمنهم من استعمل في شرحه لنص المادة سالفه الذكر عبارة التفسير دون التطرق لا من بعيد ولا من قريب لعبارة التأويل، مما يوحي أن عبارة التأويل في نظرهم هي مرادف لعبارة التفسير كالأستاذ صبري السعدي¹ والأستاذ علي علي سليمان²، ومنهم من استعمل عبارة التأويل متبعا في ذلك صريح النص كالأستاذ علي فيلاي والذي يرى أن المقصود من تأويل العقد هو أن يصل القاضي إلى ما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين بغض النظر عما إذا كانت العبارة بالإرادة الباطنة أو الظاهرة³، وهذا دون أن يخوض في المقارنة بين التفسير والتأويل وهو ما يرجح معه أن الأستاذ لا يرى اختلافا بين العبارتين، وهو نفس ما يذهب إليه الأستاذ العربي بلحاج⁴ الذي يرى أن مصطلحي التأويل والتفسير شيء واحد، ويقول أن مصطلح التأويل هو مصطلح مقبول وهو الكشف عن المقصود من نصوص العقد، وبيان ما هو غامض منها لاستخلاص النية المشتركة للمتعاقدين، فالتأويل في حقيقته ليس إلا التفسير، على اعتبار أن عبارة

¹ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة، منشورات دار الهدى، ط 2021، ص 275.

² علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 130.

³ علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، مرجع سابق، ص 406.

⁴ العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، الجزء الثاني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 747.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

التأويل هي المستعملة في كتابات فقهاء القانون ومدارسه المشهورة كالمدرسة التاريخية، ومدرسة الشرح على المتون، ومدرسة التأويل الحر ... الخ.

ويرى الباحث أنه وإن كان لا يستقيم القول أن المشرع الجزائري يرى أن التأويل هو نفسه التفسير، على اعتبار تخليه عن هذه الأخيرة الواردة في المصدر التاريخي للمادة 111 لصالح العبارة الأولى، وهو تخلي أقل ما يمكن القول عنه أنه كان مقصودا نتيجة عدم اقتناع بعبارة التفسير في محل هاته المادة، إلا أن هذا القصد لم يترجم على مستوى النص الفرنسي، إذ بما أن المشرع كان حريصا في اختيار العبارة الأكثر دقة في معرض صياغته للنص العربي، فالمنطق السليم هو استبدال عبارة *Interprétation* بعبارة *Exégèse* إذ هي الأقرب للتأويل منها للتفسير، ولما لم يحدث ذلك فإننا نرى عدم تحميل النص أكثر مما يطبق والتوفيق بين النص الفرنسي والعربي، والقول أن المشرع لم يقصد من عبارة التأويل إلا التفسير، وعلى هذا الأساس سنتبع المصطلح الغالب في الفقه أثناء بحثنا وهو مصطلح تفسير العقد على اعتبار أن المصطلحين مترادفي المعنى.

ثانيا: أنظمة التفسير:

بعد أن وقفنا على مفهوم عبارة التفسير ومقارنتها بعبارة التأويل، وبعد أن خلصنا إلا أن المشرع الجزائري في رأيينا لا يفرق بين المصطلحين ويراهما واحدا، بقي لنا التطرق ولو دون تعمق لمدارس التفسير بين مدرسة الشخصية التي تأخذ بالإرادة الباطنة، والمدرسة الموضوعية أو مدرسة التعبير عن الإرادة، غير أننا سواء أخذنا بالإرادة الظاهرة، أو بالإرادة الباطنة في تفسيرنا للعقد، فإن القاضي إنما يفسر كما يقول الأستاذ السهوري مظهر التعبير عن الإرادة، كتابة كان، أو كلاما أو إشارة أو سكوتا¹.

فقرة أولى: النظرية التقليدية في تفسير العقد (نظرية الإرادة) : يعبر عنها أيضا بالنظام الشخصي أو الذاتي في التفسير، وقد سادت هذه النظرية في النظام اللاتيني، ومفادها أن العبرة في التصرفات القانونية بالإرادة الباطنة وتغليبها على الإرادة الظاهرة، أي بعبارة أخرى تغليب النية المشتركة للمتعاقدين على التعبير المادي الذي يعتبر مجرد وسيلة للتعبير على ما اشتركت فيه هذه النية، فالنظرية التقليدية لا تقف عند الإرادة الظاهرة، أو الضمنية، بل تتعداها للإرادة المفترضة، ومناطق ذلك كله بالنية المشتركة للمتعاقدين وما انطوت عليه إرادتهما الباطنة، وما ذلك التعبير الظاهر إلا قرينة على هاته الإرادة، وهو قرينة بسيطة يفترضها القاضي ولا يلزم بالوقوف عندها، فإذا ما قام شك في موافقتها للنية

¹ عبد الرزاق أحمد باشا السهوري، نظرية العقد، ط 2 الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ج 02، 1998، ص 927.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

المشتركة للمتعاقدين طرحها وبحث في النية المشتركة وهو بذلك يغلب الإرادة الباطنة على أساس أن الأصل في العقود أنها تعبير عن الإرادة، والإرادة بطبيعتها مسألة باطنية كامنة في النفس¹.

غير أن منطقية النظرية لا يجب أن تحجب عنا وجهها الثاني المظلم، إذ لم يتوقف أنصار نظرية الإرادة الباطنة إلى عدم الاكتفاء بتجاوز المعنى الصريح إلى المعنى الضمني، بل ذهبوا أبعد من ذلك إلى تجاوز المعنى الضمني إلى المعنى المفترض، وهو كما يرى الأستاذ عبد الحكم فودة عيب خطير في النظرية، إذ على القاضي في حال لم يتبين الإرادة الحقيقية لا صراحة ولا ضمناً أن يفترض الحل الذي كان سينص عليه المتعاقدان في بنود العقد لو توقعوا النزاع، فيطلب منه أن يبحث في كل الظروف المحيطة بالتعاقد سواء السابقة أو اللاحقة أو العاصرة انعقاد العقد، فينفذ إلى روح المتعاقدان وماضيهم وعاداتهم وأعماق ذواتهم وهذا ضرب من ضروب الخيال، ويستند الفقه القائل بذلك إلى مقولة الفقيه الفرنسي بوتيه (إذا لم نستطع الكشف عن نية الطرفين بوسيلة كافية الوضوح، فإنه يجب البحث عن نيتيها الأكثر قرباً للمعقول من أجل إعطاء أثر لاتفاقهما)².

الفقرة الثانية: النظرية الحديثة: النظرية الحديثة هي نظرية الإرادة الظاهرة، وقد تبناها النظام الجرمانى الذي لم يستسغ نظرية الإرادة الباطنة على أساس أنها ظاهرة نفسية لا اجتماعية والقانون علم اجتماعي في أصله يرتب أحكامه على المظهر المادي المحسوس لا على النوايا والنفسيات،

فنظرية الإرادة الظاهرة تقف عند التعبير عن الإرادة على أساس أن الإرادة ليس لها أي دور في إحداث الأثر القانوني وتقتصر على إرادة التعبير وحسب وبالتالي فمضمون التصرف يرجع فيه إلى القانون³، فالتعبير كما يقول الأستاذ السهوري هو المظهر الاجتماعي للإرادة⁴، والنظرية الموضوعية لا تنكر أن للإرادة دوراً هاماً في تكوين العقد، غير أنها ومع ذلك ترى أن القاضي يجب أن يقف عند التصريح بالإرادة لا عند الإرادة ذاتها، لهذا تسمى هذه النظرية بنظرية التصريح بالإرادة⁵.

¹ راجع في ذلك كل من إيمان طارق الشكري، سلطة القاضي في تفسير العقد، دراسة مقارنة، ط 1، منشورات زين الحقوقية، 2018، ص 27. / عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، المرجع السابق، ص 42.

² عبد الحكم فودة، المرجع نفسه، ص 44.

³ العطري أحمد، بطيبي حسين، الآثار الأصلية للعقد الباطل، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، مج 08، العدد 01، سنة 2022، ص 3.

⁴ عبد الرزاق السهوري، مرجع سابق، ص 83.

⁵ محمدالزين، النظرية العامة للالتزامات، العقد، ط 2، دون ناشر، تونس، 1997، ص 66.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

الفرع الثاني: الضوابط القانونية في تفسير العقد

يلتزم القاضي تحت طائلة النقص بما حدده القانون من قواعد يجب إتباعها أثناء تفسير العقد، فيلتزم القاضي بالأحكام التي يجري التفسير إلا على عقد صحيح (أولاً)، كما أنه بعد التأكد من صحة العقد يلتزم بالتقيد بالعبارات الواردة في العقد إن كانت واضحة، فلا ينحرف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين (ثانياً)، فإن كان هناك محل لتفسير العقد فيجب على القاضي البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف على حرفية الألفاظ (ثالثاً)، و في حالة قيام الشك التزم القاضي بتفسيره لصالح المدين أو الطرف المدعى حسب نوع العقد مساومة كان أو إذعان (رابعاً).

أولاً - لا تفسير إلا في عقد صحيح:

يعرف العقد بأنه توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، وهذا يعني أن العبرة في انعقاد العقد بوجود الإرادة، ولا يكفي مجرد وجود الإرادة بل يجب أن تكون الإرادة قد صدرت من صاحبها صحيحة غير مشوبة بعيب من عيوب الإرادة، ولا بعارض من عوارض الأهلية، فلا جدوى من تفسير عقد غير صحيح، ويقول في ذلك الأستاذ السنيهوري (أن نطاق البحث في انعقاد العقد وصحته غير نطاق البحث في تفسيره لتحديد آثاره¹)، وهذا شيء منطقي فالعقد الباطل يقع في حكم المعدوم، ولا محل لتنفيذ المعدوم ولا لتفسيره، وهو ما أكدته القضاء الأردني من خلال قوله (أن المادة 231 من القانون المدني والتي تقضي بأن إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه وتكون الشروط الواردة به مخالفة للقانون لاستنادها لعقد باطل ... وأن القول بأن الاتفاقية هي اشتراط لمصلحة الغير فهو قول مناف للحقيقة لأن العقد ولد ميتاً فلا تستطيع المحكمة البحث في عقد باطل ابتداءً وتفسيره، الأمر الذي يغدو هذا الدفع في غير محله ويستوجب الالتفات عنه²)

غير أنه يجب التفرقة بين البحث في انعقاد العقد وبين البحث في صحة الإرادة، فالبحث في انعقاد العقد هو بحث حول الإرادة التي يعتد بها، هل هي الإرادة الباطنة أم الظاهرة، وهل تطابقت إرادة الموجب مع إرادة القابل، أم انصرفت إرادة أحد أطراف العقد إلى غير ما انصرفت له إرادة المتعاقدين الآخر، فعدم وجود الإرادة كما حددها القانون يترتب بطلان العقد بطلاناً مطلقاً مما يجعل تفسيره بغير ذي جدوى، أما صحة الإرادة فمجالها القابلية للإبطال، والقابلية للإبطال تتقرر لمصلحة من شاب إرادته عيب أو خالط

¹ عبد الرزاق احمد السنيهوري، المرجع السابق، ص 601.

² الحكم رقم 4541 لسنة 2019، بداية حقوق عمان، صادر بتاريخ 2020/03/12، ملحق رقم 01.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

أهليته عارض من عوارض الأهلية التي تعيب الإرادة ولا تعدمها، والعقد القابل للإبطال غير العقد الباطل بطلانا مطلقا، إذ هو عقد صحيح الإرادة فيه موجودة وجودا كاملا غاية ما في الأمر أنه مهدد بالإبطال لتعيبها، ومادام لم يطعن فيه بالإبطال فهو عقد صحيح يجوز تفسيره وليس للقاضي إثارة هذا البطلان من تلقاء نفسه.

ثانياً_ عدم الانحراف عن عبارات العقد الواضحة:

تنص المادة 111 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى على أنه (إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين) ، والظاهر أن المصدر التاريخي لنص المادة 111 هو نص المادة 150 قانون مدني مصري¹ بحيث أقتبس المشرع الجزائري المادة لفظا وفحوى منها اللهم تغيير كلمة تفسير بتأويل، وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري شرحا لذلك بقولها (لا ريب أن إرادة المتعاقدين هي مرجع ما يرتب التعاقد من آثار، بيد أن هذه الإرادة وهي ذاتية بطبيعتها، لا يمكن استخلاصها إلا بوسائل مادية أو موضوعية هي عبارة العقد ذاتها، فإذا كانت هذه العبارة واضحة لزم أن تعد تعبيرا صادقا عن إرادة العاقدتين المشتركة، وليس يجوز الانحراف عن هذا التعبير لاستقصاء ما أراده العاقدان حقيقة من طريق التفسير أو التأويل، تلك القاعدة يقتضي استقرار التعامل حرصا بالغيا في مراعاتها²).

والواضح أن نص الفقرة الأولى من المادة 111 يرتبط ارتباطا وثيقا بالجدال الفقهي بين أنصار الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، وهو ما يثير التساؤل حول موقف المشرع الجزائري في ذلك، وهل يمكن اعتبار نص الفقرة الأولى من المادة سألقة الذكر قطع بتبني المشرع الجزائري لنظرية الإرادة الظاهرة؟ وللإجابة على هذا التساؤل يستدعي ذلك الوقوف على معنى العبارة الواضحة، وهل يعتبر وضوح العبارة دليل على وضوح الإرادة، وما الحكم إن ثبت اختلاف مدلول العبارة عن مدلول الإرادة؟

الفقرة الأولى – المقصود من العبارة الواضحة: اختلف الشراح في مقصد المشرع من العبارة الواضحة، وانقسموا في ذلك إلى رأيين، رأي يذهب إلى أن المشرع يقصد بالعبارة الواضحة اللفظ الواضح، أي وضوح العبارة في حد ذاتها بحيث تؤدي إلى معنى يتصل بمباني وألفاظ العقد، أما الرأي الآخر فقد ذهب إلى أن المقصود من عبارة العقد الواضحة لا وضوح ألفاظ ومباني العقد، وإنما يقصد بها تطابق

¹ المادة 1/150 قانون مدني مصري (إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين)

² وزارة العدل المصرية، القانون المدني، مجموعة الأعمال التحضيرية، الجزء الثاني، الالتزامات، مصادر الالتزام، من المادة 89 إلى المادة 264، مطبعة دار الكتاب العربي، مصر، دون سنة، ص296.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

البناء اللفظي للعقد مع قصد المتعاقدين، وبعبارة أخرى تطابق ما حواه العقد من ألفاظ ومباني تطابقا كليا مع الإرادة الباطنة، فوضوح العبارة عند أنصار هذا الاتجاه تمثل حقيقة الإرادة المشتركة للمتعاقدين¹.

ويذهب الأستاذ علي فيلاي إلى تفسير العبارة الواضحة في المادة 111 قانون مدني جزائري بقوله (أن الوضوح المشار إليه في الفقرة الأولى من المادة 111 مدني هو وضوح مدلول العقد ككل في جميع بنوده²)، وفي نفس السياق يذهب الأستاذ أنور سلطان إلى أن المقصود من وضوح العبارة ليس وضوح كل عبارة على حدا، فالعقد وحدة متصلة يكمل بعضها بعضا، مما يتطلب أن يكون العقد واضحا في دلالة الكلية³.

وعلى كل حال لا جدل أن عبارات العقد يفسر بعضها بعضا، فالعقد وحدة متكاملة لا يمكن تجزئتها⁴، وليس هذا محور الخلاف إنما محور الخلاف، هل ينظر لوضوح العبارة سواء كجزء من العقد أو كمجموع كلي لوحدة متماسكة من خلال عبارات العقد دون مجاوزة، أم يجب تجاوز ذلك إلى وضوح الإرادة في حد ذاتها فينصرف بذلك معنى وضوح العبارة للإرادة المشتركة للمتعاقدين؟

نبادر بالقول أن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري قد حسمت الأمر بقولها (أن الإرادة وهي ذاتية بطبيعتها لا يمكن استخلاصها إلا بوسيلة مادية أو موضوعية هي عبارة العقد ذاتها) ونرى أن المقصود من عبارة العقد ذاتها في هذا المقام لا الإرادة في ذاتها، بل المقصود منها في نظرنا الوسيلة التي استخدمت للتعبير عن هذه الإرادة، وهي بحكم المادة 60 من القانون المدني الجزائري تكون باللفظ، أو بالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما قد تكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه، كما يمكن أيضا أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا، وفي كل هذه الحالات ينظر لوضوح

¹ الفواعير علاء محمد علي، مناط التفسير القضائي للعقد في القانون المدني الأردني، مجلة دراسات- علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، عمادة البحث العلمي، مج 46، ع 02، سنة 2019، ص 607.

² علي فيلاي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، مرجع سابق، ص 408/ بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015، ص 406.

³ أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 234.

⁴ وقد ذهب محكمة النقض المصرية في هذا الصدد للقول (القاضي يتعين عليه وهو يعالج تفسير المحررات ألا يعتد بعبارات معينة دون غيرها من العبارات بل يجب عليه أن يأخذ بما تفيد عبارات المحرر بأكملها، وفي مجموعها أو أن يتقيد بعنوان المحرر منفصلا عن باقي عباراته وإلا عد ذلك مسخا لنصوص المحرر ومخالفة منه لقواعد التفسير) الطعن رقم 2038 لسنة 81، صادر عن الدائرة التجارية بتاريخ جلسة 2013/11/06، <https://n9.cl/i3mfa>.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

الوسيلة في حد ذاتها، فإن كانت باللفظ فلا مجال لتفسير لفظ واضح في ذاته، وإن كانت كتابة فلا مجال لتفسير محرر واضح العبارات، ونفس الشيء بالنسبة للإشارة ولكل وسائل التعبير عن الإرادة الأخرى.

كما نرى أن دخول جانب من الفقه¹ في نقاش حول وسيلة الإثبات المفروضة في تصرفات معينة قد يفهم منه أن المادة 1/111 تقتصر على التصرفات التي تمت إما بالكتابة أو التصرفات التي تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة (المادة 335 و 336 قانون مدني جزائري)، دون غيرها من وسائل التعبير عن الإرادة، وفي هذا تحميل للنص القانون أكثر مما يجب، كما أنه من جانب آخر لا يوجد ما يوحي بذلك لا في نص المادة 111 بحد ذاتها، ولا في نص المادة 150 قانون مدني مصري التي تعتبر مصدرا تاريخيا للمادة 111 مدني جزائري، ولا في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ولذلك يجب أن يفسر النص القانوني بما لا يخالف نصوصه الأخرى وبالأخص في هذا المقام (المادة 60 قانون مدني)، والظاهر أن المقصود من عبارة العقد الواضحة وضوح العبارة في حد ذاتها، كجزء من وحدة متصلة ومتكاملة مهما كانت الوسيلة المتبعة في التعبير عن الإرادة، وينبغي على ذلك أن القول بأن المقصود من وضوح العبارة هو تطابق العبارات مع الإرادة المشتركة للمتعاقدين كلام فيه نظر، فهو من جهة يفتقر إلا ما يسنده في نص المادة 1/111، كما أن اعتبار وضوح العبارة هو وضوح للإرادة المشتركة للمتعاقدين يجعل من نص المادة 2/111 بغير ذي جدوى.

ويؤيد الأستاذ السنهاوري² هذا الاختلاف بقوله (إن وضوح العبارة غير وضوح الإرادة، فقد تكون العبارة في ذاتها واضحة ولكن الظروف تدل على أن المتعاقدين أساء استعمال هذا التعبير، فقصدوا معنى وعبرا عنه بلفظ لا يستقيم له هذا المعنى)، ولما كان وضوح العبارة غير وضوح الإرادة كما سبق بيانه، فإن مجرد البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين في معرض العقد واضح العبارة هو بحث في ما وراء العبارة الواضحة، وهو ما حظرتة الفقرة الأولى من نص المادة 111 صراحة باستعمال عبارة (فلا يجوز) وهي مسألة من مسائل القانون يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة النقض، وبالتالي نقول بدون تردد أن المقصود من عبارة العقد الواضحة الواردة في نص الفقرة الأولى من المادة 111 ق.م.ج وضوح الوسيلة التي من خلالها عبر المتعاقدان عن إرادتهما المشتركة، وهذا لا يعني أنه إذا كانت الوسيلة واضحة في ذاتها امتنع البحث في ما وراء ذلك بحجة أن وضوح العبارة يقصد به وضوح الإرادة، وهو ما سنبينه في الفقرة الآتية.

¹ أنظر أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، تفسير العقد ومضمون الإلتزام العقدي وفقا لقواعد الإثبات، دراسة فقهية وقضائية، دون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 15-18.

² عبد الرزاق احمد السنهاوري، المرجع السابق، ص 602.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

الفقرة الثانية- تفسير العبارة الواضحة: مر بنا أن حظر تفسير العبارة الواضحة مسألة من مسائل القانون يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا إعمالاً للمبدأ الذي يقرر عدم جواز تفسير نوعية العقد بغير الوصف الذي أعطي له إلى أنه (من المقرر قانوناً أنه لا يجوز للقاضي أن يفسر نوعية العقد بصفة مختلفة عن الصفة التي أعطيت له، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون....وأنه لما كان من الثابت في قضية الحال أن العقد موضوع النزاع هو عقد تسيير حر، فإن قضية الموضوع بتحويله إلى عقد إيجار بحجة أن مقتضيات المادة 203 من ق.ت. لم تحترم خرقوا القانون، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه¹).

ونأخذ على هذا القرار مأخذين أولهما أن المسألة محل الطعن بالنقض هي في الأصل مسألة تكييف لا تفسير وذلك دون الدخول في مدى مسابقة المحكمة العليا للصواب من عدمه في القضية المطعون فيها، إلا أن إخضاع تفسير العقد لضوابط تكييف العقد أمر مجانب للصواب في نظرنا، فتفسير العقد له مجاله وضوابطه المختلفة تماماً عن تكييف العقد، كما أن تفسير العقد مرحلة سابقة على تكييفه، وباختصار فالفرق بين تكييف الوصف وتفسيره أن تكييف الوصف هو إخضاع الوقائع الثابتة المنتجة للنظام القانوني الذي يحكمها دون أن يعتد القاضي بوصف المتعاقدين، كأن يصف المتعاقدين العقد بأنه عقد بيع بينما وقائع الدعوى تتمحور حول عقد هبة مستترة في عقد بيع، مما يجعل القاضي يخضعه للنظام القانوني لعقد الهبة، أما تفسير الوصف فهو الوقوف على وصف أوفى لمقصود العاقلين، بأن يجيب القاضي مثلاً على سؤال هل العقد محل النزاع قصد من خلاله المتعاقدان إبرام عقد بيع مقسط أو عقد بيع إيجاري؟ ثم بعد أن يفسره على أنه عقد بيع مقسط مثلاً رغم أنهم اصبغوه صفة البيع الإيجاري، يمر لتكييفه بالنظر للوقائع المنتجة دون الاعتداد بما قصده العاقدان، فقد يجد أنه قد قبض البائع من المشتري قسطاً تافهاً ثم أعفاه من بقية الأقساط، فيخضعه للنظام القانوني لعقد الهبة على أساس أنه عقد هبة مستترة في عقد بيع مقسط.

أما المأخذ الثاني على القرار أعلاه أن المحكمة العليا تفسر الفقرة الأولى من المادة 111 قانون مدني تفسيراً ظاهرياً بعدم جواز تفسير العبارة الواضحة، رغم أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، والمحكمة العليا نفسها قد تراجعت على هذا النهج وذهبت للاعتداد في تفسير العقد بالإرادة الباطنة وعدم الوقوف عند العبارات الواضحة في قرار لها جاء فيه (إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تأويلها لتعرف على إرادة المتعاقدين، وعليه فإن القضاء برفض

¹ الغرفة المدنية، ملف رقم 80816، قرار بتاريخ 16/06/1991، المجلة القضائية، عدد 04، سنة 1993، ص 151.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

الدعوى الرامية إلى إلغاء الوصية هو قضاء سليم مادام قصد الهالك ينصرف إلى توزيع أملاكه على ورثته أثناء حياته⁽¹⁾.

حيث جاء في وقائع الطعن بالنقض أن العقد التوثيقي المعنون بالوصية يشير إلى أن " ب ع بن م " هو مورث الأطراف وقد أوصى لما بعد وفاته إلى زوجته وأولاده التسعة مع ذكر أسمائهم، مع إعطاء وصف دقيق للعقارات الموصى بها في حد ذاتها والتي تشكل كافة تركته، مما حدا بقضاة المجلس إلى اعتباره عقد هبة رغم أنه معنون بالوصية، وذلك لحيازة جميع الورثة لنصيبهم من العقارات التي قسمها عليهم مورثهم وذلك حال حياته، وهو نفس ما ذهبت إليه المحكمة العليا بقولها أن نية المورث ترمي وحسب ظاهر محل الخلاف إلى توزيع أملاكه بين ورثته حال حياته وحسب المقاييس والاعتبارات التي يراها هو، وبناء عليه فإن هذا العقد لا يمكن المساس به أو إلغاؤه طبقا للمادة 111 مهما حمل من أوصاف أو عناوين، لأن الهدف والقصد منه هو توزيع المالك الأصلي لأمواله على زوجته وأولاده وهذا ما وقع تجسيده فعلا وفي حياته وبالتالي قبول الطعن شكلا ورفضه موضوعا.

وهذا القرار لا يدع مجالا للشك في أن العبارة الواضحة لا تنأى عن التفسير مهما بلغ وضوحها، وأن العقد يفسر بعضه بعضا كوحدة متصلة ببعضها لا يمكن تجزئتها، وأن العبرة بالإرادة الباطنة لا الظاهرة في تفسير العقود، وقد ذهبت محكمة النقض المصرية في قرارات عديدة لها إلى نفس ما ذهبت إليه المحكمة العليا حيث جاء في قرار لها (لقاضي الموضوع السلطة التامة في تفسير العقود والشروط المختلف عليها والعدول عن المدلول الظاهر لصيغ العقود والشروط، إلا أن ذلك مقيد أن يبين في حكمه لم عدل إلى خلافه، وكيف أفادت تلك الصيغ المعنى الذي أخذ به ورجح أنه مقصود المتعاقدين بحيث يتضح لمحكمة النقض مع هذا البيان أن القاضي في تأويله لها على اعتبارات معقولة يصح معها استخلاصه منها⁽²⁾).

من خلال ما تقدم نستخلص أن العبارات الواضحة تصلح أن تكون محلا للتفسير³ مهما بلغ وضوحها، لا على أساس أنها استثناء من الأصل الذي يقرر حضر الخروج على عبارات العقد الواضحة، وإنما على أساس أن الأصل في التفسير هو الوصول إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وهي قاعدة مأخوذة من القانون الفرنسي الذي بدوره أخذها من الفقيه الفرنسي الكبير, POTHIER, J. الذي اعتبرها القاعدة

¹ ملف رقم 278004 قرار صادر عن غرفة الاحوال الشخصية والموارث بتاريخ 2002/01/16.

² الطعن رقم 991 لسنة 83 قضائية، حكم صادر عن الدائرة التجارية بتاريخ 2013/01/14، <https://n9.cl/peppan>.

³ خليل أحمد حسن ققادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 137.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

الأولى (Premiere Regle) في تفسير العقد (On doit dans les conventions rechercher quelle q été la commune intention des parties contractantes, plus que le fens grammatical des termes¹). في عدم مطابقة العبارة الظاهرة لحقيقة قصد عاقيدها، وهو نهج المشرع الجزائري الذي لم يأخذ بالإرادة الظاهرة إلا لحماية استقرار المعاملات، وهو ما سنوضحه في الفقرة التالية.

الفرقة الثالثة- موقف المشرع الجزائري من نظرية الإرادة الظاهرة: لا خلاف في تبني كل الأنظمة القانونية على اختلافها لمبدأ سلطان الإرادة في العقود، ويختلفون بعد ذلك في كيفية الكشف عن هاته الإرادة، فمنها من أخذ بنظرية الإرادة الظاهرة كالقوانين الجرمانية، على أساس أن القانون ظاهرة اجتماعية لا نفسية، والقانون يجب أن يعنى بالظواهر الاجتماعية لا بالنوايا النفسية التي يصعب تبينها، ومنها ما أخذ بالإرادة الباطنة كالقوانين اللاتينية على أساس أن العبرة بالنية الحقيقية للمتعاقد سواء كانت هي الإرادة الظاهرة أو اختلفت عنها إذ من غير المعقول ترتيب آثار على إرادة لا يمكن نسبها لصاحبها حقيقة أو حكما وقد سبق بيان ذلك تفصيلا.

وما يهم في هذا المقام هو تبين موقف المشرع الجزائري من خلال المادة 111 قانون مدني، غير أنه يجب أن نلقي نظرة سريعة دون تعمق في بعض نصوص الأخرى لأخذ نظرة عامة في ذلك، وقد أخذ المشرع فعلا بنظرية الإرادة الظاهرة في عديد النصوص نذكر منها نص المادة 62 قانون مدني فلم يمنع ترتيب الأثر على الإرادة التي يموت صاحبها بعد أن تصدر عنه، فلو طبقنا مذهب الإرادة الباطنة في هذا المقام لكان من أثارها أن تحيى الإرادة بحياة صاحبها وتموت بموته، غير أن نص المادة سالف الذكر أخذ صراحة بالإرادة الظاهرة التي تحيى مستقلة عن صاحبها لمجرد صدورها عنه.

كما قررت المادة 87 من القانون المدني انه ليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد إذا كان التدليس قد صدر من الغير، إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس، فالمشرع لم يلزم المتعاقد المدلس عليه بالعقد بناء على إرادته الباطنة إذ أنها إرادة غير حقيقية مشوبة بعيب، بل على أساس إرادته الظاهرة التي اطمأن لها المتعاقد الآخر، وما قيل في التدليس الصادر من الغير يقال في الإكراه الصادر من الغير فهنا كهنالك.

¹ M.Pothier, traier des obligations, Tome 1, Letellier, Paris, 1813, P 66.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

والملاحظ في الفروض السابقة أنها ترتبط بوجه أولى باستقرار المعاملات أكثر من ارتباطها بتبني المشرع للإرادة الظاهرة، فالمشرع الجزائري مثلاً في نظرية الغلط لم يساير المشرع المصري الذي أخذ منه النصوص المتعلقة بعيوب الإرادة، فخالفه في الشروط الواجب توافرها في الغلط كعيب من عيوب الإرادة ولم يشترط لذلك اشتراك المتعاقد الآخر في الغلط بخلاف المشرع المصري، وجعل مجرد غلط أحد المتعاقدين سبباً لطلب الإبطال، وهو هنا يأخذ بالإرادة الباطنة صراحة، كما أنه لم يعتد بالإرادة المشوبة بعيب الإكراه والتدليس، كما ذهب أبعد من ذلك في حماية الإرادة من الطيش البين والهوى الجامح، ومن الضغط الاقتصادي في عقود الإذعان.

أما في ما يخص نص المادة 111 لا يجب أن يفهم من فقرتها الأولى أن الإرادة الظاهرة هي الأصل بينما الفقرة الثانية استثناء على هذا الأصل، فالقارئ في نص الفقرة الأخيرة يتبين له دون عناء أن مجرد الشك في عدم مطابقة المعنى الحرفي للألفاظ للنية المشتركة للمتعاقدين يلزم القاضي بالعدول عن هذا المعنى للمعنى الحقيقي لقصد المتعاقدين، وهي مسألة من مسائل القانون يقع فيها القاضي تحت طائلة النقض، كل ما في الأمر أن المشرع أخذ بالإرادة الظاهرة في الفقرة الأولى من المادة السالفة الذكر كقرينة بسيطة على مطابقتها للإرادة الباطنة، وهي سياسة تشريعية أراد المشرع من خلالها التسهيل على القاضي بعدم إرهاقه بالبحث في نوايا المتعاقدين في معرض كل تفسير، وافترض أن الإرادة الظاهرة تعبير أمين عن نية المتعاقدين ما لم يقيم شك في هذا التطابق، فإن قام وجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدتين مهما كان وضوح العبارات المستعملة، وشرط ما تقدم أن لا يتعسف القاضي في ذلك، فيحل إرادته محل إرادة المتعاقدين الواضحة في عبارات العقد، وهي مسألة قانون لا يمارسها القاضي على إطلاقها دون ضابط، والضابط في ذلك أن يبين في حكمه الأسباب والمسوغات¹ التي دعت به إلى العدول عن المعنى الظاهر للعبارة وفق اعتبارات معقولة تؤدي منطقاً إلى المقصود الحقيقي.

¹ وقد ذهبت محكمة النقض المغربية في هذا الاتجاه أيضاً بقولها (إن المحكمة وإن كانت لها سلطة في تفسير العقود المعروضة عليها وفق مقصود العاقدتين، فإن ذلك مشروط بأن تبرز في قرارها العناصر التي على أساسها عدلت عن المدلول الظاهر للعقد إلى خلافه...) محكمة النقض المغربية، الغرفة المدنية، قرار عدد 3374 مؤرخ في 2007/10/24 الملف المدني عدد 2006/3/1/3744.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

ثالثا: وجوب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين في محل تأويل العقد

إذا كان للقاضي تفسير العبارة الواضحة بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، فمن باب أولى يكون له ذلك في معرض العبارة الغامضة أو الناقصة، أو في معرض السكوت¹، وفي ذلك تقول الفقرة الثانية من المادة 111 قانون مدني " أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات " ويذهب الأستاذ السنهاوري إلى أنها قاعدة ليست ملزمة للقاضي²، فله أن يأخذ بها وله أن يستبعداها.

غير أنه في رأيينا المتواضع وبكل تحفظ، أن هاته الوسائل وضعها المشرع بنص القانون من أجل حسم مسألة من مسائل القانون الجوهرية، هي البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين في معرض تأويل العقد، وقد سبق وخلصنا في الفصل الأول من هذا البحث إلى أن المحكمة العليا لا تنأى بنفسها عن رقابة مسائل الواقع على أساس أنه يستقل بتقديرها قاضي الموضوع، بل تلقي بظل رقابتها على مسائل واقعية عديدة بطريق مباشر وغير مباشر عن طريق رقابة التسبب.

فالقاضي إذا ما قدر أنه بصدد عقد فيه محل للتأويل، فهو ملزم بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، ولا يمكنه أن يقرر من جهة أنه بمعرض عقد فيه محل للتأويل، ثم يقرر من جهة أخرى الاكتفاء في تأويله للعقد بإرادة أحد المتعاقدين دون الآخر، إذ هي مسألة جوهرية³ يقع فيها القاضي تحت طائلة النقض، ثم إن الأمر لا يتوقف عند هذا الحد، فالقاضي ملزم عند استخلاصه النية المشتركة للمتعاقدين أن يستخلصها بوسائل مادية لا ذاتية، والمحكمة العليا تراقب هذا الاستخلاص عن طريق رقابة التسبب، فهي مسألة قانون تراقبها المحكمة العليا بطريق غير مباشر من خلال الرقابة على التسبب، ولا يكفي القاضي مجرد التسبب ليجنب حكمه النقض، إذ أن المحكمة العليا إذا ما تبين لها من خلال التسبب أن القاضي لم يعتمد على وسائل مادية في استخلاصه للنية المشتركة للمتعاقدين نقضت هذا الحكم لا لقصور التسبب، بل لمخالفة مسألة جوهرية في تفسير العقد، فتكون رقابتها هنا رقابة مباشرة على مسألة من مسائل القانون.

¹ يقول في ذلك الأستاذ شوقي بناسي (تستند قواعد تفسير العقد إلى سلطان الإرادة، ذلك أن القاضي يبحث عند غموض عبارات العقد عن النية المشتركة للمتعاقدين، فهي المعبر الحقيقي عن إرادتهما، أي يبحث عن الإرادة الباطنة لهما...) شوقي بناسي، قانون العقود، دراسة مقارنة في القانون المدني الجزائري والفرنسي (المعدل)، ط 1 الجزء الأول: عموميات في العقد، بيت الأفكار، 2022، ص 291.

² ص 595

³ وزارة العدل المصرية، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 296-297.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

ومن ثم فإن الوسائل التي عددهم الفقرة 02 من المادة 111 وسائل ملزمة للقاضي، ليس له أن يستخلص النية المشتركة للمتعاقدین بوسائل ذاتية، وفي ذلك تقول مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري (أن القاضي ينبغي أن يلجأ إلى وسائل مادية دون غيرها لاستخلاص إرادة المتعاقدين الذاتية ... فليس للقاضي المدني ما يتمتع به القاضي الجنائي من حرية في تكوين عقيدته، وغنى عن البيان أن مراعاة هذه القاعدة الهامة مسألة من المسائل القانونية التي تخضع لرقابة محكمة النقض)، وفي شرحها للوسائل المادية تقول هذه الأخيرة (يجب أن يعتد في استخلاص الإرادة المشتركة للمتعاقدین بطبيعة التعامل، وبالغرض الذي يظهر أن المتعاقدين قصدها، وبما يقتضيه عرف التعامل من تبادل الثقة والشرف، ... كما أن هذا الشرف وتلك الثقة ينسبان إلى العرف الجاري¹...)، والجدير بالذكر إلى أنه إلى جانب هاته الوسائل القانونية التي تلزم القاضي هناك وسائل أخرى واقعية غير أن الوسيطتين وإن اختلفت في طبيعتهما تتفق في أنها وسائل مادية لا ذاتية.

ومن خلال ما تقدم نخرج على الضوابط القانونية التي تلزم القاضي في استخلاصه للنية المشتركة للمتعاقدین (فقرة أولى)، ثم نخرج على الضوابط الواقعية في ذلك (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى- الضوابط القانونية لاستخلاص النية المشتركة للمتعاقدین في معرض تفسير العقد:
حصرها المشرع في الاستهداء بطبيعة التعامل أ، وحسن النية ب، والعرف الجاري في المعاملات ج.

أ- **طبيعة التعامل:** يقصد بطبيعة التعامل طبيعة العقد وموضوعه²، فالقاضي في معرض تعدد تأويلات العقد ملزم بترجيح التأويل الذي يوافق القواعد التي يحكمها نوع العقد، فإذا اشترط مشتري المحل التجاري عدم فتح البائع لمحل تجاري في حدود معينة دون تحديد نوع النشاط الممنوع، فسر ذلك على التزام بعدم المنافسة بنفس نشاط المحل الوارد عليه عقد البيع، إذ طبيعة الالتزام بعدم المنافسة يتحدد بموجب المحل المبيع وهو شرط يأبى الإطلاق.

وإذا لم يتفق المتعاقدان على مكان تسليم المبيع المعين بذاته، فسر ذلك على أن يكون التسليم في المكان الذي نشأ فيه الالتزام، إذ يفترض أن المتعاقدان لم يهملتا تنظيم المسألة، بل قبلا بما حدده المشرع في نص المادة 282 مدني والخروج على حكمها لا يكون إلا باتفاق صريح.

¹ وزارة العدل المصرية، المرجع نفسه، ص 297.

² عبد الرزاق أحمد باشا السهري، الوسيط، مرجع سابق، ص 609.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

ب- الأمانة والثقة بين المتعاقدين: يطرح هذا المصطلح المستعمل تساؤلا حول المقصود منه، خاصة أن المشرع غالبا ما يستعمل مصطلح حسن النية أو سوء النية لتعبير عن توافر أو انعدام الأمانة والثقة، فهل يمكن القول أن مفهوم المصطلحين واحد بالنسبة للمشرع الجزائري؟

نبادر إلى القول أن إجابة هذا السؤال مضمّنة في نص الفقرة الأولى من المادة 107 قانون مدني (يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية) والمعنى واضح في قصر اشتراط حسن النية على مرحلة التنفيذ، (وهذا دون الدخول في النقاش حول صحة هذا الكلام في القانون المدني الجزائري ككل لأنه لا يدخل ضمن موضوع البحث).

غير أن قصر مصطلح حسن النية على مرحلة التنفيذ قصور نرى أن المشرع الجزائري تداركه في نص الفقرة الثانية من المادة 111 باستعمال حسن النية كوسيلة يستهدي بها القاضي لتبين الإرادة المشتركة للمتعاقدين في معرض تأويل العقد، إذ غنى عن البيان أن تأويل العقد هو مرحلة تالية على قيامه صحيحا، فلا تفسير إلا في العقد الصحيح كما سبق بيان ذلك، إلا أنه وإن كان التفسير لاحقا على الانعقاد إلا أن موضوعه البحث على النية المشتركة للمتعاقدين، وهذه النية تبرز للوجود لا قبل تنفيذ العقد فحسب بل قبل انعقاده أصلا، فهي بحث محله مرحلة المفاوضات، مما يعني أن المشرع قصد بالأمانة والثقة في رأيينا الخاص حسن النية في مرحلة التفاوض.

فالقاضي يمكنه أثناء بحثه عن حسن النية¹ الاستعانة بما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين في تفسيره للعقد، فلا يمكن لأحد أطراف العقد أن يستغل عدم دقة في التعبير عن الإرادة لدى المتعاقد الآخر للتملص من التزاماته التي تعاقد عليها.

ج- العرف الجاري في التعامل: حدد المشرع نطاقا لمراعاة طبيعة التعامل وما ينبغي أن يسود من أمانة وثقة في حدود العرف الجاري في المعاملات، فلم يطلق المشرع هاتين الوسيلتين كل الإطلاق، فلا يمس بذلك بطبيعة سير التعامل ولا استقرار المعاملات، خاصة أن تفسير العقد بالبحث عن النية المشتركة لعاقديه على ضوء ما ينبغي من أمانة وثقة، هو في الأساس كما سبق بيانه بحث في مرحلة المفاوضات، وهي

¹ يعرف prof.william tetley حسن النية على أنه (التصرف العادل والصادق المتوقع من قبل الطرفين في معاملاتهم، الواحد تجاه الآخر، وحتى الآخر تجاه الأغيار المعنيين أو المشتركين لاحقا)، ويعرفه prof.Dr. matthias E. storme (حسن النية في قانون العقود يشير إلى وجوب أخذ المصالح المشروعة للطرف الآخر بالحسبان) ويعرفه الأستاذ عزيز سليمان بأنه (الإلتزام بتوجيه الإرادة في تحقيق الغرض المباشر من ابرام العقد، بحيث ينسجم مع المصالح المبررة المشروعة للطرف المقابل) راجع في ذلك شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في ابرام العقود، ط 1 دار دجلة، المملكة الأردنية الهاشمية، 2008، ص ص 131-157.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

مرحلة حساسة تنطوي بطبيعتها على حد من الخطورة يعلمه كل أطراف العقد ويقدمون عليه، وبالأخص في الميدان التجاري المبني على فرضية الربح والخسارة، وهما فرضيتان متساويتين من حيث الاحتمالية، وعلى المتعاقد أن يكون محترساً ¹caveat cmptor وهو مبدأ يسود ميدان المفاوضات التجارية، ومن المجانب للصواب إطلاق مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات كل الإطلاق مما يعصف بمبدأ استقرار المعاملات ويؤثر على الجانب الاقتصادي للدول.

ويقصد بالعرف الجاري في التعامل تلك العادات الاتفاقية التي يسري عليها المتعاقدون في حياتهم لتحقيق مصالحهم، والتي استقرت بين نفس المتعاقدين أو نظرائهم في نفس مادة التعاقد، إذ يفترض أنهما قد تعاقدتا على ضوء العرف الساري وقت التعاقد حتى لو لم ينصا في العقد صراحة على ذلك، فإذا ما قام شك أو غموض في بنود العقد لجأ القاضي لهاته العادات لتفسير ما غمض من العقد طالما لم يخالفه صراحة ²ذلك أن القاعدة هي أن المعروف عرفاً كالمشروط نصاً.

ومن الأمثلة على ذلك ما جرى عليه العرف في أراضي العرش من أن حدود الأرض كما يطلقون عليها في اللهجة الدارجة (واد ولا عناد) أو بعبارة أخرى (ماء ولا علا) ويقصدون من ذلك أن الحدود بين الملاك في حالة الاختلاف تبدأ أو تنتهي إما بالربوة (أعلى مكان في تلك الأرض) أو بمجرى الماء الطبيعي، فإذا ما وقع خلاف لجأ القاضي لهذا العرف وفق القواعد المقررة لإثبات العرف.

د- تفسير الشك: نصت المادة 112 قانون مدني على (يؤول الشك في مصلحة المدين).

غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن)، وتعالج هذه المادة حالات غير التي عالجتها المادة 111، فهي لا تتحدث عن العبارات الواضحة التي أمكن تفسيرها، ولا تتحدث عن العبارات الغامضة التي أمكن البحث فيها عن النية المشتركة للمتعاقدين، بل تعالج الحالة التي بقي فيها الشك قائماً فلم يمكن تبين الإرادة المشتركة للمتعاقدين.

فندرس أولاً قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين (د 1)، ثم ندرس قاعدة تفسير الشك في عقود الإذعان (د 2).

¹ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 120

² عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، الإسكندرية، 1993، ص ص 236-237.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

د 1- قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين: إذا لم يمكن للقاضي تبين الإرادة المشتركة للمتعاقدين وبقي الشك قائما، فإن المشرع وضع قاعدة قانونية لحل هذه المسألة وذلك بتفسير العقد لصالح المدين، وذلك لعدة اعتبارات.

الاعتبار الأول: الأصل في المعاملات المالية براءة الذمة: أو كما يطلق عليها فقهاء الشريعة الإسلامية الذمم بريئة إلى أن تقوم حجة بشغلها، والأصل بقاء ما كان على ما كان¹، إذ الأصل البراءة، والاستثناء الالتزام، والاستثناء لا يتوسع في تفسيره²، فهي قاعدة جوهرية في التفسير، توجب الأخذ بالتفسير الضيق l'interprétation strict إذ الشك يعيد الأمور لأصلها والأصل أن المتعاقد دائما ما يختار لنفسه الالتزام في أضيق مدى.

والجدير بالتنبيه أن المقصود بالمدين في نص المادة 112 المدين بالشرط³، لا المدين بالالتزام، كما أن المقصود بالشك هو التردد بين متناقضين بحيث يصعب الترجيح بين أحدهما والآخر، فإذا ما قام شك في صنف المبيع مثلا وجب تفسيره لمصلحة المدين، ومصلحة المدين في الصنف الأقل شغلا لذمته المالية.

الاعتبار الثاني: الدائن هو المكلف بإثبات الالتزام⁴، والشك لا يقوم لو أن الدائن قد أثبت مدى أوسع لالتزام المدين⁵، والدليل قد قام على أضيق مدى في الالتزام، فإذا قام شك في استحقاق الشرط الجزائي بين التأخر في التنفيذ وعدم التنفيذ فسر الشك لمصلحة المدين، ومصلحته في أن يكون هذا التفسير لأضيق مدى، وأضيق مدى هنا هو استحقاقه في حالة عدم التنفيذ لا مجرد التأخر فيه.

الاعتبار الثالث: يقوم هذا الاعتبار على أساس أن الدائن هو الذي يملئ الالتزام، فهو من يتحمل جريمة تقصيره في إعطاء مدى أوسع للالتزام.

د 2- قاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المدعى: تنص الفقرة الثانية من المادة 112 قانون مدني على أنه (غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المدعى) والملاحظ أن المشرع استعمل عبارة غير التي استعملها في نص الفقرة الأولى من ذات المادة، فلم

¹ الشنقيطي، محمد المختار بن محمد، شروق أنوار المنن الكبرى الإلهية بكشف اسرار السنن الصغرى النسائية، ط 1، ج 1، الرياض، ص 734.

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 614.

³ مقبي بن عمار، قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدعى (مظهر من مظاهر الحماية القانونية للأطراف المستضعفة)، المجلة الجزائرية للقانون المقارن، العدد 01، ص 152، راجع خلاف ذلك برهان رزيق، نظرية تفسير العقد في القانونين المدني والإداري، مرجع سابق، ص 142.

⁴ المادة 323 قانون مدني (على الدائن اثبات الالتزام، وعلى المدين اثبات التخلص منه).

⁵ عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

يقرر أن يكون تفسير الشك في عقد الإذعان لمصلحة الطرف المدّعى، وقرر أن يقتصر هذا التفسير على عدم الإضرار به حتى ولو لم يكن في مصلحته، وهذا بخلاف ما يذهب له جانب كبير من الفقه من أن المقصود أن يفسر لمصلحة الطرف المدّعى، ونرى أن تأويل العقد بناء على المصلحة هو تأويل مبني على الفائدة، بينما قيام التأويل في حدود عدم الإضرار لا يعني بالضرورة قيامه على الفائدة (المصلحة)، فإذا قام خلاف مثلا حول وجوب الإعذار من عدمه فإن قبول الدعوى لا يضر بالطرف المدّعى رغم أنه ليس في مصلحته طالما أن المطالبة القضائية تقوم مقام الإعذار.

ونرى أن هذا الاعتبار يقوم بالدرجة الأولى على أساس من العدالة حماية للطرف الضعيف، بخلاف الجانب الذي يرجعها إلى تقصير الطرف المدّعى له¹ بصفته الطرف القوي وهو الذي ينفرد بوضع بنود العقد، ذلك أن الطرف المدّعى له (الذاعن) قد يكون حسن النية².

فالقاضي إذا عرض له من خلال النزاع المطروح أمامه شك في تفسير بند موضوعه عقد إذعان وجب تفسيره تفسيراً لا يضر بمصلحة الطرف المدّعى، وهي مسألة قانون يقع فيها تحت رقابة المحكمة العليا.

الفرع الثاني: الضوابط الواقعية في تفسير العقد: لم ينص المشرع الجزائري على هذه الضوابط اقتداء منه بالمشرع المصري على خلاف من المشرع التونسي الذي أولى عناية خاصة بتفسير العقد ونظمه بعدة مواد من المادة 517 إلى غاية المادة 531 من مجلة العقود والالتزامات، ولا يعني عدم تعداد هاته الضوابط في التشريع الجزائري هو استغناء عن حكمها، بل غاية ما في الأمر أنها سياسة تشريعية تهدف إلى الاكتفاء بالقواعد الأساسية دون التفاصيل، وكذا الاعتراف للقاضي بسلطة تقديرية يمارسها وفق مقتضيات الوقائع، ونمر الآن لمحاولة دراسة بعض هاته الضوابط الواقعية.

أولاً: قاعدة أعمال الكلام خير من إهماله: ومفاد هذه القاعدة أن العبارة إذا احتملت أكثر من معنى واحد حملت على المعنى الذي ينتج أثراً قانونياً واستبعاد المعنى الذي لا ينتج أثراً أو الذي يكون مخالفاً للنظام العام وهي القاعدة الثانية في التفسير عند الفقيه الفرنسي Pothier³، وكذا الوصف الذي

¹ برهان رزق، نظرية تفسير العقد في القانونين المدني والإداري، المرجع السابق، نفس الصفحة.

² مقني بن عمار، قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدّعى (مظهر من مظاهر الحماية القانونية للأطراف المستضعفة، المرجع السابق، ص 160).

³ اخذ القانون الفرنسي المادة 1157 كما هي من عند بوتييه والذي يضرب مثالا لها بقوله (par exemple, s'il est dit à la fin d'un acte de partage: Il a été convenu entre PIERRE et PAUL, que PAUL pourrait passer sur ses héritages; quoique ces termes, ses héritages; dans le sens grammatical,puissant s'enlendre aussi bien de ceux de PAUL que de ceux de PIERRE, néanmoins il

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

يأتي بعد متعاطفين يعود عليها جميعا، فالشخص الذي يوصي على أحد أبنائه، ثم يهلك الموصى له قبل الموصي حملت الوصية على ولد ولده، إذ إعمال الكلام خير من إهماله، والشخص الذي يدفع مبلغا مهما بالنسبة للثمن الإجمالي ثم لا يتم العقد واختلف في طبيعته بين أن يكون عربونا أو هو جزء من الثمن، حمل على أنه جزء من الثمن فالعادة في العربون أنه مبلغ تافه بالنسبة للثمن الإجمالي وهذا هو المعنى المنتج، والاشتراط في عقد بيع سلع معينة وردت متعاقبة في العقد صنفا معينا يعود عليها جميعا، وفي كل هاته الأمثلة لا يمكن للقاضي أن يهمل هاته الشروط فهي ضوابط يستعين بها في تفسير العقد.

ثانيا: مراعاة العقد في مجموعه: يعتبر العقد وحدة لا تتجزأ يفسر بعضها بعضا، فهو وحدة متكاملة لا يجوز تجزئتها، فتجزئة شروط العقد فيه تجزئة لنية المتعاقدين¹، فقد تكون عبارة مهمة في ذاتها إذا حملت منفردة، ولكن معناها يتضح في عبارة أخرى، فإذا ورد في عقد، بيع حبوب معينة، فإن هذه العبارة منفردة غامضة في ذاتها غير أن معناها يتضح في عبارة أخرى مثلا ورد فيها النوع والكيل والصنف، وقد تم شرح ذلك عند الحديث في المقصود من العبارة الواضحة وما قيل هناك يقال هنا.

ثالثا: قاعدة تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم: قد يخصص المتعاقدان شيئا معينا يرد عليه العقد بالذكر إما لأهميته، أو خشية من ألا تؤخذ بالحسبان فهذا لا يعني أن تنفرد بالحكم، وأظهر مثال لذلك بيع العقارات بالتخصيص، فبيع الأرض الفلاحية وتخصيص المواشي بالذكر في العقد لا يعني أن الآلات الزراعية والأشجار لا يشملها البيع².

رابعا: قاعدة طريقة تنفيذ العقد: قد تكون الطريقة التي يتم بها تنفيذ العقد ذات دلالة على ما غمض من النية المشتركة للمتعاقدين، فإذا قام المتعاقدان بتنفيذ العقد النافذ بينهما مدة معقولة وعلى نحو معين كان هذا كافيا للقاضي في تبين فهم إرادتهما المشتركة على ضوء هذا التنفيذ³، فإذا اعتاد الناقل في عقد النقل على عدم الثبات على طريق معين دون أن يذكر في العقد التزامه بطريق محدد فإنه يفهم من ذلك أن الإرادة المشتركة للمتعاقد عند إبرام العقد أن يكون الناقل على الخيار في تحديد الطريق الذي يسلكه رغم أن القواعد العامة تلزم البائع أن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري، وأن يمتنع

n'est pas douteux qu'ils doivent s'entendre de ceux de PIERRE, autrement la clause n'aurait aucun effet, PAUL n'ayant pas eu = besoin de stipuler qu'il pourrait passer sur ses propres). J. POTHER. traité des obligations, op, cit, n° 92 P 67.

¹ عاشور فطيمة. تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2003-2004، ص 49.

² عبد الرزاق أحمد باشا السهوري، المرجع السابق، ص 611.

³ عبد الرزاق أحمد باشا السهوري، نظرية العقد، ط 2 الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الجزء 2، 1998، 936.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا (المادة 361)، ولكي يعتد القاضي في تفسيره للعقد بطريقة تنفيذه يجب أن يتأكد أولا من شرطين مهمين، أن يكون التنفيذ لاحقا على الإبرام، وأن يعلمه المتعاقد الآخر ولا يعترض عليه مدة من الزمن¹، وهي قاعدة غير ملزمة للقاضي له أن يستبعداها، إذ أن دور القاضي هو الوصول لما اشتركت فيه نية المتعاقدان بأي طريق كان، بشرط عدم مخالفة القواعد القانونية التي رسمها له المشرع لذلك، فإذا اعتد بقاعدة واقعية وبنى عليها تفسيره للعقد، لزمه تسبب اقتناعه لتمكين المحكمة العليا من مراقبة مدى التوافق المنطقي بين القواعد الواقعية التي اعتمدها القاضي في تفسيره للعقد والوقائع المنتجة في الدعوى والتفسير الذي اعتمده للعقد، دون أن يكون لها نقض حكمه على أساس الغلط في القانون.

وأخيرا فإن تفسير العقد كمبدأ موكول لسلطة القاضي التقديرية، وبرز هذا التوجه بموجب قرار لمحكمة النقض الفرنسية صادر بتاريخ 02 فبراير 1808 والذي لم يتم التشكيك فيه منذ ذلك الحين، وبالتالي فالطعن في الحكم على أساس التفسير الخاطئ للعقد جدل في سلطة محكمة الموضوع لا يقبل أمام المحكمة العليا، إلا أن محاكم النقض بتطبيق هذا التوجه يجعلها رغم ذلك تنظر آلاف الطعون في مجال تفسير العقود، وهي ملزمة بتوحيد الاجتهاد واستقرار توجه معين في الأحكام القضائية، وعلى ذلك منحت محاكم النقض لنفسها سلطة مراقبة التفسير في نقاط معينة، فهي تراقب تحريف عبارات العقد الواضحة، وتراقب تكييف العقد، كما تراقب تفسير بعض الاتفاقيات الجماعية، وعقود التأمين².

المطلب الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في تحديد نطاق العقد.

بعد أن يفرغ القاضي من تفسير العقد يمر لمرحلة قريبة من التفسير إلا أنها تختلف عنه، وهي مسألة تحديد نطاق العقد، والتي عالجتها في المادة 107 فقرة 02 من القانون المدني وقبلها المادة 65، وإن كان القاضي حقيقة لا ينتقل من عملية التفسير إلى عملية استكمال العقد مباشرة دون أن يمر بمرحلة أساسية في عمل القاضي بل هي من صميم عمل القاضي تسمى مرحلة تكييف العقد، من خلال إسباغه الوصف القانوني الذي حدده المشرع للوقائع، وكذا إخضاعه للنص القانوني الذي يحكم هذا الوصف، فالمنطق السليم أن ننتقل من دراسة تفسير العقد مباشرة إلى دراسة تكييف العقد، غير أنه لما كان تكييف العقد مسألة قانونية بحتة لا يمكن الحديث بصدها عن سلطة تقديرية، لأن هذه الأخيرة معدومة أصلا في هذه المسألة، وإن كانت هذه المسألة القانونية تولد من رحم مسألة واقعية تتمثل في

¹ برهان خليل زريق، تفسير العقد في القانونين المدني والإداري، مطبعة الإرشاد، اللاذقية، 2015، ص 109.

² Stéphanie Porchy-Simon, Droit des Obligations ; 16^e édition, Dalloz, 2024, P214-215.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

النشاط الذهني للقاضي في تقديره للوقائع بما له من مكنة التقدير الواسعة، ألا أنها منفصلة عنها ويقع فيها نشاط القاضي لرقابة المحكمة العليا بطريق مباشر.

وعلى هذا الأساس ولاعتقادنا بخروج موضوع تكييف العقد عن نطاق موضوع دراستنا. ننتقل مباشرة لدراسة ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في تحديد نطاق مضمون العقد.

الفرع الأول: تمييز تحديد نطاق العقد عن النظم المشابهة له

إن النشاط الذي يقوم به القاضي يكون محله الواقع والقانون في آن واحد، إذ يطرح المتقاضين دعواهم أمام القاضي صابغين عليها وصفهم، وتقديرهم للوقائع، وغنى عن البيان أن القاضي لا يعتد بالوصف ولا التقدير الذي يخلعه المتعاقدين على وقائع دعواهم، فهو الذي يقدر الوقائع، وأدلة الإثبات، وهو الذي يفسر العقد، ويكيفه، ويحدد نطاقه، ويعدل فيه إذا كان مقتضى لذلك، وكل هذه الصلاحيات تنصب على وقائع واحدة بحيث يشملها النشاط الذهني للقاضي في آن واحد في معظم الأحيان، مما يجعلها متقاربة يصعب الفصل بينها، مما قد يؤدي لوقوع الالتباس في التمييز بين كل حالة وأخرى، فندرس تمييز تحديد نطاق العقد عن التفسير (أولاً)، وتعديل العقد (ثانياً).

أولاً: تمييز تحديد نطاق العقد عن تفسيره:

تنص المادة 107 قانون مدني على أنه (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن النية. ولا يقتصر العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام...)

وقد مر بنا أن القاضي يفسر العقد من خلال البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، وسواء كانت هذه النية ظاهرة أو ضمنية فالأمر سيان، إذ القاضي في هذه العملية لا يخلق نية غير موجودة إنما غاية ما في الأمر أنه يكشف عنها، وأبعد من ذلك أن القاضي في حالة تفسير العقد بناء على النية المفترضة لا ينشئ النية من العدم، بل يفترض بناء على معايير موضوعية لا ذاتية محددة قانوناً ما يفترض أن النية المشتركة للمتعاقدين قد انطوت عليها، وهذا على خلاف من مسألة تحديد نطاق مضمون العقد، فالقاضي لا يلتزم حدود النية المشتركة للمتعاقدين بأي صفة كانت، إنما يقف عند مضمون العقد انطلاقاً من التكييف الذي أصبغه عليه سابقاً، فيحدد مضمون نطاقه بالجمع بين بنود العقد المتفق عليها بالإضافة إلى مستلزمات هذا العقد حتى ولو لم تذكر لا صراحة ولا ضمناً، وذلك

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

بالاستعانة بمجموعة من المعايير الموضوعية حصرتها المادة 02/107 في القانون، والعرف، والعدالة، وطبيعة الالتزام.

فمن خلال ذلك يمكننا القول أن تفسير العقد قد يلتبس بتحديد نطاقه نظرا للتشابه الكبير بينهما، غير أن هذا لا ينفي أن كل منهما نظام مختلف عن الآخر، فتفسير العقد يختلف عن تحديد نطاق مضمونه في نقطة جوهرية، أن القاضي في تفسيره للعقد يسقط معيارا موضوعيا على معيار شخصي، بينما تحديد نطاق مضمون العقد أمر موضوعي بحث، فالقاضي في التفسير يقف عند أشخاص هذا العقد (يدخل نفسيتهم ويجول في نواياهم) ولكنه ينظر لهم نظرة موضوعية (الاستهداء بطبيعة التعامل، وما ينبغي أن يتوفر من أمانة وثقة وفقا للعرف الجاري في المعاملات)، و في تحديده نطاق مضمون العقد يستبعد أشخاصه تماما، فلا يقف إلا عند محل العقد (محل العقد، موضوع العقد، مضمون العقد) وهي مسألة موضوعية، ولا ينظر إليه إلا نظرة موضوعية (وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، وبحسب طبيعة الالتزام).

والجدير بالذكر أن تحديد مضمون العقد ونطاقه مسألة منوطة بأطرافه، إذ الأصل أن المتعاقدين هم المختصون أصالة في تحديد ذلك عند التعاقد، وعند قيامهم بذلك على وجه دقيق لا يكون أمام القاضي إلا إلزام المتعاقدين بتنفيذ هذا العقد، غير أنه وفي كثير من الأحيان ما يهمل المتعاقدين بيان كل الالتزامات والحقوق التي تحدد مضمون العقد على وجه دقيق، سواء عن حسن أو سوء نية، مما لا يمكن معه للقاضي أن يلزم الأطراف بتنفيذ عقد غير محدد النطاق، كما أنه في غالبية الأحوال يكون الإشكال الذي طرح العقد أمام القاضي هو اختلاف المتعاقدين حول التزامات وحقوق كل منهم، فيتدخل القاضي ويتدارك تفريط المتعاقدين في تحديد مضمون العقد باستكمال مستلزماته التي لم تذكر في العقد بناء على ما خولته المادة 02/107.

وبما أن نشاط القاضي في تحديد نطاق مضمون العقد يتمثل في حقيقة الأمر في استكمال ما غفل عنه المتعاقدين من التزامات وحقوق ، أي ما يطلق عليه فقها بتكملة العقد، فإن القاضي لا يستكمل العقد في حالة إهمال المتعاقدين لمستلزمات العقد فقط، بل يظهر دور القاضي كذلك في حالة اتفاق المتعاقدين على المسائل الجوهرية وتأجيلهم الاتفاق على المسائل التفصيلية إلى ما بعد التعاقد دون تعليق انعقاد العقد على هاته المسائل، فإذا قام خلاف حولها تدخل القاضي وقضى فيها باستكمالها، وهو

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

في الواقع من الأمر لا يستكمل العقد بقدر ما يستكمل إرادة أطراف العقد طبقاً لنفس الضوابط في استكمال العقد بتحديد مستلزماته، وهو ما نصت عليه المادة 65 قانون مدني¹.

ثانياً: تمييز تحديد نطاق العقد عن تعديل العقد

إذا كان الفرق بين تفسير العقد وبين تحديد نطاقه في غاية الدقة، لدرجة أن هناك جانباً من الفقه يرى أن تحديد نطاق العقد ليس إلا مرحلة من مراحل تفسير العقد، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة لسلطة القاضي في تعديل العقد، فعلى خلاف من سلطة تحديد نطاق العقد التي لا تخرج عن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فإن سلطة القاضي في تعديل العقد تعصف بهذا المبدأ وتخرج عنه في حالات استثنائية جداً.

فالأصل أن اتفاق المتعاقدين يسري مسرى القانون، ويقول الفقيه الفرنسي DOMAT في ذلك إذا تم الاتفاق فكل ما اتفق عليه يقوم مقام القانون لمن تعاقد²، وهي العبارة التي تأثر بها قانون نابليون في مادته 1134 بقولها (Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites) ونفس العبارة انتقلت من قانون نابليون إلى المادة 1103 من القانون المدني الفرنسي لسنة 2016 (تنزل العقود المبرمة على الوجه القانوني منزلة القانون بالنسبة لمن عقدها³)، ثم انتقلت هذه المادة للقوانين العربية وأولها القانون المصري في مادته 1/147 والتي نقلها المشرع الجزائري حرفياً في نص المادة 106 قانون مدني (العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون)، وهو ما يعني أن القاضي يحظر عليه أن يقوم بتعديل أو مسخه أو نقضه لأنه بذلك كأنما يحرف القانون مجازاً، ويحل إرادته محل إرادة المتعاقدين حقيقة.

فالقاضي كما سنبين في قادم بحثنا يكون له في حالات استثنائية جداً وبنص القانون، وبضوابط محددة سلفاً تعديل العقود في حدود ضيقة جداً، ومن أمثلتها نظرة الميسرة المادة 210، والشرط الجزائي المادة 184، وفي نظرية الظروف الطارئة المادة 3/107، فالقاضي يمارس سلطة التعديل استثناءً على مبدأ

¹ المادة 65 قانون مدني (إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطاً أن لا أثر للعقد عند عدم الإتفاق عليها، اعتبر العقد مبرماً وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الإتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة، ولأحكام القانون، والعرف، والعدالة) تقابلها المادة 95 قانون مدني مصري.

² رافية عبد الجبار علي، سلطة القاضي في تعديل العقد، دراسة قانونية مقارنة، ط 01، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2017، ص 14.

³ قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، ترجمة محمد حسن قاسم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2018، ص 29.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

العقد شريعة المتعاقدين، بينما يمارس سلطة استكمال العقد في إطار هذا المبدأ وتكريسا له لا استثناءا منه.

ثالثا: التقريب بين تحديد نطاق العقد وتكملة العقد.

تناول المشرع المصري أحكام المادة 148/2¹ عن المادة 1135 من قانون نابليون² والتي جاءت بصفة عامة تحت عنوان (Des contrats ou obligations convent)، ثم انتقل حكمها بموجب القانون رقم 131 لسنة 2016 إلى المادة 1194 ولكن تحت عنوان (force obligatoire) والذي يترجم على مستوى الفقه العربي بتطويع العقد³، وهو مصطلح استعمله الفقيه الفرنسي Josserand لأول مرة سنة 1933⁴، والذي يشير من خلاله إلى الاضمحلال التدريجي لدور إرادة الأطراف في العقد وتدخل الجانب الاجتماعي شيئا فشيئا للسيطرة على العقد⁵.

تبنى المشرع الجزائري نفس الحكم من خلال المادة 2/107 التي كما سبق بيانه تناولت مسألة تحديد نطاق العقد من حيث مضمونه، و التي ترتبط ارتباطا وثيقا بما تناولته المادة 65 من حيث اتفاق المتعاقدين على المسائل الجوهرية واستبقاء المسائل التفصيلية فيما بعد، وفي الحالتين جعل المشرع للقاضي أن يتدخل إما بتحديد نطاق مضمون العقد من خلال استكمال ما أهمله المتعاقدين من مستلزمات هذا العقد، أو باستكمال المسائل التفصيلية التي أجلبها المتعاقدون، وفي هذه وتلك يتبع المشرع المعيار الموضوعي المتمثل في الاستعانة بالقانون، والعرف الجاري، وطبيعة التعامل.

والملاحظ أن المادتين وإن وردتا في منطقتين مختلفتين في القانون المدني إلا أن موضوعهما واحد، حيث جاءت المادتين في الكتاب الثاني المعنون بالالتزامات والعقود، الباب الأول مصادر الالتزام، الفصل الثاني العقد، ويختلفان بعد ذلك في موقع كل منهما من حيث أن المادة 65 جاءت في القسم الثاني المعنون بشروط العقد، بينما وردت المادة 107 في القسم الثالث آثار العقد، ولا يفهم من ذلك أن المادة 65 تتناول

¹ المادة 148 فقرة 02 (ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام).

² (les conventions obligent non-seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature).

³ أنظر، محمد أحمد سويلم، سلطة القاضي في تطويع العقد في ظل جائحة كورونا في القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، حولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالمنصورة، مجلد 22، عدد 02، سنة 2020/ حدي لالة أحمد، دور القاضي المدني في تطويع العقد، دراسة تحليلية في القانون المدني الجزائري

⁴ Adeline villain, L'immixtion du juge dans les contrats, 2013, P44. <https://n9.cl/1j2ht>.

⁵ Jean- pascal CHAZAL, Les nouveaux devoirs des contractants, P02. <https://n9.cl/an1rdr>.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

تنظيم مسألة متعلقة بانعقاد العقد من عدمه بينما المادة 107 تتحدث عن تنظيم مسألة في مرحلة ما بعد انعقاد العقد، إذ أن الدارس في نص المادة 65 يلاحظ أنها تتناول شقين شق متعلق بانعقاد العقد، وشق آخر ينظم مسألة ما بعد الانعقاد وإلى بيان ذلك.

أن المشرع في المادة 65 فصل في مسألة إبرام العقد من عدمها في مطلع المادة بعبارة (...اعتبر العقد مبرما...) وذلك في حالة اتفاق الطرفين على المسائل الجوهرية وتأجيل الاتفاق على المسائل التفصيلية دون اشتراط عدم انعقاد العقد في حال عدم الاتفاق، ثم تردف المادة بالقول (...وإذا وقع خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها...) والواضح أن هذه المكنة لا تكون للقاضي إلا في حالة عدم اتفاق الأطراف على أن ترك المسائل التفصيلية لا يحول دون انعقاد العقد، فالقاضي يحدد مسائل تفصيلية من أجل تنفيذ العقد لا من أجل انعقاده، وهو نفس الأمر بالنسبة للمادة 2/107 التي لا تطرح مشكلة الانعقاد لا من قريب ولا من بعيد، بل أن الفقرة الأولى تنص صراحة على أن نطاق تطبيق المادة يكون في مرحلة تنفيذ العقد (يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية....).

ورغم هذا الارتباط الظاهر في الأحكام التي جاءت بها المواد 65 و 02/107 قانون مدني إلا أن هناك رأيا يذهب إلى التفرقة بينهما، وبأن مسألة تحديد نطاق العقد ومسألة تكملته بينهما فروق جوهرية في عدة نقاط¹.

01- من حيث نطاق سلطة القاضي: يرى هذا الاتجاه أن سلطة القاضي في تحديد نطاق العقد أوسع منها في تكملته، حيث أنها تقتصر في هذا الأخير على المسائل التفصيلية دون أن تتعدها لجميع العقد كما في مسألة تحديد نطاقه والتي تمكن القاضي من التدخل حتى في بنوده الجوهرية. ونرى أن هذا القول فيه مجانية للصواب على الأقل في أحكام قانوننا المدني، إذ انه يخلط بين مسألة تطويع العقد كما جاء بها القانون الفرنسي وتبنتها عنه القوانين العربية، ومسألة تعديل العقد، إذ أن تدخل القاضي في المسائل الجوهرية بالزيادة أو النقصان يفترض أمرين، الأمر الأول أن يكون المتعاقدان قد قصرا في تحديد المسائل الجوهرية للعقد وفي هذه الحالة لا يكون للعقد أثر بداية، ولا يمكن تكملة عدم انعقاده نهائية، وقد نصت المادة 71 قانون مدني على ذلك في ما يخص الوعد بالتعاقد أنه لا يكون له أثر إلا إذا تم تحديد مسائله الجوهرية، كما يستشف من نص المادة 65 كما سبق بيانه أن عدم الاتفاق على المسائل الجوهرية للعقد يمنع انعقاد العقد، أما الأمر الثاني أن يحدد المتعاقدان جميع

¹ محمد أحمد سويلم، سلطة القاضي في تطويع العقد في ظل جائحة كورونا في القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، حولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالمنصورة، مج 22، ع 02، سنة 2022، ص ص 1121، 1122.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

المسائل الجوهرية للعقد ورغم ذلك يتدخل القاضي بتعديلها، لأنه لا يتصور في هذه الحالة أن يتدخل القاضي لتكملة عقد كامل، أو لتحديد نطاق عقد محدد النطاق سلفاً، فلا يبقى لنا إلا القول بالتعديل، وفعلاً منح المشرع للقاضي سلطة تعديل العقد ولكن نطاق ممارسته لها يخرج عن نص المادة 107 في فقرتها الثانية، ويدخل في الفقرة الثالثة من نفس المادة وشتان بين المسألتين، حتى أن المشرع استثنى حكم الفقرة الثالثة من حكم الفقرة الأولى والثانية باستعماله لعبارة (غير أنه إذا طرأت...) وهو ما يسمى بسلطة القاضي في تعديل العقد، والتي لا تتناول المسائل التفصيلية فحسب بل تمس مسألة جوهرية وهي تعديل الثمن بالزيادة والنقصان، وهي مسألة جوهرية يترتب على عدم تحديدها عدم انعقاد العقد لانعدام محل التزام أحد أطراف العقد.

02- من حيث المبرر والهدف: يرى هذا الاتجاه أن هناك فرق من حيث المبرر والهدف، حيث أن الهدف من تطويع العقد هو ملائمة بنوده مع الظروف الاقتصادية المتغيرة التي تطرأ بعد العقد، بينما في تكملة العقد القاضي يهدف إلى الوصول بإرادة المتعاقدين إلى غايتها عن طريق إضافة الأصل إلى الفرع، ويتضح جلياً أن هذا الرأي كما تقدم يخلط بين مسألة تعديل العقد وبين تطويعه، فتدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي المختل بسبب الظروف الاقتصادية لا يكون إلا في نظرية الظروف الطارئة. والفقهاء مجتمع على أن سلطة القاضي في نظرية الظروف الطارئة تعديل للعقد وليس مجرد تكملة أو تحديد للنطاق، وغنى عن البيان أن نظرية الظروف الطارئة تطبق لمجرد توافر شروطها دون اعتبار لتحديد أو عدم تحديد المسائل التفصيلية.

03- من حيث الوسائل المستعملة: أخيراً يرى هذا الاتجاه أن الوسائل المستعملة في تطويع العقد غيرها في تكميلته، فالقاضي يطوع العقد عن طريق التفسير الواسع للعقد، وخلق قواعد قانونية، بينما يستعمل القواعد المكملية، والعرف، وطبيعة التعامل والعدالة في تكملة العقد، ويرى الباحث أن هذا الاتجاه ينظر لمكنة تطويع العقد بصفة موسعة تشمل تعديله، وهو متأثر بما قرره القانون المدني الفرنسي رقم 131 لسنة 2016 حيث نظم نظرية الظروف الطارئة في نص المادة 1195 مباشرة بعد المادة 1194 المتعلقة بتحديد نطاق العقد تحت عنوان رئيسي Force obligatoire، بينما نحن نرى أنه من الأفضل عدم الخلط بين المصطلحات القانونية لما فيه من إضعاف للغة القانونية، والاحتفاظ بالفرقة بين مصطلح تطويع العقد الذي يشمل التكملة وتحديد النطاق لاشتراك المادة 65 و المادة 107/02 في أحكامهما من جهة، واختلافهما في الحكم عن الفقرة الثالثة من المادة 107 من جهة أخرى، ومصطلح

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

تعديل العقد على اعتبار خطورة هذه السلطة الممنوحة للقاضي على العقد بصفة عامة، ولما فيه من خروج على مبدأ سلطان الإرادة.

كما نشير إلى أن المحكمة العليا تعتبر نص المادة 107 يتعلق بتكملة العقد، وتستعمل عبارة التكملة صراحة حيث جاء في قرار لها (حيث أن ادعاءه بعدم وجود ختمه وإمضائه على الفاتورة وأن المبلغ المدون على هذه الأخيرة مختلف عن المدون بالوصل، ليس لهما ما يبررهما بعدما ثبت استلامه لكمية العلف... حيث أن قبوله استلام العلف بموجب الوصل يفيد اتجاه إرادتهما معا لمخالفة طريقة التسليم المبينة بالمادة 04 من الاتفاقية، فيبقى إلزامه بتسديد الدين المترتب في ذمته مؤسس وفيه تطبيق للمواد 106، 107 و 323 من القانون المدني، حيث أن هذا التسبب قانوني وسليم، ذلك لأن اجتهاد الغرفة التجارية والبحرية بالمحكمة العليا قد استقر في مثل هذه المعاملات التجارية، أن وصل التسليم متى كان مقبولا بمعنى مصادق عليه من الطرفين، تبقى الفاتورة غير الموقع عليها من طرفها مكتملة للعملية¹).

فنخلص من مما تقدم أن مسألة تحديد نطاق العقد وتكملته شيء واحد، وقد تم معالجتها بنصين قانونيين في القانون المدني الجزائري، المادة 65 والمادة 2/107، وأخضع فيهما المشرع القاضي إلى جانب ما خوله من سلطة تقديرية في تكملته للعقد إلى ضوابط محددة يستعملها في هذا المجال، وقبل الانتقال لدراسة ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في تكملة العقد ندرس أولا ماهية مستلزمات العقد.

الفرع الثاني: ماهية مستلزمات العقد.

يستعمل المشرع عبارة مستلزمات العقد في أكثر من موقع في القانون المدني دون أن يحدد ماهيتها، فقد نصت المادة 2/107 على أن العقد لا يقتصر على ما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته، ونصت كذلك المادة 109 على أن الحقوق والالتزامات تنتقل إلى الخلف في الوقت ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته²، فنبداً تحديد مفهوم مستلزمات العقد (أولا) ثم نتقل لدراسة ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في تحديدها (ثانياً).

أولاً: مفهوم مستلزمات العقد: أخذ المشرع الجزائري الفقرة الثانية من المادة 107 من القانون المدني المصري المادة 2/148 لفظاً وفحوى بحيث اقتبسها اقتباساً حرفياً، وبالرجوع إلى الأعمال التحضيرية

¹ الملف رقم 1336661، قرار بتاريخ 2019/07/11، الغرفة المدنية، <https://n9.cl/oo0lc>.

² المادة 109 (إذا أنشأ العقد التزامات، وحقوقاً، شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى الخلف الخاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه).

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

للقانون المدني المصري¹ لا نجد فيها شرحا لمفهوم مستلزمات العقد، كما أخذ المشرع الجزائري نص المادة 109 من المادة 146 قانون مدني مصري أيضا وبنفس الطريقة بحيث اقتبسها اقتباسا حرفيا، وبالرجوع مرة أخرى للأعمال التحضيرية السالفة الذكر نجد أنها وإن كانت لم تضع تعريفا ولا شرحا وافيا للمقصود بمستلزمات العقد، إلا أنها أشارت إلى أن مستلزمات الشيء هي الحقوق المكتملة له كعقود التأمين مثلا، أو التزامات تحد من حرية الانتفاع به كما هو الشأن في الالتزام بعدم البناء، كما حددت نطاقها بأن المستلزمات المقصودة في نص المادة هي حقوق شخصية لا عينية¹.

فالواضح من النص أن مستلزمات العقد هي توابع العقد الضرورية من التزامات وحقوق ولو لم تشملها الإرادة لا صراحة ولا ضمنا، والمقصود يتجاوز ما وراء التعبير الصريح والضمني بل ما وراء الإرادة في حد ذاتها، بحيث لم ينصرف ذهن المتعاقدين لها ولم يواجهوها عند التعاقد، ومع ذلك يلتزمان بها لأنها تعتبر من مستلزمات العقد²، وهي تتجاوز في نص الفقرة الثانية من المادة 107 نطاقها في المادة 109 إلى الحقوق الشخصية والعينية في آن معا ولا تقف عند الشخصية دون العينية، فمستلزمات العقد اذن هي توابع العقد من حقوق والالتزامات، ويطلق على الحق أنه من توابع الشيء إذا كان يقويه، كالتأمين، وحقوق الارتفاق المقررة للعين المبيعة تقوي الشيء، ويطلق على الالتزام أنه من توابع الشيء إذا كان محددا له، كحقوق الارتفاق المقررة عليه، وكالشرط بعدم المنافسة في المحل التجاري وهلم جرا من هذا القبيل، وقد حددت المواد 65، و 02/107 الطريقة التي يستهدي بها القاضي في تحديد نطاق العقد، وهي ضوابط تتجاوز أن تكون مجرد معايير يستأنس بها القاضي في ذلك كطبيعة التعامل، والقانون، والعرف، والعدالة.

ويمكننا القول ان مستلزمات الشيء يرجع في تحديدها لطبيعة هذا الشيء، فهي تبعية شيء لآخر فيلحق بالعين ما هو تابع لها وما تستلزمه من ملحقات، وقد وضع فقهاء الشريعة الإسلامية قواعد لذلك³ نذكر منها:

✓ ما اتصل بالمعقود عليه اتصال قرار تبعه في العقد: ويقصد بذلك التوابع المتصلة المستقرة، كالتماثيل مثلا، والمنحوتات الفنية على الحيطان، وتدخل في البيع دون اشتراط ذكرها.

¹ وزارة العدل المصرية، الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج 02، مرجع سابق، ص ص 275-276.

² محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1976-1977، ص 250.

³ راجع في ذلك بالتفصيل سوزان عبد الحميد حسين أبو السعود، تحديد نطاق العقد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الماجستير في الفقه وأصوله، قسم الفقه وأصوله، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، 2005-2006، ص 145.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

✓ ما يعتبر جزءاً من المعقود عليه يتبعه في العقد: ويقصد منها في المعاملات العقارية العقارات بالخصوص، وفي المعاملات على المنقولات ما يعتبر جزءاً من الشيء المبيع، كمفك العجلات ورافع السيارة في بيع السيارة، وذلك دون الحاجة لتنصيب عليه في العقد.

✓ التصريح ببعض العبارات، يتبع في العقد ما لا يتبعه ابتداءً: يقصد من ذلك أن الاستكانة لإرادة الأطراف تكفي لاستتباع العقد بما لم يكن ليتبعه لو لم يتم التنصيب عليه في العقد، وكمثل لذلك، في عقد بيع الشقق لا يعتبر الأثاث جزءاً من الشقة لا بحسب الطبيعة ولا بحسب العرف ولا لحسب قواعد العدالة، إلا أنه إن ذكر شمول المبيع للأثاث أصبح جزءاً من المبيع.

✓ ما لا يصح انفراده بالعقد لا يصح استثناءه من العقد: يقصد بالقاعدة أن الأشياء التي لا تقبل تجزئتها عن أصلها، كالجنين في المواشي، والحمل قبل فطامه، لا يجوز استثناءها من العقد، إذ لا يجوز بيعها استثناءً فهي وصف لا أصل ولا يجوز بيع الوصف استثناءً عن أصله، وعلى هذا الأساس يعد الحمل الغير مفطوم والجنين يعتبران من مستلزمات الشيء.

✓ الثمن يقابل الأصل لا الوصف: وهي قاعدة واضحة أن الثمن يشمل الأصل ما لم يتفق على غير ذلك، فيعتبر الثمن شاملاً للحمل غير المفطوم معطوفاً على أمه لأنها الأصل وما هو إلا وصف.

✓ ما لا يعتبر من أجزاء الشيء ولا متصلاً به اتصال قرار لا يتبع العقد: نصت على القاعدة المادة 233 من مجلة الأحكام العدلية (مَا لَا يَكُونُ مِنْ مُشْتَمَلَاتِ الْمَبِيعِ وَلَا هُوَ مِنْ تَوَابِعِهِ الْمُتَّصِلَةِ الْمُسْتَقَرَّةِ أَوْ لَمْ يَكُنْ فِي حُكْمِ جُزْءٍ مِنَ الْمَبِيعِ أَوْ لَمْ تَجْرِ الْعَادَةُ وَالْعُرْفُ بِبَيْعِهِ لَا يَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ مَا لَمْ يُذْكَرْ وَقَتَ الْبَيْعِ. أَمَّا مَا جَرَتْ عَادَةُ الْبَلَدِ وَالْعُرْفُ بِبَيْعِهِ تَبَعًا لِلْمَبِيعِ فَيَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ مَثَلًا الْأَشْيَاءُ غَيْرُ الْمُسْتَقَرَّةِ الَّتِي تُوضَعُ لَأَنْ تُسْتَعْمَلَ وَتُنْقَلَ مِنْ مَحَلٍّ إِلَى آخَرَ كَالصُّنْدُوقِ وَالْكُرْسِيِّ وَالتَّخْتِ الْمُنْفَصِلَاتُ لَا تَدْخُلُ فِي بَيْعِ الدَّارِ بَلَا ذِكْرِ وَكَذَا أَحْوَاضُ اللَّيْمُونِ وَالْأَزْهَارُ الْمُنْفَصِلَةُ وَالْأَشْجَارُ الصَّغِيرَةُ الْمُغْرُوسَةُ عَلَى أَنْ تُنْقَلَ لِمَحَلٍّ آخَرَ وَهِيَ الْمُسَمَّاةُ فِي عُرْفِنَا بِالتُّصْبِ وَلَا تَدْخُلُ فِي بَيْعِ الْبَسَاتِينِ بِدُونِ ذِكْرِ كَمَا لَا يَدْخُلُ الزَّرْعُ فِي بَيْعِ الْأَرْضِ وَالثَّمَرُ فِي بَيْعِ الْأَشْجَارِ مَا لَمْ تُذْكَرْ صَرِيحًا حِينَ الْبَيْعِ لَكِنْ لِحَامِ دَابَّةِ الرُّكُوبِ وَخِطَامِ الْبَعِيرِ وَأُمْتَالِ ذَلِكَ فِيمَا كَانَ الْعُرْفُ وَالْعَادَةُ فِيهَا أَنْ تُبَاعَ تَبَعًا فَهَذِهِ تَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ بِدُونِ ذِكْرِ 1).

ثانياً: مصدر مستلزمات العقد: لما كان تحديد نطاق العقد يكون من خلال شموله لمستلزماته علاوة على ما اتفق عليه المتعاقدين من مسائل جوهرية، ولما كان ذلك ما هو إلا تكميل للعقد وتكميل

¹ المجلة، المادة 233، المطبعة الأدبية، طبعة بيروت، سنة 1306، ص 48.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

العقد كما تم بيانه ما هو إلا سد للنقص الحاصل في عقد صحيح، بمعنى أن هناك تعبيرا عن الإرادة لم يجري على العناصر الجوهرية والتفصيلية اللازمة لتحديد نطاقه تحديدا كاملا، والقاضي يكمل هذا النقص، غير أن السؤال المطروح ما هو المصدر الذي يستمد منه تكميل العناصر التفصيلية، أو بصيغة أخرى هل يخلق القاضي هاته العناصر من خلال معايير محددة تشريعيا سلفا أم هو مجرد كشف عن إرادة ضمنية لم يتم التصريح بها في متن العقد؟

إن البحث في مصدر مستلزمات العقد يفيد في معرفة الدور الحقيقي للقاضي في تكملته للعقد، وحدود هذا الدور ونطاقه، وقد ثار خلاف فقهي في تحديد مصدر مستلزمات العقد التي يضيفها القاضي، فذهب جانب من الفقه إلى القول بالدور الكاشف للقاضي (فقرة 1)، وذهب آخرون للقول بالدور المنشئ (فقرة 2).

فقرة 01_ الدور الكاشف للقاضي: يقول أنصار هذا الاتجاه أن العقد تصرف اتجهت فيه الإرادة لإحداث أثر قانوني، فهو تصرف قانوني ارادي تهيمن عليه الإرادة في كل جوانبه، أو من المفروض أن تهيمن عليه ابراما، وتنفيذا، وأثرا، ولا يمكن لإرادة خارجة عن إرادة المتعاقدين أن تتدخل في ذلك حتى لو كانت إرادة القاضي.

كما أن القاضي لا يستند في تكملته للعقد إلى ظروف داخلية بل يستند لظروف خارجية، وسلطته التقديرية لا يمارسها إلا في حدود ما حددته إرادة المشرع، والمشرع ضبط ذلك في نطاق طبيعة التعامل، والعرف، والقانون، والعدالة، وهي وسائل تساهم في الكشف عن إرادة المتعاقدين تمكن القاضي من تحديد مضمون هذه الإرادة، وهو بذلك لا يكمل الإرادة وإنما هو يكشف عن إرادة موجودة حقيقة أو ضمنا لم يتم التعبير عنها، فالقاضي يكمل التعبير لا الإرادة، وحتى في الحالة التي لا يقف فيها على تعبير حقيقي ولا ضمني فإن القاضي يكمل العقد بناء على إرادة مفترضة ليست بإرادته هو، بل هي إرادة متعلقة بما يفترض أن يريده المتعاقدان في حالة علما بما اغفلاه في تعبيرهما عن النية المشتركة بينهما¹.

ومن خلال ما يسوقه أنصار هذا الاتجاه نجد أنهم يقيمون الدور الكاشف للقاضي على حجتين أساسيتين، الأولى استعانة القاضي في الكشف عن الإرادة بظروف خارجية، أما الثانية أنه يستعين في

¹ راجع في ذلك كل من خالد عبد حسن الحديثي، تكميل العقد، دراسة مقارنة، ط 01، منشورات الحلبي، 2012، ص 144. / دزيري ابتسام، سلطة القاضي في تكملة العقد، مجلة بحوث، جامعة الجزائر 01، مج 12، ع 01، سنة 2018، ص 144. / كروعي نبيل، خليفي مريم، خصوصية تفسير العقد وتحديد مضمونه وفقا لمقتضيات حسن النية، مجلة القانون والعلوم السياسية، مج 08، ع 1، سنة 2022، ص 508.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

بحثه عن الإرادة بتفسير العقد، ودون تعمق نلاحظ أن الحجتين في الأصل حجة واحدة تتمثل في حصر دور القاضي في نشاط ذهني واحد، هو الكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، إلا أنه بالمقابل يكشف عنها بوسيلتين وسيلة تتمثل في الظروف الخارجية، ووسيلة تتمثل في استعانتة بالإرادة من خلال تفسير العقد.

كما يبدو جليا أنهم يخلطون بين تحديد نطاق العقد وبين تفسيره، فالنشاط الذهني الذي يقوم به القاضي لتفسير العقد سابق على النشاط الذهني الذي يقوم به لتحديد نطاق العقد، كما أن تفسير العقد لا يكون إلا في حالة الغموض، والغموض لا يشترط فيه صمت أو تقصير المتعاقدين في تحديد بند من بنود العقد أو اغفال ذكر تابع من توابع العقد، وقد مر بنا أن القاضي قد يجد نفسه محتاجا للتفسير حتى في ظل تحديد المتعاقدين لكل توابع وبنود العقد الجوهرية والتفصيلية وبعبارات واضحة، بينما القاضي لا يجد نفسه في حاجة لتحديد نطاق العقد إذا شمل اتفاق المتعاقدين على كل المسائل الجوهرية والتفصيلية وتحديد كل توابع العقد، فإن وجد القاضي نفسه رغم ذلك في حاجة لتحديد نطاق العقد فهو في منطقة التفسير لا منطقة تحديد النطاق.

إذن فالقاضي عند تكملته للعقد لا يبحث في النية المشتركة للمتعاقدين، ولا يوجد ما يبرر ذلك في نصوص القانون المدني، كما أن استعانة القاضي في تكملته للعقد بالظروف الخارجية لا يقوم بذلك للبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، ومن هنا ظهر أنصار الاتجاه القائل بالدور المنشئ للقاضي في تكملة العقد وهو ما سيتم بيانه في الفقرة التالية.

الفقرة 02- الدور المنشئ: يؤسس أنصار هذا الاتجاه مذهبهم انطلاقا من الدور التاريخي للقاضي، الذي كان في مرحلة من مراحل التاريخ هو الكاهن والمشرع والقاضي في نفس الوقت، هو الذي يحدد المباح والمجرم بقبعة الكاهن، وهو الذي يحدد الجزاء على مخالفتها ويضع القاعدة القانونية التي تفرضه بقبعة المشرع، وهو الذي يصدر الحكم على المخالف بقبعة القاضي، كما أن القاعدة القانونية لا تخلق إلا عند نشوب نزاع أمام القاضي، مما يجعل القاضي ينشئ القاعدة القانونية ولا يطبقها فقط.

فأنصار المذهب الكاشف للقاضي يرون من خلال الدور التاريخي للقاضي أن تدخل القاضي في العقد لا يوجد ما يمنع أن يكون تدخلا إيجابيا، فالعقد السليم ليس هو العقد الذي تتوافق فقيه الإرادات على انشاء التزام فحسب، بل هو الذي تتساوى فيه منافع الطرفين، فالعقد له وظيفة اجتماعية لا يقتصر أثره على عاقيه فحسب، مما يخول للدولة أن تبسط رقابتها عليه وتمد يدها لتكملة ما قصر

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

عاقديه في تحديده، والدولة تقوم بهذه المهمة عن طريق القاضي¹، ولا علاقة أبدا لإرادة الطرفين في تحديد نطاق العقد بتكاملته.

وفي هذا الاتجاه يذهب جانب من الفقه الجزائري² إلى أن المشرع المدني لم يأخذ لا بالإرادة الظاهرة ولا بالباطنة، بل أخذ بالإرادة التي يمكن التعرف عليها عند التعبير عن الإرادة، والتعبير عن الإرادة يتم بعدة طرق حددتها المادة 60 قانون مدني على سبيل المثال لا الحصر، وبالرجوع للمواد 65 و 02/107 نجدها تحدثت عن الإرادة في ما يخص المسائل الجوهرية التي لا يتم العقد إلا بالاتفاق عليها، كما تحدثت عن مسائل تفصيلية لم يتم الاتفاق على أن عدم الاتفاق عليها يمنع انعقاد العقد، أما في ماعدا ذلك لم يتحدث المشرع عن الإرادة لا من قريب ولا من بعيد.

ويتفق الباحث مع النتيجة التي توصل إليها هذا الاتجاه دون الأساس الذي بنيت عليه، حيث يرى أن المشرع الجزائري أخذ بالإرادة الباطنة مع الوقوف عند الإرادة الظاهرة كقرينة بسيطة على مطابقتها للإرادة الباطنة وقد سبق بيان ذلك تفصيلا، كما أن المغالاة في تصور الصفة الاجتماعية للعقد قد يؤدي بالعصف بمبدأ سلطان الإرادة، فالقاضي ليس طرفا في العقد ولا يمكن أن تمتد إرادته إلى داخل العقد فتغير فيه إلا استثناءا، وقد نص المشرع فعلا على استثناءات منها ما نص عليه في نفس نص المادة 03/107 بالنسبة لنظرية الظروف الطارئة، ونص المادة 210 من حيث مكنة منح نظرة الميسرة، والشرط الجزائي في المادة 184، ولا نجد في نص المواد 65 و 02/107 ما يخول القاضي الخروج على إرادة الطرفين ومسئولها.

وإلى هنا نحن نقرب من نظرية الدور الكاشف للقاضي، غير أننا نبتعد عنها من جانب آخر لنقرب من نظرية الدور المنشئ حيث أن القاضي وإن كان لا يخرج عن إرادة المتعاقدين ولا يمسئرها إلا أنه يكملها، ولكنه لا يتممها على أساس إرادة حقيقية ولا مفترضة ولا ضمنية، وإنما يتممها عن طريق ضوابط موضوعية لا تدخل في إرادة أطراف العقد، خاصة أن المادة 65 قانون مدني تتحدث عن مسائل تفصيلية لم يتفق عليها أطراف العقد، بل ربما لم تتبادر إلى أذهانهم أصلا عند إبرامهم للعقد، ومن غير المعقول القول أن القاضي يكشف عن إرادة هي أصلا غير موجودة لا حقيقة ولا ضمنا، كما أنه لا يوجد ما يفيد قطعاً بحقيقة الإرادة المفترضة.

¹ خالد عبد حسن الحديثي، تكميل العقد، المرجع السابق، ص 105.

² راجع في ذلك علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2013، ص 109. / دزيري ابتسام، سلطة القاضي في تكملة العقد، المرجع السابق، ص 146.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

ومن خلال ما تقدم نرى أن القاضي في تحديده لمستلزمات العقد، وفي تكملة لشروطه التفصيلية لا يستند للإرادة، كما أنه لا يمسحها، وهو بهذه الطريقة يوفق بين ما اتفق عليه المتعاقدين من شروط من جهة وبين قوة العقد الملزمة من حيث قابليته للتنفيذ من جهة أخرى، فالقاضي على هذا الأساس يسلك طريقا وسطا يحافظ به على الإرادة المشتركة للمتعاقدين، كما لا يضيع الوظيفة الاجتماعية للعقد فلا فائدة شخصية ولا اجتماعية متوخاة من عقد غير قابل للتنفيذ، وحتى يكون العقد قابلا للتنفيذ يجب أن يكون واضحا من حيث ما نطوت عليه نية طرفيه، محددا تحديدا كافيا نافيا للجهالة بجميع شروطه وتوابعه ومستلزماته، فإن فشلت إرادة أطرافه في تحديد توابعه ومستلزماته تدخل القاضي وقام بتكملة هذا النقص وفق ما خوله المشرع من سلطة تقديرية، وذلك بالاستناد لظروف خارجية بعيدا عن ذاتية المتعاقدين قد حددتها نصوص المادتين 65 و 02/107 وحصرتها في القانون، والعرف، والعدالة، وطبيعة التعامل، ليضبط المشرع بها حدود سلطة القاضي التقديرية في تكملة للعقد حتى لا يعصف بإرادة الأطراف ولا يضيع الوظيفة الاجتماعية له.

الفرع الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في تكملة العقد وتحديد نطاقه.

بعد أن حددنا ماهية مستلزمات العقد ومصدرها، وماهية الدور الذي يلعبه القاضي في تحديد نطاق العقد، ننتقل لدراسة الضوابط التي يلتزمها القاضي في ذلك، وأولها أن القاضي لا يقوم بتكملة العقد إلا في حالة قصور الإرادة (أولا)، وهي نتيجة منطقية، إذ لا يمكن للقاضي أن يبادر إلى إكمال عقد مستوفي كل مسائله الجوهرية، والتفصيلية، ومحددا في بنوده توابعه ومستلزماته، و القاضي كما مر بنا لا يستند في عمله هذا إلى عوامل ذاتية ولا إلى عوامل داخلية، إنما يستعين بظروف خارجية حددها المشرع في نص المادتين 65 و 02/107 كالقانون، والعرف، والعدالة، وطبيعة التعامل وهي ليست مجرد مسألة واقعية بل هي مسألة من مسائل القانون (ثانيا).

أولا: لا تكملة للعقد إلا في حالة قصور الإرادة: إن العقد شريعة المتعاقدين، والمتعاقدون هم من يحدد نطاق العقد تحديدا كافيا نافيا للجهالة في كل مسائله الجوهرية والتفصيلية، فإن تم ذلك على وجه صحيح فلا مجال لتكملة عقد محدد وواضح، وإن نص الأطراف في العقد بإرادة حقيقية لا مفترضة على ما يسمى بشرط الاتفاقية الكاملة أو شرط الأركان الأربعة حيث يضمنون العقد شرطا صريحا يمنع القاضي من المبالغة في مضمون العقد الإلزامي، وبموجب هذا الشرط يؤكد الطرفان أن جميع حقوقهما والتزاماتهما تظهر في العقد المكتوب، وأنه لا يمكن فرض أي التزام آخر خارج عن العقد، هذا الشرط يمنع القاضي من مديده لتكملة العقد أو تحديد نطاقه من خلال فرض التزامات يرى أنها تفصيلية لم يتفق

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

عليها المتعاقدان¹، فإنه يمتنع على القاضي في الحالتين السابقتين أن يضيف لهذا العقد، وإلا عد ذلك تحريف للعقد ومسوخ له، فإن قصر المتعاقدان في تحديد نطاق العقد تحديدا كافيا بعدم تحديد المسائل التفصيلية فتح الباب أمام القاضي لاستكمال هذا النقص، وهي مكنة لا تكون إلا في حالة عدم الاتفاق على المسائل التفصيلية على أساس أن عدم تحديد المسائل الجوهرية بصفة كافية تمنع انعقاد العقد، فما المقصود بالمسائل الجوهرية في العقد؟

اختلف الفقه في ذلك على مذهبين، مذهب شخصي يرى أن تحديد المسألة فيما إذا كانت جوهرية أو تفصيلية يعود بالاستناد لإرادة أحد المتعاقدين أو كليهما، فكل ما اعتبره المتعاقد مسألة جوهرية يعد كذلك، وبذلك فإن كل مسألة حتى لو كانت بطبيعتها مسألة ثانوية يمكن بإرادة الأطراف أن تتحول إلى مسألة جوهرية²، أما المذهب الموضوعي فيعتبر المسألة جوهرية هي المسألة التي تشكل محل العقد، ولا يمكن تحديدها بصفة مجردة إلا من خلال نوع العقد، فالمسائل الجوهرية في عقد البيع غيرها في عقد الإيجار³.

ونحن نوافق الاتجاه المزدوج الذي يقف عند النظرية الموضوعية مع عدم اهمال إرادة المتعاقدين⁴، من أن المسائل الجوهرية هي كل مسألة تدخل في تعيين المحل تعيينا كافيا حيث تخلفها يمنع انعقاد العقد لانعدام محل الالتزام، فمحل الالتزام يجب أن يكون معيناً إذا كان الشيء معيناً بالذات، فإن كان محل الالتزام عمل يجب أن يحدد طبيعته ومداه، فإن كان عقد وكالة مثلاً تتضمن شراء سيارة يجب أن يحدد نوع هذه السيارة، وإن كان محل الالتزام تصليح سيارة وجب بيان طبيعة الإصلاح، هل ترد على هيكلها أو على محركها، وإن كان محل الالتزام نقل حق عيني يجب بيان طبيعته بشكل كاف يحول دون الجهالة به، بتبيان طبيعته على أنه منزل مثلاً، وموقعه، وحدوده، كل هذه المسائل مسائل جوهرية تخلفها يترتب البطلان المطلق لانعدام محل الالتزام، ولا يمكن للقاضي أن ينفخ الروح في عقد باطل بطلان مطلق لأن البطلان المطلق والعدم سواء، وفي ذلك كأنه ينفخ ارادته بدلاً عن إرادة المتعاقدين.

¹ Marie Lamoureux, Le control des Pouvoirs du Juge Par le Contra, Conférence "L'efficacité du Contrat" L'université Paul C&zanne (Aix-Marseille 03), Faculté de Droit et DE Science Politique, Centre de Recherches en Droit Privé Pierre Kauser, sous la Direction de Gwenoine Lardeux, Dalloz, 2011, P 60.

² نسير رفيق، سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مج 17، ع 01، سنة 2018، ص 524.

³ مصطفى الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2001، ص 133.

⁴ نسير رفيق، المرجع نفسه، ص 525.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

والمدشع يفرك بين الأشياء المعينة بذاتها، والمعينة بنوعها، فنص من خلال المادة 94 قانون مدني على (إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته، وجب أن يكون معيناً بنوعه، ومقداره وإلا كان باطلاً). وعلى ذلك من وأجل استيفاء شرط تعيين المحل في هذا النوع يجب بيان نوعه ومقداره، فإن كان بيع حبوب مثلاً يجب بيان نوعها على أنها قمح أو شعير أو أرز ... إلى غير ذلك، ثم بيان مقدارها.¹

وتبقى مسألة الثمن والتي يتفق معظم الفقه، والقضاء، وكذا النصوص القانونية على أنها مسألة جوهرية، ففي عقد البيع مثلاً نصت المادة 351 على أن الثمن النقدي ركن في عقد البيع، ونصت المادة 357 على (إذا لم يحدد المتعاقدان ثمن البيع، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من أن المتعاقدين قد نوايا الاعتماد على السعر المتداول في التجارة، أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما) وبمفهوم المخالفة أن عدم تعيين الثمن مع عدم الاعتماد على ثمن السوق يبطل العقد²، وفي عقد الإيجار نصت المادة 467 على أن بدل الإيجار ركن في عقد الإيجار مهما كانت طبيعته.

وفي نفس الاتجاه تذهب محكمة النقض المصرية إلى أنه (إذا لم يتفق المتعاقدان صراحة ولا ضمناً على تحديد الثمن أو على جعله قابلاً للتحديد ببيان الأسس التي يحدد بمقتضاها، فإن البيع يكون باطلاً لفقده ركناً أساسياً من أركانه³) وبالنسبة للوعد بالتعاقد نصت المادة 71 قانون مدني على أن الوعد بالتعاقد لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع مسائله الجوهرية، والمسائل الجوهرية هي أركان العقد المراد إبرامه وشروطه الأساسية⁴، غير أن المحكمة العليا ترى خلاف ذلك، ففي قرار لها ترى المبدأ أنه (لا يعتبر تحديد الثمن من المسائل الجوهرية التي يجب تعيينها عند إبرام عقد الوعد بالبيع⁵)، رغم أنها ما فتئت تضع تركيزها على الثمن في الوعد بالبيع واعتباره من العناصر الجوهرية في الوعد بالتعاقد⁶، حيث جاء في قرار لها (من المقرر قانوناً أن الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد 'إساءة' في تطبيق القانون، ولما كان الثابت -في قضية الحال- أن المجلس الذي

¹ محمد ليب شنب، دروس في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 194.

² Béatrice Bourdelois, Droit des Contrats Spéciaux, 05^e édition, Dalloz, 2021, P 27.

³ الطعن رقم 7201 لسنة 78 قضائية، الدائرة المدنية، جلسة الخميس (ب) المدنية، صادر بتاريخ 2017/03/09. <https://n9.cl/r0dfio>.

⁴ الطعن 8020 لسنة 79 قضائية، صادر عن الدائرة المدنية بتاريخ 2017/05/15. <https://n9.cl/gzopba>.

⁵ القرار رقم 0971384 المؤرخ في 2016/03/17، عن الغرفة المدنية، <https://n9.cl/oo0lc>.

⁶ انظر القرار 1127515 المؤرخ في 2018/07/12، عن الغرفة المدنية. <https://n9.cl/mepzq> / القرار رقم 1104886 مؤرخ في 2018/03/1، عن الغرفة المدنية، <https://n9.cl/lxm2qr>.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

صرح بصحة الوعد بالبيع الذي لم يثبت فيه اتفاق الطرفين على سعر معين لبيع العقار المتنازع عليه يكون بقضائه كما فعل أساء تطبيق القانون، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه¹.

وتراجع المحكمة العليا عن هذا الرأي يعد قرار غريب نتمنى أن يكون مجرد حكم شاذ منفرد وليس اعتقاداً راسخاً لدى ضمير المحكمة العليا لأنه يخالف المادة 71 قانون المدني، والتي وإن لم تنص صراحة على أن الثمن عنصر جوهري في عقد الوعد بالعقد إلا أنها نصت على المسائل الجوهرية التي يعود المقصود منها على العقد المراد إبرامه في المستقبل، والثمن هو محل التزام أحد العاقدين، ولا يمكن القول أن العقد ينعقد بدونه.

ونخلص مما تقدم أن المسألة تكون جوهرية إذا تعلقت بتعيين محل الالتزام تعييناً نافياً للجهالة وهذا هو المعيار الموضوعي، غير أنه يجب ألا يغفل المعيار الشخصي، فالمتعاقدان أسياذ في العقد، وكل مسألة مهما كانت ثانوية أراداً أن يعلّق عليها انعقاد العقد تكون مسألة جوهرية، على أننا نرى أن هذا القول لا يصح إلا إذا تم ذلك بناءً على اتفاق صريح بينهما، فلا يمكن أن يستقل به أحد أطراف العقد دون الآخر، كما لا يمكن أن يكون ضمناً على اعتبار أن المادة 65 في مفهومها المخالف توجب الإشتراط أن المسائل التفصيلية تمنع انعقاد العقد في حال عدم الاتفاق عليها، ولا يكون ذلك إلا صراحة.

وبالعودة من حيث بدأنا لا يمكن للقاضي أن يقوم باستكمال العقد إلا في حالة قصور الإرادة، وهي مسألة قانون الخطأ فيها خطأ في القانون ومخالفة لنص المادة 106 قانون مدني، والسؤال المطروح ما هو محل رقابة المحكمة العليا؟ وبصيغة أخرى هل يعتبر تحديد ما إذا كانت الإرادة قاصرة من عدمه مسألة واقع أو قانون؟

غنى عن البيان أن المحكمة العليا تراقب سلطة القاضي التقديرية في تحديد نطاق العقد بطريق مباشر من خلال الرقابة على الترابط المنطقي بين تكملة العقد وقصور تحديد مسأله التفصيلية، والقاضي بصدد تحديد نطاق العقد ينصب نشاطه الذهني على عدة مسائل، وأول عملية ذهنية هي البحث في استيفاء العقد لعناصره الجوهرية²، بعبارة أخرى التأكد من استيفاء العقد لأركان انعقاده لا سيما توافر ركن المحل بتوافر شروطه من تعيين أو قابلية للتعيين، وهي مسألة قانون لا سلطة تقديرية فيها لقاضي الموضوع، فليس للقاضي أن يقرر أن عدم ذكر الثمن في العقد لا يمنع من تعيين محل الالتزام

¹ قرار رقم 46500 المؤرخ في 26/03/1990، مجلة 1992، عدد 03، ص 112.

² حيدر فليح حسين، محمد غانم يونس، نطاق سلطة القاضي في تكميل العقد والقيود التي ترد عليها، دراسة مقارنة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، ع02، سنة 2018، ص 154.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

رغم عدم اعتماد المتعاقدان على وسيلة موضوعية لتحديد الثمن، إذ أن ذلك يرتبط بتكوين العقد تراقبه المحكمة العليا بطريق مباشر.

فإن كان العقد مستوفيا لشروط تكوينه من تراضي ومحل وسبب فإن القاضي إلى هنا لا يزال بعيدا عن مسألة تكملة العقد، غير أنه قد يتبادر للقاضي من خلال وقائع الدعوى وطلبات الخصوم أن إرادة الأطراف وإن كانت كاملة في تحديد مسائل العقد الجوهرية قصرت في تحديد مسائله التفصيلية، فيقرر أن العقد في حاجة لتكملته ونرى أنها بدورها مسألة قانون، ولا يكفي القاضي مجرد التسبب للإفلات بسلطته التقديرية في ذلك من رقابة النقض، وتبرير ذلك لا يستند إلى الإرادة الباطنة كما في التفسير، فالقاضي يقف في تبين قصور الإرادة إلى ظروف مادية بحتة بموجب المادة 65 قانون مدني التي تفتح الباب لتكملة العقد في حالة واحدة هي حالة وهي حالة قيام الخلاف على مسائل لم يتم الاتفاق عليها، والفقرة الثانية من المادة 107 أن مستلزمات العقد تتحدد وفق القانون، والعرف، والعدالة، وبحسب طبيعة الالتزام، فالجدال الفقهي حول طبيعة النشاط الذهني للقاضي هل يتحدد بناء على نظرية الإرادة الظاهرة، أو بناء على نظرية الإرادة الباطنة¹ بغير ذي جدوى لصراحة النصوص القانونية في ذلك، وعلى صعيد آخر نرى أن نص المادة 65 والفقرة الثانية من المادة 107 ذا طبيعة أمرة لا يمكن للخصوم الاتفاق على مخالفتها، ولا يمكن للقاضي مسخها تحت عذر أنها مسألة واقع ينأى فيها عن رقابة المحكمة العليا.

ثانيا: الوسائل المستعملة في تحديد نطاق العقد: حددتها المادتين 65 و107 فقرة 02 واتفقت المادتين على ثلاث وسائل (القانون، والعرف، والعدالة)، واختلفوا في واحدة حيث نصت المادة 65 على (طبيعة المعاملة) ونصت المادة 02/107 على (طبيعة الالتزام)، وعلى كل حال تعتبر هاته الوسائل ضوابط تضبط القاضي في تحديد نطاق العقد فلا سلطة له في الخروج عليها وإلا عرض حكمه للنقض.

فقرة 01: طبيعة الالتزام أم طبيعة العقد: تقدم القول أن المادة 65 نصت على طبيعة المعاملة أما المادة 02/107 فنصت على طبيعة الالتزام، وليس هذا هو الفرق الوحيد بين النصين، بل هناك فرق آخر أكثر جوهرية بين النصين، إذ اعتبر المشرع في نص المادة 65 طبيعة المعاملة أسلوب من أساليب تكملة العقد، بينما ضبط في المادة 02/107 الاستعانة بكل من القانون، والعرف، والعدالة على أساس طبيعة الالتزام، مما يحتم دراسة الفرق بين العبارتين، وأثر كل منهما على تطويع العقد.

¹ حيدر فليح حسين، محمد غانم يونس، المرجع السابق، ص 156.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

أ- طبيعة المعاملة: يرى الفقه أن المقصود من طبيعة المعاملة الصبغة القانونية لنوع العقد، وبعبارة أخرى هو التكييف القانوني لها¹، ونرى إضافة لذلك أن طبيعة المعاملة تختلف عن طبيعة العقد بمفهوم التكييف القانوني له، فالتكييف هو اختيار القاعدة القانونية التي تحكم الوقائع موضوع العقد في حالة نزاع موضوعه عقد، كأن يكيف على أساس أنه عقد بيع أو عقد إيجار أو عقد قرض... وهلم جرا، بينما طبيعة المعاملة في نظر الباحث ينظر لها من ناحية سابقة على وصف العقد في ذاته، بحيث يحدد هل المعاملة معاملة مدنية أو معاملة تجارية، ثم بعد ذلك ينظر لتكييف العقد كمرحلة لاحقة، إذ أن خصوصية عقد البيع في المعاملات التجارية تختلف عنها في المعاملات المدنية، وقد نصت ونصت المادة 78 من القانون التجاري (تعد جزءاً من المحل التجاري الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري ويشمل المحل التجاري الزامياً عملاءه وشهرته).

كما يشمل أيضاً سائر الأموال الأخرى اللازمة لاستغلال المحل التجاري كعنوان المحل والاسم التجاري والحق في الإيجار والمعدات والآلات والبضائع وحق الملكية الصناعية والتجارية كل ذلك ما لم ينص على خلاف ذلك) ولا يمكن للقاضي في حالة عدم الاتفاق على المسائل التفصيلية لبيع المحل التجاري المذكورة في الفقرة الثانية من نص المادة السالفة الذكر أن يلجأ لاستكمال عقد بيع المحل التجاري عن طريق نصوص القانون المدني، ذلك أن طبيعة التعامل تتأبى ذلك.

ب- طبيعة الالتزام: يذهب جانب من الفقه إلى وحدة المقصود بين عبارة طبيعة الالتزام وطبيعة المعاملة²، وهذا الرأي لا يمكن الاعتماد عليه بشكل مطلق، فعبارة المعاملة أوسع نطاقاً من الالتزام، إذ قد يكون موضوعها حق عيني أو شخصي كما يمكن أن يكون موضوعها إلتزام، بينما طبيعة الالتزام لا تخرج عما حدده المشرع في نص المادة 54 عرضاً أثناء تعريفه للعقد هي (القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو منح شيء³).

ج- اختلاف طريقة إعمال الضابط بين المادة 65 والمادة 107/02: جعل المشرع من طبيعة المعاملة وسيلة لتكملة العقد تقع في كفة واحدة والوسائل الأخرى المذكورة في نص المادة 65، بحيث نصت

¹ راجع في ذلك كل من، عامر علي حسن أبو رمان، دور القاضي في استكمال العقد في القانون المدني: دراسة مقارنة، ط01، دار الحامد، للنشر والتوزيع، الأردن، 2015، ص 97/ وليد محمد الحسين، دور القاضي المدني في تكملة العقد، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات كلية القانون بجامعة قطر للحصول على درجة الماجستير في القانون، كلية القانون، جامعة قطر، سنة 2022، ص96.

² خالد عبد حسن الحديثي، تكميل العقد، دراسة مقارنة، مرجع سابق، صص 139-141.

³ المادة 54 قانون مدني (العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما).

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

على (...وإذا قام خلاف على المسائل الجوهرية التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة، ولأحكام القانون، والعرف، والعدالة) بينما نصت المادة 02/107 على (...ولا يقتصر العقد على ما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام) وبذلك تكون المادة السالفة الذكر قد أخضعت الوسائل المتقدمة (القانون، والعرف، والعدالة) لطبيعة الالتزام، وبعبارة أخرى يكون القانون، والعرف، والعدالة وسائل يستعين بها القاضي في تحديد نطاق العقد وتكون طبيعة الالتزام معيار هاته الوسائل.

وهذا الاختلاف في نظرنا منطقي، فنطاقه لم يشمل دور الضابط فحسب بل هو اختلاف يمس جوهره أيضا، فطبيعة الالتزام كما سلف الذكر هي طبيعة الشيء منظورا لها من جهة المدين، فلا تخرج عن أمور ثلاث إما طبيعة الالتزام بالعمل، أو طبيعة الالتزام بالامتناع عن العمل، أو طبيعة الالتزام بالمنح، أما طبيعة التعامل فتشمل إلى جانب طبيعة الشيء منظورا إليه من جهة المدين، طبيعته منظورا إليه من جهة الدائن، كما تشمل فوق ما يمكن اعتباره التزاما على المدين به، كل شيء يعتبر من ملحقاته حتى لو لم يكن التزاما على المدين به، وبعبارة أخرى نرى أن نطاق طبيعة التعامل أوسع نطاقا من طبيعة الالتزام هذا من جهة، كما يمكن القول من جهة ثانية أننا إذا اتبعنا تفسيرا ضيقا لنص المادة 02/107 لأمكننا القول أن القاضي لا يمكنه تحديد نطاق العقد باللجوء لطبيعة الالتزام فالمشرع لم يضعها كمعيار يتم من خلاله تحديد نطاق العقد، أما إذا أخذنا النص القانوني على وجه أكثر ليونة في تفسيره فلن نستطيع أن نفسره بأكثر من القول أن القاضي لا يمكنه أن يحدد نطاق العقد باللجوء لطبيعة الالتزام مجردة عن أي وسيلة أخرى، وفي الحالتين نجد اختلافا ظاهرا في سلطات القاضي بين تكملة العقد بإضافة العناصر التفصيلية التي لم يتم الاتفاق عليها، وبين تكملته من خلال تحديد نطاقه.

وقد ذهب جانب من شراح القانون المدني إلى أن الضابط الوحيد على سلطة القاضي في تكملة العقد هو طبيعة الالتزام¹، ونحن لا نوافقهم في أن طبيعة الالتزام هي الضابط الوحيد الوارد في نص المادة 02/107 قانون مدني، أي على وجه التخصيص ما يطلق عليه فقها بتحديد نطاق العقد، وما القانون، والعرف، والعدالة إلا روابط منطقية بين طبيعة الالتزام وعملية تحديد نطاق العقد باستكمالها، كما لم نوافق القائلين بتوسيع نطاق القيود لتشمل طبيعة الالتزام إلى جانب القانون، والعرف، والعدالة² وذلك

¹ اقيرا برنابا كورينا لوبنق، السلطة التقديرية للقاضي المدني في نطاق الرابطة العقدية والاثبات القضائي، دراسة مقارنة، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في القانون، الخرطوم، السودان، 2017، ص 250.

² منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية، معززا بآراء الفقه وأحكام القضاء، ط 01، دار فاراس للنشر والتوزيع، 2006، ص 213.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

أنه في كل الأحوال، إن كان المقصود من تكملة العقد نص المادة 65 قانون مدني، فالنص واضح في أن طبيعة التعامل تقف على قدم المساوات والمعايير الأخرى، وإن كان المقصود منها نص المادة 02/107 فالنص واضح في ربط المعايير الثلاث الأولى بطبيعة الالتزام، فلم يبق لنا إلا القول أن طبيعة الالتزام في نص المادة 02/107 ليس إلا معيارا يسترشد به القاضي في تحديد نطاق العقد عند استعانتة بالضوابط القانون، والعرف، والعدالة..

وعلى كل حال يراعي القاضي أثناء تكملة للعقد بإضافة العناصر التفصيلية التي لم يتم الاتفاق عليها من خلال الركون لطبيعة المعاملة، كما يحدد نطاق العقد بالركون لطبيعة الالتزام كمعيار ضابط للقانون، والعرف، والعدالة، ويمكننا توضيح الفرق بين طبيعة المعاملة وطبيعة الالتزام من خلال مثال نسوقه في هذا المقام، فلو افترضنا مثلا أن المتعاقدين في عقد النقل اتفقا على عقد نقل موضوعه سلعة سريعة التلف، ولتكن خضرا وفواكه مثلا ولمسافة طويلة دون الاتفاق على نوع وسيلة النقل، فطبيعة المعاملة في ذاتها تقتضي أن تكون وسيلة النقل مزودة بخصائص معينة تحفظ السلعة من التلف، وهذه الوسيلة ليست مسألة جوهرية في العقد كما أنها ليست مسألة تفصيلية تم الاتفاق على أن العقد لا ينعقد حتى يتم تحديدها، ولكنها بالنظر لطبيعة المعاملة تعتبر مسألة تفصيلية يكملها القاضي وفق ما خولته المادة 65 من سلطة في ذلك، وفي نفس المثال طبيعة الالتزام تقتضي أن يسلك الناقل الطريق الأيسر، والأقرب، ذلك أنه ملتزم بعمل وطبيعة التزامه توجب عليه أن يؤديه بما يحقق غايته على أكمل وجه، وهو التزام بتحقيق غاية لا ببذل عناية، ملزم للناقل حتى ولو لم يتم الاتفاق عليه، فللقاضي أن يعتبر المسألة من مستلزمات العقد، ومن العدالة والعرف بحسب طبيعة الالتزام أن يسلك الناقل طريقا منتجا لتحقيق الغاية.

وقد جاء في حكم لمحكمة التمييز الأردنية قولها(بما أن عقد المشاركة عقد مشروع، وليس فيه أي مخالفة لأحكام القانون أو النظام العام، فإن المميز ضده ملزم بتنفيذ ما التزم به تجاه المميز في ذلك العقد، أما ما ذهب إليه محكمة الاستئناف من حيث قولها أن (عقد المشاركة بالأرباح والاستثمار) الموقع من فريقين هذه القضية لا يعتبر من حكم عقد المشاركة الوارد ذكره في المادة 582 من القانون المدني، وذلك لأنه لم يرد فيه ذكر الخسارة أبدا، وأنه قد نص فيه على أن يضمن المميز رأس المال المرفوع من المميز ضده والبالغ عشرين ألف دينار بغض النظر عن حساب الربح والخسارة، فإن ما ذهب إليه محكمة الاستئناف في قولها هذا وما تضمنه من تفسير لشروط عقد المشاركة فيه خروج على طبيعة المعاملة، وما ورد في العقد من شروط ومستلزمات هذا العقد، والبيئة المشتركة لفريقه، وذلك أنه من

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

مستلزمات عقد الشراكة أن ينفذ كل شريك جميع ما لزم به في العقد، وأن يساهم كل منهم في الخسائر بنسبة ما يرتب له العقد من أرباح¹ (...).

كما تجدر الإشارة إلى أن عملية استكمال العقد تختلف من عقد لآخر، فإن كانت طبيعة المعاملة تضبط سلطة القاضي التقديرية في ذاتها، فهي في بعض الأحيان قد تتعدى ذاتها إلى ضابط آخر تمليه طبيعة المعاملة، خاصة في العقود الواردة على شيء تقني وتخصصي يجهله القاضي، فلا يمكن للقاضي استكمال المسائل التفصيلية لهذا العقد دون اللجوء للخبراء وأصحاب الاختصاص²، ونفس الشيء بالنسبة لاستكمال العقد عن طريق تحديد نطاقه باللجوء لطبيعة الالتزامات كالاتزام بجراحة تجميلية مثلاً، القانون، والعرف، والعدالة، بحيث إذا كان طبيعة الالتزام تقنية كالاتزام بجراحة تجميلية مثلاً، فالقاضي يجب عليه اللجوء للخبرة الطبية المتخصصة في ذات المجال.

فقرة 02: تطويع العقد طبقاً لأحكام القانون: حددت كل من المادة 65 وكذا المادة 107/02 أحكام القانون كضابط للقاضي في تطويع العقد عن طريق استكمال نطاقه.

أ- المقصود بأحكام القانون: الفقه مجمع على أن المقصود من أحكام القانون القواعد المكملة والتفسيرية³ التي يتولى القانون فيها تفسير بعض المسائل التفصيلية التي غفل عنها المتعاقدان سواء عن إهمال أو عن قصد لقبولهم بحكم القاعدة القانونية، وهذا الرأي منطقي على أساس أن أغلبية قواعد القانون المدني قواعد مكملة إلا استثناء بعض القواعد المتعلقة بالنظام العام كالمعلقة بأهلية الأشخاص، ذلك أن المتعاقدان ملزمان بالقواعد الآمرة سواء اتفقا عليها أو لم يتفقا، وسواء استكمل القاضي العقد عن طريق القاعدة الآمرة أو لم يستكملها، فاستكمال القاضي للعقد عن طريق القواعد الآمرة لا معنى له في حقيقة الأمر فالنتيجة واحدة في الحالتين⁴.

ب- تطبيقات لتطويع العقد بالاستناد لأحكام القانون: لا يلتزم القاضي فقط باستكمال العقد بالاستناد للقانون، بل يلتزم في نظرنا بألا يستند كأصل عام لضابط آخر إذا كان هناك نص قانوني يعالج

¹ محكمة التمييز بصفتها الحقوقية، حكم رقم 2374، صادر بتاريخ 1998/02/07، <https://n9.cl/b0znb>.

² أبو رمان عامر علي حسن، دور القاضي في استكمال العقد في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان، الأردن، 2014، ص 79.

³ راجع في ذلك كل من خالد جمال أحمد حسن، الوسيط في مصادر الالتزام، دراسة تحليلية في ظل القانون المدني المصري، 2019-2020، ص 137/ اقيراً برنابا كورينا لوبنق، السلطة التقديرية للقاضي المدني في نطاق الرابطة العقدية والاثبات القضائي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 251/ نسير رفيق، سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد، مرجع سابق، ص 529/ سعيد سعد عبد السلام، مصادر الالتزام المدني، ط 01، دار النهضة العربية، 2002-2003، ص 228/ أحمد عبد الدايم، شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، كلية الحقوق، جامعة حلب، 2003، ص 184.

⁴ عامر علي حسن أبو رمان، دور القاضي في استكمال العقد في القانون المدني، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 108.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

المسألة محل الدعوى، ذلك أن القواعد المكملة هي قواعد ملزمة، غاية ما في الأمر أن القانون أولى إرادة الأطراف أهمية في مجال العقود، بأن ينظم المتعاقدان مسائلهما دون تدخل من المشرع فإن أهمل ذلك تدخلت القاعدة الأمرة وألزمت أطراف العقد والقاضي على حد سواء.

وقد نص القانون المدني الجزائري في مواضع عدة ومختلفة على قواعد مكملة يكمل بها القاضي نطاق العقد، فإذا لم يتفق المتعاقدان في عقد البيع المقسط عن زمن تملك المبيع، كانت مسألة تفصيلية لا تدخل في أركان العقد، وجاز للقاضي استكمالها بالاستناد لأحكام المادة 03/363 التي نصت على (إذا وفي المشتري جميع الأقساط يعتبر أنه تملك المبيع من يوم البيع)، وفي حالة عدم الاتفاق على مكان تسليم المبيع استند القاضي في استكمال العقد بالمادة 387 التي نصت على (يدفع ثمن البيع في مكان تسليم المبيع مالم يوجد اتفاق أو عرف بقضي بغير ذلك) والملاحظ في نص المادة السالفة الذكر أن المشرع أورد استثناء على أولوية أحكام القانون كضابط في استكمال العقد وتحديد نطاقه، بأن قدم العرف في هذه الحالة على القاعدة القانونية المكملة، وفي عقد العارية نصت المادة 546 على (تنتهي العارية بانقضاء الاجل المتفق عليه، فإذا لم يعين لها أجل انتهت باستعمال الشيء الذي أعير من أجله)، وفي إيراد مرتب مدى الحياة نصت المادة 614 على (يجوز أن يكون المرتب مقررا مدى حياة الملتزم له أو مدى حياة شخص آخر. ويعتبر المرتب مقررا مدى حياة الملتزم له إذا لم يوجد اتفاق بغير ذلك).

أما بالنسبة لتطويع العقد عن طريق تحديد نطاقه بالاستناد لأحكام القانون وبحسب طبيعة الالتزام فقد نصت المادة 167 قانون مدني مثلا على أن (الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم) فالالتزام بنقل الحق العيني يتضمن الالتزام بالمحافظة على الشيء إلى غاية تسليمه، وهو التزام بعمل محله بذل عناية بصريح نص المادة 172 قانون مدني، فإن لم يتفق طرفا العقد على أن تكون العناية التي يبذلها المدين تبلغ درجة من الحرص لترتب التزاما بتحقيق غاية، وهي مسألة تفصيلية لم يتم الاتفاق عليها لا صراحة ولا ضمنا، استكمل القاضي هذه المسألة عن طريق نص القانون بحسب طبيعة الالتزام وهو التزام بعمل بموجب المادة 167 يدخل في الالتزام بالتسليم وقد نصت المادة 172 على (في الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء، أو يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك...).

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

وفي عقد الشركة نصت المادة 424 قانون مدني على أنه (إذا لم يبين عقد الشركة نصيب كل واحد من الشركاء في الأرباح، والخسائر كان نصيب كل واحد منهم بنسبة حصته في رأس المال. فإذا اقتصر العقد على تعيين نصيب الشركاء في الأرباح وجب اعتبار هذا النصيب في الخسارة أيضاً، وكذلك الحال إذا اقتصر العقد على تعيين النصيب في الخسارة). فطبيعة المعاملة في نص المادة طبيعة مدنية تخص الشركة المدنية، وليس للقاضي أن يكمل عقد الشركة التجارية بموجب هذا النص، إذ أن القاضي ممنوع من ذلك بصريح نص المادة 449 قانون مدني¹، وهي بعد ذلك تخص عقد مسمى هو عقد الشركة، غير أن القاضي غير مطالب في تكملة المسألة التفصيلية الغير محددة في عقد الشركة المدنية بالاستناد إلى طبيعة التعامل لأن نص المادة 424 وضع قاعدة لذلك، وفي ظل وجود نص قانوني يلتزم القاضي النص القانوني المكمل وإلا عرض حكمه للنقض والتجريح.

كما نصت المادة 563 فقرة أولى قانون مدني على أنه (يستحق المهندس المعماري أجراً مستقلاً عن وضع التصميم، وعمل المقايسة، وآخر عن إدارة الأعمال) والمادة تعطي حكماً لا يمكن اللجوء إليه إلا في حالة قصور الإرادة، فإن لم يتفق الأطراف على تحديد هذا الأجر كمسألة تفصيلية وجب على القاضي استكمال العقد بتحديدته، وقد خولته أحكام القانون ذلك بموجب المادة 65 وكذلك نص المادة 563 ذاتها، ثم تبين له الفقرة الثانية كيفية تحديد هذه الأجرة بقولها (وتحدد الأجرة وفقاً للعقد) والمقصود من عبارة وفقاً للعقد الواردة في هذا المقام هو طبيعة المعاملة، فنلاحظ كيف تحيل المادة 65 القاضي لطبيعة المعاملة، والقانون، والعرف، والعدالة، وقد قدمنا أن الأولوية لأحكام القانون، ثم يحيل حكم القانون القاضي إحصالة من الدرجة الثانية لطبيعة التعامل.

ثم تأتي الفقرة الثالثة من ذات المادة لتتص على (غير أنه إذا لم يتم العمل بمقتضى التصميم الذي وضعه المهندس وجب تقدير الأجر بحسب الزمن الذي استغرقه وضع التصميم مع مراعات طبيعة هذا العمل) ونرى أن عبارة طبيعة العمل يقصد بها في هاته الفقرة طبيعة الالتزام لا طبيعة المعاملة، إذ أن المهندس المعماري محل التزامه عمل يتمثل أساساً في وضع التصميم، فإن لم يتم العمل بمقتضى التصميم الذي وضعه بموجب العقد، وحتى لا يضار في الأجرة وهي من مستلزمات العقد، وجب على القاضي تحديدها بموجب ما خولته المادة 02/107 قانون مدني من سلطة في ذلك. وفقاً لأحكام القانون وبحسب طبيعة الالتزام، وأحكام القانون هنا هي نص المادة 563 فقرة 03 قانون مدني، أما طبيعة الالتزام

¹ المادة 449 قانون مدني (لا تطبق مقتضيات هذا الفصل على الشركات التجارية إلا فيما يخالف القوانين التجارية والعرف التجاري).

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

فهو التزام بعمل كما تقدم يتمثل في اعداد تصاميم، وبهذه الطريقة يتضح لنا مرة أخرى التفرقة بين طبيعة التعامل كضابط منفرد وطبيعة الالتزام كمعيار يضبط أحكام القانون والعرف والعدالة.

فقرة 03- العرف كضابط لسلطة القاضي في تطويع العقد: يعتبر العرف أهم مصادر تطويع العقد وأكثرها استعمالاً، حتى أن أحكام القانون غالباً ما تحيل عليها خاصة في حالة سكوت الافراد على تنظيم مسائلهم العقدية.

أ- المقصود بالعرف: لم يتطرق المشرع الجزائري لتعرف العرف، وهو نفس النهج الذي اتبعته معظم إن لم نقل كل التشريعات المقارنة، التي تركت تعريف العرف للفقه، والذي عرفه على إنه هو إطار الناس على اتباع سنة معينة أو قاعدة معينة مدة زمنية مع الاعتقاد بالزاميتها، مما يزرع في معتقداتهم أنها قاعدة قانونية واجبة الاتباع¹، وهناك من عرفه على أنه طريق لنفاذ قواعد السلوك في صورة قاعدة غير مكتوبة تجيء كثمرة لاعتقاد الناس على سلوك معين لتنظيم ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية وتولد الشعور بضرورة الالتزام بها².

والمنبت الأصلي للعرف هو العادة، وللعادة ركن مادي وركن نفسي، أما الركن المادي فهو كما يقول الأستاذ السهوري ما يختطه الانسان لنفسه من قواعد لتنظيم روابطه الاجتماعية والتي لا يمكن الجزم في كيفية نشأتها، ويرجع تقدير نشأتها للظروف المحيط بمنشئها، وعقله، وغريزته³، أما العنصر الثاني وهو العنصر النفسي فيتكون من عنصرين، العنصر الأول يتمثل في الميل للمألوف من الأمور، بينما يتمثل العنصر الثاني في غريزة حب التقليد⁴.

ويشترط في العادة أن تكون قديمة، بمعنى أن يتبعها الناس لفترة تكفي للقول أنها قد تأصلت في نفوسهم، والواقع أن تحديد المدة الواجبة للقول أن العادة قد تأصلت في نفوس الناس يختلف باختلاف الظروف الاجتماعية، والعادات، والتقاليد، كما يفرق الفقه بين العرف المحلي والعرف العام فيشترطون في العرف العام قدماً في الزمن لا تعيده الذاكرة، بينما يكفي في العرف المحلي استقراره بين الناس حتى لو

¹ حسن كيرة، المدخل في القانون، القانون بوجه عام، النظرية العامة للقانون، النظرية العامة للحق، القسم الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون سنة، ص 272.

² عبد الباقي البكري، زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، ص 193.

³ عبد الرزاق احمد السهوري باشا، أحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، مطبعة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1950، ص 83.

⁴ المرجع نفسه، ص 84.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

أمكن تذكر نشأته¹، ويشترط فوق ذلك أن يكون عرفاً صحيحاً أي عرفاً غير مخالف للقواعد القانونية الآمرة، وغير مخالف للنظام العام والآداب.

ومتى ما استوفت العادة عنصرها المادي والنفسي، واطرد الناس على اتباعها مراراً وتكراراً لمدة زمنية طويلة تسمح بإحساس الناس بالزاميتها، فيرون الخروج عنها شذوذاً يستوجب الجزاء لا مجرد الإنكار تحولت العادة إلى عرف أي إلى قانون ملزم واجب الاتباع².

والعرف كما تقدم في الفصل الأول من الدراسة هو مصدر من مصادر القانون بموجب المادة الأولى من القانون المدني، وكثيراً ما نوهت المحكمة العليا إلى ضرورته في مجال المعاملات المالية³، ودون

¹ محمد أبو زيد، المدخل لدراسة القانون، الكتاب الأول، نظرية القانون، ص 83.

² المرجع نفسه، ص 84.

³ قرار رقم 0932349 المؤرخ في 2015/11/12، صادر عن الغرفة المدنية حيث جاء فيه (حيث إنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أنه انتهى إلى تأييد الحكم المستأنف القاضي برفض دعوى الطاعنين الرامية إلى تنزيلهما منزلة والدتهما في تركة جدتهما، اعتماداً على الحيثية التالية (أنه من المقرر قانوناً أنه لا يجوز تنزيل أبناء البنت منزلة والدتهم لأن التنزيل يقع فقط لأبناء الابن طبقاً لنص المادة 169 من قانون الأسرة، ولأن أبناء البنت يعدون من ذوي الأرحام

وحيث تنص المادة 169 من قانون الأسرة على أنه "إذا توفي شخص وله أحفاد وكان والدهم قد توفي قبله أو معه، وجب تنزيلهم منزلة والدهم في التركة، وفقاً للشروط الواردة في المواد 170، 171، 172 من نفس القانون." ويفهم من النص أن المستحقين للتنزيل هم الأحفاد، دون توضيح المقصود بمصطلح "الأحفاد".

بالرجوع إلى مصدر نظام التنزيل، أو ما يعرف في الفقه بالوصية الواجبة، نجد مصدرين أساسيين: أولاً، آية الوصية في سورة البقرة (الآية 180) التي تقول: "كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين." وثانياً، رأي الفقيه ابن حزم الظاهري الذي استنبط من الآية وجوب الوصية، مؤكداً أن هذا الوجوب قانوني قضائي وليس دينياً أو أخلاقياً، مما يفرض على الناس الالتزام به في حالة إهماله. وقد اعتمدت بعض القوانين على هذا الرأي في وضع نظام التنزيل أو الوصية الواجبة، ومنها القانون الجزائري في المادة 169.

ورغم أن صاحب المصدر لم يحدد "الأقربين" بفتنة معينة، إلا أن النص الجزائري استخدم مصطلح "الأحفاد" دون تخصيص. وبما أن المشرع لم يقيد النص، فإنه يجب تفسير هذا المصطلح وفقاً لقواعد تفسير القوانين الوضعية. ومن خلال العودة إلى آراء فقهاء اللغة والتفسير، نجد أنهم لم يتفقوا على معنى واحد لمصطلح "الأحفاد". فبعضهم قصره على أولاد الأبناء فقط، بينما شمل آخرون أبناء البنات، بل وحتى الأصهار والخدم في بعض التفسيرات.

ومن التفسيرات المعتمدة ما جاء في تفسير الآية 72 من سورة النحل: "وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة"، حيث تم إدخال أبناء البنات ضمن مصطلح "الحفدة"، مستنديين إلى أن لفظ "الولد" يشمل الذكر والأنثى على حد سواء، كما جاء في قوله تعالى: "يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين".

وقد استقر اجتهاد المحكمة العليا على أن مصطلح "الأحفاد" يشمل أبناء الذكور والإناث معاً، وذلك لتحقيق المساواة بين الجنسين، وتمكين أبناء البنات من استحقاق نصيب والدتهم الذي كانت تستحقه من تركة أصلها لو بقيت على قيد الحياة، مثلما هو الحال لأبناء الأبناء.

وبالتالي، فإن المستحقين للتنزيل بموجب المادة 169 هم أبناء الذكور والإناث على حد سواء.

وبناءً على ذلك، فإن قضاة الموضوع الذين قصروا استحقاق التنزيل على أبناء الذكور فقط قد أخطأوا في تفسير المادة، مما يجعل قرارهم

قابلاً للنقض.. <https://n9.cl/3wg45>.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

الدخول في بحث حول العرف، وشروطه تفصيلا، وأنواعه لأن ذلك يخرج عن مجال دراستنا ننتقل مباشرة لدراسة العرف كضابط يقيد القاضي في تطويع العقد.

ب- العرف كضابط على سلطة القاضي في تطويع العقد: نصت المادتين 65 والمادة 02/107 قانون مدني على العرف كوسيلة لتطويع العقد باستكمالها أو تحديد نطاقه، والفرق تقريبا معدوم بين المادتين، اللهم فيما يتعلق بارتباط العرف بطبيعة الالتزام في نص المادة 02/107، وما قيل في هذا الشأن في أحكام القانون، يقال في العرف، وتجنبنا لتكرار ننتقل لإعطاء بعض التطبيقات حول دور العرف في تطويع العقد.

نصت المادة 388 قانون مدني على أنه (يكون ثمن المبيع مستحقا في الوقت الذي يقع فيه تسليم المبيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك) وفي هذه الحالة تفترض المادة عدم الاتفاق في نص العقد على زمان استحقاق ثمن المبيع، وهي مسألة تفصيلية يستكملها القاضي عن طريق أحكام القانون، وحكم القانون يعلق تطبيقه على شرط عدم وجود اتفاق أو عرف يقضي بغير القاعدة التي وضعها المادة، وقد جرى العرف في البيع على شرط التجربة أن يسلم الثمن بعد القبول نظرا لطبيعة الالتزام وهو التزام بالتسليم نابع من التزام بنقل ملكية معلقة على شرط واقف المادة 02/355..

وفي مثال آخر إذا تعاقد الشخص مع مكتبة لتزويده بالجرائد اليومية يفرض على المكتبة تزويد هذا الشخص بالجرائد يوميا، لأن طبيعة المعاملة واردة على جرائد يومية لا جرائد أسبوعية ولا شهرية، فالمكتبة ملزمة بتوفير جرائد لهذا الشخص كل يوم، فإن هي قصرت في ذلك اعتبر القاضي عدم الاتفاق على ذلك مسألة تفصيلية قضى بتكملتها نظرا لطبيعة المعاملة، فإن هي نفذت هذا الالتزام عينا وعلى أكمل وجه أبرأت ذمتها من الالتزام في التزويد اليومي بالجرائد لهذا الشخص، غير أنها لم تبرأ ذمتها من مسألة أخرى في غاية الأهمية، وهي الزمن الواجب التزويد بالتحديد، هل يكون صباحا، أو مساء؟ ولا يوجد حكم في القانون يعالج المسألة يلجأ له القاضي، كما أن طبيعة المعاملة تفترض التزويد اليومي وقدت وفت به المكتبة، إلا أن العرف السائد في كل البلدان أن يتم ذلك صباحا.

ولا أحسن في شرح كيفية إعمال العرف في التشريع الجزائري، من الالتجاء للأعراف النابعة من خصوصية مجتمعنا الجزائري في أعرافه وحالاته الاجتماعية والاقتصادية، خاصة بالنسبة للمعاملات الواردة على المواشي بصفتها مهنة قديمة وبالأخص في المناطق الرعوية مثل تبسة، والجلفة، الأغواط، مما يسمح بتكون عرف قديم تألف الناس على التعامل به والشعور بالزاميته، وقد وجدنا في منطقة تبسة

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

نوعاً من عقود الشراكة يسمى بعقد (الصارمية) الذي يتميز بأحكام عرفية خاصة به، فهو قاصر على الأغنام دون بقية المواشي هذا من جهة، ومن الجهة الثانية لا يساهم أحد أطراف العقد إلا بحصة من عمل، بينما يتحمل الطرف الآخر جلب الماشية وأعلافها، كما لا تعتبر حصص الشركاء متساوية في ملكية المال بحكم العرف السائد على احتفاظ صاحب الماشية بملكيتها للمال.

فإن وقع خلاف حول تحديد نطاق العقد أمكن القاضي تحديد مستلزمات العقد بالرجوع لأحكام العرف السائدة التي تجعل من عقد الصارمية يشمل إضافة للماشية وأعلافها، زبيبها، وكل ما يخرج عن نطاق التزام الطرف الآخر، ويعد ضرورياً لبلوغ الغاية التي عقدت الشراكة من أجلها، يعتبر من مستلزماتها وفقاً للعرف الجاري العمل به في هذا العقد، وفي الجانب المقابل يلتزم الطرف الآخر بالعمل، وهو التزام يشتمل أساساً على الإدارة والرعي.

أما بالنسبة للالتزام بالإدارة، يشتمل العقد على مستلزمات عرفية من بينها أن صاحب هذا الالتزام هو الذي يحدد زمن إنهاء العقد، وهو ملزم بأن ينهي في وقت مناسب، والوقت المناسب هو الوقت الذي يحقق فيه هذا العقد غايته، فإن رأى صاحب الماشية أن صاحب الالتزام بالعمل قد تعسف في استعمال حقه، جاز للقاضي في حال عرضت عليه الدعوى أن يستعين بطبيعة المعاملة التي تقتضي أن يكون زمن إنهاء العقد هو الوقت الذي تكون فيه الماشية في أعلى سعر لها في السوق، وهي لا تكون كذلك إلا إذا كانت منتجة (بخرافها).

وأما بالنسبة للالتزام بالرعي يلتزم صاحب العمل فوق الرعي بكل عمل يطرأ أثناء الرعي كتوليد الماشية، وحفظ حملها، وهذا الالتزام يضيفه القاضي بالاستناد للعرف مع مراعات طبيعة الالتزام، إذ هو التزام متولد عن التزام رئيسي هو الالتزام بالرعي.

فقرة 04- العدالة كضابط لتطويع العقد: مبادئ العدالة مصدر من مصادر القانون بموجب المادة الأولى من القانون المدني، كما تعد العدالة دون بقية المصادر تمثل السلطة التقديرية للقاضي في أقوى تجلياتها¹، فيرجع في استكمال العقد بالاستناد لمبادئ العدالة لضميره، ووجدانه، بعيداً عن أي قيد أو ضابط في ذلك.

¹ أبو رمان عامر علي حسن، دور القاضي في استكمال العقد في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، المرجع السابق، ص 164.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

أ- المقصود بالعدالة: يقول الفيلسوف توماس الإكويني إن العدل هو استقامة الإرادة، ومحل العدل من حيث الشريعة المنظمة هو الذهن أو العقل، وهو من حيث الأعمال محله الإرادة¹، أو كما يقول أرسطو أن العدل يكون بواسطة العقل السليم² La droit raison، وقد عرف الامبراطور جستنيان في مدونته العدل بقوله.

(La justice est la volonté constanté conslante et perpélulle de rendre à chacun ce qui lui est du)

أو هي حمل النفس على إيتاء كل ذي حق حقه، والتزام ذلك على وجه الثبات والاستمرار³، ويعرفها الفقه الحديث على أساس أخلاقي بأنها إحساس أخلاقي يمليه الضمير المستنير وتطمئن له النفس النقية، ويكشف عنه العقل السليم، وهي توجي بحلول منصفة، وإعطاء كل ذي حق حقه⁴.

ب- كيفية تطويع العقد بالاستناد لمبادئ العدالة: ما يقال هنا لا يختلف من حيث المبدئ على ما قيل بالنسبة لتطويع العقد بتكاملته وتحديد نطاقه بالاستناد لأحكام القانون والعرف وطبيعة المعاملة أو الالتزام، الاختلاف الوحيد أن ضابط القانون يحد نطاقه القانون، والعرف قانون يحده ما يحد القانون، وضابط طبيعة التعامل يحده طبيعة الشيء محل المعاملة، أما ضابط العدالة فيرجع كما سبق القول لضمير القاضي ووجدانه، وتقديره للمعاملة موضوع التطويع من كل جوانبها بما فيها الجوانب الأخلاقية، وأوجه الانصاف.

والقاضي يلتزم بالترتيب الوارد في نص المادة 65 و 02/107 فيما يتعلق بأحكام القانون، والعرف، وطبيعة التعامل، أما العدالة فالقاضي لا يلتجئ لضميره ووجدانه متحرراً لتحقيق مبادئ العدالة والانصاف حتى يمر على مبادئ الشريعة الإسلامية⁵ أولاً، فهو مقيد بالمادة الأولى من القانون المدني على اعتبار أنها قاعدة أمرة ومتعلقة بالنظام العام، وليس للقاضي الاستناد لمبادئ العدالة في ظل وجود حكم خاص بالمسألة المطروحة في مبادئ الشريعة الإسلامية، فإن لم يجد كان له أن يستند لضميره ووجدانه في استنباط ما يوجب الانصاف باستكمالته في العقد محل المطالبة القضائية. والقاضي عند استرشاده

¹ توما الاكويني، كتاب الخلاصة، مجلد اول، ترجمة من اللاتينية إلى العربية الخوري بولس عوار، المطبعة الأدبية بيروت، 1881، ص 286-288.

² سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974، ص 138.

³ مدونة وجستنيان في الفقه الروماني، ترجمة عبد العزيز فهد، دار الكاتب المصري، القاهرة، 1946، ص 05.

⁴ راجع في ذلك كل من، رياض أحمد عبد الغفور، شروق عباس فاضل، دور العدالة في تكميل العقود، مجلة البحوث القانونية والسياسية، ع 13، سنة 2019، ص 08 / محمود السقا، أضواء على تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص 158

⁵ عيساوي رجاء، نطاق فكرة استكمال العقد وابعادها، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، مجلد 03، عدد 1، سنة 2018، ص 178.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

بقواعد العدالة (équité) لاستكمال العقد لا يخضع لرقابة النقض في ذلك وهو غير ملزم بتسبيب وتبرير ضميره ووجدانه في ذلك.

ومن الأمثلة على تطويع العقد من خلال تحديد نطاقه بموجب المادة 02/107 أن بائع المحل التجاري من العدالة أن يلتزم ضمناً بعدم منافسة المشتري من خلال انتزاع عملائه منه¹، و التزام البائع في هذا المثال ذو طبيعة سلبية يتمثل في التزام بامتناع عن عمل، وتحديد نطاق العقد في هذا الالتزام تقتضي عدم منافسة البائع للمشتري في أهم عنصر من عناصر عقد بيع المحل التجاري الشهرة والعملاء، وهي في نظرنا ليست مجرد مسألة تفصيلية أهمل المتعاقدان تنظيمها، بل نرى انها مسألة تخص مستلزمات العقد الضرورية وبنص المادة 78 قانون تجاري يكملها القاضي بما له من سلطة تقديرية بالاسترشاد بمبادئ العدالة وبحسب طبيعة الالتزام.

¹ محمد صبري السعدي، الواضح في القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص 296.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

المبحث الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في تعديل العقد

العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون، وهذا ما نصت عليه المادة 106 قانون مدني، والقاضي بدهاءة ليس طرفا في العقد لا أصالة ولا نيابة، كما أنه ليس ممن يتلقون الحق مباشرة من أحد أطراف العقد، فلا هو خلف عام للمتعاقدين ولا هو خلف خاص لهما، ومع ذلك وفي بعض الحالات الاستثنائية وبتقرير من القانون يتدخل القاضي في العقد، لا لتفسيره وتحديد نطاقه، ولا لتكاملته، بل يضطلع القاضي بمهمة أخطر من ذلك بكثير، تتمثل في تغيير الأحكام التي تراضا عليها المتعاقدان، وتعديل ما أنشأته إرادة أطراف العقد، فكأنما ينفخ القاضي إرادته في العقد محل إرادة المتعاقدين أو إلى جانبها، مما حدا ببعض الفقه¹ إلى القول أن القاضي يقضي الالتزامات التي أنشأها إرادة الأطراف، ويخلق التزامات أخرى غير تلك التي انقضت صادرة عن إرادة القاضي لا إرادة أطراف العقد فيكون بذلك حكم القاضي مصدر سادس من مصادر الالتزام إلى جانب المصادر الخمسة المعروفة، وبعبارة أخرى هذه النظرية إلا أنه لا جدال في أنها نظرية مبنية على الدور الخطير الذي يقوم به القاضي في تعديله للعقد.

وقد نص القانون على حالات يمكن من خلالها للقاضي أن يلج لالتزامات المتعاقدين ويقوم بتعديلها، سواء في مرحلة تكوين العقد كالمادة 110 قانون بمناسبة تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان، وكذا فيما قررت أحكامه المادة 210 قانون مدني من إمكانية تعديل أجل الوفاء، أو في مرحلة تنفيذ العقد وأبرز مثال لها ما نصت عليه المادة 03/107 قانون مدني من إمكانية تعديل العقد في حالة الظروف الاستثنائية العامة، أو فيما نصت عليه المادة 184 قانون مدني فيما تعلق بإمكانية تخفيض القاضي لقيمة التعويض الاتفاقي، وسيقتصر بحثنا في هذا المبحث على دراسة ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مواجهة الشروط التعسفية لعقد الإذعان (المطلب الأول) كمثال على تدخل القاضي بتعديل العقد في مرحلة تكوينه، كما نقتصر على دراسة ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في أعماله لأحكام نظرية الظروف الطارئة (المطلب الثاني) كمثال على سلطته في تعديل العقد اثناء تنفيذه.

¹ قال بهذه النظرية الفقيه المصري الأستاذ سمير عبد السيد تناغو في رسالته للدكتوراه المقدمة لجامعة باريس في سنة 1965 وسماها بنظرية الالتزام القضائي ومفادها انه في بعض الحالات يكون حكم القاضي مصدر من مصادر الالتزام (De l'obligation judiciaire, etude juge morale et technique de la révision du contrat par (راجع في ذلك سمير تناغو، الالتزام القضائي، الحكم القضائي مصدر جديد للالتزام، (دراسة فنية لتعديل القاضي للعقد)، ط 1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2014.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

المطلب الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في تعديل العقد في مرحلة التكوين

لم يخصص واضعوا قانون نابليون أي بند للمرحلة ما قبل انعقاد العقد، وبقي التصور دائما أن العقد يولد عند ارتباط الإيجاب بالقبول، أصحاب هاته النظرة أطلق عليهم أحد الباحثين الفرنسيين بأسرى أسطورة الحب التعاقد من النظرة الأولى، مبررا ذلك بقوله أن الحقيقة الواقعية على خلاف مما يعتقد هؤلاء لأن المرحلة ما قبل التعاقد تؤدي إلى كثرة الدعاوى القضائية وأنه على خلاف من عقود الإذعان والعقود اليومية دائما ما يسبق انعقاد العقد مرحلة تسمى مرحلة المفاوضات¹، ومن هذا المنطلق أولى المشرع الجزائري أهمية بالغة للمرحلة السابقة على انعقاد العقد، وكرس حمايتها في عديد النصوص خاصة منها ما يحمي إرادة المتعاقد من جهة، ونصوص عديدة ترفض أن يبرم العقد في إطار يخالف النظام العام والآداب، وعلاوة على ذلك وضع المشرع نصوصا قانونية تحمي الطرف الضعيف من الهيمنة الاقتصادية للطرف القوي، ومنح القاضي سلطة تقديرية في التصدي للشروط التعسفية لعقد الإذعان لضمان التوازن العقدي من جهة، كما قيد هذه السلطة في حدود وضوابط معينة لضمان موضوعية هذه السلطة (الفرع الأول)، ولا تقتصر سلطة القاضي في تعديل العقد عند تكوينه على عقود الإذعان، إذ قد لا يكون سبب عدم التوازن الاقتصادي للعقد ناتجا عن إكراه اقتصادي، بل عن تأثير عاطفي أو طيش بين يستغله الطرف المتعاقد الآخر حتى في حالة التكافؤ الاقتصادي، ما ينتج عنه غبن ما كان ليرضاه المتعاقد المغبون لو لم يقع ضحية استغلال طيشه أو هواه، وعلى ذلك سلم المشرع للقاضي في حال توفر ما تقدم بيانه سلطة في تعديل العقد في حدود معينة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في تعديل عقد الإذعان

نصت المادة 110 قانون مدني على (إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك)، من خلال نص المادة يمكننا أن نتبين الضوابط الواردة على سلطة القاضي التقديرية في تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان أو إعفاء الطرف المذعن منها، وأولها أن القاضي لا يمكنه أن يعتمد للشرط التعسفي بالتعديل أو الإلغاء إلا إذا كان بصدد منازعة موضوعها عقد إذعان (أولا)، كما لا يعني الشرط السابق أن القاضي كلما كان بصدد إذعان كان له أن

¹ Sophie Pellet, Négociation et Avant-Contrat, Conférence « La Réforme du Droit Des Contrats en Pratique, Université De de Nice Sophia Antipolis, Le Centre d'études et de Recherches en Droit des Procédur (CERDP), Sous la Directhon de Mathias Latina, 2017, Dalloz 2016, P 26.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

يعتمد إلى شروطه بالتعديل بل يشترط ان يتضمن هذا العقد شروطا تعسفية (ثانيا) والقاضي يمارس سلطته بما تقضي به العدالة (ثالثا).

أولا: أن يكون العقد مبرم بطريقة الإذعان: يجب القول بداية أن هناك خلافا شديدا حول خصائص عقد الإذعان، خاصة أنه لا يمكننا تعريف عقد الإذعان بعيدا عن خصائصه، ويمكن جوهر الخلاف بين من يكتفي في عقد الإذعان بشرط عدم توفر إمكانية المساومة، وبين من يعتبر هذا الشرط أحد الشروط الأساسية إلى جانب شروط أخرى لا تقل أهمية عنه، ومما لا شك فيه أن لهذا الخلاف أثر حول تحديد ضوابط سلطة القاضي التقديرية بصدد عقود الإذعان.

يطلق القانون الفرنسي على عقد الإذعان عقد الانضمام¹ contrat d'adhésion وهذه التسمية ترجع للفقيه الفرنسي Salleilles، بينما أثر الأستاذ العميد السهوري إطلاق تسمية عقود الإذعان على هذا النوع من العقود لشعوره بأن هذا التعبير هو الأدق والأكثر تعبيرا عن ماهية هذا العقد²، وقد لاقت هذه التسمية قبول الفقه والقضاء وتبنتها القوانين المدنية العربية بعد ذلك إلى يومنا هذا³، كما يرى الأستاذ أن عقد الإذعان هو ذلك العقد الذي يكون القبول فيه لا يصدر عن مناقشة ومفاوضة، بل هو في موقفه من الموجب لا يملك إلا أن يدع أو يأخذ، ويردف الأستاذ القول أن المتعاقد لما كان في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غنى عنه، فهو مضطر إلى القبول⁴، ويرى الأستاذ أن عقد الإذعان يتميز بمجموعة من

¹ Article 1171 MODIFIÉ par loi n° 2018-287 du 20 avril 2018- art.7 (Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.

L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation)

² راجع في ذلك عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 230-292 في الهامش/شوقي بناسي، قانون العقود، دراسة رفي القانون المدني الجزائري والفرنسي (المعدل) والفقه الإسلامي، ط 01، عموميات في العقد، ج 01، بيت الأفكار، الجزائر، 2022، ص 461/راقية عبد الجبار علي، سلطة القاضي في تعديل العقد، دراسة مقارنة، ط 01، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2017، ص 151 في الهامش/شويات بشار محمود سليمان، الرقابة القضائية على عقد الإذعان في القانون الأردني، دراسة تحليلية، رسالة دكتوراه غير منشورة، قدمت استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة العلوم الإسلامية، كلية الدراسات العليا، الأردن، 2019، ص 16.

³ يرى الدكتور رفيق المصري أن عبارة (عقود الإذعان) هي ترجمة غير دقيقة من الأستاذ السهوري، حيث يقول أنه (مع التقدير الكبير لرجل القانون المصري الشهير عبد الرزاق السهوري صاحب كتاب الوسيط في شرح القانون المدني، وكتاب مصادر الحق في الفقه الإسلامي، إلا أنني لا أوافق في هذه الترجمة، التي اعتبرها مسؤولة. حتى يومنا هذا، عن كثير من اللبس والخطأ في المواقف الفقهية المعاصرة مع هذه العقود، فالفقه المعاصر كلما وقع على هذا الاصطلاح العربي تحركت عنده نوازح الحكم عليه بالتحريم) واقترح الدكتور تسمية عقود الانضمام بدلا عن الإذعان، ويرى الباحث أن استعمال عبارة الانضمام لا تقدمنا إلا بقدر ما تؤخرنا، فهي تتبع واضح للقانون الفرنسي، في وقت يجب على القانون العربي والجزائري ان يستقل ويجد معاملة الشخصية بعيدا عن استيراد النصوص والعبارات. راجع في ذلك رفيق يونس المصري، هل التأمين التجاري جائز شرعا، ط 01، دار البشير، جدة، السعودية، 2001، ص 79-81.

⁴ عبد الرزاق السهوري، المرجع نفسه، ص 229.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

الخصائص هي على التوالي ضرورة الخدمة أو المرفق، احتكار الموجب لهذه الخدمة أو المرفق، وصدور الإيجاب موجهًا للكافة، ويتفق على هذه الشروط جانب من الفقه الجزائري¹.

غير أننا نجد في الشراح الجزائريين من يضيق من دائرة عقود الإذعان ويشترط فقط لنكون بصدد عقد إذعان اختلال شرط المساومة دونًا عن الشروط الأخرى، حيث يرى الأستاذ علي فيلاي أن تطور المجتمع، لم تبقى معه حالة الاحتكار للسلع والخدمات كما يصورها الأستاذ السهوري السبب الوحيد الذي يجعل المتعاقد في مركز قوة، فينفرد بتحديد شروط العقد، بل هناك اعتبارات أخرى كالتفاوت الاقتصادي والاجتماعي وربما حتى المعرفي، وخلص إلى أن العبرة في عقد الإذعان بتحديد شروط العقد بصفة أحادية غير القابلة للمناقشة أيا كان السبب في ذلك².

وفي نفس الاتجاه يرى جانب من الفقه³ أن هذا الخلاف يرجع إلى ظهور مدرسة حديثة في تعريف عقد الإذعان، ويعتبر الأستاذ شوقي بالناسي من الأوائل الذين قالوا بوجود مدرسة تقليدية ومدرسة حديثة في هذا الشأن⁴، غير أننا نرى وبكل تحفظ أن المشكلة ليست مشكلة مدرسة تقليدية ومدرسة حديثة، بقدر ما هو خلاف بين المدرسة المصرية، والمدرسة الفرنسية في تعريف عقد الإذعان، فبالرجوع لنص للمادة 70 من القانون المدني الجزائري نجد أنها تنص على (يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها)، ومن خلال المادة يتبين لنا أن المشرع الجزائري لم يعرف عقد الإذعان⁵، وإنما شرح كيفية حصول القبول في عقد الإذعان، هذا من جهة، ومن جهة أخرى نجد أصل المادة في القانون المصري تحت رقم 100⁶، والتي بدورها لا تضع تعريفًا بقدر ما تشرح كيفية حصول القبول، بينما نجد المشرع الفرنسي قد وضع تعريفًا صريحًا لعقد الإذعان في نص المادة

¹ أنظر في ذلك محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 123/ لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص 59-60/ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 26./ بوبكر فارس، دور القاضي في تحقيق التوازن العقدي في عقود الإذعان، مجلة طبعة للدراسات العلمية والأكاديمية، مج 04، ع 03، سنة 2021، ص 441.

² علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، مرجع سابق، ص 82-85./ محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دراسة معمقة في القانون الجزائري، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2006، ص 258-259.

³ شوقي بناسي، مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، والسياسية، مج 48، ع 02، سنة 2011، ص 159.

⁴ يشير الأستاذ نبيل إبراهيم سعد أيضًا إلى أن هناك فقها حديث يكتفي بانعدام المساومة لنكون بصدد عقد إذعان، / أنظر نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مع المستحدث في تعديلات 2016 وما بعدها للتقنين المدني الفرنسي، دار الجامعة الجديدة، جمهورية مصر العربية، 2022، ص 75.

⁵ وهو نفس رأي الأستاذ علي فيلاي، أنظر علي فيلاي، المرجع السابق، ص 82.

⁶ المادة 100 قانون مدني مصري، (القبول في عقد الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها).

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

1110 بأنه العقد الذي يتضمن مجموعة من الشروط الغير قابلة للتفاوض، والتي يتم تحديدها مسبقا من قبل أحد أطراف هذا العقد¹.

وبالرجوع إلى المادة 03 بند 04 فقرة 01 من قانون 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسة التجارية نجدها تنص على الآتي: (عقد: كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير أحداث تغيير حقيقي فيه²). إن هذه المادة أكثر وضوحا من المادة 70 قانون مدني، فهي لم تقتصر على تحديد المقصود من القبول، بل حاولت وضع تعريف للعقد في مفهوم قانون 02-04 وهو يقصد عقد الإذعان، كما أنه حدد نطاقه فاشتراط أن يكون مكتوبا بقوله (حرر مسبقا) كما قصره على السلع والخدمات، وقبل كل ذلك هو عقد يتعلق بممارسة تجارية، وبذلك يمكننا القول أن نص المادة الثالثة من القانون السالف الذكر تتعلق بتنظيم أحكام عقد مسمى خصه المشرع بأحكام خاصة ونطاق ضيق في حدود الممارسات التجارية، على خلاف من عقد الإذعان الذي نظمته المادة 70 و المادة 110 قانون المدني الذي لم يختصه المشرع بأحكام خاصة.

ومع ذلك لا نوافق القائلين أن المشرع الجزائري تبني النظرية الحديثة بصدد تعريف عقد الإذعان في كل من القانون 02-04 وكذا القانون المدني³، لعدة اعتبارات:

✓ أنه على اعتبار أن المشرع قد تبني التعريف الحديث في القانون 02-04 من نص المادة الثالثة، فهو على خلاف ذلك في نص المادة 70 التي لم تتطرق لتعريف عقد الإذعان وتركزت المسألة للفقهاء وكذا الاجتهاد القضائي⁴.

✓ لا يمكن الجزم أن نص المادة الثالثة من القانون 02-04 هو تعريف مطلق لعقد الإذعان، نظرا لنطاقه الضيق هذا من جانب، ومن جانب آخر أن التعريف الوارد في قانون القواعد المطبقة على الممارسات التجارية تعريف غير مباشر وصريح بخلاف التعريف

¹Art 1110 (Le contrat de dré à gré est celui dont les stipulations sont négociables enter les parties.Le contrat d'adhésion est celui qui comorte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties.) **Modifié par LOI n°2018-287 du 20 avril 2018 - art. 2.**

² قانون رقم 02-04 مؤرخ في 05 جمادي الأولى عام 1425، موافق ل 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر رقم 41، صادرة في 09 جمادي الأولى عام 1425، الموافق ل 27 يونيو سنة 2004.

³ شوقي بناسي، مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 161.

⁴ شوقي بناسي، قانون العقود، المرجع السابق، ص 462.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

الوارد في نص المادة 1110 مدني فرنسي التي فرقت بوضوح بين عقد المساومة وعقد الإذعان.

✓ لو أن المشرع قد تبني فعلا النظرية الحديثة في قانون 02-04، فما الذي منعه من تجسيد ذلك من خلال تعديل القانون المدني بموجب الأمر 10-05 الصادر بعد سنة كاملة من قانون 02-04.

✓ حتى القانون الفرنسي الذي يكتفي بعدم إمكانية مناقشة بنود العقد في عقد الإذعان لا يقصره في المعاملات بين المستهلك والمهني فحسب بل يعممه على كل المجالات ليشمل على سبيل المثال لا الحصر مجالات النقل بالسكك الحديدية، وعقود العمل، والتوريد، والخدمات المصرفية، والإيجارات المؤسسية، وعقود البيع بالجملة، وعقود الامتياز وغيرها¹.

من خلال ما تقدم يرى الباحث أن المشرع لم يتبنى أي تعريف لعقد الإذعان في نصوص القانون المدني، وأن التعريف الوارد في القانون 02-04 وعلى فرض أنه تعريف صريح لعقد الإذعان فإن نطاقه ضيق لا يمكن تعميمه على كل أنواع المعاملات، بل إن المشرع ترك مسألة تعريف عقد الإذعان وتحديد خصائصه للفقه والقضاء، وقد أوردنا بعض الآراء الفقهية في ذلك، بقي لنا أن تتبع رأي القضاء في خصائص عقد الإذعان.

لا نرى اختلافا بين الفقهاء المصريين ومحكمة النقض المصرية في تحديد مفهوم عقد الإذعان حيث جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية² ما يلي (...ذلك أن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن مناط اعتبار العقد من عقود الإذعان أن تتعلق بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين، ويكون فيها احتكار الموجب هذه السلع أو المرافق احتكارا قانونيا أو فعليا أو تكون سيطرته عليها من شأنها أن تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق، وأن يكون صدور الإيجاب منه موجه إلى الناس كافة وبشروط واحدة ولمدة غير محدودة، والسلع الضرورية هي التي لا غنى للناس عنها، والتي لا تستقيم مصالحهم بدونها، بحيث يكونون في وضع يضطرهم إلى التعاقد بشأنها...).

¹ <https://n9.cl/eb0w5> .

² الطعن رقم 8154 لسنة 74 قضائية، الدائرة المدنية، حكم صادر بتاريخ 2014/06/07، <https://n9.cl/c80i4> / راجع أيضا في نفس السياق الطعن رقم 1192 لسنة 79 قضائية، صادر عن الدائرة المدنية بتاريخ 2017/07/01، <https://n9.cl/5fah3> / الطعن رقم 15360 لسنة 85 قضائية، صادر عن الدائرة التجارية بتاريخ 2017/03/09، <https://n9.cl/baa7bh> / الطعن رقم 18393 لسنة 80 قضائية، صادر عن الدائرة التجارية بتاريخ 2016/03/28، <https://n9.cl/fzimi> / الطعن رقم 14903 لسنة 75 قضائية، صادر عن الدائرة المدنية بتاريخ 2015/01/04، <https://n9.cl/lpvc9> .

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

إن قرار محكمة النقض المصرية يفيد قطعاً بأن المشرع الجزائري في نص المادة 70 لم يضع تعريفاً لعقد الإذعان، ذلك أن نص هذه الأخيرة يطابق نص المادة 100 من القانون المدني المصري، كما أن المحكمة العليا الجزائرية قد ذهبت في نفس الاتجاه الذي تذهب إليه محكمة النقض المصرية في قرار لها جاء فيه (...حيث تتميز بكونها عقود إذعان بشروط مقررة أحادياً غير قابلة للنقاش طبقاً للمادة 70 ق م، وبإصدارها أوامر تسديد مثل الإدارة، وبالإحتكار المقرر لها في التصرف في الأراضي المعدة للبناء والتابعة للأموال الوطنية، بموجب المادة 73 من قانون التوجيه العقاري، وهي الجوانب التي تحرم الطرف الآخر عند إبرامه ذات التعاقد من إمكانية ضمان مصلحته وحقوقه قانوناً خلافاً لما هو الحال في التعاقدات العادية مع أشخاص آخرين، ما يجعله أكثر تعرضاً لتعسف محتمل زيادة عن حرمان من المبلغ المالي الذي أودعه لمدة معينة لدى الطرف الآخر، وتفويته فرص اكتساب عقار آخر مع تدهور قيمة النقد، وغير ذلك من المعطيات التي يتعين الأخذ بها عند الاقتضاء في مثل هذه القضايا، وعليه وبحكمهم كما فعلوا يكون قضية الموضوع قد خالفوا المواد المذكورة المتعلقة بضرورة الرسمية وعرضوا بالتالي قرارهم للنقض¹) إن ذكر المحكمة العليا لشرط الاحتكار لم يكن اعتباراً على أساس تميز القرارات والأحكام من حيث تسببها بذكر الوقائع والمسائل الجوهرية دوناً عن المسائل والوقائع الغير جوهرية، والمسألة الجوهرية هي المسألة المنتجة في الدعوى²، ولما كان ذلك فإن مسألة الاحتكار في رأي المحكمة العليا الجزائرية خصيصة رئيسة لا يمكن تصور قيام وصف الإذعان في عقد ما بدونها.

نخلص في الأخير إلى أن عقد الإذعان في نظرنا لا يمكن قصره على مجرد انتفاء شرط المساومة، بل يجب فوق ذلك توافر خصائصه المتمثل في الإيجاب الموجه للكافة، والاحتكار الفعلي أو القانوني، وضرورة الخدمة ولا يمكن للقاضي إعماله لسلطته في تعديل عقد الإذعان إذا اختل أحد هذه الشروط، إذ بذلك يكون قد أعمل هذه السلطة في غير ما قررت لأجلها، فلا بد من توافر جميع خصائص عقد الإذعان، بأن يكون الإيجاب موجهاً للكافة، وأن يكون الموجب يحتكر السلعة أو الخدمة احتكاراً قانونياً أو فعلياً، وأن تكون هاته الخدمة أو السلعة ضرورية لدرجة أن القابل ليس له إلا أن يقبل، فإن توافرت هاته الشروط كان القاضي بصدد عقد إذعان فيتوافر الشرط الأول الذي يسمح له بتعديل العقد إذا ما تأكد بعد ذلك من تضمن العقد لشروط تعسفية، وهي مسألة قانون يقع فيها تحت طائلة النقض، كما نعود للقول مرة أخرى أننا نلاحظ انفصال الفقه والقضاء المصري والتشريعات المستمدة من القانون المصري في مسألة

¹ قرار رقم 1007273، الغرفة المدنية، صادر بتاريخ 20/06/2018، <https://n9.cl/mvzpc>.

² عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية، في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، ط 032، دار بلقيس، الجزائر، 2023، ص 514.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

تحديد خصائص عقد الإذعان، عن الفقه والقضاء الفرنسي الذي لا يعتد بغير عدم قابلية القابل لمناقشة بنود وشروط العقد.

ثانيا: أن يتضمن عقد الإذعان شروطا تعسفية: نصت المادة 110 قانون مدني صراحة على شرطين لتعديل عقد الإذعان، أول شرط وهو أن يكون العقد عقد إذعان وقد فرغنا من دراسته، أما الشرط الثاني أن يتضمن عقد الإذعان شروطا تعسفية، فندرس في الفقرة الأولى تعريف الشرط التعسفي، ثم ندرس ضابط مواجهة القاضي للشرط التعسفي بالتعديل أو الإلغاء.

فقرة 01: مفهوم الشرط التعسفي: تعتبر ألمانيا من أوائل الدول التي سارعت إلى وضع قانون يتعلق بالشروط العامة للعقود، والذي وضع قائمة بالشروط الباطلة، والتي قسمها إلى قسمين، قسم القائمة السوداء الذي يتعلق على وجه الخصوص بإطالة آجال التسليم أو تنفيذ التزام المحترف، ونصه على أجل إضافي طويل، وحقه في تعديل أو إبطاله دون مبرر، وحقه في المطالبة بتعويضات ومصاريف مبالغ فيها في حالة مطالبة المستهلك بإبطال العقد أو فسخه، أما القسم الثاني أو ما سماه بقسم القائمة الرمادية التي نصت على مجموعة من الشروط التعسفية التي تتعلق على وجه الخصوص بحق المحترف في رفع أسعار المنتجات والخدمات التي لم تسلم أو يوفي ثمنها في خلال أربعة أشهر، واستبعاد حق المستهلك في رفض المنتج أو حتى تحديد حقه في ذلك¹.

ذكر القانون المدني الشرط التعسفي دون توضيح تعريف له، بينما نجد أن القانون 02-04 قد وضع تعريفا له في نص المادة 03 بند 05 حيث جاء فيها (كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد.) ويلاحظ أن نص المادة يشترط ليكون الشرط تعسفيا ثلاث شروط:

✓ ألا يكون خاضعا للمفاوضة الفردية: وهذه نتيجة منطقية تابعة للشرط الأول وهو أن يكون العقد عقد إذعان.

✓ أن يترتب عنه عدم تكافؤ أو توازن بين الحقوق والالتزامات.

✓ أن يكون مكتوبا مسبقا، ودون إمكانية لمناقشته من طرف المستهلك².

¹ لمزيد من التفصيل راجع في ذلك محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص ص 235-236.

² عيادة مصطفى، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مجلة الاجتهاد القضائي، مج 09، ع 14، 2017، ص 12.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

وقد حاول المشرع الجزائري من خلال المرسوم التنفيذي 306/06 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، في المادة 05 منه ذكر على سبيل المثال¹ لا الحصر مجموعة من البنود التعسفية في مجموعة من الشروط التي يضمنها المتعامل الاقتصادي في العقد نذكر منها:

- الاحتفاظ بالحق في تعديل أو فسخ العقد بصفة منفردة ودون تعويض، وعدم السماح للمستهلك بفسخ العقد في حال القوة القاهرة إلا بمقابل دفع تعويض.
- فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها عند إبرام العقد، وفرض واجبات إضافية غير مبررة، أو إعفاء المتعامل الاقتصادي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته، أو تحميل المستهلك عبء الواجبات التي تقع على عاتق المتعامل الاقتصادي.
- النص على فرض تعويضات على عاتق المستهلك في حال الإخلال بالتزاماته دون الحالة العكسية، أو الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة امتناع المستهلك عن تنفيذ العقد أو فسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حال كان الفسخ أو عدم التنفيذ راجع للمتعامل الاقتصادي.
- حرمان المستهلك من حقه في كل طعن ناتج عن الخلاف بين المستهلك والمتعامل الاقتصادي.

يلاحظ من خلال المادة السالفة الذكر أن الشرط التعسفي هو ذلك الشرط الذي يخرج عن القواعد العامة لمبدأ الرضائية، ولا يكون ذلك إلا في حالة اختلال التوازن في القوة بين الموجب والقابل في العقد، إذ لا يتصور أن يكون الشرط تعسفيا في حالة التوازن في القوة الاقتصادية بين أطراف العقد، وهذه القوة لا تملأها ملأة الذمة المالية ولا حالة الأشخاص، بقدر ما يملأها المركز القانوني للطرف القوي اقتصاديا، فإذا ما نظرنا إلى الشرط التعسفي الوارد في نص المادة 110 قانون مدني لأمكننا أن نوسع من دائرة القوة الاقتصادية ليشمل تحديدها الطرف المحتكر للسلعة أو الخدمة، وكذا عقود العمل، وعقود التأمين التي تتوافر على سلطة الاحتكار القانوني.

¹ أمال بن هتالة، سلوى قداش، سلطة القاضي المدني في إعادة التوازن العقدي لعقود الاستهلاك، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد 14، سنة 2017، ص 255.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

وعلى كل يمكننا تعريف الشرط التعسفي في القانون المدني بأنه كل شرط أو بند معد مسبقا، يفرضه أحد أطراف العقد بما له من وزن اقتصادي أو تنظيمي قوي ناتج عن مكنة قانونية أو فعلية في احتكار الخدمة أو السلعة، يهدف من ورائه إلى تحقيق ميزة فاحشة، مما ينتج عنه وضع ما كان ليقبله الطرف الضعيف لو لا ضرورة الخدمة أو السلعة.

إذا ما توافر في عقد الإذعان شرط أو بند تعسفي بالمفهوم السابق فتح الباب أمام القاضي للتدخل إما بتعديله أو بإعفاء الطرف المذعن منه، على أن يمارس القاضي سلطته وفقا لما تقتضي به العدالة، ذلك أن العدالة تقتضي أن يكون أطراف العقد على قدم المساواة في تحديد شروط العقد وآثاره، وهذا ما أكدته محكمة العدل الأوروبية بمناسبة قضية DGFT v FNB أن (...العدالة تطلب أن يتم التعبير عن الشروط التعاقدية بشكل واضح وصريح، وبحيث لا تحتوي على غش أو تحايل خفي، وينبغي أن نولي الأهمية المناسبة للشروط التي يمكن أن تكون في غير مصلحة المستهلك، فالمتعامل العادل يتطلب أن الطرف المهني لا ينبغي، سواء عن عمد أو بدون عمد، أن يستفيد من حاجة المستهلك، وقلة خبرته، وحالة الضرورة التي قد يكون فيها، وعدم الإلمام بموضوع العقد، وضعف موقفه التفاوضي¹). كما يقال عن القاعدة الوضعية أنها عادلة حين تكون مطابقة لقاعدة العدل، ويقال عن العقد أنه عادل حين يكون متوازنا².

وهو ما يعني أن القاضي عند وقوفه على الشرط التعسفي في عقد الإذعان وجب عليه تقدير الوقائع ومحاولة رد عدم التوازن بين الموجب والقابل إلى حده الطبيعي، ويجب عليه عدم سلوك طريق الإعفاء إلا عند تبينه أن مجرد تعديلها لن يزيل عدم التوازن، وقد نصت المادة 110 على هذا الترتيب بقولها (جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها) وحرف أو الوارد في المادة في رأيينا أريد به الترتيب لا التخيير، فإذا ما تضمن عقد الإذعان شرط يحرم المتعاقد الضعيف من كل طعن في حالة الخلاف بين طرفي العقد فليس أمام القاضي إلا إعفاء الطرف المذعن منه إذ طبيعة الشرط لا تحتمل إلا الإعفاء منه، وإذا تضمن العقد شرطا جزائيا مرتفعا أمكن للقاضي تعديله دون الإعفاء منه، إذ انه من العدالة إذا ما تسبب الطرف الضعيف في عدم تنفيذ الالتزام التعاقدي أن يدفع الشرط الجزائي، غير أن العدالة تقتضي من ناحية أخرى أن لا يجاوز هذا الشرط مقدار الضرر الذي أصاب الطرف الآخر.

¹ أشار إليه محمد محمد سادات مرزوق، الشروط التعاقدية غير العادلة، دراسة مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، العدد 56، سنة 2014، ص 917.

² مهمل عبد الغني قلندر، الإذعان بين العقد والنظام القانوني، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الراافدين للحقوق، مج 16، ع 59، السنة 18، 2013، ص 53.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

الفرع الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في تعديل العقد بسبب الغبن والاستغلال:

نصت المادة 90 قانون مدني على (إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقدين الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد. ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة. ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن.¹)، والملاحظ من خلال نص المادة أن القاضي له سلطة تقديرية واسعة في مجال نظر دعوى الغبن الاستغلالي، بحيث له سلطة واسعة في تحديد عدم تعادل الالتزامات بنصه (إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا...) بخلاف سلطته في الغبن المجرد التي حددها المشرع بنسبة محددة في نص المادة 358 بنصه (إذا بيع عقار بغبن يزيد على الخمس...)، وللقاضي فوق ذلك تقدير كفاية ما يعرضه الطرف المستغل في العقد المعاوضة، وكذا تقدير قيام العنصر النفسي للاستغلال، وله بحث حالة الضعف النفسي للمتعاقد المغبون، ثم بعد ذلك للقاضي وحده تقدير الجزاء بين الانقاص أو الإبطال²، وفي ظل ذلك من الصعب التحدث عن ضوابط محددة لسلطة القاضي التقديرية إلا باعتبار أن ما حدده المشرع لقيام الاستغلال من عناصر هو عين ضوابط سلطة القاضي التقديرية، والحقيقة من الأمر أنها الشروط التي تفتح الباب للقاضي لإعمال سلطته في التقدير وليست ضابطا بالمعنى الحرفي لها.

وعلى كل فقد قيد المشرع من خلال المادة أعلاه القاضي في إبطال العقد أو إنقاص التزامات المتعاقدين المغبون بمجموعة من الشروط، (أولا) مراعات موعد سقوط الحق في رفع الدعوى، (ثانيا) التأكد من قيام عناصر الاستغلال، (ثالثا) سلطة القاضي التقديرية في توقيع الجزاء.

أولا: مراعاة وجوب رفع الدعوى في خلال سنة من تاريخ العقد: الواضح من نص الفقرة الثانية من المادة 90 قانون مدني أن مهلة سنة هي أجل سقوط حق الطرف المغبون في رفع الدعوى، فلا تقبل إذا رفعت بعد مرور سنة من تاريخ إبرام العقد، والأجل المسقط بخلاف التقادم لا يقبل قطعاً ولا إيقافاً³ يترتب عنه الحكم بعدم قبول الدعوى، وفي ذلك نصت المادة 67 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن الأجل المسقط يترتب عدم قبول الدعوى، على أساس أن عدم القبول هو الدفع الذي يرمي إلى

¹ المادة 90 قانون مدني المعدلة بموجب القانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

² توفيق حسين فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1966، ص ص 194-195.

³ عبد الحميد الشواربي، البطلان المدني، الإجرائي والموضوعي، مرجع سابق، ص ص 641-642.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي، وهو بهذا المعنى وسيلة فنية يستعملها المدعى عليه لكي يحصل على حكم يصرف من خلاله نظر المحكمة عن فحص موضوع النزاع¹، غير أن السؤال المطروح في هذا المقام هل يعتبر الدفع بعدم القبول متعلقا بالنظام العام فتثيره المحكمة من تلقاء ذاتها؟

أجابت المادة 69 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ذلك بقولها (يجب على القاضي أن يثير تلقائيا، الدفع بعدم القبول إذا كان من النظام العام، لا سيما عند عدم احترام آجال طرق الطعن أو عند غياب طرق الطعن)، وبذلك لا تكون كل الدفع بعدم القبول متعلقة بالنظام العام²، والذي يعنينا هنا هو الدفع بعدم القبول لسقوط الحق في رفع الدعوى الوارد في نص المادة 90 قانون مدني ومدى تعلقه بالنظام العام؟

إن المشرع في نص المادة 90 عند تنظيمه أحكام الاستغلال كعيب من عيوب الإرادة خصه بأحكام تميزه عن هذه الأخيرة، حيث نص في المادة 01/101 من القانون المدني (يسقط الحق في طلب إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس سنوات). وفي الفقرة الثانية من نفس المادة نص على أنه (...غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشر سنوات ...) كما نص في المادة 02/102 على أنه (تسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشر سنة من وقت إبرام العقد). وفي كل هاته الحالات المدد مدد تقادم لا سقوط، والحكمة من جعل المدد بالنسبة للاستغلال مدة سقوط لا تنقطع ولا توقف، كما جعلها مدة قصيرة مقارنة بمدد التقادم الواردة على عيوب الإرادة الأخرى، هي الرغبة في عدم تعليق مصير العقد المشوب بعيب الاستغلال مدة طويلة وفي ذلك حماية لمسألة في غاية الأهمية تتعلق باستقرار المعاملات³، وفيه حماية للمصلحة العامة التي تقتضي ألا يطول تعليق مصير العقد على دعوى مجال الادعاء فيها واسع فسيح هذا من جهة، ومن جهة أخرى تثير دعوى الاستغلال مشكلة الاثبات التي يخشاها المشرع ولا يتحمس من أجلها لمباشرة الدعوى⁴، كما أن علة اشتراط المصلحة هي تجنب القضاء دعاوى لا يفيد منها، وتهدر وقته وجهده⁵، وعلى ذلك هل يمكن القول أن الدفع بعدم القبول لسقوط الحق في رفع الدعوى لانقضاء ميعاد السنة الوارد في نص المادة 90 قانون مدني متعلق

¹ عمر زودة، قانون الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، مرجع سابق، ص 311.

² نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 366.

³ عبد الحميد الشواربي، البطلان المدني، المرجع السابق، ص 642.

⁴ توفيق حسين فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 352-353.

⁵ دربال عبد الرزاق، المختصر في الإجراءات المدنية والإدارية، برتي للنشر، الجزائر، 2022، ص 75.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

بالنظام العام، وتثيره المحكمة من تلقاء نفسها، لتعلقه بحماية مصلحة عامة تتمثل في حماية استقرار المعاملات؟

قبل الإجابة على هذا السؤال نشير إلى أن الأصل كما يذهب إلى ذلك الأستاذ أحمد أبو الوفا أن المحكمة لا تقضي بالسقوط من تلقاء نفسها ما لم يكن الجزاء مترتباً على مخالفة قاعدة متعلقة بالنظام العام¹، إذن لكي نحدد مدى تعلق الدفع بالسقوط الوارد في نص المادة 90 قانون مدني بالنظام العام يجب أولاً تكييف ماهية الأجل المسقط، بحيث أنه كلما تناول الأجل حقا من الحقوق وأدى إلى انقضائه اعتبر الدفع به دفعا بعدم القبول، وذلك على اعتبار أن الأجل المسقط في حقيقته لا يرد على الحق في ذاته بقدر ما يرد على الحماية القانونية المقررة له، فنكون هنا بصدد عدم وجود قاعدة قانونية تحمي الحق المدعى به²، وبعبارة أخرى أن الدفع بعدم القبول لسقوط الأجل المقرر لرفع الدعوى دفع يرمي إلى عدم قانونية المصلحة لأن القانون وإن كان يحمي هذه الأخيرة في خلال هذه المدة، فإنه بعد فواتها يكون قد سحب الاعتراف بوجود الحق الوارد عليها وجرده من الحماية القانونية المقررة له³، ولما كان ذلك فالدفع بسقوط الأجل هو في الحقيقة من الأمر دفع بعدم قانونية المصلحة، وبالتالي هل يمكننا اعتبار انعدام قانونية المصلحة من النظام العام بحيث تثيره المحكمة من تلقاء نفسها؟

نصت المادة 13⁴ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه (لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون. يثير القاضي تلقائياً انعدام الصفة في المدعي أو المدعى عليه، كما يثير تلقائياً انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون.)، إن الأخذ بظاهر النص يفيد بأن المصلحة لا تتعلق بالنظام العام، وبالتالي ليس للمحكمة أن تثيرها من تلقاء ذاتها، غير أن التعمق في النظر يفيد بخلاف ذلك، ويرى الأستاذ عمر زودة أن سكوت المشرع على إثارة المحكمة انتفاء المصلحة من تلقاء نفسها لا يعني عدم تعلقها بالنظام العام، وأنه يجب إعادته إلى طبيعته الخاصة، ذلك أن الدفع بعدم القبول يختلف في بعض الأحيان عن الدفع الموضوعية والدفع الإجرائية ويأخذ مركزاً مستقلاً عنهما، وسكوت المشرع يرجع في الأساس إلى عدم إمكانية إخضاعه لحكم واحد⁵.

¹ أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع في قانون المرافعات، ط 04، منشأة المعارف، الإسكندرية، القسم الثالث، 1980، ص 818.

² أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع في قانون المرافعات، المرجع نفسه، ص 815.

³ عمر زودة، قانون الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، المرجع السابق، ص 58.

⁴ على خلاف قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري الذي قرر بموجب المادة الثالثة منه أن شرط المصلحة من النظام العام بحيث تثيره المحكمة تلقائياً.

⁵ عمر زودة، قانون الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، مرجع سابق، ص 98-99.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

إن الدفع بعدم قانونية المصلحة قد يرجع إلى انعدام وجود الحق الموضوعي، كالمطالبة بالفوائد الربوية، أو المطالبة بدين ناتج عن القمار، ففي هذه الحالات الحق الموضوعي لم ينشأ في عالم القانون وإن نشأ في عالم الواقع، ولا خلاف في أن القاضي يثير ذلك من تلقاء نفسه والمسألة هي مسألة تكييف بالأساس، فالقاضي عند تكييف لوقائع النزاع لن يجد القاعدة القانونية التي تحمي هذا الحق أو يجد قاعدة قانونية تمنعه مما يقتضي معه التصريح بعدم قبول الدعوى لعدم قانونية المصلحة، إذ المصلحة مناط الدعوى¹، ويجب أن تتوفر في كل طلب وفي كل دفع، كما قد يرجع الدفع بعدم قانونية المصلحة إلى سحب القانون حمايته المقررة للقاعدة القانونية بعد أن كانت قد نشأت في عالم القانون².

وبالتالي فعدم القبول الوارد في نص المادة 90 قانون مدني يتعلق بالحالة الثانية التي يكون فيها الحق الموضوعي قد نشأ في عالم القانون، وبهذا النشوء تقرر له الحماية القانونية لمدة زمنية محددة بسنة كاملة من تاريخ العقد، وعند مرورها يسحب القانون هذه الحماية، ويرى الأستاذ عمر زودة أنه إذا تعلق الأمر بالحماية القانونية كان الدفع بعدم القبول متعلقاً بالنظام العام في كل الأحوال³، بينما وفي نفس السياق يرى الأستاذ أحمد أبو الوفا أن من أمثلة الدفع التي لا تتعلق بالنظام العام، الدفع بعدم قبول دعوى التعرض لرفعها بعد ميعاد السنة⁴، ويعود جوهر هذا الخلاف إلى أن الأستاذ يرى أن الدفع بعدم القبول لانتفاء المصلحة القانونية أو الحالة هو دفع موضوعي على أساس أنه يرمي إلا التصريح بأن الدعوى لا تستند على حق في الحالتين⁵.

ويرى الباحث أنه يمكننا النظر إلى المسألة من جانب آخر، إذ المشرع في نص المادة 90 قانون مدني وضع قاعدة وجوبية، و نص على (يجب أن ترفع الدعوى...) وهو على خلاف ذلك في نص المادة 101 التي نصت على أنه (يسقط الحق في إبطال العقد...) مما يستفاد منه أن هذه الأخيرة غير وجوبية في نظرنا وبالتالي عدم تعلقها بالنظام العام، ثم لم يتوقف المشرع في نص المادة 90 عند تقرير الوجوبية فقط، بل جعل من القاعدة في نظرنا قاعدة جوهرية فأردف الوجوب بالجزاء، وذلك بنصه على (... وإلا كانت غير مقبولة) وكل قاعدة جوهرية هي قاعدة من النظام العام هذا من جانب، ومن جانب آخر كما سبق بيان

¹ أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، بمقتضى قانون المرافعات الجديد رقم 13 لسنة 1968، وقانون الإثبات رقم 35 لسنة 1968، ط 15، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990، ص 123.

² عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، المرجع نفسه، ص 100.

³ عمر زودة، المرجع نفسه، ص 101.

⁴ أحمد أبو الوفا، المرجع نفسه، ص 233.

⁵ أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، بمقتضى قانون المرافعات الجديد رقم 13 لسنة 1968، وقانون الإثبات رقم 35 لسنة 1968، المرجع السابق، ص 230.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

ذلك أن مدة السنة تقررت لحماية استقرار المعاملات، فهي قاعدة لا ترتبط بمصلحة خاصة فحسب بل ترمي فوق ذلك لحماية مصلحة عامة، وكلما كنا بصدد قاعدة تحمي مصلحة عامة كلما كنا بصدد قاعدة من النظام العام يثيرها القاضي من تلقاء نفسه.

وخلاصة القول أن القاضي مقيد في قبول الدعوى بمدة سنة تبدأ من تاريخ إبرام العقد، وهي قاعدة جوهرية ينبني عليها قبول الطعن بالنقض، يثيرها القاضي من تلقاء نفسه، ويصرح بعدم قبول الدعوى لعدم قانونية المصلحة، ذلك أن النص القانوني الذي كان يحمي الحق في رفع الدعوى قد سحب حمايته عنها، فأصبحت المصلحة غير قانونية، وعدم قانونية المصلحة من النظام العام كما سبق بيانه.

ثانياً: التأكد من قيام عناصر الاستغلال: حدد المشرع مجموعة من العناصر التي تقوم بها نظرية الاستغلال كعيب من عيوب الإرادة، وأول هذه العناصر وجود عدم تعادل كبير في الالتزامات بين أطراف العقد المطعون فيه، ويضاف إلى ذلك أن يكون الشرط الأول ناتج عن ضعف في نفسية المتعاقد المغبون استغلها بسوء نية المتعاقد الآخر، فيمثل الشرط الأول العنصر المادي لنظرية الاستغلال، بينما يمثل الشرط الثاني والثالث العنصر النفسي لها، فندرس كل شرط استقلالاً عن الآخر.

فقرة 01- العنصر المادي: استعمل المشرع في نص المادة 90 عبارة المتعاقد المغبون، وعلى غير عادة المشرع لم يترك مجالاً للفقهاء لتعريف الغبن، وعرفه في نص المادة على أنه تفاوت كبير في التزامات أحد المتعاقدين بالنسبة لما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو بالنسبة للالتزامات المتعاقد الآخر، وهو بعبارة أخرى عدم تعادل في الأداءات بين ما يعطيه الموجب وما يقبله القابل أو العكس، أي بين القيمة المالية للفوائد والخدمات المتبادلة في العقد¹، وفي الحقيقة من الأمر فإن عملية التعاقد بطبيعتها لا تخلو من عدم تعادل في الأداءات، وكل متعاقد من حقه أن يحصل على أكثر فائدة بموجب العقد مقابل أقل قدر من الالتزامات، والمشرع يعلم ذلك جيداً فلم يقيم نظرية الاستغلال على أساس الغبن مطلقاً، بل اشترط أن يكون الغبن كبيراً، والتحقق من مقدار الغبن مبدئياً مسألة واقع للقاضي فيها مطلق السلطة التقديرية دون معقب عليه في ذلك من المحكمة العليا.

إن حق المتعاقد في المضاربة في التزاماته وحقوقه يفتح لنا الباب للحديث حول موقف المشرع بصدد الغبن المجرد، والذي لم يأخذ به كعيب من عيوب الإرادة، كما لم يأخذ به كقاعدة عامة تسري على كل العقود، وإنما أخذ به كحالة استثنائية في بعض العقود فقط كبائع العقار دون المشتري في نص المادة

¹ راجع في ذلك، أحمد إبراهيم حسن، الأصول التاريخية لنظرية الغبن الفاحش، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص 303-04/ توفيق حسين فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 215.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

358 قانون مدني وكذا المادة 415 قانون مدني المتعلقة بقسمة المال الشائع وفي الحالتين قام المشرع بتقدير مقدار الغبن بالزيادة على الخمس، دون أن يترك مجالا للقاضي لتقدير ذلك، والغبن هنا عيب قائم بذاته لا دخل للبواعث والحالة النفسية للمتعاقدين¹، فإذا ثبت الغبن كما حدده المشرع كان للمتعاقد البائع أن يرفع دعوى تكملة الثمن، وهذا الحل حل علاجي للغبن الناتج عن العقد، مبني على نظرة مادية، فإن تحققت كان للقاضي بناء على طلب البائع تكملة الثمن إلى خمس ثمن المبيع الحقيقية وقت العقد، كما تتقدم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من يوم انعقاد العقد²

وعلى كل فإن المشرع في نص المادة 90 خول القاضي سلطة تقديرية وفق ضوابط معينة في تحديد قيام العنصر المادي للاستغلال، كما لم يقصر المشرع نظرية الاستغلال على عقود المعاوضات دون عقود التبرع، وعلى هذا الأساس من الصعب الحديث عن اشتراط قيام العنصر المادي للاستغلال في عقود التبرع على أساس أن التعادل في الالتزامات والحقوق غير وارد بطبيعته في مثل هذه العقود، كما أن البحث في ضابط لسلطة القاضي في تقدير قيام العنصر المادي للاستغلال إذا نظرنا إليه من خلال ظاهر النص أمكننا القول أن القاضي له مطلق السلطة في تقدير التفاوت الكبير في التزامات أحد المتعاقدين، ولا يحده في ذلك ضابط، ويكفي القاضي أن يقتنع أن النسبة المتفاوتة مهما كانت صغيرة أو كبيرة كافية في نظره لقيام عيب الاستغلال ليكون له الحق في إعمال الجزاء الوارد في نص المادة 90، وبناء على هذه النظرة ليس للمحكمة العليا أن تبسط رقابتها على هذا التقدير طالما سبب القاضي قناعته في ذلك، ويكفيه في رأيها مجرد التسيب ليقى حكمه من النقض، غير أن هذه النظرة كما سبق القول لا تتجاوز ظاهر النص من جهة، كما أنها مبنية على مجرد فطنة القاضي ونزاهته.

وقد حاول جانب من الفقه الوقوف على مجرد فطنة القاضي ونزاهته في تقدير قيام عنصر الاستغلال، مبررين ذلك على أساس اعتبارات شخصية بحتة متعلقة بالقاضي، مطلقين يد القاضي كل الإطلاق في ذلك، إذ يرون أنه لا جدال في أن القاضي سيقدر بحرية تامة أفضل من تقدير المتعاقد، وأن القاضي الذي يقدر قيام العنصر المادي للاستغلال هو نفسه القاضي الذي يتولى في حياته اليومية تقدير الغلط الجوهري، والنية الحسنة، والباعث المشروع، والضرر الجسيم، وما إلى ذلك، كما أنه لا يجب أن نغفل على قصور التشريع في الإلمام بكل ما لا يمكن توقعه مما ينبغي معه افساح المجال للقاضي لسد

¹ علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، ص ص 230-231.

² المادة 395 قانون مدني (تسقط بالتقدم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من يوم العقد).

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

فجوات التشريع، ولا شك في أن القضاء سيصل إلى تقرير معايير يعتمد عليها القاضي في ذلك وهو ما تطمئننا به السوابق القضائية في هذا الشأن¹.

إن هذا الرأي في نظر الباحث غير مبني على أسس موضوعية، كما أن الركون لمجرد النزاهة، والفتنة، والثقة، وضرورة السلطة التقديرية المتعلقين بالقاضي يفتح مجالا كبيرا لإمكان تعسف القاضي، وتضارب الأحكام القضائية، كما يجعل مصير العقد معلق على مجرد حظ المتعاقدين المغبون في نظر دعواه من طرف قاضي فطن محل ثقة وخبرة، فخير من بناء النظرية على أسس شخصية بناءها على اعتبارات موضوعية، ولنا في نصوص القانون المدني ونهجه التشريعي ما يضبط هذه السلطة في التقدير، فكثيرا ما نص القانون في مثل هذه الحالات على مجموعة من الضوابط، فنص في المادة 65 والمادة 107 والمادة 111 وعديد المواد الأخرى على تقيد القاضي بالقانون والعدالة والعرف وطبيعة التعامل في أعماله لأحكام هاته المواد، وعدم نصه على ذلك في المادة 90 لا يعتبر تخليا عن هذه المبادئ خاصة في ظل نص المادة الأولى قانون مدني في فقرتها الثانية حيث نصت على أنه (وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف. فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة)، فهي ضوابط واردة على سلطة القاضي التقديرية في تقرير قيام العنصر المادي لنظرية الاستغلال، ويمكننا تتبعها من خلال ما يلي:

فيما يخص الاستناد لأحكام القانون في التحقق من قيام العنصر المادي للاستغلال، نص المشرع في نص المادة 358 على معيار مادي لتقدير الغبن المجرد في بيع العقار بمقدار ما يزيد على الخمس من الثمن الحقيقي للعقار أثناء العقد، وهو نفس ما قرره في نص المادة 415 بالنسبة لقسمة المال الشائع، والواضح من ذلك أن المشرع رغم حرصه على حماية مبدأ سلطان الإرادة، وحرية الأطراف في تحقيق مصالحهم من العقد وبالنسبة التي يرونها، إلا أنه رتب القابلية لتكملة الثمن إذا جاوز الغبن الخمس، وهو ما يفيد أن المشرع يرى أن تجاوز الغبن نسبة الخمس يعتبر غبنا فاحشا يجوز معه إعمال نص المادة 358، و415.

وعلى هذا الأساس يرى الباحث أن القاضي في تقديره لقيام العنصر المادي للاستغلال، يمكنه بل يجب عليه أن لا يهمل تقدير المشرع لمقدار الغبن الفاحش في نصوص القانون المدني، إذ بذلك يعطي أساسا قانونيا لمنطقية تقديره، خاصة أن المحكمة العليا كثيرا ما تراقب الترابط المنطقي بين تقدير

¹ توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص ص 197-201.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

القاضي والحل الذي يصل إليه¹، فإذا ما ثبت للقاضي أن التفاوت في الأداءات تجاوز الخمس من ثمن المعقود عليه حقيقة أثناء العقد، كان في غنا عن البحث في البواعث الشخصية بالنسبة للمتعاقد المغبون وأهمية واعتبار محل العقد بالنسبة له، فالمتعاقد مغبون في العقد سواء كان محل العقد ذا قيمة معنوية كبيرة بالنسبة لذاته النفسية، أو كان شيئاً عادياً لا تهم فيه إلا قيمته المادية.

كما يجب على القاضي أن يراعي العرف، والعدالة²، وكذا طبيعة التعامل في تقدير قيام العنصر المادي للاستغلال في حالة لم يسعفه المعيار القانوني في ذلك، ولا يكون ذلك إلا في حالة لم يبلغ الغبن مقدار الخمس سواء تعلق الأمر بعقد وارد على عقار أو على منقول، فطبيعة المعاملة الواردة على العقار تختلف عن المعاملة الواردة على المنقول من حيث تقدير قيمة الغبن، ولا شك في أن الغبن في بعض المنقولات ذات القيمة الصغيرة يكون فاحشاً بالنسبة لمحلها مهما كان ضئيلاً، كما أنه من العدالة في العقود الواردة على معقود عليه مرتفع القيمة ولو كان منقولاً أن نعتد بالغبن فيها مهما كان غير بالغ الفحش، ذلك أن الغبن اليسير فيها هو غبن فاحش إذا نظرنا إليه نظرة موضوعية.

وإذا كان الالتزام هو التزام بعمل فلا يمكن وضع مقدار مادي محدد لتقدير الغبن فيه، ويجب مقارنة التزام كل متعاقد بالنسبة لالتزام الطرف الآخر، أو مقارنة التزام المدين بالعمل مع موضوع العمل، ومن العدالة أن يكون الالتزام بالعمل معادلاً للعمل المطلوب القيام به.

يذهب جانب غير قليل من الفقه³ إلى أن تقدير الغبن يرجع لا إلى قيمة المعقود عليه بذاته، فنظرية الغبن الاستغلالي وإن كانت لا تقوم دون عنصر مادي إلا أن الاعتبار النفسي فيها دائماً يبقى ذا أثر ولا يمكن إهماله، وأن الغبن في العقود المشوبة بعيب الغبن الاستغلالي معياره شخصي، ينظر فيه للقيمة المعنوية للشيء محل الغبن في ذات المتعاقد المغبون، ونرى أن هذا الرأي ليس له ما يبرره في نص المادة 90

¹ راجع في ذلك خالد مساعدي، قصوري رفيقة، التمييز بين الواقع والقانون لتحديد نطاق رقابة المحكمة العليا على السلطة التقديرية للقاضي المدني، مرجع سابق، ص 1146 وما بعدها.

² نوه مشروع تعديل القانون المدني 10/05 إلى أن العدالة الاجتماعية تقتضي حماية الطرف الضعيف، بقولها (العدالة الاجتماعية كانت سبباً في معالجة القانون المدني وذلك بتوفير حماية للطرف الضعيف، حيث أخذ بعين الاعتبار المساواة الحقيقية للأطراف الاقتصادية، اجتماعية وثقافية، مستبعداً المساواة المجردة، وفي هذا الشأن أعيد النظر في أحكام الاستغلال والغبن) المدرسة العليا للقضاء، مديرية التكوين القاعدي، السنة الثالثة، 2005-2007، عرض أسباب القانون المدني المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ص 03.

³ راجع في ذلك كفل من، خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج 01، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 67/ محفوظ لعشب، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 185/ علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، مرجع سابق، ص 221/ أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، الدراسات البحثية في نظرية العقد، في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص 117/ أنور العمروسي، عيوب الرضا في القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 279.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

قانون مدني، التي تتحدث عن غبن مادي، وما المعيار الشخصي إلا سبب يؤدي للغبن المادي ولا يتعلق بمقدار الغبن بحد ذاته، ورغم عدم مسايرتنا لهذا الرأي إلا أنه لا يجب رفضه جملة واحدة، خاصة وأن المشرع لم يعطنا معيارا محدد لمقدار الغبن، فالقاضي يقدر مقدار الغبن على حسب كل حالة، وتقديره على أساس القيمة المعنوية للشيء في نفس المتعاقد المغبون ليست واردة في كل الحالات، وإلا لما أمكن اعمال نظرية الاستغلال على إطلاقها، وعلى أساس من ذلك وجب تعميم المسألة والتسهيل على القاضي والمتقاضي في آن معا، فإذا توفرت شروط الغبن المادي الناتج عن استغلال نفسي أدى إلا عدم تعادل في الالتزامات طبق القاضي أحكام المادة 90، وإن توافر غبن في قيمة الشيء في نفس المتعاقد بسبب استغلال نفسي كان الحكم كسابقه.

وعلى كل حال إذا تم تقدير الغبن على أساس من القيمة المعنوية للشيء محل الغبن عند المتعاقد المغبون، كان ذلك لا محال استناد للعدالة على أساس العدالة بمفهومها المطلق إذ من العدل ألا يغبن المتعاقد في شيء محل اعتبار لديه، كأن يمثل ارثا عائليا مثلا فكل غبن مهما كان يسيرا موضوعيا هو غبن فاحش في ذات المتعاقد المعنوية، وإضافة لذلك تكون العدالة في هذه الحالة ضابط قانوني يضبط سلطة القاضي في تقدير قيام العنصر المادي للغبن الاستغلالي.

إن الاستناد للضوابط المذكورة يراد به في الأساس فتح باب الرقابة على سلطة القاضي في التقدير، حتى لا ينفرد القاضي بتطبيق أحكام نظرية الاستغلال كما يحلو له، وفي نفس الوقت يكون المتقاضي على بينة من الأمر فلا يرفع دعواه على سبيل المقامرة ومجرد الحظ، ويكون للمحكمة العليا حق الرقابة على أعمال القضاء بصفتها المقوم لأحكامه.

فقرة 02- العنصر المعنوي: وضع المشرع ضابط مهم في قيام العنصر المعنوي للغبن الاستغلالي، وحصره في الطيش البين والهوى الجامح بعد أن كان قبل التعديل 10/05 يكتفي بالطيش أو الهوى دون اشتراط أن يكون هذا الطيش بينا ولا أن يكون ذاك الهوى جامحا، ويعود أصل المادة 90 قانون مدني للمادة 129 قانون مدني مصري التي استوجبت أن يكون الطيش بينا، والهوى جامحا، والتي خالفها المشرع أثناء وضعه للقانون المدني الجزائري بموجب الأمر 58/75 بعدم اشتراط ذلك، غير أن المشرع سرعان ما ندم على ذلك وتراجع عن مخالفة القانون المدني المصري واشترط أن يكون الطيش بينا، والهوى جامحا، وبالرجوع للأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري التي ناقشت المادة نقاشا مستفيضا، نجد من خلالها أن المشروع التمهيدي لم يكن يشترط درجة معينة للطيش والهوى، وتركت ذلك لتقدير القاضي، ثم راعت

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

الجنة أن تعدل عن هذا التوسع باشتراط أن يكون الطيش بينا والهوى جامحا¹، ولا نجد في عرض أسباب التعديل 10/05 ما يفيد في تبين دواعي تراجع المشرع واشتراط درجة معينة في ذلك إلا كلاما عاما يصب في خانة ضرورة العدالة الاجتماعية واستقرار المعاملات².

إن العنصر المعنوي لنظرية الاستغلال لا يتعلق فقط بالطيش البين والهوى الجامح، بل يشترط أن يستغل الطرف الآخر من العقد الحالة النفسية للمتعاقد المغبون³، والمسألة هنا مسألة متعلقة بالإثبات، وعلى الطرف الذي يدعي الاستغلال اثبات الطيش البين والهوى الجامح، إضافة إلى إثبات سوء نية المتعاقد الآخر، ويبقى للقاضي مطلق السلطة في تقدير هذا الدليل وهي مسألة واقع لا يقع فيها تحت طائلة النقض، فإن اقتنع بالدليل وقام في ذهن القاضي أن ما اعترى المتعاقد المغبون ناتج فعلا لا عن مجرد طيش فحسب وإنما ناتج عن طيش بين، واقتنع أن الهوى بلغ درجة من الجسامة فأصبح فاحشا، حكم لصالح المتعاقد المغبون، وإن لم يقتنع بذلك رفض الدعوى لعدم التأسيس.

ويهمنا في هذا الصدد لا البحث في أحكام نظرية الاستغلال فهذا خارج مجال الدراسة، إنما يهمنا الوقوف على ضوابط سلطة القاضي في تقدير قيام العنصر المعنوي للاستغلال، والحقيقة من الأمر أن الطيش إذا تم اثباته كان باثنا، ذلك أن المدعي لا يمكنه إثبات الطيش إلا من خلال أدلة واضحة منفصلة عن الدعوى محل النزاع، كأن يثبت تصرفات أخرى عديدة تبين طيش المتعاقد المغبون، كما أن الهوى إن أدى إلى تساهل المتعاقد المغبون في العقد لدرجة إبرام عقد تتفاوت فيه التزامات المتعاقدين كان هوى جامحا، والقاضي يجب أن يتأكد من أمرين في غاية الأهمية:

- أولها أن يتأكد من الترابط السببي بين العنصر المادي والمعنوي للاستغلال، بحيث يكون استغلال الطرف المتعاقد طيشا بينا، أو هوى جامحا في المتعاقد المغبون ما يؤثر في إرادته لدرجة إبرامه عقدا يختل فيه التوازن الاقتصادي المادي للعقد اختلالا كبيرا، وبالتالي يكون قد

¹ وزارة العدل المصرية، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 201.

² المدرسة العليا للقضاء، مديرية التكوين القاعدي، السنة الثالثة، 2005-2007، عرض أسباب القانون المدني المعدل والمتمم للأمر رقم 75-

58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ص 03.

³ محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،

2014، ص 98.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

استغل مركزا سيئا وجد فيه المتعاقد المغبون دفع به لقبول شروط ما كان ليقبل بها في الظروف العادية¹.

- أن يتأكد القاضي من أن الطرف الآخر سيء النية بحيث استغل الضعف النفسي للمتعاقد المغبون من أجل تحقيق فائدة لا تتناسب مع موضوع العقد، ويفترض لتحقيق ذلك أن يكون هذا المتعاقد عالما بهذا الضعف² بل يرى الباحث أن هناك إمكانية للطعن في العقد بعيب الاستغلال إن لم يكن المتعاقد الآخر عالما بالضعف النفسي، ولكنه من المفترض أن يعلم حتما بذلك كالصهر الذي يستغل في صهره هوى جامحا يكتنه لابنته بسوء نية ليحني فوائده ما كان ليحنيها لولا ذلكم الضعف.

ثالثا- ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في أعمال الجزاء المترتب عن قيام عناصر الاستغلال: إذا تأكد القاضي من قيام عناصر الاستغلال مع مراعاته الضوابط والشروط المحددة أعلاه، جاز له كما تقول المادة 90 قانون مدني (...جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد.) وعلى ذلك فالقاضي ليس له أن يعتمد مباشرة إلا توقيع الجزاء إذا ما ثبت عنده قيام عناصر الاستغلال إلا بناء على طلب المتعاقد المغبون (فقرة 01)، وتضيف الفقرة الأخيرة من ذات المادة (ويجوز في عقود المعاوضات أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن) وعليه فإن دور القاضي في أعمال جزاء الاستغلال في عقود المعاوضات سلبى، مقيد بطلب المتعاقد المغبون من جهة، وردة فعل الطرف الآخر من الجهة الثانية (فقرة 02).

الفقرة 01: التقيد بحدود الطلب القضائي: نصت المادة 90 قانون مدني أن القاضي ليس له أن يعتمد إلى إبطال العقد أو إنقاص التزامات المتعاقد المغبون إلا بناء على طلب من هذا الأخير، وقد نصت المادة 25 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها الأولى على أنه (يتحدد موضوع النزاع بالادعاءات التي يقدمها الخصوم في عريضة افتتاح الدعوى ومذكرات الرد.) والدعوى الناشئة عن وقائع الغبن الاستغلالي لا تخرج عن كونها دعوى إبطال أو دعوى إنقاص، وفي حال لم يحدد المدعي طلبه القضائي لم تقبل شكلا دعواه لعدم تحديد الطلب القضائي بموجب الفقرة 05 من المادة 15 قانون إجراءات مدنية

¹ الشيباني علي غانم احمد، نحو تنظيم قانوني لعيب الاستغلال كعيب من عيوب الإرادة في القانون المدني الأردني والقانون المدني اليمني، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في القانون الخاص، قسم القانون المقارن، كلية الدراسات العليا، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان، الأردن، 2018، ص 70.

² بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ط 03، ج 01، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1955، ص 131.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

والادارية، والقاضي يتقيد بحدود الطلب القضائي فلا يحكم بما لم يطلب ولا بأكثر مما طلب وهذه القاعدة ينبنى على مخالفتها الطعن بالنقض بموجب المادة 358 من ذات القانون.

فالقاضي كما تقدم ليس له أن يبادر إلى أعمال جزاء ثبوت الاستغلال إلا إذا طلبه المتعاقد المغبون، غير أن الفقه مجمع على أن القاضي وإن كان يتقيد بطلب المتعاقد المغبون فهذا لا يعني أن يتقيد بالجزاء الذي يطلبه، فقد يطلب الإبطال ويرى القاضي أن الإنقاص بدلا منه¹، فإذا تبين للقاضي أن الاستغلال بلغ حدا من الجسامة أفسد فيها رضا المتعاقد المغبون لدرجة أنه ما كان ليبرم العقد لولا الاستغلال أجابه بإبطال العقد، أما إذا رأى أن الاستغلال لم يبلغ هذه الدرجة في إفساد رضائه، وأنه كان يبرم العقد لو لا بهاضة التزاماته حتى مع الاستغلال، رفض طلب الإبطال واكتفى بالإنقاص²، وعلى كل حال فالقاضي كما سلف لا يحكم بأكثر مما طلب، ولكن له مطلق السلطة في الحكم بأقل مما طلب، والإنقاص دائما أقل من الإبطال، وعلى ذلك ليس للقاضي أن يعتمد إلى إبطال العقد إذا طلب المتعاقد المغبون مجرد الإنقاص، وإلا عرض حكمه للنقض على أساس الحكم بأكثر مما طلب.

الفقرة 02- توقي الإبطال: تنص الفقرة الأخيرة من المادة 90 على أنه (يجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن). فالأصل أن القاضي لا يمكنه أن يعتمد لزيادة التزامات أحد أطراف عقد المعاوضة أو كليهما إلا بناء على نص قانوني يخوله ذلك، وليس له أن يعتمد للزيادة من تلقاء نفسه، غير أنه يمكن عرض الزيادة على الطرف الآخر لحماية العقد من الإبطال³، خاصة أن نظرية الاستغلال وإن كانت تعتبر عيبا من عيوب الرضا، إلا أنها قررت لحماية استقرار المعاملات، ولا يشكل عرض القاضي الزيادة إخلال بحياده ما احترام حق الخصوم في الإثبات في حدود القانون⁴، على أن يقتصر القاضي في نظرنا على عرض الزيادة دون أن يحدد مداها وإلا كان في ذلك زيادة لا مجرد عرض، هذا كله في حدود عقد المعاوضة دون عقود التبرع.

وسواء عرض الطرف الآخر الزيادة أو عرضها القاضي وقبلها المتعاقد، كان للقاضي حرية تقدير مدى كفايتها لرفع الغبن الحاصل في العقد، وإن كان للقاضي سلطة واسعة في ذلك⁵، إلا أن الباحث يرى أن القاضي حتى في تقدير الزيادة مقيد بأن لا يخرق مبادئ العدالة، وطبيعة التعامل، وأحكام القانون

¹ إبراهيم بن حديد، السلطة التقديرية للقاضي المدني، مرجع سابق، ص 130.

² عبد الحميد الشواربي، البطلان المدني، مرجع سابق، ص 642.

³ توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال، المرجع السابق، ص 342.

⁴ عمر زودة، الإثبات في المواد المدنية في ضوء أحكام القضاء وآراء الفقهاء، ط 01، دار بلقيس، الجزائر، 2023، ص 13.

⁵ علي فيلال، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 228.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

كما تقدم بيانها عند دراسة العنصر المادي للاستغلال، وإلا كان في ذلك توجيه للعقد نحو الإبطال، فتقدير مدى كفاية الزيادة هو تقدير نابع من تقدير سابق لمدى الغبن الحاصل في العقد، ويجب أن يخضع دائما لمعايير محددة ولا يترك لمجرد فطنة القاضي وحظ المتقاضي، وبنفس الضوابط التي حددناها أثناء دراسة قيام العنصر المادي للاستغلال.

المطلب الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في تعديل العقد أثناء مرحلة التنفيذ.

إن أهم قاعدة على الإطلاق في مجال العقود هي القاعدة التي تقرر أن العقد شريعة المتعاقدين، وهي قاعدة مقررة للعقد بعد انعقاده ولا تمتد للمرحلة السابقة على تكوينه، غير أنها لا تؤخذ على إطلاقها، إذ كثيرا ما يتدخل المشرع لترسيخها وإعمال الجزاء في حال مخالفتها، ولكنه في أحيان أخرى يتدخل المشرع لا لتقويتها بل للحد منها والخروج عليها في الحالات التي تقتضي ذلك، ومن أهم تطبيقاتها نظرية الظروف الطارئة، التي عالجها المشرع في نص الفقرة الثالثة من المادة 107 قانون مدني التي منحت سلطة للقاضي في ظروف محددة إزالة إرهاب المدين، وفي نفس الوقت قيد سلطة تقديره بضوابط معينة وحدود محددة، للحفاظ على التوازن بين مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ التوازن الاقتصادي للعقد (الفرع الأول)، كما أن سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة تنفيذه لا تقتصر على إعمال جزاء نظرية الظروف الطارئة، بل له في مواضع عادية غير استثنائية أن يتدخل بتعديل العقد من حيث أجله فيمنح المدين ما يسمى بنظرة الميسرة، كما له سلطة تقديرية في منح أجل في ظروف معينة لحماية العقد من الفسخ (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في تعديل العقد بسبب الحوادث الاستثنائية العامة.

نظرية الحوادث الاستثنائية العامة أو ما يطلق عليه فقها بنظرية الظروف الطارئة أحد أكثر النظريات جدلا من بين نظريات القانون لما يثور حولها من خلاف بين مؤيد ومعارض، ولعل أكبر دليل على ذلك رفض المشرع الفرنسي التنصيص على أحكامها في قانون نابليون رغم عديد التعديلات التي مسته منذ 1804 إلى غاية 2016 أين رضح المشرع الفرنسي أخيرا وضمها في نص المادة 1195 من القانون 131 لسنة 2016، وقد جاء في التقرير المقدم لرئيس الجمهورية الفرنسي حول المبررات التي دعت لإصلاح القانون المدني الفرنسي التالي (L'article 1195 constitue quant à lui l'une des innovations importantes de l'ordonnance, puisqu'il introduit l'imprévision dans le droit des contrats français, notion bien connue en jurisprudence administrative. Il répond expressément au 60 de l'habilitation autorisant le Gouvernement à prévoir « la

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

possibilité pour celles-ci [les parties au contrat] d'adapter leur contrat en cas de changement imprévisible de circonstances ». La France est l'un des derniers pays d'Europe à ne pas reconnaître la théorie de l'imprévision comme cause modératrice de la force obligatoire du contrat¹.)

إن هذا الخلاف حول الأخذ بالنظرية أو عدمه غير مطروح عندنا في الجزائر التي أخذت صراحة بالنظرية، إلا أن هناك خلاف يدور حول تفسير نص المادة 03/107 مما يجعل من تحديد ضوابط سلطة القاضي التقديرية في تطبيق المادة أمر بالغ الأهمية وهو ما سنعالجه من خلال هذا المطلب.

أولاً: المقصود من نظرية الظروف الطارئة: تنص الفقرة الثالثة من المادة 107 على (غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يكن مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك).

01: تعريف نظرية الظروف الطارئة: يجمع الفقه على تعريف واحد تقريباً، مفاده أن الظرف الطارئ هو كل حادث عام لاحق على تكوين العقد، يقابله في الفقه الإسلامي الآفة السماوية، أو الجائحة أو النازلة أو كل عذر في بقائه ضرر على أحد المتعاقدين كمرض مانع أو خوف مانع²، أو هي الأحوال النازلة العظيمة التي لا يعرف من أين أتت ولا كيف حدثت³، كما عرفها آخرون بأنها واقعة ذات صفة عامة غير متوقعة تخل بالتوازن الاقتصادي للعقد⁴.

من خلال نص المادة 03/107 نجد أن المشرع استعمل عبارة حوادث، والمقصود بالحوادث الواقعة المادية البحتة التي لا تدخل في تكوينها الإرادة، فهي واقعة مادية طارئة، ويقال في اللغة العربية حلت بهم الطوارئ أي المصائب والدواهي، ويقال طراً الأمر أي حدث بعد أن لم يكن، حدث فجأة⁵، والمقصود من

¹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JOURNAL OFFICIEL DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE n° 0035 du 11/02/2016, P14.

² فضل شاكر النعيمي، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، مطبعة دار الجاحظ، بغداد، 1969، ص22.
³ طلعت يوسف خاطر، الظروف الطارئة في قانون المرافعات، دراسة تأصيلية مقارنة، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، مج 04، ع 01، سنة 2018، ص 08.

⁴ سعاد عاشور، مقترح في نظرية الظروف الطارئة، مجلة القانون والاعمال، عدد 20 نوفمبر 2018، ص 190.

⁵ <https://n9.cl/jx8ys> تاريخ الدخول 2024/10/23 على الساعة 16:30.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

الحوادث في نص المادة السالفة الذكر الواقعة المادية المفاجئة، التي تطرأ على الالتزام التعاقدي فتجعل في تنفيذه إرهاباً للمدين بحيث تخل بالالتزامات كما تعاقد عليها الطرفين عند تكوين العقد إخلالاً يصيب المدين بخسارة فادحة في حال تنفيذه للالتزام، كما أن الملاحظ أن المادة تستثني الحالة التي يكون فيها تنفيذ الالتزام مستحيلاً، وتقف في منطقة قريبة من الاستحالة غير أنها ليست هي، فالمدين لا يستطيع أن يتخلص من العقد فتنفيذه غير مستحيل، كما أنه لا يستطيع تنفيذه إذ يلحق به خسارة فادحة تخرج عن المألوف، أو على الأقل تخرج به من الظروف التي بنى عليها تصوره للعقد أثناء الإبرام لترسو به في ظروف مختلفة تماماً وآثار لم يتوقعها وما كانت إرادته لتقبل بها لو توقعها، فهل من العدالة أن يلزم المتعاقد بعقد تغيرت بصفة مفاجئة آثاره، ولم تكن إرادته سبباً في هذا التغير الذي أدى إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد إخلال كبيراً بسبب واقعة مادية لم تكن ممكنة التوقع ولا الدفع؟

إن الإجابة على هذا السؤال مضمنة في نص المادة 03/107 التي أجازت للقاضي أن يتدخل في العقد بتعديل الالتزام المرهق ورده للحد المعقول ولكن بشروط وضوابط محددة ندرسها من خلال الفقرة التالية.

ثانياً: ضوابط تدخل القاضي في العقد بتطبيق نظرية الظروف الطارئة: خولت المادة 03/107 للقاضي مكنة التدخل بتعديل العقد في حالة بروز حوادث استثنائية عامة، وذلك بضوابط وقيود أملت لها خطورة هاته المكنة لما تعصف به بمبدأ القوة الملزمة للعقد، أولها أن يكون الالتزام تعاقدياً (فقرة 01)، وأن يكون الطرف الطارئ حادثاً استثنائياً عاماً (فقرة 02)، يجعل من تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين (فقرة 03)، وفي حدود رد الالتزام المرهق للحد المعقول تبعاً للظروف مع مراعات مصلحة الطرفين (فقرة 04).

الفقرة 01: ان يكون الالتزام تعاقدياً: يذهب جانب من الفقه إلى أن أول ضابط يحد يقيد القاضي في أعماله لنظرية الظروف الطارئة أن يكون الالتزام تعاقدياً، أي أن يكون الالتزام ناشئاً عن عقد وقد نصت المادة 03/107 صراحة على ذلك بقولها (...أن تنفيذ الالتزام التعاقدي...) فيستبعد من نطاق تطبيق النظرية الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، والناشئة عن الفعل النافع، والناشئة عن القانون، غير أن السؤال المطروح هل تطبق النظرية على كل أنواع العقود؟ وهل يشترط في تطبيقها شرط المدة؟

تنقسم العقود إلى عدة تقسيمات من بينها التقسيم الذي يميز بين العقود المحددة والعقود الاحتمالية، والعقد الاحتمالي هو العقد الذي لا يعرف فيه المتعاقد عند التعاقد مقدار ما يعطي ومقدار ما يأخذ¹، وقد نصت المادة 02/57 قانون مدني على (إذا كان الشيء المعادل محتويًا على حظ ربح أو خسارة

¹ علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، مرجع سابق، ص72.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

لكل واحد من الطرفين على حسب حادث غير محقق فإن العقد يعتبر عقد غرر)، وقد ذهب الأستاذ Esmein إلى عدم جواز تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود الاحتمالية وعقود المضاربة¹، ذلك أن الأساس الذي تقوم عليه النظرية هو اشتراط عدم توقع الحادث الاستثنائي²، والعقد الاحتمالي يقوم على المقامرة في الربح والخسارة ومن طبيعته أنه من غير الممكن للمتعاقدين تحديد أو توقع مقدار ما قد ينتهي عليه العقد، فلا يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود التأمين مثلاً.

أما فيما يخص شرط المدة فالسواد الأعظم من الفقه يشترط أن يكون العقد متراخي التنفيذ³، أي أن نطاق تطبيق النظرية يشمل العقود الزمنية سواء كانت عقود مستمرة كالإيجار أو ذات طبيعة تنفيذ دورية كعقد التوريد، وكذا العقود المضاف تنفيذها لأجل، غير أننا نصطدم برأي يشذ عن القاعدة يقول به الأستاذ العلامة عبد الرزاق أحمد باشا السنهاوري حيث يرى أن الأساس الذي تقول عليه النظرية هو طرؤ حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وقت التعاقد، والعقد إذا لم يكن متراخ⁴ وطرأت مع ذلك حوادث استثنائية عامة عقب صدوره مباشرة وإن كان ذلك لا يحدث إلا نادراً فليس هناك ما يمنع من تطبيق النظرية، ولهذا أثر القانون المصري السكوت عن هذا الشرط⁵، ونحن نوافق رأي الأستاذ السنهاوري لاعتبارين، الأول أن رأي الأستاذ ولو انفرد يعتبر حجة، ذلك أنه الشخص الذي أسندت

¹ عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة، دراسة تاريخية ومقارنة للنظرية في الشريعة الإسلامية والشرائع الأوروبية وتطبيقات النظرية في تقنينات البلاد العربية، دار الفكر، 1971، ص 121، عن بلانيول، ايسمن (الالتزامات) ج 01، فقرة 397.

² عبد السلام الترماني، المرجع نفسه، ص 120.

³ راجع في ذلك بوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 245-246. علي فيلال، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 396. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص 305/ أحمد سليمان شبيب السعداوي، جواد كاظم جواد سميسم، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة بالقوانين المدنية والفقه الإسلامي، ط 02، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، لبنان، 2017، ص 198. محمد علي البدوي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ط 02، منشورات الجامعة المفتوحة، دون بلد نشر، 1993، ص 170/ عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص 132، والذي يرى أنه ليس هناك خلاف في الفقه والاجتهاد القضائي في ذلك.

⁴ تأخذ محكمة النقض المصرية بهذا الشرط في قرار لها تقول فيه (...كما يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ألا يكون تراخي تنفيذ الالتزام إلى ما بعد وقوع الظرف الطارئ راجعاً إلى خطأ المدين إذ لا يجوز له أن يستفيد في هذه الحالة من تقصيره). الطعن رقم 16010 لسنة 85 قضائية، صادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 2016/12/08 <https://n9.cl/679uqq> / وهو نفس ما ذهب إليه المحاكم الأردنية بقولها (وباستقراء نظرية الظروف الطارئة التي أوردها المشرع ضمن المادة (205) من القانون المدني نجد أن هنالك شروط معينه ينبغي توافرها لتطبيق حكم المادة سالقة الذكر وهي:

أولاً: أن يكون العقد المراد اعمال النظرية في شأنه من العقود المتراخية التنفيذ سواء كان العقد من أصل طبيعته من عقود المدة أي من العقود المستمرة أو الدورية أو كان من العقود الفورية ولكن كان تنفيذه مؤجلاً). حكم رقم 4234 لسنة 2021، محكمة بداية حقوق عمان بصفتها الإستئنافية، صادر بتاريخ 2021/09/05، ملحق رقم 02.

⁵ عبد الرزاق أحمد باشا السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 642-643.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

له مهمة وضع القانون المدني المصري¹، وعلى ذلك يفترض أن تفسيره لنية المشرع أثناء وضعه لنص المادة 147 قانون مدني مصري الأقرب للصحة، أما الاعتبار الثاني فإنه وإن كانت طبيعة النظرية تفترض زمنا بين الانعقاد والتنفيذ فإنه من جهة لا يمكن نفي أن العقود مهما كانت فورية يوجد فيها زمن بين الانعقاد والتنفيذ ومن الصعب تخيل عقد يبرم وينفذ في ذات اللحظة عدا العقود العينية، ومن جهة أخرى القول بأن نطاق النظرية لا يكون إلا في العقود الزمنية والعقود الفورية المؤجلة يفتقد للأساس القانوني، إذ نص المادة جاء عاما لم يستثنى ولم يحدد عقدا على وجه التخصيص.

ويرى الباحث أن شرط المدة لا يمكن الأخذ به لما فيه من تحميل للنص أكثر مما يحتمل، وإن كان الإستناد لطبيعة الحوادث الاستثنائية العامة لاستثناء عقد معين من نطاق تطبيق النظرية، فإننا لا نجد أمانا إلا العقود العينية، والعقد العيني هو العقد الذي لا يكفي فيه مجرد التراضي للإنعقاد بل يجب فوق ذلك أن يتم التسليم، فالتسليم ليس شرطا في العقد بل هو ركن فيه، والركن هو ما يدخل في حقيقة الشيء وماهيته فيلزم لوجوده الوجود ويلزم لانعدامه العدم، فإذا ما تم التسليم انعقد العقد ونفذ في ذات الوقت، فإن حدثت ظروف استثنائية عامة حالت دون التسليم تكون بدهة قد حالت دون الانعقاد، ولا مجال لتطبيق النظرية على المعدوم.

وخلاصة ما تقدم أن القاضي لا يمكنه إعمال نظرية الظروف الطارئة إلا في الالتزامات المتولدة عن العقد، كما لا يمكنه إعمالها في العقود الاحتمالية والعينية لأن هذه العقود تتأبى ذلك بطبيعتها.

فقرة 02: أن يكون الظرف الطارئ حادثا استثنائيا عاما: يشترط أن يكون الحادث استثنائيا أي طارئا، وقد عرف الحادث الاستثنائي على أنه الحادث الذي لا يندرج في عداد الحوادث التي تتعاقب وتقع وفقا لنظام معلوم²، وقد تقدم بنا القول أن الحادث الاستثنائي هو واقعة مادية لا يعرف من أين أتت ولا كيف حدثت، غير أنه لا يكفي أن يكون حادثا استثنائيا فقط بل لابد أن يكون عاما، والمقصود من ذلك ألا يكون خاصا بالمدين فحسب كإفلاسه، ومرضه، وتعطل مصنعه، فيشترط ليعتبر الحادث عاما أن يشمل طائفة معينة من الناس³، كالزلازل، والحروب، والابوئة⁴، وقد ذهبت محكمة النقض المصرية

¹ وزارة العدل، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 07.

² عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج 01، المطبعة العالمية القاهرة، القاهرة، 1962، ص 548.

³ فؤاد محمد عوض، دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008، ص 232.

⁴ راجع في ذلك كل من عبد الرزاق وهبة سيد أحمد، مدى سلطة القاضي في تعديل العقد في ظل جائحة كورونا واحترام مبدأ سلطان الإرادة، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الرافدين للحقوق، مج 22، عدد 79، السنة 24 من سنة 2022، ص 13/ صلاح خمس بركة، الاستثناءات الواردة على القاعدة العامة للعقود، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الفقه الإسلامي والقانون، قسم الفقه المقارن، كلية =

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

للقول (أن الحادث الطارئ على ما جرى به قضاء هذه المحكمة، من حيث طبيعته وحتى يكون حادثاً استثنائياً عاماً، مناطه أن يكون غير ممكن التوقع، ويخرج عن المألوف، ونادر الوقوع، مما اقتضاه انصراف أثره إلى عدد كبير من الناس¹).

كما ذهب محكمة التمييز الأردنية في قرار لها أكثر وضوحاً للقول (وعن ذلك فإن حوادث المركبات وأعطالها وشطبها لا تشكل حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ويترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى الذي التزمت به المدعية مستحيلاً أو مرهقاً لها بحيث يهددها بخسارة فادحة، لأن مثل هذه الحادث متوقع ولا يمكن اعتباره حادثاً استثنائياً، إذ يشترط لتحقيق أن الحادث طارئ أن يكون الحادث استثنائياً عاماً كالفيضانات والزلازل وأن لا يكون في الوسع توقعه وأن يترتب عليه إرهاب المدين أو أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً، وعليه فإن حوادث المركبات وأعطالها وشطبها لا تشكل حوادث طارئة ولا محل لإعمال نظرية الظروف الطارئة²).

ولا يكفي في الظرف الاستثنائي أن يكون عاماً، بل يجب فوق ذلك أن يتسم بميزتين، ميزة عدم إمكانية توقعه (أ)، وميزة عدم إمكانية دفعه (ب).

أ- شرط عدم التوقع: يشترط في الحادث الاستثنائي أن يكون من غير الممكن توقعه، فلو أمكن توقعه لما جاز للقاضي أن يتدخل في العقد لرد الالتزام المرهق للحد المعقول، وقد نصت على هذا الضابط صراحة المادة 03/107 قانون مدني بقولها (غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها...) وهو نفس ما نصت عليه المادة 03/561 بقولها (على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد...) وهو نفس ما نصت عليه المادة 1195 قانون مدني فرنسي³، وهو أهم شرط تمتاز به نظرية الظروف الطارئة، حتى أن مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري أطلقت على النظرية مبدأ الطوارئ

=الدراسات العليا شريعة وقانون، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2006، ص269/ أحمد ديهوم، الظروف الطارئة ودورها في تعديل الالتزام العقدي، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، مج 07، ع 02، سنة 2011، ص 08.

¹ الطعن رقم 2497 لسنة 66 قضائية، محكمة النقض المصرية، الدائرة المدنية، صادر بتاريخ 2011/03/23. <https://n9.cl/cboim2>.

² الحكم 4781 لسنة 2014، محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية، صادر بتاريخ 2015/03/16. <https://n9.cl/4cdby>.

³ Article 1195, Ordonnance n°2016-131, du 10/02/2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°35, du 11/02/2016, p. 136.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

الغير متوقعة بقولها (وقد استحدث المشروع في الفقرة الثانية من المادة 213 حكما بالغ الأهمية إذ استثنى مبدأ الطوارئ غير المتوقعة¹).

ومسألة تحديد التوقع من عدمه ترجع في العادة إلى تكرار الحادث وندرة حدوثه في علاقة عكسية، فكلما تكررت الواقعة المادية في عرف الناس كان الحادث متوقعا والعكس بالعكس²، وهذا الشرط يراد من ورائه إقامة افتراض تقصير المدين في أداء التزامه في حال كان الحادث متوقعا أمكن للمدين اتخاذ احتياطاته لتوقي آثار ذلك عند التعاقد، غير أنه لا يكفي أن يكون الحادث قد وقع في الماضي لاكتسابه صفة الحادث المتوقع، فقد يقع الحادث في الماضي ورغم ذلك يبقى محتفظا بخصيصة الحادث الغير متوقع³ كالزلازل مثلا، وكالوباء العام على البلاد، ومعيار عدم التوقع ينظر له نظرة موضوعية، حيث يجب أن يكون الحادث غير متوقع من جانب أشد الناس يقضه⁴.

غير أن محكمة النقض المصرية تذهب في قرار لها إلى اشتراط معيار الرجل العادي حيث جاء في قرار لها⁵ (... أن قوام نظرية الظروف الطارئة في نص المادة 147 من القانون المدني هو أن يكون الحادث استثنائيا وغير متوقع الحصول وقت انعقاد العقد، والمعيار في توافر هذا الشرط معيار مجرد مناطه ألا يكون في مقدور الشخص أن يتوقع حصوله لوجود ذات الظرف عند التعاقد، دون ما اعتداد بما وقر في ذهن هذا المدين بالذات من توقع الحصول أو عدم توقعه، وأن البحث فيما إذا كان الحادث طارئ هو مما في وسع الشخص العادي توقع أو أنه من الحوادث الطارئة هو مما يدخل في سلطة قاضي الموضوع طالما أقام قضاؤه على أسباب مؤدية إلى ما انتهت إليه...).

ب- غير ممكن الدفع: الواقعة المادية الطارئة لا يشترط فيها أن تكون غير ممكنة التوقع فحسب، بل يجب فوق ذلك أن تكون غير ممكنة الدفع، فإن أمكن توقعها وأمكن مع ذلك دفعها لا يجوز للقاضي إعمال نص المادة 03/107، وقد قررت المحكمة العليا ذلك بقولها في قرار لها⁶ (... ولكي يكون كذلك، يوجب المطعون ضده أن يثبت أن المؤسسة قد أقفلت أبوابها نهائيا وتوقفت عن النشاط بسبب قوة القاهرة، أو

¹ وزارة العدل المصرية، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج 02، مرجع سابق، ص 280.

² حيدر يوسف عزيز عبد الرضا، يوسف عودة غانم، نظرية الظروف الطارئة وسيلة لمواجهة جائحة كورونا، مجلة دراسات البصرة، ع 44، لسنة 17، 2022، ص 273.

³ حسن السوسني، مفهوم القوة القاهرة في القانون الانكلوأمريكي، الأزمة الصحية نموذجا، محلة المناة للدراسات القانونية والإدارية، عدد 35، يونيو 2021، ص 377.

⁴ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 878/ نبيل إسماعيل عمر، السلطة التقديرية للقاضي، مرجع سابق، ص 314.

⁵ الحكم رقم 11112 لسنة 79 قضائية، الغرفة المدنية، صادر بتاريخ 2018/02/26، <https://n9.cl/a3ja9>.

⁶ ملف رقم 534176، الغرفة الاجتماعية، صادر بتاريخ 2009/12/03، مجلة قضائية عدد 01، لسنة 2011، ص 169.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

حالة عرضية أعمل الحاكم، بمعنى أن يكون سبب إنهاء النشاط مفاجئاً وغير متوقع، لا يمكن تفاديه أو مقاومته أو التحكم فيه (...).

فقرة 03- أن يترتب عن الحادث إرهاب للمدين في حالة تنفيذ الالتزام: وهنا يبرز الفرق بين نظرية الظروف الطارئة التي تنص فيها المادة 03/107 على (غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة...)، ونصت المادة 307 قانون مدني التي جاءت في القسم الثاني تحت عنوان استحالة الوفاء في الفصل الثالث تحت عنوان انقضاء الالتزام دون الوفاء به حيث نصت على (ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي عن إرادته.)، كما نصت المادة 176 قانون مدني على (إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه).

باستقراء المواد السالفة الذكر يتبين لنا أن الفرق الجوهرى بين نظرية الظروف الطارئة ونظرية القوة القاهرة، أن السبب الأجنبي في هذه الأخيرة يقضى الالتزام إذ يجعله مستحيل التنفيذ، بينما في الأولى يبقى الالتزام ممكن التنفيذ إلا أنه يرهق المدين وذلك بتهديده بخسارة فادحة، وذلك رغم أن القوة القاهرة والحوادث الاستثنائية العام كلاهما وقائع مادية طارئة لا يمكن توقعها ولا دفعها غير أن القوة القاهرة لا يشترط فيها أن تكون حادثاً استثنائياً عاماً في كل الأحوال¹، ومنه يمكننا تعريف القوة القاهرة على أنها حادث غير متوقع الحدوث، غير ممكن الدفع يجعل من تنفيذ الالتزام مستحيلاً²، أو هي حدث خارج عن إرادة المتعاقدين وغير متوقع، يمتنع معه بصورة مطلقة تنفيذ العقد بكامله أو أحد التزاماته³.

¹ وحيث لم تأخذ محكمة الاستئناف باعتبار إصابة المميز وبتر ساقه قوة القاهرة وأن أثر القوة القاهرة هو انقضاء الالتزام المقابل وانفساخ العقد وليس ما يطالب به المميز برد الالتزام إلى أدنى مستوياته وأن موضوع رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول وارد في المادة 205 من القانون المدنى (والتي تنص على) إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول أن اقتضت العدالة ذلك (وأن إعمال أحكام هذه المادة يقتضي وقوع حوادث استثنائية عامة وأن إصابة المميز وبتر قدمه لا يعتبر من الحوادث الاستثنائية العامة فتكون أسباب التمييز المذكورة مستوجبة الرد، راجع في ذلك قضية رقم 1852، محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية، قرار صادر بتاريخ 2022/09/20، <https://n9.cl/iala3>.

² Conseil d'Etat, du 29 Janvier 1909, 17614, publié au recueil lebon.

³ محفوظ عبد القادر، فيروس كورونا بين القوة القاهرة والظروف الطارئة، مجلة الدراسات الحقوقية، مج 08، ع 01، سنة 2021، ص 30.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

ومعيار إرهاب المدين حددته المادة 03/107 بتهديده بخسارة فادحة، يقع تحت سلطة تقدير محكمة الموضوع¹، وقد ذهبت محكمة النقض المصرية في قرار² لها إلى أنه (...لما كان ذلك، وكان توافر الإرهاب الذي يهدد بخسارة فادحة أو عدم توافره من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع دون رقابة عليه في ذلك من محكمة النقض مادام استخلاصه سائغا ومستمدا مما له أصله الثابت في الأوراق)، فقاضي الموضوع له السلطة المطلقة في تقدير مدى فداحة الإرهاب على أن يكون استخلاصه سائغا، ويؤدي منطقاً للنتيجة التي توصل إليها، فليس للقاضي أن يقرر عدم توافر شرط عدم إمكان التوقع ومع ذلك يقرر وجود التزام مرهق ويرده إلى الحد المعقول، كما نرى أن المحكمة العليا وإن كانت تعتبر هذه المسألة مسألة واقع إلا أنها تراقب مدى منطقية تقدير محكمة الموضوع للإرهاب.

فقرة 04- كيفية رد الالتزام المرهق للحد المعقول وضوابطه: نصت المادة 03/107 على (...جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق للحد المعقول...)، يقع نطاق سلطة القاضي في رفع الإرهاب إلى درجة المعقولة (أ) وذلك تبعا للظروف ومع مراعات مصلحة الطرفية (ب).

أ-رد الالتزام المرهق للحد المعقول: اختلف الفقه الجزائري اختلافا شديدا في كيفية رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، جانب يذهب إلى أن رد الالتزام المرهق يكون إما بزيادة التزامات الدائن أو بإنقاص التزامات المدين (الرأي الأول)، بينما يذهب اتجاه آخر يتزعمه الأستاذ علي فيلاي والأستاذ نورالدين لمطاعي إلى أن رد الالتزام المرهق لا يكون إلا بإنقاص التزامات الدائن (الرأي الثاني).

الرأي الأول: يذهب معظم الفقه المصري ومن بينهم الأستاذ السنهوري³ ويوافقهم في ذلك جانب من الفقه الجزائري⁴، إلى جواز الزيادة كما الإنقاص، حيث يرون أن القاضي إذا ما توافرت أمامه شروط الأخذ بالنظرية فتحت أمامه عدت خيارات، إما أن يوقف تنفيذ العقد مدة معينة ربما تنجلي الحوادث الاستثنائية وينجلي معها الإرهاب، وإما أن ينقص في التزاماته حتى يرفع الإرهاب، وإما أن يزيد في الالتزام المقابل حتى يرفع الإرهاب.

¹ علي عادل محمد، العذر الطارئ في عقد الإيجار وطبيعة علاقته بنظرية الظروف الطارئة، دراسة مقارنة، journal sharaia and law، ع 65، سنة 30، يناير 2016، ص 72.

² الطعن رقم 9726، لسنة 85 قضائية، الدائرة المدنية، دائرة الإثنين (د) المدنية، صادر بتاريخ 2016/07/31، <https://n9.cl/m8c8t>.

³ راجع في ذلك عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 647/عبد الرزاق وهبة أحمد، المرجع السابق، ص 19.

⁴ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 309.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

الرأي الثاني: يذهب إلى أنه ليس للقاضي إلا أحد أمرين، أن يوقف التنفيذ بمنح أجل لعل الحادث الاستثنائي ينجلي، وينجلي معه الإرهاق¹، وإما أن ينقص التزامات المتعاقد المرهق وهو المدين، ويرفضون الزيادة بحجة أن عبارة (...رد الالتزام المرهق...) الواردة في نص المادة 03/107 تعود على المدين إذ المدين هو المهدد بخسارة فادحة وليس الدائن، كما أن المشرع لم يذكر عبارة زيادة في نص المادة السالفة الذكر، ولو أراد الزيادة لذكرها صراحة كما فعل في نص المادة 561 قانون مدني (...جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد.)، كما أن المشرع في النص الفرنسي استعمل عبارة Réduire والتي لا تحمل إلا معنى الانقاص، وهذا الرأي نجد له أثرا كبيرا في الفقه الجزائري² وهذا الرأي كما هو واضح يرى أن الانقاص هو ضابط لسلطة القاضي التقديرية في إعمال المادة 03/107 ولا يجوز للقاضي أن يتجاوزه، إلا أن الباحث يرى أن القاضي له أن يوقف التنفيذ، كما له رد الالتزام المرهق للحد المعقول سواء بالزيادة أو النقصان وإلى بيان ذلك تفصيلا:

رأي الباحث: الواضح أن مصدر الخلاف يكمن في تفسير نص الفقرة الثالثة من المادة 03/107، وكيفينا في رأيينا أن نصل للتفسير الصحيح وذلك بالبحث عن نية المشرع الحقيقة أثناء وضعه لنص المادة حتى نتبين مراده منها. ونبدأ بالقول إن تفسير النص القانوني له طريقتان، طريق داخلي وطريق خارجي³، وسنحاول سلوك الطريقتين فنأخذ من الطرق الداخلية مقارنة النصوص، ومن الطرق الخارجية المصدر التاريخي وأعماله التحضيرية.

وبمقارنة نصوص القانون المدني: نصت المادة 03/107 في نصها الفرنسي على

(Toutefois, lorsque, par suite d'événements exceptionnels, imprévisibles et ayant un caractère de généralité, l'exécution de l'obligation contractuelle, sans devenir impossible, devient excessivement onéreuse, de façon à menacer le

¹ وقد أقرت المحكمة العليا وقف العقد بمنح أجل للمدين في حالة الظروف الاستثنائية حيث جاء في قرار لها (أن قضاة المجلس عندما منحوا للمطعون ضدها أجلا لتنفيذ التزاماتها معتمدين في ذلك على الظروف الاستثنائية السائدة في المنطقة التي ترتب عنها عدم الوفاء بالالتزامات= الناشئة عن العقد بصفة مؤقتة يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما). ملف رقم 212782، الغرفة المدنية، صادر بتاريخ 2000/01/12، المجلة القضائية عدد 01، سنة 2001، ص 114.

² ولاحظ أن أستاذنا القدير الأستاذ نورالدين لمطاعي هو زعيم هذا الاتجاه في الفقه الجزائري راجع في ذلك نور الدين لمطاعي، محاضرات ملقاة على الدفعة 28 طلبة قضاة سنة 2023. علي فيلاي، الالتزامات، مرجع سابق، ص 404، / طبيب فايزة، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه الطور الثالث في الحقوق، تخصص القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2018-2019، ص 261 حيث يستشف منها بطريق غير مباشر أن الباحثة تقصر الزيادة فقط على نص المادة 561.

³ أصول القانون، أو المدخل لدراسة القانون، عبد الرزاق السنهوري، حشمت أبو ستيت، مرجع سابق، ص 243 / سمير تناغو، المدخل لدراسة القانون، مرجع سابق، ص 760.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

débiteur d'une perte exorbitante, le juge peut, suivant les circonstances et après avoir pris en considération les intérêts des parties, **réduire**, dans une mesure raisonnable, obligation devenue excessive. Toute convention contraire est nulle)

استعمل المشرع مصطلح Réduire والذي يعني في كل تفسيراته الإنقاص، التخفيض، التقليل ولا يعني بأي حال من الأحوال الزيادة، كما استعمل المشرع هذا المصطلح في معرض الإنقاص ليترجم به عبارة الإنقاص في نص المادة 90 قانون مدني بقوله (...جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد) وترجمها ب (...Le juge peut, sur la demande du contractant lésé, annuler le contrat ou **réduire** les obligations de ce contractant.)

إن الوقوف هنا يجعلنا نقطع في نية المشرع تقرير سلطة الانقاص لا الزيادة، غير أننا وعند التعمق أكثر يتبادر لنا خلاف ذلك، غدا ان نص المادة 03/107 اقتبسه المشرع الجزائري لفظا وفحوى عن المشرع المصري عن نص الفقرة الثانية من المادة 147 التي جاءت كالآتي (ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يكن مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك)، ولم يتوقف الأمر عند هذا الحد، فالمشرع الجزائري لم يستورد النص العربي فقط، بل استورد قبله النص الفرنسي للمادة 02/147 قانون مصري على اعتبار أن القانون المدني الجزائري صدر بالفرنسية أول ما صدر، ودون أي تغيير وقد جاءت الترجمة الفرنسية على هذا النحو

(Toutefois, lorsque, par suite d'événements exceptionnels, imprévisibles et ayant un caractère de généralité, l'exécution de l'obligation contractuelle, sans devenir impossible, devient excessivement onéreuse, de façon à menacer le débiteur d'une perte exorbitante, le juge peut, suivant les circonstances et après avoir pris en considération les intérêts des parties, **réduire**, dans une mesure raisonnable, obligation devenue excessive. Toute convention contraire est nulle).

ولما كان المشرع قد اقتبس النص الفرنسي للمادة 03/107 من النص الفرنسي للمادة 02/147 قانون مدني مصري كما هو دون أي تغيير، فالمنطق السليم يقتضي القول أن المشرع رضي بأحكام المادة كما هي، وتبنى نية المشرع المصري كما هي ايضا، خاصة أنه لا يمكن القول في هذا الصدد أن المشرع المصري تأثر بالمشرع الفرنسي إذ كان المشرع الفرنسي في ذلك الوقت يرفض نظرية الظروف الطارئة خارج

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

القانون الإداري رفضا قاطعا ولم ينظمها إلا في سنة 2016، غير أن السؤال المطروح ما لذي قصده المشرع المصري بترجمته لعبارة (رد الالتزام المهرق...) بمصطلح Réduire التي كما سبق لا تفيد إلا الإنقاص؟

تفيدنا الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري في ذلك إذ جاء في المشروع التمهيدي لنص المادة 213 في فقرتها الثانية (ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية لا يمكن توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، إن لم يكن مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي، بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن ينقص الالتزام المهرق إلى الحد المعقول، إن اقتضت العدالة ذلك¹)، وقبلت المادة عند لجنة المراجعة مع حذف عبارة (إن اقتضت العدالة ذلك) واستبدالها بعبارة (ويقع باطلا كل اتفاق بخلاف ذلك) وأصبح رقمها في المشروع النهائي 151²، وعند وصول المشروع النهائي إلى مجلس الشيوخ تم الاعتراض على عبارة ينقص، بالقول أنها لا تؤدي إلى المعنى المطلوب لأن القاضي قد يرى الزيادة لا النقصان، واقترح صاحب الاعتراض أن تستبدل عبارة ينقص بعبارة (تعديل تنفيذ الالتزام)، وتم الرد على الاعتراض بالقول (إن الإنقاص غير مقصود به الإنقاص المادي، وإنما مقصود به التعديل، وينسب دائما الى عبء الالتزام ولا مانع إذا وافقت اللجنة على القول "أن يرد الالتزام المهرق إلى الحد المعقول" بدلا من "أن ينقص" ووافقت اللجنة على ذلك بالإجماع³، وبذلك تكون نية المشرع المصري واضحة جدا في أن مقصده من عبارة يرد الزيادة كما النقصان.

بقي لنا أن نتساءل إن كان المشرع الجزائري قد تبنى أحكام المادة 03/107 بعموميتها عن المشرع المصري، فهل تبنى مع ذلك نية المشرع المصري في التعبير عن الزيادة والنقصان بعبارة "يرد"؟ إن مقارنة النص العربي للمادتين الجزائرية والمصرية يلاحظ أن المشرع الجزائري أحدث بعض التغييرات، فقد استبدل عبارة (وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين) في النص المصري بعبارة (وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين)، وهو ما يدل على أمرين: أولهما أن المشرع الجزائري كان مطروحا أمامه النص المصري وكان يعلم فحواه والمقصود منه، أما الأمر الثاني يفيد بعدم رضا المشرع على مصطلح (بعد الموازنة) الوارد في النص المصري واستبدله بعبارة يرضاها وهي عبارة (مراعاة مصلحة الطرفين)، فما منع المشرع الجزائري من استبدال عبارة (يرد) في النص المصري بعبارة (ينقص)؟ إن هذا السؤال لا يحتمل إلا إجابة واحدة، مفادها أن المشرع الجزائري رضي بعبارة يرد، ورضي بالمقصود الذي وضعت من أجله في القانون المصري، وما عبارة Réduire إلا تبني للنص المصري، ونية المشرع المصري كما هي، والمشرع يقصد من عبارتي (رد) و

¹ وزارة العدل، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 279.

² المرجع نفسه، ص 282.

³ المرجع نفسه، ص 276.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

(réduire) الإنقاص والزيادة، ولما كان ذلك يمكننا القول أن القاضي لا تضبطه عبارة (رد الالتزام المرهق) بالانقاص بدل الزيادة، بل إن سلطته واسعة في الزيادة كما الإنقاص.

ب-ضوابط رد الالتزام المرهق للحد المعقول: نصت المادة 03/107 على ضابطين، مراعاة الظروف المحيطة بالقضية، ومراعاة مصلحة الطرفين، وهما ضابطين متداخلين بحيث لا يغلب القاضي مصلحة طرف عن طرف، وإن كانت المادة قررت لمصلحة الطرف صاحب الالتزام المرهق، وهو المدين، إلا أن الدائن يبقى صاحب حق، وحتى في التنفيذ العيني في الحالة العادية يشترط فيه ألا يكون مرهقا بالمدين، على أنه بالمقابل إن كان عدم التنفيذ يلحق ضررا بالدائن غلبت مصلحة الدائن لأنه صاحب الحق¹ على مصلحة المدين لأن عليه التزاما.

فالقاضي في تعديل العقد لا يعدله إلا من خلال مراعات النص الذي يجيزه²، والنص يفرض على القاضي أن يراعي مصلحة المدين والدائن على حد سواء، فليس للقاضي أن يعتمد الى الالتزام المرهق فينقصه أو يزيد في الالتزام المقابل رغم وجود اعتبارات ترجح انجلاء الحالة الاستثنائية العامة في وقت وجيز، وهذا هو المقصود بمراعاة الظروف المحيطة لا بالقضية كما يذهب جانب من الباحثين³، بل مراعاة الظروف المحيطة بالحادث الاستثنائي العام، إذ الأصلح للطرفين دائما هو احترام إرادتهما عند التعاقد، ولا يكون ذلك إلا من خلال تنفيذ العقد وفق ما اشتمل عليه تنفيذا عينيا، فيوقف القاضي تنفيذ العقد بما له من سلطة تقديرية في هذا المجال إلى غاية زوال الحادث الطارئ وعودة الأمور إلى ما كانت عليه، ما يسمح بتنفيذ العقد كما اتفق عليه الطرفان.

وفي حالة عدم وجود سبيل لذلك إلا من خلال الزيادة أو الإنقاص فالقاضي يوزع عبء الالتزام على الطرفين، فلا يلقي به على عاتق أحدهما دون الآخر، إذ نظرية الظروف الطارئة تقوم على مبدأ التضحية بين الطرفين لا على أساس إعفاء أحدهما من عبئها⁴، وفي هذا الصدد ليس للقاضي أن يوزع كل الإرهاق بما في ذلك الزيادة المألوفة بين المتعاقدين⁵، بل يحمل المدين عبئ الخسارة المتوقعة، وما زاد عن

¹ عبد الرزاق أحمد السنيهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، ج 02، الاثبات، آثار الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص 764.

² Jean-Luc Aubbert, Les obligations, le rapport d'obligation, Dalloz, paris, 1999, P277.

³ طيب فايزة، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، مرجع سابق، ص 260.

⁴ محمد عبد الجواد، مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة، بحث منشور في مجلة المحاماة، العدد 1، السنة 39، مصر، 1958، ص 193.

⁵ عبد الرزاق أحمد السنيهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 647.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

ذلك يقسمه بين الدائن والمدين سواء مناصفة أو بالنسبة التي يقدر معها القاضي أنها تصب في مصلحة الطرفين¹.

الفرع الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في منح الأجل وفسخ العقد.

مما لا شك فيه أن المحافظة على استقرار المعاملات ينطلق أساساً من المحافظة على العقد من الإبطال والفسخ، فالعقود توجد لتنفذ لا لتفسخ أو تبطل، وقد أوجد المشرع آليات لحماية العقد من الإبطال في عديد النصوص منها ما تقدم بيانه في أعمال الجزاء في نظرية الاستغلال، وكذا فتح باب واسع للإجازة فيما تعلق بعيوب الإرادة، كما يضع المشرع بيد القاضي مكنة مهمة لحماية العقد من الفسخ من خلال منح أجل للمدين لتنفيذ التزامه، والحقيقة من الأمر أن الأجل وأن نظمته المشرع في مكانين مختلفين من القانون المدني، إذ نجده في نص المادة 210 والمادة 281 قانون مدني بموضوع نظرة الميسرة، ونجده في المادة 119 من ذات القانون بموضوع الفسخ، إلا أنه في كلاهما لم يرد منه إلا حماية العقد من الفسخ،

أولاً: ضوابط سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة: يعود منشأ نظرة الميسرة للشريعة الإسلامية في الآية 280 من سورة البقرة (وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ) وقد كان يقال للمدين في الجاهلية (إما أن توفي وإما أن تربى) وقد حرم الله الربا وأمر بالصبر على المدين المعسر²، ونص عليها المشرع الجزائري في المادة 210 قانون مدني حيث جاء فيها (إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة، عين القاضي ميعاداً مناسباً لحلول الأجل، مراعيًا في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية مع اشتراط عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه). كما نص في المادة 01/281 و02 على (يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائياً في ذمة المدين مالم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك، غير أنه يجوز للقضاء نظراً لمركز المدين، ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا أجلاً ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه المدة سنة وأن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها).

فقرة 01: المقصود من نظرة الميسرة: يقصد بها لغة التأخير والانتظار والإمهال، يقال انظرني (قَالَ رَبِّ فَأَنْظِرْنِي إِلَى يَوْمٍ يُبْعَثُونَ) قَالَ فَإِنَّكَ مِنَ الْمُنْظَرِينَ³، أي أمهلني، والميسرة هي اليسر والرخاء⁴، أما المفهوم القانوني فالمشرع لم يعرف نظرة الميسرة، وحتى الفقه لم يعرفها إلا من خلال أحكامها وقد

¹ محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية، بدون بلد نشر، 2000، ص 360.

² <https://n9.cl/qim4h> تاريخ وساعة الدخول 17 نوفمبر 2023، على الساعة 22:15.

³ الأعراف: 14

⁴ <https://n9.cl/mmvp5> تاريخ وساعة الدخول، 17 نوفمبر 2023 على الساعة 23:30.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

عرفها الأستاذ عبد الحكم فودة بأنها (مهلة التنفيذ أو الأجل القضائي التي يمنحها القاضي للمدين عاثر الحظ حسن النية، إذا استدعت حالته ذلك، ولم يلحق الدائن ضرر جسيم، وذلك حتى ينفذ التزامه ويتوقى الفسخ)، ويمكننا تعريفها بأنها (آلية قضائية ترتبط بتقدير القاضي، تهدف إلى حماية العقد من الفسخ وذلك من خلال إمهال المدين المعسر حسن النية إلى أجل مسمى لتنفيذ التزامه عينا مع اشتراط عناية الرجل الحريص في ذلك).

فقرة 03- الفرق بين الأجل في المادة 210 والأجل في المادة 281: نصت المادة 210 على (إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة)، وأول ملاحظة على هذا النص أن المادة 210 تختلف اختلافا جوهريا عن المادة 281 مدني من حيث طبيعة كل منهما، فالمادة 210 نظمها المشرع في القسم الثاني تحت عنوان الأجل، من الفصل الأول تحت عنوان الشرط والأجل، من الباب الثالث بعنوان الأوصاف المعدلة لأثر الالتزام، بينما نظم المشرع المادة 281 في القسم الثاني بعنوان محل الوفاء، من الفصل الأول تحت عنوان الوفاء، من الباب الخامس بعنوان انقضاء الالتزام.

والواضح أن تطبيق المادة 210 يكون بصدد العقود المنعقدة مضافة لأجل، وهذا الأجل لم يرد صريحا بل يستشفه القاضي من ظروف التعاقد، بينما مجال تطبيق نص المادة 281 لا يكون في الالتزامات المضافة لأجل عند انعقادها، بل بالالتزامات الفورية التنفيذ الغير معلقة على أجل اثناء انعقادها، غير أن المدين يعجز عن الوفاء فيطلب مهلة لتنفيذ التزامه، وعلى ذلك لا نوافق الدارسين الذين يدرسون المادة 210 كضرب من ضروب تعديل العقد في مرحلة تنفيذه، إذ لا تعديل للعقد ولا للأجل الوارد فيه في هذه الحالة، وكل ما في الأمر أن المتعاقدان لم يحددا ميعاد الإستحقاق على وجه قطعي بتحديد تاريخه، فيتدخل القاضي في ذلك، فإن تبين له أن إرادة المتعاقدين قد انصرفت إلى المقدرة أو الميسرة وعلى أساس الإضافة لا التعليق، منح المدين أجلا محدد لتنفيذ التزامه بشروط، فعلى سبيل المثال إذا كان الالتزام مضافا لأجل صريح واضح وذلك بتاريخ معين، ثم حل هذا الأجل ولم يوفي المدين دينه فلا مجال في نظرنا لتطبيق نص المادة 210 قانون مدني، إذ الالتزام أصبح مستحق الأداء فور بلوغ الأجل الوارد في العقد، فإن لم يوفي المدين التزامه وكان معسرا، ثم طلب أجلا كنا بصدد تطبيق المادة 281 لا 210، وعلى هذا الأساس فالمادة 281 هي المثال الحقيقي لتعديل العقد في مرحلة تنفيذه، إذ الالتزام التعاقدي مستحق الأداء، والمدين قد أخل به ولم ينفذه، فحق أن ينفذ التزامه جبرا عليه أو يفسخ العقد مع التعويض في الحالتين، إلا أن المدين قد يتدخل بطلب أجل لتنفيذ التزامه فيلبيه القاضي لذلك بناء على تقدير مركزه والحالة الاقتصادية، ضمانا لاستقرار المعاملات وحماية للعقد من الإنحلال.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

فقرة 02: سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة: نظرة الميسرة كآلية تهدف على حماية العقد من الفسخ ترتبط بتقدير القاضي، ولا يجوز للأطراف الاتفاق على سلب القاضي هذه السلطة فهي من النظام العام¹، كما أنه للقاضي مطلق السلطة دون معقب عليه في قبولها أو رفضها²، غير أن القاضي يقع تحت الرقابة إذا لم يراعي شروط منح نظرة الميسرة، والمشرع لم يقيد القاضي في أعمال نظرة الميسرة على طلب المتعاقد المدين، بل يمكن للقاضي الحكم بها اختياريًا³، والأصل أن العقد يقع نافذا مرتبا لأثره لمجرد انعقاده إن كان عقدا فوريا، أو عند استحقاقه إن كان مضافا لأجل، فلا يمكن الإخلال بالتزام تعاقد استكمل شروط نفاذه إلا لاعتبارات تبرر ذلك يمكن من خلال مراعاتها حماية العقد من انحلاله، وقد نص المشرع على هذه الاعتبارات في نص المادة 210 وكذا نص المادة 281، وسواء اعتبرناها شروطا أو معايير فهي في كل الأحوال تقع منزلة الضوابط على سلطة القاضي في أعمال نظرة الميسرة، نذكرها تباعا.

أ- ألا يكون في نصوص القانون ما يمنع ذلك: تقدم أن الأصل في العقود أنها وجدت لتنفيذ لا لتبطل أو تفسخ، كما أن المادة 281 تقرر أن الوفاء يتم فور ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يخالف ذلك، فإن وجد نص يمنع منح أجل للمدين امتنع على القاضي أعمال نص المادة 281، وهذا الشرط غير مرتبط بالمادة 210 على اعتبار أن القاضي في هذه المادة يقتصر دوره على تكملة إرادة الطرفين بتحديد وصف الالتزام بدقة، وقد نص المشرع على حالات لا يجوز فيها منح أجل للمدين نذكر منها:

✓ ما نصت عليه المادة 120 قانون مدني (يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي...).

✓ ما نصت عليه المادة 392 (في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا عين أجل لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخا وجوبا في صالح البائع...).

ففي الحالتين يكون البيع مفسوخا سواء بإدراج شرط فاسخ، أو بحكم القانون، ولا يجوز للقاضي منح أجل لا بمفهوم المادة 210 ولا بمفهوم المادة 281، على أنه يلاحظ أن الالتزام المضاف لأجل

¹ عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 03، نظرية الالتزام بوجه عام، الأوصاف، الحوالة، الانقضاء، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دون سنة، ص 781.

² دورية طرطاق، سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، مج 03، ع 01، سنة 2014، ص 130.

³ دورية طرطاق، المرجع نفسه، ص 128.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

فاسخ في حال تحقق الشرط الفاسخ يكون الالتزام كأن لم يكن، ويكون للدائن في حالة ما إذا كان قد استوفى حقه أن يرد مستوفاة¹.

ب-أن تستدعي حالة المدين ذلك: أول ضابط لإعمال نظرة الميسرة هو أن تكون حالة المدين تستدعي ذلك، فيجب ألا تكون حالته الاقتصادية معسرة، إذ لا جدوى من منحه نظرة الميسرة في هذه الحالة²، غير أنه لا يجب أن يفهم من ذلك أن وفاء المدين عند الاقتدار شرط، إذ لو حمل على هذا المعنى لجاز للمدين أن يمتنع أبدا عن تنفيذ التزامه، فنظرة الميسرة تجعل الالتزام مضافا لأجل لا معلقا على شرط، والفرق واضح بين الأمرين وقد نصت المادة 203 قانون مدني على أنه (يكون الالتزام معلقا على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل وممكن وقوعه) وبهذا المعنى فالالتزام المعلق على أمر يدور بين إمكان الوقوع وعدمه، بينما نصت المادة 209 على أنه (يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتبا على أمر مستقبل محقق الوقوع) وبهذا المعنى فوجود الالتزام أو زواله لا ينبني على الاحتمال بل يبني على اليقين، فهو أمر واقع واقع لا شك في ذلك، والالتزام محقق لا محالة إذا كان مضافا لأجل واقف، وزائل لا محالة إذا كان مضافا لأجل فاسخ.

وعلى ذلك يجب أن يراعي القاضي في منح نظرة الميسرة موارد المدين الحالية والمستقبلية، إذ أن عدم الوفاء في موعد الاستحقاق لا يرجع إلى إهمال منه وغش، بل يرجع لمجرد سوء حظه، كأن يكون له عقارا أو منقولا يتعذر بيعه، أو مرتبا متوقفا مؤقتا، أو له دين في ذمة الغير لم يحل أجله، أو له محصول أو ثمار لم يحن وقت حصادها و قطافها بحسب الحالة، ففي هذه الحالات تكون نظرة الميسرة أجلا محقق الوقوع بطبيعته، وعلى خلاف من ذلك إذا لم يكن للمدين أي ضرب من الضروب المتقدمة، لا عاجلا ولا أجلا، يكون منح نظرة الميسرة إجراء عبثي لا جدوى منه، وقلب لالتزام معلق على شرط إلى التزام مضاف لأجل، وقد ذهب الحكمة العليا إلى القول أن المبدأ (لا جدوى من منح مهلة الميسرة للمدين الذي ليست له موارد حالية أو مستقبلية³).

غير أن المشكلة في نظرنا لا تتعلق بالجدوى فقط، بل تتجاوزها إلى تكييف التنفيذ عند المقدرة بين الشرط والأجل كما تقدم بيانه، فالقاضي قبل أن يعمد لتطبيق المادة 210 يجب عليه أولا تكييف ما قصده المتعاقدان من التعاقد تحت شرط التنفيذ عند المقدرة، فيجد نفسه بين حالتين، إما أن يكون المدين سيئة النية فيمتنع على القاضي منحه أجلا مطلقا، وإما أن يكون حسن النية سيء الحظ، وفي هذه

¹ سمير عبد السيد تناغو، احكام الالتزام و الاثبات، ط 01، مكتبة الوفاء القانونية، 2009، ص 285.

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، ص 781.

³ ملف رقم 1092413، الغرفة المدنية، صادر بتاريخ 2017/01/19، المجلة القضائية، عدد 01، سنة 2017، ص 45.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

الحالة من غير المعقول تكييف المقدرة على أنها أجل، إذ لو كانت أجلا فبالضرورة يكون تقديرها على أساس ثبوت موارد إما حالية أو مستقبلية، والحال هنا يفيد بعدم وجود موارد لا حالية ولا مستقبلية، وعلى ذلك فالمقدرة في نظر الباحث في هذه الحالة شرط لا أجل، والشرط قد يقع وقد لا يقع، ومادام لم يقع فلا إلزام في ذمة المدين، وعلى ذلك فالخطأ في التكييف خطأ في القانون يوجب النقض.

وفي نص المادة 281 نص المشرع على جواز منح المدين أجلا ملائما لمركز المدين، والحالة الاقتصادية، وقد تقدم أن نص المادة يتعلق لا بالالتزامات الموصوفة، بل بالالتزامات المستحقة الأداء، ونجد المشرع يقيد القاضي بمراعات ظروف معينة في منح المدين الأجل، هي مركز المدين والحالة الاقتصادية، والأمر مختلف حتى هنا عن المادة 210 فهي أوسع نطاقا، حيث لا تتوقف فقط عند الإعسار المتعلق بالمدين، بل قد لا يكون المدين معسرا ومع ذلك تحول الحالة الاقتصادية دون الوفاء بالتزامه المستحق الأداء، كأن يكون هناك حادث استثنائي يضر بالحالة الاقتصادية، ولا يبلغ درجة الظرف الطارئ بمفهوم الفقرة الثالثة من المادة 107 قانون مدني فلا يمكن تطبيقها، فيطلب أجلا إلى أمد تنتهي معه هذه الحالة، فالقاضي يجب عليه أن يثبت في تسببيه لمنح الأجل، إعسار المدين الحال، والحالة الاقتصادية التي تحول دون يساره إلا في المال.

بقي أن نشير إلى أن الأستاذ السنهاوري يرى أن وصف الالتزام بالمقدرة أو الميسرة هو التزام مضاف لأجل دائما، ونستشف ذلك من قوله أن الأجل في الالتزام المضاف للمقدرة أو الميسرة يستحق أداؤه دائما إما بالمقدرة أو بالموت، غير أننا لا نجد في المادة 273 مدني مصري ولا المادة 211 مدني جزائري ما يفيد أن موت المدين يسقط الأجل، على أن الأستاذ السنهاوري يرى أن الأصل في الموت أنه لا يسقط الأجل بل يبقى مؤجلا للتركة، وبمفهوم المخالفة أنه قد يكون الموت مسقطا للأجل في نظر الاستاذ السنهاوري استثناء، وهو ما يبرر اعتباره للمقدرة أو الميسرة أجلا، وهو محقق الوقوع في كل الأحوال إذ الموت لا خلاف في اعتباره أجلا إذا علق عليه وجود أو زوال الالتزام، ونحن نرى أننا حتى مع هذا الفرض فالنتيجة واحدة، إذ المدين لا موارد له حالية في حياته ولا مستقبلية بعد مماته، وذمة المدين المالية كانت مفتقرة في حياته، وتركته معدومة حال مماته، وعلى ذلك فالمنطق القانوني و مع الأخذ بعين الاعتبار أن المادة 211 لا ترتب سقوط الأجل بالموت، ما يقتضي معه اعتبار وصف الالتزام بالمقدرة والميسرة أكثر انسجاما مع النصوص القانونية من اعتباره شرطا لا أجلا في نظرنا¹.

¹ راجع في ذلك الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص ص 85-88.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

ج- ألا يصيب الدائن من جراء منح الأجل ضرر: وهي قاعدة كثيرا ما تتكرر في روابط العقدية، إذ نجدها شرطا في التنفيذ العيني، فإذا كان التنفيذ العيني مرهقا بالمدين جاز عدم إجباره عليه، على ألا يكون ذلك على حساب الدائن، فالدائن صاحب حق أما المدين فعليه التزام¹، وما قيل في تبرير ذلك يصلح تبريرا للحالة التي نحن بصدد دراستها، حيث أنه إذا كان في منح المدين أجلا قضائي ضرر يلحق الدائن امتنع على القاضي منح هذا الأجل.

د- أن يكون الأجل معقولا: وهنا نفرق بين ما نصت عليه المادة 210، وما نصت عليه المادة 281، ففي الحالة الأولى يكون الهدف من الأجل تكملة إرادة المتعاقدين في مسألة تفصيلية، حيث أن المتعاقدين قد حددا كل المسائل بما فيها الأجل، غير أنهم أهملوا تحديده بصفة قطعية وقدرا أن الأجل هو المقدرة، وعند قيام النزاع وتكييف القاضي وصف المقدرة على أنها أجل لا شرط، جاز للقاضي تحديده بصفة قطعية، غير أنه يجب أن يراعي معقوليته فلا يكون طويلا حتى يعطل حق الدائن كأن يكون الدائن مدينا بدين حل أجله معتمدا على دينه للوفاء به²، أما بالنسبة للأجل في المادة 281 فقد ضبط المشرع القاضي بأجل لا يتجاوز سنة (غير أنه يجوز للقضاء نظرا لمركز المدين، ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا آجالا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه مدة سنة ...) فلا يجوز للقاضي منح أجل يتجاوز السنة، والفقه مختلف بين من يرى بجواز منح المدين آجال متعاقبة³، وبين من يرى عدم جواز ذلك⁴.

غير أننا نرى أن الأمر ينجلي عند التعمق في الأمر على أساس أن القاضي في منحه أجلا بموجب المادة 210 لا يكون ذلك وعلى الوجه الذي سبق بيانه إلا تكملة لمسألة أهمل المتعاقدين تحديدها بدقة فيحدها القاضي، فإذا حددها وحل الأجل ولم ينفذ المدين التزامه انتقلنا من نطاق تطبيق المادة 210 إلى نطاق تطبيق المادة 281، فيجوز للقاضي منح أجل للمدين إذا طلبه، لا على أساس تحديد مسألة أهمل المتعاقدين تنظيمها بدقة، بل على أساس التزام ناجز حل أجله وكان مركز المدين والحالة الاقتصادية تستدعي منحه أجلا لا يجاوز السنة بحكم نص المادة 281، فالقاضي في هذه الحالة لم يمنح إلا أجلا واحد وهو الأجل الأخير، غير أن القاضي في تطبيقه لنص المادة 281 يجوز له في حدود السنة أن يمنح آجالا متعاقبة ضمن هذا الحد.

¹ عبد الرزاق احمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الاثبات- آثار الالتزام، مرجع سابق، ص764.

² فؤاد محمود عوض، دور القاضي في تعديل العقد، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص468.

³ بوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 378

⁴ شمس الدين الوكيل، دروس في العقد وبعض أحكام الالتزام، ط 01، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1960-1961، ص 177/راقية عبد الجبار علي، سلطة القاضي في تعديل العقد، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 191

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

ثانياً: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في فسخ العقد: نصت المادة 119 قانون مدني على أنه (في العقود الملزمة لجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الأمر. ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات) يتضح من نص المادة أن مسألة الحكم بفسخ العقد أو رفضه مسألة جوازية، تخضع لسلطة القاضي التقديرية وفي ذلك يتفق الفقه والقضاء¹، فالقاضي على الخيار بين أن يلبي طلب الفسخ، كما يجوز له أن يرفضه، ويجوز له أن يمنح المدين أجلاً حسب الظروف، وكل ذلك متعلق بجسامة التنفيذ، فالقاضي لا يمارس سلطته في الفسخ أو عدمه إلا من خلال تقديره لجسامة عدم التنفيذ ليبرر حكمه بالفسخ أو رفضه².

فقرة 01: مفهوم الفسخ وأنواعه: إن البحث في فسخ العقد غير البحث في بطلانه، إذ الفسخ يرد على عقد صحيح مستوفي لأركان انعقاده وشروط صحته، وهو ما يتخلف في البطلان، ويمكن تعريف الفسخ على أنه حق المتعاقد في العقد الملزم للجانبين، في حل الرابطة التعاقدية المستوفية لجميع أركان قيامها وشروط صحتها، وزوالها بأثر رجعي نتيجة عدم قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ التزاماته المترتبة عن العقد³، والفسخ ثلاثة أنواع:

✓ **الانفساخ:** هو انحلال للرابطة التعاقدية من تلقاء نفسها دون حاجة إلى إتفاق أو حكم، ولا يكون إلا حيث يستحيل التنفيذ العيني لسبب أجنبي كانهدام المحل مثلاً، فالعقد ينحل حتماً ويتحمل المدين في هذه الحالة تبعاً الاستحالة⁴، وقد نصت على ذلك المادة 121 على أنه (في العقود الملزمة لجانبين إذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له، وينفسخ العقد بحكم القانون).

¹ بلعبيور عبد الكريم، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص 184.

² بلعبيور عبد الكريم، المرجع نفسه، ص 185.

³ راجع في ذلك كل من، أحمد بخيت محمد حسن، طرق انقضاء العقد وفقاً لقانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984 م، دراسة مقارنة، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في الفقه المقارن، قسم القانون المقارن، كلية الشريعة والقانون، معهد بحوث ودراسات العالم الإسلامي، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2011، ص 66/ بوكرازة أحمد، الإبطال والفسخ، دراسة مقارنة بين النظامين في القانون المدني الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 03 ديسمبر 2021، مج 32، سنة 2021، ص 538/ علي حسن صاحب، مفهوم فسخ العقد في نطاق القانون المدني، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، ع 02، سنة 11، سنة 2019، ص 367/ هایل عبد الحفيظ داود، فسخ عقد البيع لعدم دفع المشتري للثمن، دراسة فقهية قانونية مقارنة، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، مج 28، ع 01، سنة 2013، ص 252.

⁴ عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، ط 03، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1997، ص 16.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

✓ التفاسخ: هو اتفاق بين أطراف العقد بعد انعقاده على إزالة أثره، وهو ما يطلق عليه فقها بالإقالة، غير أن هذا الاتفاق لا يسري إلا في حق المتعاقدين وخلفهما العام دون الغير، فهو جزاء مقرر بالاتفاق ويسري بأثر رجعي فيصبح العقد كأن لم يكن، وتقرير مثل هذا الحكم يشكل خطرا على مصالح الغير مما يمنع ترتيب أثره في حقهم¹.

✓ الفسخ القضائي: وهو محل دراستنا، وهو طلب أحد المتعاقدين من المحكمة فسخ العقد الملزم جانبين نتيجة عدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزاماته، فهو سلطة تقديرية للقاضي تحكمها شروط وضوابط معينة ندرسها في الفقرة الآتية.

فقرة 02: ضوابط سلطة القاضي التقديرية في الحكم بفسخ العقد: تتوقف سلطة القاضي في قبول طلب الفسخ من عدمه في العقود الملزمة للجانبين على تقدير مدى جسامه عدم التنفيذ ما يبرر قبول طلب الفسخ أو رفضه، والقاضي يستعين في ذلك بمعيارين حسب الظروف، معيار ذاتي يتعلق بالدائن² فيأخذ في اعتباره نيته في الالتزام، فإن وجد أن عدم التنفيذ مهما كان جزئيا يحرم الدائن من أداء يعتبره هذا الأخير أهم عنصر في الالتزام كان عدم التنفيذ كافيا لقبول طلب الدائن بفسخ العقد، فإن وجد خلاف ذلك جاز للقاضي رفض طلبه، وقد جاء القانون المدني بعدة تطبيقات في هذا المجال حيث نصت المادة 365 قانون مدني في فقرتها الأولى على (إذا عين عين في عقد البيع مقدار المبيع كان البائع مسؤولا عما نقص منه بحسب ما يقضي به العرف غير أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في البيع إلا إذا أثبت أن النقص يبلغ درجة لو كان يعلمها المشتري لما أتم البيع)، ونصت المادة 370 من ذات القانون على أنه (إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتم البيع وإما أن يبقي البيع مع انقاص الثمن) وفي كل من النصين يعول المشرع على المعيار الذاتي في طلب قبول دعوى الفسخ، غير أنه لا يتسنى للقاضي في كل الحالات الاعتماد على هذا المعيار، فلا يجب أن يؤخذ على إطلاقه فالوصول إلى نية الدائن أمر فيه صعوبة³، مما يتعين الاعتماد على معيار آخر يعول عليه المشرع وهو المعيار الكمي.

والمعيار الكمي وإن لم يكن هو القاعدة العامة التي يعول عليها المشرع الجزائري، إلا أنه قد لا يجد بدا في الأخذ به، ويقصد به اعتماد القاضي على قواعد موضوعية للوصول إلى الحكم بقبول الفسخ أو

¹ عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، المرجع السابق، نفس الصفحة.

² بلعير عبد الكريم، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المرجع السابق، ص 185-186.

³ بلعير عبد الكريم، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

رفضه، فلا يكون دائما على أساس نظرة الدائن إلى مصلحته المعتدى عليها¹، بل على أساس ما يرتبه عدم التنفيذ من إخلال في توازن الالتزامات المتقابلة في مجموعها، وبذلك يعفى القاضي من البحث في نية المتعاقد الدائن وجسامة ما يمثله عدم التنفيذ من أثر على التزامه بالعقد لو علم به قبل انعقاده، وهو ما أخذ به المشرع في نص المادة 02/119 حيث ربط جواز رفض طلب الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات، وفي نص المادة 477 قانون مدني (إذا سلمت العين المؤجرة في حالة لا تكون فيها صالحة للاستعمال الذي أجرت من أجله أو طرأ على هذا الاستعمال نقص معتبر، جاز للمستأجر طلب فسخ الإيجار...) ونفس الأمر في المادة 481، والمادة 01/482 من ذات القانون.

أ-ضوابط سلطة القاضي التقديرية إزاء طلب الفسخ: للقاضي أن يقبل طلب الفسخ، كما له أن يرفضه ودوره في ذلك إيجابي يبني على تقدير الظروف المحيطة بالتنفيذ سواء بالاعتماد على المعيار الذاتي أو الكمي، كما أن للقاضي أن يسلك طريقا وسطا بين قبول ورفض الفسخ، بأن يمنح المدين أجلا ينفذ فيه التزامه، ولكي يقبل القاضي طلب الفسخ يجب أولا أن يتأكد من طبيعة العقد، فلا فسخ إلا في العقد الملزم لجانبين.

أ-01- نطاق الفسخ: تقسم العقود لعدة تقسيمات ومهمنا هنا تقسيمها إلى عقود ملزمة لجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد، وقد بدأت المادة 119 قانون مدني بقولها (في العقود الملزمة لجانبين، ...) وبذلك حصرت طلب الفسخ في العقود الملزمة لجانبية دون غيرها من العقود، وهي مسألة قانون لا يجوز للقاضي إعمالها في غير هذا الصنف من العقود، فالهدف الذي يتوخاه طالب الفسخ هو حل الرابطة العقدية ولا يتصور طلب الفسخ إلا إذا كان واردا على التزامات ملقاة على عاتق طالب الفسخ²، وطالب الفسخ هو الدائن لا المدين.

أ-02: ألا يقوم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه كليا أو جزئيا: وقد نصت على ذلك صراحة المادة 119 بقولها (في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه...) وقد بحثنا في كيفية تقدير مدى جسامة عدم التنفيذ فلا نعود إليه، وقد يعود عدم التنفيذ لخطأ المدين وإهماله، فإذا كان الالتزام محله تحقيق غاية فعدم التنفيذ هو عدم تحقيق الغاية، وإن كان محل الالتزام بذل عناية فعبء إثبات عدم بذل العناية هو

¹ بلعير عبد الكريم، المرجع نفسه، ص 188.

² حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق، بجامعة فؤاد الأول، مطبعة النهضة مصر، 1946، ص 43.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

الدائن بالتنفيذ والقاضي يقدر ذلك، وفي كلا الحالتين لا يعتد بعدم التنفيذ إلا من التاريخ الذي يكون فيه الالتزام مستحق الأداء¹.

أ-03: أن يكون طالب الفسخ مستعد لتنفيذ التزامه: إذا كان الدائن نفسه غير مستعد لتنفيذ العقد فليس من المعقول أن يسبق المدين بدعوى الفسخ، إذ في هذه الحالة يكون سيء النية واستهدف من دعواه لا إلزام المدعي بالعقد، بل الاستفادة من التعويض المقرر في نص المادة 119 وليس من العدالة أن يستفيد المقصر من تقصيره، ومن جانب آخر يجب أن يكون الدائن حتى مع استعداده لتنفيذ العقد قادراً على إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، فلو أنه تسلم شيئاً من المدين واستهلكه امتنع عليه الفسخ ولم يبق أمامه إلا المطالبة بالتنفيذ².

ب- ضوابط سلطة القاضي التقديرية في رفض طلب الفسخ: تقدم القول أن المادة 02/119 قررت أن القاضي يقدر طلب الفسخ بمدى جسامته عدم التنفيذ، فإن تبين له أن ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة لكامل الالتزامات رفض طلب الفسخ، وفي هذه الحالة للقاضي بناء على سلطة تقديرية الضابط الوحيد فيها هو عدم بلوغ عدم التنفيذ حداً ما كان الدائن ليقبل بالتعاقد لو كان في حسابه، أو كان ما وفي به المدين ليس تافه مقارنة مع كامل الالتزامات، أن يرفض الفسخ أو يمنح المدين أجلاً لتنفيذ التزامه، والأجل في نص المادة 119 يختلف عن الأجل في نص المادة 02/281، إذ هذا الأخير يكون بمناسبة دعوى التنفيذ، وهو محدد بسنة في كل الحالات، كما يبني لا على مدى جسامته عدم التنفيذ بل على معيار الحالة الاقتصادية ومركز المدين، بينما هو في نص المادة 119 مرتبط بدعوى الفسخ، كما أنه غير محدد بمدة معينة، فأساسه الحد من خطورة الفسخ³ والمحافظة على وجود العقد.

¹ أحمد بخيت محمد حسن، طرق انقضاء العقد وفقاً لقانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984 م، المرجع السابق، ص 88.

² علي حسن صاحب، مفهوم فسخ العقد في نطاق القانون المدني، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 377.

³ بلعير عبد الكريم، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المرجع السابق، ص 180-181.

خلاصة الفصل الثاني:

خلصنا في دراستنا لضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة العقد إلى مجموعة من النتائج:

1. ضوابط سلطة القاضي التقديرية في التفسير: خالصنا إلى ما يلي:

1.1. لا تفسير إلا في عقد صحيح.

1.2. عدم الإنحراف عن عبارات العقد الواضحة والتي يمكن ان تخضع للتفسير.

1.3. مراعات الإرادة الباطنة وعدم الوقوف عند الإرادة الباطنة إلا كقرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس.

1.4. مراعات صفة التعامل، وحسن النية، والعرف الجاري في المعاملات في استخلاص النية المشتركة.

1.5. تفسير الشك لمصلحة المدين، وفي عقود الإذعان لمصلحة الطرف المدعن.

1.6. مراعات مجموعة من الضوابط الواقعية، كمراعات تفسير العقد في مجموعه، وطريقة تنفيذه.

2. ضوابط سلطة القاضي التقديرية في تحديد نطاق العقد.

2.1. تحديد النطاق والتكملة شيء واحد.

2.2. لا تكملة إلا في حالة قصور الإرادة.

2.3. مراعات كل من طبيعة المعاملة، وأحكام القانون، والعرف، والعدالة في تكملة العقد.

3. ضوابط سلطة القاضي التقديرية في تعديل العقد في مرحلة التكوين، ومرحلة التنفيذ.

3.1. بالنسبة لعقد الإذعان: مراعات إبرام العقد بطريقة الإذعان، وتضمنه شروط تعسفية.

3.2. بالنسبة لنظرية الاستغلال: لا ابطال إلا بمراعات موعد تقادم الدعوى، والتأكد من قيام عناصر الاستغلال، وكذا مراعات حدود الطلب القضائي، ومحاولة توقي ابطال قدر المستطاع.

3.3. بالنسبة لنظرية الحوادث الطارئة: لا إنقاص ولا زيادة إلا بمراعات ان يكون الالتزام تعاقديا، ومراعات توافر شروط الحادث الاستثنائي العام، وكذا مراعات الظروف المحيطة.

3.4. بالنسبة لمنح الاجل: لا يمكن للقاضي منح أجل إلا بالتأكد من عدم الحاق ذلك ضررا بالدائن، وأن يسمح نص القانون بها، وأن يكون الاجل معقولا، كما يجب ان تستدعي حالة المدين ذلك.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية

3.5. بالنسبة لفسخ العقد: لا فسخ إلا في حالة ثبوت عدم تنفيذ المدين للالتزام كلاً أو جزءاً، وأن يطلبه الدائن، وألا يكون عدم التنفيذ قليل الأهمية بالنسبة لما تم تنفيذه.

الفصل الثالث:

ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

تكمن أهمية الإثبات في تأكيد الحق أو نفيه، والحق الذي لا دليل عليه حق معدوم كما يقال، وعلى ذلك اهتمت التشريعات المقارنة والتشريع الجزائري بالغ الأهمية في تنظيم قواعد موضوعية وأخرى شكلية خاصة بالإثبات في المادة المدنية وكذا في غيرها من المواد، غير أنها انقسمت بعد ذلك في كيفية تنظيمها، فمن التشريعات من بلغت في نظرها أهمية الإثبات إلى درجة أن أفردت له تقنيًا خاصًا به، وأخرى انقسمت بين من ضمنته في نصوص القانون المدني وبين من ضمنته في نصوص قوانين الإجراءات المدنية، ثم قرروا بعد ذلك قواعد عامة موضوعية تتناول مادة الإثبات من الناحية الموضوعية والفلسفية له، وإن كانت النصوص القانونية لم تشتمل على كل مبادئ الإثبات على غرار التشريع الجزائري، فقد تركت الأمر للفقه والقضاء ليقرر ما لم ينص عليه القانون بنص صريح، وهي مبادئ تمثل قيودًا تلزم القاضي وتلزم الخصوم على حد سواء في مجال الإثبات.

ثم إن المشرع الجزائري أولى اهتمامًا بالغًا بتنظيم طرق الإثبات المختلفة خاصة من الناحية الإجرائية وأفرد لها بابًا خاصًا تحت عنوان في وسائل الإثبات، ونفس الأمر بالنسبة للقانون المدني الذي نظم وسائل الإثبات في الباب السادس تحت عنوان إثبات الالتزام، فخصص الفصل الأول للكتابة، والفصل الثاني للشهادة، أما الفصل الثالث والرابع والخامس، فخصصهم على التوالي للإثبات بالقرائن والإقرار واليمين، بينما خالف قانون الإجراءات المدنية والإدارية القانون المدني حيث أهمل تنظيم إجراءات الإقرار والقرائن، ثم أضاف لوسائل الإثبات وسلتي الخبرة والمعاينة التي لم ينظمهما القانون المدني، والملاحظ أن وسائل الإثبات التقليدية الواردة في نصوص القانون المدني تصلح كلها أن تنفرد في الدعوى كدليل إثبات وحيد، على خلاف من الخبرة والمعاينة التي تعتبر أدلة مساعدة أو مساهمة في تعزيز أدلة الإثبات الأخرى، فلا يمكن أن نتصور شخصًا يرفع دعوى قضائية لإثبات وجود حق أو زواله مستندًا لخبرة أو معاينة أعدهما بنفسه وتقبل دعواه، كما لا يتصور أن ترفع هذه الدعوى وعوض أن يقدم المدعي دليل إثبات يطلب من القاضي تعيين خبير حول واقعة قانونية متنازع فيها ثم تقبل دعواه، وعلى هذا الأساس نستبعد في بحثنا هذا دراسة الخبرة والمعاينة ونكتفي بدراسة طرق الإثبات كما نظمها القانون المدني، فنخصص (المبحث الأول) لدراسة الضوابط العامة الواردة على سلطة القاضي التقديرية في الإثبات، ثم ننتقل في (المبحث الثاني) لدراسة ضوابط سلطة القاضي في تقدير وسائل الإثبات المختلفة.

المبحث الأول: الضوابط العامة الواردة على سلطة القاضي التقديرية في الإثبات

وضع المشرع الجزائري سواء في نصوص القانون المدني أو في نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية قواعد يتبعها القاضي والخصوم في مجال الإثبات، تتراوح بين قواعد تتعلق بفلسفة الإثبات ومبادئه العامة، وقواعد أخرى تتعلق بكيفية الإثبات وإجراءاته، وإن كان المشرع الجزائري جاوز في قواعد الإثبات بين ما هو متعلق بالنظام العام لا يجوز الخروج عليه، وما لا يتعلق بالنظام العام ويخضع بذلك لسلطة القاضي التقديرية، وبالتالي فالقواعد التي تتعلق بالنظام العام قواعد وضعت أساسا لضبط الإثبات في المنازعة المدنية، فتقع منزلة القيود على سلطة القاضي التقديرية في تسيير الخصومة المدنية من جهة، ومن جهة أخرى تضبط دور الخصوم في كيفية إثبات ما يدعونه أو ما ينكرونه أمام القاضي، فالقاضي وإن كان حرا في تقدير الوقائع، وتقدير أدلة الإثبات، إلا أنه مقيد في تقديره بضوابط عامة يشمل نطاقها كل طرق الإثبات لا يجوز له الخروج عنها.

المطلب الأول: مفهوم الإثبات: نظم المشرع الجزائري نظام الإثبات في الباب السادس تحت عنوان إثبات الالتزام، من الكتاب الثاني تحت عنوان الالتزامات والعقود، وقد أخذ المشرع الجزائري ذلك من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 رغم تعديله بموجب القانون رقم 25 لسنة 1968¹ المتضمن إصدار قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، وإلغاء المواد 379 إلى 417 الواردة في الباب السادس تحت عنوان إثبات الالتزام²، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد آثر الناحية العملية على حساب الناحية العلمية التي تقتضي أن تنظم القواعد الموضوعية للإثبات في الكتاب الأول تحت عنوان الأحكام العامة، على أساس أن الإثبات يحكم مصادر الالتزام، إضافة لمصادر الحقوق العينية، ويحكم أسباب انقضاء الحقوق وكل سبب آخر ينشئ أثرا قانونيا، هذا في ما يخص القواعد الموضوعية للإثبات، أما

¹ القانون رقم 25 لسنة 1968 الصادر بتاريخ 30 مايو 1968 بالجريدة الرسمية رقم 22 المتضمن قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية.

² يتنازع قواعد الإثبات من حيث موقعها في التشريعات المقارنة مكانين، هناك تشريعات من فصلت بين قواعد الإثبات الموضوعية والتي تضمنتها في نصوص القانون المدني، والقواعد الإجرائية للإثبات والتي تضمنتها في قوانين الإجراءات المدنية، وهو مذهب المشرع الجزائري، ومن التشريعات من جمعا كل من القواعد الموضوعية والإجرائية في قانون واحد إما في القانون المدني جملة واحدة، أو بوضعها في قانون منفصل، كما فعل القانون المصري بعد تعديله، غير أن الخلاف لا يقف عند هذا الحد وينتقل بالنسبة للتشريعات التي نهجت نهج المشرع الجزائري إلى الخلاف حول موقع قواعد الإثبات الموضوعية بين تقسيمات القانون المدني، فتقنين نابليون وضعها بلين القواعد التي تحكم العقد، والقانون المدني الجزائري وضعها ضمن القواعد التي تحكم نظرية الالتزام، وينبri الأستاذ السهوري للدفاع عن موقف القانون المدني المصري قبل تعديله واستحداث قانون خاص بالإثبات بقوله أن نهج قانون نابليون لا شك في عدم سلامته، إذ أن قواعد الإثبات تحكم لا العقد فحسب بل على العقد وعلى سائر مصادر الالتزام، ووضعتها ضمن القواعد التي تحكم النظرية العامة للالتزام البقي بها على أساس تغليب الناحية العملية على حساب النظرية العلمية/ راجع في ذلك كل من عبد الرزاق احمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص ص 20-21/ احمد نشأت، رسالة الإثبات، ج 01، ط 07، دون ناشر، دون سنة نشر، ص ص 10-11.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

بالنسبة للقواعد الإجرائية فقد نظمها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وقد خصصنا هذا المطلب لدراسة مفهوم الإثبات، فندرس من خلاله تعريف الإثبات القضائي (فرع أول)، وأنظمتها (الفرع الثاني)، ثم ننتقل لدراسة محل الإثبات (الفرع الثالث)، والشروط الواجب توافرها في محل الإثبات في (الفرع الرابع).

الفرع الأول- تعريف الإثبات القضائي: لم يعرف المشرع الجزائري الإثبات لا صراحة ولا عرضا، وترك المجال للفقه الذي حاول أن يعرف الإثبات القضائي على أنه إقامة الدليل أمام القضاء، على وجود واقعة قانونية يرتب عليها القانون أثرا، أو هو تقديم الدليل أمام القضاء بالطرق الجائزة على وجود واقعة قانونية متنازع فيها بين الخصوم، كما يعرف على أنه تأكيد حق متنازع فيه له أثر قانوني بالدليل الذي أباحه القانون لإثبات ذلك الحق، وعرف أيضا على أنه إقامة الدليل على حقيقة أمر مدعى به، نظرا لما يترتب عنه من آثار قانونية¹.

ويمكننا من خلال ما تقدم استخلاص مجموعة من النتائج المهمة ، أولها أن الإثبات محل التعاريف السابقة هو الإثبات القضائي الذي يختلف تماما عن الإثبات التاريخي والإثبات العلمي، ذلك أن الهدف من الإثبات في الواقع من الأمر هو بحث عن الوصول للحقيقة المطلقة وهو كما يقول الفقيه Domat أن الإثبات هو (tout ce qui persuade l'esprit d'une vérité²) أي كل ما يقنع العقل بالحقيقة، والمقصود بالحقيقة هنا هي الحقيقة في ذاتها، وإذا كان ذلك فالمنطق السليم يقتضي أن يفسح المجال لاستخدام كل وسيلة يقبلها الذهن في سبيل ذلك، ودون وضع قيود وطرقا محدده يسلك للوصول إلى النتيجة، إذ الحقيقة المطلقة هي حقيقة متجردة عن الأشخاص تكتسب قوتها من ذاتها، من كونها واقع ثابت حقيقة لا افتراضا، فينبغي أن يكون البحث عنها بدوره متجردا عن أشخاصه حرا طليقا لا يحده حد ولا يرد عليه قيد، فالإثبات التاريخي أو العلمي هو إثبات حقيقة تاريخية أو علمية على وجه قطعي باستخدام كل الحجج و البراهين المفيدة في ذلك مهما كانت الوسيلة في ذلك³.

¹ سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارنا بتقنيات سائر البلاد العربية، ج01، الأدلة المطلقة، عالم الكتب، القاهرة، دون سنة نشر، ص 11/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى، الجزائر، طبعة 2022، ص 06/عمر زودة، الإثبات في المواد المدنية في ضوء أحكام القضاء آراء الفقهاء، ط 01، دار بلقيس، الجزائر، 2023، ص 03/عصام أنور سليم، النظرية العامة للإثبات، في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص 13.

²Marcel Planiol, Traité élémentaire de Droit Civil, tome 2^e, 9^e édition, librairie générale de Droit & De jurisprudence, Paris, 1928, p 01.

³ حسن عبد الباسط جميعي، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 06

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

وفي هذا السياق قدم الباحث الألماني Mark Schweizer ورقة بحثية في سنة 2016 بعنوان معيار الإثبات المدني، متسائلا عن ماهيته في الواقع، تناول فيها بشكل من التفصيل والإبداع المعايير التي يعتمدها القضاة في الإثبات، منطلقا من فكرة أن قضاة القانون العام يعتمدون معايير من أجل الوصول إلى الحقيقة، هما معياري "غلبة الأدلة أو توازن الاحتمالات" في القضايا المدنية ومعياري "الإثبات بما لا يدع مجالا للشك" في القضايا الجنائية، حيث بدأ ورقته البحثية انطلاقا من فكرة أن القضاء المدني في القانون المدني الأوروبي لا يميز بين القضايا المدنية والجنائية إذ المعيار دائما هو الإدانة الكاملة مهما كان نوعها، ويقصد بذلك إقامة الإثبات على معيار اليقين شبه الكامل، هذا التوجه الذي تعرض لانتقادات شديدة لدرجة أن أحد الفقهاء تسائل وبلهجة فيها الكثير من الوقاحة على حد تعبير الكاتب، كيف يمكن لرجال القانون المدني أن يكونوا على هذا القدر من الخطأ¹.

إن هذا الجدل في اعتماد معايير للإثبات ينطلق دائما من منطلق السعي من أجل الوصول للحقيقة الواقعية غير أن هذه الحقيقة المطلقة بصفتها أمر واقعي، أي بعبارة أخرى حقيقة واقعية، يقتضي أن يرد إثباتها على الحق ذاته، فمن غير المعقول الحديث عن إثبات أمر واقع حقيقة بصفة مطلقة من خلال إثبات محله واقع آخر منفصل عن الحق في ذاته، وعلى ذلك يجب لإثبات ملكية العقار إثبات حق الملكية العقار ذاته لا سند ملكيته، وفي عقد القرض يكون إثبات الحقيقة الواقعية بإثبات الدين ذاته لا مصدره، هذا القول وإن كان يجري مجرى المنطق إلا أن طبيعة الأمور تتأبى ذلك، فحق الملكية مثلا حق مجرد أقرب إلى أن يأخذ مفهوم معنوي لا مادي، ينظر له من خلال سلطاتها (سلطة التصرف، وسلطة الاستعمال، وسلطة الاستغلال)، فصاحب حق الملكية الوارد على العقار إذا ما أبرم تصرفا على حق ملكيته كالبيع مثلا، يكون قد نقل ما له من سلطات بموجب حق ملكيته، ولا يكون قد نقل العقار ذاته للمشتري، ويمتلك المشتري بدوره لا العقار ذاته، بل يكون له حق الملكية ممثلا في سلطاته.

ولما كانت الحقيقة الواقعية حقيقة مستعصية للإثبات في كل الأحوال، تبنت التشريعات نظام الإثبات القضائي، الذي يرد على مصدر الحق لا على الحق ذاته على تفصيل ذلك في حينه، غير أن الأنظمة القانونية اختلفت في نوع الإثبات القضائي، فمن التشريعات من تبني نظام الإثبات المطلق، ومنها من تبني نظام الإثبات المقيد، ومن التشريعات من سلك مسلكا وسطا في ذلك.

¹ Mark Schweizer, The CIVIL Standard of Proof-what is it, Actually?, The International Journal of Evidence & Proof, Vol 20 (03), SAGE Journal 2006, P217-218.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

الفرع الثاني: أنظمة الإثبات: تقدم القول أن نظم الإثبات تنقسم إلى ثلاثة نظم، نظام الإثبات المطلق (أولاً)، ونظام الإثبات المقيد (ثانياً)، ونظام الإثبات المختلط (ثالثاً).

أولاً: نظام الإثبات المطلق (Système de la preuve morale ou libre): يتسم هذا النظام بإطلاق المشرع يد القاضي في الإثبات، فلا يقيد بوسيلة معينة، ولا بترتيب معين، وللقاضي مطلق الحرية في تكوين اقتناعه دون أن يطلب منه تسبب ذلك، ويبرر هذا النظام على أساس مبادئ العدالة حتى لو اقتضى ذلك التضحية باستقرار المعاملات¹، فيسمح للخصوم بتقديم الأدلة التي يرون فيها القدرة على تكوين قناعة القاضي، كما يترك للقاضي حرية تقدير ذلك، وبذلك يحقق هذا النظام ميزة الوصول السريع للحقيقة الواقعية، والتي تتطابق فيه مع الحقيقة المطلقة.

وجه لنظام الإثبات الحر انتقاداً مفاده أن العدالة التي يصبوا إليها هذا النظام عدالة ظاهرية، فإطلاق يد القاضي دون قيد ولا شرط يفتح الباب لتعسفه مما يبعد بين الحقيقة الواقعية والقضائية التي تعتبر ميزة في هذا النظام².

ثانياً: نظام الإثبات المقيد (système de la preuve légale): ويسمى أيضاً بنظام الأدلة القانونية وهو نظام يقوم على تقييد الخصوم والقاضي في الإثبات من خلال تحديد أدلة الإثبات تشريعياً، فالمشرع هو الذي يحدد الدليل ويقدر قيمته، وليس للقاضي أي سلطة تقديرية في ذلك، فدوره سلبى يقتصر على بحث توافر الشروط القانونية في الدليل كما حددها النص دون أن يجاوز ذلك، كما لا يسمح للخصوم بتقديم أي دليل لإثبات ادعاءاتهم إلا من خلال ما حدده القانون، فإن كانت أدلتهم ناقصة لم يكن للقاضي أن يكملها³.

يتميز نظام الإثبات المقيد ببث الطمأنينة في نفوس المتقاضين، حيث يعلمون مسبقاً أدلة الإثبات المقبولة لإثبات ادعاءهم، كما لا يفاجؤون بأدلة إثبات لم تكن في حسابهم قبل قيام المنازعة، ولكنه بالمقابل وجهت له نفس الانتقادات التي وجهت للنظام المطلق، فتقييد حرية القاضي لهذه الدرجة تجعله أشبه بالآلة التي يقتصر دورها على قبول أو رفض الدليل دون أدنى فسحة للتقدير، مما يمنع القاضي من إثبات اقتناعه خارج هذه الأدلة، وهو ما يبعد بين الحقيقة الواقعية والحقيقة القضائية⁴ مرة أخرى.

¹ عادل حسن علي، الإثبات-أحكام الالتزام، مكتبة زهراء الشرق، 1997، ص 11-12.

² عمر زودة، الإثبات في المواد المدنية، المرجع السابق، ص 05.

³ وائل ثابت كاظم الطائي، الإثبات، الأحكام العامة للإثبات-أدلة الإثبات، ج 01، الأحكام العامة للإثبات، ط 01، مركز الدراسات العربية، مصر، 2023، ص 35.

⁴ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات، المرجع السابق، ص 10.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

ثالثا: نظام الإثبات المختلط (Système mixte Transactionnel): تلافيا للعيوب التي وجهت للنظامين السابقين، ظهر مذهب ثالث أخذت به معظم التشريعات الحديثة ومن بينها التشريع الجزائري، الذي أخذ بنظام الإثبات المقيد في إثبات التصرفات القانونية واشترط الكتابة لإثباتها كأصل عام، بينما أخذ في المادة التجارية بنظام الإثبات الحر، ونفس الشيء في المادة الجزائية خاصة في الجنايات المادة 307 قانون إجراءات جزائية والتي نصت على (يتلو الرئيس قبل مغادرة المحكمة قاعة الجلسة التعليمات الآتية التي تعلق فضلا عن ذلك بحروف كبيرة في أظهر مكان من غرفة المداولة: "إن القانون لا يطلب من القضاة أن يقدموا حسابا عن الوسائل التي بها قد وصلوا إلى تكوين اقتناعهم، ولا يرسم لهم قواعد بها يتعين عليهم أن يخضعوا لها على الأخص تقدير تمام أو كفاية دليل ما، ولكنه يأمرهم أن يسألوا أنفسهم في صمت وتدبر، وأن يبحثوا بإخلاص ضمائرهم في أي تأثير قد أحدثته في إدراكهم الأدلة المسندة إلى المتهم وأوجه الدفاع عنها ولم يضع لها القانون سوى هذا السؤال الذي يتضمن كل نطاق واجباتهم: (هل لديكم اقتناع شخصي؟)..."، فالمشرع الجزائري قد أخذ كقاعدة عام في مجال القضاء المدني بنظام الإثبات المقيد، وأخذ كقاعدة عام بنظام الإثبات الحر في نظام القضاء الجزائي والتجاري¹.

الفرع الثالث: الواقعة القانونية هي محل الإثبات: تقدم بنا القول أن الإثبات القضائي لا يرد على الحق ذاته بل يرد على مصدره، أي السبب المنشئ للحق المدعى بوجوده أو بزاله، وقد نصت المادة 323 قانون مدني على أنه (يثبت الدائن الالتزام ويثبت المدين التخلص منه) ومصدر الحق أو الالتزام إما أن يكون واقعة مادية وإما أن يكون تصرفا قانونيا، أي أن مصدر الحق والسبب المنشئ له لا يخرج على أن يكون واقعة قانونية، والواقعة القانونية هي محل الإثبات لا الحق ذاته.

أولا: إثبات الواقعة القانونية: تقدم أن الواقعة القانونية إما أن تكون تصرفا قانونيا أو واقعة مادية، والتصرف القانوني هو الإرادة تتجه لإحداث أثر قانوني، كالعقد هو تصرف قانوني يقوم على تطابق إرادتين، تتجه فيه الإرادة لإحداث أثر قانوني إذا نظرنا إليه من جهة المدين نجده إما أن ينشئ التزاما، أو يعدله أو ينقله، وإذا نظرنا إليه من جهة الدائن نجده ينشئ الحقوق الشخصية، ويكسب الحقوق العينية، وعلى ذلك فالمدعي الذي يدعي بدين له في ذمة المدين يتمثل في مبلغ من النقود يلزمه إثبات مصدر المديونية بإثبات عقد القرض القائم بينهما، ومشتري المنقول الذي يطالب بالبائع بتسليم المنقول المبيع، ملزم بإثبات السبب المنشئ لحقه في المطالبة بتسليمه، والسبب المنشئ لذلك هو عقد البيع المبرم بينهما، ففي الحالة الأولى أنشأ التصرف القانوني حقا شخصيا، وفي الحالة الثانية أكسب حقا

¹ زودة عمر، الاثبات في المواد المدنية، المرجع السابق، ص 07.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

عينيا، والإرادة المنفردة تصرف قانوني قد ينشئ الحقوق الشخصية كالوعد بجائزة كما نصت على ذلك المادة 123 مكرر 01 قانون مدني (من وعد الجمهور بجائزة يعطيها عن عمل معين يلزم بإعطائها لمن قام بالعمل...)، والوصية تصرف قانوني بالإرادة المنفردة يكسب الحقوق العينية¹.

أما الواقعة المادية فهي وإن كانت تنشئ الحقوق الشخصية وتكسب الحقوق العينية إلا أنه ليس للإرادة فيها دخل، فالموت واقعة مادية قد تكسب الحق العيني، والفعل الضار واقعة مادية تنشئ الحق الشخصي، وهو فكرة مجردة مستعصية عقلا في ذاتها على الإثبات² وبالتالي لا مناص من نقل محل الإثبات إلى مصدر هذا الفعل.

وكما تقدم يطلق على الواقعة المادية والتصرف القانوني مصطلح الواقعة القانونية، وهذا هو المفهوم الواسع للواقعة القانونية، ونجد جانبا آخر من الفقه يفضل المفهوم الضيق للواقعة القانونية بقصرها على الواقعة المادية، فالواقعة القانونية عندهم هي الواقعة المادية وبذلك يقابلون بينها وبين التصرف القانوني³، وعلى ذلك فالواقعة القانونية هي مصدر الحق المدعى به أمام القضاء، وعلى المدعي إثباتها حتى يحكم له، وذلك بإقامة الدليل على وجود واقعة قانونية سواء كانت تصرفا قانونيا أو واقعة مادية هي المصدر الذي يقيم عليه دعواه لإثبات حقه في ما يدعيه.

إن نقل محل الإثبات من الحق ذاته إلى مصدره هو ما باعد في حقيقة الأمر بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية، وهو ما يفسر قيام نظرية الإثبات القضائي على الإحتمال، فمصطلح Preuve في اللغة الفرنسية مأخوذ من المصطلح اللاتيني Probatio وهو المصطلح الذي اشتقت منه عبارة Probabilité والتي تعني الإحتمال⁴، وهو ما يعني أن نظام الإثبات القضائي لا يقود حقيقة إلى اليقين، وإن كان يرجى منه ذلك إلا أنه وللإعتبارات المذكورة آنفا مقيد بوسائل وضوابط ملزمة للخصوم وللقاضي،

ثانيا: إثبات القاعدة القانونية: إن إلزام الخصوم إثبات الواقعة القانونية لا يعني التزامهم إثبات القاعدة القانونية التي تحكم هذه الواقعة، إذ القاضي يفترض فيه علمه بالقانون أو كما تقول المقولة الشهيرة⁵ (Avocat, passez au fait, la cour sait le droit)، وهو الملزم الوحيد بتكييف الوقائع والذي لا خلاف في اعتباره مسألة قانون، ولا يطلب من الخصوم إثبات القانون وحتى لو احتجوا به فلا يعدو أن

¹ عبد الرزاق احمد السهوري، التصرف القانوني والواقعة القانونية، دروس لقسم الدكتوراه، دبلوم القانون الخاص، القانون المدني مع التعمق، كلية الحقوق جامعة القاهرة، مطبعة البرلمان، 1953-1954، ص 03.

² سمير عبد السيد تناغو، أحكام الالتزام والإثبات، ط 01، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009، ص 46.

³ عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

⁴ سمير عبد السيد تناغو، أحكام الالتزام والإثبات، ط 01، مكتبة الوفاء القانونية، المرجع السابق، ص 47.

⁵ Marcel Planiol, op. cit, p 02.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

يكون احتجاجهم مجرد دفع يدخل في جملة ما يقدمه الخصوم من وقائع تخضع لتقدير القاضي ولا تلزمه، وهذا هو الأصل الذي ترد عليه استثناءات في أحوال نادرة.

فقرة 01_ عدم التزام الخصوم بإثبات القاعدة القانونية: يثبت الخصم الواقعة القانونية عن طريق إثبات مصدر الحق الموضوعي المدعى به، وبذلك يكون الخصم قد قدم ما هو منوط به من عبء الإثبات، لينتقل الدور إلى القاضي الذي يجب عليه كما يقول جانب من الفقه أن يستخلص الحق من المصدر الذي أثبتته الخصوم¹، وفي الحقيقة من الأمر القاضي لا يستخلص الحق من مصدره بمعنى دقيق، فالحق يثبت بثبوت مصدره، وليس للقاضي المدني ما للقاضي الجزائي من سلطة تقديرية في الإثبات، فإذا ما استطاع المدعي إثبات مصدر الالتزام، وفشل المدعى عليه في إثبات التخلص منه اتمنع على القاضي أن يقضي بعدم نسبة الحق للمدعي على أساس عدم اقتناعه بذلك، فإثبات مصدر الحق يقع مقام القرينة القاطعة بنسبة للحق الموضوعي للمدعي، ونفس الأمر بالنسبة للحالة العكسية إذا ما أثبت المدعى عليه التخلص من الالتزام، فليس للقاضي المدني أن ينكر عليه ذلك وينسب لزمته الالتزام على أساس من اقتناعه أيضا، فالقاضي المدني دوره سلبي في مجال الإثبات ولا يملك إلا أن يقر بما أثبتته الخصوم في إطار القانون.

وعلى ذلك إذا ما تم اثبات مصدر الحق يأتي دور القاضي لا لاستخلاص الحق الموضوعي، إذ أنه قد ثبت بإثبات مصدره، إنما بتطبيق القانون على ما ثبت أمامه، والخصوم غير ملزمين بإثبات القاعدة القانونية كما تقدم القول، فالقاعدة القانونية ليست من أجزاء الواقعة القانونية، وبالتالي لا تكون محلا للإثبات، وحتى في حالة ما شاب القاعدة القانونية غموض فإن عبء تفسير هذا الغموض مسألة من مسائل القانون يضطلع بها القاضي وحده تحت رقابة المحكمة العليا، والخطأ في تفسير القانون خطأ في تطبيق القانون يوجب النقض بموجب المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية (إن تفسير القانون وتطبيقه على واقعة الدعوى هو شأن المحكمة وحدها لا من شأن الخصوم²)، أما ما تجري به العادة من مناقشة المحامين القاعدة القانونية في مذكراتهم فلا يعدو أن يكون تفسيراً لها بما يتفق مع مصلحتهم ولا يعتبر إثباتاً لهذه القاعدة³.

¹ بلعيساوي محمد الطاهر، باطلي غنية، طرق الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار هومة، الجزائر، 2017، ص 22.

² الحكم رقم 2420 لسنة 70 قضائية، محكمة النقض المصرية، تاريخ الفصل 01/06/2013، <https://n9.cl/cumm6>.

³ راجع في ذلك كل من: محمد حزيط، الإثبات في المواد المدنية والتجارية في القانون الجزائري، ط 02، دار بلقيس، الجزائر، 2022، ص 20/ أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 14.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

وتجدر الإشارة إلى أن الخصوم في ادعائهم أمام القاضي لا يلقون واقع بحت، ولا قانون بحت، بل يلقون مجموعة من الوقائع والأدلة، تتراوح بين ما هو واقع لا يخضع للقاضي في تقديره للمحكمة العليا، وما هو قانون يقع القاضي في تقديره تحت طائلة النقص، وقد سبقت دراسة ذلك باستفاضة في الفصل الأول من هذا البحث فلا نعود إليه فهنا كهناك، غير أننا نضيف في هذا المقام أن الواقع كعنصر من عناصر الادعاء ما هو إلا مصدر الحق المدعى به، وهو كما سبق بيانه إما أن يكون تصرفاً قانونياً أو واقعة مادية، وبالتالي فالواقع في الادعاء هو الواقعة القانونية وهي محل الإثبات، كما أنها مسألة موضوع لا يقيد القاضي في تقديرها إلا فيما قرره القانون من ضوابط متعلقة بالدليل الجائز للإثبات به الواقعة القانونية، وقد نصت المادة 333 قانون مدني في فقرتها الأولى على سبيل المثال على أنه (في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك.)، فإثبات مصدر الحق المتمثل في التصرف القانوني هو مسألة موضوعية لا رقابة للمحكمة العليا عليها، إلا أن عدم جواز إثباتها بشهادة الشهود إذا تجاوزت قيمة التصرف 100.000 دينار جزائري هي مسألة قانونية تراقبها المحكمة العليا مراقبة مباشرة.

فقرة 02- الاستثناءات على عدم تحمل الخصوم إثبات القاعدة القانونية: ما تقدم بحثه يخص عنصر الواقع، أما فيما يخص عنصر القانون فإنه يتمثل في نسبة الحق الموضوعي الثابت بثبوت مصدره، وهو في حقيقته تطبيق القانون على ما أثبتته الخصوم أمام القاضي في دعواهم، وهو عمل القاضي وحده كما سبق بيانه، فالخصوم غير مكلفين بإثبات القانون إلا في حالات معينة، ولما كان في الغالب لكل قاعدة استثناء، فإن قاعدة عدم التزام الخصوم بإثبات القاعدة القانونية ترد عليها هي الأخرى بعض الاستثناءات، فالقاعدة القانونية في غالبية أحوالها تكون قاعدة تشريعية مكتوبة، وهو ما يبرر افتراض علم القاضي بها وعدم الزام الخصوم بإثباتها، غير أن هناك فروضاً لا تكون فيه القاعدة القانونية تشريعية، فتكون بالتالي قاعدة غير مكتوبة يصعب معها افتراض علم القاضي بها، ونفس الشيء بالنسبة للقانون الأجنبي فهو وإن كان قاعدة قانونية مكتوبة في إقليمه، فمن غير المنطقي افتراض علم القاضي بإضافته لقانونه العلم بقوانين كل الأقطار، وفي الحالتين يكون من مصلحة الخصوم السعي لإثبات القاعدة القانونية استثناءاً عن الأصل العام.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

01-إثبات العرف والعادة الاتفاقية: لقد استقر في الفقه أن العرف يقوم مقام القانون¹، ويسري عليه ما يسري على القاعدة القانونية من آثار، فيطبقه القاضي كما لو كان يطبق القانون، أما العادة الاتفاقية فلم تبلغ درجة أن تقوم مقام العرف، ومن وجه أولى لا يمكن أن تعتبر من قبيل القانون.

أ- إثبات العادة الاتفاقية: العادة الاتفاقية تفتقد لعنصر الإلزام وهو ما يحول دون اعتبارها من قبيل العرف، وهذا ما يجعلها واقعة مادية، يقع عبئ إثباتها على عاتق الخصوم، كما لا يعمل بها إلا إذا اتفقوا على الأخذ بها صراحة أو ضمناً²، فإن تبين أن المتعاقدان قد أخذاً بها أصبحت بمقام الشرط في العقد، ويقع عبء اثبات الشرط على من يتمسك به³، ولا يجوز للقاضي أن يحكم بها من تلقاء نفسه حتى لو علم بها، لأنه بذلك يكون قد حكم بعلمه الشخصي وهو أمر محذور على القاضي كما سيأتي بيانه لاحقاً⁴

ب- إثبات العرف: يختلف العرف عن العادة من حيث عنصر الإلزام الذي توافر في الأولى وتختلف في الثانية، وقد بحثنا في مفهوم العرف في ما سبق من محاور هذا البحث، وفرقنا بينه وبين العادة فلا نعود إليه، ولكننا نضيف في هذا المقام أن العرف الذي يجري مجرى القانون هو العرف العام لا العرف المحلي، وقد نصت المادة الأولى من التقنين المدني على العرف كمصدر من مصادر القانون الملزمة للقاضي، ورتبه المشرع في المرتبة الثالثة بعد الشريعة الإسلامية، وكان حرياً بالمشرع الجزائري أن يحذو حذو المشرع المصري الذي وضع العرف في المرتبة الثانية⁵ كمصدر من مصادر القانون، وذلك لسبب بسيط أن العرف لا يختلف عن التشريع إلا من حيث أنه قانون غير مكتوب، والتشريع قانون مكتوب، فكلاهما قانون ولهما نفس القوة الإلزامية، ولو أن التشريع يسمو على العرف في حالة اختلاف القاعدة العرفية مع القاعدة التشريعية فترجح كفة القاعدة التشريعية، إلا أن ذلك لا يرجع سببه إلا إلى سياسة تشريعية هدفها المحافظة على استقرار المعاملات، ومن غير المنطقي أن يتم الفصل بين التشريع والعرف من خلال مصدر آخر أياً كان هذا المصدر، لأن في ذلك مخالفة واضحة لطبيعة الأمور ومبادئ القانون.

¹ بكوش يحيى، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دراسة نظرية وتطبيقية، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1981، ص 25.

² أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 15.

³ محمد حزيب، الإثبات في المواد المدنية والتجارية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 20.

⁴ سليمان مرقس، أصول الإثبات وأجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارناً بتقنيات سائر البلاد العربية، ص 75.

⁵ المادة 01 قانون مدني مصري (تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفضها وفحواها. فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة).

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

ولما كان العرف يقوم مقام القانون فإن الخصوم غير ملزمين بإثباته، ويفترض في القاضي العلم به كما يعلم القانون، وهي مسألة قانون يقع فيها القاضي تحت رقابة المحكمة العليا، إلا أنه في كثير من الأحيان يصعب على القاضي في الواقع العلم بالعرف، فافتراض علم القاضي بالتشريع مرده من جهة إلى الإجراءات التي يصدر بها التشريع، ومن جهة أخرى أن التشريع قانون مكتوب فلا يصعب على القاضي تبينه، ومكانه واضح ومعروف، بينما العرف وإن كان قانوناً فهو قانون غير مكتوب، ومكانه مجهول، مما ينبغي التساهل في معاملته، فمن مصلحة الخصوم تنوير القاضي بإثبات القاعدة العرفية أمامه، ويبقى للقاضي سلطة تقديرية في تقديره لقيام هذا العرف، فالعرف قانون والقاعدة العامة افتراض علم القاضي به¹، وعلى ذلك يمكننا القول أن هناك فصلاً بين طبيعة العرف ومعاملته الإجرائية، فهو من حيث الطبيعة قانون، غير أنه يعامل معاملة الواقعة في حدود ضيقة، فالقاضي إذا علم بالعرف طبقه كما يطبق القانون على النزاع المطروح أمامه ولا يكون بذلك قد حكم بعلمه الشخصي، وإن لم يعلم به اجتهد في البحث عنه² ومن مصلحة الخصوم مساعدته في ذلك بإثبات القاعدة العرفية كما لو أنهم يثبتون الواقعة المادية التي يحتجون بها للحكم لمصلحتهم، فإذا اقتنع القاضي بقيام القاعدة القانونية التي مصدرها العرف طبقها لا على أساس أنها واقعة مادية قام عليها الدليل المقدم من أحد الخصوم، وفشل الخصم الآخر في التخلص منها مما يلزم القاضي بها، بل يطبقها أو يستبعداها على أساس أنها قاعدة قانونية الخطأ في تقديرها خطأ في القانون يوجب النقض.

02- إثبات القانون الأجنبي: لا خلاف حول العرف، فكل من الفقه والقضاء مجمع على أنه يقوم مقام القانون، سواء من حيث طبيعته أو من حيث آثاره، غير أن الأمر ليس كذلك بالنسبة للقانون الأجنبي الذي تنازعت ثلاث نظريات، نظرية ترى أن القانون الأجنبي بالنسبة للقاضي الوطني مجرد واقعة، ثم ورتبوا عليه آثار الواقعة، وذهبت نظرية ثانية إلى أن القانون الأجنبي قانون ورتبوا عليه آثار القانون، أي أن هاتين النظريتين سلك فيهما أنصارهما المنهج الاستنباطي بحيث يقررون القاعدة، ومن ثم يستنبطون منها آثارها ويتقيدون بها، بينما ذهبت نظرية ثالثة توفيقية سلكت في تقدير القانون الأجنبي مسلك تقدير العرف وفرقوا بين طبيعته القانونية ومعاملته الإجرائية، فسلكت بذلك المنهج الاستقرائي بحيث يدرسون كل حالة على حدة ولا يضعون قاعدة عامة، وإلى تفصيل ذلك.

¹ سليمان مرقس، أصول الإثبات وأجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارناً بتقنيات سائر البلاد العربية، المرجع السابق، ص 75.
² وفي ذلك يقول العلامة السنيوري أنه (يتعين على القاضي البحث عنه من تلقاء نفسه لتطبيقه، دون حاجة إلى إثباته من جانب الخصوم/ عبد الرزاق أحمد السنيوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الالتزام، مرجع سابق، ص 52.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

أ- القانون الأجنبي واقعة: يرى جانب من الفقه يتزعمه الفقيه الفرنسي Henri Batiffol أن القانون الأجنبي واقعة، ففي فرنسا على الخصوص هناك من يرى تطبيق القانون الأجنبي كعنصر من عناصر الواقع¹ وحجتهم في ذلك أنه لكي نعتبر قاعدة ما أنها قاعدة قانونية يجب أن يتوافر لها عنصرين، العمومية والتجريد من جهة، والإلزام من جهة ثانية، والقانون الأجنبي عام مجرد وملزم في بلده، لكنه يفقد خاصية الإلزام عند عبوره الحدود، وبذلك يتخلف عنصر الإلزام الذي يعد ركيزة أساسية في القاعدة القانونية، ويستندون لحجة أخرى عملية مفادها صعوبة افتراض علم القاضي بكل قوانين العالم، فهذا الافتراض وإن صح نظرياً فلا يصح عملياً²، وعلى ذلك قام هذا الاتجاه بتقرير قاعدة عامة تتمثل في اعتبار القانون الأجنبي واقعة، ورتبوا عليه الآثار التالية:

✓ إن أول نتيجة تترتب على اعتبار القانون الأجنبي واقعة أن القاضي ليس له أن يثيره من تلقاء نفسه، بل يجب على الخصوم إثارته، فهو واقعة والواقعة يقدمها الخصوم لا القاضي.

✓ لما كان القانون الأجنبي واقعة، فالقاضي لا يخضع في إثباته، وتفسيره لرقابة المحكمة العليا، إذ يقع عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي على الخصوم، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قضية (L'autour) الشهيرة أن عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي يقع على المدعي³.

✓ لما كان القانون الأجنبي واقعة فلا يحتج على الخصوم بقاعدة عدم العذر بجهل القانون، وفي حالة تمسك الخصوم بجهل القانون فليس للقاضي أن يحكم بناءً على مضمون القانون الأجنبي حتى لو علمه أو كان من السهل عليه العلم به، لأنه بذلك يكون قد حكم بعلمه الشخصي.

ب- القانون الأجنبي قانون: إن فكرة اعتبار القانون الأجنبي قانوناً، فكرة سابقة على فكرة اعتباره واقعة قانونية وبالأخص في أغلب البلاد الأوروبية، باستثناء بعض التشريعات القليلة مثل التشريع الإنجليزي الذي يقوم فيه افتراض على أن القانون الأجنبي مطابق للقانون الوطني يطبقه القاضي من تلقاء نفسه، وعلى ذلك يجب على من يرى مصلحته في تطبيق القانون الأجنبي سواء كان مدعياً أو مدعى عليه

¹ Jean-Pierre, Droit international privé, 20^e édition, Dalloz, paris, 2021, p. 132.

² إبراهيم صالح الصرايرة، علاء محمد الفواعير، مهمة إثبات القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني وفقاً للتشريع الأردني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، مج 43، ملحق 03، سنة 2016، ص 1254.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

أن يتمسك به ويثبت اختلاف القانون الأجنبي عن القانون الوطني، فإن لم يثبت ذلك يطبق عليه القانون الوطني، أما باقي التشريعات الأوروبية فهي تقرر أن وجود القانون الأجنبي، وأحكامه، وفحواه كله لا يعد من قبيل الواقع، ولا يقع عبء إثباته على الخصوم، وعلى المحكمة أن تستعمل كل وسيلة ممكنة للتوصل لمضمون القانون الأجنبي وتطبيقه تلقائياً طالما أشارت إليه قاعدة الإسناد، ولا ينتظر في ذلك تمسك الخصوم بفحوى قاعدة الإسناد، فالقانون الأجنبي قانون مثله مثل القانون الوطني، والملاحظ أنه حتى في التشريع الإنجليزي لا يكفي مجرد الإحتجاج بالقانون الأجنبي وإثبات مضمونه من طرف الخصوم، بل يجب أن يتم هذا الإثبات من خلال خبير مختص، فالأمر لا يتعلق بألفاظ وعبارات القانون، بقدر ما يتعلق بماهية القانون الأجنبي، بما في ذلك الممارسة القضائية لهذا الأخير في بلاده¹.

غير أن هذه الرؤية تقهقرت على يد الفقهاء الحديثين وبالأخص الفقيه الفرنسي Henri Batiffol الذي جاء بنظرية جديدة تعتبر القانون الأجنبي واقعة كما سبق بيان ذلك، والتي وجه لها أنصار النظرية التقليدية نقد في غاية الأهمية، فقلوه أن القانون الأجنبي يفقد صفة الإلزام عند عبوره الحدود يتناسى أن قاعدة الإسناد عند استقبالها لمضمون القانون الأجنبي تعيد له صفة الإلزام، أو بمعنى آخر أن القاعدة الوطنية هي التي تضيف صفة الإلزام على القانون الأجنبي، وعلى ذلك فالقانون الأجنبي يقوم مقام القانون الوطني²، وينبني على اعتبار القانون الأجنبي قانون الآثار التالية:

✓ القاضي ملزم بإثارة القانون الأجنبي والتمسك به من تلقاء نفسه، ولا يدفع أمامه في ذلك بخرقه قاعدة عدم جواز حكم القاضي بعلمه الشخصي، فالقاعدة يقتصر نطاقها على الوقائع دوناً عن القانون، والقانون الأجنبي هنا قانون بآتم معنى الكلمة.

✓ يقع القاضي في تفسيره وإثباته للقانون الأجنبي تحت رقابة المحكمة العليا، فخطأه في ذلك خطأ في القانون يوجب النقض.

✓ الخصوم غير ملزمين بإثبات القانون الأجنبي، كما أنه لا يمكنهم الإحتجاج بجهلهم بمضمون هذا الأخير، ويلاحظ في هذه الحالة أن اعتبار القانون الأجنبي قانون يفترض علم القاضي والخصوم بكل قوانين العالم.

¹ عبد الحميد أبو هيف، القانون الدولي الخاص، ط 02، مطبعة السعادة، مصر، 1927، ص 320-327.

² ناتوري كريم، المعاملة الإجرائية لتطبيق القانون الأجنبي في قواعد تنازع القوانين الجزائرية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مج 13، ع 01، سنة 2022، ص 295.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

ج-الفرقة بين طبيعة القانون الأجنبي ومعاملته الإجرائية: ذهب جانب من الفقه¹ إلا منهج جديد قاصدين من ورائه تلافي عدم انسجام اعتبار القانون واقعة مع المنطق القانوني من جهة، ومن جهة أخرى التخفيف من حدة اعتبار القانون الأجنبي قانون، ففرقوا بين الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي والذي أقروا بأنه قانون يقوم والقانون الوطني في صعيد واحد، وبين معاملته الإجرائية والمقصود من ذلك أن يعامل القانون الأجنبي من حيث إثباته، ومن حيث رقابة محاكم النقص على تفسير وتطبيق القاضي لهذا الأخير معاملة الواقعة، وينبني على ذلك النتائج التالية:

✓ يثير القاضي الوطني قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه: غنى عن البيان أن الخصوم إذا ما أثاروا قاعدة التنازع التزم القاضي بتطبيقها، غير أن الأمر يدق في حالة لم يتمسك الخصوم بقاعدة الإسناد فهل يثيرها القاضي من تلقاء نفسه؟ تذهب محكمة النقض الفرنسية في قرارها المشهور (Arrêt BISBAL) إلى أن قاعدة الإسناد قاعدة مكملّة غير متعلّقة بالنظام العام، وبالتالي فالأمر متروك للأطراف لإثارته ولا لوم على القاضي الذي لم يطبق القانون الأجنبي تلقائياً²، غير أن محكمة النقض تراجعت³ عن ذلك في قرارين لها بتاريخ 11 و18 أكتوبر 1988 وأقرت التطبيق التلقائي لقواعد التنازع⁴، وهو الرأي الراجح وربما يعود ذلك إلى سهولة الغش نحو القانون بتغيير ضابط الإسناد وفي القضاء الفرنسي قضايا كثيرة مشهورة في هذا الصدد كقضية la princesse de Bauffremont وقضية Vidal، وكذا قضية Cibiens⁵.

✓ إلقاء عبء إثبات القانون الأجنبي على الخصوم، وهذا استسلاماً للاعتبارات العملية، وهذا هو الموقف الحديث لمحكمة النقض المصرية والتي جاء في قرار لها أنه (من المقرر في قضاء محكمة النقض، أن التمسك بالقانون الأجنبي لا يعدو أن يكون مجرد واقعة مادية يجب إقامة الدليل عليها استجابة للاعتبارات العملية التي لا يتيسر معها للقاضي الإلمام بأحكام ذلك القانون، لأن منطقتي تطبيق هذه القاعدة أن يكون القانون الأجنبي غريباً عن القاضي يصعب عليه الوقوف على

¹ هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 694.

² ARRET BISBAL COUR DE CASSATION (Ch. Civ., 1re sect.) 12 mai 1959, 2 mars 1960 et 11 juillet 1961, <https://n9.cl/7tmyn>.

³ Bernard Haftel, Droit international privé, 3^e édition, Dalloz, Paris, 2023, p. 204. /voir aussi: François Mélin, Règles de conflit de loi: un nouveau critère d'impérativité, <https://cutt.us/kTXmj>.

⁴ Cass., civ1, du 11 octobre 1988, 87-11.198, publié au bulletin, 1988 I n° 278, p. 190.

⁵ بيار أميل طوبيا، التحايل على القانون، دراسة مقارنة في القانون الخاص حول قاعدة الغش يفسد كل شيء، تقديم القاضي غان رباح، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2009، ص ص 314-317.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

أحكامه والوصول إلى مصادره، أما إذا كان القاضي يعلم مضمونه أو كان علمه به مفترضا فلا محل للتمسك بتطبيق تلك القاعدة¹، وهو نفس توجه محكمة التمييز الأردنية فهي وإن كانت تعتبر القانون الأجنبي قانونا كالقانون الوطني إلا أنها لا تمنع مشاركة الخصوم في إثباته² وهذا بقولها في قرار لها (يعتبر تطبيق القواعد القانونية على وقائع الدعوى هو من واجبات المحكمة سواء أكان القانون الواجب التطبيق أجنبيا أم وطنيا، وطالما طبقت محكمة الموضوع هذه القواعد فلا يرد القول بأن إثباتها يقع على عاتق من تمسك بالقانون الأجنبي الوارد به، مادام أنه لا ينكر ورودها في القانون الأجنبي، لأن العبرة بوجود هذه القواعد في القانون الأجنبي أم عدم ورودها فيه سواء كان حصول المحكمة على هذا القانون عن طريق الخصم أو من طريق غيره أو موجود لديها أصلا³...)، وفي قرار آخر لها جاء فيه (...وهنا كان يتوجب على محكمة الاستئناف تكليف وكيل المميز بتقديم نص القانون الكويتي (وهو القانون الأجنبي الواجب التطبيق في القضية المميز ضدها) لغايات إثبات القانون الأجنبي⁴...)

✓ الأصل الوقوف عند طبيعة القانون الأجنبي كقانون، فالقاضي يتمسك به تلقائيا، ويقع في تفسيره وتطبيقه تحت طائلة النقض، ولا يعذر الخصوم بجهله، غير أن ذلك منوط كما تقول محكمة النقض المصرية بمدى علم أو افتراض علم القاضي به، والقاضي يعلم القانون الأجنبي إذا كان قريبا من قانونه الوطني، كأن يكون مصدرا تاريخيا له، فالقاضي الجزائري مثلا يفترض علمه بالقانون المصري والفرنسي على أساس أنهم من نفس العائلة القانونية، كما أنهما يعتبران مصادر تاريخية للقانون الجزائري، كما يفترض علم القاضي الجزائري بقوانين الدول المجاورة للجزائر، وبقوانين التشريعات العربية، فافتراض علمه بهم يرجع أساسا لسهولة وصول القاضي لمضمون هاته القوانين.

د- موقف المشرع الجزائري: بالرجوع لنص المادة 358 م إ ن نجد أنها تجعل من مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بالأسرة وجها من أوجه الطعن بالنقض دونا عن القانون الأجنبي مطلقا، فهل يقصد

¹ الحكم رقم 9139 لسنة 74 قضائية، محكمة النقض، الدائرة التجارية، حكم صادر بتاريخ 2015/06/22 /حكم رقم 637، سنة 70 قضائية، محكمة النقض، دائرة الأحوال الشخصية، حكم صادر بتاريخ 2009/16/08، <https://n9.cl/e1ydd>.

² وهناك من يرى في الفقه المصري أن محكمة النقض لم تقصد بقولها أن القانون الأجنبي واقعة أنه فعلا واقعة بمفهومها القانوني، بل هي فقط ركنت للاعتبارات العملية، راجع في هذا المعنى، حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، ج 01، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دون سنة، ص 160.

³ محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية، حكم رقم 374 لسنة 2001، صادر بتاريخ 2001/05/15، <https://n9.cl/6yzma>.

⁴ محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية، حكم رقم 3876 لسنة 2006، صادر بتاريخ 2007/03/08، <https://n9.cl/pwsz0>.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

المشروع من ذلك اعتبار القانون الأجنبي واقعة كقاعدة عامة، ويستثنى من ذلك القانون الأجنبي المتعلق بالأسرة؟ أم أن الأمر لا يعدو أن يكون مجرد تركيز على مسائل الأسرة لأهميتها، وفي هذه الحالة يكون القانون الأجنبي قانونا لا واقعة؟

بالرجوع لنص المادة 23 قانون مدني نجدها تنص على إنه (يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب التطبيق)، ويفسر الأستاذ عمر زودة ذلك أن القانون الأجنبي قانون لأن القاضي مطلوب منه معرفة القانون لا إثباته، ولو صح أن المشروع يعتبر القانون الأجنبي واقعة مادية، وعجز الخصوم على إثباته كان الجزاء رفض الدعوى¹، بينما يرى الأستاذ محمد حزيط أن القانون الأجنبي للأسرة فقط دون القانون الأجنبي مطلقا الذي يعتبر قانونا مساويا للقانون الوطني²، وفي خضم هذا الخلاف يبرز رأي وسط نراه الأكثر انسجاما وتوفيقا بين نص المادة 358 إ م إ، و المادة 23 قانون مدني، قال به الأستاذ الطيب زروتي، الذي يرى أن القاضي الوطني مفروض فيه تطبيق القانون الأجنبي تلقائيا، غير أن هذا الحكم يصطدم بالواقع العملي للقانون الأجنبي الذي يفقد عنصر الإلزام عند عبوره لحدود بلده ما يجعله يختلف عن القانون الوطني³، وعلى ذلك يرى الأستاذ الطيب زروتي أن الأصل هو القاء عبء إثبات القانون الأجنبي على من له مصلحة في التمسك به وإثبات مضمونه وشروط تطبيقه، ولا يفترض علم القاضي به، وبالتالي فالأستاذ قد فرق بين طبيعة القانون الأجنبي كقانون، وبين معاملته الإجرائية كواقعة مادية.

نخلص مما تقدم أن القانون الأجنبي يصلح أن يكون محلا للإثبات، وقد عبر المشروع الجزائري عن ذلك بصراحة في نص المادة 23 قانون مدني بقوله (...إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي...) والإثبات كأصل عام يناط بالخصوم، غير أنه استثناء وإعمالا لفلسفة الدور الإيجابي للقاضي المدني والتي تبناها المشروع الجزائري في كثير من المسائل أثناء تسيير الخصومة القضائية في قانون إ م إ، يمكن للقاضي المساهمة في إثباته تلقائيا إذا كان عالما به، أو من المفترض العلم به على النحو الذي تم بيانه أعلاه.

أما الاحتجاج بأن المادة 23 قانون مدني لو كان مقصد المشروع منها اعتبار القانون الأجنبي واقعة، ثم عجز الخصوم على إثباتها فحكم القاضي برفض الدعوى لعدم التأسيس، فنرده بالقول أن هذا الكلام كان سيجد سنداً له لو أن المشروع الجزائري لم ينص صراحة على جزاء عدم ثبوت القانون الأجنبي في نص المادة 23 السالفة الذكر، غير أن المشروع على خلاف من ذلك، قرر صراحة تطبيق القانون الوطني بدلا عن

¹ عمر زودة، الإثبات في المواد المدنية في ضوء احكام القضاء وآراء الفقهاء، المرجع السابق، ص 32-33.

² محمد حزيط، الإثبات في المواد المدنية والتجارية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 21.

³ الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، علما وعملا، ط 01، دون دار نشر، 2010، ص 13.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

القانون الأجنبي الواجب التطبيق وهي مسألة قانون يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا، ومن جانب آخر أن اعتبار القانون الأجنبي قانون لا يمنع معاملته إجرائيا معاملة الواقعة المادية لأسباب متعلقة بالواقع العملي، بل إن التفرقة بين طبيعة القانون الأجنبي ومعاملته الإجرائية تنسجم مع المادة 23 قانون مدني، كما أنها لا تتعارض مع المادة 358 قانون إ م إ، وحتى في حالة اعتبار القانون الأجنبي للأسرة قانونا استنادا لظاهر نص المادة 358 قانون إ م إ فإن الأمر لا يختلف كثيرا عن اعتباره قانونا يعامل معاملة الواقعة، فعلى اعتبار أن القانون الأجنبي للأسرة تعذر إثباته، فإن القاضي يطبق القانون الوطني إعمالا لنص المادة 23 قانون مدني، ولا يمكن للقاضي أن ينكر على الخصوم إثبات القانون الأجنبي للأسرة الثابت أمامه في مستندات وأوراق الدعوى من خلال الطلبات والدفع التي قدمها الخصوم، ويطبق القانون الوطني مباشرة متحججا في ذلك بأن القانون الأجنبي للأسرة يقع عبء ثبوته على عاتق القاضي وحده، لأنه في هذه الحالة يكون قد خالف مضمون القانون الوطني وهو بحكم نفس المادة 358 قانون إ م إ وجه من أوجه الطعن.

الفرع الرابع: شروط الواقعة محل الإثبات: لكي تكون الواقعة محلا للإثبات يجب أن تتوفر فيها مجموعة من الشروط تؤمن لها صلاحية كشفها عن الحقيقة، ولكي تؤدي دورها المنوط بها على أكمل وجه يجب أن تكون الواقعة القانونية جائزة للإثبات (أولا) وأن تكون هذه الواقعة محل نزاع (ثانيا)، وأن تكون محددة (ثالثا)، وأن تكون ممكنة للإثبات (رابعا)، وأن تكون متعلقة بالدعوى (خامسا)، وأن تكون منتجة فيها (سادسا)، هذه الشروط تخضع لسلطة القاضي في تقديرها دون رقابة عليه من المحكمة العليا، فهي شروط تضبط واقع الخصوم ولا تضبط سلطة القاضي التقديرية لأنها مسألة واقع لا قانون¹، وإلى بيان ذلك.

أولا: أن تكون الواقعة جائزة للإثبات: قد يمنع القانون إثبات واقعة معينة لعدة أسباب أهمها:

✓ قد يرجع المنع لأسباب تتعلق بالنظام العام والآداب، فلا يجوز إثبات دين مصدره القمار، أو بيع المخدرات. كما قد يكون المنع عائدا لاعتبارات تتعلق بالصياغة الفنية كان تصطدم مع قرينة قانونية قاطعة قررها القانون مثل حجية الامر المقضي فيه.

¹ فاطمة الزهراء تبوب، السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية بين عكنون، 1996-1997، ص 12.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

✓ قد يشمل نطاق المنع لا الواقعة إذ تكون جائزة الإثبات في ذاتها، لكن القانون يمنع إثباتها عن طريق أشخاص معينين ملزمون بالحفاظ على السر المهني، كالتبيب والمحامي، إلا في حالة نص قانوني يخالف ذلك.

✓ كما قد يرجع المنع لاعتبارات أخلاقية، فلا يجوز إثبات نسب غير شرعي¹.

ثانيا: أن تكون الواقعة المدعى بوجودها أو بزوالها محل نزاع: غنى عن البيان أن الواقعة الغير متنازع فيها لا تحتاج إلى إثبات، فلا يحتاج الشخص إلى إثبات واقعة لا ينازعه في قيامها أو زوالها خصمه، فعدم المخاصمة في الحق هو بمثابة إقرار بما يدعيه الخصم، وبذلك فلا يحتاج الشخص إلى إثبات حقه أو مركزه القانوني إذا ما أقر خصمه بما يدعيه²، وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد بقولها في أحد قراراتها (إن القانون إنما يكلف المدعي إقامة الدليل على دعواه إلا إذا سلم له خصمه بها أو ببعضها فإنه يعفيه من إقامة الدليل على ما اعترف به³) هذا مع التنبيه إلى أن مجرد السكوت لا يعد إقرارا.

ثالثا: أن تكون الواقعة محل الإثبات محددة: يجب أن تكون الواقعة محل الإثبات محددة تحديدا كافيا نافيا للجهالة، سواء كانت واقعة سلبية أو إيجابية، ومن البداهة أن الواقعة الغير محددة واقعة مبهمه، ومن المستحيل إثبات المبهم، فإذا ادعى شخص ما بالتزام له في ذمة آخر وجب تحديد مصدر هذا الالتزام، فمصادر الالتزام متعددة وقد سبق القول أن الواقعة القانونية محل الإثبات لا تعدو أن تكون السبب المنشئ للحق المدعى بوجوده أو زواله، ولا يتوقف الأمر عند تحديد السبب المنشئ للالتزام مطلقا، بل يجب تحديد نوعه تحديدا كافيا نافيا للجهالة، فإذا كان مصدره العقد وجب أن يبين ذلك، ولا يكفي ذلك بل يجب أن يبين نوعه، وأطرافه، ومضمونه، وهو بذلك يبين سبب الطلب القضائي، وقد قررت المادة 15 من ق إ م إ (يجب أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى، تحت طائلة عدم قبولها شكلا... عرضا موجزا للطلبات، والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى)، فإذا كانت الواقعة محل الإثبات غير محددة كان الجزاء الإجرائي بطلان عريضة افتتاح الخصومة⁴.

رابعا: يجب أن تكون الواقعة محل الإثبات ممكنة: يجب ألا تكون الواقعة محل الإثبات مستحيلة، فالمستحيل لا يقبل الإثبات عقلا، والاستحالة قد ترجع إلى الواقعة ذاتها، كمن يدعي بنوته

¹ محمد حسين منصور، قانون الإثبات، مرجع سابق، ص 35-36.

² زودة عمر، الإثبات في المواد المدنية في ضوء أحكام القضاء وأراء الفقهاء، المرجع السابق، ص 37.

³ الحكم رقم 4062 لسنة 77 قضائية، دائرة الخميس (أ) المدنية، حكم صادر بتاريخ 2015/05/07، <https://n9.cl/nt627>.

⁴ راجع في ذلك كل من نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 57/ زودة عمر، المرجع نفسه، ص 35.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

لشخص أصغر منه سناً¹، فهي واقعة مستحيلة القبول عقلاً، وقد ترجع الاستحالة إلى عدم تحديد الواقعة، فتكون مقبولة عقلاً ولكن يستحيل إثباتها لعدم تحديدها²، كمن يدعي بملكية عقار دون تحديد مكانه، ومن ثم تكون غير ممكنة الإثبات فلا تكون محلاً له.

خامساً: يجب أن تكون الواقعة محل الإثبات متعلقة بالدعوى: أي متصلة بمحل الإثبات، وإثباتها يؤدي لإثبات الحق ذاته، وتكون الواقعة متعلقة بالدعوى إذا كان الأمر المراد إثباته هو مصدر الحق المدعى به، فلا شك في هذه الحالة بتعلق هذا الأمر بالدعوى، وقد لا يكون الأمر المراد إثباته هو مصدر الحق بل واقعة أخرى مرتبطة بمصدر الحق ومؤثرة فيه بحيث يكون إثباته فيه إثبات للحق المدعى به³، أما إذا كانت الواقعة غير متعلقة بالدعوى فتكون غير قابلة للإثبات.

سادساً: أن تكون الواقعة محل الإثبات منتجة في الدعوى: يقصد بالواقعة المنتجة الواقعة التي يترتب على إثباتها أثراً قانونياً، وهي لا تنتج الأثر القانوني إلا إذا أدت إلى اقناع القاضي بأحقية المدعي في ما يدعيه كلاً أو بعضاً، فإن لم تكن الواقعة محل الإثبات منتجة في الدعوى، أي غير ذات أثر على قناعة القاضي فلا جدوى من إثباتها⁴، وعلى العموم هناك ارتباط بين الواقعة المتعلقة بالدعوى والواقعة المنتجة، فكل واقعة منتجة هي واقعة متعلقة بالدعوى، والعكس ليس صحيحاً دائماً، فقد تكون الواقعة متعلقة بالدعوى سواء بطريق مباشر أو غير مباشر، ولكنها لا تكون منتجة فيها، فمن يتمسك بملكية عقار استناداً إلى التقادم المكسب كسبب من أسباب كسب الملكية مدعياً وضع اليد لمدة 15 سنة، في هذه الحالة واقعة وضع اليد منتجة في الدعوى، إذ أن ثبوتها فيه ثبوت لحقه في ملكية العقار محل دعوى الملكية، وهي في نفس الوقت متعلقة بالدعوى لأن الحيازة مصدر من مصادر حق الملكية، غير أنه وفي نفس المثال لو أن المدعي ادعى الملكية على أساس الحيازة مدعياً وضع اليد مدة أقل من 15 سنة تكون واقعة وضع اليد متعلقة بالدعوى، غير أنها غير منتجة فيها تستدعي رفض الدعوى⁵، وقد قضت محكمة النقض المصرية أنه من المقرر في قضائها (أنه يجب أن يتوافر في الواقعة محل الإثبات عدة شروط، بعضها يقتضيه نظام الإثبات القضائي، هي أن تكون الواقعة متنازعا فيها، وأن تكون محددة، والآخر

¹ سمير عبد السيد تناغو، أحكام الالتزام والإثبات، مرجع سابق، ص 63.

² زودة عمر، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 37.

³ سليمان مرقس، أصول الإثبات وأجرائه في المواد المدنية في القانون المصري مقارناً بتقنيات سائر البلاد العربية، مرجع سابق، ص 69.

⁴ وائل ثابت كاظم الطائي، الإثبات في الدعوى المدنية، الأحكام العامة للإثبات- أدلة الإثبات، مرجع سابق، ص 118.

⁵ زودة عمر، المرجع نفسه، ص ص 38-39.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

يستلزمه القانون، هي أن تكون الواقعة منتجة في الدعوى وجائزة القبول، فإذا خلت من النزاع لا تكون ولا يمكن أن تكون محلاً له¹.

الفرع الخامس: مدى تعلق قواعد الإثبات بالنظام العام: إن البحث في مدى ارتباط قواعد الإثبات بالنظام العام من عدمه، بحث منتج في مجال دراستنا لارتباطه الوثيق بالسلطة التقديرية للقاضي، وهو في هذا المقام هو إجابة على سؤال: هل يجوز للقاضي إثارة قاعدة الإثبات من تلقاء نفسه، وهل تعتبر قواعد الإثبات قواعد مكملة يجوز مخالفتها بالاتفاق صراحة أو ضمناً؟

إن الإجابة على السؤال أعلاه لا يكون بصفة مطلقة تشمل كل قواعد الإثبات سواء منها الموضوعية أو الإجرائية، فهذه الأخيرة قواعد شكلية يضعها المشرع لخدمة العدالة وتحقيقها، فيلتزم بها القاضي والخصوم على حد سواء، ولا يجوز لأي منهم أن يفرض أو يرسم قواعد إجرائية لم يقرها القانون²، أما بالنسبة لقواعد الإثبات الموضوعية فبعضها يتعلق بالنظام العام شأنها في ذلك شأن القواعد الإجرائية، ولكن الغالب فيها أنها قواعد غير متعلقة بالنظام العام³.

والمتتبع في قرارات محكمة النقض المصرية يجد أن المبدأ الراسخ في قضائها عدم تعلق قواعد الإثبات بالنظام العام، وأنه يجوز الاتفاق على مخالفتها صراحة أو ضمناً⁴، حيث قضت في قراراتها (إن الرسمية لا تشترط في ترجمة المستندات إلا حيث لا يسلم الخصوم بصحة الترجمة العرفية، وينازعون في أمرها، وإن قواعد الإثبات ليست من النظام العام، فيجوز الاتفاق على مخالفتها صراحة أو ضمناً، كما يجوز لصاحب الحق أن يتنازل عنه، ويعتبر سكوت الخصم عن الاعتراض عن الإجراء مع قدرته على إبدائه قبولاً ضمناً له⁵)، وفي حكم آخر لها قررت (إن قواعد الإثبات في المواد المدنية ليست من النظام العام، فإذا سكت عنها من يريد التمسك بها عد ذلك تنازلاً منه عن حقه في الإثبات بالطريق الذي رسمه القانون⁶).

وفي التشريع الجزائري ذهب اتجاه من الفقه إلى أن القواعد الإجرائية للإثبات من النظام العام لتعلقها بنظام التقاضي، وأن المشرع يريد بها الحد من سلطة القاضي، وتحكمه، ومنعه أن يحكم بحسب

¹ حكم رقم 15043 لسنة 76 قضائية، حكم صادر عن الدائرة التجارية بتاريخ 2011/03/22، <https://n9.cl/ly3rf>.

² رمضان أبو السعود، مبادئ الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص14.

³ محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام بين آراء الفقه وأحكام القضاء، دون دار نشر، القاهرة، 2020، ص851.

⁴ راجع في ذلك، حكم رقم 4516 لسنة 86 قضائية، الدائرة التجارية، حكم صادر بتاريخ 2018/12/26. / حكم رقم 786 لسنة قضائية 73، دائرة الإجراءات، حكم صادر بتاريخ 2016/06/24، <https://n9.cl/b1xdz>.

⁵ الحكم رقم 6876 لسنة 85 قضائية، الدائرة التجارية، حكم صادر بتاريخ 2017/03/26، <https://n9.cl/b1xdz>.

⁶ الحكم 19617 لسنة 74 قضائية، دائرة السبب (ج) المدنية، حكم صادر بتاريخ 2016/05/28، <https://n9.cl/b1xdz>.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

قناعته الوجدانية، فهي قواعد أمر لا يجوز الاتفاق لا صراحة ولا ضمنا على مخالفتها، هذا بخلاف القواعد الموضوعية للإثبات التي تمس بالحقوق الخاصة الخاضعة لإرادة الخصوم، وهم أدري بما يحقق مصالحهم¹، بينما يذهب اتجاه فقهي آخر إلى تعلق قواعد الإثبات الموضوعية إلى جانب الإجرائية بالنظام العام، وهو ما يستشف من نص المادة 333 قانون مدني التي تنص على أنه (في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك) فهذه المادة تبين أن المشرع الجزائري أخذ بالرأي القائل بأن قواعد الإثبات الموضوعية من النظام العام، لأن المشرع لم يستثني حالة وجود الاتفاق على مخالفة ذلك²، غير أننا نرى أن المشرع لم يقصد بعبارة (نص يقضي بغير ذلك) النص القانوني حصرا، بل كان مقصده النص مطلقا سواء في القانون أو الاتفاق، خاصة أن النص باللغة الفرنسية لم يتطرق لهذه المسألة أصلا، كما أن عادة المشرع في نصوص القانون المدني أن يلحق الاتفاق بالنص القانوني في عديد من المواد نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر المواد 213، 217، 172... الخ، أما في الحالات التي أراد فيها المشرع النص القانوني حصرا صرح بذلك صراحة كما فعل في المواد 83، 309... الخ هذا من جانب، ومن جانب آخر حتى على افتراض أن المشرع قصد بعبارة النص في نص المادة 333 النص القانوني حصرا، فهذا لا يعني أن المسألة متعلقة بالنظام العام، إذ يبقى للخصوم في حالة عدم توفر دليل كتابي بالنسبة للدين الغير المحدد القيمة أو الذي تجاوزت قيمته 100.000 دينار جزائري الإثبات بالإقرار أو اليمين، ويقع ذلك موقع الاتفاق على استبعاد وجوب الإثبات بالكتابة.

إن اعتبار القواعد الموضوعية للإثبات ليست من النظام العام لا يؤخذ على إطلاقه، فلا يمكن الاتفاق على إثبات عكس الورقة الرسمية بغير سلوك طريق التزوير، كما لا يجوز الاتفاق على ألا تكون الورقة العرفية ثابتة التاريخ حجة على الغير في تاريخها، أو الاتفاق على تعديل حجية الأمر المقضي فيه، كما لا يجوز الإتفاق على تعديل حجية الإقرار، أو الإتفاق على جواز الرجوع في توجيه اليمين أو ردها بعد قبول الخصم حلفها³، كل هذه المسائل تعتبر من النظام العام ولو كانت قواعد موضوعية للإثبات،

¹ راجع في ذلك، بلعيساوي محمد الطاهر، باطلي غنية، طرق الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 20/ محمد صبري السعدي، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 17.

² محمد حزيط، الإثبات في المواد المدنية والتجارية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 33.

³ رمضان أبو السعود، مبادئ الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 21.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

وعلى ذلك فقواعد الإثبات في التشريع الجزائري سواء منها الموضوعية أو الإجرائية منها ما لا يتعلق بالنظام العام يجوز الاتفاق على مخالفته صراحة أو ضمناً، ومنها ما يتعلق بالنظام العام يثبته القاضي تلقائياً، ولا يجوز الإتفاق على مخالفته.

المطلب الثاني: المبادئ الموضوعية المقيدة لسلطة القاضي التقديرية في الإثبات: يخضع القاضي في أعمال سلطته التقديرية في الإثبات إلى قيود موضوعية ينبغي عليه مراعاتها، وقد مر بنا أن أنظمة الإثبات تختلف باختلاف التشريعات، فسلطة القاضي في نظام الإثبات المقيد تقف عند ما يتلقاه من الخصوم دون أن يكون له أن يتدخل فيها إلا بتقديرها التقدير القانوني، وهو في نظام الإثبات الحر يتمتع بدور إيجابي يستكمل ما نقص مما قدمه الخصوم، ويوجههم ثم يقدر الأدلة كأنه يقدر الواقع، أما في نظام الإثبات المختلط والذي أخذ به المشرع الجزائري فسلطته وسطية بين الإيجاب والسلب، ويقول الأستاذ العلامة السهوري أنه في هذا النظام يجب أن يكون القاضي أقرب للإيجابية منها إلى السلبية¹، وعلى كل فإن القاضي يلتزم أثناء نظره في الدعوى بمبدأ الحياد (الفرع الأول)، كما يلتزم فوق ذلك بمراعات حق الخصوم في الإثبات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مبدأ حياد القاضي: من أهم مبادئ الإثبات التي يلتزمها القاضي، بحيث يتعين عليه أن يزن المصالح القانونية للخصوم بطريقة عادلة مجردة من الأهواء، ويقف على مسافة واحدة من جميع أطراف الخصومة.

أولاً: المقصود بمبدأ حياد القاضي: ليس المقصود من مبدأ حياد القاضي ألا ينحاز القاضي لأحد أطراف الخصومة في مواجهة الآخر، فهذا الأمر واجب على القاضي في كل مكان وفي كل زمان ومهما كان نظام الإثبات الذي يأخذه به النظام القانوني للقاضي، وهو أمر غير مطروح للنقاش أصلاً، أما ما هو مطروح للنقاش هو المقصود من مبدأ حياد القاضي حقيقة.

فقرة 01- الدور السلبي للقاضي في الإثبات: يقصد به اقتصار دور القاضي على تلقي ما يقدمه الخصوم من أدلة إثبات لدعواهم أي بمعنى آخر حياده في مواجهة الدعوى²، وبعد ذلك يقدر هذه الأدلة التقدير القانوني الذي قرره المشرع لكل دليل منها، فيعمل سلطته التقديرية في حدود ما تقدم لا يجاوزها إلى المساهمة في جمع الأدلة، فلا يتحرى الأدلة بنفسه حتى لو كان على علم شخصي بواقعة معينة منتجة ومتعلقة بالدعوى فليس له أن يبني قناعته عليها لا على سبيل الحسم ولا على سبيل الاستئناس، إلا إذا

¹ عبد الرزاق احمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، مرجع سابق، ص 31.

² راميا الحاج، مبدأ حياد القاضي المدني بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص 49.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

قدمها الخصوم متبعين الشروط الموضوعية والإجرائية في تقديمها¹، كما ليس له أن يوجه أحد الخصوم أو كلاهما إلى دفع معين ما لم يكن دفعا متعلقا بالنظام العام تثيره المحكمة من تلقاء نفسها، وعلى ذلك فمبدأ حياد القاضي برز بشكل واضح في ظل نظام الإثبات المقيد.

فقرة 02- الدور الإيجابي للقاضي في الإثبات: إذا كان مبدأ حياد القاضي كما سبق بيانه يبرز في نظام الإثبات المقيد، فهو لا يقبل في نظام الإثبات المختلط، الذي يعطي للقاضي نوعا من المرونة في مسائل الإثبات، وهو في نظام الإثبات الحر أو المطلق يبرز المظهر الإيجابي لدور القاضي بشكل أوضح منه في نظام الإثبات المختلط، وقد أخذ المشرع الجزائري بنظام الإثبات المختلط الذي منح فيه للقاضي في بعض الحالات الإستثنائية²، وفي إطار ضيق أن يساهم في استجلاء الحقيقة بتوجيه الدعوى، واستكمال الأدلة، وتقدير بعضها، وقد نص المشرع في نص المادة 348 من القانون المدني على (للقاضي أن يوجه اليمين تلقائيا إلى أي من الخصمين ليبني على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أو في ما يحكم به...)، كما نص في المادة 27 من قانون إ م إ (يمكن للقاضي أن يأمر في الجلسة بحضور الخصوم شخصا لتقديم توضيحات يراها ضرورية لحل النزاع. كما يجوز له أن يأمر شفها بإحضار أية وثيقة لنفس الغرض.)، ونص في المادة 29 من ذات القانون (يجوز للقاضي أن يأمر تلقائيا باتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق الجائزة قانونا)، وكذلك في نص المادة 150 من نفس القانون أجاز للقاضي أن يأمر بسماع الشهود، وفي المادة 98 التي قررت جواز أن يأمر الخصوم بالحضور شخصا أمامه، وله كذلك أن يأمر بانتداب خبير بموجب نص المادة 126 إ م إ، كما له أن ينتقل تلقائيا للمعاينة وهو ما نصت عليه المادة 146 من ذات القانون.

كل هذه النصوص وغيرها تفيد بسياسة المشرع في مجال الإثبات، التي تتجه نحو منح دور إيجابي أكثر للقاضي في تسيير الخصومة، وفي تقدير الأدلة واستنباطها وقد نص في المادة 340 من القانون المدني على أنه (يترك للقاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة)، وهو نفس نحو المحكمة العليا التي قررت في قرار لها على أنه (لما كان من الثابت في قضية الحال، أن قضية الموضوع، طالبو المطعون ضدها بتقديم وثائق ذات أهمية قانونية في إثبات الالتزامات احتراموا الإجراءات ولو يخرجوا عن إطار سلطتهم التقديرية المخولة لهم³).

¹ أنور سلطان. قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 29.

² محمد شكري سرور، موجز أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 15.

³ ملف رقم 53882 قرار صادر بتاريخ 1989/03/05، عن الغرفة التجارية والبحرية، مجلة قضائية ع 03، سنة 1990، ص 112.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

ولا ينحصر الدور الإيجابي للقاضي في تقدير واستنباط أدلة الإثبات، بل يتجاوزه بدور إيجابي في تسيير الخصومة ككل، فله أن يشطب الدعوى وهو ما نصت عليه المادة 216 قانون إ م إ بقولها (يمكن للقاضي أن يأمر بشطب القضية بسبب عدم القيام بالإجراءات الشكلية المنصوص عليها في القانون، أو تلك التي أمر بها) وهو ما يفتح الباب أمام القاضي أثناء إعماله لسلطته التقديرية المخولة له بموجب المادة 75 من ذات القانون أن يأمر بشطب القضية إذا لم يستجب الخصوم لما أمر به القاضي من إجراءات تتعلق بالتحقيق، فالمرجع لم يمنح القاضي مكنة مجردة في الأمر بأي إجراء من إجراءات التحقيق، بل دعم سلطته في ذلك بمكنة أن يوقع الجزاء على المدعي في حالة عدم موالاته للإجراءات المأمور بها، كما خولت المادة 201 من القانون ذاته للقاضي أن يأمر بإدخال من يرى إدخاله منتجا في الدعوى.

نستخلص مما تقدم أن مبدأ حياد القاضي يقوم على عنصرين، عنصر نفسي وآخر موضوعي¹، أما عن العنصر النفسي فيقوم على شرط عدم انحياز القاضي لأي طرف في الخصومة ويحافظ على مسافة واحدة من الجميع حتى لو كان هذا الخصم متمثلا في النيابة العامة سواء كانت طرفا أصليا في الدعوى أو طرفا منضمما، وسواء كان انضمامها اختياريا أو وجوبيا، فالنيابة العامة لا يتغير مركزها لا بالادعاء ولا بالانضمام، وتبقى دائما طرفا من أطراف الخصومة، فالقاضي يجب أن ينأى بنفسه عن كل عاطفة تجاه الخصوم، وقد منح القانون للقاضي سواء في المادة المدنية أو الجنائية مكنة رد نفسه لحمايته من التحرج الذي قد يعترضه أثناء نظره وفصله في الخصومة القضائية، فنصت المادة 246 من قانون إ م إ على أن القاضي الذي يعلم أنه في وضعية تجعله قابلا للرد أن يبادر بنفسه إلى تقديم طلب لرئيس الجهة القضائية التابع لها بغرض استبداله، ونصت على نفس الأمر المادة 556 من قانون إ ج .

أما العنصر الموضوعي فيتمثل فيما سبق بيانه من امتناع القاضي أن يستند في أحكامه إلى وقائع خارجة عن النزاع لا أصل لها ثابت في أوراق ومستندات الدعوى.

ثانيا-امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي: إن مبدأ حياد القاضي المدني يلزمه التقيد بما طرحه الخصوم من وقائع ووسائل إثبات قاموا بطرحها بالطريقة التي حددها القانون، وسلطة القاضي التقديرية في نظر الدعوى المدنية لا تخرج عن إقرار الوقائع المنتجة في الدعوى واستبعاد الوقائع الغير منتجة فيها على شرط أن يؤدي هذا الدور في نطاق ما قدمه الخصوم كما سبق القول، وعلى ذلك فالقاضي يمتنع عليه أن يضيف لوقائع الدعوى التي قدمها الخصوم وقائع خارجة عما قدموه حتى لو

¹ سحر عبد الستار يوسف، دور القاضي في الإثبات، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص22.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

كانت منتجة في الدعوى حاسمة للنزاع، ويدخل في نطاق هذا الحظر الوارد على سلطة القاضي التقديرية الوقائع التي توصل إليها القاضي لا عن طريق الخصوم بل عن طريق علمه الشخصي مهما كانت قيمتها وثقلها في حسم النزاع، وهذا ما يسمى بمبدأ امتناع القاضي القاء بعلمه الشخصية.

فقرة 01- المقصود بعلم القاضي الشخصي: يرى الأستاذ رمسيس بهنام أن المقصود من هذا المبدأ أن يمتنع القاضي عن بناء عقيدته في الدعوى على علم شخصي له بوقائع لم يكن لها أصلها الثابت في الأوراق أو لم يتم مناقشتها في الجلسة، لأن القاضي إن فعل ذلك يكون قد جمع بين صفة الشاهد وصفة القاضي¹، فقاعدة امتناع القاضي الحكم بعلمه الشخصي يبدأ من الامتناع عن البحث من تلقاء نفسه عن وقائع جديدة أو مستندات وأدلة لم يقدمها الخصوم في معرض دعواهم²، وتنتهي عند عدم تأسيس حكمه على وقائع بلغ إليها بطريق علمه الشخصي، ومن هنا نتساءل كيف يكون حكم القاضي مستندا لعلمه الشخصي البحث؟ وهل يشترط أن يكون علمه الشخصي مباشرا أم يكفي أن يكون عرضا؟

ونورد بعض التطبيقات القضائية المقارنة في ذلك، فقد نقضت محكمة النقض البلجيكية حكما على أساس تأسيسه على مجرد علم القاضي الشخصي بوقائع لا يوجد ما يسند لها في مستندات الدعوى ولا بمعرفة الخصوم، وكان موضوع النزاع يتعلق بحادث سيارة، حيث استند القاضي في تحيئته للوقائع التي بنى عليها حكمه بالتعويض، أن الطريق الذي وقع فيه الحادث يكون مليئا بالازدحام في الساعة التي وقع فيها الحادث، مما يفيد أن الحال كان كذلك يوم الحادث، وهذا الاستنباط لا أصل له في مستندات الدعوى، وفي حكم آخر لنفس المحكمة في نزاع يدور حول المطالبة بالتعويض، حيث أسس القاضي حكمه على أن الضحية عند خروجها من المطعم سلكت طريقا مختصرا غير خطر يؤدي مباشرة إلى عملها، رغم أنه لا يوجد في وقائع الدعوى ما يفيد ذلك³.

وقضت محكمة النقض المصرية في حكم مطعون فيه كانت وقائعه أن الطاعنة أقامت دعواها على شركة تأمين مطالبة إياها بالزامها أن تؤدي لها مبلغ قيمة التأمين على الحياة بموجب العقد الذي جمع مورثها وهذه الأخيرة، والتي امتنعت عن دفعه لها بعد وفاة المورث بحجة أن هذا الأخير كان يعلم عند إبرامه لعقد التأمين بإصابته بمرض السرطان مما يفيد بسوء نيته، حيث أن ما نعت الطاعنة على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون وفساد الاستدلال حيث أن المحكمة أقامت قضاءها على أن المورث أبرم عقد التأمين مع علمه بإصابته بمرض السرطان، على اعتبار أن هذا المرض من الأمراض التي تحتاج

¹ رمسيس بهنام، الإجراءات الجنائية تأصيلا وتحليلا، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1984، ص 698.

² راجع في هذا المعنى محمد شكري سرور، موجز أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الثقافة العربية، 2015، ص 14.

³ حكم مشار إليه في، نبيل إسماعيل عمر، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص 12.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

لوقت طويل حتى يصل لمراحله الأخيرة، وكان هذا ينطوي على قضاء المحكمة بعلمها الخاص في مسألة طبية دقيقة تستلزم ندب خبير للفصل، لا سيما أن الأوراق والمستندات خلت مما يفيد إصابة مورثها بهذا المرض قبل إبرامه للعقد، ولما كان ذلك قررت محكمة النقض المصرية أن ما تنعاه الطاعنة في محله وأن حكم المحكمة ينطوي على فصل في مسألة فنية من اختصاص أهل الخبرة استنادا لعلمها الخاص، والمبدأ أنه لا يجوز للقاضي أن يفصل في الدعوى استنادا إلى معلوماته الشخصية، وإن كان له الاستعانة بالمعلومات المستقاة من الخبرة بالشؤون العامة، ولما كان ذلك نقض الحكم مع الإحالة¹.

يستفاد من الأحكام أعلاه أن القاضي يمتنع عليه أن يؤسس حكمه على واقعة من خارج ما ثبت في مستندات الدعوى وأوراقها، كما يمتنع عليه أن يقيم عليها استنباطه ليدعم تقديره لوقائع النزاع، ولا أن يستبدل العلم المستمد من الوقائع المثبتة الواقع النزاع عليها قرائن غير نابعة منها²، كما يستفاد أن قاعدة منع القاضي من القضاء بعلمه الشخصي يتسع نطاقها ليشمل لا فقط أن يؤسس حكمه على واقعة علم بها عن طريق عام حتى لو علم بها كل الناس، بل يبلغ مدى القاعدة أن يبني حكمه على فساد في الإستدلال حيث لا يتصل استنباطه وتقديره للوقائع إتصالا منطقيا مع ما يثبت في الأوراق والمستندات التي قام عليها النزاع، كما لا يعفيه خبرته في مجال فني معين أن يقضي فيه دون الرجوع لرأي أهل الاختصاص، والعلة كل العلة أن القاضي طرف محايد لا يجوز له مهما كانت علومه وتخصصاته أن يميل بها فيفيد متنازعا في الخصام على حساب الآخر.

وإن كان للقاضي بما له من دور إيجابي أن ينتدب في المسائل الفنية خبيرا يركن إليه استئناسا لتوقيع حكمه، فإن القانون منحه الحق في أن يستبعد نتائج الخبرة وينتدب خبير آخر أكثر من مرة، وفي هذا الاتجاه دائما ما لاقت آراء الخبراء الكثير من النقد، فنادت مختلف الأنظمة القضائية والفقهاء بإعتماد معيار الموثوقية خاصة في الإجراءات الجنائية، وحددوا المقصود بالموثوقية فيما يلي:

✓ تعتبر نتائج الخبرة موثوقة إذا كانت قائمة على أسس سليمة وقوية مبررة من خلال أسباب يمكن الاستناد لها.

✓ لا يمكن اعتبار نتائج الخبرة ذات موثوقية على الخصوص إذا كانت مبنية على فرضيات لم تخضع للتدقيق الكافي، أو كانت مبنية على بيانات خاطئة، أو بنيت على تقنيات علمية لم يتم تنفيذها وتطبيقها بشكل سليم وصحيح.

¹ حكم رقم 9424 لسنة 66، الدائرة المدنية، حكم صادر بتاريخ 20/04/2010، <https://n9.cl/umocc>.

² نبيل إسماعيل عمر، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي، المرجع السابق، ص 16.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

✓ يجب أن يكون هناك ترابط منطقي بين الأسباب التي بنيت عليها الخبرة ونتيجتها.

✓ الأخذ بعين الاعتبار استناد الخبرة إلى مادة تقع خارج مجال خبرة الخبير واختصاصه.

✓ التأكد من وضع الخبير في عين اعتباره جميع المعلومات ذات الصلة التي توصل بها إلى نتيجة خبرته.

✓ يجب على القاضي أن يراقب ما إذا كانت الأساليب التي استخدمها الخبير في خبرته تتوافق مع الممارسات المعمول بها في ذلك المجال من الخبرات¹

يمكننا من خلال ما تقدم أن نحدد المقصود بامتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي، وأن المقصود منه باختصار ارتكان القاضي في قضائه إلى وقائع لم تثبت في أوراق ومستندات الدعوى، أو تقديرها تقديرا لا يؤدي عقلا للثابت فيها، وهذا التعريف يتضمن القاعدة العامة لما يعتبر من قبيل حكم القاضي بعلمه الشخصي ويبقى لنا الآن أن نحدد ما لا يدخل فيه.

فقرة 02- ما لا يعتبر من قبيل حكم القاضي بعلمه الشخصي: تقدم بنا القول أن القاضي يفترض فيه العلم بالقاعدة القانونية، وعلى ذلك فلا يحتج عليه بأنه في استناده للقانون دون إثارته من طرف الخصوم، وثبوته في مستندات ووثائق الدعوى أنه قد حكم بعلمه الشخصي، وهذا أول ما يخرج من نطاق علم القاضي الشخصي، كما لا يعتبر من قبيل العلم الشخصي للقاضي استعانته بخبرته في الشؤون العامة، والمقصود من ذلك الوقائع المشهورة، التي يفترض في كل الأشخاص الإلمام بها، وهو المبدأ المستقر عليه في قضاء محكمة النقض المصرية، من أن القاضي يجوز له الاستناد إلى المعلومات العامة² وفق المعنى المتقدم، وجاء في قرار لها أنه لا يعيب الحكم الذي فصل في شأن وقائع الدعوى والظروف التي لا بست القبض والتفتيش أن يبدي الرأي مستهديا بما هو معلوم للكافة، دون أن يكون ملزما بتسبيب ذلك³، ومعيار تحديد عمومية المعلومة للكافة يقاس بمعيار الشخص العادي وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية أن استهزاء القاضي بما هو معلوم للكافة لا يعيب حكمه إذ للقاضي أن يستند في قضائه إلى معلومات عامة يفترض في الشخص المعتاد الإلمام بها⁴.

¹ Gary Edmond, Is Reliability Sufficient ? The Law Commission and Expert Evidence in International and Interdisciplinary Perspecive (Part 1), the International Journal of Evidence & Proof, vol 16, issue 01, SAGE Journal 2012, P 34-35.

² الطعن رقم 48610 لسنة 85 قضائية، حكم صادر عن الدائرة الجنائية، دائرة الاحد (ب)، تاريخ 2017/10/22، <https://n9.cl/zfatj>.

³ الطعن رقم 13263 لسنة 87 قضائية، حكم صادر عن الدائرة الجنائية، بتاريخ 2019/12/17، <https://n9.cl/ginrt>.

⁴ الطعن رقم 637 لسنة 71 قضائية، حكم صادر عن الدائرة الجنائية بتاريخ 2008/05/05، <https://n9.cl/5zd0sn>.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

وعلى هذا النحو لا يعد من قبيل الحكم بالعلم الشخصي للقاضي علمه بالجرائد الرسمية للدولة، وهيكلة الدولة، ونظامها، ومعاهداتها الدولية، ومعرفة جغرافيا الدولة، وحدودها، ودولها المجاورة، بل وموقع كل دولة من دول العالم دون تفاصيل عن كل دولة، كما لا يعد من قبيل العلم الشخصي قواعد اللغة العربية، والتقويم الرسمي للبلاد¹، كما لا يعد من قبيل علم القاضي الشخصي العمليات الحسابية التي يجريها، وقد أقرت محكمة التمييز الأردنية أن العملية الحسابية البسيطة التي يجريها القاضي من أجل تحديد المبلغ الذي يستحقه أحد أطراف الخصومة ليس فيه مخالفة للقانون، كما لا يدخل ضمن العلم الشخصي لهذا الأخير².

ويمكننا القول أن كل ما لا يحتاج إلى خبرة يعد من قبيل المعلومات العامة، والمقصود بالخبرة في هذا المجال الخبرة الفنية والتي حددت المادة 125 من قانون إ م إ نطاقها بقولها (تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي)، والمقصود من الواقعة المادية أو العلمية المحضة في نص المادة سالفة الذكر الخبرات الفنية البحتة³، والمعيار للتفرقة بين الواقعة الفنية والواقعة المتوفرة العلم بها للكافة كما سبق بيانه هو معيار الرجل العادي، وهذا المفهوم حددته محكمة النقض المصرية بشكل عام دون تفصيل في ذلك.

حاول الفقه من جانبه أن يحدد ماهي الوقائع المشهورة التي يفترض في القاضي العلم بها، وقرر بعضهم أن الوقائع المشهورة هي الأحداث التي لا تحتاج للإدعاء بها كما لا تحتاج إلى إثبات، والتي يمكن للشخص العادي وبالوسائل المعروفة المتاحة لديه، أي كانت أن يعلم بها دون حاجة، على أنه وإن كانت الواقعة مشهورة في حد ذاتها ولا تحتاج إلى إثبات، إلا أن تأثيرها على وقائع النزاع يبقى دائما محتاجا إلى إثبات، فتغير سعر الصرف، والقوة القاهرة، والظروف الطارئة أي كانت طبيعتها لا تحتاج إلى إثبات على أساس من أنها تعتبر من قبيل الوقائع المشهورة المعلومة لكافة الناس، إلا أن ارتباطها بالنزاع القائم، وتأثيرها على التزامات وحقوق الأطراف يجب أن تكون محالا للإثبات، ويكون بذلك حكم القاضي فيها دون إثبات من قبيل الحكم بعلمه الشخصي ما يعرضه لرقابة النقض، مع اشتراط ألا يقع النزاع على شهرة الواقعة في ذاتها لأنه بذلك تصبح واقعة متنازعا عليها تحتاج إلى إثبات⁴.

¹ نبيل إسماعيل عمر، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي، المرجع السابق، ص 46.

² القضية رقم 2018/8470، محكمة التمييز الأردنية، بصفتها الحقوقية، قرار صادر بتاريخ 2019/04/01. <https://n9.cl/sv3u2>.

³ راجع في ذلك قرار المحكمة العليا، ملف رقم 97774، صادر عن الغرفة الاجتماعية، بتاريخ 1993/07/07، مجلة قضائية عدد 02 لسنة 1994، ص 108.

⁴ نبيل إسماعيل عمر، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي، المرجع السابق، ص ص 48-50.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

الفرع الثاني: مراعات القاضي لحق الخصوم في الإثبات: تقدم القول أن القاضي يلتزم في قضائه بما ثبت من وقائع وأدلة في أوراق ومستندات الدعوى، على اعتبار أن الأصل في الدعوى المدنية أن تكون المرافعات فيها كتابية وهو ما نصت عليه المادة 09 من قانون إ م إ أن (الأصل في إجراءات التقاضي أن تكون مكتوبة)، وعلى هذا الأساس فعلى الإثبات لا يقع على القاضي، بل يتحمله الخصوم، وهو كما يقال كرة يتقاذفها الخصوم يحدد القانون الخصم الذي تبدأ من عنده أول رمية ويلتزم القاضي والخصوم بذلك، ويلتزمون فوق ذلك بما حدده القانون من قواعد موضوعية وإجرائية في ممارستهم لحقهم في إثبات ما يدعون، فيلتزم القاضي بضمان تكريس مبدأ المجاهبة بالدليل، كما لا يجوز للقاضي أن يقبل دليل إثبات اصطنعه الخصم لنفسه، وفي نفس الوقت لا يجبر على تقديم دليل ضد نفسه.

أولاً: عبء الإثبات: يقوم عبء الإثبات على ثلاث مبادئ، أولها أن البيئة على من ادعى سواء كان مدعياً بالطلب أو مدعياً بالدفع، وثانيها أنه ليس على المنكر دليل، أما آخر مبدأ أن الادعاء لا يقتصر على مقدم الطلب القضائي، فقد يكون المدعى عليه مدعياً وهو ما يطلق عليه بالادعاء بالدفع، التي تقرر أن الدائن هو من يثبت الالتزام والمدين يثبت التخلص منه تقتضي أن يحدد من هو المدعي، أو بعبارة أخرى تقتضي تحديد من يقع عليه عبء الإثبات، هذه القاعدة على بساطتها لم يتركها المشرع لسلطة القاضي الذي يمنعه مبدأ حياد القاضي من تحديد من يقع عليه عبء الإثبات، مما حدى بالمشرع لتحديد من خلال المادة 323 قانون مدني.

فقرة 01: البيئة على من ادعى: نصت المادة 323 قانون مدني على أنه (على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه) وهو نفس المبدأ في الشريعة الإسلامية الذي يقرر أن البيئة على من ادعى واليمين على من أنكر، فالأصل في توزيع عبء الإثبات أنه يقع على المدعي الذي يتحمل إثبات ما يدعيه، والأمر على هذا النحو يقتضي منا تحديد من هو المدعي في الدعوى المدنية؟

المدعي في الدعوى المدنية هو كل من يدعي خلاف الأصل، والأصل في نطاق الدعوى المدنية براءة الذمة، وكل من يدعي شغل ذمة شخص آخر يقع عليه وحده عبء إثبات ذلك، فمن يدعي بدين في ذمة آخر يقع عليه إثبات مصدر هذا الدين، وهو ما قصده المادة 323 بقولها يثبت الدائن الالتزام، أي يثبت الواقعة القانونية التي شغلت له ذمة الطرف الآخر، ومصادر الالتزام معروفة فيثبت العقد إن كان مصدر هذا الدين عقداً، أو يثبت الفعل الضار إن كان مصدر الدين واقعة مادية ضارة، ونفس الشيء بالنسبة لمصادر الالتزام الأخرى¹.

¹ راجع في هذا المعنى محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 33.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

والحقيقة أن هناك فرقا بين المدعي في الدعوى المدنية، والمدعي في قواعد الإثبات، فالمدعي في الأولى هو دائما صاحب الطلب القضائي، والمدعى عليه هو الذي قدم الطلب القضائي في وجهه، وهو في الثانية لا يقتصر على صاحب الطلب القضائي بل يتعداه ليشمل المدعى عليه في حالة قدم دفعا، فيكون مدعيا بهذا الدفع ويقع عليه إثبات ما ادعاه بموجب دفعه، فإذا إدعى المدعي في طلبه القضائي أنه دائن للمدعى عليه بمبلغ من النقود وقع عليه عبء إثبات مصدر هذا الحق الذي له في ذمة المدعى عليه، وهو بذلك يثبت سبب الطلب القضائي، فإذا أثبت الواقعة القانونية مصدر هذا الدين بأن قدم سنداً بذلك يكون قد اضطلع بما يقع عليه من عبء الإثبات، وهنا ينتقل الدور على المدعى عليه، فإن هو أقر بالدين ألزم به، وإن دفع بإنكاره وقع عليه عبء إثبات هذا الدفع، أي أن يثبت الواقعة القانونية المنتجة في دفعه كأن يقدم سند مخالصة بينه وبين المدعي وبذلك تنتهي الخصومة عند هذا الحد، فالملاحظ في هذا المثال أن المدعي في الإثبات يتغير مركزه تارة عند المدعي وطورا عند المدعى عليه، وإن كان البادئ بالإثبات هو المدعي المقدم للطلب القضائي، إلا أن ذلك يرجع فقط إلى أن عبء الإثبات يقع بداية عند الذي يدعي بخلاف الأصل، والأصل كما تقدم براءة الذمة.

ويقول إمام فقهاء القانون المدني الأستاذ السنهوري في تبرير قاعدة إلقاء عبء الإثبات على من يدعي خلاف الأصل، أن الأصل يترك على ما هو عليه وأن من يتمسك به وإن كان احتمال ألا تكون الحق حقيقة معه من ناحية الواقع، ولكنه من ناحية العدالة والقانون يجب أن تصبغ عليه حماية من أجل حماية استقرار المعاملات، وعلى هذا الأساس يجب أن يحى ولا يكلف بإثبات الأصل¹، والأصل في نطاق الحقوق الشخصية هو براءة الذمة، وفي نطاق الحقوق العينية هو الظاهر، فالقانون يحى الملكية على أساس الأوضاع الظاهرة، فلا يكلف المالك بإثبات ملكيته طالما أن الظاهر يفيد بملكيته، وقرينة الظاهر هي الحيازة، فكل حائز ظاهرا في نظر القانون هو مالك، فلا يكلف بعبء إثبات الظاهر، ويلقى عبء إثبات خلاف الظاهر على من يدعي ذلك، مع اعتبار أن الحيازة في ذاتها قد تكون محل شك فيقع على من يدعيها أن يثبت قيامها بما حدده القانون لذلك².

والظاهر في نطاق الإثبات ثلاث أنواع، الظاهر أصلا، والظاهر عرضا، والظاهر فرضا، فالظاهر أصلا ما ظهر بحسب طبيعة الأشياء، أو ما قام عليه الدليل مباشرة³، فبالنسبة للحقوق العينية فإن الأصل هو احترام الوضع الثابت ظاهرا كالحيازة يعتبر مالكا لما حازه من حق عيني ولا يطلب منه إقامة

¹ عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، ص 71.

² عصام أنور سليم، النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية و التجارية، مرجع سابق، ص 97.

³ سليمان مرقس، أصول الاثبات واجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارنا بتقنيات سائر البلاد العربية، مرجع سابق، ص 86.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

الدليل على ملكيته، ومن يدعي عليه بملكية الحق العيني يكون مدعياً بخلاف الظاهر أصلاً فيقع عليه إثبات ذلك، أما الظاهر عرضاً هو ما ظهر بعد إقامة الدليل على خلاف الظاهر أصلاً، فإذا قدم على سبيل المثال أحد المتخاصمين سنداً للملكية الحق العيني المتواجد في حيازة الخصم الآخر كان في ذلك إثبات لخلاف الظاهر أصلاً، هذا في ما يتعلق بالحقوق العينية، أما ما يتعلق بالحقوق الشخصية فالأصل كما تقدم براءة الذمة من أي التزام، فمن ادعى بشغل ذمة الغير كان هذا ادعاءً بخلاف الظاهر أصلاً ويتحتم عليه إقامة دليل على ذلك وإلا خسر دعواه.

أما الظاهر فرضاً هو ما افترضه المشرع بموجب قرينة، وكثيراً ما يضع المشرع قرائن قانونية، قاطعة أو بسيطة ترفع عبء الإثبات عن المكلف به وفقاً للقواعد العامة لعبء الإثبات، فينتقل عبء الإثبات بموجب هذه القرينة للخصم المقابل فيتعين عليه نقض هذه القرينة وقد نصت على سبيل المثال المادة 499 قانون مدني على أن الوفاء بقسط من الأجرة فيه قرينة على الوفاء بباقي الأقساط حتى يثبت عكس ذلك، فالقاعدة في عبء الإثبات أنه يقع على المستأجر إذا طالبه المؤجر بقيمة الأجرة عن مدة معينة أن يثبت واقعة الوفاء عن كل وحدة زمنية اتفق عليها في العقد ولا يعفيه أن يثبت وفاءه لوحدة زمنية واحدة دون الباقي، إلا أن المادة 499 السالفة الذكر تخفف على المستأجر هذا العبء، وتلقي على عاتقه الزاماً بإثبات وفائه بقسط واحد، على أساس أنه قرينة على الوفاء بالأقساط الباقية، وهي قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس¹، وعلى ذلك فالمدعي هو من يقع عليه عبء إثبات خلاف الظاهر أصلاً أو عرضاً أو فرضاً، ويستوي في ذلك أن يكون الملتزم بالإثبات مدعياً بالطلب أو مدعياً بالدفع، فأياً من الخصمين إدعى بخلاف الظاهر وقع عليه إثبات ذلك سواء كان قائماً على واقعة سلبية أو واقعة إيجابية.

فقرة 02: تبادل عبء الإثبات: تقدم القول أن عبء الإثبات يقع على من يدعي خلاف الظاهر أياً كان نوعه، وبالتالي فعلى الإثبات ينتقل بين المتخاصمين حتى يعجز أحدهم على دحض بينة خصمه فيخسر الدعوى، غير أن هذه القاعدة في توزيع عبء الإثبات ليست من النظام العام، فيجوز لمن لم تكلفه القاعدة العامة بالإثبات أن يتحمل عبء الإثبات، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 185 قانون مدني في ما تعلق بتعويض الضرر الذي يجاوز قيمة الشرط الجزائي، فحملت المادة المدين إثبات أنه لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً ليتخلص من تعويض هذا الضرر، بينما القاعدة في الأصل أن الدائن المدعي بطلب تعويض هذا الضرر هو من يقع عليه عبء إثبات أن المدين قد ارتكب غشاً².

¹ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 36.

² عادل حسن علي، الإثبات، أحكام الالتزام، مكتبة زهراء الشرق، دون بلد نشر، 1997، ص 45.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

وعلى كل حال فإن القاضي وإن كان ملزم بأن يسمح للمتقاضين أن يقدموا أدلتهم فإنه في الواقع يستقبلها ثم يرجح بينها، وهذا الترجيح وإن كان يقوم به القاضي ذهنياً دون أن ينتبه للمعيار الذي يتبعه في الترجيح إلا أن الفقه الغربي يتبع معيار غلبة الأدلة، والمقصود به الحالة التي يثبت فيها احتمال صحة قضية معينة إحصائياً يزيد على 50%، ففي هذه الحالة لا يكون أمام القاضي إلا أن يحكم لصالح من توفرت له هاته الغلبة، فهناك ظروف يجب على المحكمة أن تقرر أن الشخص غير مسؤول رغم توافر خصمه على أدلة تتسم بالغلبة تجعل احتمال صحة المطالبة يتسم بالغلبة أي 50% + 01 فما فوق، فالقاضي يلعب دور المتلقي الذي ينتظر الطرف الذي يقدم أدلة أقوى والأكثر اقناعاً، ففي حالة دعوى المسؤولية التقصيرية يزعم المدعي عادة أنه عانى من أضرار معينة كنتيجة مباشرة لخطأ المدعى عليه، فإن كانت الأدلة لصالح هذا الادعاء أقوى من الأدلة التي ضده وجب على القاضي أن يحكم لصالحه، المشكل الذي يبرز هنا أنه على القاضي أيضاً أن يحكم لصالح المدعى عليه في حالة كانت أدلته قوية بنفس القدر، فالمسألة مسألة ميزان احتمالات، والطرف الذي يثبت أن صحة ادعائه أكثر احتمالية من صحة ادعاء خصمه يحكم لصالحه لأن قوة الاحتمال في مواجهة الآخر يعزز قناعة القاضي.

هذا المعيار وإن كان يبدو منطقياً إلا أنه في بعض الأحيان يفقد هذه المنطقية وتبدو فيه مظاهر الهشاشة والضعف، وقد ساق الفقه مثالا عن ذلك، فلو افترضنا أن مدينة بها شركتي نقل شركة حافلاتها باللون الأحمر، أما الأخرى فباللون الأزرق، وحدث أن سببت أحد الحافلات ضرراً بالمنشآت دون وجود شهود ولا كاميرات مراقبة، ورفعت دعوى ضد شركة الحافلات الزرقاء على أساس أن 55% من الحافلات في المدينة هي حافلات زرقاء في حين أن الحافلات الحمراء تمثل نسبة 45%، وبالتالي وفقاً لمعيار الغلبة فإننا نراهن على أن الحافلة التي سببت الضرر هي حافلة زرقاء، بينما نتفق جميعاً على أنه ليس من المنطقي أن تتحمل شركة الحافلات الزرقاء المسؤولية فقط لأنها تمتلك نسبة 55% من حافلات المدينة¹.

ثانياً: قاعدة عدم جواز اضطناع الدليل أو تقديمه ضد النفس: تقدم أن عبء الإثبات يقع على من يدعي خلاف الظاهر أصلاً أو عرضاً أو فرضاً، سواء كان المكلف بالإثبات مدعياً بالطلب أو مدعياً بالدفع، فموقف الخصم في الإثبات موقف إيجابي وليس في اضطناع الخصم بعبء الإثبات حق له فحسب وإنما هو من جهة أخرى واجب عليه²، وعلى هذا النحو فحق الخصم وواجبه أن يقدم للمحكمة ما تحت يده من أدلة إثبات تأييداً لدعوته، غير أنه يجب على الخصم في إثبات ما يدعيه أن يتقيد بالطرق

¹ Martin Smith, Civil Liability and the 50%+ Standard of Proof, International journal of Evidence & Proof, Vol 25 (03), SAGE Journal 2021, P 183-184-185.

² رمضان أبو السعود، مبادئ الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 29.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

كما حددها القانون في للإثبات، وهذا الالتزام يقابله التزام على القاضي أن لا يعتد إلا بالدليل الجائز قانونا.

فعلى خلاف من القاضي الجنائي الذي يملك فسحة في تقدير الدليل وقبوله، فإن القاضي المدني مقيد إلى أبعد الحدود، بل ذهب جانب من الباحثين إلى المغالاة بالقول أن القاضي المدني لا يملك أي سلطة تقديرية، لأن الأدلة التي تكون ذات صلة لا يمكن للقاضي رفضها بحجة أنه تم التحصل عليها بطريق غير قانوني، لأنه يجب السماح للأطراف في القضايا المدنية أن يدعموا ادعاءاتهم بأفضل الأدلة التي يمكن الحصول عليها¹، وهذا الرأي في نظرنا فيه شيء من المغالاة.

ذلك أن تحديد طرق الإثبات في المواد المدنية متعلق بالنظام العام، وما يثبت بالكتابة لا يجوز إثباته بالبينة، كما يجب أن يكون الدليل صادرا من الخصم الآخر حتى يكون حجة عليه، كما يتمتع على القاضي أن يجبر الخصم على تقديم دليل ضد نفسه كأصل عام.

فقرة 01: عدم جواز الخصم أن يصطنع دليلا لنفسه: عن ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (لو يعطي الناس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال وأموالهم، ولكن البينة على من ادعى)، فالقاعدة في الإثبات أنه لا يجوز للشخص أن يخلق دليلا يحتج به لنفسه ضد خصمه، ولو أبيع ذلك لما أمن الناس على أنفسهم ولا على ممتلكاتهم، وانجر على ذلك إدعاءات لا حصر لها تدخل المجتمع في حالة فوضى ولا استقرار للحقوق والمراكز القانونية مما يضر بالنظام العام، وعلى ذلك يرد على سلطة القاضي ضابط مهم في هذا المجال فلا يجوز له أن يقضي لشخص بناء على مجرد ادعاءات أو مستندات اصطنعها لنفسه، كما لا يصدق المدعي عليه في إنكاره ولو اسند إنكاره ليمين لم توجه له².

إن قاعدة عدم جواز اصطناع الخصم دليل لنفسه قاعدة تنسجم مع العقل والمنطق، فمن غير المعقول أن يستند الشخص في إثبات ما يدعيه إلى مذكراته الشخصية مثلا، ونجد من الناحية العملية في مجال التطبيق القضائي أن الخصوم كثيرا ما يلجؤون إلى خرق هذه القاعدة من خلال اللجوء تلقائيا بمحض إرادتهم إلى الاستعانة بالمحضر القضائي من أجل تحرير محضر يسند ادعاءاتهم أمام القضاء، فمثل هذا الدليل يمتنع على القاضي قبوله والاعتداد به لأنه من قبيل اصطناع الدليل، إذ أن صلاحية

¹ Vito Breda, Matteo Vricella, ENGLISH PRAGMATISM AND ITALIAN VIRTUE A Comparative Analysis of the Regime of Illegally Obtained Evidence in Civil Law Proceedings between Italy and England, Maastricht journal of European and Comparative Law; Vol 21, Issue 03. Sage journal 2014, P 433.

² محمد حسين منصور، مبادئ الإثبات وطرقه، مرجع سابق، ص 21.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

الاستعانة بضباط العموميون أو الخبراء هي مكنة خاصة حصرا بالقاضي، فهو وحده من يملك صلاحية الأمر بذلك¹.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 831 من القانون المدني على (ليس لأحد أن يكسب بالتقادم على خلاف سنده، على أنه لا يستطيع أحد أن يجيز بنفسه لنفسه سبب حيازته ولا الأصل الذي تقوم عليه) فهذه القاعدة تفيد أن الشخص لا يجوز له أن يخلق لنفسه وبمنفسه سببا لحق يكسبه، ومن استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه كما يقول الأستاذ السهوري²، غير أن هذه القاعدة على عموميتها إلا أنه يرد عليها بعض الاستثناءات، فقد أجاز المشرع في المواد التجارية وبالتحديد في المادة 13 من القانون التجاري قبول الدفاتر التجارية المنظمة للإثبات بين التجار بالنسبة للأعمال التجارية.

الفقرة 02: قاعدة عدم إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه: تقابل القاعدة العامة التي لا تجيز للشخص اصطناع دليل ضد نفسه، قاعدة أخرى تقضي بعدم إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه، فمن غير المعقول أن يقوم الشخص بعمل يضر بمصلحته، غير أن ما في هذه القاعدة من توافق مع المنطق والعقل يفيد بأن كل شخص من حقه أن يحتفظ بما لديه من أدلة وله وحده تقرير ما إذا كان سيقدمها إلى الجهة القضائية أو يمتنع عن ذلك وفق ما يراه مناسب، إلا أن ذلك قد يشكل عقبة في طريق الإثبات، كما أن حماية الخصم بعدم إجباره على تقديم دليل يضر بمصلحته قد ينجر عنه اضرار بمصلحة الطرف الآخر في حالة تعسف الخصم في عدم تقديم مستندات منتجة، أو جعل من إثبات الدعوى مستحيلا بسبب سوء نيته³، ولهذه الاعتبارات قرر التشريع الجزائري استثناءات على قاعدة عدم إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه، ونص فعلا في المادة 02/137 من قانون إ م إ على جواز أن يأمر القاضي الخصوم وتحت غرامة تهديدية بتقديم المستندات، كما أن المطلع في نص المادة 02/137 يلاحظ أن المشرع لم يقيد سلطة القاضي في ذلك بطلب الخصم صاحب المصلحة وترك الأمر منوط بالقاضي فله وحده أن يقرر جدوى ذلك من عدمه، وسواء بطلب الخصم أو بصفة تلقائية من محض إرادة القاضي طالما اعتقد أن هذه المستندات منتجة في الدعوى، وقد قررت المحكمة العليا⁴ في أحد قراراتها (أنه يجوز للقاضي في إطار سلطته التقديرية ودون أن يكون في ذلك إخلال بمبدأ حياد القاضي أن يأمر بتقديم أي وثيقة مادامت منتجة في الدعوى ذات صلة بالنزاع) وشرط ذلك أن يكون هذا

¹ زودة عمر، الإثبات في المواد المدنية في ضوء أحكام القضاء وأراء الفقهاء، مرجع سابق، ص 19.

² عبد الرزاق احمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، ص 38.

³ عبد الرزاق السهوري، المرجع نفسه، ص 39.

⁴ ملف رقم 53882، صادر عن الغرفة التجارية والبحرية بتاريخ 1989/03/05، مجلة قضائية رقم 03، لسنة 1990، ص 112.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

الأمر (قبل إقفال باب المرافعات)، وعلى ذلك فإن للقاضي مطلق الحرية في الأمر بطلب المستندات وضابطه الوحيد في ذلك إقفال باب المرافعات.

وتقرر الفقرة الثالثة من ذات المادة سالفه الذكر، أن امتناع الشخص عن تقديم مستندات يحوزها بعد تكليفه من خصمه عن طريق القاضي أن تستخلص الجهة القضائية من هذا الامتناع الآثار القانونية المترتبة عنه، وهي تقصد من ذلك اعتبار هذا الامتناع في مرتبة دليل للحكم على الممتنع، وتبعاً لذلك يجوز للخصم أن يكلف خصمه عن طريق القاضي بتقديم مستند تحت حيازته حتى لو كان في تقديمه إضرار بمصلحة الحائز، كما يمكن للقاضي أن يحث الخصم على تقديم هذه المستندات وتحت طائلة غرامة تهديدية تقع تحت السلطة التقديرية للقاضي دون رقابة عليه من المحكمة العليا، ومن أمثلة ذلك أن تمتنع المرأة عن التقدم لفحص الحمض النووي من أجل إثبات بنوة ابنها لأبيه المدعي، فيأخذ القاضي هذا الإمتناع كدليل بعدم بنوة المدعي للطفل في حالة كان ينكر هذه البنوة¹.

كما أن المشرع الجزائري لم يحمي الخصم من تعنته في إخفاء مستندات منتجة في الدعوى تحت يده في مرحلة التقاضي، بل قرر المشرع حتى في حالة صيرورة الحكم باتاً باستنفاد جميع طرق الطعن العادية والطعن بالنقض، أن يستدرك خاسر الدعوى ويطلب إعادة النظر في الدعوى بطريق التماس إعادة النظر إذا اكتشفت كما تنص على ذلك المادة 392 من قانون إ م إ بعد صدور الحكم أو القرار أو الأمر الحائز لقوة الشيء المقضي فيه أوراق منتجة في الدعوة حاسمة فيها، كانت محتجزة بسوء نية لدى خصمه.

الفقرة 03: مبدأ المواجهة: تنص المادة الثالثة في فقرتها الثالثة من قانون إ م إ على (يلتزم الخصوم والقاضي بمبدأ الوجاهية) فلكل خصم الحق في الدفاع عن نفسه، كما لكل طرف في الخصومة القضائية أن يكون على بينة بما قدمه الخصم في مواجهته من ادعاءات ودفع، ومستندات وأدلة، والقاضي هو المنوط بضمان ذلك، وقد نصت المادة 263 من ذات القانون أن الإستماع للخصوم ووكلائهم ومحامهم يتم وجاهياً، كما منحت المادة 264 مكنة تأجيل القضية في حالة عدم حضور أحد الخصوم.

إن مبدأ الوجاهية وإن كان مبدئاً عاماً يحكم الخصومة القضائية منذ انعقادها إلى غاية الفصل فيها، إلا أن أهميته تبرز أكثر في مجال الإثبات، ذلك أن الخصومة القضائية في جوهرها ليست إلا إثبات، فالخصم الذي يتمكن من إثبات ادعاءاته ودفعه في مواجهة خصمه يكون الحكم في الدعوى لصالحه، والخصم الذي يعجز عن ذلك يخسر دعواه، وعلى ذلك يمكننا القول أن مبدأ الوجاهية يرتبط ارتباطاً

¹ زودة عمر، الإثبات في المواد المدنية في ضوء أحكام القضاء وآراء الفقهاء، المرجع السابق، ص 20.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

وثيقا بمبدأ حق الدفاع، فالوجاهية في مجال الإثبات تمكن الخصم من الإطلاع على حجج خصمه ومستنداته مما يخوله إمكانية الرد عليها ودحضها، فكما أن التكاليف بالحضور هو السبيل نحو معرفة الخصم بالدعوى المرفوعة ضده، فإن تقديم المستندات المثبتة للدعوات هي السبيل لتمكين الخصم من مراقبة الوثائق التي يقدمها الخصم¹، وعلى ذلك فمبدأ الوجاهية في مجال الإثبات يفيد بوجوب تقديم أدلة الإثبات والنفي على مرمى ومسمع من الأطراف حتى لو كان هذا الدليل قد قدم بأمر من القاضي، وهذا ما يتم في المجال العملي ويسمى بتبادل العرائض.

وقد نصت المادة 21 من قانون إ م إ على أنه (يجب إيداع الأوراق والمستندات والوثائق التي يستند إليها الخصوم دعما لادعاءاتهم بأمانة ضبط الجهة القضائية) كما قررت المادة 70 من ذات القانون وجوب تبليغها للخصم حيث نصت على أنه (يجب إبلاغ الأوراق والمستندات والوثائق التي يقدمها كل طرف دعما لادعاءاته إلى الخصم الآخر ولو لم يطلبها)، وفي ذلك تعزيز لمبدأ الوجاهية، كما لا يمنع القاضي أن يتسلم ملفا في الموضوع أثناء الجلسة على شرط أن يتسلمه بنسخ منه بعدد الأطراف ويسلمها حيناً للخصوم، كما نصت المادة 23 من ذات القانون على أنه للقاضي أن يستبعد أي وثيقة من المناقشة لم يتم إبلاغها خلال الآجال للخصوم وبالطريقة التي حددها القانون.

كما يلتزم القاضي ليس فقط بتمكين الخصوم من مبدأ الوجاهية في أثناء التقاضي فحسب، بل يجب على القاضي كما تنص على ذلك المادة 277 من قانون إ م إ على أنه (لا يجوز النطق بالحكم إلا بعد تسببه، ويجب أن يسبب الحكم من حيث الوقائع والقانون...) وتضيف المادة أنه يلتزم القاضي بأن يعرض بإيجاز وقائع القضية بما في ذلك وسائل دفاع الخصوم، والتزام القاضي بتسبب حكمه مسألة من مسائل القانون تقع تحت رقابة المحكمة العليا.

المبحث الثاني: ضوابط سلطة القاضي في تقدير أدلة الإثبات المختلفة.

تقدم بنا القول أن الأنظمة القانونية قد انقسمت في تنظيم قواعد الإثبات بين التشريعات التي أفردت لها تقنيها خاصا، وأخرى ضمنتها في نصوص القانون المدني، بينما هنالك من التشريعات المقارنة من ضمنتها في نصوص قوانين الإجراءات المدنية، وهذه الأخيرة لم تنحوا هذا النحو في تنظيم قواعد الإثبات إلا للارتباط الوثيق بين قواعد الإثبات وسير الخصومة القضائية في كل أطوارها، حتى أن المشرع الجزائري رغم تنظيمه لقواعد الإثبات في القانون المدني إلا أنه لم يغفل هذا الجانب، ونص في نصوص

¹ مسعودي محمد أمين، مبدأ الوجاهية بين الخصوم أمام القضاء، دراسة مقارنة (القانون الجزائري- الشريعة الإسلامية)، مجلة الدراسات الإسلامية، مج 05، ع 09، سنة 2017، ص 142.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

قانون الإجراءات المدنية والإدارية على عديد النصوص المنظمة للشق الإجرائي في مادة الإثبات، وعلى ذلك سنخصص هذا المبحث لدراسة الضوابط الواردة على سلطة القاضي التقديرية في تقدير أدلة الإثبات سواء منها أدلة الإثبات المباشرة (المطلب الأول) أو أدلة الإثبات الغير مباشرة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ضوابط سلطة القاضي في تقدير طرق الإثبات المباشرة: تعتبر أدلة إثبات مباشرة تلك التي دلالتها مباشرة على الوقاعة المراد إثباتها وهي بهذا المفهوم الكتابة والبيئة¹، الذي حدد المشرع قيمتهم الثبوتية، وشروط صحتهم، ونطاق التصرفات القانونية التي يستلزم إثباتها توافر هاته الأدلة، وعلى ذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، ندرس من خلال (الفرع الأول) وجوب مراعات القاضي لجملة من الشروط الواجب توافرها للإثبات بالكتابة، وندرس من خلال (الفرع الثاني) ضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني في الإثبات بالبيئة.

الفرع الأول: وجوب مراعات القاضي لجملة الشروط الواجب توافرها للإثبات بالكتابة: يعرف الدليل الكتابي بأنه كل كتابة صادرة من أحد أطراف الواقعة القانونية بشقيها أو من كليهما، من شأنها إثبات الحق أو نفيه²، كما عرفت على أنها كل كتابة يمكن الاستناد عليها من قبل أحد الطرفين لإثبات حقه أو قضية يعول عليها في الإثبات باعتبارها دليلا كاملا³، أقر المشرع مبادئ عامة للإثبات بالكتابة، تلزم القاضي والخصوم على حد سواء (أولا)، كما حدد إلى جانب ذلك شروط شكلية يجب مراعاتها من أجل صحة المحرر ليتمكن اعتباره مقبولا كدليل إثبات كتابي (ثانيا).

أولا: يجب على القاضي مراعات المبادئ العامة للإثبات بالكتابة: حدد المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة ضوابط معينة يجب توافرها من أجل صحة الإثبات بالكتابة، وعلى كل حال فقد حدد المشرع للإثبات بالكتابة مجموعة من المبادئ العامة، حيث يجب تحديد نطاقها بنوع التصرف المراد إثباته (فقرة 01)، وبقيمة الالتزام (فقرة 02)، كما وضع المشرع لهذه القاعدة استثناءات (الفقرة 03).

فقرة 01: وجوب مراعات نوع التصرف المراد إثباته: تختلف طرق الإثبات باختلاف نوع التصرف، من حيث كونه تصرف مدني أو تجاري، فالسلطة التقديرية للقاضي بصفة عامة يحكمها في هذا المجال قواعد الاختصاص النوعي⁴، وقد نصت المادة 531 من قانون إ م إ على أن القسم التجاري هو

¹ عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، المرجع السابق، ص 98.

² وائل ثابت كاظم الطائي، الإثبات في الدعوى المدنية، أدلة الإثبات، ج 02، ط 01، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2023، ص 15.

³ عباس العبودي، السندات العادية ودورها في الإثبات المدني، ط 01، الدار العلمية الدولية، الأردن، عمان، 2001، ص 18.

⁴ شمام منير، السلطة التقديرية للقاضي المدني في الإثبات، مرجع سابق، ص 98.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

القسم المختص نوعيا في نظر المنازعات التجارية، كما نصت المادة الأولى من القانون التجاري على أنه يعد تاجرا كل شخص سواء كان طبيعيا أو معنويا يباشر عملا تجاريا ويتخذ كمهنة معتادة.

وبالتالي فالمنازعات التجارية يختص بها القسم التجاري أو المحكمة التجارية بحسب الأحوال، بينما نصت المادة 30 من هذا الأخير على أن التصرفات التجارية تثبت بكل وسيلة ترى المحكمة وجوب قبولها كقاعدة عامة، بينما المسألة تختلف في المسائل المدنية حيث يشترط المشرع إثبات التصرفات القانونية كأصل عام بالدليل الكتابي، بينما تثبت الوقائع المادية بكل وسائل الإثبات، غير أن نوع التصرف في ذاته إذا كان تجاريا صرفا أو مدنيا صرفا لا يثير إشكالا، إذ أن القاضي أول ما يراقب في الدعوى مسألة الاختصاص، فإذا ما رأى أن الدعوى لا تدخل في ولايته حكم بعدم الاختصاص، بينما تثار المشكلة في حالة ما كانت الدعوى المعروضة أمامه ذات طبيعة مختلطة، والحقيقة أن التفرقة بين المسائل التجارية والمسائل المدنية من ناحية الإثبات الحر والمقيد لا يؤخذ بصفة مطلقة، فكثير من الأعمال التجارية لا يجوز إثباتها بغير الكتابة كإثبات عقد بيع المحل التجاري، وكثير من الأعمال المدنية يمكن إثباتها بالبينة والقرائن.

فإذا كان التصرف القانوني المراد إثباته مدنيا بالنسبة لأحد أطرافه وتجاريا بالنسبة للطرف الآخر فيجب التفرقة بين مركز المدعي ومركز المدعى عليه في الدعوى، بحيث يمكنه إثبات التصرف بالوسائل التجارية إذا كان المدعى عليه تاجرا، بينما لا يسمح له بالإثبات إلا من خلال وسائل الإثبات المدنية إذا كان المدعى عليه مدنيا¹.

ومن ناحية أخرى وعندما يتأكد القاضي المدني من ولوج الواقعة القانونية محل الإثبات في اختصاصه النوعي، يمر لمرحلة الثانية متعلقة بالتأكد من نوع هذه الواقعة، وهي لا تخرج عن كونها كما تقدم بحثه واقعة مادية أو تصرف قانوني، فالوقائع المادية تثبت بكل طرق الإثبات، كالفعل الغير مشروع والعمل النافع، أما التصرفات القانونية فالأصل في إثباتها أنه لا يكون بغير الدليل الكتابي، وعلى ذلك فضابط سلطة القاضي التقديرية في قبول الدليل الكتابي لا يقف عند نوع التصرف مدنيا أو تجاريا ويتعداه لنوع الواقعة القانونية المراد إثباتها².

¹ راجع في ذلك كل من، عبد القادر البقيرات، مبادئ القانون التجاري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011، ص 40/ ج. ربيير، ر. روبلو، المطول في القانون التجاري، الجزء 01، ط 18، تقديم لويس قوجال، ترجمة منصور القاضي، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2007، بيروت، ص 395.

² فاطمة الزهراء تبوب، السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، 1996-1997، ص 57.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

فقرة 02: مراعات قيمة محل الالتزام المراد إثباته: غنى عن البيان أن الكتابة قد تكون ركنا في العقد بصفتها مظهرا للرسمية، وتخلفها في هذه الحالة تخلف للعقد في جملته، كما قد يكون المراد من الكتابة لا يتجاوز أثره مكنة الإثبات، والفرق شاسع بين الكتابة كركن في العقد وبين الكتابة كدليل إثبات، فالمشرع عندما يشترط في بعض التصرفات إثباتها بالكتابة ولم تتوفر فإنه يمكن إثباتها بالإقرار أو اليمين، بينما تخلف الكتابة بصفتها وجها للرسمية في العقد الشكلي يقع به العقد باطلا بطلانا مطلقا فهو بحكم المعدوم.

وقد اشترط المشرع شكلا معيناً في بعض التصرفات القانونية تحت طائلة البطلان المطلق، ونذكر منها بيع العقار، وبيع المحل التجاري، والتنازل على أسهم الشركة، وعقد إيجار المحل التجاري (إيجار التسيير الحر)، وفي حال تخلف الكتابة الرسمية في هذه الحالة يجعل من العقد باطلا بطلانا مطلقا، بينما اشترط المشرع في بعض التصرفات كالكفالة مثلا الكتابة لا كركن في العقد بل كدليل إثبات، وتخلفها لا يقع به العقد باطلا، غير أنه يمتنع معه إثبات الكفالة بشهادة الشهود والقرائن، بينما يمكن إثباتها بالإقرار واليمين¹.

وعلى كل حال فإنه لا يضبط سلطة القاضي المدني التقديرية في مجال الإثبات التأكد فقط من نوع التصرف المراد إثباته ما إذا كان مدنيا أو تجاريا، بل يضبطه في ذلك قيمة محل الالتزام المراد إثباته أيضا، وقد نصت المادة 333 من القانون المدني على أن الإثبات في المواد المدنية لا يجوز إثبات التصرف الذي تزيد قيمته على 100.000 د ج أو الذي يكون غير محدد القيمة بشهادة الشهود لا في وجوده ولا في انقضائه، وعلى ذلك فالأصل في إثبات التصرفات القانونية في المواد المدنية هو الإثبات بالكتابة، كما تضيف ذات المادة أنه في الدعاوى المشتعلة على طلبات متعددة ذات مصادر متعددة فلا يجوز إثبات كل طلب تزيد قيمته عن 100.000 د ج بشهادة الشهود وهذا هو الأصل العام الذي ترد عليه مجموعة من الاستثناءات نذكرها في حينها، كما أن العبرة بقيمة محل الالتزام وقت التعاقد لا وقت التنفيذ، وهذا شرط منطقي إذ أن دليل الإثبات الكتابي يتطلب تحريره وقت التعاقد²، وعلى ذلك لا يهم إذا زادت قيمة العملة أو نقصت عند التنفيذ أو عند نشوء الخصومة ويبقى الإثبات في كل الحالات فيما زادت قيمته على 100.000 د ج مشروطا بالدليل الكتابي، كما يترتب على ذلك في حالة إذا كانت قيمة تجاوز 100.000 د ج ووفي المدين منها 50.000 د ج فلا يجوز للدائن أن يثبت تعلق ذمة المدين بالباقي المقدّر ب 50.000 د ج بخلاف الدليل الكتابي.

¹ محمد حزيق، الإثبات في المواد المدنية والتجارية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص ص 43-45.

² أحمد نشأت، رسالة الإثبات، ج 01، مكتبة العلم للجميع، بيروت، لبنان، 2005، ص 109.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

وعلى هذا الأساس لا يكون إثبات التصرفات القانونية كأصل عام إلا بالكتابة، غير أن السؤال المطروح هل تعتبر هاته القاعدة من النظام العام بحيث يثير القاضي ذلك من تلقاء نفسه؟

نبادر للقول إجابة على هذا التساؤل تضمنته نص المادة 333 قانون مدني بشكل صريح حيث جاءت فيها عبارة (... ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك). وبناءا عليه فإن القاعدة العامة بعدم جواز إثبات التصرفات القانونية بغير الكتابة هي قاعدة مكملية يجوز الإتفاق على مخالفتها¹، فيجوز للأطراف الإتفاق على أن إثبات التصرف القانوني المبرم مهما كانت قيمته لا يثبت بغير الكتابة والعكس.

يذهب جانب من الفقه إلى القول أن المحكمة لا يجوز لها أن تثير من تلقاء نفسها بوجوب الإثبات بالكتابة إذا كان هناك اتفاق على خلاف ذلك²، بينما يرى الباحث أن المحكمة لا يجوز لها أن تثير المسألة سواء وجد اتفاق بخلاف ذلك أو لم يوجد، فما يضبطها هنا ليس متعلقا بالاتفاق بقدر تعلقه بالدفع، فالمحكمة تقبل الدعوى وشرطها في ذلك وجود دليل إثبات يقدمه المدعي أيا كان نوعه، حتى لو كان الدليل شهادة شهود تنصب على تصرف قانوني يجاوز في قيمته 100.000 د ج، ثم ينتقل عبء الإثبات للمدعي عليه، فإن هو أقر بالمدونية لزم بالتنفيذ، وإن هو دفع بأن هذا النوع من التصرفات لا يقبل الإثبات بغير الكتابة نقل عبء الإثبات مرة أخرى للمدعي فإن هو قدم الدليل الكتابي كما اشترطه القانون ربح الدعوى، وإن هو عجز على ذلك حكم القاضي برفض دعواه لعدم التأسيس.

ثانيا: مراعات الشروط الشكلية الواجب توافرها في الدليل الكتابي: أوجب المشرع مجموعة من الشروط الشكلية الخاصة بالدليل الكتابي تختلف باختلاف نوعه، فالدليل الكتابي إما أن يكون محررا رسميا أو محررا عرفيا، وهذه الشروط تقيد القاضي في قبول الدليل الكتابي للإثبات بحسب نوع التصرف المراد إثباته.

وتختلف الأدلة الكتابية باختلاف أنواعها، فهي ليست على نوع واحد، فقد يفرغ مضمونها في الورق كما قد يفرغ في الشكل الإلكتروني، إذ أن مفهوم الدليل الكتابي في القانون المدني الجزائري بعد تعديله بموجب القانون 10-05 أصبح مجاله يتسع ليشمل ما أنتجه التطور التكنولوجي في مجال التعاقدات الإلكترونية بصفة عامة، وعلى ذلك ساوى المشرع الجزائري بموجب المادة 323 مكرر 01 بين الكتابة التي تتم على الورق وتلك التي تتم في الشكل الإلكتروني بقوله (يعتبر الإثبات في الشكل الإلكتروني، كالإثبات بالكتابة على الورق...)، وفوق ذلك فالكتابة قد تكون رسمية كما قد تكون عرفية.

¹ بلعيساوي محمد الطاهر، باطلي غنية، طرق الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 157.

² بلعيساوي محمد الطاهر، باطلي غنية، المرجع نفسه، ص 158.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

ويجدر التنبيه إلى وجود التباس في اللغة الفرنسية في مصطلح (acte) والذي يشير إلى التصرف كما يمكن أن يشير إلى أداة إثباته، وهذا الخلط تسرب إلى الفقه والتشريع العربيين¹، وهو ما وقع فيه المشرع الجزائري عند قوله في نص المادة 324 التي عرفت من خلال استعمالها لعبارة العقد الرسمي بأنه ذلك العقد الذي يحرره موظف أو ضابط عمومي وبشروط معينة ذكرتها ذات المادة، ثم استمر هذا الخلط مرة أخرى بصدد المحررات العرفية التي أطلق عليها المشرع الجزائري عبارة العقد العرفي كما فعل في نص المادة 327 و328 من ذات القانون، ومقصود المشرع من عبارة العقد الرسمي والعقد العرفي لا العقد بمفهوم المادة 54 قانون مدني² بل المحرر المثبت له، مع ملاحظة أن الفقه يطلق على أدلة الإثبات الكتابية مصطلحات، الورقة أو المستند أو المحرر، والمحرر يطلق على الدليل الكتابي بصفة عامة، بينما يطلق لفظ السند على الأوراق الرسمية والعرفية، أما مصطلح الورقة فيطلق عادة على ما عدا ما تقدم من المحررات كالرسائل والبرقيات والدفاتر التجارية³.

فقرة 01- السند الرسمي: عرف المستند الرسمي على أنه مجموعة البيانات، والعلامات، والتوضيحات، والإظهارات المسجلة المبنية على أحد الطرق التالية:

✓ الكتابة والتي تشمل على الطباعة بمختلف أنواعها والنحت على الحجر، أو الكتابة على الآلة الكتابية أو الهاتف المحمول، أو أجهزة الحاسوب؛ أو هي بصفة عامة ما يطلق عليه في اللغة الفرنسية عبارة (Document).

✓ كما قد تعني عبارة المستند الصوت.

✓ تعتبر الصور من المستندات أيضا التي يمكن الاستناد عليها في الإثبات.

✓ إذا كانت الكتابة شاملة للصوت والصورة فتعتبر مستندا شاملا⁴.

كما عرف المستند الرسمي على أنه كل ورقة صادرة من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة، مختص بتحريرها مكانيا ونوعيا، وحسب القواعد المقررة قانونا، وهو بهذا المعنى كل ورقة أو محرر

¹ عبد الرزاق احمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، المرجع السابق، ص 105/ بكوش يحيى، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 89.

² عرفت المادة 54 من القانون المدني الالتزام عرضا أثناء تعريفها للعقد، فخلطت بين العقد وبين الالتزام، حيث عرفت الثاني بتعريف الأول، وكان الأخرى أن يعرف العقد في نص المادة 54 على النحو الآتي (العقد هو اتفاق بين شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص على انشاء التزام أو نقله أو تعديله)

³ بكوش يحيى، المرجع نفسه، ص 90.

⁴ حاج آدم حسن ظاهر، شرح قانون الإثبات السوداني، ط 02، مركز شريح للدراسات القانونية والتدريب، الخرطوم، السودان، 2009، ص 99.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

أو سند أو عقد يقوم الموظف العمومي أو الضابط العمومي أو أي شخص مكلف بخدمة عامة مؤقتة أو ثابتة، وفي حدود اختصاصه المكاني والموضوعي، بحفظها أو كتابتها مثبتا فيها نشوء حق أو زواله، وتكون الورقة ممهورة بختمه وتوقيعه¹

وبالرجوع للقانون المدني نجد المادة 324 تعرف السند الرسمي على أنه ذلك السند الذي يحضره موظف أو ضابط عمومي مكلف بخدمة عامة تلقاه من ذوي الشأن أو ما تم لديه في حدود اختصاصه وسلطته، ومن خلال هذا التعريف نستخلص الشروط الواجب توافرها في العقد الرسمي.

أ: **صفة محرر السند:** حددت المادة 324 قانون مدني صفة محرر السند الرسمي، وقررت أن هذا الاختصاص منوط حصرا بالموظف العمومي أو الضابط العمومي أو أي شخص مكلف بخدمة عامة.

أ-01: **الموظف العمومي:** هو الشخص الذي تعينه السلطة العمومية للقيام بعمل من أعمالها والذي تعرفه المادة 04 من الأمر 03-06 المتضمن القانون الأساسي للتوظيف العمومية²، بأنه (كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة ورسم في رتبته...) والموظفون العموميون المنوط بهم إصدار سندات رسمية متعددون كل في اختصاصه بالنسبة لنوع السند الذي يصدره، كالمدرء التنفيذيين في الإدارات المركزية للدولة، وكالولاية، ومدرء أملاك الدولة، والموظفين المعينون بالمديريات الولائية أو بالجماعات الإقليمية، أو بالمؤسسات العمومية الحكومية ككتاب ضبط الجلسة بالنسبة لمحاضر الجلسات التي يقومون بإعدادها، وغيرهم كثير كموظفي الشرطة والدرك الوطني، كل هؤلاء تعتبر المستندات التي يحررونها مستندات رسمية في حدود اختصاصهم، كما لا يقصد المشرع في نص المادة 324 قانون مدني الموظفون العموميون الواقعين تحت حكم الأمر 03-06 فقط، بل يشمل كل موظف عمومي ولو استثنى من حكم هذا الأخير كالقضاة الذين استثنى عنهم المادة 02 من ذات الأمر من طائفة حكمه³.

أ-02: **الضابط العمومي:** يقصد بالضباط العموميون الموثقين، والمحضرين، والمترجمين، ورؤساء المجالس الشعبية البلدية، وقد نصت المادة 03 من قانون تنظيم مهنة الموثق⁴ على أن الموثق هو ضابط

¹ ادريس حسن محمد حماد، المستندات في قانون الإثبات فقها وقضاء، دراسة مقارنة، بحث لنيل درجة الدكتوراه في الفقه المقارن، قسم الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، كلية الدراسات العليا، جامعة أم درمان الإسلامية، 2010، ص 66.

² الأمر رقم 03-06 مؤرخ في 19 جمادي الثانية عام 1427 الموافق 15 يوليو 2006، المتضمن القانون الأساسي العام للتوظيف العمومية، ج ر رقم 46 صادرة بتاريخ 20 جمادي الثانية عام 1427 الموافق ل 16 يوليو سنة 2006.

³ محمد حزيق، الإثبات في المواد المدنية والتجارية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 58.

⁴ قانون رقم 02-06 مؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق ل 20 فبراير سنة 2006، المتضمن تنظيم مهنة الموثق، ج ر 15 مؤرخة في 08 صفر عام 1427 الموافق ل 08 مارس سنة 2006.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

عمومي تعينه السلطة العمومية منوط به تحرير العقود التي يشترط فيها قانون الصبغة الرسمية وكذا العقود التي يرغب ذوو الشأن في إسباغها هذه الصبغة.

كما نصت المادة 04 من القانون المنظم لمهنة المحضر القضائي¹ على أنه ضابط عمومي معين من قبل السلطة العمومية منوط به تسيير مكتب عمومي لحسابه الخاص وتحت مسؤوليته.

ونصت المادة الأولى من قانون الحالة المدنية² أن ضباط الحالة المدنية هم في الداخل رئيس المجلس الشعبي البلدي وفي الخارج رؤساء البعثات الدبلوماسية المشرفون على دائرة قنصلية، ورؤساء المراكز القنصلية، وحددت المادة 02 من ذات القانون اختصاصاتهم بصفتهم ضباط حالة مدنية بتلقي التصريحات بالولادات، والزواج، والوفيات؛ وكذا تسجيل وقيد جميع العقود أو الأحكام في سجلات الحالة المدنية، وتحرير العقود المتعلقة بالتصريحات المذكورة أعلاه، كما نص القانون البحري على حالات يتقصد فيها ربان السفينة صفة ضابط عمومي، فنصت المادة 456 على تخويله وفي حالة وقوع جريمة على متن السفينة أن يقوم بتحقيق مسجل في محضر، كما منحت المادة 596 الحق في القيام بكل سلطات ضابط الحالة المدنية من تسجيل للولادات، والوفيات.

كما يتمتع بصفة ضابط عمومي المترجمون حيث نصت المادة 03 من الأمر 95-13³ المتضمن مهنة المترجم (الترجمان الرسمي) أن مهمة الترجمة من لغة إلى أي لغة أخرى يتولاها ضباط عموميون يدعون بالمترجمين أو تراجمه رسميين.

أ-03: الأشخاص المكلفون بخدمة عامة: أراد المشرع الجزائري توسعة نطاق شمول الأشخاص المنوط بهم تحرير السندات الرسمية أبعد من الموظف العادي حسب مفهوم القانون الإداري لتشمل الأشخاص المكلفين بخدمة عامة كالخبراء الذين يعينون من طرف المحكمة⁴، فالخبراء لا يعدون ضباطا عموميين، ولا موظفون عموميين، ولكن الخبراء التي يقومون بها تعد من قبيل السندات الرسمية، غير أن هاته الخبرات لا تكتسي نفس الحجية بالنسبة للقاضي، الذي لا يمكنه استبعاد العقد الرسمي المحرر من طرف موثق مختص نوعيا وإقليميا ووفق الأوضاع المقررة قانونا، بينما الأمر ليس كذلك بالنسبة

¹ قانون رقم 03-06 مؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق ل 20 فبراير سنة 2006، يتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، ج ر رقم 15 مؤرخة في 08 صفر عام 1427 الموافق ل 08 مارس سنة 2006.

² قانون رقم 08-14 مؤرخ في 13 شوال 1435- الموافق ل 09 غشت سنة 2014 ج ر 49 مؤرخة في 24 شوال عام 1435 الموافق ل 20 غشت سنة 2014، يعدل ويتمم الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق ل 19 فبراير سنة 1970 والمتعلق بالحالة المدنية.

³ الأمر 95-13 مؤرخ في 10 شوال عام 1415 الموافق ل 11 مارس سنة 1995 يتضمن مهنة المترجم. الترجمان الرسمي، ج ر 17 مؤرخة في 28 شوال عام 1415 الموافق ل 29 مارس 1955.

⁴ بكوش يحيى، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 94.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

للخبرات حيث نصت المادة 144 من قانون إ م إ أن القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أن استبعاده للخبرة يجب أن يسبب وهي مسألة قانون يخضع القاضي فيها لرقابة النقض.

ب- أن يكون المستند صادرا في حدود سلطة واختصاص مصدره: لا يكفي مجرد صدور المستند الرسمي من موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة حتى تكتسي صبغة الرسمية، فالمشرع في نص المادة 324 اشترط أن يكون هؤلاء الأشخاص قد حرروا السند في حدود سلطاتهم واختصاصهم،

ب-01: من حيث الاختصاص: يضبط الضابط العمومي في إصداره للمستند الرسمي نوعين من قواعد الاختصاص، نذكرها على التوالي.

ب-01-01: الاختصاص النوعي: يجب أن يكون الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة مختصا نوعيا (موضوعيا) بإصدار هذا النوع من المستندات الرسمية، والقوانين المنظمة لمهنة كل منهم يحدد اختصاصهم النوعي، فحدد قانون التوثيق الإختصاص النوعي للموثق في نص المادة 03 بتحرير العقود التي يشترط القانون أن تسبغ بالرسمية، وقد نص القانون المدني على عديد العقود التي يجب أن تسبغ بالرسمية، فنص في المادة 324 مكرر 01 على أن العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية، أو التنازل عن أسهم شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، كما رتبت الفقرة الثانية من ذات المادة البطلان في حالة لم تثبت العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي، ونصت المادة 883 قانون مدني على أن عقد الرهن الرسمي لا ينعقد إلا بموجب سند رسمي أو حكم أو بمقتضى القانون، والغالب أن المشرع عندما يشترط الرسمية يشترطها للانعقاد لا لمجرد الإثبات وقد تقدم شرح الفرق بين المسألتين فلا نعود إليه.

كما حدد القانون المنظم لمهنة المحضرين القضائيين الإختصاص النوعي لهؤلاء في إصدارهم للمستندات الرسمية المتمثلة في محاضر المعاينات ومحاضر التبليغ، وبالنسبة للقضاة يختصون نوعيا في إصدار الأحكام القضائية، وضابط الحالة المدنية بتحرير عقود الزواج، وولادة، والوفاة.

ب-01-02: من حيث الاختصاص المكاني والزمني: يجب أن يصدر المستند الرسمي من موظف أو ضابط أو شخص مكلف بخدمة عامة مختص مكانيا وزمانيا، وعلى ذلك يجب أن يصدر هؤلاء المستند أثناء ولايتهم، أي أن يحوزوا على الصفة التي تخول لهم ذلك، فلا يمكن للموثقين والمحضرين القضائيين ولا القضاة أن يصدروا العقود أو المحاضر أو الأحكام إلى بعد تعيينهم رسميا وأدائهم اليمين القانونية،

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

فمن هذه اللحظة يصبحون مختصين زمانيا، كما لا يمكن لهم بعد عزلهم، أو تنحيهم، أو شطبهم من استصدار المستندات الرسمية، لأن ولايتهم تكون غير قائمة ويكون المستند باطلا كمستند رسمي¹، غير أن هذه القاعدة فيها شيء من المرونة في حالة ما إذا كان مصدر المستند الرسمي لا يعلم بانتهاء ولايته على ما أصدره، كأن يكون جاهلا بقرار عزله أو توقيفه أو نقله، وكان ذوو الشأن حسني النية لا يعلمون بذلك، ففي هذه الحالة يكون المستند صحيحا وتسبغ عليه الرسمية².

كما يجب أن يكون مصدر المستند الرسمي مختص إقليميا، وقد نصت المادة 02 من قانون التوثيق على أن اختصاص الإقليمي للموثق يشمل كامل التراب الوطني، مما يفيد جواز أن يتلقى المحررات الرسمية من كل الأشخاص المقيمين داخل التراب الوطني، غير أنه لا يجوز له أن يحرر المستندات الرسمية خارج المكتب العمومي المعين فيه ويفقد ولايته خارجة، غير أن العملية التوثيقية التي يشترط فيها أن تتم داخل المكتب التوثيقي قد يعترضها أسباب قاهرة تجعل من المستحيل على ذوي الشأن الحضور أما الموثق في مكتبه التوثيقي، فهل يمكن للموثق في هذه الحالة الانتقال لتحرير مستند رسمي خارج مكتبه التوثيقي؟

لم ينص قانون التوثيق على هذه المسألة، غير أن المادة 02 من النظام الداخلي للغرفة الوطنية للموثقين نصت على (لا يجوز للموثق من حيث المبدأ أن يستقبل زبائنه إلا في مكتبه، غير أنه يمكن أن ينتقل في حالة الضرورة³...)، ويذهب الأستاذ زودة عمر إلى أن هذه المسألة مسألة من اختصاص المشرع وحده، ولا يجوز للنظام الداخلي أن يبت في مسألة تخرج عن اختصاصه، ويرى أنه في حالة وجود مانع مبرر يحول دون إمكانية حضور ذوي الشأن إلى مكتب الموثق لتحرير المستند الرسمي جاز لهم طلب ذلك من القضاء عن طريق رئيس المحكمة الذي يبت فيه بأمر على عريضة، ويقع باطلا المستند الذي يحرره الموثق خارج مكتبه التوثيقي دون الحصول مسبقا على إذن من القضاء.

ج: يجب أن يحرر المستند الرسمي وفقا للأشكال القانونية: يقصد من وراء ذلك إلزام مصدر المستند الرسمي بالأوضاع والشروط القانونية التي قررها القانون لذلك النوع من المستندات الرسمية

¹ محمد جزيط، الإثبات في المواد المدنية والتجارية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 60.

² عبد الرزاق احمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، المرجع السابق، ص 123.

³ النظام الداخلي للغرفة الوطنية للموثقين، الصادر بتاريخ 14 نوفمبر 1992، ورد في كتاب زودة عمر، الإثبات في المواد المدنية في ضوء أحكام القضاء وأراء الفقهاء، المرجع السابق، ص 59.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

المراد تحريرها، ولو أن المستندات تختلف باختلاف مصدرها، وباختلاف مضمونها إلا أن الجزء في حالة مخالفة القاعدة يبقى واحدا وهو البطلان¹.

وبالرجوع لقانون تنظيم مهنة الموثق نجده قد نص على مجموعة من الشروط في تحرير المستند الرسمي في نص المادة 26 منه حيث اشترطت تحت طائلة البطلان أن يتم تحرير المستند باللغة العربية، وبنص واضح تسهل قراءته، ويجب أن يتم تحرير المستند في كتابته دون اختصار ولا نقص، كما يجب كتابة المبالغ والسنة والشهر واليوم على العقد بالحروف، ونصت المادة 27 من ذات القانون على وجوب ألا يتضمن المستند أي تحوير أو كتابة بين الأسطر أو إضافة كلمات، غير أن الجزء في حال مخالفة ذلك لا يمتد لكل المستند، ويقتصر أثره على هاته الكلمات فقط بشرط أن تكون هذه الكلمات غير متنازع فيها ولا يشوبه التباس ويصادق عليها في آخر العقد، كما يجب أن يحتوي العقد على أسماء، وألقاب، وصفة، وموطن، وتاريخ، ومكان، ولادة، ذو الشأن، وجنسياتهم، كما يجب ذكر اسم الموثق ومقر مكتبه.

د: جزء عدم استيفاء الشروط اللازمة لتحرير المستند الرسمي: متى اجتمعت للمحرر الشروط التي تم ذكرها آنفا قامت قرينة برسميته، ويعتبر بذلك حجة دون الحاجة لإقرار ذوو الشأن بما ورد فيه، ولا يسلبه هذه الحجة أن ينكر ذوو الشأن توقيعاتهم، غير أن هذه القرينة قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها من طريق واحد طريق الطعن بالتزوير، وهو ما نصت عليه صراحة المادة 324 مكرر 05 بقولها (يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره...) وهي حجة شاملة من حيث الكافة بمن فيهم القاضي الذي لا يمكنه أن يقدر في إطار سلطته أن يستبعد ما ورد فيه كليا أو جزئيا، وموقفه سلبي تماما في ذلك حتى لو رأى القاضي أن المظهر الخارجي للمستند أو ظروف الدعوى، أن المستند مزور فليس له أن يثير ذلك من تلقاء نفسه، هذا بخلاف من القانون الإثبات المصري في مادته 58 التي تجيز للقاضي إثارة ذلك من تلقاء نفسه باستبعاد المستند.

وقد تقدم القول أن جزء الإخلال بالشروط الواجب توافرها في المحرر حتى يعتد به كمستند رسمي هو البطلان، غير أن السؤال المطروح في هذا المقام، هي عدم البطلان المستند جملة أم أنه جزء يرد على الرسمية في المستند دون المستند ذاته، أي بصيغة أخرى هل يمكن للمستند في حالة بطلانه بسبب عدم استيفائه للشروط الواجب توافرها أن يتحول إلى مستند عرفي؟

لم يورد القانون المدني ولا القوانين الخاصة حكما لهذه المسألة، إلا أننا نجد في القواعد العامة للعقد سبيلا لذلك، وقد نصت المادة 105 قانون مدني على أنه (إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال

¹ محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام بين آراء الفقه وأحكام القضاء، مرجع سابق، ص 903.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد) وهذا الحكم هو ما يسمى في الفقه بنظرية تحول العقد، وبالتالي يمكننا القول أن البطلان لا يعدم العقد بل يمكن لذوي الشأن التمسك به كمستند عرفي متى توافرت شروطه وبالأخص توقيع أطرافه عليه ولم ينكروا توقيعاتهم، وهو ما نصت عليه المادة 326 مكرر 02 (يعتبر العقد عقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف)، غير أن هذه القاعدة لا تؤخذ على إطلاقها، فهي قاصرة على الحالات التي لا يشترط فيها الرسمية كوجه للشكلية في العقود الشكلية، إذ أن التصرف الشكلي متى بطلت الرسمية فيه وقع بحكم المعدوم.

فقرة 02: المستند العرفي: يعرف المستند الرسمي بأنه ذلك المستند الذي يحزر بمعزل عن الموظف العام أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة¹، كما عرفت المستندات العرفية أيضا بأنها أوراق معدة للإثبات يتولى تحريرها وتوقيعها أشخاص عاديون بعيدا عن تدخل الموظف العام²، ويعرفها الأستاذ محمد صبري السعدي بأنها المحررات أو الأوراق العرفية التي تصدر من ذوي الشأن، ويثبت بها واقعة قانونية وموقعة من الشخص الذي يحتج بها عليه بإمضائه أو ختمه أو بصمة أصبعه³.

من خلال ما تقدم من التعريفات نجد أن المستند العرفي يختلف عن الرسمي في نقطة جوهرية تتمثل في صفة القائم بتحريره، إذ الأمر متروك لذوي الشأن في ذلك متى ما أرادوا إثبات واقعة قانونية كان لهم تحرير مستند بعيدا عن الشكليات والشروط التي يجب توافرها في المستند الرسمي وفق الشروط التي حددها القانون، للمستند العادي حتى يقبل كأداة إثبات لما اتفق عليه أطرافه.

ولا يشترط في المستند العرفي حتى يقبل كأداة إثبات إلا شرط واحد رئيسي، أن يكون موقعا من ذوي الشأن وهو الشرط الوحيد الذي نص عليه القانون المدني الجزائري عرضا في نص المادة 326 مكرر 02 اثناء نصه على جزاء عدم توافر الشروط اللازمة للمستند الرسمي، وشرط التوقيع يتضمن داخله شرطان آخران هما شرط الكتابة وشرط عدم إنكار التوقيع، وعلى ذلك يجب أن يتوافر في المستند العرفي ثلاثة شروط، شرط الكتابة، وشرط التوقيع، وشرط عدم إنكار التوقيع حتى تكون للمحرر العرفي حجية، وإلى تفصيل ذلك.

¹ أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 57.

² بكوش يحيى، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 126.

³ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 66.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

أ: شرط الكتابة: الكتابة شرط بديهي في المستند العرفي كما المستند الرسمي، فكليهما من أدلة الإثبات الكتابية التي يشترط فيها بدهية أن تكون محررة في الشكل الكتابي، وقد نصت المادة 323 مكرر على أن (ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامة أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، أو كذا طرق إرسالها) وبالتالي لا يشترط في الكتابة صيغة معينة، ولا شكل معين، ولا لغة معينة ما دامت دالة على مضمونها، كما لا يشترط فيها أن تكون بخط يد ذوي الشأن، أو تكون بخط يد شخص أجنبي، كما لا يشترط في تحريرها وسيلة معينة، فيجوز أن تكون بخط اليد، كما يجوز أن تكون بالطباعة أو أي جهاز آخر، ولا يشترط أن تكون بحبر معين¹.

إن كتابة المستند العرفي لا يشترط فيها كما تقدم أن تحرر بلغة معينة، فليس يمنع أن تحرر بغير اللغة الرسمية للدولة، وحتى لو كان أحد أطراف العقد لا يعرف اللغة التي حرر بها المستند يبقى حجة عليه طالما كان موقعا من طرفه، غير أن المادة 08 من قانون إم م استوجبت أن تقدم المستندات باللغة العربية أو أن تكون مصحوبة بترجمة رسمية إلى هذه اللغة تحت طائلة عدم القبول، ويلاحظ في هذه الحالة أن القاضي لا يمكنه قبول أي ورقة سواء كانت مستندا عرفيا أو رسميا محرر بلغة غير اللغة العربية حتى لو كان يتقن هذه اللغة، ولو فعل ذلك يكون قد حكم بعلمه الشخصي، ومن ناحية أخرى اشترط المادة السالفة الذكر الرسمية في الترجمة، وقد سبق القول أن المترجم هو شخص مكلف بخدمة عامة تسبغ التراجم التي يصدرها بالرسمية، وهذا لا يعني أن العقد العرفي المحرر بلغة غير اللغة العربية الذي تمت ترجمته ترجمة رسمية يتحول إلى مستند رسمي، بل يبقى محتفظا بوصفه كمستند عرفي.

وللقاضي في إطار سلطته التقديرية في التحقيق أن يأمر بترجمة ثانية أو أكثر، لأن المترجم يدخل في هذه الحالة في خانة الخبراء، وبالتالي فدور القاضي يبدأ سلبيًا ولكنه لا ينتهي كذلك، فهو ملزم قانونًا بعدم قبول أي مستند غير مترجم ترجمة رسمية، وهذا هو ضابطه في قبول المستندات المحررة بغير اللغة العربية، وإلى هنا ينتهي دوره السلبي ويبدأ الدور الإيجابي للقاضي، كأن ينتدب خبيرًا لا لترجمة المستند العرفي المحرر بلغة أجنبية فهذا الأمر يخرج عن نطاق سلطته، وهو أمر منوط بذوي الشأن تحت طائلة عدم القبول، وقد ترجموه وتم قبول الدعوى، بل ينتدب الخبير لإجراء خبرة على الترجمة الرسمية المقدمة من الأطراف، ويبقى القاضي بعد ذلك حرا في قبول هذه الخبرة أو استبعادها بشرط تسبب ذلك، فإن قبلها استبعد الترجمة الرسمية المقدمة من الأطراف، وإن استبعدتها أخذ بالترجمة الرسمية وليس له أن يحل محل الترجمة الرسمية ترجمة خاصة به.

¹ وائل ثابت كاظم الطائي، الإثبات في الدعوى المدنية، المرجع السابق، ص 58

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

ب: توقيع ذوي الشأن: التوقيع هو الدليل على نسبة مضمون المستند العرفي لصاحبه، والتوقيع غير الكتابة إذ يشترط فيه أن يكون من صاحب الشأن لا من شخص أجنبي، وعادة ما يأخذ شكل علامة أو إشارة أو بيان ظاهر مخطوط اعتاد الشخص على استعماله للتعبير عن موافقته على عمل أو تصرف قانوني معين¹، وإن كان المستند مكون من عدة أوراق وجب توقيعها كلها ولا يكفي توقيع الورقة الأخيرة دون البقية، والمستند العرفي الغير موقع من أطرافه لا يحتمل أخذه بصفة جدية²، كما لا توجد قيود على المحرر العرفي بشأن الحذف والشطب والتحشير والإزالة أو الإضافة كما في المستند الرسمي، والأمر كله متروك لقاضي الموضوع واطمئنانه، على أن يبني استبعاده للمحرر العرفي على أسباب سائغة تؤدي عقلا للنتيجة التي توصل إليها القاضي³.

كما يشترط في التوقيع أن يكون دالا على شخص صاحبه، وهو لا يكون كذلك إلا إذا تضمن العناصر الأساسية التي تفيد ذلك، فيجب أن يتضمن التوقيع اسم ولقب الموقع، وبالتالي يرى الباحث ضرورة التفرقة بين التوقيع والإمضاء، فالإمضاء يأتي عادة في صفة مختصرة فقد يتضمن الحرف الأول من الإسم أو اللقب، كما قد يتضمن الكنية بدلا من الإسم الرسمي، وقد لا يتضمن أيا مما سبق ويقتصر على مجرد رموز أو رسومات يتخذها الشخص طريقة للمصادقة أو ترك الأثر، وقد يتضمن التوقيع الإمضاء والعكس غير صحيح، ويكون ذلك في حالة أن يضع الشخص إمضاءه ويطبعه بختمه أو بصمة اصبعه مثلا، أو يلحقه باسمه ولقبه بشكل واضح، والعبرة في القانون المدني الجزائري بالتوقيع متى دل على شخص صاحبه.

وللتوقيع أثر بالغ في المحررات العرفية، إذ به تكتسب المحررات العرفية حجية على الكافة، ويجب أن يتضمن المستند المثبت للعقد العرفي الملزم للجانبين توقيع كل من البائع والمشتري، أما إذا خلى المستند من توقيع أحد الأطراف فلا يعتبر حجة عليه حتى لو كان محررا بخط يده، فالكتابة لا تعتبر حجة على مضمون العقد وإن كان يمكن اعتبارها كمبدأ ثبوت بالكتابة.

كما لا يشترط في التوقيع أن يكون في موضع معين من الورقة، وإن غلبت العادة على أن يكون في ذيل المحرر، والمهم أن يحتوي المستند على توقيعات أطرافه، كما لا يشترط أن توضع توقيعات الأطراف في زمن واحد، ولا يشترط أن تكون في زمن واحد، فالعبرة بوجود التوقيع الدال على شخص صاحبه ويبقى للقاضي سلطة تقديرية في الاعتداد بالتوقيع أو استبعاده.

¹ وائل ثابت كاظم الطائي، الإثبات في الدعوى المدنية، ج2، المرجع السابق، ص60.

² سليمان مرقص، أصول الإثبات، مرجع سابق، ص194.

³ سحر عبد الستار إمام يوسف، دور القاضي في الإثبات، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص137.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

وتجدر الإشارة إلى مسألة غاية في الأهمية، وهي مسألة التوقيع على بياض، حيث يعتمد أحد الأطراف إلى التوقيع على الورقة قبل أن يفرغ فيها مضمون التصرف القانوني المراد إبرامه، والشخص الموقع على بياض لم يكن ليقدّم على هذا التصرف إلا لأنه اطمأن واستأنس بالطرف الآخر خيراً، فإن عمد هذا الأخير إلى وضع بيانات غير تلك التي إتفق عليها يكون قد ارتكب جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات بعنوان جريمة خيانة الأمانة المنصوص عليها في نص المادة 376، ويبقى عبء إثبات أن الورقة قد وقعت على بياض على عاتق من يدعي خلاف الظاهر، والظاهر أن المستند العرفي قد تم وفق ما أمر به القانون، فإن أثبت ذلك سقطت الحجية على الورقة في مضمونها بالنسبة للكافة¹.

ج: عدم انكار صاحب التوقيع توقيعه: ترتبط حجية المستند العرفي بإقرار صاحب التوقيع توقيعه، ويكفي أن يكون الإقرار ضمنياً أي ألا يعتمد ذوو الشأن لإنكار توقيعاتهم، وفي ذلك نصت المادة 327 قانون مدني على أن العقد العرفي يكون حجة على أطرافه ما لم ينكر صاحب التوقيع توقيعه، ولا يفهم من المادة أن العقد العرفي الذي لم ينكر ذوو الشأن توقيعاتهم الواردة فيه حجة عليهم دون الكافة، بل إن المستند العرفي حجة على أطرافه، وعلى الغير، وعلى الكافة، وبالتالي فإن إنكار أو إقرار أصحاب الشأن بتوقيعاتهم يقيد القاضي فلا يمكنه إنكار التوقيع إذا لم ينكره أصحابه، كما لا يمكنه إقراره إذا هم عمدوا لإنكاره، وموقفه في ذلك سلبي ومتى لم ينكر ذوو الشأن ذلك ثبت إسناد المستند لأطرافه.

أما بالنسبة لثبوت التاريخ فهي مسألة بعيدة كل البعد عن حجية المحرر بالنسبة للغير، فكما تقدم القول أن المستند العرفي حجة على الكافة مادام ذوو الشأن لم ينكروا توقيعاتهم، غاية ما في الأمر أن تاريخ المستند العرفي لا يكون حجة على الغير إلا إذا كان ثابتاً، وهو ما نصت عليه المادة 328 قانون مدني حيث جاء في مطلعها (لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت...) فإذا لم يكن للمستند العرفي تاريخ ثابت فالحجية تبقى قائمة في مضمونه على الكافة وتنتفي هذه الحجية على التاريخ، فلا يمكن أن يحتج على الغير بتاريخ صدور المحرر، ولكن يحتج عليهم بمضمونه، فقد يعتمد الأطراف إلى تقديم تاريخ البيع مثلاً للهروب من قصر أحد الأطراف وتفادي الطعن في التصرف بالبطلان، وعلى ذلك تدخل المشرع لحماية الغير من غش وسوء نية الأطراف وحدد في نص المادة الأخيرة الحالات التي يعتبر فيها المحرر ثابت التاريخ وهي على التوالي:

✓ من يوم تسجيل الورقة العرفية: ويكون ذلك في حالة ما عمد ذوو الشأن إلى تسجيل العقد العرفي لدى جهات إدارية كمفتشية الضرائب.

¹ زودة عمر، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 78.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

✓ من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام: ويقصد بالموظف العام الأصناف الثلاثة للأشخاص المنوط بهم إصدار المستندات الرسمية، ويكون ذلك في حالة تحرير مستند رسمي وذكر فيه مضمون المستند العرفي.

✓ من يوم التأشير عليه من طرف ضابط عام مختص، كأن تقدم الورقة العرفية إلى القاضي فيقوم أمين الضبط بالتأشير عليها.

✓ من تاريخ وفاة أحد من لهم على الورقة خط أو توقيع: وهي نتيجة منطقية تفرضها طبيعة الأشياء فمن غير المعقول أن يتجاوز تاريخ الورقة تاريخ وفاة أحد الموقعين عليها إذ أنه لن يعود للحياة ليوقع عليها مرة ثانية.

أذا توافرت الشروط المقدمة في المستند المكتوب اعتبر مستندا عرفيا له حجية فيما بين أطرافه وبالنسبة للغير، وهي شروط قانونية ملزمة للقاضي فلا يمكنه أن يأسس حكمه على مستند عرفي أنكر أحد أطرافه توقيعه دون أن يخضعه للخبرة، كما لا يمكنه أن يعتد بالتاريخ الوارد فيه فليرتب آثارا على الغير دون أن يكون هذا التاريخ ثابتا.

فقرة 03: المحرر الإلكتروني: لا يقتصر مفهوم المحرر أو المستند أو الورقة في قانون العقود على ما تم إثبات مضمونه في ورقة عادية، وكل اتفاق يتم بين حاضرين أو بين غائبين يصح أن يثبت إلكترونيا، بل إن مجال التعاقد على ما شهده من تطور تكنولوجي أصبح يميل أكثر إلى الجانب الإلكتروني منه إلى الجانب التقليدي، وهو ما تنهت إليه التشريعات المقارنة بما فيها المشرع الجزائري الذي أورد قانون خاص بالتجارة الإلكترونية هو القانون 18-05¹ الذي يحدد القواعد العامة للتجارة الإلكترونية الخاصة بالسلع والخدمات، وسبقه في هذا المجال القانون المدني الذي وإن لم يتحدث عن العقد الإلكتروني إلا أنه أقر الإثبات الإلكتروني في نص المادة 323 مكرر 01 وأعطاه نفس قيمة الإثبات على الورق عرف، وعلى هذا الأساس فالكتابة كمفهوم لغوي يصح أن يكون في أي شكل حتى الشكل الإلكتروني.

أ: تعريف المستند الإلكتروني: عرف المحرر² الإلكتروني بأنه كل ما هو مكتوب على نوع معين من الدعامات سواء كان ورقا أو غير ذلك من الوسائل الإلكترونية، وعرف أيضا بأنه معلومات الإلكترونية

¹ القانون رقم 18-05 مؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق ل 10 مايو سنة 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر 28 صادرة بتاريخ 30 شعبان عام 1439 الموافق ل 16 مايو سنة 2018.

² بن سيف الدين محمد، العقد الإلكتروني ووسائل إثباته، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، مج 27، ع 07، سنة 2019، ص 13.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

ترسل أو تسلم بوسائل الكترونية أيا كانت وسيلة استخراجها، سواء بواسطة شبكة الإنترنت أو من خلال الأقراص الصلبة أو شاشات الحاسوب الآلية أو أية وسيلة الكترونية.

عرف قانون التجارة الإلكترونية العقد الإلكتروني في مجال التجارة الإلكترونية في نص المادة 06 بأنه ذلك العقد الذي (يتم إبرامه عن بعد دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصرياً لتقنية الاتصال الإلكتروني)، ثم قررت المادة 10 من ذات القانون (وجوب توثيق كل معاملة تجارية الكترونية بموجب عقد إلكتروني يصادق عليه المستهلك الإلكتروني)، وبالتالي في المحرر الإلكتروني هو المحرر الذي يثبت فيه مضمون في دعامة إلكترونية¹ بخلاف من المستند الكتابي الذي تكون الكتابة فيه مثبتة في دعامة ورقية، ولا يكون التعاقد الإلكتروني في مجال التجارة الإلكترونية إلا بين غائبين.

وإذا كان للمستند الرسمي وكذا المستند العرفي مجموعة من الشروط فالأمر لا يختلف بالنسبة للمستند الإلكتروني، حيث أن المادة 323 مكرر 01 اشترطت في المحرر الإلكتروني أن يدل على هوية الشخص الذي أصدره، وأن يكون معداً ومحفوظاً في ظروف تضمن سلامته، ولا يمكن أن يتوافر المستند الإلكتروني على بيان مصدره إلا إذا كان موقعاً توقيعياً إلكترونياً، والتوقيع الإلكتروني هو ما يسبغ على المستند الإلكتروني حجية في الإثبات

ب: ضوابط إصدار المستند الإلكتروني: يشترط في إصدار المستند الإلكتروني مجموعة من الشروط نذكرها على التوالي:

ب-01: الكتابة: تختلف الكتابة في العقد العادي والتي تتم بمجموعة من الحروف أو الرموز أو الأوصاف أو الأرقام التي يكون لها معنى في تناسقها واجتماعها عن الكتابة في المستند الإلكتروني التي تكون في شكل خوارزميات تنفذ من خلال عملية إدخال البيانات المتعلقة بالشخص من خلال جهاز آلي يسمى عادة الحاسوب، الذي يضمها في وحدة معالجة مركزية أو أقراص مرنة أو صلبة، وقد عرف المشرع المصري الكتابة الإلكترونية بأنها (كل حروف أو أرقام ورموز أو أية علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو صوتية أو أية وسيلة أخرى مشابهة تعطي دلالة قابلة للإدراك)، بينما عرفتها المادة 02/04 من اتفاقية الأمم المتحدة المتضمنة استخدام الخطابات الإلكترونية بأنها (الخطاب الإلكتروني الذي يتبادل أطراف فيما بينهم بواسطة رسائل بيانات)، كما عرفت المادة 04 في فقرتها الرابعة رسائل البيانات بأنها كل البيانات التي يتم إرسالها أو التي يتم تلقيها أو التي يتم تخزينها في وسائل إلكترونية أو

¹ تعتبر الدعامة الإلكترونية هي الوسيلة الإلكترونية التي تسمح للحاسوب بالتعرف على الشريحة الإلكترونية، لمزيد من الإيضاح راجع في ذلك،، عبد الكريم عواطف آدم عبد الله، إثبات العقد الإلكتروني في التشريع السوداني، دراسة مقارنة، كلية القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النيلين، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في القانون، السودان، 2016، ص 141 وما بعدها.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

مغناطيسية أو بصرية؛ أو في وسائل مشابهة لما سبق ذكره، تشتمل على سبيل المثال البرق أو الفاكس أو البريد الإلكتروني¹، ويشترط فيها أن تكون كتابة مقروءة، ومستمرة يمكن الرجوع إليها في كل وقت، وثابتة أي غير متغيرة².

أما المشرع الجزائري فقد وسع من مفهوم الكتابة، ولم يغلق الباب أمام كل الدعامات التي يمكن أن تشمل الكتابة التقليدية كما الكتابة الإلكترونية، ولم يقيد طرق إرسالها، وهو الواضح من خلال المادة 323 مكرر وبالأخص استعمال المشرع لعبارة (مهما كانت الوسيلة التي تتضمنه، وكذا طرق إرسالها)³

ب-02: التوقيع الإلكتروني: يهدف التوقيع الإلكتروني إلى بيان الشخص المصدر للمحرر الإلكتروني، وقد نصت المادة 327 في فقرتها الأخير على أنه يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط الواردة في نص المادة 323 مكرر 01.

ب-01-02: مفهوم التوقيع الإلكتروني: يعرف التوقيع الإلكتروني على أنه شكل يمكن معالجته إلكترونيا يدل على شخصية صاحبه، ويرتبط به ارتباطا متصلا أو منفصلا، ويكون مضافا إلى سجل إلكتروني أو إلى رسالة بيانات، ويعبر على اتجاه إرادة صاحبه في قبول مضمون هذا المستند⁴، كما عرف بأنه مجموعة أرقام تمثل توقيعاً على رسالة معينة، يتحقق من خلال إجراءات حسابية مرتبطة بمفتاح رقمي خاص بشخص المرسل، ومن خلال الضغط على هذا المفتاح ينتج عنه ما يسمى بالتوقيع الإلكتروني⁵، كما عرفه قانون الأونسترال للتوقيعات الإلكترونية لعام 2001 في المادة 01/02 بأنه (مجموعة بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات، أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقياً، يجوز أن تستخدم كهوية للموقع على المعلومات الواردة فيها)⁶.

¹ اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة باستخدام الخطابات الإلكترونية وإثبات العقود الدولية لسنة 2005، نقلا عن، غنية باطلي، الكتابة الإلكترونية، المجلة الجزائرية لقانون الأعمال، ع 02، ديسمبر 2020، ص 10.

² راجع في ذلك كل من، نادية باس خضير، حجية المحررات الإلكترونية، ع 19، ط 02، مايو 2019، ص 18/ منير محمد الجنبهي، ممدوح محمد الجنبهي، تزوير التوقيع الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 54.

³ غنية باطلي، الكتابة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 12.

⁴ محمد شوكت فلاح، الإشكالات القانونية التي يثيرها العقد الإلكتروني، رسالة مقدمة استكمالاً للحصول على متطلبات درجة الماجستير في القانون، جامعة جرش، كلية الحقوق، عمادة البحث العلمي والدراسات العليا، الأردن، 2019، ص 155.

⁵ بن سيف الدين محمود، العقد الإلكتروني ووسائل إثباته، المرجع السابق، ص 14.

⁶ القانون النموذجي (الأونسترال) بشأن التوقيعات الإلكترونية الصادر سنة 2001، نقلا عن المعتمد فتح الرحمان علي، العقد الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون التجاري، قسم الدراسات النظرية، معهد البحوث ودراسات العالم الإسلامي، جامعو ام درمان الإسلامية، السودان، 2009، ص 163. راجع أيضاً، رحمة تربش، العقد التوثيقي الإلكتروني، مجلة الإجهاد القضائي، مج 13، عدد خاص 25، جانفي 2021، ص 1007.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

أما المشرع الجزائري فقد اكتفى في القانون 10/05 المتضمن تعديل القانون المدني بالإشارة إلى التوقيع الإلكتروني دون بيان ماهيته ولا شروط قبوله، واستمر هذا الأمر إلى غاية صدور القانون رقم 04-15 المتضمن القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين¹، والذي جاء في نص المادة 02 منه تعريفاً للتوقيع الإلكتروني بأنه عبارة على (بيانات في شكل إلكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقياً ببيانات إلكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق) ثم قرر أن بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني هي (بيانات فريدة، مثل الرموز أو مفاتيح التشفير الخاصة، التي يستعملها الموقع لإنشاء التوقيع الإلكتروني) ثم حدد المشرع الجزائري في ذات نص المادة آلية إنشاء التوقيع الإلكتروني بأنها (جهاز أو برنامج معلوماتي معد لتطبيق بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني)، يلاحظ من خلال ما قدمه المشرع الجزائري من تعاريف وبيان لمفهوم المصطلحات التي يقوم عليها القانون السلف الذكر، أنه فرق بين التوقيع الإلكتروني وبين تشفير الرسائل الإلكترونية، فهذه الأخيرة تشمل المستند كاملاً، بينما الأولى تقتصر على التوقيع الإلكتروني فقط، كما يلاحظ من مجموع ما نصت عليه مواد القانون 04-15 أن التوقيع الإلكتروني هو مجموعة البيانات التي تتخذ شكل رموز أو مفاتيح خاصة أو غيرها من الوسائل يستعملها الشخص في شكل توقيع إلكتروني، تكون ملحقة أو مرتبطة ببيانات أخرى يمكن أن تستخدم كوسيلة للتوثيق².

ب-02-02: صوره: هناك عدة صور مختلفة للتوقيع الإلكتروني، غير أنه يجمعها شيء مشترك واحد، فكلها تأتي في دعامة إلكترونية، نذكر منها ما يلي:

✓ إن الصورة الواضحة والحقيقة للتوقيع الإلكتروني تسمى بشريحة التوقيع الإلكتروني، يشيع استخدامها في الإدارة العمومية، حيث يرفع التوقيع الإلكتروني في شريحة إلكترونية تحمل معلومات صاحبها وتتضمن إمضاءه مرفوعاً عليها من خلال تقنية القلم الإلكتروني، وتوضع الشريحة في دعامة إلكترونية تعمل كأداة اتصال بين الشريحة وجهاز الحاسوب، وترتبط ببرنامج يثبت على هذا الأخير، ويتم فتح البرنامج بالنقر عليه نقرتين متتاليتين باستعمال فأرة الحاسوب، ثم اختيار نوع الوثيقة المراد تحريرها وملاً بياناتها، ثم يتم الضغط على خانة تكون أسفل البرنامج تحت عنوان (الإمضاء)، فتظهر خانة تطلب الرقم السري الخاص بالشريحة وعند ملأه يتم بعدها الانتقال للمرحلة الأخيرة والتي تتم بطباعة الوثيقة، التي تخرج من الطابعة مدون عليها اسم الموقع وإمضائه والتاريخ باليوم والشهر والساعة.

¹ القانون رقم 04-15 مؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق لأول فبراير سنة 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج ر 06 الصادرة بتاريخ 20 ربيع الثاني عام 1436 هـ الموافق ل 10 فبراير سنة 2015.

² نجيبه بادي، إثبات العقد الإلكتروني، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، مج 10، ع 02، ج 02، سنة 2017، ص ص 364-365.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

✓ التوقيع باستعمال القلم الإلكتروني: الحقيقة أن القلم الإلكتروني لا يكفي وحده ليكون بمثابة توقيع إلكتروني وما هو إلا توقيع يدوي رقمي يتم من خلال نسخ القلم الإلكتروني للإمضاء العادي لصاحبة على لوحة إلكترونية من أجل رفعه واستعماله في الدعامات الإلكترونية المختلفة¹، كبطاقات الدفع، والبطاقات الممغنطة، وشرائح التوقيع الإلكتروني، وشرائح الهاتف النقال، وبطاقات التعريف الوطني، وجواز السفر، فنحن نختلف مع من يعتبره صورة من صور التوقيع الإلكتروني².

✓ التوقيع البيومترى: يتم من خلال استغلال الصفاة البيولوجية المتميزة الخاصة بكل شخص على حدا، كال بصمة الشخصية، وبصمة العين، وبصمة الصوت، بل في بعض الدول المتقدمة البصمة الوراثية³، ويتم بتخزين هذه المعلومات على دعامات إلكترونية، ثم تمريرها على جاهر يلعب دور الوسيط والتأكد من الصفاة من خلال لوحة إلكترونية.

ب-02-03: حجية المستند الإلكتروني: إذا ما توافر في المستند الإلكتروني الشروط السابقة وأمكن نسبته إلى موقعه كان حجة في الإثبات، ويجب توافر الشروط التالية حتى نتمكن من نسبة التوقيع الإلكتروني إلى صاحبه:

✓ أن يرتبط التوقيع الإلكتروني بصاحبه دون غيره.

✓ أن يكون الوسيط الإلكتروني (الحاسوب، أو الآلة الإلكترونية التي يتم التوقيع من خلالها) تحت سيطرة الموقع وحده دون غيره.

✓ أن تكون هناك إمكانية لكشف كل تغيير وتعديل في التوقيع أو المستند الإلكتروني الموقع.

✓ أن يتم وفق الإجراءات المحددة قانوناً⁴.

إذا توافرت كل هذه الشروط أخذ المستند حجية كاملة على كل الأطراف كأنه مستند ورقي معد للإثبات، ولا يمكن للقاضي استبعاده أو الإنقاص من حجيته سواء بالنسبة للأطراف أو بالنسبة للغير،

¹ يوسف احمد النوافلة، الإثبات الإلكتروني في المواد المدنية والمصرفية، ط 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012، ص 92.

² راجع في ذلك، المعتصم فتح الرحمان علي فتح الرحمان، العقد والتوقيع الإلكتروني، المرجع السابق، ص 172/ بان سيف الدين محمود، العقد الإلكتروني ووسائل إثباته، المرجع السابق، ص 15.

³ نجيبه بادي، إثبات العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 365.

⁴ صلاح علو محمد، أحمد صباح غدير، الحجية القانونية للسندات الإلكترونية، مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، مج 10، ع 37، سنة 2021، ص 298.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

على أن الملاحظ في المستند الإلكتروني أنه لا يحتاج إلى ثبوت التاريخ، لأن التاريخ فيه ثابت ولا يمكن تزيفه إلا من خلال التزوير.

ثالثا: ضوابط سلطة القاضي في مواجهة إنكار صحة المستند الكتابي: المستند الرسمي ذا حجة قاطعة على الكافة يستمد هذه الحجية من صفة مصدره، ولا يمكن دحض ما تضمنه إلا من خلال الطعن فيه بالتزوير، أما المحرر العرفي فلا يتوافر على هذه الميزة ومسألة حجتيه يستمدتها من نسبة ما تضمنه من كتابة وتوقيع لذوي الشأن، فإذا ما أنكر أحد أطرافه توقيعه أو خطه أمكن التأكد من ذلك عن طريق الخبرة بمضاهاة الخطوط أو بالادعاء بالتزوير.

فقرة 01: الادعاء بالتزوير: نصت المادة 179 من قانون إ م إ على أن (الادعاء بالتزوير ضد العقود الرسمية هو دعوى تهدف إلى إثبات تزيف أو تغيير عقد سبق تحريره أو إضافة معلومات مزورة عليه. وقد تهدف أيضا إلى إثبات الطابع المصطنع لهذا العقد...) كما أجازت المادة 175 من ذات القانون الطعن بالتزوير في العقود العرفية أيضا، ويستشف من المادتين أعلاه أن الادعاء بالتزوير يشمل كل المحررات سواء الرسمية أو العرفية، ولا يرتبط بوحدة دون الأخرى، كما نصت المادة 179 في فقرتها الأخيرة على أن الادعاء بالتزوير يكون إما في شكل دعوى أصلية أو في شكل طلب فرعي، وكلاهما يهدفان إلى إسقاط حجية المسند حتى لا تستخدم كدليل إثبات ضد الطاعن بالتزوير.

أ_ دعوى التزوير الأصلية: نصت المادة 186 من قانون إ م إ على أن دعوى التزوير الأصلية ترفع طبقا للقواعد المقررة لرفع الدعوى، مما يفيد أنها دعوى عادية يجب لقبولها أن تتوافر على شروط قبول الدعوى المنصوص عليها في المادة 13 من ذات القانون وبالأخص الصفة والمصلحة، وبالنسبة للمصلحة يشترط فيها أن تكون قائمة وحالة، أما الدعوى القائمة على مصلحة محتملة فالأصل فيها أنها ليست مقبولة¹، وهو الحال بالنسبة لدعوى التزوير الأصلية هي دعوى قائمة على مصلحة محتملة متمثلة في إسقاط حجية مستند حتى يقطع الطريق على احتمال استعماله ضده في المستقبل، وهي غير مقبولة في الأصل إلا أن المشرع قررها قبولها بنص خاص هو نص المادة 186 من قانون إ م إ،

¹ نص المشرع في المادة 13 من قانون إ م إ على قبول الدعوى القائمة على مصلحة محتملة، وهو نهج مخالف تماما لما استقرت عليه التشريعات المقارنة، ويرى الأستاذ زودة عمر أن المشرع الجزائري وإن أقر قبول الدعوى القائمة على مصلحة محتملة إلا أن ذلك ليس إلا مجرد خطأ لم يقصده المشرع الجزائري حقيقة، فالمصلحة المحتملة مصلحة لم تنشأ بعد كالولد الذي قد يرث أباه، والزوجة التي قد ترث زوجها كل منهما له مصلحة، إلا أنه لا يمكن قبول دعواهم لأن قبولها قد ينسب الميراث لغير وارث، إذ الميراث مشروط بسبق موت المورث، كما أن المشرع لو كان يقصد فعلا قبول الدعوى القائمة على مصلحة محتملة لما أورد في نصوص إ م إ نصوصا خاصة بحالة متعلقة بقبول دعاوى قائمة على مصلحة محتملة كالمواد 77 و 169/02 و 186، لمزيد من الإيضاح راجع في ذلك عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، ط 02، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2023، ص 59-65.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

كما يشترط توافر الشروط الأخرى الشكلية الواجب توافرها في عريضة افتتاح الخصومة المنصوص عليها في المواد 14 و15 و17 من ذات القانون، كما يشترط في دعوى التزوير الأصلية حتى يقبلها القاضي ألا يكون المحرر المدعى بتزويره قد رفعت به دعوى موضوعية، لأن قبولها ينزع من القاضي الناظر في الدعوى الموضوعية اختصاصه بدعوى التزوير الفرعية، وهو قاضي الأصل وقاضي الأصل هو قاضي الفرع¹.

ونصت المادة 187 على إيداع المستند المطعون فيه بموجب دعوى تزوير وبأمر من القاضي لدى أمانة ضبط المحكمة في أجل لا يتعدى 08 أيام، وللقاضي سلطة صرف النظر عن ذلك إذا رأى أن المسألة غير منتجة في النزاع، كما له بموجب المادة 166 من هذا القانون أن يقرر الطريق الأصلح لإثبات التزوير، كأن يطلب من الخصوم تقديم أصل أو نسخة من المستند المطعون فيه بالتزوير.

والقاضي ليس مجبراً في كل الأحوال على إخضاع المستند المطعون فيه بدعوى تزوير أصلية لخبرة قضائية، إذ منحتة في ذلك المادة 165 فقرة 02 إمكانية إجرائها بنفسه اعتماداً على المستندات، كما له الاستعانة بشهادة الشهود في ذلك، وله فوق ذلك لجوؤه للخبرة، وفي حالة دفع أمام القاضي الناظر في دعوى التزوير الأصلية كما الفرعية دفعا فرعياً موضوعه وجود دعوى جنائية أمام القاضي الجزائي موضوعها جريمة تزوير المستند محل الدعوى الأصلية أو الفرعية، حكم القاضي بإرجاء الفصل في مضاهاة الخطوط إلى غاية الفصل في الدعوى الجزائية.

ب- دعوى التزوير الفرعية: تناولتها نص المادة 180 التي أوجبت أن يثار الادعاء الفرعي بالتزوير بموجب مذكرة تودع أمام القاضي الذي ينظر الدعوى الأصلية، وهو بهذا المفهوم طلب مقابل يخضع لأحكام الطلبات العارضة التي يجوز التمسك بها في كل مرحلة كانت عليها الدعوى على شرط التمسك بها قبل إقفال باب المرافعات².

ويجب أن تقدم مذكرة الادعاء الفرعي بالتزوير متضمنة بدقة الأوجه التي يستند عليها الخصم لإثبات التزوير، فيبين المستند الذي يطعن فيه بالتزوير، ويبين محل التزوير في المستند سواء وقع في بياناته أو في التوقيع أو في الختم الموظف العام... الخ، ويجب عليه فوق ذلك تبليغها إلى خصمه فإذا حضر المدعي في الطلب الأصلي سلمت له في الجلسة وهو الغالب، وإن لم يحضر بلغت له باتباع إجراءات

¹ سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية، مرجع سابق، ص 137.

² عمر زودة، الإثبات في المواد المدنية، المرجع السابق، ص 104.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

التبليغ، والقاضي يحرص على ذلك فلا يقبل العريضة في غياب المدعي أو دون محضر تبليغ، وفي هذه الحالة نصت المادة 181 من قانون إ م إ على الحالات الآتية:

✓ إذا صرح الخصم وهو المدعي في الطلب الأصلي بعدم التمسك بالمستند الرسمي محل الادعاء الفرعي بالتزوير استبعد المحرر، والحال كذلك في حالة عدم ابداء أي تصريح ويتم استكمال مراحل الخصومة بصفة عادية.

✓ إذا تمسك الخصم باستعمال المستند المطعون في بالتزوير كدليل إثبات لدعواه دعاه القاضي تحت طائلة استبعاد المستند إلى إيداع أصل العقد أو نسخة مطابقة منه بأمانة ضبط الجهة القضائية خلال أجل لا يزيد عن 08 أيام، كما يجوز للقاضي أن يأمر الجهة العمومية المحفوظ عندها العقد بتسليمه أمانة الضبط.

✓ يجب على القاضي في هذه الحالة إرجاء الفصل في الدعوى الأصلية إلى غاية الفصل في الدفع بالتزوير، ويكون إرجاء الفصل بموجب حكم وهو ما نستشفه من نص المادة 183 فقرة أخيرة، وهو أمر وجوبي بالنسبة للقاضي، ولا يمكنه العودة للسير في الدعوى الأصلية حتى يصير الحكم في الادعاء الفرعي نهائيا.

✓ في حالة ثبوت التزوير بموجب الحكم، يأمر القاضي بإزالة أو إتلاف المحرر أو شطبه كلياً أو جزئياً أو تعديله، ويجب فوق ذلك تسجيل منطوق حكم الادعاء الفرعي بالتزوير في هامش العقد المزور.

✓ أما في حالة عدم ثبوت التزوير نصت المادة 174 من قانون إ م إ على غرامة مالية مدنية توقع على المدعي في الادعاء بالتزوير، والقاضي غير مخير في توقيعها من عدمه، إذ المادة منحت سلطة تقديرية بين حدين في قيمة الغرامة المدنية بين 50.00 دج و 500.00 دج، هذا دون المساس بحق المدعي في الطلب الأصلي بالتعويضات.

فقرة 02: دعوى مضاهاة الخطوط: نصت المادة 164 من قانون إ م إ على أن دعوى مضاهاة الخطوط تهدف إلى إثبات أو نفي صحة توقيع أو خط المحرر العرفي، أي أنها خاصة بالمستند العرفي دون المستند الرسمي، كما نصت المادة على جواز تقديم دعوى مضاهاة الخطوط كطلب أصلي أو فرعي تماماً كما في دعوى التزوير، فدعوى مضاهاة الخطوط تهدف لحماية الشخص الذي بيده مستند عرفي يخشى إما أن ينكر صاحب الخط أو التوقيع الذي له على المستند خطه أو توقيعه، فيبادره بدعوى أصلية لتبين موقفه من ذلك، أو أن يلجأ إليها المدعى عليه في دعوى أصلية ينكر بها خطه أو توقيعه حتى لا يأخذها القاضي كدليل إثبات ضده.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

أ- دعوى مضاهاة الخطوط الأصلية: يمكن لكل شخص يحوز مستندا عرفيا أن يرفع دعوى مضاهاة خطوط على خصمه ليتعرف على موقفه من هذا المستند إقرار أو إنكارا، فإن أقر المدين في السند العرفي بتوقيعه أو خطه صدر حكم لصالح المدعي بإثبات ذلك، وإن أنكره انتدب القاضي خبيرا للبت في إسناد الخط أو التوقيع للمدعى عليه.

وهي كدعوى التزوير الأصلية ترفع باتباع الإجراءات المقررة لرفع الدعوى، وعلى ذلك فهي من حيث الأصل دعوى قائمة على مصلحة محتملة تكون غير مقبولة، إلا أنه استثناءا وبنص خاص أقر المشرع قبولها، وقد كانت في قانون الإجراءات المدنية السابق غير مقبولة¹، كما يجب توافر الشروط الشكلية الواجب توافرها في رفع الدعوى، وتخضع لإجراءات سير الخصومة، ويجب تبليغ الخصم من أجل حضوره وتبيان موقفه منها، فإن حضر وسكت ولم يدلي بأي شيء، اعتبر مقرا بما في المستند وهو ما صرحت به المادة 171، أما إن حضر وأنكر المستند أمر القاضي بإيداع أصل المستند بأمانة الضبط، وانتدب خبيرا لإجراء خبرة فنية بمضاهاة الخطوط بموجب المادة 168، أو أن يبت دون اللجوء إلى خبير من خلال المستندات أو شهادة الشهود وهو ما نصت عليه المادة 164.

وللقاضي أن يأمر بإجراء مضاهاة للخطوط بالإستناد لعناصر المقارنة، وله أن يأمر الخصوم بتقديم الوثائق التي تسمح له بإجراء المقارنة مع كتابة نماذج بإملاء منه وهو ما نصت عليه المادة 167، غير أن هذا العمل هو عمل فني وتقني ولا يمكن للقاضي في غالب الأحوال أن يقرر ذلك إلا عن طريق انتداب خبير، وفي هذه الحالة نصت المادة 168 صراحة على تأشير القاضي على الوثائق المعتمدة للمقارنة قبل سحب الخبير المنتدب لإجراء الخبرة لهذه الوثائق من أمانة ضبط المحكمة، ويبقى دور الخبير في التأكد من مدى نسبة الخطوط لشخص معين حيث يمكن أن تكون إجابته جازمة بالنفي أو التأكيد كأن يقول لقد تقرر أن فلان قد كتب كذا وكذا... أو أنه قد تقرر أن كذا وكذا لم تكن بخط يد فلان، كما قد تكون إجابته احتمالية كأن يقول هناك بعض الدلائل التي تشير إلى أن فلان قد كتب كذا وكذا، أو يقول هناك بعض الدلائل التي تشير إلى أن فلان لم يكتب كذا وكذا².

ب- دعوى مضاهاة الخطوط الفرعية: سبق القول أن الورقة العرفية حجة على الكافة ما لم ينكر صاحب التوقيع توقيعه، أي أن الورقة العرفية لا ترتفع عنها الحجية إلا في حالة الإنكار الوارد على

¹ عمر زودة، الإثبات في المواد المدنية، المرجع السابق، ص 113.

² غازي مبارك أحمد الذنبيات، دور الخبرة الفنية في إثبات التزوير في المستندات الخطية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في القانون الجنائي، كلية الدراسات القانونية العليا، القسم العام، جامعة عمان العربية، 2003، ص 273.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

التوقيع أو الخط أو البصمة كما حددتهم المادة 327 قانون مدني، كما يمكن أن ترتفع باليمين الذي يؤديه الورثة بإنكارهم العلم بأن الخط أو التوقيع أو البصمة تعود لمورثهم، فإن دفع أثناء نظر دعوى أصلية بالإنكار أمرت المحكمة بالتحقيق في القضية عن طريق مضاهاة الخطوط، إما عن طريق المستندات أو بسماع الشهود أو عن طريق انتداب خبير لذلك، إلا أن هذا مشروط بعدم الخوض في الموضوع، لأن المدعى عليه إن لم يقدم دفعا أوليا بإنكار الخط أو التوقيع أو البصمة وتطرق إلى الموضوع أعتبر ذلك إقرارا ضمني به¹، فمن ناقش الموضوع ابتداء امتنع عليه الإنكار انتهاء.

ويمكن للمحكمة بموجب المادة 02/167 إجراء التحقيق بذاتها من خلال المقارنة بنفسها، وضابطه في ذلك أن يبين عناصر المقارنة التي بحوزته، وله سلطة كاملة في أمر الخصوم بتقديم الوثائق المنتجة في التحقيق، كما له نفس السلطة بالنسبة للجهة العمومية التي تحوز وثيقة منتجة في ذلك، وبما أن التوقيع أو الخط أو البصمة ما هو إلى واقعة مادية فله أن يثبتها بكل طرق الإثبات حتى البيئة والقرائن، فيمكن للخصم تقديم شهود بإثبات الواقعة، كما له على اعتبار أن مضاهاة الخطوط مسألة فنية أن ينتدب خبيرا لإجرائها.

ويبقى مصير الورقة معلقا على نتيجة التحقيق، فإن ثبت أن المستند العرفي صحيح تحصنت حجته ضد الكافة، ولا يطعن فيه بعد ذلك إلا من طريق التزوير، وفي هذه الحالة حكم على المنكر بغرامة مالية مدنية حددتها المادة 174 ب 50.000 دج و 50.000 دج، وهي أمر وجوبي ليس للقاضي فيه سلطة تقديرية.

الفرع الثاني: ضوابط سلطة القاضي التقديرية في الإثبات بالبيئة: نظم المشرع الجزائري مسائل الإثبات بشهادة الشهود في كل من القانون المدني الجزائري في المادة 333 وما بعدها في الفصل الثاني تحت عنوان الإثبات بالشهود، كما نظم الجانب الإجرائي لها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 150 وما بعدها في القسم العاشر تحت عنوان في سماع الشهود من الفصل الثاني تحت عنوان في إجراءات التحقيق، من الباب الرابع بعنوان في وسائل الإثبات، وعلى هذا الأساس سنجري تقسيمنا لهذا الفرع، فندرس (أولا) الضوابط الموضوعية الواردة على سلطة القاضي التقديرية في الإثبات بشهادة الشهود، ثم ننتقل (ثانيا) لدراسة هذه الضوابط من الناحية الإجرائية.

أولا: الضوابط الموضوعية الواردة على سلطة القاضي التقديرية في الإثبات بشهادة الشهود: يطلق على شهادة الشهود في المجال الفقهي مصطلح البيئة، ويقصد بالبيئة أقوال الشهود العدول

¹ عمر زودة، المرجع نفسه، ص 116.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

المعروفين بالصدق والأمانة، حول ما عاينوه أو ما سمعوه من وقائع¹، كما تعرف أيضا بأنها إخبار الشاهد في مجلس القضاء بواقعة تمت تحت سمعه أو بصره، من شأنها ترتيب حق لشخص آخر².

والأصل في الشهادة أن تكون مباشرة يقول فيها الشاهد ما عاينه إما ببصره أو بسمعه مباشرة، كمن يحضر مجلس العقد ويسمع ما دار بين المتعاقدين من مفاوضات وما تعاقدوا عليه وهو الغالب في الشهادة، غير أنه قد تكون الشهادة سماعية يشهد فيها الشاهد عما سمعه من غيره حول واقعة معينة من ذوي الشأن بأذنه مباشرة، وقد تكون علاوة على ذلك شهادة سماعية يسمعها الشاهد لا عن طريق ذوي الشأن مباشرة بل عن طريق شاهد يرويها له وصلت إلى علمه مباشرة إما بالرؤية أو بالسمع المباشرين من ذوي الشأن، كما يوجد إلى جانب ما تقدم ذكره من أنواع للشهادة ما يعرف بالشهادة بالتسامع، حيث يروي فيها الشاهد لا ما رآه بعينه ولا ما سمعه بأذنه ولا ما بلغه ممن رأى أو سمع مباشرة من ذوي الشأن، بل ينقل ما شاع بين جماهير الناس بشأن واقعة معينة³.

والشهادة تختلف في حجيتها عن الكتابة، إذ أنها تخضع لسلطة القاضي التقديرية، فهي وإن كانت تصلح لإثبات الوقائع المادية إلا أنها لا تصلح لإثبات التصرفات القانونية إلا في حد معين، كما أن قاضي الموضوع ليس مجبرا على الأخذ بها، بل يستطيع كذلك أن يستبعدا جانبا إن لم يطمئن لها.

فقرة 01: الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود: يجوز الإثبات بشهادة الشهود في الوقائع المادية، والمواد التجارية، وكذا التصرفات القانونية المدنية التي لا تتجاوز في قيمتها 100.000 دج، ويهمننا في هذه الفقرة الشروط الواجبة لإثبات التصرفات القانونية، ونستبعد دراسة إثبات الوقائع المادية بالبيننة على أساس أن ضوابط سلطة القاضي التقديرية في ذلك منعدمة في جانبها الموضوعي، أما الجانب الإجرائي فيشمل الإثبات بشهادة الشهود مهما كان نوع الواقعة، كما نستبعد الإثبات بشهادة الشهود في المادة التجارية لخروجه عن موضوع دراستنا.

إن نطاق الإثبات بشهادة الشهود في التصرفات القانونية حددته المادة 333 قانون مدني جزائري نطاق الإثبات بشهادة الشهود في التصرفات القانونية وهي كالآتي:

أ- تحديد قيمة التصرف: يجوز الإثبات بشهادة الشهود التصرفات القانونية التي لا تتجاوز قيمتها 100.000 دج، كما لا يجوز إثبات التصرفات القانونية الغير محددة القيمة بشهادة الشهود،

¹ يحيى بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، مرجع سابق، ص 188.

² أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 121.

³ عز الدين الديناصور، حامد عكاز، التعليق على قانون الإثبات، ك 04، دار النهضة العربية، مصر، 1977، ص 201.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

وقيمة الالتزام تحدد بوقت التصرف لا بوقت التنفيذ ولا التقاضي، كما يجوز الإثبات بشهادة الشهود إذا ما تجاوزت قيمة التصرف 100.000 دج ناتجة عن ضم الملحقات للأصل، مما يفهم منه أن اشتراط هذه القيمة يرتبط بأصل الدين مهما كان القيمة الإجمالية للدين بعد ضم الملحقات له، ونفس الشيء إذا ما اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة فإنه يجوز إثبات كل تصرف منها لا تجاوز قيمته 100.000 دج بشهادة الشهود.

كما أوردت المادة 335 والمادة 336 قانون مدني استثناءات على وجوب إثبات التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على 100.000 دج بالكتابة دون غيرها من وسائل الإثبات.

ب: وجود مبدأ ثبوت بالكتابة: نصت المادة 335 على جواز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة، ويقصد به وجود كتابة أيا كان نوعها صادرة من الخصم المراد الإثبات ضده ليست سند إثبات كامل غير أنها تجعل من وجود الحق أو انقضائه قريب الاحتمال¹، وعلى ذلك فمبدأ الثبوت بالكتابة كدليل إثبات لا يكفي لوحده²، فإذا ما عززته شهادة الشهود أصبح دليلاً كاملاً يقوم مقام الكتابة، هذا دون الإخلال بالشروط الشكلية التي يتطلبها القانون في بعض العقود كالصرفات الواردة على عقار، إذ أن العقد في هذه الحالة باطل بطلان مطلقاً.

ومن خلال نص المادة سالفه الذكر يمكننا تحديد أركان مبدأ الثبوت بالكتابة، وهي على التوالي:

✓ وجود كتابة: أيا كان نوعها³ سواء كانت سندا أو مذكرة شخصية أو مجرد علامة ترمز للإسم أو التوقيع كالإمضاء، ومن أمثلتها العقد الرسمي الباطل لتحريره من طرف موظف عمومي غير مختص، فهو إن بطل كمستند رسمي إلا أنه يمكن الاعتماد عليه كمبدأ ثبوت بالكتابة.

✓ أن تكون صادرة من الخصم: أن يكون موقعا عليها أو أن تكون مكتوبة بخط يده

✓ أن تجعل ما يراد إثباته قريب الاحتمال في تقدير محكمة الموضوع طالما كان لها سلطة تقديرية واسعة في فهم الواقع.

¹ أحمد نشأت، رسالة الإثبات، ج 01، مكتبة العلم للجميع، بيروت، لبنان، 2005، ص 656.

² أنور طلبة، طرق وأدلة الإثبات في المواد المدنية والتجارية والاحوال الشخصية، دار الفكر العربي، 1994، ص 236.

³ وقد قضت محكمة النقض المصرية أنه من المقرر في قضاء هذه الأخيرة أن كحل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل الحق المدعى به قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة وشرط ذلك وجود كتابة أيا كان شكلها أو الغرض منها ولم يشترط القانون بيانات معينة في الورقة حتى تعتبر كذلك طالما كانت صادرة من الخصم، راجع في ذلك، الحكم رقم 10432 لسنة 86 قضائية، الدائرة المدنية، بتاريخ

<https://n9.cl/orxi3>، 2015/03/22

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

✓ طلب استكمال المستند المعد كمبدأ ثبوت بالكتابة بشهادة الشهود أو القرائن¹، وطالما استكمل ذوو الشأن هذه الكتابة بشهادة الشهود كان مبدأ الثبوت بالكتابة كالكتابة في الإثبات²، فالمحكمة لا تثير ذلك من تلقاء نفسها ما لم يتمسك به صاحب المصلحة، ويبقى رغم ذلك للمحكمة أن تقبل بمبدأ الثبوت بالكتابة لوحده إن أقنعها كدليل على ثبوت الحق أو انقضائه.

ج: المانع من الحصول على دليل كتابي: نصت على هذه الحالة المادة 336 والتي قررت إعفاء المدعي من إثبات ادعائه الواجب إثباته بالكتابة دون غيرها في حالة توفر مانع من ذلك، كما حددت أسباب حصول المانع فيما يلي:

✓ وجود مانع مادي: وجود بعض الظروف الخارجية التي تمنع ماديًا من الحصول على مستند كتابي، وهي مسألة نسبية تتصل بكل حالة على حدة ويترك تقديرها لقاضي الموضوع، ومن أمثلتها تسليم شخص مبلغًا من المال لجاره لتفادي احتراقه جراء نشوب حريق في بيته، وقس على ذلك حالة الزلازل والفيضانات وما إلى ذلك.

✓ وجود مانع أدبي: يتعلق الأمر بوجود بعض الاعتبارات المعنوية والأخلاقية التي تضع الشخص في محل حرج عند طلب إفراغ مضمون تصرف معين في سند كتابي حتى يكون حجة في الإثبات، وهو كما في المانع المادي أمر متروك تقديره لقاضي الموضوع، يختلف من شخص لآخر، فالابن يتحرج عليه أن يطلب سندا كتابيا من والده ليثبت مضمون دين له عليه، والأخ، والصهر، كلهم تكثروا بينهم التصرفات القانونية ويغلب عليها أن تتم شفاهة دون اللجوء للكتابة، مما حدا بالمشرع إلى مراعات هذا الجانب حماية لهم، فإن أثبتوا وجود المانع الأدبي جاز لهم إثبات معاملاتهم من خلال شهادة الشهود ويبقى تقديرها لقاضي الموضوع، غير أنه تجدر الإشارة إلى أن صلة القرابة مهما كانت درجتها لا تكون سببا بذاتها لوجود مانع أدبي بل يقدر القاضي كل حالة على حدى، ونفس الشيء بالنسبة لعلاقة الزوجية، كما أن اقتناع المحكمة بوجود مانع أدبي أمر في ذاته متعلق بسلطته التقديرية بشرط تسبب ذلك لتصل إليه يد المحكمة العليا بالرقابة³.

✓ فقد السند الكتابي لسبب أجنبي: قد يكون المدعي الملقى على عاتقه عبء الإثبات قد أفرغ فعلا مضمون التصرف القانوني في سند كتابي، غير أنه قد فقده لسبب أجنبي خارج عن إرادته كالقوة

¹ محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام بين آراء الفقه وأحكام القضاء، مرجع سابق، ص 893.

² محكمة النقض المصرية، الحكم رقم 237 لسنة 85، دائرة الإيجارات، حكم صادر بتاريخ 2016/01/24، <https://n9.cl/orxi3>.

³ محمد حسين منصور، قانون الإثبات، مرجع سابق، ص ص 146-147.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

القاهرة كندشوب حريق في مكتب الموظف العام المحرر للسند الرسمي قبل تسليم السند لذوي الشأن، ففي هذه الحالة وغيرها يمكنه أن يثبت مضمون التصرف بشهادة الشهود.

الفقرة 02 : الحالات التي لا يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود: إن القاعدة أعلاه ليست مطلقة بل يرد عليها استثناءات أوردتها المادة 334 قانون مدني نذكرها فيما يلي:

✓ لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه مضمون عقد رسمي¹، والمقصود من ذلك لا عدم جواز الإثبات بشهادة الشهود بذاتها، بل المقصود عدم جواز دحض الدليل الكتابي بغير الدليل الكتابي، مع ملاحظة استعمال المشرع لعبارة مضمون عقد رسمي بدلاً من مضمون دليل كتابي على غرار المشرع المصري، مما يثير التساؤل عن مدى جواز تطبيق هذا الاستثناء على العقود العرفية المعدة للإثبات، ونرى أن الفقه الجزائري يوسع من نطاقها لتشمل كل دليل كتابي معد للإثبات².

✓ لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود إذا كان المطلوب هو الباقي، أو هو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة: والمقصود أنه لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود في حالة أن أصل الدين يفوق 100.000 دج ووفي المدين بجزء منه فلا يجوز له أن يثبت الباقي بشهادة الشهود.

✓ كما لا يجوز أن يتحايل المدعي الذي لا يحوز على سند كتابي متعلق بدين يفوق في قيمته 100.000 دج بأن يطلب أقل من ذلك ليتحرر من وجوب اشتراط تقديم الدليل الكتابي.

فقرة 03- رقابة المحكمة العليا على سلطة القاضي التقديرية في تقدير الإثبات بشهادة الشهود: يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في ذلك، حتى أن مجال ضوابطها لا يتعدى في معظمه الجانب الإجرائي، فله أن يأخذ بها كما له أن يستبعدا كلا أو جزءاً³، غير أن القاضي لا يملك أي سلطة في تحديد المرتبة التي حددها المشرع لشهادة الشهود، فلا يمكن له أن يعتبر الشهادة طريق من طرق

¹ وقد جاء في احد قرارات المحكمة العليا تكريسا لهذا المبدأ (لما كان في قضية الحال أن الطاعن لإثبات كونه المالك الشريك للمسكن المتنازع عليه، طلب تقديم حجة بالاستماع إلى الشهود وأن قضاة الاستئناف رفضوا طلبه هذا على أساس انه لا يجوز الإتيان بالبينه فيما يخالف أو يجاوز مضمون عقد رسمي المقدم من المطعون ضده والمثبت للمكيته للأمكنة المتنازع عليها، يكونوا بقضائهم كذلك قد طبقوا صحيح القانون) الملف رقم 65136، صادر عن الغرفة الاجتماعية، قرار بتاريخ 1991/02/06، مجلة قضائية عدد 01 لسنة 1993، ص 119.

² راجع في ذلك كل من، بلعيساوي محمد الطاهر، باطلي غنية، طرق الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 234/محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 118-119/زودة عمر، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 147.

³ الهروط صهيبي علي خلف، سلطة القاضي في تقدير وسائل الإثبات في القانون الأردني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، مج 46، ع 01، سنة 2019، ص 145.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

الإثبات المطلقة¹، لأن القانون هو الذي حدد وسائل الإثبات وبين قوة كل وسيلة منها، وبين الإجراءات الواجبة الإتباع، وبين كيفية سماع الشهود، والشروط الواجب توافرها فيهم، فإن خالف القاضي هاته المسائل يكون قد خالف القانون وعرض حكمه للنقض².

ثانيا: الضوابط الإجرائية الواردة على سلطة القاضي التقديرية في الإثبات بالبينه: يلتزم القاضي في المسائل الإجرائية بصفة عامة بضوابط محددة ربما تكون أكثر صرامة من الضوابط الموضوعية، ونفس الأمر بالنسبة لقواعد الإثبات كتبليغ المستندات، والخبرة، وتوجيه اليمين، وكذا سماع الشهود، وقد حدد المشرع في نص المواد من 150 إلى غاية 163 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وسنحاول التطرق إليها فيما يلي:

فقرة 01: الشروط المتعلقة بالشاهد: أولها الأهلية، وألا يكون من الممنوعين من الشهادة قانونا.

أ- الأهلية: يجب أن يكون الشاهد أهلا للإدلاء بشهادته، وقد نصت المادة 153 من قانون إج م إ في فقرتها الأخيرة صراحة على عدم قبول شهادة ناقصي الأهلية، كما قررت ذات المادة أنه يمكن سماع شهادة القصر الذين بلغوا سن التمييز على سبيل الاستدلال، ويستشف من ذلك أن الأشخاص عديمي الأهلية لا يجوز للقاضي قبول شهادتهم مطلقا حتى ولو كانت على سبيل الاستدلال، بينما يجوز سماع من الأشخاص الذين بلغوا سن التمييز دون أن يبلغوا سن الرشد على سبيل الاستدلال، وقد نصت المادة 228 من قانون الإجراءات الجزائية أن شهادة القصر الذين لم يكملوا سن 16 سنة تكون دون حلف اليمين كأصل غير أنه يجوز سماعهم بعد حلف اليمين ما لم تعارض في ذلك النيابة العامة أو أحد أطراف الدعوى³، ويجب فوق ذلك حسبما جاء في قرار للمحكمة العليا الإشارة إلى ما إذا تم سماعة الشهادة على سبيل الاستدلال دون يمين أو بحلف اليمين⁴.

ب- ألا يكون الشاهد ممنوعا من الشهادة: حضر ق إ م إ على أشخاص معينين أن تسمع شهادتهم كشهود، ويتعلق الأمر بكل من:

¹ زرقون نور الدين، رقابة المحكمة العليا على القاضي المدني، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2012-2013، ص 270.

² انجشيري ربيعة، رقابة المحكمة العليا على الأحكام القضائية المدنية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، بن يوسف بن خدة، الجزائري، 2022-2023، ص 162.

³ الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم حسب آخر تعديل رقم 21-11 المؤرخ في 25 غشت 2021.

⁴ ملف رقم 0841852، الغرفة الجزائية، قرار صادر بتاريخ 20/04/2016، <https://www.coursupreme.dz>.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

✓ الأشخاص الذين لهم صلة قرابة أو مصاهرة مباشرة مع أحد الخصوم¹.

✓ زوج أو طليق أحد الخصوم فيما يخص القضية المدنية التي تعني زوجه أو طليقه.

✓ الإخوة، والأخوات، وأبناء العمومة لأحد الخصوم.

كما حضرت مبادئ الشريعة الإسلامية من أداء الشهادة كل من سبق ذكرهم فلا يجوز للقاضي قبول سماعهم كشهود في القضايا المدنية، وقد جاء في قرار محكمة النقض المصرية قولها أن المقرر في قضاء محكمة النقض، أن الشهادة حجة متعدية، لأن ما يثبت بها لأحد الخصوم يعد ثابتا بالنسبة للآخر، وعلى ذلك من شروطها عدم قيام مانع من شأنه أن يدع الشاهد يميل بشهادته عن خصمه، وإن لم يحط قانون الإثبات بكل موانع الشهادة فليس أمام القاضي إلا الارتكان لأحكام الشريعة الإسلامية².

وبالرجوع لمبادئ الشريعة الإسلامية في هذا الباب، نراها قد اعتنت بالغ الاعتناء بكتاب الأفضية، خاصة باب الشهادة، ومدى سلامة الشهادة من كل شبهة، وفي ذلك يقول المولى سبحانه وتعالى (ذلكم أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى ألا ترتابوا)³، وقوله صلى الله عليه وسلم في حديث مروي عن الزهري، عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال (لا تجوز شهادة خائن، ولا خائنة، ولا ذي غمر على أخيه، ولا ظنين في قرابة ولا ولاء)⁴، وعلة منع هؤلاء من الشهادة هي الريبة التي قد تلبس بشهادة بعضهم على بعض، لما جبلوا عليه من ميل ومحبة⁵.

فالشهادة في الشريعة الإسلامية ترد بالتهمة لقوله صلى الله عليه وسلم (لا شهادة لمتهم)، والعلة في ذلك أن الشهادة خبر محتمل للصدق والكذب، فيكون حجة إذا ترجح جانب الصدق، بينما تنتفي الحجة عند وجود التهمة، والتهمة قد ترجع لمعنى في الشاهد كأن يكون معروفا بالكذب أو الفسق أو محكوم عليه في شهادة زور، بل قيل أن كل مرتكب كبيرة استوجب بها عقوبة مقدرة فلا يكون عدلا، ولا تجوز شهادته

¹ أما إذا كان الشاهد قريبا للطرفين معا فيجوز سماع شهادته على سبيل الاستدلال، راجع في ذلك قرار رقم 62268، المجلس الأعلى للقضاء، الغرفة التجارية والبحرية، 15/07/1990، مجلة قضائية 1991، عدد 03، ص 106.

² حكم رقم 237 لسنة 85 قضائية، المرجع السابق.

³ البقرة 282.

⁴ البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الشهادات، باب لا تقبل شهادة الخائن، ج 10، رقم الحديث، 2086.

⁵ سالم بن حميد بن محمد الصوافي، العوارض التي تقدر في قبول الشهادة، دراسة فقهية مقارنة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الشريعة الإسلامية، المعهد الأعلى لأصول الدين، جامعة الزيتونة، تونس، سنة 2007، ص 101.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

لانعدام العلة، كما قد تكون التهمة لمعنى في المشهود له كالقراءة، والمصاهرة، كما لا تقبل شهادة الأعشى في الشريعة الإسلامية لا للتهمة بل للغلط¹.

فقرة 02- الإجراءات الواجبة في سماع الشهود: يخضع سماع الشهود لعدة قيود إجرائية نذكرها فيما يلي:

✓ الأمر بسماع الشهود لا يكون إلا بموجب حكم قبل الفصل في الموضوع، فلا يمكن للقاضي المدني أن يسمع الشهود كما يسمعونهم القاضي الجزائي، بل هو مقيد بالأمر بذلك بموجب حكم يحدد فيه كما نصت على ذلك المادة 151 ق إ م إ الوقائع التي يسمعون حولها ويوم وساعة الجلسة المحددة لذلك²، إلا أن هذا الشرط لا يؤخذ به على إطلاقه في الممارسة القضائية، إذ يعتمد القضاة إلا تأجيل القضية من أجل سماع الشهود دون تقرير ذلك بموجب حكم قبل الفصل في الموضوع، وهو حل أنسب وأكثر قابلية للتطبيق تفاديا لإصدار حكم قبل الفصل في الموضوع يتضمن سماع الشهود ثم لا يحضر الشهود الجلسة المحددة، فيبقى الحكم معلقا دون تنفيذ، وبالتالي يجب إرجاع القضية للجدول من جديد، ما يشكل استهلاكاً للجهد والوقت وضياعا للحقوق.

✓ يجب أن تتم الشهادة أمام القاضي الأصلي أو المنتدب، ولا يمكن الاعتماد على الشهادة التي تم سماعها من طرف الخبير³.

✓ يجب أن يتم تكليف الخصوم بالحضور وإحضار شهودهم في اليوم والساعة المحددين، فلا يكفي التكليف بالحضور الأول عند انعقاد الخصومة، بل يجب تكليف الخصوم بالحضور من أجل حضور جلسة الشهادة بتكليف منفصل.

✓ يجب أن يؤدي الشاهد اليمين، ويكون موضوع يمينه قول الحقيقة، وذلك تحت طائلة البطلان، وهي قاعدة جوهرية ملزمة للجميع بمن فهم القاضي تحت طائلة النقص⁴.

¹ كتاب المبسوط لشمس الدين السرخسي، ط 01، مطبعة السعادة بجوار محافظة مصر، ج 16، ص 131.

² القرار رقم 43134، المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 01/06/1988، مجلة قضائية 1992، عدد 03، ص 26.

³ قرار رقم 56756، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 11/12/1989، مجلة قضائية 1992، عدد 02، ص 61/ قرار رقم 0886001، المحكمة العليا، الغرفة العقارية، بتاريخ 13/11/2014، نقلا عن حمدي باشا عمر، مبادئ القضاء في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015، ص ص 169-170.

⁴ قرار رقم 57775، المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، بتاريخ 15/07/1989، مجلة قضائية 1992، عدد 04، ص 145.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

✓ يجب أن يسمع كل شاهد على انفراد، ويجب أن يعرف قبل سماعه، باسمه، ولقبه، ومهنته، وسنه، وموطنه، وعلاقته، ودرجة قرابته، ومصاهرته، أو تبعيته للخصوم المادة 152 ق إ م¹.

✓ يجب أن يحرر أمين الضبط محضرا خاصة بأقوال الشهود، وهي قاعدة جوهرية ينبني عليها الطعن بالنقض²

✓ إذا تم التجريح في الشاهد لأي سبب جدي وجب على القاضي أن يفصل فورا في ذلك بموجب أمر غير قابل لأي طعن.

✓ يجب أن تكون شهادة الشاهد من مخيلته، فلا يجوز له قراءة أي نص مكتوب³ المادة 158.

✓ لا يمكن لأي كان حتى لو كانت النيابة العامة طرفا في الدعوى المدنية أن يقاطع الشاهد أثناء أداء شهادته باستثناء القاضي.

المطلب الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في تقدير طرق الإثبات الغير مباشرة.

طرق الإثبات الغير مباشرة هي التي لا تنصب مباشرة على الواقعة القانونية محل الإثبات، ولكن تستخلص عن طريق الاستنباط، وهي الإقرار (أولا)، واليمين (ثانيا)، والقرائن (ثالثا) وفي كلهم ينصب الإثبات على وقائع متصلة اتصالا وثيقا بالواقعة محل الإثبات، فتكون هناك واقعة أصلية، تثبت عن طريق واقعة بديلة مستنبطة من وقائع الدعوى⁴، وإلى تفصيل ذلك

فرع أول: وجوب مراعات القاضي لجملة الشروط الواجب توافرها في الإقرار.

يعتبر الإقرار من الطرق ذات القوة المطلقة في الإثبات، كما يعتبره الفقه من ناحية أخرى وسيلة معفية من الإثبات، والمقصود من هذه الأخيرة أن الإقرار يحول دون اللجوء إلى وسائل الإثبات الأخرى فهو وحده كفيل بإثبات الحق أو نفيه، غير أن الإقرار في ذاته ينصب على إثبات واقعة قانونية فهو من هاته الناحية وسيلة من وسائل الإثبات، وسندرس في هذا الفرع مفهوم الإثبات مبينين تعريفه وخصائصه (أولا)، ثم ننقل الشروط التي يجب على القاضي والخصوم مراعاتها في الإقرار (ثانيا).

¹ قرار رقم 90683، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1993/05/25، مجلة قضائية 1994، عدد 01، ص 58.

² قرار رقم 74167، المحكمة العليا، الغرفة المدنية، بتاريخ 1991/04/24، مجلة قضائية 1993، عدد 01، ص 29.

³ قرار رقم 103130 مؤرخ في 1994/03/22، نقلا عن، حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 168-169.

⁴ عبد الرزاق احمد السهنوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، آثار الالتزام- الإثبات، مرجع سابق، ص 99.

أولاً: مفهوم الإقرار: ندرس من خلال مضمون الفقرة الأولى تعريف الإقرار (فقرة 01)، ثم نبين خصائصه (فقرة 02).

فقرة 01- تعريف الإقرار: يعرف الإقرار لغة بأنه إظهار الحق لفظاً أو كتابة أو إشارة، فيقال أقر بالحق، أي اعترف به، كما يعني الإقرار الاستقرار والقرار في مكان واحد، أي الوقوف في مكان واحد دون الرحيل عنه¹، أما الإقرار في لغة القانون فقد اختلف الفقهاء في تعريفه، ويدور محور خلافهم حول شرط تحقق قصد المقر بالإعتراف بالحق الذي في ذمته إثباتاً ونفيًا بإعفاء خصمه من الإثبات.

أما الاتجاه الأول الذي يتزعمه الأستاذ السهوري، والذي يرى أن الإقرار هو اعتراف الشخص بحق عليه لآخر سواء قصد ترتيب هذا الحق في ذمته أو لم يقصد، ويرى أنه وإن كان يغلب في الإقرار توافر هذا الشرط إلا أنه ليس شرطاً يعلق عليه صحة الإقرار، فقد يصدر الإقرار من شخص لمجرد تقرير الوقائع، وحتى دون أن يعرف النتائج المترتبة على ذلك، ويذهب الأستاذ إلى أكثر من ذلك حيث اعتبر حصول الإقرار وترتيب آثاره قد يكون حتى دون توافر نية الإقرار، كأن يعترف الخصم في معرض مرافعته أو استجوابه بواقعة قانونية دون أن يشعر أصلاً أنه قد صدر منه إقرار أياً كان نوعه².

بينما يذهب الاتجاه الآخر الذي يسايره الأستاذ سليمان مرقس إلى أن الإقرار ما هو إلا اعتراف شخص بأمر مدعى عليه به لآخر، قاصداً من ورائه اعتبار هذا الأمر ثابتاً في ذمته، وبالمقابل إعفاء الطرف الآخر من إثباته، ويذهب الأستاذ إلى ضرورة اشتراط قصد المقر، ويقول في معرض رده المستفيض على انصار الاتجاه الأول وبالأخص الأستاذ السهوري، حيث يرى قولهم بجواز الحصول على الإقرار من استجواب الخصم حتى ولو لم يقصده قول مردود، ذلك لأنه إذا أقر الخصم بواقعة قانونية تثبت حقاً لخصمه أو تعفيه من التزام فذلك إقرار واضح لا لبس فيه يقطع بقصد المقر بما أقره، بينما لو أنه راوغ أمام المحكمة أثناء استجوابه مما حدا بالمحكمة إلى الإقتناع بثبوت الواقعة محل الاستجواب في حقه، وهذا الثبوت لم يقم عن طريق الإقرار بل عن طريق أخذ المحكمة بامتناع الخصم عن الإجابة مما يجعلها تأخذه كقرينة لثبوت الواقعة القانونية، ويضيف أنه حتى الأستاذ السهوري كان يأخذ في كتابه الوجيز بهذا الرأي ثم عدل عنه في وسيطه، وأنه حتى في وسيطه يرى أن الإقرار القضائي يشترط فيه القصد،

¹ أحمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية والمعاملات المدنية والأحوال الشخصية، ط 01، مكتبة دار البيان، دون دار نشر، 1982، ص 233.

² عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام، مرجع سابق، ص 473.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

بينما نرى نحن (الأستاذ سليمان مرقس) أن القصد إذا كان مشترطا في الإقرار القضائي الذي يتضمن ضمانات عديدة لوقوعه أمام المحكمة، فالأولى أن يشترط في الإقرار الغير قضائي¹.

أما على مستوى التشريع الجزائري فلا نجده ينص صراحة على اشتراط القصد أو عدم اشتراطه، حيث يستشف من المادة 341 قانون مدني أن الإقرار القضائي هو اعتراف بواقعة قانونية أمام القضاء، وقررت المادة 342 أن الإقرار ذا حجية قاطعة على المقر، غير أن سكوت المشرع على ذلك لا يعني حتما عدم اشتراطه، إذ أن أثر الإقرار على الذمة المالية قد يعصف بمبدأ براءة الذمة، إلا أننا نجد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ما يستشف معه بعدم اشتراط القصد في الإقرار، حيث نصت المادة 102 منه (يجيب الخصوم بأنفسهم على الأسئلة المطروحة عليهم، دون قراءة لأي نص مكتوب)، هذا رغم أن المادة 09 من ذات القانون تنص على أن (الأصل في إجراءات التقاضي أن تكون مكتوبة)، فمادام الأصل كذلك فلا يمكن تفسير رأي المشرع الجزائري الذي استوجب أن تكون إجابة الخصوم أثناء استجوابهم بأنفسهم ودون قراءة أي نص مكتوب، إلا إرادة بترتيب الأثر على كل قول يصدر في معرض الاستجواب سواء بقصد أو بدونه، وهذا هو المنطق القانوني السليم في نظرنا، فلو أن المشرع كان يشترط القصد في الإقرار لما استبعد أن تكون الإجابة من غير الخصوم شخصا كالمحاميين مثلا، ولا ما استبعد الإجابة على الأسئلة بطريقة كتابية، أو على الأقل الإجابة من خلال قراءة نصوص مكتوبة.

وعلى كل حال المشرع الجزائري تناول تعريف الإقرار القضائي في نص المادة 341 قانون مدني بأنه (الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة)، يستشف من نص المادة أن المشرع يفرق بين الإقرار القضائي والغير قضائي، غير أنه لم ينص على تعريف الإقرار الغير قضائي، وبمفهوم المخالفة فالفرق بين الإقرارين أن الأول يصدر أثناء سير الخصومة أما الثاني فيصدر خارج نطاق الخصومة حتى ولو صدر أمام القضاء كأن يصدر أثناء محاكمة جنائية فهو بالنسبة للدعوى المدنية إقرارا غير قضائي، ونفس الشيء بالنسبة للإقرار الواقع في دعوى استعجالية يكون بالنسبة للدعوى الموضوعية إقرار غير قضائي².

فقرة 02- خصائص الإقرار: للإقرار عدة خصائص نذكرها تباعا:

✓ يعتبر الإقرار إخبارا عن واقعة قانونية حدثت في الزمن الماضي، فالإقرار بهذا المفهوم عامل إخباري وليس عاملا إنشائي، فهو لا ينشئ الحقوق بل يكشف عنها.

¹ سليمان مرقس، أصول الإثبات وأجرائه في المواد المدنية، مرجع سابق، ص ص 481-482.

² بكوش يحيى، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 277.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

✓ الإقرار عمل قانوني صادر من جانب واحد وملزم له وهذا الطرف هو المقر، ويترتب عنه نزول الخصم عن حقه في مطالبة الخصم بالدليل.

✓ الإقرار حجة قاصرة على المقر لا تتعداه لغيره حتى لو كانوا أشخاصا في الخصومة ذاتها.

✓ الإقرار دليل معفي من الإثبات، وفي نفس الوقت يثبت الواقعة القانونية أو ينفيها¹.

ثانيا: ضوابط الإقرار: يجب لترتيب الإقرار أثره، توافر مجموعة من الشروط تلزم الأطراف والقاضي، ويمكن اعتبارها من قبيل ضوابط سلطة القاضي في الإعداد بالإقرار كوسيلة للفصل في الخصومة.

فقرة 01: يجب أن يتوافر الإقرار الشروط الواجب توافرها في التصرفات القانونية: الإقرار تصرف قانوني صادر من جانب واحد، فيجب أن يكون صادرا عن إرادة غير مشوبة بعيب من عيوب الإرادة ولا عارض من عوارض الأهلية، فلا يقبل إقرار الصبي الغير مميز، غير أنه يجب الإشارة إلى مشكلة تثار في هذه المسألة تتمثل في عدم توافر الصفة الأصلية للقاصر في مباشرة الدعوى باسمه، فهو يملك الحق فيها غير أنه يفتقده في ممارستها، كما أن المادة 81 من قانون الأسرة تنص على نيابة الولي أو الوصي أو المقدم عن فاقد الأهلية، فهل يعتبر إقرار صاحب الصفة الإجرائية إقرار صحيحا في حق صاحب الصفة الأصلية؟

وتجيبنا المادة 82 و83 من ذات القانون أن الصبي الغير مميز ومن في حكمه تكون جميع تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا لانعدام ركن الرضا، وهو نفس ما نصت عليه المادة 42 قانون مدني التي قررت عدم أهلية فاقد التمييز في مباشرة حقوقه المدنية، أما من بلغ سن التمييز فتصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له نفعا محضا، وباطلة إذا كانت ضارة به ضررا محضا، وموقوفة على إجازة الولي أو الوصي إذا كانت دائرة بين النفع والضرر، وعلى هذا الأساس لا تطرح في الإقرار القضائي مشكلة انعدام الأهلية لا بصفة أصلية ولا بصفة إجرائية، فلا يقبل الإقرار من ذوي الصفة الإجرائية في حق عديمي التمييز هذا من جهة، ومن جهة ثانية سبق تعريف الإقرار بأنه اعتراف شخص بحق عليه لآخر فهو عمل ضار ضررا محضا للمقر غير مقبول من صاحب الصفة الإجرائية في حق الصبي المميز ولا يرتب أثرا، ثم إن الإقرار ليس بعمل إدارة بل عمل من أعمال التصرف، وقد قيدت المادة 88، والمادة 95، والمادة 100 من قانون الأسرة الولي،

¹ راجع في ذلك وائل ثابت كاظم الطائي، الإثبات في الدعوى المدنية، ج 02، مرجع سابق، ص ص 195-198.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

والوصي، والقيم بالنسبة للتصرفات في أموال القاصر محل الولاية أو الوصاية أو التقديم بعناية الرجل الحريص بالنسبة للتصرفات البسيطة.

أما بالنسبة للتصرفات الهامة وذات الإعتبار في الذمة المالية فيجب عليهم أخذ الإذن من القاضي، وعليه يثور التساؤل هل يقبل إقرار هؤلاء في التصرفات القليلة الأهمية ويقبل بشرط الإذن في التصرفات ذات الاعتبار؟ خاصة أن المشرع اشترط الإذن في البيوع، والبيع كما هو معروف سالب لا موجب، وفي الإقراض والإيجار لأكثر من ثلاث سنوات وكلها تصرفات سالبة رغم أنها تدور بين النفع والضرر، نرى أن الإجابة يمكن استخلاصها من نص المادة 574 قانون مدني التي اشترطت وجوب وجود وكالة خاصة في كل عمل خارج عن أعمال الإدارة لا سيما البيع، والرهن، والصلح، والإقرار.

إن اشتراط الوكالة الخاصة بالنسبة للإقرار في نص المادة 574، وتعريفها في نص المادة 571 بأنها عقد يجعلنا نروي في المسألة لعدة اعتبارات:

✓ بما أن الوكالة عقد سواء كانت عامة أو خاصة، فيشترط فيها الشروط الواجب توافرها في العقد وأهمها الأهلية.

✓ إن المادة 88، و95، و100، اشترطوا في التصرفات ذات الاعتبار اذنا من القاضي للقيام بها في حق القاصر.

✓ إن المادة 574 أعطت للإقرار نفس خطورة البيع والرهن والتبرع والصلح، مما يوحي بأنه تصرف ينطوي على خطورة بالنسبة للقاصر، أو قل هو تصرف ضار ضرراً محضاً له.

من خلال ذلك يطرح السؤال، لما كان القاصر لا يجوز له أن يبرم عقد وكالة خاصة مع وليه الموكل عنه وكالة قانونية عامة، فهل يجوز له أن يستأذن القاضي بأن يمنحه وكالة قانونية خاصة تسمح له بالإقرار أمام المحكمة؟

نبادر للإجابة على هذا التساؤل قطعاً بالنفي لسببين، أولهما أن المادة 88، و95، و100 لم يذكروا الإقرار من بين التصرفات المذكورة في نص المادة 88 على سبيل الحصر، أما السبب الثاني فنقول فيه أن القاضي لا يمكنه أن يكون حكماً وخصماً في نفس الوقت، لأن الإقرار يصب في مصلحة الطرف الآخر كما أنه يعفيه من الإثبات، ومنح مثل هذا الإذن من طرف القاضي يمس بمبدأ حياده هذا من جهة، ومن جهة ثانية أن منح المشرع للقاضي سلطة منح الإذن في التصرفات الخطيرة للولي وما في حكمه لا يمكن اعتباره إلا إشراكاً للقاضي في الولاية على القاصر، وبالتالي فهو أحرص على حماية حقوق القاصر خاصة في ظل

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

وجود طرق أخرى للإثبات ينوء بعبء إثباتها الخصم في الدعوى، وعلى هذا الأساس نخالف القائلين أن إقرار الولي أو الوصي أو القيم عن الأصل جائز في حدود أعمال التصرف بعد حصولهم على إذن من القاضي¹.

ومع ذلك فيمكن للولي أن يقوم بإقرار قضائي بالنسبة للتصرفات التي تنسب له شخصيا الواردة على أموال القاصر الغير مأذون له القيام بها، وفي هذه الحالة يتحملها في ذمته المالية لا في ذمة القاصر، أما بالنسبة للتصرفات المأذون له بها من طرف القاضي فإن القاضي يثر من تلقاء نفسه مسألة وجود أو انعدام الإذن، ويطلب من الولي إذا ما كنت التصرفات المدعى بها ضد القاصر تخرج عن نطاق المادة 88 أن يقدم الإذن للمحكمة، فإن هو قدمه كان هذا الإذن في جملة أدلة الإثبات نفيا وإثباتا دون الحاجة للإقرار، وإن امتنع عن تقديمه كان في ذلك قرينة يمكن الاستناد إليها في الحكم في الدعوى.

فقرة 02- أن يكون الإقرار صادرا من الخصم: لكي يعتبر الإقرار صحيحا يجب أن يحصل من الخصم إما شخصا أو بواسطة الممثل القانوني للشخص الاعتباري، أو من طرف النائب الموكل له ذلك بموجب وكالة خاصة²، كما يشترط في الإقرار الصادر من الخصم الشروط التالية:

✓ ألا يكذب الإقرار ظاهر الحال، كأن يقر الصبي الذي لا تتحمل جثته البلوغ بأنه بالغ، فلا يمكن للقاضي أن يقبل أو يعتد بمثل هذا الإقرار، ويضبطه في ذلك أن يطلب من هذا الشخص إثبات ذلك.

✓ ألا يكون محجورا عليه لسفه أو عته أو جنون.

✓ ألا يكون محكوما عليه في جناية، وهو ما نصت عليه المادة 9 مكرر من قانون العقوبات الجزائري التي توجب على القاضي أثناء إصداره حكما في جريمة ذات وصف جنائية أن يأمر بالحجر القانوني والذي يتمثل في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية³.

¹ زودة عمر، الإثبات في المواد المدنية، مرجع سابق، ص 198.

² راجع في ذلك بلعيساوي محمد الطاهر، باطلي غنية، طرق الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 176/ بكوش يحيى، أدلة الإثبات في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي، مرجع سابق، ص 271/ وائل ثابت الطائي، الإثبات في الدعوى المدنية، المرجع السابق، ص 215.

³ الأمر 156_66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، ج ر 49 المؤرخة في 11/06/1966، المعدل والمتمم بالقانون رقم 14/21 المؤرخ في 28 ديسمبر 2021، ج ر 99 مؤرخة في 29/12/1921، والقانون رقم 15/21 المؤرخ في 28/12/2021 المتعلق بمكافحة المضاربة غير المشروعة، ج ر 99 مؤرخة في 29 ديسمبر 2021.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

✓ ألا يكون المقر مكرها في إقراره¹ سواء أعدم الإقرار إرادة المقر أم لم يعدها واقتصر على تعيب رضاه فقط، والسؤال المطروح لما كان الإقرار تصرف قانوني صادر من جانب واحد فهو بهذا الحكم يقبل الطعن فيه بالبطلان كما القابلية للإبطال سواء في حدود 05 سنوات، أو في حدود 10 سنوات بحسب الحالة، فما مصير أثر الإقرار الباطل بعيب الإكراه في حالة صار الحكم باتا لا يقبل الطعن فيه بطرق الطعن العادية والغير عادية؟ نقول أن الطريق الوحيد الذي يفترض أن يفتح أمام المقر المكره في هذه الحالة هو طريق التماس إعادة النظر، غير أن المشرع الجزائري حدد شروط التماس إعادة النظر على سبيل الحصر ولا تدخل هذه الحالة فيها صراحة، إلا إذا أمكن اعتبار التزوير من قبيل الشهادة الثابت تزويرها عن طريق الإكراه فيمكن ذلك، وهو الحل الوحيد الذي نرى صلاحيته لحكم هذه الفرضية.

فقرة 03- أن يكون الإقرار أمام القضاء: يشترط في الإقرار القضائي أن يصدر أمام القضاء، وأثناء سير الدعوى، أي في المرحلة بين انعقاد الخصومة والحكم فيها، فلا يقبل الإقرار الصادر في محكمة أخرى حتى لو كان بين نفس الخصوم، والحقيقة إن علة اشتراط أن يصدر الإقرار في الخصومة وأثناء سيره مرده إلى اشتراط القصد في الإقرار، إذ الإقرار الصادر في دعوى أخرى وإن كان منتجا وحاسما للنزاع في دعوى أخرى إلا أنه قطعاً لم يرد به المقر أن يلزم نفسه ويعفي الطرف الآخر من الإثبات²، وعلى هذا الأساس لا يؤخذ بالإقرار الذي صدر أمام القاضي الاستعجالي، ومن باب أولى أمام المحكمة الجزائية وإن أمكن الأخذ به كإقرار غير قضائي.

فقرة 04- عدم جواز تجزئة الإقرار: ليس للقاضي في إطار سلطته التقديرية إجابة المقر أو مسأيرته في تجزئة الإقرار، وليس له من باب أولى أن يعتد في الإقرار بواقعة وينفيه عن أخرى، فإن فعل ذلك خالف نص المادة 342 قانون مدني التي نصت على عدم جواز تجزئة الإقرار على صاحبه، لأن الإقرار في حالة تجزئته لا يحل المشكلة برمتها، وبذلك لا يعدو أن يكون نقلاً لعبء الإثبات من المدعي إلى المدعى عليه دون مسوغ قانوني، وسلطة المحكمة في قبولها الإقرار كدليل للإثبات في الدعوى يفيد أن الشخص المقر له إلا أن يقبل الإقرار كله أو يرفضه كله³، فإذا ادعى المدعي بأنه دائن لشخص ما بمبلغ من النقود

¹ خليل جبريل حسن عيال سليمان، الطعن في الإقرار أثناء سير الدعوى وتطبيقاته في قانون أصول المحاكمات الشرعية، دراسة فقهية مقارنة، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، سنة 2010، ص 11.

² عادل حسن علي، الإثبات- أحكام الالتزام، مكتبة زهراء الشرق، دون بلد نشر، 1997، ص 112.

³ شمام منير، السلطة التقديرية للقاضي في الإثبات، مرجع سابق، ص 133.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

بموجب عقد القرض، فأقر المدعى عليه بالقرض وأنكر المديونية كأن يدعي بأنه وفي الدين فيجب ان يأخذ الإقرار كاملا ويعتبر المدين بريء الذمة،

فقرة 05- قصور حجية الإقرار على المقر: إذا أقر شخص ما بمديونيته رفقة آخرين لشخص آخر ألزمه هذا الإقرار دون أن يلزم الآخرين، وقصد بالمقر هنا المقر وخلفه العام ودائنه العادي¹، ومثال ذلك أن يتنازع شخص من آخر شيئا، ثم يظهر له مستحق يدعي أن المبيع ملك له، فيصدق المشتري ويقره على ذلك، فهنا ليس للمشتري أن يرجع على البائع بدعوى أنه قد باعه ما ليس يملك، لأن إقراره قاصر عليه فقط².

فقرة 06- على القاضي أن يلتزم بقطعية حجية الإقرار: الإقرار حجة قاطعة على المقر وهو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 342 السالفة الذكر، إذ أنه يجعل الحق ثابتا، ويعفي المقر له من إقامة الدليل على ما يدعيه، وليس للقاضي أية سلطة في تقدير هذه الحجية، فموقفه سلبي تماما وما عليه إلا قبول هذا الإقرار على أنه ثابت في حق المقر، والإقرار حجة على المقر لا له على اعتبار أنه لا يجوز للشخص أن يصطنع دليلا لنفسه.

الفرع الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في الإثبات باليمين: اليمين عكس الإقرار إذ يصب في صالح صاحبها لا ضده، واليمين في حقيقتها عمل ديني تستمد قوتها الثبوتية من الوازع الديني ذاته، وهي بهاته الصفة لا تقتصر على التشريعات التي تتبع الدول الإسلامية دون غيرها، وقد نص عليها المشرع الفرنسي في نص المادة 1356 في فقرتها الثانية والتي فرقته بين اليمين التي يوجهها الخصم والتي يوجهها القاضي³، وهو نفس الأمر بالنسبة للقانون المدني الجزائري حيث فرق المشرع الجزائري بين اليمين الحاسمة واليمين المتممة، واليمين بصفة عامة عند الفقهاء هي الحلف بالله أو باسم من أسمائه أو بصفة من صفاته، وأسماء الله ثلاثة أقسام، قسم لا يسمى بها غيره كقول الشخص حلفا أقسم بالأول الذي ليس قبله شيء والآخر الذي ليس بعده شيء، وقسم آخر يسمى به غير الله تعالى مجازا، وإطلاقه

¹ رجائي، عبد الرحمان عبد القادر عوض، الإقرار القضائي وأثره على سير الدعوى المدنية، دراسة مقارنة، المجلة الدولية للعلوم الإنسانية والاجتماعية، ع 14، أغسطس 2020، ص 351.

²² بكوش يحيى، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلاميين، المرجع السابق، ص 288.

³ Jacques flour, Jean-Luc Aubert, Eric Savaux, Lionel Andreu, Valerio Forti, Droit Civil ? Les Obligations, Le Rapport D'obligation, 10^e édition, Dalloz, 2022, P 445.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

ينصرف لله تعالى كالمالك، والجبار، والقادر، والرحيم، أما القسم الأخير فيتعلق بما يسمى به الله تعالى وغيره كالمؤمن، والموجود، والشاكر، الحالف به وبالقسم الذي قبله يرجع فيه إلى النية¹.

وتعرف اليمين في لغة القانون بأنها حالة قانونية ودينية يتخذ فيها الحالف شاهداً على نفسه بقول الصدق تستوجب العقاب إذا ما حنث بها أو ثبت كذبه²، كما يقصد بها أيضاً أن يتخذ الشخص الله تعالى رقيباً على شهادته ويعرض نفسه لغضبه وانتقامه إذا كذب³.

واليمين على هذا المعنى نوعين يمين قضائية ويمين غير قضائية، أما هذه الأخيرة فهي اليمين التي تجري بين الناس خارج أسوار المحاكم، وهي بذلك تعتبر واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات، أما اليمين القضائية فهي اليمين التي تؤدي أمام القاضي أثناء سير الخصومة، وهي كما تقدم نوعين يمين حاسمة يقصد بها احتكام الخصم إلى ضميره لحسم النزاع، وأخرى متممة يقصد بها تلك اليمين التي يوجهها القاضي لأي من الخصمين من أجل استكمال الأدلة⁴، وقد نظم القانون المدني قواعد الإثبات باليمين الحاسمة (أولاً) سابقة على تنظيمه لقواعد الإثبات باليمين المتممة (ثانياً)، وهو نفس التقسيم الذي سنتبعه في دراسة هذا الفرع.

أولاً: الضوابط المتعلقة باليمين الحاسمة: رغم أن المشرع الجزائري لا يقصر اليمين الحاسمة على أحد أطراف النزاع دون الآخر، إلا أن الأصل فيها أنها متعلقة بالمدعى عليه لا بالمدعي، فالمدعي عندما يدعي بحق له في ذمة آخر يقع عليه عبء إثباته بالبيينة بمفهومها الواسع، أما المدعى عليه فهو إن أنكر أمكن أن توجه إليه اليمين الحاسمة، وفق القاعدة الفقهية البيينة على من ادعى واليمين على من أنكر⁵، غير أن القوانين الوضعية التي نحت نحو القانون المدني المصري أجازت توجيه اليمين الحاسمة لكل من الخصمين وهو ما نصت عليه المادة 343 قانون مدني التي أجازت صراحة لكل من الخصمين توجيه اليمين للآخر، غير أن توجيه اليمين مقيد بضوابط موضوعية وإجرائية حددها المشرع في القانون المدني وكذا

¹ سليمان سليمان محمد، اليمين كطريق من طرق الإثبات: دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير، كلية الشريعة والقانون، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 1997، ص 04.

² اليوسعيدي إسحاق بن أحمد بن ناصر، القرائن وحجيتها في الإثبات، دراسة مقارنة، بحث لنيل درجة الدكتوراه، المعهد الأعلى لأصول الدين، جامعة الزيتونة، تونس، سنة 2000، ص 76.

³ الفيروزي أباد، القاموس المحيط، ج 04، باب النون، فصل الياء، مؤسسة الرسالة، سنة 1987، ص 281.

⁴ أحمد عبد الرحمان إبراهيم محمد، سلطة القاضي التقديرية في وزن وتقدير البيئات في الفقه الإسلامي والقانون، دراسة مقارنة، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في القانون المقارن، قسم الفقه المقارن، كلية الدراسات العليا، كلية الشريعة والقانون، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2016، ص 223.

⁵ راجع في هذا المعنى، الكندي جمعة بن سعود بن سليمان، سقوط اليمين القضائية: يمين المدعى عليه الحاسمة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، المعهد الأعلى لأصول الدين، جامعة الزيتونة، تونس، 2000، ص 26.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

قانون الإجراءات المدنية والإدارية، غير أن المشرع لم يلتزم بوضع كل نوع من هذه الضوابط في التقنين الذي يناسبه، فنلاحظ قواعد إجرائية متعلقة باليمين مضمنة في نصوص القانون المدني كما نلاحظ ضوابط إجرائية مضمنة في نصوص القانون المدني والعكس بالعكس.

فقرة 01- الضوابط الموضوعية في توجيه اليمين الحاسمة: نذكرها في النقاط التالية:

أ: الأهلية: اختلف الفقهاء في طبيعة اليمين، فمنهم من ذهب إلى اعتبارها اتفاق بين الخصمين، ومنهم من ذهب إلى أنها لا تعدو أن تكون صلحا¹، بينما ذهب رأي آخر إلى أنها ليست اتفاقا لأن الاتفاق يستلزم ضرورة توافق الإرادتين وهو ما لا يتوافر في اليمين، وهي ليس صلحا لأن الصلح يفترض تنازل كل شخص عن جزء من حقه، وذهبوا إلى أنها تصرف قانوني تتجه في إرادة الخصم إلى الاحتكام إلى ضمير خصمه وما يترتب عن ذلك من آثار قانونية².

ولما كانت اليمين الحاسمة تصرف قانوني فيجب لأدائها توافر الأهلية الواجب توافرها في التصرفات القانونية، وتختلف الأهلية المطلوبة باختلاف التصرف موضوع الحلف، فيشترط في من يوجه اليمين أن تتوافر فيه أهلية التبرع بالحق موضوع الحلف، ونحن لا نوافق القائلين بجواز توجيه القاصر الأقل من 19 سنة اليمين، وانه جائز فقط من خلال ممثليهم³، بل نرى أن هذا المنع مطلق من حيث الأصل فلا يجوز توجيهها لا بأنفسهم ولا بواسطة ممثليهم، أما عن الأولى فمرددها لانعدام أهلية التقاضي فهم (مع استثناء الصبي المرشد للتجارة)، أما الثانية فمرددها إلى الآثار التي تنتج عن قبول وأداء اليمين الحاسمة، إذ هي تسقط الدعوى وتذهب بالحق، فهي عمل غرر بالنسبة لموجهها، وبالتالي تقوم مقام التصرفات الضارة ضررا محضا، وهي باطلة بالنسبة للقاصر سواء قام بها مميزا أم غير مميز، وسواء قام بها بنفسه أو بواسطة وليه أو وصيه أو القيم به، إلا أن هذا الأصل يرد عليه استثناء وهذا الاستثناء لا يعود لصفة الولي أو الوصي أو القيم، بل يعود لأمر القاضي، فيجوز للولي والوصي والقيم توجيه اليمين إذا كان الحق موضوع اليمين قد جاز له التصرف فيه بموجب إذن من القاضي.

¹ سليمان مرقس، أصول الإثبات وأجراءاته في المواد المدنية، مرجع سابق، ص 600.

² عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الالتزام، مرجع سابق، ص 516.

³ بلعيساوي محمد الطاهر، باطل غنية، طرق الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 195.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

كما أن الوكيل لا يجوز له توجيه اليمين الحاسمة إلا بموجب وكالة خاصة، ومن جهة أخرى لا يجوز توجيه اليمين إلى الوكلاء، أي من يتصرف في أموال الغير بصفة عامة، سواء كان وكيلًا أو نائبًا أو وليًا أو قيما أو مقدما¹.

ب: توجيه اليمين الحاسمة مرتبط بالمدعي لا بالمدعى عليه: نصت المادة 343 قانون مدني على جواز توجيه كل من الخصمين اليمين الحاسمة لخصمه، والمقصود هنا المدعي لا المدعى عليه، غير أن المدعي المقصود هنا لا يقتصر على المدعي في الطلب الأصلي، بل يتسع نطاقه ليشمل علاوة على المدعي في الطلب الأصلي المدعي في الدعوى الفرعية، وكذا المدعي بالدفع، أي أن كل طرف في الخصومة ملقا على عاتقه عبء الإثبات يجوز له توجيه اليمين الحاسمة²، غير أنه لا يجوز للمحكمة توجيه اليمين الحاسمة لتعلقها بالخصوم دون سواهم ما لم يتعسفوا في توجيهها، وفي حال ارتأت المحكمة أن المدعي متعسف في توجيه اليمين كأن يستغل موجه اليمين ورج خصمه وتخرجه من الحلف، أو وجدت أدلة تغني عن اليمين، أو كانت هذه اليمين غير منتجة في الدعوى، ففي كل هاته الحالات يجوز للقاضي أن يرفض طلب توجيه اليمين³.

ج: عدم جواز قبول توجيه اليمين حول وقائع مخالفة للنظام العام: نلاحظ أن مسألة عدم جواز توجيه اليمين حول وقائع مخالفة للنظام العام، نص عليها كل من القانون المدني في المادة 344 فقرة 01، وقانون الإجراءات المدنية والإدارية مادة 190 فقرة أخيرة، ورغم أننا نرى بأن هذه المسألة تحكمها القواعد العامة في الإثبات وبالتالي هي لا تستحق أن تفرد بنص ليوضحها فما بالك بنصين لنفس المسألة، فالمرجع قد تزيد مرتين، المرة الأولى بإفراده لهذا النص في القانون المدني وكان في غنى عنه لعدم جواز إثبات الوقائع المخالفة للنظام العام كأصل عام، ثم تزيد عندما أقرها مرة أخرى وبنفس اللفظ تقريبا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والسبيل الوحيد لتفسير ذلك هو القول بأن المشرع الجزائري يتجه شيئا فشيئا للخروج بقواعد الإثبات من القانون المدني وتضمينها على أقل تقدير في نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وعلى كل حال لا يجوز للخصوم توجيه اليمين حول وقائع مخالفة للنظام العام، وهو أمر منوط بمراقبته القاضي تحت رقابة المحكمة العليا.

¹ محمد حزيط، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 174.

² سليمان مرقس، أصول الإثبات وأجراءاته في المواد المدنية، المرجع السابق، ص 604.3

³ عبد الرزاق احمد السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، المصادر، الإثبات، الآثار، الأوصاف، الانتقال، الانقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966، ص 691.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

د: وجوب توجيه اليمين الحاسمة حول وقائع قانونية: نصت المادة 344 فقرة 02 قانون مدني على وجوب توجيه اليمين في وقائع، ويستخلص من ذلك عدم جواز توجيه اليمين في مسائل قانونية لأن المسائل القانونية يبت فيها القاضي فلا يقبل أن يطلب المدعي من المدعى عليه أن يحلف حول مدى أحقيته في الميراث لأن القانون هو من يحدد صفة الوارث¹، كما يجب أن تتعلق اليمين الحاسمة بشخص من وجهت إليه فإن لم تكن متعلقة بها فيجب أن يقتصر موضوعها حول مدى علم الخصم بالواقعة.

فقرة 02- الضوابط الإجرائية في توجيه اليمين الحاسمة: حددتها المواد من 189 إلى غاية المادة 193 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث لا يكون توجيه اليمين الحاسمة إلا بموجب طلب قضائي يقدم للقاضي، كما يجب على الخصم أن يحدد تحديدا كافيا نافيا للجهالة موضوع اليمين وبدقة، وقد نصت المادة 190 فقرة 02 على وجوب تحديد القاضي للوقائع التي ستؤدي بشأنها اليمين في الحكم، مما يفهم منه أن إجراء توجيه اليمين يبت فيه القاضي بحكم قبل الفصل في الموضوع، يحدد فيه القاضي الوقائع محل الحلف، وتاريخ إجرائها باليوم والساعة والمكان الذي تؤدي فيه، وصيغتها (المادة 191)، كما يجب أن تؤدي من طرف الخصم الذي وجهت إليه شخصا، فإن امتنع عليه التنقل للمكان الذي حدده القاضي لإجرائها أمكن أن ينتب قاضي ينتقل إليه برفقة أمين ضبط، أو يؤديها أمام المحكمة الموجود بدائرة اختصاصها محل إقامته، وفي كل الحالات يجب أن تؤدي اليمين بحضور الخصم.

ثانيا: ضوابط توجيه اليمين المتممة: اليمين المتممة هي اليمين التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى أي أحد من الخصوم ودون طلب منهم، يهدف من ورائها إلى استكمال الأدلة الأخرى المتوافرة في الدعوى، ليقدر اعتمادا عليها حكمه في موضوع الدعوى²، كما تجدر الملاحظة على أن الإثبات من خلال اليمين المتممة يدخل في نطاق وسائل الإثبات ذات الحجة المحدودة لا المطلقة، إلا أننا أثرنا دراستها مع اليمين الحاسمة تغليباً للناحية الإجرائية والتشريعية لما في ذلك من تعاقب للمواد المنظمة لها، وكذا تسلسل الأفكار.

أجازت المادة 384 قانون مدني للقاضي بناء على سلطته التقديرية توجيه اليمين إلى أي من الخصمين تلقائياً، كما نصت المادة 190 فقرة 02 على أن القاضي يحدد في الحكم الوقائع التي ستؤدي بشأنها اليمين، سواء كانت بطلب من الخصوم أو وجهها القاضي تلقائياً، مما يعني أن توجيه اليمين المتممة كتوجيه اليمين الحاسمة لا يكون إلا بموجب حكم قبل الفصل في الموضوع.

¹ زودة عمر، الإثبات في المواد المدنية، مرجع سابق، ص 206.

² رشدي محمد السعيد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية وفقاً للقانون المصري والكويتي، ط 01، مؤسسة دار الكتاب، الكويت، 1999، ص 174.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

كما أن سلطة القاضي التقديرية في توجيه اليمين الحاسمة ضببتها المادة 348 بثلاثة ضوابط أساسية استعمل فهم المشرع أداة النفي أي أنها قواعد جوهرية ينبني عليهم النقض بمفهوم المادة 358 إ ج م إ.

✓ الشرط الأول: ألا يكون في الدعوى دليل كامل¹، فإن وجد هذا الدليل لا يمكن للقاضي أعمال سلطته التقديرية في توجيه اليمين المتممة، لأن الدليل الكامل كالكتابة الرسمية مثلا يكفي لوحده بثبوت الحق ولا يحتاج ليمين من أجل استكمال الإثبات.

✓ الشرط الثاني: ألا تكون الدعوى خالية من أي دليل: لأنه في هذه الحالة يحكم القاضي برفض الدعوى لانعدام الدليل.

✓ الشرط الثالث: لا يجوز بموجب المادة 350 للقاضي أن يوجه اليمين لتحديد قيمة المدعى به إلا إذا استحال تحديدها بطرق أخرى، وحتى في هذه الحالة يحدد القاضي قيمة المدعى به في نطاق أقصى للقيمة التي يصدق فيها المدعي، والمقصود ألا يتجاوز في تحديد موضوع اليمين القيمة التي لا ينكرها المدعى عليه.

الفرع الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مجال الإثبات بالقرائن.

نظم المشرع الجزائري الإثبات بالقرائن القضائية في المواد من 337 إلى 340 قانون مدني، ولا نجد في قانون الإجراءات أية قواعد سواء إجرائية أو موضوعية تنظم هذا النوع من الأدلة، كما أن القانون المدني قسم القرائن القضائية إلى قرائن قانونية، وأخرى قضائية، وأخضع الأخيرة لسلطة القاضي التقديرية، أما الأولى فقد نظمها المشرع بنفسه، ولم يضع المشرع الجزائري أي تعريف للقرائن بخلاف القانون نابليون في نص المادة 1349 الذي عرفها على أنها نتائج استخلاص واقعة مجهولة من واقعة معلومة²، غير أن المشرع الفرنسي حذف هذا النص بعد ذلك في القانون رقم 131-16 المتضمن تعديل قانون نابليون، وأخذ عن هذا التعريف القانون اللبناني الذي يقول (القرائن هي نتائج تستخلف لحكم القانون أو تقدير القاضي من واقعة معروفة³)، ويعرفها قانون الإثبات السوداني في مادته 48 بأنها (الأمر

¹ علي أحمد الجراح، قواعد الإثبات بغير الكتابة في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ص 240.

² Art 1349 (Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu)

³ المادة 299 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية اللبناني.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

الدالة على اثبات أي واقعة أو نفيها بناء على الغالب من الأحوال)، كما تعرف محكمة النقض المصرية القرائن بأنها (استنباط أمر مجهول من واقعة ثابتة معلومة¹).

أما الفقه فيكاد يجمع على أن جوهر تعريف القرينة يتمثل في استنباط واقعة مجهولة من واقعة معلومة²، أو هي أمانة ظاهرة تقارن أو تصاحب شيئاً خفياً فتدل عليه³، وسواء الفقه أو القانون أو القضاء فكلهم يتفقون في تعريف القرينة على نقطة جوهرية، هي استنباط واقعة مجهولة من واقعة معلومة.

والمتتبع لنصوص القانون المدني يجد أنها تقسم القرائن إلى نوعين، قرائن قانونية نصت عليها المادة 337، وأخرى قضائية نصت عليها المادة 340، وأفردت أحكاماً خاصة وضوابط لكل منها وهو ما سنتبعه بالدراسة فيما يأتي.

أولاً- القرائن القانونية: نتطرق أولاً لمفهومها، ثم أنواعها، ثم أحكام القرينة القانونية.

فقرة 01: مفهوم القرينة القانونية: تقدم القول في تعريف القرينة على أنها استنباط واقعة مجهولة من واقعة معلومة، وعليه فإن القرينة القانونية هي القرينة التي يقوم فيها المشرع بتقرير نص صريح يستنبط فيه واقعة مجهولة من واقعة معلومة بعيداً عن القاضي⁴.

¹ الحكم رقم 16174 لسنة 84 قضائية، حكم صادر عن دائرة الإيجارات، بتاريخ 2017/16/21، <https://n9.cl/pv9cav>.

² راجع في هذا المعنى كل من: سليمان مرقس، أصول الإثبات وأجراءاته في المواد المدنية، المرجع السابق، ص 131/ مفلح عواد، البيانات في المواد المدنية والتجارية، ط 02، ج 02، المطابع التعاونية، الأردن، 1994، ص 195/ أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص 68.

³ راجع في هذا المعنى، الزرقا مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، ط 06، ج 02، مطبعة جامعة دمشق، سوريا، 1397 هـ، ص 914/ علي حسن إبراهيم حساسنة، الإثبات بالقرائن، دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الأردني، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات درجة الدكتوراه في الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان، الأردن، 2017، ص 08/ الطراونة مصطفى عبد العزيز جمعة، القرائن القضائية لإثبات عدم مشروعية القرار المطعون فيه، دراسة مقارنة، (الأردن، مصر، فرنسا)، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات منح درجة الدكتوراه في القانون الإداري، كلية الدراسات العليا، جامعة عمان العربية، عمان، الأردن، 2009، ص 23.

⁴ راجع في هذا المعنى، أحمد كمال ماضي حسان، الإثبات بالقرائن في الأحوال الشخصية وتطبيقاته في دعاوى المحاكم الشرعية، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات درجة الدكتوراه في تخصص القضاء الشرعي، قسم الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان، الأردن، 2014، ص 69/ الطيب الزويهر هجانة، الإثبات بالقرائن الحديثة، دراسة فقهية مقارنة، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الفقه المقارن، معهد بحوث ودراسات العالم الإسلامي، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2009، ص 44/ قوسطم شهرزاد، الإثبات بالقرائن في المادة الإدارية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون عام، قسم القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016-2017، ص 115.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

فقرة 02- أنواع القرائن القانونية: نص المشرع الجزائري في المادة 337 على أن الأصل في القرينة القانونية إمكانية دحضها بالدليل العكسي، على أنه استثناء قد يصبغ المشرع القرينة القانونية بصبغة القطعية فلا يمكن دحضها بالدليل العكسي.

أ- القرينة القانونية البسيطة: لا تختلف عن القرينة القانونية القاطعة من حيث جوهر المفهوم، فهي ككل القرائن الهدف منها استنباط واقعة مجهولة من أخرى معلومة، غير أنها من جهة أخرى تتميز نسبية الترجيح فيها، فافتراض تدليل الواقعة المعلومة على المجهولة لا يقطع فيه على وجه اليقين، وعلى ذلك يأخذ المشرع في القرائن القانونية البسيطة عدم ملائمة الغالب من الأحوال الذي افترضه فيها مع الواقع الذي قد تنطبق عليه، وحرصا منه على توقي حدوث ذلك لم يغلق الباب أمام إمكانية إثبات عكسها¹.

والقرائن القانونية البسيطة كثيرة متعددة في نصوص القانون المدني، نذكر منها ما نصت عليه المادة 61 من هذا الأخير على أن وصول التعبير قرينة على العلم به، وعلى ذلك يعفى من أصدر التعبير من إثبات علم من وجه إليه به، لأن الأصل في التعبير أنه يؤدي أثره متى اتصل بعلم من وجه إليه، غير أن المشرع أقام قرينة بسيطة يكفي فيها على المصدر إثبات وصول التعبير، فإن أثبتته أقام حجة على العلم به، غير أنها حجة بسيطة يمكن لمستقبل التعبير أن يدحضها بإثبات عدم علمه بالتعبير رغم وصوله إليه، وكذا ما جاء في نص المادة 499 من أن إثبات الوفاء بقسط من الأجرة يقيم قرينة بسيطة على دفع جميع الأقساط، وفي مجال الفعل المستحق للتعويض تكثر القرائن القانونية، فمسؤولية متولي الرقابة (المادة 134)، والمسؤولية عن تهميد البناء (المادة 02/140)، مسؤوليات قائمة على خطأ مفترض بموجب قرينة بسيطة قابلة لإثبات عكسها.

ب- القرينة القانونية القاطعة: الملاحظ في مجال القرائن القانونية أن المشرع قليلا ما يلجأ لها، على خلاف من القرائن القانونية البسيطة، وذلك لأن الأصل في القرائن القانونية كما يقول الأستاذ السهوري أنها تقبل إثبات العكس فإن لم تقبل عد ذلك استثناء على الأصل²، على أنه من الأهمية بما كان التفرقة بين القرينة القانونية القاطعة من جهة والقاعدة الموضوعية من جهة ثانية لقوة التشابه

¹ الكري محمد، الإثبات بالقرائن في المواد المدنية، بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، 2013، ص 30.

² عبد الزاق السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، آثار الالتزام- الإثبات، مرجع سابق، ص 606-607.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

بينهما، فالقرائن القانونية تبقى دائما ومهما كانت درجة قطعيتها أدلة إثبات أما القاعدة الموضوعية فالمشرع أراد أن يجعل منها حقيقة ثابتة.

ومثال القواعد الموضوعية ما نص عليه المشرع في المادة 40 قانون مدني من أن كل من بلغ سن 19 سنة ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية، فالمشرع افترض افتراضا قطعيا أن سن الرشد يبلغه الإنسان ببلوغه سن 19 سنة، وهذا الافتراض بني على الغالب الشائع فلا يجوز إثبات أن الشخص قد اكتمل رشده قبل بلوغه سن 19 سنة مهما بلغت درجة عبقريته، فالمشرع جعل من الغالب المألوف حقيقة ثابتة جعلت من القاعدة حكما مجردا ارتبطت القاعدة من خلاله بالمألوف والراجح ارتباط العلة بالمعلول، وبمجرد تقرير القاعدة تختفي العلة وراءها ولم يعد لها مجال بعد ذلك للظهور¹، وبالتالي لا يمكن نفيها أو إثبات عكسها بخلاف من القرينة القانونية فهي في كل الحالات تسمح بإثبات عكسها ولو بدرجات.

فالقرينة القانونية البسيطة تقبل ذلك بصراحة النص، والقرينة القانونية القاطعة تقبل إثبات عكسها من خلال الإقرار واليمين، فإن لم تقبل عدت قاعدة موضوعية كحجية الأمر المقضي فيه التي نظمها المشرع الجزائري تحت عنوان القرائن ثم نص على عدم جواز قبول أي دليل ينقضها، فهي باتفاق الفقه قاعدة موضوعية لا قرينة قانونية²، على أن هناك اتجاه يفرق ضمن القرائن القانونية القاطعة بين المتعلقة بالنظام العام والغير متعلقة به، ويقبل نقض الأخيرة من خلال الإقرار واليمين ولا يقبل ذلك بالنسبة للأولى³، ومهما كانت التسمية سواء قرينة قانونية قاطعة متعلقة بالنظام العام، أو قاعدة موضوعية فالحكم واحد، وهو عدم جواز نقضها بأي طريق حتى لو كان باليمين والإقرار.

فقرة 03- سلطة القاضي التقديرية إزاء القرائن القانونية: لا سلطة للقاضي في

القرينة القانونية، سواء كانت قرينة قاطعة أو بسيطة، وسواء تعلقت بالنظام العام أم لم تتعلق به، فهي تعفي الخصم الذي قامت لمصلحته من الإثبات لأن القانون اعتبر الواقعة ثابتة بقيام

القرينة، وترتبا على ذلك إذا أثبت من تقرر لمصلحته الواقعة التي تقوم عليها القرينة حكم القاضي لمصلحته، وقد نصت المادة 67 من قانون إ م إ على أن جزاء الدفع بالتقادم وحجية الأمر المقضي والأجل المسقط هو عدم قبول الدعوى، ذلك أن كل ما سبق قائم على قرينة قانونية قاطعة غير قابلة لإثبات

¹ محمد حزيط، الإثبات في المواد المدنية والتجارية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 212.

² راجع في ذلك كل من، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، آثار الالتزام- الإثبات، مرجع سابق، ص 616/ محمد حزيط، المرجع نفسه، نفس الصفحة/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 189/ عصام أنور سليم، النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 383.

³ وزارة العدل المصرية، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، ج 03، الالتزامات، الأوصاف المعدلة لأثر الالتزام، الانتقال _ الانقضاء _ الإثبات، مطبعة احمد مخيمر بشارع فاروق، مصر، دون سنة، ص 418.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

العكس، فإذا تقررت قرينة قانونية قاطعة لمصلحة المدعى عليه حكم القاضي بعدم قبول الدعوى وقد نصت المادة 68 من ذات القانون على جواز الدفع بعدم القبول في أية مرحلة كانت عليها الدعوى ولو كان ذلك بعد مناقشة الموضوع.

ثانيا- ضوابط سلطة القاضي التقديرية في الإثبات بالقرائن القضائية: نصت المادة 340 قانون مدني على أنه يترك للقاضي استنباط القرائن الغير القانونية، كما قررت عدم جواز الإثبات بها إلا حيث يجيز القانون الإثبات بالبينة، ويقصد المشرع بالقرائن التي لم يقررها القانون القرائن التي يقررها القاضي، أو بعبارة أخرى القرائن التي يستنتجها القاضي من خلال أعمال فكره وعقله انطلاقا من دلائل مختلفة سواء كانت مادية أو معنوية، وهذا الاستنتاج هو أهم عنصر في القرينة القضائية¹.

كما تتكون القرينة القضائية من عنصرين، عنصر مادي يتمثل في الواقعة التي يختارها القاضي من بين وقائع القضية، وعنصر معنوي هو العملية التي يقوم بها القاضي لاستنباط الواقعة المجهولة من المعلومة، كما يتمتع القاضي بصدها بسلطة تقديرية واسعة لا يضبطه فيها إلا ضابط واحد أورده المادة 340 السالفة الذكر حيث جاء فيها (... ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة) فبالرغم من إطلاق سلطة القاضي التقديرية في استخلاص القرينة القضائية والحكم بها، إلا أن المحكمة العليا تراقب القاضي في نطاق أعمالها، فلا يجوز للقاضي أن يستخلص قرينة لإثبات تصرف تتجاوز قيمته 100.000 دج فيكون حكمه عرضة للنقض لمخالفته لمسألة من مسائل القانون².

على أن سلطة القاضي التقديرية الواسعة في استخلاص القرائن القضائية، يشترط فيه يكون سليما، ومستساغا منطقيا حيث ترى محكمة النقض المصرية أن استقلال محكمة الموضوع بتقدير القرائن القضائية وترجيح بعضها على البعض الآخر، إلا أنها تقع تحت رقابة محكمة النقض في تكييف هذا الفهم، وتطبيق أحكام القانون على ما ينبني من هذا الفهم، فلا يجوز لها أن تطرح ما يقدم إليها صحيحا من الأدلة والأوراق والمستندات من طرف الخصوم دون أن تبين في حكمها أسباب ما يبرر ذلك وإلا كان حكمه قاصرا، وإن أسباب فساد الاستدلال تكون في حالة اذا انطوت على عيب يمس سلامة الاستنباط كأن يستند الحكم إلى أدلة غير صالحة من الناحية الموضوعية للاقتناع بها، أو إلى تناقض بين

¹ مسعود زبدة، القرائن القضائية، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001، ص 200.

² راجع في ذلك، بطيحي حسين، القضاء بالقرائن في الشريعة والقانون -دراسة مقارنة-، بحث لنيل شهادة الماجستير فرع العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، بن عكنون، 1997-1998، ص 164/ يحي سامية، الإثبات بالقرائن القضائية في المواد المدنية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص ص 170-171.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

هذه العناصر ينتج عنه عدم لزوم منطقي بين الاستدلال والنتيجة¹، فسلامة الاستدلال واللزوم المنطقي بين القرينة والنتيجة اعتبرته محكمة النقض المصرية ضابطاً على سلطة القاضي التقديرية في الإثبات بصفة عامة والإثبات بالقرائن القضائية بصفة خاصة.

كما يجب على المحكمة أن تطلع على القرينة القضائية وتخضعها لتقديرها، أما إذا أبان الحكم أنها لم تطلع عليها وبالتالي لم تبحثها فإن حكمها يكون قاصراً ويجريها لرقابة النقض²، كما أن مناط الأخذ بالقرينة القضائية هو تكوين قناعة المحكمة، فإذا أخذت المحكمة في تكوين عقيدتها بعدة قرائن استنبطتها من وقائع القضية بحيث تكون كلها مجتمعة وحدة متماسكة تضافرت في تكوين عقيدة المحكمة دون أن تبين هذه الأخيرة أثر كل واحدة منها على تكوين قناعة القاضي، ثم يتبين فساد إحداها، بحيث لا يعرف أثرها على هذه القناعة إذا نظرنا إليها منفردة عن بقية القرائن، فإذا استبعدت فإن الحكم يكون قد اعتراه بطلان جوهري³.

ملخص الفصل الثالث:

خلصنا من دراسة هذا الفصل ان ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات يمكن اجمالها فيما يلي:

1. الضوابط الموضوعية العامة:

أ- بالنسبة للواقعة القانونية: يقع الإثبات على الواقعة القانونية التي يجب أن تكون متنازعا فيها، ومحددة، وممكنة، ويجب أن تكون متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها.

ب: بالنسبة لعبء الإثبات: يجب على القاضي أن يرعى حق الخصوم في الإثبات، فالمبينة على من ادعى، ولا يجوز لهذا الأخير أو خصمه أن يصطنع دليلاً لنفسه، كما لا يجوز أن يجبر على تقديم دليل ضد نفسه، كما يجب ألا يتم أي إجراء إلا في مواجهة الطرف الآخر.

02- الضوابط الخاصة بطرق الإثبات المختلفة:

أولاً: بالنسبة لأدلة الإثبات المباشرة:

¹ راجع في ذلك محكمة النقض المصرية الحكم رقم 290 لسنة 78 قضائية، الدائرة المدنية، بتاريخ 2009/05/19/حكم رقم 2184 لسنة 79 قضائية، الدائرة المدنية، بتاريخ 2016/03/27، <https://n9.cl/qp5jl>.

² محكمة النقض المصرية، حكم رقم 1308 لسنة 83 قضائية، الدائرة المدنية، بتاريخ 2014/08/04، <https://n9.cl/59b65>.

³ راجع في ذلك، محكمة النقض المصرية، حكم رقم 34 لسنة 87 قضائية، الدائرة المدنية، بتاريخ 2017/11/28 <https://n9.cl/jeco4> / حكم رقم 4100 لسنة 73 قضائية، الدائرة المدنية، بتاريخ 2015/12/26، <https://n9.cl/495uk> / راجع في خلاف ذلك محمد شتا أبو سعود، الإثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية، المجلد الثاني، دار الفكر العربي، القاهرة، 1997، ص 48.

الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.

أ: بالنسبة للكتابة: وجوب مراعات نوع الالتزام، وقيمتها، والشروط الشكلية التي يتطلبها القانون في الدليل، كصفة محرر المستند الرسمي، واختصاصه المكاني والزمني، وكذا الموضوعي، وبالنسبة للمستند العرفي، وجود توافر شروطه المتمثلة في الكتابة، والتوقيع، وعدم انكار صاحب التوقيع توقيعه.

ب: بالنسبة للبيئة: أن يرد الإثبات فيها على وقائع مادية، ومراعاة الشروط المقررة في المادة 333 ق.م، كما يجب مراعات الشروط الإجرائية كالأهلية، عدم المنع الوارد على بعض الأشخاص كما حددهم القانون. ثانيا: بالنسبة لأدلة الإثبات الغير مباشرة:

أ: بالنسبة للإقرار: يجب مراعات توافر الشروط الواجبة للتصرفات القانونية، وأن يكون صادرا من الخصم، ومراعات القاضي لحجته القاطعة، كما يجب مراعات عدم تجزئة الإقرار، وقصور هذه الحجية على المقر، كما يتم الإقرار بموجب حكم قبل الفصل في الموضوع ب: بالنسبة لليمين:

ب-01: بالنسبة لليمين الحاسمة: وجوب توافر الأهلية في مؤديها، وهي متعلقة بالمدعي والمدعى عليه، كما يجب ألا تكون موضوع وقائع مخالفة للنظام العام، كما يجب مراعات الإجراءات المنصوص عليها في المواد 189، إلى 193 المنصوص عليها في ق.إ.م.إ.

ب-02: بالنسبة لليمين المتممة: مراعات ألا يكون في الدعوى دليل كامل، وألا تكون خالية من أي دليل، كما أنها متعلقة بالقاضي لا بالخصوم، ويتم توجيهها بموجب حكم قبل الفصل في الموضوع.

ج- بالنسبة للقرائن:

ج-01: ضابط قانوني حددته المادة 340 قانون مدني، حيث لا يجوز للقاضي أعمال القرينة القضائية إلا في الوقائع التي يجوز إثباتها بشهادة الشهود.

ج-02: سلامة الاستنباط من خلال مراعات اللزوم بين القرينة والنتيجة التي توصل إليها القاضي.

ج-03: بحث القرينة القضائية من خلال إخضاعها لتقدير القاضي وعدم الاكتفاء بمجرد دفع الخصوم أو إثارتها من طرف دفاعهم.

ج-04: تبيان أثر كل قرينة على تكوين قناعة القاضي بحيث يعرف مآل النتيجة في حالة استبعاد قرينة من بين مجموع القرائن المعتمدة.

ج-04: احترام القواعد الموضوعية للإثبات، فيتقيد بالقيمة التي منحها القانون للإثبات بالقرائن.

الفصل الرابع:

ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض.

نصت المادة 124 قانون مدني على أن كل من يتسبب بخطئه في ضرر يصيب الغير يكون ملزماً بتعويض هذا الضرر، كما نصت المواد التالية لها موضوع الفعل المستحق للتعويض عن جزاء المسؤولية المدنية بشقيها العقدي والتقصيري، وسواء قام أساسها على الخطأ أو قام على الفعل المجرد من كل وصف، وفي كلها رتب عن الفرض الوارد فيها حلاً يتمثل في التعويض كجزاء عن المسؤولية المدنية التقصيرية، ثم بعد ذلك وضع المشرع الجزائي سواء في القانون المدني أو القوانين الملحقه به طرق وضوابط معينة يتبعها القاضي في توقيعه للجزاء، تتراوح بين ما يكون فيها للقاضي سلطة تقدير واسعة، ومنها ما لم يجعل له أي سلطة بحيث يتمثل دوره في مجرد تطبيق القاعدة القانونية التي تحدد التعويض كما وكيفا.

غير أن الجزاء في المسؤولية المدنية كفكرة تعرضت لكثير من التغيير في ماهيتها من خلال التطور الكبير الذي مس هذا النظام على مر العصور التي أنشأت الأنظمة القانونية، حيث كان يهدف منها في العصور التي كانت المسؤولية المدنية تشكل جزءاً من المسؤولية القانونية إلى عقاب المسؤول، فكانت الفلسفة التي تقوم عليها تنبع من فلسفة العقاب كما هي في القانون الجزائي لدرجة أن المسؤول عن الفعل الضار كان يسأل لا في ذمته المالية فقط بل كان الجزاء يلحق به في ذمته البدنية أيضاً، وبقي هذا الأثر حتى بعد انفصال المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجزائية من خلال عدم ربط التعويض بالضرر الحاصل حقاً، ثم بعد ذلك وفي خضم تطور فلسفة المسؤولية المدنية برزت الفكرة الحديثة في المسؤولية المدنية والدور الإصلاحي لها بحيث كانت تهدف إلى جبر الضرر دون التفكير في جزاء يحقق الردع العام أو الردع الخاص بمفهوم القانون الجنائي، هذه النقلة كانت الأهم في نظرية التعويض التي جعلت من الضرر الحاصل مناطاً للمسؤولية المدنية ومن هنا بدأ البحث في تأطير المفهوم العام للضرر، وتحديد أنواعه، ومداه القابل للتعويض، وشروطه الواجبة التوافر (المبحث الأول).

وتكمن خصوصية الدعوى الرامية إلى التعويض عن باقي دعاوى القضائي المدني اتساع نطاقها من حيث الاختصاص النوعي، فهي ليست حكراً على القاضي المدني، إذ ينعقد هذا الاختصاص بتوافر شروط معينة للقاضي الجزائي الذي ينظر فيها بصفته قاضي جزائي يبت في دعوى مدنية ارتبطت ارتباطاً سببياً بضرر ناجم عن جريمة، وسواء كان القاضي الناظر فيها قاضي مدني أو قاضي جزائي يجب عليه أن يراعي في تقدير التعويض الضوابط التي سنّها القانون أو تلك التي استقر عليها القضاء (المبحث الثاني).

المبحث الأول: ماهية التعويض.

يعتبر التعويض ذا أهمية كبيرة في مجال المسؤولية المدنية نظرا لاعتباره الأثر المباشر لها في شتى أنواعها، سواء المسؤولية العقدية منها أو التقصيرية، وسواء تعلق الأمر بالمسؤولية الخطئية أو بالمسؤولية القائمة على مجرد الضرر، فالهدف الأساسي لقيام المسؤولية يتمثل في جبر الضرر وجبر الضرر لا يكون في معظم الحالات إلا من خلال التعويض، ونظرا لهذه الأهمية يقتضي منا في دراستنا لماهية التعويض الوقوف على مفهومه (المطلب الأول)، وأسبابه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم التعويض.

التعويض في مفهومه العام هو جزاء المسؤولية المدنية، وقد نصت على ذلك المادة 124 من القانون المدني (كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض) إلا أن التعويض باعتباره جزاء على قيام المسؤولية مستجمعه لأركانها يتطلب التعمق في بحثه من خلال الوقوف على المقصود من التعويض على وجه من الدقة (الفرع الأول)، ثم المرور لبحث تطوره التاريخي لما فيه من إيضاح لماهيته في ما وصل إليه في عصرنا الحالي (الفرع الثاني) وفي الأخير نخرج بالدراسة لتشمل أسباب التعويض وطرقه (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف التعويض: سنتطرق بالدراسة (أولا) لتعريف التعويض لغة، ثم نحاول تتبع مصطلح التعويض في الشريعة الإسلامية (ثانيا)، وننتهي بتعريف التعويض عند فقهاء القانون (ثالثا).

أولا- تعريف التعويض لغة: التعويض لغة مشتق من كلمة عَوَّض، ويقال عَوَّض يعوض تعويضا فهو معوض، وعوض بمعنى بَدَل، تقول عضت فلانا أو أعضته أو عوضته أي أعطيته بدل ما ذهب عنه، وقال (ابن سيدة) أن هناك فرقا بين بعوض وبدل ولكنه لم يبينه، والعوض اسم مفرد والجمع أعواض وتعويضات، ويقال عَوَّض الوقت الذي ضاع منه أي تداركه واستعاده¹.

ثانيا: تعريف التعويض عند فقهاء الشريعة الإسلامية: جاء في الحديث الشريف (أن أعرابيا أهدى رسول الله صلى الله عليه وسلم بكرة فعوضه ست بكرات)، وجاء في الحديث القدسي (أن الله قال إذا ابتليت عبدي في حبيبتيه فصبر عوضته منها الجنة، يقصد عينيه²).

¹ <https://n9.cl/rhnbsk>.

² محمد حسن عبد الرحيم الشيخ، احكام التعويض الناشئ عن الضرر الادبي في التشريع والقضاء السوداني، دراسة مقارنة، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في القانون المقارن، قسم الدراسات النظرية، معهد بحوث ودراسات العالم الإسلاميين جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2018، ص 36.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

أما في الشريعة الإسلامية وإن وجد أثر لعبارة التعويض، والبدل في الآيات القرآنية، والأحاديث الشريفة إلا أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يستعملوا العبارتين للدلالة على جبر الضرر، واستعملوا بدلاً عنهما عبارة الضمان، غير أن عبارة الضمان في الشريعة الإسلامية تطورت في المقصود منها مع الزمن، فلم تكن تعني عند الفقهاء المتقدمين التعويض بعينه بل كانت تعني عندهم على وجه الدقة الكفالة وهي صيرورة ذمة الضامن في ذمة المضمون ويطلق عليها مصطلح الضمان أو الحماله أو الكفالة، لقوله تعالى (وكفلها زكريا)¹، كما يطلق عليها كذلك زعامة لقوله تعالى (ولن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم)² أي كفيل وضامن³.

وقد تأول الإمام الشافعي من قوله تعالى (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم)⁴ أنه للشخص أن يأخذ من مال من خانه ومن غير علمه بقدر خيانتته مستدلاً في ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم لهند بنت عتبة (خذي ما يكفيك وولديك بالمعروف)⁵، ويؤكد ذلك أن إحدى أمهات المؤمنين أرسلت له صلى الله عليه وسلم مع خادمها قصعة بها طعام، فضربت التي هو ببيتها يد الخادم فسقطت القصعة وانكسرت، فقال عليه الصلاة والسلام (غارت أمكم، غارت أمكم) ثم حبس الخادم عنده حتى جاءت التي كسرت الصحفة بصحفة أخرى فدفعها إليه وأمسك المكسورة في بيت التي كسرتها وقال (إناء بإناء وطعام بطعام)⁶، وفي حديث آخر أكثر وضوحاً وتعبيراً عن التعويض بالمفهوم القانوني قوله صلى الله عليه وسلم (من أوقف دابة في سبيل من سبل المسلمين، أو في سوق من أسواقهم فأوطأت بيد أو رجل فهو ضامن)⁷، والضمان في الشريعة الإسلامية يتقرر عن الأضرار المادية دوناً عن المعنوية، كما يتقرر عن الأضرار الحالية دوناً عن المستقبلية ولو كانت محققة الوقوع على أساس من انعدامها وقت تحقق الفعل المنشئ لها⁸.

¹ آل عمران، آية 37.

² يوسف، آية 72.

³ أبو حامد الغزالي، الوجيز في فقه الشافعي، تحقيق علي معوض، عادل عبد الموجود، ج 01، ط 01، دار الأرقم ابن أبي الأرقم، بيروت، لبنان، 1997، ص 353.

⁴ البقرة، آية 194.

⁵ صحيح البخاري، حديث رقم (5364) 65/7/ مسند أحمد حديث رقم 24117.

⁶ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ط 01، ج 03، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2006، ص 251.

⁷ سنن الدار قطني، ط 01، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2011، ص 740.

⁸ العميري علي هلال هليل، أثر المتغيرات على التعويض المدني: دراسة تطبيقية في المملكة العربية السعودية، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في القانون، قسم الدراسات النظرية، معهد بحوث ودراسات العالم الإسلامي، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2014، ص 28.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

ثالثا: تعريف التعويض عند فقهاء القانون: أما في الاصطلاح القانوني فلم يتعرض القانون لتعريف التعويض وأخذ يخوض مباشرة في دراسة أحكامه، وهذا لا ينفي بعض المحاولات الفقهية لتعريفه، فقد عرفه الأستاذ سليمان مرقس بأن المقصود منه هو (جبر الضرر الذي لحق المصاب¹) وعرفه آخرون بأنه (أداء ما وجب من عمل معين، أو بدل مالي جبرا للضرر الذي أصاب الغير²).

وبالبحث في النصوص القانونية الجزائرية التي تناولت مسألة التعويض سواء في القانون المدني أو في نصوص الأمر 15-74³ المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار الجسمانية، والأمر 07-95⁴ المتعلق بالتأمين، نجد أنها تضع أحكاما للتعويض دون تحديد لمفهومه، فالمادة 124 قانون مدني تكلمت عن جبر الضرر الحاصل للغير بسبب خطأ المسؤول دون تحديد لنوع الضرر الحاصل الموجب للتعويض، في حين أن المادة الثامنة من القانون 15-74 تتحدث عن جبر الضرر الجسماني المجرد، أما المادة 182 مكرر قانون مدني فقد تحدثت عن الضرر المتمثل في المساس بالحرية أو الشرف أو السمعة، أو ما سمته المادة بالضرر المعنوي، فمن خلال ما تقدم نلاحظ أن شروط التعويض في القانون المدني تختلف عنها في الأمر 15-74 من حيث اشتراط الخطأ من عدمه، وهذا الاختلاف لا يمس بجوهر مفهوم التعويض والذي مكنا تعريفه بأنه بدل الضرر الذي يلزم به المسؤول قبل المضور جبرا للضرر الذي أصابه في جسمه أو اعتباره.

الفرع الثاني: وظائف التعويض: تعددت وظائف المسؤولية المدنية عبر العصور، فكانت تهدف الى معاقبة المذنب والثأر للضحية، ومنع التصرفات المعادية للمجتمع، وإعادة النظام الاجتماعي إلى الحال التي كان عليها قبل حصول الفعل الموجب للمسؤولية، وكذا جبر الضرر الحاصل للمضور، وكل هاته الوظائف هي نتائج لبعضها البعض بطريقة أو بأخرى، فمعاقبة المذنب والثأر للضحية مثلا وظيفتين لا يتصور قيام أحدهما بعيدا عن الثانية، غير أن تطور المجتمعات وتطور الأنظمة القانونية خاصة انفصال المسؤولية الجزائية عن المسؤولية المدنية قلص كثيرا من وظائف المسؤولية المدنية، وأهم تغيير هو ما مس بالمركز القانوني لأحد أطراف المسؤولية الذي أصبح في مركز المسؤول لا في مركز المذنب، وهذا

¹ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، الأحكام العامة، المجلد الأول، ط 05، مكتبة زين الحقوقية، القاهرة، 1992، ص 507.

² العكام محمد فاروق، طريقة تعويض الضرر ووقت تقدير التعويض: دراسة فقهية مقارنة، مجلة كلية دار العلوم، القاهرة، عدد 34، عام 2005، ص 11.

³ الأمر رقم 15-74 المؤرخ في 06 محرم عام 1394 الموافق ل 30 يناير سنة 1974 يتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار، معدل ومتمم بالقانون 31-88 المؤرخ في 30 يناير 1988 ج ر 29.

⁴ أمر رقم 07-95 مؤرخ في 23 شعبان عام 1415 الموافق ل 25 يناير سنة 1995، يتعلق بالتأمينات ج ر رقم 13، المعدل والمتمم ب القانون 04-06 مؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق ل 20 فبراير سنة 2006، ج ر عدد 15.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

التعديل عصف بوظيفة العقاب ووظيفة الثأر بمفهومها الجزائي على الأقل، وعلى ذلك أصبحت المسؤولية المدنية تضطلع بثلاث وظائف، وظيفة معيارية، ووظيفة إصلاحية، وفي بعض الأنظمة وظيفة وقائية.

بالنسبة للوظيفة المعيارية فتتعلق أساسا بكيفية تصرف الفرد في المجتمع بما يتماشى مع القوانين السائدة، فالقانون يلقي التزاما على كل فرد مخاطب به بعدم الإضرار بالغير، يتعلق الأمر بالوظيفة الأخلاقية للانتقام، ومحاربة السلوك الغير طبيعي في المجتمع، فالوظيفة المعيارية تتعلق أساسا بتبرير الدور المركزي للخطأ من خلال تحديد نوع الخطأ الموجب للمسؤولية بناء على معيار محدد هو معيار رب الأسرة العاقل أو معيار الرجل العادي¹.

أما بالنسبة للوظيفة الوقائية فلا أحد يجادل في أن درهم وقاية خير من قنطار علاج، ومنع الضرر أقل تكلفة من جبره، ويكون ذلك بقبول فكرة الوظيفة الوقائية للمسؤولية المدنية وهي فكرة صعبة القبول والتصور خاصة أن المضرور لا يمكنه أن يقدم طلب قضائي يتضمن التعويض عن ضرر افتراضي لم يحدث بعد، غير أن المسألة لا تتعلق بطلب تعويض بقدر ما تتعلق بطلب منع وقوع الضرر، وهو الأمر الذي يجب أن نفهم في ظله فكرة الوظيفة التعويضية للمسؤولية، كما أن فكرة استباق وقوع الضرر هي فكرة دارجة في التطبيقات القضائية حيث يتعلق الأمر بالأوامر الاستعجالية التي يصدرها قاضي الاستعجال كالحجز التحفظي الذي يعتبر مثال صريح عن الإجراء الوقائي المانع من وقوع ضرر يصعب جبره بعد ذلك²، بل هي فكرة موضوعية غير غريبة عن القانون المدني بحد ذاته ففي المادة 140 فقرة 03 يتحدث المشرع الجزائري في جواز أن يطالب من كان مهددا بضرر يصيبه من جراء تهدم البناء من المالك أن يقوم بالتدابير الضرورية لمنع وقوع الضرر، وفي حالة تعنت المالك يجوز له أن يحصل على إذن من المحكمة باتخاذ هاته التدابير على حساب المالك.

وأخيرا الوظيفة الإصلاحية التي يمكننا القول بصدها أن وظيفة المسؤولية المدنية يتركز جوهرها في التعويض، وأن التعويض يكتسي وظيفة إصلاحية تتمثل في جبر الضرر، ولكن هل تقتصر هذه الوظيفة على مجرد الإصلاح أم تمتد وظيفة التعويض إلى العقاب؟

¹ Mustapha MEKKI, Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve du numérique : l'exemple des logiciels prédictifs, Dalloz IP/IT : droit de la propriété intellectuelle et du numérique, 2020, 12, p.672.

² JOURDAIN-FORTIER CLOTIDE, Vers de nouvelles fonctions de la responsabilité civile ? Perspectives d'évolution de la responsabilité civile en droit français et algérien, annales de l'université d'Alger, volume 30, numéro 03, 2016, p 98-99.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

أولاً: الوظيفة العقابية: كانت الشرائع القديمة ترى أن الشخص ملزم لا في ذمته المالية فحسب بل والبدنية معها، لهذا كان جزاء المسؤولية عقوبة بكل ما تحمله هذه الأخيرة من معنى حيث كان القانون الروماني يعتبر الفعل الضار جريمة يترتب عنها غرامة مالية يراعي القاضي في تطبيقها جسامة الخطأ والتي كانت في الغالب تتجاوز الضرر¹، وقد فرق بين الجرائم وشبه الجرائم، وحدد شبه الجرائم بأربعة حالات:

✓ جعل القاضي القضية قضيته (fait le procès sien) وهي الحالة التي يصدر فيها القاضي حكماً متحيزاً بسبب قلة خبرته أو عدم تبصره، ففي هذه الحالة لا يمكن اعتباره قد ارتكب جريمة، بل كل ما في الأمر أنه مخطئ فيحاسب عن الخطأ وذلك بترك تقدير قيمة هذا الخطأ للناظر في الدعوى، وضابطه في ذلك ليست قيمة الضرر بل يقدر الجزاء وفق مقتضيات العدالة.

✓ القاء شيء صلب أو سائل من دار ما يتسبب بضرر للغير ونفس الشيء بالنسبة لتعليق شيء بحيث يكون مطلاً على الطريق العام وكان من شأنه أن يحدث ضرراً بالغير، وهنا وضع قانون جوستينيان عقوبة قدرها عشرة (10) دنائير ذهبية واقعة لا على من قام بالفعل بل على المالك أو الساكن أو المستأجر ولو كان بدون أجر، وفي هذه الحالة أيضاً قدر الجزاء تقديراً ثابتاً بعيداً عن قيمة الضرر.

✓ نثر أو إراقة أو القاء أشياء في الطريق فالجزاء بوجه عام يقدر بضعفي قيمة ما أحدثه من ضرر، وبذلك تبرز صفة العقوبة أكثر من مجرد التعويض.

ما يقع من سرقات وغيرها من الجرائم في السفن والاسطبلات والفنادق.

ونجد نفس المبدأ في قانون أكوليا في ما يتعلق بدعوى الضرر التي تقع تعدياً (dammi injuriae) أي بغير حق، والتي قررت مبدأ آخر للتعويض أو الجزاء فمن قتل عبداً أو حيواناً من ذوات الأربع على شرط أن يكون من المواشي كالأغنام والأحصنة والأبقار... الخ، فجزاؤه دفع أقصى قيمة وصل إليها الشيء السنة المنصرمة، فإن كان على سبيل المثال الضرر وقع على فرس عرجاء غير أنها لم تكن كذلك في السنة السابقة على سنة وقوع الضرر، فإن الجاني يدفع أقصى قيمة لها وصلت لها أو مثيلاتها في السنة

¹ راجع في ذلك كل من، عبد العزيز فهد، مدونة جوستينيان في الفقه الروماني (Institutes de justinien)، دار الكاتب المصري، القاهرة، سنة 1946، ص 258-265. / محمد معروف الدواليبي، الوجيز في الحقوق الرومانية وتاريخها، ج 01، ط 05، مكتبة الشرق ومطبعها، حلب، 1963، ص 417-418.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

المنصرمة على أساس أنها سليمة من العرج، فإن كان الفعل الضار لم يقع تعدياً فإن قيمة التعويض تحسب بأقصى قيمة للشيء في الشهر المنصرم وفق نفس المبدأ السابق¹.

يلاحظ في كل الأمثلة السابقة أن التعويض يعد ضرباً من ضروب العقوبة. والفعل الضار هو من قبيل الجريمة الجنائية، حتى أنهم نظموا تحت باب شبه الجريمة مما يفيد بنظرتهم الجنائية للفعل الضار، وقد تأثرت القوانين القديمة بالقوانين الجرمانية والقانون الفرنسي القديم بهذه النزعة، وبقي أثر من آثار المزج بين الدعوى الجنائية والمدنية فيها، فبالرغم من بروز فكرة التعويض واعتبار فكرة العقوبة فكرة بائدة إلا أن بعض الفقهاء حاولوا بعثها من جديد في مطلع القرن العشرين، فنأى بعضهم بإحيائها على شكل العقوبات الخاصة التي كانت في القانون الروماني في شكل غرامات محددة مسبقاً، أما الفقيه Starck فنأى بالفصل بين التعويض الذي يتم وفق نظرية الضمان وهي نظرية من نظريات التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، وبين العقوبة الخاصة التي تكون جزاءاً للمسؤولية الشخصية القائمة على فكرة الخطأ².

ورغم ما تعرضت له نظرية العقوبة من انتقادات فإن بعض الأنظمة القانونية لازلت تأخذ بها إلى يومنا هذا، كالنظام القضائي الكندي الذي قرر أنه خلافاً للتعويض الإصلاحي الذي يناط بالضرر، فإن مناط التعويض العقابي جسامه الخطأ وأنه جزاء للسلوك العدواني أو سوء النية³.

ثانياً: التعويض الإصلاحي: إن نظرية التعويض كفكرة تقف حدودها عند جبر الضرر كانت نتيجة حتمية لانفصال المسؤولية المدنية عن الجزائية، وأصبح التعويض يهدف من ورائه لجبر الضرر وفي حدود الضرر، فطالما أن الفعل لا يشكل جريمة فلا يسأل فاعله إلا في ذمته المالية، ولا يهدف من ذلك إلا إلى إصلاح ما فسد، وحتى في حالة التعويض الناجم عن فعل مجرم فالتعويض المستحق في الدعوى المدنية بالتبعية يخضع لنفس معايير التعويض الناجم عن الخطأ التقصيري، ووظيفته جبر الضرر لا عقاب الجاني.

وتبرز الوظيفة الإصلاحية للتعويض بصفة أكبر في المسؤولية القائمة على مجرد الفعل دون البحث في وجود الخطأ من عدمه، فالضرر أياً كانت قيمته إذا ما ارتبط ارتباطاً سببياً بالفعل أياً كان سببه يقيم المسؤولية ويلزم فاعله بتعويضه، بينما في المسؤولية الشخصية التي تركز على الخطأ لقيامها بالأمر

¹ عبد العزيز فهد، مدونة جوستينيان في الفقه الروماني (Instites de justinien)، المرجع السابق، ص 257.

² مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992، ص ص 87-88.

³ حسية معامير، التعويض الإصلاحي والعقابي في نظام المسؤولية المدنية، مجلة الحقيقة مج 16، ع 01، 2017، ص 527.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

في بدايته كان فيه شيء من العقوبة، فقد كان التعويض يقدر بحسب جسامه الخطأ وفق نظرية الخطأ الجسيم، والخطأ التافه، والخطأ العادي، غير أن هذه النظرية سرعان ما سقطت لأن المضرور يستحق التعويض لمجرد الخطأ سواء كان هذا الخطأ جسما بحيث لا يتوقع من الشخص المهمّل، أو كان تافها بحيث لا يتوقع من الشخص الحريص، وطالما كان الأمر كذلك فإن الخطأ ركن في المسؤولية المدنية الشخصية على خلاف من الضرر فهو فوق من ذلك مناهها ومعيّار تقدير قيمة التعويض فيها، وعلى هذا الأساس فالتعويض في التشريعات الحديثة ومنها التشريع الجزائري لا يفرق بين وظيفته في النظرية الشخصية ووظيفته في النظرية الموضوعية، ففي كلاهما يشمل التعويض ما نصت عليه المادة 182 قانون مدني ما لحق من خسارة وما فات من كسب، وهو بذلك لا يعدو أن يهدف إلى إصلاح ما أفسده الضرر دون البحث في عقاب المسؤول وهذا هو جزء المسؤولية المدنية، فحيث يحقق هذا الهدف تنقضي المسؤولية وتتوقف عند هذا الحد.

المطلب الثاني- شروط استحقاق التعويض: من خلال دراستنا لوظائف التعويض خلصنا إلى أن التعويض جزء للمسؤولية المدنية، وبذلك يمكن القول أن التعويض يستحق بتوافر شرط واحد هو شرط قيام المسؤولية وهو قول صحيح إلا أن قيام المسؤولية المدنية لا تقوم إلا بتوافر الخطأ كأصل عام، والضرر، والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، وعلى هذا الأساس ندرس ركن الخطأ (الفرع الأول) ثم نتنقل لدراسة ركن الضرر (الفرع الثاني)، وننتهي بدراسة ركن العلاقة السببية (الفرع الثالث).

الفرع الأول - ركن الخطأ: بالرجوع لنص المادة 124 قانون مدني جزائري يمكننا ببساطة الوقوف على الدور الذي يلعبه الخطأ في قيام المسؤولية المدنية التقصيرية، و الأمر لا يختلف في المسؤولية العقدية، وفي القوانين المقارنة أعتبر القانون الفرنسي الخطأ أساسا للمسؤولية المدنية في كل من المادة 1382 من قانون نابليون أو في المادة 1240 من القانون المدني الفرنسي لسنة 2016، وهو نفس الأمر بالنسبة للقانون المصري في مادته 163، غير أن هذا الأمر لا يجب أن نفهم من ورائه أن الخطأ قد بقي ثابتا متربعا على عرش الاستقرار، فكثيرا ما تم الالتفاف عليه إما باشتراط درجات معينة في جسامته، أو باستبعاده تماما كأساس للمسؤولية المدنية لتبرز لنا نظريتين للمسؤولية المدنية، نظرية شخصية (أولا) ونظرية موضوعية (ثانيا).

أولا- الخطأ كأساس للنظرية الشخصية: وتسمى أيضا بعدة مسميات كالنظرية الذاتية، أو الخطئية، وهي نظرية تقيم من الخطأ أساس لقيام المسؤولية المدنية عقدية كانت أو تقصيرية، فالخطأ في هذه النظرية ركن جوهري وقاعدة عامة أما النظرية الموضوعية فليست إلا استثناء لا يجب الأخذ به إلا

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

في إطار وجود نص يقر بخلاف الأصل¹، فالشخص عند أنصار النظرية الشخصية وبغض النظر عن أي تعاقّد يسأل عن أي ضرر يسببه للغير بخطئه ويلزم بالتالي بتعويضه²، فهم لا يستسيغون فكرة قيام المسؤولية دون الخطأ، وهذا راجع إلى اعتبارات تاريخية متعلقة أساساً بتأثير القانون الروماني على القانون الفرنسي القديم كما سبق بيانه فيما يتعلق باختلاط فكرة التعويض بالعقوبة الخاصة.

وعلى ذلك فالتمسك بفكرة الخطأ وإن كان له اعتبارات تاريخية إلا أنه لا يجعل من التعويض لدى أنصار الخطأ في القوانين الحديثة مشابهاً لنظرية العقوبة لدى الرومان والقوانين المتأثرة به، لأن هذا الارتباط التاريخي ليس بتلك القوة من جهة، ومن جهة أخرى أن الارتباط بين القوانين الحديثة ومصدرها التاريخي القانون الروماني ارتباط جد ضعيف، لا يبرز إلا عند التعمق في دراسة فكرة وأساس نظرية الخطأ التي لاقت رواجا لها بصدور القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 الذي تمت صياغته في ظل تسيد المذهب الفردي الذي يولي أهمية كبيرة للفرد وتطوره وفتح المجال أمامه للعمل والصناعة، فكان من المحتم أن توفر له الظروف التي تسمح بتحفيظه على العمل وتطمئنه، وهو الأمر الذي يوفر اشتراط فكرة الخطأ لقيام مسؤوليته فلا يفاجئ بمطالبته بالتعويض دون أن يأتي تصرفاً خاطئاً يستوجب ذلك، وهذا ما جعل فكرة الخطأ تحظى بتأييد من كبار الفقهاء مثل (Ripert) و(Leon et Henry Mazo) الذين حرصوا على تطويرها³.

01- تعريف الخطأ: يعتبر الخطأ في نظام المسؤولية المدنية هو الشرط الفني اللازم لقيامها لأنه يشكل الحدث المولد لها⁴، وتعددت تعاريف الخطأ عند الفقهاء، فالخطأ يندرج تحت أعمال لا حصر لها من السلوك الإنساني، ومفهومه يختلف باختلاف الاوضاع والمجتمعات، والأجناس، فما قد يعتبر خطأ لدى شخص في مجتمع معين قد لا يعتبر كذلك لدى نفس الشخص في مجتمع آخر، وعلى ذلك كان من الصعوبة بما كان وضع تعريف دقيق لفكرة الخطأ وبالأخص في نطاق المسؤولية التقصيرية إذ أنه في المسؤولية التعاقدية يعتبر خطأ كل إخلال بالتزام تعاقدى سواء كلياً أو جزئياً.

ولم تضع التشريعات المدنية تعريفاً للخطأ وتركت الأمر للفقهاء، فمن الفقهاء من يذهب إلى عدم وجود أي تعريف قانوني للخطأ بل ومن المستحيل وضع مثل هذا التعريف، ومنهم من ذهب إلى أن عبارة

¹ علي حسن الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، ج 02، ط 01، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2006، ص 59.

² سمير سهيل دنون، المسؤولية المدنية عن الآلات الميكانيكية والتأمين الإلزامي عليها، دراسة مقارنة، د ط، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2005، ص 99.

³ سمير سهيل دنون، المرجع نفسه، ص 100.

⁴ Virginie Larribau-Terneyre, Droit Civil, Les Obligations, 18^e édition, Dalloz, 2022-2023, P18.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

الخطأ عبارة فضفاضة متعددة المعاني يمكن لكل شخص تفسيرها بما يحلو له، ومنهم من ذهب على أنه نظرا إلى صعوبة وضع تعريف لفكرة الخطأ يجب الاستغناء عنه وتبني نظرية المسؤولية الشيئية¹.

وبخلاف من ذلك حاول شق من الفقهاء تعريف الخطأ، فمنهم من خلط بين فكرة الخطأ وفكرة الرابطة السببية كالفقيه Raymond Saleilles الذي قال إننا عندما نقول لشخص ما إنك أخطأت فنحن نريد التعبير بأن فعله هو السبب في حدوث الضرر، وهناك من خلط بين فكرة الخطأ والضرر كالفقيه Leclerqu الذي كان نائبا عاما لدى محكمة النقض البلجيكية والذي عرف الخطأ بأنه المساس بسلامة الغير أو بماله².

ولعل أهم تعريف للخطأ هو التعريف الذي وضعه الأستاذ بلانيول حيث عرف الخطأ بأنه الإخلال بالتزام قانوني سابق، وعلى هذا الأساس يتساءل الأستاذ السهوري ماهي الالتزامات التي يعتبر الإخلال بها خطأ؟ ويجيب نفسه على لسان بلانيول بأنها محصورة في أربع التزامات هي على التوالي: أولها الامتناع عن العنف، وثانيها الكف عن الغش، أما الثالث فهو الإحجام عن العمل الذي لم تنهأ له أسباب القوة والمهارة، وآخرها اليقظة في تأدية واجب الرقابة، وهذا ليس بتعريف للخطأ بقدر ما هو تقسيم لأنواعه³.

انتقد هذا التعريف أشد انتقاد، على اعتبار أن تحديد الخطأ بالإخلال بالتزام قانوني سابق يفرض علينا تحديد جميع واجبات الشخص حتى يمكننا القول عندما يلحق هذا الشخص ضررا بالآخرين، أنه وبلاستناد إلى واجباته المحددة سلفا قد ارتكب خطأ، ومن المستحيل على الكل أيا كانت صفته أن يحدد مسبقا هذه الواجبات، لأن الأفعال الضارة هي وقائع تتولد عن ممارسة الانسان لمختلف نشاطاته الإجتماعية، كما أن تعريف بلانيول يقهر القاضي درجة إلى الوراء فبدلا من بحثه في توافر الخطأ يبحث أولا في مدى توافر واجب يفرض على المدعى عليه الامتناع عن ذلك الفعل بالذات⁴.

وفي اتجاه آخر حديث تؤكد الدراسات الحديثة المقارنة بوجود التزام آخر يتمثل في الالتزام بتقديم المساعدة، وهو الواجب الذي تكافح الأنظمة القانونية الأوروبية لإدراجه في اطار قانوني لأنه التزم لا يثير أي شكوك من ناحية أخلاقيته، كما يجدون له مبررا في أن هناك مسؤولية عن الفعل الغير المشروع في

¹ علي حسن الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 64.

² علي حسن الذنون، المرجع نفسه، ص 65-68.

³ عبد الرزاق أحمد السهوري، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، مرجع سابق ص 881.

⁴ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، الأحكام العام، المجلد الأول، ط 05، مكتبة زين الحقوقية، مصر، 1992، ص 192.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

حالات الإهمال المحض وهو ما يعتبر نتيجة للتطور الذي لمس نظرية المسؤولية المدنية على مر العصور¹، وقد ذهب الفقه الغربي في تأطير هذا الواجب في القانون الجنائي إلى القول أن فرض مثل هذا الواجب يتطلب الإجابة على تساؤل مفاده ما إذا كان المسؤول مفروض عليه واجب يدعى واجب الرقابة، كمن يمر بجوار طفل يغرق دون تقديم مساعدة، حيث لا حظ الفقه أنه يجب أن تفرض المسؤولية عن التقصير فقط بقياس نسبة التناسب بين عدم العقاب وانتهاك الحرية، أي بعبارة أخرى إذا كان التقصير بلغ درجة أن تسبب بموت الضحية فإن القانون الجنائي يجب عليه التدخل دون مراعات واجب الرقابة من عدمه، وبالتالي فواجب الرقابة الجنائي يحمل معناه العادي الموجود في القانون المدني، بحيث يكون الشخص مدينا بواجب الرعاية لشخص آخر، بحيث يكون من المتوقع بشكل معقول أن تسبب أفعاله أو تقصيره في الحاق الضرر بشخص آخر²

وانطلقا من تعريف بلانيول، ذهب كل من ريبير وسافتييه إلا أن الاخلال بالواجب القانوني السابق لا يشترط فيه أن يكون محددا سلفا أو منصوصا عليه صراحة، حيث عرف سافتييه الخطأ هو اخلال بالتزام قانوني سابق كان في وسع المخل أن يتبينه وأن يلتزمه، ثم بدأ في تحديد هذا الواجب بأنه إما أن يكون منصوصا عليه في القانون، أو في العقد، أو أن يكون التزاما أدبيا، وانتقد هذا الرأي أيضا على أن الالتزامات الأدبية معظمها لا يرقى لدرجة الالتزام المدني³.

أما الأستاذ الكبير السهوري فقد تبني فكرة الواجب القانوني العام بعدم الاضرار بالغير وباتخاذ الحيطة اللازمة بعدم الاضرار به واعتبره التزاما ببذل عناية دائما على خلاف منه في المسؤولية العقدية، إذ هو فيها التزم بتحقيق غاية، وبذل العناية يتحقق بأن يصطنع الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير⁴.

إن حيلة اعتبار الالتزام القانوني العام بعدم الإضرار بالغير التزاما ببذل عناية هو تحويل لنظرية وفكرة الالتزام بعدم الاضرار بالغير، فالنظرية قامت أول ما قامت على اعتبار هذا الواجب القانوني العام التزم بتحقيق غاية لا مجرد بذل عناية، وقد تقدم في دراستنا للإثبات أنه على المدعي طبقا لنص المادة

¹ Witord Borysiak, Tort liability for a failure to render assistance in a comparative perspective, Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol. 29 (6), Sage journals, 2022, p 651.

² Catherine Elliott, Liability for Manslaughter by Omission : Don't Let the Baby Drown !, The Journal Law, Vol 74, Issue 02, SAGE Journal 2010, P 164-166.

³ راجع في ذلك كل من عبد الرزاق أحمد السهوري، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، مرجع سابق ص ص 879-880/ سليمان مرقس المرجع نفسه، ص 195. / علي حسن الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 87.

⁴ عبد الرزاق أحمد السهوري، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، مرجع سابق ص ص 881-882.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

323 قانون مدني أن يثبت الالتزام، كما أثبتنا في بحثنا أن عبء الإثبات يقع على مصدر الحق المدعى بوجوده أو بزواله، والالتزام في هذه الحالة ليس مصدر لأنه لا توجد قاعدة قانونية تقرر مصدرا أوليا يفيد بعدم الإضرار بالغير، والمادة 124 قانون مدني تقرر التزاما جزائيا يقع على عاتق من أضر بالغير دون أن تقرر أن الإضرار بالغير التزام عام، كما أن اعتبار هذا الالتزام حتى على فرض وجود مصدره واجبا عاما فهذا يقتضي كما تقدم أن نحدد ماهي هذه الالتزامات التي تضر بالغير، وهو ما يقلب قواعد عبء الإثبات ليتحمل المدعى عليه إثبات أن الفعل الذي أثاره لا يدخل في الحالات التي لا تخول له الإضرار بالغير، وهذا ما جعل أنصار هذه النظرية يلتجؤون إلى حيلة اعتبار هذا الواجب العام التزاما ببذل عناية حتى يتبرروا ذلك¹.

أما بالنسبة للتشريع فقد تبني المشرع المصري فكرة الالتزام العام بعدم الإضرار بالغير، الأمر الذي يقتضي تبصرا في التصرف، ومخالفة ذلك تنطوي على الخطأ²، ونفس الأمر بالنسبة لمحكمة النقض المصرية³ وبالرجوع الى التطور التاريخي للمسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري فقد مر بمرحلتين يفصل بينهما القانون 10/05 المتضمن تعديل القانون المدني⁴، ففي المرحلة السابقة عليه يتعلق الأمر بالأمر 58/75 الذي اقتبس فيه المشرع نصوص المسؤولية المدنية من القانون المدني المصري كما هي.

في ظل حقيقة استحالة تحديد الالتزامات التي يعتبر الاخلال بها خرقا له، تحتم الالتجاء على الأقل إلى معيار يضبط به متى يكون سلوك الشخص مقبولا تنتفي عنه فكرة الخطأ، ومتى يكون سلوكه غير مقبول ويعتبر من قبيل الخطأ، وفي الحالتين وطالما أن الفعل المجرد هو سلوك، وأن الشخص لا بد أن يكون متبصرا محتاطا في إتيان سلوكه، فإن الفعل الخاطئ هو انحراف في ما يتطلبه السلوك المجرد، ولا يكفي مجرد الانحراف حتى يمكننا اصباح الفعل بصيغة الخطأ بل يجب فوق من ذلك أن يصدر عن إدراك ووعي، وما يقال في الركن المعنوي للجريمة بأنه علم وإرادة يصلح أن يقال هنا، إلا أنه يضاف إليه الفعل المادي أو ما يطلق عليه فقها بعنصر التعدي، فالسؤال المطروح مفاده متى يمكن أن يقال أن

¹ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، الأحكام العام، ص 198

² الحكومة المصرية، وزارة العدل، مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني، ج 02، الالتزامات، مصادر الالتزام، من المادة 89 إلى المادة 264، مطبعة دار الكتاب العربي، مصر، دون سنة، ص 354.

³ الحكم 15260 لسنة 79 قضائية، حكم صادر عن الدائرة التجارية والاقتصادية بتاريخ 2016/03/13. <https://2u.pw/SIFK5647>.

⁴ القانون رقم 10/05 مؤرخ في 13 جمادي الأولى عام 1426 الموافق ل 20 يونيو سنة 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1957 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج ر عدد 44 الصادرة بتاريخ الاحد 19 جمادي الأولى عام 1426 الموافق ل 26 يونيو سنة 2005.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

الشخص قد كان متعديا عن إدراك؟ أي متى يوصف الفعل الصادر عن إدراك ووعي بأنه خطأ؟ نجد إجابة هذا السؤال في دراسة عناصر الخطأ.

02- عناصر الخطأ: تقدم القول انه لا يمكن نسبة الخطأ إلى لشخص واعي، أي أن الخطأ يتشكل من الفعل المجرد بذاته وهو فعل يمس بحق من حقوق الغير دون حق وسماه الفقهاء التعدي، ثم الإدراك فندرسهم تاليا.

الفقرة 01- عنصر التعدي: إن عنصر التعدي عنصر موضوعي بحث وهو كما تقدم صراع بين الحقوق، فإذا قام التعدي مع الإدراك قام ركن الخطأ، وإذا انتفى التعدي انتفى معه قيام الخطأ.

أ- مفهوم التعدي: خلصنا إلى أن الانحراف فيما يتطلبه السلوك المجرد هو الخطأ، وهذا مفهوم صحيح لفكرة الخطأ، ولكن الأصح من هذا المفهوم هو القول أن الانحراف عما يتطلبه السلوك المألوف هو التعدي، ولهذا قلنا أن الخطأ هو انحراف الشخص فيما يتطلبه السلوك المألوف مع إدراكه بذلك، وعلى ذلك فالتعدي تجاوز فيما تقتضيه ضرورة التبصر واليقظة في السلوك فإذا ما خالف الشخص هذا الشرط، أي اليقظة والتبصر كان مخطئاً.

فإذا اعتبرنا أن التعدي هو انحراف في السلوك المألوف، وإذا ما نظرنا إلى هذا الاعتبار على أنه رأي لا جدل فيه، فالسؤال الذي يطرح هنا يتعلق بالمعيار الذي يمكننا من خلاله الحكم على شخص ما أنه انحرف في سلوكه عن المألوف، فهل نأخذ السلوك المألوف بمقياس الرجل الحريص، أم الرجل العادي، أم الرجل المهمل، وبعد ذلك هل نعتد في هذا المعيار المختار بالظروف الشخصية للمتعدي، أم نأخذ بالمعيار الموضوعي المجرد عن كل ظرف شخصي؟

انقسم الفقه في الإجابة على الأسئلة أعلاه، فمنهم من نادى بأن نأخذ في السلوك المألوف بالمعيار الشخصي، فننظر إلى شخص المعتدي بحد ذاته، أي إلى المعتدي بعينه ولا نقيس على سلوكه سلوك شخص آخر، فإذا عرف عن هذا الشخص في سلوكياته في العادة الغالبة أنه شخص متبصر يقظ وحريص فإن أي انحراف بسيط منه يعتبر تعدياً، لأن السلوك المألوف لهذا الشخص يتسم بالحرص، وعلى خلاف من ذلك إذا عرف على شخص ما طيشاً بينا في سلوكياته وقلة في التبصر فإنه يتطلب قدراً من الجسامة يتناسب مع وعيه ليعتبر أن في سلوكه انحرافاً عن المألوف¹.

¹ أبو سرور أسماء موسى اسعد، ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني، أطروحة مقدمة استكمالاً للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2006، ص 68.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

وذهب رأي آخر إلى التفرقة بين الفعل العمد والفعل الغير عمد، ففي الفعل الغير عمدي يؤخذ بالنظرة الموضوعية، بل ذهبوا إلى القول أن الأمر لا يختلف حتى لو اخذنا بالنظرة الشخصية، أما إذا قصد الشخص من سلوكه الاضرار بالغير كالقتل، والسرقه، والضرب العمدي، فالمعيار هنا في نظرهم دائما ما يكون ذاتيا حيث ينظر للفعل من خلال ذات فاعله ودرجات حرصه، ويقظته، وفطنته، وذكائه، فإن كان شديد الحرص نظرنا لفعل التعدي الذي أتاه هل يعتبر انحرافا في السلوك بالنسبة له أم لا، فإن كان شديد الحرص، واليقظة فأقل انحراف في سلوكه يعتبر تعديا، وإن كان شخصا خامل الهمة، قليل الفطنة، مهملا فلا بد أن يبلغ سلوكه مبلغا من الجسامه يتحقق معه التوفيق بين خصائص ذاته والانحراف الحاصل في سلوكه، كما قد يكون شخصا عاديا كجمهور الناس وهذا هو مدخل المعيار الموضوعي إلا أنه لا ينظر له إلا من الجانب الشخصي، فيقاس الانحراف دائما مقياسا ذاتيا فيكون الانحراف في السلوك تعديا ذلك الانحراف الذي يعتبره هذا الشخص في مقياس حياته العادية انحرافا في السلوك وهو ما يتفق فيه مع جمهور الناس¹.

بينما ذهب الرأي الراجح إلى أن المعيار الواجب الأخذ به هو المعيار الموضوعي المجرد من كل ظرف شخصي، وفي ذلك بقول الأستاذ السنهاوري بأن المعيار الذي يجب أن نقيس به مدى الانحراف في السلوك هو معيار الشخص العادي الذي يمثل جمهور الناس، فلا هو خارق الذكاء شديد اليقظة فيرتفع على الذروة ولا هو محدود الفطنة خامل الهمة فينزل إلى الحضيض²، وهذا هو الرأي الذي يرى الباحث أنه الأجدر بالاتباع، ذلك أن الارتكان للمعيار الشخصي يرمي بالقاضي للبحث في خوالج النفس، فيبحث عن فطنة المسؤول عن الفعل الضار، ويقظته في حياته العادية، وسلوكياته المعتادة، وهي أمور خفية لا يمكن تبينها، كما أن مكن الصعوبة فيها أنها ليست أمور تقنية يمكن للقاضي أن يتركها فيها إلى انتداب خبير ليحسمها حسما علميا، فهي لو كانت كذلك لكننا بصدد البحث في عنصر الإدراك لا عنصر التعدي، أي البحث في مدى أهلية المسؤول، والبحث في الأهلية ينفي المسؤولية أو يقيّمها جملة واحدة دون أن يفرق بين الحريص والمهمّل، وبين الفطن والبليد.

كما أن المعيار الشخصي يضر بالمضروور فوفا من الضرر الحاصل له، فما ذنب المضروور الذي وإن كان حسن النية ليضعه القانون موضع الشخص سيء الحظ الذي ولسوء حظه تضرر بسبب سلوك خاطئ بالنسبة له وبالنسبة لسلوكه في حياته اليومية أتاه شخص بليد غير فطن يعتبر بالنسب له سلوكا

¹ عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، ج 01، دار المطبوعات الجامعية، 2015، ص 70-71.

² عبد الرزاق أحمد السنهاوري، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، مرجع سابق، ص 884.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

عاديا لا انحراف فيه، فهذا المعيار يفيد المسؤول بسبب عدم تبصره وفطنته وبلادته في سلوكياته اليومية، أما في المعيار الموضوعي المجرد فلا يجد القاضي نفسه في كل قضية يبحث في مكنونات المدعى عليه بعينه، وفي سلوكياته، وعاداته اليومية، بل يقضي بمعيار موضوعي يحدده جمهور الناس فهو المقياس المؤلف الذي لا يختلف عليه اثنان، ومن جهة أخرى لا يفاد في هذا المعيار المسؤول من بلادته، ولا يجازى المضروب بتهوره، فهو معيار يفرض الحرص والفطنة بدرجة معينة على المسؤول والمضروب على حد سواء.

غير أن السؤال المطروح كيف يتبين القاضي أن سلوكا معيننا يعتبر انحرافا عند جمهور الناس؟ ألا يكون ذلك بابا لحكم القاضي بعلمه الشخصي؟ أو كما قال خصوم هذا المعيار أن هذا المعيار يجعل من القاضي يعتبر نفسه هو النموذج الأمثل للسلوك السوي العادي بينما قد لا يكون كذلك¹.

يبدو أن عدالة هذا المعيار لا تثبت عند التعمق في النظر، فهي تعطي فردا وهو القاضي أحقية تحديد ما يعتبر سلوكا مألوفاً وما لا يعتبر كذلك، وذهب أنصار هذا المعيار إلى التعويل على مبدأ التقاضي على درجتين، وعلى التشكيلة الجماعية لمحكمة الاستئناف، وكذا رقابة محاكم النقض على تكييف الخطأ، إلا أن هذا الدفع يؤخذ عليه أن تعدد القضاة غير متوفر دائما، فالقسم المدني في التنظيم القضائي الجزائي يتشكل من قاضي فرد، وهو القسم الذي تبدأ منه الدعوى، وهو القسم الذي يعول عليه الخصوم بالدرجة الأولى، من جهة أخرى فإن رقابة المحكمة العليا على تكييف الخطأ رقابة غير مباشرة على التكييف وهو ما سندرسه لاحقا.

ب- حالات انتفاء التعدي: تقدم القول أن التعدي انحراف في السلوك، وطالما وجد هذا الانحراف فالتعدي قائم، ولم يبقى إلا أن يسند هذا التعدي بالإدراك ليقوم الخطأ كاملا، غير أن القانون المدني حدد حالات لا يقوم فيها تعدي حتى مع الانحراف في السلوك.

ب 01- الدفاع الشرعي: نصت المادة 128 قانون مدني على حالة الدفاع الشرعي، ويجدر بنا التنبيه منذ البداية لما في ذلك من أهمية في دراسة هذا العنصر، إلى أن نص المادة 128 مأخوذ من القانون المدني المصري في مادته 166 وبنفس العبارات اللهم تغييرا بسيطا لا أثر له.

ب 01-01- الشروط المتطلبة في الاعتداء: إن الدفاع الشرعي حالة واقعية وقانونية نظمها قانون العقوبات تهدم البناء القانوني للجريمة فلا تقوم معه، ولذلك يبدأ المشرع المادة 39 قانون عقوبات بقوله (لا جريمة ... إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع الشرعي...) فالدفاع الشرعي المقصود في

¹ عز الدين الديناصورى، عبد الحميد الشواربي، المرجع نفسه، ص 76.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

نص المادة 39 قانون عقوبات هو نفسه المقصود في القانون المدني، وهو في تعريفه استعمال للقوة لصد اعتداء حال غير مشروع يهدد بالإيذاء حقا يحميه القانون¹ ولا فرق بينهما إلا من حيث الاثر، فهو في المسؤولية الجزائية يهدم الركن الشرعي للجريمة فيخرج الفعل من دائرة التجريم إلى دائرة الإباحة، ولا أدل من ذلك أن المادة 39 جاءت في الفصل الرابع من الباب الأول من الكتاب الثاني تحت عنوان الأفعال المبررة، فيفترض الدفاع الشرعي كسبب من أسباب الإباحة أن الفعل في الأصل هو فعل غير مشروع معاقب عليه، فإن ارتبط بظروف معينة وتوافرت فيه شروط معينة خرج من حكم النص العقابي إلى مجال الإباحة وهي أصل الأفعال.

بينما الدفاع الشرعي في المادة 128 قانون مدني يهدم عنصر التعدي في ركن الخطأ بداية فلا يقيمه فتنتفي معه المسؤولية انتهاء، أي بعبارة أخرى كما يقول الفقيه الفرنسي René Garraud أن الدفاع الشرعي قد اعطى للشخص الحق في القيام بالفعل دون أن يكون مسؤولا عنه لا من الناحية الجزائية ولا الناحية المدنية² غير أن الفارق يتسع أكثر من مجرد هدم عنصر هنا أو هناك، خاصة في ظل نص المادة 128 التي لا تتماهى في أثر الدفاع الشرعي كما تماهى فيه قانون العقوبات الجزائي على ما سيأتي بيانه لاحقا.

وعلى كل حال يشترط ليعتد بالدفاع الشرعي كفعل ينفي التعدي أن تتوافر فيه شروط الدفاع الشرعي كما حددها القانون الجنائي، وأولها وجود خطر محقق يهدد النفس أو المال سواء تعلق بالشخص المدافع أو الغير³، فالمشرع الجنائي يعطي رخصة للأشخاص المخاطبين بنصوص قانون العقوبات أن يدافعوا عن أنفسهم وأموالهم كما يعطيهم الحق في أن يدافعوا على غيرهم، هذا الحق معلق بأن يكون الخطر أو الاعتداء الحال غير مشروع، وبمعنى آخر اعتداء حال على مصلحة يحميها القانون الجنائي خطر بدأ ولم ينتهي بعد⁴، أي يهدد بتحقيق نتيجة إجرامية معاقب عليها في قانون العقوبات، ويجدر التنبيه إلى أن فقهاء القانون الجنائي يجذون استعمال مصطلح الخطر بدلا عن مصطلح الاعتداء، لما قد يثيره هذا الأخير من لبس فيصور أن حق الدفاع الشرعي لا ينشئ إلا عند بداية الاعتداء فعليا، والحقيقة أن حق الدفاع مخول لمجرد التهديد بالخطر، تهديدا حالا ويكون ذلك بصدور تصرفات من الجاني تنبئ

¹ نجيب محمود حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1962، ص 196.

² لين صلاح مطرن موسوعة قانون العقوبات العام والخاص للعلامة ريني غارو، مجلد 02، في الجريمة، في العقوبة الجزائية منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 2003، ص 265.

³ علي فيلاي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، ط 03، موفم للنشر، الجزائر، 201، ص 88.

⁴ نجيب محمود حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة، ص 202.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

بالخطر المحدق بالمدافع حتى ولو لم يبدأ الاعتداء حقيقة¹، وهذا هو المقصود بقول المشرع الجزائري في نص المادة 39 (... إذا دفعت إليه الضرورة الحالة...) أي على وشك الوقوع فهو وإن لم يقع بعد إلا أنه على وشك الوقوع وفق المجرى العادي للأمور².

إن التوسعة من مفهوم الخطر الحال ليشمل فوق الاعتداء مجرد وشوك وقوعه يفترض توسعة أيضا في مفهوم عدم مشروعية الاعتداء، فقد سبق القول أن الدفاع الشرعي يهدف لحماية حق يحميه القانون الجنائي من تصرف يعاقب عليه القانون الجنائي، ووفق البنيان القانوني للجريمة والذي يبدأ بمرحلة التفكير، ثم العزم، ثم التحضير؛ لتبدأ بعدهم مرحلة فاصلة في البنيان القانوني للجريمة ألا وهي مرحلة البدء في التنفيذ تفصل بين الأعمال التحضيرية وبين الشروع في الجريمة أو تمامها.

والبدء في التنفيذ كما يقول الفقهاء هو الحالة التي يغلق فيها الجاني الباب وراءه فلا يمكنه العودة الى المرحلة السابقة، أو كما يقال أيضا أن الجاني قد أحرق سفنه وراءه ودخل مرحلة العقاب على خلاف من المرحلة التحضيرية وما قبلها فهي كأصل عام غير معاقب عليها³، ولما كان الدفاع الشرعي حق مخول لرد الخطر الغير مشروع، أي المعاقب عليه في القانون الجنائي، فإن النتيجة المنطقية تفترض أن الدفاع الشرعي مخول لرد كل جريمة قد بدء في تنفيذها، لأن عدم المشروعية صفة تفعل حقيقة عند البدء في التنفيذ، فلا يمكن القول أن التفكير والعزم والتحضير (بتحفظ) هو فعل غير مشروع، ورغم ذلك فإن المشرع في الدفاع الشرعي يخول للشخص أن يستعمل هذا الحق حتى في المرحلة التحضيرية، وهو ما يفيد أن المشرع وسع من مفهوم العمل الغير مشروع لدرجة أنه قد يستعمل لرد فعل غير مجرم، وهذه هي الحكمة من الدفاع الشرعي الذي لم يقرر لرد اعتداء بل لتفاديه أيضا، وهو ما يجعلنا نقول أن المشرع في الدفاع الشرعي يعتبر المرحلة التحضيرية بدء في التنفيذ إذا بلغت حدا من الجسامه أصبح فيه الخطر وشيكا وإن لم يكن قد بدء فعلا.

ب_ 01_02_ الشروط المتطلبة في الدفاع: ما تقدم بيانه هي الشروط الواجبة التوافر في الفعل الغير مشروع، وهناك شروط أخرى متطلبة في الدفاع، نحاول التطرق لها بشيء من التفصيل لما فيها من أهمية لبحثنا هذا.

¹ احمد فتحي السرور، الوسيط في شرح قانون العقوبات، القسم العام، قانون العقوبات ونطاق تطبيقه، التجريم والإباحة، الجريمة- المجرم- العقوبة، ط 06، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015، ص 442.

² عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، ج 01، الجريمة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995، ص 134.

³ نجيب محمود حسني، المرجع نفسه، ص 394-395.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

كان المشرع الجزائي شديد الوضوح في نطاق استعمال حق الدفاع الشرعي، ولم يقصره على صاحب المصلحة فقط وخوله لكل شخص يرى خطرا وشيكا حالا على مال أو نفس دون اسناد معين، فيجوز أن يمتد حق الدفاع الشرعي إلى نفس الغير كمن يدافع عن شخص يتعرض لمحاولة اغتيال، كما يمتد للدفاع عن مال الغير كمن يدافع عن شخص يتعرض منزله للسرقة. فهذا الشرط لا اشكال فيه لصراحة نص المادة 39 قانون عقوبات وكذا المادة 128 قانون مدني.

أما بالنسبة لأفعال الدفاع فلم يشترط المشرع نوعا معينا على حسب نوع الاعتداء، وسمح بكل وسائل الدفاع دون تحديد، كالضرب، والجرح، والقتل، والخصاء ... الخ، غير أن المشرع علق الدفاع على شرطي اللزوم والتناسب.

فاللزوم يقصد منه أنه لا سبيل أمام المدافع لتفادي الخطر المحدق به إلا بارتكاب جريمة في مفهوم القانون الجنائي، فاللزوم هو إجابة للسؤال: هل كان ارتكاب الجريمة هو السبيل الوحيد لتفادي الخطر؟ فإن كانت الإجابة بنعم قام اللزوم، وإن كانت بالنفي انتفى اللزوم وانتفاء اللزوم ينفي الدفاع الشرعي، ولا يدخل الهرب في أسباب نفي اللزوم لما فيه من جبن يخالف الكرامة الانسانية¹.

أما التناسب فهو الذي تتحدد به حالة تجاوز الدفاع الشرعي، ويقصد بالتناسب تقييد المدافع دفاعه بحد معين من القوة يتناسب مع ما تعرض له من قوة مضادة، ولا معيار مجرد في تحديد مدى التناسب فالمعيار المجرد لا يصلح هنا، لأن الظروف المحيطة بالمدافع هي ظروف شخصية وأنية يجب مراعاتها ولهذا يذهب الفقهاء إلى القول أنه يشترط لفعل الدفاع تناسب ظاهري مع الاعتداء لا تناسب حقيقي²، فلا يطلب أن يكون رد السلاح بالسلاح، ولا رد اللكمة الواحدة بلكمة واحدة، ولا رد الاغتصاب بمجرد الضرب والجرح.

وقد نصت المادة 128 قانون مدني على أن الدفاع الشرعي معلق على عدم مجاوزة القدر الضروري في الدفاع، وأن القاضي يملك عند الاقتضاء إلزام المدافع بتعويض يقدره القاضي، وقد بينا أن نص المادة 128 مستقى لفظا وفحوى من القانون المدني المصري في مادته 166 وقد ورد في الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري شرحا لهاته المسألة بعد أن تم التساؤل عن المقصود من عبارة (...على ألا يجاوز في دفاعه...) فإن كان المقصود منها هو أن المسؤولية تنحصر فقط في حالة تجاوز الدفاع الشرعي فلماذا لا

¹ احمد فتحي السرور، احمد فتحي السرور، الوسيط في شرح قانون العقوبات، القسم العام، قانون العقوبات ونطاق تطبيقه، التجريم والإباحة، الجريمة- المجرم- العقوبة، المرجع السابق، ص 469.

² نجيب محمود حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة، المرجع السابق، ص 225.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

تضاف عبارة تفيد أن التعويض يكون على قدر التجاوز؟ وكانت الإجابة أن النص لا يحتاج إلى ذلك لأن ظاهره يفيد هذا المعنى وهو ما تم التأكيد عليه في قرار اللجنة على أن يكون مفهوماً أن التعويض لا يقتصر على قدر التجاوز¹، وهذا الأمر إن كان له ما يبرره في القانون المصري فهل له ما يبرره في القانون الجزائري؟

قبل الإجابة على هذا السؤال يجب أن ننوه أولاً إلى فرق بسيط في الصياغة بين نص المادة 128 قانون مدني وبين مصدرها التاريخي المادة 166 قانون مدني مصري، فالأخيرة استعملت عبارة (... على ألا يجاوز في دفاعه القدر الضروري، وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة) بينما استعمل المشرع الجزائري عبارة (...وعند الاقتضاء يلزم بتعويض يحدده القاضي)، أما بالنسبة للسؤال فالإجابة عليه تقتضي الإجابة على السؤال التالي: هل يعرف قانون العقوبات الجزائري والقوانين المتصلة به تجاوز الدفاع الشرعي؟

بتتبع المادة 39 قانون عقوبات نجدها تقرر حق الدفاع الشرعي، وتعلقه على شرط التناسب مع جسامته الاعتداء، دون أن تبين جزاء الإخلال بشرط التناسب، وقد بينا أن الدفاع الشرعي هو في الأصل يتم بفعل مجرم قانوناً، إلا أنه ولاقتراحه بطرؤف معينة تسبغ عليه المادة 39 وصف الإباحة، فإذا أردنا أن نرسم خطاً مستقيماً أفقياً ونضع عليه مجموعة من النقاط تمثل البنيان القانون للجريمة وجعلنا أول نقطة فيه تمثل البدء في الدفاع (بدء تنفيذ الجريمة)، والثانية هي اللزوم والتناسب، ونقطة الأخيرة هي تمام الدفاع (تمام الجريمة)، فالنقطة الثانية هي شرط الإباحة، فإن تم الإخلال بهذا الشرط أصبح الدفاع الشرعي جريمة نقطتها الأولى البدء في التنفيذ والأخيرة تمام الجريمة، فنخرج من حالة الدفاع الشرعي إلى حالة ارتكاب جريمة تامة، إذ أن المادة 39 قانون عقوبات لا تضع لنا نقطة في البنيان القانوني للدفاع الشرعي تتعلق بحالة الإخلال بشرط التناسب.

ومن جهة أخرى واستقراء المواد 277، و278، و280 نجدها تتعلق بالأعذار القانونية المخففة من العقاب جزاء على ارتكاب جرائم تامة، ويظهر ذلك أكثر جلاءً في نص المادة 278 المقابلة لنص المادة 40 قانون عقوبات، هاته الأخيرة التي تقرر حالة الدفاع الشرعي الممتاز، والفرق الوحيد بين المادتين هو ظرف الليل، فمن ارتكب القتل أو الجرح أو الضرب لدفع تسلق أو ثقب أسوار أو حيطان في الليل كان في حالة دفاع شرعي ممتاز لا يسأل فيه عن تناسب ولا لزوم، بينما إذا ارتكب نفس الأفعال في النهار وتوافرت فيه

¹ الحكومة المصرية، وزارة العدل المصرية، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، ج 02، الالتزامات، مصادر الالتزام، المواد (89) إلى (264)، مطبعة دار الكتاب العربي، مصر، دون سنة، ص ص 371-372.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

شروط المادة 39 وراعى التناسب واللزوم كان في حالة دفاع شرعي ولا جريمة عليه، بينما إن لم تتوافر فيه شروط المادة 39، أو توافرت إلا أنه لم يراعى التناسب واللزوم يكون قد ارتكب جريمة تامة، ولا مجال للقول أنه كان في حالة دفاع شرعي إلا أنه لم يراعى التناسب فهو في حالة تجاوز دفاع شرعي، إذ أن هذا التكييف لا أساس له في قانون العقوبات الجزائي، بل سمكنا القول أن هذا الأخير لا يعرف ما يسمى فقها بتجاوز الدفاع الشرعي، والأشخاص المخاطبين بقانون العقوبات الجزائي محصورين بين أمرين لا ثالث لهما، إما أن يكونوا في حالة دفاع شرعي أو في حالة ارتكاب جريمة تامة.

بعد أن توصلنا في اجابتنا على السؤال أعلاه إلى أن المشرع الجزائي لا يعرف ما يسمى تجاوز الدفاع الشرعي، بقي لنا التساؤل أخيرا إذا كان القانون المدني الجزائي على غرار المصري صريحا من خلال أعماله التحضيرية في المقصود من عبارة (...على ألا يجاوز في دفاعه القدر الضروري، وإلا أصبح ملزما بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة) على أساس تجاوز الدفاع الشرع؟ نقول هنا أن عبارة (...على ألا يجاوز في دفاعه القدر الضروري، وعند الاقتضاء يلزم بتعويض يحدده القاضي) لا تستقيم في القانون الجزائي، لأن المشرع الجنائي الجزائي لا يعرف تجاوز الدفاع الشرعي.

وبالتالي فالمادة 128 قانون مدني تم اقتباسها من القانون المصري دون مراعات خصوصيات قانون العقوبات الجزائي، بل إن العبارة كانت ستكون أكثر منطقية لو تم استعمال نفس العبارة المستعملة في نص المادة 166 قانون مدني مصري التي جعلت من التعويض مؤسس على مقتضيات العدالة، غير أن لمشرع الجزائي استبدل هذه العبارة بعبارة وعند الاقتضاء يلزم بتعويض يحدده القاضي، وبعطف هذه العبارة على ما قبلها نقول أن التفسير والمبرر الوحيد لهذا التعويض في تفسير المادة 128 هو تجاوز الدفاع الشرعي، وهو أمر لا يستقيم كما أسلفنا.

غير أننا وفي ظل هذا التناقض بين نص المادة 128 قانون مدني ونصوص قانون العقوبات لا سيما المواد 39-40-277-278 يمكننا أن نجد طريقا للتوفيق بينهما ونقول أن مبرر التعويض في المادة 128 يرجع إلى اعتبارات العدالة ولا ارتباط بينه وبين تجاوز الدفاع الشرعي، خاصة أن الدارس في نص هاته الأخيرة يجد أن المشرع قد فصل بين عبارة (وعند الاقتضاء...) والعبارة التي قبلها بعلامة وقف (فاصلة)، كما أن عبارة (...على ألا يجاوز في دفاعه القدر الضروري...) هي عبارة تعود على ما قبلها لأنها شرط لعدم المسؤولية بصريح نص المادة، وفي رأيينا أن عبارة (وعند الاقتضاء يلزم بتعويض يحدده القاضي) هي عبارة منفصلة تماما عن ما قبلها، فليست لا شرطا ولا نتيجة لتجاوز القدر الضروري في الدفاع، وبالتالي يبقى لنا أن نطرح سؤال أخيرا حول مبرر هذا التعويض؟

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

بناءً على ما تقدم نقول أن المادة 128 قانون مدني وضعت لنا مبدأ عاماً يتمثل في عدم مسؤولية من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي، ثم جاءت باستثناء على هذا الأصل العام وهو إمكانية الزام المدافع بتعويض رغم أنه كان في حالة دفاع شرعي كاملة لا ينقصها شرط، لأن عبارة (وعند الاقتضاء) تمثل الاستثناء المتشدد فيه، ولو كان المقصود منها تجاوز الدفاع الشرعي كما يذهب جانب من الفقه¹ لكان من الأسهل أن يستبدلها المشرع بعبارة (وإلا) فتصبح العبارة على هذا النحو (على ألا يجاوز في دفاعه القدر الضروري وإلا ألزم بتعويض يحدده القاضي)، وهو نفس ما فعله المشرع المصري، غير أن المشرع الجزائري أقتبس النص لفظاً وفحوى وعمد لعبارة (وإلا أصبح...) المذكورة في نص المادة 166 واستبدلها بعبارة (وعند الاقتضاء) وهذا لا يمكن تفسيره إلا تفسيراً واحداً، أن المشرع الجزائري استبدل نية المشرع المصري بنية خاصة به تتمثل في إمكانية قيام الحق في التعويض في ذمة من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي وهو الاستثناء الذي قصده المشرع الجزائري، استثناء عن الأصل العام الذي لا يقيم مسؤولية من يحدث مثل هذا الضرر.

ولما كان ذلك فالأساس الذي يقوم عليه التعويض هو مقتضيات العدالة، فحق الدفاع الشرعي مطلق ضد الجميع، سواء كانوا اناثاً أو ذكورا، وسواء كانوا صغاراً أو كباراً، وسواء كانوا ذوو أهلية أو عديمو أهلية أو ناقصيها، وهو الأمر الذي وضعه المشرع الجزائري في الحسبان، فقد يكون المعتدي مجنوناً مثلاً ويتم جرحه في ظل ظروف تتوافر فيها شروط الدفاع الشرعي الممتاز، ويكون المدافع ميسور الحال فمن مقتضيات العدالة أن يسعفه القاضي بتعويض يغطي على الأقل جزءاً من الضرر الحاصل له وقس على هذا المثال ما شئت من أمثلة.

والآن نعود من حيث بدأنا لدراسة الدفاع الشرعي كحالة ينتفي فيها التعدي، وانتفاء التعدي هو انتفاء للخطأ وينتج عن ذلك عدم قيام المسؤولية المدنية كأصل عام، إلا أنه كما تقدم بيانه قد يلزم القاضي المدافع بدفع تعويض للمعتدي لجبر ولو جزء من الضرر، وهو تعويض يدفع على أساس آخر غير الخطأ لأن الخطأ انتفى بانتفاء التعدي، وهذا في رأيينا هو المثال الوحيد لقيام المسؤولية عن الفعل الشخصي على أساس موضوعي بعيداً عن فكرة الخطأ.

بـ 02_ أمر الرئيس: نصت المادة 129 قانون مدني على أن الموظفين والأعوان العموميين لا يكونون مسؤولين شخصياً عن الأضرار التي يلحقونها بالغير، إذا كانت نتاج أوامر وردت إليهم من طرف رؤسائهم،

¹ علي فيلاي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، مرجع سابق، ص 89.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

على شرط أن تكون اطاعة هذه الأوامر واجبة عليهم، ومن خلال نص يتضح وجوب توافر مجموعة من الشروط لاستفادة المعتدي من عدم المسؤولية نذكرها فيما يلي:

أول شرط هو أن يكون المعتدي موظفا عاما، أو عوناً عمومياً، والمقصود هنا عمال الوظيف العمومي بالمعنى الواسع لا الضيق، فقد جاءت المادة 02 من القانون 06-03¹ على أنه يطبق على الموظفين الذين يمارسون نشاطاتهم في المؤسسات والإدارات العمومية، ثم استثنيت في فقرتها الأخيرة القضاة والمستخدمون العسكريون والمدنيون للدفاع الوطني ومستخدمو البرلمان من نطاق حكم هذا القانون، وقد ذهب جانب من الفقه إلى قصر حكم المادة 129 على عمال الوظيف العمومي دون غيرهم²، وهذا الرأي يستثني أهم فئة معرضة لأحداث أضرار للغير كنتيجة لاتباع أوامر الرؤساء وهي فئة المستخدمين العسكريون، غير أن الباحث يرى أن يؤخذ مفهوم المادة على نطاق أوسع ليشمل كل الموظفين العموميين بما فيهم القضاة والمستخدمون العسكريون، على أن يستثنى منهم المخاطبون بقانون العمل.

الشرط الثاني أن يكون قد قام بهذا العمل الضار تنفيذاً لأمر صدر له من رئيس، وأن تكون طاعة هذا الأمر واجبة عليهم، ويذهب بعض الفقهاء إلى القول أن طاعة هذه الأوامر تكون واجبة عليهم إلا إذا كانت مشروعة³.

وقد ورد في القانون الأساسي الخاص بالشرطة⁴ في مادته 10 أنه يجب على كل موظف شرطة أن يلتزم بطاعة مسؤوليه أثناء تأدية مهامهم، وفي المادة 12 من قانون أخلاقيات الشرطة⁵ نصت على أن واجب طاعة المسؤول على شرط احترام الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، وأنه إذا تلقى المرؤوس أمراً غير قانوني صريح من قائده، يجوز له اللجوء إلى المسؤول السلمي الأعلى، وهو ما يؤيد القول أن الأوامر واجبة الطاعة لا تكون فعلاً واجبة الطاعة إلا إذا كانت مشروعة.

غير أنه من الصعب على المرؤوس في كثير من الأحيان أن يتبين ما إذا كانت الأوامر مشروعة أم لا، فهل يمكن للشرطي أن يرفض تنفيذ أمر رئيسه بتفتيش منزل على أساس أن رئيسه لم يظهر لهم الإذن

¹ امر رقم 03-06 مؤرخ في 19 جمادي الثانية عام 1427 الموافق لـ 15 يوليو سنة 2006 يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج ر رقم 46 المؤرخة في 20 جمادي الثانية عام 1427 هـ الموافق لـ 16 يوليو سنة 2006.

² علي فيلاي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، مرجع سابق، ص 90.

³ عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، ص 85.

⁴ مرسوم تنفيذي رقم 10-322 مؤرخ في 16 محرم عام 1432 الموافق لـ 22 ديسمبر سنة 2010، يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالأمن الوطني ج ر عدد 78 الصادرة بتاريخ 20 محرم عام 1432 الموافق لـ 26 ديسمبر سنة 2010.

⁵ قرار مؤرخ في 23 ربيع الأول عام 1439 الموافق لـ 12 ديسمبر سنة 2017، يحدد قانون أخلاقيات الشرطة، ج ر عدد 08، صادرة بتاريخ 20 جمادي الأولى عام 1439 هـ الموافق لـ 07 فبراير سنة 2018.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

بالتفتيش، خاصة أن الميدان العملي كثيرا ما يتطلب السرعة القصوى في تفتيش المنازل الأمر الذي يجعل من وكيل الجمهورية يصدر إذنا بالتفتيش مكتوب وللإستعجال يأمر الضبطية القضائية بالقيام بعملية التفتيش قبل حتى أن يصلهم الإذن، فما هو موقف المرؤوس الذي يقع بين عصيان الأوامر على أساس أن الإذن بالتفتيش قد صدر فعلا من نيابة الجمهورية، وبين إطاعة أوامر قد تكون غير مشروعة على أساس عدم تبينه فعلا وجود الإذن بالتفتيش.

وبالتالي إذا توافرت هاته الشروط وراعى الموظف جانب الحيطة، فإنه يكون غير مسؤول على الأضرار التي تصيب الغير، ونص المادة 129 قانون مدني صريحة في ذلك، ما يفيد انتفاء عنصر التعدي وعدم قيام المسؤولية.

ب 03: حالة الضرورة: وهي الحالة التي يسبب فيها الشخص ضررا للغير لتفادي ضرر أكبر محدقا به أو بغيره، ودون الدخول في مفهوم حالة الضرورة نقول إن المادة 130 قانون مدني لا تعتبر حالة الضرورة حالة من حالات انتفاء التعدي على أساس أنها لا تخلي مسؤولية المسؤول تماما، كما أنها لا تخففها أيضا وكل ما في الأمر أنها تنيط القاضي بتقدير هذا التعويض بما يراه مناسبا، وهو ما يفيد أن عنصر التعدي يبقى قائما مشكلا لركن الخطأ، والمسؤولية قائمة على هذا الخطأ.

الفقرة 02 : الإدراك: يمثل العنصر الثاني في ركن الخطأ الإدراك، وقد نصت المادة 125 قانون مدني على عدم مساءلة من أحدث ضررا للغير إلا إذا كان مميزا، وبموجب المادة 42 قانون مدني فسن التمييز بلوغ 13 سنة، والإدراك هو الركن المعنوي لركن الخطأ، ويقصد به القدرة على التمييز بين الأفعال المشروعة والأفعال الغير مشروعة، أو هو كما يقول فقهاء الشريعة الإسلامية أنه من أمارات الإدراك لدى الإنسان أن يعلم أن البيع سالب وأن الشراء جالب، ويعلم الغبن الفاحش واليسير ويقصد به تحصيل الربح والزيادة، وأن يكون مدركا لعباراته، فاهما ما تدل عليه وما يترتب عليها¹¹.

إن مسألة التمييز في القانون المدني الجزائري أسالت كثيرا من الحبر، لأن صياغة المادة 125 مرت بمحلتين، مرحلة ما قبل التعديل 05-10 والتي كانت تتكون من فقرتين، تنص الفقرة الأولى على عدم مساءلة الصبي الغير مميز عما يتسبب فيه من أضرار للغير وهذه هي القاعدة والأصل العام، ثم تأتي الفقرة الثانية وترتب مسؤولية استثنائية في حالة كان المضرور من فعل شخص غير مميز عاجزا عن الحصول على تعويض بسبب تعذر ذلك أو انعدام المسؤول وذلك بمراعات مراكز الخصوم، وهذه الحالة

¹¹ مشاري سعد صالح الطويل الرشيد، مسؤولية عديم التمييز عن الفعل الضار، رسالة مقدمة لاستكمال الحصول على متطلبات درجة الماجستير في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الآداب، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2010، ص ص 33-34.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

التي يسأل فيها الصبي الغير مميز عن الضرر الذي يلحقه بالغير لا تقوم على خطأ، إذ أن الصبي الغير مميز لا إدراك له فهي مسؤولية تقوم على مجرد تحمل التبعة¹.

وقد اختلف الفقهاء في تفسير طبيعة هذه المسؤولية، بين القائلين بأنها مسؤولية احتياطية، والقائلين بأنها مسؤولية مخففة، وهناك من ذهب إلى أنها مسؤولية استثنائية، وعلى كل حال ومهما اختلف على طبيعتها، فإن الجميع يتفق على أن المشرع الجزائري قد جعل لنظرية تحمل التبعة موطن قدم في المسؤولية عن الفعل الشخصي بموجب الفقرة الثانية من المادة 125، هذا الأمر كان موضع انتقادات من الفقه الأمر الذي جعل المشرع الجزائري يتخلى عن الفقرة الثانية من المادة السالفة الذكر مغلقا كل باب قد تدخل منه فكرة المسؤولية الموضوعية عن الفعل الشخصي².

ونرى أن المشرع الجزائري قد سلك مسلكا يخالف التطور الحاصل في مجال المسؤولية المدنية، فبينما التشريعات المقارنة تنزاح شيئا فشيئا نحو المسؤولية الموضوعية، قام المشرع الجزائري بالعودة للوراء مفرطا في أسبقيته في تبني الفكر الموضوعي للمسؤولية عن الفعل الشخصي، وقام بإلغاء الفقرة الثانية من المادة 125 التي كانت الباب الذي يمكن أن يواصل من خلاله القانون الجزائري في تطوير المسؤولية الموضوعية، وهو نهج مجانب للصواب في نظر الباحث.

03: صور الخطأ ودرجاته: بعد ان درسنا مفهوم الخطأ وعناصره بقي أن ندرس صوره ودرجاته لما في ذلك من أهمية على استحقاق التعويض وتقديره.

أ: صور الخطأ: نقصد بصور الخطأ درجاته من حيث الإثبات، والقاعدة في الإثبات أن يثبت المدعي الالتزام ويثبت المدين التخلص منه، ولما كان الالتزام بالتعويض مثبت قانونا بنص المادة 124 قانون مدني، فالمدعي ليس عليه إلا أن يثبت خطأ المدعى عليه كأصل عام، غير أن المشرع في بعض التطبيقات افترض الخطأ في جانب المدعي، فنلاحظ أن الخطأ درجات نذكرها فيما يلي:

أ_01_ الخطأ الواجب الإثبات: نصت المادة 124 قانون مدني على (كل فعل أيا كانه يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض) وهي القاعدة العامة في المسؤولية المدنية التقصيرية، والواضح منها أن أساس المسؤولية التقصيرية هو الخطأ، والخطأ بحسب تعبير المادة 124 هو خطأ واجب الإثبات، يجب على المدعي إثبات قيامه حتى يثبت وجود الانحراف في السلوك عن المألوف في جانب المسؤول، فتطلب ثبوت الخطأ بهذه الطريقة يقوم على فلسفة بث

¹ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، دط، ديوان المطبوعات الجامعية، ج 02، 1999، ص 79.

² علي فيلاي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، المرجع السابق، ص 77.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

الطمأنينة في نفوس الأفراد باعتقادهم أنه لا يمكن أن يكونوا ملزمين بتعويضات مالية دون أن يتركبوا فعلا خاطئا يبرر ذلك، فيسيروا في حياتهم اليومية وأعمالهم دونما خوف ما يساهم في رفع مردوديتهم بما ينفع الصالح العام.

إن الخطأ الواجب الإثبات لا يقتصر اشتراطه على نص المادة 124 بل نجد له أثرا في نصوص أخرى ففي المادة 125 التي نصت على أنه نه (لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطة إلا إذا كان مميزا) فالمضروور يجب أن يثبت الخطأ من طرف المسؤول وذلك بإثبات أحد الحالات المذكورة في نص المادة، وهي الامتناع أو عدم الحيطة، أما الفعل والامتناع وعطفا على المادة 124 يتضح أن مقصود المشرع الفعل الخاطئ، و الامتناع الخاطئ.

ونص المادتين أعلاه يمثل المسؤولية عن الفعل الشخصي وأن قوامها الخطأ الواجب الإثبات، كما أن الأمر لا يقف عند المسؤولية عن الفعل الشخصي، بل إننا عند الاستمرار في تتبع نصوص القانون المدني المتضمنة أحكام المسؤولية التقصيرية نجد أثرا أكثر بروزا للخطأ الواجب الإثبات في المسؤولية عن الأشياء، وبالتحديد في المسؤولية عن الحريق الواردة في المادة 140 والتي لا يسأل فيها حائز البناء أو المنقول الذي حدث فيه حريق عن الأضرار التي سببها هذا الحريق، إلا بإثبات المضروور للخطأ في عاتق الحائز أو المسؤول عنهم، هذه هي حالات الخطأ الواجب الإثبات في تطبيقات المسؤولية التقصيرية، فالخطأ الواجب الإثبات هو الخطأ الذي يلزم المتضرر إثباته في المسؤول عن الضرر، وبدون هذا الإثبات ينتفي ركن الخطأ مما تمتنع معه قيام المسؤولية المدنية وبالتالي عدم استحقاق التعويض.

أ_02- الخطأ المفترض: الافتراض من افتراض يفترض افتراضا، أي على نحو ظني أو احتمالي، وهو أخذ قضية مسلمة أو موضوعية للاستدلال بها على قضية غير مسلمة، والمعرفة العلمية تبدأ بالافتراض¹.

والافتراض المقصود هنا هو الافتراض القانوني، وهو الارتكاز على واقعة خيالية غير حقيقية باعتبارها صحيحة لينطبق عليها القانون²، فالافتراض هو حيلة قانونية تضع حكما مسبقا ليحكم واقعة مستقبلية باعتبار أنها واقعة آنية حدثت حقيقة ويرتب عليها آثارها القانونية.

¹ إبراهيم انيس، عبد الحليم منتصر، محمد خلف الله احمد، المعجم الوسيط، ج 02، ط 02، مجمع اللغة العربية، ص 283.

² سعيدة ياسين، الخطأ المفترض في المسؤولية الجنائية، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، فرع القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، المملكة المغربية، 20169-2017، ص 12.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

إن مبررات اشتراط إثبات الخطأ على صحتها، وعلى ما تبثه في نفوس الأفراد من اطمئنان وأمان أثناء قيامهم بحاجاتهم وأعمالهم اليومية، إلا أن للقمر وجها آخر مظلم كما يقال، فإلقاء عبء إثبات الخطأ على عاتق المضرور أصبح يشكل بحد ذاته ضررا يضاف لما أصابه من ضرر، فقد أصبح طريقه للتعويض أكثر تعقيدا وصعوبة، بل إن إثبات هذا الخطأ أصبح حاجزا في طريقه عن التعويض، فقد كثرت حوادث العمل وأصبح من الصعب إثبات الخطأ في ذمة رب العمل، خاصة أن الضرر يحدث في أحيان كثيرة بسبب الآلات المستخدمة في النشاط الصناعي، فكثرت الحوادث وتعددت الأضرار وبقي الكثير من المصابين دون تعويض رغم أن الضرر ثابت فيهم، وهذا ما جعل التشريعات تلتجئ إلى حيلة قانونية تتمثل في افتراض الخطأ مسبقا في جانب رب العمل.

ومن هنا وتحت وطأة شدة الانتقادات الفقهية من طرف أنصار التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية لجأ أنصار النظرية الشخصية إلى فكرة الخطأ المفترض، والتي في اعتقادهم يضربون بها عصافيرين بحجر واحد، فمن جهة يطفون من حدة اشتراط إثبات الخطأ وبذلك يسهلون طريق المضرور إلى الحصول على تعويض، ومن جهة أخرى يحافظون على فكرة الخطأ دون الوقوع في الموضوعية بشكل مباشر.

بدأت فكرة الخطأ المفترض بنقل عبء الإثبات من على عاتق المضرور إلى عاتق المسؤول، فبدلاً من أن يثبت المضرور خطأ المسؤول، أصبح المسؤول هو المطالب أن يثبت انعدام الخطأ في جانبه، وما على المضرور إلا أن يثبت الضرر والعلاقة السببية بين الفعل مجردا من الخطأ والضرر ليضطلع بذلك بما على عاتقه من إثبات¹، وبهذا الشكل كان افتراض الخطأ في جانب المسؤول في بادئ الأمر قوامه قرينة قانونية بسيطة قابلة لإثبات العكس، فإذا ما أثبت العكس تملص المسؤول من المسؤولية وهاته الفكرة لم تحقق ما كان يرجى منها في جميع الحالات، كما أنها كانت كذرة الرماد في العيون فبعين المنطق لا فرق جوهري على التعويض بينها وبين الخطأ الواجب الإثبات، فما عجز عن إثباته المضرور يسهل على المسؤول التملص منه وإلا لكان في مقدور المضرور إثباته ابتداءً، وبذلك لجأ أنصار النظرية الشخصية لفكرة أخرى وغن كانت لا تختلف في أثرها عن النظرية الموضوعية إلى حد بعيد إلا أنها لا تلغي فكرة الخطأ تماما.

لجأ أنصار النظرية الشخصية إلى تحويل فكرة الخطأ، فبعد ابتكارهم لفكرة الخطأ المفترض بموجب قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، قاموا بتحويلها تحويرا بسيطا إلا أن أثره كان بالغ الأهمية،

¹ بن زوبر عمر، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، سعد حدين، جامعة الجزائر 01، الجزائر، سنة 2017، ص 100.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

إذا انهم عمدوا إليها وجعلوها قائمة بموجب قرينة قاطعة غير قابلة لإثبات العكس، ولم يتركوا للمسؤول ليطمئنه من المسؤولية إلا أن يطرق باب إثبات السبب الأجنبي، لأن الخطأ ثابت فيه لا يمكن نفيه.

وقد تبني المشرع الجزائري الصور الثلاثة وقد ذكرنا النصوص القانونية المؤسسة على الصورة الأولى، أما في ما يخص الخطأ المفترض القابل لإثبات العكس فنجد أثره في مسؤولية متولي الرقابة الواردة في نص المادة 134، فقد منح المشرع للمتولي الرقابة مكنة إثبات أنه قد قام بواجب الرقابة، ذلك أن مسؤولية متولي الرقابة مسؤولية شخصية قائمة على الخطأ في القيام بواجب الرقابة¹، وطالما أن الشخص لا يكون مشمولاً بالرقابة إلا إذا استدعى قصره أو حالته الصحية أو العقلية ذلك فإن إضراره بالغير يفترض حتماً تقصير متولي الرقابة في رقابته²، إلا أن المشرع جعل هذا الافتراض قائماً على قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس أي أن يثبت متولي الرقابة أنه قام بواجب الرقابة، إلا أن المتمعن في النظر يجد أن إثبات ذلك هو إثبات للسبب الأجنبي بطريق غير مباشر، فلا يمكن لمتولي الرقابة إثبات أنه قام بواجب الرقابة إلا من خلال إثبات أن الضرر كان سيحصل ولو قام بواجب الرقابة على أكمل وجه، إذ أنه إن عجز عن ذلك فهذا يعني حتماً أنه قد قصر في هذا الواجب.

وفي نص المادة 140 ف 02 نص المشرع على أن مالك البناء مسؤول عما يحدثه تهمد البناء من ضرر بالغير ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه، وهو حتى في هاته الحالة يثبت السبب الأجنبي إذ لا يمكن إثبات عدم توافر الحالات الثلاثة إلا بالسبب الأجنبي.

أما بالنسبة للخطأ المفترض الغير قابل لإثبات العكس، فقبل ذكر حالاته وجب القول في البداية أنه كلما فتح الباب أمام المسؤول لنفي المسؤولية عن طريق إثبات السبب الأجنبي، كنا بصدد مسؤولية شخصية أساسها الخطأ، وكلما أغلق الباب عن نفي المسؤولية من خلال إثباته كنا بصدد مسؤولية موضوعية قائمة على مجرد تحمل التبعة، وبتتبع نصوص المسؤولية التقصيرية نجد أن المشرع قد جعل من مسؤولية حارس الشيء الواردة في نص المادة 138 ومسؤولية حارس الحيوان الواردة في نص المادة 139 مسؤوليتين قائمتين على خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس³، يتمثل في الخطأ في الرقابة والحراسة، ولا يمكن للمسؤول في كلتا المسؤوليتين إثبات العكس إلا من خلال إثبات السبب الأجنبي.

¹ أحجمد شوقي محمد عبد الرحمان، المسؤولية المفترضة لمتولي الرقابة دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانون الفرنسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص 34.

² راجع في هذا المعنى علي فيلاي، الإلتزامات، المرجع السابق، ص 117-118.

³ تجاذبت مسؤولية حارس الشيء الكثير من الرأى الفقهية، بين من يرى أنها قائمة على خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس يتمثل في الخطأ في الحراسة أو في الرقابة، بينما ذهب جانب آخر إلى القول أنها قائمة على نظرية المخاطر، وذهب نخرون إلى القول أنها قائمة على نظرية

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

نلاحظ أن الحد الفاصل بين المسؤولية القائمة على خطأ مفترض قابل لإثبات العكس (المادة 134 و المادة 140 ف 02) والمسؤولية القائمة على خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس (المادة 138 و المادة 139) لهما نفس الأثر تقريباً، والفرق الوحيد هو نص المشرع في المادة 134 على إمكانية إثبات العكس، ولكننا عند التعمق وجدنا أن المسؤول في المادة 134 والمادة 140 ف 02 لا يمكنه إثبات العكس حقيقة إلا من خلال إثبات السبب الأجنبي، تماماً كما في المادتين 183 و 139 وهذا يعني أن الخطأ المفترض في حقيقة الأمر لا يقف عند القرينة البسيطة بل يتعداها إلى القرينة القاطعة في المواد الأربع المذكورة أعلاه طالما أن السبيل الوحيد للتملص من المسؤولية هو إثبات السبب الأجنبي.

ب- درجات الخطأ: الخطأ ليس على نحو واحد، إذ له درجات أو أوصاف، فقد يكون عمدياً، كما قد يكون بعيداً عن العمد مصدره الإهمال وعدم الاحتياط وعدم التبصر، والخطأ العمدي ليس له درجات بخلاف الخطأ الغير العمدي فأقصى درجاته أن يكون جسيماً، وأقلها الخطأ التافه وبين الدرجتين الخطأ اليسير¹.

ب01: الخطأ العمد: ربما يجد الخطأ العمد والخطأ بالإهمال منشأهما في النظريات التقليدية في مصادر الالتزام، فقد كانت تقسم مصادر الالتزام على أنها العقد، وشبه العقد، والجريمة، وشبه الجريمة، والقانون، وأقاموا الجريمة على أساس الخطأ العمد، بينما أقاموا شبه الجريمة على أساس الخطأ بالإهمال، ويقول الأستاذ سليمان مرقس أنه رغم أن هذه التفرقة تجد منشأها في النظرية التقليدية إلا أننا نجد أثر لها في القوانين الحديثة ولها نتائج عملية لا يستهان بها².

فالخطأ العمد هو التعدي بقصد الإضرار بالغير³ أو هو الإخلال بواجب قانوني بقصد الإضرار بالغير⁴، فالعبرة بعمدية الخطأ صدوره عن قصد ونية بهدف إلحاق الإضرار بالغير، والقصد هنا يختلف عن الإدراك كعنصر من عناصر الخطأ، فالإدراك كعنصر يمثل في الحقيقة عنصر الإسناد الذي يسند التعدي لإرادة واعية تقدر مصير الأمور، وتعني ماهية الأفعال في تحسينها وتقبيلها، بينما القصد فهو فوق

الضمان، راجع في ذلك كل من علي فيلاي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 215-222/ بن زويبر عمر، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 341 وما بعدها.

¹ عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 1990، ص 256.

² سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، الأحكام العامة، المجلد الأول، مرجع سابق، ص 255.

³ علي فيلاي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 83.

⁴ سليمان مرقس، المرجع نفسه، ص 260.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

الإدراك بدرجة حيث أن المسؤول يعني أن الفعل الذي سيأتيه خطأ وأنه يلحق ضرراً بالغير ورغم ذلك يأتيه لا عن إدراك فحسب بل يأتيه بقصد تحقق نتيجته وهذا هو الخطأ العمد.

والخطأ العمد يقترب بسوء النية، لذا يعتبر جانب من الفقه أن الخطأ العمد هو الغش، والغش هنا هو السعي وراء الضرر، وهو أشد الأخطاء الموصوفة جسامة وذلك ناتج عن أنه انعكاس مباشر للخطأ الأخلاقي¹.

ب02: الخطأ بالإهمال: وهو شبه الجريمة في النظرية التقليدية، يقوم على عنصر الخطأ وعنصر الإدراك المجرد من القصد، فالمسؤول لم يقصد القيام بالفعل لتحقيق النتيجة رغم إدراكه لماهية الفعل وما قد يترتب عنه من ضرر للغير، والخطأ بالإهمال يختلف عن الخطأ العمد في درجاته، فهذا الأخير درجة واحدة، بينما الخطأ بالإهمال فهو درجات.

وأكبر درجات الخطأ بالإهمال هو الخطأ الجسيم وهو الذي لا يتوقع من الشخص المهمل، والخطأ الجسيم كثيراً ما يلحق بالخطأ العمد²، وقد عرفه بوتيه بأنه عدم إعطاء شؤون الغير العناية التي يبذلها أقل الناس إدراكاً وأكثرهم غباءاً في شؤونهم الخاصة³، والخطأ الجسيم يؤخذ على وجهين فهو إما أن يقوم على سوء نية مفترضة لا دليل عليها، وإما أن يقوم على إهمال وعدم تبصر يبلغ درجة من الجسامة يجعل له أهمية خاصة، فهو إخلال بواجب ثابت ومحقق⁴، وإن كان الخطأ العمد قد اعتبره بعض الفقه بأنه غش، فإن المشرع الجزائري على غرار المشرع المصري قرن بين الخطأ الجسيم والغش من حيث الحكم في المسؤولية العقدية بموجب المادة 176 قانون مدني، وهذا يدل على ما للخطأ الجسيم من انحراف شديد في السلوك يشير إلا تهوور وخفة لا تصدر إلا عن استخفاف بقواعد الاخلاق⁵.

أما الخطأ اليسير فهو ذلك الخطأ الذي لا يقع فيه الشخص العادي أي يقع في إطار المعيار الموضوعي للشخص العادي⁶، والخطأ التافه هو ذلك الخطأ الذي لا يتوقع من الشخص الحريص.

¹ محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، دار الفكر العربي، دون سنة، دون بلد نشر، ص 359.

² عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 257.

³ عبد الناصر توفيق العطار، المرجع نفسه، ص 278.

⁴ الصلوي ناصر عبد الرحمان قائد، أسس تقدير التعويض، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون اليمني والسوداني، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في الفقه المقارن، قسم الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، كلية الدراسات العليا، جامعة أم درمان، السودان، 2015، ص 156.

⁵ محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، المرجع السابق، ص 369.

⁶ اياد جاد الحق، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط 01، مكتبة ومطبعة دار المنار، مصر، 2009، ص 361.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

إن تقسيم الخطأ إلى خطأ جسيم، وخطأ يسير، وخطأ تافه نظرية نشأة في مجال المسؤولية العقدية، حيث أنها نظرية قسمت العقود إلى ثلاث طوائف، عقود لمنفعة الدائن وحده كالوديعة فلا يسأل المدين إلا عن الخطأ الجسيم، وعقود لمنفعة المدين وحده فيسأل حتى عن الخطأ التافه، وعقود لمنفعة المتعاقدين معا فيسأل المدين عن الخطأ اليسير، إلا أن هذه النظرية سرعان ما تم التخلي عنها وقد انتقدها الفقيه عبد الرزاق احمد باشا السنهاوري على أساس أن الالتزام العقدي إما التزام بتحقيق غاية وفي هذا الالتزام يسأل المدين عن عدم تحقيق الغاية أو النتيجة المتعاقد عليها مهما كان نوع خطأه، فهو مسؤول سواء قد أتى خطأ جسيما أو أتى خطأ يسيرا وبنفس الدرجة والأثر ولا أثر لذلك على تقدير التعويض فهو واحد في الحالتين، وقد يكون الالتزام العقدي التزاما ببذل عناية وحتى في هذه الحالة لا تصدق فالالتزام ببذل العناية، والعناية لم تتحقق وهذا هو الخطأ العقدي ولا أثر لجسامة الخطأ على قيام المسؤولية او نفمها ولا أثر له على تقدير التعويض، ولا أثر لتقسيم العقود لطوائف متميزة بحسب نسبة المصلحة المتوخاة من العقد في الالتزام ببذل عناية، لأن الملتزم ببذل العناية دائما يطالب ببذل عناية الرجل المعتاد سواء كان العقد لمصلحته أو لمصلحة دائئه أو لمصلحتهما معا، وهو النهج الذي تبناه المشرع الجزائري في المادة 172 قانون مدني بالنسبة للالتزام بعمل¹.

غير أن البحث في نصوص القانون المدني الجزائري يجد أن المشرع الجزائري وإن كان لا يقر بتدرج الخطأ إلا أنه يولي الخطأ الجسيم والخطأ العمد والخطأ الجنائي أهمية، فقد حرم بموجب المادة 176 قانون مدني مرتكب الخطأ الإجرامي من أن يستفيد من شرط الإعفاء من المسؤولية، ثم إنه قد فرق في التعويض بين الخطأ العادي من جهة (والذي نقصد به هنا الخطأ أيا كان باستثناء الخطأ العمد والخطأ الجسيم) والغش والخطأ الجسيم من جهة أخرى في نص المادة 182 فـ 02 حيث نص على أن من لم يرتكب خطأ جسيما أو غشا لا يلزم إلا بالتعويض الذي كان يمكن توقعه أثناء التعاقد، وبمفهوم المخالفة فمرتكب الخطأ الجسيم والغش يسأل بأكثر من ذلك، وطالما أن القاعدة في تقدير التعويض بالضرر فإن التعويض في هاته الحالة الأخيرة يشمل تعويض الضرر المتوقع والغير متوقع أي يشمل الضرر الحاصل فعلا حتى ولو كان جزء منه غير متوقع.

وعلى كل حال فقد اجمع الفقه² على أن الوضع لا يختلف في المسؤولية التقصيرية عنه في المسؤولية العقدية، فتدرج الخطأ لا يغير في أثار المسؤولية التقصيرية ولا يؤثر في كيفية تقدير التعويض،

¹ عبد الرزاق السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 01، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 743.

² مصطفى العوجي، القانون المدني، ط 02، ج 02، المسؤولية المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، ص 272.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

إذ يكفي أن يحصل انحراف بسيط في السلوك المألوف للرجل المجرد ليستحق المضرور التعويض، وتقدير التعويض له أسس محددة في القانون لا يدخل ضمنها اشتراط جسامه معينة في الخطأ.

04: رقابة النقض على تكييف الخطأ: سبق القول أن رقابة النقض على تكييف الخطأ هي رقابة غير مباشرة ، فالأصل أن تكييف الفعل المؤسس عليه طلب التعويض بإثبات الخطأ فيه أو نفيه عنه يخضع للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع¹، فهي وحدها من تقدر ذلك، والمحكمة العليا لا تراقب التكييف الوارد على الفعل المؤسس عليه التعويض بذاته، وإنما تمتد يدها للرقابة على المنطق الذي يربط بين تقدير الوقائع وتكييف الخطأ، وتشترط في هذا التكييف أن يكون استخلاصه سائعا ومستمدا من عناصر تؤدي إليه في وقائع الدعوى²، وقاضي الموضوع ملزم بتقرير الوقائع حتى تتمكن المحكمة العليا من تبين الترابط المنطقي بين تقدير الوقائع والنتيجة التي توصل إليها القاضي في تكييفه للفعل أو السلوك المؤسس عليه طلب التعويض³، فالملاحظ أن الفقه والقضاء قد ارتكن إلى ضمير القاضي وفطنته، ودقة تمييزه، ويتجلى ذلك بالأخص في التفرقة بين تكييف الخطأ العقدي الذي يعتبر مسألة من مسائل القانون لا سلطة تقديرية للقاضي فيها⁴، فلا يمكن للقاضي أن يكيف عدم التنفيذ أو التأخر فيه تكييفاً يخالف ما حدده القانون له، بينما على خلاف من ذلك في المسؤولية التقصيرية القانون لا يحدد ما هو الخطأ، ومحاكم النقض ترمي الكرة في مرمى القاضي وتمنحه سلطة تقديرية في ذلك طالما راعى الترابط المستساغ والمنطقي بين تقدير الوقائع والتكييف.

ثانياً: التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية التقصيرية (مسؤولية دون خطأ): تقدم القول أن نظرية الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية تعرضت لانتقادات عنيفة⁵ مع التطور الصناعي في العالم، وأنها حاولت التأقلم تحت وطأة شدة هاته الانتقادات من خلال التخفيف من حدة اشتراط إثبات المضرور من الفعل الغير مشروع للخطأ، ولجأوا لفكرة الخطأ المفترض افتراضاً قابلاً لإثبات العكس ثم الخطأ الغير قابل لإثبات العكس، إلا أن هاته الحيلة القانونية وإن اعتمدتها التشريعات المقارنة والتشريع

¹ محكمة النقض المصرية، حكم رقم 6131 لسنة 80 قضائية، حكم صادر عن الدائرة العمالية، بتاريخ 2018/06/18.

<https://n9.cl/mlas5>

² محكمة النقض المصرية، الحكم رقم 99 لسنة 71 قضائية، حكم صادر عن الدائرة العمالية بتاريخ 2014/06/16. <https://n9.cl/mlas5>.

³ محكمة النقض المصرية، الحكم رقم 410 لسنة 77 قضائية، حكم صادر عن دائرة الإيجارات بتاريخ، 2016/04/11. <https://n9.cl/c0tgb>.

⁴ محكمة النقض المصرية، الحكم رقم 3693 لسنة 65 قضائية، حكم صادر عن الدائرة المدنية بتاريخ 2007/02/12. <https://n9.cl/22hvpv>.

⁵ راجع في ذلك كل من، سمير عبد السيد تناعو، النظرية العامة للقانون، دون ط، توزيع منشأة المعارف، سنة 1974، ص 29/بن زويبر عمر، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 83/ الحضائنة تلا عقاب حسين، الأساس القانوني للتعويض، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في القانون، تخصص القانون الخاص، كلية الدراسات القانونية، العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، سنة 2005، ص 66/ سمير سهيل دنون، المسؤولية المدنية عن فعل الآلات الميكانيكية والتأمين الإلزامي عليها، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2005، ص 120.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

الجزائري إلا أنها لم تكن كافية لضمان حماية المضرور خاصة في المجال الاقتصادي، وهو ما فتح المجال لنظرية تحمل التبعة كأساس للمسؤولية التقصيرية.

01- ظهور الفكر الموضوعي: ظهرت فلسفة الفكر الموضوعي لوضع حلول للمشاكل التي أثارها نظرية الخطأ، وقد بني الفكر الشخصي في عصر النهضة على أساس الحرية والوعي والضمير الإنساني وذلك بمنح هامش حرية للفرد يعمل فيه دون خوف من أن يسأل عن ضرر لم يتسبب فيه بخطأ¹، غير أن النزعة الاشتراكية سرعان ما ظهرت، لتؤسس لفكرة المجموع بدلا من فكرة الفرد، والفرد ليس إلا عنصرا في خدمة المجموع، ومن جهة أخرى أصبح العامل يحس بمدى أهميته من الناحية الاجتماعية، فتكونت نقابات العمال من أجل الدفاع عن حقوقه وعن احترامها²، هذه العوامل وإن ساهمت في ضمور نظرية الخطأ إلا أنها لم تكن بقوة العوامل الاقتصادية التي كان أبرزها ظهور الثورة الصناعية في أوروبا، وكثرت المصانع التي استتبعها كثرة في إصابات العمل بشكل مفاجئ بسبب التقنيات الجديدة المستخدمة في المجال الصناعي والتي لم تكن معروفة في المجتمع الزراعي، ثم إلى جانب إصابات العمل ظهرت إصابات أخرى مقترنة باستعمال وسائل النقل الحديثة وهو ما جعل من غير المستساغ الركون إلى نظرية الخطأ لجبر تلك الأضرار³.

02: فلسفة الفكر الموضوعي: لا يقيم أنصار هذا الاتجاهات وزنا للخطأ في قيام المسؤولية التقصيرية، فالمسؤولية عندهم تقوم لمجرد الضرر دون البحث في سلوك المسؤول، فالمسؤولية قائمة في ذمته حتى لو كان سلوكه موافقا تماما لسلوك الرجل لا الرجل العادي فحسب بل حتى الرجل الحريص، ويكفي للمضرور أن يثبت علاقة سببية بين الضرر والسلوك المجرد ليستحق التعويض⁴، كما يبرر أنصار هاته النظرية منهجهم بقولهم أن فكرة تحمل التبعة ليست غريبة على النظرية الشخصية رغم عدم اعترافهم بها، ولا أدل على ذلك من نظرية الخطأ المفترض بنوعيه فعند التعمق في النظر نجد هاته النظرية التي تفترض الخطأ في المسؤول هي عينها نظرية تحمل التبعة إذ ان النتيجة واحدة والأثر واحد ولهذا يبرر

¹ سامي الجري، شرط المسؤولية المدنية في القانون التونسي والمقارن، ط 01، التفسير الفني، تونس، 2011، ص 16.

² علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون الجزائري، ط 05، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2003، 151.

³ جنيف فيني، المطول في القانون المدني، مدخل إلى المسؤولية، ترجمة عبد الأمير إبراهيم شمس الدين، ط 01، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والطبع، بيروت، 2011، ص 33.

⁴ جابر صابر طه، أساس المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع بين الخطأ والضرر، ط 01، دار الكتاب القانونية، مصر، 2010، ص 121.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

انصار الفقه المؤيد لنظرية الخطأ عدم اخذهم بنظرية تحمل التبعة بأنهم قد وجدوا في نظرية الخطأ المفترض غنى عنها¹.

لقد كان الفقيه البلجيكي، Labbé أول من قال بنظرية تحمل التبعة سنة 1890، ثم حمل لوائها بقوة الفقيه Saleilles في كتابه حوادث العمل والمسؤولية المدنية سنة 1897 وفسر عبارة الخطأ الواردة نص المادة 1382 بأن المقصود منها الفعل المجرد المنشئ للضرر وهذا ما انصرف إلى نية المشرع الفرنسي اثناء صياغته للنص القانوني وان كلمة Faute يجب ان ترمى في البحر (Jeter par-dessus bord)، ثم ما لبث ان تحول عن التمسك بنص المادة 1382 على التمسك بنص المادة 1384 التي تقرر مسؤولية متولي الرقابة والحارس، وأقرب انه حتى مع عدم استبعاد فكرة الخطأ فإنه لا يمكن اعتباره الأساس الوحيد للمسؤولية المدنية².

لم يتوقف الامر عند الفقيه Saleilles فقد انتقد Jassrand فكرة الخطأ اشد انتقاد كما يقول الأستاذ علي علي سليمان حيث قال ان عبارة الخطأ في اللغة الفرنسية عبارة غامضة غير محددة، وهو غموض مقصود من المشرع الفرنسي حتى لا يتخذ موقفا محددا من النظريات المؤسسة للمسؤولية المدنية³، ويقول الأستاذ عبد الرزاق السنهوري ان نظرية تحمل التبعة لم تقتصر على الفقهاء الغربيين فقد نادى بها بعض الفقهاء العرب⁴.

03: النظريات المكونة للتوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية: قبل التطرق لذلك نقول أن الفقه التقليدي يطلق على التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية عبارة تحمل التبعة فهما مصطلحين لمعنى واحد عند فقهاء القانون الأوائل، كالفقيه عبد الرزاق السنهوري⁵، والأستاذ علي حسن الذنون⁶ الذي يقول أننا لا نغير هذه المصطلحات أهمية فكلها تعني شيئا واحدا، بينما عند فقهاء القانون الحديث فإنهم يطلقون على المسؤولية التقصيرية التي تقوم بعيدا عن فكرة الخطأ بالتوجه الموضوعي كأستاذ علي فيلاي⁷، والأستاذ مصطفى أبو بكر⁸، والأستاذ بن زويبر عمر¹، والأستاذ سمير سهيل دنون² وغيرهم، ويرى الباحث

¹ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المسؤولية التقصيرية، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص 26.

² راجع في ذلك كل من بن زويبر عمر، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 16/ علي حسن الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، ج 02، الخطأ، مرجع سابق، ص 10.

³ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 154.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، مرجع سابق ص 867.

⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

⁶ علي حسن الذنون، المرجع نفسه، ص 05.

⁷ علي فيلاي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 38-39.

⁸ مصطفى أبو بكر، المسؤولية التقصيرية بين الخطأ والضرر في القانون المدني الجزائري، د ط، دار الجامعة الجديدة، 2015، ص 133.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

أنه لا يجب أن نهمل التطور الذي طرأ على المصطلح وعلى ذلك يجب أن نتبنى مصطلح التوجه الموضوعي كمصطلح جامع ونقصر مصطلح تحمل التبعة على نظرية من نظرياته كما سيأتي.

أ: نظرية تحمل التبعة (Théorie du risque): ويطلق عليها أيضا نظرية المخاطر مقابل الربح، وهي نظرية تقوم على أساس الربط بين الغنم والغرم، فمن يقوم بنشاط اقتصادي يدر عليه أرباحا ومغانم يجب أن يتوقع ويتحمل الخسائر والمغارم التي تنتج عنه، كما أن من يستحدث نشاطا ذا خطورة لم تكن موجودة يجب عليه أن يتحمل نتائجها، ذلك أن العلاقة هي علاقة بين ذمم مالية ومن يتسبب في افقار ذمة مالية يجب أن يتحمل ذلك دون البحث في مسلكه³.

ب: نظرية الضمان: قال بها الفقيه B.Starck الذي يرى وجوب الموازنة بين الحقوق ويقول أن الضرر في حقيقته هو اعتداء على حق من حقوق الضحية، وبالتالي يجب البحث عن الحقوق الجديدة بالحماية لاتي ترتب مسؤولية مدنية عند انتهاكها دون الحاجة إلى إثبات الخطأ، وقد رأى أن ربط المسؤولية التقصيرية بالخطأ فيه مضیعة للحقوق، كما أنه لا ينسجم مع فكرة التضامن الاجتماعي التي تكفل سلامة الأفراد في انفسهم وأموالهم، فسلامة الأفراد مضمونة وانتهاكها يوجب التعويض في جميع الحالات فالحق في التعويض يقوم على فكرة الضمان⁴.

04: موقف المشرع الجزائري من التوجه الموضوعي: إن فكرة التوجه الموضوعي او نظرية تحمل التبعة أملها وقائع ميدانية واقعية، فهي بخلاف نظرية الخطأ التي تأسست لتواكب فكر فلسفي وهو انتشار المذهب الفردي، فإن تحمل التبعة تأسست لتواجه مشاكل الأضرار التي سادت في مجال العمل، ومجال النقل، لهذا كان لزاما على التشريعات أن توليها اهتماما وتجسدها في نصوصها القانونية، وهو ما فعله المشرع الجزائري فقد أخذ بها في نصوص القانون المدني وكذا في قوانين خاصة، وهذا يبرز نية المشرع الجزائري في التوجه نحو الموضوعية خاصة أن تطبيقات الخطأ الواجب الإثبات ليست بذالك الأثر البارز، بل إن المشرع تبنى وبقوة نظرية الخطأ المفترض، ثم اخذ صراحة بالتوجه الموضوعي في نص المادة 136 قانون مدني في ما يتعلق بمسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه.

¹ بن زويبر عمر، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 125.

² سمير سهيل دنون، المسؤولية المدنية عن فعل الآلات الميكانيكية والتأمين الإلزامي عليها، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 125.

³ الحضائنة تلا عقاب حسين، الأساس القانوني للتعويض، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 79.

⁴ هلا عبد الله سراج، مدى لزوم الخطأ كركن من أركان المسؤولية التقصيرية، بحث مقدم استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، فلسطين، 2013، ص 88.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

حيث وبالرجوع لنص هاته الأخيرة نجد أن المشرع رتب مسؤولية المتبوع لمجرد الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله المجرد دون أن تشترط المادة سالفه الذكر أن يتسم هذا الفعل بالخطأ، وما يؤكد صراحة المشرع في تبني الفكر الموضوعي هو إغلاق الباب أمام المتبوع لنفي المسؤولية، فلا يستطيع أن يتخلص من المسؤولية لا بإثبات انعدام الخطأ في التابع، ولا بقيامه بواجب الإدارة والتسيير، ولا بعدم حريته في اختيار تابعه، بل الأكثر من ذلك أن المتبوع لا يستطيع التخلص من مسؤوليته حتى بإثبات السبب الأجنبي.

وفي نص المادة 140 مكرر المتعلقة بمسؤولية المنتج عن عيب منتوجه وهي مسؤولية حديثة لا تميز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، والتي يجمع الفقه تقريبا على انها مسؤولية موضوعية بحتة لا يهم فيها البحث في سلوك المنتج¹، وكفي تعيب المنتج أثناء طرحه للتداول.

وفي القوانين الخاصة نجد اثرا أكثر بروزا للتوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، خاصة في المجالات التي تكون فيها فكرة تحمل التبعة أكثر عدالة وانسجاما مع الواقع العملي، ولما وجدت هاته النظرية أرضا خصبة لنشوءها في مجال حوادث العمل وحوادث المرور، فقد احترم المشرع الجزائري ذلك وتبنّاها في هاذين المجالين.

ففي حوادث العمل والامراض المهنية تبني المشرع نظرية تحمل التبعة كأساس للمسؤولية المدنية في كل من الأمر 183/66²، والقانون 13/83³ المعدل والمتمم بالأمر 19/96، وفي ذلك مسaire من المشرع الجزائري لفكرة تحمل التبعة في هاته المجالات مراعاتاً لأن معظم الحوادث التي تحدث في هاته المجالات تتطلب خبرة فنية تتجاوز قدرة العامل على إثبات الخطأ فيها⁴، وهو نفس الامر في حوادث المرور بموجب

¹ علي فيلاي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 256.

² الامر 183/66 مؤرخ في 02 ربيع الأول عام 1386 الموافق لـ 21 يونيو لسنة 1966 المتضمن تعويض حوادث العمل والامراض المهنية، ج ر رقم 55 لسنة 1966.

³ القانون 13/83 المؤرخ في 20/07/1983 المتضمن حوادث العمل والامراض المهنية، ج ر رقم 28 لسنة 1983، المعدل والمتمم بموجب الأمر 19/96 المؤرخ 06/07/1996، ج ر رقم 42 لسنة 1996.

⁴ وسيلة بورجو، دور الخطأ في التعويض عن حوادث العمل، مذكرة لاستكمال متطلبات الحصول على شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، الجزائر 01، 2013، ص 15.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

الامر 15/74¹، وقد أقامها المشرع بعيدا عن البحث في سلوك المسؤول، ويتم جبر الضرر فيه بناء على مجرد الضرر وبدون البحث في اعتبارات أخرى².

إن أنظمة التعويض التي تقوم على نظريات تمل التبعة أو المسؤولية دون خطأ تتمتع بعدد المزايا فيما يتصل بقدرتها على تعويض الضحايا الإصابات في الحالات التي يكون فيها من الصعب إثبات الخطأ، فهي على سبيل المثال توفر تعويضات سريعة نسبيا ورعاية دعم طيلة حياة المضرور، حيث أن أنظمة التعويض توفر تعويضا للمضرور بسرعة ثم تقوم بالرجوع على المدعى عليهم ان وجدوا لاسترداد هذا الحل، غير انه كما يقال للقمر وجه آخر مظلم حيث أنها لا تتمتع بقدرة كبيرة في الردع حيث أنها عادة ما تقلل من تعويض الضحايا³

الفرع الثاني- الضرر: إذا كان الخطأ أساس المسؤولية، والركن الذي تجاذبته واختلفت حول ضرورة وجوده المذاهب الفلسفية، والنظريات الفقهية، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة للضرر، فهو مناط المسؤولية وهو الركن الوحيد الذي اتفقت على ضرورة وجوده كل النظريات، وتكمن أهميته خصوصا في اعتباره حجر الزاوية في تقدير التعويض، غير أننا لن نطيل في دراسته هنا ونقتصر على ذكر الأسس العامة له مؤجلين ذلك إلى موضعه الأنسب في الفصل الثاني المتعلق بتقدير التعويض، ونقتصر على دراسة مفهومه (أولا) ثم نتطرق إلى شروطه (ثانيا)، ثم انواعه (ثالثا).

أولا- تعريف الضرر: لم يرد في نصوص القانون المدني ولا القوانين الملحقة به تعريف للضرر، وكعادة المشرع ينأى بنفسه عن ذلك وترك المجال للفقه الذي حاول تعريف الضرر على أنه الأذى الذي يلحق الغير، وهو إما ان يكون ضررا ماديا يلحق اذى مالي بالمضرور، هذا الأذى قد يكون أدبيا يمس شرف الإنسان واعتباره⁴، كما يعرف وفي دائرة الأذى دائما بأنه الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس

¹ الأمر 15/74 المؤرخ في 06 محرم 1394 الموافق ل 30 جانفي 1974 المتعلق بالزامية التامين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار، ج ر عدد 15 الصادرة بتاريخ 26 محرم عام 1394 الموافق ل 19 فيفري 1974، المعدل والمتمم بالقانون 31/88 المؤرخ في 05 ذي الحجة 1408 الموافق ل 19 جويلية 1988، ج ر عدد 29 الصادرة بتاريخ 20 جويلية 1988.

² راجع في ذلك، علي فيلاي، المرجع نفسه، ص 353/ محمد بعجي، المسؤولية المدنية المترتبة عن حوادث السيارات، أطروحة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، سنة 2007-2008، ص 98.

³ Mark R Forwood, Whither No-fault Schemes in Australia : Have We Closed the Care and Compensation Gap ?, Alternative Law Journal, Vol 43 (03), SAGE Journal 2018, P 170.

⁴ علي حسن الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، ط 01، ج 01، الضرر، دار وائل للنشر، عمان الأردن، 2006، ص 204.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة بسلامة جسمه أو بماله أو بحريته، أو شرفه¹.

ثانيا- شروط الضرر: يجب ليعتد بالضرر كسبب لاستحقاق التعويض أن يكون محققا (01)، وأن يكون مباشرا (02)، وأن يكون الضرر شخصا (03)، والا يكون قد سبق التعويض عنه (04)، وأخيرا أن ينصب على حق أو مصلحة مشروعة (05).

01: أن يكون الضرر محققا: حتى يحكم القاضي بالتعويض يجب أن يثبت المضرور أنه كان سيكون في مركز أفضل لولا الضرر الذي أصابه من جراء سلوك المسؤول الذي تربطه رابطة سببية بينه وبين الضرر²، فهل معنى ذلك أن المقصود من الضرر المحقق هو الضرر الذي قد وقع فعلا وأصبح من الماضي، أن الضرر الذي يشمل التعويض هو فقط الضرر الذي وقع فعلا؟

قد يكون السلوك الخاطئ قد صدر من المسؤول ولم يحدث ضررا حالا، إلا أن الضرر وإن لم يتحقق في الحال فإن تحققه في المآل قطعي، فإن كانت الإجابة على السؤال أعلاه بالتأكيد فإن هذا الضرر لا يشمل التعويض لأنه لم يحدث بعد ولم يصبح من الماضي، ولكن المشكلة ليست في زمن الوقوع إذ أن وقوعه في المستقبل لا ينفي أنه ضرر محقق مادام وقوعه حتميا وأكيدا، والحقيقة أنه لا فرق بين الضرر الذي وقع وأصبح من الماضي والضرر المحقق الوقوع الذي لم يقع بعد، وكلاهما يشمل التعويض.

غير أن تعويض الضرر المحقق الذي قد وقع ووقعت كل آثاره لا يثير مشكلة في تقدير قيمته، وهو ما لا قد يتوافر في الضرر المستقبلي لأن عناصر تقدير الضرر المستقبلي في كثير من الأحيان تكون غير واضحة ولا يمكن للقاضي أن يقدر جسامة الضرر ليحدد بها قيمة التعويض، وهو ما جعل الفقه يشترط للتعويض عن الضرر المستقبلي شرطان، أولهما أن يكون محقق الوقوع في المستقبل، وثانيهما أن يمكن تحديد قيمته عند الحكم³، فإن لم يمكن ذلك احتفظ القاضي للمضرور بالحق في المطالبة بالنظر من جديد في التقدير، هذا بالنسبة للضرر الحال والضرر المستقبلي والذي جمع بينهما أن كليهما محقق الوقوع، ولكن هل ينطبق الحكم نفسه على الضرر الاحتمالي الذي لم يقع بعد ولا يوجد ما يقطع بحدوثه في المستقبل؟

¹ راجع فقي ذلك، فودة عبد الحكيم، التعويض المدني في المسؤولية المدنية التعاقدية والتقصيرية في ضوء الفقه وأحكام النقص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1998، ص 17/ مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992، ص 35.

² علي حسن الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، ط 01، ج 01، الضرر، المرجع السابق، ص 206.

³ مصطفى العوجي، القانون المدني، المرجع السابق، ص 199.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

إن الضرر الاحتمالي يصادف مشكلتين، مشكلة موضوعية، ومشكلة إجرائية وهذه الأخيرة تسبق الأولى، فالضرر الاحتمالي مبني على الظن أو في أحسن الأحوال قد يبنى على غلبة الظن، ومشكلة الضرر المحتمل أنه مبني على مصلحة محتملة، والدعوى المبنية على مصلحة محتملة دعوى غير مقبولة كأصل عام، وهناك من الفقه من رفضها على أساس أنها دعوى سابقة لأوانها أو دعوى مبتسرة يتعين على القضاء عدم قبولها¹، إلا أن القانون الجزائري لا يعرف منطوقا فحواء عدم قبول الدعوى لسبق أوانها، أما المشكلة الثانية في الضرر الاحتمالي أنه قد يقع وقد لا يقع ومن غير المنطقي أن يعرض عن ضرر بهذه الأوصاف، والمنطق السليم أن الضرر الاحتمالي لا يعرض عنه إلا إذا وقع فعلا².

02: أن يكون الضرر مباشرا: ويقصد بذلك أن يكون نتيجة مباشرة للعمل الغير مشروع³، فقد يحدث الضرر الواحد نتيجة عدة أفعال، وقد تحدث عدة أضرار متعاقبة نتيجة عمل غير مشروع واحد، فالسؤال أي هذه الأضرار يشملها التعويض؟ وتجيبنا المادة 182 قانون مدني بقولها ان التعويض يشمل ما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب، وذلك على شرط أن يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر فيه، ويكون الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن باستطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.

وهناك إلى جانب الضرر المباشر ضررا آخر يدعى الضرر الغير مباشر، والأصل ان هذا الضرر لا يعرض عنه أبدا لا في المسؤولية العقدية ولا في المسؤولية التقصيرية، والفرق الوحيد أنه في المسؤولية التقصيرية يعرض على الضرر المباشر كله سواء كان ضررا مباشرا متوقعا، أو ضررا مباشرا غير متوقع، وهذا بخلاف المسؤولية العقدية والتي يقتصر التعويض فيها على الضرر المباشر المتوقع دون الغير المتوقع إلا في حالي الخطأ الجسيم والغش⁴.

03: أن يكون الضرر شخصا: ويقصد بذلك أن يكون المصاب بالضرر هو المدعي بنشوء الحق في التعويض في ذمته بسبب الفعل الغير مشروع⁵، وهذا نتيجة منطقية ينبني على توافرها قبول الدعوى من عدمه فالدعوى ترفع من ذي صفة على ذي صفة، غير أن هذا الشرط يرتبط بحالة يثار بصدها وهي حالة الضرر المرتد حيث يجد الضرر طريقا لأشخاص آخرين ليصيبهم.

¹ علي حسن الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، ط 01، ج 01، الضرر، المرجع السابق، ص 208.

² عبد الرزاق أحمد السنهاوري، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، مرجع سابق ص 978.

³ أحمد محمد أحمد الزين، الضرر في اطار المسؤولية التقصيرية في التشريع العماني، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، مج 08، ع 01، سنة 2023، ص 413.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، مرجع سابق ص 768.

⁵ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 149.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

الضرر المرتد هو الضرر الذي يتمادى ليصيب أشخاص آخرين غير شخص المضرور مباشرة، كالأضرار التي تلحق الخلف بسبب موت السلف، وهاذه الأضرار قد تكون أضرارا مادية وقد تكون أضرارا معنوية¹، وعلى هذا لا يجب أن يفهم من اشتراط شخصية الضرر أن الضرر يتوقف شموله بالتعويض على الشخص الذي أصابه الضرر إصابة مباشرة وشخصية، فمسألة شخصية الضرر تتحقق أيضا بالنظر إلى انعكاس أثره على المضرور بالارتداد²، فالضرر المرتد وإن كان من شروطه ان يكون مرتبطا بالضرر الأصلي فهذا لا يعني أن الضرر المرتد ليس ضرا شخصيا، ففي كثير من الأحيان وخاصة في الأضرار التي تمس الاعتبار والشرف تردد كأضرار مباشرة، ومثال ذلك من يقذف امرأة محصنة، فالضرر هنا شخصي للمرأة ومرتب على الزوج وأهل زوجته بطريق مباشر.

04: ألا يكون قد تم التعويض عنه مرتين: وهذا الشرط ينتقل من قاعدة مهمة تفيد بعدم التعويض عن نفس الفعل مرتين، والدعوى التي يكون موضوعها طلب التعويض عن ضرر قد سبق التعويض عنه لا تقبل لسبق الفصل وهذا ما نصت عليه المادة 67 قانون إجراءات مدنية وإدارية بصدد الدفع بعدم القبول، ولكن هل يمكن للمضرور أن يجمع تعويضا من القضاء بموجب الدعوى، ومن شركات التأمين بموجب عقد التأمين؟

إن مسألة عدم جواز الجمع بين تعويضين يهدف من وراءها إلى منع الإثراء بدون سبب وهو ما لا يسمح به القانون إلا في حالات معينة، كمن يكتب أكثر من تأمين واحد على نفس الشيء، فهو يستفيد بتعويض بموجب كل عقد على حدا³.

05: أن يمس الضرر حقا أو مصلحة مشروعة: يفترض الضرر ان يصيب المضرور بحرمانه من مركز أو حق كان يفيد منه وهذه المسألة تثير بعض التساؤلات، هل يجب أن ينصب الضرر على مركز قانوني موجود فعلا أو حق مكتسب حقيقة أم يكفي أن ينصب على مجرد الأمل فيقطعه ليستحق التعويض؟

الحقيقة أن هذا السؤال يختلط كثيرا بالضرر المرتد، وبعبارة أخرى يثار بمناسبة توافر الصفة في الدعوى فقد يتحقق الضرر على السلف ويرتد على الخلف فيستحق التعويض عن الضرر المرتد، ولكن هل يجب أن ننظر للضرر المرتد على أساس موضوعي، فكل من تضرر معنويا في اعتباره أو شرفه أو

¹ علي فيلاي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، المرجع السابق، ص 298.

² بن مختار إبراهيم، التعويض عن الضرر المرتد في القانون الجزائري، حوليات كلية الحقوق والعلوم السياسية، مج 10، ع 01، 2018، ص 146.

³ علي فيلاي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 308.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

سمعتة يستحق التعويض ودون النظر إلى توافر علاقة شرعية بين المضرور الأصلي والمضرور بالارتداد ومثال ذلك الضرر الذي يصيب الزوجة نتيجة قتل زوجها فالعلاقة، ثم تتدخل خليلته في الدعوى على أساس أنها قد أصيبت بضرر مرتد نتيجة قتل خليلها، في هذا المثال تستحق العشيقة التعويض عن الضرر المرتد إذا نظرنا إلى المسألة نظرة موضوعية، ولا تستحقه إذا نظرنا إلى المسألة نظرة شخصية لأن يثير مسألة الصفة تلقائيا ويحكم بعدم قبول الدعوى لانعدام الصفة بسبب عدم شرعية العلاقة بينها وبين الهالك.

في نفس السياق ماذا لو دفعت الخلية بأن العلاقة بينها وبين الهالك علاقة خطوبة، وقدمت ما يثبت ذلك، فهل يشملها التعويض على أساس الضرر المرتد لتوافر الصفة والمصلحة والحق الموضوعي، أم ترفض دعواها لانعدام الحق الموضوعي على أساس أن الخطوبة وبنص قانون الأسرة الذي يعتبرها مجرد أمل في نص المادة 05 من قانون الأسرة التي نصت على أن (الخطوبة وعد بالزواج)؟

إن الإجابة على هذا السؤال تقتضي تحديد من هم الأشخاص الذين يدخلون في نطاق الضرر المرتد، وقد حددت التشريعات المقارنة كالتشريع المصري، والكويتي، والسوري، والليبي هؤلاء الأشخاص بذواتهم، وحددهم المشرع الفرنسي بمعيار موضوعي متمثل في القرابة بالضحية على خلاف من المشرع الجزائري الذي لم يولي أهمية للأمر¹، رغم بعض النصوص التي حاول بعض الباحثين الارتكاز عليها لتبين موقف المشرع الجزائري، نذكر منها المادة 67 من القانون 11/83 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية، التي حددت من سمتهم بذوي الحقوق الزوج والأصول والفروع، غير أن الفقه ركن إلى معيار الإعالة سواء ما تعلق بالنفقة أو الإعالة الفعلية²، ويذهب الأستاذ علي سليمان إلى القول أن قبول دعوى المطالبة بالتعويض عن الضرر المرتد شرطه الوحيد هو توافر مصلحة مشروعة³.

فبتطبيق المعيار الوارد في المادة 67 السالفة الذكر نجدها لا تنطبق لا على الزوجة ولا على الخلية، وحتى معيار الإعالة والنفقة الفعلية وكذا معيار الارتباط المعنوي والروحي الذي نادى به بعض الباحثين⁴ معيار لا يصلح مجردا لأنه ينطبق على الحالتين فقد يعيل الرجل إلى جانب أصوله، وفروعه، وزوجته، خطيبته وحتى خليلته، أما بالنسبة لمعيار المصلحة المشروعة رغم أنه مصطلح فضفاض واسع،

¹ علي فيلاي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 299.

² بن مختار إبراهيم، التعويض عن الضرر المرتد في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 152-153.

³ علي علي سليمان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 190.

⁴ بن مختار إبراهيم، المرجع نفسه، ص 153.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

قد يصدق في زمن معين ولا يصدق في آخر خاصة مع انفتاح المجتمع وتطوره وتغير مفاهيم المشروعية، إلا أنه هو المعيار الأكثر انسجاماً في تحديد الأشخاص الذين يشملهم التعويض عن الضرر المرتد.

وعليه فإن المخطوبة لها مصلحة مشروعية في طلب التعويض، ووجه المشروعية في نص المادة 05 من قانون الأسرة التي اعتبرت الخطوبة وعد بالزواج، وفي نص المادة 04 من ذات القانون تكييف للزواج بأنه عقد، ولما كان ذلك فإن الخطوبة وعد بعقد والوعد بالعقد في القواعد العامة للقانون المدني عقد، وهذا العقد كاف لوحده ليثبت المصلحة المشروعة للمخطوبة في طلب التعويض عن الضرر المرتد، وهو ما لا يتوافر لدى الخلية رغم ارتباطها المعنوي والروحي.

ثالثاً- أنواع الضرر: الضرر ليس على نوع واحد، بل يختلف بحسب ما أصاب من المضرور، فقد يصيب ماله فيكون ضرراً مادياً (01) وقد يصيب شرفه واعتباره وحرته فيكون ضرراً معنوياً (02) وربما أصاب الضرر جسم المضرور فيكون الضرر جسماً (03) وهناك نوع آخر من الضرر لا يصيب فرداً بعينه بل يصيب البيئة يسمى الضرر البيئي (04).

01: الضرر المادي: يعرف الضرر المادي على أنه الضرر الذي يخل بمصلحة ذات قيمة مالية للمضرور، ويشمل هذا الضرر الخسارة التي لحقت المضرور والكسب الذي فاتته، أو هو خسارة تصيب المضرور فتتلف ماله أو تلحق به خسارة أو تفوت عنه كسباً¹، كما أن الضرر المادي المقصود هنا هو الضرر المادي بمفهومه الضيق الذي لا يدخل في الضرر الجسماني، أي الضرر الذي يلحق الذمة المالية للمضرور بصورة مباشرة فيسبب فينقصها².

02: الضرر الجسماني: هو كل ضرر يمس جسد المضرور، فيزهق روحه، أو يصيبه في عضو من الأعضاء فيعطل وظائفه، فيؤدي على عجز كلي أو عجز جزئي³، وفي العادة فإن الأضرار وإن تعدت أنواعها إلا أن النوع الواحد قد يترتب عنه الأنواع الأخرى من الضرر، فالضرر الجسدي يترتب عنه حتماً ضرر مالي

¹ عيسى صديقي محمد أمين، التعويض عن الضرر ومدى انتقاله للورثة، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون المقارن، كلية الشريعة والقانون، كلية الدراسات العليا، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2011، ص 222.

² ميسون يوسف محمد بن سعيد، انتقال الحق في التعويض، دراسة موازنة في القانونين الأردني والمصري، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات درجة الدكتوراه في القانون الخاص، قسم القانون المقارن، كلية الدراسات العليا، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان، 2016، ص 30.

³ مبارك صديق فضل سيد احمد، المسؤولية المدنية عن عمل الغير في القانون السوداني، دراسة مقارنة، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الشريعة والقانون، جامعة إفريقيا العالمية، جمهورية السودان، 2019، ص 43.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

يتمثل في تكاليف العلاج وضياع الأجر، كما قد يترتب عن الضرر الجسماني في حالة وفاة الضحية ضررا معنويا يصيب ذويه¹.

03: الضرر المعنوي: نصت المادة 182 مكرر على أن الضرر المعنوي المشمول بالتعويض يتمثل في الضرر الذي يصيب الحرية أو الشرف أو السمعة، وعرفه الأستاذ سليمان مرقس بأنه كل مساس بشرف الشخص واعتباره، وكل ألم يصيبه في جسمه وعاطفته²، وتعريف الضرر بهذا الشكل لا يجب أن يفهم منه أن الضرر الادبي هو ذلك الضرر الذي لا يمكن إدراكه بالحواس لأنه خاص بعالم الأفكار والعواطف، لأن الادبي يشمل أيضا أضرارا محسوسة كالآلم والجروح³.

من خلال التعاريف المقدمة نخلص إلى أن الضرر المعنوي له خصيصتان، أول خاصية أنه يقع على حق من حقوق الإنسان، ويقصد بذلك الحقوق للصيقة بالشخص أو الحقوق الطبيعية كما يطلق عليها الفلاسفة المتقدمون، هاته الحقوق وجدت لتوجه للغير حتى يعترف بوجود هذا الإنسان وحماية وجوده، كالحق في الاسم، والحق في الحرية⁴، أما الخاصية الثانية للضرر المعنوي أنه يقع على حقوق غير متقومة بمال، وهذا هو أهم عنصر يفرق بين الضرر المادي والمعنوي.

ولتحديد أكثر يمكننا القول أن الضرر المعنوي قد ينتج عن إصابة جسدية، كالإصابات التي تخلف جروحا أو رضوضا أو بترًا في الأعضاء أو تشوهات في الخلقة، كما قد ينتج الضرر المعنوي بسبب الاعتداء على الشرف، والاعتبار، والعرض، كالقذف، والسب، وهتك العرض، والتقول على سمعة المضرور، كما قد ينتج الضرر المعنوي كذلك عما يصيب العاطفة والشعور كانتزاع طفل من حضن أمه وخطفه⁵، بل أبعد من ذلك فقد بلغت درجة الاهتمام بتعويض الأضرار المعنوية إلى درجة أن قبلت محاكم الهولندية على سبيل المثال في تعويض ضحايا الأضرار المعنوية أنها قبلت النظر في دعوى تعويض بقيمة 10 آلاف جيلدر هولندي رفعها رجل عانى من صياح الديوك عند جاره ما تسبب في عجزه عن العمل بسبب الضوضاء التي أحدثتها⁶، وعلى كل يخضع التعويض عن الضرر المعنوي لذات الشروط الواجب

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 286.

² سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 138.

³ حسن عبد الرحيم الشيخ محمد، احكام التعويض الناشئ عن الضرر الادبي في التشريع والقضاء السوداني، دراسة مقارنة، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في القانون المقارن، قسم الدراسات النظرية، معهد بحوث ودراسات العالم الإسلامي، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2018، ص 04.

⁴ عبوب زهيرة، طبيعة التعويض عن الضرر المعنوي، مجلة الدراسات القانونية، مجلد 02، ع 03، سنة 2016، ص 165.

⁵ عيسى صديقي محمد أمين، المرجع السابق، ص 235.

⁶ Marijke Malsch, Compensation of Non-Material Damage in Civil and Criminal Law in the Netherlands, International Review of Victimology, Vol 09, A B Academic Publishers-Printed in Great Britain, 2002, P 35.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

توافرها في الضرر المادي، حيث يجب أن يكون ضرراً محققاً، وضرراً شخصياً، وضرراً مباشراً إلا أن فقهاء الشريعة الإسلامية لا يشترطون هذا الأخير ويكتفون بالضرر المجرد حتى لو كان غير مباشر¹

04: الضرر البيئي: وهذا نوع آخر من الأضرار يختلف عن الأنواع التي ذكرت سابقاً في مفهومه وفي أحكامه وآثاره، وقد سبق القول أن الضرر يجب أن يشمل التعويض أن يكون محققاً قد وقع فعلاً وأصبح من الماضي، أو لم يتحقق بعد ولكن تحققه في المستقبل محقق لا شك فيه، وأن يكون الضرر مباشراً فالضرر الغير مباشر لا يكون مشمولاً بالتعويض لا في المسؤولية العقدية ولا في المسؤولية التقصيرية، هذا الأمر يختلف عند الحديث عن الضرر البيئي لما له من خصوصيات.

وعرف الضرر البيئي بأنه الأذى الناجم عن التلوث البيئي والذي يصيب البيئة بذاتها وينعكس على الأشخاص والكائنات الأخرى الحية²، وعرفه باحثون آخرون بأنه ضرر يمس البيئة فيشوهها ويخل بتوازن مختلف عناصرها، وما يترتب عن ذلك من أضرار تلحق بالأشخاص والممتلكات والمصالح الاقتصادية³، وفي تعريف آخر عرف الضرر البيئي بأنه الأثر السيئ الذي يصيب البيئة بما تحتويه من مخلوقات حية كانت أو غير حية ناتج عن نشاط أيا كان بغض النظر عن مشروعيته من عدمها يحمل خطورة⁴.

اعتمد البرلمان الأوروبي سنة 2004 التوجيه CE/2004/35 المتعلق بالمسؤولية البيئية فيما يتصل بمنع الأضرار التي تمس البيئة ومعالجتها، وقد اعتبر هذا التوجيه خطوة كبيرة تضاف لعدة خطوات سابقة تهدف إلى تطوير سياسة حماية الطبيعة في الاتحاد الأوروبي، كما يعتبر مكملاً لتوجيهات أخرى مثل توجيهات الطيور البرية والموائل، وقد اشترط هذا التوجيه أن ينقل إلى القوانين الداخلية قبل سنة 2007، وفي هذا الإطار استثنى من التوجيه عدة حالات على سبيل المثال لا يشمل التوجيه المتعلق بالضرر الناجم عن حادث تقع فيه المسؤولية أو التعويض ضمن نطاق عدد من اتفاقيات المسؤولية المدنية

¹ نزار أحمد عبد الله النويري، الضرر المعنوي أحكامه وتطبيقاته على المسائل الجنائية والمدنية والأحوال الشخصية، دراسة مقارنة، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في الفقه المقارن، قسم الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، كلية الدراسات العليا، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2004، ص 68.

² المذهب نايف جليل فاضل، المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية في القانون الأردني والقانون المقارن، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات منح درجة الدكتوراه فلسفة في القانون، تخصص القانون الخاص، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، سنة 2006، ص 91.

³ الشخاترة موسى نايف حسان، مفهوم الضرر في القانون الدولي لحماية البيئة، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات درجة الدكتوراه في القانون العام، قسم القانون المقارن، كلية الدراسات العليا، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان، الأردن، 2006، ص 73-74.

⁴ ابتهاج زيد علي، التعويض عن الضرر البيئي، مجلة مركز دراسات الكوفة، مج 01، ع 34، ص 179-180.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

الدولية، ولا ينطبق أيضا على الضرر البيئي الناجم عن انبعاث أو حادث وقع قبل 30 أبريل 2007 وهو التاريخ الذي كان ينبغي لدول الاتحاد الأوروبي تضمين التوجيه في قوانينها الداخلية¹

لم يضع المشرع الجزائري تعريفا للضرر البيئي، إلا أنه وضع تعريفا للبيئة من خلال مكوناتها والتي عرفتها المادة 04 الفقرة 07 من القانون 10_03² بأنها تتكون من الموارد الطبيعية اللاحوية والحيوية، بما فيها التراث الوراثي، وأشكال التفاعل بين هذه المواد كالهواء والماء والجو والأرض وباطنها والنبات والحيوان والمناظر والمعالم الطبيعية، ثم عرفت الفقرة 08 من ذات المادة التلوث بأنه كل تغيير مباشر أو غير مباشر للبيئة يحدث أو قد يحدث وضعية مضرّة بالعناصر المذكورة في المفقرة 07، فالضرر البيئي في مفهوم المشرع الجزائري هو كل فعل يحدث تغييرا مباشرا أو غير مباشر في الموارد الطبيعية الحيوية والغير حيوية بحيث يحدث وضعية مضرّة بالهواء والماء والجو والأرض وباطنها وكذا بالكائنات الحية والمناظر والمعالم الطبيعية وبصفة عامة بكل عناصر البيئة حسب مفهوم البيئة في القانون 10-03.

ومن خلال ما تقدم من بيان لمفهوم الضرر البيئي نلاحظ أن الضرر البيئي يتميز بخصائص تميزه عن الأضرار في القواعد العامة للمسؤولية المدنية، حيث أن الضرر البيئي ليس ضرا شخسيا لأنه لا يلحق شخصا بعينه وإنما يصيب البيئة والذي قد ينجر عنه ضرر بالأشخاص كمجموع بعد ذلك، كما أن الضرر البيئي لا يشترط فيه أن يكون ضرا مباشرا لأنه قد ينجم عن أفعال غير محصورة دوليا ولا وطنيا، كما أنه ضرر غير آني بل ضرر مستقبلي تظهر نتائجه بعد سنوات، كما أنه ضرر ذو طابع انتشاري لا يقتصر على منطقة بحد ذاتها أو إقليم بحد ذاته³.

الفرع الثالث- العلاقة السببية: إذا كان الخطأ هو أساس المسؤولية المدنية، وكان الضرر مناعيا فإنه من غير المنطقي حتى مع توافرها أن يتحمل شخص ما المسؤولية عن ضرر لا تربطه علاقة سببية بفعله الخاطئ، وقد نصت المادة 176 قانون مدني على أن الدائن بإمكانه التخلص من المسؤولية العقدية إذا أثبت أن استحالة التنفيذ ترجع لسبب لا يد له فيه، كما نصت المادة 182 من ذات القانون على أن على أن التعويض يشمل ما لحق الدائن من ضرر وما فاتته من كسب شريطة أن يكون ذلك نتيجة طبيعية لعدم الوفاء، وقبل هاتين المادتين نصت المادة 124 على أن كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه

¹ Edward H.P. Brands, Liability for damage to Public natural Resources under the 2004 EC Environmental liability Damages, Environmental Law Review, vol 07, issue 02, sage journals 2005, P 90-91.

² القانون 10-03 مؤرخ في 19 جمادي الأولى عام 1424 الموافق لـ 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ج ر عدد 43 الصادرة بتاريخ 20 جمادي الأولى عام 1424 هـ الموافق لـ 20 يوليو سنة 2003.

³ سامية قرجع، المسؤولية المدنية عن الضرر البيئي في التشريع الجزائري، مجلة تجسير للبحوث والدراسات، مج 02، ع 01، سنة 2022، ص 114.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

يسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض، وهذه هي القاعدة العامة في قيام المسؤولية المدنية، حيث لا يسأل الشخص إلا على نتائج أفعاله، وسنحاول الوقوف على مفهوم العلاقة السببية (أولاً) ثم نتطرق لنفي العلاقة السببية (ثانياً).

أولاً- مفهوم العلاقة السببية: يقصد بالعلاقة السببية الرابطة التي تربط بين الضرر والخطأ، أي أن يكون الضرر الحاصل للمضرور نتيجة للسلوك الخاطئ الذي أتاه المسؤول¹، والعلاقة السببية كما يقول الفقيه الفرنسي كاربوني أن العلاقة السببية ليست مجرد توافق عرضي زمني ومكاني، فظهور ضرر بعد فترة وجيزة من إقرار خطأ لا يكفي للقول بوجود علاقة سببية، كما أن وجود الشيء في مكان الحادث للقول بوجود السببية، بل ما يجعل السببية متوافرة هو أن يكون الضرر نتيجة للخطأ الذي اقترفه المسؤول، أي وبعبارة أخرى أنه ولولا ما اقترفه المسؤول ما كان المضرور ليصاب بهذا الضرر².

إن البحث في مفهوم العلاقة السببية يلاحظ أن الفقه يخوض مباشرة في مشكلة نفي السببية، ويبدو هذا جلياً في قول الفقيه الفرنسي Ripert أن القضاء قد أصاب في تجنبه تعريف السببية لأن مثل هذا التعريف يتطلب دراسة فقهية عميقة لا تؤدي إلى أي نتيجة، وهو نفس ما ذهب إليه الفقيه ستارك من أن البحث في تحديد مفهوم السببية هي محاولة فاشلة لا نتيجة ترجى منها³، وعلى ذلك نقف في تعريف العلاقة السببية بأنها رابطة تسند الضرر الحاصل للمضرور إلى خطأ المسؤول بحيث يلزم لوجودها قيام المسؤولية ويلزم لانتفاءها انتفاء المسؤولية.

لقد أثارت نظرية السببية من حيث انتفاءها الكثير من النظريات سواء عند فقهاء القانون المدني أو فقهاء القانون الجنائي، وهو ما سنحاول التطرق له في العنصر التالي.

ثانياً- نفي العلاقة السببية: تنفي العلاقة السببية بالقيام السبب الأجنبي (01)، كما تنتفي لأن السبب غير منتج أو غير مباشر (02).

01: نفي السببية من خلال إثبات السبب الأجنبي: بداية نقول أن ركن السببية هو عنصر مستقل عن الخطأ فقد توجد العلاقة السببية ولا يوجد الخطأ كأن يكون سلوك الفاعل ليس فيه انحراف على سلوك الرجل العادي، وفي هذه الحالة هناك علاقة سببية بين الفعل المجرد والضرر ما ينفي المسؤولية التي تقوم على الخطأ، ولكن ومع ذلك إن انطبقت الواقعة على تطبيق من تطبيقات نظرية

¹ عبد الرزاق أحمد السهوري، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، مرجع سابق ص 990.

² علي حسن الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، ج 03، الرابطة السببية، ط 01، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2006، ص 10.

³ المرجع نفسه، ص 08.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

تحمّل التبعة قامت المسؤولية المدنية، وقد يوجد الخطأ وتنتفي العلاقة السببية كأن يثبت المسؤول أن الضرر كان واقعا لسبب أجنبي كالقوة القاهرة، أو الحادث المفاجئ، أو خطأ الغير، أو خطأ المضرور، وهذا ما نصت عليه المادة 127 قانون مدني والتي أعفت المسؤول من التعويض إذا أثبت أن الضرر لا يد له فيه وأنه قد نشأ عن سبب أجنبي.

أ- القوة القاهرة والحادث المفاجئ: لقد بحثنا فكرة القوة القاهرة والسبب الأجنبي من خلال بحث مفهوم شرط الحوادث الاستثنائية العامة في نص المادة 107 فقرة 03 قانون مدني خلال بحثنا لعنصر ضوابط سلطة القاضي التقديرية في تعديل العقد أثناء مرحلة تنفيذه وما قيل هناك يقال هنا من حيث شرطي عدم التوقع وعدم الدفع المتطلبان في القوة القاهرة والحادث المفاجئ، فإن توافرت القوة القاهرة او الحادث المفاجئ وكان أحدهما أو كليهما هو السبب الوحيد في الضرر انتفت المسؤولية وهذا ما نصت عليه المادة 127 قانون.

ب- خطأ المضرور وخطأ الغير: نصت المادة 127 على خطأ المضرور كسبب أجنبي تنتفي به مسؤولية المسؤول، وتفترض هاته الحالة صدور خطأ من المسؤول وخطأ من المضرور وكان لخطئ كل منهم نصيبه من وقوع الضرر، فإن استغرق خطأ المسؤول خطأ الآخر كأن يكون خطأ أحدهما يفوق في جسامته خطأ الآخر، أو أن يكون خطأ أحدهما نتيجة لخطأ الآخر، ففي الحالة الأولى يقول الأستاذ السنهاوري انه مهما فاق أحد الخطأين في جسامته الخطأ الآخر فلا يمكن للخطأ الأكثر جسامته أن يستغرق الخطأ الآخر غلا في حالتين، الأولى حالة أن يكون احد الخطأين خطأ عمدا وفي هذه الحالة نقف عند الخطأ العمد ويتحمل صاحبه وحده المسؤولية كاملة، أما الفرض الثاني فهو رضا المضرور بالضرر وهو فرض لا يحمل المسؤول كل المسؤولية وإنما يكون سببا في التخفيف من مسؤولية خطئه¹.

أما الحالة الثانية والتي يكون فيها خطأ أحدهما نتيجة لخطأ الآخر، فإذا كان خطأ المضرور هو نتيجة لخطأ المسؤول اعتبر خطأ المسؤول هو وحده الذي أحدث الضرر وتكون مسؤوليته كاملة، أما إذا كان خطأ المسؤول نتيجة لخطأ المضرور انتفت مسؤولية المسؤول لأن المضرور هو من يتحمل مسؤولية خطئه، وقد يكون خطأ كل منهما مستقل عن خطأ الآخر وكل من الخطأين قد اشترك في احداث الضرر وبالتالي فكل خطأ منهما يعتبر سببا في وقوع الضرر فنكون بصدد تعدد المسؤولين عن الفعل الضار وهو الفرض الذي عالجته نص المادة 126 بنصها على أنه إذا تعدد المسؤولون عن الفعل الضار كانوا

¹ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، مرجع سابق ص 1003.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

متضامنين في التزامهم بالتعويض¹، هذا بالنسبة لخطأ المضرور ولا يختلف الأمر بالنسبة لخطأ الغير الذي يخضع لنفس الأحكام.

02: نفي العلاقة السببية لأن السبب غير منتج: قد يحدث الضرر نتيجة لمجموعة من الأسباب وقد ينجر ويكون خطأ المدعى عليه أحدها ولكن الفعل الخاطئ الصادر منه لم يكن منتجا في حدوث الضرر فيقطع علاقة السببية بين الخطأ والضرر، وقد يكون الفعل الخاطئ واحدا ولكن تنتج عنه مجموعة من الأضرار فأى هاته الأضرار أو الأسباب نقف عنده؟ إن الإجابة على هذا السؤال تتواجد في نظريتي تعدد الأسباب وتسلسل النتائج.

تقوم نظرية تعدد الأسباب على فرض وقوع ضرر واحد اشتركت في حدوثه عدة أسباب، ويجب علينا ان نحدد السبب الذي أحدث الضرر حقيقة، وقد اعتد الفقه الفرنسي والمصري في بداياته بنظرية تعادل الأسباب، والتي ترى انه لتحديد ما يعتبر سببا حقيقيا في حدوث الضرر دراسة كل سبب منفردا والتساؤل هل الضرر ما كان ليحدث لو لا هذا السبب، ثم نأخذ مجموع تلك الأسباب ونعتبرها كلها متكافئة في احداث هذا الضرر²، ولكن سرعان ما تم التخلي عن هذه النظرية إلى نظرية السبب المنتج والتي تقوم على الإمكانية الموضوعية فإذا تعددت الأسباب التي ساهمت في وقوع الضرر فلتحديد أيها هو المنتج يجب النظر للمسألة نظرة موضوعية دون النظر للنتائج المادية، فالسبب المنتج هو السبب الذي من شأنه موضوعيا أن يحدث هذا الضرر عادة، فإن لم يكن كذلك فلا يكون سببا منتجا بل عرضيا فقط³، وقد اجمع الفقه الجزائري على أن نظرية السبب المنتج هي النظرية التي أخذ بها المشرع الجزائري.

03: نفي العلاقة السببية لأن الضرر غير مباشر: وهي الحالة التي تتعدد فيها الأضرار عن الفعل الخاطئ الواحد، وقد ساق الفقيه بوتيه مثالا مشهورا عن ذلك بتاجر مواشي يبيع بقرة موبوءة لتاجر آخر فتسببت بنقل العدوى لمواشيه ما تسبب في نفوقها، فلا يتمكن المشتري من حرث أرضعه، وبالنتيجة يعجز عن سداد ديونه فيتم الحجز عن ممتلكاته ما يؤدي إلى افلاسه⁴، ولكي نحدد الضرر الذي يجب الوقوف عنه من بين هاته الأضرار يجب أن نحدد الضرر المباشر وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في

¹ راجع في ذلك، نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن قاسم، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 241./ عمرو أحمد عبد المنعم ديش، أركان المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، مج 04، ع 02، سنة 2019، ص 39.

² سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 360.

³ عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص 249.

⁴ أورده الأستاذ السهوري، راجع عبد الرزاق أحمد السهوري، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، مرجع سابق ص 1029.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

المادة 182 قانون مدني بالضرر الذي يكون نتيجة طبيعية، ويكون الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في وسع المضرور تفاديه ببذل جهد معقول، وعلى ذلك فالضرر الذي يعتبر مباشر أو بصيغة أخرى يعتبر نتيجة طبيعية هو العدوى التي تسببت بها البقرة وموت المواشي، أما ما بقي من أضرار فهي أضرار غير مباشرة كان يمكن للمزارع أن يتفادها ببذل جهد معقول¹.

المبحث الثاني: الضوابط الواردة على سلطة القاضي في تقدير التعويض.

يعترض القاضي أثناء مباشرته لوظيفته وهو بصدد البت في النزاعات المعروضة عليه إلى ادعاءات يكون محلها طلب التعويض عن الأضرار المختلفة، وعليه أن يراعي في الحكم بالتعويضات المدعى بها مجموعة من الضوابط تختلف في أحكامها وإجراءاتها في الدعوى المدنية عنها في الدعوى المدنية بالتبعية اختلافًا يرجع سببه إلى اختلاف الدعوى المدنية عن الدعوى الجزائية من حيث ماهية، وإجراءات، وفنون كل دعوى، وكذا من ناحية مميزات كل دعوى عن الأخرى الأمر الذي يجعل معه طالب التعويض يختار طريقًا دون الآخر لحصوله على التعويض، وعلى هذا الأساس قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين ندرس في (المطلب الأول) الضوابط الواردة على سلطة القاضي في تقدير التعويض في الدعوى المدنية، ونعرج في (المطلب الثاني) على دراسة ضوابط سلطة القاضي التقديرية في الحكم بالتعويض في الدعوى المدنية بالتبعية، مع الإشارة إلى أننا نستبعد دراسة التعويض عن الضرر الجسماني والمادي الناتج عن حوادث المرور، لسبب بسيط أن هذا النوع من الأضرار يخرج عن مجال دراستنا المنحصر في السلطة التقديرية للقاضي بصفة عامة، هذا الأخير الذي لا يحوز عن أي سلطة تقديرية ولا على ضوابط لها في تقدير تعويض الأضرار الجسمانية والمادية والتي حسمها المشرع بنصوص قانونية متضمنة جداول خاصة عن كل ضرر وقاعدة حساب تعويضه².

المطلب الأول: الضوابط الواردة على سلطة القاضي في تقدير التعويض في الدعوى المدنية.

يجب على القاضي أثناء بته في الدعوى المدنية بصفته قاضي مدني، أن يراعي مسألتين هامتين أثناء تصديه لدعوى التعويض عن الضرر، المسألة الأولى وهي مسألة حصر الضرر (الفرع الأول) والتي بدونها لا يمكنه تطبيق القواعد القانونية المتعلقة بالتعويض ولا يمكن في نفس الوقت للمحكمة العليا أن

¹ راجع في ذلك، سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 468-473/ السهوري ص 913.

² يوسف دلاندة، نظام التعويض عن الأضرار الجسمانية والمادية الناتجة عن حوادث المرور، ط 05، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2016.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

تراقب النتيجة التي توصل إليها، أما المسألة الثانية فمتعلقة بكيفية جبر الضرر (الفرع الثاني) والذي يخضع لقواعد وضوابط محددة.

الفرع الأول- حصر الضرر: حصر الضرر مسألة من مسائل القانون يجب على القاضي مراعاتها، إذ يجب عليه أولاً تحديد نوع الضرر (أولاً)، ثم تحديد عناصره التي سيؤسس عليها قيمة التعويض (ثانياً)، هذه الضوابط تعد مسائل قانونية يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا (ثالثاً).

أولاً: تحديد نوع الضرر: تقدم عند دراسة أنواع الضرر أن الضرر على أنواع، أهمها الضرر المادي والمعنوي، ولا يمكن للقاضي أن يبت في دعوى التعويض دون أن يحدد مسبقاً نوع الضرر، فقد يكون الضرر ضرر جسماني أو مادي ناجم عن حادث مرور هذا النوع من الأضرار كما تقدم بيانه له قواعد حسابية خاصة محددة سلفاً في النصوص القانونية الخاصة بذلك، وقد يكون ضرراً بيئياً له بدوره أحكام خاصة، وحتى بالنسبة للأضرار التقليدية تختلف أحكام تعويض الضرر المادي عن الضرر المعنوي، وهو ما نص عليه المشرع الجزائي بالنسبة للضرر المادي بأن تعويضه يشمل ما لحق من خسارة وما فات من كسب، وهذا معيار مادي بحث بينما الضرر المعنوي ضرر لا يمكن تقويمه مادياً.

يجب على القاضي أن يحدد في الحكم نوع الضرر المعنوي عنه، وفي ذلك تذهب المحكمة العليا في قرار لها إلى القول (أن القضاة لما لم يميزوا بين الضرر المعنوي والضرر المادي وعمدوا قبل ذلك إلى تخفيض التعويض الذي طالبت به الأم عن الضرر الذي أصابها بسبب قتل ابنتها يكونون بذلك قد خالفوا القانون¹)، وهو ما يفيد أن مسألة التمييز بين الضرر المعنوي والمادي تخضع لرقابة مباشرة من قبل المحكمة العليا، وبسط مثل هذه الرقابة على قاضي الموضوع تعود أساساً إلى الخصائص التي تميز الحكم بالتعويض عن الضرر المعنوي والذي كما سبق وبيننا يتعلق باعتداء يمس الشخص في شرفه أو سمعته أو حرّيته، وهي مسائل غير مادية وغير متقومة بمال، فبينما الضرر المادي يهدف التعويض عنه لجبره فإن التعويض عن الضرر المعنوي فقد اختلف الفقه في الأساس الذي يقوم عليه بين القائلين بأنه يقوم على أساس العقوبة الخاصة، والقائلين بنظرية الترضية ويقصدون منها الوظيفة الإصلاحية للتعويض.

لم يكن القانون المدني قبل التعديل 10/05 يعرف التعويض المعنوي، إلا أن القضاء كان يقره ويعوض عنه، كما دأب المجلس الأعلى على نقض القرارات التي تهمل مراعات الضرر المعنوي وقد جاء في قرار له (المبدأ أن الضرر يكون مادياً كما يكون معنوياً، ولما كان قضاة محكمة الجنايات لم يحيطوا بالدعوى من جميع جوانبها عندما أسسوا قضاءهم على كون الضحية كانت تحت نفقة الطرف المدني

¹ قرار رقم 159493، الغرفة الجنائية، قرار صادر بتاريخ 24/03/1988، المجلة القضائية عدد 01، سنة 1998، ص 211.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

والذي لم يلحقه أي ضرر بذلك، واقتصروا بذلك على تعويض الضرر المادي دون وضع اعتبار للضرر المعنوي مما جعل قضائهم ناقصا، ما يتعين معه نقض وإبطال الحكم¹، وفي قرار آخر لها اعتبرت المحكمة العليا أن محكمة الجنايات عندما ألزمت أحد المتهمين دون الآخر في أن يدفع تعويضات لصالح الضحية دون أن توضح ما إذا كانت هاته التعويضات تتعلق بتعويض الضرر المادي أم الضرر المعنوي، وأن قضائها كما كان يشوبه القصور في التسبب².

ولا يكفي أن يحصر القاضي الضرر بنوعيه المادي و المعنوي فحسب، لأن عملية حصر الضرر عملية دقيقة تهدف من ورائها إلى تحديد عناصر التعويض من أجل تقييمه تقييما دقيقا، فيحدد نوعه من حيث أن يكون ضررا ماديا أو معنويا، ثم إذا خلس إلى أن الضرر مادي وجب حصر طبيعته بين الضرر المادي الذي يصيب الذمة المالية والضرر الجسماني، وفي الضرر الجسماني غالبا ما يحتوي على ضرر معنوي ناتج عن الألم الذي لحق الضحية، فيفصل القاضي بين عناصر كل منهما، وفي الغالب ما تكون مسألة حصر الضرر مسألة تقنية لا يمكن للقاضي أن يبت فيها إلا من خلال حكم قبل الفصل في الموضوع يتضمن تعيين خبير لتحديد نوع الضرر، ودرجته، ومدى قابليته للتغير.

كما يدخل أيضا في حصر الضرر مسألة غاية في الأهمية تتمثل في تعيين ذوي الحقوق للاستفادة من التعويض، فالحق في التعويض لا شك في أنه ينتقل إلى الورثة في حالة وفاة مورثهم نتيجة الضرر الذي أصابه، كما أنه لا شك أيضا في أن التعويض حق مالي، وأنه بهذه الصفة ينتقل إلى الورثة سواء طالب به الضحية حال حياته أم لم يطالب، وسواء حصله أو لم يحصله، وسواء حصل على حكم نهائي به أو لم يحصل طالما أنه لم يتنازل عنه في حياته³، هذا في حالة أن الضحية لم يهلك فور الإصابة، فإن توفي من فوره فالفقهاء ومن ورائه القضاء مختلف في جواز انتقال الحق في التعويض إلى الورثة، إذ هناك من يرى أن هذا الحق لم يدخل أصلا في الذمة المالية للمورث، وحجتهم في ذلك أن الهالك لم يحس بشيء كما أنه لم يخسر شيئا، كما أنه عند لحظة وفاته لا يوجد له ذمة مالية تتلقى الحقوق، وليس من المعقول تصور حق ينشأ عن الموت ثم ينتقل إلى ورثة الهالك، بينما يذهب رأي مؤيد لفكرة انتقال الحق في التعويض عن الوفاة، محتجين على قولهم بأن هذا الحق المتمثل في حق التعويض عن الوفاة ينشئ في ذمته المالية من

¹ الملف رقم 42308 قرار صادر عن الغرفة الجنائية بتاريخ 1986/07/08، مجلة قضائية عدد 01، سنة 1990، ص 254.

² قرار رقم 1029469 صادر عن الغرفة الجنائية بتاريخ 2018/05/23، <https://n9.cl/6hu3m>.

³ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 163.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

لحظة وقوع الاعتداء، وينشأ هذا الحق مهما كان الفارق الزمني بين الاعتداء وحصول الوفاة ضئيلاً، وطالما أن الوفاة قد حصلت بسبب الاعتداء فإن السبب يكون حتماً قد تقدم السبب¹.

أما بالنسبة للمحكمة العليا فقد جاء في أحد قراراتها (إن المبدأ في قضائها أن الحق في التعويض الناشئ قبل وفاة الضحية ينتقل إلى الورثة، وأنه لما كان ذلك فإن قضاة الاستئناف لما قصروا الحق في التعويض عن الضرر الجسدي على الضحية وأنه حق لا ينتقل إلى ورثتها رغم أن الثابت من دعوى الحال أن الضحية أصيبت بالضرر، ثم رفعت دعوى بتعيين طبيب لفحصها، ثم صدر حكم لصالحها، ثم توفيت ما يجعل الحق في التعويض دين لمورثتهم في ذمة من أصابها بالضرر وعلى المؤمن لديه، ولما كان ذلك فإن قضاة المجلس يكون حكمهم منعدم الأساس القانوني، ومخالف لمبدأ انتقال الحق في التعويض، للورثة ما يعرض قرارهم للنقض والابطال²)، إن هذا القرار يثير الشك في مقصد المحكمة العليا، خاصة بعد تعددها لمراحل مطالبة الهالكة بالتعويض قبل وفاتها ما يوحي باشتراطها لذلك من أجل استحقاق التعويض.

بينما نجد محكمة النقض المصرية أكثر وضوحاً في هذه المسألة فقد جاء في حكم لها (أن إفادة الموروث بالتعويض حق، وأن الفعل لا بد أن يكون قد سبق الموت ولو بلحظة مهما كانت قصيرة، كما يسبق دائماً النتيجة سببها، إذ أنه في هذه اللحظة يكون فيها المجني عليه أهلاً لاكتساب الحقوق، ومن ضمنها الحق في تعويضه عن الضرر المادي الذي أصابه، ومتى ثبت له ذلك كان لورثته كان جزءاً من تركته ينتقل لورثته كل بحسب نصيبه في التركة، وهو ما يخولهم بالنتيجة مطالبة المسؤول بجبر الضرر الذي أصاب مورثهم، ولا يقتصر جبر الضرر عن الجروح التي أصابت مورثهم بل أيضاً عن الموت الذي أدت إليه هاته الجروح باعتباره من مضاعفاتها³)، فالعبرة لدى محكمة النقض المصرية أن الوارث يستطيع المطالبة بالتعويض الذي كان لمورثه الحق في المطالبة به لو بقي حياً⁴، كما تبرر هاته النتيجة بقولها إن إعطاء حق المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي الذي أصاب المورث لذوي هذا الأخير الذي بقي حياً مدة من الزمن ومنعه عمن مات من فوره عند الإصابة يؤدي بنا إلى نتيجة يأبأها العقل والقانون على حد تعبيرها، حيث أن ذلك يجعل من الجاني الذي يقسوا على أعدائه فيجهز على ضحيته فوراً في مركز أفضل من مركز الجاني الذي يقل عنه قسوة واجراماً فيصيب المجني عليه بأذى دون الموت وفي ذلك تحريض بين للجنة

¹ ميسون يوسف محمد بن سعيد، المرجع السابق، ص ص 92-93.

² ملف رقم 241943 صادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 2001/03/21، مجلة قضائية ع 02، لسنة 2003، ص 111.

³ الحكم رقم 60449 لسنة 77 قضائية، صادر عن الدائرة المدنية، بتاريخ 2018/05/07، <https://linkshortcut.com/yxiPx>.

⁴ الحكم رقم 9368 لسنة 78 قضائية، صادر عن الدائرة المدنية، بتاريخ 2018، 01، 19، <https://linkshortcut.com/wrvFL>.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

على أن يجهزوا على ضحاياهم فور إصابتهم لهم¹ ، وهو نفس التوجه الذي استقرت عليه محكمة التمييز الأردنية².

إن الارتكان إلى معيار الحق بالمطالبة بالتعويض الذي يمكن للهالك المطالبة به لو بقي حيا لا يشمل بالتأكيد ما عبرت عنه محكمة النقض المصرية بإمكانية المطالبة لا بضرر الجروح فقط بل بضرر الموت أيضا، لأن هذه العبارة لا توافق العقل كما تدعي محكمة النقض المصرية وإن كان ذلك يوافق الصنعة القانونية وحماية النظام العام، إذ لا يمكن أن يجتمع الموت والحياة في جسد واحد، ولو بقي المضرور ضرا شخصيا حيا لما كان له إلا الحق في التعويض عن الجروح لأنه لم يهلك، فالوفاة ضرر شخصي للمضرور وإن كان يترد أثره شخصيا على ورثته، وبالتالي فمن غير المنطقي أن يطالب الورثة بالتعويض عن ضرر مادي أصاب مورثهم شخصيا أدى إلى وفاته على أساس أنه جزء من التركة، ومن جهة أخرى فالمورث اكتسب حقا في التعويض عن الجرح أما الحق في التعويض عن الوفاة فهو حق لم ينشأ إبان حياة المورث، ولا محل لنشوئه بعد وفاته، فالحقوق التي تنتقل للتركة هي الحقوق التي اكتسبها المورث حال حياته، وهو في هاته الحالة توقف اكتسابه على الجرح مهما كانت المدة الزمنية بين الإصابة والوفاة قصيرة، كمن يموت جراء طلق ناري في رأسه تكون المدة الزمنية بين الوفاة والإصابة تحسب بالجزء من الثانية وهذا لا ينفي أن الجرح حصل قبل الوفاة وانتقل إلى التركة بعد الوفاة.

وعلى هذا الأساس فإن القول بأن الشخص ينشأ له حق بالتعويض عن الوفاة لمجرد الاعتداء كلام وإن كان فيه من الصحة الكثير، - إلا أنه يغفل حقيقة أن الحكم بالتعويض لا يصدر لمجرد ذلك، فالاعتداء لوحده غير كاف لتحديد مقدار التعويض ومداه، وقيمته، بل يجب أن يسبب هذا الاعتداء ضررا، ثم يحدد القاضي نوع هذا الضرر وعناصره، ولا يتحدد ذلك إلا من خلال معرفة طبيعة الضرر، فإن كان الضرر يتمثل في جرح لم يفضي إلى الوفاة فالحق في التعويض نشأ بالاعتداء، أما إذا أفضى الجرح إلى الوفاة من فوره فيجب أن نفصل الجرح عن الوفاة، فالأول وقع فعلا قبل الوفاة مهما قلت المدة الزمنية بين الجرح والوفاة، ودخل في الذمة المالية لعدم وجود ما يمنع ذلك، أما في حالة الوفاة فإن التعويض عن الوفاة في ذاته لا يتصور له محل لأن الهالك يهلك بذات اللحظة التي تغلق فيها ذمته المالية.

¹ نقض 1966/02/17 لسنة 17 قضائية، العدد الأول ص 337، <https://linksshortcut.com/EjcvC>.

² راجع في ذلك، حكم رقم 3853 لسنة 2017، صادر عن محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية، بتاريخ 2023/11/14 <https://n9.cl/3mmk46> حكم رقم 4372 لسنة 2022، صادر عن محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية، بتاريخ 2023/01/26 <https://n9.cl/kx15y>.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

أما القول أن مثل هذا الكلام فيه خطورة على النظام العام على أساس أنه يضع الجاني الذي أجهز على ضحيته في مركز أفضل من الجاني الذي لم يجهز عليه، فيه مبالغة لأن القاضي هو من يقدر التعويض، وإن امتنع على القاضي اسعاف الهالك بتعويض على الوفاة بذاتها لما تقدم من الأسباب، فإنه يمكنه تعويضه عن الجرح المفضي للوفاة، لأن هذا الجرح قد أكسب الهالك حقا في التعويض قبل وفاته ودخل في ذمته المالية، والقاضي يقدره وفقا لسلطته التقديرية مراعيًا تسلسل نتائج الضرر، وجسامة الخطأ، وهذا ما لا يسمح بوضع الجاني الأول في مركز أفضل من الجاني الثاني.

في هذا السياق نجد قرار للمحكمة العليا يخرج الحق في التعويض من التركة حيث ذهبت إلى القول أن الميراث هو ما يخلفه الهالك من أموال جمعها حال حياته وتملكها أبانها، أما الحق في التعويض فلا يدخل ضمن عناصر التركة لشموليته واستحقاقه لكل متضرر وارثا كان أو غير وارث¹ وعلى هذا الأساس نرى أن الحق في التعويض عن الضرر المادي ينتقل إلى الورثة طالما كان بإمكان المورث المطالبة به حال حياته، ويستثنى من ذلك المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصاب المورث شخصيا جراء وفاته.

هذا بالنسبة للضرر المادي أما بالنسبة للضرر المعنوي فإنه لا ينتقل إلى الورثة إلى إذا طالب به المورث قبل وفاته، ويكفي لانتقاله مجرد رفع الدعوى دون اشتراط أن يحصل المورث فيها على حكم نهائي، فسكوت المورث عن المطالبة بهذا الحق يعد تنازلا منه عنه²، لأن الضرر الادبي هو حق شخصي قاصر على المتضرر به دون غيره وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية (إن الحق في التعويض عن الضرر الادبي مقصور على المضرور نفسه فلا ينتقل إلى غيره، باستثناء أن يكون هناك اتفاق بين المضرور والمسؤول، أو يكون المضرور قد رفع دعوى فعلا أمام القضاء للمطالبة به³).

وعلى هذا الأساس يجب على القاضي أن يحدد ذوي الحقوق حتى يستطيع البت في كيفية توزيع قيمة التعويض على الورثة، فهل يحددهم انطلاقا من تاريخ إيداع الطلب القضائي لدى أمانة ضبط المحكمة، أم من تاريخ واقعة الضرر، المنطق القانوني يقول أن الحق في التعويض ينشأ بمجرد وجود مصدره، ومصدر الحق في التعويض هو المادة 124 قانون مدني التي حددت حقا موضوعيا للجميع وضد الجميع، فكل شخص له الحق في ألا يضار بفعل خاطئ، وكل شخص ملزم بعدم الإضرار بالغير بفعله الخاطئ، وأي شخص مميز يخرق هاته القاعدة يكون قد اعتدى على حق موضوعي، ومجرد الاعتداء على

¹ قرار رقم 24770، صادر عن الغرفة المدنية للمجلس الأعلى، بتاريخ 14/04/1982، المجلة القضائية عدد 04، لسنة 1989، ص 55.

² صدقي محمد أمين عيسى، التعويض عن الضرر ومدى انتقاله للورثة، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون المقارن، قسم القانون المقارن، كلية الشريعة والقانون، كلية الدراسات العليا، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، سنة 2011، ص 305.

³ الحكم رقم 2637، لسنة 77 قضائية، صادر عن الدائرة المدنية بتاريخ 06/01/2019، <https://linksshortcut.com/KsPfb>.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

الحق الموضوعي ينشأ الحق في دعوى التعويض، وبالنتيجة فإن تحديد ذوي الحقوق يكون بالاستناد إلى تاريخ الوقائع.

من جهة أخرى يجب أن تركز المحكمة في تحديدها لذوي الحقوق على تاريخ الوقائع وليس على تاريخ الفصل في الدعوى، حتى لو كان ذوي الحقوق قد بلغوا سن الرشد بعد تاريخ الوقائع، فبلوغهم هذا لا يؤثر في أحقيتهم في المطالبة بالتعويض طالما عند تاريخ الوقائع كانوا قسراً، وفي هذا الصدد تقول المحكمة العليا في قرار لها (أن تاريخ حدوث الوقائع هو الذي يتعين على محكمة الجنايات مراعاته لتحديد ذوي الحقوق وليس تاريخ الفصل، حتى لو بلغ ذوو الحقوق سن الرشد بعد تاريخ الوقائع¹).

إن أهمية حصر الضرر مسألة ضرورية متفق عليها في معظم الأنظمة المقارنة الجزائري حيث جاء في قرار للمحكمة العليا أن (عناصر التعويض عن الضرر المادي مختلفة عن عناصر التعويض عن الضرر المعنوي، وعدم فصل محكمة الموضوع بين الضرر المعنوي والضرر المادي يمنع المحكمة العليا من مراقبة تطبيق القانون²) ونفس الأمر بالنسبة لمحكمة التمييز الأردنية والتي تقول في أحد قراراتها (حيث تذهب محكمة التمييز الأردنية في عدة أحكام لها إلى القول (أن وجود الضرر لا يفترض وإنما يرتبط بالوجود الفعلي له، ويكون ذلك بتقديم البيئة عليه، وتحديد ماهيته، ونوعه، وقيمه، وأنه لما كان في دعوى الحال أن محكمة الموضوع لم تبحث فيما تقدم تكون بذلك قد حجت حق محكمتنا في بسط رقابتها عليه ما يوجب نقضه دون حاجة للبحث فيما تبقى من أسباب الطعن³).

ثانياً: تحديد عناصر التعويض: تحديد عناصر التعويض مرحلة تالية لتحديد نوع الضرر، وهي مسألة لا تقل أهمية عن هذه الأخيرة، كما تعد مسألة قانونية يجب على القاضي إبرازها في حيثيات حكمه حتى تتمكن المحكمة العليا من بسط رقابتها على منطقية تقدير الوقائع ومنطوق الحكم، فاستخلاص الضرر الموجب للتعويض وتحديد عناصره من المسائل التي تخضع لسلطة القاضي التقديرية يضبطه في ذلك أن يكون استخلاصه لعناصر الضرر من أسباب سائغة تكفي لحمل التعويض في ذمة المسؤول.

وقد نصت المادة 182 قانون مدني على عناصر التعويض عن الضرر المادي، أما المادة 182 مكرر فقد تطرقت إلى نطاق الضرر المعنوي دون أن تتطرق إلى عناصره، كما تركز المحكمة العليا على ضرورة

¹ ملف رقم 306488، صادر عن الغرفة الجنائية، بتاريخ 2003/12/23، المجلة القضائية، عدد 02، لسنة 2003، ص 327.

² ملف رقم 231419 صادر عن الغرفة الجنائية بتاريخ 2000/03/28، مجلة قضائية عدد خاص، لسنة 203، ص 627.

³ راجع في ذلك، قرار رقم 1183 لسنة 2022 صادر عن محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية، بتاريخ 2022/05/30، <https://linksshortcut.com/eAGdF>، قرار رقم 924 لسنة 2021، صادر عن محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية، بتاريخ 2021/05/04، <https://linksshortcut.com/vbsNI>.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

تحديد عناصر التعويض، بل تعتبر تحديد عناصر التعويض مسألة جوهرية ينبني عليها النقض، حيث نقضت قرار المجلس القضائي الذي لم يبين العناصر المعتمدة في تقرير التعويض، ما يجعل من قرارهم مشوب بالقصور في التسبب يستوجب نقضه¹.

إن التشدد في الرقابة على تحديد عناصر التعويض من خلال الرقابة على التسبب، هو نتيجة للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع في تقدير الضرر دون معقب عليه في ذلك من المحكمة العليا، إلا أن شرط ذلك منوط بتحديد العناصر التي من خلالها ارتكز القاضي على تقدير التعويض، وقاضي الموضوع طالما قدم له المدعي دليلاً مقبولاً على أحد عناصر الضرر المطالب بالتعويض عنه، فإن القاضي لا يمكنه استبعاد إلى خلافه دون أن يسبب ذلك تسبباً كافياً²، فاعتبار تقدير التعويض مسألة من مسائل الواقع يستقل بها قاضي الموضوع دون رقابة عليه من المحكمة العليا يرتبط بمسألة قانونية هامة تتعلق بالتسبب، وهي تحديد في حيثيات الحكم المنطوق به عناصر التعويض تحديداً كافياً يمكن من خلاله للمحكمة العليا أن تراقب الترابط المنطقي بين تقدير التعويض والضرر الحاصل.

وعلى هذا الأساس لا يمكن للقاضي أن يكتفي في منطوق الحكم بالقول بإلزام المدعي عليه أن يدفع للمدعي مبلغاً قدره كذا كتعويض عن الضرر اللاحق به دون أن يكون قد حدد عناصر الضرر في حيثيات الحكم، ويجب أن تناقش كل عنصر على حدى، وهذا مستقر عليه في قرارات المحكمة العليا سواء في الغرف المدنية أو الجزائية بخلاف من القضاء المصري حيث يرى القضاء المدني ضرورة ذكر وتحديد عناصر التعويض بينما يرى القضاء الجنائي كفاية ادانة المتهم بالتهمة التي تأسس عليها التعويض³، وقد جاء في قرار للمحكمة العليا أن محكمة الجنائيات يجب عليها عند نظرها في الدعوى المدنية أن تناقش الوقائع مناقشة قانونية وموضوعية بأن تذكر بالضبط الأضرار، أما الاكتفاء بالقول أن المدعي عليه قد تمت ادانته جزائياً والحكم عليه بتعويضات للمضروور يعد قصوراً في التسبب ذلك أن الحكم المدني مستقل عن الحكم الجزائي وبالتالي نقض الحكم⁴.

01-عناصر التعويض عن الضرر المادي: نصت المادة 182 على أن الضرر يشمل ما لحق الدائن

من خسارة وما فاتته من كسب، وأن هاته العناصر مشروطة بأن تكون ضرراً مباشراً للفعل الضار أما

¹ ملف رقم 48235 صادر عن الغرفة الجنائية بتاريخ 1988/07/04، المجلة القضائية عدد 02، سنة 1991، ص 218.

² سعيد احمد شعله، قضاء النقض المدني في التعويض، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دون سنة، ص 79-81.

³ حسن عبد الرحيم الشيخ محمد، أحكام التعويض الناشئ عن الضرر الأدبي في التشريع السوداني (دراسة مقارنة)، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في القانون المقارن، قسم الدراسات النظرية، معهد بحوث ودراسات العالم الإسلامي، جامعة أم درمان الإسلامية، الخرطوم، السودان، سنة 2018، ص 226.

⁴ ملف رقم 198831 قرار صادر عن الغرفة الجنائية بتاريخ 1998/07/28، مجلة قضائية 2003 عدد خاص، ص 593.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

الضرر الغير مباشر فالقاعدة العامة عدم شموليته بالتعويض، وقد تقدم القول أن الضرر المباشر هو ما كان يمكن للمضرور ان يتوقاه ببذل جهد معقول، فإذا ألحق شخص ما ضررا بسيارة تاجر وكان في مقدور التاجر أن يصلحها أو يستأجر غيرها لنقل تجارته ببذل جهد معقول فليس له أن يطالب بالتعويض عن خسارته التجارية¹ لأنه كان بإمكانه تفاديها، ولا يبقى أمامه إلى المطالبة بالتعويض على الضرر الذي أصاب سيارته.

أ-عنصر الخسارة اللاحقة: إن الحق في التعويض يثبت عن الخسارة اللاحقة لمجرد تحققها، ويكون تحققها من خلال انفاقها أو تحملها، وطالما كانت هذه المصروفات التي خرجت من الذمة المالية للمضرور بسبب الضرر الحاصل له ثابتة في ملفات الدعوى فالقضاء لا يتردد في الحكم بالتعويض عنها طالما كانت في حدود المعقول، وطالما أنها انفقت كنتيجة مباشرة للضرر²، ولا يتوقف الأمر عند الخسارة اللاحقة فعلا، بل توجب المادة 131 قانون مدني أن يحتفظ القاضي للمضرور بحقه في طلب مراجعة التعويض من جديد في حالة إمكانية تفاقم الضرر، والحقيقة أن تفاقم الضرر نطاقه الأضرار الجسمانية، والمساس بالسلامة الجسدية ينتج عنه اثاران اثر مباشر يقاس في كثير من الأحيان بمدة العجز التي تعبر عن مدة التوقف عن العمل، وبالتالي يتوفر في خلال هذه المدة العجز الجسدي والعجز عن الكسب وهذا أثر مباشر، أما الأثر الثاني فهو أثر غير مباشر يمثل الخسارة اللاحقة بالمضرور المتمثلة في العجز الذي أصاب ذمته المالية من أثر مصاريف العلاج، وكذا الكسب الذي فاتته والذي يمثل ما كان يمكن أن يجنيه لو لا العجز عن العمل³، غير أن الضرر الجسماني ضرر متغير في بعض الأحيان، فإن توافرت فيه شروط الضرر المستقبل التي درسناها سابقا من حيث أن يكون هذا التغير في الضرر محقق الوقوع في المستقبل فالقاضي ملزم بتعويضه في حال أمكن تقديره في الحال دون أن يؤجل ذلك، وفي هذه الحالة لا يوجد ما يستدعي القاضي أن يحتفظ للمضرور بالحق في المطالبة من جديد في تقدير التعويض طالما أن الضرر مستقبلي محقق الوقوع.

غير أن المسألة تدق عندما لا يتمكن القاضي من تحديد قيمة التعويض عند الحكم، فهنا يجب عليه الاحتفاظ بالحق في المطالبة بالنظر من جديد في تقدير التعويض، وهي مكنة لا تكون إلا بالنسبة للأضرار المتغيرة، والضرر المتغير هو الضرر الذي ينقص أو يزيد في الفترة التي تلي إصابة الدائن

¹ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 536.

² بيطار صابرينة، التعويض في نطاق المسؤولية المدنية في القانون التجاري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة احمد دراية، ادرار، الجزائر، سنة 2015، ص 77.

³ سالم سليم صلاح الرواشدة، أثر تفاقم الضرر الجسدي في تقدير الضمان (دراسة مقارنة)، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات منح درجة الدكتوراه فلسفة في القانون الخاص، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، عمان، الأردن، 2008، ص 06.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

بالتعويض بالضرر، ولكنه لا يشترط فيه كما يذهب بعض الباحثين أن يكون هذا التغير في الفترة ما بين حصوله وصدور الحكم¹، وهذا واضح من نص المادة 131 التي قررت أن الاحتفاظ بحق المضرور في أن يطالب من جديد بالنظر في تقدير التعويض يكون في الحكم، أي أن الضرر المتغير الذي يمكن الاحتفاظ للمضرور بحق طلب مراجعته هو الضرر الذي يزيد أو ينقص في الفترة التي تلي الحكم.

ب-عنصر فوات الكسب: تقدم القول أن المضرور إما أن يلحقه عجز يصيبه في ذمته المالية بسبب الضرر الحاصل له، وهذا العجز يختلف من بين أنواع الأضرار، ففي الأضرار المادية يختلف العجز اللاحق بصاحبها عن العجز اللاحق بالمضرور ضررا جسمانيا، وفي كل هاته الأضرار يمثل هذا العجز الخسارة اللاحقة بالمضرور، بينما قد لا يكون الضرر ممثلا في عجز في الذمة المالية بالمفهوم المتقدم، بل قد يفوت عنه ربحا، وقد ساق الأستاذ سليمان مرقس مثالا لذلك بالمغني الذي أصابه ضرر وهو في طريقه لإحياء حفلة تعهد بغنائها، فاستحق بذلك تعويضا عن نفقات علاجه، وعمّا قاساه من آلام على اعتبار أن هذا الألم يمثل الخسارة التي لحقت بالمغني، كما يستحق التعويض عن مبلغ الحفلة الذي كان سيجنيه لو قام بإحياء الحفلة وهذا هو معيار ما فاتته من كسب²، فمعيار ما فات المضرور من كسب يقصد به كل نفع محقق مهما كان شأنه ومداه كان سيؤول للمضرور وحال دونه الضرر الذي حاق به بسبب وقوع الفعل الضار، هذا الكسب الفائت يجب أن يأخذه القاضي بعين الاعتبار ويضمنه تفصيلا في حيثيات حكمه.

كما تدق مشكلة فوات الكسب أكثر بالنسبة للضرر الاحتمالي، وقد تقدم القول أن الضرر الاحتمالي ضرر لم يقع بعد ولا يوجد ما يقطع في وجوده مستقبلا، وأنه ضرر لا يشمل التعويض، غير أنه قد يكون الضرر الاحتمالي عبارة عن تفويت فرصة في الكسب، وهي مسألة تدخل حتما في عنصر من عناصر الضرر وهو عنصر ما فات المضرور من كسب، كما لو أن المسؤول أصاب حصان إصابته منعتة من المشاركة في السباق، فالحصان كانت له فرصة في الكسب وقد ضاعت لأن السباق قد تم والحصان لم يشترك فيه، وضياها كان بسبب الفعل الضار الذي أتاها المسؤول وحرّم المضرور من فائدة كان سيجنيها لو أنه شارك في السباق وفاز، ويجيب الفقه حول طبيعة تفويت الفرصة بين الضرر المستقبلي أو الضرر الحال، أننا لا يمكن أن نضع قاعدة عامة تحكم الأمر فقد يكون تفويت الفرصة ضررا حالا وقد يكون ضررا مستقبليا، فهو ضرر حال بالنسبة لتفويت الفرصة بذاتها، لأن المضرور حرّم من المشاركة في

¹ عبيد عزت أحمد، التعويض عن الضرر المتغير في المسؤولية التقديرية، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النيلين، السودان، 2018، ص 30.

² سليمان مرقس، المرجع نفسه، ص 537.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

السباق بسبب خطأ الغير، وقد يكون ضررا مستقبليا إذا حدث الضرر في الحال وتراخت آثاره إلى المستقبل¹.

يعود الفضل في نشأة نظرية تفويت الفرصة إلى محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 17 يوليو 1889، أين حكمت فيه بتعويض عن فقدان فرصة في متابعة الإجراءات القانونية ما يعتبر تفويتا لفرصة في كسب القضية، ومنذ صدور هذا الحكم استقرت المحكمة على ذلك حيث ترى أن الخطأ الذي يرتكبه المحامي أو المستشار والذي يؤدي إلى فقدان فرصة المحافظة على حقوق الموكل يعتبر في حد ذاته ضررا قابلا للتعويض، بشرط توافر رابطة سببية بين الخطأ والضرر، كما يشترط أيضا أن تكون الفرصة حقيقية وجدية ولها قدر معقول من احتمال تحققها وليس مجرد طابع افتراضي، كما لا يكفي اثبات وجود فرصة سابقة أو إمكانية ما للحصول على نتيجة لصالح المدعي بالنظر إلى ظروف محددة، بل يجب إضافة إلى ذلك اثبات أن هاته الفرصة قد دمرت نتيجة لسلوك ضار، أي بعبارة أخرى أن يثبت المدعي أن الفرصة التي أصبحت الآن مستحيلة كانت قبل سلوك المسؤول فرصة محتملة ممكنة التوقع، أي كما يقول الفقيه الفرنسي Chartier استبدال يقين الضرر الذي يجب تعويضه باحتمالية تحقق النتيجة التي قدمتها الفرصة².

وعلى اعتبار تفويت الفرصة ضرر يمكن أن يشملته التعويض، يجدر بنا التساؤل عن طبيعة هذا الضرر، فإن كان المقصود من تفويت الفرصة التعويض عن الكسب المأمول في ذاته فإن هذا الكسب لا جدال في أنه كسب احتمالي غير محقق الوقوع فقد فقد يكسب المتقاضي القضية وقد يخسرها حتى في حال استغلال الفرصة، وفي مثال الحصان كذلك قد يفوز الحصان بالسباق وقد لا يفوز به، وإن كان المقصود بفوات الفرصة التعويض عن عدم مشاركة الحصان مثلا دون الأخذ بالاعتبار فرصة كسبه فإن هذا الضرر ضرر حال ومحقق فالحصان لم يشارك، والطالب الذي سجل في مسابقة الدكتوراه ولم يشارك فيها بسبب تأخر طائرته فاتته فرصة المشاركة في المسابقة بغض النظر عن إمكانية نجاحه من عدمها يكون ضرره عنها ضرر حالا لا ضررا مستقبليا، وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية (أن التعويض في المسؤولية التقصيرية يشمل كل ضرر مباشر سواء كان ضررا متوقعا أو غير متوقع، وإن الضرر له عنصران عنصر يمثل الخسارة اللاحقة بالمضروب، وعنصر يمثل ما فاتته من كسب بسبب الفعل الضار، وأنه وإذا كانت الفرصة أمرا محتملا فإن تفويتها أمر محقق، وليس في القانون ما يمنع من

¹ علي حسن الذنون، المرجع السابق، ص 212.

² Rui Cardona Ferreira, The Loss of Chance in Civil Law Countries : A Comprative and Critical Analysis, Maastricht Journal of European and Comparative, Vol 20, Issue 01, SAGE Journal 2013, P 58-59.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

أن يحسب من ضمن الكسب الفائت ما كان المضرور يأمل الحصول عليه من فائدة مادام لهذا الأمل أسباب مقبولة¹، كما أن الأسباب المعقولة لا يتشدد فيها القضاء وفي أحكام كثيرة في القضاء المصري اعتبرت محكمة النقض طلب الوالدين تعويضا عن فوات فرصة أن يعيلهما ابنهما حال شيخوختها لو لا مقتله بسبب فعل ضار طلبا مؤسسا على أسباب مقبولة رغم أن الوالدين لديهم أبناء آخرين يمكن أن يؤدوا نفس الغرض، وقضت أن الضرر المادي يتحقق بفوات الفرصة وفوات أملهما في أن يستضلا برعاية ابنهما المتوفي مستقبلا أيا كان عمره ولو كان لهما أبناء غيره².

وإلى جانب القضاء المصري نجد أن المحكمة العليا تقرر التعويض عن فوات الفرصة، ففي قرار لها تقرر أنه للزوجة الغير مدخول بها الحق في طلب التعويض عن فوات الفرصة في الزواج من الغير عليها في حالة طلاقها، وأن قضاة الموضوع الذين ألزموا الطاعن بمبلغ 100.000 دج كتعويض للمطعون ضدها جبرا للضرر الذي أصابها من جراء تفويت الفرصة عليها في الزواج من الغير، باعتبار أن الطاعن طلب فسخ الزواج بعد مدة طويلة من الانتظار اثناء فترة الخطوبة، يكونون بذلك قد طبقوا صحيح القانون³.

وبالتالي فاعتبار أن فوات الفرصة من قبيل الضرر مستقبلي يستقيم مع شروط الضرر المستقبلي الذي يعرف على أنه ضرر تحققت أسبابه حالا ولكن نتائجه تراخت إلى المستقبل، إذ يمكن اعتبار فوات الفرصة ضرر تحققت أسبابه حالا بفوات الفرصة في ذاتها ثم تراخت نتائجه إلى المستقبل في فوات الكسب بفوات الفرصة، كما أن اعتبار فوات الفرصة ضررا احتماليا يستقيم أيضا مع شروط الضرر الاحتمالي الذي لم يقع ولا يوجد ما يقطع في وقوعه، فالحصان لم يكن موعودا بالفوز بالسباق فلا ضرر وقع عليه في الحال، كما أنه لا يوجد ما يقطع في كسبه للسباق، فهو بهذه الصفة ضرر احتمالي، وإلى جانب ذلك ففوات الفرصة ضرر حال بالنسبة للفرصة بذاتها، فالسباق قد تم والحصان لم يشترك فيه، والمسابقة تمت والطالب لم يشارك فيها هذا بغض النظر عن نتيجة السباق أو المسابقة لو تمت المشاركة فيهما.

هذا إلا أن الباحث يرى أن فوات الفرصة أقرب لوصف الضرر المحقق الحال منه إلى الضرر الاحتمالي ذلك أن الأمر الوحيد المحقق هو أن الفرصة قد ضاعت والمضرور يستحق التعويض عنها، ويشمل هذا التعويض ما لحق المضرور من خسارة ففي مثل الحصان لحقت المضرور خسارة مادية

¹ الحكم رقم 13871 لسنة 86، الدائرة المدنية، بتاريخ 2018/04/05، <https://linkshortcut.com/hZqui>.

² الحكم رقم 10318 لسنة 80 قضائية، صادر عن الدائرة المدنية بتاريخ 2018/04/11، <https://linkshortcut.com/sPQPn> / الحكم رقم 16801 لسنة 80 صادر عن الدائرة المدنية بتاريخ 2018/10/28، <https://linkshortcut.com/sPQPn>.

³ ملف رقم 372290 صادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2006/11/15، مجلة قضائية عدد 01، لسنة 2007، ص 487.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

كحقوق التسجيل، والمبالغ التي صرفها في تحضير وتدريب الحصان، كما فاته كسب يتمثل في شغل وقته بالتحضير للمسابقة التي لولاها لاستغلها في أعمال أخرى تدر عليه ربحاً، ونفس الأمر بالنسبة للطالب، فقد لحقته خسارة تتمثل في رسوم التسجيل وثمان الكتب التي اشتراها للتحضير بها، ورسوم الانترنت المستعملة لذات الغرض، كما أنه في الحالتين لحق المضرور ضرر معنوي يتمثل في الأمل الضائع، وهذه كلها أضرار حالة يستحقون عليها التعويض، وهذا ما يقصده الفقهاء بالتعويض عن فوات الفرصة هو التعويض عن الفرصة في ذاتها لا عن النتيجة التي يمكن أن يحققها استغلال الفرصة التي ضاعت، وهو الوجه الذي يثير فكرة خاطئة عن الاحتمال في فوات الفرصة، إذ أن فرصة الحصان بالكسب في السباق غير محققة وعدم كسبه أيضاً غير محقق، وفرصة الطالب في النجاح في المسابقة ليست محققة كما لا يوجد ما يقطع في عدم نجاحه، فالأمر الوحيد المحقق في كل هذا وذاك أن الفرصة في ذاتها هي الأمر الوحيد المحقق وهي الأمر الوحيد القابل للتعويض.

لذا يجب أن نفرق بين فوات الفرصة وبين ما فات من كسب لأن فيه تفرقة بين الضرر الاحتمالي والضرر الحال وهو الأمر الذي انتهت له محكمة النقض المصرية بقولها إن كانت الفرصة أمراً محتملاً، فإن تفويتها أمر محقق... إلا أن هاته الأخيرة ترى أن التعويض يشمل ما كان يأمله المضرور من كسب وهذا تبني صريح لرؤية مفادها أن تفويت الفرصة يقوم أساس التعويض عنها في الضرر الاحتمالي¹، كما أننا نجد الخلط بين فوات الفرصة وفوات الكسب في بعض قرارات المحكمة العليا التي تطلق على ما فات الدائن من كسب مصطلح تفويت الفرصة في الكسب وهي لا تقصد التعويض عن فوات الفرصة².

إن التعويض عن فوات الفرصة مشروط بأمرين، أولهما وجود الفرصة الجديدة، وهو أول ما يطلب من المدعي اثباته، فالفرصة الغير الجديدة لا تعدو أنت تكون من ضروب الأحلام، وجدية الفرصة يتمثل في احتمال الكسب المرجو من وراءها، فكلما كان احتمال الكسب موجوداً كانت الفرصة جدية³، ذلك أن مناط التعويض عن الضرر المادي المرتبط بتفويت الفرصة هو أن تكون هذه الفرصة قائمة، وأن

¹ الحكم رقم 13871 لسنة 86، المرجع السابق/ الحكم 6003، لسنة 63 قضائية، صادر عن الدائرة الجنائية بتاريخ 2022/01/13، <https://n9.cl/8zubj>.

² القرار رقم 1138480 صادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 2017/11/22، <https://n9.cl/6a0wm>.

³ راجع في ذلك، عسالي عرعار، تفويت الفرصة في القانون المدني، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، مج 07، ع 03، سنة 2022، ص 696./ عبد الله الأمير طه، التعويض عن ضياع فرصة الانتفاع، مجلة العهد، عدد 15، لسنة 2023، ص 217.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

يكون الأمل في الإفادة منها له ما يبرره¹، أما الشرط الثاني فيتعلق بفوات الفرصة في حد ذاته دون التركيز على الأمل المرجو منها لو لم تفت.

02- عناصر التعويض عن الضرر المعنوي: يختلف الضرر المعنوي عن الضرر المادي، فإن كان الضرر المادي يقوم على عنصرين يتمثلان في الخسارة اللاحقة والكسب الفائت، فإن الخسارة في الضرر الأدبي معنوية، وحسية²، ترتبط بالمشاعر والأحاسيس لا بالمادة والقيمة، لذا فالتعويض للضرر الأدبي لا يقصد منه جبر الضرر كما في التعويض عن الضرر المادي³، بل يقصد من ورائه إرضاء ضمير المضرور، وتخفيف من معاناته النفسية، إذ لا يوجد لدى القاضي أو الخبير القضائي ميزان يقيم ماديا للمشاعر والأحاسيس وهي أمور لا تقوم بمال كما أنها لا تزول⁴، ورغم ذلك يجب على القاضي حتى في التعويض عن الضرر المعنوي أن يحدد العناصر التي ارتكز عليها في تقدير هذا التعويض، وإن كان لا يوجد معيار محدد يمكن للقاضي أن يرتكن إليه لتقدير هذا التعويض أو لحصر أحواله فهو كما ورد في نص المادة 182 مكرر كل مساس بالحرية أو الشرف، أو السمعة، وعناصر مثل هاته الأضرار لا تبني على ما فات من كسب، ولا على ما لحق من خسارة، بل تبني على قيمة الضرر النفسي الذي لحق المضرور، وقد اختلف الفقه في صلاحية عنصري فوات الكسب والخسارة اللاحقة كأساس لتقدير الضرر المعنوي فمنهم من يرى صلاحية ذلك ومنهم من يرى خلاف ذلك كالأستاذ Vialard، والأستاذ سليمان مرقس الذين يقولان أن الضرر المعنوي ضرر حسي يمس المشاعر والأحاسيس ولا يصلح أن يقوم من خلال فوات الكسب أو الخسارة اللاحقة وأن تقدير هذا التعويض وتحديد عناصر يخضع لتقدير القاضي⁵، وهو نفس موقف المحكمة العليا حيث جاء في قرار لها (أن التعويض عن الضرر المعنوي لا يستوجب ذكر عناصر التقدير مثل التعويض عن الضرر المادي، لأن الضرر المعنوي يقوم على العنصر العاطفي⁶)، ونحن نوافق هذا الاتجاه ونرى أن التعويض عن الضرر المعنوي له خصوصية تميزه عن الضرر المادي، كما أن تحديد عناصر

¹ راجع في ذلك، وحكمة النقض المصرية، الحكم رقم 1746 لسنة 78، صادر عن الدائرة المدنية، بتاريخ 2016/02/07، <https://n9.cl/efb22s> / الحكم رقم 6865 لسنة 74 قضائية، صادر عن الدائرة المدنية بتاريخ 2013/06/09، <https://n9.cl/ja2u9> / الحكم رقم 4341 سنة 74 قضائية صادر عن الدائرة المدنية بتاريخ 2004/06/08، <https://n9.cl/hdgdgdx>.

² مصعور فطيمة الزهرة، خصوصية التعويض عن الضرر المعنوي في القانون المدني الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، مج 11، ع 02، سنة 2024، ص 749.

³ تقول محكمة النقض المصرية (أن الضرر الأدبي لا يمثل خسارة مالية، ولا يمكن محوه أو ازالته من الوجود إذ أنه نوع من الضرر الذي لا يمضي ولا يزول بتعويض مادي، ولكن يقصد منه أن يستحدث المضرور لنفسه بديلا عما أصابه من الضرر الأدبي) الحكم رقم 1644 لسنة 87، صادر عن الدائرة المدنية بتاريخ 2018/07/25، <https://n9.cl/xhcsn>.

⁴ محمد المنجي، دعوى التعويض، ط 01، دار الفكر العربي، 1990، ص 344.

⁵ مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، مرجع سابق، ص 207.

⁶ الملف رقم 505072 صادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 2009/12/17، المجلة القضائية عدد 01، لسنة 2010، ص 135.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

الضرر المعنوي كضابط يرد على سلطة القاضي التقديرية في تقدير التعويض يرجع لفطنة القاضي وحنكته، فيقدرهم بحسب شخص المضرور وجنسه وعمره وهي عناصر مختلفة تماماً.

ثالثاً- رقابة المحكمة العليا على حصر الضرر: وإن كان تقدير الضرر يخضع لسلطة القاضي التقديرية دون معقب عليه في هذا التقدير، إلا أن حصر الضرر بتحديد نوعه وعناصره مسألة قانونية¹ طالما بسطت عليها المحكمة العليا رقابتها المباشرة والغير مباشرة، لأن تحديد نوع الضرر وتحديد عناصره هو السبيل الوحيد لشمول الحكم القضائي على تسبب كاف يسمح للمحكمة العليا بالرقابة على تطبيق القاضي للقانون، فرغم أن تقدير التعويض يخضع لسلطة القاضي التقديرية بلا معقب عليه إلا أن المحكمة العليا أخضعت لضابطين يشترط على قضاة الموضوع التقييد بهما تحت طائلة النقض، حيث اشترطت المحكمة العليا في قرار لها وجوب إبراز قضاة الموضوع بما فيه الكفاية للعناصر التي استمدوا منها تقديرهم واقتناعهم، كما يجب أن تكون تلك العناصر ثابتة ومستنبطة من وقائع الدعوى ومستنداتها².

الفرع الثاني- جبر الضرر: بعد أن يحدد القاضي نوع الضرر الحاصل، ويحدد عناصر التعويض الشامل له، لم يبق له إلا أن يقدر قيمة التعويض بناء على ما حدده سلفاً، إذ العملية الذهنية التي يقوم بها القاضي بصدد التعويض عملية مترابطة المراحل، بحيث تقود كل مرحلة للمرحلة التي تليها، فإذا كان تقدير التعويض هو نتيجة العمل الذهني السابق عليها، فإن الخطأ في تحديد نوع وعناصر الضرر ينتج عنه حتماً خطأ في تقدير التعويض، هذا وإلى جانب ذلك وإن كان تقدير التعويض يخضع لسلطة القاضي التقديرية، إلا أن هاته السلطة ليست مطلقة كل الإطلاق، إذ يلزم القاضي بالتقيد بضوابط معينة، إذ ليس للقاضي أن يحكم بالتعويض إلا في حدود الطلب القضائي (أولاً)، كما يجب عليه أن يراعي في تقديره للتعويض الظروف والملابسة وكذا جسامة الضرر (ثانياً) فإن انتهى من ذلك لم يبق له إلا أن يقدر التعويض بما يتناسب والضرر، وفق مبدأ التعويض الكامل عن الضرر (ثالثاً)، وهو في ذلك وكما تقدم له سلطة تقديرية مشروطة باتباع ما سبق من معايير وضوابط تحت الرقابة المباشرة للمحكمة العليا (رابعاً).

أولاً- البت في حدود الطلب القضائي: يتشكل الحق الموضوعي من عنصرين، عنصر المديونية وعنصر الحماية القانونية، وبمجرد الاعتداء على هذا الحق يفعل عنصر الحماية القانونية في شكله القضائي وفي ذلك نشوء للحق في الدعوى، والحق في الدعوى حق غير متحرك بذاته يلد معاقاً عن الحركة

¹ عزيز أفقي، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية لمحاكم الموضوع في تقدير التعويض، مجلة قانونك، العدد 04، السنة الأولى، 2017، ص 96.

² ملف رقم 50548 صادر عن الغرفة الاجتماعية، بتاريخ 1986/06/26 مجلة قضائية عدد 03، سنة 2090، ص 154.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

ما يمنع انتقاله إلى المحكمة إلا من خلال وسيلة تدعى الطلب القضائي تحمل الدعوى لتضعها لدى أمانة ضبط المحكمة فتنشأ بها الخصومة، وتنص المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على الشروط الواجب توافرها في عريضة افتتاح الخصومة تحت طائلة بطلانها مجموعة من الشروط، يهمنها منها اشتراط تضمينها عرضا موجزا للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى، كما تنص المادة 358 من ذات القانون على أن الحكم بما لم يطلب أو بأكثر مما طلب يعد وجها من أوجه الطعن بالنقض وقد تم التطرق لذلك في أكثر من مناسبة من خلال بحثنا هذا.

ففي دعوى التعويض يجب على المدعي أن يحدد قيمة التعويض الذي يرى أنه كاف لجبر ضرره، سواء في عريضة افتتاح الخصومة، أو طلبا شفهيًا أمام الأقسام الجزائية لأن طلبه يعد يعتبر إجراء جوهريًا يجيب على السؤال الذي يطرحه القاضي عند اتصاله بالدعوى ومفاده ما لذي يطلبه المدعي من المحكمة؟ ذلك أن التعويض ليس على نوع واحد، فإلى جانب التعويض النقدي يوجد التعويض العيني، والتعويض بمقابل، كما قد يكون التعويض برد الحال إلى ما كانت عليه قبل حدوث الضرر، ثم بعد تحديد نوع التعويض يجب على المدعي تحديد قيمة التعويض بذاتها، ويبقى الأمر بعد ذلك لسلطة القاضي التقديرية لتحديد التعويض نوعا وقيمة¹، فالقاضي غير مقيد بطلب المدعي إلى في نطاقه العام، فإن طلب أن يكون التعويض بمقابل فلا يوجد ما يمكن القاضي من الحكم له بتعويض نقدي، وقد يطلب تعويضا نقديا بينما يرى القاضي أن التعويض الذي يجبر ضرره هو رد الحال إلى ما كان عليه².

كما أن المحكمة العليا مستقرة في قضائها على أن تقدير التعويض يخضع لسلطة المحكمة وتقول في قرار لها (حيث أن الطاعن يناقش في تقدير قضاة الموضوع لمبلغ التعويضات، وهذا ما يدخل ضمن السلطة التقديرية لهم متى كان معللا تعليلا كافيا³)، وذات الأمر بالنسبة لمحكمة النقض المصرية التي ترى أن النعي على الحكم القضائي بضالة التعويض المقضي به لعدم استجابته للطلب القضائي يعد جدلا موضوعيا في سلطة المحكمة، متى كانت أسبابه سائغة وتكفي لحمله، وأن اثارته أمام محكمة النقض غير جائز⁴.

¹ محمد المنجي، المرجع السابق، ص 359-360.

² يوسف بوكيفي، أثر طلبات الأطراف على سلطة القاضي في تقدير التعويض، مجلة القضاء المدني، مج 07، ع 13، سنة 2016، ص 25.

³ ملف رقم 51691، قرار صادر عن غرفة الجناح والمخالفات بتاريخ 15/01/1990، المجلة القضائية عدد 04، لسنة 1991، ص 290.

⁴ راجع في ذلك، حكم رقم 4131 لسنة 74 قضائية صادر عن الدائرة المدنية، بتاريخ 27/02/2014، <https://n9.cl/2ep9u> / حكم رقم 16599 لسنة 75 قضائية صادر عن الدائرة المدنية بتاريخ 28/08/2014، <https://n9.cl/mkxnv> / الحكم رقم 60888 لسنة 77 قضائية، حكم صادر عن الدائرة المدنية بتاريخ 06/11/2015، <https://n9.cl/7baf1b> / الحكم رقم 11625 لسنة 75 قضائية صادر عن الدائرة

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

فإذا كان تقدير التعويض يخضع لسلطة القاضي التقديرية التي لا طائل للمحكمة العليا عليها، إلا أن القاضي لا يجوز له أن يتجاوز في الحكم بالتعويض القدر الذي طلبه الخصم¹، ولكنه يجوز له النزول عن ذلك، ومبرر ذلك أن المضرور إذا طلب مبلغاً معيناً وكان الضرر يجاوز قيمة التعويض الذي طلبه المضرور فإن ذلك يعني أن هذا الأخير قد تنازل على الفارق بين طلبه وبين القيمة الحقيقية للضرر ولا يجوز للقاضي أن يتدخل برفض هذا التنازل، وهي مسألة جوهرية ينبني عليه نقض الحكم المطعون فيه، ويبدو أن التشدد في تطبيق هاته القاعدة جعل القضاة يعتبرون طلب المضرور التعويض عن الضرر الناشئ عن الجريمة قرينة عن تأسيسه مدنياً، وبخلاف ذلك يقضى في الدعوى الجزائية دون المدنية حتى لو صرح الضحية بتأسيسه مدنياً مطالباً بالتعويض.. لأن عدم تحديده مقدار التعويض يضحى معه تأسيسه بغير ذي جدوى طالما أن القاضي ملزم بالبت في حدود الطلب.

ثانياً: وجوب مراعات الظروف الملائمة وجسامة الضرر: يجب أن يقدر القاضي التعويض تقديراً يكفي لجبر ضرر المضرور، وحتى يحيط القاضي بالعناصر والمعايير التي تسمح له بتقدير قيمة الضرر حقيقة نصت المادة 131 قانون مدني على مراعات القاضي للظروف الملائمة فما المقصود بالظروف الملائمة؟ وهل يمكن اعتبار جسامة الخطأ من قبيل هاته الأخيرة (01)، طالما أن جسامة الضرر تعتبر من قبيل الظروف الملائمة (02).

01-مراعات الظروف الملائمة: نصت المادة 131 قانون مدني على (يقدر القاضي التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادتين 182 و182 مكرر مع مراعاة الظروف الملائمة...) ويعود مصدر هذه الأخيرة إلى المادة 170 قانون مدني مصري لفظاً وفحوى.

هناك خلاف في مفهوم الظروف الملائمة إذ يذهب اتجاه من الفقه² إلى القول أن الظروف الملائمة هي الظروف التي لا يستلزم المضرور لا الظروف التي لا يستلزم المسؤول، وينظر لهذا المعيار نظرة ذاتية لا موضوعية حيث أن التعويض يهدف لجبر الضرر، والضرر يختلف باختلاف الشخص، فالضرر الذي يصيب الطفل من الفعل الضار أشد من الضرر الذي يصيب البالغ من ذات الفعل في بعض الحالات، والضرر الذي يصيب رب عائلة أشد من الضرر الذي يصيب غيره، والقذف ضد المحصنة أشد

=المدنية بتاريخ 2016/03/08، <https://n9.cl/urwhpl> / الحكم رقم 861 لسنة 86 قضائية صادر عن الدائرة المدنية بتاريخ 2016/07/31، <https://n9.cl/urwhpl>.

¹ دمانة محمد، المعايير التشريعية القضائية الحديثة لعدالة التعويض، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، مج 01، ع 01، سنة 2012، ص 101.

² عبد الرزاق أحمد السهوري، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، مرجع سابق، 1098.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

أثراً عليه عند العزباء، فالمقياس الذي يجب أن تحدد به الظروف المحيطة بمقياس شخصي، يراعى فيه حالته الشخصية العائلية والمالية¹.

كما يرى ذات الاتجاه أن المقصود بالنظرة الذاتية أن يتحرى القاضي أثر الضرر على الذمة المالية للمضرور، فطالما أن الضرر في الحقيقة من الأمر انتقال للذمة المالية للمضرور من مكانة إلى مكانة أخرى أسوء، أي أنه عجز يخلفه الفعل الضار في الذمة المالية للمضرور، والتعويض يهدف إلى إعادتها إلى مركزها السابق قبل الفعل الضار، ولا يكون ذلك إلى بمراعات الحالة الشخصية أو كما يسميها الفقيه الألماني اهرنج بنظرية التقبل الشخصي من حيث المركز الشخصي، والعائلي، والاجتماعي، والمالي للمضرور².

بينما يذهب اتجاه آخر³ إلى أن المقصود بالظروف الملازمة للظروف التي أحاطت بالمضرور الدائن بالتعويض، وكذا الظروف التي أحاطت بالمسؤول المدين بالتعويض، فلا ينظر فقط بالنسبة لهم لمركز المضرور كما سبق شرحه لتقدير قيمة التعويض، بل ينظر كذلك لمركز المسؤول من خلال التقدير جسامة الخطأ في أحداث الضرر، مبررين هذا القول بالرجوع للأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري التي جاء فيها أن المادة قد تضمنت في المشروع التمهيدي صراحة مراعاة جسامة الخطأ بقولها (يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادتين 299 و 300 مراعيًا في ذلك الظروف وجسامة الخطأ) ولكن تم الاعتراض على ذلك في مجلس الشيوخ واقترح الاقتصار على عبارة الظروف الملازمة لأن جسامة الخطأ تدخل في هذه الظروف ووافق معالي السهوري بأشأ هذا الاعتراض فحذفت عبارة جسامة الخطأ⁴، غير أن الأستاذ السهوري في وسيطه لا يعتبر جسامة الخطأ تدخل في الظروف الملازمة ويقول أن المقصود بها الظروف التي تلابس الدائن لا الظروف التي تلابس المسؤول⁵.

إن الحديث عن جسامة الخطأ يقودنا إلى البحث في النصوص القانونية التي تقره، وهو في نطاق المسؤولية التقصيرية لا أثر لنص يقره صراحة من بين النصوص المنظمة لها، أما في حدود المسؤولية الناشئة عن العقد فإن أثره يبرز في نطاق ضيق، حيث تنص المادة 182/02 على أن الالتزام الذي مصدره

¹ راجع في ذلك، أنس احسان شاكر، إشكالية تقدير التعويض في المسؤولية المدنية، مجلة دراسات قانونية، ع 53، سنة 2022، ص 245-246 / محمد شيخ الابراهيم، المسؤولية التقصيرية ونتائجها في القانون السوري، مجلة كلية تراث الجامعة/ مج 01، ع 31، سنة 2021، ص 304.

² علي حسن الذنون، الضرر، المرجع السابق، ص 398.

³ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 500.

⁴ وزارة العدل المصرية، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 394.

⁵ عبد الرزاق أحمد السهوري، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، مرجع سابق ص 1101.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

العقد، فإن المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً لا يلزم إلا بتعويض الضرر المتوقع عادة عند التعاقد، أي وبمفهوم المخالفة أن المدين الذي ارتكب خطأ جسيماً يلزم استثناءً وكخروج عن قاعدة اقتصار التعويض في المسؤولية العقدية على الضرر المباشر المتوقع دون الغير متوقع بتعويض الضرر المباشر متوقعا كان أو غير متوقع، فيلاحظ أنه حتى مجال المسؤولية العقدية ليس لجسامة الخطأ أثر في تقدير التعويض¹، وأثره يقتصر على توسعة مسؤولية المسؤول بالنسبة لنوع الضرر المباشر المشمول بالتعويض، فإن ثبت الخطأ الجسيم وحدد الضرر المتوقع والغير متوقع فإن تقدير التعويض عنهما يخضع لجسامة الضرر دون أي اعتبار لجسامة الخطأ.

غير أن هذه القاعدة تصطدم بنص المادة 126 قانون مدني والتي تنص أنه في حالة تعدد المسؤولين عن الضرر كانوا متضامنين في التزامهم بالتعويض، وهذا الالتزام التضامني مقسوم بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض. وقد حمل مقصود المادة على الخطأ حيث يرى جانب من الدارسين² أن القاضي لا يمكنه أن يقدر التزام كل مسؤول منفرداً إلا بالنظر إلى جسامة الخطأ.

ونرى خلاف ذلك، إذ أن النص القانوني لم يصرح بهذا المعنى هذا من جهة، ومن جهة أخرى لا جدال في أن هذا الرأي يسقط عندما نكون بصدد مسؤولية قائمة على مجرد تحمل التبعة التي لا عبرة فيها للخطأ ولا للسبب الأجنبي، كما أنه ومن جهة ثالثة وعلى فرض صحة هذا القول فإنه لا ينطبق على الحالة التي يكون فيها المسؤول عن الضرر فرد واحداً، لأن المادة 182 التي أحالت عليها المادة 131 تنص على أن التعويض يشمل ما لحق المضرور من خسارة، وما فاتته من كسب دون أدنى إشارة إلى مراعات درجة الخطأ، ومن غير المعقول أن تراعى درجة الخطأ في حالة تعدد المسؤولين عن الضرر وتهمل في حالة انفراد المسؤول.

وحق في الذهاب أبعد من ذلك، والقول أن جسامة الخطأ هي الحل الوحيد لتطبيق الاستثناء الوارد في المادة 126 بأن يحدد القاضي نصيب كل مسؤول على حدى في الالتزام بالتعويض، فإن هذا القول فيه مجانبة للصواب، إذ العبرة في نظرية تعدد الأسباب بالسبب المنتج لا بالخطأ الأكثر جسامة،

¹ راجع في ذلك، فرقاني قويد نور الإسلام، العهوامل المؤثرة في تقدير التعويض عن الفعل الضار، مجلة صوت القانون، مج 08، ع 01، سنة 2021، ص 834. /أزوا عبد القادر، ضمانات التعويض في ظل تطور مفهوم المسؤولية المدنية، يوم دراسية حول الاتجاهات الحديثة في نظرية المسؤولية المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق ومخبر القانون والمجتمع، جامعة أدرار، الجزائر، 2013، ص 04.

² صلاح الدين دكدك، سلطة القاضي في تقدير التعويض عن المسؤولية المدنية في القانون والقضاء الجزائري، مجلة الفقه والقانون، ع 21، سنة 2014، ص 64.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

فقد يكون السبب المنتج قد نتج عن خطأ تافه بينما نتجت الأسباب الأخرى عن أخطاء جسيمة، أما إن اشترك المسؤولون في السبب المنتج فإن التعويض بينهم إذا أرجعناه لدرجة الخطأ كانوا على ذات القدر منه، فكل أفعالهم كانت سببا منتجا في حدوث الفعل الضار.

كما أن المادة 126 جاءتنا بحكم لمسألة تعدد المسؤولين عن الضرر، وفرضت عليهم التضامن بنص القانون، ونصها على أنه (إذا تعدد المسؤولون..... كانوا متضامنين في التزامهم بالتعويض، وتكون المسؤولية بينهم بالتساوي...) لا يستوي إلا بمعنى تساويهم في التضامن، وأن الدائن له أن يختار أيا منهم ليطالبه بالدين كله إذ أنه لا يعقل أن يكون المقصود من ذلك تساويهم في قيمة التعويض المقررة على عاتق كل منهم، لأن الدائن لن يطالبهم منفردين وإلا ما فائدة تقرير التضامن بينهم.

وبالتالي فإن المقصود في رأيينا من الاستثناء الوارد في المادة 126 جسامه الضرر لا جسامه الخطأ، فقد تكون الأضرار متعددة وكلها نتيجة مباشرة للفعل الضار فإذا اشترك مجموعة من الأشخاص في الاعتداء بالضرب على الضحية، بحيث تسبب أحدهم في نزيف أنف الضحية، وتسبب الثاني في كسر ساقه، وتسبب الثالث في فقئ عينه، فإن مسؤولية الأخير أكثر وطأة من الثاني، ومسؤولية الثاني أكثر وطأة من مسؤولية الأول رغم أن خطأهم خطأ واحد يتمثل في واقعة الاعتداء بالضرب.

وفي ظل هذا الاختلاف تذهب محكمة النقض المصرية إلى مبدأ عام حيث تقول أن المسؤولية المدنية لا تقوم مهما كانت جسامه الخطأ إلا بتحقيق الضرر¹، وفي قرار لها آخر تسرد محكمة النقض النقاش الذي دار في مجلس الشيوخ بصدد دراسة مشروع القانون المدني المصري حول مسألة اعتبار الخطأ الجسيم من قبيل الظروف الملازمة وخلصت إلى أن الخطأ الجسيم ليس من قبيلها²، وتقول أيضا (لما كان التعويض هو مقابل الضرر الذي يلحق المضرور من الفعل الضار ولا يصح أن يتأثر بدرجة خطأ المسؤول أو غناه³).

أما بالنسبة للمحاكم العراقية فليس لها موقف ثابت إذ تختلف أحكامها حيث تأخذ في تقديرها للتعويض بجسامه الخطأ تارة وترفضه تارة⁴، بينما تنحو محكمة التمييز الأردنية منحنى آخر حيث تقر أن التعويض لا يخضع لمعيار جسامه الخطأ، إلا أن المسؤول المتضامن المطالب بالدين كله يرجع على

¹ الحكم رقم 6377 لسنة 74، صادر عن الدائرة المدنية بتاريخ 2014/01/11. <https://n9.cl/o3xm1>.

² الحكم رقم 5004 لسنة 65 صادر عن الدائرة المدنية بتاريخ 2010/07/16، قسطاس (yu.edu.jo).

³ نقض جنائي 20 ديسمبر 1947 ورد في سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 549.

⁴ عزيز كاظم الخفاجي، شيماء عقيل متعب، أثر جسامه الخطأ في تقدير التعويض، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، مج 11، ع 43، سنة 2019، ص 373.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

المسؤولين الآخرين بموجب دعوى رجوع وبحسب جسامه خطأ كل منهم، فقصر تطبيق معيار درجات الخطأ على دعوى الرجوع لا على دعوى التعويض¹

وعلى اعتبار أن المادة 131 قانون مدني مطابقة في لفظها وفي فحواها للمادة 170 قانون مدني مصري فإن ذلك يثير التساؤل حول موقف الفقه والقضاء الجزائريين، ويذهب الأستاذ علي فيلاي إلى أن العبرة في تقدير التعويض ليست بالمركز الاجتماعي أو الاقتصادي للمضرور أو المسؤول، ولا يهم في تقدير التعويض أن يكون المضرور ذا ملاءة فيرتفع أو أن يكون بالمضرور افتقاراً فيرتفع سقف التعويض أو العكس فينزل به، لأن العبرة في تقدير التعويض بتقييم الضرر الحاصل فعلاً بغض النظر عن أي اعتبار آخر²، أما الأستاذ علي علي سليمان فإنه يرجع فكرة القائلين بالاعتداد بخطأ المسؤول ليس إلا أثراً من آثار تأثير المسؤولية الجزائية على المسؤولية المدنية، هذا من جهة ومن جهة ثانية إن الاعتداد بجسامه الخطأ بدوره ليس إلا أثراً من آثار النظرية الشخصية للمسؤولية المدنية، والتي أصبح التطور الاقتصادي والقانوني يجرها شيئاً فشيئاً لنظرية تحمل التبعة، كما أنه حتى في ظل النظرية الشخصية الخطأ ركن فيها إذا توافر قامت المسؤولية دون النظر إلى جسامه الخطأ، ويرى الأستاذ أن الأصل في تقدير التعويض أن يقدر بحسب جسامه الخطأ فرب خطأ تافه نتج عنه ضرر بالغ، ورب خطأ جسيم لا يترتب عنه إلا ضرر تافه، غير أنه لا يرفض فكرة الاعتداد بالظروف الملازمة جملة وتفصيلاً فهي عنده أمر ضروري فالضرر الذي يصيب الأعلى في عينة السليمة أشد وطأة على الضرر الذي يصيب الشخص السليم في أحد عينه، إلا أنه يستبعد من الظروف الملازمة غنى وفقر كل من المسؤول والمضرور³.

كانت المحكمة العليا صريحة في أن أساس التعويض في الدعوى المدنية هو الضرر الذي لحق بالمضرور وليس وضعيته الاجتماعية أو الاقتصادية، حيث نقضت حكماً قام القضاء بموجبه برد التعويض إلى الحد المعقول بالنظر إلى حالة المتهم الاجتماعية والاقتصادية في حين أن معيار تقدير التعويض هو الضرر الذي أصاب المضرور فعلاً⁴، وفي قرار آخر يثبت فيه استقرار الاجتهاد القضائي أن التعويض يقاس بجسامه الضرر يذهب المجلس الأعلى إلى القول (أن مجلس عنابة عندما منح تعويضاً للأطراف مراعيًا فيه جسامه الضرر يكون قد طبق صحيح القانون⁵).

¹ الحكم رقم 5534 لسنة 2021، صادر عن محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية بتاريخ 2022/07/04، <https://n9.cl/vx1tq>.

² علي فيلاي، الفعل المستحق للتعويض، المرجع السابق، ص 408.

³ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 180-181.

⁴ ملف رقم 498587 صادر عن الغرفة الجنائية بتاريخ 2009/01/21، مجلة قضائية، عدد 01، سنة 2010، ص 250.

⁵ ملف رقم 24770، صادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 1982/04/14، مجلة قضائية عدد 04، لسنة 1989، ص 55.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

إن هذا الاطراد في قضاء المحكمة العليا لا ينفي اعتدادها بالظروف الملازمة لتقدير التعويض، وما يؤكد ذلك قولها في قرار لها (أنه وإذا كانت المواد 130-131-182 من القانون المدني تفيد خضوع التعويض لسلطة القاضي التقديرية، إلا أن عدم الإشارة إلى الظروف الملازمة كسب الضحية، ومدخوله، وسن ذوي الحقوق يعرض قرارهم للنقض¹) ما يتبين معه أن القضاء الجزائي يسلك مسلكا وسطا بحيث أنه لم يخل بالنص القانوني جملة واحدة رافضا الاعتداد بكل ظرف، بل أقر بوجود مراعات الظروف الملازمة اعتبرها صراحة ضابطا يقيد قضاة الموضوع والاخلال به يعرض حكمهم للنقض، ومن جهة أخرى لم يتوسع في تفسير المقصود من الظروف الملازمة لتشمل الاعتداد بالظروف المتعلقة بالمسؤول، وحتى بالنسبة للمضروور استثنى منها الاعتداد بمركزه المالي في تقدير التعويض.

ونرى أن التوسع في الأخذ بالظروف الملازمة يضمن تعويضا يجبر ضرر المضروور من جهة، ويوفر ردعا خاصا بالنسبة للمسؤول وردعا عاما بالنسبة لغيره من جهة أخرى، كما أن إهمال كل ظرف سواء تعلق بالمضروور أو المسؤول يحقق نوعا من العدالة فلا يسأل الشخص إلا في حدود الخسارة التي تسبب بها للغير ولا يخل بمبدأ التعويض الكامل للضرر، إلا أن الأحسن من هذا وذاك مذهب المحكمة العليا التي تفرض وجوب مراعات الظروف الملازمة للمضروور دون قسوة على المسؤول حتى لا تخرج بذلك من الوظيفة الإصلاحية للتعويض إلى وظيفة العقاب التي هجرها الفقه والقضاء والقوانين، وفي نفس الوقت عدم اهمال لتأثير حالة المضروور الشخصية في مقدار الضرر الذي يصيبه.

ثالثا- مراعات تناسب قيمة التعويض مع جسامة الضرر: بعد أن يحدد القاضي نوع التعويض وعناصره تتوفر أمامه كل متطلبات تقدير التعويض، وهو في ذلك يتمتع بسلطة تقديرية واسعة لا معقب عليه فيها طالما أنه راعى التناسب بين جسامة الضرر وقيمة التعويض، وهذا هو المبدأ في تقدير التعويض أن يكون التعويض شامل لكل الضرر (01) ما لم يكن هناك اتفاق أو نص قانوني بخلاف ذلك (02).

01-مبدأ التعويض الكامل للضرر: تقدم القول ان الضرر عبارة عن عجز يصيب الذمة المالية للمضروور بسبب الفعل الضار، وأن التعويض يهدف إلى اصلاح هذا الضرر من خلال جبره ويكون ذلك بإعادة الذمة المالية إلى حالتها التي كانت عليه قبل صدور الفعل الضار دون نقصان ولا زيادة، وذلك بشمول التعويض للضرر دون أن زيادة فيغتنى المضروور ويفتقر المسؤول، ولا نقصان فيغتنى المسؤول ويفتقر المضروور.

¹ ملف رقم 39694 صادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 1985/05/08، مجلة قضائية لسنة 1989، عدد 03، ص 34.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

يجب أن يكون التعويض معادلاً للضرر الذي لحق بالضحية سواء الأضرار المادية أو المعنوية، وسواء كان الضرر مالي أو جسماني، وهذا المبدأ يشمل جميع أنواع المسؤولية المدنية سواء العقدية منها أو التقصيرية، اللهم أن الفرق بين هاتين الأخيرتين اقتصر التعويض في المسؤولية العقدية على الضرر المتوقع كأصل عام دوناً عن الضرر المباشر كله، وفي كل الأحوال يجب أن يكون التعويض مكافئاً للضرر وفي ذلك تقول المحكمة العليا في ذلك أن أساس التعويض هو الضرر الذي أصاب فعلاً الأطراف¹، والضرر الذي أصاب الأطراف سواء كان ضرراً واحداً أو أضرار متعددة يجب أن يشملها التعويض، ولا يجوز استبعاد بعضها على أساس تفاهتها وتعويض أخرى على أساس جسامتها²، كما أن القاضي يجب أن يركز على معرفته، وخبرته، وفطنته، وحكمته، حتى يجعل التعويض المحكوم به مساوياً للأضرار المدعى بها³، وله في سبيل تقدير التعويض أن يلجأ إلى انتداب خبرة فنية بموجب حكم قبل فصله في موضوع الدعوى بهدف من ورائها إلى تحديد الضرر الذي أصاب المضرور بدقة، من أجل أن يكون في مقدوره بناءً على ما توافر عنده من عناصر أن يعيد المضرور إلى المكانة التي كان فيها قبل حصول الفعل الضار ما أمكن ذلك والعبرة بوقت الحكم لا بوقت حصول الفعل الضار على حسب ما تغير الضرر من زيادة أو نقصان⁴، حتى يصل القاضي إلى تقدير التعويض يجب أن يحدد قيمة كل عنصر من عناصر التعويض في حيثيات حكمه حتى تتمكن المحكمة العليا من رقبته.

إلا أن اشتراط ذكر عناصر التعويض لا يعني أن القاضي ملزم بذكر كل المقومات التي بنى عليها قيمة التعويض، فيذكر قيمة التعويض عن الضرر المادي، وقيمة التعويض عن الضرر المعنوي، وما يقابل الضرر الحال، وما يقابل الضرر المتوقع بل يكفي أن يحدد في حكمه ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب، ويحدد نوع الضرر المعنوي ثم يحكم بتعويض إجمالي عن ذلك⁵، فالعبرة أن يكون التعويض كاملاً شاملاً لكل الأضرار محدداً بعناصره.

إن مسألة تقدير التعويض مرتبطة بالضرر، والضرر من المسائل المتغيرة خاصة أن الحكم القضائي قد لا يصدر إلا بعد مرور فترة زمنية معتبرة قد يتغير فيها الضرر بالزيادة أو النقصان، وهذا ما يؤثر فكرة تقدير التعويض من حيث الزمان، فإذا كان الضرر جسمانياً كالجروح والكسور مثلاً فإن الجرح قد يتعفن كما أن الكسر قد يجبر، وإن كان الضرر ضرراً مالياً فإن سعر العملة قد يرتفع كما قد ينخفض،

¹ ملف رقم 498587 صادر عن الغرفة الجنائية بتاريخ 2009/01/21، مرجع سابق.

² علي فيلاي، الفعل المستحق للتعويض، المرجع السابق، ص 408.

³ علي حسن الذنون، الضرر، المرجع السابق، ص 356.

⁴ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 542.

⁵ علي حسن الذنون، المرجع السابق، ص 357.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

فما هو التوقيت الذي يجب أن يعتد به لتقدير التعويض، هو يقدر التعويض وقت وقوع الفعل الضار، أم يقدر وقت صدور الحكم.

اختلف الشراح في ذلك، الرأي الأول يرى أن انسب وقت لتقدير التعويض هو وقت الحكم، لأن هذه القاعدة تستمد أساسها من مبدأ التعويض الكامل للضرر، والضرر لا يمكن أن نقدر قيمتها كاملة إلا عند الحكم، وعلى القاضي أن يعتد بجميع التطورات التي تطرأ على الضرر منذ وقوع الفعل إلى غاية صدوره، ذلك أن تقدير التعويض يقوم على ركيزتين، مقدار الضرر، وقيمة الضرر، فبالنسبة للركيزة الأولى فإن عناصر الضرر قد لا تكتمل كلها وقت وقوع الضرر¹، أما الركيزة الثانية قد تتغير فيه قيمة العملة ما يؤثر في حق المضرور، وقد تعرض هذا الاتجاه لمجموعة من الانتقادات تمثلت في :

✓ أن التغير في قيمة الضرر لا تربطه علاقة سببية مباشرة بينه وبين الفعل الضار، فالزيادة اللاحقة في قيمة الضرر سببها ارتفاع الأسعار، وقد رد على هذا الاعتراض بأن الزيادة في الأسعار لمست قيمة التعويض أما الضرر فهو ضرر ثابت.

✓ لا يتحمل المدين قيمة تغير الضرر لأن المدائن كان له أن يصلح الضرر في حين وقوعه بما لا يسمح بتفاقمه، ورد على هذا الاعتراض بأن الدائن ليس عليه أي التزام بإصلاح الضرر والمدين الوحيد بالإصلاح هو المسؤول عن الضرر.

✓ يرجع الاعتراض الأخير إلى مبادئ العدالة حيث أن المدة التي تغير فيها الضرر أو ارتفعت فيها قيمة العملة تعود إلى بقاء إجراءات التقاضي ومن غير العادل تحميل المسؤول خطأ ليس له يد فيه، ويمكن الرد على هذا الاعتراض بأن السرعة في الإجراءات لا تحمي المسؤول من تعويض الضرر اللاحق خاصة أن القانون يمنح للمضرور الحق في أن يطالب بمراجعة التقدير بعد صدور الحكم².

يذهب رأي آخر إلى القول أن الحكم بالتعويض حكم كاشف عن الحق في التعويض وليس منشأ له، فالمنطق أن يقدر التعويض بحساب الضرر وقت وقوع الفعل الغير مشروع لأن هذا الوقت هو الوقت الذي يجب فيه تقدير عناصر التعويض، وهذا هو الرأي الذي أخذ به القضاء الفرنسي بادئ الأمر قبل

¹ سالم سليم صلاح الرواشدة، أثر تفاقم الضرر الجسدي في تقدير الضمان، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات منح درجة الدكتوراه فلسفة في القانون الخاص، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن، 2008، ص 65-66.

² أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مدى التعويض عن تغير الضرر في جسم المضرور وماله في المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 199-2000، ص 33.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

أن يتراجع عن ذلك إلى تقدير التعويض وقت صدور الحكم على أساس أن هذا الوقت هو الذي يسمح للقاضي أن يقدر حالة المصاب بشكل كامل¹.

ونرى أن تقدير التعويض وقت صدور الحكم أكثر منطقية وعدالة، كما أنه يتناسب مع مبدأ التعويض الكامل للضرر، وطالما أن الضرر سببه الفعل الضار فمن العدالة أن يعوض كاملاً دون الاعتداد بوقت معين، فقد يحدث أن يصاب الضحية بجرح بليغ في يده ويحدد له الطبيب الشرعي نوع الضرر، ومداه، ونسبة العجز، إلا أن الضحية وعند المحاكمة يدفع دفعا أوليا أمام القاضي يطالب من خلاله عرضه على خبرة ثانية على أساس فقدان وظيفة أحد أصابعه، والقاضي مجبر على قبول هذا الدفع لأن فقدان وظيفة الأصبع لها أثرها البالغ على الجزء الجزائي وعلى تقدير التعويض، فلو كانت العبرة بوقت صدور الفعل لرفض الدفع وفات المضرور حقه في الحصول على تعويض كامل.

أما المشرع الجزائري فقد قرر في نص المادة 167 أن جزاء التأخر في تنفيذ الالتزام تعويض يدفعه المدين للدائن، كما نصت المادة 186 التي نصت على حالة الالتزام بدفع مبلغ من النقود معين المقدار وقت رفع الدعوى، ثم تأخر المدين في الوفاء به فيجب أن يعوض عن هذا التأخير، أما المادة 187 فقد نصت عن حالة إطالة أمد التقاضي دون مبرر بسوء نية للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض عن هذا التأخير أو لا يقضي به إطلاقاً عن هاته المدة التي طال فيها النزاع، وهذا هو المنطق إذ لا يمكن تقدير التعويض عن التأخير إلا بحساب مدة التأخير، ولا يمكن ضبط التأخير إلا بوقت صدور الحكم.

02-الاستثناءات الواردة على مبدأ التعويض الكامل للضرر: نصت المادة 182 قانون مدني على أنه (إذا كان التعويض مقدراً في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدر...) ونصت المادة 183 على جواز أن يحدد المتعاقدان مقدماً قيمة التعويض، في حال تبين لهما من خلال الالتزامات المتقابلة لكلا الطرفين ان التعويض الذي قد يحدده القاضي في حال النزاع لا يلبي الضرر الحقيقي فيعمدان إلى تقدير التعويض مسبقاً في العقد أو في وثيقة ملحقة به، ويسمى بالشرط الجزائي (أ)، كما قد يتخذ المشرع موقفاً حاسماً في مسألة التعويض في مجالات معينة لارتباطها بالنظام العام أو السياسة التشريعية للدولة، فيحدد المشرع بنصوص قانون محددة كيفية تقدير التعويض ومداه (ب).

¹ صدقي محمد امين عيسى، التعويض عن الضرر ومدى انتقاله إلى الورثة، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون المقارن، قسم القانون المقارن، قسم القانون المقارن، كلية الشريعة والقانون، كلية الدراسات العليا، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2011، ص 286.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

أ- الشرط الجزائي: الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي عرف بعدة تعاريف¹ تدور مجملها في اتجاه واحد يمكن جمعها في هذا التعريف (أن الشرط الجزائي هو اتفاق بمقتضاه يشترط أحد المتعاقدين على الآخر أن يدفع تعويضا في شكل مبلغ جزائي في حال عدم تنفيذه للالتزام بموجب العقد أو التأخر في تنفيذه)، فالمتعاقدان هما من يحدد التعويض من حيث نوعه، ونطاقه، ومقداره دون تدخل من القاضي، فالقاضي كأصل عام ليس له أي سلطة تقديرية في قبول أو رفض الشرط الجزائي وكل ما له أن ينفذه كما هو بموجب حكم قضائي، وبعبارة أخرى الشرط الجزائي يجد قوته في مبدأ سلطان الإرادة وبالتالي ليس للقاضي سلطة لتغيير أو تعديل إرادة الأطراف فالإرادة وحدها من لها الحق في الزام نفسها وفي النطاق الذي تراه أنفع لها.

ولكن ومن ناحية أخرى يصطدم مبدأ سلطان الإرادة بمبدأ التعويض الكامل حيث أن التعويض يرتبط بالضرر فلا لا يجاوزها ولا ينقص عنها، وبالتالي وتوفيقا بين المبدأين تدخل المشرع الجزائي لتقييد سلطة الأطراف حيث نصت المادة 184 قانون مدني على عدم استحقاق التعويض المقدر في الاتفاق إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، كما يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التعويض كان مفرطا أو أثبت أن الالتزام قد نفذ في جزء منه، كما تناولت المادة 185 من ذات القانون الحالة العكسية التي يجاوز فيها الضرر قيمة الشرط الجزائي وقررت عدم احقية الدائن في المطالبة بأكثر من التعويض المتفق عليه إلا في حالة اثباته للغش أو الخطأ الجسيم.

يبدو من نص المادتين أن سلطة القاضي وهو بصدد البت في نزاع موضوع الشرط الجزائي سلطة ضيقة إلى أبعد الحدود، إلا أنها ورغم ذلك موجودة ومرتبطة بضوابط محددة تقيد القاضي في تعديله لقيمة الشرط الجزائي، وقبل التطرق إليها نلخص العلاقة بين قيمة التعويض ومدى الضرر في ثلاث معادلات أو حالات هي كالاتي:

✓ مدى الضرر يساوي قيمة الشرط الجزائي ◀ يحكم القاضي بقيمة الشرط الجزائي.

✓ مدى الضرر أكبر من قيمة الشرط الجزائي ◀ يحكم القاضي بقيمة الشرط الجزائي.

¹ راجعه في ذلك كل من، جرجس جرجس، معجم المصطلحات الفقهية والقانونية، مراجعة أنطوان الناشف، ط 01، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، لبنان، 1996، ص 38/ إبراهيم دسوقي أبو الليل، الشرط الجزائي في العقود والتصرفات القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1982، ص 11./ محمد شتا أبو سعد، التعويض القضائي، والشرط الجزائي، والفوائد القانونية، ط 01، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2001، ص 64/ زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود مع مقارنته بالقوانين الحديثة والشريعة الإسلامية، ط 01، ج 05، منشورات المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، دون سنة نشر، ص 135/ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، مجلد 04، احكام الالتزام، مكتبة زين الحقوقية، دون بلد نشر، 1992، ص 177./ محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 02، مطبعة جامعة القاهرة، 1990، ص 188.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

✓ مدى الضرر أصغر من قيمة الشرط الجزائي ————— يحكم القاضي بقيمة الضرر.

والملاحظ أنه وعلى خلاف ما يذهب إليه كثير من الباحثين¹ إلى أن القاضي يخفض أو يزيد في قيمة الشرط الجزائي، فإن الباحث يرى أن القاضي ليس له ذلك، فهو بين خيارين إما أن يحكم بالشرط الجزائي كما هو وهذا في الحالتين المذكورتين أعلاه، أو يستبعده تماما ويعتمد إلى تقدير الضرر الحاصل فعلا وهذا في حالة وحيدة هي الحالة الأخيرة من الحالات أعلاه وفي الحالات الاستثنائية حالة الغش والخطأ الجسيم وسيتم التطرق إلى ذلك.

أما بالنسبة للضوابط التي قررها القانون المدني بالنسبة لسلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي، هي ضوابط إجرائية أكثر منها ضوابط موضوعية، ترتبط بالدفع وإثبات هاته الدفع نذكرها في النقاط التالية:

✓ ليس للقاضي أن يعتمد من ذات نفسه إلى استبعاد الشرط الجزائي والحكم بتعويض يغطي الضرر الحاصل فعلا إلا بطلب من المدعي في حالة الزيادة، أو بدفع من المدعى عليه في حالة التخفيض.

✓ ليس للقاضي أن يعتمد بعد الطلب إلى انتداب خبير لتقييم الضرر الحقيقي من تلقاء نفسه في إطار الدور الإيجابي للقاضي، لأن المشرع وضع القاضي في مركز المتلقي وبدور سلبي محض، واشترط إثبات صاحب الطلب أو الدفع أن الدائن لم يصبه أي ضرر، أو أن تقدير التعويض الاتفاقي كان مفرطا، أو أن الالتزام قد نفذ في جزء منه هذا بالنسبة لصاحب الدفع، أو يثبت صاحب الطلب أن الضرر يجاوز قيمة الشرط الجزائي، وأن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما، فإن أثبت أي منهما ذلك تدخل القاضي واستبعد الشرط الجزائي وقدر التعويض بمدى الضرر الحاصل فعلا وقيمته.

¹ راجع في ذلك كل من، دغيش حملاوي، الشرط الجزائي وأثره في العقود بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم في الحقوق، تخصص القانون الخاص، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بيسكرة، الجزائر، 2017-2018، ص ص 274-287/ داودي مخلوف، الشرط الجزائي في النظام القانوني الجزائري واحكام الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، قسم الشريعة، كلية العلوم الإسلامية، الخروبة، جامعة الجزائر 01، سنة 2010-2011، ص ص 259-264/ عبد المجيد طيبي، الشرط الجزائي وبعض تطبيقاته المعاصرة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون، قسم الشريعة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة العقيد الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2003-2004، ص ص 75-80/ انساع احسان، التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) في القانون المدني، دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 02، سنة 2014-2015، ص ص 123-149.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

✓ الحالة الوحيدة التي لا يتقيد القاضي فيها بطلبات الأطراف ويعتمد إلى الشرط الجزائي ويخفف فيه، هي الحالة جاءت بها المادة 187، والتي أجازت للقاضي تخفيض الشرط الجزائي أو عدم الحكم به إطلاقاً في حالة تسبب الدائن بسوء نيته في إطالة أمد النزاع، ويلاحظ هنا أن القاضي لا يستبعد الشرط الجزائي كما في الحالتين أعلاه، وإنما يعتمد إليه فيخفضه أو يستبعده دونما أن يستبدله بتعويض عن الضرر الحاصل فعلاً

✓ ويلاحظ أن المشرع في الحالة التي يكون فيها الضرر أكبر من الشرط الجزائي لم يمنح حقاً للدائن في المطالبة بقيمة الضرر لأن الأصل في المسؤولية العقدية هي التعويض عن الضرر المتوقع دوناً عن الضرر الغير متوقع، فيجب على القاضي أن يتقيد بذلك ونص على ذلك في نص المادة 182 قانون مدني، على أساس أن التعويض يجب أن يشمل الضرر الذي كان يتوقعه المتعاقدان عند إبرام العقد، فمن العدل أن يتم التعويض في حدوده، يستثنى من ذلك حالة الغش والخطأ الجسيم

ب- التعويض القانوني: اعتمد مختلف التشريعات المقارنة فكرة تحديد التعويض مسبقاً بنص القانون في عديد المجالات أبرزها تمثل في الأنظمة القانونية لتعويض المصابين بأضرار جسمانية وكذا في حوادث العمل والأمراض المهنية، وفي هذه الأخيرة بالذات يتم التعويض في مختلف الأنظمة القانونية من خلال أنواع مختلفة من ترتيبات الضمان الاجتماعي، حيث يتم منح مبالغ سخية إلى حد ما بعنوان التعويض على شرط توافر شروط قانونية محددة مسبقاً، حيث يتم الاعتماد على عدة أشكال للتأمين كالتأمين على المسؤولية، وعلى سبيل المثال يوجد في فرنسا وألمانيا والمملكة المتحدة إحدى عشرة حادثاً ومرضاً مهنيًا، وكل نماذج التعويض المختلفة تشترك في التكاليف والفوائد فيما يتصل بقدرتها على تعويض الضحايا حيث تعتمد في مجملها بشكل أساسي على التنظيم الحكومي للوقاية من الأمراض المهنية¹

سبق القول أننا نستبعد دراسة التعويض القانوني على اعتبار أن القاضي ليس له أي سلطة تقديرية في تقديره، وبالتالي ليست له ضوابط واردة على سلطة تقديرية غير موجودة أصلاً، وإنما القاضي يتبع جداول ومعادلات حسابية محددة سلفاً في النص القانوني ومرتبطة بالأجر الأدنى المضمون، حتى أنه عملياً أصبحت هناك تطبيقات الكترونية يستعين بها القضاة والمحامون لحساب التعويضات القانونية،

¹ Michael G. Faure, Compensation for Occupational Diseases and the Importance of Prevention : A Law and Economics Perspective, European journal of Social Security, Vol 09, Issue 02, SAGE Journal 2007, P 128.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

ولما كان ذلك استبعدنا دراستها لأنها تخرج عن إطار ومجال دراستنا المعنون بضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض فهي دراسة تتواجد حيث تتواجد السلطة التقديرية للقاضي وفي التعويض القانوني تنعدم هاته السلطة، غير أن ذلك لا يمنع من ذكر الحالات التي حدد المشرع فيها قيمة التعويض ومداه سلفا بموجب النص القانوني ونجملها في الحالات التالية:

قرر المشرع بالنسبة للأضرار الجسماني أن يحدد التعويض مسبقا بموجب نصوص خاصة، على غرار النظام القانوني للمسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث المرور وتعويض الضحايا وذوي الحقوق عن الأضرار المادية والجسمانية¹، فقد أصدر المشرع الجزائري الأمر 15/74 بتاريخ 1974/10/30 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار المادية والجسمانية الناتجة عن حوادث السيارات، التي اعتمد فيها على نظرية تحمل التبعة، وجاء في المراسيم المنظمة له بالنسبة للأضرار المادية للسيارة يتم التعويض عنها وفقا لقانون التأمين، واشترط وجوب وجود خبرة مسبقة يقوم بها خبراء مختصون في السيارات كما يجب أن يكون هؤلاء الخبراء مسجلون في جدول الترخيص المقرر من وزير المالية وغالبا ما تسوى هاته التعويضات بعيدا عن القضاء، أما بالنسبة للأضرار الجسمانية فمنذ صدور الامر 15/74 والمراسيم المطبقة له والتي تعتبر كلها من النظام العام أصبحت مبنية على مسؤولية بعيدة عن فكرة الخطأ، ثم وبسبب بعض المشاكل التي أثارها الامر تم تعديله بموجب القانون 31/88 والذي عدل بعض المسائل المتعلقة بتعويض الضحايا، وبالمجمل يتم التعويض باتباع القواعد التالية:

كما تضمن الأمر السالف الذكر ملحقا حصر الأضرار الجسمانية القابلة للتعويض وحدد مختلف التعويضات التي يستحقها الضحايا من حوادث المرور أو ذوي الحقوق حيث وضعت جداول على غرارها يتم تقدير التعويض، كما حددت الأضرار القابلة للتعويض في المصاريف الطبية والصيدلانية ومصاريف النقل، العجز المؤقت عن العمل والعجز الدائم الجزئي أو الكلي عن العمل، الوفاة، مصاريف الجنازة، ضرر التألم، الضرر المعنوي، الضرر الجمالي.

✓ ويتم حساب التعويض عن نسبة العجز على أساس 100% من أجر المنصب أو الدخل المهني للضحية على شرط ألا يتجاوز 08 مرات الأجر الشهري الوطني الأدنى المضمون، ولحساب الأجر السنوي نضرب الأجر الشهري في 12 شريطة ألا يتجاوز 08 مرات الأجر الشهري الوطني المضمون.

¹ راجع في ذلك كل من يوسف دلاندة، نظام التعويض عن الأضرار الجسمانية والمادية الناتجة عن حوادث المرور، المرجع السابق، ص 54-03.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

✓ أما بالنسبة لحساب التعويض عن العجز الدائم الكلي أو الجزئي يتم على أساس حساب النقطة الاستدلالية وفقا للجدول المرفق في القانون، وفق المعادلة التالية التعويض=قيمة النقطة الاستدلالية مضروبة في نسبة العجز.

✓ كما قد يكون التعويض في شكل ريع ويتم حسابه عن طريق تقسيم الرأس المال التأسيسي على معدل المعاش في الجدول.

✓ أما في حالة الوفاة ضحية بالغة يحسب الرأس المال التأسيس بضرب القيمة الاستدلالية المقابلة للأجر أو الدخل الممنوع للضحية في النسبة العائدة له، حيث يقابل الزوج أو الأزواج نسبة 30%، ويقابل الأب أو الأم 10% لكل منهم، ويقابل الأبناء القصر نسبة 15% لكل واحد منهم، أما الأشخاص تحت الكفالة بمفهوم الضمان الاجتماعي فتقابلهم نسبة 10% لكل منهم

✓ أما التعويض في حالة وفاة ضحية قاصر لا يتجاوز عمرها 06 سنوات يحسب التعويض بما يساوي ضعف الأجر السنوي الأدنى المضمون عند تاريخ الحادث، أما إذا كان الضحية بين 06 سنوات و19 سنة يضرب الأجر السنوي الأدنى المضمون عند تاريخ الحادث مضروب في 03 ويقسم بين الأب والأم بالتساوي.

✓ أما بالنسبة للتعويض عن ضرر التألم فيتم على حساب جسارة الألم، فلا يستحق الضحية أي تعويض عن الألم البسيط، ويعوض على أساس قيمة الأجر الشهري المضمون ضرب 02 بالنسبة للألم المتوسط، وضرب 04 بالنسبة للضرر الهام.

✓ أما التعويض عن الضرر المعنوي فيتم في حدود 03 مرات قيمة الأجر الشهري المضمون ويمنح للأب والأم والزوج، وأولاد الضحية بما فيهم البالغين، والتعويض عن مصاريف الجنازة يتم في حدود 05 مرات الأجر الشهري المضمون عند تاريخ الحادث دائما، ويمنح لمن تكفل بمصاريف الجنازة¹.

المطلب الثاني: ضوابط تقدير التعويض في الدعوى المدنية بالتبعية.

الأفعال الغير مشروعة أسبابها مختلفة كما تقدم شرحه، فقد يقع الفعل الضار بسبب الفعل المجرد من كل خطأ ورغم ذلك يكون أساسا للمسؤولية، كما قد يكون أساس الفعل الضار الخطأ الذي

¹ بن قارة بوجمعة، النظام القانوني للمسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث المرور وتعويض الضحايا وذوي الحقوق عن الاضرار المادية والجسمانية، محاضرات مقدمة لفائدة الطلبة القضاة، الدفعة 28، السنة الأولى، الدعائم البيداغوجية، مديرية التكوين القاعدي، المدرسة العليا للقضاء، القليعة، الجزائر، 2022-2023، ص ص 18-19.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

صدر من المسؤول، هذا الخطأ هو في كل الأحوال خطأ تقصيري طالما لم ينتفي فيه عنصر التعدي أو عنصر الإدراك، غير أنه قد يحمل وصفا أكثر جسامة فيكون خطأ جزائيا يشكل فعلا مجرما معاقبا عليه في القانون الجنائي، فيكون المسؤول محل متابعة جزائية وفي ذات الوقت مدعى عليه في دعوى مدنية موضوعها التعويض عن الضرر الحاصل بسبب هذا الفعل، والمسار الطبيعي أن الفعل التقصيري يختص به القضاء المدني بينما يختص بالفعل المجرم القضاء الجزائي، إلا أن المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة منح المضرور من فعل مجرم مكنة تسمح له بالادعاء بحقه في التعويض أمام المحكمة التي بتت في الدعوى العمومية وذلك على شرط ارتباط الفعل الضار بالجريمة، ما يقيم حق الضحية في الحصول على التعويض (الفرع الأول)، فإن لم يثبت اللزوم بين الفعل المجرم والضرر وصدر الحكم بالبراءة فإن ذلك لا يمنع القاضي الجزائي من البت في الدعوى المدنية لأن الارتباط بين القاضي المدني والحكم الجزائي له ضوابط معينة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شروط الادعاء بالتعويض أمام القاضي الجزائي: يشترط لقبول الادعاء كطرف مدني أمام القاضي الجنائي أن يكون مصدر الضرر فعل مجرم حركت فيه الدعوى العمومية بأحد طرق تحريكها، أي أن يكون هناك فعل مجرم متابع أمام القضاء الجزائي وأن يكون الفعل المجرم مرتبطا ارتباطا سببيا بالفعل الضار (أولا)، ثم يجب أن يتأسس المضرور مدنيا أمام القاضي الجزائي (ثانيا)

أولا: ارتباط الفعل الضار بالجريمة: لا يمكن الحديث عن ادعاء بالضرر أمام القاضي الجزائي إلا في إطار الدعوى المدنية بالتبعية، ولا يمكن الحديث عن دعوى مدنية بالتبعية إلا بارتباط الفعل الضار المؤسس عليه طلب التعويض بالركن المادي للجريمة ارتباطا سببيا مباشرا، إذن لكي يمكن للقاضي أن يقبل الدعوى المدنية بالتبعية يجب أن يتقيد بالضوابط الموضوعية التي تشكل عناصر الدعوى المدنية (01)، ثم ثانيا يجب أن يتأكد القاضي من القيد الإجرائي المتمثل في عدم اختيار المضرور الطريق المدني قبل تأسيسه مدنيا أمام القضاء الجزائي (02)

01-الضوابط الموضوعية لقبول الدعوى المدنية بالتبعية: يجب لانعقاد اختصاص القضاء الجزائي بنظر الدعوى المدنية أن يوجد فعل مجرم قانونا (أ)، وأن يكون هناك ضرر قد أصاب الضحية (ب)، وأن يرتبط الضرر بالجريمة ارتباطا سببيا (ج).

أ-وجود فعل مجرم: ويقصد بذلك وجود فعل يسبغ عليه القانون وصفا جزائيا وفق مبدأ الشرعية الجنائية حيث نصت المادة الأولى من قانون العقوبات على أنه لا جريمة ولا عقوبة أو تدبير أمن إلا بناء على قانون، ولأن العمل الضار الذي يسبغ عليه وصف جزائي يبرره أن عمل يمس بمصلحة المجتمع، ولا

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

يمكن أن يعتبر أي فعل ضار كذلك إلا إذا وجد نص قانوني يتطابق معه ويعطيه صفة عدم المشروعية الجزائية¹، وفي حالة عدم وجود مثل هذا النص لا يدخل الفعل إلى دائرة التجريم ويبقى على حاله في فلك الإباحة وهو الأصل في الأفعال، فإذا أقدم الفاعل على سلوك إيجابي أو سلبى مجرم قانونا يبرز إلى العالم الخارجي، ويرتب نتيجة مرتبطة سببيا بالسلوك المجرم قام الركن المادي للجريمة²، فإن كان هذا السلوك المجرم قد صدر عن علم وإرادة قام الركن المعنوي والذي يمثل نية داخلية يضمهرها الجاني وقد تتمثل أحيانا في الخطأ بمختلف صوره كالإهمال، وعدم الاحتياط³، وبالتالي متى ما اجتمعت هذه الأركان قامت الجريمة.

ب- وقوع ضرر: يجب أن يقع ضرر متوافر على شروط الضرر، بأن يكون ضررا مباشرا، وشخصيا، ومحققا، وبذات الشروط التي درسناها عند دراسة الضرر وما قيل هناك يقال هنا.

ج- علاقة سببية بين الجريمة والضرر: ويقصد بذلك أن يكون الفعل الضار المطلوب التعويض عنه نتيجة فورية للجريمة المطروح أمرها أمام القاضي الجزائي، ولا يكفي أن يكون نتيجة غير مباشرة لها⁴، فلا يكفي أن تكون سببت الضرر، بل يجب أن تكون الجريمة هي الحلقة المباشرة والأخيرة بالنسبة للضرر الذي تحقق⁵.

إن ارتباط الجريمة بالضرر هو ما يعقد اختصاص القاضي الجزائي في نظر الدعوى المدنية التابعة للدعوى العمومية، لأن الأصل أن اختصاص النظر في الدعاوى المدنية ينعقد للقاضي المدني بينما ينعقد اختصاص النظر في الوقائع المشمولة بنص قانون العقوبات والقوانين الملحقه به للقاضي الجزائي، أما اختصاص القاضي الجزائي بالنظر في الدعوى المدنية فهو اختصاص استثنائي يعمل به في أضيق الحدود، وأضيق الحدود في ذلك هو تقييد القاضي بتوافر شروط التبعية بين الدعويين، فيجب عليه أن يتأكد من العلاقة السببية أو التأثير المباشر للفعل المجرم على حدوث الضرر، بحيث يكون الجاني الذي أتى السلوك المجرم قد اتاه بحيث أنه تسبب في ضرر أصاب الضحية بطريق مباشر، فالسلوك الإيجابي المتمثل في واقعة الضرب بسلاح أبيض يشكل دعوى عمومية محلها القضاء الجنائي، والجرح الذي وقع للمضروب قد يشكل دعوى مدنية محلها القضاء المدني، بينما لو كانت واقعة الضرب بالسلاح الأبيض هي

¹ عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، ج 01، الجريمة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995، ص 68.

² عبد الرحمان خلقي، محاضرات في القانون الجنائي العام، محاضرات موجهة لطلبة السنة الثانية ل-م-د، قسم التعليم القاعدي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، 2016-2017، ص 67.

³ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، ط 12، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 142.

⁴ رمسيس بهنام، الإجراءات الجنائية تأصيلا وتحليلا، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1974، ص 346.

⁵ رحاب عمر سالم، عمر سالم، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجنائية، ج 01، دار النهضة العربية، 2010 ص 475.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

السبب المباشر في الجرح الذي حصل للمضروب فإن رابطة التبعية تصبح متوفرة، وهي رابطة إجرائية لا رابطة موضوعية تسمح بخضوع الدعوى المدنية لحكم قانون الإجراءات الجزائية اما موضوع الدعوى المدنية فيبقى يخضع لأحكام القانون المدني¹.

فالقاضي الجزائي يمتنع عليه أن يفصل في دعوى مدنية غير مرتبطة بالدعوى العمومية لأن هذا الارتباط هو ضابط نظر الدعوى المدنية بالتبعية تحت طائلة النقض، وهذا الارتباط بينهما هو الذي يحدد اختصاص القاضي الجزائي وفي حال تخلف الارتباط يتخلف معه الاختصاص وقد نصت المادة 02 قانون إجراءات جزائية على أن الحق في الدعوى المدنية يتعلق بالمطالبة بضرر ناجم عن جنحة أو مخالفة أو جناية، فإن توفر ذلك جاز للمضروب كما تنص المادة 03 من ذات القانون أن يباشر الدعوى المدنية مع الدعوى العمومية في وقت واحد أمام الجهة القضائية نفسها وهي القضاء الجزائي، وتؤكد المحكمة العليا ذلك بقولها أن العلاقة السببية بين الدعوى الجزائية والدعوى المدنية في حال عدم قيامها لا يمكن للدعوى المدنية أن تولد أثرها أمام القاضي الجزائي²، وقضت أنه لا يجوز للقاضي الجزائي في حال انقضاء الدعوى العمومية بالتقادم النظر في الدعوى المدنية بالتبعية، وعلى الطرف المدني أن يسلك الطريق المدني لطلب التعويض³.

إن تبعية الدعوى المدنية للدعوى العمومية قد تكون جلية في بعض الجرائم كجرائم العنف والتعدي، إلا أنها في جرائم أخرى تثير بعض الالتباس، إذ يجب أن ينتبه القاضي إلى عدم الخلط بين الضرر المباشر الناتج عن الجريمة والذي يوفر الرابطة السببية بين الدعويين، وبين الوقائع المدنية البحتة التي لا تكون سببا مباشرا للضرر ومثال ذلك جريمة خيانة النصب القائمة على سند اعتراف بدين، فالركن الشرعي للجريمة هو نص المادة 372 قانون عقوبات، بينما تمثل استلام المال بطريق احتيالي ركنها المادي، ويقوم ركنها المعنوي على قصد جنائي عام وقصد جنائي خاص متمثل سلب ثروة الغير وبالتالي قيام الجريمة، بينما قد يمثل الضرر المادي خسارة لاحقة كأن تترتب عليه فوائد تأخيريه لسداد ديونه جراء عجزه عن دفع أقساط دينه، وهذا الضرر مرتبط مباشرة برابطة سببية مع جريمة النصب ما يسمح بتأسيس الدائن كطرف مدني والمطالبة بالتعويض عن ذلك، وإلى هنا تقف حدود الدعوى المدنية بالتبعية دون أن يكون للمدعي المدني أن يطالب بقيمة سند الاعتراف بدين، لأن الاعتراف بدين واقعة منفصلة تماما عن جريمة النصب تمثل دينا مدنيا يجب المطالبة به باتباع الإجراءات العادية لرفع الدعوى المدنية

¹ هدى حامد قشقوش، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ج 01، دار النهضة العربية، مصر، 2020، ص 147

² قرار رقم 0761673 صادر عن الغرفة الجزائية بتاريخ 2018/04/26، <https://n9.cl/w65bc>.

³ ملف رقم 0997108 صادر عن الغرفة الجزائية بتاريخ 2018/11/29، <https://n9.cl/ygz9e>.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

أمام القضاء المدني¹، ونفس الامر بالنسبة لجريمة عدم تسديد نفقة الفعل المنصوص والمعاقب عليه بنص المادة 331 قانون عقوبات، إذ لا يجوز للقاضي الجزائي أن يحكم إلى جانب العقوبة الجزائية والتعويض عن الضرر الناتج عن عدم التسديد بالزام المتهم بدفع المبالغ المحكوم بها بموجب حكم الطلاق القاضي بفك الرابطة الزوجية بين المتهم والضحية لأنها ديون مدنية يجب أن تسلك فيها الضحية الطريق المدني وهذا هو الأصل العام.

إن هذا الأصل أورد عليه المشرع استثناء وحيدا يتعلق بجريمة اصدار شيك بدون رصيد الفعل المنصوص والمعاقب عليه بنص المادة 374 قانون العقوبات حيث نصت المادة 542 في فقرتها الثانية على جواز أن يطالب المستفيد من الشيك الذي يدعي الحق المدني لدى المحكمة الجزائية النازرة في الدعوى العمومية بمبلغ يساوي قيمة الشيك زيادة على ما له من حق المطالبة بتعويض الضرر عند الاقتضاء، هذا الحكم يعد استثناء وضعه المشرع الجزائي مخالفا بذلك القواعد العامة حيث ان الارتباط بين سبب قيمة الشيك والجريمة غير موجود وبالتالي انعدام الرابطة السببية بينه وبين الجريمة، ما يقطع العلاقة التبعية بين الدعويين.

02- القيد الاجرائي في قبول الدعوى المدنية بالتبعية: نصت المادة 04 من قانون الإجراءات الجزائية على جواز ممارسة الدعوى المدنية الناشئة عن الجريمة منفصلة عن الدعوى العمومية، على أنه يجب في هذه الحالة على القاضي المدني أن يرجئ الفصل فيها إلى غاية صدور حكم نهائي في الدعوى العمومية في حال كانت هاته الأخيرة قد تحركت، كما نصت المادة 05 من ذات القانون على أن المضرور من الجريمة والذي باشر دعواه المدنية أمام القاضي المدني لا يجوز له بعد ذلك أن يرفعها أمام القاضي الناظر في الدعوى العمومية موضوع الجريمة التي كانت سببا في الضرر (أ)، باستثناء إذا كانت النيابة العامة قد حركت الدعوى العمومية قبل صدور حكم نهائي في الدعوى المدنية (ب).

أ- وجوب رفض التأسيس مدنيا في حال اختار المضرور الطريق المدني: إن قاعدة عدم جواز الالتجاء إلى الطريق الجزائي بعد سلوك الطريق المدني قاعدة من النظام العام، تثيرها المحكمة من تلقاء نفسها، وهي قاعدة تقيد القاضي كما تقيد المتقاضي في ذات الوقت، وهي قاعدة تصب في مصلحة المضرور من عدة جهات، فالطريق الجزائي أسرع في الفصل من الطريق المدني ومن جهة أخرى أدلة الاثبات موجودة بين يدي النيابة وهي الملزمة بجمعها واثبات قيام الجريمة من أجل ادانة المتهم بالفعل المجرم وفي ذلك اثبات للخطأ التقصيري، كما أن القاضي الجزائي أكثر إلماما بعناصر الدعوى من القاضي المدني لأنه هو

¹ القرار رقم 739147 صادر عن الغرفة الجزائية بتاريخ 2018/01/18، <https://n9.cl/4aktw>.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

المختص في نظر الدعوى العمومية واثبات قيام ركنها المادي والمعنوي، كما أن سلوك الطريق الجزائي ينصب في مصلحة المجتمع أيضا إذ يحول دون صدور أحكام متناقضة¹.

وحتى يرفض ادعاء المتضرر من الجريمة مدنيا أمام القاضي على أساس سلوكه الطريق المدني أولا يجب أن تكون الدعوى المدنية قد رفعت صحيحة أمام القاضي المدني، أما إذا رفعها أمام محكمة غير مختصة وصدر حكم بعدم قبولها شكلا، أو رفعت من غير ذي صفة أو ضد غير ذي صفة وصدر حكم بعدم قبولها فإن ذلك لا يمنع المتضرر من سلوك الطريق الجزائي، كما لا يمنع المضرور من سلوك الطريق الجزائي إذا كانت الدعوى المدنية التي رفعها أمام القضاء المدني تختلف في احد عناصرها عن الدعوى المدنية بالتبعية كأن لا تتحد الدعويين في عنصر الأشخاص، أو عنصر السبب، أو عنصر المحل إذ نكون بصدد دعوى أخرى مختلفة².

في حال حركت النيابة العامة الدعوى العمومية، سواء قبل مباشرة المضرور لدعواه المدنية أمام القاضي المدني أو بعد ذلك فيجب على القاضي المدني أن يوقف النظر في الدعوى المدنية إلى غاية صدور حكم نهائي في الدعوى الجزائية، إلا أن السؤال المطروح كيف يمكن للقاضي المدني أن يعلم بوجود دعوى عمومية موازية للدعوى المدنية.

نقول أن القاضي المدني في الغالب من الأحوال يبلغ إلى علمه بمباشرة الدعوى العمومية محل الضرر المدعى به بموجب دفع فرعي يقدمه المدعى عليه، والقاضي المدني يجب عليه إبلاغ النيابة العامة قبل البت في الدفع لتقدم التماساتها الكتابية، وكذلك الحال في حال لم يدفع المدعى عليه بذلك وتبين للقاضي من خلال مستندات الدعوى أن الضرر موضوع الدعوى ضرر ناشئ عن فعل مجرم فيجب عليه في هاته الحالة أن يعلم النيابة العامة لتقدم التماساتها عملا بنص المادة 256 ق.إ.م.إ التي تنص على أن ممثل النيابة العامة يمكن أن يكون طرفا أصليا أو طرفا منضمما في الدعوى المدنية، والمادة 259 ق.إ.م.إ التي تفرض على ممثل النيابة أن يقدم طلباته كتابيا عندما يكون طرفا منضمما، والجدير بالملاحظة أن صفة الطرف المنضم تكون إما تلقائيا ووجوبيا في حالات أو جوازي بمبادرة من القاضي في حالات أخرى تخضع لسلطة القاضي التقديرية وهو ما نصت عليه المادة 260 ق.إ.م.إ ، وبالتالي يجب على القاضي في هاته الحالة أن يبلغ النيابة العامة بملف الدعوى لإبداء رأيها فيما إذا كانت هناك دعوى عمومية قد تحركت وعلى هذا الأساس يحكم بوقف الدعوى بموجب حكم قبل الفصل في الموضوع.

¹ هدى حامد قشقوش، المرجع السابق، ص168.

² رحاب عمر سالم، عمر سالم، المرجع السابق، ص ص 504-506.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

ب-الاستثناء على القاعدة: نصت المادة 05 إ.ج على جواز ان يعدل الطرف المضرور عن الطريق المدني إلى الطريق الجزائي إذا كانت النيابة العامة قد حركت الدعوى العمومية قبل أن يصدر في الدعوى المدنية حكم في الموضوع، ولا اشكال إذا كان القاضي المدني لم يقفل باب المرافعات بوضع القضية للنظر إذ يمكن للطرف المدني أن يتأسس مدنيا ويدفع بذلك إلى القاضي المدني ليقف الفصل في الدعوى، إلا أن الأمر يصبح أكثر تعقيدا إذا وضعت القضية في النظر لأن القاضي في هاته الحالة لا يمكنه أن يتلقى دفوعا أو مستندات من الأطراف، اللهم إلا في حالة تدخل النيابة العامة باستعمال حقها في الاطلاع على القضايا التي ترى تدخلها فيها ضروريا وهو فرض بعيد التحقق عمليا، وبالتالي فالتفسير الصحيح لعبارة قبل صدور حكم في الموضوع الواردة في المادة 05 أعلاه يقصد به قفل باب المرافعات لأنها المرحلة التي تفتح الباب لصدور الحكم في الموضوع.

ثانيا- تأسيس الضحية كطرف مدني أمام القضاء الجزائي: تقوم الدعوى المدنية بالتبعية على مجموعة من العناصر والشروط يجب توافرها حتى يتم قبولها أمام القاضي الجزائي أولها أن يصرح الضحية باختياره الطريق الجزائي في طلبه للتعويض ويكون ذلك بتأسيسه مدنيا أمام القضاء الجزائي، وحتى يمكنه ذلك يجب أن تتوافر فيه وفي المدعى عليه الصفة.

01-المدعي: المدعي في الدعوى المدنية بالتبعية هو الضحية في الدعوى العمومية، أو هو من لحقه ضرر شخصي مباشر من الجريمة وهو في الغالب المجني عليه وإن كان لا يوجد في القانون ما يمنع أن يكون شخصا آخر غير المجني عليه كذوي الحقوق¹، وقد نصت المادة 02 من قانون الإجراءات الجزائية على ان المدعي في الدعوى المدنية بالتبعية هو (...كل من أصابهم شخصا ضرر مباشر تسبب عن الجريمة..)، سواء كان شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا، والمادة 01/63 من قانون حماية الطفل (كل من يدعي إصابته بضرر ناجم عن جريمة) ، وبالتالي لا تقبل الدعوى المدنية بالتبعية ممن لم يصبه ضرر مباشر وشخصي، ولا يجوز للنيابة العامة أن تمثل دور الادعاء في الدعوى المدنية فدورها مقتصر على الدعوى العمومية وقد غنى عن البيان أن الدعوى المدنية بالتبعية دعوى متعلقة بمصلحة مالية للأفراد، ولا يمثل فيها المجتمع أي دور، وعلى هذا كما لا يجوز للنيابة العامة أن تمثل المدعي في الدعوى المدنية بالتبعية، فإنه من باب أولى لا يجوز لها مباشرتها ولا تحريكها².

¹ أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المبادئ العامة لقانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، مصر، 2021، ص 214.

² نجيب محمود حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط 04، دار النهضة العربية، مصر، 2011، ص 299.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

جرت العادة أن يطلق على المدعي في الدعوى المدنية بالتبعية تسمية الضحية إلا أن التسمية الأكثر دقة هي تسمية المدعي المدني، بينما أطلقت عليه المادة 01 مكرر/02 تسمية الطرف المضرور، بينما في حالة وفاة الضحية أو قصره ما يمنع معه تأسيسه مدنيا فإن ذوي الحقوق كالوالدين، أو الزوجة الذين يطالبون بالتعويض عن الضرر الذي أصاب مورثهم أو أصاب ابنهم القاصر فيطلق عليهم تسمية الطرف المدني، ذلك أن التأسيس مدنيا يشترط توافر أهلية التقاضي لدى الضحية وهي مسألة متعلقة بالنظام العام يثيرها القاضي من تلقاء نفسه بموجب المادة 65 قانون إجراءات مدنية وإدارية.

02-المدعى عليه في الدعوى المدنية بالتبعية: وهو المتهم ويسمى المدعى عليه مدنيا، فهو الطرف الثاني في الدعوى المدنية بالتبعية، وهو من يطلب المدعي المدني الحكم عليه لمصلحته وذلك بإلزامه ان يدفع مقابل للضرر الذي تسبب فيه، بينما يحاول المدعى عليه مدنيا أن ينفي مسؤوليته المدنية عن طريق محاولة نفي مسؤوليته الجزائية، وعلى كل حال ترفع الدعوى المدنية بالتبعية ضد المتهم بالجريمة سواء كان فاعلا أصليا أو شريكا، ولا يهم إن كانوا متعددين طالما أن التزامهم بالتعويض يكون بالتضامن بينهم، وإن توفي المتهم بعد رفع الدعوى العمومية والمدنية ضده أمام المحكمة فإن وفاته وإن كانت تقضي الدعوى العمومية إلا أن ذلك لا يؤثر في بت المحكمة في الدعوى المدنية بالتبعية على تفصيل سنقدمه لاحقا، وفي هذه الحالة يباشر المضرور دعواه ورثة المتوفي وهم لا يلزمون بالتعويض إلا في حدود التركة كما لا يسألون بالتضامن لأن التجريم يقوم على المعيار الشخصي¹ وهو ما نصت عليه المادة 167 من قانون العقوبات (تخضع العقوبات الجزائية لمبدأي الشرعية والشخصية)، كما قد ترفع ضد الممثل الشرعي للمتهم وهو ما نصت عليه المادة 02/56 من قانون حماية الطفل بقولها (يتحمل الممثل الشرعي للطفل المسؤولية المدنية).

وهكذا يحق للمضرور أن يدعي مدنيا ضد المسؤول عن الحقوق المدنية مطالبا الزامه ان يدفع مقابل الضرر الذي لحقه من المشمول بالرقابة نتيجة الفعل المجرم الذي لحقه من هذا الأخير، وقد نصت المادة 01/56 من قانون حماية الطفل والمادة 01/49 من قانون العقوبات على أنه (لا يكون محلا للمتابعة الجزائية الطفل الذي لم يكمل 10 سنوات)، وتنص المادة 57 من ذات القانون أنه (لا يكون الطفل الذي يتراوح سنه من 10 إلى 13 سنة عند تاريخ ارتكابه الجريمة إلا محل تدابير الحماية والتهذيب)، ومنعت المادة 01/58 وضع الطفل الذي يتراوح سنه ما بين 10 إلى أقل من 13 سنة في مؤسسة عقابية ولو بصفة مؤقتة، بينما من كان سنه يتراوح بين 13 إلى 18 سنة فلا يوضع في مؤسسة عقابية إلا استثناءا.

¹ أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع نفسه، ص 222.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

كما نصت المادة 03/02 من قانون حماية الطفل على (أن الطفل الجانح هو الطفل الذي يرتكب فعلا مجرم والذي لا يقل عمره عن 10 سنوات يوم ارتكابه للفعل المجرم)، وبيربط هذا النص مع نص المادة 01/56 نجد مبدئيا أن الطفل الذي يقل عمره عن 10 سنوات لا يمكن أن يكون مدعى عليه مدنيا في دعوى مدنية بالتبعية لأن الدعوى العمومية لا تقوم أصلا، فلا يبقى أمام المدعي المدني سوى الطريق المدني وفي هذه الحالة ترفع الدعوى ضد المكلف بالرقابة على أساس خطئه الشخصي في الرقابة وقد تقدمت دراسة ذلك، أما بالنسبة للطفل الذي يتراوح عمره بين 10 سنوات وأقل من 13 سنة فإنه يكون محل متابعة جزائية، وبالنتيجة يكون للمدعي المدني أن يتأسس مدنيا ما ينشأ عنه دعوى مدنية بالتبعية، وقد نصت المادة 02/56 على أن الممثل الشرعي للطفل هو من يتحمل المسؤولية المدنية، ولا يفهم من هذه المادة أن الدعوى التي يكون فيها الطفل الأقل من 10 سنوات متهمها ترفع ضد هذا الأخير مع ادخال ممثله الشرعي كما يذهب جانب من الفقه¹، لمخالفة هذا الطرح لنص المادة 125 قانون مدني نصت على عدم مساءلة المتسبب في الضرر إلا إذا كان مميزا وسن التمييز في القانون الجزائري هو بلوغ 13 سنة، وبالتالي الطفل الذي لم يبلغ سن التمييز لا يكون مسؤولا لانعدام أحد عناصر الخطأ فيه وهو الادراك.

إن النتيجة الأولية لما تقدم قوله أن المدني مدنيا أو الضحية أو المضرور من الجريمة يمكنه أن يتأسس مدنيا ضد متولي الرقابة طالما أن الطفل ما بين 10 وأقل من 13 سنة غير مسؤول مدنيا هذا من جهة، ومن جهة أخرى تمنح المادة 134 قانون مدني حلا آخر بتحميل المسؤولية لمتولي الرقابة فالدعوى المدنية ترفع ضد هذا الأخير، إلا أنه وعند التعمق في النظر نجد أن هاته النتيجة فيها ما يقال، حيث أنه وكما تقدم تقوم الدعوى المدنية بالتبعية على ارتباط سببي بين الفعل المجرم والضرر الحاصل للمضرور، كما أن الجريمة تقوم على مبدأ التفريد والشخصية، وبالنتيجة فلا محل لقيام الدعوى المدنية بالتبعية في هذه الحالة، لأن متولي الرقابة لم يرتكب فعلا مجرما يرتبط بالضرر الذي أصاب المضرور وكل ما يسأل عنه خطأ تقصيري في واجب الرقابة وهذا الخطأ ليس بذئ وصف جزائي وإن كان يرتبط ارتباطا سببيا بالضرر الحاصل، فلا يبقى للمدعي المدني إلا أن يطرق باب القضاء المدني، ويجب على القاضي الجزائري في حال ادعى الضحية ضد متولي الرقابة أن يحكم بعدم الاختصاص.

أما بالنسبة للمتهم الذي يكون سنه ما بين 13 إلى 19 سنة فلا خلاف في قيام مسؤوليته الجزائية، كما لا يوجد خلاف في قيام مسؤوليته المدنية أيضا، وبالتالي يكون للمدعي المدني الخيار بأن يباشر دعواه

¹ عبد الله وهابية، شرح قانون الإجراءات الجزائية، ج 01، ط 01، بيت الأفكار، الجزائر، 2022، ص 288.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

المدنية أمام القاضي الجزائي ضد المتهم شخصيا، إلا أنه يجب ادخال ممثله الشرعي لالتزامه بتعويض الضرر الذي ألحقه المتهم بالضحية بموجب المادة 134 قانون مدني.

بقي أن نفرق بين حالتين بالنسبة للورثة باعتبارهم مسؤول مدني إذا توفي المسؤول قبل تأسيس المدعي المدني مدنيا فليس لهذا الأخير إلا أن يقيمها أما القضاء المدني لأن الدعوى العمومية قد انقضت بوفاة المتهم، أما إذا أقام المضرور الدعوى العمومية وتأسس مدنيا ضد المسؤول شخصا ثم توفي هذا الأخير فمن حق المضرور مواصلة ضد ورثته باعتبار أن الدعوى المدنية أقيمت والدعوى العمومية قائمة فيلتزم القضاء الجزائي بالفصل فيها¹.

إلا أن الواقع العملي يجعل الفرض الثاني صعب التحقق لأن تأسيس الضحية كمدعي مدني لا يكون في قضايا الجرح على الأقل إلا أمام القاضي في جلسة المحاكمة وبعدها توضع القضية في النظر للفصل فيها فلا يوجد ذلك الفاصل الزمني الذي يحقق الفرض الأخير، فالادعاء المدني أمام قاضي الحكم في غالب الأحوال لا يتم في مرحلة التحريات الأولية، ولا في أوامر النيابة في إحالة الملف أمام محكمة الجرح عن طريق إجراءات الاستدعاء المباشر طبقا للمادة 333 قانون إجراءات جزائية، أو عن طريق إجراءات المثل الفوري طبقا لأحكام المادة 339 مكرر من ذات القانون، أو باتباع إجراءات التكليف بالحضور طبقا للمادة 334، لأنها محاضر تستخرج الكترونيا من التطبيق القضائية ولا يكون فيها ما يشير إلى تأسيس الضحية كطرف مدني من عدمه، ما يجعل تأسيس الضحية كطرف مدني يتم أمام قاضي الجرح أثناء المحاكمة والتي قد تطول خاصة في إطار الاستدعاء المباشر والتكليف بالحضور ما يثير إمكانية وفاة المتهم قبل تأسيس المضرور كطرف مدني ما يمنع عنه الطريق الجزائي للادعاء مدنيا، وبالتالي يفرض أن يتأسس المضرور مدنيا ثم يتوفى المتهم وإن لم يكن مستحيلا إلا أن فرض وقوع التأسيس والوفاء في ذات الجلسة يبقى نادر الحدوث واقعا بالنسبة للإجراءات السابقة ذكرها، غير أن الأمر يختلف بالنسبة لمرحلة التحقيق القضائي إذ يمكن للتضرر من الجريمة أن يتأسس مدنيا لدى قاضي التحقيق وبالتالي يضمن هذا التأسيس في أمر الإحالة على محكمة الجرح، وأمر إرسال المستندات لغرفة الاتهام، ما يجعل من فرضية وفاة المتهم في المرحلة ما بين التحقيق القضائي والمحاكمة مرجحا أكثر.

يبقى أن نشير إلى القول أن القاضي لا يمكنه أن يبت في التعويض إلا من خلال تأسيس المضرور مدنيا صراحة في الجلسة أو في أمر الإحالة و أمر إرسال المستندات الصادر عن قاضي التحقيق، ولا يشترط أن يصرح بعبارة أتأسس مدنيا بل يكفي أن يطلب تعويضا ويحدد مقداره ويبقى للقاضي بعد ذلك سلطة

¹ عبد الله وهابية، المرجع السابق، ص 290.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

تقديرية في تقدير هذا التعويض بمراعات الشروط والضوابط القانونية في تقدير التعويض عن الضرر، ومثال تطبيق قواعد التعويض القانوني على الأضرار لا تخضع له وفي ذلك تذهب المحكمة العليا إلى القول في أحد قراراتها إلى (أن محكمة الجنايات عندما طبقت قواعد التعويض عن حوادث المرور على واقعة الضرب والجرح العمدى يشكل خطأ في تطبيق القانون، ذلك أنه كان يجب عليها أن تخضع هذه الواقعة للقواعد العامة في التعويض¹).

الفرع الثاني: أثر البراءة على منطوق الحكم بالتعويض: لا اشكال يثار بالنسبة للتعويض في حالة الحكم بالإدانة في الدعوى العمومية إذ أن الخطأ الجزائي يستغرق الخطأ المدني، إلا أن المبدأ أنه لا لزوم بين الخطأ الجزائي والخطأ المدني، فقد لا يتوافر الخطأ الجزائي ورغمما من ذلك يتوافر الخطأ التقصيري، وطالما أن الخطأ الجزائي قد انعدم فإن منطوق الحكم مضمون الدعوى العمومية يكون بالبراءة والتي يجب أن تكون مؤسسة في أسباب الحكم وحيثياته، وبالتالي يصح التساؤل حول أثر الحكم بالبراءة على الدعوى المدنية بالتبعية (أولا) وكذا مدى تقييد القاضي المدني بالحكم الصادر في الدعوى العمومية (ثانيا) أولا-أثر البراءة على طلب التعويض: تتعدد أسباب البراءة، وكل سبب من هاته الأسباب له أثر مختلف على الحكم بالتعويض، فقد تكون البراءة لعدم قيام أحد اركان الجريمة (01)، كما قد تكون البراءة مبنية على الدفاع الشرعي (02).

01-البراءة المبنية على انتفاء الركن المادي أو المعنوي: يتشكل الركن المادي من سلوك إجرامي، ونتيجة، وعلاقة سببية بينهما، كما يتشكل الركن المعنوي من علم وإرادة، فإن ثبت لدى المحكمة أن أحد هاته العناصر قد انتفى حكمت ببراءة المتهم، وانتفاء أحدها وإن كان ينفي قيام الجريمة إلا أنه لا يمتد لنفي الخطأ التقصيري، وعلة ذلك أنه لا لزوم بين الخطأ الجزائي والخطأ التقصيري، إذ قد يشكل السلوك الغير إجرامي سلوكا خاطئ بمفهوم القانون المدني يصلح أن ينتج عنه ضرر وبالنسبة تتوافر بذلك شروط قيام المسؤولية التقصيرية رغم عدم توافر شروط الإدانة بالجريمة محل المتابعة، فيتعلق حق الضحية بالتعويض بحكم القاضي الناظر في الدعوى العمومية.

إن تبعية الدعوى المدنية للدعوى العمومية تقوم على الترابط بين الجريمة والضرر، وبالتالي فالمنطق يفرض أنه متى انتفت هاته الرابطة انتفت معها التبعية، وبالنسبة حكم القاضي بعدم الاختصاص في حال البراءة، لأن الجريمة غير قائمة فلا مجال للكلام عن اختصاص القاضي بنظر الدعوى المدنية بالتبعية لانتفاء الأصل الذي يجب أن تتبعه، وهذا ما كان عليه رأي المحكمة العليا بادئ الأمر،

¹ الملف رقم 232002 صادر عن الغرفة الجنائية بتاريخ 2000/02/29، مجلة قضائية عدد 02، لسنة 2000، ص 198.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

حيث جاء في قرار لها (من المقرر قانوناً أنه في حالة انتهت الدعوى العمومية بالبراءة فإنه لا يجوز البتة أن تفصل المحكمة في التعويضات المدنية المرفوعة من الطرف المدني¹)، إلا أن هذا التوجه لا نجد ما يدعمه في قرارات المحكمة العليا الحديثة حيث هناك اطراد واستقرار في وجوب أن تتطرق المحكمة الجزائية للدعوى المدنية بالتبعية في حالة البراءة كما في حالة الإدانة، فجاء في قرار لها (إن قضاة المجلس بقضائهم بالبراءة في الدعوى العمومية، والحكم بعدم الاختصاص في الدعوى المدنية يكونون بذلك قد تنازلوا عن سلطتهم ما يشكل خرقاً للإجراءات)²، إن هذا التوجه يكون مبرراً أمام محكمة الجنايات من خلال المادة 316 ق.إ.ج يلزم قضاة محكمة الجنايات بالبت في الدعوى المدنية بالتبعية سواء بسواء، غير أن هذا النص لا يوجد ما يقابله بالنسبة لمحكمة الجناح والمخالفات وبالتالي في حالة عدم وجود النص يجب تطبيق القواعد العامة والمبادئ الأساسية التي تقوم عليها علة التبعية بين الدعوى العمومية والدعوى المدنية.

وفي هذا الصدد تذهب محكمة النقض المصرية إلى (أن شرط الحكم بالتعويض في الدعوى المدنية بالتبعية في حالة البراءة هو ثبوت وقوع الفعل موضوع الدعوى الجنائية وصحة اسناده للمتهم ولكن دون أن تتوافر فيه الأركان القانونية للجريمة المتابع بها، ولما كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى عدم ثبوت ارتكاب المطعون ضدهم للفعل المجرم المتابعين به فإن ذلك يستلزم الحكم برفض الدعوى المدنية³)، وتقول في قرار آخر لها وفي نفس السياق (أن شرط الحكم بالتعويض في الدعوى المدنية بالتبعية في حالة الحكم بالبراءة، هو ثبوت وقوع الفعل موضوع الدعوى الجنائية وصحة اسناده إلى المتهم المقامة عليه الدعوى العمومية دون أن تتوافر فيها الأركان المكون للجريمة المتابع بها، ولما كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى التصريح ببراءة الطاعن وتأييد الحكم الابتدائي فيما قضى به في الدعوى المدنية بالزام الطاعن أن يدفع للمدعية مبلغ 5001 جنيه تعويضاً مؤقتاً عن الضرر، استناداً إلى عدم توافر أركان جريمة التبيد فإن ذلك يستلزم الحكم برفض الدعوى المدنية، ولما كان ذلك فإن الحكم يكون قد أخطأ في تطبيق صحيح القانون⁴)، وقرار آخر تقول فيه (لما كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى عدم ثبوت ارتكاب المطعون فيه للفعل المسند إليهم، فإن ذلك يستلزم الحكم -صحيحاً- برفض الدعوى المدنية⁵...).

¹ قرار رقم 91385، صادر عن الغرفة الجنائية بتاريخ 1992/03/24، مجلة قضائية ع 02، لسنة 1994، ص 232.

² قرار 205715 صادر عن غرفة الجناح والمخالفات، بتاريخ 2000/06/28، مجلة قضائية عدد 02، لسنة 2001، ص 385.

³ حكم رقم 680 لسنة 78، صادر عن الدائرة الجنائية بتاريخ 2016/03/16، <https://n9.cl/u4bg1f>.

⁴ الحكم رقم 2905 لسنة ع قضائية، صادر عن الدائرة الجنائية بتاريخ 2013/10/02، <https://n9.cl/sswhk>.

⁵ الحكم رقم 26297 لسنة 86 قضائية، صادر عن الدائرة الجنائية بتاريخ 2013/02/19، <https://n9.cl/dw7mll>.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

يبدو أن محكمة النقض المصرية وضعت قاعدة عامة لقبول الدعوى المدنية بالتبعية في حالة البراءة وهي ثبوت اسناد الفعل المسند للمتهم دون أن تتوافر فيه أركان الجريمة المتابع بها، وبعبارة أخرى يثبت لدى المحكمة الناضرة في الدعوى المدنية التابعة للدعوى العمومية وقوع فعل معاقب عليه مع عدم مطابقته للنموذج المعاقب عليه مطابقة تامة ما ينفي قيام الخطأ الجزائي المجرم، مع ثبوت اسناد الفعل للمتهم وثبوت توافر أركان الفعل الغير مشروع في هذا الفعل.

كما يلاحظ مبدئياً أن موقف محكمة النقض في حالة الحكم بالبراءة هو قبول الاختصاص بنظر الدعوى المدنية بالتبعية في كل الحالات، فلما كان ثبوت اسناد فعل لا تتوافر فيه شروط التجريم للمتهم المتابع جزائياً يمنح الاختصاص للمحكمة الجزائية بنظر الدعوى العمومية فمن باب أولى يكون لها الاختصاص في حالة عدم ثبوت ذلك، وبالتالي فالمحكمة الجزائية لا يمكنها التصريح ببراءة المتهم وعدم الاختصاص في الدعوى المدنية بالتبعية رغم تقطع حلقة السلسلة التي تربط هذه الأخيرة بالدعوى العمومية.

إن هذا الحكم يؤخذ عليه مأخذين هامين، فهو من جهة يقر اختصاصاً وهمياً للمحكمة الجزائية علته انتفاء شروط قبول الدعوى المدنية بالتبعية، الأمر الذي ما فتأت محكمة النقض المصرية تصر عليه بقولها (ان مؤدى المواد 251، 253، 266 من قانون الإجراءات الجنائية انها اباحت طريقاً استثنائياً يخرج عن القاعدة العامة، مفاده جواز رفع الدعوى المدنية أمام المحكمة الجنائية شرطه أن تكون تابعة لها، وكان الضرر المدعى به ناشئاً مباشرة عن الفعل الخاطئ المنسوب للمتهم والمؤمن لديه بالتعويض، فالدعوى المدنية تكون مقبولة أمام المحاكم الجزائية متى توافرت شرائط رفعها لديها¹).

ومن جهة ثانية يضر بالمضروور لأن رفض الدعوى هو بت فيها ما يمنع هذا الأخير من رفعها مرة أخرى أمام القضاء المختص أصلاً وهو القضاء المدني لارتباط القاضي المدني بمنطوق الحكم الجنائي، في حين الأفضل من ذلك هو التمييز بين أسباب البراءة، ودراسة كل حالة بحالة، فإن كانت البراءة سببها ثبوت عدم صدور الفعل برمته من طرف المتهم حكم القاضي الجزائي برفض الدعوى المدنية بالتبعية، أما إن كانت البراءة مبنية على عدم ثبوت توافر الخطأ الجزائي مع ثبوت توافر الضرر المرتبط سببياً بالفعل المتابع من أجله المتهم، فإن المحكمة لها الخيار في أن تلتزم بالتفسير الضيق لشروط تبعية الدعوى المدنية للدعوى العمومية وتحكم بعدم الاختصاص في نظر الأولى وهو الخيار الأنسب في نظرنا، أو أن تبت في

¹ حكم رقم 8439 لسنة 86، صادر عن الدائرة المدنية بتاريخ 2019/03/25، <https://n9.cl/460o2n>.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

تقدير هذا الضرر بعد ثبوت وقوعه بسبب الخطأ التقصيري الثابت في حق المتهم وتقضي بالتعويض بعد التقدير على أساس إرضاء ضمير العدالة واسعاف المضرور بتعويض عن ضرر ثابت.

أما الحالة الثالثة فهي حالة البراءة لعدم كفاية الأدلة في هذه الحالة يجب على المحكمة الجزائية أن تبت في الدعوى العمومية بالرفض أو القبول ويكون لحكمها الحجية على القاضي المدني لأن البراءة مبنية على عدم اقتناع القاضي بالأدلة المطروحة أمامه لا باقتناعها بعدم قيام الجريمة، وبالتالي كان الشك هو الحاسم في البراءة.

هذا التوجه من طرف محكمة النقض المصرية نجد ما يخالفه في قرارات المحكمة العليا التي تفرض على المحكمة الجنائية البت في حالة البراءة في الدعوى العمومية استنادا للمادة 316 ق.إ.ج، بينما تصر على وجوب توافر الرابطة السببية بين الضرر الحاصل والجريمة ومتى ما انتفت وجب عدم النظر في دعوى التعويض وقد جاء في قرار لها (لا يجوز الفصل في الدعوى المدنية والحكم بالتعويض بعد انقضاء الدعوى العمومية لانتفاء الرابطة السببية بينهما¹)

02- أثر البراءة في حالة الدفاع الشرعي على تقدير التعويض: لقد استفضنا في دراسة الدفاع الشرعي كحالة تنفي عنصر التعدي في ركن الخطأ، ووصلنا إلى مجموعة من النتائج:

✓ أن المشرع الجنائي الجزائري لا يعرف ما يسمى بتجاوز الدفاع الشرعي وقد فصلنا في ذلك.

✓ جاء المشرع الجزائري بنص المادة 128 من القانون المصري لفظا وفحوى دون أن يولي أهمية للفوارق بين القانون الجنائي المصري والقانون الجنائي الجزائري.

✓ التعويض المقصود في نص المادة 128 لا يقصد به حالة تجاوز الدفاع الشرعي قطعاً.

✓ التعويض المشار إليه في المادة 128 مبني على اعتبارات العدالة.

رتب المشرع على توافر الدفاع الشرعي بشروطه انعدام الجريمة، وصرحت المادة 39 قانون عقوبات عن ذلك بقولها (لا جريمة...) وبالتالي فمنطوق الحكم في الدعوى العمومية يكون بالبراءة، وبالنتيجة وتطبيقاً للقواعد العامة فإن الرابطة بين الفعل الضار الناتج عن استعمال حق الدفاع الشرعي والجريمة غير متوافرة لانعدام الجريمة، مما يعني أن القاضي يجب عليه أن يصرح بعدم الاختصاص في الدعوى المدنية التابعة للدعوى الجزائية تطبيقاً للقواعد العامة.

¹ قرار رقم 0761673 حكم صادر عن الغرفة الجزائية بتاريخ 2018/04/26، <https://n9.cl/w65bc>.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

هذا ما يجب أن يكون لو اكتفينا بالقواعد العامة إلا أن المشرع الجزائري جاءنا باستثناء مبني على اعتبارات العدالة كما سبق تبيان ذلك، وقرر في المادة 128 على أن المدافع لا يكون مسؤولاً في حال توافرت شروط الدفاع الشرعي كأصل، إلا أنه استثناءاً يمكن للقاضي تقدير تعويض يلزم به المدافع، وبالتالي فنتيجة هذا الحكم أن القاضي يمكنه رغم انعدام الرابطة السببية اللازمة لنشوء الحق في الدعوى المدنية بالتبعية أن يقبل طلب التعويض ويقضي فيه بالإلزام أو الرفض، غير أنه لا يمكنه أن يصرح بعدم اختصاصه لأن النص القانوني هو من قرر الاستثناء من القاعدة العامة، ومنح القاضي الاختصاص في البت في دعوى مدنية لا ترتبط بأي جريمة (بصريح المادة 39 قانون عقوبات التي صرحت بالقول: لا جريمة)، هذا الاستثناء هو الاستثناء الثاني الذي قرره المشرع الجزائري إلى جانب الاستثناء الوارد بخصوص جريمة اصدار شيك دون رصيد وقد تم تفصيل ذلك.

ثانياً: ضوابط اكتساب الحكم الجزائي حجية أمام القاضي المدني: نصت المادة 339 قانون مدني على (لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيه ضرورياً) ويستفاد من نص المادة أن الأصل العام أن القاضي المدني مرتبط بالحكم الجزائي فلا يمكنه أن يثبت خلافه (01)، والاستثناء أن هذا الارتباط ليس مطلقاً بل له حدود معينة (02).

01-حجية الحكم الجنائي بالنسبة للقضاء المدني: طالما أن الجريمة متى ما وقعت نشأت عنها دعويا ن دعوى عمومية وأخرى مدنية، ولا جدال في أن كل واحدة منهما متميزة عن الأخرى في أساسها، وأحكامها، وجزائها، ولما كان ذلك فإن كل حكم يصدر في دعوى يفترض أنه لا يقيد الدعوى الأخرى ولا يحد منها فكل منهما له فلك خاص تدور فيه، إلا أن منطق الأشياء ولأجل استقرار المعاملات لم يكن من المنطقي أن تصدر المحكمة الجزائية بصفة عامة حكماً يقضي بأن المتهم ثبت اسناد فعل مجرم له وبالتالي توقيع عقوبة جزائية عليه ثم يأتي القاضي المدني ليحكم في دعوى الضرر الناشئ عن هاته الجريمة برفض الدعوى لعدم التأسيس، لذلك رأى المشرع ولخصوصية الأمر وتعلقه بالنظام العام، وحماية المجتمع، واستقرار مرفق العدالة، ومن أجل عدم التضارب في الأحكام والقرارات، أن يصبغ على الحكم الجزائي حجية تمتد لتقيد القاضي المدني، كما فرض على القاضي المدني أن يوقف النظر في الدعوى المدنية طالما أن الدعوى العمومية قد تحركت، وفي حال اصدار القاضي المدني حكماً رغم أن الدعوى النيابة العامة قد باشرت الدعوى العمومية فإن هذا الحكم يكون لا أثر له¹.

¹ عز الدين الديناصورى، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 876.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

وبالتالي فما تقررته المحكمة الجزائية يكون له حجية قبل الكافة أمام المحاكم المدنية بالنسبة لوقوع الفعل المكون للأساس المشترك بين الدعويين المدنية والجزائية، وكذا بالنسبة للوصف القانوني لهذا الفعل ونسبته لفاعله، غي أن هناك خلاف في هاته المسألة إذ يذهب اتجاه إلى أن لحكم البراءة هذه القوة سواء كان مبنيا على انتفاء التهمة أو عدم كفاية الأدلة ولا يجوز للمحكمة المدنية بعد ذلك إعادة البحث في هاته الأمور¹، بينما يذهب اتجاه آخر إلى قصر الحجية في حالة البراءة بالتصريح بعدم نسبة الواقعة للمتهم دون البراءة لفائدة الشك التي تسمح للمحكمة المدنية البحث في توافر الخطأ من عدمه للحكم في الدعوى المدنية²، ويبدو أن الرأي الثاني أكثر وجهة ومنطقية إذ أن البراءة لفائدة الشك لا تقطع في عدم ثبوت الفعل في المتهم، وبالتالي فالحجية التي يكتسبها الحكم الجزائي تتمثل في منطوق الحكم القاضي بالإدانة والبراءة، وكذا في نسبة الفعل للمتهم وفي وقوع الفعل من عدمه، هاته المسائل لا يجوز للقاضي المدني ان يبحثها من جديد ويجب عليه أن يحكم بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها إذا ادعى المتضرر من الجريمة أمام القاضي المدني، أما المسائل التي لم يتطرق لها الحكم الجزائي فإن القاضي المدني يمكنه أن يتطرق بالبحث فيها مهما كانت صلتها بالجريمة وطيدة، ومثال ذلك أنه قد يحدث أحيانا ألا يفصل الحكم الجزائي في الأساس المشترك بين الدعويين كأن لا يقطع في أن الحادث وقع بسبب خطأ المتهم، فإن ذلك لا يمنع المحكمة المدنية من البحث في الترابط السببي بين خطأ المتهم والضرر الحاصل للمجني عليه³.

02-حدود ارتباط القاضي المدني بالحكم الجنائي: نصت المادة 339 ق.م على ان الارتباط شرطه أن يقتصر على الوقائع التي فصل فيها الحكم الجنائي وكان فصله فيها ضروريا، فالحجية مقتصرة على المنطوق القاضي بالإدانة أو البراءة وعلى الأسباب المؤدية إلى ذلك، بخلاف الأسباب الغير منتجة في إثبات الإدانة أو البراءة، فإن قضى القاضي الجزائي بالبراءة عند نظر الدعوى العمومية على أساس انتفاء الخطأ من جانب المتهم كان ذلك كافيا لتسبب حكمه، فإن تجاوز ذلك إلى البحث في الخطأ كأن يبحث في ان الخطأ كان نتيجة قوة قاهرة فهذا يزيد لم يكن ضروريا لا يكتسي حجية أمام القضاء المدني، ويجوز لهذا الأخير أن يثبت أن الخطأ لم يكن وليد القوة القاهرة، وإن قضى الحكم الجزائي ببراءة المتهم من جريمة القتل الخطأ فإن تطرقه لخطأ المجني عليه تزيد لم يكن ضروريا للحكم، إذ أن الحكم كان يصح لو

¹ شريف أحمد الطباخ، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، التطبيق العملي لدعاوى التعويض، ج 01، ط 01، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2012، ص 224.

² <https://n9.cl/yf3wu>، الدخول بتاريخ 2024/10/11، على الساعة 14:25.

³ محمد المنجي، دعوى التعويض مراحل الدعوى من تحرير الصحيفة إلى الطعن بالنقض، ط 01، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1990، ص 35.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

اكتفى القاضي الجزائي في نفي قيام أركان جريمة القتل الخطأ للتدليل على منطوق البراءة، أما خطأ الجني عليه فهو تطرق غير منتج في الدعوى العمومية لا يحوز حجية أمام القاضي المدني ويجوز له أن يثبت خلافه¹.

كما لا يحوز الحكم الجزائي القاضي بالبراءة الحجية أمام القاضي المدني إذا بني على أن الفعل غير مجرم مهما كان السبب، ولا يمنع ذلك المحكمة المدنية من البحث في أن هذا الفعل مع تجرده من الصفة الجرمية إلا أنه يكتسي وصفا يحقق توافر أركان المسؤولية التقصيرية².

¹ محمد المنجي، المرجع نفسه، ص 32-33.

² شريف أحمد الطباخ، المرجع السابق، ص 228.

الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض

خلاصة الفصل الرابع:

خلصنا من خلال دراسة هذا الفصل ان التعويض يراد من ورائه إصلاح حال المضرور وجبر الضرر الواقع عليه، وقد حدد المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة استحقاق التعويض بتوافر شروط المسؤولية المدنية او العقدية سواءا بسواء، ويجب على القاضي في حكمه بالتعويض ان يراعي الضوابط التالية:

01: تقدير قيام اركان المسؤولية:

أولاً: تقدير الخطأ: خالصنا في هذا الفصل إلا أن المسؤولية المدنية القائمة على الخطأ تشترط لقيامها توافر انحراف في الفعل عن سلوك الرجل المعتاد، وتقدير هذا الانحراف منوط بقاضي الموضوع تحت سلطته التقديرية دون معقب عليه، إلا أن شروط الخطأ مسائل قانونية يجب على القاضي مراعاتها، إذ يجب أن يراعي القاضي في اسناد الخطأ توافر التمييز لدى المسؤول عن الضرر، وحتى في حال قصره يجب على القاضي تطبيق نص المادة 134 ق.م، كما يجب على القاضي ان يراعي القاء عبء إثبات الخطأ على المسؤول كما حدده المشرع.

ثانياً: الضرر: يعتبر مناط المسؤولية، حيث تقوم حيث يوجد وتنتفي حيث ينتفي، وهو على خلاف الخطأ مشترط في المسؤولية الشخصية، كما في المسؤولية الموضوعية، ويشترط فيه ان يكون ضرراً محققاً، ومباشراً، كما يجب ان يكون شخصياً، وألا يتم التعويض عنه مرتين، وتقدير قيمته في غالب الأحوال يتم بموجب خبرة لأنه من المسائل الفنية.

ثالثاً: العلاقة السببية: تقدير العلاقة السببية يناط بالقاضي، فهو الذي يتأكد من توافر علاقة سببية بين الخطأ والضرر في المسؤولية الشخصية، أو بين الفعل المجرد والضرر في المسؤولية الموضوعية.

02: تقدير التعويض:

أولاً: بالنسبة للدعوى المدنية الأصلية: يجب على القاضي لتقدير التعويض ان يعتمد إلى حص الضرر من خلال تحديد نوعه، ومقداره، كما يجب ان يضمن حيثيات الحكم تحديد عناصر الضرر من خسارة لاحقة وكسب فائت، والمحكمة العليا تعتبر هاته المسائل مسائل قانونية يقع فيها القاضي تحت رقابتها المباشرة، كما يجب على القاضي أن يبت في حدود الطلب القضائي، وان يراعي الظروف الملائمة، ويقضي بتعويض يراعي جسامه الضرر.

ثانياً: في الدعوى المدنية بالتبعية: يجب على القاضي الجزائي ان يراعي شروط قبول الدعوى المدنية امام القضاء الجزائي، وان يتأكد من ارتباط الضرر بأركان الجريمة ارتباطاً سببياً، كما يجب ألا يبت فيها إلا بتأسيس الضحية كطرف مدني، وهذا يفترض وجود فعل جرمي، تسبب في ضرر لحق بالضحية، كما يجب ان يتأكد من عدم سلوك الطرف الضحية للطريق المدني قبل تأسيسه كطرف مدني وبعد ذلك يلتزم القاضي بنفس الضوابط التي تقيد القاضي المدني بصفة عامة في تقدير التعويض.

الخاتمة

وأخيرا نصل إلى نهاية رحلتنا القانونية، بعد هذا البحث المتعمق حول ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المواد المدنية، الذي سلطنا فيه الضوء على الحدود التي يجب على القاضي مراعاتها في أعمال سلطته التقديرية عند نظر مسائل العقد، والإثبات، والتعويض، كما لم يفتنا العناية بماهية السلطة التقديرية في مختلف الشرائع والأنظمة القانونية، لقد أظهرت هذه الدراسة العديد من النقاط ذات الأهمية البالغة في تفسير الفلسفة القانونية والقضائية لكيفية تعامل القاضي مع القضايا والوقائع المتنازع فيها أمامه، كما راعت الدراسة الجانب العملي والتطبيقي سواء بسواء مع الجانب النظري القانوني، ما يبين بشكل واضح وجلي التكامل المنطقي بينهما، حيث عمدنا إلى دعم كل فكرة نظرية بأمثلة تطبيقية لأعلى هرم العدالة في النظام القضائي الجزائري والمقارن، وقمنا بتحليل النصوص القانونية والآراء الفقهية والقرارات القضائية بما يخدم موضوع البحث، متوخين الموضوعية دون إفراط في النزعة الذاتية ولا إهمال للرأي الشخصي للباحث في كل مسألة من مسائل الدراسة.

بدأنا رحلتنا مع هذا البحث من خلال محاولة سبر غور مفهوم السلطة التقديرية للقاضي كمصطلح عام، ثم بدأنا شيئا فشيئا بحصر البحث في المجال القانوني بصفة عامة إلى أن وصلنا إلى دراسة مفهومها الخاص في القانون المدني وربطناها برقابة المحكمة العليا، ثم بعد ذلك دخلنا صلب الموضوع من خلال عنوانه (ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المواد المدنية) محاولين الوصول بذلك إلى إجابة على السؤال الرئيسي للدراسة المتعلق بمدى تعلق السلطة التقديرية للقاضي في مجالات العقد، والإثبات، والتعويض بقيود تضبطها وتحدد مسارها وشكلها، مركزين دائما على السير بين خطين متوازيين أحدهما يمثل الجانب النظري والآخر الجانب التطبيقي.

ونقول أن السلطة التقديرية للقاضي لا يجب أن يفهم منها أنها تمارس وفق هوى القاضي ومشئته، فهي آلية مخولة له لدواعي تنفيذ السياسة التشريعية التي تراعي في الأساس تحقيق مقتضيات العدالة، والمحافظة على النظام العام في المجتمع، هذه السياسة التي تقر بأن النصوص القانونية مهما بلغت رقيا وتنظيما ليست كلاما منزلا لا يأتيه الباطل من أي جهة، فلا يمكن للنص القانوني أن يحقق الكمال الذي يستغنى به عما سواه من آليات أخرى، كما نقر من جهة ثانية أن العمل القضائي عمل انساني بدوره ويجب أن يبقى كذلك، والعمل الإنساني أيا كان كنهه ونوعه يدور بين الخطأ والصواب، وبالتالي فمن أجل تحقيق التوازن بين قصور النص القانوني على بلوغ الكمال، وتحقيقا لعمل قضائي منطقي في تطبيق القاضي للنص القانوني بالشكل الذي يحقق الأهداف المتوخاة منه، لجأت الفلسفة

الخاتمة

القانونية إلى منح القاضي بيد سلطة تقديرية تمكنه من تكييف الوقائع المختلفة وفقا لخصوصية كل قضية، وتقييدها باليد الأخرى بموجب ضوابط محددة تحمي القاضي من التعسف وتحقق الانصاف والعدل.

كما أننا من خلال البحث خلصنا إلى أن القول بأن عبارة ضوابط السلطة التقديرية للقاضي عبارة مغلوطة، على أساس من أن القاضي إذا كانت له سلطة تقديرية فلا مجال للكلام عن ضوابط لها، أما إذا لم يكن له ذلك فالكلام عن الضوابط لغو لا معنى له، هذا الكلام كلام لا يقوم على أساس سليم، وقد اثبتنا في معرض بحثنا هذا أن القانون والممارسة القضائية تعترف صراحة بسلطة تقديرية مقيدة للقاضي ومضبوطة بشكل دقيق، إذ كثيرا ما استعمل القانون عبارات تفيد ذلك مثل عبارات الجواز التي نجدها في معرض السلطات المخولة للقاضي في كثير من النصوص، ونفس الحال بالنسبة لقرارات المحكمة العليا التي لا تكاد تخلو في معظمها من عبارات صريحة مباشرة تقرر بسلطة تقديرية للقاضي محددة النطاق والمجال، وحتى الفقه يجمع على وجود ضوابط واردة على سلطة القاضي التقديرية في مختلف الأبحاث العامة والمتخصصة في هذا المجال.

وقد خلصنا من خلال موضوع هذه الدراسة إلى عديد النتائج يمكن إجمالها في النقاط التالية:

1. إن النصوص القانونية ليست كفيلة لوحدها بضبط سلطة القاضي التقديرية، ما جعل المحكمة العليا ومحاكم النقض في التنظيمات القضائية المقارنة، تتدخل لمراقبة القاضي في كيفية إعماله لسلطته التقديرية، من خلال الرقابة على الأحكام والقرارات الصادرة عن محاكم الموضوع.
2. إن مسألة تحديد نطاق رقابة المحكمة العليا على السلطة التقديرية للقاضي يعتبر هو الحد الفاصل بين مجال السلطة التقديرية وضوابطها، فالمحكمة العليا بصفتها محكمة قانون تميز بين مسائل الواقع التي تعتبر المجال الأصيل لسلطة القاضي التقديرية، ومسائل القانون التي يقع فيها القاضي تحت طائلة النقض.
3. إن مسألة التمييز بين مسائل الواقع ومسائل القانون ولأهميتها أسالت كثيرا من الحبر عند الفقهاء، ورغم ذلك لم يتم الاهتداء إلى معيار جامع يمكن من خلاله الفصل بين المسألتين فصلا موضوعيا محددا، يبين لنا متى نكون بصدد مسألة واقع يكون فيها للقاضي سلطة تقديرية بلا معقب عليه، ومتى نكون بصدد مسألة قانون يخضع فيها القاضي لرقابة النقض.
4. إن استحالة وضع معيار للتمييز بين مسائل الواقع ومسائل القانون عمليا جعل جانب كبير من الفقه يرى بضرورة التخلي عن التمييز بين المسألتين، وبالتالي كتحصيل حاصل فإن القول بأن المحكمة العليا محكمة قانون قول لا يقف على أساس صحيح، إلا أننا من خلال الدراسة وتتبع قرارات

الخاتمة

المحكمة العليا وكذا محاكم النقض على اختلاف الأنظمة القضائية، نجدها تقرر صراحة بهذا التمييز، ما يحدو بنا للقول أن صعوبة التمييز بين المسألتين ليست عذرا كافيا للقول باستحالة ذلك، وقد خالصنا إلى تحديد مبادئ عامة يمكن اعتبارها أساسا للتمييز بين مسائل الواقع والقانون يمكن أن نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر ما يلي:

أ. يجب للتمييز بين مسائل الواقع والقانون تتبع قرارات المحكمة العليا، وكذا محاكم النقض في الأنظمة القضائية المقارنة المستندة على الأنظمة القانونية الشبيهة للنظام القانوني الجزائري، كمحكمة النقض المصرية ومحكمة النقض الفرنسية، ومحاولة تبيان المسائل التي تخضعها هاته المحاكم للرقابة فهي مسائل قانونية مقيدة لسلطة القاضي التقديرية، والمسائل التي تقبل المجادلة فيها أمامها فهي مسائل واقع.

ب. كل المسائل الجوهرية في القانون تعتبر مسائل قانون ملزمة للقاضي، ولا يكفي عبارات الوجوب لاعتبار المسألة جوهرية بل يجب أن يرتب القانون على القاعدة جزاءا حتى تعتبر كذلك، بينما تكفي عبارات النفي مثل (لا يجوز، لا يمكن...) الخ لتعتبر مسائل قانون.

ت. تعتبر مسائل واقع ما يلي:

✓ التثبت من وقائع الدعوى، وتقدير الأدلة، والموازنة بين أقوال الشهود، وترجيح بعضها على البعض الآخر مسائل واقع.

✓ تمحيص الوقائع، وقبول بعضها وطرح أخرى وفق ما تطمئن له المحكمة مسائل واقع.

✓ التقدير الكمي للتعويض مسألة واقع.

ث. تعتبر مسائل قانون ما يلي:

✓ تكييف الوقائع، وبيان ماهيتها وتطبيق النصوص القانونية وتحديد آثار ذلك كلها مسائل قانون.

✓ استخلاص النتائج وإنزال الحكم مسألة قانون.

✓ تقدير الوقائع وطلبات الخصوم دون الاستناد لمستندات الملف والثابت في الدعوى مسألة قانون.

✓ تسبيب ما يلي: تقدير الأدلة والقرائن، وتتبع أقوال وحجج وطلبات الخصوم والرد عليها، وتطبيق ما يقدم من أدلة ومستندات مؤثرة في النزاع مسألة قانون.

✓ الترابط المنطقي بين تقدير الوقائع، وتكييف الدعوى، والنتيجة مسألة قانون تراقبها المحكمة العليا رقابة مباشرة، حيث يجب أن يكون استخلاص القاضي سائغا، ومنطقيا، ويؤدي عقلا للثابت في أوراق الدعوى ومستنداتها.

✓ الإفصاح عن مصدر الأدلة التي كونت منها المحكمة عقيدتها مسألة قانون.

✓ الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي للأسرة مسألة قانون.

✓ كل ما ورد في نص المادة 358 ق.إ.م.إ يعتبر من قبيل مسائل قانون.

الخاتمة

- ✓ مخالفة العرف، والقانون الأجنبي في الأصل هي مسائل واقع، إلا أنها تعامل معاملة القانون، وبالتالي تخضع لرقابة النقض.
- ج. لا تمتنع المحكمة العليا على كل رقابة لمسائل الواقع، فهي إما تراقب الواقع بصورة غير مباشرة من خلال الرقابة على التسبيب، وفي هذه الحالة يكفي القاضي أن يسبب حكمه، كما تراقبه في مرات أخرى رقابة مباشرة من خلال الرقابة على منطقية التقدير والتكييف والنتيجة.
5. خلصنا من خلال الدراسة أيضا إلى أن القاضي في مجال الرابطة العقدية له سلطة تقديرية في تفسير العقد إلا أنها مضبوطة بصحة العقد، فالبحث في صحة العقد عملية سابقة على تفسير العقد، وبالتالي لا تفسير إلا في عقد صحيح.
6. كما أن القاضي في معرض تفسيره للعقد ملزم بالأ يعمد لتفسير العبارات الواضحة فهي الحد الذي تنتهي عنده سلطته التقديرية، إلا أننا بيننا أن وضوح العبارة غير وضوح الإرادة، وبالتالي فالعبارة الواضحة تصلح أن تكون محلا للتفسير.
7. إن الضابط المهم الوارد على سلطة القاضي في تفسير العقد هو البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند حرفية الالفاظ.
8. إن البحث في النية المشتركة للمتعاقدين لا يتم وفق إرادة القاضي وهواه دون ضوابط تضبطه في ذلك، إذ يجب على القاضي أن يراعي طبيعة التعامل بحيث يفسر العقد على النحو المنتج فيها دون المعنى الغير منتج، كما يجب أن يراعي في ذلك العرف، ومقتضيات حسن النية، والطريقة التي نفذ بها العقد.
9. يفسر الشك لمصلحة المدين، فلا يجوز للقاضي في إطار أعمال سلطته التقديرية أن يفسر العقد إضرارا بالمدين، إلا أنه بالنسبة لعقود الإذعان يجب أن يفسر العقد لمصلحة الطرف المذعن الذي لم تكن له فرصة المساومة في بنود العقد.
10. مراعات تفسير العقد كوحدة كاملة لا كجزء بحيث يخدم بعضها بعضا وعدم التنكر للعبارة، فإعمال الكلام خير من إهماله، كما أن تخصيص حالة بذكر لا تعطي القاضي سلطة مطلقة في اعتبارها منفردة بالحكم.
11. خلصنا كذلك من خلال دراستنا إلى أن تحديد نطاق العقد وتكاملته شيء واحد، وأن القاضي لا يمكنه البحث في تحديد نطاق العقد من خلال مستلزماته ومكملاته إلا في حالة قصور الإرادة.
12. من خلال بحثنا وصلنا إلى تحديد المقصود بعقود الإذعان، ووصلنا إلى نتيجة مفادها أنه ليعتبر العقد عقد إذعان لا يكفي عدم تحقق المساومة، بل يجب أن يتعلق العقد بسلعة ضرورية، وأن تكون محل احتكار قانوني أو فعلي، وأن تتحقق استقلالية الأطراف عن بعضها.

الخاتمة

13. كما لا يمكن للقاضي أن يمارس سلطته التقديرية في تعديل عقد الإذعان دون أن تتوافر فيه شروط عقد الإذعان، وتتوافر فيه بنود تعسفية.
14. وبالنسبة لنظرية الاستغلال ليس للقاضي أن يعتمد إلى إبطال العقد من تلقاء نفسه حتى مع توافر شروط المادة 90 ق.م، إذ أن طلب الإبطال منوط بالطرف المستغل في إرادته، بينما للقاضي سلطة تقديرية في قبول طلب الإبطال من عدمه، وهو مقيد فوق ذلك بسلوك كل سبل توقي الإبطال.
15. بالنسبة لنظرية الظروف الطارئة تبين لنا من خلال البحث وتحليل نص المادة 03/107 ومصدرها التاريخي في ق.م المصري أن عبارة Réduire يقصد منها الرد لا الإنقاص، والرد يحتمل الإنقاص كما يحتمل الزيادة.
16. تقييد سلطة القاضي التقديرية في رد الالتزام المرهق للحد المعقول، توافر شروط الحادث الاستثنائي، بألا يكون من الممكن توقعه ولا دفعه، ثم يجب أن يتحقق القاضي من توافر الالتزام مرهق.
17. أن سلطة القاضي التقديرية في منح نظرة الميسرة بمفهوم المادة 210 مرهونة بمراعات موارد المدين الحالية والمستقبلية وباشتراط عناية الرجل الحريص في الوفاء بالتزاماته.
18. بالنسبة لسلطة القاضي التقديرية في منح الأجل بمفهوم المادة 281 ق.م فإنه مرهون بمراعات الحالة الاقتصادية، وينظر لهاته الأخيرة نظرة موضوعية لا ذاتية متعلقة بحالة المدين، كما يجب ألا يتجاوز مدة سنة، ويجب فوق ذلك وقف التنفيذ في خلال هذه المدة مع إبقاء الحال على حالها.
19. بالنسبة لسلطة القاضي في فسخ العقد فإن سلطة القاضي التقديرية في ذلك معلقة على العقود الملزمة لجانبين، وعدم تنفيذ المدين لالتزاماته.
20. وجب في حالة الفسخ على القاضي الحرص على إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل العقد، فإن استحالة ذلك، وهو لا يستحيل إلا في العقود الزمنية التي بطبيعتها لا يتصور فيها العودة للوراء، ففي هذه الحالة جاز للقاضي الحكم بالتعويض.
21. خالصنا في مادة الإثبات إلى أن سلطة القاضي التقديرية فيها تضبطها ضوابط عامة وأخرى خاصة يمكن صياغتها في النتائج التالية:
- ✓ الضوابط العامة:
- ✓ محل الإثبات دائما هو الواقعة القانونية الممثلة لمصدر الحق المدعى بوجوده أو زواله، وهي لا تخرج على أن تكون واقعة مادية أو واقعة قانونية، على اعتبار أن الواقعة القانونية هي الواقعة التي تكون الإرادة هي منشأها، والتي يجب أن تكون متنازعا فيها، وممكنة، ومحددة ومنتجة في الدعوى ومتعلقة بها.
- ✓ تقييد سلطة القاضي في الإثبات بوجوب مراعات حق الخصوم في الإثبات، وفق ما نصت عليه المادة 323 ق.م بأن يلقي عبء الإثبات على مدعي خلاف الأصل سواء كان طلبا أو دفعا.

الخاتمة

- ✓ لما كان على الدائن إثبات الالتزام فليس للقاضي أن يقبل دليلاً اصططنعه الأول لنفسه، وبمقابل ذلك ليس للأخير أن يجبر الأول على تقديم دليل ضد نفسه، إلا في الحالات التي ينص القانون فيها على خلاف ذلك كالزام التاجر بتقديم دفاتره التجارية.
- ✓ يجب على القاضي أن يعمل على مراعات تحقق مبدأ الوجاهية من خلال مباشرة كل الإجراءات في حضرة الخصوم، وتمكين كل طرف من المستندات التي قدمها خصمه وهو ما يسمى عملياً بتبادل العرائض.
- ✓ لا يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه الشخصي في المسائل الفنية حتى لو كان خبيراً بها، إلا فيما يخص الخبرة بالشؤون العامة فإنه يمكن للقاضي الاستناد إلى علمه الشخصي بها دون أن يلزم بانتداب خبير لإثباتها أو نفيها.
22. بالنسبة لقواعد الإثبات الخاصة بأدلة الإثبات المختلفة.
- ✓ بالنسبة للكتابة الرسمية كدليل إثبات تقيد سلطة القاضي في قبولها وتمحيص حجيتها، بصدورها عن شخص مختص مكانياً، وزمانياً، وموضوعياً، وكذا مراعات الشروط الموضوعية للإثبات بالكتابة كمراعات نوع الالتزام، وقيمته.
- ✓ تقيد سلطة القاضي التقديرية في المستندات العرفية بوجود كتابة، وتوقيع ذوي الشأن عليها، مع عدم إنكار صاحب التوقيع توقيعه.
- ✓ يجب على القاضي في حال تزام أدلة الإثبات أن يرجح المستند الرسمي على المستند العرفي، فالمستند الرسمي يستمد قوته من صفة محرره، ولا يمكن الطعن في صدق الموثق إلا من خلال الادعاء بالتزوير.
- ✓ بالنسبة للإقرار واليمين فإنه يجب على القاضي قبولها كوسائل إثبات بموجب حكم قبل الفصل في الموضوع، مع مراعات توافر شروط كل منهما كما حددها القانون، بخلاف الشهادة فهي وإن كان الأصل أن تكون بموجب حكم قبل الفصل في الموضوع، إلا أن الممارسة القضائية تقبلها من خلال تحديد جلسة عادية ضمن ما يسمح فيه القانون من تأجيلات.
- ✓ يجب على القاضي مراعات الأهلية اللازمة في الإثبات بالإقرار، واليمين، والبيئة، وعليه في هذه الأخيرة إلزام مؤدبها بأداء يمين ما لم يكن قريباً إلى الدرجة الرابعة، أو قاصراً.
23. كما خلصنا من خلال الدراسة إلى أن القاضي مقيد في تقدير التعويض بتوافر شروط قيام المسؤولية المدنية كما حددتها نصوص ق.م.
24. يجب لقبول دعوى التعويض توافر الخطأ بعناصره، ما لم ينتفي التعدي من خلال حالة الدفاع الشرعي، وحالة الضرورة أو أمر الرئيس.

الخاتمة

25. لا يمكن للقاضي قبول دعوى التعويض إلا بتوافر شروط الضرر كأساس للتعويض، بأن يكون محققا، وشخصيا، ومباشر، ولم يتم التعويض عنه مرتين.

26. يقع القاضي تحت رقابة المحكمة العليا من حيث حصر الضرر بتحديد عناصره في حيثيات الحكم، وتقديرها من حيث مداها وقيمتها، كما يلزم بتحديد نوع الضرر والفصل في أسباب الحكم بين الضرر المادي والضرر المعنوي.

27. يشترط لقبول القاضي الجزائي الدعوى المدنية بالتبعية توافر الترابط السببي بين الضرر والركن المادي للجريمة، وفي حالة عدم توافره وجب الحكم بعدم الاختصاص بنظر الدعوى المدنية، يستثنى من ذلك الضرر الناشئ عن جريمة إصدار شيك دون رصيد، إذ يجوز للقاضي الحكم إلى جانب التعويض عن التأخر في عدم تنفيذ الالتزام موضوع الشيك، الحكم بإلزام الجاني بدفع أصل الدين.

28. في مادة الجنع وفي حالة البراءة، يجب على القاضي التمييز بين أسباب البراءة على النحو الآتي:
✓ البراءة المبينة على عدم توافر الخطأ الجزائي فإنه لا يمنع ذلك قبول دعوى التعويض إذا ثبت توافر الخطأ المدني لعدم اللزوم بينهما.

✓ البراءة المبينة على عدم كفاية الأدلة يكون القاضي الجزائي مختصا بنظر دعوى التعويض.
✓ البراءة المبينة على عدم نسبة الركن المادي للمتهم ينتفي معها الترابط السببي بين الجريمة والضرر، والقاضي على الخيار بين أن يقضي فيها أو يحكم بعدم اختصاصه.

✓ البراءة المبينة على عدم توافر الركن المعنوي تصلح أن تكون محلا للتعويض، على أساس أن الركن المعنوي في الجريمة يختلف عن عنصر الإدراك في ركن الخطأ في المسؤولية المدنية.

✓ البراءة لعدم توافر الركن الشرعي، وهي الحالة المنصوص عليها في المادة 39، و40 ق.ع فمن المستحسن للقاضي تجنب الحكم برفض دعوى التعويض لعدم التأسيس، والحكم بدلا من ذلك إما بالتعويض، أو بعدم الاختصاص حتى يمكن الضحية من طرق باب القضاء المدني.

التوصيات: يمكننا من خلال دراستنا هذه المعنونة بضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المواد المدنية تقديم بعض التوصيات، والتي نجلها فيما يلي:

1. التعزيز من البحث في مجال ضوابط السلطة التقديرية للقاضي، بتشجيع الباحثين على دراسة عملية لقرارات المحكمة العليا ومحاكم النقض بالأنظمة القضائية المقارنة، من أجل تحديد مسائل الواقع ومسائل القانون بشكل دقيق لما في ذلك من فائدة على العمل القضائي.

2. إبرام اتفاقيات أكاديمية بين كليات الحقوق والمحكمة العليا من أجل تنشيط الجانب النظري للباحثين بالجانب العملي للقضاة ما يسمح بتحديد وافي لضوابط السلطة التقديرية للقاضي.

الخاتمة

3. تطوير الموقع الإلكتروني للمحكمة العليا، من خلال تضمينه كل محتوى المجالات القضائية، ما يساهم في سهولة البحث من جهة، ويساهم من جهة أخرى في تبين مواقف المحكمة العليا حول الحالات التي تعتبرها هاته الأخيرة مجالا مطلقا للسلطة التقديرية للقاضي، والمجالات التي تدخل تحت طائلة رقابتها.
4. تعديل الفقرة الأولى من المادة 111 ق.م بشكل يزيل اللبس والخلاف حول المقصود منها، لتصبح على النحو الآتي (تعتبر عبارة العقد الواضحة قرينة على إرادة المتعاقدين ما لم يقم الدليل على عكس ذلك)، هذا التعديل كفيل بإزالة اللبس حول معنى الفقرة الأولى من المادة، كما يبين صراحة تبني المشرع لنظرية الإرادة الباطنة.
5. تعديل المادة 70 ق.م وتضمينها تعريف شامل لعقد الإذعان لإزالة اللبس والخلاف حول اشتراط الاحتكار في عقود الإذعان من عدمه.
6. حذف الفقرة الثانية من المادة 107 ق.م ودمج معناها في نص المادة 65 لوحة العلة.
7. حذف عبارة (وإلا كانت غير مقبولة) الواردة في نص المادة 90 ق.م لأن دعوى الاستغلال دعوى مرتبطة بالأفراد أكثر من ارتباطها باستقرار مرفق القضاء، فإن أثارها ذوي الشأن أخذ بها القاضي.
8. محاولة إصدار قانون اثبات مستقل عن ق.م وعن ق.إ.م.إ.م.إ.م شتات النصوص المبعثرة بين القانونين.
9. حذف الفقرة الأخيرة من المادة 338 ق.م واعتبار سبق الفصل مسألة تثيرها المحكمة تلقائيا، وخلق آلية الكترونية تسمح للقاضي بالتأكد من توافر سبق الفصل في الدعاوى المرفوعة أمامه لما في ذلك من مساهمة في استقرار مرفق القضاء.
10. تدعيم قانون إ.ج بنصوص قانونية تشرح أكثر شروط قبول الدعوى المدنية بالتبعية، والحالات التي يجب على القاضي فيها قبول دعوى التعويض أو رفضها أو الحكم بعدم اختصاصه النظر فيها.

تمت بحمد الله وعونه

قائمة

المصادر والمراجع

القرآن الكريم:

- (1) صحيح البخاري، (جامع المسند الصحيح المختصر)، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب ما جاء في اجتهاد القضاء بما انزل الله، حديث رقم 7316، دون طبعة، جمعية البشرى للخيرية للخدمات الإنسانية والتعليمية، 2016.
- (2) صحيح مسلم، باب كتاب الأقضية، باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، ط 01، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، لبنان، 1991، حديث رقم 1716.
- (3) سنن ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب يجتهد القاضي فيصيب الحق، جزء الأول، ط 01، مطبعة دار احياء الكتب العربية، رقم الحديث 2314.
- (4) سنن الترمذي، كتاب الأحكام عن رسول الله، باب ما جاء في القاضي يصيب ويخطأ، المجلد الثاني، ط 01، دار التأصيل، 2014، حديث رقم 1373.
- (5) البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الشهادات، باب لا تقبل شهادة الخائن، ج 10، رقم الحديث، 2086.
- (6) السنن الكبرى للبيهقي، الجزء العاشر، ط 03، كتاب الشهادات، باب لا يحيل حكم القاضي على المقضي له والمقضي عليه، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 2023.
- (7) الشنقيطي، محمد المختار بن محمد، شروق أنوار المنن الكبرى الإلهية بكشف اسرار السنن الصغرى النسائية، ط 1، ج 1، الرياض.
- (8) سنن الدار قطني، الجزء الرابع، كتاب في الأقضية والأحكام وغير ذلك، رقم 4425، دون طبعة، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، لبنان، 2008.
- (9) سنن الدار قطني، ط 01، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2011.

أولاً: القوانين:

- (1) القانون رقم 13/83 المؤرخ في 1983/07/20 المتضمن حوادث العمل والأمراض المهنية، ج ر رقم 28 لسنة 1983، المعدل والمتمم بموجب الأمر 19/96 المؤرخ 1996/07/06، ج ر رقم 42 لسنة 1996.
- (2) القانون رقم 10-03 مؤرخ في 19 جمادي الأولى عام 1424 الموافق لـ 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ج ر عدد 43 الصادرة بتاريخ 20 جمادي الأولى عام 1424 هـ الموافق لـ 20 يوليو سنة 2003.
- (3) قانون رقم 02-06 مؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق لـ 20 فبراير سنة 2006، المتضمن تنظيم مهنة الموثق، ج ر 15 مؤرخة في 08 صفر عام 1427 الموافق لـ 08 مارس سنة 2006.
- (4) القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 هجري الموافق لـ 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية_ منشور بالجريدة الرسمية عدد 21 لسنة 2008 المعدل والمتمم.

قائمة المصادر والمراجع

- (5) قانون رقم 08-14 مؤرخ في 13 شوال 1435- الموافق ل 09 غشت سنة 2014 ج ر 49 مؤرخة في 24 شوال عام 1435 الموافق ل 20 غشت سنة 2014، يعدل ويتمم الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق ل 19 فبراير سنة 1970 والمتعلق بالحالة المدنية.
- (6) القانون 04-15 مؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق لأول فبراير سنة 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكتروني، ج ر 06 الصادرة بتاريخ 20 ربيع الثاني عام 1436 هـ الموافق ل 10 فبراير سنة 2015.
- (7) القانون رقم 05-18 مؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق ل 10 مايو سنة 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر 28 صادرة بتاريخ 30 شعبان عام 1439 الموافق ل 16 مايو سنة 2018.
- (8) قانون رقم 15-20 مؤرخ في 15 جمادي الأولى عام 1442 الموافق ل 30 ديسمبر سنة 2020، يتعلق بالوقاية من جرائم اختطاف الأشخاص ومكافحتها، ج ر عدد 81، الصادرة بتاريخ 15 جمادي الأولى 1442 الموافق ل 30 ديسمبر 2020.
- (9) القانون رقم 15/21 المؤرخ في 2021/12/28 المتعلق بمكافحة المضاربة غير المشروعة، ج ر 99 مؤرخة في 29 ديسمبر 2021.
- (10) القانون رقم 15-21 المؤرخ في 23 جمادي الأولى عام 1443 الموافق ل 28 ديسمبر 2021، المتعلق بمكافحة المضاربة غير المشروعة، ج ر 99، مؤرخة في 24 جمادي الأولى 1443، الموافق ل 29 ديسمبر 2021.
- (11) القانون رقم 25 لسنة 1968 الصادر بتاريخ 30 مايو 1968 بالجريدة الرسمية رقم 22 المتضمن قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية.
- (12) الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم حسب آخر تعديل رقم 21-11 المؤرخ في 25 غشت 2021.
- (13) الأمر 66_156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، ج ر 49 المؤرخة في 11/06/1966، المعدل والمتمم بالقانون رقم 14/21 المؤرخ في 28 ديسمبر 2021، ج ر 99 مؤرخة في 29/12/1921، المعدل والمتمم.
- (14) الامر 66/183 مؤرخ في 02 ربيع الأول عام 1386 الموافق ل 21 يونيو لسنة 1966 المتضمن تعويض حوادث العمل والأمراض المهنية، ج ر رقم 55 لسنة 1966.
- (15) الأمر رقم 74-15 المؤرخ في 06 محرم عام 1394 الموافق ل 30 يناير سنة 1974 يتعلق بالزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض عن الأضرار، معدل ومتمم بالقانون 88-31 المؤرخ في 30 يناير 1988 ج ر 29.
- (16) أمر رقم 95-07 مؤرخ في 23 شعبان عام 1415 الموافق ل 25 يناير سنة 1995، يتعلق بالتأمينات ج ر رقم 13، المعدل والمتمم ب القانون 06-04 مؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق ل 20 فبراير سنة 2006، ج ر عدد 15.
- (17) الأمر 95-13 مؤرخ في 10 شوال عام 1415 الموافق ل 11 مارس سنة 1995 يتضمن مهنة المترجم. الترجمان
- (18) أمر رقم 05-06 المؤرخ في 23 أوت 2005، المتعلق بمكافحة التهريب، ج ر عدد 59، مؤرخة في 20-08-2005، معدل ومتمم بالامر رقم 06-09، مؤرخ في 15 يوليو 2006، ج ر عدد 47، مؤرخة في 19 جويلية 2006.

قائمة المصادر والمراجع

19) الأمر رقم 03-06 مؤرخ في 19 جمادي الثانية عام 1427 الموافق 15 يوليو 2006، المتضمن القانون الأساسي العام للتوظيف العمومية، ج ر رقم 46 صادرة بتاريخ 20 جمادي الثانية عام 1427 الموافق ل 16 يوليو سنة 2006.

20) مرسوم تنفيذي رقم 10-322 مؤرخ في 16 محرم عام 1432 الموافق ل 22 ديسمبر سنة 2010، يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالأمن الوطني ج ر عدد 78 الصادرة بتاريخ 20 محرم عام 1432 الموافق ل 26 ديسمبر سنة 2010.

21) مشروع تعديل القانون المدني 10/05 المدرسة العليا للقضاء، مديرية التكوين القاعدي، السنة الثالثة، 2005-2007، عرض أسباب القانون المدني المعدل والمتمم للأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

ثانيا: الكتب:

- 1) إبراهيم انيس، عبد الحليم منتصر، محمد خلف الله احمد، المعجم الوسيط، ج 02، ط 02، مجمع اللغة العربية، 1966.
- 2) إبراهيم دسوقي أبو الليل، الشرط الجزائي في العقود والتصرفات القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1982.
- 3) إبراهيم نشأت أكرم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ط 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1998.
- 4) ابن عربي، أحكام القرآن، القسم الثاني، ط 03، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003.
- 5) أبو حامد الغزالي، الوجيز في فقه الشافعي، تحقيق علي معوض، عادل عبد الموجود، ج 01، ط 01، دار الأرقم ابن أبي الأرقم، بيروت، لبنان، 1997.
- 6) أبي الحسن أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، الجزء الثالث، دون ط، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دون سنة.
- 7) أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، الجزء الثاني، دون طبعة، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1996.
- 8) الاجتهاد للجويني،
- 9) أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ط 19، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2017.
- 10) أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، ط 12، دار هومة، الجزائر، 2013.
- 11) أحمد إبراهيم حسن، الأصول التاريخية لنظرية الغبن الفاحش، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999.
- 12) أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001.
- 13) احمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، بمقتضى قانون المرافعات الجديد رقم 13 لسنة 1968، وقانون الإثبات رقم 35 لسنة 1968، ط 15، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990.
- 14) أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع في قانون المرافعات، ط 04، منشأة المعارف، الإسكندرية، القسم الثالث، 1980.

قائمة المصادر والمراجع

- (15) أحمد السيد الصاوي، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية و التجارية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1984.
- (16) احمد سحنون، رسالة القضاء، دون طبعة، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، المملكة المغربية، 1992.
- (17) أحمد سليمان شبيب السعداوي، جواد كاظم جواد سميسم، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة بالقوانين المدنية والفقهاء الإسلاميين، ط 02، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، لبنان، 2017.
- (18) أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المبادئ العامة لقانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، مصر، 2021.
- (19) أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، الدراسات البحثية في نظرية العقد، في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006.
- (20) أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، المسؤولية المفترضة لمتولي الرقابة دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانون الفرنسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008.
- (21) أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مدى التعويض عن تغير الضرر في جسم المضرور وماله في المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1999-2000.
- (22) أحمد عبد الدايم، شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، كلية الحقوق، جامعة حلب، 2003.
- (23) أحمد فتحي السرور، أصول السياسة الجنائية، دار النهضة العربية، 1972.
- (24) احمد فتحي السرور، الوسيط في شرح قانون العقوبات، القسم العام، قانون العقوبات ونطاق تطبيقه، التجريم والإباحة، الجريمة- المجرم- العقوبة، ط 06، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015.
- (25) أحمد فتحي السرور، سلطة محكمة النقض في الرقابة لضمان حسن تطبيق القانون، دار النهضة العربية، 1990.
- (26) أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، (ماهيتها، وضوابطها، وتطبيقاتها)، ط 01، دار النهضة العربية، 1988.
- (27) أحمد محيو، المنازعات الإدارية، (ترجمة فائز انجق وبيوض خالد)، ط 07، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
- (28) أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة محمد عرب صاصيلا، ط 04، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1986.
- (29) أحمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية والمعاملات المدنية والأحوال الشخصية، ط 01، مكتبة دار البيان، دون دار نشر، 1982.
- (30) أحمد نشأت، رسالة الإثبات، ج 01، مكتبة العلم للجميع، بيروت، لبنان، 2005.
- (31) اقية عبد الجبار علي، سلطة القاضي في تعديل العقد، دراسة مقارنة، ط 01، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2017.
- (32) الإمام البيهقي، أحكام القرآن للإمام الشافعي، ط 01، دار إحياء العلوم، بيروت، لبنان، 1990.

قائمة المصادر والمراجع

- (33) أمين مصطفى محمود، التمييز بين الواقع والقانون في الطعن بطريق النقض، دون طبعة، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2010.
- (34) أمين مصطفى محمود، التمييز بين الواقع والقانون في الطعن بالنقض، دار الجامعة الجديدة، 2010.
- (35) أنظر أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، تفسير العقد ومضمون الالتزام العقدي وفقا لقواعد الإثبات، دراسة فقهية وقضائية، دون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- (36) أنور العمروسي، عيوب الرضا في القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
- (37) أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
- (38) أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
- (39) أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة لطلبة كلية التجارة، ط 04، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1983.
- (40) أنور طلحة، طرق وأدلة الإثبات في المواد المدنية والتجارية والاحوال الشخصية، دار الفكر العربي، 1994.
- (41) اياد جاد الحق، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط 01، مكتبة ومطبعة دار المنار، مصر، 2009.
- (42) إيمان طارق الشكري، سلطة القاضي في تفسير العقد، دراسة مقارنة، ط 1، منشورات زين الحقوقية، 2018.
- (43) برهان خليل زريق، تفسير العقد في القانونين المدني والإداري، مطبعة الإرشاد، اللاذقية، 2015.
- (44) بكوش يحيى، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دراسة نظرية وتطبيقية، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1981.
- (45) بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ط 03، ج 01، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1955.
- (46) بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، ج 02، 1999.
- (47) بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015.
- (48) بلعيساوي محمد الطاهر، باطل غنية، طرق الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار هومة، الجزائر، 2017.
- (49) بلعيور عبد الكريم، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
- (50) بن قارة بوجمعة، النظام القانوني للمسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث المرور وتعويض الضحايا وذوي الحقوق عن الاضرار المادية والجسمانية، محاضرات مقدمة لفائدة الطلبة القضاة، الدفعة 28، السنة الأولى، الدعائم البيداغوجية، مديرية التكوين القاعدي، المدرسة العليا للقضاء، القليعة، الجزائر، 2022-2023.
- (51) بيار آميل طوبيا، التحايل على القانون، دراسة مقارنة في القانون الخاص حول قاعدة الغش يفسد كل شيء، تقديم القاضي غان رباح، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2009.
- (52) توفيق حسين فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية،

قائمة المصادر والمراجع

- (53) توما الاكوييني، كتاب الخلاصة، مجلد اول، ترجمة من اللاتينية إلى العربية الخوري بولس عوار، المطبعة الأدبية بيروت، 1881.
- (54) ج. ريبير، ر. روبلو، المطول في القانون التجاري، الجزء 01، ط 18، تقديم لويس قوجال، ترجمة منصور القاضي، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2007، بيروت.
- (55) جابر صابر طه، أساس المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع بين الخطأ والضرر، ط 01، دار الكتاب القانونية، مصر، 2010.
- (56) جان جاك روسو، العقد الاجتماعي، ترجمة عادل زعيتر، مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة، مصر، 2013.
- (57) جرجس جرجس، معجم المصطلحات الفقهية والقانونية، مراجعة أنطوان الناشف، ط 01، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، لبنان، 1996.
- (58) جمال الدين محمود سامي محمد، العمل الشرطي والسلطة التقديرية للإدارة، الفكر الشرطي، مركز بحوث الشرطة، مج 03، عدد 03، سنة .
- (59) جمال نجيمي، الطعن بالنقض في المواد الجزائية والمدنية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، ط 4، 2017، دار هومة.
- (60) جمال نجيمي، الطعن بالنقض في المواد الجزائية والمدنية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، ط 04، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2017.
- (61) جميل الشرفاوي، دروس في أصول القانون، دار النهضة العربية، 1971.
- (62) جنيف فيني، المطول في القانون المدني، مدخل إلى المسؤولية، ترجمة عبد الأمير إبراهيم شمس الدين، ط 01، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والطبع، بيروت، 2011.
- (63) حاج آدم حسن ظاهر، شرح قانون الإثبات السوداني، ط 02، مركز شريح للدراسات القانونية والتدريب، الخرطوم، السودان، 2009.
- (64) حسام الدين عمر بن عبد العزيز، كتاب شرح أدب القاضي، للخصاف، تحقيق هلال سرحان، ط 01، مطبعة الإرشاد، بغداد، الجمهورية العراقية، وزارة الأوقاف، إحياء التراث الإسلامي، 1977.
- (65) حسن عبد الباسط جميعي، الاثبات في المواد المدنية والتجارية.
- (66) حسن كيرة، المدخل في القانون، القانون بوجه عام، النظرية العامة للقانون، النظرية العامة للحق، القسم الأول، ط 01، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993.
- (67) حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، ج 01، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دون سنة.
- (68) الحكومة المصرية، وزارة العدل المصرية، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، ج 02، الالتزامات، مصادر الالتزام، المواد (89 إلى 264)، مطبعة دار الكتاب العربي، مصر، دون سنة.
- (69) الحكومة المصرية، وزارة العدل، القانون المدني، مجموعة الأعمال التحضيرية، ج 01، الباب التمهيدي، أحكام عامة، (من المادة 01 إلى المادة 88) مطبعة دار الكتاب العربي، دون سنة.

قائمة المصادر والمراجع

- (70) الحكومة المصرية، وزارة العدل، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، ج 02، الالتزامات، مصادر الالتزام، من المادة 89 إلى المادة 264، مطبعة دار الكتاب العربي، مصر، دون سنة.
- (71) حمدي باشا عمر، مبادئ القضاء في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015.
- (72) حيدر فليح حسين، محمد غانم يونس، نطاق سلطة القاضي في تكميل العقد والقيود التي ترد عليها، دراسة مقارنة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، ع 02، سنة 2018.
- (73) حيدر يوسف عزيز عبد الرضا، يوسف عودة غانم، نظرية الظروف الطارئة وسيلة لمواجهة جائحة كورونا، مجلة دراسات البصرة، ع 44، لسنة 17، 2022.
- (74) خالد جمال أحمد حسن، الوسيط في مصادر الالتزام، دراسة تحليلية في ظل القانون المدني المصري، 2019.
- (75) خالد سعود بشير الجبور، التفريد العقابي في القانون الأردني، ط 01، دار وائل للنشر، 2009.
- (76) خالد عبد حسن الحديثي، تكميل العقد، دراسة مقارنة، ط 01، منشورات الحلبي، 2012، ص 144.
- (77) خليل احمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج 01، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
- (78) خليل أحمد ج حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
- (79) دربال عبد الرزاق، المختصر في الإجراءات المدنية والإدارية، برتي للنشر، الجزائر، 2022.
- (80) رافية عبد الجبار علي، سلطة القاضي في تعديل العقد، دراسة قانونية مقارنة، ط 01، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2017.
- (81) راميا الحاج، مبدأ حياد القاضي المدني بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص 49.
- (82) رحاب عمر سالم، عمر سالم، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجنائية، ج 01، دار النهضة العربية، 2010.
- (83) رشدي محمد السعيد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية وفقا للقانون المصري والكويتي، ط 01، مؤسسة دار الكتاب، الكويت، 1999.
- (84) رفيق يونس المصري، هل التأمين التجاري جائز شرعا، ط 01، دار البشير، جدة، السعودية، 2001.
- (85) رمسيس بهنام، الإجراءات الجنائية تأصيلا وتحليلا، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1984.
- (86) رمسيس بهنام، نظرية التجريم في القانون الجنائي، معيار سلطة العقاب تشريعا وتطبيقا، ط 2، دون ناشر.
- (87) رمضان أبو السعود، مبادئ الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.
- (88) رمضان محمد بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصري منها، دار النهضة العربية، 1966.
- (89) رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، دار الفكر العربي، 1979.
- (90) الزرقا مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، ط 06، ج 02، مطبعة جامعة دمشق، سوريا، 1397 هـ.

قائمة المصادر والمراجع

- 91) زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود مع مقارنته بالقوانين الحديثة والشرعية الإسلامية، ط 01، ج 05، منشورات المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، دون سنة نشر
- 92) سامي الجري، شرط المسؤولية المدنية في القانون التونسي والمقارن، ط 01، التفسير الفني، تونس، 2011.
- 93) سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، دون طبعة، دون دار نشر، 1993.
- 94) سعيد احمد شعله، قضاء النقص المدني في التعويض، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دون سنة.
- 95) سعيد سعد عبد السلام، مصادر الالتزام المدني، ط 01، دار النهضة العربية، 2002-2003.
- 96) سليمان الطماوي، السلطة التقديرية والسلطة المقيدة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، س 04، ع 1.2، سنة 1950.
- 97) سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثاني، قضاء التعويض وطرق الطعن فيه، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1986.
- 98) سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، ط 01، دار الفكر العربي، مصر، 1957.
- 99) سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القضاء الإداري، دراسة مقارنة، دون طبعة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1985.
- 100) سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة (الإنحراف بالسلطة)، دراسة مقارنة، ط 03، مطبعة جامعة عين شمس، دار الفكر العربي، 1978.
- 101) سليمان مرقس، أصول الإثبات و اجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري و مقارنا بتقنيات سائر البلاد العربية (الأدلة المطلقة)، ط 02، القاهرة، عالم الكتب، 1981.
- 102) سليمان مرقس، أصول الاثبات واجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارنا بتقنيات سائر البلاد العربية.
- 103) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، الأحكام العامة، المجلد الأول، ط 05، مكتبة زين الحقوقية، القاهرة، 1992.
- 104) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، مجلد 04، احكام الالتزام، مكتبة زين الحقوقية، دون بلد نشر، 1992.
- 105) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ط 06، ج 1، المدخل للعلوم القانونية، مطبعة السلام.
- 106) سمير تناغو، الالتزام القضائي، الحكم القضائي مصدر جديد للالتزام، (دراسة فنية لتعديل القاضي للعقد)، ط 1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2014.
- 107) سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974.
- 108) سمير سهيل دنون، المسؤولية المدنية عن الآلات الميكانيكية والتأمين الإلزامي عليها، دراسة مقارنة، د ط، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2005.
- 109) سمير عبد السيد تناغو، احكام الالتزام و الاثبات، ط 01، مكتبة الوفاء القانونية، 2009.
- 110) شحادة، محمد نور عبد الهادي، سلطة التكييف في القانون الإجرائي، دراسة مقارنة، ط 1، القاهرة، دار النهضة العربية، 1993.

قائمة المصادر والمراجع

- (111) شريف أحمد الطباخ، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، التطبيق العملي لدعاوى التعويض، ج 01، ط 01، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2012.
- (112) شمس الدين الوكيل، دروس في العقد وبعض أحكام الالتزام، ط 01، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1960-1961.
- (113) شمس الدين الوكيل، مبادئ القانون المدني، ط 01، منشأة المعارف الإسكندرية، 1986.
- (114) شوقي بناسي، قانون العقود، دراسة في القانون المدني الجزائري والفرنسي (المعدل) والفقه الإسلامي، ط 01، عموميات في العقد، ج 01، بيت الأفكار، الجزائر، 2022.
- (115) الشيخ عبد القادر، فن الصياغة القانونية تشريعا وفقها وقضاء، ط 01، مكتبة دار الثقافة، عمان.
- (116) شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في ابرام العقود، ط 1 دار دجلة، المملكة الأردنية الهاشمية، 2008.
- (117) صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
- (118) الطبري محمد بن جرير، تفسير الطبري (جامع البيان عن تأويل آي القرآن)، المجلد الثالث، ط 01، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1994.
- (119) طعيمة الجرف، القانون الإداري، دراسة مقارنة في تنظيم ونشاط الإدارة العامة، دون طبعة، ملتزم الطبع والنشر مكتبة القاهرة الحديثة، دار الحمامي للطباعة والنشر، القاهرة، 1970.
- (120) الطماوي سليمان محمد سليمان، مشكلة استبعاد المشرع لبعض القرارات الإدارية من رقابة القضاء الإداري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، مج 03، ع 01، سنة 1961.
- (121) الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، علما وعملا، ط 01، دون دار نشر، 2010.
- (122) عادل حسن علي، الإثبات- أحكام الالتزام، مكتبة زهراء الشرق، دون بلد نشر، 1997.
- (123) عامر علي حسن أبو رمان، دور القاضي في استكمال العقد في القانون المدني: دراسة مقارنة، ط 01، دار الحامد، للنشر والتوزيع، الأردن، 2015.
- (124) عباس العبودي، السندات العادية ودورها في الإثبات المدني، ط 01، الدار العلمية الدولية، الأردن، عمان، 2001.
- (125) عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، الإسكندرية، 1993.
- (126) عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993.
- (127) عبد الحميد أبو هيف، القانون الدولي الخاص، ط 02، مطبعة السعادة، مصر، 1927.
- (128) عبد الحميد الشواربي، عاطف الشواربي، عمرو الشواربي، البطلان المدني، الإجرائي، والموضوعي، المكتب الجامعي الحديث، 2010.
- (129) عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، ط 03، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1997.
- (130) عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج 01، المطبعة العالمية القاهرة، القاهرة، 1962.

قائمة المصادر والمراجع

- 131) عبد الرحمان خلفي، محاضرات في القانون الجنائي العام، محاضرات موجهة لطلبة السنة الثانية ل-م-د، قسم التعليم القاعدي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، 2016-2017.
- 132) عبد الرزاق أحمد السنهاوري باشا، أحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1950.
- 133) عبد الرزاق احمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.
- 134) عبد الرزاق احمد السنهاوري، التصرف القانوني والواقعة القانونية، دروس لقسم الدكتوراه، دبلوم القانون الخاص، القانون المدني مع التعمق، كلية الحقوق جامعة القاهرة، مطبعة البرلمان، 1953-1954.
- 135) عبد الرزاق احمد السنهاوري، الوجيز في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، المصادر، الإثبات، الآثار، الأوصاف، الانتقال، الانقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966.
- 136) عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، ط 03، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011.
- 137) عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، مصادر الإلتزام، مرجع سابق.
- 138) عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 03، نظرية الإلتزام بوجه عام، الأوصاف، الحوالة، الانقضاء، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دون سنة.
- 139) عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام، ج 02، الإثبات، آثار الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.
- 140) عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام، الكتاب الثاني، في الإثبات و آثار الإلتزام، الطبعة الثالثة الجديدة، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2011.
- 141) عبد الرزاق أحمد السنهاوري، علم أصول القانون، خلاصة المحاضرات التي ألقاها الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهاوري بك عميد كلية الحقوق، على طلبة السنة الأولى بكلية الحقوق في علم أصول القانون، كمقدمة تمهيدية لدراسة القانون بوجه عام ودراسة القانون المدني بوجه خاص، مطبعة فتح الله الياس وأولاده، مصر، 1936.
- 142) عبد الرزاق أحمد باشا السنهاوري، نظرية العقد، ط 2 الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ج 02، 1998.
- 143) عبد الرزاق أحمد باشا السنهاوري، نظرية العقد، ط 2 الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الجزء 2، 1998.
- 144) عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة، دراسة تاريخية ومقارنة للنظرية في الشريعة الإسلامية والشرائع الأوروبية وتطبيقات النظرية في تقنيات البلاد العربية، دار الفكر، 1971.
- 145) عبد السلام ذيب، الطعن بالنقض في المواد المدنية قانونا وقضاء، ط 02، موقم للنشر، 2016.

قائمة المصادر والمراجع

- (146) عبد العزيز فهي، مدونة جوستينيان في الفقه الروماني (Institutes de Justinien)، دار الكاتب المصري، القاهرة، سنة 1946.
- (147) عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية القانون، ط 04، دار الكتاب العربي، مصر، 1965.
- (148) عبد القادر البقيرات، مبادئ القانون التجاري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011.
- (149) عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، ط 02، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
- (150) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، ج 01، الجريمة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995.
- (151) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، ج 01، الجريمة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995.
- (152) عبد الله طلبة، القانون الإداري، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، القضاء الإداري، ط 02، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، منشورات جامعة حلب، دون سنة.
- (153) عبد الله وهابية، شرح قانون الإجراءات الجزائية، ج 01، ط 01، بيت الأفكار، الجزائر، 2022.
- (154) عبد الله وهابية، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، دون طبعة، موفم للنشر، الجزائر، 2015.
- (155) عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 1990.
- (156) العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني، المصادر الارادية، العقد والإرادة المنفردة، الجزء الثاني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.
- (157) عز الدين الديناصورى، حامد عكاز، التعليق على قانون الإثبات، ك 04، دار النهضة العربية، مصر، 1977.
- (158) عز الدين الديناصورى، عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، ج 01، دار المطبوعات الجامعية، 2015.
- (159) عصام أنور سليم، النظرية العامة للإثبات، في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.
- (160) علي أحمد الجراح، قواعد الإثبات بغير الكتابة في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان.
- (161) علي حسن الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، ج 02، ط 01، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2006.
- (162) علي حسن الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، ج 03، الرابطة السببية، ط 01، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2006.
- (163) علي حسن الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، ط 01، ج 01، الضرر، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2006.
- (164) علي حسن صاحب، مفهوم فسخ العقد في نطاق القانون المدني، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، ع 02، سنة 11، سنة 2019.
- (165) علي راشد، القانون الجنائي، المدخل وأصول النظرية العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974.

قائمة المصادر والمراجع

- (166) علي شملال، المستحدث في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، الكتاب الثاني، التحقيق والمحكمة، ط 02، Editions Itinéraires Scientifiques، الجزائر، 2022.
- (167) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون الجزائري، ط 05، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2003.
- (168) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط 09، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دون سنة.
- (169) علي فيلاي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، ط 03، موفم للنشر، الجزائر، 201.
- (170) علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، ط 03، دار موفم للنشر، الجزائر، 2013.
- (171) علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، ط 03، موفم للنشر، الجزائر، 2013.
- (172) عمار بوضياف، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دون ط، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
- (173) عمار بوضياف، دعوى التعويض في القانون الجزائري، مؤتمر: القضاء الإداري- الإلغاء والتعويض، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، الرياض، 2008.
- (174) عمار عوابدي، دروس في القانون الإداري، معهد العلوم القضائية والإدارية، جامعة الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
- (175) عمار عوابدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، دار هومة للطباعة والتوزيع، الجزائر، طبعة 2003.
- (176) عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية- دراسة تأصيلية، تحليلية، ومقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، طبعة 1998.
- (177) عمر زودة، الإثبات في المواد الجزائية، دون طبعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.
- (178) عمر زودة، الإثبات في المواد المدنية في ضوء أحكام القضاء آراء الفقهاء، ط 01، دار بلقيس، الجزائر، 2023.
- (179) عمر زودة، قانون الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، مرجع سابق،
- (180) فتحي والي، أحمد ماهر زغلول، نظرية البطلان في قانون المرافعات، ط 3، القاهرة، 1997 منشورات الحلبي الحقوقية.
- (181) فضل شاكر النعيمي، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، مطبعة دار الجاحظ، بغداد، 1969.
- (182) فؤاد محمد عوض، دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008، ص 232.
- (183) فؤاد محمود عوض، دور القاضي في تعديل العقد، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص 468.
- (184) فودة عبد الحكيم، التعويض المدني في المسؤولية المدنية التعاقدية والتقصيرية في ضوء الفقه وأحكام النقص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1998.
- (185) الفيروزي آباد، القاموس المحيط، ج 04، باب النون، فصل الياء، مؤسسة الرسالة، سنة 1987.

قائمة المصادر والمراجع

- (186) قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، ترجمة محمد حسن قاسم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2018.
- (187) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ط 01، ج 03، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2006.
- (188) قطب الريسوني، الإجهاد القضائي المعاصر، ط 01، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2007.
- (189) كتاب المبسوط لشمس الدين السرخسي، ط 01، مطبعة السعادة بجوار محافظة مصر، ج 16.
- (190) لسان العرب
- (191) ليله حمد كامل، مبادئ القانون الإداري، ط 1، مطابع منيمنة الحديثة، بيروت، 1968.
- (192) لين صلاح مطرن موسوعة قانون العقوبات العام والخاص للعلامة ريني غارو، مجلد 02، في الجريمة، في العقوبة الجزائرية منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 2003.
- (193) المبسوط للسرخسي، الجزء 16، كتاب أدب القاضي، ط 01، مطبعة السعادة، مصر، دون سنة
- (194) المجلة، المادة 233، المطبعة الأدبية، طبعة بيروت، سنة 1306.
- (195) مجمع اللغة العربية، قسم المعاجم و المقاييس، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، 2005.
- (196) محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، دار الفكر العربي، دون سنة، دون بلد نشر.
- (197) محمد أبو زيد، المدخل لدراسة القانون، الكتاب الأول، نظرية القانون.
- (198) محمد المنجي، دعوى التعويض مراحل الدعوى من تحرير الصحيفة إلى الطعن بالنقض، ط 01، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1990، ص 35.
- (199) محمد المنجي، دعوى التعويض، ط 01، دار الفكر العربي، 1990.
- (200) محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دراسة معمقة في القانون الجزائري، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2006
- (201) محمد حزيط، الإثبات في المواد المدنية والتجارية في القانون الجزائري، ط 02، دار بلقيس، الجزائر، 2022.
- (202) محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام بين آراء الفقه وأحكام القضاء، دون دار نشر، القاهرة، 2020.
- (203) محمد حسنين عبد العال، فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء، دون ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971.
- (204) محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية، بدون بلد نشر، 2000.
- (205) محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.
- (206) محمد شتا أبو سعد، التعويض القضائي، والشرط الجزائي، والفوائد القانونية، ط 01، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2001.

قائمة المصادر والمراجع

- (207) محمد شتا أبو سعود، الإثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية، المجلد الثاني، دار الفكر العربي، القاهرة، 1997.
- (208) محمد شكري سرور، موجز أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الثقافة العربية، 2015.
- (209) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى، الجزائر، طبعة 2022.
- (210) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة، منشورات دار الهدى، ط 2021.
- (211) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المسؤولية التقصيرية، دار الهدى، الجزائر، 2011.
- (212) محمد عبد الجواد محمد، بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون، مطبوعات جامعة القاهرة، الخرطوم، 1973.
- (213) محمد علي البدوي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ط 02، منشورات الجامعة المفتوحة، دون بلد نشر، 1993.
- (214) محمد كامل المصري، سيد مصطفى، أصول القوانين (مع تطبيقات من القانون المصري وبعض القوانين الأخرى) مطبعة الدهبانية، 1952.
- (215) محمد ليبب شنب، دروس في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1976-1977.
- (216) محمد معروف الدواليبي، الوجيز في الحقوق الرومانية وتاريخها، ج 01، ط 05، مكتبة الشرق ومطبعها، حلب، 1963.
- (217) محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، العقد، ط 2، دون ناشر، تونس، 1997.
- (218) محمود السقا، أضواء على تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.
- (219) محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 02، مطبعة جامعة القاهرة، 1990.
- (220) محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، ط 01، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.
- (221) مدونة جوستينيان في الفقه الروماني، ترجمة عبد العزيز فهمي، دار الكاتب المصري، القاهرة، 1946.
- (222) مسعود زبدة، القرائن القضائية، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001.
- (223) مصطفى أبو بكر، المسؤولية التقصيرية بين الخطأ والضرر في القانون المدني الجزائري، د ط، دار الجامعة الجديدة، 2015.
- (224) مصطفى الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2001.
- (225) مصطفى العوجي، القانون المدني، ط 02، ج 02، المسؤولية المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004.
- (226) مفلح عواد، البيانات في المواد المدنية والتجارية، ط 02، ج 02، المطابع التعاونية، الأردن، 1994.

قائمة المصادر والمراجع

- (227) مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992.
- (228) مم عمور سلامي، الوجيز في قانون المنازعات الإدارية، محاضرات أُلقيت على طلبة كلية الحقوق ، جامعة الجزائر، بن عكنون، السنة الجامعية، 2008-2009.
- (229) منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية، معززا بأراء الفقه وأحكام القضاء، ط 01، دار ثاراس للنشر والتوزيع، 2006.
- (230) منير محمد الجنبهي، ممدوح محمد الجنبهي، تزوير التوقيع الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- (231) نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مع المستحدث في تعديلات 2016 وما بعدها للتعنين المدني الفرنسي، دار الجامعة الجديدة، جمهورية مصر العربية، 2022.
- (232) نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن قاسم، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.
- (233) نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.
- (234) نبيل إسماعيل عمر، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص12.
- (235) نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية و التجارية، دراسة تحليلية و تطبيقية، دون ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر، 2002.
- (236) نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دراسة تحليلية وتطبيقية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002.
- (10) نجيب محمود حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط 04، دار النهضة العربية، مصر، 2011.
- (237) نجيب محمود حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، ط 06، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989.
- (238) نجيب محمود حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1962.
- (239) نصرأوين ليث كمال، أبو عزام صدام إبراهيم، مبادئ الصياغة التشريعية، ط 02، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2020.
- (240) نهاية السؤل للإمام جمال الدين عبد الرحيم الإسنوي المتوفي سنة 776 هجرية، في شرح منهاج الوصول في علم الأصول، للقاضي ناصر الدين عبد الله بن عمر بن محمد ابيضاوي المتوفي سنة 685 هجرية، ط 01، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1999.
- (241) هدى حامد قشقوش، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ج 01، دار النهضة العربية، مصر، 2020.

قائمة المصادر والمراجع

- (242) هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
- (243) هلاي عبد الله، النظرية العامة للإثبات في المواد الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1987.
- (244) وائل ثابت كاظم الطائي، الإثبات في الدعوى المدنية، الأحكام العامة للإثبات، أدلة الإثبات، ج 02، ط 01، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2023.
- (245) وائل ثابت كاظم الطائي، الإثبات، الأحكام العامة للإثبات- أدلة الإثبات، ج 01، الأحكام العامة للإثبات، ط 01، مركز الدراسات العربية، مصر، 2023.
- (246) وزارة العدل المصرية، القانون المدني، مجموعة الأعمال التحضيرية، الجزء الثاني، الالتزامات، مصادر الالتزام، من المادة 89 إلى المادة 264، مطبعة دار الكتاب العربي، مصر، دون سنة.
- (247) وزارة العدل المصرية، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، ج 03، الالتزامات، الأوصاف المعدلة لأثر الالتزام، الانتقال _ الانقضاء _ الإثبات، مطبعة احمد مخيمر بشارع فاروق، مصر، دون سنة.
- (248) يحي سامية، الإثبات بالقرائن القضائية في المواد المدنية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.
- (249) يوسف احمد النوافلة، الإثبات الالكتروني في المواد المدنية والمصرفية، ط 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012.
- (250) يوسف دلاندة، نظام التعويض عن الأضرار الجسمية والمادية الناتجة عن حوادث المرور، ط 05، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2016.

ثالثا: الرسائل الأكاديمية:

أ: رسائل الدكتوراه:

- (1) . بريبر محمد، مركز الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري (أحكام الزواج والطلاق نموذجاً)، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، بن يوسف بن خدة، 2020.
- (2) أبو رمان عامر علي حسن، دور القاضي في استكمال العقد في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة العلوم الإسلامية العالمية.
- (3) أبو رمان عامر علي حسن، دور القاضي في استكمال العقد في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان، الأردن، 2014.
- (4) أبو شنب المعتز عبد محمود، مدى إلزام محكمة التمييز بإختصاصها المحدد في قانون أصول المحاكمات المدنية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون، كلية القانون، جامعة عمان العربية، 2012.
- (5) أحمد بخيت محمد حسن، طرق انقضاء العقد وفقا لقانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984 م، دراسة مقارنة، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في الفقه المقارن، قسم القانون المقارن، كلية الشريعة والقانون، معهد بحوث ودراسات العالم الإسلامي، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2011.

قائمة المصادر والمراجع

- (6) أحمد عبد الرحمان إبراهيم محمد، سلطة القاضي التقديرية في وزن وتقدير البينات في الفقه الإسلامي والقانون، دراسة مقارنة، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في القانون المقارن، قسم الفقه المقارن، كلية الدراسات العليا، كلية الشريعة والقانون، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2016.
- (7) احمد كمال مفضي حسان، الإثبات بالقرائن في الأحوال الشخصية وتطبيقاته في دعاوى المحاكم الشرعية، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات درجة الدكتوراه في تخصص القضاء الشرعي، قسم الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان، الأردن، 2014.
- (8) ادريس حسن محمد حماد، المستندات في قانون الإثبات فقها وقضاء، دراسة مقارنة، بحث لنيل درجة الدكتوراه في الفقه المقارن، قسم الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، كلية الدراسات العليا، جامعة أم درمان الإسلامية، 2010.
- (9) اقيرا برنابا كورينا لوبنق، السلطة التقديرية للقاضي المدني في نطاق الرابطة العقدية والاثبات القضائي، دراسة مقارنة، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في القانون، الخرطوم، السودان، 2017.
- (10) أمخير يوسف عيسى حامد، سلطة المحكمة في تقدير العقوبة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة النيلين، الخرطوم، 2016.
- (11) انجشايري ربيعة، رقابة المحكمة العليا على الأحكام القضائية المدنية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، بن يوسف بن خدة، الجزائري، 2022-2023.
- (12) بن زويبر عمر، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، سعد حدين، جامعة الجزائر 01، ، الجزائر، سنة 2017.
- (13) البوسعيدى إسحاق بن احمد بن ناصر، القرائن وحجيتها في الإثبات، دراسة مقارنة، بحث لنيل درجة الدكتوراه، المعهد الأعلى لإصول الدين، جامعة الزيتونة، تونس، سنة 2000.
- (14) حسن عبد الرحيم الشيخ محمد، احكام التعويض الناشئ عن الضرر الادبي في التشريع والقضاء السوداني، دراسة مقارنة، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في القانون المقارن، قسم الدراسات النظرية، معهد بحوث ودراسات العالم الإسلامي، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2018.
- (15) حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق، بجامعة فؤاد الأول، مطبعة النهضة مصر، 1946.
- (16) الحضاونة تلا عقاب حسين، الأساس القانوني للتعويض، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في القانون، تخصص القانون الخاص، كلية الدراسات القانونية، العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، سنة 2005.
- (17) حمدان بسام أحمد مسلم، مطاق سلطة القاضي التقديرية في الخروج على قاعدة العقد شرعية المتعاقدين، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات درجة الدكتوراه في تخصص القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، قيم القانون المقارن، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان، الأردن، 2016.

قائمة المصادر والمراجع

- 18) حمدي محمد عبد الحياصات، السلطة التقديرية للقاضي المدني والرقابة القضائية عليها، أطروحة مقدمة إستمكالا لمتطلبات درجة الدكتوراه في تخصص القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان، الأردن، 2015.
- 19) خالد خميس المحمد، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية عليها، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة حلب، غير منشورة، 2008.
- 20) خليل جبريل حسن عيال سليمان، الطعن في الإقرار أثناء سير الدعوى وتطبيقاته في قانون أصول المحاكمات الشرعية، دراسة فقهية مقارنة، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، سنة 2010.
- 21) دغيش حملاوي، الشرط الجزائي وأثره في العقود بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم في الحقوق، تخصص القانون الخاص، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، ببسكرة، الجزائر، 2017-2018.
- 22) زرقون نور الدين، رقابة المحكمة العليا على القاضي المدني، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2012-2013.
- 23) سالم بن حميد بن محمد الصوافي، العوارض التي تقدر في قبول الشهادة، دراسة فقهية مقارنة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الشريعة الإسلامية، المعهد الأعلى لأصول الدين، جامعة الزيتونة، تونس، سنة 2007.
- 24) سالم سليم صلاح الرواشدة، أثر تفاقم الضرر الجسدي في تقدير الضمان (دراسة مقارنة)، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات منح درجة الدكتوراه فلسفة في القانون الخاص، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، عمان، الأردن، 2008.
- 25) سالم سليم صلاح الرواشدة، أثر تفاقم الضرر الجسدي في تقدير الضمان، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات منح درجة الدكتوراه فلسفة في القانون الخاص، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن، 2008.
- 26) سعيدة ياسين، الخطأ المفترض في المسؤولية الجنائية، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، فرع القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، المملكة المغربية، 20169-2017.
- 27) الشخاترة موسى نايف حسان، مفهوم الضرر في القانون الدولي لحماية البيئة، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات درجة الدكتوراه في القانون العام، قسم القانون المقارن، كلية الدراسات العليا، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان، الأردن، 2006.
- 28) شويات بشار محمود سليمان، الرقابة القضائية على عقد الإذعان في القانون الأردني، دراسة تحليلية، رسالة دكتوراه غير منشورة، قدمت استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة العلوم الإسلامية، كلية الدراسات العليا، الأردن، 2019.

قائمة المصادر والمراجع

- 29) الشيباني علي غانم احمد، نحو تنظيم قانوني لعب الاستغلال كعيب من عيوب الإرادة في القانون المدني الأردني والقانون المدني اليمني، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في القانون الخاص، قسم القانون المقارن، كلية الدراسات العليا، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان، الأردن، 2018.
- 30) صديقي محمد أمين عيسى، التعويض عن الضرر ومدى انتقاله إلى الورثة، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون المقارن، قسم القانون المقارن، قسم القانون المقارن، كلية الشريعة والقانون، كلية الدراسات العليا، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2011.
- 31) صديقي محمد أمين عيسى، التعويض عن الضرر ومدى انتقاله للورثة، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون المقارن، قسم القانون المقارن، كلية الشريعة والقانون، كلية الدراسات العليا، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، سنة 2011.
- 32) الصلوي ناصر عبد الرحمان قائد، أسس تقدير التعويض، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون اليمني والسوداني، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في الفقه المقارن، قسم الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، كلية الدراسات العليا، جامعة أم درمان، السودان، 2015.
- 33) طبيب فايزة، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه الطور الثالث في الحقوق، تخصص القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2018-2019.
- 34) الطراونة مصطفى عبد العزيز جمعة، القرائن القضائية لإثبات عدم مشروعية القرار المطعون فيه، دراسة مقارنة، (الأردن، مصر، فرنسا)، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات منح درجة الدكتوراه في القانون الإداري، كلية الدراسات العليا، جامعة عمان العربية، عمان، الأردن، 2009.
- 35) الطيب الزوبر هجانة، الإثبات بالقرائن الحديثة، دراسة فقهية مقارنة، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الفقه المقارن، معهد بحوث ودراسات العالم الإسلامي، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2009.
- 36) عبد الرحمن عبد العزيز متولي سعودي، سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1990.
- 37) عبد الكريم عواطف آدم عبد الله، إثبات العقد الإلكتروني في التشريع السوداني، دراسة مقارنة، كلية القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النيلين، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في القانون، السودان، 2016.
- 38) عيسى صديقي محمد أمين، التعويض عن الضرر ومدى انتقاله للورثة، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون المقارن، كلية الشريعة والقانون، كلية الدراسات العليا، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2011.
- 39) عضيد عزت أحمد، التعويض عن الضرر المتغير في المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النيلين، السودان، 2018.

قائمة المصادر والمراجع

- (40) علي حسن إبراهيم حساسنة، الإثبات بالقرائن، دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الأردني، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات درجة الدكتوراه في الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان، الأردن، 2017.
- (41) العمري محمد علي محمد علي، السلطة التقديرية في القضاء الإسلامي وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، 2005.
- (42) العميري علي هلال هليل، أثر المتغيرات على التعويض المدني: دراسة تطبيقية في المملكة العربية السعودية، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في القانون، قسم الدراسات النظرية، معهد بحوث ودراسات العالم الإسلامي، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2014.
- (43) غازي مبارك أحمد الذنبيات، دور الخبرة الفنية في إثبات التزوير في المستندات الخطية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في القانون الجنائي، كلية الدراسات القانونية العليا، القسم العام، جامعة عمان العربية، 2003.
- (44) فاضل زيدان محمد، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة كجزء من متطلبات درجة الدكتوراه في القانون، كلية القانون، جامعة بغداد، سنة 1987.
- (45) قوسطم شهرزاد، الإثبات بالقرائن في المادة الإدارية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون عام، قسم القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016-2017.
- (46) الكندي جمعة بن سعود بن سليمان، سقوط اليمين القضائية: يمين المدعى عليه الحاسمة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، المعهد الأعلى لأصول الدين، جامعة الزيتونة، تونس، 2000.
- (47) محمد بعجي، المسؤولية المدنية المترتبة عن حوادث السيارات، أطروحة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، سنة 2007-2008.
- (48) محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، بحث مقدم لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011-2012.
- (49) محمد حسن عبد الرحيم الشيخ، احكام التعويض الناشئ عن الضرر الادبي في التشريع والقضاء السوداني، دراسة مقارنة، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في القانون المقارن، قسم الدراسات النظرية، معهد بحوث ودراسات العالم الإسلامي، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2018.
- (50) محمد عبد الكريم فهد العلوان العابدي، القناعة الوجدانية للقاضي الجزائي ورقابة القضاء عليها، دراسة تحليلية مقارنة، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات منح درجة الدكتوراه فلسفة في القانون العام، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، 2008.

قائمة المصادر والمراجع

- 51) المذهبان نايف جليل فاضل، المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية في القانون الأردني والقانون المقارن، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات منح درجة الدكتوراه فلسفة في القانون، تخصص القانون الخاص، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، سنة 2006.
- 52) المعتصم فتح الرحمان علي، العقد الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون التجاري، قسم الدراسات النظرية، معهد البحوث ودراسات العالم الإسلامي، جامعو ام درمان الإسلامية، السودان، 2009.
- 53) منال ربوح، النظام العام والعقد، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في علوم القانون الخاص، فرع قانون حناية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2019.
- 54) ميسون يوسف محمد بن سعيد، انتقال الحق في التعويض، دراسة موازنة في القانونين الأردني والمصري، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات درجة الدكتوراه في القانون الخاص، قسم القانون المقارن، كلية الدراسات العليا، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان، 2016.
- 55) نزار أحمد عبد الله النويري، الضرر المعنوي أحكامه وتطبيقاته على المسائل الجنائية والمدنية والأحوال الشخصية، دراسة مقارنة، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في الفقه المقارن، قسم الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، كلية الدراسات العليا، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2004.
- 56) نصر الله محمد احمد شاعر، الأصول اللغوية في صياغة النصوص التشريعية (التشريعات الفلسطينية مثالا)، أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في الدراسات اللغوية، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، كلية الدراسات العليا، قسم اللغة العربية، عمان، 2013.
- ب: ماجستير:**
- 1) المقابلي علي بن سيف بن سالم، الرقابة القضائية على أعمال الضبط الإداري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة السلطان قابوس، عمان، 2012.
- 2) بوعكة شهبناز، السلطة التقديرية للإدارة، رسالة ماجستير في القانون الإداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح-ورقلة- 2014.
- 3) قريمس سارة، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، مذكرة مقدمة للحصول على شهادة الماجستير في فرع القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، بن يوسف بن خدة، 2011-2012.
- 4) إبراهيم بن جديد، السلطة التقديرية للقاضي المدني، دراسة تحليلية، رسالة ماجستير في القانون، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1994-1995.
- 5) أبو سرور أسماء موسى اسعد، ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني، أطروحة مقدمة استكمالاً للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2006.
- 6) الدعجة باسم محمد قبلان، الرقابة القضائية على القرارات الإدارية خلال فترة فيروس كورونا (كوفيد 19)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة جرش، الأردن، 2021.

قائمة المصادر والمراجع

- (7) الكري محمد، الإثبات بالقرائن في المواد المدنية، بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، 2013.
- (8) اللوزي، رائد عودة فارس، مدى سلطة المحكمة التمييز الأردنية بالتفرقة بين مسائل الواقع و مسائل القانون: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة عمان العربية، الأردن، 2018.
- (9) انساعدا احسان، التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) في القانون المدني، دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 02، سنة 2014-2015.
- (10) بطيبي حسين، القضاء بالقرائن في الشريعة والقانون -دراسة مقارنة-، بحث لنيل شهادة الماجستير فرع العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، بن عكنون، 1997-1998.
- (11) بيطار صابرينة، التعويض في نطاق المسؤولية المدنية في القانون التجاري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة احمد دراية، ادرار، الجزائر، سنة 2015.
- (12) داودي مخلوف، الشرط الجزائي في النظام القانوني الجزائري واحكام الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، قسم الشريعة، كلية العلوم الإسلامية، الخروبة، جامعة الجزائر 01، سنة 2010-2011.
- (13) درويش سة ركة و ت كريم، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي والقانون العراقي والسوداني (دراسة مقارنة)، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون المقارن، كلية الشريعة و القانون، قسم الفقه المقارن، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2011.
- (14) سليمان سليمان محمد، اليمين كطريق من طرق الإثبات: دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير، كلية الشريعة والقانون، جامعة ام درمان الإسلامية، السودان، 1997.
- (15) سوزان عبد الحميد حسين أبو السعود، تحديد نطاق العقد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الماجستير في الفقه وأصوله، قسم الفقه وأصوله، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، 2005-2006.
- (16) صلاح خمس بركة، الاستثناءات الواردة على القاعدة العامة للعقود، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الفقه الإسلامي والقانون، قسم الفقه المقارن، كلية الدراسات العليا شريعة وقانون، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2006.
- (17) عاشور فطيمة، تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2003-2004.
- (18) عبد المجيد طيبي، الشرط الجزائي وبعض تطبيقاته المعاصرة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون، قسم الشريعة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة العقيد الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2003-2004.

قائمة المصادر والمراجع

- 19) فاطمة الزهراء تبوب، السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية بين عكنون، 1996-1997
- 20) مبارك صديق فضل سيد احمد، المسؤولية المدنية عن عمل الغير في القانون السوداني، دراسة مقارنة، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الشريعة والقانون، جامعة افريقيا العالمية، جمهورية السودان، 2019.
- 21) محمد شوكت فلاح، الإشكالات القانونية التي يثيرها العقد الإلكتروني، رسالة مقدمة استكمالاً للحصول على متطلبات درجة الماجستير في القانون، جامعة جرش، كلية الحقوق، عمادة البحث العلمي والدراسات العليا، الأردن، 2019.
- 22) محمد مهند جاسم، الصياغة التشريعية بين لغة القانون وقانون اللغة، رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون العام، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2020.
- 23) مشاري سعد صالح الطويل الرشيد، مسؤولية عديم التمييز عن الفعل الضار، رسالة مقدمة لاستكمال الحصول على متطلبات درجة الماجستير في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الآداب، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2010.
- 24) نويرة سامية، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، الجزائر، 2012.
- 25) هلا عبد الله سراج، مدى لزوم الخطأ كركن من أركان المسؤولية التقصيرية، بحث مقدم استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، فلسطين، 2013.
- 26) وسيلة بورجو، دور الخطأ في التعويض عن حوادث العمل، مذكرة لاستكمال متطلبات الحصول على شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، الجزائر 01، 2013.
- 27) وليد محمد الحسين، دور القاضي المدني في تكملة العقد، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات كلية القانون بجامعة قطر للحصول على درجة الماجستير في القانون، كلية القانون، جامعة قطر، سنة 2022.

رابعاً: المقالات الأكاديمية.

- 1) ابتهاج زيد علي، التعويض عن الضرر البيئي، مجلة مركز دراسات الكوفة، مج 01، ع 34.
- 2) إبراهيم صالح الصرايرة، علاء محمد الفواعير، مهمة إثبات القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني وفقاً للتشريع الأردني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، مج 43، ملحق 03، سنة 2016.
- 3) ابري محيسن، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، ع 16.

قائمة المصادر والمراجع

- (4) أبو ارميلة بسام محمد، مفهوم السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية عليها (دراسة مقارنة بين القضائين الإداريين الفرنسي والسعودي)، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد والإدارة، مج 25، ع 01، سنة 2011، ص 176.
- (5) أبو سعد محمد شتا، السلطة التقديرية للقاضي المدني في ضوء المعايير والقواعد القانونية المرنة والجامدة، مجلة مصر المعاصرة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، مج 77، ع 406.
- (6) أحمد ديهوم، الظروف الطارئة ودورها في تعديل الالتزام العقدي، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، مج 07، ع 02، سنة 2011.
- (7) أحمد سعود، دور قاضي تطبيق العقوبات في تطبيق عقوبة العمل للنفع العام، مجلة القانون والعمل، مج 05، ع 01، 2017.
- (8) أحمد علي الجدوب، نظرية العودة إلى الجريمة في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، مجلة الوعي الإسلامي، س 09، ع 07، 1973.
- (9) أحمد غراي، المرجعية الفقهية لأحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري وموقع المذهب المالكي منها، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 01، العدد 23.
- (10) أحمد محمد أحمد الزين، الضرر في إطار المسؤولية التقصيرية في التشريع العماني، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، مج 08، ع 01، سنة 2023.
- (11) ازوا عبد القادر، ضمانات التعويض في ظل تطور مفهوم المسؤولية المدنية، يوم دراسية حول الاتجاهات الحديثة في نظرية المسؤولية المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق ومخبر القانون والمجتمع، جامعة أدرار، الجزائر، 2013.
- (12) أمال بن هتالة، سلوى قداش، سلطة القاضي المدني في إعادة التوازن العقدي لعقود الاستهلاك، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد 14، سنة 2017.
- (13) أنس احسان شاكر، إشكالية تقدير التعويض في المسؤولية المدنية، مجلة دراسات قانونية، ع 53، سنة 2022.
- (14) البقالي وديع، المصلحة العامة والسلطة التقديرية للإدارة، مجلة الدراسات القانونية والإدارية، ع 18، سنة 2017، ص 273.
- (15) بن سيف الدين محمد، العقد الإلكتروني ووسائل إثباته، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، مج 27، ع 07، سنة 2019، ص 13.
- (16) بن مختار إبراهيم، التعويض عن الضرر المرتد في القانون الجزائري، حوليات كلية الحقوق والعلوم السياسية، مج 10، ع 01، 2018.
- (17) بنعياش رشيد، المصلحة العامة أساس وجود الدولة، المجلة المغربية للسياسات العمومية، ع 22، سنة 2017.
- (18) بوبكر فارس، دور القاضي في تحقيق التوازن العقدي في عقود الإذعان، مجلة طبمة للدراسات العلمية والأكاديمية، مج 04، ع 03، سنة 2021.

قائمة المصادر والمراجع

- 19) بوكرازة أحمد، الإبطال والفسخ، دراسة مقارنة بين النظامين في القانون المدني الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 03 ديسمبر 2021، مج 32، سنة 2021.
- 20) بوكرازة أحمد، القواعد الآمرة والقواعد المكملّة التفرقة بين القواعد الآمرة والمكملة مؤسسة على شروط التطبيق، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 24، العدد 01، سنة 2013.
- 21) حدي لالة أحمد، دور القاضي المدني في تطوير العقد، دراسة تحليلية في القانون المدني الجزائري
- 22) حسن السوسي، مفهوم القوة القاهرة في القانون الانكلوأمريكي، الأزمة الصحية نموذجاً، محلة المناء للدراسات القانونية والإدارية، عدد 35، يونيو 2021.
- 23) حسن خالد جمال أحمد، مبادئ الصياغة التشريعية، مجلة القانونية، هيئة التشريع والإفتاء القانوني، ع 04، البحرين، 2015.
- 24) حسن معتصم زكي، العودة إلى الجريمة، مجلة الشؤون الاجتماعية، جمعية الاجتماعيين في الشارقة، مج 16، ع 63، سنة 1999
- 25) حسيبة معامير، التعويض الإصلاحي والعقابي في نظام المسؤولية المدنية، مجلة الحقيقة مج 16، ع 01، 2017
- 26) دزيري ابتسام، سلطة القاضي في تكملة العقد، مجلة بحوث، جامعة الجزائر 01، مج 12، ع 01، سنة 2018.
- 27) دمانة محمد، المعايير التشريعية القضائية الحديثة لعدالة التعويض، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، مج 01، ع 01، سنة 2012.
- 28) دورية طرطاق، سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، مج 03، ع 01، سنة 2014.
- 29) رجائي، عبد الرحمان عبد القادر عوض، الإقرار القضائي وأثره على سير الدعوى المدنية، دراسة مقارنة، المجلة الدولية للعلوم الإنسانية والاجتماعية، ع 14، أغسطس 2020
- 30) رحمة تربش، العقد التوثيقي الإلكتروني، مجلة الإجهاد القضائي، مج 13، عدد خاص 25، جانفي 2021، ص 1007.
- 31) رمضان محمد بطيخ، مبدأ المشروعية وضمانات احترامه، ندوة دور القضاء الإداري في دعم وتعزيز الخدمة المدنية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، 2007.
- 32) الرميخاني وليد بن سليمان، تفسير القاعدة القانونية، المجلة العربية للآداب والدراسات والإنسانية، ع 19، سنة 2021.
- 33) رياض أحمد عبد الغفور، شروق عباس فاضل، دور العدالة في تكميل العقود، مجلة البحوث القانونية والسياسية، ع 13، سنة 2019
- 34) زروق العربي، مبدأ الموازنة بين التكاليف والمزايا بين (بين المنافع والاضرار)، النظرية التقييمية كأسلوب حديث لمراقبة ملائمة القرارات الإدارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، مج 44، ع 01، سنة 2007.

قائمة المصادر والمراجع

- (35) سامية قرجع، المسؤولية المدنية عن الضرر البيئي في التشريع الجزائري، مجلة تجسير للبحوث والدراسات، مج 02، ع 01، سنة 2022.
- (36) سعاد عاشور، مقترح في نظرية الظروف الطارئة، مجلة القانون والاعمال، عدد 20 نوفمبر 2018.
- (37) سلهب كندة فيصل، دعوى القضاء الكامل (دعوى التعويض) مفهومها- خصائصها- تمييزها عن دعوى الإلغاء، مجلة جامعة تشرين للبحوث والدراسات العلمية ، سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية، مج 41، ع 06، سنة 2019.
- (38) سناء رحمانى، القاعدة الفقهية (المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة) ودورها في مكافحة الفساد، مجلة الأحياء، مج 19، ع 22، سنة 2019.
- (39) شحاتة إبراهيم إبراهيم، في إجتهد القاضي (نظرة مقارنة)، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مج 04، ع 02، 1962.
- (40) شوقي بناسي، مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، والسياسية، مج 48، ع 02، سنة 2011.
- (41) صلاح الدين دكدك، سلطة القاضي في تقدير التعويض عن المسؤولية المدنية في القانون والقضاء الجزائري، مجلة الفقه والقانون، ع 21، سنة 2014.
- (42) صلاح علو محمد، أحمد صباح غدير، الحجية القانونية للسندات الإلكترونية، مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، مج 10، ع 37، سنة 2021.
- (43) طلعت يوسف خاطر، الظروف الطارئة في قانون المرافعات، دراسة تأصيلية مقارنة، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، مج 04، ع 01، سنة 2018.
- (44) عبد الرزاق وهبة سيد أحمد، مدى سلطة القاضي في تعديل العقد في ظل جائحة كورونا واحترام مبدأ سلطان الإرادة، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الراصد للحقوق، مج 22، عدد 79، السنة 24 سنة 2022.
- (45) عبد القادر حوبة أثر الإجتهد القضائي على حركة التشريع، مجلة الحقوق و العلوم السياسية جامعة خنشلة، مجلد 08 عدد 02 سنة 2021.
- (46) عبد الله الأمير طه، التعويض عن ضياع فرصة الانتفاع، مجلة العهد، عدد 15، لسنة 2023.
- (47) عبوب زهيرة، طبيعة التعويض عن الضرر المعنوي، مجلة الدراسات القانونية، مجلد 02، ع 03، سنة 2016.
- (48) عثمانى عبد الرحمان، بو برقيق عبد الرحيم، عقوبة الغرامة النسبية وجرائم الفساد في القانون الجزائري، مجلة الإجتهد للدراسات القانونية والاقتصادية، مج 10، ع 02، سنة 2021.
- (49) العزوزي جمال، الرقابة القضائية على أعمال السلطة التقديرية للإدارة بين النظريتين، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، عدد 07 لشهر سبتمبر، 2014.
- (50) عزيز أقيير، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية لمحاكم الموضوع في تقدير التعويض، مجلة قانونك، العدد 04، السنة الأولى، 2017.

قائمة المصادر والمراجع

- 51) عزيز كاظم الخفاجي، شيماء عقيل متعب، أثر جسامه الخطأ في تقدير التعويض، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، مج 11، ع 43، سنة 2019
- 52) عسالي عرعارة، تفويت الفرصة في القانون المدني، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، مج 07، ع 03، سنة 2022.
- 53) العطري أحمد، بطيحي حسين، الآثار الأصلية للعقد الباطل، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، مج 08، العدد 01، سنة 2022.
- 54) العكام محمد فاروق، طريقة تعويض الضرر ووقت تقدير التعويض: دراسة فقهية مقارنة، مجلة كلية دار العلوم، القاهرة، عدد 34، عام 2005.
- 55) علي شملال، عقوبة العمل للنفع العام، مجلة حوليات جامعة الجزائر 01، مجلد 35، عدد 02، 2021.
- 56) علي عادل محمد، العذر الطارئ في عقد الإيجار وطبيعته علاقته بنظرية الظروف الطارئة، دراسة مقارنة، journal sharaia and law، ع 65، سنة 30، يناير 2016.
- 57) عمرو أحمد عبد المنعم دبش، أركان المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، مج 04، ع 02، سنة 2019.
- 58) العموري محمد رسول، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية وأساليب الحد منها، مجلة تشرين للبحوث والدراسات العلمية، سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية، مج 37، ع 04، سنة 2015.
- 59) عواطف عبد المجيد، القصور التشريعي، مجلة دجلة، مج 02، ع 01، سنة 2019.
- 60) عيادة مصطفى، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مجلة الاجتهاد القضائي، مج 09، ع 14، 2017.
- 61) عيساوي رجاء، نطاق فكرة استكمال العقد وابعادها، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، مجلد 03، عدد 1، سنة 2018.
- 62) عيسى حسين عبد علي، محمود سليمان كريم، أثر صفة المجني عليه في تشديد العقاب في الجرائم الماسة بحق الحياة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، كلية القانون والعلوم السياسية، مج 09، ع 34، سنة 2020
- 63) العيسى غزيل سعد عبد الله، محددات وضوابط السلطة التقديرية في اتخاذ القرارات الإدارية ودور القضاء في الرقابة عليها، المجلة العربية للإدارة، مج 39، ع 03، سنة .
- 64) غنية باطلي، الكتابة الإلكترونية، المجلة الجزائرية لقانون الاعمال، ع 02، ديسمبر 2020.
- 65) فرقاني قويد نور الإسلام ، العهوامل المؤثرة في تقدير التعويض عن الفعل الضار، مجلة صوت القانون، مج 08، ع 01، سنة 2021.
- 66) الفواعير علاء محمد علي، مناهج التفسير القضائي للعقد في القانون المدني الأردني، مجلة دراسات- علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، عمادة البحث العلمي، مج 46، ع 02، سنة 2019.
- 67) كاظم هناء عباس، السلطة التقديرية ومبدأ المشروعية، مجلة الكلية الإسلامية الجامعة، مج 05، ع 15، سنة 2011

قائمة المصادر والمراجع

- (68) كروعي نبيل، خليفي مريم، خصوصية تفسير العقد وتحديد مضمونه وفقا لمقتضيات حسن النية، مجلة القانون والعلوم السياسية، مج 08، ع 1، سنة 2022.
- (69) لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائري، 1990.
- (70) محسن منصور حاتم، الأثر الإجرائي للواقع والقانون في تحديد وصف محكمة التمييز، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 01، جامعة بابل، كلية القانون، العراق، 2009.
- (71) محفوظ عبد القادر، فيروس كورونا بين القوة القاهرة والظروف الطارئة، مجلة الدراسات الحقوقية، مج 08، ع 01، سنة 2021.
- (72) محمد أحمد سويلم، سلطة القاضي في تطويع العقد في ظل جائحة كورونا في القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، حولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالمنصورة، مجلد 22، عدد 02، سنة 2020.
- (73) محمد أحمد سويلم، سلطة القاضي في تطويع العقد في ظل جائحة كورونا في القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، حولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالمنصورة، مج 22، ع 02، سنة 2022.
- (74) محمد رشدي موسى الطيب، مبدأ المشروعية في القرار الإداري، مجلة العدل، س 22، ع 56، سنة 2020.
- (75) محمد شيخ البراهيم، المسؤولية التقصيرية ونتائجها في القانون السوري، مجلة كلية تراث الجامعة/ مج 01، ع 31، سنة 2021.
- (76) محمد عبد الجواد، مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة، بحث منشور في مجلة المحاماة، العدد 1، السنة 39، مصر، 1958.
- (77) محمد محمد سادات مرزوق، الشروط التعاقدية غير العادلة، دراسة مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، العدد 56، سنة 2014.
- (78) المخزومي عمر محمود سليمان، السلطة التقديرية في اتخاذ القرارات الإدارية، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، مج 10، ع 31، سنة 2017.
- (79) مستاري عادل، التمييز بين الواقع و القانون في الدعوى الجنائية، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد حيضر بسكرة، المجلد 11، العدد 21، لسنة 2011، ص 297.
- (80) مسعودي محمد لمين، مبدأ الوجاهية بين الخصوم أمام القضاء، دراسة مقارنة (القانون الجزائري- الشريعة الإسلامية)، مجلة الدراسات الإسلامية، مج 05، ع 09، سنة 2017.
- (81) مصعور فطيمة الزهرة، خصوصية التعويض عن الضرر المعنوي في القانون المدني الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، مج 11، ع 02، سنة 2024.
- (82) مقلد غادي عاطف، رقابة التناسب في اجتهاد القضاء الإداري، مجلة الفكر القانوني والسياسي، مج 05، ع .
- (83) مقني بن عمار، قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدعى (مظهر من مظاهر الحماية القانونية للأطراف المستضعفة)، المجلة الجزائرية للقانون المقارن، العدد 01، ص 152،

قائمة المصادر والمراجع

- 84) ممدوح خليل البحر، القيود الواردة على سلطة القاضي الجزائي في وزن الأدلة، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، ع 29 لشهر ابريل، 2001
- 85) منهل عبد الغني قلندر، الإذعان بين العقد والنظام القانوني، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الرافدين للحقوق، مج 16، ع 59، السنة 18، 2013.
- 86) نابي عبد القادر، حدود التشابه والاختلاف بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة للإدارة، دفاثر السياسة والقانون، مجلد 07، عدد 13، سنة 2015.
- 87) ناتوري كريم، المعاملة الإجرائية لتطبيق القانون الأجنبي في قواعد تنازع القوانين الجزائرية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مج 13، ع 01، سنة 2022.
- 88) نادية باس خضير، حجية المحررات الإلكترونية، ع 19، ط 02، مايو 2019.
- 89) نجيبة بادي، إثبات العقد الإلكتروني، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، مج 10، ع 02، ج 02، سنة 2017.
- 90) نسير رفيق، سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مج 17، ع 01، سنة 2018.
- 91) نسيغة فيصل، النظام العام، مجلة المنتدى القانونية، ع 05، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، 2008.
- 92) نعمون آسيا، نظام وقف تنفيذ العقوبة في التشريع الجزائري وسلطة القاضي الجزائي في تفعيله، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، مج 06، ع 01، رقم العدد التسلسلي 15، سنة 2019.
- 93) هایل عبد الحفيظ داود، فسخ عقد البيع لعدم دفع المشتري للثمن، دراسة فقهية قانونية مقارنة، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، مج 28، ع 01، سنة 2013.
- 94) الهروط صهيب علي خلف، سلطة القاضي في تقدير وسائل الإثبات في القانون الأردني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، مج 46، ع 01، سنة 2019.
- 95) ياقوتة عليوات، السلطة التقديرية للإدابة، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، ع 34، 2015.
- 96) يوسف بوكنيفي، أثر طلبات الأطراف على سلطة القاضي في تقدير التعويض، مجلة القضاء المدني، مج 07، ع 13، سنة 2016، ص 25.

خامسا: الملتقيات:

- 11) أ. ر (مستشار الدولة بالغرفة الثانية، القسم الثاني)، دعوى إلغاء ومراقبة القاضي الإداري لمبدأ الملاءمة والمشروعية، محاضرات مجلس الدولة، المحاضرة الثانية، 07 جويلية 2021، منشورة بالموقع الرسمي لمجلس الدولة الجزائري .
- 12) مم عمار بوضياف، علاقة مبدأ المشروعية بالدعوى الإدارية (دعوى الإلغاء نموذجاً)، مؤتمر القضاء الإداري- دعوى الإلغاء والتعويض- المنظمة العربية للتنمية الإدارية، الرياض، السعودية، 2008.

سادسا: الأحكام القضائية:

1. الطعن رقم 9726، لسنة 85 قضائية، الدائرة المدنية، دائرة الإثنين (د) المدنية، صادر بتاريخ 07/31/

قائمة المصادر والمراجع

2. الحكم 15260 لسنة 79 قضائية، حكم صادر عن الدائرة التجارية والاقتصادية بتاريخ 2016/03/13.
3. الحكم 19617 لسنة 74 قضائية، دائرة السبب (ج) المدنية، حكم صادر بتاريخ 2016/05/28،
4. الحكم 4781 لسنة 2014، محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية، صادر بتاريخ 2015/03/16.
5. الحكم رقم 10318 لسنة 80 قضائية، صادر عن الدائرة المدنية بتاريخ 2018/04/11،
6. الحكم رقم 16174 لسنة 84 قضائية، حكم صادر عن دائرة الإيجارات، بتاريخ 2017/16/21.
7. الحكم رقم 2420 لسنة 70 قضائية، محكمة النقض المصرية، تاريخ الفصل 2013/06/01.
8. الحكم رقم 26297 لسنة 86 قضائية، صادر عن الدائرة الجنائية بتاريخ 2013/02/19.
9. الحكم رقم 2637، لسنة 77 قضائية، صادر عن الدائرة المدنية بتاريخ 2019/01/06.
10. الحكم رقم 2905 لسنة 77 قضائية، صادر عن الدائرة الجنائية بتاريخ 2013/10/02.
11. الحكم رقم 5534 لسنة 2021، صادر عن محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية بتاريخ 2022/07/04.
12. الحكم رقم 60449 لسنة 77 قضائية، صادر عن الدائرة المدنية، بتاريخ 2018/05/07.
13. الحكم رقم 6876 لسنة 85 قضائية، الدائرة التجارية، حكم صادر بتاريخ 2017/03/26.
14. الحكم رقم 9139 لسنة 74 قضائية، محكمة النقض، الدائرة التجارية، حكم صادر بتاريخ 2015/06/22.
15. حكم رقم 637، سنة 70 قضائية، محكمة النقض، دائرة الأحوال الشخصية، حكم صادر بتاريخ 2009/16/08.
16. الحكم رقم 9368 لسنة 78 قضائية، صادر عن الدائرة المدنية، بتاريخ 19، 01، 2018.
17. الطعن بالنقض رقم 679 لسنة 71 قضائية، صادر عن الدوائر المدنية، جلسة 2008/10/25.
18. الطعن بالنقض رقم 774، لسنة 70 قضائية، صادر عن دوائر الأحوال الشخصية، جلسة 2008/10/08.
19. الطعن بالنقض رقم 337، لسنة 67 قضائية، صادر عن دوائر الأحوال الشخصية، جلسة 2007/05/07.
20. الطعن بالنقض رقم 36127، لسنة 85 قضائية، الدوائر الجنائية، جلسة 2017/12/27.
21. الطعن رقم 06 لسنة 75 قضائية، صادر عن دائرة الأحوال الشخصية بتاريخ 2010/03/09.
22. الطعن رقم 10056 لسنة 86 قضائية، صادر عن الدائرة المدنية والتجارية بتاريخ 2016/11/21.
23. الطعن رقم 13263 لسنة 87 قضائية، حكم صادر عن الدائرة الجنائية، بتاريخ 2019/12/17.
24. الطعن رقم 13409، لسنة 79 قضائية، صادر عن الدائرة المدنية بتاريخ 2019/06/08.
25. الطعن رقم 13887 لسنة 90 قضائية، صادر عن الدائرة المدنية بتاريخ 2024/06/28.
26. الطعن رقم 143691000 لسنة 65 قضائية، صادر عن الدائرة المدنية بتاريخ 2018/08/06.
27. الطعن رقم 16473، لسنة 83 قضائية، صادر عن الدائرة التجارية بتاريخ جلسة 2019/01/13.
28. الطعن رقم 2497 لسنة 66 قضائية، محكمة النقض المصرية، الدائرة المدنية، صادر بتاريخ 2011/03/23.
29. الطعن رقم 4469 لسنة 84 قضائية، صادر عن الدائرة المدنية بتاريخ 2019/04/14.
30. الطعن رقم 48610 لسنة 85 قضائية، حكم صادر عن الدائرة الجنائية، دائرة الاحد (ب)، تاريخ 2017/10/22.
31. الطعن رقم 637 لسنة 71 قضائية، حكم صادر عن الدائرة الجنائية بتاريخ 2008/05/05.
32. الطعن رقم 7201 لسنة 78 قضائية، الدائرة المدنية، جلسة الخميس (ب) المدنية، صادر بتاريخ 2017/03/09.
33. الطعن رقم 9542، لسنة 91 قضائية، صادر عن الدوائر التجارية، جلسة 2022/03/16.
34. الطعن رقم 991 لسنة 83 قضائية، حكم صادر عن الدائرة التجارية بتاريخ 2013/01/14.

قائمة المصادر والمراجع

35. الطعن رقم، الطعن رقم 9542 لسنة 91 قضائية، صادر عن الدائرة المدنية بتاريخ 2022/03/16.
36. القرار رقم 1034890، الصادر عن المحكمة العليا، الغرفة الجزائية، المؤرخ في 2018/05/23.
37. القضية رقم 2018/8470، محكمة التمييز الأردنية، بصفتها الحقوقية، قرار صادر بتاريخ 2019/04/01.
38. الملف رقم 1168774، قرار رقم 1168774، الغرفة المدنية، صادر بتاريخ 2018/01/18.
39. حكم رقم 15043 لسنة 76 قضائية، حكم صادر عن الدائرة التجارية بتاريخ 2011/03/22.
40. حكم رقم 943 لسنة 2022، محكمة التمييز الأردنية بصفتها الجزائية، صادر بتاريخ 2022/05/29.
41. حكم رقم 3853 لسنة 2017، صادر عن محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية، بتاريخ 2023/11/14.
42. حكم رقم 4372 لسنة 2022، صادر عن محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية، بتاريخ 2023/01/26.
43. حكم رقم 4516 لسنة 86 قضائية، الدائرة التجارية، حكم صادر بتاريخ 2018/12/26.
44. قرار رقم 1183 لسنة 2022 صادر عن محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية، بتاريخ 2022/05/30.
45. قرار رقم 924 لسنة 2021، صادر عن محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية، بتاريخ 2021/05/04.
46. وحكمة النقض المصرية، الحكم رقم 1746 لسنة 78، صادر عن الدائرة المدنية، بتاريخ 2016/02/07.
47. الحكم رقم 6865 لسنة 74 قضائية، صادر عن الدائرة المدنية بتاريخ 2013/06/09.
48. قرار رقم 24770، صادر عن الغرفة المدنية للمجلس الأعلى، بتاريخ 1982/04/14، المجلة القضائية عدد 04، لسنة 1989.
49. قرار رقم 90683، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1993/05/25، مجلة قضائية 1994، عدد 01.
50. محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية، الحكم رقم 4412، لسنة 2021، صادر بتاريخ 2021/11/14.
51. محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية، الحكم رقم 5986 لسنة 2023، صادر بجلسة 2023/12/31.
52. محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية، حكم رقم 374 لسنة 2001، صادر بتاريخ 2001/05/15.
53. محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية، حكم رقم 3876 لسنة 2006، صادر بتاريخ 2006/03/08.
54. محكمة التمييز الأردنية، بصفتها الحقوقية، حكم رقم 107 لسنة 2023، الصادر بتاريخ 2024/02/14.
55. محكمة النقض المصرية، الحكم رقم 237 لسنة 85، دائرة الإيجارات، حكم صادر بتاريخ 2016/01/24.
56. محكمة النقض المصرية، الحكم رقم 3693 لسنة 65 قضائية، حكم صادر عن الدائرة المدنية بتاريخ 2007/02/12.
57. محكمة النقض المصرية، الحكم رقم 410 لسنة 77 قضائية، حكم صادر عن دائرة الإيجارات بتاريخ، 2016/04/11.
58. محكمة النقض المصرية، الحكم رقم 99 لسنة 71 قضائية، حكم صادر عن الدائرة العمالية بتاريخ 2014/06/16.
59. محكمة النقض المصرية، حكم رقم 6131 لسنة 80 قضائية، حكم صادر عن الدائرة العمالية، بتاريخ 2018/06/18.
60. ملف رقم 278004 قرار صادر عن غرفة الاحوال الشخصية والمواريث بتاريخ 2002/01/16.
61. الطعن رقم 8154 لسنة 74 قضائية، الدائرة المدنية، حكم صادر بتاريخ 2014/06/07.
62. راجع أيضا في نفس السياق الطعن رقم 1192 لسنة 79 قضائية، صادر عن الدائرة المدنية بتاريخ 2017/07/01.
63. الطعن رقم 15360 لسنة 85 قضائية، صادر عن الدائرة التجارية بتاريخ 2017/03/09.

قائمة المصادر والمراجع

64. الطعن رقم 18393 لسنة 80 قضائية، صادر عن الدائرة التجارية بتاريخ 2016/03/28.
65. الطعن رقم 14903 لسنة 75 قضائية، صادر عن الدائرة المدنية بتاريخ 2015/01/04.
66. الحكم رقم 11625 لسنة 75 قضائية صادر عن الدائرة المدنية بتاريخ 2016/03/08.
67. الحكم رقم 4062 لسنة 77 قضائية، دائرة الخميس (أ) المدنية، حكم صادر بتاريخ 2015/05/07.
68. الحكم رقم 60888 لسنة 77 قضائية، حكم صادر عن الدائرة المدنية بتاريخ 2015/11/06.
69. الطعن رقم 10377، سنة 88 قضائية، صادر عن الدوائر الجنائية بتاريخ 2021-07-03.
70. الطعن رقم 16010 لسنة 85 قضائية، صادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 2016/12/08.
71. الطعن رقم 2038 لسنة 81، صادر عن الدائرة التجارية بتاريخ جلسة 2013/11/06.
72. حكم رقم 4234 لسنة 2021، محكمة بداية حقوق عمان بصفتها الاستئنافية، صادر بتاريخ 2021/09/05، ملحق رقم 02.
73. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 97774، صادر عن الغرفة الاجتماعية، بتاريخ 1993/07/07، مجلة قضائية عدد 02 لسنة 1994.
74. محكمة التمييز الأردنية، بصفتها الحقوقية قرار رقم 226 لسنة 1963، الصادر بتاريخ 1963/09/29.
75. محكمة النقض المصرية، حكم رقم 1308 لسنة 83 قضائية، الدائرة المدنية، بتاريخ 2014/08/04.
76. قرار رقم 57775، المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، بتاريخ 1989/07/15، مجلة قضائية 1992، عدد 04.
77. الحكم رقم 10432 لسنة 86 قضائية، الدائرة المدنية، بتاريخ 2015/03/22.
78. نقض 1966/02/17 لسنة 17 قضائية، العدد الأول ص 337.
79. قرار، رقم 6655 مؤرخ في 1973/01/20، غير منشور.
80. قرار رقم 16994، صادر عن الغرفة المختلطة بتاريخ 1979/12/02.
81. القرار رقم 16994، الغرف المجتمعة، مؤرخ في 1979/12/05.
82. قرار رقم 16994 صادر بتاريخ 1979/12/05، عن الغرفة المختلطة.
83. ملف رقم 24770، صادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 1982/04/14، مجلة قضائية عدد 04، لسنة 1989، ص 55.
84. ملف رقم 39694 صادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 1985/05/08، مجلة قضائية لسنة 1989، عدد 03.
85. ملف رقم 50548 صادر عن الغرفة الاجتماعية، بتاريخ 1986/06/26 مجلة قضائية عدد 03، سنة 1990.
86. الملف رقم 42308 قرار صادر عن الغرفة الجنائية بتاريخ 1986/07/08، مجلة قضائية عدد 01، سنة 1990، ص 254.
87. قرار رقم 159493، الغرفة الجنائية، قرار صادر بتاريخ 1988/03/24، المجلة القضائية عدد 01، سنة 1998، ص 211.
88. القرار رقم 43134، المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 1988/06/01، مجلة قضائية 1992، عدد 03، ص 26.
89. ملف رقم 48235 صادر عن الغرفة الجنائية بتاريخ 1988/07/04، المجلة القضائية عدد 02، سنة 1991.
90. ملف رقم 53882 قرار صادر بتاريخ 1989/03/05، عن الغرفة التجارية والبحرية، مجلة قضائية ع 03، سنة 1990.
91. ملف رقم 53882، صادر عن الغرفة التجارية والبحرية بتاريخ 1989/03/05، مجلة قضائية رقم 03، لسنة 1990.

قائمة المصادر والمراجع

92. قرار رقم 46500 المؤرخ في 1990/03/26، مجلة 1992، عدد 03.
93. قرار رقم 74167، المحكمة العليا، الغرفة المدنية، بتاريخ 1991/04/24، مجلة قضائية 1993، عدد 01.
94. الغرفة المدنية، ملف رقم 80816، قرار بتاريخ 1991/06/16، المجلة القضائية، عدد 04، سنة 1993.
95. قرار رقم 91385، صادر عن الغرفة الجنائية بتاريخ 1992/03/24، مجلة قضائية ع 02، لسنة 1994، ص 232.
96. ملف رقم 198831 قرار صادر عن الغرفة الجنائية بتاريخ 1998/07/28، مجلة قضائية 2003 عدد خاص.
97. ملف رقم 212782، الغرفة المدنية، صادر بتاريخ 2000/01/12، المجلة القضائية عدد 01، سنة 2001، ص 114.
98. الملف رقم 232002 صادر عن الغرفة الجنائية بتاريخ 2000/02/29، مجلة قضائية عدد 02، لسنة 2000، ص 198.
99. ملف رقم 231419 صادر عن الغرفة الجنائية بتاريخ 2000/03/28، مجلة قضائية عدد خاص، لسنة 2003.
100. قرار 205715 صادر عن غرفة الجناح والمخالفات، بتاريخ 2000/06/28، مجلة قضائية عدد 02، لسنة 2001، ص 385.
101. ملف رقم 241943 صادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 2001/03/21، مجلة قضائية ع 02، لسنة 2003.
102. الطعن رقم 10674 لسنة 88، صادر عن الدائرة العمالية بتاريخ 2019/01/01.
103. محكمة التمييز الأردنية، بصفتها الحقوقية قرار رقم 4171 لسنة 2023/02/18.
104. ملف رقم 306488، صادر عن الغرفة الجنائية، بتاريخ 2003/12/23، المجلة القضائية، عدد 02، لسنة 2003.
105. ملف رقم 372290 صادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2006/11/15، مجلة قضائية عدد 01، لسنة 2007، ص 487.
106. ملف رقم 498587 صادر عن الغرفة الجنائية بتاريخ 2009/01/21، مجلة قضائية، عدد 01، سنة 2010، ص 250.
107. الحكم رقم 290 لسنة 78 قضائية، الدائرة المدنية، بتاريخ 2009/05/19.
108. الطعن رقم 489 لسنة 71 صادر عن الدائرة التجارية بتاريخ 2009/10/08.
109. ملف رقم 534176، الغرفة الاجتماعية، صادر بتاريخ 2009/12/03، مجلة قضائية عدد 01، لسنة 2011.
110. الملف رقم 505072 صادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 2009/12/17، المجلة القضائية عدد 01، لسنة 2010، ص 135.
111. حكم رقم 9424 لسنة 66، الدائرة المدنية، حكم صادر بتاريخ 2010/04/20.
112. الحكم رقم 5004 لسنة 65 صادر عن الدائرة المدنية بتاريخ 2010/07/16.
113. الحكم رقم 6377 لسنة 74، صادر عن الدائرة المدنية بتاريخ 2014/01/11.
114. قرار رقم 0932349 صادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 2015/11/12.
115. القرار رقم 1021040، الغرفة المدنية، صادر بتاريخ 2015/12/23.
116. حكم رقم 4100 لسنة 73 قضائية، الدائرة المدنية، بتاريخ 2015/12/26.

قائمة المصادر والمراجع

117. حكم رقم 680 لسنة 78، صادر عن الدائرة الجنائية بتاريخ 2016/03/16.
118. القرار رقم 0971384 المؤرخ في 2016/03/17، عن الغرفة المدنية.
119. حكم رقم 2184 لسنة 79 قضائية، الدائرة المدنية، بتاريخ 2016/03/27.
120. ملف رقم 0841852، الغرفة الجزائية، قرار صادر بتاريخ 2016/04/20.
121. ملف رقم 1092413، الغرفة المدنية، صادر بتاريخ 2017/01/19، المجلة القضائية، عدد 01، سنة 2017.
122. قرار رقم 1076416، مؤرخ في 2017/01/26، صادر عن الغرفة الجزائية.
123. القرار رقم 1138480 صادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 2017/11/22.
124. حكم رقم 34 لسنة 87 قضائية، الدائرة المدنية، بتاريخ 2017/11/28.
125. القرار رقم 739147 صادر عن الغرفة الجزائية بتاريخ 2018/01/18.
126. ملف رقم 1168774، الغرفة المدنية، قرار صادر بتاريخ 2018/01/18.
127. القرار رقم 1104886 مؤرخ في 2018/03/1، عن الغرفة المدنية.
128. الحكم رقم 13871 لسنة 86، الدائرة المدنية، بتاريخ 2018/04/05.
129. قرار رقم، 1066768، مؤرخ في 2018/04/24، صادر عن الغرفة الجزائية.
130. قرار رقم 0761673 حكم صادر عن الغرفة الجزائية بتاريخ 2018/04/26.
131. قرار رقم 0761673 صادر عن الغرفة الجزائية بتاريخ 2018/04/26.
132. قرار رقم 1029469 صادر عن الغرفة الجزائية بتاريخ 2018/05/23.
133. قرار رقم 1007273، الغرفة المدنية، صادر بتاريخ 2018/06/20.
134. القرار رقم 1114000 الصادر بتاريخ 2018/06/25، عن الغرفة المدنية.
135. انظر القرار 1127515 المؤرخ في 2018/07/12، عن الغرفة المدنية.
136. الحكم رقم 1644 لسنة 87، صادر عن الدائرة المدنية بتاريخ 2018/07/25.
137. الحكم رقم 16801 لسنة 80 صادر عن الدائرة المدنية بتاريخ 2018/10/28.
138. ملف رقم 0997108 صادر عن الغرفة الجزائية بتاريخ 2018/11/29.
139. الطعن رقم 10674 لسنة 88، صادر عن الدوائر التجارية، بتاريخ 2019/01/01.
140. ملف رقم 51691، قرار صادر عن غرفة الجنايات والمخالفات بتاريخ 1990/01/15، المجلة القضائية عدد 04، لسنة 1991.
141. محكمة التمييز بصفتها الحقوقية، حكم رقم 2374، صادر بتاريخ 1998/02/07.
142. حكم رقم 8439 لسنة 86، صادر عن الدائرة المدنية بتاريخ 2019/03/25.
143. الملف رقم 1336661، قرار بتاريخ 2019/07/11، الغرفة المدنية.
144. المحكمة العليا، الغرف المجتمعة، قرار رقم، 16994، مؤرخ في 1979/12/05.
145. الطعن رقم 13066 لسنة 79، صادر عن الدوائر المدنية، بتاريخ 2017/02/13.
146. الحكم رقم 4541 لسنة 2019، بداية حقوق عمان، صادر بتاريخ 2020/03/12، ملحق رقم 01.
147. الطعن رقم 60444 لسنة 77 صادر عن الدائرة التجارية، بتاريخ 2016/05/16.
148. قرار رقم 1426916، صادر بتاريخ 2020/06/25، الغرفة الجزائية.
149. الطعن رقم 9081، لسنة 90، صادر عن الدوائر الجنائية بتاريخ 2021-07-03.
150. محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية، قرار صادر بتاريخ 2022/09/20.

قائمة المصادر والمراجع

151. الطعن رقم 11845 لسنة 85 قضائية، جلسة 15 ديسمبر 2021
152. قرار رقم 56756، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 11/12/1989، مجلة قضائية 1992، عدد 02.
153. الحكم 6003، لسنة 63 قضائية، صادر عن الدائرة الجنائية بتاريخ 2022/01/13.
154. الطعن رقم 4824 لسنة 77 قضائية صادر عن دائرة الإيجارات بتاريخ 2018/12/23.
155. الحكم رقم 11112 لسنة 79 قضائية، الغرفة المدنية، صادر بتاريخ 2018/02/26.
156. حكم رقم 4131 لسنة 74 قضائية صادر عن الدائرة المدنية، بتاريخ 2014/02/27.
157. الطعن 8020 لسنة 79 قضائية، صادر عن الدائرة المدنية بتاريخ 2017/05/15.
158. الحكم رقم 4341 سنة 74 قضائية صادر عن الدائرة المدنية بتاريخ 2004/06/08.
159. حكم رقم 786 لسنة قضائية 73، دائرة الإيجارات، حكم صادر بتاريخ 2016/06/24.
160. طعن رقم 1646 لسنة 87 قضائية، صادر عن الدائرة المدنية بتاريخ 2019/06/27.
161. الحكم رقم 861 لسنة 86 قضائية صادر عن الدائرة المدنية بتاريخ 2016/07/31.
162. حكم رقم 16599 لسنة 75 قضائية صادر عن الدائرة المدنية بتاريخ 2014/08/28.
163. المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم 0879494، مؤرخ في 2014/10/16، غير منشور.
164. محكمة النقض المغربية، الغرفة المدنية، قرار عدد 3374 مؤرخ في 2007/10/24 الملف المدني عدد 2006/3/1/3744.

سابعاً: المراجع باللغة الأجنبية:

أ- المراجع باللغة الإنكليزية:

- 1) Edward H.P. Brands, Liability for damage to Public natural Resources under the 2004 EC Environmental liability Damages, Environmental Law Review, vol 07, issue 02, sage journals 2005.
- 2) Gary Edmond, Is Reliability Sufficient ? The Law Commission and Expert Evidence in International and Interdisciplinary Perspecyive (Part 1),the International Journal of Evidence & Proof, vol 16, issue 01, SAGE Journal 2012.
- 3) Vito Breda, Matteo Vricella,ENGLISH PRAGMATISM AND ITALIAN VIRTUE A Comparative Analysis of the Regime of Illegally Obtained Evidence in Civil Law Proceedings between Italy and England, Maastricht journal of Eurpean and Comparative Law; Vol 21, Issue 03. Sage journal 2014.
- 4) Wenceslas BUSANE RUHANA MIRINDI, Le contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'administration par le juge administratif congolais, thèse présentée de l'obtention du garde de docteur en sciences juridiques, faculte de droit et de criminologie, département de droit public, 2010.

قائمة المصادر والمراجع

- 5) Witord Borysiak, Tort liability for a failure to render assistance in a comparative perspective, Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol. 29 (6), Sage journals, 2022.
- 6) Catherine Elliott, Liability for Manslaughter by Omission : Don't Let the Baby Drown !, The Journal Law, Vol 74, Issue 02, SAGE Journal 2010.
- 7) Marijke Malsch, Compensation of Non-Material Damage in Civil and Criminal Law in the Netherlands, International Review of Victimology, Vol 09, A B Academic Publishers-Printed in Great Britain, 2002.
- 8) Mark R Forwood, Whither No-fault Schemes in Australia : Have We Closed the Care and Compensation Gap ?, Alternative Law Journal, Vol 43 (03), SAGE Journal 2018.
- 9) Mark Schweizer, The CIVIL Standard of Proof-what is it, Actually?, The International Journal of Evidence & Proof, Vol 20 (03), SAGE Journal 2006.
- 10) Martin Smith, Civil Liability and the 50%+ Standard of Proof, International journal of Evidence & Proof, Vol 25 (03), SAGE Journal 2021.
- 11) Michael G. Faure, Compensation for Occupational Diseases and the Importance of Prevention : A Law and Economics Perspective, European journal of Social Security, Vol 09, Issue 02, SAGE Journal 2007.
- 12) Rui Cardona Ferreira, The Loss of Chance in Civil Law Countries : A Comparative and Critical Analysis, Maastricht Journal of European and Comparative, Vol 20, Issue 01, SAGE Journal 2013.

ب- المراجع باللغة الفرنسية.

1. Adeline villain, L'immixtion du juge dans le contrat, mémoire pour l'obtention du diplôme de magistère en droit privé général, université Pierre Mendès Grenoble, France, 2013.
2. Béatrice Bourdelois, Droit des Contrats Spéciaux, 05^e édition, Dalloz, 2021.
3. Bernard Haftel, Droit international privé, 3^e édition, Dalloz, Paris, 2023..
4. Cass., civ1, du 11 octobre 1988, 87-11.198, publié au bulletin, 1988 I N° 278.
5. Conseil d'Etat, du 29 Janvier 1909, 17614, publié au recueil lebon.
6. Jacques flour, Jean-Luc Aubert, Eric Savaux, Lionel Andreu, Valerio Forti, Droit Civil ? Les Obligations, Le Rapport D'obligation, 10^e édition, Dalloz, 2022.
7. Jean Pascal Chazal. Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin?. Colloque "La nouvelle crise du contrat", May 2001, Lille, France.
8. Jean-Luc Aubbert, Les obligations, le rapport d'obligation, Dalloz, paris, 1999.

قائمة المصادر والمراجع

9. Jean-Pierre, Droit international privé, 20^e édition, Dalloz, Paris, 2021.
10. JOURDAIN-FORTIER CLOTIDE, Vers de nouvelles fonctions de la responsabilité civile ? Perspectives d'évolution de la responsabilité civile en droit français et algérien, annales de l'université d'Alger, volume 30, numéro 03, 2016.
11. Le recours pour excès de pouvoir est un recours contentieux visant à faire annuler par le juge administratif un acte administratif illégal) Delaubader (A), Veneria (J.C), Gaudement (Y), Traité de droit administratif. G.D. Paris, 1999.
12. M. Pothier, Traité des obligations, Tome 1, Letellier, Paris, 1813.
13. Marcel Planiol, Traité élémentaire de Droit Civil, tome 2^e, 9^e édition, Librairie générale de Droit & de jurisprudence, Paris, 1928, p 01.
14. Marie Lamoureux, Le contrôle des Pouvoirs du Juge Par le Contrat, Conférence "L'efficacité du Contrat" L'université Paul Cézanne (Aix-Marseille 03), Faculté de Droit et de Science Politique, Centre de Recherches en Droit Privé Pierre Kauser, sous la Direction de Gwénoine Lardeux, Dalloz, 2011.
15. Michel Fromont, Thomas Perroud, Grand de droit étranger, 09^e édition, Dalloz, 2023..
16. Mustapha MEKKI, Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve du numérique : l'exemple des logiciels prédictifs, Dalloz IP/IT : droit de la propriété intellectuelle et du numérique, 2020.
17. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JOURNAL OFFICIEL DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE n° 0035 du 11/02/2016
18. Sophie Pellet, Négociation et Avant-Contrat, Conférence « La Réforme du Droit Des Contrats en Pratique, Université De Nice Sophia Antipolis, Le Centre d'études et de Recherches en Droit des Procédur (CERDP), Sous la Direction de Mathias Latina, 2017, Dalloz 2016.
19. Stéphanie Porchy-Simon, Droit des Obligations ; 16^e édition, Dalloz, 2024, P214-215.
20. Virginie Larribau-Terneyre, Droit Civil, Les Obligations, 18^e édition, Dalloz, 2022-2023.

ثامنا: المواقع الالكترونية:

- 1) <https://quran.ksu.edu.sa/tafseer/katheer/sura2-aya280.html>
- 2) <https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D8%B7%D8%A7%D8%B1%D8%A6/>
- 3) <https://n9.cl/rhnbks> .
- 4) <https://n9.cl/yf3wu>.

قائمة المصادر والمراجع

- 5) <https://wikiwic.com/%D9%85%D8%A7-%D9%87%D9%8A-%D8%A7%D9%84%D8%AD%D9%83%D9%85%D8%A9./>
- 6) <https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D9%85%D9%8A%D8%B3%D8%B1%D8%A9/>
- 7) François Mélin, Règles de conflit de loi: un nouveau critère d'impérativité, <https://cutt.us/kTXmJ>
- 8) <https://www.legavox.fr/blog/maitre-naciri-bennani-zineb/reforme-droit-contrats-contrat-adhesion-20857.htm>.
- 9) <https://n9.cl/fdqju>.

الملاحق

الملاحق

موضوعها: استرداد مبلغ مقبوض بغير وجه حق .

قيمة الدعوى : 250 ألف دينار .

مؤسساً دعواه على سند من القول:

أولاً: بتاريخ 27/2/2018 قام المدعي والمدعى عليها بتوقيع اتفاقية بيع البناء المقام على قطعة الارض رقم 661 حوض 15 خربة الصوفية من اراضي غرب عمان بقيمة مليون ومنتان وثمانية وسبعون ألف دينار اردني بموجب عقد خطي .

ثانياً: بتاريخ 28/2/2018 وبناء على ما جاء في اتفاقية البيع موضوع الدعوى والموقعة بين المدعي والمدعى عليها قام المدعي بإيداع مبلغ منتان ألف دينار تم حسمها من الثمن حيث دفعت بموجب الشيك البنكي رقم 371 بتاريخ 29/3/2018 والمسحوب على بنك الاردن فرع ابو علندا للمدعى عليها شركة البنك الاهلي الاردني .

ثالثاً: بتاريخ 27/2/2018 قام المدعي بدفع مبلغ ثلاثمائة ألف دينار بموجب الشيك رقم 363 تاريخ 27/2/2018 مسحوب على بنك الاردن فرع ابو علندا لحساب المدعى عليها بموجب احكام الاتفاقية الموصوفة اعلاه واستمر المدعى بالدفع حتى وصل المبلغ مجموع ما تم دفعه لحساب المدعى عليها وحتى تاريخ 17/9/2019 ما مقداره سبعمائة ألف دينار .

رابعاً: بتاريخ 17/9/2018 تم تنظيم وتوقيع سند اقالة عقد ومخالصة قامت المدعى عليها بموجبه بالافرار باستلامها مبلغ سبعمائة ألف دينار من ثمن العقار وتم الاتفاق على اعادة مبلغ اربعمائة وخمسون ألف دينار للمدعي في حين استوفت المدعى عليها مبلغ منتان وخمسون ألف دينار دون وجه حق ولم تقم باعادتها للمدعي حيث تم حسم مبلغ منتان ألف دينار بزعم انه تسديد ذمة عن حساب مدين اخر ومبلغ خمسون ألف دينار تحت ما يسمى عمولة عدم التزام وقد حسنت تلك المبالغ دون وجه حق واضطر المدعي لاستلام ذلك المبلغ نتيجة ظروف مالية ألمت به .

خامساً: ان عقد البيع الاساسي موضوع هذه الدعوى هو عقد باطل ولا يرتب اثر ولا ترد عليه الاجازة حيث ان البيع قد تم خارج دائرة الاراضي بحيث انتفت الشكليات التي تطبقها القانون لانعقاد مثل هذا العقد مما يترتب عليه بطلان العقد ابتداء الامر بجعل سند الاقالة والمخالصة المبني على العقد الاساسي يشوبه بطلان ايضاً وبما يتوجب معه اعادة الحال الى ما كان عليه قبل ابرام عقد البيع الباطل لمخالفته لصحيح القانون .

سادساً: بتاريخ 25/9/2019 قام المدعي بتوجيه الانذار العدلي رقم (39364/2019) بواسطة كاتب عدل عمان الاكرم وقد تبلغته المدعى عليها بتاريخ 1/10/2019 بواسطة الدائرة القانونية للمدعى عليها وقد طالب المدعي المدعى عليها بموجبه برد مبلغ مانتان وخمسون ألف دينار والتي قبض دون وجه حق الا انها لم تستجب ولازال المبلغ ذو الرقم اعلاه بحوزتها رغم المطالبة المستمرة والمتكررة .

بالمحاكمة الجارية علناً،،، بحضور وكيل المدعي المحامي [REDACTED] وكيلة المدعى عليها المحامية [REDACTED]،،،،، ورد ملف ادارة الدعوى رقم 1138/2019 وقرار الاحالة الصادر به وحفظ ثلثت لائحة الدعوى ووكيل المدعي كررها شفاهة وطلب سؤال وكيلة المدعى عليها عما ورد بها ، وردت اللائحة الجوابية المقدمة من وكيلة المدعى عليها تقع على 3 صفحات ضمت للمحاضر ، كما وردت مذكرة الرد على اللائحة الجوابية وتقع على 3 صفحات ضمت للمحاضر ، كما وردت حافظة مستندات الجهة المدعية والجهة المدعى عليها وحفظتاً على يمين الملف تتضمن كل منهما مذكرة الدفع والاعتراضات على بينات الخصم ، كما وردت قائمة بينات المدعي الداحضة والتي تتضمن صورة عن الشيك المسحوب على بنك الاردن بقيمة 300 ألف دينار بتاريخ 27/2/2018 ، ثم ورد وصول المقبوضات رقم 7058985 يشعر بدفع وكيل المدعى طوابع الواردات ، فقررت المحكمة قبول اللوائح شكلاً لتقديمها ضمن المدة القانونية وابرار حافظة مستندات الجهة المدعية وتميزها بالمبرز م 1/ وابرار حافظة مستندات الجهة المدعى عليها وتميزها بالمبرز م ع 1/ وعدم اجازة البينة الشخصية لعدم الانتاجية، ثم ترفع وكيل المدعي سنداً لوقائع هذه الدعوى والبيانات المقدمة فيها كون موضوعها بطلان عقد كون الجهة المدعى عليها قد استوفت مبلغ كئمن من عقار ولم يتم تسجيل هذا العقار حسب الاصول مما يستدعي اعادة الحالة الى ما كان عليه قبل التعاقد وعليه فأبني التمس الحكم حسب ما جاء في لائحة الدعوى ، ثم وردت المرافعة الخطية المقدمة من وكيلة المدعى عليها تقع على 12 صفحة ضمت للمحاضر وحيث تم التدقيق تم اعلان اختتام المحاكمة .

بالتدقيق تجد المحكمة انه بتاريخ 27/2/2018 ابرمت اتفاقية بيع عقار بين المدعي [REDACTED] والمدعى عليها [REDACTED] في الاردني كبانع للعقار والمقام على قطعة الارض رقم 661 حوض 15 خربة الصوفية

من أراضي عرب عمان بقيمة مليون ومئتان ومائتين وسبعون ألف دينار أردني لا غير وجاء في البند الثاني من الاتفاقية بأن تنزل مبلغ مائتا ألف دينار من رصيد مديونية شركة الباهي للاستثمارات العقارية على حساب الدعوى الحقوقية رقم 2154/2017 بداية حقوق عمان وجاء في البند 7/ب انه في حال عدم السداد يحق للبائع التصرف بالعقار ويخصم من المبالغ المدفوعة مبلغ 50 ألف دينار كعمولة التزام وبتاريخ 17/9/2018 تم كتابة اقالة عقد ومخالصة للعقد المبرم وجاء في البند الثاني بأنها تعد بأن المدعي يتنازل تنازلاً مطلقاً عن مبلغ 200 ألف دينار المشار اليها في البند الثالث من الاتفاقية الاصلية وكذلك يتنازل عن مبلغ 50 ألف كعمولة التزام المشار اليها في البند 7/ب من الاتفاقية الاصلية ويقوم المدعي عليه باعادة مبلغ 450 ألف دينار من المبلغ المقبوض والبالغ 700 ألف دينار وبتاريخ 25/9/2019 قام المدعي بتوجيه اذار عدليا للمدعي عليها يطالبها باعادة المبالغ المذكور والبالغة 250 ألف دينار .

هذه الوقائع ثابتة للمحكمة من خلال البيانات المقدمة من المدعي ضمن حافظة المستندات المبرزة بالمبرز م/1 و المتمثلة في :-

1. الاتفاقية المؤرخة بتاريخ 27/2/2018

2. اقالة بيع والمخالصة .

3. الانذار العدلي .

في القانون،،،

المادة 168 من القانون المدني تنص : 1 - العقد الباطل ما ليس مشروعاً بأصله ووصفه بأن اختل ركنه أو محله أو الغرض منه أو الشكل الذي فرضه القانون لانعقاده ولا يترتب عليه أي أثر ولا ترد عليه الإجازة .

2 - ولكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها

3 - ولا تسمع دعوى البطلان بعد مضي خمس عشرة سنة من وقت العقد .

المادة 231 من القانون المدني تنص : إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه .

ان المادة 296 من القانون المدني تنص على " من ادعى شيئاً ظاهراً انه واجب عليه ، ثم تبين عدم وجوبه فله استرداده ممن قبضه ان كان قائماً ومثله او قيمته ان لم يكن قائماً " .

وبتطبيق القانون على الوقائع الثابتة،،،

تجد المحكمة أن عقد البيع الجاري بتاريخ 27/2/2018 هو عقد باطل وذلك لفقده ركن الشكل الذي تطلبه القانون وهو التسجيل وبالتالي فإنه لا يترتب أثر ولا تلحق به الإجازة وان الإقالة هي واردة على عقد باطل اصلاً وان البنود الواردة فيها هي تكرار لما ورد في البندين الثالث والسابع من الاتفاق الاصلية وتغدو باطلة كذلك استناداً الى نص المادة 231 من القانون المدني والتي تقضي بأن اذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه وتكون الشروط الواردة بها مخالفة للقانون لاستنادها لعقد باطل وبالتالي فإن البينة الشخصية التي طلبت المدعي عليها الاستماع اليها ورفضت المحكمة اجازتها غير منتجة ولا علاقة لسلطان الارادة هنا اما القول بأن الاتفاقية هي اشتراط لمصلحة الغير فهو قول مناف للحقيقة لان العقد ولد ميتاً فلا تستطيع المحكمة البحث في عقد باطل ابتداءً وتفسيره الامر الذي يغدو هذا الدفع في غير محله ويستوجب الالتفات عنه

اما فيما يتعلق بمطالبة المدعي باسترداد ما دفعه وحيث توصلت المحكمة الى ان العقد المبرم بينه وبين المدعي عليها هو عقد باطل والإقالة كذلك باطلة فيكون بالتالي قد اوفى ديناً ظاهراً انه واجب عليه وبالتالي فإنه يتعين استرداده ممن قبضه وفقاً لاحكام المادة 296 من القانون المدني وتكون دعواه والحالة هذه مستندة الى اساس من القانون والواقع .

الملاحق

وعليه وتأسيساً على ما تقدم تقرر المحكمة ما يلي:

أولاً:- عملاً بأحكام المواد 168 و 231 و 296 من القانون المدني و الزام المدعى عليها بان تدفع للمدعي مبلغ 250 الف دينار .

ثانياً:- عملاً بأحكام المواد 161 و 166 و 167 من قانون أصول المحاكمات المدنية والمادة 46 من قانون نقابة المحامين تضمنين المدعى عليها الرسوم والمصاريف ومبلغ (الف) دينار اتعاب محاماة والفائدة القانونية من تاريخ تبليغه الانذار العدلي وحتى السداد التام.

حكماً وجاهياً بحق المدعية والمدعى عليها

قابلاً للاستئناف صدر وافهم علناً باسم حضرة صاحب الجلالة

الملك عبد الله الثاني ابن الحسين المعظم 12/3/2020



الحكم رقم 4234 لسنة 2021 - بداية عمان بصفتها الاستئنافية

النص

محكمة بداية حقوق عمان بصفتها الاستئنافية	المملكة الأردنية الهاشمية
رقم الحكم	السلطة القضائية
4234/2021	الحكم الصادر عن محكمة بداية حقوق عمان بصفتها الاستئنافية
	المأذونة بإجراء المحاكمة وإصدار الحكم باسم حضرة صاحب الجلالة ملك المملكة الأردنية الهاشمية عبد الله الثاني ابن الحسين المعظم.
	برئاسة القاضي د. [مختص]
	وعضوية القاضي د. [مختص]

المستألفتان:

1. [مختص] / تحمل الرقم الوطني (9- [مختص]).
 2. [مختص] / تحمل الرقم الوطني (9- [مختص]).
- وتحملهما المهامي [مختص]

المستألف ضد: [مختص] / يحمل الرقم الوطني (9- [مختص]) / عنوانه: [مختص] - [مختص]
[مختص] / وتحملاه المهامي [مختص]

الملاحق

موضوع الاستئناف: بتاريخ 21/06/2021 قدم هذا الاستئناف لاطعن في القرار الصادر عن محكمة صلح حقوق نا مجور .
23/6/2021 في الدعوى الصلحية الحقوقية رقم (20/2021) والقاضي ببرد دعوى المدعيتين وتضمنهما الرسوم والمصاريف والمعاملة.

أسباب الاستئناف:

1. القرار المستأنف مخالف للأصول والقانون ومجحف بحق المستأنف.
2. المستأنفتان طلبهما بالدعوى موافق للقانون وهما تطلبان بأجرة (19) يوم من شهر (3) لعام 2020 مبلغ (1,400) دينار وهي الفترة قبل صدور أمر الدفاع.
3. وبالتناوب فإن الأجرة التي تطالب بهما المستأنفتان كانت قبل صدور أمر الدفاع والمستأنف ضده قد استوفى المنفعة المأجور ولم يكن قد أغلق محل الدراي كلين.
4. جانبت محكمة الدرجة الأولى الصواب ببرد دعوى المستأنفتان لعلّة القوة القاهرة الناتج عنها أمر الدفاع كون الأجر تكن مشمولة بظرف القوة القاهرة.
5. جانبت محكمة الدرجة الأولى الصواب كونه لم تأخذ بما أثاره وكيل المستأنفتين من أن محلات الدراي كلين كانت الإغلاق لها من 18/3/2020 لغاية تاريخ 28/4/2020 حيث تم السماح لمحلات الدراي كلين بالعمل وكان من ض محل المستأنف ضده.
6. إن الأجور المطالب بها لم تسدد بالكامل من قبل المدعى عليه وقرار محكمة الدرجة الأولى مخالف للقانون.
7. جاء القرار غير معلل التعليل الكافي.

الطلب:

1. قبول الاستئناف شكلاً لتقديمه ضمن المدة القانونية.
2. في الموضوع يفسخ القرار المستأنف والحكم للمستأنفتين بطلباتهما.

بالتدقيق والمداولة قانوناً:

أولاً: من حيث الشكل:

تجد محكمتنا بأن القرار المستأنف قد صدر بحق المستأنفتين (المدعيتين) وجاهياً عن محكمة صلح حقوق نا مجور بتاريخ 5/2021 وتقدمتا بهذا الاستئناف بتاريخ 27/6/2021، وعليه يكون الاستئناف المقدم من قبلهما مقدماً ضمن المدة القانونية فنقرر شكلاً.

تبلغ المستأنف ضده (المدعى عليه) لائحة الاستئناف بتاريخ 4/7/2021 وقدم جوابه بتاريخ 7/7/2021 فتكون اللائحة الجوابية ضمن المدة القانونية فنقرر قبولها شكلاً.

ثانياً: من حيث الموضوع:

تجد محكمتنا أنه وباتاريخ 10/1/2021 أقامت المدعيتان:

1. ~~تاريخ الاستئناف~~ / تحمل الرقم الوطني (9-~~99999999~~).

الملاحق

2. [REDACTED] / تحمل الرقم الوطني (9700000000000000000).

وكليهما المعامي مازن مطيع العبيسان.

الدعوى الصلحية الحقوقية رقم (20/2021) لدى محكمة صلح حقوق ناعور بمواجهة المدعى عليه [REDACTED] يحمل الرقم الوطني (9700000000000000000) / وموضوعه: [REDACTED] / موضوعها:

وموضوعها:

1. فسخ عقد إيجار بدل أجرته السنوية (2760) دينار.

2. مطالبة بأجور مستحقة الدفع مقدارها (400) دينار.

وذلك للأهمام والوقائع الواردة في لائحة الدعوى والتي تتلخص بما يلي:

1. المدعى عليه يشغل مخزن وغرفتين خلف المخزن لغايات محل دراي كلين في الطابق الأرضي ضمن البناء للمدعيتين والمقام على قطعه الأرض رقم [REDACTED] حوض [REDACTED] اسم الحوض رجم الساعور من أراضي ناعور بموجب عقد إيجار خطي مؤرخ بتاريخ 1/1/2015 وبحكم الاستمرار القانوني لمدة سنة وباجرة سنوية أصبحت الزيادات القانونية (2760) دينار تدفع على أقساط شهرية بواقع (230) دينار نهاية كل شهر.

2. المدعى عليه تخلف عن دفع أجرة الأشهر من (5) من العام 2020 مبلغ (230) دينار وكذلك تخلف عن تسديد (19) يوم لشهر (3) لعام 2020 بمبلغ (144) دينار و (400) فلس ليصبح مجموع المبلغ المستحق بئمة المدعى (374) دينار و (400) فلس.

3. قامت الجهة المدعية بتوجه الإنذار العدلي رقم (9656/2020) تاريخ 13/8/2020 للمدعى عليه من خلال كاتب شمال عمان حسب الأصول والذي تبلغه المدعى عليه بتاريخ 17/8/2020 تبليغا قانونيا إلا أنه لم يلتزم بتسديد مستحق بئمته.

4. وعليه وسنداً للبند السادس من عقد الإيجار الخطي الموقع الذي ورد به (إذا امتنع أو تأخر المستأجر عن دفع قسط الأقساط في ميعاد استحقاقه فتصبح جميع الأقساط الأخرى مستحقة الأداء حالاً...).

نظره محكمة الدرجة الأولى الدعوى وبعد استكمال إجراءات التقاضي أصدرته بحكمها المشار إليه أعلاه حيث لم تدرج المدعى (المستأجرتين) بالحكم فبادرتا لاستئنافه لدى محكمتنا وفقاً لما جاء بلائحة الاستئناف.

وبالرد على أسباب الاستئناف:

وبالرد على أسباب الاستئناف مجتمعاً ومبطلتها واحدة وهي أن القرار المستأنف مخالف لأصول والقانون ومخالف بحق المستأنفتين طلبهما بالدعوى موافق للقانون وهما تطلبان بأجرة (19) يوم من شهر (3) لعام 2020 مبلغ (144.400) دينار الفترة قبل صدور أمر الدفاع وأن محكمة الدرجة الأولى قد جانبته الصواب برد دعوى المستأنفتين لعل القوة القاهرة الناتجة عن الدفاع تكون الأجور لم تكن مشمولة بظرفه القوة القاهرة وأن الأجور المطالب بها لم تسدد بالكامل من قبل المدعى عليه وأن محكمة الدرجة الأولى مخالف للقانون وأن الحكم غير معلل.

وهي ذلك تجد محكمتنا أن المدعيتين أقامتا دعواهما للمطالبة بفسخ عقد إيجار مخزن تجاري (دراي كلين) أجرته السنوية (2760) دينار تدفع على أقساط شهرية 230 دينار شهري والمطالبة بأجور مستحقة كون المستأنف ضده (المدعى عليه) قد تخلف عن اجرة شهر 5 من عام 2020 بواقع 230 دينار تخلف عن دفع اجرة 19 يوم من شهر 3 لعام 2020 بواقع 144 دينار و 400 وأن محكمة الدرجة الأولى ذهبت بحكمها لمعالجة المطالبة وانتهت بردها لما جاء بالمادتين (10) و (11) من قانون الدفاع.

و لما ثبت لمحكمتنا أن مطالبة المستأنفتين كانت للأشهر التي طبق خلالها أمر الدفاع رقم (2) لسنة 2020 والمقدمة من 18/3/2020 وحتى 30/5/2020. ولما كان حكم المادة (247) من القانون المدني والمادة (11) من قانون الدفاع على الإيجار التي غاياتها صناعية أو تجارية ولغايات مشابهة باستثناء السكن وبالتالي اعتبار مدة منع التجوال (الظفر) المفروضة بموجب الدفاع رقم (2) هي من قبيل الاستدالة الوقتية التي يترتب عليها سقوط الأجرة التي تقابل المدة التي استحال على المستأجر

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

.....	مقدمة:
17.....	الفصل الأول: ماهية السلطة التقديرية للقاضي ورقابة المحكمة العليا عليها
18.....	المبحث الأول: ماهية السلطة التقديرية للقاضي:
18.....	المطلب الأول: ماهية السلطة التقديرية للقاضي في الشريعة الإسلامية
18.....	الفرع الأول: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي في الشريعة الإسلامية
18.....	أولا- تعريف السلطة التقديرية لغة:
19.....	ثانيا- تعريف السلطة التقديرية للقاضي في الشريعة الإسلامية
20.....	الفرع الثاني: مشروعية السلطة التقديرية في الشريعة الإسلامية
21.....	أولا: مشروعيتها من القرآن الكريم:
22.....	ثانيا: مشروعيتها من السنة النبوية المطهرة:
24.....	ثالثا: مشروعية السلطة التقديرية من الأثر:
26.....	المطلب الثاني: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي في القانون الوضعي
26.....	الفرع الأول: السلطة التقديرية في القانون الإداري
26.....	أولا- السلطة التقديرية للإدارة:
34.....	ثانيا: رقابة القضاء الإداري على السلطة التقديرية للإدارة:
48.....	الفرع الثاني: السلطة التقديرية في القانون الجنائي
48.....	أولا- سلطة القاضي في تقدير الأدلة:
52.....	ثانيا: السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في تقدير العقوبة:
63.....	ثالثا: سلطة القاضي الجزائي في تخفيف وتشديد العقوبة ووقفها:
70.....	المبحث الثاني: مجال رقابة المحكمة العليا على السلطة التقديرية للقاضي المدني
70.....	المطلب الأول: مضمون السلطة التقديرية للقاضي المدني
70.....	الفرع الأول: مشروعية السلطة التقديرية للقاضي المدني

فهرس الموضوعات

71	أولاً- الاتجاه الرافض لفكرة منح سلطة تقديرية للقاضي المدني:
72	ثانياً- الاتجاه القائل بوجود سلطة تقديرية للقاضي المدني:
74	ثالثاً- الاتجاه المقيد:
75	رابعاً- تقدير موقف المشرع الجزائي من السلطة التقديرية للقاضي المدني:
76	الفرع الثاني: أثر النص القانوني على السلطة التقديرية للقاضي
76	أولاً- حالة وجود النص القانوني:
86	ثانياً: حالة القصور في التشريع:
93	المطلب الثاني: نطاق رقابة المحكمة العليا على السلطة التقديرية للقاضي المدني
93	الفرع الأول: الإطار النظري لمسائل الواقع ومسائل القانون
93	أولاً: ماهية مسائل الواقع: ي
95	ثانياً: ماهية مسائل القانون:
97	ثالثاً: أهمية التمييز بين مسائل الواقع ومسائل القانون:
100	رابعاً: الخلاف الفقهي حول ضرورة التمييز بين مسائل الواقع ومسائل القانون:
108	الفرع الثاني: سلطة القاضي المدني في تقدير الدعوى المدنية
109	أولاً: سلطة القاضي المدني في تقدير الواقع
114	ثانياً- الرقابة على التكيف:
119	الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المادة العقدية
121	المبحث الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في تحديد موضوع العقد
121	المطلب الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في تفسير العقد
122	الفرع الأول: مفهوم تفسير العقد
122	أولاً: مفهوم عبارتي التفسير والتأويل
124	ثانياً: أنظمة التفسير:
126	الفرع الثاني: الضوابط القانونية في تفسير العقد

فهرس الموضوعات

126	أولا_ لا تفسير إلا في عقد صحيح:
127	ثانيا_ عدم الانحراف عن عبارات العقد الواضحة:
134	ثالثا: وجوب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين في محل تأويل العقد:
139	الفرع الثاني: الضوابط الواقعية في تفسير العقد:
139	أولا: قاعدة إعمال الكلام خير من إهماله:
140	ثانيا: مراعاة العقد في مجموعه:
140	ثالثا: قاعدة تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم:
140	رابعا: قاعدة طريقة تنفيذ العقد:
141	المطلب الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في تحديد نطاق العقد:
142	الفرع الأول: تمييز تحديد نطاق العقد عن النظم المشابهة له:
142	أولا: تمييز تحديد نطاق العقد عن تفسيره:
144	ثانيا: تمييز تحديد نطاق العقد عن تعديل العقد:
145	ثالثا: التقريب بين تحديد نطاق العقد وتكملة العقد:
148	الفرع الثاني: ماهية مستلزمات العقد:
148	أولا: مفهوم مستلزمات العقد:
150	ثانيا: مصدر مستلزمات العقد:
154	الفرع الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في تكملة العقد وتحديد نطاقه:
154	أولا: لا تكملة للعقد إلا في حالة قصور الإرادة:
158	ثانيا: الوسائل المستعملة في تحديد نطاق العقد:
171	المبحث الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في تعديل العقد:
172	المطلب الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في تعديل العقد في مرحلة التكوين:
172	الفرع الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في تعديل عقد الإذعان:
173	أولا: أن يكون العقد مبرم بطريقة الإذعان:

فهرس الموضوعات

178	ثانيا: أن يتضمن عقد الإذعان شروطا تعسفية:.....
	الفرع الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في تعديل العقد بسبب الغبن والاستغلال:
181	
185	ثانيا: التأكد من قيام عناصر الاستغلال:.....
	ثالثا- ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في اعمال الجزاء المترتب عن قيام عناصر
191	الاستغلال: إ.....
193	المطلب الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في تعديل العقد أثناء مرحلة التنفيذ.....
	الفرع الأول: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في تعديل العقد بسبب الحوادث الاستثنائية
193	العامة.....
194	أولا: المقصود من نظرية الظروف الطارئة:.....
195	ثانيا: ضوابط تدخل القاضي في العقد بتطبيق نظرية الظروف الطارئة:.....
206	الفرع الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في منح الأجل وفسخ العقد.....
206	أولا: ضوابط سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة:.....
212	ثانيا: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في فسخ العقد:.....
219	الفصل الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات.....
220	المبحث الأول: الضوابط العامة الواردة على سلطة القاضي التقديرية في الاثبات.....
220	المطلب الأول: مفهوم الإثبات:.....
221	الفرع الأول- تعريف الإثبات القضائي:
223	الفرع الثاني: أنظمة الإثبات:.....
223	أولا: نظام الإثبات المطلق (Système de la preuve morale ou libre):.....
223	ثانيا: نظام الإثبات المقيد (système de la preuve légale).....
224	ثالثا: نظام الإثبات المختلط (Système mixte Transactionnel):.....
224	الفرع الثالث: الواقعة القانونية هي محل الإثبات:.....
224	أولا: إثبات الواقعة القانونية:.....

فهرس الموضوعات

225	ثانيا: إثبات القاعدة القانونية:
235	الفرع الرابع: شروط الواقعة محل الإثبات:
235	أولا: أن تكون الواقعة جائزة للإثبات:
236	ثانيا: أن تكون الواقعة المدعى بوجودها أو بزوالها محل نزاع:
236	ثالثا: أن تكون الواقعة محل الإثبات محددة:
236	رابعا: يجب أن تكون الواقعة محل الإثبات ممكنة:
237	خامسا: يجب أن تكون الواقعة محل الإثبات متعلقة بالدعوى:
237	سادسا: أن تكون الواقعة محل الإثبات منتجة في الدعوى:
238	الفرع الخامس: مدى تعلق قواعد الإثبات بالنظام العام:
240	المطلب الثاني: المبادئ الموضوعية المقيدة لسلطة القاضي التقديرية في الإثبات:
240	الفرع الأول: مبدأ حياد القاضي:
240	أولا: المقصود بمبدأ حياد القاضي:
242	ثانيا-امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي:
247	الفرع الثاني: مراعات القاضي لحق الخصوم في الإثبات:
247	أولا: عبء الإثبات:
250	ثانيا: قاعدة عدم جواز اصطناع الدليل أو تقديمه ضد النفس:
254	المبحث الثاني: ضوابط سلطة القاضي في تقدير أدلة الإثبات المختلفة:
255	المطلب الأول: ضوابط سلطة القاضي في تقدير طرق الإثبات المباشرة:
255	الفرع الأول: وجوب مراعات القاضي لجملة الشروط الواجب توافرها للإثبات بالكتابة:
255	أولا: يجب على القاضي مراعات المبادئ العامة للإثبات بالكتابة:
258	ثانيا: مراعات الشروط الشكلية الواجب توافرها في الدليل الكتابي:
274	ثالثا: ضوابط سلطة القاضي في مواجهة إنكار صحة المستند الكتابي:
278	الفرع الثاني: ضوابط سلطة القاضي التقديرية في الإثبات بالبيئة:

فهرس الموضوعات

أولاً: الضوابط الموضوعية الواردة على سلطة القاضي التقديرية في الإثبات بشهادة الشهود:.....	278
ثانياً: الضوابط الإجرائية الواردة على سلطة القاضي التقديرية في الإثبات بالبيئة:.....	283
المطلب الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في تقدير طرق الإثبات الغير مباشرة:.....	286
فرع أول: وجوب مراعات القاضي لجملة الشروط الواجب توافرها في الإقرار:.....	286
أولاً: مفهوم الإقرار:.....	287
ثانياً: ضوابط الإقرار:.....	289
الفرع الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في الإثبات باليمين:.....	293
أولاً: الضوابط المتعلقة باليمين الحاسمة:.....	294
الفرع الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مجال الإثبات بالقرائن:.....	298
أولاً- القرائن القانونية:.....	299
ثانياً- ضوابط سلطة القاضي التقديرية في الإثبات بالقرائن القضائية:.....	302
الفصل الرابع: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في مادة التعويض:.....	306
المبحث الأول: ماهية التعويض:.....	307
المطلب الأول: مفهوم التعويض:.....	307
الفرع الأول: تعريف التعويض:.....	307
أولاً- تعريف التعويض لغة:.....	307
ثانياً: تعريف التعويض عند فقهاء الشريعة الإسلامية:.....	307
ثالثاً: تعريف التعويض عند فقهاء القانون:.....	309
الفرع الثاني: وظائف التعويض:.....	309
أولاً: الوظيفة العقابية:.....	311
ثانياً: التعويض الإصلاحي:.....	312
المطلب الثاني- شروط استحقاق التعويض:.....	313

فهرس الموضوعات

313	الفرع الأول - ركن الخطأ:
313	أولاً- الخطأ كأساس للنظرية الشخصية:
336	ثانياً: التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية التقصيرية (مسؤولية دون خطأ):
341	الفرع الثاني- الضرر:
341	أولاً- تعريف الضرر:
342	ثانياً- شروط الضرر:
346	ثالثاً- أنواع الضرر:
349	الفرع الثالث- العلاقة السببية:
350	أولاً- مفهوم العلاقة السببية:
350	ثانياً- نفي العلاقة السببية:
353	المبحث الثاني: الضوابط الواردة على سلطة القاضي في تقدير التعويض:
353	المطلب الأول: الضوابط الواردة على سلطة القاضي في تقدير التعويض في الدعوى المدنية:
354	الفرع الأول- حصر الضرر:
354	أولاً: تحديد نوع الضرر:
359	ثانياً: تحديد عناصر التعويض:
367	ثالثاً- رقابة المحكمة العليا على حصر الضرر:
367	الفرع الثاني- جبر الضرر:
367	أولاً- البت في حدود الطلب القضائي:
369	ثانياً: وجوب مراعات الظروف والملابسة وجسامة الضرر:
374	ثالثاً- مراعات تناسب قيمة التعويض مع جسامة الضرر:
382	المطلب الثاني: ضوابط تقدير التعويض في الدعوى المدنية بالتبعية:
383	الفرع الأول: شروط الادعاء بالتعويض أمام القاضي الجزائي:
383	أولاً: ارتباط الفعل الضار بالجريمة:

فهرس الموضوعات

ثانيا- تأسيس الضحية كطرف مدني أمام القضاء الجزائي:	388
الفرع الثاني: أثر البراءة على منطوق الحكم بالتعويض:	392
أولا- أثر البراءة على طلب التعويض:	392
ثانيا: ضوابط اكتساب الحكم الجزائي حجية أمام القاضي المدني:	396
الخاتمة:	401
قائمة المصادر والمراجع:	411
الملاحق:	449

المخلص

تُعد السلطة التقديرية للقاضي أحد أبرز المفاهيم القانونية التي تهدف إلى تحقيق العدالة الواقعية من خلال مراعاة الظروف الخاصة لكل قضية. تتيح هذه السلطة للقاضي هامشاً من الحرية في تفسير النصوص القانونية وتطبيقها، خصوصاً في المواد المدنية التي تتسم بتعقيد وقائعها وتنوع حالاتها. ومع ذلك، فإن هذه السلطة ليست مطلقة، بل تحكمها ضوابط دقيقة تكفل عدم تجاوزها الحدود المرسومة.

تشمل هذه الضوابط استناد القاضي إلى النصوص القانونية والمبادئ العامة، والاحتكام إلى اجتهادات المحكمة العليا لضمان وحدة التفسير القانوني واستقرار العمل القضائي. وفي مجال العقد، تتجلى هذه الضوابط في الالتزام بمبدأ حسن النية والعدالة التعاقدية. أما في الإثبات، فهي تستند إلى مبدأ الموازنة بين الأدلة وعدم ترجيح طرف على آخر دون مبرر قانوني. وفي التعويض، يُراعى التناسب بين الضرر والتعويض بما يحقق الإنصاف للطرف المتضرر.

The abstract

The judicial discretionary power is one of the most prominent legal concepts aimed at achieving practical justice by considering the specific circumstances of each case. This power provides judges with a margin of freedom in interpreting and applying legal provisions, especially in civil matters characterized by the complexity of facts and diversity of cases. However, this power is not absolute; it is governed by precise constraints to ensure it does not exceed its intended boundaries.

These constraints include the judge's reliance on legal texts and general principles, as well as adherence to Supreme Court precedents to ensure uniformity in legal interpretation and judicial stability. In contract law, these constraints are evident in the obligation to uphold good faith and contractual fairness. In matters of evidence, they are based on balancing proof and avoiding unjustified favoritism. In compensation cases, proportionality between harm and compensation is essential to achieve fairness for the injured party.

Such constraints help achieve a balance between the demands of justice and legal certainty, thereby enhancing trust in the judiciary and ensuring the protection of individual rights and the public interest alike.