الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة البليدة 02

كلية الحقوق والعلوم السياسية

القسم: القانون الخاص

مبدأ التقاضي على درجتين ودور القاضي في تفعيله

رسالة لنيل شهادة دكتوراه علوم

التخصص: عقود ومسؤولية

من إعداد الطالب:

يحياوي عبد المالك

تحت إشراف الأستاذ الدكتور:

عمرو خليل

السنة الجامعية: 2021- 2022

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة البليدة 02

كلية الحقوق والعلوم السياسية

القسم: القانون الخاص

مبدأ التقاضي على درجتين ودور القاضي في تفعيله

رسالة لنيل شهادة دكتوراه علوم

التخصص: عقود ومسؤولية

من إعداد الطالب:

يحياوي عبد المالك

تحت إشراف الأستاذ الدكتور:

عمرو خليل

أعضاء لجنة المناقشة

حزيط محمد	أستاذ	جامعة البليدة 02	رئيسا
عمرو خليل	أستاذ	جامعة البليدة 02	مقررا ومشرفا
محمودي عبد العزيز	أستاذ	جامعة البليدة 02	عضوا مناقشا
كركاين فريد	أستاذ محاضر "أ"	جامعة بجاية	عضوا مناقشا
سردو محمود	أستاذ محاضر "أ"	جامعة خميس مليانة	عضوا مناقشا
بوط سفيان	أستاذ محاضر "أ"	جامعة تيبازة	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2021- 2022

شكـــر وتقديـر

الحمد لله الذي أنعم علي بتمام هذا العمل، أحمده حمد الشاكرين المتوكلين، وبعد فإنني لم أكن لأوفق في ما قد وفقت إليه لولا العناية التي حظيت بها من أستاذي الفاضل الدكتور عمرو خليل، هذا الذي وجدت فيه الأستاذ المشرف والموجه والمشجع في كل مرحلة من مراحل البحث، والذي أفاض علي برأيه السديد، ونظـرته الثاقبة، وحاول قدر ما استطاع أن يصوب أخطائي وعثراتي، فلله دره من رجل

أتقدم أيضاً بالشكر الجزيل إلى الأستاذ الفاضل معزوزي علاوة على مساعدته القيمة لإعداد هذا العمل منذ اقتراحه لفكرة الدراسة وعلى الكثير من الأفكار التي أفاض علينا بها، وكذا الأستاذ الفاضل زرقون نور الدين على مساعدته القيمة.

كما لا يفوتني أيضا أن أتقدم بالشكر الجزيل للأساتذة الأفاضل الذين شرفوني بقبول الإسهام في مناقشة هذا البحث، وإني لأحس بحجم الجهد الذي بذلوه من أجل قراءته واستخراج ما عن لهم من ملاحظات، وما قدموه من مناقشات أثـرت الموضوع وصوبت أخطاءه، فليس لي من جزاء أقدمه لهم سوى جـزاء الطالب لأستاذه وهو الشكر والعرفان.

الإهداء

أهدي ثمرة هذا العمل إلى الوالدين الكرمين أطال الله
في عمرهما وحفظهما من كل سوء وإلى الزوجة الفاضلة
على صبرها طيلة مدة إعداد هذا العمل
وإلى إبني أنس

ملخص:

إن التغاضي على تفعيل مبدأ التقاضي على درجتين الذي تشكل حمايته أولوية من طرف المخاطب الأول بتفعيله، ألا وهو القاضي احتراماً لمبادئ المحاكمة العادلة وتكريساً للمبدأ الدستوري، يكمن أساساً في تصادم الاعتبارات التي يقوم عليها مع التحولات الاجتماعية والاقتصادية.

ولأن كانت النظرة الحديثة لمبدأ التقاضي على درجتين تجنح إلى ترجيح إيجاد الحلول للنزاعات على التقيد بالمبادئ التقليدية له، إلا أن هذه النظرة قد وضعت آليات وقواعد محددة له حتى تضمن الموازنة بين هذا وذاك وعدم التضحية بالمبدأ.

قائمة بالمختصرات:

ج ر	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية
ج	جزء
ر د	رسالة دكتوراه
د ط	دون طبعة
ط	طبعة
ق ا م إ	قانون الإجراءات المدنية والإدارية
م ق	المجلة القضائية
ص	صفحة
ص ص	من الصفحة إلى الصفحة
ب د ن	بدون دار نشر
ب س ن	بدون سنة نشر
م م ع	مجلة المحكمة العليا
ع	عدد
س	سنة

Principales abréviations

art	Article
Bull.civ	Bulletin des arrêts de la cour de cassation : chambres civils (civ. avec indication du numéro de la chambre), chambre commerciale (com.), chambre sociale (soc.)
Cass.civ. I , II,……	Arrêt d'une chambre civile de la cour de cassation
Cass.com. I , II,……	Arrêt d'une chambre commerciale de la cour de cassation
D.	Recueil Dalloz
éd	édition
Gaz.pal.	Gazette du palais
JCP	Juris-classeur de droit période
JORF	Journal officiel de la République française
Op.cit.	Ouvrage précité
p.	Page
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
T.	Tome
Vol.	Volume
N	Numéro
S.	Sirey

قائمة المحتويات

الشكر والتقدير

الإهداء

الملخص

قائمة المختصرات باللغة العربية

قائمة المختصرات باللغة الفرنسية

قائمة المحتويات

المقدمة	15
الباب الأول: الأحكام العامة للتقاضي على درجتين	**24**
الفصل الأول: ماهية مبدأ التقاضي على درجتين	**27**
المبحث الأول: مفهوم مبدأ التقاضي على درجتين وخصائصه	**31**
المطلب الأول: التعريف بمبدأ التقاضي على درجتين	32
الفرع الأول: تعريف الاستئناف لغة	33
الفرع الثاني: تعريف الاستئناف اصطلاحاً	33
المطلب الثاني: خصائص مبدأ التقاضي على درجتين	36
الفرع الأول: طريق من طرق الطعن العادية.	36
الفرع الثاني: النظر من محكمة أعلى من المحكمة التي أصدرت الحكم	38
الفرع الثالث: درجة ثانية من درجات التقاضي.	39
المطلب الثالث: أهمية ومبررات مبدأ التقاضي على درجتين	39
المبحث الثاني الأحكام القابلة للطعن بالاستئناف وإجراءاته.	**45**
المطلب الأول الأحكام القابلة للاستئناف في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.	46
الفرع الأول: الحكم الفاصل في موضوع النزاع	47
الفرع الثاني: الحكم الفاصل جزئياً في موضوع النزاع	48
أولاً: الأحكام الفاصلة في جزء من موضوع النزاع والصادرة قبل الفصل فيه	49
ثانياً: الأحكام التي تأمر بإجراء من إجراءات التحقيق أو تدبير مؤقت	50

الفرع الثالث: الأحكام الفاصلة في دفع شكلي أو في دفع بعدم القبول أو أي دفع عارض	51
المطلب الثاني حالات خاصة لأحكام قابلة للاستئناف أشارت بعض القوانين المقارنة إليها	52
الفرع الأول: الأوامر المستعجلة	53
الفرع الثاني: الأحكام الانتهائية	57
الفرع الثالث: الأحكام الصادرة على خلاف أحكام سابقة	59
الفرع الرابع: الأحكام الصادرة بعدم الاختصاص والإحالة	60
المطلب الثالث:إجراءات الطعن بالاستئناف	62
لفرع الأول: شروط قبول الطعن بوجه عام	64
أولاً: الأهلية	64
ثانياً: الخصومة	69
ثالثاً: المصلحة	81
رابعاً: عدم القبول بالحكم	85
الفرع الثاني: وسيلة رفع الطعن بالاستئناف	86
أولاً: البيانات العامة الواجب توافرها في عريضة الاستئناف	88
ثانياً: التبليغ الرسمي لعريضة الاستئناف	93
الفرع الثالث: آجال الطعن بالاستئناف	93
الفصل الثاني: قاعدة استنفاذ ولاية القاضي وعلاقتها بمبدأ التقاضي على درجتين	**99**
المبحث الأول: المقصود بقاعدة استنفاذ الولاية وتمييزها عن قاعدة حجية الشيء المقضي فيه	**101**
المطلب الأول: المقصود بولاية القاضي داخل الخصومة	102
الفرع الأول: مبررات الأخذ بقاعدة استنفاذ الولاية	103
الفرع الثاني: آليات استنفاذ القاضي لولايته	105
أولاً: الرد على الدفوع الشكلية وبعدم القبول حسب الترتيب	107
ثانياً: الرد على الدفوع والطلبات الموضوعية والطلبات المتعلقة بالتحقيق	108

المطلب الثاني: التمييز بين قاعدة استنفاذ الولاية وحجية الشيء المقضي فيه 108
الفرع الأول: أوجه التشابه. 109
الفرع الثاني: أوجه الاختلاف 110
أولاً: من حيث مجال إعمال كل منهما 110
ثانياً: من حيث ما ينبثق عن كل منهما من دفوع 111
الفرع الثالث: الاستثناءات على قاعدة استنفاذ الولاية 113
أولاً: سلطة المحكمة في تصحيح الحكم الذي أصدرته 114
ثانياً: سلطة المحكمة في تفسير حكمها 116
ثالثاً: سلطة المحكمة في استكمال ما أغفلت الفصل فيه 120
المبحث الثاني: علاقة قاعدتي استنفاذ الولاية والحجية بمبدأ التقاضي على درجتين **123**
المطلب الأول: الأثر الناقل كأثر لاستنفاذ الولاية 123
الفرع الأول: نتائج الأثر الناقل بالنسبة لمحكمة الدرجة الأولى 126
أولاً: الأحكام الصادر كلياً في موضوع النزاع 130
ثانياً: الحكم الصادر جزئياً في موضوع النزاع 131
ثالثاً: الأحكام الفاصل في دفع بعدم القبول. 132
رابعاً: الأحكام الصادرة في دفع شكلي 133
الفرع الثاني: نتائج الأثر الناقل بالنسبة لمحكمة الدرجة الثانية 134
الفرع الثالث: قيود الأثر الناقل بالنسبة لمحكمة الدرجة الثانية 137
أولاً: لا يُنقل إلى محكمة الاستئناف إلا ما رفع عنه الاستئناف 138
ثانياً: لا يُنقل إلى محكمة الاستئناف إلا ما فصلت فيه محكمة أول درجة. 140
ثالثاً: تَقيُّد محكمة الاستئناف بإطراف خصومة الاستئناف 141
المطلب الثاني: الطلبات الجديدة أمام جهة الاستئناف ومبدأ التقاضي على درجتين 142
الفرع الأول: أوجه الدفاع مقبولة حتى ما كان منها جديداً 143
الفرع الثاني: مدى جواز تقديم طلبات جديدة في الاستئناف 148
أولاً: إعتبار الطلبات جديدة أمام جهة الاستئناف 152

ثانياً: إضافة الطلبات الملحقة. 155
ثالثاً: طلب الحكم بالتعويض عن الاستئناف الكيدي 157
رابعاً: الطلبات المكملة والمترتبة والمتصلة بالطلب الأصلي 159
الفرع الثاني: تدخل واختصام الغير في خصومة الاستئناف 160
الباب الثاني: التصدي لدى جهة الاستئناف كآلية لتفعيل دور القاضي 171
الفصل الأول: ماهية التصدي 174
المبحث الأول: مفهوم التصدي وتمييزه عما يختلط به 175
المطلب الأول: تعريف التصدي أمام جهة الاستئناف 175
الفرع الأول: مبررات الحق في التصدي 177
الفرع الثاني: الأساس التشريعي لفكرة التصدي 178
المطلب الثاني: تمييز التصدي عما يختلط به 180
الفرع الأول: تمييز التصدي عن الأثر الناقل 181
الفرع الثاني: تمييز التصدي أمام محكمة الاستئناف عن التصدي أمام محكمة النقض 182
المبحث الثاني: شروط إعمال محكمة الاستئناف لحقها في التصدي 185
المطلب الأول: شرط إلغاء أو إبطال محكمة الاستئناف للحكم المطعون فيه بالاستئناف او الاعتراض 186
الفرع الأول: حالة أن يكون الاستئناف قد أفضى إلى إلغاء الحكم المستأنف. 187
الفرع الثاني: حالة أن يكون الاستئناف قد أفضى إلى إبطال الحكم الفرعي المستأنف 188
أولاً: موقف قانون 1975 من مشكلة إبطال حكم أول درجة أمام محكمة الاستئناف 188
ثانياً: موقف القانون رقم 891 الصادر في 6 مايو 2017 من مشكلة إبطال حكم أول درجة أمام محكمة الاستئناف 191
ثالثاً: موقف المشرع الجزائري من مشكلة إبطال حكم أول درجة أمام محكمة الاستئناف 192
المطلب الثاني: شرط أن تقتضي مصلحة العدالة إنهاء النزاع 198
الفرع الأول: قواعد العدالة مصدر من مصادر القانون 198

الفرع الثاني: مصلحة العدالة.	202
الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من شرط أن تقتضي مصلحة العدالة إنهاء النزاع	207
الفصل الثاني: التصدي ومسألة إرجاع القضية لأول درجة	**212**
المبحث الأول: حالات التصدي	**213**
المطلب الأول: حالات التصدي بنص القانون	213
الفرع الأول: الحالات التي يوجد فيها الحق في التصدي بناءً على الطعن بالاستئناف	215
أولا: حالة الحكم المطعون فيه صادر بإتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق	216
ثانياً: حالة الحكم المطعون فيه صادر في دفع إجرائي منهي لخصومة أول درجة	219
الفرع الثاني: حالة كون الحكم الفرعي مطعون عليه بالاعتراض	224
المطلب الثاني: حالات خاصة للتصدي	229
الفرع الأول: حالة الحكم المطعون فيه صادر في دفع إجرائي غير منهي للخصومة	230
الفرع الثاني: حالة الحكم المطعون فيه صادر في دفع بعدم القبول	236
أولا: الدفع بعدم القبول بنوعيه منهي للخصومة أمام محكمة أول درجة دون أن تفصل في الموضوع	241
ثانياً: الدفوع بعدم القبول الموضوعية	245
ثالثاً: الدفوع بعدم القبول الشكلية أو الإجرائية	247
الفرع الثالث: حالة الحكم المطعون فيه بالاستئناف صادر في موضوع النزاع	248
المبحث الثاني: مسألة إرجاع القضية لأول درجة وآليات الحماية القضائية لمبدأ التقاضي على درجتين	**253**
المطلب الأول: موقف الفقه والقضاء والتشريع المقارن من إرجاع القضية إلى قاضي أول درجة كآلية لحماية مبدأ التقاضي على درجتين	254
الفرع الأول: موقف الاجتهاد القضائي الجزائري من مسألة إرجاع القضية إلى قاضي أول درجة	257
الفرع الثاني: الطعن الاستدراكي كنموذج لخلق آلية قضائية	260
المطلب الثاني: آليات الحماية القضائية لمبدأ التقاضي على درجتين	262

الفرع الأول: الآليات المتاحة أمام القاضي لحماية مبدأ التقاضي على درجتين	263
أولاً: آليات حماية المبدأ من قبل قاضي أول درجة	265
ثانياً: آليات حماية المبدأ من قبل قاضي ثاني درجة	267
الفرع الثاني: دور المحكمة كدرجة أولى لتكريس مبدأ التقاضي على درجتين	269
الفرع الثالث: دور محكمة الدرجة الثانية لتكريس مبدأ التقاضي على درجتين	270
الفرع الرابع: دور المحكمة العليا في حماية مبدأ التقاضي على درجتين	273
الفرع الخامس: حماية المبدأ من قبل المتقاضي عبر آلية الدفع بعدم الدستورية	275
الخاتمة	**279**
الملاحق	**285**
قائمة المراجع	**297**
Summary	**308**

مقـــدمة

مقدمة

لما كان العدل أساس الملك والقانون هو أساس العدل، كان الواجب على الدولة أن تبسط سيادة القانون على مواطنيها، من خلال تنظيم قضاء عادل، فمن أخص وظائف الدولة أن تقوم بتوزيع العدل بين أفرادها، وذلك بإقامة صرح القضاء ليكون أداة لإقرار الحقوق في نصابها ورد الاعتداء والفصل في المنازعات، بما يضمن طمأنينة الأفراد على أموالهم وأرواحهم وحرياتهم، إذ المحاكم التي تنشئها الدولة وتمثل السلطة القضائية، تقرر للفرد حقوقه إذا أنكرها الغير أو اعتدى عليها، وتنزل الجزاء به إذا أخل بواجباته، ويسمى عملها هذا قضاء، على انه لا يكفي الاعتراف بضرورة وجود قضاء يعمل باسم الدولة ويعتمد على سلطتها، فلا بد من تنظيم هذا القضاء وتعيين حدود سلطته وكيفية أداؤه لوظيفته وحماية حقوق المتقاضين[1].

والمقرر أن لكل حق دعوى تحميه، فمن شاء حماية حقه، أن يسلك طريق الحماية الذي رسمه القانون، فإن سلك سواه عرض حقه للضياع أو السقوط، ولا يكفي انه سلك هذا الطريق، وإنما يجب أن يستند فيه إلى الأوجه المؤيدة للحق وان يجابه ما يوجه إليه من دفوع ودفاع حتى تجيبه المحكمة إلى طلباته، فإن قصَّر في ذلك، فقد أجاز له القانون أن يطعن في الحكم لإلغائه أو تعديله والقضاء له بطلباته، وحتى يجاب إلى ذلك، فإنه يتعين عليه أن يلتزم بالقواعد والإجراءات التي نص عليها القانون[2].

فمن الناحية الفلسفية يتأسس النظام العام لطرق الطعن في الأحكام على فكرة العدالة، ولا يقصد بالعدالة هنا النظرية، ولا العدالة المثالية، ولا العدالة المطلقة، وإنما يقصد بها العدالة النسبية، والعدالة النسبية هي العدالة التي يصل إليها القاضي العادي، في الظروف العادية، وفكرة العدالة هذه هي التي يبنى عليها الطعن، هذا النظام الذي يسمح في جوهره بإعادة طرح ذات النزاع السابق الفصل فيه من قاضي أول درجة، أمام قاضي جديد هو قاضي ثاني درجة لكي يعيد تقدير المسائل مرة أخرى، ربما يصل إلى هذه العدالة النسبية؛ أما الاعتبار العملي الذي يتأسس عليه النظام القانوني للطعن، فيرجع إلى أن القاضي كإنسان معرض لما يتعرض له الإنسان من خطأ أو نقص، ففي إتاحة الفرصة لطرح

1. أحمد هندى، قانون المرافعات المدنية والتجارية، د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص 5.
2. أنور طلبة، الطعن بالاستئناف والتماس إعادة النظر، د ط، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2007، ص 5.

النزاع مرة ثانية أمام قاضي آخر، أعلى درجة من القاضي الأول، ما يسمح بإصلاح ما قد يقع فيه القاضي الأول من خطأ أو تقصير[1].

ومن مقتضيات اعتماد مبدأ التقاضي على درجتين أن تحرص الجهات القضائية على أن تفعّل حق المتقاضي على مرحلتين، بإعطائه الفرصة لعرض نزاعه من جديد على جهة قضائية أعلى من تلك التي سبق لها وان نظرت دعواه ابتداء، ولم تشبع حاجته بالشكل الذي رامه هو في عريضة افتتاح دعواه[2].

هذا المبدأ الذي لا تخلواً دساتير أغلب الدول وقوانينها الإجرائية من النص عليه أو الإشارة إليه،– والذي أصبح عالمياً بأن اعتمده العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، وألزم الدول بأن توفر على الأقل مرحلة واحدة للاستئناف–، نجد أنه ليس صناعة الثورات التشريعية الحديثة للحضارات المتمدينة، أو من إملاءات نصوصها التشريعية التي تسابق الزمن لتلحق التطور التكنولوجي الذي شمل كافة مجالات الحياة البشرية وطغى عليها، بل هو ضارب في تاريخ البشرية ومتجذراً في الحياة البدائية، نصت عليه جميع الشرائع القديمة الدينية منها أو القانونية.

وقد مر مبدأ التقاضي على درجتين على مراحل عدة حتى وصل إلى ما هو عليه في الأنظمة القانونية الحديثة التي تأخذ به، وذلك عقب الثورة الفرنسية سنة 1789 أين ظهر بشكله الحديث، إذ يعتبر القانون الفرنسي المهد الذي تبلورت فيه فكرة التقاضي على درجتين قبل أن تمتد وتتحول إلى مبدأ دولي تأخذ به معظم التشريعات، بالرغم من أن الوظيفة التقليدية كانت تعهد له بدور رقابي بحت، فتراقب الدرجة الثانية القضاء الصادر من أول درجة أن كان صحيحاً فتجيزه أو العكس، فلم يكن للدرج الثانية الحق في إعادة الفصل في النزاع[3].

وما تجدر الإشارة إليه أن فقهاء قوانين الإجراءات المدنية، قد اختلفوا في إطلاق المصطلحات على هذا الطعن، بالرغم من أهميته، إلا أنهم متفقون على أن مصطلح التقاضي على درجتين، أنما يقصد به الاستئناف أينما ذكر، إذ تعد محكمة الاستئناف درجة من درجات المحاكم، ويلاحظ أن بحث

---

1. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص9.
2. معزوزي علاوة، التصدي لدى جهات الاستئناف وعلاقته بمبدأ التقاضي على درجتين وقاعدة استنفاذ الولاية، ط1، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2019، ص7.
3. بتصرف، أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ص 13–14.

التقاضي على درجتين إنما يكون في كتب شراح قوانين الإجراءات ضمن باب الاستئناف، لأن هذا الأخير هو وسيلة تطبيق مبدأ التقاضي على درجتين

فالمقصود إذاً بنظام التقاضي على درجتين وجود طبقة من المحاكم تسمى محاكم الدرجة الأولى، وإذا ما أصدرت هذه المحاكم أحكامها، أمكن بشروط معينة التظلم من هذه الأحكام عن طريق الطعن فيها بالاستئناف، وبهذا تعتبر محاكم الاستئناف محاكم الدرجة الثانية بالنسبة لمحاكم الدرجة الأولى، ويشكل بذلك الاستئناف الوسيلة القانونية الوحيدة لطرح النزاع على محاكم الدرجة الثانية بموجب الأثر الناقل للاستئناف[1].

لأجل ذلك، فإن المشرع قد جعل من مبدأ التقاضي على درجتين الأداة التي من خلالها يمكن إصلاح الخطأ الواقعي والخطأ القانوني معا، وذلك عن طريق فتح المجال للخصوم بواسطة نظام الطعن بالاستئناف من أجل عرض ما يدّعونه من أخطاء واقعية وقانونية تكون قد شابت الحكم المطعون فيه، وذلك أمام محكمة موضوع أعلى درجة من المحكمة التي أصدرته[2].

فوظيفة الاستئناف كطريق لإصلاح القضاء الصادر من أول درجة كانت سبباً في طول إجراءات التقاضي والشكوى من بطء العدالة، ومرجع ذلك ومبناه آليات العمل داخل نظام الاستئناف والمبادئ التقليدية المحيطة به، وبمقتضى هذا وذاك أسبغ الفقه في جمهوره على كل ما يتعلق بالاستئناف صفة القواعد الآمرة، هذا التصور تناقض معه تصور آخر ظهر حديثاً لنظام الطعن بالاستئناف لا ينظر إليه باعتباره مجرد طريق لإصلاح قضاء أول درجة، وإنما يعتبره طريقاً لإنهاء وحسم النزاع بإعطائه حلاً شاملاً وكاملاً لكل ما يتفرع عنه من مسائل؛ والتطور الحديث في مستهل تكونه لفت النظر إليه ما أحدثته التحولات الاجتماعية والاقتصادية والطفرة العلمية خلال الفترة السابقة من تأثيرها البالغ على الخصومة – كون الخصومة في ذاتها ظاهرة اجتماعية حية تقبل الحركة والنشاط – في الوقت الحالي بزيادة تعقيدها وتشابكها، مرجعه ليس سوء قصد الخصوم، وإنما هذه التحولات، هذا المظهر المعقد والمتشابك قد لا تكشف عنه خصومة أول درجة، مما يعني أن معطيات النزاع قد لا تكون قد اكتملت

---

1. بوراس عادل وبوشنافة جمال، إشكالات التقاضي على درجتين في المادة الإدارية بين متطلبات المبدأ وتوجهات المشرع الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد بو ضياف المسيلة – الجزائر– مجلد 01 ،ع 09، س 2018، ص 295.
2. زرقون نور الدين، رقابة المحكمة العليا على القاضي المدني، ر د، في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2013، ص 2.

بعد، ومن ثم فلا تتوفر للقاضي النظرة الكاملة حول هذا النزاع، مما يستلزم تمكين الخصوم بتكملة هذه المعطيات أمام محكمة ثاني درجة[1].

ومن ناحية ثانية، إذا كان موضوع النزاع يجب أن ينظر مرتين أمام محكمتين متدرجتين، فإن الأمر يحتاج إلى توضيح إذا كانت محكمة أول درجة لم تفصل في موضوع النزاع وإنما فصلت في مسالة إجرائية أو في مسألة قبول الدعوى، وألغت محكمة الاستئناف هذا الحكم، فهل تفصل محكمة الاستئناف هنا في موضوع النزاع، أم يجب عليها أن تعيده لمحكمة أول درجة لأنها لم تتعرض للموضوع، هذه المسألة تحتاج إلى توضيح خاصة أن المشرع لم يحسمها والمحاكم لا تستقر على رأي محدد تجاهها، وحتى إذا فرض أن محكمة أول درجة قد فصلت في موضوع النزاع، فإنه تثور مشكلة بصدد إمكانية عودتها مرة أخرى إليه، إذا كان من الواضح أن المحكمة بمجرد أن تفصل في موضوع النزاع فإنها تستنفذ ولايتها، بمعنى أنه ليس لها أن تعيد النظر في هذا الموضوع مرة أخرى، لأنه خرج من يدها وأصبح في قبضة المحكمة الاستئنافية، إلا أن حدود هذا الخروج تحتاج إلى توضيح، ومن ناحية أخرى إذا عرض النزاع من جديد أمام محكمة ثاني درجة، احتراما لحق الخصم في الاستئناف، فهل يمكن لهذه المحكمة أن تنظر طلبات جديدة لم يسبق طرحها على محكمة أول درجة إذا كان المبدأ التقليدي يقول أن الطلبات الجديدة لا تقبل أمام جهة الاستئناف، إلا أن هذا المبدأ قد تطور كثيراً في الفترة الأخيرة وأصبح لمحكمة الاستئناف أن تنظر طوائف عديدة من هذه الطلبات التي لم يسبق عرضها على محكمة أول درجة، ألا يمثل ذلك التطور تعدياً على مبدأ التقاضي على درجتين[2].

وإذا كان المؤسس الدستوري الجزائري قد أسس قاعدة دستورية لمبدأ التقاضي على درجتين، بعد أن سبقه إلى ذلك المشرع الذي ارتقى بازدواجية درجات التقاضي إلى مصاف المبادئ المكرسة قانوناً في قانون الإجراءات المدنية والإدارية[3]، بأن نص في مادته السادسة على " المبدأ أن التقاضي يقوم على درجتين ما لم ينص القانون على خلاف ذلك" وأتبع ذلك بأحكام أخرى تضمنتها نصوصه، تخاطب فيها الجهات القضائية لاسيما الاستئنافية منها بضرورة تكريس هذا المبدأ واقعاً، إلا أن الظاهر من

---

1. على أبو عطية هيكل، فكرة التصدي أمام محكمة الاستئناف دراسة مقارنة، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2019، ص ص 24- 25.
2. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009، ص ص 6- 7.
3. القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر 21، س 2008.

الممارسات القضائية أن الإرادة التشريعية لم تصل بعد إلى المخاطبين بها، ونعني بذلك الجهات القضائية على اختلاف درجاتها[1].

وذلك بأن جعلت جهات الاستئناف من استثناء الخروج عن المبدأ هو الأصل بالإفراط من استعمال مكنة التصدي – الذي سنتطرق لمفهومها فيما هو آت–، والتعجيل بإيجاد حلول للنزاعات بالرغم من جوازية الأمر، والتغاضي على تفعيل مبدأ التقاضي على درجتين الذي تشكل حمايته أولوية من طرف المخاطب الأول بتفعيله ألا وهو القاضي احتراما لمبادئ المحاكمة العادلة وتكريساً للمبدأ الدستوري، ولأن كانت النظرة الحديثة للمبدأ التقاضي على درجتين تجنح إلى ترجيح إيجاد الحلول للنزاعات على التقيد بالمبادئ التقليدية له، إلا أن هذه النظرة قد وضعت آليات وقواعد محدد له حتى تضمن الموازنة بين هذا وذاك وعدم التضحية بالمبدأ، تختلف اختلافا جذرياً عما هو جاري به العمل في جهاتنا القضائية الاستئنافية بصفة خاصة، وممارسات محاكم الدرجة الأولى بصفة عامة.

لذلك فإن دراسة موضوع التقاضي على درجتين يعتبر من الموضوعات الشائكة التي تحتاج إلى البحث المعمق الذي يغوص في أعماق القانون، أين يجد الباحث نفسه في دوائر متشابكة من الفلسفة والفقه والقانون، والبحث في المنطق القانوني والمنطق القضائي، حتى يتسنى له فهم بعض المسائل التي بواسطتها يتم التحكم في آليات مبدأ التقاضي على درجتين وكيفية إعمالها، خاصة إذا علمنا أن هذه الآليات كانت وليدة نظريات فقهية تراكمية لإيجاد حلول تواكب مستجدات ومتغيرات الخصومة التي هي في ذاتها ظاهرة اجتماعية حية متحركة ونشطة، وتصارع في نفس الوقت مبادئ قانونية عتيدة في الفكر القانوني عصية على التغيير.

وإذا كان مبدأ التقاضي على درجتين صناعة تشريعية إلا أن المستقرئ لأحكام هذه الصناعة يقف على أن المشرع الجزائري وإن كان نص عليه في باب المبادئ التي تحكم سير المحاكمة العادلة المذكورة في المواد من 01 إلى 12 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إلا أنه لم يأتي على وضع أية آليات تشريعية أمام القاضي للتكريس الفعلي لهذا المبدأ، وهو بذلك يُحمّل القاضي عبء خلق مثل هذه الآليات على نحو يضمن به حماية حق المتقاضي في درجتي التقاضي على حد سواء، وهي الحماية التي تستدعي من القاضي عدم الاكتفاء بالتكريس الشكلي لهذه الحماية بحصرها في مجرد إبقاء المجال مفتوحاً أمام المتقاضي لإعادة عرض النزاع على جهة الاستئناف، التي يقع عليها هي الأخرى التكريس

1. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص7.

الفعلي ليس فقط للدرجة الثانية وإنما بسط رقابتها على قضاء المحكمة، وما إذا كان يشكل فعلاً استهلاكاً للدرجة الأولى للتقاضي بالمعنى الذي يقصده المبدأ بمفهوم المادة 06 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، عبر التضييق من مجال التصدي للمسائل غير المفصول فيها، عن طريق خلق آلية تتيح إعادة الملف إلى قاضي أول درجة لاستكمال ما بقي عالقاً من ولاية له على النزاع[1].

إن اهتمامنا بهذا البحث له هدف رئيسي يتمثل في تقديم دراسة نظرية وعملية تسمح للباحثين والمطبقين على حد السواء بالتحكم في تقنية التقاضي على درجتين، ذلك أننا لاحظنا أن جل الدراسات التي تمت في الجزائر على قلتها وعموميتها لم تتعد حد وصف أدوات هذه الرقابة كالتركيز على الجانب الشكلي للطعن بالاستئناف . البحث مثلا في تشكيلة محكمة الاستئناف . أقسامها . كيفية رفع الطعن أمامها . شروط قبول الطعن شكلا . آجال الطعن .، مع ضرب أمثلة تطبيقية، الأمر الذي جعلنا نفكر في أن نخرج عن هذا الإطار التقليدي في البحث، ونتحول عنه إلى مجال أكثر فائدة، فرأينا أن الذي ينقصنا هو البحث في آليات التقاضي على درجتين، وكيفية تفعيل القضاة لها ومراقبة الجهات الاستئنافية للحكم المطعون فيه، فكثير من المطبقين يمارسون الطعن بالاستئناف في هذا المجال بصفة فطرية ناجمة عن التقليد والتواتر، دون أن يكون لهم معرفة بأصول هذه الرقابة ولا جذورها.

وما يزيد في أهمية هذا البحث أيضا أنه قد تم إنجازه في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الذي يظهر منه جلياً أن المشرع أدرج الطعن بالاستئناف كطريق طعن بمعناه الخاص، فهو ليس طريقاً لإعادة فحص النزاع وإنما طريق للمنازعة في صحة الحكم أو في عدالته، مسايراً بذلك توجه المشرع الفرنسي في قانون الإجراءات لسنة 1975، إلا أن المشرع الفرنسي عدل من قانون إجراءاته المدنية[2] بموجب القانون رقم 891 الصادر في 06 ماي 2017 وجاء بضوابط جديدة تحكم الطعن بالاستئناف، وتعطي مفهوماً جديداً للتقاضي على درجتين يواكب التوجه الحديث لغالبية القوانين الإجرائية في العالم المتحضر الذي يواجه نزاعات جديدة تقتضي تفعيل عدالة ناجزه وسريعة، ومناداة فقهاء دول تشبه منظومتنا القانونية بمسايرة هذا التوجه، الأمر الذي يجعلنا نتساءل بحق عن موقف المشرع الجزائري منها.

وقد حددنا نطاق دراستنا لمبدأ التقاضي على درجتين في دائرة القضاء المدني، وبالتالي فإننا نستبعد من الدراسة القضاء الإداري والقضاء الجنائي.

---

1. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص18.

2. Décret 75-1123 1975-12-05 JORF 9 décembre 1975 rectificatif JORF 27 janvier 1976.

نظراً لإختلاف طبيعة النشاط الإداري عن النشاط الفردي، والمصالح العامة عن المصالح الفردية، وبالتالي تختلف طبيعة المنازعة الإدارية عن المنازعة المدنية القائمة على مبدأ المساواة بين أطرافها، غير أن التنظيم القضائي الإداري القائم على المحاكم الإدارية كدرجة أولى للتقاضي يعلوها مجلس الدولة كجهة استئناف وحيدة، وهذه الخصوصية ترتب عنها العديد من الاشكالات التنظيمية والوظيفية لجهة الاستئناف[1]، ضف إلى ذلك خصوصية القاضي الإدارية الذي يتميز بمكنة خلق القاعدة القانونية بمناسبة النزاع المعروض عليه، والتي تجعله يتميز عن القاضي المدني.

كما نستبعد من الدراسة القضاء الجنائي الذي يخضع لوسائل إجرائية تختلف عن الوسائل التي يخضع لها القضاء المدني، فالقضاء الجنائي تظهر فيه سلطة الدولة حيث تمارس فيه النيابة العامة دورا بارزا من حيث تحريك الدعوى العمومية ومباشرة إجراءاتها، كما أن القاضي الجزائي له سلطات واسعة من حيث حرية المبادرة ومن حيث التعامل مع أدلة الإثبات، بينما القضاء المدني يقوم على حرية تصرف الخصوم في مباشرتهم للإجراءات، فالدعوى لا تقوم إلا بناء على طلب منهم، كما أنه يجوز لهم إنهاءها بالنزول عنها أو التصالح حولها.

ويجب الإشارة إلى أننا نأخذ في هذه الدراسة مصطلح القاضي المدني بمفهومه الواسع أي قاضي الموضوع الذي يفصل في نزاع غير جزائي أو نزاع غير إداري، فيدخل في هذا المفهوم كل من القاضي الفاصل في المسائل المدنية، والقاضي الفاصل في المسائل التجارية والبحرية، والعقارية، والاجتماعية، ومسائل شؤون الأسرة، ذلك أن هذه الفروع ومهما اختلفت تسميتها إلا أنها تجمعها قواعد واحدة من حيث الإجراءات ومن حيث المبادئ التي تقوم عليها المنازعة المعروضة أمامها، فكل هذه الفروع تتحد في كونها جزء من القضاء المدني.

وبناء على ذلك، فإن الإشكالية التي تبناها الموضوع تتعلق بالبحث في ما مدى توفيق المشرع الجزائري في تكريس ما يلزم من آليات لتفعيل مبدأ التقاضي على درجتين وما هي سلطات القاضي المدني في تفعيل مبدأ التقاضي على درجتين؟.

ولا شك أن الاستعانة بالدراسات المعتمدة علميا هي مسألة لا يمكن للباحث الإستغناء عنها إذا ما أراد إيصال أفكاره بسهولة إلى الآخرين، ودراسة مثل التي نقوم بها لا شك أننا نعتمد فيها على أكثر من طريقة للدراسة، فعن طريق استخدامنا للدراسة المقارن يمكن أن نتعرف على أوجه الشبه والاختلاف

---

1. بوراس عادل وبوشنافة جمال، مركزية جهة الاستئناف في المادة الإدارية وإشكالاتها، حوليات جامعة الجزائر 1، جامعة الجزائر 1 – الجزائر– مجلد 03 ،ع 33، س 2019، ص 246.

في آليات وأدوات مبدأ التقاضي على درجتين المتبعة في بعض التشريعات المقارنة، حيث ستكون مقارناتنا أكثر تركيزا على القانون الفرنسي والمصري والجزائري والأردني والتونسي والعراقي، وهي أنظمة تتشابه فيها مبادئ التقاضي على درجتين، الأمر الذي سوف يمكننا من الوصول إلى تفسير أكثر عمقا لبعض الأفكار والمبادئ المتعلقة بنطاق هذه الدراسة، كما أن استخدامنا للدراسة التحليلي هو الذي سوف يسمح لنا بدراسة النصوص القانونية المتعلقة بآليات المبدأ ووسائله، واستخراج العناصر والشروط المكونة لكل وسيلة من وسائل إعماله، واستخدامنا للدراسة التاريخية هو الذي سيساعدنا في تتبع التطور التاريخي لهذا المبدأ عبر الزمن.

لذلك فإننا سنقسم هذه الدراسة إلى بابين، نتناول في الباب الأول الأحكام العامة للتقاضي على درجتين، إذ سنحاول في هذا الباب البحث عن ماهية مبدأ التقاضي على درجتين والأحكام القابلة للطعن بالاستئناف وإجراءات الاستئناف، وهذا ما سنتناوله في الفصل الأول من هذا الباب، ثم نقوم بالبحث في قاعدة استنفاذ ولاية القاضي وعلاقتها بمبدأ التقاضي على درجتين وتمييزها عن حجية الشيء المقضي فيه والذي خصصنا له الفصل الثاني.

أما في الباب الثاني فإننا سنتناول فيه التصدي لدى جهة الاستئناف كآلية لتفعيل دور القاضي من خلال بيان ماهية التصدي، وتحديد مفهومه، وبيان شروطه وحالاته، حيث أن دراسة حالات التصدي ستسمح لنا عمليا بتحديد آليات التصدي، ودور القاضي في تفعيل امبدأ التقاضي على درجتين، وسنقوم بدراسة مسألة إرجاع القاضي للقضية لأول درجة، كألية لتفعيل مبدأ التقاضي على درجتين، وقد قسمنا هذا الباب إلى فصلين، في الفصل الأول نتناول بالدراسة مفهوم التصدي وشروط إعماله، أما في الفصل الثاني فنقوم بدراسة حالاته التصدي ومسألة إرجاع القضية لأول درجة وآليات الحماية القضائية لمبدأ التقاضي على درجتين.

الباب الأول

الأحكام العامة للتقاضي على درجتين

الباب الأول

الأحكام العامة للتقاضي على درجتين

يعني مبدأ التقاضي على درجتين إتاحة الفرصة للخصم الذي حكم لغير صالحه بعرض النزاع أمام محكمة أعلى درجة لتفصل فيه من جديد، فتقسم المحاكم إلى مجموعتين، محاكم الدرجة الأولى وتنظر النزاع لأول مرة، ومحاكم الدرجة الثانية وتنظر النزاع للمرة الثانية، والوسيلة العملية لطرح النزاع على محاكم الدرجة الثانية هي الاستئناف، ويعتبر مبدأ التقاضي على درجتين من المبادئ الهامة التي تقوم عليها النظم القضائية المعاصرة، لما يكفله من حسن سير العدالة، إذ يحث قضاة محاكم الدرجة الأولى على العناية بأحكامهم والتأني في إصدارها خشية إلغائها أو تعديلها من محاكم الدرجة الثانية، كما يسمح للخصوم بتصحيح ما قد يقع فيه القاضي من أخطأ ويمكنهم من تدارك ما فاتهم من أوجه دفاع أمام محكمة الدرجة الأولى فضلاً على أنه يشبع غريزة العدالة في نفس المحكوم عليه بإتاحة الفرصة أمامه بعرض النزاع من جديد أمام محكمة أعلى درجة قضاتها أكثر عدداً وأكثر خبرة[1].

وإن نظام التقاضي على درجتين يقوم على فكرة أساسية مؤداها إعادة طرح النزاع مجدداً أمام محكمة الدرجة الثانية لكي تفصل فيه على الوجه الذي تتلافى فيه ما شاب الحكم البدائي من أخطاء وما اعتراه من نواقص لضمان حسن سير العدالة وإنزال حكم القانون[2]، والتقاضي على درجتين، من أهم الضمانات التي تكفل تحقيق فائدتين أساسيتين الأولى وقائية، تكفل الأشراف على قضاة الدرجة الأولى إشرافاً يجعلهم يتوقون الدقة في أحكامهم تجنباً لفسخها، والثانية علاجية تضمن للمتقاضين فرصة إعادة عرض النزاع واستكمال ما نقص من وسائل التحقيق والإثبات إذ أن النقص أو الخطأ لا يستبان إلا بعد صدور الحكم البدائي، فتتكشف أمام الخصوم خطة دفاع جديدة غير تلك التي سلكوها أمام محكمة البداءة[3].

---

1. محمد يوسف علام، مبدأ التقاضي على درجتين بين القوانين الوضعية والشريعة الأسلامية، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2012، ص 03.
2. بتصرف، لفتة هامل العجيلي، الطعن بالاستئناف في قانون المرافعات المدنية وتطبيقاته القضائية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013، ص 07.
3. عبد الرحمان العلام، الطعن شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969، ط1، ج3، مطبعة بابل، بغداد، 1977، ص 369.

وان النظام القانوني للتقاضـــي على درجتين يرجع إلى اعتبارين، الاعتبار الأول هو اعتبار فلسـفي، ذلك أن الأسـاس الفلسـفي لطرق الطعن في الأحكام يقوم على فكرة العدالة، والعدالة هنا هي العدالة النسـبية، والعدالة النسـبية هي العدالة التي يصـل إليها القاضـي العادي في نظره للنزاع العادي في الظروف العادية، أما الاعتبار الآخر فهو اعتبار عملي يرجع إلى أن القاضي كإنسان معرض لما يتعرض له الإنســان من خطأ أو نقص، ولذلك في إتاحة الفرصـــة لعرض النزاع مجدداً على محكمة الدرجة الثانية ما يسمح بإصلاح الخطأ الذي قد يقع فيه القاضي الأول من خطا أو تقصير، ومن جهة أخرى، وبالنظر إلى المتقاضين أنفسهم ، فمن الملائم، إفساح المجال لهم، عن طريق منحهم الفرصة لطرح نزاعهم مرة ثانية أمام قضاء الاستئناف، فإمكانية إعادة النظر فيما سبق الفصل فيه من محكمة أول درجة لهو أدعى إلى تهدئة النفوس، واستقرار المراكز القانونية للأفراد[1].

هذا ما يحتم علينا توضـــيح مبدأ التقاضـــي على درجتين وتحديد مفهومه وقواعده، ومن أجل إيضاحه سنتناول هذا الباب في فصلين:

الفصل الأول: ماهية مبدأ التقاضي على درجتين.

الفصل الثاني: قاعدة استنفاذ ولاية القاضي وعلاقتها بمبدأ التقاضي على درجتين.

1. نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص9.

الفصل الأول

ماهية مبدأ التقاضي على درجتين

الفصل الأول

ماهية مبدأ التقاضي على درجتين

يذهب رأي جدير بالتأييد على أن هناك ما يؤكد بان العراقيين القدماء قد عرفوا أسلوب الطعن أو رفض القرار كمرحلة أولى للاستئناف ومن ثم فسخ القرار، والدليل على ذلك، ما جاء في رسالة من العصر البابلي القديم والتي تتعلق بنزاع نشب حول ملكية رجل قتيل عندما رفعت قضية ذلك النزاع إلى محكمة الملك والتي تعرف بمحكمة الاستئناف بعد محكمة القضاة لأن المحكمة الأولى هي المحكمة الأعلى لاستئناف الدعوى[1].

ففي القانون الروماني، عرف مبدأ التدرج القضائي في العصر الإمبراطوري، أما العصر الجمهوري فلم يكن هذا النظام هذا النظام معروفاً، ولم تكن فكرة الاستئناف قد ظهرت للوجود، حيث أن شخص المواطن كان مقدساً ولذلك كان الشعب بذاته هو الواجهة الوحيدة التي يجوز لها مساس شخصه، فلم يكن ثمة مجال للاستئناف لأن ضمانة المتهم كانت موجودة في الشكل الشعبي للقضاء، من دون حاجة لوجود محكمة أعلى، ولكن في العصر الإمبراطوري ظهرت فكرة الاستئناف، حيث استأثر الإمبراطور بممارسة السلطات التي كانت للشعب من قبل وفوض الإمبراطور في مزاولتها، وكان القضاة يحلون محله في ممارستها تحت إشرافه ، فقام التدرج وبدا القضاء يتخذ شكلاً منظماً، فالتدرج نواة الاستئناف وبذرته الأولى، ولكن القضاة كانوا يرون في الاستئناف نوعاً من تجريح أشخاصهم فتقاعسوا عن نظره، وكان المحكوم عليهم يخشون لهذا السبب غضب القضاة فلم يستعينوا بالاستئناف، ولما جاء جوستتيان أعلن في دستوره الاعتراف بالاستئناف وانه لا يشكل أية إهانة للقضاة وحث المحكوم عليهم بالتحلي بالشجاعة في مباشرة حقهم في الاستئناف فكان الحكم الصادر من القضاة يستأنف أمام مفوضي الإمبراطور، وبعد ذلك ينظر الإمبراطور أحكام هؤلاء المفوضين، وهنا تأكد مبدأ التدرج القضائيحيث أن التقاضي أصبح على ثلاث درجات: قضاة المحاكم، استئناف أمام مفوضي الأمير، ثم استئناف أمام الإمبراطور؛ ولكن الاستئناف على هذا النحو لم يكن مقصوداً به أن يكون ضمانة قضائية ولا دعامة للمظلومين، وإنما كان الهدف الأساسي من ورائه أن يكون بمثابة

---

1. أحلام سعد الله الطالبي، نظام التقاضي في العراق القديم، دراسة مقارنة مع بقية بلدان الشرق الأدنى، ر د، جامعة الموصل، العراق، 1999، ص 143.

وسـيلة للرقابة هدفها وضـع القضـاء تحت سـلطة الإمبراطور، فهو وسـيلة لتحقيق المركزية في إدارة القضاء[1].

وقد كان حق الاستئناف مسلماً به في التشريع الروماني إلا أن ميعاده كان قصيراً جداً لا يتجاوز يومين أو ثلاثة أيام حتى عهد جوسـتتيان الذي اسـتبدل به ميعاداً أطول عشـرة أيام ولم تكن هناك إجراءات خاصة لرفع الاستئناف، وكان يجوز للخصوم أن يستنفذوا كل درجات القضاء وأن يبدوا أمام محكمة الاستئناف أوجه دفاع لم يسبق لهم إبداؤها أمام محكمة الدرجة الأولى[2].

كما أن استئناف الحكم برفعه إلى قاضـي أعلى درجة فكرة لها أصـولها في القضـاء الإسـلامي، فقد روي أن علي بن أبي طالب رضـي الله عنه لما ولى أمر اليمن في عهد الرسـول صـلى الله عليه وسـلم حدث أن حفر الناس حفرة لأسـد ليقع فيها، فلم وقع الأسـد بالحفرة تزاحم الناس حولها لينظروه، فوقع واحد منهم في الحفرة، فأمسـك بثانٍ فوقع، والثاني بثالث والثالث برابع حتى وقع الأربعة بالحفرة وقتلهم الأسـد، فأحتكم أهل القتلى إلى علي رضـي الله عنه، فقضـى للأول بربع الدية، والثاني بالثلث والثالث بالنصـف والرابع بدية كاملة، واوجب هذه الدية على أهالي المزدحمين حول الحفرة، فلم يرتح أهل القتلى لهذا الحكم، وأتوا الرسول صلى الله عليه وسلم في موسم الحج، وعرضوا عليه الأمر، فاقر صلى الله عليه وسلم قضاء علي وقال هو ما قضى بينكم[3].

وما رواه عن أبو هريرة رضـي الله عنه عن النبي صـلى الله عليه وسـلم: أن امرأتين أتتا داود – عليه السـلام– قد أكل احد ابنيهما الذئب، تختصـمان في الباقي، فقضـى به داود للكبرى، فلما خرجتا على سـليمان قال: كيف قضـى بينكما؟ فأخبرتاه، فقال: ائتوني بالسـكين، قال أبو هريرة: – أول من سمعته يقول السكين من رسول الله صلى الله عليه وسلم إنا كنا نسميها المدية–، فقالت الصغرى: لما قال لأشـقه بينكما فقالت: أدفعه إليها، فقضـى به سـليمان للصـغرى، وقال لو كان ابنك لم ترضـي أن تشقيه[4]، وجه الدلالة من الحديث ظاهر في أن سليمان – عليه السلام– لما عرضت عليه القضية حكم

---

1. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص10.
2. محمد العشماوي، وعبد الوهاب العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، ج2، د ط، المطبعة النموذجية، مصر، 1957، ص 839.
3. أحمد هريدي، القضاء في الإسلام، د ط، جامعة القاهرة، ب س ن، ص 146.
4. يحي بن شرف ابو الحسين النووي، شرح النووي على صحيح مسلم، نقلا عن: وسام احمد السمروط، الأحكام الإستئنافية الصادرة عن المحكمة الشرعية السنية العليا (دراسة وتحليل)، ج1، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2012، ص 39.

في القضـــية مرة أخرى، وبالتعبير القانوني أعاد نشـــر الدعوى مرة أخر، وفســـخ الحكم الأول، وحكم بآخر[1]، وهذا الحديث وإن كان من شـــرع من قبلنا إلا أنه شـــرع لنا ما لم يأتي دليل يخالفه، قال الإمام أبن حجر العسقلانيأثناء شرحه لهذا الحديث: وقد استنبط النسائي في السنن الكبرى من هذا الحديث أشياء نفيسة، فترجم نقض الحاكم ما حكم به غيره ممن هو مثله أو أجلّ، إذا اقتضى الأمر ذلك[2].

وحينما تولى عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قضاء الكوفة من قبل عمر بن الخطاب رضي الله عنه، أتى برجل من قريش وجده مع امرأة في ملحفتها ولم تقم البينة على غير ذلك، فضـــربه عبد الله أربعين وعرَّفه للناس، أي أذاع أمره بين الناس، فغضب قوم الرجل من هذا الحكم، وذهبوا إلى عمر رضي الله عنه وعرضوا عليه الأمر قائلين: لقد فضح عبد الله رجل منا، فسأل عمر رضي الله عنه عبد الله بن مســـعود في ذلك، فقال أتيت به وقد وجد مع امرأة في ملحفة ولم تقم البينة على غير ذلك فضربته أربعين وعرَّفته الناس، قال عمر، أرأيت ذلك؟ قال عبد الله: نعم، فقال عمر: الرأي ما رأيت[3].

يمكن القول أن فقهاءنا القدامى عرفوا استئناف الأحكام ومارسوها، ولكن ليس بهذا العنوان، وإنما سمَّوه بالدفع، وما قالوه في دفع الدعوى بعد الحكم من القاضي ينطبق على الاستئناف؛ لأنه ليس إلا نظر في الدعوى مرة ثانية، ومن الجدير بالإشارة أن فقهاءنا القدامى لا يشترطون تغيير القاضي الذي ســـينظر في الدعوى مرة أخرى، كما هو الحال في الاســـتئناف، بوصـــفه طريقاً من طرق الطعن في الأحكام[4].

وقد قال باستئناف الأحكام بعض فقهاء الحنفية، وبعض فقهاء المالكية، وبعض فقهاء الشافعية، وأقوى ما يمكن الاستدلال به لهذا قول رسول الله – صلى الله عليه وسلم: " البينة على المدعي" فهو عام يشمل حالة ما قبل الحكم من القاضي، وحالة ما بعد الحكم[5]؛ هذا وقد اجمع الفقه الإسلامي على أن الحكم الخاطئ يستوجب الإلغاء بما يتلاءم وأحكام الشريعة الإسلامية الغراء[6].

---

1. وسام احمد السمروط، الأحكام الإستئنافية الصادرة عن المحكمة الشرعية السنية العليا (دراسة وتحليل)، ج1، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2012، ص 39.
2. عبد الناصر موسى أبو البصل، شرح قانون أصول المرافعات الشرعية (ونظام القضاء الشرعي)، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999، ص ص 205-206.
3. أحمد هريدي، المرجع السابق، ص 146.
4. وسام احمد السمروط، المرجع السابق، ص 41.
5. وسام احمد السمروط، الأحكام الإستئنافية الشرعية (بين التقييد والتجديد)، ج2، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2014، ص 142.
6. عبد العزيز بدوي، القضاء في الإسلام وحماية الحقوق، د ط، دار الفكر العربي، القاهرة، 1979، ص 79.

وعندما قامت الثورة الفرنسية سنة 1789 كان من أوضح الأهداف عند رجالها وضع حد لتعدد درجات التقاضي[1]، مما أدى بالجمعية التأسيسية إلى إلغاء نظام الاستئناف المتكرر وفكرة التدرج التي يقوم عليها، وتناولت الجمعية التأسيسية بحث حق الاستئناف واستقر رأيها أخيراً على إبقائه مع العدول عن النظام القديم الذي يقضي بوجود محاكم عليا يرفع لها الاستئناف ووضعت القواعد على أساس رفع الاستئناف من محكمة المركز إلى محكمة أخرى من محاكم المراكز التي في درجتها بشروط خاصة[2]، لكن العمل بهذا النظام أظهر عيوبه ثم استقر الرأي أخيراً على الرجوع لإنشاء محاكم استئناف عادية وألا يتعدى الخصوم طرح النزاع على درجتين، ومن هنا تقرر أن مبدأ التقاضي يكون على درجتين فقط وتأكد هذا النظام في المادة 61 من تقويم الثورة الفرنسية، وهو المبدأ الذي تأخذ به أغلب التشريعات الحديثة[3].

هذا عن النشأة التاريخية والآن نتعرض إلى تعريف مبدأ التقاضي على درجتين وبيان خصائصه.

---

1. " لأن غرض الاستئناف – في القانون الفرنسي القديم – لم يكن إعطاء المتقاضين ضمانة ضد ما قد يقع من القضاة من أخطاء أو الميل المتوقع منهم، لكنه كان يهدف إلى جمع السلطات القضائية المتفرقة في المقاطعة الواحدة إلى مركز يضمها ثم إخضاع القضاء الذي يغطي مختلف مقاطعات المملكة إلى القضاء الملكي" أنظر: أحمد هندى، مبدا التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق ص 12.
2. "ورغم أن التشريع الفرنسي اعتمد هذا النوع من الاستئناف أثناء الثورة الفرنسية إلا أنه ما لبث وأن تخلى عنه بموجب قانون 1800/03/13 ثم عاد إلى تبنيه جزئياً لدى صدور قانون الإجراءات والتحقيق الجنائي سنة 1808 الملغى سنة 1958، ليعود إلى تبنيه جزئياً ما بين محاكم الجنايات بموجب القانون 512/2000". انظر: معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص45.
3. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ص 13-14.

المبحث الأول

مفهوم مبدأ التقاضي على درجتين وخصائصه

إن ضمان قضاء عادل يتوقف على حسن سير العدالة وحسن اختيار الضمانات التي تكفل قضاءاً عادلاً ومنجزاً، ومن أهم هذه الضمانات إن لم يكن أهمها إقرار مبدأ التقاضي على درجتين، ومعظم التشريعات المعاصرة، سواء في القوانين الإجرائية المدنية أم الجزائية تتجه نحو تنظيم المحاكم، على درجتين أو ثلاثة –كما في النظم الأنجلوأمريكية –وهو ما يعني بناء التنظيم القضائي على التدرج بين المحاكم لإعطاء المتقاضي فرصة عرض قضيته مرة أخرى على محكمة أعلى من المحكمة التي أصدرت الحكم بحيث يحكم في القضية مرتين والوسيلة الفنية الأساسية لذلك تسمى الاستئناف أو الطعن بطريق الاستئناف[1].

وما تجدر الإشارة إليه أن فقهاء قوانين المرافعات المدنية، قد اختلفوا في إطلاق المصطلحات على هذا الطعن، إذ أن مصطلح التقاضي على درجتين، يقصد به الاستئناف أينما ذكر، إذ تعد محكمة الاستئناف درجة من درجات المحاكم، ويلاحظ أن بحث التقاضي على درجتين إنما يكون في كتب الشراح ضمن باب الاستئناف[2]، حيث أن الأخير هو الوسيلة التي يطبق بها مبدأ التقاضي على درجتين، وهو من هذا المنطق لا يقوم فقط على أساس تصحيح الخطأ في التقدير الذي يقع فيه قاضي أول درجة لأنه بشر غير معصوم من الخطأ، بل يقوم على أساس فكرة مفادها أن حكماً واحداً في النزاع لا يقدم ضمانات كافية[3].

وإذا كان القانون ينص على أن التقاضي يقوم على درجتين، فإنه لم يضع له أي تعريف، كما لم يحدد المبررات التي أستند إليها في إقراره، وبذلك فإن دراسته تقتضي التعرض لتحديد المقصود به، ثم التعرض لتحديد المبررات التي يقوم عليها[4]؛ وبيان خصائصه التي يتميز بها.

---

1. يراجع عزمي عبد الفتاح قانون القضاء المدني، نقلاً عن: محمد يوسف علام، المرجع السابق، ص11.
2. فريد فتيان، نظام التقاضي على درجتين، نقلاً عن: أحمد سمير محمد الصوفي، الطعن الاستئنافي في الأحكام القضائية المدنية، د ط، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2012، ص 22.
3. أحمد هندى، أصول المحاكمات المدنية والتجارية، د ط، الدار الجامعية، بيروت، 1989، ص 383.
4. حسين بلحيرش، محاضرات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، د ط، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2019، ص 30.

المطلب الأول

التعريف بمبدأ التقاضي على درجتين

مبدأ التقاضي على درجتين يجد أساسه في الدور الذي يلعبه الاستئناف فهو لازم لأن أحكام المحاكم ككل عمل إنساني بشري يمكن أن يشوبها الغلط أو يتخلف عنها حسن التقدير أو عدم كفاية الأسباب ولذلك يبدو جلياً ضرورة إعادة بحث وفحص القضايا الهامة بمعرفة قضاة آخرين أكثر خبرة ودراية لإصلاح هذه الأحكام، إذا أخطأ قضاة الدرجة الأولى، كما أن وجود الاستئناف يدفع قضاة الدرجة الأولى إلى الاهتمام بأحكامهم والاجتهاد قدر المكان توقياً لإلغائها من محكمة الدرجة الثانية، فأساس المبدأ في الفكر المعاصر هو أنه ضمان لحسن سير العدالة وأداء مرفق القضاء لوظيفته[1].

ويعني مبدأ التقاضي على درجتين – في مفهومه –ان الدعوى الواحدة يمكن أن تطرح على محكمة لتفصل فيها بحكم، ثم تطرح نفس الدعوى على محكمة أخرى أعلى منها درجة لتفصل فيها مرة أخرى سواء في الشق المتعلق بالوقائع وفي الشق المتعلق بالقانون المطبق معاً، ويكون ذلك من خلال الطعن في الحكم ويقضي هذا المبدأ – من حيث تطبيقه – أن تتعدد درجات محاكم الجهة الواحدة، مابين محاكم الدرجة الأولى (قضاء الدرجة الأولى) ومحاكم الدرجة الثانية (قضاء ثاني درجة) بحيث يطعن بالإستئناف في حكم أول درجة أمام محكمة ثاني درجة[2].

ومبدأ التقاضي على درجتين هو إتاحة الفرصة للخصم الذي حكم عليه لغير صالحه بعرض النزاع أمام محكمة أعلى درجة لتفصل من جديد، فالمحاكم تقسم إلى مجموعتين: محاكم الدرجة الأولى، وتنظر في النزاع لأول مرة والثانية: محاكم الدرجة الثانية وتنظر في النزاع للمرة الثانية؛ والوسيلة العملية لطرح النزاع على محاكم الدرجة الثانية هي الاستئناف[3].

---

1. محمد يوسف علام، المرجع السابق، ص13.
2. طلعت محمد دويدار، الوسيط في شرح قانون المرافعات، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2016، ص195.
3. مفلح عواد القضاة، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، ط 3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2017، ص 67.

ويعد الاستئناف الوسيلة التي يترجم من خلالها المشرع بصفة عملية مبدأ التقاضي على درجتين[1]، ويُرى أن مصطلح الاستئناف جدير بالتأكيد كتسمية لهذه الطريق من طرق الطعن في نطاق قانون المرافعات المدنية لملاءمته ودقته قياساً بغيره من المصطلحات القانونية الأخرى[2].

الفرع الأول: تعريف الاستئناف لغةً

الاستئناف لغةً مشتق من كلمة أنف، والأنف جمعه أناف، وأنف كل شيء: أوله، وأنُفُ بضمتين، أي: لم يرعها أحد كأنه استُؤنف رعيها وأنَفَة أيضاً بفتحتين أي استنكف[3]، والاستئناف: الابتداء ويعني أيضاً الائتناف، وقلت كذا آنفاً وسالفاً[4]، قال تعالى " مَاذَا قَالَ ءَانِفاً"[5]، واستأنف الشيء وأتنفه أخذ أوله وابتدأه، وقيل: أستقبله[6]، واستأنف الحكم طلب إعادة النظر فيه، ومن ذلك استئناف الدعوى أي أعادها في مجلس الاستئناف[7]، ويستفاد من ذلك، أن الاستئناف لغة يعني: تأويل الشيء أو استنكاف الشيء في حالة عدم رعيها، ولا يبعد المعنى الحقيقي عن ذلك، فالدعوى إذا لم ترع أمام جهة وصـــدر حكم فيها استنكف منه أحد الأطراف، أجيز له تأويله أمام جهة أخرى[8].

الفرع الثاني: تعريف الاستئناف اصطلاحاً

خلت معظم التشريعات القانونية من إيراد تعريف قانوني لمصطلح الطعن الاستئنافي يبين ماهيته وخصـــائصـــه، إذ أن معظم القوانين تناولت إجراءات هذا الطعن وآثاره، وحســناً فعلت ذلك لأن إيراد المشرع للتعاريف يعد من المآخذ التي تؤخذ عليه عند سن التشريع، والمعروف أن إعطاء تعريف جامع

---

1. بن عيشة عبد الحميد، طرق الطعن في المواد الإدارية وفقاً لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08- 09، مجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق جامعة الجزائر مجلد 53 ع 04، س 2016، حاشية ص 343.
2. أحمد سمير محمد الصوفي، الطعن الاستئنافي في الأحكام القضائية المدنية، دون ط، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2012، ص 23.
3. الأمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دون ط، دار الكتاب العربي للطباعة والنشر، بيروت، 1981، ص 28.
4. العلامة الشيخ عبد الله العلايلي، الصحاح في اللغة والعلوم، ط1، دار الحضارة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1974، ص 54.
5. سورة محمد الآية 16.
6. العلامة أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منصور، لسان العرب، ج10، دون ط، مطابع كوستا تسوماس، مصر، دون سنة نشر، ص 357.
7. لويس معلوف، المنجد في اللغة والأدب والعلوم، ط15، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، 1966، ص 19.
8. مصطفى أحمد فؤاد، الطعن في الأحكام، دون ط، منشاة المعارف، الإسكندرية، 1977، ص114.

مانع يعد من الأمور التي يصــعب على المشــرع وضــعها وذلك لمرونة تلك المفاهيم وتبدلها من زمن لآخر[1].

ويمكن تعريف الاستئناف بأنه: هو الطريق العادي للطعن في الأحكام الابتدائية يرفع إلى محكمة أعلى ويقصد به تجديد النزاع أمامها والتوصل بذلك إلى إلغاء الحكم المطعون فيه أو تعديله ويسمى الطاعن مستأنفا ويسمى خصمه مستأنفاً عليه[2].

وعرّف معظم فقهاء قانون المرافعات المدنية مصطلح الطعن الاستئنافي وسوف نقتصر على بيان أبرزها:

على صعيد الفقه العراقي عُرف المصطلح بأنه: " طريق طعن عادي به يطرح الخصم الذي صدر الحكم كلياً أو جزئياً لغير صالحه، القضية كلها أو جزء منها أمام محكمة أعلى هي محكمة الاستئناف للحصول على حكم آخر من هذه المحكمة يقضي بإلغاء الحكم الأول أو بتعديله أو بتأييده"[3]، ويلاحظ على هذا التعريف إيراده عبارة (أو بتأييده) وهي عبارة منتقدة إذ أن الطعن الاستئنافي لا يقبل إلا ممن خسر الدعوى، فكيف يصح أن يطلب الطاعن على حكم آخر من محكمة الاستئناف يقضي بتأييد الحكم الصادر ضده عن محكمة البداءة؟[4].

وعرفه المستشار انو طلبة بأنه: " طريق من طرق الطعن العادية يرد على الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى في حدود نصابها الابتدائي"[5].

بينما أستقر الفقه المصري على تعريفه بأنه: "طريق من طرق الطعن العادية يلتجئ إليه المتضرر من الحكم للحصول على حكم آخر من محكمة عليا بإلغائه أو تعديله فهو يتضمن شكوى من تصرفات قضاة أول درجة"، ونجد أن هذا التعريف قد خلط بين الشكوى من القضاة وبين الطعن الاستئنافي إذ انه عد الأخير يضم في ثناياه الشكوى من قضاة وهو أمر لا يخلو من الانتقاد[6].

أما الفقه الأردني فقد ذهب إلى أن الطعن الاستئنافي هو:" طريق يتظلم بمقتضاه الخصوم أمام محكمة أعلى عن حكم صدر من محكمة أدنى درجة بقصد الوصول إلى إصلاح ما فيه من خطأ، سواء

---

1. بتصرف، أحمد سمير محمد الصوفي، المرجع السابق، ص19.
2. مصطفى مجدى هرجة، الاستئناف، ط1، دار محمود، القاهرة، 2016، ص7.
3. عبد الرحمان العلام، المرجع السابق، ص 369.
4. أحمد سمير محمد الصوفي، المرجع السابق، ص20.
5. أنور طلبة، المرجع السابق، ص 437.
6. أحمد سمير محمد الصوفي، المرجع السابق، ص20.

أكان هذا الخطأ متعلقاً بموضوع الدعوى أم هو القانون"[1]، والملاحظة أن هذا التعريف وإن ذكر الغاية من الطعن الاستئنافي إلا انه لم يشر إلى اعتبار الطعن الاستئنافي طريق طعن عادي في الأحكام القضائية المدنية[2].

أما فيما يتعلق بموقف الفقه الفرنسي، فالاستئناف هو:" طريق طعن عادي في الأحكام الصادرة عن محاكم الدرجة الأولى، يرفع إلى محكمة أعلى درجة هي محاكم الدرجة الثانية بهدف تعديل الحكم أو إلغائه "[3]، إلا أن الاتجاهات التشريعية الحديثة والتي ظهرت في الفقه الفرنسي قد نحت نحو وظيفة حديثة تتمثل في اعتبار الاستئناف وسيلة تصفية نهائية وشاملة للنزاع بين الخصوم من كافة جوانبه، حتى ما لم يعرض منها على محكمة أو درجة، حيث أن مبدأ التقاضي على درجتين في فرنسا ليس من النظام العام[4].

فأساس الاستئناف إذن هو إعطاء المجال للمحكوم عليه غير القانع بالحكم البدائي، أن يراجع محكمة أخرى أعلى من المحكمة التي خسر دعواه فيها، للحصول على حكم يعتقد انه أكثر عدالة، بالإضافة إلى ذلك فقد شرع الاستئناف، لتتدارك محكمة الاستئناف بالإصلاح ما قد ذهلت عنه المحاكم الابتدائية سواء أكان في الإجراءات أو في الموضوع، ولا يجوز الاستئناف إلا مرة واحدة، تجنباً لإطالة أمد التقاضي، ووضع حد للمنازعات، كما أن أحكام الاستئناف لا تستأنف[5].

وواضح من خلال استقراء التعاريف الفقهية المذكورة آنفاً إن الفقه اتفق على أن الطعن ألاستئنافي يعد طعناً من الطعون العادية تنظره محكمة الاستئناف وهي بدورها أعلى من المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه، بغية الحصول على حكم يقضي بإلغاء الحكم الأول أو تعديله لصالح المستأنف وإصدار حكم جديد يحل محل الحكم الأول[6]، ومع إقرارنا بأن التعاريف السابقة سلطة الضوء على جانب أو أخر من جوانب الطعن ألاستئنافي، إلا أننا إذا أردنا أن نعرف الاستئناف تعريفاً دقيقاً فيمكننا أن

---

1. محمد الكيلاني، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، دون ط، دار وائل للنشر، عمان الأردن، 2001، ص 373.

2. أحمد سمير محمد الصوفي، المرجع السابق، ص21.

3. Jean VINCENT et Sergr GUNCHARD, procédure civile, 24e éd Delta, LGDJ, paris, 1996, p 818.

4. طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص715.

5. مفلح عواد القضاة، المرجع السابق، ص391.

6. أنظر المادة 332 من ق إ م إ، والتي تنص: " طرق الطعن العادية هي الاستئناف والمعارضة.".

نعرفه بأنه: " طريق طعن عادي يبغي فيه الطاعن عرض النزاع على محكمة أعلى من المحكمة التي أصدرت الحكم بهدف فسخه كلاً أو جزءاً وذلك في الأحوال التي أجازها القانون"[1].

المطلب الثاني

خصائص مبدأ التقاضي على درجتين

يرمي الاستئناف إلى تحقيق مبدأ التقاضي على درجتين، ويترتب على ذلك أن الاستئناف يهدف إلى نظر نفس القضية، التي نظرت أمام محكمة الدرجة أولى، مرة ثانية ويترتب على ذلك أن الاستئناف ينقل موضوع النزاع إلى محكمة الدرجة الثانية من جديد لأن الاستئناف تظلم من الحكم الصادر في الدعوى، يدعي به المستأنف أن محكمة الدرجة الأولى لم تحسن الفصل في دعواه، ويطلب من المحكمة الاستئنافية أن تمعن النظر في الدعوى لتصلح أخطأ الحكم المستأنف، فلا تقتصر وظيفة محكمة الاستئناف على مراقبة الحكم المستأنف من حيث سلامة التطبيق القانوني فحسب، وإنما يترتب على رفع الاستئناف نقل موضوع النزاع في حدود طلبات المستأنف إلى محكمة الدرجة الثانية، وإعادة طرحه عليها بكل ما أشتمل عليه من أدلة ودفوع، وأوجه لتقول كلمتها فيه بقضاء مسبب يواجه عناصر النزاع القانونية والواقعية على السواء[2].

إن محكمة الاستئناف درجة من درجات التقاضي إذ تمارس رقابتها على الأحكام الصادرة من محاكم البداءة بدرجة أولى وذلك بإصلاح الأخطاء التي وقعت فيها سواء كان ذلك من حيث الإجراءات أو أنزال حكم القانون على القضية المنظورة، وسنتولى فيما يلي بيان خصائص الطعن ألاستئنافي وذلك وفقاً للترتيب التالي[3]:

الفرع الأول: طريق من طرق الطعن العادية

يعد الاستئناف أحد الطرق العادية للطعن في الأحكام القضائية المدنية[4]، بحسب التقسيم التقليدي لطرق الطعن[5]، وأن تقسـيم طرق الطعن في الأحكام إلى طرق طعن عادية وأخرى غير عادية لم يكن تقســيماً قد تبناه قانون المرافعات المدنية، وإنما أتفق الفقه عليه وأجمع عليه شــراح قانون المرافعات

---

1. أحمد سمير محمد الصوفي، المرجع السابق، ص22.
2. مفلح عواد القضاة، المرجع السابق، ص403.
3. لفتة هامل العجيلي، المرجع السابق، ص16.
4. أنظر المادة 313 من ق إ م إ، والتي تنص: " طرق الطعن العادية هي الاستئناف والمعارضة.".
5. أحمد سمير محمد الصوفي، المرجع السابق، ص27.

المدنية، وان ما يميز الطريقين المشـــار إليهما عن بعضـــهما أن طرق الطعن العادية يكفي فيها أن يتضـــرر الخصـــم من الحكم الصـــادر بالدعوى التي كان طرفاً فيها، ويروم نقل القضـــية إلى محكمة الدرجة الثانية –كما هو الحال في الطعن ألاســـتئنافي– لتعديل الحكم أو فســـخه دون أن يتطلب ذلك شـروط معينة، كما هو الحال عند الاعتراض عن الحكم الغيابي، إذ يكفي القول أن الحكم الغيابي كان مجحفاً وماساً بحقوق الخصـم المعترض لتبادر محكمة الموضـوع إعادة طرح النزاع مجدداً أمامها ومن ثم البت في مدى أحقية الخصـم في اعتراضـه، ومن التحقيقات التي تجريها تصـدر قرارها أما بتأييدأو تعديل الحكم الغيابي أو إبطاله ورد الدعوى، أما طرق الطعن غير العادية فقد حدد قانون المرافعات بوجه الحصر الحالات التي يجوز سلوكه فيها والأسباب التي يستند إليها[1].

ويستمد طريق الطعن بالاستئناف هذه الطبيعة من كون المشرع لم يحدد للمستأنف أسباباً معينة للطعن، وإنما يقدم الطعن بالاستئناف بناء على أي سبب يدعي فيه المستأنف أن الحكم غير صـحيح شـكلاً أو غير عادل موضـوعاً، وليس معنى ذلك أن صـحيفة الاسـتئناف تقدم بغير أسـباب، بل على العكس يجب أن يبين الطاعن أسباب استئنافه، وإلا كانت باطلة[2]، وبذلك يتميز بأنه جائز لكل خصـم يتضـرر من حكم ما، من غير أن يكون هناك قيد معين يجب توفره ويكفي لجوازه أن يكون لرافعه وجه شكوى من الحكم ومصلحة ما في تعديله أو إلغائه[3]،وان المشرع لم يحصر أسبابه ولم يحدد حالاته بل ترك للخصوم حرية ممارسة حقهم في الطعن بناءاً على ما يرونه مناسباً من الأسباب[4]، إلى جانب ما يترتب على الاســـتئناف من تجديد النزاع وإعادة الحكم في الدعوىمن جميع الوجوه[5]، فضـــلاً على أنه يؤخر التنفيذ ما لم يكن الحكم مشمولاً بالنفاذ المعجل، إذ يستمر التنفيذ على الرغم من وجود الطعن ما لم تقرر المحكمة إلغاء القرار الصادر بشموله بالنفاذ المعجل[6].

ويترتب على اعتبار الاســـتئناف طريقاً عادياً للطعن في الحكم يهدف إلى تأكيد صـــحة وعدالة الحكم من حيث الواقع والقانون، أن قاضـي الاستئناف يتمتع إزاء الطعن بنفس سـلطات القاضـي الذي

---

1. لفتة هامل العجيلي، المرجع السابق، ص17.
2. طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص716.
3. محمد العشماوي، وعبد الوهاب العشماوي، ج2، المرجع السابق، ص840.
4. عباس العبودي، نقلاً عن: أحمد سمير محمد الصوفي، المرجع السابق، ص 28.
5. ضياء شيت خطاب، بحوث ودراسات في قانون المرافعات المدنية العراقي، دون ط، مطبعة الجيلاوي، بغداد، 1970، ص285.
6. أحمد سمير محمد الصوفي، المرجع السابق، ص28.

اصدر الحكم المطعون فيه، وبالتالي فإن الحكم الصادر من محكمة الاستئناف هو الحكم الوحيد – في القضية – الذي يتمتع بفعالية، ومن ثم فهو السند التنفيذي الوحيد الذي توضع عليه الصيغة التنفيذية، وليس حكم أول درجة، حتى ولو كان حكم الاستئناف قد أيده تأييداً كاملاً[1].

الفرع الثاني: النظر من محكمة أعلى من المحكمة التي أصرت الحكم

أشرنا سابقاً إلى أن الغاية من جعل التقاضي على درجتين هو لغرض تلافي الأخطاء التي يقع فيها قضاة محاكم البداءة عند إصدار أحكامهم في الدعاوى المنظورة من قبلهم ولإصلاح ما ارتكب من مخالفة للقانون أو حصول خطأ في الإجراءات، وان الخصم الذي يسلك طريق الطعن ألاستئنافي يروم الحصول على ضمانات أكثر في نظر الدعوى من حيث الخبرة والمكنة القانونية في إدارة الدعوى لذا فإن هذا الطعن يجب أن تنظره محكمة أعلى من المحكمة التي أصدرت الحكم فيه، على خلاف الاعتراض على الحكم الغيابي الذي ينظر من ذات المحكمة التي أصدرته إلا أن ذلك لا يهدر حق الخصم في سلوك هذا الطريق بعد صدور الحكم في الدعوى الاعتراضية إذا كان الحكم الصادر قابلاً للطعن به بطريق الاستئناف[2].

ويقضي هذا الطعن أن تكون محكمة الدرجة الثانية أكثر خبرة ودراية من المحكمة الأولى بمدى صحة الحكم[3]، وهذا الاقتضاء يكون بزيادة عدد القضاة الذين ينظرون في الدعوى وتفوقهم[4]، لأن الاجتهاد لا ينقض بمثله إلا إذا كان هناك أسباب للترجيح كالتقوية بالعدد والتفوق بالعلم[5]، فالحكم الذي يصدر من محكمة البداءة لا يمكن فسخه من محكمة بداءة مثلها، ولكن يسوغ ذلك إذا كان الفسخ صادراً عن محكمة أعلى[6]، وتعتبر قضية الاستئناف، هي ذات القضية التي صدر فيها حكم أول درجة، وبهذا تكون خصومة الاستئناف استمراراً لخصومة أول درجة، فلمحكمة الاستئناف السلطة الكاملة التي كانت لمحكمة أول درجة، وللخصوم ذات السلطة التي كانت لهم في أول درجة إلا ما سقط منها، ولهذا يمكن أن يختلف حكم محكمة الاستئناف عن حكم محكمة الدرجة الأولى، دون أن

---

1. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دون ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص598.
2. لفتة هامل العجيلي، المرجع السابق، ص19.
3. عبد الرحمن عياد، أصول علم القضاء، دون ط، مطبعة الإدارة العامة، المملكة العربية السعودية، 1981، ص196.
4. أنظر المادة 255 من ق إ م إ، والتي تنص: " ... وتصدر قرارات جهة الاستئناف بتشكيلة مكونة من ثلاث قضاة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.".
5. فارس الخوري، أصول المحاكمات الحقوقية، ط2، الدار العربية، عمان الأردن، 1987، ص 536.
6. داؤد سمرة، شرح قانون أصول المحاكمات الحقوقية، ط2، مطبعة الأهالي، بغداد، 1940، ص504.

يعني أن حكم محكمة الدرجة الأولى كان على خطأ، ذلك لأن المحكمة الاستئنافية تنظر القضية من جديد على أساس ما عرض على محكمة أول درجة وما لم يعرض عليها، وهذا ما يعبر عنه بأن للاستئناف أثراً ناقلاً[1].

الفرع الثالث: درجة ثانية من درجات التقاضي

إن الاستئناف بوصفه الدرجة الثانية من درجات التقاضي يعيد النظر في الوقائع ويراجع القانون والتصرفات الصادرة من قضاة محكمة الدرجة الأولى[2]، حيث يطرح النزاع على محكمة الاستئناف لتفصل فيه من جديد ولها كل ما لمحكمة الدرجة الأولى من سلطة في هذا الصدد، فهي تبحث وقائع الدعوى وتقوم باتخاذ ما تراه من إجراءات الإثبات وتعيد تقدير الوقائع من واقع ما قدم إليها من مستندات[3]، ومن واقع دفوع الخصوم ثم هي أخيراً تطبق القواعد القانونية التي تراها صحيحة على وقائع الدعوى، وبهذا تختلف سلطة محكمة الدرجة الثانية عن سلطة محكمة التمييز، فالأخيرة كقاعدة عامة لا تملك إلا تأييد الحكم المطعون فيه أو نقضه إذا ارتأته مخالفاً للقوانين دون أن تفصل في موضوع الدعوى بل تعيدها إلى المحكمة المطعون في حكمها، وبذلك فإن الطعن ألاستئنافي حينما تنظره محكمة الاستئناف فهي تنظره بصفتها محكمة موضوع درجة ثانية، حيث تجب الدعوى البدائية التي صدر الحكم المطعون به استئنافاً، فتسمع إلى طلبات الخصوم ودفوعهم وتجري التحقيق بما يقدم إليها من الطرفين وتتخذ الإجراءات التي تقتضيها طبيعة الدعوى وصولاً إلى الحكم العادل[4].

المطلب الثالث

أهمية ومبررات مبدأ التقاضي على درجتين

انتهى التطور القانوني إلى جعل التقاضي على درجتين، وان للخصم –المحكوم عليه– الحق في استئناف الحكم الصادر من أول درجة، وذلك لتصحيح الغلط أو رفع الظلم الواقع في هذا الحكم، ولأن في الحكم الاستئنافي قوة أعظم وثقة اكبر مما في الحكم الابتدائي نظراً لأن القضاة الذين أصدروه في الاستئناف هم في الغالب أكثر عدداً وأكبر سناً وأوفر خبرة، خاصة وأنهم ينظرون الدعوى مرة أخرى

---

1. مفلح عواد القضاة، المرجع السابق، ص404.

2. Mélina DOUCHY-OUDOT, procédure civile, 3éd Gualino éditeur, LGDJ, paris, 2008, p 336.

3– عبد الرحمان العلام، المرجع السابق، ص 404.

4– مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية وتطبيقاته، ج2، دون ط، مطبعة الخيرات، بغداد، 2000، ص84.

بعد أن تكون قد حققت أمام محكمة الدرجة الأولى وتوضحت بالمناقشات، فهذا المبدأ من مستلزمات العدالة[1].

وإذا كان المشرع نص على أن المبدأ، هو أن التقاضي يقوم على درجتين، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، فإنه يكون قد أستند في الإقرار بهذا المبدأ إلى العديد من المبررات تتمثل في كون مبدأ التقاضي على درجتين يحقق فائدة مزدوجة، فهو يؤدي إلى تحقيق الرقابة الذاتية، وذلك من خلال رقابة المحكمة الأعلى للمحكمة الأدنى من جهة، ومن جهة أخرى فإن هذه الرقابة تدفع قضاة المحكمة الأدنى إلى توخي العدالة عند إصدارهم للأحكام القضائية ومن تم ايلاء العناية اللازمة لفحص ادعاءات الخصوم وصحة تطبيق القانون[2]،

فالحكم إذا كان يعتبر عنوان للحقيقة ومانعاً لإعادة طرح النزاع أمام القضاء، إلا أنه عمل إنساني وقد يشوبه خطأ أو قصور، فقد يحيد القضاء عن جادة الصواب، لتحيز منهم أو لقلة عناية بتمحيص الوقائع أو لقلة إلمام بقواعد القانون وكيفية تطبيقها، ومن الخطر ترك الخصوم يتحملون نتائج هذا كله بغير أن تفتح أمامهم الطرق للوصول إلى حماية أنفسهم من الخطر وإظهار فساد الأحكام التي قضت في غير مصلحتهم، ويتم ذلك عن طريق تنظيم درجة ثانية للتقاضي تصلح عيوب الحكم من حيث الوقائع ومن حيث سلامة تطبيق القانون[3]، وذلك لتحقيق العدالة القضائية، كما يؤدي إلى التوفيق بين فكرة العدالة ومبدأ الاستقرار القانوني، وذلك من خلال استقرار وضع النزاع بصفة نهائية بما هو عليه وفقاً للحكم[4].

ومع ذلك هوجم المبدأ هجوماً عنيفاً مما أدى إلى انقسام الفقه بصدده، واتجهت بعض التشريعات إلى تضييق هذا المبدأ، بحصر الاستئناف في أضيق الحدود – كما هو الحال في التشريعات الانجلوسكسونية– وحتى التشريع الفرنسي نفسه حصر هذا المبدأ وطور وظيفة الاستئناف بإباحة تقديم طوائف عديدة من الطلبات الجديدة أمام محاكم ثاني درجة[5]، هذا التعديل ظهر في الفقه الفرنسي، وردد صداه التشريع الفرنسي الصادر سنة 1972، مؤدى هذا التعديل هو وجوب إعطاء النظام القانوني للطعن بالاستئناف وجهاً ووظيفية جديدة، هذا الوجه وهذه الوظيفة لا ترمي إلى إلغاء الوظيفة التقليدية

---

1. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ص 24–25.
2. حسين بلحيرش، المرجع السابق، ص 31.
3. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 25.
4. عباس العبودي، نقلاً عن: حسين بلحيرش، المرجع السابق، ص 32.
5. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 25–26.

للطعن بالاستئناف، وإنما يهدف إلى إضافة مهمة جديدة إلى جانب المهام والأهداف التي يحققها نظام الطعن بالاستئناف في صورته التقليدية[1].

ولقد انصب نقد مبدأ التقاضي على درجتين – أو نظام الاستئناف– إلى عدة نقاط بدءاً من أسباب نشأته التاريخية إلى الفوائد التي يمكن أن يحققها، فالاستئناف – الذي يتيحه مبدأ التقاضي على درجتين– ليس ضمانة حقيقة تهدف إلى تصحيح الأخطاء المحتملة في الحكم الابتدائي وإنما هو محض ناتج اجتماعي مخصص لحل مشكلة لم تعد موجودة وهي المركزية والتوحيد، حيث أن الاستئناف نشأ ولعب دوره الذاتي في تجميع مختلف إدارات العدالة وتحقيق المركزية في يد سلطة واحدة، وما نشأ في فرنسا إلا كوسيلة سعى بها الملوك إلى التغلب على سلطة القضاء الإقطاعي وتجميع مختلف إدارات العدالة في أيديهم، فهو إذن تنظيم سياسي أو إداري وأكثر مما هو تنظيم قضائي، ودوره الذاتي والرئيسي هو الوفاء بالحاجة التاريخية في تحقيق المركزية والربط بين مختلف أعضاء التدرج، لكنه سار من الزمن جيلاً بعد جيل دون تساؤل عن قيمته ومدى تجاوبه مع الحاجة الجديدة، فلول العادة لاندثر الاستئناف كتنظيم مخالف للطبيعة[2].

فإذا كان نظام الطعن بالاستئناف يهدف منذ إنشائه إلى إصلاح القضاء السيئ الصادر من أول درجة، فإن هذه الوظيفة أو هذا الهدف لم يعد يتمشى مع متطلبات السرعة التي يفرضها العصر الحالي[3].

والواقع أن تاريخ الاستئناف – وكما سبق أن أوضحنا– كان شؤماً عليه، فقد اندمج في أذهان خصومه بهدفه التاريخي وصار ناتجاً مخصصاً لحل مشكلة المركزية، فإذا تلاشت تلك المشكلة فإن الاستئناف وهو ناتج مخصص لها ينبغي أن يندثر معها؛ فهدف الاستئناف في الحقيقة ليس هو المركزية، فهذا الهدف قد اندثر تماماً، وحل محله هدف أخر هو تصحيح الأخطاء المحتملة في الحكم الصادر من محكمة الدرجة الأولى وبالتالي هو ضمانة قضائية هدفها سلامة الحكم[4].

ومما يترتب على إقرار مبدأ التقاضي علي درجتين، أن قرار محكمة الاستئناف يصدر عن قضاة أكثر عدد وأكثر خبرة من قاضي محكمة الدرجة الأولى، فيكون قرارهم أقرب للحقيقة مقارنة بحكم قاضي

---

1. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 7.
2. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 26–27.
3. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 8.
4. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 27–28.

الدرجة الأولى الذي يحتمل الخطأ، فضلاً عن بعد هؤلاء القضاة عن موطن الخصوم وعن محل الخصومة القضائية، فيكون بمنجى من تأثيراتهم[1].

وإذا كانت المبررات الأولى تبدوا وجيهة بعض الشيء، فإن المبرر الأخير لا يحق الإدلاء به في الواقع لأن القاضي يجب أن يكون دائماً بعيداً عن أي شك وريبة، على اعتبار ان الشك والريبة في نزاهة القاضي واستقامته، إنما هو أمر لا يصلح أساساً لتبرير أي مبدأ من مبادئ القانون، لأن التشكيك في نزاهة القاضي، هو أمر يجرده من أولى مؤهلات تولي منصب القضاء، وبذلك فانه لا يكون جدير بالبقاء في منصبه[2].

وقد قيل في الهجوم على المبدأ أنه ليس من المؤكد أن حكم محكمة الدرجة الثانية سيكون أكثر عدالة من حكم أول درجة، بل قد يحدث العكس ويكون حكم الدرجة الأولى أقل خطأ، ورد الفقيه الفرنسي روجيه بيرو على ذلك بأن الملاحظة في ذاتها صحيحة ولكنها ليست حاسمة وينبغي أن لا ننسى أن محكمة الدرجة الثانية أعلى من حيث التدرج القضائي من محكمة أول درجة وأنها مشكلة من قضاة أكثر عدداً وأوسع خبرة[3].

أما من ناحية الفوائد التي يمكن أن يحققها التقاضي على درجتين من سلامة حكم قضاة ثاني درجة، وتدارك أخطاء قضاة أول درجة – قليلي العدد والخبرة صغيري السن– مما يحقق العدالة على أحسن وجه، فلم يُسلم بها خصوم هذا المبدأ، بل ذهبواْ إلى القول أن التقاضي على درجتين إطالة لأمد التقاضي وزيادة نفقاته، وتأخير الفصل في المنازعات، ثم أن الاستئناف حق يتمتع به الغني دون الفقير لأن الأول يتحمل نفقاته بغير عناء دون الأخر، وإذا كان قضاة ثاني درجة – وهم غير معصومين– أقدر من قضاة الدرجة الأولى فلماذا لا يلغى قضاء الدرجة الأولى؟، ولم لا يحتكم الخصوم من أول الأمر إلى المحكمة التي يرون أنها أفيد للخصوم وأكرم للقضاء؟، لماذا نلزمهم بتضييع وقتهم وأموالهم أمام محاكم الدرجة الأولى؟، أن الاستئناف عبارة عن نقل القضية من قاض عرفها معرفة حسنة إلى قاضي يعرفها معرفة سيئة[4]، ويذهب رأي أخر في الرد على هذا الهجوم إلى أن أهمية التقاضي على درجتين لا تكمن في أن محكمة الدرجة الثانية أعلى من المحكمة التي أصدرت الحكم، وإنما تكمن في

---

1. عباس العبودي، نقلاً عن: حسين بلحيرش، المرجع السابق، ص 32.
2. بتصرف، حسين بلحيرش، المرجع السابق، ص 32.
3. طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص197.
4. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 27–28.

أنها محكمة أخرى، وهي إذ تنظر الدعوى للمرة الثانية فإنها تنظرها بعد أن تكون قد نوقشت وبحثت أمام محكمة أول درجة، وهي لهذا يمكنها استكمال ما يكون قد ظهر في تحقيق الدعوى من نقص أو قصور[1].

ويمكن القول أيضاً رداً على هذا النقد أن التقاضي على درجتين وإن كان يترتب عليه إطالة أمد النزاع فإن حسن سير العدالة يقتضيه، لإتاحة الفرصة للمتقاضين لتصحيح أخطاء أول درجة، كما أن المشرع راعى عدم إطالة أمد المنازعات قليلة القيمة فلم يجز استئناف الأحكام الصادرة فيها، ومن ناحية أنه حق للغني دون الفقير، فهو قول غير دقيق تماماً، نظراً لأن الفقير يمكنه طلب المعونة القضائية من المحكمة، وهو لا يتحمل في النهاية مصاريف استئنافه، فحيث يكسب يتحمل المحكوم ضده هذه المصاريف، أما الالتجاء مباشرة إلى محاكم الدرجة الثانية، فقول تعوزه الدقة، ذلك أن فائدة الدرجة الثانية أو الاستئناف لا ترجع فقط إلى كفاءة قضاة هذه المحاكم بسبب خبرتهم في العمل أو زيادة عددهم بل تبرر أصلاً بعرض الدعوى للمرة الثانية على قضاء يستفيد بما تم من بحث ومناقشة أمام محكمة الدرجة الأولى، فبحث الدعوى مرتين يقلل فرصة الخطأ ويظهر عناصر النزاع بحيث يستطيع قضاة محكمة الدرجة الثانية استكمال ما يكون قد فات على قضاة محكمة الدرجة الأولى وترتب على ذلك نقص أو قصور في الحكم[2]، وفي الرد على ذلك قيل أيضا بأن هذه الحجة تغفل ميزة التقاضي على درجتين، حيث أنه إذا ما عرضت الدعوى على الدرجة الثانية فغالباً ما يكون ملفها قد تطهر من التفاصيل غير النافعة وتكون النقاط الحاسمة في النزاع – سواءً من حيث الواقع أو القانون – قد ظهرت جليةً، فيكون قضاء الدرجة الثانية على بينة من الحقيقة، ويكون بذلك قد استفادة من عمل محكمة الدرجة الأولى، التي تكلف الوقت والجهد والنفقات، فلم تضِع هذه إذاً هدراً، ولذلك قصر المشرع التقاضي على درجتين على الدعاوى الأكثر أهمية من الناحية الاقتصادية، ولم يجز ذلك بالنسبة للدعوى الأقل أهمية كما سنرى[3].

كما أنه يتيح الفرصة الكافية للخصم الذي خسر الدعوى لإعداد أدلته والدفاع عن حقه من أجل تحقيق العدالة القضائية بين الخصوم فضلاً عن كونه ضمانة أساسية من ضمانات التقاضي للأفراد،

---

1. طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص197.
2. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص27.
3. طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص197– 198.

مما يؤدي إلى إشاعة الطمأنينة بإتاحة الفرصة مرة أخرى إذا ما توافرت شروط إعادة النظر في الحكم[1]، أمام الدرجة الثانية بما يحقق في النهاية حسن سير العدالة[2].

ثم إن إلغاء محاكم الدرجة الأولى وتشكيلها من قضاة الدرجة الثانية يعني في الحقيقة إلغاء محاكم الاستئناف لتصبح سائر المحاكم على قدم المساواة وسائر الأحكام نهائية، وكيف يمكن في مثل هذا الوضع أن تشكل محاكم الدرجة الأولى من قضاة على ذات مستوى من الخبرة؟ ومن أين الخبرة إذا كان العمل القضائي ذاته هو سبيل بلوغها؛ إن الاستئناف ينقل القضية من قاضٍ قليل الخبرة ينظر الدعوى لأول مرة إلى مجموعة قضاة أكفاء يفحصون النزاع للمرة الثانية ويصححون ما قد يقع في الحكم من أخطاء أو يعتريه من قصور مما يؤدي إلى تحقيق العدالة على أفضل وجه، لذلك أستقر مبدأ التقاضي على درجتين في التشريعات الحديثة، ولقد أثير النقد السابق في لجان جلسات التعديل والتجميع والتقنين في عهد نابليون ولكن انتهى الأمر إلى الثبات على مبدأ التقاضي على درجتين، وإن كان المشرع الفرنسي الحديث قد عالج المسألة بنوع من المرونة تماشياً مع مقتضيات التطور القانوني وجعل الاستئناف – باعتباره طريقة الفحص المتعاقب للنزاع– وسيلة لإنهاء النزاع في مجموعة وليس مجرد وسيلة لتصحيح ما قد يشوب الحكم الابتدائي من أخطاء[3].

1. أحمد سمير محمد الصوفي، المرجع السابق، ص11.
2. طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص196.
3. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص29.

المبحث الثاني

الأحكام القابلة للطعن بالاستئناف وإجراءات الاستئناف

يعد الاستئناف من المبادئ الأساسية في المرافعات المدنية، فالخصم الذي يخفق في دعواه أمام محكمة الدرجة الأولى، يجوز له الالتجاء إلى محكمة أعلى درجة لعرض النزاع عليها من جديد لتصحيح الحكم الصادر سواء بإلغائه أم بتعديله، فالهدف من الاستئناف هو الوصول قدر الإمكان إلى قضاء صحيح وعادل[1]، فهو يتضمن شكوى من قضاة محكمة أول درجة، وهو الوسيلة التي يطبق بها مبدأ التقاضي على درجتين، هذا المبدأ الذي يعد ضمانة هامة من ضمانات القضاء لأنه يؤدي إلى تدارك أخطاء القضاة، كما يتيح للخصوم استدراك ما فاتهم تقديمه من دفوع وأدلة أمام محكمة أول درجة[2]، وقد قدمنا أن نظام الطعن بالاستئناف يقوم على أساس مبدأ التقاضي على درجتين وان هذا المبدأ ليس مطلقاً، فلإعتبارات خاصة قد يقصر المشرع التقاضي على درجة واحدة، إما الدرجة الأولى فقط، وإما الدرجة الثانية فقط[3]، ولكن لا يجوز ولو بإتفاق الأطراف الالتجاء مباشرةً إلى محكمة الدرجة الثانية، فهي لا تنظر إلا قضية سبق نظرها من محكمة أول درجة، ويسمى بالمستأنف والمطعون ضده بالمستأنف عليه، وتسمى محاكم الدرجة الثانية بمحاكم الاستئناف، وهو لا يكون إلا مرة واحدة، فلا يجوز استئناف الاستئناف، فالتقاضي على درجتين مرة فقط وذلك تحقيقاً لحاجة الاستقرار واليقين القانوني، وعلى محكمة الاستئناف أن تقضي من تلقاء نفسها بعدم جواز الاستئناف للمرة الثانية احتراماً لقوة الأمر المقضي التي تعلو على اعتبارات النظام العام، فالاستئناف بعد الاستئناف لا يجوز[4].

وتجدر الإشارة إلى أن الأحكام القابلة للطعن بطريق الاستئناف هي مسألة مستقلة عن الوصف المعطى لحكم صادر عن محكمة الدرجة الأولى، ويمكن الطعن بالاستئناف في الأحكام الصادرة من الدرجة الأولى حتى ولو كان وصفها خاطئاً[5]، ويبدو لنا جلياً ومن خلال كل ما تقدم أن القرارات المتخذة من قبل محكمة الدرجة الأولى هي التي تخضع بالاستئناف كمبدأ عام مع مراعاة الاستثناءات التي حظرت سلوك هذا الطعن[6]،ولا يمكن حرمان أي خصم من اللجوء إلى طريق الطعن بالاستئناف إلا إذا

---

1. أمينة النمر، أصول المحاكمات المدنية، د ط، الدار الجامعية بيروت، 1985، ص237.
2. أحمد هندى، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص570.
3. طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص727.
4. أحمد هندى، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص570.
5. jean vincent, procédure civile, 17e éd Dalloz, paris, 1974,p 728.
1. Rene Morel, traite élémentation de procédure civile, 2e éd, ition, paris, 1949, p 479.

كان الحكم الصادر في حقه هو بنص القانون من الأحكام التي لا تقبل الاستئناف، فقابلية الاستئناف هي إذن المبدأ ومنعه الاستثناء[1].

المطلب الأول

الأحكام القابلة للاستئناف في التشريع الجزائري

القاعدة هي أن جميع الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى تقبل الطعن بالاستئناف ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، وذلك تطبيقاً لمبدأ التقاضي على درجتين، الذي يجعل الاستئناف ضروري تجاه كافة الأحكام تحقيقاً للعدالة وصيانة لحقوق الخصوم، فمن مصلحة الخصوم أن تتاح لهم فرصة إصلاح الحكم إذا اعتوره نقص أو خطأ أو عيب في الشكل أو الموضوع أياً كان هذا الحكم، وأياً كانت المحكمة التي أصدرته، وأياً كانت قيمة الدعوى التي صدر فيها، على أن المشرع لاحظ أن مصلحة الخصوم تقتضي في بعض الحالات منع الاستئناف وليس إجازته، كما أن حسن سير القضاء يستلزم أحياناً قّصر التقاضي على درجة واحدة بالذات في الدعاوى قليلة الأهمية التي لا تحتمل مصاريف التقاضي على درجتين، خاصة أن الخصوم غالباً ما يقدمون على الطعن في تلك الأحكام تحت تأثير شهوة العناد أو الرغبة في الانتقام، مما يجعل في منع الطعن في تلك الأحكام حماية للمتقاضين من شهواتهم، بجانب أن حسن سير القضاء يقتضي تفرغ محاكم الدرجة الثانية للدعاوى الهامة خاصةً وان الدعاوى قليلة الأهمية لا تثير في الغالب صعوبات يقتضي عرض النزاع فيها على درجتين[2].

وجاء في المادة 333 من ق إ م إ " تكون الأحكام الصادرة في جميع المواد قابلة للاستئناف، عندما تفصل في موضوع النزاع أو في دفع شكلي أو في دفع بعدم القبول أو أي دفع عارض أخر ينهي الخصومة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك". فميزت هذه المادة بين نوعين من الأحكام الفاصلة في الموضوع[3]:

- الأحكام الفاصلة في موضوع النزاع.
- الأحكام الفاصلة في دفع شكلي أو في دفع بعدم القبول أو أي دفع عارض آخر.

---

1. عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ترجمة للمحاكم العادلة، ط4، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر 2016، ص285.
2. أحمد هندى، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص572.
3. بشير محمد، الأحكام الفاصلة في الموضوع والصادرة قبل الفصل فيه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة مولود الجزائر1، مجلد 50 ع 04، س 2013، ص 143.

واشترطت لقبولها الطعن بالاستئناف أن تكون منهية للخصومة.

ووضعت هذه المادة شرطاً أخر لقبول مثل هذه الأحكام للطعن بالاستئناف وهو ألا يكون القانون ينص على خلاف ذلك، ويتعلق الأمر بالإحكام التي لا يجوز استئنافها كتلك الواردة على سبيل المثال في المادتين 33 و433 من ق إ م إ[1].

وكذلك لمَّا ينص القانون على منع طرق الطعن ضد بعض التدابير المتخذة من طرف القاضي لتسيير الخصومة، ويكون في بعض الحالات ممنوعاً بموجب القانون الموضوعي ذاته كما هو معروف بالنسبة للأحكام المتعلقة بتطبيق بعض قواعد قانون العمل[2]، وهناك بعض الأحكام خصها المشرع الجزائري بحكم خاص[3]، بحيث لا يجوز الطعن فيها لا بالمعارضة ولا بالاستئناف، ويتعلق الأمر[4]:

- الأحكام الصادرة طبقاً للمادة 287 من القانون التجاري، إذ أقر المشرع للمحكمة أن تقرر بوجه معجل قبول الدائن في المداولات عن مبلغ تحدده.
- الأحكام التي تفصل بها المحكمة في الطعون الواردة على الأوامر الصادرة من القاضي المنتدب في حدود إختصاصه.
- الأحكام الخاصة بالإذن باستغلال المحل التجاري.

الفرع الأول: الحكم الفاصل في موضوع النزاع

ويقصد به الحكم المنهي للخصومة بالفصل في موضوع النزاع برمته، والذي تنبثق عنه القرينة القانونية القاطعة المتمثلة في حجية الشيء المقضي فيه بمفهوم المادة 338 من القانون المدني بمجرد النطق به، والتي لا تقبل إثبات العكس ممن صدرت في مواجهته إلا من جهة أعلى درجة من الجهة

---

1. نصت المادة 433 من ق إ م إ: " أحكام الطلاق بالتراضي غير قابلة للاستئناف".

. قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2013/03/07، ملف رقم 0733801، م ق، ع 2، س 2013، ص 255: " الحكم الفاصل في دعوى، تتجاوز قيمتها 200.000 دج، قابل للاستئناف وليس للطعن بالنقض.".

. قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2013/05/16، ملف رقم 0878022، م ق، ع 1، س 2013، ص 170: " الحكم الفاصل في دعوى لا تتجاوز قيمتها 200.000 دج غير قابل للاستئناف، وإنما للطعن بالنقض.".

2. عبد السلام ذيب، المرجع السابق، ص287.

3. أنظر المادة 232 من الأمر رقم 75- 59 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، ج ر رقم 101 المؤرخة في 1975/09/19.

4. طيطوس فتحي، النظام القانوني للحكم القاضي بشهر الإفلاس في التشريع الجزائري، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة ابن خلدون تيارت، مجلد 06 ع 01، س 2020، ص ص 89-90.

مصدرة الحكم، والعبرة هنا بحسم موضوع النزاع برمته إلزاماً، إنشاءً أو تقريراً، وهذا الصنف من الأحكام تلحقه قاعدة حجية الشيء المقضي فيه التي تضع في متناول المحكوم له وسيلة دفاع في صورة دفع بعدم قبول الدعوى بمفهوم المادة 67 من ق إ م إ، في الحالة التي يعيد فيها خصمه طرق أبواب القضاء من جديد للمطالبة بنفس ما انتهى إليه الحكم في وقت سابق[1].

إلا إن المادة 333من ق إ م إ لم تحدد، بالنسبة للأحكام الفاصلة في موضوع النزاع، ما إذا كان الموضوع يتعلق بالأحكام الفاصلة كلياً أو جزئياً فيه، فجاء فيها: " تكون الأحكام الصادرة في جميع المواد قابلة للاستئناف، عندما تفصل في موضوع النزاع..." خلافاً للصياغة الفرنسية للنص الذي قصد الأحكام التي تفصل كلياً في موضوع النزاع[2]، فحسب صياغة النص العربي لهذه المادة فكل الأحكام الصادرة في موضوع النزاع سواء كلياً أو جزئياً تقبل الاستئناف خلافاً لصياغة النص بالفرنسية الذي لم يجز هذا الطعن سوى ضد الأحكام التي تفصل كلياً في موضوع النزاع، فنص المادة 333 السالف الذكر بهذه الصياغة يتناقض مع المادة 334 من نفس القانون التي لم تجز استئناف الأحكام الصادرة جزئياً في موضوع النزاع بنصها: "الأحكام التي تفصل في جزء من موضوع النزاع... لا تقبل الاستئناف إلا مع الحكم الفاصل في أصل الدعوى"، فيبقى النص بالصياغة الفرنسية هو أكثر صحة ومنطقاً ويتماشى مع المادة 334 من ق إ م إ، ويبدوا ان كلمة " كلياً " سقطت من الصياغة العربية للمادة 333 السالفة الذكر فولدت صعوبات في فهمه وتناقضاً مع نصوص أخرى تفرض على المشرع تداركه، تحقيقاً للانسجام بين نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويلاحظ أن قانون المرافعات المدنية الفرنسي لم يفرق في هذا المجال بين الأحكام الصادرة كلياً والأحكام الفاصلة جزئياً في موضوع النزاع والآمرة بإجراء تحقيق أو إجراء مؤقت إذ جعلتها المادة 544 منه[3] قابلة للطعن بالاستئناف كالأحكام الصادرة في موضوع النزاع[4].

الفرع الثاني: الحكم الفاصل جزئياً في موضوع النزاع

وهو حكم لا يفصل في موضوع النزاع برمته مع إنه يحسم جزء منه ويتخذ صورتين[5]:

---

1. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص 78.

2. «…En toutes matières, tout jugement qui tranche tout l'objet du litige,… »

3.L'art.544. c.pr. civ. Français "Les jugements qui tranchent dans leur dispositif une partie du principal et ordonnent une mesure d'instruction ou un mesure provisoire peuvent être immédiatement frappés d'appel comme les jugement qui tranchent tout le principal."

4. بتصرف، بشير محمد، المرجع السابق، ص 143- 145.

5. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص 79- 80.

الصورة الأولى: الحكم الحاسم لنقطة قانونية أو موضوعية بصفة صريحة تقبل التنفيذ المعجل دون حاجة لانتظار ما بقي عالقاً من مسائل قانونية في الدعوى، ومثال هذه الصورة الحكام الصادرة بالتعويض المسبق بعد تقرير المسؤولية وتعيين خبير تمهيداً لتقدير التعويض الكلي، ففي مثل هذه الحالة يكون هذا الحكم حائزاً لحجية الشيء المقضي فيه وينفذ معجلاً إذا قرر القاضي ذلك، وليس للخصم أن يتظلم منه إلا بطريقين الاستئناف والاعتراض عن النفاذ المعجل.

الصورة الثانية: الحكم الذي لا ينبثق عنه حكم قطعيمع أنه يفصل قطعياً في عناصر قانونية تتحكم في مصير الدعوى، أي الحكم الذي تتضح فيه ملامح القرار المنتظر صدوره في أصل النزاع اعتمادا على ما قطع فيه القاضي من مسائل قانونية تبين اتجاه إرادته لمسايرة المدعي مثلاً في طلباته.

أولاً: الأحكام الفاصلة في جزء من موضوع النزاع والصادرة قبل الفصل فيه

وتعتبر الأحكام الفاصلة في جزء من النزاع النوع الثاني من الأحكام الصادرة في الموضوع المنصوص عليها في المادة 269 من ق إ م إ وهي أحكام تفصل في جزء من موضوع النزاع وتأمر في نفس الوقت بإجراء من إجراءات التحقيق أو تدبير مؤقت ويعبر عنها فقه الإجراءات بالأحكام المختلطة[1]، والمادة 334 من ق إ م إ لم تجز استئناف هذه الأحكام مستقلة عن الحكم الفاصل في أصل الدعوى، فغلبت بذلك الشق الصادر قبل الفصل في الموضوع من الحكم، على الشق الفاصل في جزء من موضوع النزاع، وقد أشارت المادة 544 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي كما بينا سابقاً إلى هذا النوع من الأحكام ورتبت عنها نتيجة معاكسة لتلك الواردة في المادة 334 السالفة الذكر وهذا بالسماح باستئنافها

1. " لم يضع المشرع الجزائري تعريفاً خاصاً للحكم المختلط واكتفى فقط بتحديد تعريف لنوعين من الأحكام وهي الأحكام الفرعية والتي سماها بالأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع، والأحكام القطعية وهي الأحكام الصادرة في الموضوع، وبالرجوع إلى نص المادة 298 من ق إ م إ فإنها عرفت الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع بأنه الحكم الآمر بإجراء التحقيق أو بتدبير مؤقت، ومن خلال هذا التعريف يتبين لنا أن الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع هو إما حكم تحقيق يسمح للخصوم بإقامة الدليل على وقائع يؤسسون إدعاءاتهم عليها، وهي تهدف إلى تنوير القاضي حتى يتمكن من إصدار حكم في موضوع الدعوى على نحو سليم، وإما حكم يأمر بإجراء مؤقت يهدف أثناء سير الخصومة إلى ضمان حماية مصالح الخصوم أو مصالح الغير خلال الخصومة، ومن خصائص هذا الحكم انه لا يحوز الحجية ولا يؤدي إلى استنفاذ ولاية القاضي في الخصومة أي لا يترتب عليه تخلي القاضي عن النزاع" . زرقون نور الدين، تعليق على قرار المخكمة العليا الصادر عن الغرفة الاجتماعية في الطعن رقم 0847106 المؤرخ في 2014/10/02 المنشور بمجلة المحكمة العليا لسنة 2014 عدد 02 ص 431، مجلة تحولات، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، مجلد 01ع 01، س 2018، ص 211.

مباشرة دون انتظار صدور الحكم في أصل الدعوى[1]، وإن استئناف الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع والحكم الفاصل في موضوع الدعوى يتم بمقتضى المادة 334 السالفة الذكر بموجب نفس عريضة الاستئناف، فهذه المادة لم تفرق فيما يخص إجراء الاستئناف، بين الأحكام الفاصلة جزئياً في موضوع النزاع والأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع كما سنتبينه بعد ذلك بالرغم من الاختلاف القائم بين الحكمين، لكن وإذا كانت الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع لا تطرح أية مشكلة من زاوية ضرورة استئنافها مع الحكم الفاصل بعد ذلك في الموضوع، باعتبارها لا تمس عند إصدارها وكقاعدة عامة بحقوق الأطراف إلا بعد فصلها في الموضوع، فإن الأمر غير ذلك بالنسبة للأحكام التي تفصل جزئياً في موضوع النزاع وتأمر في نفس الوقت بإجراء من إجراءات التحقيق أو تدبير مؤقت[2]، باعتبارها فصلت منذ الوهلة الأولى في جزء من موضوع النزاع وأسندت الحق فيه لأحد طرفيه، الأمر الذي لا يبرر في نظرنا ضرورة انتظار الحكم الفاصل في كل النزاع لاستئنافه[3].

ثانياً: الأحكام التي تأمر بإجراء من إجراءات التحقيق أو تدبير مؤقت

وهي الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع المنصوص عليها في المادة 298 من ق إ م إ، والتي لم تجز المادة 334 السالفة الذكر استئنافها إلا مع الحكم الفاصل في أصل الدعوى[4]، ومن أمثلة هذه الأحكام نجد الحكم بتعين خبير لفرز الأملاك الشائعة وتحديد معالم الحدود طبقاً للمادتين 703 و724 من القانون المدني، أو بسماع شهود حول واقعة الحيازة أو بتوجيه اليمين، أو الحكم بتعين حارس قضائي كتدبير مؤقت طبقاً للمادة 299 من ق إ م إ...إلخ[5].

ولا يختلف اتجاه المشرع الجزائري في هذه المسألة مع ما سبقه إليه المشرع الفرنسي، إذ وبعد أن أجاز هذا الأخير استئناف الأحكام التي تفصل جزئياً في موضوع النزاع وتأمر في نفس الوقت بإجراء

---

1. L'appel est ouvert quel que soit le contenu de la décision : peu importe que le jugement tranche dans son dispositif tout le principal, ou qu'il statue sur une partie seulement du principal et ordonne une mesure d'instruction ou une mesure provisoire (jugement mixte). Pierre JULIEN et Natalie FRICERO, procédure civile, 4e éd lextenso éditions, LGDJ, paris, 2011,p 433.
2. قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2015/06/11، ملف رقم 1014324، م ق، ع 1، س 2015، ص 333. "المبدأ: لايمكن الطعن بالاستئناف في الحكم القاضي جزئياً بتعيين خبير إلا مع الحكم القطعي.".
3. بتصرف، بشير محمد، المرجع السابق، ص 146- 147.
4. المرجع نفسه، ص 147.
5. يعقوبي عبد الرزاق، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دون ط، دار هومة، للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018، ص 271.

من إجراءات التحقيق أو إجراء مؤقت، والأحكام التي تفصل في دفع شكلي أو دفع بعدم القبول أو أي دفع عارض إجرائي أخر ينهي الخصومة بمقتضى المادة 544 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد، فإنه لم يسمح باستئناف بقية الأحكام الأخرى منفصلة عن الحكم الفاصل في الموضوع إلا في الحالات التي يجيزها القانون بمقتضى المادة 544 من نفس القانون، ومن المنطقي حسب رأينا انتظار صدور الحكم في موضوع الدعوى لاستئناف الحكم الصادر قبل الفصل فيها معه، ذلك أن الحكم الأخير لا يمس بحقوق الأطراف، وقد يصدر الحكم في الموضوع في أخر المطاف لفائدة الطرف الذي كان ينوي استئناف الحكم الأول[1].

الفرع الثالث: الأحكام الفاصلة في دفع شكلي أو في دفع بعدم القبول أو أي دفع عارض

إضافة إلى الأحكام الفاصلة في كل موضوع النزاع، فإن المادة 333 من ق إ م إ أجازة الطعن بالاستئناف ضد الأحكام الفاصلة في دفع شكلي أو دفع بعدم القبول أو أي دفع عارض، لكن شريطة أن تكون منهية للخصومة، إن هذا الواقع أصبح يفرض – فيما يتعلق بالأحكام السابقة – التفرقة بين تلك المنهية التي تقبل الطعن بالاستئناف ومنها الحكم بعدم الاختصاص، أو بطلان إجراء من الإجراءات أو الحكم بسقوط الخصومة، والأحكام غير المنهية لها كالأحكام برفض عريضة الدعوى شكلاً، لأن الطعن بالاستئناف لا يقبل إلا ضد الأحكام الفاصلة في دفع شكلي أو دفع بعدم القبول أو أي دفع عارض ينهي الخصومة، ولا يبقى للطرف الذي صدر في مواجهته حكم من هذا النوع لا ينهي الخصومة سوى العودة ثانية أمام نفس المحكمة بعد الالتزام بالمقتضيات القانونية التي خالفها[2].

وقرر المشرع توسيع مجال الاختصاص الانتهائي للمحكمة، وبالنتيجة تقليص حالات الاستئناف، وذلك عن طريق جعل الأحكام الصادرة في الدعاوى التي تتجاوز قيمتها مأتين ألف دينار جزائري (200.000،00 دج) غير قابلة للإستئناف[3].

---

1. بشير محمد، المرجع السابق، ص 147.
2. المرجع نفسه، ص 145.
3. بوبشير محند أمقران، الجديد في طرق الطعن في أحكام القضاء المدني في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري تيزي وزو، مجلد 04 ع 01، س 2009، ص 32.

وتجدر الإشارة إلى أن المجلس الدستوري في الجزائر قرر بموجب قراره المؤرخ في 2021/02/10 " ان المادة 33 – الفقرة الأولى والثانية – من قانون الإجراءات المدنية والإدارية غير دستورية"، مما يجعل الحكم التشريعي يفقد أثره فوراً[1].

وقد تعددت الاعتبارات التي دفعت المشرع إلى الوقوف عند درجة تقاضي واحدة في بعض الدعاوى، وعادة ما يكون الدافع عنده إلى ذلك هو أن تكون الدعوى قليلة القيمة بحيث لا تتحمل نفقات العرض أمام أكثر من درجة واحدة، على انه بالإضافة إلى ذلك فإن قصر التقاضي على درجة واحدة قد يرجع إلى حاجة الأحكام الصادرة في بعض المنازعات إلى الاستقرار السريع، وقد يرجع إلى أن درجة التقاضي الصادر عنها الحكم هي أعلى درجة من سلم القضاء[2].

ويهدف المشرع إلى تحديد حالات اللجوء إلى استعمال طرق الطعن، حتى العادية منها، ويتبين ذلك من النص على إمكانية الحكم على المستأنف بغرامة مدنية من عشرة آلاف دينار إلى عشرين ألف دينار إذا تبين أن الاستئناف تعسفي والغرض منه الإضرار بالمستأنف عليه المادة 347 من ق إ م إ[3].

المطلب الثاني

حالات خاصة لأحكام قابلة للاستئناف أشارت إليها بعض القوانين المقارنة

لم يشر المشرع الجزائري إلى هذه الحالات من الأحكام وقابليتها إلى الطعن بالاستئناف كما هو الحال في بعض التشريعات المقارنة، التي تناولتها بالتفصيل، وبالرغم من ان المشرع الجزائري سمح بإستئناف الأوامر المستعجلة، إلا أننا نجد انه لم يتطرق إلى طوائف أخرى من هذه الأحكام التي تناولتها بعض التشريعات المقارنة.

وتوسعت بعض القوانين المقارنة[4] في نطاق تطبيق الطعن بالاستئناف، وحددت أحكاماً يمكن الطعن بها استئنافاً، وسوف نبحث في ثلاث أحكام أجمعت القوانين المقارنة كافة على النص على أولها،

---

1. انظر قرار المجلس الدستوري رقم 01/ ق.م د/ د ع د/ 21 مؤرخ 02/10/ 2021.
2. نبيل إسماعيل عمر، قانون أصول المحاكمات المدنية، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011، ص537.
3. بوبشير محند أمقران، المرجع السابق، ص33.
4. المواد (220–222) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري النافذ، والمادة (176/ف2) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني النافذ، والمادة (641) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني النافذ، والمادة (206) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني اليمني النافذ، والمواد (543–545) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي النافذ. نقلاً عن: أحمد سمير محمد الصوفي، المرجع السابق، ص73.

ونص القانون المصري واللبناني على ثانيها، فيما نص على ثالثها القانون المصري فقط دون بقية القوانين المقارنة[1].

الفرع الأول: الأوامر المستعجلة

ليس المقصود بالقضاء المستعجل – الإسراع في نظر الدعوى أو الحكم فيها على وجه الاستعجال، لأن هذا الوصف يلحق طريقة نظر القضايا المعتادة من قبل القضاء العادي بهدف اختصار ميعاد الحضور بأمر من المحكمة، وكذا التأجيلات للدعوى بغية حسمها بسرعة، كدعاوى الشفعة، والدعاوى الإدارية والعمالية– وإنما القضاء المستعجل هو قضاء خاص بذاته، يختص بنظر المسائل التي يخشى عليها من فوات الوقت، ويقتصر نظره في هذه المسائل إجراءً لا فصلاً في أصل الحق، أي أنه يشترط لانعقاد القضاء المستعجل توفر شرطي الاستعجال، وعدم المساس بالموضوع، وقد بين الأستاذ محمد علي راتب في كتابه (قضاء الأمور المستعجلة ص 42): " بأنه جرى الفقه والقضاء على تعريف الاستعجال بأنه الخطر الحقيقي المحدق بالحق المراد المحافظة عليه والذي يلزم درؤه عنه بسرعة لا تكون عادة في التقاضي العادي ولو قصرت مواعيده[2].

وقد عرفه الفقيه مريناك بأنه: " الإجراء الذي يهدف إلى الفصل في أقرب وقت ممكن في القضايا التي تتسم بالإستعجال وفي الحالات التي تتطلب إتخاذ تدبير للحراسة القضائية أو أي تدبير تحفظي أخر، وكذلك عندما يثير سند أو أمر أو حكم أو قرار إشكالاً في تنفيذه ولكن على شرط أن يكون الإجراء المتخذ مؤقتاً مع حفظ أصل الحق."[3].

لم تشتمل غالبية التشريعات المعاصرة على نص يعرف القضاء المستعجل، وقد تركت هذه المسألة للفقه والقضاء الذي عرّف القضاء المستعجل[4] بأنه قضاء وقتي يهدف إلى حماية قضائية وقتية لا تمس

---

1. أحمد سمير محمد الصوفي، ص73.
2. صادق حيدر، شرح قانون المرافعات المدنية، دون ط، مكتبة السنهوري، بغداد، 2011، ص198.
3. أنظر: محمد براهيمي، القضاء المستعجل، ج1، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص7.
4. يختلف تعريفه بالنظر إلى الزاوية التي يرى منها، ولقد أحجم المشرع عن تعريف قضاء الاستعجال تاركاً ذلك للفقه والقضاء وقد عرفه جانب من الفقه بأنه: " الفصل في المنازعات التي يخشى عليها من فوات الوقت فصلاً مؤقتاً لا يمس بأصل الحق، وإنما يقتصر على الحكم باتخاذ إجراء وقتي ملزم للطرفين بقصد المحافظة على الأوضاع القائمة أو حتى الحقوق الظاهرة، أو صيانة مصالح الطرفين المتنازعين...". معوض عبد التواب، الوسيط في قضاء الأمور المستعجلة وقضاء التنفيذ، ص 16–17، نقلاً عن: لحسين بن شيخ آث ملوية، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري، ط3، دار هومة، الجزائر، 2011، ص12.

أصل الحق وإنما لدرء الخطر الحقيقي المحدق به وذلك احتراماً للحقوق الظاهرة ولحماية مصالح الأطراف المتنازعة[1]، ويختلف القضاء المستعجل عن القضاء العادي اختلافاً كبيراً من عدة وجوه أهمها[2]:

أولاً– أن إجراءات القضاء المستعجل سريعة جداً بالنسبة لمواعيد الحضور، ولسير الدعوى ولتنفيذ القرار والطعن فيه.

ثانياً– أن الطبيعة القضايا التي يقضي فيها قاضي الأمور المستعجلة لابد أن تكون مستعجلة.

ثالثاً– القضاء في الأمور المستعجلة قضاء مؤقت، وخاضع لقاعدة أساسية هي عدم المساس بأصل الحق.

وإن اختصاص القضاء المستعجل منوط بتوفر شرطين أولهما ضرورة توفر شرط الاستعجال[3] في النزاع المعروض على القضاء المستعجل، وثانيهما أن يكون الأجراء المطلوب وقتياً غير فاصل في أصل الحق[4]، وكما أن القانون لم يعرف القضاء المستعجل كما تقدم بيانه، فإنه كذلك لم يبين المقصود بشرط الاستعجال، بل ترك ذلك لتقدير المحكمة وظروف الدعوى ووقائعها[5]، وفي ضوء كل ذلك يقرر اختصاص القضاء المستعجل من عدمه، دون أن يعتبر عمله هذا من قبيل المساس في الموضوع، أما عن شرط عدم المساس بأصل الحق – فإن المقصود به هو أنه ليس للقضاء المستعجل أن يلغي أو يعدل قضاءً موضوعياً أو يغير من مراكز الخصوم القانونية– وإنما للقضاء المستعجل أن يقوم بفحص النزاع من أجل اتخاذ قرار وقتي فيه، وذلك من ظاهر ما يقدم له من أوراق ومستندات[6]، فإذا خلت المسألة من احد الشرطين انعدم اختصاص القضاء المستعجل بنظرها ويتعين عليه الحكم أو الرد بعدم

---

1. أنظر: ممدوح عبد الكريم حافظ، شرح قانون العقوبات العراقي رقم 83 لسنة 1996، ج1، ط1، مطبعة الأزهر، بغداد، 1972،ص 385، عبد المنعم الشرقاوي، الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية، مطبعة جرينبرج، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1951، ص 204، نقلاً عن: أحمد سمير محمد الصوفي، المرجع السابق، ص 75.
2. صادق حيدر، المرجع السابق، ص199.
3. " الاستعجال هو فكرة مبهمة غامضة، وهو مسألة وصف قانوني أو تكييف قانوني لملابسات من أنواع شتى قد تحيط بأصل الحق وتخلق حالة الاستعجال، والاستعجال هو عنصر موضوعي لا شأن له بالظروف الشخصية للخصوم"، انظر: نبيل إسماعيل عمر، أصول المحاكمات المدنية، ط1، الدار الجامعية، بيروت، 1996، ص223.
4. عباس العبودي، نقلاً عن: أحمد سمير محمد الصوفي، المرجع السابق، ص 75.
5. قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1994/11/09، ملف رقم 115984، م ق، ع 51، س 1997، ص 75: " إن طلب وقف الأشغال من اختصاص قاضي الاستعجال، وأن شروط الاستعجال هي حالة الاستعجال... وكان من الواجب على قضاة الاستئناف في هذه الحالة أن يناقشوا دفوع ووسائل الإثبات المقدمة، ثم يجيبوا عنها بالقبول أو الرفض".
6. صادق حيدر، المرجع السابق، ص201.

الاختصاص[1]، فهو قرار قضائي لأنه يصدر عن سلطة قضائية ووقتي لأنه لا يكتسب حجية أمام محكمة الموضوع لعدم مساسه أصل الحق[2].

ولقد حددت القوانين المقارنة طرق الطعن بالقرار المستعجل، فقد أجازت الطعن بطريق الاستئناف بالقرار المستعجل أياً كانت المحكمة التي أصدرت القرار المستعجل[3]،فقد أجاز القانون المصري استئناف الأحكام الصادرة في المواد المستعجلة أياً كانت المحكمة التي أصدرتها، والمقصود بعبارة " أياً كانت المحكمة التي أصدرتها" في القانون المصري أي ولو كانت صادرة عن المحكمة المعروض النزاع عليها حول أصل الحق[4]، وتشمل المواد المستعجلة في القانون المصري والتي يجوز استئنافها الأحكام الصادرة عن قاضي التنفيذ بصفة مستعجلة كما هو الحال في إشكالات التنفيذ، عدا ما استثني قانوناً[5]، ومتى صدر الحكم في الطلب المستعجل المرفوع بصفة أصلية للمحكمة الجزئية[6] أو لقاضي التنفيذ كإشكالات التنفيذ الوقتية، أو لقاضي الأمور المستعجلة، فإن الحكم الذي قد يصدر قد يكون جائزاً استئنافه دائماً دون اعتداد بقيمة الطلب وحتى لو كان داخلاً في النصاب ألانتهائي للمحكمة الجزئية، فإذا كان الطلب المستعجل قد رفع تبعاً للطلب الأصلي، وصدر به حكم مستقل قبل صدور حكم الطلب الأصلي، جاز الطعن فيه بالاستئناف مهما كانت قيمة الدعوى ولو كانت تدخل في النصاب ألانتهائي للمحكمة، إذ يخضع الاستئناف في هذه الحالة لما هو مقرر في شأن الأحكام الصادرة في المواد المستعجلة، فيكون جائز دون اعتداد بقيمة الدعوى[7].

أما فيما يتعلق بموقف القانون الأردني بصدد الطعن استئنافاً في القرارات المستعجلة، فقد أجاز المشرع الأردني استئناف هذه القرارات وهو متفق مع القانون المصري أيضاً بعدم اشتراطه محكمة معينة

---

1. أحمد سمير محمد الصوفي، المرجع السابق، ص 75.
2. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ط5، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1985، ص407.
3. أحمد سمير محمد الصوفي، المرجع السابق، ص 76.
4. رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط8، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص815.
5. عدلي أمير خالد، الإرشادات العملية في إجراءات الدعوى المدنية، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988، ص606.
6. "يعتبر قاضي التنفيذ قاضياً جزئياً عندما يفصل في منازعة تنفيذ مستعجلة، كما يعتبر قاضي التنفيذ قاضياً جزئياً عندما يفصل في منازعة تنفيذ موضوعية، كدعوى بطلان الحجز وبراءة ذمة المحجور عليه".
7. أنور طلبة، المرجع السابق، ص 447.

لإصدار تلك القرارات[1]، والقاعدة العامة في القانون الأردني أنه لا يجوز استئناف القرارات الصادرة أثناء الدعوى إلا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة فيما عدا القرارات المستعجلة والأحكام الصادرة بوقف الدعوى، سواءً أصدرت هذه الأحكام المستعجلة قبل رفع الدعوى الموضوعية وبدء الخصومة، أم أثناء مراحل الخصومة القضائية أمام محكمة الموضوع المختصة. أي بمعنى أخر، فالحكم الصادر في المواد المستعجلة عن قاضي الأمور المستعجلة، أو عن محكمة الموضوع يقبل الاستئناف استقلالاً قبل صدور الحكم النهائي في الدعوى، كما أنه يمكن أن يستأنف بنتيجة الدعوى[2].

أما موقف قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني القاعدة العامة أن جميع الأحكام الصادرة عن محاكم الدرجة الأولى تقبل الاستئناف، وذلك تطبيقاً لقاعدة تعدد درجات التقاضي ووجوب وجود درجتين على الأقل، ويستوي بعد ذلك أن يكون الحكم صادراً عن الغرفة أو عن القاضي المنفرد، كما يستوي أن يكون صادراً في منازعة عادية أو منازعة مستعجلة أو منازعة تنفيذية أو صادراً عن القاضي العقاري[3]؛ فنلاحظ أن المشرع اللبناني قد أورد قاعدة عامة مفادها أن جميع الأحكام الصادرة عن محاكم الدرجة الأولى تقبل الطعن بالاستئناف ما لم ينص على خلاف ذلك، ونتفق في الرأي مع من ذهب إلى خضوع القرارات المستعجلة تحت طائلة تلك القاعدة لشمولها الأحكام كافة الصادرة عن محاكم الدرجة الأولى للطعن بطريق الاستئناف، الأمر الذي نستشف منه ضمناً انتماء القرارات المستعجلة لتلك الطائفة من الأحكام[4].

وفيما يتعلق بموقف قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، فنلاحظ ان القرارات المستعجلة قد أجاز المشرع الفرنسي الطعن فيها بطريق الاستئناف، وذلك ضمن مهلة محددة قانوناً[5]، وتجدر الإشارة إلى أن قانون الإجراءات المدنية الفرنسي قد أجاز الطعن بالقرار المستعجل الصادر عن محكمة التمييز وتطبق بشأنه الأحكام العامة للطعن عن طريق التمييز[6].

وفيما يتعلق بموقف المشرع الجزائري؛ فقد كرس قانون الإجراءات المدنية والإدارية ضابطي تدخل قاضي الاستعجال – ركن الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق – في المادتين 299 و 303 منه،

---

1. أحمد سمير محمد الصوفي، المرجع السابق، ص 77.
2. مفلح عواد القضاة، المرجع السابق، ص394.
3. نبيل إسماعيل عمر، قانون أصول المحاكمات المدنية، المرجع السابق، ص535.
4. أحمد سمير محمد الصوفي، المرجع السابق، ص 78.
5. Pierre JULIEN et Natalie FRICERO, op cit,p p 432- 433.
6. Pierre ESTOUP, la pratique des procédures rapides, litec, paris, 1990, p 7.

فجاء في المادة 299: " في جميع أحوال الاستعجال أو إذا اقتضى الأمر الفصل في إجراء يتعلق بالحراسة القضائية أو بأي تدبير تحفظي غير منظم بإجراءات خاصة، يتم عرض القضية بعريضة افتتاحية أمام المحكمة الواقع دائرة اختصاصها الإشكال أو التدبير المطلوب..."، ونصت المادة 303: " لا يمس الأمر ألاستعجالي أصل الحق..."، وإذا كان مجال التدخل الأصلي لقاضي الاستعجال محدداً وفق الضابطين السابقين، فإن المادة 303 من ق إ م إ، أسندت له اختصاصاً استثنائياً لا يتقيد بما فيه بنصها: "يكون قاض الاستعجال مختصاً أيضاً في الحالات التي ينص القانون صراحةً على أنها من اختصاصه..."، إن المادة 300 السالفة الذكر سمحت بتدخل قاضي الاستعجال خارج إطار الضابطين اللذين يحكمان تدخله الأصلي بتكريسها إطاراً آخر لذلك يحكمه ضابط جديد لا يتقيد فيه بالضوابط الأصلية لهذا النوع من القضاء يتمثل في مدى إسناده هذا الاختصاص من طرف المشرع[1]، مع العلم أن المادة 300 من نفس القانون الواردة تحت الفصل الخامس تناولت الأوامر الاستعجالية الفاصلة في الموضوع[2].

ونلاحظ أن المشرع الجزائري قد أجاز الاستئناف في الأوامر الاستعجالية الصادرة في أول درجة وهو ما نصت عليه المادة 304 من ق إ م إ : " تكون الأوامر الاستعجالية الصادرة في أول درجة قابلة للاستئناف. ...".

وتبعاً لذلك، فإن كل الأوامر الاستعجالية الصادرة عن المحاكم، بما فيها تلك الفاصلة في الموضوع تقبل الطعن بالاستئناف أمام المجلس القضائي، وهو أمر منطقي في نظرنا تطبيقاً لمبدأ التقاضي على درجتين، خاصة عند مساسها بأصول الحقوق[3].

الفرع الثاني: الأحكام الانتهائية

المقصود بالأحكام الانتهائية الأحكام الصادرة عن المحاكم الجزئية أو البدائية في حدود نصابها ألانتهائي، وقد انفرد القانونين المصري واللبناني بالنص على الطعن بطريق الاستئناف في هذه الأحكام، فقد أجاز المشرع المصري في قانونه النافذ استئناف الأحكام الصادرة بصفة انتهائية عن محاكم الدرجة الأولى بسبب مخالفة قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام، أو وقوع بطلان في الحكم، أو بطلان

1. بشير سهام، الأوامر الاستعجالية الفاصلة في الموضوع طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر1، مجلد 57 ع 01، س 2020، ص 62.
2. بشير محمد، المرجع السابق، ص 109.
3. بشير سهام، المرجع السابق، ص 77.

في الإجراءات أثر في الحكم، ومن الجدير بالذكر أن استئناف الأحكام الانتهائية هو استثناء على القاعدة العامة التي أوردها المشرع المصري في تمييز الأحكام القابلة للاستئناف[1].

وحكمة الاستثناء في مخالفة قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام أو وقوع البطلان في الحكم أو في الإجراءات الباطلة أن أي من هذه الأحكام ليست جديرة بأن تحوز قوة الشيء المقضي به[2].

ويجيز القانون استئناف الأحكام الصادرة بصفة انتهائية من محكمة الدرجة الأولى بسبب وقوع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم المادة 221 مرافعات مصري لأن هذه الأحكام غير جديرة بالبقاء، وحتى يتيح وسيلة للتمسك ببطلانها في كل الحالات، ويكون الحكم الباطل إذا شاب أحد عناصره عيب يبطله كما لو صدر من محكمة غير مشكلة تشكيلاً صحيحاً أو أشترك في إصداره قاضٍ لم يسمع المرافعة أو صدر في غير جلسة علنية أو بغير حضور القضاة الذين أصدروه أو بعدم توقيعهم على المسودة، أو إذا لم يسبب الحكم، أو كان تسبيبه قاصراً[3]، أو نقص أحد البيانات اللازمة لصحته، أو إذا بني على إجراءات باطلة، كما لو صدر أثناء انقطاع الخصومة أو لم تعجل الدعوى بعد انقطاعها أو لم تراعى الإجراءات التي نص عليها القانون لتحقيق الدعوى لعدم إعلان الحكم الصادر بإجراءات الإثبات لمن لم يكن حاضر من الخصوم أو سماع المحكمة أثناء المداولات أقوال من أحد الخصوم بغير حضور الخصم أو قبول أوراق أو مذكرات دون إطلاع الخصم الأخر عليها، أو إذا بني الحكم على شهادة باطلة، والفرض في هذه الحالة أن الحكم الباطل قد صدر من محكمة أول درجة، فحكم ثاني درجة ولو كان باطلاً لا يقبل الطعن فيه بالاستئناف، ويجب أن يكون البطلان قد أثر في الحكم بمعنى أن الحكم قد بني على الإجراء الباطل، ويراعى أن الحكم الباطل أو المبني على إجراء باطل يجوز الطعن فيه استثناء[4].

---

1. أحمد سمير محمد الصوفي، المرجع السابق، ص ص 81-82.
2. محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، ج2، دار البخارى للطباعة، القاهرة، 1980، ص471.
3. " التعليل الكافي هو الذي يكون متناسقاً بصفة منطقية مؤدياً للنتيجة التي انتهى إليها الحكم ومستمداً مما له أصل ثابت بأوراق القضية، ولا يكون التعليل سليماً إذا لم يتعرض لدفوع الخصوم الجوهرية ولم يناقشها أو يرد عليها، أما الدفوعات الطفيلية أو الغريبة وغير الجدية فلا يلزم القاضي بالرد عليها بل من واجبه أن يتجنب السقوط في اللغو ليسمو بالعدالة إلى المستوى الذي يليق بها وفي ذلك نفع للجميع قضاة ومحامين ومتقاضين". فيصل عجينة، التعليل الكافي يسمو بالعدالة، مجلة القضاء والتشريع، مركز الدراسات القانونية والقضائية وزارة العدل تونس، ع 08، س 49، أكتوبر 2007.
4. أحمد هندى، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ص 576-577.

وهنا نلاحظ وظيفة الاستئناف كطريق لإبطال الأحكام، ونلاحظ هنا وعلى خلاف الحالة السابقة أن المشرع (المصري)لم يقيد هذا الاستئناف الاستثنائي بدرجة معينة من جسامة البطلان، فقد يكون البطلان بسيطاً أو جسيماً، قابلاً للتصحيح أو غير قابل له، فالعبرة بالبطلان سواءً شاب الحكم ذاته أو الإجراءات التي بني عليها أياً كان نوعه، بطلان لعيب موضوعي أو لعيب شكلي، وأياً كانت درجته، والعبرة هنا أن يكون الحكم انتهائياً، سواء بسبب قيمة الدعوى أو بسبب نوعها، أو حتى إذا كان الحكم انتهائياً بسبب قبول الخصم له، أو قبول المحكوم ضده، فإن ذلك لا يمنعه من استئنافه استثناءً حتى ولو كان منع الطعن في الحكم واعتباره انتهائياً قد ورد في تشريع خاص[1].

أما فيما يتعلق بموقف قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني بصدد استئناف الأحكام الانتهائية فقد أجاز المشرع اللبناني استئناف الأحكام التي تبنى على عدم الاختصاص الوظيفي أو النوعي للمحاكم القضائية والمتعلق بالنظام العام، وأجاز أيضاً استئناف الأحكام الباطلة أو المبنية على إجراءات باطلة ولو كانت قيمة النزاع فيها لا تزيد عن قيمة النصاب الانتهائي لمحكمة الاستئناف[2].

الفرع الثالث: الأحكام الصادرة على خلاف أحكام سابقة

أجاز قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري النافذ دون بقية القوانين المقارنة استئناف الأحكام الصادرة في حدود النصاب الانتهائي إذا كان الحكم صادراً على خلاف حكم سابق لم يحز قوة الشيء المقضي، وصورة هذا أن يصدر حكم مخالف لحكم سابق في الموضوع ذاته والسبب ذاته وبين الخصوم أنفسهم، فهنا يجوز استئناف الحكم الثاني ولو كان صادراً في حدود النصاب الانتهائي[3]، ونفهم من ذلك أن هناك شروط يجب توافرها لاستئناف تلك الأحكام ولعل أهمها[4]:

أولا: أن يكون الحكمان قد صدرا في الدعوى نفسها، أي أن يتحد الأشخاص والمحل والسبب، ويعد التحقق من هذا الإتحاد مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة التمييز.

ثانياً: أن يكون الحكم الأول غير حائز لقوة الشيء المقضي به عند صدور الحكم الثاني.

---

1. طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص732.
2. أحمد سمير محمد الصوفي، المرجع السابق، ص83.
3. عبد المنعم الشرقاوي، وفتحي والي، المرافعات المدنية والتجارية، دون ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977، ص240.
4. أحمد سمير محمد الصوفي، المرجع السابق، ص85.

ثالثاً: أن يكون الحكم الثاني قد قضى بما يخالف الحكم الأول، وان يكون قد صدر في حدود النصاب الانتهائي لمحكمة الدرجة الأولى أو صدر عن هذه المحكمة غير قابل للطعن بطريق الاستئناف، فإذا صدر قابلاً للاستئناف وقبل المحكوم عليه الحكم أو فوت ميعاد الاستئناف لم يجز له الطعن، ويرد الاستئناف على الحكم الثاني، على أن رفع الاستئناف يؤدي إلى طرح الحكم الأول أيضاً على المحكمة الاستئنافية ما لم يكن هذا الحكم قد أصبح – عند رفع الاستئناف– حائزاً لقوة الشيء المقضي به.

والجوهري في هذا الصدد أن الفرض الأول فقط هو الذي يدخل في إطار ما يسمى بالاستئناف الاستئنائي حيث يستأنف الحكم ألانتهائي الثاني المتعارض مع الحكم الأول الذي لم يصبح بعد نهائياً، فإذا ظل الحكم الأول – على حالة ابتدائياً – عند رفع الاستئناف الاستئنائي، فإنه يعتبر مستأنفاً بقوة القانون، وهذا ما يعرف بالأثر الناقل للاستئناف بقوة القانون، أما إذا صار هو الأخر نهائياً قبل رفع الاستئناف فلا سبيل إلا باللجوء إلى محكمة النقض[1].

الفرع الرابع: الأحكام الصادرة بعدم الاختصاص والإحالة

من القواعد الأساسية أن كل قاضٍ يختص بالنظر في أمر اختصاصه أو عدم اختصاصه بنظر الدعوى عملاً بقاعدة أن قاضي الموضوع هو قاضي الدفوع، وهو لا يتقيد بأي حكم يصدر من قاضي أخر يمنحه الاختصاص أو ينزعه عنه، فيما عدا ما نص عليه المشرع من استثناءات، والغالب أن تقضي المحكمة في الدفع قبل الفصل في موضوع الدعوى، لأن القضاء في الدفع قد يغنيها عن نظر الموضوع، فإذا هي قضت بقبول الدفع انتهت بذلك الخصومة أمامها، أما إذا رفضت المحكمة الدفع تدرجت إلى نظر الموضوع، إنما قد ترى تقدير الدفع مع تقدير الموضوع[2].

وغني عن البيان أن الحكم الصادر في دفع بعدم اختصاص المحكمة يعد حكماً فرعياً يقبل الطعن المباشر إذا انتهت به الخصومة (أي إذا حكم بعدم الاختصاص)، ولا يقبل الطعن المباشر إذا لم تنتهي به الخصومة (أي إذا حكم باختصاص المحكمة)، أما إذا صدر الحكم بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى، فاستؤنف هذا الحكم، وقضت المحكمة الاستئنافية باختصاص محكمة الدرجة الأولى بنظر الدعوى، فإن هذا الحكم يعد صادراً في صميم الطلب الأصلي الذي رفع به الطعن، ومن ثم يقبل الطعن

---

1. طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص ص733–734.

2. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، ط5، منشأة المعارف الإسكندرية،1977، ص 189.

المباشر، ثم أن هذا الحكم، على أي حال ينهي ولاية المحكمة واختصاصها فيما رفع إليها من طعن، فهو إذن منهي للخصومة في ذلك الطعن[1].

ورغبة في إنهاء الجدل الذي ثار حول ما إذا كان الحكم بعدم الاختصاص والإحالة يعتبر منهياً لكل الخصومة أو غير منهي لها، أضاف المشرع المصري – بموجب القانون رقم 23 لسنة 1992– إلى المادة 212 فقرة جديدة بمؤداها أصبح هذا الحكم يقبل الطعن المباشر فور صدوره – فإذا كان ينهي الخصومة أمام المحكمة التي أصدرته إلا أن إجراءات الخصومة تبقى مستمرة أمام المحكمة المحال إليها الخصومة– لذلك تعتبر هذه الصورة استثناء على عدم جواز الطعن في الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع فور صدورها، إذ أن الحكم بعدم الاختصاص والإحالة لا ينهي الخصومة برمتها بدليل أنها تحال إلى المحكمة بحالتها، والذي دفع المشرع إلى إضافة هذا الاستثناء هو الرغبة في حسم مسألة الاختصاص قبل أن تصدر المحكمة المحال إليها حكماً في الدعوى[2].

والواقع أن علة الاستثناء واضحة في انه يخشى من صدور حكم مُنهِ للخصومة من المحكمة المحال إليها الدعوى ثم يطعن معه في الحكم بعدم اختصاص المحكمة الأولى ويقبل الطعن، فيكون الجهد والوقت المبذول في الحكم الموضوعي قد ضاع سدى، لأن معنى قبول الطعن فيه أن المحكمة التي أحيلت إليها الدعوى وأصدرت الحكم المنهي للخصومة لم تكن مختصة، ولذلك أضافت المادة 212 على هذه الحالة فقرة مؤداها انه " يجب على المحكمة المحال إليها الدعوى أن توقفها حتى يفصل في الطعن"، وعلة ذلك ألا تفصل المحكمة في موضوع الدعوى إلا بعد حسم مسألة اختصاصها أولاً، وهذا الوقف وجوبي، لكنه لا يتعلق بالنظام العام، ولذلك يجب على الخصم أن يتمسك بهذا الوقف قبل الطعن، ويجب على المحكمة أن تجيبه إلى طلب الوقف[3].

وتجدر الملاحظة أنه بالنسبة للمشرع الجزائري؛ الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي هو دفع يقوم على الإدعاء بأن الجهة القضائية المطروح عليها النزاع غير مختصة إقليمياً بنظره، وقد تناولته المادة 51 من ق إ م إ واستوجبت على من يتمسك به أن يبين الأسباب التي يعتمد عليها ويعين الجهة القضائية التي يجب أن ترفع الدعوى أمامها، والحكم الصادر بالاستجابة للدفع المثار من طرف المدعي بعدم الاختصاص الإقليمي للمحكمة التي تنظر النزاع هو حكم فاصل في دفع شكلي، صنفته المادة 296

1. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ط6، منشأة المعارف الإسكندرية، 1989، ص 424.
2. أحمد هندى، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص584.
3. طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص736.

من ق إ م إ سالفة الذكر ضمن الدفوع الشكلية، يتمتع بحجية الشيء المقضي فيه فيما فصل فيه من عدم اختصاص المحكمة إقليمياً بنظر النزاع الذي طرح عليها ويؤدي إلى تخليها عنه، فهذا الحكم أنهى النزاع من هذه الزاوية إذ لم يبقى على المدعي في هذه الحالة سوى الطعن بالاستئناف أو بالنقض ضده أو رفع دعواه أمام المحكمة المختصة قانوناً[1].

المطلب الثالث

إجراءات الطعن بالاستئناف

الاستئناف طريق عادي من طرق الطعن في الأحكام الابتدائية، ويجوز تأسيس الطعن بالاستئناف على أي سبب، سواء تعلق بالواقع أم بالقانون، وطرق الطعن العادية لا يحدد لها المشرع أسباباً معينة يشترط ضرورة بناء الطعن عليها، فإن اشترط مثل هذه الأسباب صار الطعن غير عادي، وتقيدت سلطات الخصوم وسلطات المحكمة التي تنظر الطعن بهذه الأسباب وحدثت تغيرات أساسية في فكرة الطعن ذاتها[2]، ويقصد ببيان أسباب الطعن، أي أسباب الاستئناف، بيان الأسباب الواقعية أو القانونية التي يرى المستأنف أنها تؤدي إلى عدم عدالة الحكم أو عدم صحته[3]، وبيان أسباب الطعن بالاستئناف يهدف إلى ضمان جدية الطعن، ولهذا فمن المقرر أن الأسباب تعتبر مبنية ولو وردت بصيغة عامة، بشرط أن لا تؤدي هذه العمومية إلى الشك في جدية الطعن، والمستأنف غير ملزم بذكر جميع الأسباب وذلك حتى يستطيع أن يضيف إليها من الأسباب أثناء المرافعة أو يكون له أن يعدل فيها[4].

ومن المبادئ العامة التي تسيّر الخصومة في مرحلة الاستئناف، فضلاً على ضرورة احترامها للقواعد العامة للمحاكمة العادلة، كون إجراءاتها مكتوبة أساساً، وهذا سبب من الأسباب التي جعلت المشرع يعتمد قاعدة التمثيل بمحام[5] في هذه المرحلة من التقاضي ما عدا في مادة شؤون الأسرة والمادة الاجتماعية بالنسبة للعمال فقط، وكذا الدولة والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، وهذه

---

1. بشير محمد، المرجع السابق، ص ص 118- 119.
2. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 384.
3. فتحي والي، المرجع السابق، ص 296.
4. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 385.
5. أنظر المادة 538 من ق إ م إ.

القاعدة تطبق تحت طائلة عدم قبول الاستئناف ولا يمكن تدارك مخالفتها ذلك أنه يجب أن تكون عريضة الاستئناف موقعة من قبل محام[1].

فكل ما يوجبه القانون أن تكون الصحيفة موقعة من محامي أمام المحكمة الاستئنافية، ولم يشترط أن يكون لدى المحامي ما يثبت وكالته قبل الطعن، وإذا باشر القضية محام غير الذي وقع العريضة فلا تبطل الإجراءات ولو لم يكن هذا الأخير موكلاً من المستأنف، وكل ما يتطلبه القانون هو ضمان صياغة العريضة بواسطة محامي مقبول أمام المحكمة الاستئنافية، لأن السير في إجراءات الاستئناف من جانب المستأنف بشخصه أو بوكيل يشف عن إجازة ما قام به المحامي الذي وقع العريضة ولو لم يكن موكلاً من المستأنف، وكل ما يتطلبه المشرع من توقيع المحامي على الورقة أو الصحيفة هو ضمان صياغتها بواسطته[2].

أما ما ينبغي ملاحظته في هذا المجال فهو أن كثيراً من رجال القانون والقضاء لم يستوعبوا ولم يهضموا غرض المشرع الجزائري من إلزام المواطن بأن يكون ممثلاً بمحام أمام الجهات القضائية الاستئنافية، ويعفي الولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية، وهي جهات قادرة على تسديد أتعاب المحامي على عكس المواطن الفقير الذي لا يعرف حتى إجراءات طلب المساعدة القضائية، إذا هو وجد من يرشده إليها ورغب في الحصول عليها[3].

غير أن مثل هذا الإشكال قد يخف ثقله بتطبيق نظام المساعدة القضائية المكفول قانوناً لمن حالت وضعيتهم المالية دون استعمال محام لرفع الدعوى أو الرد على عريضة الدعوى[4].

كما أن وجوبية المحامي بنظرنا لا تؤثر على ممارسة حق التقاضي طالما حدد المشرع أطراً قانونية واضحة للمساعدة القضائية، غير انه مع ذلك نسجل أن المشرع الجزائري أحدث بفرض وجوبية التمثيل بمحام تمييزاً غير مقبول بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، فأعفى من التمثيل بمحامي كل من الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، وألزم باقي المؤسسات العمومية بوجوب التمثيل بمحامي أمام القضاء الابتدائي، وهو ما لا يمكن قبوله، خاصة وأن جميع المؤسسات العمومية تمول عن طريق الخزينة العمومية، وعليه وتكريساً لمبدأ المساواة أمام القضاء، لما يمثله من ثقل ومكانة

---

1. عبد السلام ذيب، المرجع السابق، ص402.
2. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ط6، المرجع السابق، ص761.
3. عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص218.
4. عمار بوضياف، وجوبية المحامي في المنازعات الإدارية – مبرراتها وأثارها على التقاضي، مقال منشور بالمجلة الإلكترونية مجلة الفقه والقانون www.majalah.new.ma، ع 35، سبتمبر 2015، ص 40.

على الصعيد القانوني والقضائي نطالب بإلغاء هذا الامتياز أو هذا الإعفاء وإلزام كل أشخاص القانون أمام القضاء الإداري[1] بضرورة التمثيل بمحامي دون استثناء يذكر[2].

الفرع الأول: شروط قبول الطعن بوجه عام

لقد أجمعت غالبية التشريعات المقارنة على سريان القواعد المقررة أمام محكمة البداءة على الاستئناف، وقد جرى الفقه والقضاء على تسمية تلك الشروط العامة الواجب توافرها في الدعوى بشروط قبول[3].

ونصت المادة 539 من ق إ م إ سالف الذكر أنه:" يرفع الاستئناف بعريضة تودع بأمانة ضبط المجلس القضائي الذي صدر الحكم المستأنف في دائرة اختصاصه، ويجوز أن يسجل الاستئناف بأمانة ضبط المحكمة التي أصدرت الحكم في سجل خاص، مع مراعاة أحكام المادة 17 من هذا القانون..."، ويفهم من هذا النص أن الشروط العامة للدعوى يجب توافرها في العريضة الاستئنافية وهي الأهلية والخصومة والمصلحة، وسنتناول هذه الشروط تباعاً مع مراعاة الشروط الخاصة بالطعن.

- أولاً: الأهلية

تعرف الأهلية بأنها:" صلاحية الإنسان لأن تكون له حقوق وعليه التزامات وهي أهلية الوجوب، وصلاحيته لاستعمال ماله من حقوق وتنفيذ ما عليه من الالتزامات وهي أهلية الأداء"[4]

ويتطلب القانون أن تتوفر الأهلية اللازمة لكل شخص يقوم بالعمل الإجرائي، وتنقسم الأهلية إلى أهلية الاختصام، والأهلية الإجرائية[5].

وأهلية الاختصام تقابلها أهلية الوجوب، وهي تعني صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، وتثبت للشخص بتمام ولادته حياً، طبقاً للمادة 25 من القانون المدني الجزائري، أما الأهلية الإجرائية تقابلها أهلية الأداء، وهي تعني قدرة الشخص العقلية على القيام بالتصرفات القانونية، وهي

---

1. بالرغم من أن الأستاذ الدكتور عمار بوضياف تناول بالدراسة وجوبية التمثيل بمحامي أمام القضاء الإداري، إلا أن نفس الملاحظات المشار إليها تصدق على الطعن بالإستئناف أمام القضاء العادي.
2. عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 42.
3. أحمد سمير محمد الصوفي، المرجع السابق، ص118.
4. أنظر بكثير من التفصيل، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مجلد1، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2015، ص283 وما يليها.
5. عمر زودة، نظام البطلان في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، م ق، ع 2، س 2012، ص 34.

تثبت للشخص بتمام بلوغه 19 سنة، طبقاً للمادة 40 من القانون المدني، ويترتب على انعدام الأهلية بطلان موضوعي[1].

ويتعين أن تتوفر في أشخاص الخصومة أهلية الاختصام والأهلية الإجرائية وأن تستمر طوال الخصومة وإلا بطل العمل الإجرائي، وتتوافر أهلية الاختصام لكل من تتوافر له أهلية الوجوب، وبالتالي تتوافر للأشخاص الطبيعية من الأحياء، وللأشخاص المعنوية[2] ممن لهم الشخصية القانونية، وبزوال أهلية الاختصام تزول صفة الخصم، فتبطل الدعوى التي ترفع على شخص توفي قبل رفعها أو ترفع عليه، ويبطل الحكم الصادر فيها بطلاناً مطلقاً حتى ولو كان المدعي يجهل وفاة المدعى عليه، وكذلك الشخص المعنوي الذي تزول شخصيته قبل رفع الدعوى كالاندماج وانقضاء الشركة المندمجة، إذ يتعين اختصام الشركة الدامجة وحدها دون الشركة المندمجة[3].

ولا يستطيع الشخص المعنوي تقديم الطعن في الأحكام إلا بواسطة من يمثلوه تمثيلاً صحيحاً طبقاً لأحكام القانون أو أحكام أنظمتهم الخاصة، وعلى ذلك يعد باطلاً الطعن المقدم من الرئيس أو المدير العام لشركة بعد بضعة أشهر من تقديم استقالته من مهامه، ويعتبر انعدام السلطة في هذه الحالة عيباً موضوعياً متعلقاً بالإجراءات[4].

وتوافر الأهلية الإجرائية لدى الخصم يعد مقتضى ضرورياً لصحة العمل الإجرائي، يؤدي تخلفها إلى البطلان لعيب موضوعي، إذ يجب أن تتوفر لدى الخصم الذي يباشر الأعمال الإجرائية كل من أهلية الاختصام، والأهلية الإجرائية، غير أنه قد يوجد الشخص في استحالة مادية أو استحالة قانونية تمنعه من مباشرة الأعمال الإجرائية بنفسه، فيتولى شخص آخر يباشر نيابة عنه هذه الأعمال، ويعرف بالتمثيل القانوني[5].

---

1. عمر زودة، المرجع السابق، ص 34.
2. " بالنسبة للأشخاص الاعتبارية فإنه يتعين الرجوع إلى فكرة الشخصية المعنوية وهي بناء قانوني نظري أصبح حالياً من البديهيات والمسلمات التي تجاوزت مرحلة النقاش وقبلتها التشريعات الدولية المختلفة وجرى العمل القضائي على قبولها لما لها من فائدة نظرية وعملية لا حدود لها." أنظر: جمال نجيمي، الطعن بالنقض في المواد الجزائية والمدنية في القانون الجزائري، ط 2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 59.
3. هدى مجدي، النظام القضائي وقواعد المرافعات المدنية والتجارية، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2018، ص 92.
4. نبيل إسماعيل عمر وأحمد خليل وأحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دون ط، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2004، ص 729.
5. عمر زودة، المرجع السابق، ص 35.

وقد نصت المادة 46 من ق إ م إ على حالات بطلان العقود غير القضائية والإجراءات من حيث موضوعها وحددتها على سبيل الحصر في انعدام الأهلية أو التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي[1].

هذا وعلى المحكمة التحقق من أهلية الخصوم[2] حتى ولو لم يرد دفع بعدم صحتها، فقد أجاز القانون للخصوم إيراد هذا الدفع في جميع مراحل الدعوى[3].

ونقص أهلية الخصم قد يؤدي إلى بطلان العمل كما قد يؤدي إلى انعدامه وذلك بحسب ما إذا كان نقص الأهلية قد تحقق أثناء سير الخصومة أو قبل بدئها وهو ما يوجب علينا التفرقة بين الفرضين على النحو التالي[4]:

أ- إذا فقد الخصم أهليته أو زالت أثناء سير الخصومة (بطلان الحكم بطلان متعلق بالمصلحة الخاصة): إذا كانت الدعوى قد رفعت من البداية من شخص أهل أو ممثل تمثيلاً قانونياً صحيحاً وضد شخص أهل أو ممثل تمثيلاً قانونياً صحيحاً ثم فقد أحدهما أهليته فإن الخصومة تنقطع، فإذا أُتخذ أي إجراء من أو في مواجهة من فقد أهليته أو فقد صفته في تمثيل الخصم فإن الإجراءات تكون باطلة والحكم الذي يصدر بناءً عليها يكون باطلاً، غير أن هذا الحكم يحوز حجية الأمر المقضي في مواجهة القاصر أو الخصم الحقيقي الذي فقد ممثله صفته في تمثيله أثناء سير الخصومة، ولكن يجوز له الطعن فيه بالاستئناف و النقض حسب الأحوال مع مراعاة وجوب التمسك بالبطلان في صحيفة الطعن وإلا

---

1. أشار الأستاذ عمر زودة إلى وجود تناقض بين نص المادة 46 و358 فقرة 1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقوله:" وبذلك يوجد التناقض ببين نص المادة 64 والتي نصت على أن البطلان لأسباب موضوعية جاء على سبيل الحصر، وبين نص المادة 1/358 التي تعتبر كل مخالفة لقاعدة جوهرية تعد سبباً من أسباب البطلان التي يبنى عليها الطعن بالنقض، ومما لا شك فيه أن حالات البطلان لأسباب موضوعية يشمل أكثر من الحالتين المنصوص عليهما في المادة 64 من نفس القانون."، أنظر: عمر زودة، المرجع السابق، ص 41.
2. أنظر القرار الصادر بتاريخ 2007/06/20 رقم 370331 عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، القسم الثالث، وقد انتهت المحكمة العليا إلى نقض وإبطال القرار المطعون فيه، على أساس أنه تم رفع الدعوى على المدير الولائي للبريد والمواصلات، وأن المديرية الولائية للبريد والمواصلات لا تتمتع بالشخصية المعنوية وبالتالي فهي تفتقد إلى الوجود القانوني، وان الدعوى يجب أن ترفع على خصم يتمتع بالوجود القانوني وبالتالي يصبح وجود الخصم من الناحية القانونية مقتضى ضرورياً لصحة المطالبة القضائية، ويترتب عن تخلفه بطلان إجراءات الدعوى، نقلاً عن: عمر زودة، المرجع السابق، حاشية ص35.
3. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، ط8، منشأة المعارف الإسكندرية، 1988، ص20.
4. الأنصاري حسن النيداني، القاضي والجزاء الإجرائي، دون ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009، ص ص 166- 170.

سقط الحق فيه لأن البطلان في هذه الحالة متعلق بالمصلحة الخاصة، كما أن هذا الحكم يتحصن ضد إمكانية الطعن فيه بفوات مواعيد الطعن واستنفادها.

ب- يصبح بطلان الإجراءات بسبب نقص الأهلية متعلقاً بالنظام العام الوقائي إذا تم التمسك به أثناء سير الخصومة: ويختلف الأمر إذا تم التمسك ببطلان الإجراءات أثناء سير الخصومة وقبل صدور الحكم إذ لا يمكن القول بقصر الحق في التمسك بالبطلان أثناء سير الخصومة على ناقص الأهلية، إذ أن ذلك يعني إجبار الخصم كامل الأهلية وإجبار المحكمة ذاتها على السير في إجراءات مهددة بالزوال، وإزاء ذلك فقد استقر الفقه على أنه يجوز للخصم كامل الأهلية أن يتمسك أثناء سير الخصومة بالبطلان لنقص أهلية خصمه، كما يجوز أن تقضي المحكمة بالبطلان لنقص الأهلية من تلقاء نفسها حتى تتفادى السير في إجراءات مهددة بالزوال والبطلان.

وهكذا يتضح لنا اتفاق الفقه على أن للقاضي أن يحكم من تلقاء نفسه بالبطلان نتيجة لنقص أهلية أحد الخصوم، والقاضي يحكم بالبطلان من تلقاء نفسه في هذه الحالة بصرف النظر عن تحقق أو عدم تحقق الغاية من الإجراء، فالبطلان الذي نحن بصدده بطلان لعيب موضوعي؛ أما إذا رفعت الدعوى من البداية من أو ضد شخص ليس له أهلية أو لم يمثل تمثيلاً صحيحاً فإن الإجراءات تكون منعدمة في هذه الحالة، والحكم الذي يصدر بناء عليها يكون حكماً منعدماً، ولا يحوز أي حجية في مواجهة ناقص الأهلية أو الخصم الحقيقي، وذلك لأن أي منهما لا يعتبر خصماً في الدعوى أو ممثلاً فيها[1]، كما لا يتحصن الحكم بفوات ميعاد الطعن فيه، كما يجوز التمسك بانعدامه في أي حالة كانت عليها الإجراءات ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، بل يجوز التمسك به بدعوى بطلان أصلية أو بالدفع ببطلان الحكم أو بالإشكال بتنفيذه[2].

وفيما يتعلق بالطعن بالاستئناف، فإن الأهلية تعتبر شرطاً لصحت الطعن وليست شرطاً لقبوله، وعلى ذلك فيجب أن يكون الطاعن صالحاً للقيام بإجراء الطعن باسمه لصالحه، أو لصالح غيره، وهذه هي الأهلية الإجرائية، وهي ترتبط كما سبق القول بأهلية الأداء، ومن لا تتوفر له هذه الأهلية يقوم

---

1. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية أن الأصل في صحة انعقاد الخصومة أن يكون طرفاها أهلاً للتقاضي وإلا قام مقامهم من يمثلهم قانوناً، وإذا كان الثابت من بيانات الحكم المطعون فيه أن الطاعنة علمت علماً يقينياً بقصر بعض خصومها وصفة من يمثلهم قانوناً ولم تتخذ أي إجراء لتصحيح وضع الدعوى بتوجيهها إلى هؤلاء القصر في شخص الوصي عليهم فإنهم يكونون غير ممثلين في هذه الخصومة. نقض 1963/06/19 رقم 723 س 14 ق.

2. الأنصاري حسن النيداني، المرجع السابق، ص ص 170- 171.

غيره بموالاة الطعن نيابة عنه، وبالنسبة للأشخاص المعنوية التي لها الشخصية القانونية فيقوم بتمثيلهم من ينوب عنهم، قانوناً، ويشترط لصحة الطعن الذي يرفعه النائب عن صاحب الحق أن يكون تقديم الطعن داخلاً في حدود السلطة المخولة له شرعاً أو قانوناً أو اتفاقاً، والبطلان المترتب جزاءً على عدم توافر الأهلية في شخص القائم بإجراء الطعن هو بطلان من النظام العام[1].

ومن ناحية ثانية لا تعد أهلية التقاضي شرطاً من شروط قبول الدعوى، ذلك أنه من خلال تعريفها على أنها أهلية أداء يظهر أنها شرط لمباشرة الدعوى أمام القضاء، وليست شرطاً لوجودها، فمثلاً عديم الأهلية قد يكون صاحب حق في التقاضي، ولكن ليست له أهلية أداء هذا الحق دون أن يكون مُساعداً أو مُمثلا من الغير، ولا شك أن المشرع الجزائري قد تبنى هذا الطرح الحديث[2] من خلال المادة 13 من ق إ م إ، حيث نصت في فقرتها الأولى على أنه: " لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون"، فواضح من خلال هذا النص أن المشرع لم يذكر أهلية التقاضي من جملة شروط قبول الدعوى واكتفى بشرطي المصلحة والصفة حسب الرأي الراجح فقهاً، وفي اعتقادنا حسناً ما فعل المشرع لأسباب عدة أهمها ما يلي[3]:

من ناحية أولى إن المصلحة والصفة الشرطان الأساسيان لقبول الدعوى، بينما أهلية التقاضي هي الشرط لمباشرة الدعوى، أي شرط لصحة المطالبة القضائية، وبالتالي لصحة إجراءات الخصومة، وتعليل ذلك أن الدعوى تباشر عن طريق الإجراءات القضائية، ومن ثم فإن أهلية التقاضي تعد شرطاً للإجراء لا شرطاً للدعوى ذاتها.

---

1. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص453.
2. "كانت الأهلية شرطاً لقبول الدعوى في قانون الإجراءات المدنية القديم (المادة 456)، لكنه بصدور قانون الإجراءات المدنية الجديد أصبحت الصفة والمصلحة شرطين لقبول الدعوى (المادة 13) أما الأهلية (المادة 64 ق إ م إ) فأصبحت شرطاً لإنعقاد الخصومة، لذلك إذا فقد أحد الخصوم أهليته للتقاضي أثناء سير الدعوى تنقطع إجراءاتها المادة (210 ق إ م إ) دون أن تفقد شرط من شروط قبولها، وبذلك ساير المشرع الجزائري في ق إ م إ الجديد التشريعات المقارنة والكتابات الفقهية التي نادت بأن تكون الأهلية شرطاً لصحة المطالبة القضائية وليست شرطاً لقبول الدعوى". أنظر: حمدي باشا عمر، مبادئ القضاء في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، دون ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2020، حاشية ص 206.
3. شوقي بناسي، الإجراءات المدنية، ج1، دون ط، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص ص 193-194.

ومن ناحية ثانية إن وسيلة التمسك بعدم توافر المصلحة والصفة هي الدفع بعدم القبول، بينما وسيلة التمسك بعدم توافر أهلية التقاضي هي الدفع ببطلان الإجراءات، وهو حسب المادة 64 من ق إ م إ بطلان لعيب في الموضوع، وتسري عليه أحكام الدفوع الشكلية، وليس أحكام الدفع بعدم القبول.

ومن ناحية ثالثة يترتب على فقدان المصلحة والصفة أثناء سير الخصومة الحكم بعدم قبول الدعوى، في حين يترتب على فقدان أهلية التقاضي أثناء سير الخصومة انقطاع الخصومة، أي أن تتوقف ويبطل أي إجراء يتخذ في الخصومة قبل تحريكها في مواجهة الممثل القانوني للخصم.

ومن ناحية رابعة إن الأخذ بالرأي الذي يرى أن أهلية التقاضي شرط من شروط قبول الدعوى يقودنا إلى نتيجة غير مقبولة إجرائياً، لأنه يؤدي إلى تجريد من لا يتمتع بأهلية التقاضي من الحق في رفع الدعوى، مع أن هذا الحق ينشأ بمجرد الاعتداء على الحق الموضوعي بغض النظر عما إذا كان صاحب هذا الحق يتمتع بأهلية التقاضي أم لا، لذلك كان الصواب أن نقول إن عدم توافر أهلية التقاضي عند رافع الدعوى لا يمنع من قبولها ولكن إجراءات رفع الخصومة تكون باطلة.

ومن خلال كل ما تقدم ذكره، يبدو جلياً أن شرط الأهلية واجب توافره في المستأنف عند تقديم عريضة الطعن ألاستئنافي، فمن لا يملك ابتداءً الأهلية القانونية لرفع الدعوى، أومن فقدها بعد صدور الحكم، يفقد حقه في الطعن بالاستئناف ويصبح ذلك الحق لوليه أو وصيه، إذ أن الاستئناف الذي يرفع من عديم الأهلية يكون باطلاً ولو كانت له الأهلية وقت قيام الدعوى التي صدر فيها الحكم المستأنف عليه[1].

وتجدر الملاحظة أن شروط قبول الدعوى في القانون الفرنسي هي ذاتها لقبول الطعن ألاستئنافي، والتي توجب توفر الأهلية[2].

ثانياً: الخصومة

إنقسم الفقه عموماً في تحديد مفهوم الخصومة القضائية إلى تيارين، فقد ذهب التيار الفرنسي إلى اعتبار الخصومة " حالة قانونية ناشئة عن رفع الدعوى إلى القضاء ترتب حقوقاً وإلتزامات في ذمة طرفيها"، في حين إعتبر الفقه العربي الخصومة بأنها " مجموعة الإجراءات القضائية التي يقوم بها

1. أحمد سمير محمد الصوفي، المرجع السابق، ص121.

2. henry SOLUS et roger PERROT, droit judiciaire privé, recueil Sirey T03,03ed, DELTA, paris,1991 ,p 952.

القاضي وأعوانه والخصوم وممثلوهم وأحيانا الغير، تبدأ بالمطالبة القضائية وتنتهي مبدئياً بحكم في موضوع الإدعاء"[1].

ويقصد بالخصومة القضائية الحالة القانونية التي تنشأ عن رفع الدعوى القضائية، كما يقصد بها مجموعة الأعمال القانونية الرامية إلى تطبيق القانون في حالة معينة بواسطة القضاء[2].

وهي تتضمن قواعد الإجراءات في معناها الضيق والتي بواسطتها يمكن وضع الطلب القضائي للنشاط القضائي للقاضي، هذه القواعد تكوّن مجموعاً من النصوص التقنية المتعلقة بتدخل المحكمة والتحقيق في القضية والحكم فيها واستعمال طرق الطعن؛ إن الخصومة تحقق ارتباط الدعوى باعتبارها مكنة معترفا بها للأفراد، بالجهة القضائية، باعتبارها الوظيفة المهمة للدولة، إنها تؤدي إلى نشأة العلاقات القانونية الخاصة بين المتقاضين والتي تسمى برابطة الخصومة[3].

وتأسيسا على ذلك، يختلف مفهوم الخصومة عن مفاهيم قانونية عدة كالمطالبة القضائية التي تعتبر أول إجراء قانوني لرفع الدعوى يتم كقاعدة عامة بإيداع العريضة الإفتتاحية لدى كتابة ضبط المحكمة، كما تختلف عن مفهوم الدعوى والقضية فالأولى هي الوسيلة التي خولها القانون لصاحب الحق في اللجوء إلى القضاء للحفاظ على حقه، أي هي وسيلة لتحريك القضاء، في حين يقصد بالثانية مجموعة المسائل الموضوعية والإجرائية المعروضة أمام القضاء للفصل فيها، وعليه يتبين أن مفهوم الخصومة يجمع بين المفاهيم المذكورة أعلاه كونها مجموعة الإجراءات التي تضبط استعمال الدعوى وسيرها عبر مراحل معينة إلى أن تنتهي بالفصل في طلبات المدعي والمدعى عليه، بيد أن هذا القول

---

1. عن الفقه الفرنسي راجع:

j. VINCENT et S. GUNCHARD, procédure civile, Dalloz, paris, 21e éd, 1981,p 365 et 23e éd, 1994, p 343. V aussi H. SOLUS et R. PERROT, droit judiciaire privé, T.3, 03 ed, sirey,1991 ,p 6 .

عن الفقه العربي راجع: ر.سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الفكر العربي القاهرة، 1996، ص 133، أ. مسلم، قانون القضاء المدني، المرافعات وأصول المحاكمات المدنية، دار النهضة العربية، 1966، بيروت، ص 177، وح. علام، موجز القانون القضائي الجزائري، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، 1972، ص64، س. بارش، شرح الإجراءات المدنية الجزائري، الخصومة القضائية أمام محكمة، ج1، دار الهدى، 2006، ص، 226، نقلاً عن: عباسة الطاهر، عوارض الخصومة في ظل القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة العلوم القانونية الإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ع 11، س 2011، حاشية ص 42.

2. فتحي والي، المرجع السابق، ص291.

3. شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 18.

لا يؤخذ على مطلقه، لأنه قد تعترض الخصومة أثناء سيرها وقبل إصدار حكم يبت في موضوعها عوارض تحول دون السير الطبيعي لها[1].

ومن ثم تتكون الخصومة من مجموعة الأعمال الإجرائية المتتابعة التي يقوم بها الخصم أو القاضي وأعوانه أو الغير، وتنشأ الخصومة القضائية عن طريق المطالبة القضائية وهي تنشأ كما ينشأ الجنين في بطن أمه، فيتوقف وجوده على ميلاده حياً، وتبعاً لذلك ينشأ عن هذا الميلاد مجموعة من الآثار القانونية، كذلك الحال بالنسبة للخصومة القضائية، فيتوقف وجودها على انعقادها، فإذا لم تنعقد زالت هي وجميع الآثار المترتبة عنها، وهي تبدأ بأول عمل بتقديم الطلب القضائي إلى الجهة القضائية المختصة، ثم تتوالى إجراءاتها الواحد تلوى الأخر، إلى أن تصل إلى نهايتها الطبيعية، حيث تتوج بصدور أخر عمل فيها وهو الحكم في موضوعها، وقد تنتهي بغير صدور حكم في موضوعها، وذلك في حالة تعرضها للسقوط[2].

وخصوم الاستئناف يشتركون في دفع إجراءات الخصومة ويشكلون عنصرها الشخصي، فندرس صفاتهم ومصالحهم والشروط والواجب توافرها فيهم ليكونوا أطرافاً في خصومة الاستئناف[3]، ومن مظاهر الخصومة أنها تتميز بتعدد أشخاصها حيث يشترك في أعمالها أكثر من شخص واحد، فيشترك فيها القاضي وأعوانه والخصوم وأعوانهم والغير[4].

ويتعلق شرط الخصومة بالأشخاص الذين كانوا مختصمين أمام محكمة الدرجة الأولى[5]، والمناط في بيان من الخصم هو بتوجيه الطلبات إليه في الدعوى، فلا يجوز الطعن إلا ممن كان خصماً في

---

1. عباسة الطاهر، المرجع السابق، ص ص 42-43.
2. عمر زودة، الإجراءات المدنية على ضوء أراء الفقهاء وأحكام القضاء، دون ط، أنسلكوبيديا للنشر والاتصال، الجزائر، د س ن، ص ص287-288.
3. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص439.
4. عمر زودة، الإجراءات المدنية على ضوء أراء الفقهاء وأحكام القضاء، المرجع السابق، ص288.
5. وفي هذا اتجهت محكمة التعقيب التونسية في أحد قراراتها " أن الصفة في الطعن وهي صفة إجرائية تختلف عن الصفة في رفع الدعوى وهي صفة موضوعية ففي حين تثبت الأولى لمن كان طرفاً في الحكم المطعون فيه، فإن الثانية تثبت لصاحب الحق المعتدى عليه وحده دون غيره، ويمكن أن تجتمع الصفتان في شخص واحد كما يمكن أن تكون موزعة بين شخصين لأحدهما الصفة الموضوعية والأخر الصفة الإجرائية كحال الممثل القانوني للذات المعنوية والولي في حق ابنه القاصر والوكيل في حق موكله ويتعين على الطاعن في هذه الحالة أن يرفع طعنه بذات الصفة التي مثل بها في الحكم المطعون فيه، بمعنى ان الوكيل يبقى وكيلاً أي صاحب صفة إجرائية ولا يتحول إلى أصيل أي صاحب الصفة الموضوعية ويبقى الأصيل أصيلاً ولا يتحول إلى ممثل قانوني أو وكيل". =مشار إليه لدى: نزار

النزاع الذي فصل فيه وبصفته التي كان متصفاً بها، فإذا كان الطاعن مثلاً قد رفع الدعوى أمام محكمة الدرجة الأولى على المطعون ضده بصفته عضواً في مجلس الإدارة المنتدب لشركة ما ونائباً لمجلس إدارتها مثلاً وصدر الحكم عليه بوصفه نائباً عن الشركة دون أن يلزمه بشيء بصفته الشخصية ولكنه حين أستأنف الحكم استأنفه بصفته الشخصية، فأن الاستئناف في مثل هذه الحالة لا يكون مقبولاً من غير ذي صفة[1].

ولما كانت القاعدة هي نسبية إجراءات المرافعات، وأن الحكم لا يحتج به إلا بين خصوم الدعوى التي صدر فيها، ولا يحوز الحجية إلا بينهم، فإنه يكون من الطبيعي أن الغير الذي لم يكن طرفاً في الخصومة التي صدر فيها الحكم لا يحق له الطعن فيه، لأنه لا يؤثر على حقوقه ولا يحتج به عليه، والعبرة في توافر الصفة المتقدمة هي بحقيقة الواقع في الدعوى بأن يكون الخصم طرفاً فيها بشخصه أو بمن يمثله، ولا يعتبر الشخص طرفاً في خصومة بتمثيل الغير له إلا إذا كان هذا التمثيل مقطوعاً به، فإذا كانت صفة النيابة قد انتحلت أو قد أضفاها الحكم على شخص بلا مبرر، فإن هذا لا يكفي لاعتبار الشخص طرفاً في الخصومة التي صدر فيها الحكم مما يحق له الطعن فيه بل يعد رغماً على ذلك خارجاً عن الخصومة له أن يسلك من السبل القانونية ما شرع له القانون لتفادي أثار الحكم إذا ما أريد الاحتجاج به قبله أو تنفيذه عليه[2]، والعبرة في كل ما تقدم هي بالخصوم الحقيقيين، أما الخصم الذي يتم إدخاله في الدعوى ولا توجه له طلبات ولا يحكم ضده بشيء فلا يعتبر خصماً حقيقياً ولا يقبل منه الطعن في الحكم[3]، ولا يقبل الطعن بأي طريق من طرقه ممن أخرجته المحكمة من الخصومة قبل صدور الحكم فيها، فلم يعد طرفاً فيها بشخصه أو بمن يمثله، وبحسبه أن ينكر حجية هذا الحكم لأنه لم يكن طرفاً في الخصومة التي صدر فيها[4]، الأمر الذي يحتم علينا التطرق للمراكز القانونية لأشخاص خصومة الطعن بالاستئناف.

=كرامي، مجلة المرافعات المدنية والتجارية مثارة بقرات تعقيبيه، ط1، المغاربية لطباعة وإشهار الكتاب، تونس، 2018، ص246.

1. أحمد سمير محمد الصوفي، المرجع السابق، ص127.
2. أحمد أبو الوفاء، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، المرجع السابق، ط6، ص ص737- 738.
3. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص441.
4. أحمد أبو الوفاء، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، المرجع السابق، ط6، ص740.

أ- الطاعن بالاستئناف

القاعدة في قانون المرافعات هي أن الحكم القضائي لا يمتد أثره فقط إلى أطراف الخصومة التي صدر فيها فحسب، وإنما يمتد إلى خلفهم العام والخاص، والخلف العام هو من يخلف السلف في ذمته المالية كلها، أو في جزء منها باعتبارها مجموعة أموال، ومثال ذلك الوارث الذي يخلف المورث في تركته، أو الموصى له بقدر منها كالربع أو الخمس، والخلف الخاص هو من يخلف السلف في حق عيني على شيء معين محدد، أو في ملكية مال معين كالمشتري، فهو يخلف البائع له في ملكية المبيع، والموهوب له، أو الموصى له بعين معينة من أعيان التركة[1].

وبناءً على ذلك وبما أن الوارث يعتبر من الخلف العام فيجوز له، بعد وفاة مورثه، أن يطعن في الحكم الصادر على هذا المورث، باعتباره من خلفائه، وإذا رفع الطعن بالاستئناف باسم المحكوم عليه المتوفى كان غير مقبول، وجواز رفع الطعن بالاستئناف من جانب الورثة باعتبارهم من الخلف العام للمحكوم عليه المتوفى مشروط بأن تحدث الوفاة للسلف بعد صدور الحكم المراد الطعن فيه بالاستئناف، والعلة في ذلك ترجع إلى أنه لو رفعت الدعوى على السلف وقبل صدور الحكم حدثت الوفاة فإن الخصومة تنقطع، وبالتالي يعد كل إجراء أو حكم يتم فيها بعد الانقطاع باطلاً، وللخلف العام أن يتمسك بهذا البطلان سواء في صورة دفع أو طلب أو طعن بحسب الإجراء المراد التمسك بإبطاله[2].

وفيما يتعلق بالخلف الخاص بالتحديد السابق لنا تحديده، كالمشتري مثلاً، فإنه يحل محل السلف – البائع- فيما للعين من حقوق وما عليها من التزامات، ومن ثم يملك المشتري استئناف الحكم الصادر ضد البائع إذا آل إليه الحق المتنازع عليه بعد رفع الدعوى على البائع وصدور الحكم فيه، وعليه في هذه الحالة أن يرفع الطعن باسمه هو لا باسم البائع وإلا كان الطعن غير مقبول لرفعه من غير ذي صفة، وعلى ذلك فيشترط أن يكون الحكم الصادر في مواجهة السلف سابقاً على اكتساب الخلف الخاص للحق، وعلى العكس من ذلك فالأحكام التي تصدر في مواجهة الخلف الخاص لا يحتج بها على السلف ناقل الحق، وإذا كانت هذه هي القاعدة، فإن هناك استثناء يرد عليها وذلك في الأحوال التي يكون السلف

1. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص441.
2. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، المرجع السابق، ط6، ص794.

مختصماً في الدعوى الصادر فيها الحكم باعتباره ضامناً مثلاً، وبالإضافة إلى ذلك فإنه يتعين أن يكون الطاعن خصماً حقيقياً بأن ينازع خصمه فيما يدعيه كل منهما بنفسه نزاعاً يتناوله الحكم بالحسم[1].

ولأي دائن سواء كان دائناً عادياً أو ممتازاً، أن يطعن باسم مدينه في الحكم الذي يصدر ضد هذا المدين، ولا يشترط لذلك أن يحصل الدائن على إذن من القضاء بحلوله محل المدين[2]، فالمدين يعتبر ممثلاً لدائنه العادي في الخصومات التي يكون هذا المدين طرفاً فيها، فيفيد الدائن من الحكم الصادر فيها لمصلحة مدينه، كما يعتبر الحكم على المدين حجة على دائنه في حدود ما يتأثر بالحكم حق الضمان العام الذي للدائن على أموال مدينه، كما أن للدائن ولو لم يكن طرفاً في الخصومة بنفسه أن يطعن في الحكم الصادر فيها بطرق الطعن العادية وغير العادية بالشروط التي رسمها القانون لأطراف الخصومة، ذلك لما هو مقرر من أن الطعن يقبل ممن كان طرفاً بنفسه أو بمن ينوب عنه في الخصومة التي انتهت بالحكم المطعون فيه، كما يفيد الدائن من الطعن المرفوع من مدينه ويحتج عليه بالطعن المرفوع على هذا المدين[3].

ويرى الفقه في جمهوره[4] أنه يشترط في الطاعن بالاستئناف توافر مجموعة من الشروط حتى يكون طعنه مقبولاً باعتباره صاحب صفة تمنحه الحق في الاستئناف، هذه الشروط في إجمالها هي:

1- أن يكون له مصلحة قانونية في الطعن: المصلحة ليست شرطاً لقبول الدعوى فحسب، وإنما هي شرط لقبول أي طلب أو دفع أو طعن في الحكم أو اتخاذ أي إجراء من إجراءات الخصومة، والمصلحة في الطعن تتلخص في أن الخصم خسر دعواه في أول درجة سواءً كانت هذه الخسارة جزئية أو كلية وأياً كانت صورتها[5]، بمعنى أن يكون محكوماً عليه بشيء لخصمه ويكون الشخص محكوماً عليه إذا لم يقضي بكل طلباته إذا كان مدعياً أو لم يأخذ بكل دفاعه إذا كان مدعى عليه، فإذا قضى للشخص بطلباته لا يجوز له الطعن على الحكم لأنه أغفل دفاعاً أو رفض دفعاً أبداه أو بقصد تعديل الأسباب

---

1. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ص442-443.
2. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 444.
3. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، المرجع السابق، ط6، ص737.
4. أبو الوفاء، الأحكام، ص 786، كمال عبد العزيز، ص 398، عبد المنعم حسني، ص 20، أبو الوفا، التعليق، ج1، ص 662، نقلاً عن: نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص446.
5. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص446.

التي لم تصادف رضاه، فالعبرة بالتطابق بين طلب الخصم ومنطوق الحكم ولو لم يكن هناك تطابق بين أسباب الحكم والأسباب التي استند إليها، كما لا يجوز لمن قضى له بطلباته الأصلية الطعن في شأن الطلبات الاحتياطية وعلى العكس يكون له الطعن إذا رفضت طلباته الأصلية ولو قضى له بطلباته الاحتياطية[1]،وعلى ذلك فمن كسب دعواه تماماً أمام محكمة أول درجة لا تكون له مصلحة في الطعن الصادر في الحكم بالاستئناف، ويكفي مجرد الأمل في الحصول على حكم أفضل من حكم أول درجة لتوافر المصلحة للطاعن في استئناف الحكم[2].

ويقصد بقانونية المصلحة في مجال الطعن بالاستئناف أن يستند الطاعن على حق يعتبر به القانون أو يحميه بصفة مجردة، والحق في استئناف حكم أول درجة يولد مع الحكم المراد الطعن فيه، ميلاد هذا الحق يخول لصاحبه الاستناد إلى النظام القانوني الموجود من قبل بواسطة المشرع في الطعن في الحكم الصادر بهذا الطريق، يؤدي إلى القول بتوافر شرط المصلحة القانونية في الطاعن، والعبرة بقيام المصلحة في الطعن وقت صدور الحكم المطعون فيه، ولا يعتد بزوالها بعد ذلك، كما انه لا قيمة لانعدامها قبل صدور الحكم المطعون فيه إذا لم يتمسك بذلك المطعون عليه أمام محكمة الموضوع، والمصلحة التي يعتد بها في الطعن بالاستئناف يستوي أن تكون مصلحة مادية أو أدبية طالما كانت مصلحة قانونية، أما المصلحة النظرية البحتة فلا يعتد بها[3]، والمصلحة النظرية البحتة هي التي لا يجني الطاعن من ورائها أي نفع مادي آو أدبي ولم يترتب عليها إقرار الحق الذي يدعيه لنفسه، لا يترتب على توافرها قبول الطعن، إذا كانت وحدها أساس الطعن[4]؛ ولا يشترط لتوافر المصلحة القانونية وجود نص صريح لذلك، بل يستطيع القاضي أن يستخلص ذلك من المبادئ العامة للقانون أو عن طريق القياس[5].

---

1. مصطفى مجدي هرجه، طرق الطعن في الأحكام العادية والغير عادية، ط1، دار محمود، القاهرة، 2016، ص10.
2. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص446.
3. قضت محكمة النقض المصرية " بأن الطعن على الحكم بأنه قد قضى برفض الاستئناف بدلاً من الحكم بسقوط الاستئناف لرفعه بعد الميعاد لا يحقق سوى مصلحة نظرية للطاعن" نقض 1935/04/11، نقلاً عن: نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص447.
4. أنور طلبة، المرجع السابق، ص39.
5. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص447.

وفي تقدير المصلحة القانونية فإنه يجب الاعتداد بالطلبات الختامية أمام المحكمة التي أصدرت الحكم المراد الطعن فيه بالاستئناف، وإذا لم تكن للخصم طلبات أمام القضاء، وهو ما يحدث بالنسبة للمدعى عليه، فإنه يعتبر خاسر إذا قبلت طلبات خصمه كلياً أو جزئياً، وبالتالي تتوافر له المصلحة القانونية في الطعن على الحكم بالاستئناف[1].

2- أن يكون طرفاً في الخصومة التي صدر فيها الحكم: لا يكون لغير من كان طرفاً في الخصومة التي صدر فيها الحكم صفة في الطعن في هذا الحكم فإذا لم يكن خصماً فيها فلا يجوز له الطعن بطريقة من طرق الطعن في الأحكام التي نص عليها القانون، ولو كان الحكم قد أضر به، كذلك لا يكون له حق الطعن إذا كان خصماً في الدعوى ولكنه أخرج منها قبل صدور الحكم أو إذا كان قد اختصم في الدعوى ثم تنازل المدعي عن مخاصمته وحكمت المحكمة بإثبات هذا التنازل، إذ في مثل هذه الحالة تزول عنه صفة الخصم في الدعوى، فالخصومة في الطعن لا تكون إلا بين من كانواْ خصوماً في النزاع الذي فصل فيه الحكم المطعون فيه، ولكن ليس من الضروري أن يكون الطاعن خصماً أصلياً بل يكفي أن يكون قد أدخل في الدعوى أثناء سيرها من جانب أحد الخصوم، أو الحكم بصفة خصم جديد أو ضامن أو يكون قد تدخل فيها لحماية مصالحه الخاصة أو لتأييد طلبات الخصوم فيها[2].

3- أن يختصم بنفس الصفة التي أعتد بها قبل صدور الحكم: ليس يكفي أن يكون الطاعن طرفاً في الخصومة التي صدر فيها الحكم، بل يلزم أن يرفع طعنه بالصفة التي مثل بها في تلك الخصومة، وإلا أضحى خصماً آخر فلا يقبل طعنه[3]،فعلى الطاعن أن يطعن بنفس الصفة التي كانت له في الخصومة الأولى وإلا حكم بعدم قبول الطعن، كما يلاحظ أن الصفة كشرط لقبول الطعن يجب أن تتوفر فيمن كان خصماً وليس لممثل الخصم، وتنتقل الصفة في الطعن إلى كل من الخلف العام والخلف الخاص بتحقق الخلافة بعد صدور الحكم أما إذا تحققت الخلافة قبل صدور الحكم فالمفروض أن الخلف يحل محل السلف في الخصومة وعند الحكم يثبت للخلف الصفة الأصلية في الطعن على الحكم، وإذا تحققت الخلافة بعد رفع الطعن حل الخلف عاماً أو خاصاً محل سلفه في هذا الطعن[4].

---

1. فتحي والي، المرجع السابق، ص571.
2. مصطفى مجدي هرجه، طرق الطعن في الأحكام العادية والغير عادية، المرجع السابق، ص9.
3. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، المرجع السابق، ط6، ص757.
4. مصطفى مجدي هرجه، طرق الطعن في الأحكام العادية والغير عادية، المرجع السابق، ص10.

4- ألا يكون الطاعن قد قبل الحكم صراحة أو ضمناً: القبول هو الرضا بالحكم صراحة أو ضمناً بحيث يمتنع على من رضي به الطعن فيه بعدئذ بأي طريق من طرق الطعن، في مواجهة من صدر الحكم والقبول لمصلحته[1]، ولما كان القبول وليد الإرادة فإنه يجب أن يكون صادراً عن إرادة حرة غير مشوبة بأي عيب من عيوب الإدارة، فلا يعتد بالقبول إن كان وليد غلط أو تدليس أو إكراه، بحيث إذا تمسك الطاعن بشيء من ذلك وتمكن من إثباته بجميع الطرق أمام محكمة الطعن، كان طعنه مقبولاً لبطلان القبول[2]،والقبول الصريح للحكم حتى يعتد به يتعين أن يكون واضحاً صريحاً قاطعاً في دلالته على الرضا بالحكم – أي يبين بجلاء إرادة الخصم الرضاء به–فلا يؤخذ بالظن ولا يقبل التأويل، ولما كان من نتيجته حرمان المحكوم عليه من الطعن فيه، فإن الشك في حقيقة المقصود يجب أن يفسر لمصلحة المحكوم عليه لأن الأصل ألا يتنازل صاحب الحق عن حقه، فلا يجب أن يفترض هذا التنازل، وتقدير ما تقدم متروك لمحكمة الموضوع[3].

أما القبول الضمني[4]فيستفاد من كل فعل أو عمل قانوني ينافي الرغبة في رفع الطعن ويشعر الرضا بالحكم والتخلي عن حق الطعن فيه، وتقدير الرضا بالحكم والتخلي عن حق الطعن فيه وتقدير الرضا بالحكم حق لقاضي الموضوع وحده[5].

ب- المطعون ضده بالاستئناف.

ليس هناك جديد يقال بصدد الشروط الواجب توافرها في المطعون ضده بالإستئناف، فنفس الشروط السابق دراستها بالنسبة للطاعن، يجب توافرها بشكل عكسي بالنسبة للمطعون ضده، فهي شروط موحدة كوجهي العملة[6]،ولا نضيف جديداً إلى ما تقدمت دراسته بالنسبة لتوافر هذه الشروط في الطاعن[7]، وعلى ذلك فإنه يشترط في المطعون ضده شرط المصلحة القانونية بأوصافها القانونية، فيجب أن تكون المصلحة القانونية بالمعنى العام والشامل لهذا المصطلح، ويقصد بهذه المصلحة القانونية أن يكون

---

1. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، المرجع السابق، ط6، ص ص776.
2. أنور طلبة، المرجع السابق، ص46.
3. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، المرجع السابق، ط6، ص780.
4. مثال ذلك: " إذا صدر حكم ابتدائي بإجابة المدعي إلى بعض طلباته ورفض البعض الآخر، جاز لأي من الخصمين استئنافه، فإن طلب المستأنف عليه تأييد الحكم المستأنف، كان ذلك قبولاً له يحول بينه ورفع استئناف فرعي عنه."، أنظر: أنور طلبة، المرجع السابق، ص46.
5. مصطفى مجدي هرجه، طرق الطعن في الأحكام العادية والغير عادية، المرجع السابق، ص11.
6. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص456.
7. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، المرجع السابق، ط6، ص804.

للمطعون ضده مصلحة تسوغ له الدفاع عن الحكم المطعون فيه، ويكون الأمر كذلك إذا كان قد قضى له بكل طلباته أو ببعضها، كما يشترط في المطعون ضده أن تكون مصلحته قائمة وحالة في توجيه الطعن إليه، بمعنى أن يكون قد أفاد من الوضع القانوني المطعون فيه، وان تكون هذه الفائدة قائمة لم يحدث تنازل عنها[1].

ج- الغير بالنسبة لخصوم الاستئناف.

القاعدة أن المتدخل اختصامياً أو انضمامياً، أو المختصم بناءً على طلب أحد الخصوم أو بأمر من المحكمة يعد طرفاً في الخصومة التي تدخل أو أختصم فيها متى قبلت المحكمة هذا أو ذاك، وإذا رفضت المحكمة التدخل – أياً كان نوعه- أو رفضت اختصام الغير أو حكمت بعدم قبول هذا أو ذاك – كما إذا أبدى بعد قفل باب المرافعة في الدعوى- فإن المتدخل أو المختصم لا يعد طرفاً في الخصومة التي يصدر فيها الحكم ولا يملك الطعن فيه بالصفة المتقدمة، وإن كان يملك الطعن في الحكم الصادر برفض تدخله أو بعدم قبوله[2].

وأجازت المادة 338 من ق إ م إ للأشخاص الذين لم تكن لهم صفة الخصم أو لم يكونواْ ممثلين في الخصومة أمام محكمة الدرجة الأولى التدخل في الاستئناف إذا كانت لهم مصلحة في ذلك، بمعنى أن المشرع أجاز للذين لم تكن لهم صفة الخصم أي لم يكونواْ أطراف في الدعوى التي انتهت أن يتدخلواْ في الخصومة القائمة أمام المجلس شرط أن تكون لهم مصلحة في ذلك[3].

وأثير التساؤل في أكثر من مناسبة حول ما إذا كانت خصومة الطعن تعتبر خصومة جديدة ومستقلة عن الخصومة التي صدر فيها الحكم المطعون أم أنها مرحلة منها؟، وهذه المسألة لم تشغل بال الفقه الإجرائي فقط، بل عنى بها المدينون كذلك، وقد تباينت الحلول التي أعطيت لها باختلاف المسألة محل البحث بل أنه في نفس المسألة إختلف الرأي في حلها[4].

وهنا يثور الإشكال بشأن الغير الذي يتدخل أول مرة أمام جهة الاستئناف، ومرد هذا لوجود خلاف فقهي حول مسالة اعتبار خصومة ثاني درجة، ما هي إلا خصومة جديدة.

---

1. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص456.
2. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، المرجع السابق، ط6، ص ص745- 746.
3. يوسف دلاندة، طرق الطعن العادية والغير عادية في الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة أمام القضاء العادي والإداري، دون ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص54.
4. طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص739.

والواقع أن هذا الرأي رغم وجاهته، لا يحظى بتأييد غالبية الفقه في فرنسا، ومن جانبنا فإننا نستطيع القول ببساطة أن خصومة ثاني درجة تعتبر هي بعينها خصومة أول درجة، والسبب في ذلك يرجع إلى أن ذات الطلب القضائي السابق طرحه على أول درجة يعاد طرحه من خلال الحكم الصادر فيه أمام محكمة الدرجة الثانية[1]، والسبب في ذلك يرجع إلى أن ذات الطلب القضائي السابق طرحه على أول درجة يعاد طرحه من خلال الحكم الصادر فيه على محكمة الدرجة الثانية فموضوع وسبب وأطراف الطلب هي نفس موضوع وسبب وأطراف الطلب في المحكمتين على موجب التركيز النهائي الذي يتم في الطلبات الختامية أمام محكمة الدرجة الأولى، وانه يجب النظر إلى هذه العناصر على ضوء مبدأ ثبات النزاع، وما يقتضيه مبدأ التقاضي على درجتين من قاعدة عدم جواز ابدأ طلبات جديدة في الاستئناف[2].

والرأي الذي يرى أن خصومة ثاني درجة تعتبر جديدة بالنسبة لخصومة أول درجة، كان قد أبدى وجهة النظر هذه ليتوصل منها إلى غاية عملية، وهي إفساح المجال لإعمال النظام القانوني للتدخل في الخصومة بصدد خصومة ثاني درجة وذلك بالنسبة لأشخاص سبق ظهورهم أمام أول درجة، فهؤلاء الأشخاص بما أنهم كانواْ قد سبق ظهورهم أمام أول درجة فإنهم لا يعتبرون من الغير بالنسبة لخصوم ثاني درجة، وبما أن النظام للتدخل لا يمكن استعماله إلا بواسطة أشخاص من الغير، فذهب هذا الرأي إلى إعتبار خصومة ثاني درجة خصومة جديدة بالنسبة للخصومة الأولى، وبالتالي من سبق ظهوره أمام أول درجة، يعتبر من الغير بالنسبة لخصومة ثاني درجة، وبالتالي يستطيع التدخل في هذه الخصومة الأخيرة[3].

والواقع أن الفقه المصري لم يتخلف عن فهم هذه الحقائق حيث يرى الفقه الغالب[4] في مصر أن خصومة الطعن تعتبر مرحلة جديدة من مراحل الدعوى وأهم ما تتميز به هو استقلالها عن خصومة أول درجة ولكن هذا الاستقلال ليس تاماً، وخصومة الطعن لا يمكن أن تكون – بأي حال – منبتة

---

1. د/ نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ص 298-300.
2. طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص742.
3. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ص 299-300.
4. أحمد أبو الوفا، المرافعات، ص801، فتحي والي، الوسيط، ص 752، وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، ص 633، نقلاً عن: طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص742.

الصلة عن خصومة الحكم المطعون فيه، ذلك أنه إذا كانت المادة 232 من تقنين المرافعات المصري صريحة قي النص على أن "الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط"، – معبرة بذلك عن حقيقة الأثر الناقل للاستئناف– وذلك لتنظر المحكمة نفس النزاع من جديد، إلا أنه ينبغي أن تكون واضحة – في هذا المقام بالذات– التفرقة بين الخصومة والنزاع، فالخصومة – في التصور العام لها– هي مجموعة من الأعمال الإجرائية التي تبدأ بالمطالبة القضائية وتنتهي عادة بالحكم، هذه المجموعة الإجرائية لا يمكن أن تختلط– من حيث هي ومن حيث نظامها القانوني– بالنزاع حول الحق أو المركز الموضوعي، والذي حسم بحكم أول درجة، ولكن لما كان طريق الطعن في هذا الحكم جائزاً، فإن من المتصور أن تتفتح – مرة أخرى– مجموعة من الأعمال الإجرائية الهدف منها تعديل هذا الحكم أو إلغاءه، فإذا كان النزاع واحداً، فآلية أداء حسمه تختلف من خلال نظامين قانونيين مختلفين، لكن هذا الاختلاف لا يمنع من وجود علاقة بين الخصومتين، علاقة تجد أساسها في الوحدة الجوهرية للنزاع، ولذلك لا نميل إلى اعتبارها هي بعينها نفس الخصومة تنظر على مرحلتين[1].

فالعلاقة بين خصومة الطعن وخصومة الحكم المطعون فيه وثيقة، ولذلك كان طبيعياً أن تنطبق على خصومة الطعن القواعد المقررة أمام محكمة الدرجة الأولى، إلا أنها مع ذلك علاقة استقلال نسبي، ولذلك كان طبيعياً أيضاً أن يحتفظ المشرع لخصومة الطعن بقواعد خاصة بها تبررها إما لاعتبارات فنية بحتة مستمدة من طابع هذه الخصومة أو لاعتبارات سياسية تشريعية[2].

وتتوفر صفة الغير بطبيعة الحال لمن لم يكن خصماً في المحاكمة الابتدائية أو ممثلاً فيها، فإذا كان التدخل في الاستئناف غير جائز للمدعي في المحكمة الابتدائية أو المدعى عليه، أو للخلف الخاص أو العام لأيهما إذا كان قد تلقى الحق بعد رفع الدعوى، فإنه على العكس جائز لمن يعتبر من غيرهم، فهو مثلاً جائز للخلف الخاص أو العام الذي تلقى الحق بعد رفع الدعوى في المحاكمة الابتدائية أو بعد صدور الحكم فيها، فمثل هؤلاء لم يكن لم يكونواْ خصوماً في المحاكمة الابتدائية ولا يعدواْ ممثلين فيها، وحتى إذا كان الشخص قد مثل في المحاكمة الابتدائية بصفة معينة فإنه يعد رغم ذلك من الغير ويستطيع

1. طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص ص 742– 743.
2. المرجع نفسه، ص744.

بالتالي التدخل في الاستئناف إذا كان تدخله مبنياً على صفة أخرى غير الصفة التي كان ماثلاً بها في المحاكمة الابتدائية[1].

وتحديد فكرة الغير بوجه عام في قانون المرافعات يثير العديد من المشاكل، وسبب هذه المشاكل يرجع إلى أن الدراسات التي كرست لهذه الفكرة كانت تنظر إليها على أساس أنها فكرة وظيفية، أي تلعب وظيفة من نوعين داخل نظام قانوني معين، وعلى ذلك فالبحث في فكرة الغير في نطاق قانون المرافعات يرجع فيه إلى نظام حجية الشيء المقضي به، أو يرجع بصدده إلى الدراسات الخاصة بآثار الأعمال القضائية، ويرجع أيضاً بصدده إلى نظام الطعن المسمى باعتراض الغير الخارج على الخصومة، وكل من عالج فكرة الغير في قانون المرافعات إذن عالجها من زاوية الدور الذي تؤديه داخل نظام قانوني معين، ولم يعالجها في ذاتها، وربما لأنها لا قيمة لها، وإنما هذه القيمة تستمد من الدور الذي تلعبه داخل نظام معين[2].

وبالنسبة للغير في قانون المرافعات فالفقه السائد يرى أن الغير بالنسبة للقانون الإجرائي هو كل من لا يعتبر طرفاً في الخصومة محل الاعتبار، سواءً بنفسه أو بواسطة من يمثله، هذا الغير يستطيع أن يلتزم جانب السلبية الكاملة اعتماداً على نسبية آثار الأعمال الإجرائية، ومع ذلك فهذا الغير من الممكن أن يؤثر على الحكم الصادر في هذه الخصومة عن طريق استخدامه لبعض الأنظمة القانونية الإجرائية التي لا يستطيع استخدامها إلا من تثبت له صفة الغير كنظام التدخل الإختياري أو الإجباري، فالغير في مجال الخصومة العادية، أي التي بمناسبتها يصدر الحكم، هو كل من لم يمثل في الخصومة، وهو يفهم بمعنى إجرائي بحت، أما في التنفيذ فالغير قد يشترك في إجراءاته، وهذا الاشتراك يتم بشرط أن يكون هذا الغير شخصاً أخر غير طالب التنفيذ وغير المنفذ ضده حتى تتوفر له صفة الغير، ورغم أن هذا الشخص يعتبر من الغير بالنسبة للحق في التنفيذ فإنه يصبح طرفاً في خصومة التنفيذ باشتراكه فيها[3].

ثالثاً: المصلحة

رغم أن المشرع قد استلزم المصلحة كشرط من شروط قبول الدعوى إلا انه لم يورد تعريف لها، تاركاً بذلك المسألة للاجتهاد الفقهي، ويبدواْ أن الفقه غير مستقر على تعريف واحد للمصلحة، بسبب

---

1. نبيل إسماعيل عمر، قانون أصول المحاكمات المدنية، ط2، المرجع السابق، ص543.
2. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص462- 463.
3. المرجع نفسه، ص465.

اختلافه في زاوية النظر للمصلحة، فمن نظر إليها من زاوية الباعث إلى رفع الدعوى رأى بأنها الفائدة العلمية المشروعة التي تعود على المدعي من الحكم بطلبه، أما من نظر إليها من زاوية الغاية من رفع الدعوى رأى بأنها الحاجة إلى الحماية القضائية[1].

والمصلحة هي الفائدة العلمية التي من أجلها يرفع المدعي دعواه إلى المحكمة طالباً تمكينه من الانتفاع أو حماية حقه المقرر قانوناً، ولذلك أصبح من المبادئ المستقرة في الفقه والقضاء أنه " لا دعوى دون مصلحة" وأن " المصلحة هي مناط الدعوى"[2]، وقاعدة أن المصلحة مقياس الدعوى تطبق في حالة الطعن كما في حالة رفع الدعوى من أول الأمر، بمعنى أن الطعن يكون غير مقبول إذا لم تكن هناك مصلحة من وراء رفعه[3].

ويقصد بالمصلحة أن يكون للطاعن هدف نافع من طعنه، وهذا الهدف يتحقق من إزالة الضرر الذي أصابه من الحكم المطعون فيه، فالمصلحة يقصد بها أن هناك خسارة أو ضرر حاق بالطاعن نتيجة الحكم الصادر، ويهدف الطعن في تحقيق مصلحة الطاعن في الحصول على حكم أفضل من محكمة الطعن[4].

فمناط المصلحة في الطعن سواءً كانت حالة أو محتملة، إنما هو كون الحكم القضائي المطعون فيه قد اضر بالطاعن بأن كان قد قضى برفض طلباته كلها، أو قضى له ببعضها، دون البعض الآخر، ومن ثم فإنه لا مصلحة للطاعن فيما يكون قد صدر به الحكم القضائي وفقاً لطلباته أو محققاً لمقصوده منها، والمناط في معرفة مدى توافر المصلحة في الطعن، هو منطوق الحكم القضائي، فإذا كان هناك تطابقاً بين طلبات الخصم في الخصومة القضائية التي صدر فيها الحكم القضائي المطعون فيه، ومنطوقه، فإن المصلحة في الطعن تكون منتفية، حتى ولو كان هناك اختلافاً بين أسبابه، والأسباب التي استند إليها الخصم في مذكرته الختامية[5].

وتقوم هذه المصلحة عندما يكون الطاعن محكوماً عليه بشيء لخصمه، أو رفضت بعد طلباته، فإذا حكم للخصم بكل طلباته انعدمت مصلحته في الطعن، وإذا حكم له بكل طلباته وحكم عليه

---

1. شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 141-142.
2. أحمد سمير محمد الصوفي، المرجع السابق، ص135.
3. أحمد هندى، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 565.
4. نبيل إسماعيل عمر وأحمد خليل وأحمد هندي، المرجع السابق، ص 721.
5. محمود السيد عمر التحيوى، القواعد العامة للطعن في الأحكام القضائية، دون ط، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2010، ص 68- 69.

بالمصاريف جاز الطعن في حكم المصاريف، وإذا حكم للطاعن بطلباته الاحتياطية دون الأصلية جاز له الحكم بالطعن في الحكم بالنسبة للطلبات الأصلية[1].

ومفهوم المصلحة في الاستئناف يختلف عن مفهومها في الدعوى البدائية إذ يجب أن يكون المستأنف محكوم عليه وهو غير ذلك في الدعوى البدائية، والمراد بالمصلحة أية فائدة مادية أو أدبية يفيدها المستأنف من استصدار حكم من محكمة الاستئناف في مسألة معينة يكون فيها الحكم المستأنف قد فصل فيها فصلاً مضراً بمصلحته مهما كانت هذه الفائدة قليلة أو كثيرة، ولا يتطلب الأمر بقاء تلك المصلحة كما كانت عند صدور الحكم[2] إذ أن زوالها بعد رفع الطعن ألاستئنافي لا ينفي وجودها[3]، فلا يحول دون قبولها زوالها بعد ذلك[4].

وتعد المصلحة من أهم الشروط الواجب توافرها لقبول الطعن ألاستئنافي وهناك من يرى أنها الشرط الوحيد، وهي ليست شرطاً لقبول الطعن ألاستئنافي فحسب، بل هي شرط لقبول أي طلب أو دفع، وتطبق على الدعوى الاستئنافية الشروط ذاتها التي تخص المصلحة وفق القاعدة العامة، وبالرجوع إلى القواعد العامة فإنه يكفي لتحقق المصلحة أن تكون قائمة وقت صدور الحكم المطعون فيه ولو زالت بعد ذلك، فالمصلحة هي شرط ابتداء وبقاء وهي المصلحة القانونية دون النظرية، ومع ذلك فإنه لا مصلحة للطعن في حكم قضى برفض الاستئناف بدلاً من القضاء بعدم جوازه، وبسقوطه لرفعه بعد الميعاد أو قضى بعدم قبول الدعوى بدلاً من القضاء برفضها ذلك أن مصلحة الطاعن هنا تعد أمراً نظرياً[5].

---

1. نبيل إسماعيل عمر وأحمد خليل وأحمد هندي، المرجع السابق، ص 721.
2. هناك رأي مخالف حول بقاء المصلحة: " فنحن لسنا مع الرأي القائل بأن العبرة في قيام شرط المصلحة بوقت الطعن فقط ولا يعتد بزوالها بعد ذلك، فالمصلحة شرط ابتداء كما أنها شرط بقاء واستمرار فإذا افتقدت المصلحة في أي مرحلة كان عليها الطعن وجب على المحكمة الحكم بعدم قبوله لانتفاء المصلحة فيه."، انظر: طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص 722.
. "على أن المصلحة في الطعن قد تزول بعد رفعه، وهنا تحكم المحكمة بعدم قبول الطعن، لأن المصلحة شرط مستمر، فإذا تنازل المحكوم له – المطعون ضده– عن الحكم المطعون فيه يصبح الطعن غير مقبول، كذلك الحال إذا تصالح الخصوم بعد صدور الحكم أو إذا عدل الحكم حسب طلبات الطاعن من محكمة أخرى، أو إذا قام الطاعن بتنفيذ الحكم اختيارياً بعد رفع الاستئناف وأثناء نظره." أنظر أيضاً: أحمد هندى، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ص 566– 567.
3. القاضي لفتة هامل العجيلي، المرجع السابق، ص71.
4. محمود السيد عمر التحيوى، المرجع السابق، ص 70.
5. أحمد سمير محمد الصوفي، المرجع السابق، ص135– 139.

وبعبارة أخرى فإن " أساس المصلحة في الطعن يكون في الضرر الذي يحمله الحكم المطعون فيه في مواجهة الطاعن سواء في قضاء الحكم على الطاعن بشيء ما أو برفض كل أو بعض طلباته"، والواقع أننا لا نرى خلافاً جوهرياً بين شرط المصلحة في الدعوى وشرط المصلحة في الطعن وذلك على خلاف الرأي الذي يحاول إيجاد هذه التفرقة على غير أساس، انطلاقاً من المغايرة في المصطلح بين ما أسماه المصلحة في الدعوى والمصلحة في الإجراء، واعتبار أن الدعوى حق موضوعي وان الطعن حق إجرائي، فهذا مما لا نميل إليه لعدم جدواه من ناحية وعدم دقته في الاصطلاح من ناحية أخرى، فالمصلحة هنا تقترن كذلك بالصفة[1]، ونقصد الصفة الموضوعية، وليست الصفة الإجرائية كما أسلفنا ولذلك لا يقبل الطعن إلا من المحكوم عليه[2].

ويرى البعض أن مناط المصلحة في الطعن بالاستئناف هي أن يكون الحكم المطعون فيه قد أضر بالطاعن، وأياً كانت صورة هذا الضرر، سواءً قضى برفض طلباته كلها أو بعضها، أو لم يأخذ بدفاعه[3]، وقد سبق وقدمنا بأنه لا يعتد بالمصلحة النظرية البحتة.

والمصلحة النظرية البحتة لا تصلح أساساً للطعن في الأحكام القضائية، وهي المصلحة التي لا يحقق الطاعن أي نفع من ورائها[4]. كما إذا كان الحكم قد رفض الاستئناف وكان يجب أن يصدر بسقوط الاستئناف لرفعه بعد الميعاد وليس برفضه، فتلك مصلحة نظرية بحته لا يحقق الطاعن أي نفع من ورائها وبالتالي لا تصلح سبباً للطعن في الحكم، ولذلك لا يقبل الطعن على حكم صدر وفق طلبات الطاعن بدعوى تعديل بعض الأسباب التي لم تصادف هوى في نفسه[5].

وقد أجمع الفقه الفرنسي على وجوب تثبيت المصلحة في الطعن ألاستئنافي الذي يقدمه المستأنف، أي أن تكون له فائدة من الإجراء الذي يقع عليه عندما لا يقتنع بالحكم الصادر عن قضاة محكمة

---

1. " قد يتداخل مدلول شرط المصلحة في شرط الصفة، فوصف المصلحة بالشخصية والمباشرة يجعل شرط الصفة الذي هو في الحقيقة شرط مستقل يندمج في مدلول المصلحة، وهو رأي الغالبية من الفقهاء،". أنور أحمد رسلان، وسيط القضاء الإداري، ص 424، رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، ص 246، نقلاً عن: بن طاع الله زهيرة، شرط المصلحة وأثر زواله أثناء السير في الدعوى، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، مجلد 12ع 04، س 2020، ص397.
2. طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص712– 713.
3. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص447.
4. محمود السيد عمر التحيوى، المرجع السابق، ص 69.
5. أحمد هندى، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 566.

الدرجة الأولى، والجدير بالإشارة أن القوانين العربية المقارنة هي الأخرى قد أجمعت على أن شرط المصلحة يعد شرطاً أساسياً لقبول الطعن ألاستئنافي أمام القضاء[1].

رابعاً: عدم القبول بالحكم

وبالإضافة إلى شروط المصلحة والصفة والأهلية الواجب توافرها لقبول الطعن المرفوع من الطاعن أو لصحة إجراءاته يجب أيضاً ألا يكون الطاعن قد أسقط حقه في الطعن بقبول الحكم سواءً كان القبول صريحاً أو ضمنياً أو بتركه الميعاد يسري دون رفع الطعن من خلاله[2].

فلا يجوز الطعن ممن قبل الحكم فهذا شرط خاص من شروط الطعن، لأن قبول الحكم يعد تصرفاً قانونياً ملزماً لصاحبه، والطعن في الحكم يتعارض مع هذا القبول[3].

والقبول بالحكم هو تنازل الخصوم عن ممارسة حقهم في الطعن، إلا إذا قام خصم آخر بممارسة حقه في الطعن لاحقاً، (المادة 239 ق إ م إ)، أي أن القبول بالحكم هو تخلي أو تنازل الخصوم على ممارسة طرق الطعن الممكنة ضد هذا الحكم[4]، وقبول الحكم هو الرضا به صراحةً أو ضمناً بحيث يمتنع بعد ذلك على الخصم الذي رضي بالحكم أن يطعن فيه بأي طريق، والقبول الصريح هو إعلان عن إرادة صريحة من المحكوم عليه بقبول الحكم وعدم رغبته في الطعن، وهو يعتر تصرفاً قانونياً من جانب واحد ولهذا لا حاجة إلى قبوله من الخصم الأخر، على أنه يجب أن تتوفر في الخصم الذي يقبل الحكم أهلية التصرف في الحق موضوع الحكم لأن القبول يعد تصرفاً قانونياً، كما يجب أن تكون الإرادة خالية من العيوب ومبنية على سبب مشروع، ونرى انه لا يوجد شكل محدد يجب أن يتم فيه قبول الحكم[5].

فالقبول ليس بالتنازل عن الخصومة فحسب بل هو تنازل عن الحق في الدعوى إما في المرحلة الأولى للتقاضي وإما أمام الجهات القضائية العليا بالتنازل عن حقه في استعمال طرق الطعن وهو ما يتطلب الأهلية للتصرف في حق يقرر الشخص التنازل عنه والتفويض القانوني في الولي والوصي والمقدم، والقبول يكون إما جزئياً وإما كلياً، ولا يكون ممكناً بالنسبة للطلبات إذا خالف التنازل عن ممارسة

---

1. Jean larguier et Philippe conte , jean Vincent et Serge Guichard. نقلاً عن: أحمد سمير محمد الصوفي، المرجع السابق، ص141.
2. نبيل إسماعيل عمر وأحمد خليل وأحمد هندي، المرجع السابق، ص 729.
3. أحمد هندى، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 567.
4. فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، دون ط، منشورات أمين، الجزائر،2009، ص 144.
5. أحمد هندى، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص567.

الدعوى قاعدة من النظام العام، ويجب أن يكون القبول صريحاً وبدون لبس إما أمام القاضي إذا تعلق بالطلبات وإما أمام المحضر القضائي عند تنفيذ الحكم[1].

أما القبول الضمني للحكم[2]، والذي يمنع الطعن فيه، فيستفاد من كل فعل أو عمل ينافي الرغبة في الطعن ويشعر بالرضا بالحكم والتخلي عن حق الطعن فيه، ويجب أن يكون القبول قاطع الدلالة على رضا المحكوم عليه بالحكم، أي أن يكون بقول أو عمل أو إجراء يدل دلالة واضحة لا تحتمل الشك على ترك الحق في الطعن في الحكم، وعلى أي الأحوال فإن قاض الموضوع هو الذي يقدر ما إذا كان ما صدر من الخصم يعتبر قبولاً ضمنياً منه للحكم أو لا يعتبر ولا رقابة لمحكمة النقض عليه في ذلك متى استند إلى أسباب سائغة[3]، على أنه لا يصح قبول الحكم بالنسبة للمسائل التي تتعلق بالنظام العام، فيشترط لاعتبار قبول الحكم مانعاً من الطعن فيه ألا يكون قد صدر في أمر يتعلق بالنظام العام (كالحكم بالاختصاص مخالفاً لقاعدة من قواعد الاختصاص النوعي أو المتعلق بالوظيفة)لأنه إذا كان الحكم قد صدر في أمر من هذا القبيل، فلكل من يدعي من طرفي الخصومة مخالفة هذا الحكم للنظام العام أن يستأنفه، ولا يمنع أن يكون قد صدر وفق طلبات أو يكون قد رضي به لأنه لا يجوز الاتفاق على ما يخالف النظام العام أو الرضا به[4].

الفرع الثاني: وسيلة رفع الطعن بالاستئناف

صحيفة الطعن بالاستئناف هي الأداة الفنية التي بواسطتها يحمل الطعن في الحكم المتظلم منه إلى محكمة الاستئناف، هذه الصحيفة ترتبط بميعاد معين يتعين رفع الطعن فيه وإلا سقط الحق في رفع الطعن، ولهذه الصحيفة بيانات معينة لابد من دراستها ودراسة الجزاء عن تخلفها أو تعيبها[5].

---

1. عبد السلام ذيب، المرجع السابق، ص 222.
2. تجدر الملاحظة أن المشرع الجزائري في المادة 240 من ق إ م إ، أوجب التعبير عن القبول صراحة ودون لبس، مما يطرح التساؤل حول مسألة القبول الضمني.
3. " بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه اعتبر امتناع القاضي عن القيام بالتزامه بالتسبيب مخالفة ترتب نقض الحكم أو القرار الذي أصدره، حيث جعل انعدام الأسباب في صوره المختلفة من الأوجه التي يمكن بناء النقض عليها". زرقون نور الدين، أوجه الطعن بالنقض في الأحكام المدنية، دون ط، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2017، ص 131.
4. بتصرف، أحمد هندى، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ص 567- 569.
5. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص342.

ومن خلال قراءة المادة 539 من ق إ م إ نجد أنها تنص على أن يرفع الطعن بالاستئناف بعريضة تودع لدى أمانة الضبط بالمجلس القضائي[1] الذي صدر الحكم المستأنف في دائرة اختصاصه ويجوز أن يسجل الاستئناف بأمانة الضبط بالمحكمة التي أصدرت الحكم، ومن محاولة تحليل هذا النص باختصار يتضح لنا أن القانون قد منح الاختيار للطاعن بالاستئناف بين أن يودع عريضة طعنه بالاستئناف أما لدى أمانة الضبط بالمجلس القضائي الذي توجد المحكمة التي أصدرت الحكم المستأنف ضمن دائرة اختصاصه، وإما لدى أمانة الضبط للمحكمة نفسها التي أصدرت الحكم المطعون فيه[2]، مع مراعاة تسديد الرسوم اللازمة لقبول الطعن بالاستئناف ومع مراعاة أن تكون العريضة موقعة من محامي الطاعن وعليها خاتمه وتوقيعه تحت طائلة عدم القبول[3].

وتقيد عريضة الاستئناف حالاً في سجل خاص مرقم ومؤشر عليه من قبل رئيس المجلس القضائي تبعاً لورودها مع بيان أسماء وألقاب الخصوم ورقم القضية وتاريخ أول جلسة، ويسجل أمين الضبط رقم القضية وتاريخ أول جلسة على نسخ عريضة الاستئناف ويسلمها للمستأنف قصد تبليغها رسمياً للمستأنف عليه[4]، بعد دفع الرسوم القضائية المحددة قانوناً، ما عدا إذا نص القانون على خلاف ذلك – فيما يخص المساعدة القضائية والمؤسسات المعفاة منها– ويسلم أمين الضبط للمستأنف، نسخة من عريضة الاستئناف، بعد وضعه عليها رقم القضية وتاريخ أول جلسة لتبليغها للمستأنف عليهم، وينبغي التفكير في تجانس التطبيقية الإلكترونية مع هذه الوضعية بكيفية تسمح بتسجيل الاستئناف في آن واحد في المحكمة والمجلس القضائي[5].

---

1. المجلس القضائي هو الدرجة الثانية للتقاضي في التشريع الجزائري، " ووفقاً للقانون العضوي رقم 05-11 فالمجالس القضائية تتألف من(10) غرف هي: الغرفة الجزائية، غرفة الاتهام، غرفة الاحداث، الغرفة المدنية، الغرفة الاستعجالية، غرفة شؤون الأسرة، الغرفة الاجتماعية، الغرفة العقارية، الغرفة البحرية، الغرفة التجارية، ويمكن لرئيس المجلس تقليصها أو تقسيمها إلى فروع"، أنظر: حسين بلحيرش، المرجع السابق، ص 70.
2. " والهدف من ذلك هو رفع مشقة التنقل إلى المجالس القضائية في حالة إذا كانت المحكمة ليست محكمة مقر المجلس، خصوصاً في المناطق الجنوبية، أين المسافات طويلة بين المدينة والأخرى"، انظر: مسعودي محمد لمين، طرق الطعن في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دون ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018، ص 40.
3. عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص216.
4. يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص48.
5. عبد السلام ذيب، المرجع السابق، ص ص402-403.

أولاً: البيانات العامة الواجب توافرها في عريضة الاستئناف

من خلال قراءة المادة 540 من ق إ م إ، نجد أنها تنص على وجوب أن تتضمن عريضة الطعن بالاستئناف عدة بيانات[1]، وتنص كذلك على أن إغفالها يترتب عليه عدم قبول العريضة شكلاً وهذه البيانات هي[2]:

أ- الجهة القضائية التي أصدرت الحكم المستأنف

فأول بيان إلزامي هو الجهة القضائية التي أصدرت الحكم المستأنف، ويقصد به المحكمة التي أصدرت الحكم[3]، وذلك للتأكد من قواعد الاختصاص وان الاستئناف يرفع إلى محكمة أعلى درجة من تلك التي أصدرت الحكم، لأنه يتضمن تجريحاً في حكمها، فلا بد أن تكون المحكمة التي تنظر الاستئناف أعلى درجة منها[4].

إلا أن البيان الذي نرى أنه مهم إلا أن القانون لم ينص عليه هو الجهة القضائية المختصة، سواءً الاختصاص الإقليمي بتحديد تسمية المجلس، وكذا الاختصاص النوعي بتحديد الغرفة المختصة نوعياً، ورغم أن النص القانوني قد أهمل هذا البيان، إلا أن الممارسة لم تهمله، فكل عرائض الاستئناف تتضمن تسمية المجلس والغرفة المختصة به[5].

ب- اسم ولقب وموطن المستأنف

وقصد المشرع من هذا التفصيل نفي التجهيل عن المستأنف[6]، وهذه البيانات تتعلق بأسماء وألقاب ومهنة أو وظيفة الخصوم ومواطنهم وأسماء ممثليهم وألقابهم ووظائفهم ومواطنهم[7]، وذلك لأجل تبليغ المستأنف عليه بعريضة الطعن الاستئنافي، ويساعد ذلك أيضاً على معرفة ما إذا كان الاستئناف مقدماً من خصم قانوني ضد خصم قانوني أيضاً[8]، والمتفق عليه هو عدم التشدد في مراعاة بيانات صحيفة

---

1. قرار رقم 218478 مؤرخ في 2000/03/14، م ق 2004، عدد 02، ص 113،" تخضع العريضة لمبدأ تكافؤ البيانات، وتبقى المطالبة صحيحة، متى ثبت تحقق الغاية من البيان رغم تخلفه".
2. عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص219.
3. مسعودي محمد لمين، المرجع السابق، ص 39.
4. أحمد سمير محمد الصوفي، المرجع السابق، ص188.
5. مسعودي محمد لمين، المرجع السابق، ص 39.
6. أنور طلبة، المرجع السابق، ص 734.
7. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص381.
8. أحمد سمير محمد الصوفي، المرجع السابق، ص188.

الاستئناف فكل ما يقصد المشرع من إيرادها هو بيان موضوعها بياناً لا يوقع من أعلنت إليه في حيرة جدية، وتقدير كفاية تلك البيانات بحيث تنتهي بها الجهالة في الطعن أمر تقدره محكمة الموضوع[1].

ج- اسم ولقب وموطن المستأنف عليه وإن لم يكن له موطن معروف فآخر موطن له

وقصد المشرع من هذا البيان تعيين المستأنف عليه تعييناً كافياً نافياً للتجهيل به أو للتشكيك في شخصيته، وقد يكتفي باسمه ولقبه وموطنه دون ذكر مهنته أو وظيفته طالما أن في ذلك الكفاية لتعيينه، والخطأ في بيان الموطن لا يبطل الصحيفة، ولا يترتب البطلان عن النقص أو الخطأ في اسم المستأنف عليه أو صفته طالما لم يؤدي ذلك للتجهيل به، لكن إذا أدى إلى التجهيل تحقق البطلان وامتنع على المستأنف تصحيح هذا البطلان بتصحيح شكل الاستئناف إلا إذا كان ميعاد الاستئناف مازال قائماً، وهو من مسائل الواقع التي يستقل قاضي الموضوع بتقديرها دون رقابة عليه من محكمة النقض طالما كان استخلاصه سائغاً[2].

د- عرض موجز للوقائع والطلبات والأوجه التي أسس عليها الاستئناف

من البيانات الأساسية في عريضة الاستئناف عرض الوقائع والادعاءات والأسانيد القانونية وإرفاق الوثائق المؤيدة للمزاعم، وإن ذكر الوقائع يسمح للقاضي بوضع المعالم الرئيسة لفهم فحوى النزاع، فهي التي تسمح له بالتحري في القاعدة القانونية الواجبة التطبيق، كما يتعين على المستأنف أن يذكر الإجراءات المتبعة لمراقبة صحتها من طرف القاضي عند الاقتضاء[3].

ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم يشر إلى ضرورة تضمين العريضة أسباب الطعن متلافياً بذلك الجدل الفقهي الذي أثير حول المسالة بخصوص وجوب تضمين العريضة أسباب الطعن كما سبق وقدمنا؛ وغني عن البيان – مرة أخرى- أن الطعن بالاستئناف طريق عادي من طرق الطعن لم يحدد له المشرع أسباباً معينة على خلاف ما فعل بالنسبة للطعن بالنقض والتماس إعادة النظر[4].

---

1. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص381.
2. أنور طلبة، المرجع السابق، ص ص 735-736.
3. عبد السلام ذيب، المرجع السابق، ص ص402-403.
4. أنور طلبة، المرجع السابق، ص 737.

كما يتعين على المستأنف إن كان في نفس الوقت مدعٍ أصلياً أن يبين الطلبات التي أسست عليها الدعوى[1]، والواقع كما يرى البعض، أن مجرد تقديم صحيفة الاستئناف يعني ضمناً طلب إلغاء الحكم المطعون فيه، ولهذا فإن قيمة هذا البيان تنحصر في تحديد الجزء من الحكم الذي يستأنفه الطاعن، وعلى ذلك فإذا اشتمل الحكم المطعون فيه على أكثر من جزء لغير صالح المستأنف، وأشار المستأنف إلى بعضها فقط، فإنه يكون قابلاً للأجزاء الأخرى، وعلى العكس من ذلك فإذا لم يشر إلى الجزء الذي يستأنفه فإنه يعتبر طاعناً بالاستئناف في الحكم بجميع أجزائه[2].

إن مجرد تقديم صحيفة الاستئناف يعني – ضمناً– طلب إلغاء الحكم المستأنف، كما أن طلب إلغاء الحكم المستأنف يعني –ضمناً– طلب القضاء بما رفضه الحكم من طلبات المستأنف، ولهذا فإن قيمة بيان الطلبات في صحيفة الاستئناف هو تحديد الجزء من الحكم الذي يريد المستأنف إلغائه، وهل يريد إلغاء الحكم كلياً أو جزئياً، حيث أن نطاق الاستئناف – كما سنرى– يتحدد بما يطلبه المستأنف، وليس بما كان مطروحاً على محكمة أول درجة، فإذا جاء الطلب عاماً دون تحديد للجزء المطلوب إلغائه، كان معنى ذلك أنه يريد إلغاء الحكم كله[3].

وهذا الحل الأخير تمليه القواعد العامة في الأثر الناقل للاستئناف، ونص عليه قانون المرافعات الفرنسي الجديد، ففي فرنسا يكون للاستئناف أثراً ناقلاً عاماً بالنسبة لكل ما طرح على محكمة أول درجة وصدر فيه حكم إذا ورد الاستئناف عاماً غير مقيداً، أو كان موضوع النزاع غير قابل للتجزئة، أو كان الاستئناف يرمي إلى إبطال الحكم المطعون فيه[4].

هـ– الإشارة إلى طبيعة وتسمية الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الإتفاقي

فإن كان المستأنف شخصاً اعتبارياً، كشركة، فإن هذا الشخص يكون هو المعني بخصومة الاستئناف، دون ممثله القانوني، ويترتب على ذلك، أن البطلان لا يشوب صحيفة الاستئناف إذا تضمن

1. عبد السلام ذيب، المرجع السابق، ص ص405.
2. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص389.
3. طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص738.
4. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص389.

الاسم الصحيح للشخص الاعتباري ومركز إدارته، دون اعتداد بالخطأ في اسم ممثله القانوني[1] أو حتى إغفال اسمه[2].

وتمثيل الشخص المعنوي من طرف شخص غير مؤهل قانوناً يؤدي بالضرورة إلى عدم قبول الاستئناف شكلاً وكذا الاستئناف الذي قدمه شخص متوفى أو شركة تمت تصفيتها أو عدم ذكر هوية مصفي الشركة في حالة التصفية، أما بالنسبة للبيانات التي تتعلق بجوانب شكلية بحته كالوصف الخاطئ لطبيعة الشركة[3]، فإنه يتعين على من يثيره إثبات الضرر الذي لحقه عملاً بالمادة 60 من ق إ م، ويمكن تدارك الأخطاء الواردة بشأنها كالخطأ المادي في هوية الأطراف، ويمكن للقاضي إعطاء أجل لذلك[4].

و- ختم و توقيع المحامي وعنوانه المهني، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك

إن المبدأ العام الذي أقرته المادة 583 السالف ذكرها وهو وجوب تمثيل أطراف الدعوى المستأنفين أمام قضاء الدرجة الثانية بمحامي يمثلهم وينوب عنهم، ويتولى الدفاع عن مصالحهم، مع العلم أن تخلي الطرف المستأنف عن الاستعانة بمحامي أمام المجلس القضائي، وعدم ختم وتوقيع عريضة الطعن بالاستئناف من قبل هذا المحامي يترتب عليه عدم قبول الطعن بالاستئناف تلقائياً ولو لم يطلب الخصم الأخر ذلك، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك[5].

---

1. قرار رقم 723320 مؤرخ في 2011/04/07 الغرفة التجارية والبحرية للمحكمة العليا، غير منشور، "حيث أن مؤسسة ميناء الجزائر تثير عدم قبول الطعن شكلاً لمخالفة عريضة الطعن بالنقض مقتضيات المادة 1/565 لعدم احتوائها على ممثل الطاعنة القانوني أو الإتفاقي، ولكن حيث أن الطاعنة تقدمت بمذكرة تصحيحية بتاريخ 2011/11/03 لتصحيح هذا السهو وهو ما تسمح به المادة 62 من نفس القانون".

. قرار رقم 386354 مؤرخ في 2007/02/07 الغرفة اجتماعية للمحكمة العليا، غير منشور، " المأخوذ من مخالفة المادة 13 من ق إ م إ، بدعوى أن العريضة الافتتاحية لا تشير إلى الطبيعة القانونية للإطراف، ولكن حيث أن الطاعنة لم تبين الضرر الذي لحقها من جراء هذه المخالفة وبالتالي فالفرع غير مؤسس". مشار إليه لدى: حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 355.

2. أنور طلبة، المرجع السابق، ص 735.

3. قرار رقم 545044 مؤرخ في 2007/12/05 الغرفة اجتماعية للمحكمة العليا، غير منشور، " حيث أن الطاعنة تعيب على القرار المطعون فيه مخالفة المادتين 12 و62 من ق إ م بدعوى أنه لم يذكر نوع الشركة وممثلها والمقر الاجتماعي، ولكن حيث أن عدم ذكر البيانات المذكورة لا يمكن ان يؤثر على سلامة الحكم ما لم يثبت من أثار الدفع بالبطلان الضرر الذي لحق الطاعنة من جراء السهو، وعليه فالوجه غير مؤسس". مشار إليه لدى: حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 356.

4. عبد السلام ذيب، المرجع السابق، ص ص405.

5. عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة، دون ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 264.

ومعنى هذا الكلام هو أنه إذا قام أحد أطراف الحكم بالطعن بالاستئناف ضد هذا الحكم فإنه يجب عليه أن يلجأ إلى محام ليحرر له عريضة الطعن بالاستئناف، ويضع عليه خاتمه وتوقيعه، ثم بعد ذلك يمكنه أن يقدمها إلى أمين الضبط الذي يقوم بتقييدها في سجل الاستئنافات وفقاً لتاريخ ورودها، أما إذا قام بتقديم عريضة الطعن بالاستئناف دون أن تكون تحمل ختم وتوقيع المحامي، فإن قضاة المجلس سيحكمون حتماً بعدم قبول الطعن بالاستئناف شكلاً، حتى ولو تدخل المحامي أثناء إجراءات المرافعة وقدم مذكرات تحمل توقيعه وخاتمه، وهذا ما قضى به مجلس عنابة في القضية رقم 2645/09 حيث تقيد بمراعاة الشكل وحكم بعدم قبول الاستئناف شكلاً[1].

فكل ما يوجبه القانون أن تكون الصحيفة موقعة من محامي أمام المحكمة الاستئنافية، ولم يشترط أن يكون لدى المحامي ما يثبت وكالته قبل الطعن، وإذا باشر القضية محام غير الذي وقع العريضة فلا تبطل الإجراءات ولو لم يكن هذا الأخير موكلاً من المستأنف، وكل ما يتطلبه القانون هو ضمان صياغة العريضة بواسطة محامي مقبول أمام المحكمة الاستئنافية، لأن السير في إجراءات الاستئناف من جانب المستأنف بشخصه أو بوكيل يشف عن إجازة ما قام به المحامي الذي وقع العريضة ولو لم يكن موكلاً من المستأنف، والقول بغير هذا الاتجاه في الرأي يستوجب في جميع الحالات التي يتعين فيها توقيع المحامي على أوراق أو على صحف الدعاوى ان يكون لدى المحامي توكيل صادر قبل التوقيع، هذا عنت، لا يسلم من النقد وتأباه السماحة في التشريع، حتى لا يرهق الأشخاص بشكليات لا تفيد، وكل ما يتطلبه المشرع من توقيع المحامي على الورقة أو الصحيفة هو ضمان صياغتها بواسطته[2].

وبالإضافة إلى ما سبق ذكره من بيانات فإنه يجب على الخصم الطاعن بالاستئناف أن يرفق عريضة استئنافه بنسخة مطابقة لأصل الحكم المستأنف[3]، ومعنى ذلك انه لا يمكن الاكتفاء بنسخ شمسية من الحكم كما هو جاري به العمل حالياً، ويجب أن تكون النسخة مقروءة[4]، وبعد إتمام إجراءات إيداع العريضة وتسديد الرسوم اللازمة لتسجيل عريضة الطعن بالاستئناف يقوم أمين الضبط بتقييد العريضة حالاً في السجل المعد خصيصاً لتسجيل الطعون بالاستئناف تبعاً لترتيب ورودها مع بيان أسماء وألقاب الخصوم ورقم القضية وتاريخ الجلسة الأولى، وإدراج ذلك في النسخة الأصلية للعريضة التي توضع

---

1. عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد، المرجع السابق، ص 218.
2. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ط6، المرجع السابق، ص761.
3. عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد، المرجع السابق، ص 219- 220.
4. عبد السلام ذيب، المرجع السابق، ص404.

بملف القضية، وعلى النسخ الأخرى التي ستبلغ إلى الأطراف الآخرين المطعون ضدهم بالاستئناف، كما يجب آن ترفق العريضة بوصل إثبات تسديد رسم تسجيل الطعن، وإن هو لم يرفق بعريضة الطعن مثل هذه النسخة أو هذا الوصل فإن من صلاحية المجلس القضائي أن يحكم بعدم قبول الطعن بالاستئناف شكلاً تطبيقاً لنص المادة 541 من ق إ م إ[1].

ثانياً: التبليغ الرسمي لعريضة الاستئناف

حفاظاً على مبدأ الوجاهية أعاد المشرع النظر في كيفيات تبليغ عريضة الطعن بالاستئناف ورتب عن عدم استيفاء هذا الشرط نتائج قانونية جديدة[2]، وفي هذا المعنى نصت المادة 542 من ق إ م إ على انه يجب على المستأنف أن يقوم بالتبليغ الرسمي لعريضة الاستئناف إلى المستأنف عليه طبقاً للأوضاع المنصوص عليها في المواد 404 إلى 416 من ق إ م إ، وإحضار نسخة من محضر التبليغ الرسمي، والوثائق المدعمة للطعن بالاستئناف في أول جلسة[3].

وتترتب قابلية الطعن من حيث الشكل عن هذا التبليغ الذي يجب إثباته في أول جلسة بمحضر التبليغ الرسمي، أو بما يثبت الإجراءات القانونية الأخرى المستعملة من أجله، برفقة الوثائق المدعمة للاستئناف، غير أنه إذا لم يقم المستأنف بالتبليغ يمكن منحه أجلاً إضافياً لتمكينه من استيفائه، بعد هذا الأجل إذا لم يثبت المستأنف قيامه بالتبليغ الرسمي دون عذر مقبول يؤمر بشطب القضية بأمر غير قابل للاستئناف، وهو ما يتماشى مع المادة 216 من ق إ م إ التي تعتبر هذا الشطب وقفاً للخصومة باعتبار انه يمكن إعادة تسجيلها بالجدول خلال آجال الاستئناف المتبقية[4].

الفرع الثالث: آجال الطعن بالاستئناف

ميعاد الطعن في الأحكام هو الأجل الذي حدده القانون لرفع الطعن ضد الحكم، ومواعيد الطعن جميعها مواعيد سقوط وهي تتعلق بالنظام العام، وهذا الميعاد ضربه المشرع لممارسة حق من الحقوق الإجرائية[5].

---

1. عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد، المرجع السابق، ص 217- 220.
2. عبد السلام ذيب، المرجع السابق، ص406.
3. عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد، المرجع السابق، ص 220.
4. عبد السلام ذيب، المرجع السابق، ص406.
5. نبيل إسماعيل عمر وأحمد خليل وأحمد هندي، المرجع السابق، ص 731.

وحق الشخص في الطعن في الحكم محدد بآجال معينة، والعلة في هذا هي أن منح استمرار حق استعمال الطعن إلى مالا نهاية يجعله سيفاً مسلطاً على المحكوم عليه، ويؤدي إلى تراكم القضايا أمام المحكمة وتأخير إنجازها ويؤدي إلى عدم استقرار المعاملات والمراكز القانونية، لذا حدد المشرع أجالاً للطعن وجعلها من النظام العام لا يجوز زيادتها أو نقصانها، وهو ما أكدته المادة 1/322 من ق إ م إ بنصها: " كل الآجال المقررة في هذا القانون من أجل ممارسة حق، أو من أجل حق الطعن، يترتب على عدم مراعاتها سقوط الحق، أو سقوط ممارسة حق الطعن باستثناء حالة القوة القاهرة أو وقوع أحداث من شأنها التأثير في السير العادي لمرفق العدالة."[1]، ومواعيد الطعن هي الآجال التي بانقضائها يسقط الحق في الطعن في الحكم[2].

ولقد حددت مختلف التشريعات ومنها التشريع الجزائري النقطة الزمنية التي يبدأ من خلالها ميعاد اتخاذ إجراء قضائي ما والنقطة التي ينتهي عندها، وعلى هذا فإن المواعيد تختلف من إجراء إلى أخر، فعلى مستوى طرق الطعن مثلاً والتي تندرج تحت عنوان واحد وهو " ميعاد الطعن"، يختلف الميعاد من طريق إلى أخر، فإذا كان القانون لا يقيد الطعن بأسباب معينة قلل ميعاده، كما هو الشأن في الاستئناف والمعارضة، أما في حال تقييده فإنه يفسح في الميعاد حتى يوفر فرصة للطاعن في دراسته للحكم، كما هو الحال في النقض، وعلى اختلاف مدة كل إجراء أو طريق فإن القاعدة التي تحكم بداية الطعن في التشريع الجزائري واحدة، وهي نص المادة 313 من ق إ م إ، والتي مفادها أنه: "... يبدأ سريان أجل الطعن ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم..."، فمهلة الطعن تبدأ من اليوم الثاني للتبليغ الرسمي للحكم، باعتباره الإجراء الذي يعتبر مجرياً للميعاد[3].

---

1. فضيل العيش، المرجع السابق، ص 161.
2. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، المرجع السابق، ط6، ص848.
3. روابح إلهام شهرزاد، المواعيد الإجرائية بين حماية الحقوق وإهدارها وموقف الشريعة الإسلامية منها (ميعاد الطعن مثلاً)، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة البليدة 2، مجلد 02 ع 02، س 2012، ص 39.

وحدد المشرع أجل الاستئناف بشهر واحد يسري من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم[1]، إلى الشخص ذاته ويمدد أجل الاستئناف إلى شهرين إذا تم التبليغ الرسمي في موطن المعني المختار، ولا يسري أجل الاستئناف في الأحكام الغيابية إلا بعد انقضاء أجل المعارضة[2].

أما عن كيفية حساب المواعيد الإجرائية فإن القاعدة العامة التي تحكمها في تشريعنا الجزائري هي نص المادة 405 من ق إ م إ والتي ورد فيها انه:" تحسب كل الآجال المنصوص عليها في هذا القانون كاملة[3]، ولا يحسب يوم التبليغ الرسمي ويوم انقضاء الأجل. ..."[4].

وتحسب آجال الطعن في الإجراءات المدنية ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم بواسطة المحضر القضائي، وبالنسبة لآجال الاستئناف فإننا نفرق بين ثلاث حالات واردة في المادة 336 من ق إ م إ وهي:[5]

أ- إذا تم تبليغ الحكم للمعني بالأمر شخصياً، فإن أجل الاستئناف يكون شهراً واحد يسري من تاريخ التبليغ مع مراعاة الأحكام الواردة في المادة 405 من ق إ م إ.

---

1. مهلة الشهر كأصل عام إلا أنه قد يضع المشرع مهل خاصة في بعض الدعاوى نظراً لطبيعتها؛ " تستأنف الأحكام المتعلقة بالتسوية القضائية أو الإفلاس خلال 10 أيام من التبليغ، ويفصل في الاستئناف خلال ثلاثة أشهر المادة 234 من القانون التجاري.". أنظر: عبد الله مسعود، المواعيد القانونية المدنية والجزائية، دون ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 236.
2. يوسف دلاندة، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 171.
3. قرار رقم 74451 مؤرخ في 1991/06/18 غرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا، م ق 1993، ع 03، ص 83 " لكن وحيث أن المواعيد القانونية تحسب كاملة وفق ما تنص عليه المادة 463 من قانون الإجراءات المدنية فلا يحسب اليوم الأول للتبليغ كما لا يحسب اليوم الأخير وبذلك فإن الطعن يكون قد سجل في موعده القانوني هذا فضلاً عن أن الطاعن أثبت أن إرساله لعريضة الطعن ثم يوم 1989/04/11 حسب وصل البريد".
. قرار رقم 654530 مؤرخ في 2011/03/17 الغرفة المدنية للمحكمة العليا، غير منشور، " وتبعاً لذلك فإن التبليغ قد وقع يوم 2008/08/24 ومن ثم يبدأ حساب ميعاد 15 يوماً (استئناف أمر استعجالي) انطلاقاً من يوم 2008/12/15 ويكون آخر يوم من الميعاد هو 2009/01/08 فلا يحسب، ويحسب اليوم الموالي له وهو 2009/01/09 وهو يوم الجمعة فيمتد إلى أول يوم عمل وهو يوم 2009/01/10 وبذلك يكون الطعن بالاستئناف = قد وضع ضمن الأجل القانوني مما يتعين معه التصريح برفض هذا الوجه.". مشار إليه لدى: حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص ص 476- 477.
4. روابح إلهام شهرزاد، المرجع السابق، ص 40.
5. مسعودي محمد لمين، المرجع السابق، ص 34.

ب- إذا تم التبليغ في الموطن الحقيقي أو المختار، أي أن يتم تبليغ الحكم إلى أحد أفراد عائلة المعني بالأمر والذين يقيمون معه في نفس المسكن أو في الموطن المختار، فهنا يكون أجل الاستئناف شهرين كاملين يبدأ حسابهما من تاريخ التبليغ مع مراعاة المادة 405 من ق إ م إ.

ت- إذا كان المبلغ مقيماً في الخارج فهنا تمدد آجال الاستئناف لمدة شهرين سواء تم التبليغ إلى المعني شخصياً أو في موطنه الحقيقي أو المختار (المادة 404 ق إ م إ)، وطريق التبليغ تكون حسب ما ورد في اتفاقيات التعاون القضائي إن وجدت، وان لم توجد فالتبليغ يكون عن طريق الهيئات الدبلوماسية.

مع مراعاة الحالات الخاصة في حساب الآجال المنصوص عليها في المواد 316 إلى 321 من ق إ م إ المتعلقة بتوقيف مواعيد الطعن[1]:

- في حالة الحكم على الخصوم بالتضامن أو في نزاع غير قابل للتجزئة، فإن أجل الطعن لا يسري إلا على من تم تبليغه رسمياً، عندما يكون الحكم لصالح عدة أطراف متضامنين أو معنيين بالتزام غير قابل للتجزئة، جاز لكل منهم التمسك بالتبليغ الرسمي الذي قام به أحدهم المادة 316 من ق إ م إ.

- لا يسري الأجل على شخص موضوع تحت نظام الولاية، إلا من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم، إلى وليه أو وصيه أو المقدم عليه، وفي حالة وجود تضارب بين مصلحته ومصلحة أحدهم، يتم التبليغ الرسمي إلى المتصرف الخاص، المادة 317 من ق إ م إ.

- في حالة وقوع تغيير في أهلية المحكوم ضده، لا يسري الأجل، إلا بعد تبليغ رسمي جديد إلى الشخص الذي أصبحت له الصفة لاستلامه المادة 318 من ق إ م إ.

- في حالة وفاة المحكوم عليه، لا يستأنف سريان الأجل إلا بعد التبليغ الرسمي للورثة، ويكون التبليغ الرسمي صحيحاً إذا تم في مسكن المتوفى، ويكون التبليغ الرسمي صحيحاً إذا سلم للورثة جملة ودون تحديد أسمائهم وصفاتهم (المادة 319 ق إ م إ)، وفي حالة وفاة الخصم الذي قام بالتبليغ الرسمي للحكم، يبلغ الطعن إلى الورثة في مسكن المتوفى طبقاً للمادة 319أعلاه، غير أنه لا يمكن للخصم المطالبة بالحكم ضد الورثة، إلا إذا أدخلواْ في الخصام[2]، (المادة 320 ق إ م إ).

---

1. فضيل العيش، المرجع السابق، ص 161- 162.

2. نلاحظ أن المشرع الجزائري في المادة 2/320 من ق إ م إ، خالف القواعد العامة من حيث طلب إدخال الورثة الذين يعتبرون من الخلف العام وليسوا من الغير كما سبق وقدمنا في الطاعن بالاستئناف: "وبناءً على ذلك وبما أن الوارث

وبالنسبة للأوامر الاستعجالية نظراً لطابع الاستعجال في هذه القضايا، فإن آجال الاستئناف تخفض إلى 15 يوماً من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم (المادة 3/304 ق إ م إ)[1].

وتطبق القواعد العامة في حساب الآجال المنصوص عليها في المادة 405من ق إ م إ، فتحسب كل الآجال المنصوص عليها في هذا القانون كاملة، ولا يحسب يوم التبليغ الرسمي ويوم انقضاء الأجل، ويعتد بأيام العطل الداخلة ضمن هذه الآجال عند حسابها، وتعتبر أيام عطلة، بمفهوم هذا القانون، أيام الأعياد الرسمية وأيام الراحة الأسبوعية طبقاً للنصوص الجاري بها العمل، وإذا كان اليوم الأخير من الأجل ليس يوم عمل كلياً أو جزئياً، يمدد الأجل إلى أول يوم عمل موالي[2].

وإذا كان الحكم المبلغ غيابياً فإن آجال الاستئناف لا تبدأ إلا بعد انقضاء أجال المعارضة في حالة عدم ممارستها (المادة 336 ق إ م إ)، وتجدر الإشارة أن الآجال تسري على الطرفين سواء طالب التبليغ أو المبلغ له، فإذا انقضت الآجال فلا يمكن لأي أحد منهما الاستئناف[3].

يعتبر من الخلف العام فيجوز له، بعد وفاة مورثه، أن يطعن في الحكم الصادر على هذا المورث، باعتباره من خلفائه، وإذا رفع الطعن بالإستئناف باسم المحكوم عليه المتوفى كان غير مقبول، وجواز رفع الطعن بالإستئناف من جانب الورثة باعتبارهم من الخلف العام للمحكوم عليه المتوفى مشروط بأن تحدث الوفاة للسلف بعد صدور الحكم المراد الطعن فيه بالاستئناف، والعلة في ذلك ترجع إلى أنه لو رفعت الدعوى على السلف وقبل صدور الحكم حدثت الوفاة فإن الخصومة تنقطع، وبالتالي يعد كل إجراء أو حكم يتم فيها بعد الإنقطاع باطلاً، وللخلف العام أن يتمسك بهذا البطلان سواء في صورة دفعأو طلب أو طعن بحسب الإجراء المراد التمسك بإبطاله"، أنظر فيما سبق ص 59.

1. مسعودي محمد لمين، المرجع السابق، ص 35.
2. فضيل العيش، المرجع السابق، ص 162.
3. مسعودي محمد لمين، المرجع السابق، ص 35.

الفصل الثاني

قاعدة استنفاذ ولاية القاضي وعلاقتها بمبدأ التقاضي على درجتين

الفصل الثاني

قاعدة استنفاذ ولاية القاضي وعلاقتها بمبدأ التقاضي على درجتين

لم تُعرّف التشريعات قاعدة استنفاذ الولاية، ومع ذلك فهي تصنفها ضمن طائفة الدفوع المتاحة أمام الخصوم، والتي ترمي إلى منع القاضي من نظر البعض من الطلبات، أو الالتفاف إلى بعض الدفوع المثارة أمامه لعلة وحيدة وهي سبق إبداء رأيه بشأنها بأن أبان عن وجهة نظره في المسألة داخل الخصومة نفسها، وإن كانت التشريعات الإجرائية ومن بينها التشريع الجزائري، لا تعير أي حيز فيها لتعريف هذه القاعدة مكتفيةً بذكرها بشكل غاية في الاحتشام[1]، ولم تأتي حتى على ذكرها من الأساس، فإن الأمر غير ذلك بالنسبة لأراء كل من الفقه والقضاء، التي وإن كانت هي الأخرى قد تناولتها – ولو باحتشام– إلا أنها خصتها ببعض التعريفات التي تم إعمالها من طرف القضاء، الذي لا يتوانى في استعمال هذه القاعدة بمناسبة الفصل في ما هو معروض عليه من خصومات، متى كان هناك محلا لذلك لاسيما في الباب المتعلق بقوة وحجية الأحكام على وجه التخصيص[2].

وخروج النزاع من ولاية المحكمة بمجرد النطق بالحكم، أو ما يعبر عنه باستنفاد الولاية، يعتبر أثراً من آثار النطق بالأحكام يترتب من وقت النطق بالحكم، فالمسألة التي فصلت فيها المحكمة بحكم قطعي لا يمكن أن تعود إليها، وذلك حتى تضع حداً للمناقشة التي يمكن أن تثور أثناء الإجراءات في مسائل سبق حسمها، وإلا استحال على القضاء انجاز وظيفته، لذلك فإن استنفاد الولاية يتعلق بالنظام العام[3]، وتظل هذه المحكمة محتفظة بولايتها الكاملة على النزاع ما لم تنطق بالحكم الحاسم له، فإذا نطقت به فإنها تفقد ولايتها الأصلية بمجرد حسمها للنزاع وتستنفذ ولايتها وان ظلت محتفظة بولايتها التكميلية بتصحيح ما شاب الحكم من خطأ مادي، أو بتفسير ما ورد به من غموض أو إبهام، كما أنها تظل محتفظة بسلطتها التبعية إلى أن يطعن على الحكم بالاستئناف[4].

---

1. لم يتعرض المشرع الجزائري إلى قاعدة استنفاذ الولاية إلا في مناسبة وحيدة في المادة 297 من ق إ م إ التي جاء فيها "يتخلى القاضي عن النزاع الذي فصل فيه بمجرد النطق بالحكم" وهي المادة التي لم تضع تعريفاً للقاعدة بقدر ما وضحت الأثر المترتب على استنفاذ القاضي لولايته.
2. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص 59– 60.
3. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 43– 44.
4. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص ص 68– 71.

وفي هذا الصدد يرى الفقيه وجدي راغب " أن استنفاذ الولاية أو السلطة هي نتيجة للصفة القطعية في الحكم، وهي صفة في الحكم ذاته كعمل قانوني داخل الإجراءات التي صدر فيها"، ويرى الفقيه احمد ماهر زغلول " أنها قاعدة يؤدي إعمالها إلى ترتيب حصانة للإحكام القطعية تحول دون المساس بها وتغلق باب المناقشة حول المسائل التي قضت فيها داخل إجراءات الخصومة التي صدرت فيها"، أي أن قاعدة استنفاذ الولاية تضمن فاعلية ملزمة للحكم داخل الخصومة نفسها، والملاحظ هنا أن، قاعدة استنفاذ ولاية القاضي تقترب إلى حد كبير من قاعدة حجية الأحكام المعروفة بشكل واسع في عالم القانون، باعتبار أن الأمر يتعلق بالفاعلية الملزمة للحكم في الحالتين[1].

فمن آثار الحكم استنفاذ القاضي لولايته بالفصل في موضوع الدعوى التي كانت معروضة عليه، فلا يمكنه أن يفصل في النزاع بطريقة غير مؤكدة أو احتمالية أو افتراضية حتى يمكنه من العودة للنزاع وفحصه من جديد، سواءً من تلقاء نفسه أو بناءً على اتفاق الخصوم، وإعمال عدم التأكيد، وعدم الافتراضية يجد أساسه ومبناه في قاعدة استنفاذ الولاية[2].

معنى ذلك أن قاعدة الاستنفاذ يؤدي إعمالها إلى ترتيب حصانة للإحكام القطعية تحول دون المساس بها، وتغلق باب المناقشة حول المسائل التي قضت فيها داخل إجراءات الخصومة التي صدرت فيها، فالمسألة التي حسمتها المحكمة بحكم قطعي تخرج تماماً عن سلطتها بمجرد النطق بهذا الحكم، فليس لها أن تمس الحكم الذي أصدرته فيها من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم أو حتى اتفاقهم، فاستنفاذ الولاية من النظام العام، لأن قواعد الولاية تتعلق بالنظام العام[3].

وبغض النظر عن موقفي الفقه والقضاء من قاعدة استنفاذ الولاية، وما تم إيراده بشأنها من تعريفات متقاربة إلى حد كبير، فإنه ومن جهتنا يمكن تعريف القاعدة من زاوية ولاية القاضي نفسها بوجه عام من جهة أولى واعتبارات الأخذ بها، ثم كيفية استنفاذ هذه الولاية من جهة ثانية، وصولاً إلى الآثار المترتبة على استنفاذ القاضي لولايته[4].

---

1. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص 60- 61.
2. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق، حاشية ص 69.
3. أحمد هندى، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص544.
4. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص61.

المبحث الأول

المقصود بقاعدة استنفاذ الولاية وتمييزها عن قاعدة حجية الشيء المقضي فيه

لضمان تحقيق الخصومة لهدفها في منح الحماية على وجه منظم دون تأخير، من المقرر أنه إذا فصلت المحكمة في مسألة من المسائل المعروضة عنها انقضت سلطتها بشأنها وبالتالي خرجت هذه المسالة عن ولايتها، فبمجرد صدور الحكم[1] تستنفذ المحكمة سلطتها إزاء النقطة التي فصلت فيها فلا تملك الرجوع في الحكم أو تعديله ولو تبين لها عدم صحة ما قضت به، ويترتب هذا الأثر من وقت النطق بالحكم، أما قبل ذلك فيعتبر الحكم مجرد مشروع يصح تعديله وتغييره، فإذا نطق به أصبح ملكاً للخصوم وانقضت كل سلطة للقاضي في تناوله بأي تعديل مهما كان طفيفاً[2].

ولا شك أن القاضي مسخر أصلاً لإعطاء حل قانوني للنزاع المعروض عليه من قبل الخصوم، إذا كانت له ولاية قانونية عليه، وهي الولاية التي يستمدها من نصوص القانون الذي يسند إليه طائفة من النزاعات، ويعفيه من أخرى بان ينزع منه ولايته عليها كما هو الشأن في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين، والتي يجد نفسه مضطراً للقضاء بألا ولاية له على مثل هذه المنازعات رغم أنها تشكل نزاعاً بالمعنى الفني للكلمة، وفي الحالة العكسية ومتى كان القانون يمنح الولاية للقاضي على طائفة معينة من المنازعات فإنه ومتى رفع له نزاع من هذا القبيل باتت له الولاية الكاملة عليه، ونقصد بالولاية هنا الولاية التي تنعقد للقاضي خارج الخصومة أو داخلها، فالقاضي متى شغل سلطة القضاء باتت له الولاية العامة على كل ما يدخل في اختصاص السلطة القضائية بوجه عام، والتي يعهد إليها المؤسس الدستوري اختصاص الفصل في كل ما يثار من منازعات سواءً الخاضعة للقانون الخاص، أو تلك الخاضعة للقانون العام وسواء أكان أطرافها أشخاص طبيعية أو معنوية خاصة أو أشخاص معنوية عامة، وهي الولاية التي تنعقد للقاضي متى بقيت له صفته كقاضي وتزول بزوالها، كما قد تزول بسبق ممارسة هذه

---

1. "والحكم لا يعتبر قد صدر بمجرد انقضاء المداولة فيه، كما لا يصير حقاً للخصم الذي سيصدر لمصلحته، ومن ثم يجوز لكل قاضي إلى ما قبل النطق بالحكم أن يعدل عن رأيه، ويطلب إعادة المداولة، على عكس النطق بالحكم، يصبح قائماً موجوداً، ويصير حقاً للمحكوم له من هذه اللحظة، ويستنفذ القاضي سلطته من هذا التاريخ". أنظر: على أبو عطية هيكل، المرجع السابق، حاشية ص 68.
2. أحمد هندى، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص543.

الولاية في إطار نزاع سبق رفعه إليه، باعتبار أن نطاق الولاية يضيق بالقدر الذي سبق وأن مورست فيه متى توافرت شروط وحدة الأطراف والمحل والسبب التي يتطلبها القانون[1].

المطلب الأول

المقصود بولاية القاضي داخل الخصومة

إذا ما أصدرت المحكمة حكمها في الموضوع فإنها قد أدت وظيفتها الأساسية واستنفذت ولايتها، فلا يجوز لها أن تعيد النظر مرة أخرى في النزاع ذاته[2]،ولا يقوم الاستنفاذ على أساس من عدم الولاية أو عدم الاختصاص، لأن المحكمة التي أصدرت الحكم كان لها ولاية القضاء، وما زالت لها تلك الولاية في غير المسالة التي فصلت فيها[3].

وإذا كانت ولاية القاضي بوجه عام ترتبط بوظيفته كممارس حصري للسلطة القضائية والتي تنعقد للقاضي ولو لم يتم رفع أية خصومة أمامه، فإن ولاية القاضي داخل الخصومة وإن كانت تندرج هي الأخرى ضمن ولايته العامة إلا أنها تتميز عنها بضيق نطاقها المحدود ما بين قيد عريضة افتتاح الدعوى وصدور الحكم القطعي فيها، وبين الأول والثاني يتم إعمال ولاية القاضي داخل الخصومة، إذ بمجرد انعقاد الخصومة تترتب على القاضي التزامات ناشئة في الأصل عن اختصاصه كممارس حصري لسلطة القضاء، وهي الممارسة التي تظهر من خلال تسييره للخصومة، بدءاً بالتحقق من انعقادها والتحقيق فيها بدراسة النزاع والتحقيق فيه والفصل في كل ما أثير في شأنه من طلبات ودفوع إعطاء الحل القانوني الذي يراه قانونياً للنزاع، وهي مسألة تتشعب من قضية إلى أخرى، وقد تتطلب إصدار القاضي لأحكام داخل الخصومة دون أن تمس موضوعها بأن يقطع في نقاط قانونية أثيرت أمامه سواء تلقائياً أو بطلب أو دفع من الخصوم، هذه الولاية التي كما تكون لها بداية سوف تكون لها نهاية داخل الخصومة نفسها، فهي ولاية تبدأ مكتملة تم تستنفذ في منحى تنازلي بالقدر الذي أعمل فيه القاضي ولايته على المسائل التي قطع فيها[4].

---

1. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص 61- 62.
2. أحمد سمير محمد الصوفي، المرجع السابق، ص 271.
3. أحمد هندى، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص543.
4. " القضاء القطعي هو ذلك الذي يضع حداً للنزاع في جملته أو في جزء منه أو في مسألة عنه بفصل حاسم لا رجعة فيه من جانب المحكمة التي أصدرته "، أنظر: أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، حاشية ص 49.

إذ وكلما أفتى في شأن نقطة قانونية ما، يكون قد حجب عن نفسه مكنة إعادة الإفتاء بشأنها من جديد لاستنفاذه لرايه فيها[1]، فإذا أصدرت المحكمة مثلاً حكماً باختصاصها بنظر الدعوى فلا يجوز لها أن تحكم بعد ذلك بعدم اختصاصها، وإذا قضت بعدم جواز إثبات واقعة بشهادة الشهود لعدم جواز ذلك وفقاً لقواعد قانون الإثبات فلا يجوز لها العدول عن هذا القضاء فيما بعد[2].

وولاية القاضي حسب هذا المفهوم ليست من صلاحياته بقدر ما هي من اختصاصاته، التي ليس له الخيار في إعمالها باعتبار أنها من صميم التزاماته متى رفع إليه النزاع[3]، ويترتب عن إهمال إعمالها مخالفته للدستور والقانون طالما أن امتناعه عن إعمالها سوف يؤدي بالضرورة إلى التقليص من هامش الحماية القضائية التي ضمنها الدستور والقانون، فضلاً على ان الاختصاص ألحصري للسلطة القضائية في منح هذه الحماية والتي لا تمنح سوى مرة واحدة يزيد في حجم الضرر، الذي قد يلحق بناشدي هذه الحماية، باعتبار أن لا سبيل لهم للحصول عليها غير سلطة القضاء والتي قد تكون هي الأخرى عاجزة عن منحها متى أساءت استنفاذ ولايتها على النزاع المرفوع إليها بان أغفلت إعمالها في الهامش الزمني الذي كان يجب عليها أن تعملها فيه، طالما أن القاضي ومتى أستنفذ ولايته يكون قد تجرد من صفته كقاضي بالنسبة للمسائل التي سبق وان فصل فيها بان أصبح هو وطرفا الدعوى سواء، إذ ومن هنا تظهر الأهمية القصوى لضرورة الاستنفاذ الكلي لولاية القاضي على كل ما أثير في النزاع من مسائل، كل ذلك تجسيداً لمبدأ التقاضي على درجتين، وكذا تجهيزاً للنزاع بفتح الباب أمام جهة ثاني درجة لإعمال حقها في التصدي، ويراعى في ذلك ضرورة التقيد بآليات استنفاذ الولاية المستمدة أصلاً من المبادئ التي تحكم المحاكمة العادلة بشكل عام، والتي سوف نتطرق إليها أدناه بعد الأخذ باعتبارات الأخذ بقاعدة استنفاذ الولاية[4].

الفرع الأول: مبررات الأخذ بقاعدة استنفاذ الولاية

قدمنا انه بصدور الحكم يمتنع على المحكمة التي أصدرته العدول عما قضت به، كما يمنع عليها تعديله أو إحداث إضافة إليه، إذ بصدوره تستنفذ المحكمة ولايتها بالنسبة للنزاع[5]، وفي الحقيقة أن قاعدة

---

1. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص 62.
2. أحمد هندى، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص544.
3. " ومهما يكن من أمر فإن القاضي ملزم بالبت في الدعاوى المتعهد بها وإلا فإنه يكون مؤاخذاً جزائياً من اجل الامتناع من الحكم". انظر: عبد الله الأحمدي، دور القاضي في تحقيق الدعوى المدنية، ر د، تونس، 1988، ص 236.
4. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص 63.
5. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، المرجع السابق، ط6، ص 793. أنظر أيضاً:

استنفاذ الولاية تفرض نفسها فرضاً على القاضي صاحب هذه الولاية، كما أن اعتماد هذه القاعدة هو من تحصيل حاصل، باعتبار انه مستمد من قاعدة ممارسة الوظيفة القضائية لمرة واحدة والتي تجمع عليها كافة التشريعات، وأكثر من ذلك فإن الأخذ بهذه القاعدة يفرض اعتباران اثنان[1]:

-**أولاً**- حماية القاضي نفسه: فبالنسبة لحماية القاضي نفسه هو ان القاضي وباعتباره ممارساً للسلطة القضائية، لا يقع عليه سوى تمحيص القضية وما احتوته من وقائع وأسانيد، وإنزال حكم القانون على النزاع، مكتفياً بذلك ببذل العناية الكافية التي يجب أن تجد لها أساساً في الحكم، لكن بغير محاسبة له على سداد ما توصل إليه طالما أنه استنفذ ولايته وأعطى كلمته في كل جزئية من جزئيات القضية والتي تكون في الغالب تشد بعضها بعضاً، ويظهر هنا أن استنفاذ ولاية القاضي يعد الدليل الأوحد على إفراغ القاضي لإخطاره، وإكماله لمهمته في الملف المعروض عليه على النحو الذي يقلص من هامش النقد والتثريب المحتمل توجيهه إليه، وبالنتيجة فإن القاضي ومتى أثبت استنفاذه لولايته الكامل على كل ما أثير أمامه من نقاط واقعية كانت أم قانونية، يكون قد حصن نفسه، وحصن السلطة القضائية بوجه عام من أي تثريب أو رمي بالعجز عن إنفاذ حكم القانون على الواقع المعروض عليه، والذي قد يعيبه عليه الشعب المحاسب الوحيد له باعتباره ناطقاً باسمه في قضائه، والذي له أن يحاسبه على ذلك حساباً قد يصل إلى حد عزله كوكيل عنه وينطق باسمه لدى ممارسة سلطة القضاء بإتباع الإجراءات القانونية المعروفة في هذا الخصوص[2].

- **ثانياً**- حماية المتقاضي من عبث القاضي: فإذا كان سمو السلطة القضائية يقتضي إيلاء ممارسيها المكانة اللازمة بافتراض تنزيههم عن كل ما يخل بقداسة ما هو مسند إليهم من مهام، فإن ذلك لا يعني إطلاق سلطتهم في التعامل مع المتقاضين، باعتبار أن القاضي وإن كان محمياً من كل أشكال الضغوط إلا أنه غير محمي من الضغوط التي يفرضها عليه القانون الذي يرسم له الإطار الذي يمارس فيه سلطته القضائية، ومتى حاد عن ذلك على والوجه الذي يمس بحقوق المتقاضي يتدخل القانون لحماية

. E.GLASSON, Albert TISSIER et René MOREL, traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile, T3, 3e éd, LIBRAIRI DU RECUEIL SIREY, paris, 1929,p 83.

1. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص63- 66.

2. " أما المادة 87 من القانون عضوي 04-11 فربطت التسريح بعجز مهني للقاضي؛ أي عدم كفاءته وعدم درايته البينة بالقانون، فانعدام الكفاءة والدراية بأصول مهنة القضاء قد تعرّض صاحبها للتسريح، لكن شرط ألا يرتكب القاضي خطأ مهنياً يبررّ متابعته تأديبياً بسبب ذلك العجز"، أنظر: عبد القادر خضير، المجلس الأعلى للقضاء النظام التأديبي للقاضي الجزائري، ط 2، دار هومة، الجزائر 2019، ص 230.

هذا الأخير، وهي الحماية التي تجد لها هي الأخرى أساساً دستورياً يماثل في درجة قوته الحماية المكرسة للقاضي نفسه، فإذا كانت حماية القاضي من كل أشكال الضغوط يستمدها من الدستور، الذي ومن جهة حظر فرض أي التزام على القاضي إلا بموجب نص قانوني بنصه في مادته 165 على أنه " لا يخضع القاضي إلا للقانون" وأضاف في المادة 166 منه على أن " القاضي محمي من كل أشكال الضغوط والتدخلات والمناورات التي قد تضر بأداء مهمته، أو تمس نزاهة حكمه..."، ومن جهة أخرى فإن المتقاضي يستمد حمايته من تعسف القاضي من المادة 168من نفس الدستور التي تنص على انه " يحمي القانون المتقاضي من أي تعسف أو أي انحراف يصدر من القاضي"، ولعل من مظاهر الانحراف والتعسف والمساس بحقوق المتقاضي، ما قد يظهر من لا استقرار في موقف القاضي داخل الخصومة نفسها، إذ ومتى أفتى في نقطة قانونية ترك ذلك اطمئنانا لدى الطرف الذي يرى في ذلك تقوية لموقفه وإضعاف لموقف خصمه، فإذا سبق للقاضي مثلاً وأن رد على دفع المدعى عليه الرامي إلى بطلان إجراءات رفع الدعوى باستبعاد هذا الدفع لعدم وجاهته، وأصدر حكماً قبل الفصل في الموضوع بتعيين خبير، فليس له بعد رجوع الدعوى أن يراجع نفسه في ما سبق له وأن قضى به بخصوص سلامة إجراءات رفع الدعوى والقضاء ببطلان الإجراءات، حتى ولو ثبت له وجاهة ما تمسك به المدعى عليه من دفع – لأنه وبقضائه على هذا النحو يكون قد نصب نفسه جهة طعن في أحكامه، فضلاً على أنه مس بالاطمئنان الذي سبق وأن خلقه لدى المتقاضي، مما يشكل عبثاً بهذا الأخير من قبل القاضي الذي ليس له أن يقرر الشيء وضده داخل نفس الخصومة، احتراماً لقاعدة استنفاذ الولاية التي تقف حائلاً دون مراجعته لنفسه في ما سبق وأن قضى به تحت طائلة تجاوزه لسلطته، كل ذلك حمايةً للمتقاضي من أي عبث به من القاضي في الحالة التي يعمد فيها إلى تنصيب نفسه جهة طعن في قراراته داخل نفس الخصومة.

الفرع الثاني: آليات استنفاذ القاضي لولايته

ويستنفذ القاضي ولايته طالما أصدر حكماً قطعياً[1]، فالأمر لا يقتصر على الأحكام التي تنتهي بها الخصومة أمام المحكمة فحسب، وإنما يشمل أيضاً سائر الأحكام القطعية التي تصدر أثناء سير

1. " لم يعرف القانون الحكم القطعي والحكم الوقتي، ويكاد يجمع الشراح المعاصرون على تعريف الحكم القطعي بأنه: الحكم الذي يحسم النزاع في موضوع الدعوى أو في أحد أجزائه أو في مسألة متفرعة عنه، سواءً تعلقت هذه المسالة بالقانون أو بالواقع." جارسونيه 3 ص 284، وجلاسون ص 296، والعشماوي ج2 ص 460 ومحمد حامد فهمي ص 618، نقلاً عن: أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، المرجع السابق، ط6، ص495.

الدعوى[1]، فطالما أن القاضي فصل بصفة حاسمة في مسألة معينة فإنه يستنفذ سلطته عليها إذ يصدر حكمه بدون نية العودة إليها، وليس له أن يحتفظ بحق الرجوع لتعديل الحكم إذا اقتضت الظروف ذلك، فجميع الأحكام القطعية، موضوعية كانت أو فرعية، لا يجوز العدول عنها من ذات المحكمة التي أصدرتها ولو كانت باطلة أو مبنية على إجراء باطل[2].

فمبدأ التقاضي على درجتين يقتضي أن يكون الموضوع قد فصل فيه من محكمة الدرجة الأولى المختصة، وليس من أي محكمة، هذا هو الوضع حيث تحسم المحكمة موضوع النزاع بأكمله، أما حيث تحسم المحكمة جزءاً من الموضوع بحكم فرعي قطعي، فإنها تستنفذ ولايتها بصدد هذا الجزء، أو هذه المسألة، ولا يمكن لها أن تعيد النظر فيها مرة أخرى، فسلطة القاضي تنفذ بالنسبة لكل مسألة يفصل فيها داخل الخصومة بحكم قطعي، فإذا قضت المحكمة باختصاصها بنظر الدعوى فلا تملك بعد ذلك العدول عن هذا القضاء[3].

وكما سبق وأن قدمنا فإن استنفاذ القاضي لولايته داخل الخصومة ليست من صلاحياته بقدر ما هي من اختصاصاته، وبالنتيجة فمسألة الاستنفاذ الكلي لولاية القاضي داخل الخصومة لا تخضع لمحض تقديره هو، وكل انتقاص منها يعد انتقاصاً من الحماية القضائية التي ينشدها المتقاضي، وبناءً على ذلك يظهر أن الاستنفاذ الكلي لولاية القاضي داخل الخصومة هو حق لأطرافها، والتزام على

---

1. " كأمثلة عن قاعدة استنفاذ الولاية نشير أنه قد يقطع القاضي برأي داخل الخصومة بأن يتبنى موقف أحد الخصوم، كأن يرد على دفع المدعى عليه بعدم اختصاص المحكمة أو بانعدام صفة المدعي، ثم يصدر حكماً بإجراء تحقيق بسماع شهود لإثبات واقعة أو تصرف قانوني سبق وان تنازع الخصوم داخل نفس الخصومة في جواز إثباتها بالشهادة أو تأثير ثبوتها على إثبات الحق المطالب به، والقاضي في هذه الحالة يكون قد أنهى الخصومة لكن في النقطة التي اختصم فيها الطرفان، ففي مثل هذه الأحوال يكون القاضي قد استنفذ ولايته في المسائل التي قطع فيها بعد أن تنازع في شأنها الخصوم، ويترتب على ذلك أنه لا يسوغ للخصوم التمسك أمام نفس القاضي عند رجوع =الدعوى بعد التحقيق بنفس الدفوع التي سبق لهم إثارتها أمامه، لسبب بسيط وهو أنه ومتى استنفذ ولايته في نقطة قانونية يكون قد فَقَد اختصاصه في إعادة مراجعة نفسه من جديد، إذ وحتى في حالة ما إذا تيقن القاضي من عدم سداد ما سبق وأن قطع فيه برأي في نفس الخصومة، فإنه يمتنع عليه تصحيح ما قضى به طالما أنه لا يمكن له أن ينصب نفسه جهة طعن في قراراته، وفي هذه الحالة يتوجب الرد على تمسك الخصم بنفس ما سبق وأن قطع فيه من نقاط قانونية بالتصريح بعدم الاختصاص في نظر في هذا الدفع والذي ينعقد الاختصاص لنظره لجهة ثاني درجة، فالدفع باستنفاذ الولاية إذن هو في الواقع دفع بعدم اختصاص القاضي وهو دفع من النظام العام لتعلقه بمبدأ التقاضي على درجتين"، أنظر: معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص 72- 73.
2. أحمد هندى، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص544.
3. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 48.

القاضي الذي يتعين عليه أن يبين في حكمه آليات استنفاذه الكلي لولايته بالشكل الذي لا يخل فيه بحقوق أي من أطراف الخصومة، ويمهد لإشباع حاجتهم في تكريس درجات التقاضي ولن يكون ذلك إلا بإتباع الآليات التالية والتي تشكل آليات لا بد منها في مجال صناعة الأحكام بوجه عام[1]:

أولاً: الرد على الدفوع الشكلية وبعدم القبول حسب الترتيب

الحكم الصادر في الدفع الإجرائي حكم قطعي، تستنفذ به المحكمة ولايتها بالنسبة لهذه المسألة، فلا يجوز لها الحكم فيها من جديد، كما لا يجوز للمحكمة العدول عنه أو الرجوع فيه ولو تبين لها أنها خالفت القانون أو أخطأت في تطبيقه[2]، كما لا يجوز لها العدول عنه ولو تبيين لها أنه باطل أو مبني على إجراء باطل، لأنه في كافة الحالات المتقدمة تطرح المسألة الإجرائية على القاضي لكي يقطع فيها برأي، فهو يبحث عما إذا كانت هناك مخالفة ما لقاعدة إجرائية أو ما إذا كان هناك عائق إجرائي يحول دون السير في الخصومة أو يؤدي إلى زوالها[3].

ولا تخلو أية خصومة في الغالب من دفوع يثيرها أطراف الخصومة كوسيلة لمنع إجابة خصومهم عن طلباتهم، والتي قد تتعدد ما بين دفوع شكلية وبعدم القبول، ويقع على القاضي في هكذا أحوال أن يجيب على الدفوع المثارة قبولاً أو رفضاً بإتباع الترتيب المعروف، بدءاً بالنظر في الدفوع المثارة حول اختصاصه الوظيفي النوعي أو الإقليمي، باعتبار أن أول ما ينظر فيه القاضي هو اختصاصه ومدى انعقاد ولايته على النزاع، مروراً بالدفوع الشكلية الأخرى المتعلقة بإجراءات الخصومة، والتي يتعين أن يجيب عليها واحداً واحداً، وصولاً إلى الرد على ما قد يثار من دفوع بعدم القبول على النحو الوارد في المادة 67 من ق إ م إ، إذ ومتى تضمن الحكم القضائي إجابات للخصوم على كل ما أثاروه من دفوع

---

1. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص 66.
2. " وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه لما كان من المقرر في قضاء محكمة النفض المصرية بأنه لما كان المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه بصدور الحكم يمتنع على المحكمة التي أصدرته العدول عما قضت به وتسري هذه القاعدة بالنسبة لسائر الأحكام موضوعية كانت أو فرعية أنهت الخصومة أو لم تنهيها ويستوي أن يكون حكمها صحيحاً أو باطلاً أو مبنياً على إجراء باطل إذ القاضي لا يسلط على قضائه ولا يملك تعديله أو إلغاءه لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بتاريخ 1996/02/07 ببطلان صحيفتي الاستئنافين رغم أن المحكمة بهيئة سابقة كانت قد قضت بتاريخ 1992/06/08 بقبول الاستئنافين شكلاً وهو قضاء قطعي في هذا الشق استنفذت به المحكمة ولايتها ولا تملك العدول عنه ويمنعها من معاودة البحث في شكل الاستئناف فإن الحكم المطعون فيه يكون قد خالف القانون بما يوجب نقضه" نقض 1997/03/24 الطعن رقم 3705 س66 ق، نقلاً عن: الأنصاري حسن النيداني، المرجع السابق، حاشية ص 66.
3. المرجع نفسه، ص 65- 66.

– وبغض النظر عن مطابقتها للقانون – يكون القاضي قد تخلص من الالتزام القانوني المتمثل في استنفاذ ولايته الكاملة على النزاع، في جانبه المتعلق بتتبع كل ما أثير داخل الخصومة من مسائل على الوجه الذي ينهي هذه الولاية، ويحول دون إمكانية إعادة عرض ما تم الفصل فيه من دفوع على نفس القاضي بمفهوم المادة 296 من ق إ م إ[1].

ثانياً: الرد على الدفوع والطلبات الموضوعية والطلبات المتعلقة بالتحقيق

نزولاً عند مقتضيات قاعدة استنفاذ الولاية فإنه يقع على القاضي بعد إجابة الخصوم على كل ما أثاروه من دفوع ترمي إلى منع مضيه في نظر الموضوع، أن ينتقل إلى المرحلة الأهم من الخصومة عبر إعطاء الحل الحاسم للنزاع، وهنا تفرض عليه قاعدة استنفاذ الولاية البدء أولاً بالرد على كل ما أثاره الخصوم من دفوع موضوعية حول نشأة الحق، بقائه، انقضائه، أوصافه أو انتقاله، ثم التحقيق في القضية إن كان هناك محلا لذلك، وفي الحالة العكسية الرد على طلبات الخصوم المتعلقة بالتحقيق بالتسبيب اللازم، وعقب ذلك يعمد إلى إعطاء التكييف القانوني للنزاع الذي يفسح له المجال لتطبيق القواعد القانونية التي يحتكم إليها في إعطاء حل لما هو مطروح عليه من نزاع إلزاماً، تقريراً أو إنشاءً، والواقع أن هذه الأعمال القانونية تعد التزام على القاضي كممارس لسلطة القضاء، كما أنها تعد مقتضى ضروري للتأكد من احترام حقوق الدفاع، وعقب نطقه بالقرار يتجرد من صفته كقاضٍ بالنسبة للمسائل التي فصل فيها في نفس النزاع بين الخصوم أنفسهم، ومرد ذلك أنه ليس فقط استنفذ ولايته في المسائل المثارة، وإنما وأكثر من ذلك فإن القاضي ومتى فصل في الموضوع بحكم قطعي ترتبت عن ذلك حقيقة قضائية تلزم القاضي والخصوم أنفسهم، وليس لأي منهم المنازعة فيها أمام نفس القاضي احتراماً لقاعدة حجية الشيء المقضي فيه التي تتشابه في بعض أثارها مع قاعدة استنفاذ الولاية مع بعض الاختلافات كما سنبينه أدناه[2].

المطلب الثاني

التمييز بين قاعدة استنفاذ الولاية وحجية الشيء المقضي فيه

من الناحية العملية، تظهر أهمية التفرقة بين فكرتي الحجية واستنفاذ الولاية، في الحالات التي يعود فيها الخصم إلى القاضي ليطلب منه تعديل حكمه بإضافة طلب جديد إليه، كالزوجة التي حصلت

1. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص 67.
2. معزوزي علاوة، المرجع نفسه، ص 67– 68.

على حكم تطليق وتطلب من القاضي تعديل حكمه بتقرير نفقة لها، فإذا حكم لها القاضي بذلك فإنه لا يخل بحجية الأمر المقضي للحكم إذ أن حجية الحكم لا تشمل هذا الطلب، وإنما يخالف قاعدة خروج النزاع من ولايته[1].

ومن اجل تبيان الفكرة وتوضيحها سوف نتعرض لأوجه التشابه والاختلاف بين القاعدتين لتمييزهما.

الفرع الأول: أوجه التشابه

إذا تعلق ألأمر باستنفاذ ولاية القاضي فإن نطاقها كقاعدة إجرائية ينحصر في الخصومة كمفهوم إجرائي، فهي تعني حجية ما يقضي به القاضي داخل الخصومة، وهي تتحد مع قاعدة حجية الشيء المقضي فيه من ناحية منع القاضي من مراجعة نفسه في ما سبق وأن قضى به من مسائل، كما أنها تتفق مع قاعدة الحجية في أنها مظهر من مظاهر إفراغ القاضـــي لإخطاره، إذ ومتى رفعت الدعوى أمام القاضـــي عد ذلك إخطار له من المتقاضـــي بواقعة اعتداء على حقه أو مركزه القانوني، الإخطار الذي يتمظهر في مظهري الوقائع والطلبات، ويقع على القاضـــي هاهنا الإفراغ الكلي لإخطاره تحت طائلة عدم اســـتنفاذه الكلي لولايته التي وكلما تقلصـــت، تقلص معها هامش الحماية القضـــائية التي يفترض أنها مضمونة دستورياً للمتقاضي[2].

وتقترب فكرة استنفاذ الولاية من فكرة حجية الأمر المقضي، فمؤدى الحصانة التي تترتب على الاســـتنفاذ وهو منع نظر المســـألة الواحدة والحكم فيها أكثر من مرة وهو ذاته مؤدى الحجية في أحد وجوهها (منع نظر الدعوى بذات المسألة والفصل فيها من جديد – الدور السلبي للحجية)، كما أن الفكرتان تتفرعان عن مبدأ واحد وهو عدم مباشرة الوظيفة القضائية في خصوص نفس المسألة لأكثر من مرة، فكل منهما تعد وجه تطبيق خاص لهذا المبدأ في مجاله[3].

فقاعدتا استنفاذ الولاية وحجية الشيء المقضي فيه، تفترضان بالضرورة ان القاضي أفرغ إخطاره وأشبع حاجة المتقاضي فيما ينشده منه من حماية لحقه أو مركزه القانوني، عبر النطق برأي قضائي قطعي فيما وجهه له من إخطار في عريضـــة طلباته بغض النظر عن صـــحة هذا الرأي أو عدالته، الرأي الذي تلبســـه القاعدتان حماية ذاتية ينبثق عنها جزاء إجرائي تتولد عنه قرينة قانونية قاطعة لا

---

1. أحمد هندى، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 545.
2. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص 68– 69.
3. أحمد هندى، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ص 544– 545.

تقبل إثبات العكس أمام نفس الدرجة[1] و لا يمكن هدمها إلا من طرف الدرجة الثانية بناءً على إخطار من له مصلحة في الآجال القانونية، وقد تبلغ درجة حماية قاعدتي الحجية واستنفاذ الولاية لتصل إلى حماية جزائية[2]، متى تم المساس بقطعية ما انبثقت عنهما من قرينة قانونية بشكل يقلل من شأنها كرأي قضائي قطعي واجب الإحترام[3].

والحقيقة أن التشابه الكبير ما بين القاعدتين لاسيما فيما ينجم عنهما من أثار قد أدى بالمشرع الجزائري إلى الخلط بينهما، بعد أن أفرد لهما نفس النصوص في المادتين 296 و297 من ق إ م إ، كما سوف نبينه في معرض تحليل المادة 296 أدناه[4].

الفرع الثاني: أوجه الاختلاف

على أن الفكرتين تختلفان، فحجية الأمر المقضي، هي صفة في مضمون الحكم، أي في الأمر المقضي تكفل فاعليته خارج الإجراءات وتتمثل في تقييد الخصوم بالرأي القضائي في أي إجراءات أخرى مستقلة عن الإجراءات التي صدرت فيها، فهي فكرة تعمل خارج الخصومة بعد انتهائها، لضمان استقرار الحماية القضائية التي منحها الحكم، أما استنفاذ الولاية أو السلطة فهي نتيجة للصفة القطعية في الحكم، وهي في الحكم ذاته كعمل قانوني داخل الإجراءات التي صدر فيها، فسلطة القاضي تنفذ لكل مسالة يفصل فيها داخل الخصومة[5]، وسنتناول هذه الاختلافات من حيث مجال إعمال كل منهما، ثم من حيث ما ينبثق عن كل منهما من دفوع.

أولاً: من حيث مجال إعمال كل منهما

فكرة استنفاذ الولاية تختلف عن فكرة الحجية، فالحجية تعمل خارج الخصومة، أي بعد انتهائها، لضمان استقرار الحماية القضائية التي منحها الحكم، أما سلطة القاضي فإنها تنفذ بالنسبة لكل مسألة يفصل فيها داخل الخصومة، ونتيجة لهذا فإن الحجية يبدو أثرها بالنسبة للخصومات المستقبلية، فهي

---

1. "اللهم إلا إذا تعلق الأمر بطرق الطعن كالمعارضة، والتماس إعادة النظر، وإعتراض الغير الخارج عن الخصومة".
2. أنظر المادة 147 فقرة 2 من الأمر 66-155 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون العقوبات، ج ر، ع 49 س 1966 المعدل والمتمم، التي جاءت بحماية جزائية لحجية الحكم القضائي بوجه عام عبر تجريم الأفعال والأقوال العلنية التي يكون الغرض منها التقليل من شأن الأحكام القضائية والتي يكون من طبيعتها المساس بسلطة القضاء أو استقلاله، إذ الواضح من نص التجريم أن المشرع يهدف إلى وضع حماية جزائية لحجية الحكم القضائي بأن جرم كل من يشكك في هذه الحجية.
3. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص 69.
4. المرجع نفسه، ص 70.
5. أحمد هندى، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 545.

تضمن الحماية القضائية في المستقبل ضد ما يمسها[1]، أما ما يقرره القاضي داخل الخصومة فأثره يقتصر على هذه الخصومة وحدها، لأنه يتصل باستنفاذ سلطة القاضي بالنسبة لما قرره فيها مادام ذلك لا يمس بالحماية القضائية، كما أن الحجية لا تلحق إلا عنصر القرار القضائي الذي يمنحها حماية قضائية تحول دون تجديد المطالبة بها، ودون أن تمتد إلى الأعمال التي تصدر أثناء الخصومة تمهيداً للوصول إلى الحماية القضائية المحصنة بقاعدة حجية الأحكام، وعلى العكس من ذلك فإن استنفاذ ولاية القاضي يحدث بالنسبة لكل قرار يحسم مسألة موضوعية أو إجرائية داخل الخصومة[2].

ثانياً: من حيث ما ينبثق عن كل منهما من دفوع

الأصل أن تحكم المحكمة في الدفوع الإجرائية على استقلال وقبل الفصل في الموضوع، وهذه القاعدة منطقية لأن الفصل في الدفع قد يغني المحكمة عن نظر الموضوع، حيث قد يترتب على الدفع انقضاء الخصومة وزوالها دون حكم في الموضوع، ولكن يجوز للمحكمة ضم الدفع الإجرائي للموضوع وإصدار حكم واحد فيهما إذا رأت أن إصدار حكم في الدفع يحتاج إلى فصل في الموضوع[3]، ومنه فإنه يترتب عن الاختلاف بين قاعدة استنفاذ الولاية وقاعدة حجية الشيء المقضي فيه فرق في غاية الأهمية يتعلق بما يفرزه إعمال القاعدتين من دفوع ووسائل دفاع.

فإذا كانت الحجية تخول للمستفيد من الحكم دفع يتمثل في الدفع بحجية الشيء المقضي فيه، أو الدفع بسبق الفصل، والذي صنفته المادة 67 من ق إ م إ ضمن طائفة الدفوع بعدم القبول مع أنه ليس من النظام العام، فإن قاعدة استنفاذ الولاية تخول صاحب المصلحة التمسك بوسيلة دفاع أخرى زيادة عن الدفع بعدم القبول تتمثل في الدفع بعدم اختصاص الجهة القضائية أو القاضي، في الحالة التي يعيد الخصم التمسك بسبق ما أثاره من دفع أمام نفس القاضي، أو الجهة التي سبق وأن فصلت فيه برأي قطعي، وهو دفع من النظام العام يثيره القاضي تلقائياً لتعلق الأمر باختصاص جهة الاستئناف كدرجة ثانية[4]، وهو مقتضى المادة 334 من ق إ م إ التي تنص على أن " الأحكام الفاصلة في جزء

---

1. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، حاشية ص 44.
2. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص 70- 71.
3. الأنصاري حسن النيداني، المرجع السابق، ص 63.
4. قرار رقم 781249 مؤرخ في 2013/05/09 الغرفة العقارية للمحكمة العليا، غير منشور، " وحيث أن ما يعيبه الطاعن على القرار المطعون فيه في غير محله، ذلك انه وبالرجوع إلى وقائع القضية يتبين منها أن الطاعن سبق له وان رفع الدعوى، وانتهت إلى الحكم القاضي بعدم قبول الدعوى لانتفاء الصفة، ثم أعاد رفع الدعوى من جديد وقد انتهت إلى الحكم المستأنف فيه والمؤيد بالقرار محل الطعن القاضي بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها، ذلك أن

من موضـــوع النزاع أو التي تـأمر بـالقيـام بـإجراء من إجراءات التحقيق أو تـدبير مؤقـت، لا تقبـل الاستئناف إلا مع الحكم الفاصل في أصل الدعوى برمتها، مالم ينص القانون على خلاف ذلك..."[1].

ولعل من باب التوضـيح أن نشـير هنا إلى أن المشـرع الجزائري يدرج ضـمن طائفة الأحكام الفاصلة في الموضوع الأحكام الفاصلة في دفع شكلي أو في دفع بعدم القبول أو في أي طلب عارض، وهو مقتضى المادة 296 من ق إ م إ التي استعملت نفس المصطلح " الأحكام الفاصلة في الموضوع"، إذ وبالجمع بين ما تضـمنته المادتان في النقطة القانونية المتعلقة بالمفهوم القانوني للأحكام الفاصـلة الموضوع، نستشف أن المشرع وبفتحه باب الاستئناف في النقاط التي استنفذ فيها القاضي ولايته قبل فصله في أصل الدعوى برمتها ولو أنه أرجأ ذلك إلى صدور الحكم في أصل الدعوى، يكون قد ألزم القاضي بالتصريح بعدم اختصاصه[2] في الحالة التي يطلب فيها الخصم منه مراجعة نفسه في ما سبق وان قضـى فيه، طالما أنه وبحسـب المادة 334 من ق إ م إ جعل من اختصـاص جهة الاسـتئناف وحدها النظر في ما يتمسـك به الخصـم صـاحب المصـلحة من دفوع مفصـول فيها داخل نفس الخصومة، والتي يجب أن ترفع إليها بعد انتهاء الخصومة بصدور الحكم الصادر في أصل الدعوى[3].

وبجانب هذا الاختلاف بين الفكرتين في مجال التطبيق، فإنهما يختلفان في مفهومهما: فالحجية هي الأثر الأسـاسـي للحكم أو فاعليته القانونية ذاتها، أما الاسـتنفاذ وما يؤدي إليه من عدم المسـاس بالحكم فهو وسيلة لدوام استمرار هذا الأثر، بالإضافة إلى أن الحجية نسبية أما استنفاذ سلطة القاضي فأثره مطلق داخل الخصومة[4].

الحكم الصادر بعد قبول الدعوى لانتفاء الصفة تستنفذ به المحكمة ولايتها، ومن ثم لا يجوز للطاعن أن يعيد رفع نفس الدعوى من جديد، فتكون الجهة القضائية التي تنظر الدعوى الجديدة غير مختصة لانتفاء ولايتها، وحيث أن قضاة الموضوع عندما انتهوا إلى التصريح بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها، قد أخطأوا في تكييف وقائع القضية وكان عليهم أن يفصلوا في الدعوى بعدم الاختصاص لاستنفاذ الولاية، ولكن النتيجة التي انتهوا إليها كانت صحيحة، لذلك يتعين استبدال تلك الأسباب الخاطئة بالأسباب الواردة في هذا القرار، مما يتعين معه التصريح برفض هذين الوجهين."، مشار إليه لدى: حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 469.

1. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص 71.
2. " حيث تعتبر مسألة الاختصاص الولائي مسألة أولية بالنسبة للاختصاص النوعي، إذ لا يتصور أن تبحث المحكمة مدى اختصاصها نوعياً بنظر دعوى معينة إلا إذا كانت الدعوى تدخل في الاختصاص الولائي للجهة التي تتبعها المحكمة التي تنظر الدعوى"، أنظر: الأنصاري حسن النيداني، المرجع السابق، حاشية ص65.
3. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص 72.
4. أحمد هندى، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 545.

الفرع الثالث: الاستثناءات على قاعدة استنفاذ الولاية

إذن فكرة استنفاذ الولاية لا تعدو أن تكون مجرد فكرة قانونية لتفسير ظاهرة معينة تتمثل في عدم مباشرة وظيفة القضاء أكثر من مرة واحدة بالنسبة للمسألة الواحدة، إذ أن القاضي يستفرغ جهده وسلطته في هذه المسألة بالحكم في موضوعها، فلا يمكنه المساس بحكمه على أي نحو كان بتعديله، إضافةً أو حذفاً، أو بإلغائه والعدول عنه ولو كان ذلك باتفاق الخصوم[1]، إذ في هذه اللحظة ترفع يد المحكمة عن القضية ولم يعد بإمكانها قبول أي توضيحات من الخصوم أو مذكرات، ولم يتبقى لأطرافها سوى الطعن بالحكم أمام المحكمة المختصة[2].

على أن مبدأ استنفاذ الولاية يجب أن يفهم بصورة منطقية، أو بطريقة مناسبة، ذلك أن المحكمة إذا أصدرت حكمها في النزاع فإنه لا يجب أن ننزع عنها حقها في تفسيره إذا شابه غموض، أو في تصحيح ما قد يشوب الحكم من أخطاء مادية، أو في استكمال ما أغفلت المحكمة الفصل فيه سهواً[3]، فبمجرد إصدار المحكمة لحكمها فإنها تستنفذ سلطتها الأصلية تجاه النزاع بحيث لا يمكنها أن تغير قضاءها فيه، ولكن تبقى لها بصدده سلطة تكميلية، بمقتضى هذه السلطة يمكن للمحكمة بعد إصدار الحكم وحتى لحظة الطعن فيه تفسيره أو تصحيحه أو استكماله، وهذا ما سنتعرض له بالتفصيل الآن، حيث نقف على سلطة المحكمة في تصحيح الحكم الذي أصدرته، وفي تفسير هذا الحكم، من خلال شرح شروط التصحيح والتفسير والمحكمة المختصة بهما ومدى اتفاق ذلك مع مبدأ استنفاذ الولاية، ثم نتعرض بعد ذلك لسلطة المحكمة في الفصل في طلبات أغفلتها[4].

---

1. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ص 80-81.
2. لفتة هامل العجيلي، المرجع السابق، ص221.
3. " مع ملاحظة أنه لا يتعارض مع استنفاذ الولاية أن تعاود المحكمة النظر في نفس النزاع من خلال طريق طعن، كما هو الحال في الطعن بالمعارضة في الأحكام الغيابية، والطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام التي يشوبها خطأ في الواقع وطعن الغير باعتراض الخارج عن الخصومة في الحكم الذي قد يصيبه بضرر، في بعض التشريعات التي تبيح هذا الطريق مثل التشريع الفرنسي واللبناني" انظر: أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، حاشية ص 81.
- " ويرى البعض أن التصحيح يختلف عن الطعن في الحكم في أن الأول لا يتطلب تقديراً جديداً لعناصر النزاع، بينما الطعن يتضمن ذلك"، فتحي والي، نقلاً عن: نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص564.
4. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، حاشية ص 81.

أولاً: سلطة المحكمة في تصحيح الحكم الذي أصدرته

وذلك في الحالات التي يوجد فيها بالحكم خطأ حسابي أو كتابي أو مادي[1]، أو خطأ في أسم أحد الخصوم عندما لا تثور شكوك بخصوص تحديد هويته[2]، أو نسيان يشوبه، وتصدياً لمبالغة المحكوم عليهم في استعمال هذه الدعوى لتعطيل مجرى التنفيذ فقد حاول المشرع الجزائري أن يعطي تعريفاً يقترب من الدقة لمفهوم الخطأ المادي، وهو التعريف المستخرج من اجتهاد مستمر للمحكمة العليا، حيث ذكر في المادة 287 من ق إ م إ " يقصد بالخطأ المادي عرض غير صحيح لواقعة مادية أو تجاهل وجودها"، وهذا التعريف يسمح للقاضي برفض الدعاوى من هذا النوع بتطبيق المعيار المعتمد من طرف المشرع وهو أن الخطأ المادي يتمثل في هفوة من القاضي جعلته يقدم كصحيح واقعة خاطئة أو عدم انتباه لوجود هذه الواقعة، كأن يذكر بأن طرفاً في الدعوى كان غائباً بينما هو حاضراً أو أن يخلط بين التواريخ أو أسماء الأطراف إلخ... من المسائل التي يمكن تداركها لاحقاً حسبما يتبين من الملف أو ما يقتضيه المنطق، غير أن هذا التصحيح لا يمكن أن يغيّر ما انتهى إليه الحكم تجاه الخصوم من حقوق والتزامات[3]، على انه ليس دقيقاً أن نطلق على هذه الحالات "استثناءات"، فالقاضي عندما يقوم بتصحيح الحكم وتفسيره يلتزم بعدم المساس بما قضى به ولا يجوز له أن يغير أو يعدل هذا القضاء احتراما لقاعدة أن القاضي يستنفذ سلطته بعد استنفاذ حكمه[4].

ولتمييز الخطأ المادي البسيط عن الخطأ القانوني المؤدي إلى التناقض يقول الأستاذان جاك بوري ولوي بوري في كتابهما " النقض في المادة الجزائية " أن الخطأ المادي هو التعبير الخاطئ عن فكرة صحيحة، بينما الخطأ القانوني فهو التعبير السليم عن فكرة خاطئة[5].

أي الخطأ الذي ينتج عن تعبير غير دقيق لفكر القاضي وليس خطأ في الفكر نفسه، بمعنى أن عملية نقل فكر القاضي كانت غير دقيقة، فهو خطأ في الصيغة أو الأسلوب أي خطأ كتابي أو خطأ

---

1. نبيل إسماعيل عمر، قانون أصول المحاكمات المدنية، ط 2، المرجع السابق، ص479.
2. E.GLASSON, Albert TISSIER et René MOREL, op cit, p 85.
3. عبد السلام ذيب، المرجع السابق، ص249.
4. أحمد هندى، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 546.
5. « l'erreur matérielle est l'expression inexact d'une pensée exacte, tandis que l'erreur de droit est l'exprission exacte d'une pensée inexacte ». نقلاً عن: جمال نجيمي المرجع السابق، ص 302.

القلم، فالقاضـــي في تعبيره عن فكره أو تقديره اســـتخدم أســـماء أو أرقام غير تلك التي كان يجب أن يستخدمها للتعبير عما في ذهنه من أفكار[1].

فالطريق الطبيعي لعلاجه هو الطعن فيه بطريق الطعن المناســـب ولكن المشـــرع رأى أن هناك بعض الأخطاء لا يحتاج علاجها إلى الطعن بإجراءاته الطويلة ونفقاته، ويكفي بالنســـبة لها الرجوع لنفس القاضـي الذي أصـدر الحكم لتصـحيحه، وهذه هي الأخطاء المادية البحتة، والتي قرر المشـرع الأخذ بنظام تصـحيح الأحكام لتداركها[2]، وهكذا نلاحظ أن النظام قد قدر أن الأخطاء لا تستأهل ولوج طرق الطعن الشاقة والطويلة، فأناط مهمتها بالقاضـي الذي أصـدر الحكم وذلك بإجراء التصـحيح على نسخة الحكم الأصلية وهذا التصـحيح لا يكون إلا بالنسبة للأخطاء في التحرير أي في التعبير، وليس الخطأ في التفكير أو التقدير، وهنا يختلف الطعن عن التصحيح، فالطعن تصحيح للخطأ في التقدير[3].

ويقدم طلب التصـحيح إلى الجهة التي أصـدرت الحكم بواسـطة عريضـة من أحد الخصـوم أو بعريضة مشتركة حسب الأشكال المحددة لرفع الدعوى، ويمكن للنيابة العامة تقديم هذا الطلب إذا تبين لها أن الخطأ راجع لمصالح العدالة، ويتم الفصل في الطلب بعد سماع الأطراف أو تكليفهم بالحضور تكليفاً صـحيحاً[4]، وإذا تم التصـحيح يؤشـر به على أصـل الحكم والنسـخ المسـتخرجة منه ويبلغ به الخصوم[5].

فالمحكمة التي أصدرت الحكم هي وحدها التي تختص بنظر طلب تصحيحه[6]، لما لها من ولاية تبعية، يستوي في ذلك أن تكون محكمة أول درجة أو محكمة ثاني درجة، اختصاصاً نوعياً واختصاصاً محلياً حتى وإن كان الحكم قابلاً للطعن، طالما أن هذا الطعن لم يرفع بعد، وهي تفعل ذلك من تلقاء نفســـها ودون توقف على طلبٍ من أحد الخصـــوم، فليس لأي محكمة أخرى خلاف المحكمة التي

---

1. أحمد هندى، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ص 546- 547.
2. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 82.
3. طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص708.
4. لدى المشرع المصري: " يصدر هذا القرار بدون مرافعة ويجري كاتب الجلسة هذا التصحيح على نسخة الحكم الأصلية ويوقعه هو ورئيس الجلسة"، انظر: نبيل إسماعيل عمر، قانون أصول المحاكمات المدنية، ط 2، المرجع السابق، ص479.
5. عبد السلام ذيب، المرجع السابق، ص249.
6. « le tribunal qui a rendu un jugement peut aussi, d'après la jurisprudence, rectifier les erreurs purement matérielles de ce jugement, en comble les lacunes ou omissions involtaires ou de pure inadvertance, alors qu'aucune difficulté ne s'élève sur le sens et la portée de la décision. », E.GLASSON, Albert TISSIER et René MOREL, op cit, p 85.

أصـدرت الحكم، أن تنظر طلب تصـحيحه، سـواءً أكانت أعلى درجة منها أو أدنى من درجتها، وهذه القاعدة من النظام العام وعلى المحكمة أن تلتزم من تلقاء نفسـها، مع مراعاة أن ذلك لا يعني ضـرورة أن ينظر طلب التصـحيح نفس القضـاة الذين أصـدروا الحكم، فيكفي أن تنظره نفس المحكمة ولا يجب أن ينظره نفس التشـكيل، ولكن دائماً الذي يتولى التصـحيح المحكمة بكامل هيئتها، وليس فقط رئيس الجلسة وإلا كان التصحيح باطلاً[1]، ويستوي بعد ذلك أن يكون الخطأ المادي كتابياً أو حسابياً، كالخطأ في أسـماء الخصـوم أو صـفاتهم، أو في حسـاب التعويض إذا كان ذلك خطأً حسـابياً وليس تقديرياً، ويستوي أن يكون الخطأ في منطوق الحكم أو أسبابه[2].

ويمكن القول في الحقيقة أن سلطة المحكمة في تصـحيح الأخطاء المادية والتي في حكمها إنما تضـفي مرونة على مبدأ اسـتنفاذ القاضـي لولايته فور الفصـل في النزاع، مرونة تسـمح باسـتطالة الخصـومة وبامتداد دور القاضـي في حالة ظهور أسـباب تبرر هذا التصـحيح، ولكن كل هذه المرونة يمكن تبريرها بأن التصـحيح إنما يتم بهدف حماية الحكم وذلك من خلال حماية الشـيء المقضـي، فالتصحيح مشروط بألا تمس المحكمة حقوق أو التزامات الخصوم، وان لا تتخذ المحكمة ذريعة لإعادة الفصل في النزاع[3].

ثانياً: سلطة المحكمة في تفسير حكمها

يجوز للمحكمة التي أصدرت الحكم القضائي[4] تفسير ما قد يوجد في منطوقه من غموض أو إبهام يحول دون فهمه أو تنفيذه، ويكون ذلك بناءً على طلب أحد الخصوم بدعوى ترفع وفق القواعد

1. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 101.
2. طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص708.
3. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ص 103- 104.
4. قرار رقم 73195 مؤرخ في 2091/05/13 الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، " الدعوى التفسيرية – من اختصاص الجهة التي أصدرت الحكم- النقض. متى كان من المستقر عليه قضاءً أن الدعوى التفسيرية تقام أمام الجهة القضائية التي أصدرت الحكم المراد تفسيره فإنه ينبغي على القضاء المدني أن يصرح بعدم اختصاصه في الدعوى التفسيرية لحكم جزائي."، مشار إليه لدى: جمال نجيمي، المرجع السابق، ص 274.

العامة[1]، والحكم الصادر بالتفسير[2] يكون مكملاً من كل الوجوه للحكم الأصلي[3]، ويسري عليه ما يسري على هذا الحكم من القواعد الخاصة بطرق الطعن العادية وغير العادية[4]، ولا يمكن لتفسير المحكمة أن يعدّل حكمها في أي نقطة منه مهما كانت[5]، أو الرجوع عنه أو الإضافة إليه[6]، وإلا كان قابلاً للطعن بالطريق المناسب، والضابط بصدد التزام المحكمة بذات قضائها أن تفسره بعناصره من طيات هذا القضاء[7].

والمقصود بالتفسير هو إيضاح الغامض وإظهار حقيقة المبهم وذلك لتحديد ما يتضمنه الحكم من تقرير عن طريق البحث في عناصر الحكم ذاته التي يتكون منها[8]، وليس المقصود بتفسير الحكم البحث عن إرادة القاضي الذي أصدره، كما هو الحال عند تفسير عقد من العقود، فالحكم القضائي ليس عقد ولا تصرفاً قانونياً، بل هو قرار قضائي يقوم بمقتضاه القاضي بإعمال تقدير قضائي لمسائل الواقع والقانون ثم ينزل حكم القانون على المسائل المتنازع عليها، وعلى ذلك فتفسير الحكم القضائي ينّصب على تحديد ما يتضمنه الحكم من تقدير قام به القاضي، ومجال هذا التحديد يتم في نطاق العناصر الموضوعية التي تكوّن ذات الحكم، منفصلاً عن نية وإرادة القاضي الذي أصدره[9]، ولا تثور هذه المشكلة إلا إذا وقع في عبارات الحكم غموض يصعب معه التعرف على تقدير المحكمة التي أصدرته[10]، سواءً

---

1. نصت المادة 285 من ق إ م إ: " إن تفسير الحكم بغرض توضيح مدلوله أو تحديد مضمونه، من اختصاص الجهة القضائية التي أصدرته...".
2. قرار رقم 0881136 مؤرخ في 2013/07/11، م م ع، عدد 02، س 2013 ص 302،" الحكم المفسِّر امتداد للحكم الفاصل في الموضوع ويخضع لجميع طرق الطعن المقررة للطعن في الحكم المطلوب تفسيره".
3. نبيل إسماعيل عمر، قانون أصول المحاكمات المدنية، ط 2، المرجع السابق، ص479.
4. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 566.
5. E.GLASSON, Albert TISSIER et René MOREL, op cit, p 85.
6. قرار رقم 661194 مؤرخ في 2010/04/08، م م ع، عدد 01، س 2011 ص 228،" تهدف الدعوى التفسيرية إلى توضيح أو تفسير غموض يكتنف القرار محل التفسير، وليس إلى مناقشة ما توصل إليه وما فصل فيه، من نقاط قانونية ".
7. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، المرجع السابق، ط6، ص 712.
8. أحمد هندى، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 551.
9. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 105.
10. قرار رقم 1064916 مؤرخ في 2016/05/12 الغرفة العقارية للمحكمة العليا القسم الثاني، غير منشور، "حيث أن المادة 286 من ق إ م إ تجيز للجهة القضائية التي أصدرت الحكم تصحيح الخطأ المادي أو الإغفال الذي يشوبه وبالتالي أن القصد من تصحيح الخطأ المادي حسب مفهوم المادة 287 من نفس القانون هو عرض غير صحيح لواقعة مادية أو تجاهل وجودها غير أن تصحيح الخطأ المادي أو الإغفال لا يؤدي إلى تعديل ما قضى به الحكم

وقع هذا الغموض في منطوق الحكم أو تمثل في اللبس الذي تثيره بعض عباراته، ولا شك في أن أقدر من يفسر الحكم مُصدره[1].

وللمحكمة أن تفسر الأحكام على وجه تحتمله ألفاظها وأن لم تلتزم معناها الظاهر المتبادر للفهم، مادامت المحكمة تبني تفسيرها على اعتبارات معقولة مسوغة لعدولها على هذا المعنى الظاهر إلى المعنى الذي رأته مقصوداً، فسلطة المحكمة في تفسير هذه الأحكام هي سلطة تامة لا تراقبها فيها محكمة النقض، وإذا تخلف هذا الشرط الأول يجب عدم قبول طلب تفسير الحكم، فمتى كان قضاء المحكمة واضحاً فإنه لا يجوز الرجوع إلى المحكمة التي أصدرته بطلب التفسير[2]، حتى لا يكون التفسير ذريعة للرجوع عن الحكم والمساس بحجيته، فحيث لا غموض ولا إبهام في منطوق الحكم فإنه يجب القضاء بعدم قبول طلب تفسيره، وإذا كانت أسباب الحكم المكملة لمنطوقه توضحه بما لا يدع مجال للغموض في حقيقة ما قضى به أو أوضحت القصد منه، فإنه لا يقبل النعي على الحكم بالتناقض والغموض[3].

وليس هناك أي ميعاد لتقديم طلب التفسير، ولا يجب أن يقوم بالتفسير نفس القضاة الذين أصدروا الحكم المطلوب تفسيره، ويقدم طلب التفسير من أي خصم صاحب مصلحة في التوصل على التفسير السليم لهذا الحكم[4]،وليس للمحكمة أن تتخذ من التفسير وسيلة لتعديل حكمها أو التغيير فيه، كما انه ليس للخصوم أن يجادلواْ في المسائل القانونية التي بت فيها الحكم المطلوب تفسيره أو أن يتمسكواْ بدفوع لا علاقة لها بما في الحكم من غموض، فلا يقبل من الطالب الدفع بعدم دستورية القانون الذي طبقته المحكمة، ولا تطبق المحكمة وهي تقوم بالتفسير، قواعد تفسير التصرف القانوني ولا القواعد المقررة لتفسير التشريع، وإنما هي تفسره تفسيراً لغوياً، أما إذا وجد غموض بحيث لا يجدي التفسير اللغوي في إجلاء معناه وجب الالتجاء إلى التفسير المنطقي للحكم، بالنظر إلى أسباب الحكم وعناصره الأخرى، وبافتراض أن المحكمة التي أصدرت الحكم لا يمكن أن تكون قد خالفت القانون في حكمها المطلوب

من حقوق والتزامات للأطراف، حيث أنه بالرجوع إلى القرار محل التصحيح لا يظهر منه وجود خطأ مادي أو إغفال وفقاً للمقتضيات التشريعية المذكورة مما يجعل الطلب غير مؤسس ويرفض."، مشار إليه لدى: حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 121.

1. طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص708.
2. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ص 110-111.
3. أحمد هندى، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 551.
4. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 567.

تفسيره، فإن لم تكفي عناصر الحكم لتفسيره فيمكن الالتجاء إلى عناصر أخرى في القضية كطلبات الخصوم، والأوراق المقدمة في الخصومة[1].

وتطبيقاً لذلك قضى أنه إذا كان الحكم قد ذهب إلى الإدانة على سبيل التضامن لكل من المتسبب في حادث سيارة وشركة التأمين بقدر ضمانها بأن تدفع للمجني عليه التعويضات والمصاريف التي أنفقها أمام أول درجة وثاني درجة، دون أي إشارة أخرى، فإن لمحكمة الاستئناف أن تفسر هذا القضاء بتوضيح أن المصاريف التي يجب على شركة التأمين دفعها إنما هي زيادة على الضمان، فهذا حكم تفسيري لا يعتبر بأي حال قد عدل الحقوق المستحقة للخصوم نتيجة للحكم الأصلي[2].

والحكم التفسيري الصادر بتفسير الحكم الغامض أو المبهم، هو حكم قطعي تقطع فيه المحكمة في مسألة مطروحة عليها (وقوع غموض في الحكم)بالإيجاب أو النفي، ويترتب على ذلك استنفاذ سلطة القاضي الذي أصدره في خصوص ما قطع فيه من مسائل، وبالتالي إذا ألغته محكمة الاستئناف – نتيجة الطعن فيه– فإنها تفصل في دعوى التفسير التي انتقلت إليها نتيجة الطعن في الحكم، والحكم التفسيري يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالحكم الذي يفسره فهو يندمج في هذا الحكم، فيعد امتداداً له وجزءاً يتجزأ منه، فهو يعتبر متمماً للحكم الذي يفسره وليس حكماً مستقلاً، وبالتالي يكون له نفس طبيعته إن كان وقتياً أو موضوعياً، وإذا ألغي الحكم المفسر فإن الحكم التفسيري يلغى بالتبعية لذلك وبقوة القانون، ودون حاجة لحكم جديد يقضي بذلك، ويخضع الحكم التفسيري للقواعد المقررة للطعن بالطرق العادية أو غير العادية للحكم محل التفسير، وذلك سواءً أكان هو في تفسيره قد مس الحكم المفسر بنقص أو زيادة أو بتعديل فيما قضى به معتدياً بذلك على قوة الشيء المحكوم فيه أم كان لم يمسه بأي تغيير مكتفياً بتوضيح ما أبهم منه[3].

---

1. أحمد هندى، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 553.
2. " نقض مدني فرنسي في 1961/07/13 –النشرة المدنية– 2 رقم 76 ص 405" نقلاً عن: أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 107.
3. أحمد هندى، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 553.

ثالثاً: سلطة المحكمة في استكمال ما أغفلت الفصل فيه

إذا طرح على المحكمة طلب موضوعي وأغفلت الفصل فيه جاز لصاحب الشأن أن يكلف خصمه الحضور أمامها لنظر هذا الطلب والحكم فيه، ولا يتقيد الطلب بأي ميعاد من المواعيد المقررة في القانون للطعن في الأحكام[1].

فقد تغفل المحكمة الفصل في بعض الطلبات الموضوعية، سواءً كانت طلبات أصلية أو عارضة، عندئذ أعطى النظام لصاحب المصلحة إمكانية طلب النظر في هذه الطلبات بما أسميناه " استدراك الفصل في الطلبات"[2]، وإذا كانت المحكمة قد تعمدت ذلك – وهي أحوال نادرة – فإن القاضي يعتبر منكراً للعدالة، وترفع دعوى مخاصمته، لمساءلة الدولة عن تعمده عدم الفصل في القضية ولإحلال قاضي آخر محله لنظر النزاع، ولكن الذي يشيع في العمل أن تطرح على القاضي عدة طلبات، فيقوم بالفصل في بعضها ويغفل– نتيجة السهو أو عدم تيقظ – الفصل في البعض الأخر، وهذا يثير مشكلة إغفال المحكمة الفصل في بعض الطلبات الموضوعية، التي تعرضت لها المادة 193 مرافعات مصري، والمادة 463 من المرافعات الفرنسي[3]، ويتلخص الحل الذي جاء به المشرع المصري والفرنسي في العودة إلى المحكمة التي أغفلت الفصل في الطلبات للفصل فيها باعتبار أنها لم تستنفذ ولايتها بصددها، وذلك لشروط معينة تتركز هذه الشروط حول فكرة محددة وهي أن الإغفال يجب أن يكون " إغفالاً كلياً لطلب موضوعي"[4].

ولم يشأ المشرع أن يجعل ذلك عن طريق الطعن في الأحكام، رغم أن ذلك ممكناً إلا أنه يترتب عليه فوات درجة من درجات التقاضي على الخصم[5]، كما لا يجوز الطعن بالنقض في الحكم الذي أغفل الفصل في طلب موضوعي، لأن هذا الإغفال لا يعد سبباً من أسباب الطعن بالنقض[6].

---

1. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، المرجع السابق، ط6، ص 698.
2. طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص709.
3. جمع المشرع الجزائري الإغفال مع تصحيح الخطأ المادي في مادة واحدة وهي المادة 286 من ق إ م إ التي نصت: "يجوز للجهة القضائية التي أصدرت الحكم، ولو بعد حيازة ذلك الحكم قوة الشيء المقضي به، أن تصحح الخطأ المادي أو الإغفال الذي يشوبه..."
4. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 131.
5. طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص709.
6. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، المرجع السابق، ط6، ص 699.

ورغم أن هذه الحالة يمكن إدراجها ضـــمن وجه النقض المأخوذ من تجاوز الســـلطة بصـــورة خاصة، كما يمكن إدراجها في أوجه مخالفة القانون بصورة عامة، إلا أن المشرع الجزائري ونظراً لرغبته في تأكيد أن هذه الحالة لا تشكل وجهاً من أوجه التماس إعادة النظر كما كان عليه الحال في القانون القديم، فإنه قد جعلها وجهاً مســتقلاً من أوجه النقض، مع التذكير أن هذه الحالة تعتبر من المخالفات المعبرة عن الأخطاء التي يقع فيها القاضي نفسه دون أن ينسب خطأه إلى الخصوم[1]، حيث تعبر عن تجاوز قاضـــي الموضـــوع لســـلطته إزاء موضـــوع الدعوى التي تحتم عليه عدم الخروج على طلبات الخصوم على اعتبار أن الخصومة هي ملك لهم[2]، أي أن تجاوز السلطة في هذه الحالة هو الامتناع عن ممارسة السلطة، فسلطة الفصل في الموضوع هي السلطة الأساسية التي يتعين على قاضي الموضوع ممارستها كاملة، وأن التخلي عنها كلياً يشكل نكراناً للعدالة، والتخلي عنها جزئياً يشكل كذلك تجاوزاً للسلطة[3]، رغم أن المشرع أدرج هذه الحالة تحت وجه السهو عن الفصل في بعض الطلبات[4].

مما يجعل المشرع الجزائري يستبعد هذا الاستثناء من قاعدة استنفاذ الولاية وهو ما أكدته المادة 297 فقرة 2 من ق إ م إ[5]، والتي حصـرت رجوعه جوازياً خارج حالات الطعن، في تفسـير حكمه أو تصـحيحه طبقاً للمادتين 285 و286 من القانون نفسـه، إلا أن هناك رأي مخالف يرى إمكانية ذلك،

---

1. " يرى كل من المشرع المصري والفرنسي أن هذا الخطأ المنسوب إلى القاضي هو مجرد السهو غير مقصود لا يتيح للطاعن التذرع به أمام محكمة النقض، لذلك فإن وسيلة إصلاحه هي إما الرجوع إلى نفس القاضي من أجل تدارك الطلبات التي سهى عن الفصل فيها، وإما رفع دعوى أخرى بنفس الطلبات التي لم يفصل فيها، مع عدم المساس بمبدأ حجية الأحكام فيما فصلت به في الحالتين، راجع المادة 463 من الإجراءات المدنية الفرنسي، والمادة 193 من قانون المرافعات المصري." أنظر: زرقون نور الدين، أوجه الطعن بالنقض في الأحكام المدنية، المرجع السابق، حاشية ص 108.
2. زرقون نور الدين، أوجه الطعن بالنقض في الأحكام المدنية، المرجع السابق، ص ص 107- 108.
3. قرار رقم 288364 المؤرخ في 2005/03/16، الغرفة الاجتماعية، م م ع ، عدد01، س2005، ص 107، "حيث أنه في دعوى التسريح التعسفي إذا توصلت المحكمة إلى أن تسريح العامل جاء تعسفيا، المحكمة ملزمة قانونا بالفصل في الطلب الاحتياطي المتعلق برفض أحد الطرفين رجوع العامل إلى منصب عمله، ولا يمكن للمحكمة الالتفات عن هذا الطلب أو إغفال الفصل فيه، وتطبق ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 04.73 والتي تنص على أنه في حالة رفض أحد الطرفين رجوع العامل يمنح العامل تعويضا ماليا لا يقل عن الأجر الذي يتقاضاه العامل عن مدة ستة أشهر من العمل، ولما قضى الحكم بخلاف ذلك أخطأ في تطبيق القانون وجاء مشوبا بتجاوز السلطة".
4. زرقون نور الدين، رقابة المحكمة العليا على القاضي المدني، المرجع السابق، ص 438.
5. نصت المادة 297 من ق إ م إ أنه: " يتخلى القاضي عن النزاع الذي فصل فيه بمجرد النطق بالحكم.
غير أنه يمكن للقاضي الرجوع عن حكمه في حالة الطعن بالمعارضة أو التماس إعادة النظر، ويجوز له أيضاً تفسير حكمه أو تصحيحه طبقاً للمادتين 285 و286 من هذا القانون.".

بالرغم من اعترافه أن المشرع الجزائري لم يأتي على نص ينظم فيها مسألة طرق أبواب القضاء للفصل للمتقاضي في أية طلبات موضوعية سبق وأن أدرجها كطلبات في دعوى انتهت إلى حكم لم يفصل فيها بسبب إغفال ارتكبه القاضي الذي لم يفرغ إخطاره بشأنها.

والحقيقة أن القراءة للمادة 296 من ق إ م إ[1]،تتفق تمام الاتفاق مع قاعدة إمكانية إعادة رفع دعوى مستقلة موضوعها الفصل في طلبات تم عرضها في دعوى سابقة ولم يتم الفصل فيها بسبب سهو أرتكبه القاضي الذي لم يفرغ إخطاره كلياً بشأنها، وعلى هذا الأساس حق لنا القياس فإذا كان من الممكن إعادة رفع دعوى لغرض الفصل في طلبات موضوعية سها القاضي عن الفصل فيها رغم سبق عرضها عليه، فمن باب أولى أنه يجوز رفع دعوى جديدة لغرض الفصل في موضوع النزاع الذي لا يزال عالقاً دون فصل في الحالة التي تنتهي فيها الدعوى الأولى إلى إنهاء الخصومة بحكم في دفع شكلي أو في دفع بعدم القبول لإتحاد العلة في الحالتين، وهي عدم إبداء القضاء لرأيه القطعي بشأنها طالما أن سبق عرض الطلب على القضاء لا يعني بالضرورة سبق الفصل فيه ومجال الحجية لا يمتد إلى ما سبق عرضه على القضاء وإنما يقتصر على ما سبق للقضاء وان فصل فيه[2].

1. رجع في قراءة الخلل في الصياغة للمادة 296 من ق إ م أ لمزيد من التوضيح فيما يأتي الفرع الأول: نتائج الأثر الناقل بالنسبة لمحكمة الدرجة الأولى.
2. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص 87.

المبحث الثاني

علاقة قاعدتي استنفاذ الولاية والحجية بمبدأ التقاضي على درجتين

لما كانت الحجية تحصن الحكم بما تضمنه من منطوق، في حين قاعدة استنفاذ الولاية تقتصر على المسائل المفصول فيها داخل الخصومة، فإنه إذا حدث وان تعجل القاضي في وضع حد للنزاع دون التعرض لكافة النقاط القانونية المثارة، يكون قد استعجل إسباغ الحجية على الحكم عبر الإخلال بقاعدة إلزامية استنفاذ ولايته في كافة المسائل المثارة، مما يترتب عنه حكم ذو حجية مصطنعة، ومن هنا يظهر أن حجية الحكم القضائي تَجبٌ في الواقع قاعدة استنفاذ الولاية، فلا حجية كاملة للحكم ما لم يستنفذ القاضي كامل ولايته على كل النقاط القانونية المثارة داخل الخصومة، فالحجية إذن هي نتيجة لعمل قضائي مستمر يبدأ من انعقاد الخصومة إلى غاية النطق في القضية برمتها بحكم قطعي، ومتى نطق القاضي بالحكم على النحو أعلاه يكون ليس فقط استنفذ ولايته الكاملة على النزاع، لافتراض قطعه في كل مقدمات بنائه وفصله في كافة ما أثير داخل الخصومة من نقاط، وإنما اكسب الحكم حجية فيما قضى به، فضلاً عن إشباع حاجة المتقاضي في الدرجة الأولى من التقاضي بمفهوم المادة 06 من ق إ م إ، ويترتب على ذلك أن جهة الاستئناف تجد نفسها مدعوة لممارسة سلطتها في مراجعة الحكم المستأنف، باعتبار أن لا مجال لإعمال سلطة التصدي ما دام أن محكمة الدرجة الأولى لم تبقي أية مقتضيات غير مفصول فيها مما يعدم فكرة الأثر الساحب[1]من الأساس[2].

المطلب الأول

الأثر الناقل كأثر لاستنفاذ الولاية

إن الاستئناف باعتباره تظلماً من الحكم الصادر في الدعوى، يدعي به المستأنف أن محكمة الدرجة الأولى لم تحسن الفصل في دعواه، ويطلب من المحكمة الاستئنافية أن تمعن النظر في الدعوى لتصلح أخطاء الحكم المستأنف، يعتبر مرحلة ثانية للتقاضي أتاحها القانون للمحكوم عليه في المرحلة الأولى، ليعاود الدفاع عن حقه بما سبق أن طرحه من أدلة وأوجه دفاع على محكمة أول درجة وبما قد

1. الأثر الساحب المقصود به الآلية التي يُعمل بها لإعمال التصدي، وهو مكنة مخولة لقاضي الدرجة الثانية بموجبها يمكنه بعد إلغاء الحكم التعرض لمسائل لم يسبق لقاضي الدرجة الأولى أن استنفذ ولايته عليها.
2. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص 74-75.

يتوافر من أدلة وأوجه دفاع جديدة، فالاستئناف يفتح درجة جديدة للتقاضي فهو الترجمة الإيجابية لمبدأ التقاضي على درجتين[1]، وهو وسيلة تحقيق درجة التقاضي الثانية[2].

وانتهينا فيما سبق إلى أن خصومة الاستئناف مرحلة جديدة من مراحل النزاع لكنها غير منبتة الصلة بالمرحلة الأولى[3]، ويترتب على الاستئناف بجانب وقف تنفيذ الحكم الصادر من أول درجة، أو ما يسمى بالأثر الموقف، أثر ناقلاً، وهو ما عبر عنه المشرع المصري حيث قال في المادة 232 مرافعات " الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط"، والمشرع الفرنسي بالقول في المادة 561[4] " الاستئناف يعيد طرح الشيء المقضي أمام قضاء الاستئناف كي يفصل فيه من جديد بالنسبة للواقع والقانون[5].

ولذا فإن موضوع الاستئناف هو موضوع خصومة أول درجة، وهو ما يعبر عنه بالأثر الناقل للاستئناف لأنه ينقل موضوع الخصومة الأولى إلى خصومة الاستئناف، على أن خصومة الاستئناف وإن تناولت نفس الطلبات التي طُرحت أمام محكمة أول درجة، إلا أنها تمثل مرحلة جديدة يستطيع الأطراف فيها – في حدود الطلبات التي قدموها أمام أول درجة وما يطرحوه منها أمام المحكمة الاستئنافية – التمسك بأوجه دفاع وأدلة إثبات جديدة، ما يعني أن خصومة الاستئناف تعتبر استمرار لخصومة أول درجة فتكون للمحكمة الاستئنافية السلطة الكاملة التي كانت لمحكمة أول درجة، ويكون للخصوم نفس السلطات التي كانت لهم في أول درجة إلا ما سقط منها[6].

ودراسة الأثر الناقل للاستئناف تهيئ الفرصة لمعرفة كافة الأدوات الفنية التي توجد داخل النظام القانوني للطعن بالاستئناف، وكيف تؤدي دورها وتُحدث آثارها المرسومة في البناء النظري لهذا الطريق من طرق الطعن في الأحكام[7]، وفي كلمة واحدة نقول أن الاستئناف يتمثل في نوع من نقل السلطات من أول درجة التي استنفذت ولايتها، إلى محكمة الدرجة الثانية التي تتمتع بسلطة الفصل في الدعوى،

---

1. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 161.
2. أحمد هندى، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 593.
3. طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص744.
4. L'art.561. c.p r. civ. Français "L'appel remet la chose jugée en question devant la juridiction d'appel.
Il est statue à nouveau en fait et en droit dans les conditions et limites déterminées aux livres premier et deuxième du présent code."
5. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 162.
6. أحمد هندى، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 593.
7. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 589.

وأن القول بان الاستئناف له اثر ناقل يعني أن صحيفة الاستئناف بافتراض صحتها تنقل نزاع محكمة الدرجة الأولى إلى محكمة الدرجة الثانية وتعيد طرحها عليه بكل ما اشتمل عليه من أدلة وأوجه دفاع لتقول كلمتها فيه بقضاء مسبب يواجه عناصر النزاع الواقعية والقانونية على السواء، فالنزاع ينقل من أول درجة إلى ثاني درجة بنفس حالته وبذات شروطه[1]، ثم هي أخيراً تطبق القاعدة القانونية التي تراها صحيحة على وقائع الدعوى[2].

وكحال جميع التشريعات؛ وكما سبقت الإشارة لم يتناول المشرع الجزائري قاعدة استنفاذ الولاية بتعريف دقيق، واكتفى بالتنصيص على آثارها بتفصيل فيه شيء من الغموض بعد أن أخلط بينها وبين قاعدة حجية الشيء المقضي فيه من حيث آثار كل منهما، الغموض المنبثق عن استعمال المشرع لمصطلح " الأحكام الفاصلة في الموضوع jugements sur le fond " عوضاً عن استعمال المصطلح الأصح والأدق وهو "مصطلح الأحكام القطعية jugements définitifs "[3]، إذ من شأن هذه التسمية الأخيرة، رفع ما قد يقع من لبس من حيث نوع الحجية المترتبة على الأحكام الفاصلة في دفوع شكلية أو في دفوع بعدم القبول، خصوصاً بعد أن استعمل المشرع مصطلح حجية الشيء المقضي فيه، في موضع إعمال قاعدة استنفاذ الولاية التي تترتب عليها حجية تختلف عن تلك الحجية المقصودة بمفهوم المادة 338 من القانون المدني[4].

ويجب تحديد الأثر الناقل للاستئناف بعناية، حيث انه يؤدي إلى نتائج هامة تتصل بسلطات ومكنات قاضي الاستئناف، فالطعن بالاستئناف يصبح المدخل لاختصاص قاضي الاستئناف بصورة ملزمة، إذ يلتزم بالطعن المطروح أمامه، ولا يمكن له أن يعيده إلى قاضي أول درجة الذي استنفذ ولايته، وهذا ما نتعرض له الآن بالتفصيل، فنحاول توضيح نتائج الأثر الناقل بصدد قضاء الدرجة الأولى وبصدد قضاة الاستئناف[5].

---

1. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 162.
2. أحمد هندى، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 594.
3. لمزيد من التفصيل أنظر: إشكالية الاصطلاحات المستعملة، بشير محمد، المرجع السابق، ص 110 وما يليها.
4. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص 76.
5. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 163.

الفرع الأول: نتائج الأثر الناقل بالنسبة لمحكمة الدرجة الأولى

إذا كانت محكمة أول درجة تحتفظ بولايتها كاملة على النزاع منذ لحظة رفع الدعوى حتى لحظة النطق بالحكم، فإنها تفقد ولايتها الأصلية بمجرد إصدار الحكم الحاسم لهذا النزاع "تستنفذ ولايتها " وإن كانت تحتفظ بولاية تكميلية تسمح لها بتفسير هذا الحكم إذا كان غامضاً وبتصحيح ما شابه من خطأ مادي بحت إذا قام هذا الخطأ، إلا أنه بمجرد الطعن في الحكم بالاستئناف فإن محكمة الدرجة الأولى لا يصبح لها أي صلة بهذا النزاع حيث تفقد كذلك تلك الولاية التكميلية[1].

فبمجرد عرض النزاع على المجلس القضائي، ينقل الاستئناف القضية، أو بعض جوانبها التي فصلت فيها محكمة الدرجة الأولى إلى المجلس القضائي، قصد إعادة التحقيق والفصل فيها، وهو ما نصت عليه صراحة المادة 340 من ق إ م إ" ينقل الاستئناف إلى المجلس القضائي مقتضيات الحكم التي يشير إليها هذا الاستئناف صراحة أو ضمناً أو المقتضيات الأخرى المرتبطة بها. يمكن أن يقتصر الاستئناف على بعض مقتضيات الحكم. يتم نقل الخصومة برمتها عندما يهدف الاستئناف إلى إلغاء الحكم أو إذا كان موضوع النزاع غير قابل للتجزئة"[2].

فبمجرد الطعن بالاستئناف لا يمكن لمحكمة أول درجة أن تقوم بأي شيء، فالاستئناف يسلب تماماً من قضاة أول درجة المنازعة التي أصدروا فيها حكمهم، إنهم يفقدون كل السلطات التي كانوا يتمتعون بها لإصدار الحكم، ولا يبقى لهم الحق في تفسير حكمهم الغامض أو تصحيحه إذا شابه خطأ مادي أو حتى الأمر بالإجراءات الوقتية أو التبعية[3] التي تتعلق بالحكم المطعون فيه بالاستئناف، فالسلطة التكميلية التي تتمتع بها محكمة أول درجة تنتقل نتيجة الاستئناف إلى محكمة الدرجة الثانية، سواءً سلطة التصحيح أو التفسير أو غيرها من السلطات، مع مراعاة أن التفسير لا يكون له محل طالما أن حجية الأمر المقضي قد تعطلت نتيجة الاستئناف وطالما أن قضاء الاستئناف يصبح من حقه أن يصدر حكماً جديداً بدلاً من الحكم المطعون فيه، كما أنه بمجرد الطعن لا يمكن لأي من أصحاب الشأن الالتجاء إلى قضاة أول درجة لطلب القيام بأي إجراءات وقتية أو تحفظية، مثل تعيين حارس أو تقرير نفقة مؤقتة، إذ أن هذه السلطات تنتقل إلى محكمة الاستئناف نتيجة الطعن[4].

---

1. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 164.
2. فضيل العيش، المرجع السابق، ص 170.
3. لزيد من التفصيل أنظر: E.GLASSON, Albert TISSIER et René MOREL, op cit, p 341.
4. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ص 164- 165.

ولم يميز المشرع الجزائري في المادة 297 من ق إ م إ السالفة الذكر بالنسبة لخاصية " تخلي القاضي عن النزاع بعد النطق بالحكم فيه " بين مجموعة الأحكام المنصوص عليها في المادة 296 من ق إ م إ، سواءً صدرت كلياً أو جزئياً في الموضوع أو في دفع في الشكل أو بعدم القبول أو في أي طلب عارض أخر، فلم يستثني منها أي نوع من الأحكام الصادرة في الموضوع بمفهوم المادة 296 من ق إ م إ، ولم يجز للمحكمة العودة للحكم الذي أصدرته لإعادة النظر فيه، بأية وسيلة كانت، ماعدا الطعون القضائية المنصوص عليها قانوناً، لكن وإذا كان الأمر لا يثير كقاعدة عامة مشاكل بالنسبة للأحكام الفاصلة في موضوع النزاع كلياً أو في دفع بعدم القبول أو في أي طلب عارض آخر، لعدم إمكانية عودة المحكمة ثانية إلى النزاع، فإن الأمر غير ذلك بالنسبة للأحكام الفاصلة جزئياً في الموضوع أو في الدفوع الشكلية المتعلقة بصحة الإجراءات[1].

وقبل كل ذلك ولما كانت حجية الشيء المقضي فيه لا تلحق إلا بالأحكام الفاصلة في الموضوع فقد بات من الضروري إذن أن نتعرض إلى هذه الطائفة من الأحكام بشيء من التفصيل، فبالنظر إلى صياغة المادة 296 من ق إ م إ فإن الأحكام الفاصلة في الموضوع تنقسم إلى أحكام صادرة في كل أو جزء من موضوع النزاع، أو في دفوع شكلية أو بعدم قبول أو في أي طلب عارض آخر، وهي تتفق في أنها كلها تحوز حجية الشيء المقضي فيه، لكنها حجية تختلف من حيث درجة أثر وقعها على أصل الدعوى باختلاف نوع كل منها، ولو أن النص أعلاه لا يميز ما بين مدى الحجية المنبثقة على كل منها[2].

وقبل التعرض إلى المعنى المقصود من الحجية الناجمة عن الأحكام الفاصلة في دفوع شكلية أو بعدم القبول، والتي وكما سبق تفصيله أعلاه تختلف عن الحجية المذكورة في المادة 338 من القانون المدني، يتعين الإشارة أولا إلى أسباب ما أكتنف المادة 296 من ق إ م إ من غموض– يرجع في الأساس إلى عيوب لغوية في الترجمة أثرت على معناها القانوني كون الصياغة للمادة 296 من ق إ م إ مقتبسة من نص المادة 480 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي–، وصل بالبعض من المتعاملين في حقل القانون إلى التسليم بأن المشرع الجزائري أصبح يرتب على مثل هذه الأحكام نفس الحجية الناتجة عن الأحكام الصادرة في أصل النزاع، والتي نرى أنها ترجع في الأساس إلى ما شاب

1. بشير محمد، المرجع السابق، ص131.
2. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص 77– 78.

صـياغة المادة 296 من ق إ م أ من خلل ولبس في الصـياغة وهي الأسـباب التي نوجزها في النقاط التالية:

– الاستعاضـة عن مصـطلح الأحكام القطعية بمصـطلح الأحكام الفاصـلة في الموضـوع، فالواضـح أن المشـرع الجزائري وخلافاً للقانون الملغى، اسـتعمل مصـطلح الأحكام الفاصـلة في الموضـوع للتعبير على طائفة أخرى من الأحكام لا تأثير لها على موضوع النزاع وهو في ذلك يساير المشرع الفرنسـي الذي يطلق على هذا الصـنف من الأحكام " les jugements sur le fond"، مع أن المشرع الفرنسي نفسه لا يقصد من هذا التصنيف الأحكام الصادرة في أصل النزاع، باعتبار أن المقصـود من هذا المصـطلح هي الأحكام القطعية التي تنهي الخصـومة، والتي يسـتوي أن تكون صـادرة في أصـل النزاع أو في دفع شـكلي أو في عدم القبول، والتي تترتب عنها حجية يختلف وقعها باختلاف درجة مساسها بموضوع النزاع، في حين أن الصياغة الحالية للمادة 296 من ق إ م إ تبين أن المشرع الجزائري استعاض عن تسمية " الحكم القطعي le jugement définitif" بتسـمية " الحكم الفاصـل في الموضـوع، والحقيقة أن الأمر يتعلق بترجمة حرفية للمادة 480 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي التي وكما سبقت الإشارة تعبر عن تقسيم للأحكام قطعية وهي ما يصطلح عليها المشرع الفرنسي بـــ " les jugements sur le fond "، وهي أحكام قاطعة في أصـل المنازعة لا النزاع[1] في الحالة التي تقتصـر على دفوع شـكلية أو عدم القبول، وأحكام غير قطعية وهي ما يصطلح عليها بتسمية الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع[2].

– التوسيع من مجال أثار الحجية إلى النزاع المفصـول فيه بدل حصـره في ما تم الفصـل فيه من منازعة، خلافاً للصـياغة الفرنسـية للفقرة الأخيرة من المادة 296 من ق إ م إ التي حصـرت أثار الحجية نسبياً في المنازعة المفصول فيها "relativement à la contestation qu’il tranche "، فإن الصياغة العربية لنفس الفقرة تضمنت لُبساً كبيراً بأن تضمنت صياغة تبعث على الاعتقاد أن المشـرع يوسـع من مجال هذا الأثر إلى النزاع المفصـول فيه (أي عنصـر القرار في الطلب القضائي)، رغم أن ذلك لا يستقيم إلا في الحالة التي يقطع فيها القاضي بحكم في موضع الطلب القضائي أو في صنف من الدفوع بعدم القبول الموضوعية، ولا يمتد إلى الأحكام الفاصلة في دفوع شكلية أو في دفوع بعدم القبول الشكلية، طالما أن هذه الأحكام في الأصل لا تتضمن مناطيقها أي

1. " مع أنها قد تكون فاصلة في النزاع في الحالة التي تحسم أصل الحق محل المطالبة القضائية".
2. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص 83– 85.

فصل في النزاع برمته وإنما تكتفي بالبث في منازعة ما، حول نقطة أثيرت داخل الخصومة سواءً تلقائياً من القاضي، أو بعد منازعة من الخصوم وبالتالي فمجال الفصل بالنسبة لهذه الأحكام ليس موضوع النزاع بمفهوم المادة 25 من ق إ م إ، وإنما مسألة أخرى بعيدة عن عنصر القرار في الطلب القضائي، والملاحظ أيضاً أن الصياغة العربية في الفقرة الأخيرة من المادة 296 أعلاه وبعدم تضمنها لعبارة " نسبيا في المنازعة التي فصل فيها " على حد تعبير صياغتها الفرنسية، وورودها بصياغة " ويكون هذا الحكم حائزاً لحجية الشيء المقضي فيه في النزاع المفصول فيه "[1]، تكون قد وسعت مدى الحجية إلى أشياء هي في الأصل غير مفصول فيها من الأساس، فهي تشير إلى النزاع المفصول فيه على الرغم من انه قد لا يُفصل فيه إذا تعلق بأحكام في دفوع شكلية أو بعدم القبول[2]، وهو أمر يصطدم وفكرة الحجية في حد ذاتها التي تفترض لإعمالها وجود مجال لها يتحكم فيه القاضي بقضائه بعد إخطاره من قبل الخصوم، فلا حجية في غير ما لم يتسلط عليه القاضي بقضائه، وعلى هذا الأساس فالحجية تشمل الشيء المقضي فيه ولا مجال لإعمالها في المقتضيات غير المقضي فيها، كما هو الشأن في الحالة التي تنهى فيها الخصومة بحكم في دفع شكلي أو في دفع بعدم القبول والتي تحوز حجية نسبية في المنازعة المفصول فيها فقط، دون أي تأثير لها على موضوع النزاع ما دام لم يفصل فيه بعد[3].

وعلى هذا الأساس، فإن المعطيات أعلاه تدفعنا إلى القفز على التفسير اللفظي لأحكام المادة 296 من ق إ م إ واعتماد القراءة الصحيحة لروح هذه المادة التي تبين أن المشرع إنما قصد بالمصطلح الأحكام الفاصلة في الموضوع، الأحكام القطعية "le jugement définitif" حسب تعبير المادة 106 من قانون الإجراءات المدنية الملغى والتي استعاض عنها المشرع الجزائري في القانون الحالي في المادة 296 بمصطلح الأحكام الفاصلة في الموضوع[4].

---

1. " رغم أن النص العربي في المادة 296 من ق إ م إ جاء بعبارة – في النزاع المفصول فيه– والتي من المفروض أن ترجمتها تكون au litige qu'il tranche إلا أن ترجمة العبارة إلى اللغة الفرنسية جاءت متطابقة مع الصياغة الفرنسية الواردة في المادة 480 من قانون الإجراءات الفرنسي التي جاءت بعبارة la contestation à qu'iltranche".
2. " وهو أمر من تحصيل حاصل طالما أن محل النزاع لا يمكن أن يقتصر على الفصل في الجوانب شكلية للدعوى أو مدى قبولها، فالمتقاضي لا يهدف من دعواه التصريح له بقبولها شكلاً أو الاعتراف له بحقه في رفعها وإنما يهدف دائماً إلى إصابة النزاع في مقتل بالحكم له في أصل الحق.
3. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص 85– 87.
4. المرجع نفسه، ص ص 87– 88.

وإذا كان المشـرع في المادة 297 السـالفة الذكر لم يميز بين الحكم الصـادر كلياً في موضـوع النزاع والحكم الصـادر في جزء منه، فيما يتعلق بمدى تخلي القاضـي عند الفصـل فيهما، واعتبر انه يستنفذ ولايتها بمجرد النطق بهما، فإن هذه المقتضيات لا تخص في نظرنا الأحكام الصادرة جزئياً في موضوع النزاع سوى الشق الأخير منها ولا يمكن أن تتعدى ذلك لتشمل الشق الصادر قبل الفصل في الموضـوع، وقد سـبق لنا أن بينا أن الأحكام الفاصـلة جزئياً في الموضـوع تتمتع بطبيعة مزدوجة باعتبارها تفصـل في شـق منها في جزء من موضـوع النزاع وتحتاج للفصـل في المتبقي منه إلى إجراء من إجراءات التحقيق كالفصـل في موضـوع المسـؤولية وتعيين خبير لتحديد مقدار التعويض، فإذا كان لا يمكن للمحكمة العودة ثانية إلى الشـق المتعلق بالموضـوع باعتبارها فصـلت واسـتنفذت سـلطته فيه، كما هو عليه الحال بالنسـبة لفكرة المسـؤولية في المثال السـابق، فقد تضـطر عند إعادة السـير في الدعوى أمامها بعد إنجاز الخبير لخبرته أن تعود ثانية إلى الشـق من الموضـوع الذي لم تفصـل فيه، وتستعين في ذلك بإجراء التحقيق الذي أمرت به[1].

أولاً: الأحكام الصادر كلياً في موضوع النزاع

الأحكام الفاصـلة في موضـوع النزاع هي تلك الأحكام التي تنهي الخصـومة وذلك بالفصـل في الموضـوع أو الحق الذي من أجله رفعت الدعوى، وفي جميع المواد مدنية عقارية، تجارية اجتماعية، شؤون الأسرة وغيرها ما عدا تلك التي نص عليها القانون بنص خاص بعدم جواز استئنافها[2].

إن قاعدة استنفاذ الولاية قد تخاطب الأحكام الفاصلة في موضوع النزاع متى عمد القاضـي إلى حسم مسائل قانونية ذات صلة مباشرة بأصل الحق أو إثباته، كما هو الشأن في إحالة القضية للتحقيق بسـماع الشـهود بعد المنازعة في جواز الإثبات بالشـهادة أو القول بأن وقائع معينة حاسـمة في النزاع، فإنه ومتى ثبتت هذه الوقائع بعد التحقيق تقيد القاضـي بهذه القطعية، إذ ليس له أن يرجع عن تقديره في مسـألة القطعية من عدمها تحت طائلة تجاوز اختصـاصـه وسلطته، وفي هذا الصـدد يرى الدكتور أحمد أبو الوفاء[3] أن المحكمة هنا تتقيد بما أثبته حكمها من أن الوقائع المدعى بها حاسـمة للنزاع وفي

1. بشير محمد، المرجع السابق، ص132.
2. يوسف دلاندة، طرق الطعن العادية والغير عادية في الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة أمام القضاء العادي والإداري، المرجع السابق، ص40.
3. أنظر: أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، المرجع السابق، ط6، ص 529.

الواقع يكون الحكم قد استنفذ ولاية المحكمة في هذا الصدد، فلا يجوز لها أن تعود وتقرر مرة أخرى أن الوقائع غير حاسمة، فمثل هذا القضاء يلزم المحكمة لأنه قضاء قطعي حاسم فيما فصل فيه[1].

أما إذا لم يُنهِ الحكم النزاع، فلا يمكن طرحه ثانية أمام الجهة العليا عن طريق الطعن فيه بالاستئناف أو النقض إذ اشترط المشرع، بمقتضى المادتين 333 و350 من ق إ م إ، لقبول هذين الطعنين ضد هذا النوع من الأحكام، أن تكون قد أنهت النزاع، الأمر الذي يعني بمفهوم المخالفة انه لا مفر للمدعي في حالة عدم إنهاء الحكم الذي صدر ضده في دفع شكلي أو بعدم القبول أو أي طلب عارض آخر سوى إعادة طرح نزاعه ثانية أمام نفس المحكمة بعد الالتزام بالمساعي التي أمرت بها[2].

ثانياً: الحكم الصادر جزئياً في موضوع النزاع

الأحكام الفاصلة في جزء من موضوع النزاع هي تلك التي تقضي المحكمة بموجبها بالفصل في إحدى الطلبات دون الأخرى أو في مسألة المسؤولية وفي آن واحد بتعيين خبير لتقدير الضرر أو الحكم بإجراء تحقيق بإحدى الطرق المقررة قانوناً، ففي هذه الحالة فالحكم فصل في جزء من موضوع النزاع وأرجأ الفصل في الجزء الثاني لحين استكمال التحقيق المطلوب وهو نوع من الأحكام التي كان يعبر عنها قانون الإجراءات المدنية القديم بالأحكام التمهيدية والتي كانت قابلة للاستئناف[3].

كما هو الشأن مثلاً في الحكم الصادر في دعوى المسؤولية التقصيرية بالفصل في مسؤولية المدعى عليه عن الضرر الواقع على المدعي بعد تنازعهما في ذلك، ثم تعيين خبير من أجل تقدير التعويض، ففي مثل هذه الحالة يكون القاضي قد فصل في جزء من موضوع النزاع في الجانب المتعلق بالمسؤولية، وأرجأ الفصل في الجزء الآخر المتمثل في تقدير التعويض إلى مرحلة ما بعد الخبرة، وفي هذه الحالة ومتى تم الالتجاء إلى تعيين خبير من اجل تقدير الضرر رغم منازعة الخصم في توافر عنصر الخطأ المولد لهذا الضرر، يكون القاضي قد قطع ضمنياً بمسؤولية المدعى عليه ويترتب عن ذلك استنفاذ ولايته في هذه النقطة، وليس له أن يراجع نفسه فيها بعد رجوع الدعوى بعد الخبرة، وإذا دفع المدعى عليه مجدداً بعدم مسؤوليته توجب على القاضي القضاء بعدم اختصاصه في ذلك، تأسيساً

---

1. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص 78- 79.
2. بشير محمد، المرجع السابق، ص133.
3. يوسف دلاندة، طرق الطعن العادية والغير عادية في الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة أمام القضاء العادي والإداري، المرجع السابق، ص ص41- 42.

على استنفاذه لولايته في النقطة القانونية المثارة ولو ضمنياً، ولا مجال هنا لإعمال قاعدة حجية الشيء المقضي فيه ما دامت الخصومة لم تنتهي بحكم فاصل كلياً في موضوع النزاع[1].

ثالثاً: الأحكام الفاصل في دفع بعدم القبول

عرفت المادة 67 من ق إ م إ الدفع بعدم القبول بأنه: " هو الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي، كانعدام الصفة وانعدام المصلحة والتقادم وانقضاء الأجل المسقط وحجية الشيء المقضي فيه وذلك دون النظر في موضوع النزاع"[2].

ومن أكثر المسائل التي أثارت – ومازالت – خلافاً حولها سواءً في الفقه أو القضاء[3]، ونقصد بهذه الطائفة، الأحكام الفاصلة في أحد الدفوع بعدم القبول بمفهوم المادة67 من ق إ م إ، وهي بصريح هذا النص لا تمس بموضوع النزاع وإنما تنكر على المدعي حقه في الدعوى ولا تتعرض لأصل الحق محل المطالبة القضائية، وبالتالي فمبدئياً لا تتمتع بالحماية التي تخولها حجية الأحكام والتي بموجبها تحظر على المدعي إعادة طرق مرفق باب القضاء من جديد للمطالبة بحماية نفس الحق الموضوعي، إلا في أحوال معينة تتفق فيها مع الدفوع المقدمة في الموضوع[4].

وعلى غرار الأحكام الفاصلة في كل أو جزء من موضوع النزاع، فإن القراءة الأولية للمادة 296 من ق إ م إ أعلاه، والتي تقابلها بتطابق تام المادة 480 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي[5]، تبعث على الاعتقاد أن المشرع يرتب حجية الشيء المقضي فيه على الأحكام التي اكتفت بالفصل في دفع بعدم القبول، وإذا كان من المستساغ التسليم بذلك للدفوع بعدم القبول الموضوعية، أي التي تصيب موضوع النزاع في مقتل شأنها شأن الدفوع الموضوعية، كما هو الشأن مثلاً في الحكم بعدم قبول للتقادم أو لسبق الفصل فيها أو لعدم قانونية المصلحة، فإن الأمر غير ذلك بالنسبة للدفوع بعدم القبول الشكلية أي التي تتشابه مع الدفوع الشكلية من حيث الأثر المتعلق ببعدها التام عن المساس بموضوع

---

1. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص 80.
2. مسعودي محمد لمين، المرجع السابق، ص 33.
3. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 57.
4. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص 80- 81.
5. L’art.480. c.pr. civ. Français " Le jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal, ou celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident a, dés son prononcé, l’autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu’il tranche…"

النزاع وفي كل مقتضياته، كما هو الشأن مثلاً بالنسبة للحكم الصادر بعدم قبول الدعوى لعدم استيفاء القيد المقرر قانوناً والذي يتشابه كليةً مع الحكم ببطلان إجراءات رفع الدعوى لانعدام التفويض لممثل الشخص المعنوي وهو دفع شكلي، فقد يحدث أن يحصل المدعي على الإذن في وقت لاحق على عدم قبول دعواه وله أن يعيد رفع دعواه من جديد، ولا مجال لإعمال قاعدة حجية الشيء المقضي فيه ولا مجال لإعمال قرينة الحجية، أو الحكم بعدم قبول الدعوى لانتفاء صفة رافعها إذا تغيرت المعطيات الواقعية المكونة للصفة بمعطيات جديدة، وقد يحدث أن يمتلك المستأجر العين المستأجرة بشرائها من المالك في وقت لاحق على صدور الحكم بعدم قبول دعواه الرامية إلى استحقاق نفس العين، ففي هذه الحالة وفي ظل تغيير العناصر الواقعية المكونة للصفة فسيكون للمالك المستأجر السابق رفع دعواه من جديد بعد ثبوت صفته ولا يصطدم هنا بقاعدة الحجية المانعة من رفع نفس الدعوى من جديد[1].

رابعاً: الأحكام الصادرة في دفع شكلي

يقصد بالدفوع الشكلية أو الإجرائية كافة الدفوع المتعلقة بإجراءات الدعوى ولا تمس أصل الحق المدعى به أو الحق في رفع الدعوى، ويكون الهدف منها إما إبطال أو وقف أو إنهاء الإجراءات[2].

والحكم الصادر في دفع شكلي لا يتعرض لا لأصل الحق محل المطالبة القضائية، ولا حتى لحق المدعي في التداعي أمام القضاء، وبالتالي فلا علاقة له بموضوع النزاع وبالتبعية فلا تأثير له عليه، وترتيباً على ذلك فمبدئياً لا تترتب على مثل هذا الصنف من الأحكام أية حجية مانعة من إعادة طرق أبواب القضاء من جديد، بعد تصحيح المقتضيات الإجرائية التي كانت أساساً واقعياً للدفع الشكلي الذي انتهى إلى الحكم المنهي للخصومة بسبب عيب في الإجراءات، ومع ذلك وبالرغم من أن الصياغة التي جاءت بها المادة 296 من ق إ م إ تبعث على الاعتقاد أن المشرع الجزائري أدرج الأحكام الصادرة في دفوع شكلية أو بعدم القبول ضمن طائفة الأحكام الفاصلة في الموضوع التي تحوز حجية الشيء المقضي فيه، إلا أن القراءة المتأنية للمادة أعلاه التي هي في الأصل جزأرة لنص المادة 480 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، تقودنا إلى معنى أخر للحجية المترتبة على مثل هذه الأحكام، باعتبار أن المشرع لا يقصد منها التوسيع في مجال إعمال الدفع بحجية الشيء المقضي فيه بمفهوم المادة 67 من ق إ م إ[3]، كما سبق وقدمنا.

---

1. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص 81- 82.
2. طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص470.
3. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص 82.

والملاحظة هنا أن ما ينجم عن الأحكام الفاصلة في دفوع شكلية أو بعدم القبول لا يعد حجية بمفهوم المادة 338 من القانون المدني، كما قد يُستشف مبدئياً من القراءة الأولية للنص العربي للمادة 296 من ق إ م إ، بدليل ان الصياغة الفرنسية لنفس المادة والتي تتطابق تماماً مع نص المادة 480 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي تكلمت عن الطابع النسبي لهذه الحجية، والذي حصرته في المنازعة المفصول فيها بأن أوردت عبارة " نسبياً " " relativement "، وهي إشارة واضحة إلى أن لا تأثير لهذا النوع من الحجية على موضوع النزاع، طالما أنها تلحق المنازعة "contestation" لا النزاع "litige" وشتان بين المصطلحين من حيث الأثر، المنحصر فقط في المنازعة المفصول فيها بأساسيها الواقعي والقانوني[1]

كذلك فإن قضاة الدرجة الأولى لا يمكنهم أن يفصلواْ حول مدى حق الخصم الذي كسب الحكم أن يتنازل عنه طالما أنه طعن فيه بالاستئناف، إذ يجب عليهم في هذه الحالة، أن يقرراواْ دون تحفظ عدم اختصاصهم، فهذه السلطة تنتقل مع الدعوى نفسها إلى محكمة الاستئناف، ومعنى ذلك أنه ينتج عن الأثر الناقل للاستئناف أن محكمة أول درجة التي نطقت بالحكم إنما تتخلى عنه تماماً ويسند الاختصاص إلى محكمة الدرجة الأعلى وحدها، حيث أن اختصاص كل قضاء مسألة تتعلق بالنظام العام، وقضاة أول درجة لا يمكنهم، ولو برضاء الخصوم، أن يتعرضواْ ويفصلواْ في مسألة معرفة ماذا كان استئناف الحكم مقبولاً أم لا، كما أنه لا يمكنهم أن يحتفظواْ كذلك بالحق في النظر في بطلان الاستئناف، هذه هي النتيجة الأولى المترتبة على الأثر الناقل للاستئناف " استنفاذ محكمة الدرجة الأولى تماماً لولايتها، الأصلية والتكميلية، على النزاع"، إذ أن تلك الولاية تنتقل إلى محكمة الدرجة الثانية، التي تتمتع بكامل السلطات تجاه هذا النزاع وتلزم بمباشرتها من تلقاء نفسها، وهذه هي النتيجة الثابتة التي نعالجها الآن بالتفصيل[2].

الفرع الثاني: نتائج الأثر الناقل بالنسبة لمحكمة الدرجة الثانية

إذا كان سلب الولاية الكاملة من محكمة أول درجة فيما استنفذت ولايتها بشأنه على النزاع، هو الوجه السلبي لمبدأ الأثر الناقل للاستئناف، فإن تأكيد اختصاص قضاة محكمة الدرجة الثانية بنظر هذا النزاع هو الوجه الإيجابي لهذا المبدأ أو الطابع الإلزامي لهذه المحكمة[3]، حيث ينتقل النزاع إليهم، ويصبح

---

1. معزوزي علاوة، المرجع نفسه، ص 94.
2. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ص 165- 166.
3. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص 73.

من حقهم وحدهم التصدي لأي مشكلة تنصب على موضوع الحكم المطعون فيه، فإذا شاب الحكم المطعون فيه خطأ مادي بحت كان لقضاة الاستئناف وحدهم تصحيحه، كذلك الحال بالنسبة لتفسير الحكم المطعون فيه، إذا كان ثمة فائدة تعود من تفسيره، بالرغم من الطعن فيه بالاستئناف، كما أن لهم وحدهم سلطة الأمر بالإجراءات الوقتية أو التبعية التي تتعلق بالحكم المطعون فيه أمامهم[1].

كما أن محكمة الدرجة الثانية وحدها تختص بالفصل فيما إذا كان النفاذ المعجل يجب أن يؤمر به، وكذلك وحدها التي تقرر ما إذا كان الاستئناف بهدف المماطلة، أو انه غير صحيح، وأيضاً هي التي تأمر بالاستمرار في متابعة الإجراءات التي توقفت، كما أن لها سلطة تقدير مسألة قبول المحكوم عليه للحكم الابتدائي أو تنازله عنه المانع من استئنافه، فالأثر الناقل للاستئناف على هذا النحو ينقل وبشكل كامل سلطات محكمة أول درجة التي كانت لها على النزاع، وفي حدود ما استنفذت ولايتها بشأنه على محكمة الدرجة الثانية، ويشمل هذا النقل تلك السلطة في مجموعها، أصيلة أو تكميلية أو تبعية[2].

معنى ذلك انه يوجد نقل للسلطات – نتيجة الاستئناف– من أول درجة إلى ثاني درجة نقل كامل، ويشمل السلطات الأصلية والسلطات التبعية والتكميلية، وهذا النقل للسلطات إنما هو له طابع إلزامي فمن ناحية، ليس لقضاة أول درجة ممارسة أي من هذه السلطات بمجرد الطعن في الحكم بالاستئناف فقد أصبحواْ غير مختصين نوعياً بالنظر في النزاع الذي أصدرواْ فيه حكمهم، ومن ناحية أخرى يصبح لزاماً على قضاة الاستئناف أن يفصلواْ في المنازعات التي طرحت عليهم ولا يمكن لهم أن يحيلواْ الخصوم من جديد إلى قضاة الدرجة الأولى[3]، فالنزاع قد انتقل إلى قضاة الدرجة الثانية، نتيجة الطعن بالاستئناف، كي يفصلواْ فيه لا كي يتخلواْ عنه لمصلحة أي قضاء آخر أياً كان، فاختصاص قضاة الدرجة الثانية له طابع إلزامي حيث أنهم يختصون بقوة القانون بالنظر في النزاع المطروح عليهم دون أن يتمتعواْ بأي سلطة تقديرية في ذلك، فليس لهم أن يحيلواْ إلى قضاة أول درجة نظر النزاع الذي انتقل إليهم ولا حتى بالنسبة لجزء معني منه، ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة ، فيمكن لقضاء الاستئناف أن يحيل جزءاً من

---

1. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ص 166– 167.

2. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص ص 72– 73.

3. voir notamment Civ, 15/01/1895,s,99.1.390; 7/05/1924,s.,1924.1.301. suivant une formule souvent reproduite dans les arrêts « il n'est dérogé à la règle de l'effet dévolutif ni par l'article 473c. proc. Qui ne concerne que les appels des jugements qui n'ont pas statué sur le font même du débat ni par l'article 472 qui n'autorise le juge d'appel à renvoyer les parties devant un autre tribunal que pour faire statuer sur les différends auxquels peut donner lieu l'exécution d'un arrêt. ».E.GLASSON, Albert TISSIER et René MOREL, op cit, p 340.

النزاع إلى قضاء أخر وذلك في حالتين: في حالة اتفاق الخصوم على أن تبحث محكمة الاستئناف جزءاً فقط من دعواهم وان تحيل الباقي إلى قضاء أخر، وكذلك في حالة عدم التجزئة بين النقطة محل النزاع في الاستئناف والمسائل التي لم يفصل فيها بعد أمام أول درجة[1].

ويفترض أن هيئة حكم الدرجة الثانية تضم قضاة أكثر خبرة وتجربة وهو ما ينعكس على نوعية أحكامها، كما أن تشكيلة هيئة حكم الدرجة الثانية غير تشكيلة هيئة حكم الدرجة الأولى، ذلك أن مقتضيات مبدأ التقاضي على درجتين تفرض عدم جواز مشاركة القاضي في هيئة حكم الدرجة الثانية وقد سبق له المشاركة في هيئة حكم الدرجة الأولى، واعتبر جانب من الفقه أن مشاركة القاضي في هيئة الحكم على مستوى الدرجة الثانية فيه مساس صارخ بالنظام العام ومبدأ التقاضي على درجتين[2].

إذن أهم أثر يترتب على الاستئناف (وذلك بجانب الأثر الموقف للاستئناف[3]، الذي يعني انه طالما كان الحكم قابلاً للطعن بالاستئناف فإنه يمتنع تنفيذه ويظل هذا المنع قائماً إلى أن ينقضي ميعاد الاستئناف أو يقضى برفض الاستئناف)، هو الأثر الناقل، حيث يترتب على رفع الاستئناف نقل موضوع النزاع – في حدود طلبات المستأنف – إلى محكمة الدرجة الثانية وإعادة طرحه عليها بكل ما اشتمل عليه من أدلة وأوجه دفاع لتقول كلمتها فيه بقضاء مسبب يواجه عناصر النزاع الواقعية والقانونية على السواء، فكل ما سبق أن أبداه المستأنف عليه أمام محكمة الدرجة الأولى من دفوع وأوجه دفاع تعتبر مطروحة أمام محكمة الاستئناف للفصل فيها بمجرد رفع الاستئناف، سواءً في تلك الأوجه التي أغفلت

---

1. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ص 167- 168.
2. بوراس عادل وبوشنافة جمال، إشكالات التقاضي على درجتين في المادة الإدارية بين متطلبات المبدأ وتوجهات المشرع الجزائري، المرجع السابق، ص 313.
3. " **الأثر الموقف للاستئناف:** أثر عام في طرق الطعن العادية نصت عليه المادة 323 من ق إ م إ التي جاء فيها: " يوقف تنفيذ الحكم خلال أجل الطعن العادي كما يوقف بسبب ممارسته"، ويعني ذلك أن الحكم الصادر عن المحكمة لا ينفذ ويجمد طيلة آجال الاستئناف المذكورة أعلاه، ويجمد كذلك في حالة رفع الاستئناف من طرف أحد الخصوم في هذا الحكم إلى غاية الفصل في الاستئناف ما لم يكن هذا الحكم مشمول بالنفاذ المعجل، وهذا أثر ضروري و منطقي، لأن الحكم سوف يراجع أمام المجلس وقد يلغى، فمن الأجدر تجميد تنفيذه إلى غاية مراقبته من الدرجة الثانية، فلو نفذنا حكم المحكمة، ومن ثمة ألغى المجلس الحكم، فإننا نجد صعوبة في إرجاع الحال إلى ما كان عليه قبل التنفيذ وأحياناً يستحيل ذلك، ولتجنب هذه الصعوبات فإننا نجمد تنفيذ هذا الحكم طيلة أجل الاستئناف، وفي حالة رفع الاستئناف يوقف مدة نظره من المجلس". مسعودي محمد لمين، المرجع السابق، ص ص 40- 41.

محكمة الدرجة الأولى الفصل فيها أو التي فصلت فيها لغير مصلحته[1]، وعلى المحكمة أن تفصل فيها إلا إذا تنازل المستأنف عليه عن التمسك بشيء منها صراحة أو ضمناً[2].

كما يمكن لقضاة الاستئناف أن يأمرواْ بإجراء تحقيقات جديدة، ولهم بالعكس رفض إجراءات تحقيق معينة، كما أن لهم إعطاء واقعة معينة تكييفاً مغايراً لذلك الذي أعطته محكمة أول درجة، معنى ذلك أن محكمة الاستئناف تتمتع بسلطة تقديرية كبيرة، وعلى هذا الأساس فإن لقضاة الاستئناف، بعد فحص الدعوى، أن يتبنواْ أحد الحلول الآتية: يمكن لهم أن يؤكدواْ تماماً الحكم الصادر عن أو ل درجة، بتقدير أن محكمة أول درجة قد أصدرت قضاءً حسناً، ويمكن لهم كذلك أن يصححواْ حكم أول درجة، موجهين بذلك الانتقاد لمحكمة الدرجة الأولى، ويمكنهم أيضاً أن يعدلواْ حكم أول درجة بصورة جزئية، بمعنى تعديل بعض النقاط والإبقاء على الأخرى، وأخيراً من حق قضاء الاستئناف إذا بدا لهم أن الدعوى لم يتم تحقيقها بصورة كاملة أن يأمرواْ بكل إجراءات التحقيق التي تبدواْ لهم ضرورية، وذلك بالأمر بالتحقيق أو بالخبرة أو بحضور الخصوم أنفسهم أمامهم إلى غير ذلك من إجراءات التحقيق التي يرونها ضرورية، ولكن ليس معنى ذلك أن سلطة قضاة الاستئناف غير مقيدة[3]، وعلى هذا النحو، فالأثر الناقل للاستئناف يجب تحديد نطاقه بعناية[4].

الفرع الثالث: قيود الأثر الناقل بالنسبة لمحكمة الدرجة الثانية

يتقيد الأثر الناقل للاستئناف بحدود خصومة الاستئناف ويترتب على ذلك أن محكمة الاستئناف لا تنظر سوى الطلبات التي فصلت فيها محكمة أول درجة والتي رفع عنها الاستئناف فقط، كما أن الخصوم أمام محكمة الاستئناف هم أنفسهم خصوم أول درجة، وتعتبر تلك الأمور بمثابة قيود على محكمة الاستئناف ونعرض لها بالتفصيل[5].

---

1. قرار رقم 882206 مؤرخ في 2014/01/09 م م ع 2014، ع 01، ص 246، " المبدأ: ينقل الاستئناف، إلى المجلس القضائي، مقتضيات الحكم التي يشير إليها هذا الاستئناف صراحةً أو ضمناً أو المقتضيات الأخرى المرتبطة بها. لا يحق لقضاة المجلس استبعاد الدفع بالتقادم، المثار خلال الدعوى المنتهية بالحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع وغير المثار في الدعوى المنتهية بالحكم القطعي المستأنف".
2. أحمد هندى، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 594.
3. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ص 170- 171.
4. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص 67.
5. أحمد هندى، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 595.

أولاً: لا يُنقل إلى محكمة الاستئناف إلا ما رفع عنه الاستئناف

هناك قيد هام يتمثل في انه لا يُطرح على محكمة الاستئناف إلا ما طعن فيه الخصوم بالاستئناف، ويعبر عن ذلك بقاعدة Tantum, devolutum quantum appellatum، وهذه القاعدة اللاتينية القديمة كرسها المشرع المصري في المادة 232 مرافعات بالقول " الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط "، وأوضحها المشرع الفرنسي في المادة 1/562 مرافعات بالقول " الاستئناف لا ينقل إلى محكمة الدرجة الثانية إلا الاختصاص بنظر أوجه الحكم التي طعن فيها صراحةً أو ضمناً وتلك التي تتبعها"، فالأثر الناقل لا يعني أن كل مسائل الواقع والقانون التي طرحت على أول درجة تطرح تلقائياً على محكمة ثاني درجة، فلا ينتقل إلى الدرجة الثانية إلا ما تم الطعن فيه بالاستئناف فعلاً، إذ أن قضاء الدرجة الثانية لا ينظر النزاع إلا في حدود الاستئناف المقدم أمامه، فلا تُطرح على محكمة الاستئناف جميع النقاط وإنما فقط النقاط التي قدم عنها استئنافاً، فيجب أن يكون ما يعرض على محكمة الاستئناف قد انتزع من الخصومة الأصلية، وقام أحد الخصوم بطرحه عليها حتى تفصل فيه[1].

ونقصد بذلك أن الذي يحدد نطاق الأثر مبدئياً هو إرادة الطاعن، فهو الذي يحدد في طلباته ماذا يريد لمحكمة الاستئناف أن تنظره من خصومة أول درجة، ويعني هذا الأثر أنه إذا كان المطعون فيه هو كل الحكم الصادر في جميع طلباته برفضها، فإن كل هذه الطلبات تعتبر مطروحة من جديد على محكمة الاستئناف، أما إذا تعددت الطلبات، وأجابت محكمة أول درجة بعضها ورفضت الباقي، فإن ما يطرح على الاستئناف فقط هو الجزء المتبقي الذي رفضته محكمة أول درجة، وهو ما يحدده الطاعن في صحيفة الطعن، فإذا كان الطاعن قد طلب تعويضاً أمام محكمة أول درجة قدره مائة ألف جنيه، فحكمة المحكمة له بخمسين ألف فقط، فإن نطاق الطعن يتحدد بخمسين ألف وليس بالمائة، فإذا حكمت محكمة الاستئناف بأكثر من هذا المبلغ فإنها تكون قد حكمت بأكثر مما يطلبه الخصوم[2].

وإذا ضمت دعويان لنظرهما معاً أمام محكمة واحدة، وكانتا متحدتين فإن هذا الضم يؤدي إلى دمج الدعويين بحيث تفقد كل منهما استقلالها، فإذا طعن بالاستئناف في الحكم الصادر في إحداهما فإن الطعن ينصرف إلى الدعويين معاً وعلى المحكمة الاستئنافية أن تنظر الطلبين معاً، وإذا صدر الحكم مشتملاً على قضاء مختلط – أي انه صدر في بعض أجزائه لصالح المدعي والبعض الآخر

---

1. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ص 171- 172.
2. طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص744.

لصالح المدعي عليه – واستأنف احدهما الشق الصادر ضده فلا يطرح على المحكمة الاستئناف إلا هذا الشق وحده، على أنه يجب مراعاة أنه بالنسبة للأحكام الصادرة قبل الحكم المنهي للخصومة، تعتبر مستأنفة بقوة القانون باستئناف الحكم المنهي، مع ملاحظة أنه إذا اشتمل الحكم المنهي للخصومة على شقين واستؤنف في شق منه فلا يعتبر مستأنفاً بقوة القانون إلا الأحكام غير المنهية للخصومة المتعلقة بهذا الشق، ويراعى كذلك أنه إذا رفضت محكمة أول درجة الطلب الأصلي وفصلت في الطلب الاحتياطي فإن استئناف الحكم في الطلب الاحتياطي يطرح أمام محكمة الاستئناف أيضاً الطلب الأصلي دون حاجة إلى استئناف خاص به، ويفترض هذا أن يكون طرفا الطلب الأصلي هما نفسهما طرفا الطلب الاحتياطي، فإن اختلفا فإن استئناف الحكم في الطلب الاحتياطي لا يطرح الطلب الأصلي إلا بشرط اختصام المحكمة له بالنسبة لهذا الطلب[1].

وما ينتقل إلى محكمة الاستئناف ليس فقط الأجزاء التي طَعن فيها المستأنف صراحةً، وإنما أيضاً تلك التي طعن فيها ضمناً وتلك التي تعتمد عليها، حسب نص المادة 1/562 مرافعات فرنسي، فالمستأنف يطعن ضمناً، دون أن يكون في حاجة إلى التصريح بذلك في صحيفة الاستئناف، في كل ما يتصل بالضرورة بحكم أول درجة أو بالأجزاء التي طعن فيها، وبالتالي ينتقل الاختصاص بها إلى محكمة الاستئناف مع مراعاة أن المستأنف الذي أوضح صراحةً دون تحفظ، في صحيفة استئنافه، قصر طعنه على بعض أوجه الحكم لا يكون مقبولاً منه أن يتقدم أمام محكمة الاستئناف بطلبات أخرى خلاف تلك الموضحة في عريضة الطعن، وإذا لم يقم المستأنف بتحديد أوجه الطعن أو الأجزاء من الحكم التي يطعن فيها أو جاء الطعن في عبارات عامة فإن النقل يكون كاملاً، وتصبح محكمة الاستئناف ملزمة بالفصل في كل النزاع، أي أنها تنظر الحكم في مجموعه ما كان منه في مصلحة المستأنف أو ضده[2].

ذلك أن صحيفة الطعن بالاستئناف هي التي تحدد مدى الأثر الناقل، وتوضح ما إذا كان النقل كلياً أو جزئياً، فإذا كانت صحيفة الاستئناف قد قصرت الطعن على بعض أجزاء حكم أول درجة فإن قاض ثاني درجة لا يمكن أن يتعرض للأجزاء التي لم يوجه إليها الاستئناف، ما لم يقدم المستأنف عليه استئنافاً فرعياً، وإلا فإنه يعتبر قد تعدى على مبدأ قوة الشيء المقضي الذي يتمتع به الجزء من الحكم الذي لم يطعن فيه، كما أنه بذلك يعتبر قد خالف المبدأ الذي بمقتضاه لا يمكن للقاضي أن يقضي إلا فيما طلب منه، وعليه فإن مدى الاستئناف يعتمد في الحقيقة على نفس عبارات صحيفة الطعن، وإذا

1. أحمد هندى، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ص 597– 598.
2. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ص 175– 176.

كانت محكمة الاستئناف هي التي تقدر ما إذا كانت هذه العبارات عامة أم لا، إلا أنها لا يمكن أن تضيف إليها استناداً إلى حجج مستمدة من نوايا المستأنف، سواءً كان هذا استنتاجاً منطقياً أم لا، لكن يمكن القول أن الاستئناف المرفوع في عبارات عامة يوجه إلى كل أجزاء الحكم عدا تلك التي قبلها المستأنف مما يجعلها غير قابلة للطعن[1].

ثانياً: لا يُنقل إلى محكمة الاستئناف إلا ما فصلت فيه محكمة أول درجة

فالاستئناف لا ينقل إلى محكمة ثاني درجة إلا ما فصل فيه من محكمة أول درجة Tantum devolutum quantum judicatum[2]، وفقاً للقاعدة اللاتينية، فالطلبات التي أبديت أمام محكمة الدرجة الأولى ولم تفصل فيها ولم تستنفذ بالنسبة لها ولايتها، لا تنتقل إلى محكمة الدرجة الثانية، وعلى هذا نصت المادة 232 مرافعات مصري بقولها "أن الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف"، وهذا القيد يترتب على طبيعة خصومة الاستئناف باعتبارها خصومة الدرجة الثانية للتقاضي، ولا يجوز لها أن تنظر في الطلبات التي قدمت أمام محكمة أول درجة دون أن تفصل فيها لما في ذلك من تفويت درجة من درجات التقاضي على الخصوم، معنى ذلك أنه احتراما لمبدأ التقاضي على درجتين ونظراً لأن الاستئناف يتضمن تجريحاً لحكم محكمة الدرجة الأولى، لا يطرح على محكمة الاستئناف من الطلبات الموضوعية التي سبق إبدائها أمام محكمة الدرجة الأولى إلا ما فصلت فيه هذه المحكمة[3]، لذلك إذا ألغت محكمة الاستئناف حكماً صادراً من أول درجة في مسألة فرعية، صدر قبل الفصل في الموضوع، مثل الحكم الصادر من أول درجة في الدفع بالإحالة أو في البطلان، أو بعدم الاختصاص، أو بعدم القبول الإجرائي (في نظر محكمة النقض) فإنها يجب ألا تنظر موضوع الدعوى وإنما عليها أن تحيلها إلى محكمة الدرجة الأولى وإلا تكون قد تصدت لموضوع الدعوى وهو أمر محرم على محكمة الاستئناف[4].

---

1. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ص 176- 177.
2. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص589.
3. انظر نقض مصري 1982/01/13، طعن رقم 985 لسنة 46 ق، ونقض 1985/12/25، طعن رقم 355 لسنة 51 ق. مشار إليه لدى: أحمد هندى، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، حاشية ص 595.
4. أحمد هندى، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 595.

ثالثاً: تقَيُّد محكمة الاستئناف بأطراف خصومة الاستئناف

قد يتعدد المحكوم لهم في حكم واحد، وقد يتعدد المحكوم عليهم، وقد يتعدد كل من الطرفين بحيث يصدر الحكم لصالح أشخاص متعددين، وضد أشخاص متعددين، وتعدد الخصوم أمر وارد في كثير من الحالات[1]، ويقتضـــي مبدأ التقاضـــي على درجتين ثبات أطراف الخصـــومتين الابتدائية والاســتئنافية، أي أن أطراف الدرجة الثانية هم أنفســهم أطراف الدرجة الأولى ســواءً كان الطاعن أو المطعون ضــده، مدعياً أو مدعياً عليه، متدخلاً أو مدخلاً في خصــومة الدرجة الأولى، وهذا من اجل ضمان احترام مبدأ التقاضي على درجتين من جهة ومراعاة قاعدة نسبية أثر الأحكام من جهة أخرى، وهذه القاعدة تجد تأكيدها في قبول تدخل الغير الذي ســبق له التدخل في الخصـــومة الابتدائية أمام المحكمة الاستئنافية، وبالمقابل عدم تدخل الغير الإختصامي لأول مرة في الخصومة الإستئنافية، وعدم جواز إدخاله فيها[2].

فإذا تعدد الخصوم فإنه يمكن الطعن من بعض المحكوم عليهم أو ضد بعض المحكوم لهم دون الحاجة لإدخال الآخرين، وهذا الطعن لا يفيد إلا من رفعه ولا يحتج به إلا على من رفع عليه، وهو ما يسمى بقاعدة نسبية الطعن، فهو لا يفيد إلا الطاعن ولا يضر سوى المطعون ضده، فمن لم يطعن من المحكوم عليهم في الميعاد يصـــبح الحكم في مواجهته غير قابل للطعن ولا يكون طرفاً في خصـــومة الطعن وليس له الانضـمام إلى الطعن بعد الميعاد، ولا يسـتفيد إذا عدل الحكم في خصـومة الطعن[3]، ومن لم يوجه إليه الطعن بالنســبة للمحكوم لهم لا يعتبرون طرفاً في خصــومة الطعن ولا ينتج الطعن أثره بالنسبة إليه، فإذا عدل الحكم نتيجة الطعن فلا يتم التمسك بهذا التعديل في مواجهته، على انه إذا كان الحكم صـادراً في موضـوع غير قابل للتجزئة أو في التزام بالتضـامن أو في دعوى يوجب القانون فيها اختصـــام أشـــخاص معينين جاز لمن فوت ميعاد الطعن من المحكوم عليهم، أو قبل الحكم أن يطعن فيه أثناء الطعن المرفوع في الميعاد من أحد زملائه منضـماً إليه في طلباته، فإن لم يفعل أمرت

---

1. طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص760.
2. بوراس عادل وبوشنافة جمال، إشكالات التقاضي على درجتين في المادة الإدارية بين متطلبات المبدأ وتوجهات المشرع الجزائري، المرجع السابق، ص 313.
3. قرار رقم 233755 مؤرخ في 2002/03/20 م ق 2014، ع 01، ص 335، " المبدأ: يعد خرقاً لمبدأ التقاضي على درجتين منح تعويضات لأطراف لم تتأسس كأطراف مدنية على مستوى الدرجة الأولى".

المحكمة الطاعن باختصـــامه في الطعن، وإذا رفع الطعن على أحد المحكوم لهم في الميعاد وجب اختصام الباقين ولو بعد فواته بالنسبة إليهم[1].

فالخصـوم بما أنهم سـادة لنزاعهم فهم أيضـا سـادة الخصـومة والنزاع المولد لها[2]، فهكذا نجد أن الطعن بالاسـتئناف لا يفيد إلا من رفعه ولا يحتج به إلا على المطعون ضـده، بحسـب الأصـل، وفقاً لقاعدة نسـبية الطعن، ومن ناحية أخرى فإن الطعن بالاسـتئناف يجب أن لا يضـر بمركز الطاعن، فالاستئناف لا يسوئ مركز المستأنف ولا يضار الطاعن من طعنه، فليس لمحكمة الاستئناف أن تسوئ مركز المستأنف بالاستئناف الذي أقامه[3].

المطلب الثاني

الطلبات الجديدة أمام جهة الاستئناف ومبدأ التقاضي على درجتين

يمكن القول أن الطلبات الجديدة محظورة أمام الاستئناف، وذلك التزاما بالأصل المقرر بان يكون التقاضي على درجتين، وتجنباً لاتخاذ الاستئناف وسيلة لمباغتة الخصم بطلب لم يسبق عرضه على محكمة أول درجة، ومع ذلك اتجه المشرع إلى تقرير استثناءات عديدة على ذلك، أباح فيها طلبات تقدم لأول مرة أمام الاستئناف، فهل معنى ذلك أن المشرع يتجه نحو إهدار قاعدة التقاضي، أم أنه يحترمها كأصل عام ويقوم بتطوير وظيفة الاستئناف، على أنه إذا كانت الطلبات الجديدة محظورة كأصل أمام الاستئناف، احتراماً لمبدأ التقاضي على درجتين، فإن أوجه الدفاع الجديدة لا تلقى نفس المصير، إذ أنها مقبولة دائماً وليس في ذلك أي تعدي على مبدأ التقاضي على درجتين[4].

والطلب في الدعوى هو الحق أو المركز القانوني الذي يسعى المدعي إلى تقريره وفقاً لما تضمنته صحيفة افتتاح الدعوى ويتحدد به موضوعها، ويعتبر طلباً جديداً كل ما يترتب عليه تغيير هذا الموضوع ويخرجه عن نطاقه، أما وجه الدفاع أو وسيلته، فهو كل ما يقدم لتأييد الطلب أو نفيه ولا يترتب عليه تغيير موضوع الدعوى بل يبقى على حاله الذي كان عليه قبل تقديمه، فإن ترتب عليه هذا التغيير كان طلباً جديداً، لكن إذا كان مما يجوز اعتباره وجه دفاع، تعين على المحكمة الاستئنافية قبوله بهذا الوصف، مثال ذلك أن يبدي المستأنف عليه في دعوى الملكية طلباً عارضاً بملكيته هو العقار محل

---

1. أحمد هندى، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 598.
2. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص584.
3. أحمد هندى، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 600.
4. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 188.

النزاع مما لا يجوز إبداؤه لأول مرة في الاستئناف، إلا أنه يصلح وجهاً لدفاع المستأنف عليه يسعى به إلى عدم إجابة المستأنف لطلبه بثبوت ملكيته للعقار، ويترتب على الأخذ به كوجه دفاع موضوعي، بقاء الموضوع على حاله متعلقاً بثبوت ملكية المستأنف لعقار النزاع، أما إذا تصدت له المحكمة الاستئنافية كطلب جديد، فإنه يؤدي على تغيير موضوع الدعوى ويطرح عليها بحث ثبوت ملكية المستأنف عليه لذات العقار[1].

و بالنسبة للمشرع الجزائري فالأصل عدم جواز تقديم طلبات جديدة أمام المجلس القضائي ذلك أن دعوى الاستئناف ما هي إلا امتداد للدعوى التي طرحت أمام قاضي الدرجة الأولى أضف انه في حالة تقديم طلبات جديدة لم يسبق وأن طرحت أمام قاضي الدرجة الأولى فإن ذلك يعتبر من قبيل خرق مبدأ التقاضي على درجتين، والنظر في الطلبات الجديدة التي لم يسبق أن طرحت أمام قاضي الدرجة الأولى يعد مخالف للنظام العام ولو تم الاتفاق على ذلك، غير أن هناك استثناءات نص عليها المشرع في المادة 341 من ق إ م إ وما يليها[2]، وسنتطرق لهذه الاستثناءات وغيرها بمزيد من التفصيل.

الفرع الأول: أوجه الدفاع مقبولة حتى ما كان منها جديداً

لكل طرف في الاستئناف الحق في تأييد زعمه أو دفاعه بكل الوسائل التي لديه ولو لم يسبق له التمسك بها أمام أول درجة، هذا ما نص عليه المشرع المصري في المادة 233 مرافعات حيث قال " يجب على المحكمة أن تنظر الاستئناف على أساس ما يقدم لها من أدلة ودفوع وأوجه دفاع جديدة وما كان قد قدم من ذلك إلى محكمة الدرجة الأولى"، إن المشرع يجعل من الاستئناف فرصة جديدة لاستدراك ما فات الخصوم تقديمه من دفوع، فلا يكون للاستئناف معنى في غالب الأحيان إذا لم يتح للخصم إثبات حقه بكل طريقة ممكنة، فطالما أن الحكم النهائي لم يصدر فلا يصح أن يحول نسيان وجه دفاع أو دليل أو وسيلة دون الانتفاع من هذا الطريق، فالاستئناف يعتبر امتداد للخصومة، فلا يجوز أن تقتصر وظيفة محكمة الدرجة الثانية على فحص الأدلة التي قدمت أمام محكمة أول درجة، وإلا كانت فائدة الاستئناف قليلة، فمن المصلحة أن تتاح الفرصة للخصوم لتدارك ما فاتهم من أوجه أو أدلة ليكون

1. أنور طلبة، المرجع السابق، ص ص 977- 978.
2. يوسف دلاندة، طرق الطعن العادية والغير عادية في الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة أمام القضاء العادي والإداري، المرجع السابق، ص 52.

الحكم النهائي مطابقاً بقدر الإمكان للحقيقة التي يعتبر عنواناً لها، فالاستفادة من طرح الدعوى على درجتين تقتضي بالضرورة إمكان الخصوم من استكمال نواحي النقص في دفاعهم[1].

وهذا ما يجعل من الاستئناف مراجعة جديدة لاستدراك ما فات الخصوم تقديمه من دفاع، فللخصوم تقديم كافة الدفوع الموضوعية الجديدة أو الدفوع بعد القبول وكذلك الدفوع الإجرائية التي لم يسقط الحق فيها وهي الدفوع المتعلقة بالنظام العام والمتعلقة بالمصلحة الخاصة ولكنها لم تسقط بسبب تغيب الخصم المقررة لمصلحته أمام محكمة الدرجة الأولى، ويجوز كذلك للخصوم تقديم أدلة جديدة، ما لم تكن هذه الأدلة قد استهلكت، ويكون للمحكمة الاستئنافية سلطة كاملة في تحقيق هذه الأدلة التي سبق تقديمها، فللمحكمة أن تستخلص من أقوال الشهود ما تطمئن إليه ولو كان مخالفاً لما استخلصته محكمة أول درجة، كما أن لها رقابة على تقدير محكمة أول درجة لأقوال الشهود، ولها أن تقيم قضائها على ما تطمئن إليه من أقوال التي أطرحها الحكم الابتدائي دون أن تبين الأسباب المبررة، كذلك فإن لمحكمة الاستئناف أن تأمر –من تلقاء نفسها كقاعدة– بما تراه لازماً من إجراءات الإثبات لتكوين اقتناعها في الدعوى، وذلك طالما أن القانون لا يتطلب صراحةً عدم اتخاذه إلا بناءً على طلب الخصم مثل توجيه اليمين الحاسمة[2].

وتتميز وسائل الدفاع الجديدة عن الطلبات الجديدة بأنها لا تُعتبر في موضوع النزاع أو الخصوم فيه أو صفاتهم، فهي تعني الحجج التي يستند إليها الخصم في تأييد ما يدعيه دون أن يغير به من المطلوب، فالخصوم يتقدمون بحجج ووسائل مختلفة ولكن في حدود ادعاءاتهم الأصيلة، وأوجه الدفاع، أو يمكن تسميته بالمدافعة في الدعوى وهو صميم نشاط الخصوم فيها، وتتنوع صورها بين الدفاع والدفوع والدليل، حسب تعبير المشرع المصري، وما ابدي منها يطرح على محكمة الدرجة الثانية وما لم يُبد أمام أول درجة يمكن لصاحب الشأن إبداؤه من ناحية أولى، بمجرد الطعن في الحكم بالاستئناف تعتبر الدفوع وأوجه الدفاع التي سبق أن أبداها المستأنف أمام محكمة أول درجة مطروحة على محكمة الاستئناف التي تلتزم بالفصل فيها، وذلك دون حاجة لاستئناف فرعي، حتى ما كان من هذه الدفوع أو أوجه الدفاع قد صدر برفضه حكم مستقل من محكمة أول درجة وأعفاه من استئنافه صدور الحكم في الدعوى لمصلحته، يُطرح على محكمة الاستئناف بمجرد الطعن في هذا الحكم بالاستئناف وعلى المحكمة أن تفصل في تلك الدفوع والأوجه، حتى لو تغيب المستأنف عليه عن الحضور أمام محكمة الاستئناف أو

---

1. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ص 188– 189.
2. أحمد هندى، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 602.

حضر ولم يبدِ دفاعاً، وحتى لو كانت محكمة أول درجة قد أغفلتها، وحتى لو تضمنت تلك الأوجه مذكرة مقدمة أمام أول درجة بعد الميعاد المحدد لتقديم المذكرات، وذلك مادامت محكمة أول درجة قد قبلت هذه المذكرة، كل ذلك ما لم تتضمن المذكرات أو المواقف في الاستئناف ما يعتبر نزولاً عن هذه الدفوع أو الأوجه[1].

ومن صور الدفاع الجديدة، الادعاء بالتزوير، فهو مقبول في الاستئناف، فهو لا يعدواْ أن يكون مجرد دفاع موضوعي منصب على مستندات الدعوى، كما أن طلب تحليف اليمين ليس من الطلبات الجديدة بل إنه من الأدلة الجديدة، فهو نوع من أنواع الثبوت التي يجوز إبدائها في أية حالة كانت عليها الدعوى، كذلك يجوز طلب الإحالة إلى التحقيق لأول مرة في الاستئناف، ويجوز أيضاً – لأول مرة في الاستئناف– طلب اتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات كقاعدة عامة أو الإدلاء بأية قرينة قانونية، وتجدر مراعاة أنه إذا كانت أوجه الدفاع والأدلة الجديدة جائزة أمام الاستئناف، إلا أن ذلك مقيد بألا يكون الحق في التمسك بأي منها قد سقط[2]، فالساقط لا يعود، كما انه يجب ألا يكون الدافع إلى التمسك بالأوجه الجديدة المماطلة وإطالة أمد التقاضي[3].

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد نص في المادة 563 من قانون المرافعات[4] " على أن الخصوم يمكنهم لتأييد ادعاءاتهم التي سبق أن طرحوها أمام قاضي أول درجة التمسك بوسائل جديدة وتقديم مستندات جديدة أو اقتراح أدلة جديدة "، ونلاحظ هنا أن المشرع الفرنسي لم يستخدم تعبير أوجه دفاع أو دفوع التي استقرت في التشريع والقضاء المصريين، وإنما استخدم كلمة أخرى قريبة هي كلمة الوسيلة بجانب الأدلة والمستندات وهو ما يدفعنا لمحاولة الوقوف على معناها وتطبيقاتها[5].

---

1. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ص 189– 191.
2. " ويعتبر كلاماً في الموضوع مسقطاً للحق في الدفع الإجرائي إبداء الطلبات أو الدفوع الموضوعية أو الدفوع بعدم القبول من صاحب الدفع الإجرائي، وإبداء الدفوع بعدم القبول يعد كلاماً في الموضوع مسقطاً للحق في الدفوع الإجرائية، والمقصود بالدفع بعدم القبول الدفع بعدم قبول الدعوى كالدفع بعم توافر المصلحة أو الصفة في الدعوى، أو الدفع بسبق الفصل فيها أو بفوات الميعاد أو بالصلح أو التحكيم، أما الدفع بعدم قبول إجراء معين فيعتبر دفع إجرائي وليس دفعاً بعدم القبول.". الأنصاري حسن النيداني، المرجع السابق، ص ص 48– 49.
3. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ص 193– 194.
4. L’art.563. c.pr. civ. Français " Pour justifier en appel les prétentions qu’elles avaient soumises au premier juge, les parties invoquer des moyens nouveaux, produire de nouvelles pièces ou proposer de nouvelles preuves."
5. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 195.

المشرع الفرنسي بمقتضى هذه المادة يتيح للخصوم – المستأنف والمستأنف عليه– أن يقدموا مستندات جديدة أو يقترحوا أدلة جديدة لتأييد إدعاءاتهم التي عرضت على أول درجة، وهذه القاعدة مرتبطة بمعنى الأثر الناقل للاستئناف، إذ أن قاضي الاستئناف ينظر النزاع في مجموعه، فيكون من الطبيعي أن يسمح للخصوم أن يطرحوا عليه كل العناصر التي يمكن أن تؤدي إلى توضيح قراره وتؤيد ادعاءاتهم، وذلك عن طريق تقديم هذه المستندات لأول مرة أمام الاستئناف لتأييد ادعاءاتهم بشرط ألا تحدث هذه المستندات أي تعديل في الإدعاءات، كذلك من حق الخصوم تقديم أدلة جديدة لتأييد ادعاءاتهم، ففكرة الدليل الجديد وفكرة المستند الجديد، لم تثر أياً منهما أية صعوبات، ولكن الصعوبة قامت بصدد الوسيلة من ناحية تعريفها وحتى تعتبر جديدة، فالمشرع الفرنسي نص على إمكانية تقديم وسائل جديدة في الاستئناف والقضاء استقر على قبول تلك الوسائل في أحكام عديدة[1]، لكن أي منهما لم يعرف فكرة الوسيلة وتولى الفقه ذلك[2].

وهو نفس الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري، حيث نصت المادة 344 من ق إ م إ أنه: " يجوز للخصوم التمسك بوسائل قانونية جديدة وتقديم مستندات وأدلة جديدة تأييداً لطلباتهم."[3]. فالأدلة

1. Civ. 28 oct.1929, D.P. 1930.1.93; 18 et 19 févr.1952,D. 1952.323, J.C.P. 1952.II.7009; Paris, 12 juill.1974, Gaz.Pal. 1974.848 ; Civ.2°, 11 déc.1975, D. 1976. I.R.54 ; Soc. 9 mai 1978, J.C.P.1978,IV.207 ; Versailles, 22 nov. 1982, D. 1983.114, not Giverdon. La partie qui invoque en appel un moyen déterminé ne doit pas y avoir expressément=renoncé devant le tribunal, Civ 3e, 8 juin 1979, J.C.P. 1979.IV.261. jean VINCENT et Sergr GUNCHARD, procédure civile, 24e éd , op cit, p 818.

2. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ص 195– 196.

3. قرار رقم 64361 مؤرخ في 1990/12/04 م ق 1992، ع 01، ص 24، " لكنه كما هو ثابت من القرار المطعون فيه، فإن الطاعن لم يغير من موضوع الدعوى إذ سبق له أن طلب أن طالب أمام قاضي الدرجة الأولى بمجموعة من القطع الأرضية والتي تعود إليه عن طريق الميراث وهو نفس الموضوع الذي تمسك به أمام الدرجة الثانية.
وحيث انه من جهة أخرى لا يمنع من تغيير السبب إذ يحق من سبق له أن طالب بالملكية على أساس الميراث، فله الحق أن يطلب أمام الدرجة الثانية بالملكية على أساس التقادم المكسب، طبقاً للمادة 107 من الفقرة الثالثة من قانون الإجراءات المدنية".

. قرار رقم 247138 مؤرخ في 2001/04/03 م ق 2002، ع 01، ص 139، " إن إثارة طلب إعادة النظر في طريقة حساب التعويض في شكل استئناف فرعي لا يشكل البتة طلب جديداً وإنما يعد بمثابة دفاع في الدعوى الأصلية يحق لصاحب المصلحة التمسك به في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، ولما اعتبروا القضاة هذه الوسيلة كطلب جديد غير مقبول أمام جهة الاستئناف فإنهم يكونون قد خرقوا الإجراءات وعرضوا قرارهم للنقض".

. قرار رقم 315403 مؤرخ في 2005/02/23 م ق 2005، ع 01، ص 275، " المبدأ: يجوز إثبات أو عدم إثبات واقعتي الزواج العرفي والطلاق، سماع الشهود، لأول مرة على مستوى الاستئناف".

التي قدمت أمام محكمة أول درجة، تعد مطروحة أمام محكمة الاستئناف لتعيد فحصها من جديد، غير مقيدة في ذلك بما ارتأته وانتهت إليه محكمة أول درجة، بحيث يجوز لها أن تعيد الدعوى القضائية للتحقيق من جديد، كما لها أن تندب خبيراً، إذا لم تطمئن إلى تقرير الخبير المنتدب من قبل محكمة أول درجة[1].

فالوسيلة الجديدة تختلف عن الطلب الجديد في أن الطلب يتضمن تغييراً في أساس وهدف الدعوى، بإحلال أساس أو هدف محل الأخر، بينما الوسيلة الجديدة لا تعدل موضوع ولا سبب الطلب ولا صفة الخصوم، ولا حتى بالتبعية مضمون الطلبات لكنها تمثل باعثاً جديداً، إن مفهوم الوسيلة – التي تعني أداة لبلوغ غاية معينة هي الحكم بزعم واقع أو قانون، وهي يجب فهمها على أنها كل ما يمكن أن يفيد في تبرير إدعاءات الخصوم دون تعديلها، وتشمل طرق إثبات جديدة أو حتى طرق جديدة لانقضاء الالتزامات – يبدواْ قريباً من مفهوم السبب، ويمكن حتى أن نأخذه باعتباره تحولاً للسبب، فتمييز السبب عن الوسيلة مسألة ليست هينة، وتتبع مسلك القضاء لتوضيح التفرقة يثير حيرة، وليس هناك ضابطاً محدداً يتبعه القضاء في هذا الصدد، فمن يطالب أمام الاستئناف بالبطلان ويكون قد طالب أمام أول درجة الفسخ بسبب تصرفات تدليسية – إحلال المادة 1384 مدني فرنسي بدلاً من المادة 1382 يعتبر قد قدم طلباً جديداً لتعديله السبب، ولكن ذلك الذي يطالب أمام الاستئناف بحق المرور بسبب الحبس بعد طلب ذلك أمام محكمة أول درجة على أساس الارتفاق يكون مغيراً للوسيلة فقط دون السبب، كذلك الحال حين يطلب تعديل يكيف تصرف هبة إلى إبراء، إن مفهوم السبب يجذب حتماً الوسيلة، فالتفرقة بينهما ليست واضحة دائماً، مع أن الأهمية بمكان، في حدود إقامة الدليل بالاستعانة بالسبب، فإنه من المسموح به إذا لم يكن قد تم إثارته، أن يفتح النزاع من جديد للمطالبة بنفس المحل وفي المقابل، فإنه في الحدود التي لا يمثل فيها السبب إلا مجرد وسيلة فإن فتح النزاع من جديد يكون مقيداً، ونظراً لصعوبة هذه التفرقة فقد اتجه المشرع الفرنسي إلى إباحة الطلبات الجديدة بسببها[2].

. قرار رقم 420995 مؤرخ في 2008/07/23 م م ع، الغرفة المدنية، 2008، ع 02، ص 185، " المبدأ: لا يعد طلب مضاهاة الخطوط المقدم أمام جهة قضاء الاستئناف طلباً جديداً لكونه من وسائل الدفاع المقبول إثارتها أمامها، لأول مرة ".

1. بوراس عادل و بوشنافة جمال، إشكالات التقاضي على درجتين في المادة الإدارية بين متطلبات المبدأ وتوجهات المشرع الجزائري، المرجع السابق، ص ص 314- 315.

2. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ص 197- 200.

ونظراً لغموض فكرة السبب فقد تجنب المشرع الفرنسي استعمال تلك الكلمة بصدد الأثر الناقل، واستعمل بدلاً منها " الأساس القانوني" والوسائل الجديدة من حق الخصوم فقط أن يتمسكواْ بها، فلهم أن يتقدمواْ بكل الوسائل سواءً وسائل الواقع أو القانون ووسائل الواقع تمثل أساس إدعاء الخصوم، لأنها تثير وسيلة القانون، فالوسيلة تقوم حيث تجد الوقائع القاعدة القانونية القابلة للتطبيق عليها، ويعرض الخصوم على القاضي، الذي له أن يتحقق من مدى ملائمة القاعدة القانونية لها، فليس للقاضي أن يثير وسيلة قانون أو واقع من تلقاء نفسه، أنه يثير فقط وسيلة القانون البحت ، فللخصوم فقط اختلاق الوسائل وخلط الواقع والقانون، والوسيلة تُحدد اللحظة الرئيسية لتكوين الحكم، ودونها لا يمكن أن يكون هناك استدراك أو استنتاج الذي يؤدي إلى الحكم، على أن الالتزام الملقى على القاضي بألا يضيف على وسائل الخصوم ويفرض عليهم أن يبدواْ الوسائل الكافية لتسبيب القرار وإلا كان الطلب غير مقبول، فيجب على المتقاضي أن يخاطب القاضي بلغة قانونية، كي يساعده على حل النزاع، وهو ما يستلزم الاستعانة بمحامي " فتسبيب الادعاء" مثل تسبيب الحكم" يجب أن يتم من رجل قانون وبصورة مكتوبة[1].

الفرع الثاني: مدى جواز تقديم طلبات جديدة في الاستئناف

" الطلبات الجديدة محظورة في الاستئناف"، هذه القاعدة استقرت منذ فترة طويلة، ففي القانون الفرنسي القديم كانت هذه القاعدة قوية وشبه مطلقة حيث لم يكن جائزاً إبداء أي طلب لأول مرة أمام محكمة الاستئناف فقط كان يجوز طلب الفوائد والتعويضات اللاحقة، وجاءت مجموعة نابليون لسنة 1806 ونصت صراحة في – المادة 464– على مبدأ تحريم إبداء الطلبات الجديدة أمام محكمة الدرجة الثانية، ولكنها استثنت من ذلك طلب المقاصة القضائية والطلبات التي من شانها دعم الدفاع في الدعوى الأصلية، وأخذ المشرع الحديث يوسع من نطاق الطلبات الجديدة المقبولة أمام الاستئناف، بحيث أضاف طوائف أخرى عديدة منها[2].

والمقاصة القضائية ليست المقاصة القانونية، لأن هذه الأخيرة أي المقاصة القانونية يتولد عن التمسك بها دفع موضوعي ومن ثم فهي تشكل وسيلة دفاع، يجوز التمسك به في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، ولو لأول مرة أمام جهة الاستئناف طبقاً للقواعد العامة، في حين ان التمسك بالمقاصة القضائية يتولد عنها طلب عارض ويشترط لقبولها، تقابل الدينين، وصلاحيتهما للمطالبة بهما قضاء، وقابليتهما

1. المرجع نفسه، ص ص 200– 201.
2. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ص 203– 204.

للحجز، والتماثل في المحل بين الدينين، واستحقاقهما للأداء، ولا تكون المقاصة القضائية إلا في صورة طلب عارض يدفع بها الدعوى الأصلية[1].

و" لا تقبل الطلبات الجديدة في الاستئناف وتقضي المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبولها " تلك هي القاعدة التي قررها المشرع المصري في الفقرة الأولى من المادة 235، ولكنه عاد وأورد عدة استثناءات على هذه القاعدة، في الفقرات الثلاثة الأخرى من تلك المادة، وأساس هذه القاعدة أن قبول طلبات جديدة في الاستئناف يخل بمبدأ التقاضي على درجتين الذي يتعلق بالنظام العام[2].

وفي القانون التونسي نصت المادة 147مرافعات على أن " الدعوى التي حكم فيها ابتدائياً لا يمكن الزيادة فيها ولا تغييرها لدى الاستئناف ولو رضي الخصم بذلك، فيستمد من مضمون هذا النص أن المنع يستمد من النظام العام إذ يستبعد المشرع كل أثر لاتفاق الأطراف أو رضا الخصم الذي من شأن تقديم الطلب الجديد أو طرح الواقعة الجديدة أن يحرمه من درجة من درجات التقاضي[3].

ومبدأ تحريم إبداء طلبات جديدة أمام الاستئناف يجد أساسه في مبدأ ثبات النزاع[4]، ذلك المبدأ الذي يعني بالنسبة للخصوم، أن كل منهم يكون ملتزماً بأن يعرض، عند دخوله النزاع، إدعاءاته وأساسها وليس له أن يعدلها بعد ذلك، بمعنى أكثر دقة يجب أن لا تختلف الدعوى عما عرضه المدعي في صحيفة دعواه، فالمدعي يختار أرض المعركة والمدعى عليه يدافع إما لكسب أرض أو في محاولة لتحريك المدعي، ويمكن أن يقوم بهجوم مضاد عن طريق طلب عارض، وبناءً على ذلك للمدعي أن

---

1. عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء أراء الفقهاء وأحكام القضاء، ط2، دار أنسكلوبيديا، الجزائر، 2015، ص ص 314- 315.
2. أحمد هندى، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 602.
3. حسين السالمي، الأثر الناقل للاستئناف، مجلة القضاء والتشريع، مجلة شهرية يصدرها مركز الدراسات القانونية والقضائية وزارة العدل، تونس، س49، ع 08، أكتوبر 2007، ص 164 .
4. " يعرف مبدأ ثبات النزاع على وجه العموم بأنه المبدأ الذي يسيطر على الخصومة القضائية أياً كان فرع القانون الذي توجد به هذه الخصومة، ويقصد به انه بمجرد ميلاد الخصومة فإن كافة عناصرها، ونطاقها، يجب ألا يحدث فيها أي تغيير، فلا يمكن استبدال احد الخصوم بشخص من الغير، أو تغيير صفة احد الأطراف، أو تعديل موضوع الطلب القضائي الأصلي، أو تقديم طلب جديد، عدم الإمكانية هذا يوجه إلى القاضي وإلى الخصوم في آن واحد، ومع ذلك وحتى لا تتكرر القضايا أمام المحاكم فإنه قد سمح بطرح العديد من الطلبات الإضافية أو الطلبات المقابلة بشرط أن يتوافر بينها وبين الطلب الأصلي رباط وثيق، وعلى ذلك فقد قيل أن المدعي بمجرد تقديم طلبه الأصلي إلى القضاء فإنه يصبح سجين لهذا الطلب، وعلى ذلك فيجب دائماً الرجوع إلى هذا الطلب القضائي حتى يمكن على ضوئه معرفة ما إذا كان طلب جديد أم لا. ". نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ص580- 581.

يعدل مقترحاته الأولى إذا وجد أن ذلك مناسباً، فالدعوى معركة أقامها المدعي، أو هي بتعبير أدق مجادلة أو خصومة تثير مواجهة بين خصمين وتنشأ حالة جديدة بينهما، ولكن من الثابت أن هذا الصراع القانوني يجب أن يحترم نظاماً معيناً، فالدعوى أثناء – سيرها– يجب أن تحتفظ ببعض التجانس كي تلافياللبس، على سبيل المثال فإن المدعي لا يمكنه أثناء الدعوى أن يضيف إلى طلبه الأصلي طلباً جديداً ليست له صلة بطلبه الأول، أو أن يتقدم المدعى عليه بطلب عارض أجنبي تماماً عن الطلب الأصلي، وهذه الضرورة تصبح أكثر تطلباً على مستوى الدرجة الثانية للتقاضي[1].

فإستقرار النزاع قيد على الأثر الناقل للاستئناف، ويظهر الأثر التقليدي لمبدأ استقرار النزاع من خلال قاعدتين أساسيتين هما، قاعدة منع تقديم طلبات جديدة من جهة وقاعدة منع الاستناد إلى وقائع جديدة من أخرى، وقد تعرض مبدأ استقرار النزاع حتى في مرحلة الاستئناف ورغم ارتباطه بالتقاضي على درجتين للنقد لأنه لا يمكن من قيام الاستئنافبوظيفته الجديدة والهادفة إلى إستفراغ النزاع وإنهائه قطعاً للخصومة[2].

فمن ناحية أولى، إن تقديم طلب لأول مرة أمام محكمة الاستئناف يُفوت على الخصوم درجة من درجات التقاضي، ومبدأ التقاضي على درجتين من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام القضائي، فيجب طرح النزاع على محكمة أول درجة تم بعد ذلك يعاد طرحه بذاته – دون أي تعديل في موضوعه– على محكمة الدرجة الثانية، وقبول طلب جديد معناه تفويت درجة من درجات التقاضي على الخصم الذي يوجه على الطلب الجديد، فالطلب الجديد في الاستئناف تنقصه سبق خصومة أول درجة وقبوله يعني إلغاء الدرجة الأولى للتقاضي[3]وهو أمر غير مقبول[4].

ومن ناحية ثانية يرجع خطر إبداء طلبات لأول مرة أمام محكمة الاستئناف إلى مفهوم وظيفة محكمة الاستئناف ذاتها أو مهمة الاستئناف، فالبعض ينظر إلى وظيفة الاستئناف على أنها نظر الموضوع ذاته مرة أخرى، وقبول طلب جديد يعتبر انحرافاً بالاستئناف عن طبيعته[5] باعتباره يرد على

---

1. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ص 204– 205

2. حسين السالمي، المرجع السابق، ص 163.

3. L’effet dévolutif de l’appel doit être combiné ici avec le principe qu’on ne peut supprimer le premier degré de juridiction. De là l’interdiction de former en appel des demandes nouvelles. E.GLASSON, Albert TISSIER et René MOREL, op cit, p 343.

4. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 205.

5. Conçu comme une voie de recous, l’appel permet à la cour de vérifier que les juges du premier degré ont correctement apprécié les faits et appliqué la loi. Un contrôle ne peut s’exercer que sur des éléments déjà jugés : l’immutabilité du litige interdit de former en

نفس القضية التي نظرت في أول درجة، فطالما أن وظيفة محكمة الاستئناف مختصرة في إصلاح خطأ الدرجة الأولى وجب أن لا يتناول بحثهم غير الطلبات التي كانت معروضة على هؤلاء القضاة، إذ أنه يجب أن يكون النزاع المطروح أمام محكمة ثاني درجة هو نفس النزاع المرفوع لمحكمة الدرجة الأولى من حيث موضوعه والخصوم فيه، والنظر إلى الاستئناف من هذه الزاوية هو الذي كان يسود القانون الفرنسي السابق، ويسود حالياً في القانون المصري لذلك نجد أن الاستثناءات التي وردت منه على مبدأ حظر تقديم طلبات جديدة هي استثناءات محدودة[1].

لذلك كان لابد من إدخال مرونة كافية في تقديم الطلب الجديد أو الواقعة الجديدة حتى لا يكون لهذا التحجير مفعول تجميدي على نزاع يفترض فيه أنه متطور ومتغير في مناطه الموضوعي والذاتي على السواء بما يفرض اعتماد معيار مرن يقصرها على الوقائع الأساسية ويستبعد من مناطها الوقائع غير المؤثرة[2].

بينما هناك من ينظر إلى الاستئناف ليس باعتباره طريقاً لإصلاح حكم أول درجة وإنما باعتباره طريقاً لإنهاء النزاع، فلاستئناف الذي هو نقد غير مباشر للقضاة الذين فصلواْ في النزاع في أول درجة، يحتوي في داخله على احتمالات تجديد جزئي للمنازعة، وبالتالي فهو يرمي إلى إنهاء النزاع في مجموعه مما يؤدي إلى تجنب دعاوى عديدة وأحكام متعارضة واعتراضات تعسفية من الغير، فالدعوى في الاستئناف لا تبقى مغلقة في إطار جامد ولكن تتمتع بمرونة معينة، هذه هي النظرة الجديدة للاستئناف، باعتباره طريقاً لإنهاء النزاع أكثر من كونه طريقاً لإصلاح عيوب أول درجة، فالنزاع لا يتجمد نهائياً في أول درجة، وليس من الضروري أن يأخذ الاستئناف نفس الإطار الذي كان يأخذه أمام الدرجة الأولى، وهذا يقتضي السماح بإزدهار وتفتح خصومة أول درجة حتى ينتج الطلب الأصلي أثاره، وهو ما يعني السماح بتقديم وسائل جديدة وأيضا بعناصر جديدة تعدل مضمون النزاع، وهذه النظرة هي التي تبناها المشرع الفرنسي في النصوص الحديثة، حيث سمح بطوائف عديدة من الطلبات الجديدة أمام محكمة الاستئناف حتى يمكن الإسراع بسيرة الخصومة، بتجنب محاولات تعطيلها، وإنهمار دعاوى جديدة على الدرجة الأولى، وحتى يتمكن قضاة الاستئناف من الوصول إلى تقدير شامل للمركز المتنازع فيه

---

appel des prétention qui n’ont pas été soumise en première instance (art.564 CPC). Pierre JULIEN et Natalie FRICERO, op cit, pp 442- 443.

1. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 206.

2. حسين السالمي، المرجع السابق، ص 164.

المعروض عليهم، وليس معنى ذلك انه يهدر مبدأ التقاضي على درجتين تماماً، وإنما يتعامل مع هذا المبدأ بمرونة معتبراً أن هذه الطوائف من الطلبات الجديدة هي مجرد استثناءات عليه[1].

أولاً: إعتبار الطلبات جديدة أمام جهة الاستئناف

موقف المشرع الجزائري من الطلبات الجديدة كأن واضحاً في نص المادة 341 من ق إ م أ " لا تقبل الطلبات الجديدة في الاستئناف، ما عد الدفع بالمقاصة وطلبات استبعاد الإدعاءات المقابلة أو الفصل في المسائل الناتجة عن تدخل الغير أو حدوث أو اكتشاف واقعة"، كما لم يعتبر المشرع الجزائري الطلبات المرتبطة مباشرة بالطلب الأصلي من قبيل الطلبات الجديدة[2]، حيث نص في المادة 343 من ق إ م إ " لا تعتبر طلبات جديدة الطلبات المرتبطة بالطلب الأصلي والتي ترمي إلى نفس الغرض حتى لو كان أساسها القانوني مغايراً "[3].

إن الطلب الجديد في الاستئناف تنقصه سبق خصومة أول درجة بالنسبة له، فضلاً عن أن في قبول الطلب الجديد مخالفة لقواعد الاختصاص النوعي التي توجب تقديم الطلبات الجديدة أمام محكمة أول درجة، كما أن ذلك يتنافى مع فكرة الاستئناف (باعتباره طعناً في حكم المحكمة الابتدائية وتخطيئاً لعمل قضاة هذه المحكمة)، – إذ من غير المقصور أن ينسب الخطأ لقاضي في أمر لم يعرض عليه وبالتالي لم يفصل فيه– ومع وظيفة خصومة الاستئناف (وهي نظر الموضوع ذاته مرة أخرى)[4]، ويقصد بالطلب الجديد، الطلب الموضوعي، وليس الطلبات الإجرائية بطبيعة الحال، وتبدو جدة الطلب في كونه مختلفاً في أحد عناصره الثلاثة (الأطراف – المحل – السبب) على الطلب الذي كان مطروحاً على محكمة أول درجة، مع ملاحظة أن العبرة في حقيقة الطلب هي بحقيقة تكييفه القانوني لا بما يسبغه عليه الخصوم من وصف[5].

---

1. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ص 206– 207.
2. قرار رقم 428318 مؤرخ في 2008/02/26 م م ع، 2008، ع 01، ص 185، " المبدأ: لا تعد الطلبات الإضافية الواردة في العريضة الإضافية للاستئناف طلباً جديداً، طالما هي مشتقة من الطلب الأصلي".
3. بوراس عادل وبوشنافة جمال، إشكالات التقاضي على درجتين في المادة الإدارية بين متطلبات المبدأ وتوجهات المشرع الجزائري، المرجع السابق، ص 314.
4. أحمد هندى، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 603.
5. طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص751.

والمشرع لم يعرف الطلب الجديد، وترك المهمة للفقه والقضاء[1]، والطلب الجديد هو الطلب الذي يختلف في احد عناصره (الأشخاص أو المحل أو السبب) عن الطلب الذي كان أمام محكمة أول درجة قبل إصدار الحكم في القضية، ونظراً لأن المشرع أجاز تغيير سبب الدعوى، ومنع التغيير في أشخاص الدعوى إلا في حدود معينة، فيصبح الطلب الجديد الذي لا يجوز إبداؤه أمام محكمة الاستئناف هو ما يتغير به موضوع الدعوى، أو هو الطلب الذي يزيد أو يختلف عن الطلب السابق إبداؤه أمام محكمة أول درجة في الموضوع أو الخصوم وكان يجاوزه في مقداره[2].

وإعمالاً لمبدأ الاقتصاد الإجرائي بتوفير الوقت والجهد، وإعلاءً لفكرة العدالة، أجازت المادة 3/235 مرافعات مصري، إمكانية تغيير سبب الطلب أو الإضافة إليه، مع بقاء موضوعه الأصلي على حاله في الاستئناف، ونبادر إلى القول – قبل الخوض في الموضوع – إلى أننا نرى أن هذا الطلب ليس طلباً جديداً بالمعنى الحقيقي، طالما أن موضوع الطلب كما هو، لأن العبرة عندنا في جدة الطلب إما بأطرافه أو بموضوعه، وطالما أن الطلب لا يزال موجهاً لنفس الخصم الذي كان ماثلاً في خصومة أول درجة وبنفس صفته، وموضوعه كما هو لم يتغير، فلا جدية فيه إلا سببه الذي تم تبديله أو الإضافة إليه طالما أنه يهدف إلى نفس الغاية، ولذلك أحسن المشرع الفرنسي التعبير عن هذه القاعدة في المادة 565 مرافعات بقوله " لا تعتبر الطلبات والإدعاءات les prétention جديدة طالما أنها تهدف إلى نفس الغايات mêmesfins التي كانت معروضة على محكمة أول درجة حتى ولو تغير الأساس القانوني le fondement juridique لها"[3]، ولذلك لا نعتبر أنفسنا أمام استثناء حقيقي على قاعدة حظر الطلبات الجديدة[4].

---

1. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 210.

2. أحمد هندى، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ص 603- 604.

3. Le CPC utilise le terme de « prétention » et non celui de « demande », mais on peut considérer ces terme comme identique pour l'application de l'immutabilité du litige. Est nouvelle toute prétention qui modifie l'objet de la demande, ne tend pas aux mêmes fins que la demande initiale, change les parties ou leur qualité. En revanche, ne constituent par des prétention nouvelles la présentation et la formulation de nouveaux moyens (art 563), c'est-à-dire d'éléments, faits, actes ou textes, d'où, par un raisonnement juridique, le plaideur déduit le bien-fondé de ses prétentions, de même, les parties peuvent toujours produire de nouvelles pièces au proposer de nouvelles preuves, pour justifier en appel les prétentions qu'elles avaient soumises aux premier juges (art 563 CPC). Pierre JULIEN et Natalie FRICERO, op cit, p 443.

4. طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص751.

والطلب يتكون من عنصرين، عنصر قانوني أي حق من الحقوق المقدرة بواسطة القانون والذي يتمسك به الخصم، مطالباً القضاء بالاعتراف له بهذا الحق، أما العنصر الثاني فهو عنصر مادي أي محل الحق المطالب به الذي يتكون من "شيء" بالمعنى المتعارف عليه لهذه الكلمة أي شيء مادي أو غير مادي وقد ينصب تعديل موضوع الطلب على العنصر القانوني أو المادي، فالطلب الجديد هو إذاً كل طلب يغير موضوع الدعوى سواء في عنصره القانوني أو المادي، وترتيباً على هذا فإن الطلبات المقبولة أمام الدرجة الثانية يجب أن تتوافر فيها الشروط التالية[1]:

- أن تكون هذه الطلبات قد أثيرت في خصومة الدرجة الأولى.
- أن تكون هذه الطلبات قد تم الفصل فيها بحكم أمام الدرجة الأولى.
- أن تكون هذه الطلبات قد رفعت في عريضة الاستئناف وإلا حكم القاضي بما لم يطلبه الخصوم.

وأياً ما كان الأمر، فإنه يقصد بالسبب الواقعة القانونية المنشئة للحق المدعى به، هذه الواقعة قد تكون واقعة مادية كالوفاة أو الخطأ أو الإثراء بلا سبب أو وضع اليد طالما أن القانون يرتب عليها أثراً، أو كانت تصرفات قانونية وهو اتجاه الإرادة نحو إحداث أثر قانوني معين، سواء كانت إرادة منفردة كالوصية أو إرادتين وهي العقد، وقد يكون السبب هو القاعدة القانونية المجردة كمصدر للحقوق، ولا يغير مفهومنا التقليدي لفكرة السبب بهذا المعنى عدول المشرع الفرنسي عن التعبير التقليدي وهو السبب "la cause" بتعبير جديد في المادة 565 مرافعات وهو الأساس القانوني " le fondement juridique"، وقد يقال أن الأساس القانوني يشمل الأدلة أو الحجج القانونية التي يستند إليها الخصم في تأييد طلبه، وأياً كان الخلاف في هذا الشأن، فإن محكمة النقض قد أكدت ذلك بقضاء حاسم جاء فيه[2] " من المقرر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن سبب الدعوى هو الواقعة أو الوقائع التي يستمد منها المدعي الحق في الطلب، وإذا كانت المادة 124 مرافعات قد أجازت في فقرتها الثانية للمدعي أن يقدم من الطلبات العارضة ما يتضمن إضافة أو تغيير في سبب الدعوى مع بقاء موضوع الطلب الأصلي حاله، فإن ذلك باعتبار أن تأسيس الموضوع على سبب بعينه

---

1. بوراس عادل وبوشنافة جمال، إشكالات التقاضي على درجتين في المادة الإدارية بين متطلبات المبدأ وتوجهات المشرع الجزائري، المرجع السابق، ص 314.
2. نقض مصري 1999/11/25، الطعن رقم 4203 لسنة 62 ق، ونقض 1996/04/18، الطعن رقم 2045 لسنة 58 ق.

وإن كان لا يمنع عند الفشل من إعادة الإدعاء به مؤسساً على سبب أخر، فقد رؤى لتفادي تكرار الدعوى بذات الموضوع من نفس الخصوم تقرير حق المدعي في أن يعدل سبب دعواه لاسيما أن التفريق بين ما هو سبب وما هو مجرد سند أو حجة من أسانيد الدعوى قد يدق وتختلف فيه الآراء، وتماشياً مع علة هذا الأصل أجازت المادة 235 مرافعات – دون تعديل من المستأنف في موضوع الطلب – تغيير سببه أو الإضافة إليه باعتبار أن القصد من هذا التغيير أو هذه الإضافة إلى جانب السبب الذي كان ينطوي عليه الطلب أمام محكمة أول درجة هو تأكيد الأحقية في ذات الطلب الذي كان مطروحاً عليها"[1].

ثانياً: إضافة الطلبات الملحقة

تنص المادة 342 من ق إ م إ أنه " يجوز للخصوم أيضاً طلب الفوائد القانونية ومتأخر من الديون وبدل الايجار والملحقات الأخرى المستحقة بعد صدور الحكم المستأنف..."، وتبعاً لذلك فالمطالبة أمام جهة الاستئناف بالملحقات المستحقة منذ صدور حكم محكمة أول درجة يعد زيادة جديدة مضافة إلى الطلب الأصلي، وتعتبر هذه الزيادة في الطلب الأصلي طلباً جديداً، قدم لأول مرة أمام جهة الاستئناف، إلا أنه مقبول استثناءاً من القاعدة العامة التي تمنع قبول الطلبات الجديدة بموضوعها لأول مرة أمام جهة الاستئناف[2].

وبالنسبة للقضاء الجزائري، فقد جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 09 نوفمبر 2005: " المبدأ لا يعتبر طلب الإيجار المتأخر طلباً مستقلاً مستوجباً رفع دعوى مستقلة عن دعوى رفض تجديد الإيجار مقابل تسديد التعويض عن الإخلاء... وحيث أن المشرع أجاز للمتقاضي طلب مؤخر الإيجار على مستوى الاستئناف منذ صدور الحكم المستأنف مما يفيد بأن طلب الإيجار المتأخر لا يعد طلباً مستقلاً مستوجب لرفع دعوى مستقلة ولهذا جاء القرار منعدم الأساس ويتعين نقضه"[3].

وبالنسبة للمشرع المصري فإنه بعد أن أكدت المادة 1/235 مرافعات مصري على القاعدة التقليدية بحظر تقديم طلبات جديدة في الاستئناف نصت في فقرتها الثانية على أنه " ومع ذلك يجوز

---

1. طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص ص 751– 752.
2. عمر زودة، نظام الطعن بالاستئناف في الأحكام المدنية، ط1، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2022، ص 232.
3. قرار رقم 367201 م م ع، ع 2، لسنة 2005، ص 325. نقلاً عن: يعقوبي عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 316.

أن يضـاف إلى الطلب الأصـلي الأجور والفوائد و المرتبات وسـائر الملحقات التي تسـتحق بعد تقديم الطلبات الختامية أمام محكمة الدرجة الأولى، وما يزيد من التعويضـات بعد تقديم هذه الطلبات"، ورائد المشرع في هذا الاستثناء الحقيقي أن هذه الطلبات الملحقة تعتبر توابع للطلب الذي كان مطروحاً على محكمة أول درجة ولذلك لا تعتبر قضـية جديدة، ومن ناحية أخرى فإن هذه الملحقات لم تسـتحق إلا بعد تقديم الطلبات الختامية التي أقفل بها باب المرافعات أمام محكمة أول درجة[1]، والواقع أن في عدم جواز تقديم هذه الملحقات لأول مرة أمام محكمة الاستئناف يؤدي إلى وجوب رجوع أصحاب المصلحة إلى محكمة أول درجة بعد صـدور الحكم لطرف مثل هذه الطلبات أمامها، وهذا يتنافى أيضـاً مع مبدأ الإقتصاد في الإجراءات[2].

ومن ناحية ثالثة فإن السـماح بتقديم هذه الطلبات لأول مرة أمام الاسـتئناف يتسـق مع الوظيفة الحديثة للاستئناف باعتباره وسيلة للتصفية الشاملة لكل عوالق النزاع[3] بين الخصوم أنفسهم، والعبرة في هذه الحالة أن تكون هذه الملحقات من فوائد وأجور ومرتبات وتعويضـات قد اسـتحقت بعد تقديم الطلبات الختامية أمام محكمة أول درجة، فإن كانت استحقت قبل ذلك، فكان للخصـم فرصـة تقديمها أمام محكم أول درجة، فإن ضيع عن نفسه هذه الفرصة، فلا تقبل منه أول مرة أمام محكمة الاستئناف، وعندئذ لا يلومن إلا نفسـه، وعليه الالتجاء إلى محكمة الدرجة الأولى بها، وعلى هذا جرى قضـاء محكمة النقض[4].

والمشـرع الفرنسـي يستـعمـل مصطلـحات الملـحق L'accessoire، النتـيـجة La conséquence، والمكمل Le complément، وهي مصـطلحات متقاربة في المعنى، وكلمة ملحق تشمل كل ما يضيف إلى الأصل أن يستغرقه، وجواز المطالبة بالملحقات إنما هو تطبيق لمبدأ الفرع يتبع الأصـل، أما النتيجة فهي تشـمل ما ينتج عن الدعوى أو ما يتبع طلبات أو دفوع الخصـوم، بينما

---

1. طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص ص 752- 753.

2. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص617.

3. Le législateur a donc consacré des exceptions à la prohibition des demandes nouvelles, pour permettre à la cour d'achever définitivement la contestation, et le rapport Magendie de 2008 conclut au maintien de l'appel conçu comme une voie d'achèvement du litige. Néanmoins, le code de procédure civile a aussi limité, au moins en apparence, les possibilités d'élargir le débat, en exigent un lien entre prétentions initiales est les prétention nouvellement formées, afin que le principe du double degré de juridiction ne devienne pas totalement lettre morte. Pierre JULIEN et Natalie FRICERO, op cit, p 444.

4. طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص 753.

اصـطلاح المكمل اصـطلاح واسـع، يمكن أن يشـمل الملحق والنتيجة، وينطوي على ما يمثل إضـافة للطلب الأصـلي، وهذه أفكار مرنة قصـد المشـرع الفرنسـي من ورائها فتح الباب للمطالبة بكل التوابع سـواء تخلفت في الفوائد والإيجار والمتأخرات أو المتعلقات الأخرى أو التعويض عن الضـرر، هذا ما جاء به المشـرع الفرنسـي من جواز المطالبة بما يعتبر ملحقاً للطلب الأصـلي او نتيجة أو مكملاً له، وهو قريب في ذلك من مسـلك المشـرع المصـري الذي أجاز المطالبة بالملحقات وإن كان المشـرع الفرنسي استعمل كلمات مرنة مطاطة تسمح بجواز المطالبة بإدعاءات عديدة لأول مرة أمام الاستئناف فهي وسيلة من الوسائل التي استعملها المشرع الفرنسي لكي يُفضي على الاستئناف فعالية قوية تمكنه من إنهاء النزاع تماماً دون الحاجة للعودة تكراراً لقضاء أول درجة[1].

ثالثاً: طلب الحكم بالتعويض عن الاستئناف الكيدي

بالنسبة للمشرع الجزائري فيظهر من خلال نص المادة 347من ق إ م إ[2]، أن المشرع قرر جزاءاً للتعسـف في اسـتعمال حق الطعن بالاسـتئناف وهو الغرامة والتعويض، وهذه الفكرة مأخوذة من القانون الفرنسـي المادة 1/559 من قانون الإجراءات المدنية[3]، كما اعتبر المشـرع الفرنسـي متعسـفاً من يقوم بتسـجيل الاسـتئناف ويمتنع عن الحضـور أمام القضـاء دون سـبب جدي، وهذا بمقتضـى المادة 560 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، ولقد حدد المشرع الجزائري معيار التعسف، بأن يكون الاستئناف تعسـفاً وأضـاف معياراً أخر وهو أن يكون الغرض هو فصـد الإضـرار بالغير، وهنا يطرح التسـاؤل هل قصـد الإضـرار بالغير، يختلف عن الاسـتئناف التعسـفي، علماً أن نظرية التعسـف في اسـتعمال الحق تقوم أسـاسـاً على هذه الفكرة وهي حالة من حالات التعسـف المنصـوص عليها في المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري، وهل يحكم بقيام التعســـف للمســـتأنف فقط (مادام أنه الطاعن والذي

1. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ص 256-257.

2. أنظر: المادة 347 من ق إ م إ، والتي تنص: " يجوز للمجلس القضائي إذا تبين له أن الاستئناف تعسفي أو الغرض منه الإضرار بالمستأنف عليه، أن يحكم على المستأنف بغرامة مدنية من عشرة ألاف دينار (10.000 دج) إلى عشرين ألف دينار (20.000 دج)، دون الإخلال بالتعويضات التي يمكن أن يحكم بها للمستأنف عليه.

3. L'art.559. c.pr. civ. Français " En cas d'appel principal dilatoire ou abusif, l'appelant peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 10.000 euro, sans préjudice des dommages-intérêt qui lui seraient réclamés…"

استعمل حق الطعن) أم ينجر أثره إلى المستأنف عليه، وهل يحكم به في حالة رفض الاستئناف فقط، أو يمكن الحكم به في حالة قبول الاستئناف أيضاً[1].

وبالرجوع إلى الأثر الناقل للاستئناف فإن محكمة النقض الفرنسية قضت بأنه يجوز الحكم بقيام التعسف في الاستئناف على أي من الخصوم لتعسفه في إجراء ولو كان قد حكم لصالحه أول درجة[2]، غير أن غالبية أحكام محكمة النقض الفرنسية تسير في اتجاه مغاير فمن يكسب استئنافه ولو جزئياً لا يمكن الحكم عليه بالتعسف في استعمال حق الاستئناف[3]، أما في حالة عدم قبول الاستئناف فيمكن الحكم على المستأنف بالتعويض، ولا تطبق أحكام التعسف على في استعمال الحق عل المستأنف ضده، ومن تطبيقات الحق في استعمال الاستئناف ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية التي اعتبرت أن الخطأ يكفي لاعتبار الطعن تعسفياً إذا تحقق الضرر[4]، وكذلك الاستفادة من المساعدة القضائية لا يعني اعتبار الطعن تعسفياً، كما اعتبر القضاء الفرنسي أن سوء النية لا يعتد به لإثبات الاستئناف التعسفي بل يكفي توافر الخطأ في تصرف المستأنف، والذي أعتبر الدعوى تعسفية وقيام المسؤولية المدنية ضد الزوجة[5] التي رفعت دعوى ضد خليلة زوجها بدعوى أنها قامت بتحويله عن المحل الزوجي[6].

ومن جهة أخرى تنص المادة 4/235 مرافعات مصري، على انه: " ويجوز للمحكمة ان تحكم بالتعويضات إذا كان الاستئناف قصد به الكيد"، وهذا نص مستحدث ظهر لأول مرة في القانون الصادر سنة 1968، وهذا الطلب يعتبر في صحيح النظر طلباً جديداً بسببه وبموضوعه، وهذا الطلب لم يكن من المتصور طرحه أمام محكمة أول درجة، لأن الضرر المطلوب التعويض عنه لم يحدث إلا بسبب الطعن بالاستئناف في الحكم الصادر من أول درجة[7].

---

1. لبيض ليلى، التعسف في استعمال حق التقاضي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، مجلة مجلة دراسات وأبحاث المجلة العربية للأبحاث والدراسات في العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة – الجزائر– مجلد 11 ع 02، س 2019، ص 506.

2. Cass. 1er Civ, 30 nov. 1971:Bull. Civ. l,n.300.
3. Cass. 2er Civ,5 avr. 2001:Juris-Data n..2001-009179.
4. Civ.2e 10 janv. 1985.1.somm 113.obs. Guinchard.
5. Civ.2e 4 mai. 2000.JCP2000,11,10356,note th.

6. لبيض ليلى، المرجع السابق، ص 507.

7. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص619.

نلاحظ – مبدئياً– الفرق بين ما تنص عليه هذه الفقرة من قبول طلب التعويض عن الاستئناف الكيدي، وما تنص عليه الفقرة السابقة من نفس المادة فيما يتعلق بقبول طلب ما يزيد من التعويضات بعد تقديم الطلبات الختامية، فالمفترض الأساس للمادة 3/235 غير مفترض المادة 4/235، فالفقرة الثالثة تفرض أن الطلب الأصلي الذي كان معروضاً على محكمة أول درجة هو طلب تعويض على دعوى مسؤولية، وان المدعي قدم طلب للتعويض بمبلغ معين، وبعد طلباته الختامية تفاقم الضرر، فأراد أن يطلب مزيداً من التعويض، فليس أمامه إلا أن يتقدم بطلب جديد أمام محكمة الاستئناف لأول مرة استثناءً من قاعدة حظر الطلبات الجديدة، ويعتبر هذا الطلب من ملحقات الطلب الأصلي كما قدمنا، وهو يقدم من الطاعن، أما المفترض الأساسي لطلب التعويض عن الاستعمال التعسفي الذي تناولته الفقرة الأخيرة من المادة 235 فهو مختلف، فأياً ما كان الطلب الذي يقدمه الطاعن، فإن طلب التعويض عن الاستئناف الكيدي يقدمه المستأنف عليه أي المطعون ضده، ولا يعتبر – بطبيعة الحال– من ملحقات طلب المستأنف، وإنما يقدم كطلب عارض تطبيقاً للقاعدة العامة في التعويض عن الاستعمال التعسفي لحق التقاضي، ويلاحظ أن هذا الطلب يعرض لأول مرة أمام محكمة الاستئناف نظراً للاتصال الوثيق بينه وبين الاستئناف المعروض، فقاضي الاستئناف هو الأقدر من غيره على تقدير ما إذا كان هناك تعسف حسب تعبير المادة "كيد" في الاستئناف أم لا، وهذا الطلب ينظر على درجة واحدة هي الدرجة الثانية فقط[1].

والذي يتقدم بطلب التعويض على الاستئناف الكيدي هو المستأنف عليه، الذي عليه أن يقيم الدليل على أن الاستئناف مقصود مكنه الكيد ليس إلا، على أن تقدير سوء النية والكيد أمر متروك لمحكمة الاستئناف تستنتجه من ظروف كل حالة، فليس له معايير يقاس بها، ولا تخضع المحكمة في تقدير الكيد لرقابة محكمة النقض[2].

رابعاً: الطلبات المكملة والمترتبة والمتصلة بالطلب الأصلي

تنص المادة 343 من ق إ م إ أنه: " لا تعتبر طلبات جديدة الطلبات المرتبطة مباشرة بالطلب الأصلي والتي ترمي إلى نفس الغرض حتى لوكان أساسها مغايراً".

يعد الطلب المرتبط مباشرةً بالطلب الأصلي الذي يهدف إلى نفس الغاية أو الغرض ولو كان أساسه أو سببه مغايراً عن سبب الطلب الأصلي، يعد طلباً جديداً، وهنا الجدة طرأت على عنصر

---

1. طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص ص 753– 754.
2. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 227.

السبب، في الأصل غير مقبول، إلا أن النص المذكور يجعله مقبول استثناءً عن القاعدة العامة، كما أذا رفع الخصم الدعوى أمام محكمة يطلب فيها تقرير حق الملكية على عقار (أ) استناداً إلى العقد وفي الاستئناف أصبح يتمسك بالملكية على نفس العقار (أ) غير انه في هذه الحالة يستند إلى الحيازة بإعتبارها سبب الملكية بدل العقد[1].

وبالنسبة للقضاء الجزائري، فقد جاء في قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية المؤرخ في 21جويلية 1998 : " من المقرر شرعاً أن أصحاب السدس هم سبعة من بينهم الأب بشرط وجود الولد أو ولد الابن ذكراً كان أو أنثى، ومن المقرر أيضاً أنه لا تقبل الطلبات الجديدة في الاستئناف ما لم تكن خاصة بمقاصة أو كانت بمثابة دفاع في دعوى أصلية... والثابت في قضية الحال أن نصيب الأب أهمل فعلاً في الفريضة المقدمة من طرف الموثق والمصادق عليها من طرف المحكمة وأن قضاة الاستئناف بمصادقتهم على الحكم المستأنف دون الإجابة على الدفع المثار والخاص بنصيب الأب واعتباره طلب جديد رغم انه مستمد من الطلب الأصلي فكان عليهم الأمر بإجراء فريضة أخرى تشمل كافة ورثة المالك بما فيهم الأب، فبقضائهم كما فعلوا أخطئوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للنقض"[2].

وأجاز المشرع المصري في مسائل الأحوال الشخصية بموجب المادة 2/57 من قانون إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، إبداء طلبات جديدة لأول مرة أمام محكمة الاستئناف إذا كانت مكملة للطلبات الأصلية أو مترتبة عليها أو متصلة بها اتصالاً لا يقبل التجزئة، ونلاحظ – مبدئياً – أن هذا الاستثناء الواسع لا ينطبق إلا في دعاوى الأحوال الشخصية التي تنظرها محاكم الأسرة، ويرجع مفهوم التكملة والاتصال بين الطلبات إلى فكرة الارتباط بين الطلبات[3].

الفرع الثاني: تدخل واختصام الغير في خصومة الاستئناف

بالنسبة للمشرع الجزائري، فمن حيث المصطلح، اختار مصطلح التدخل للدلالة على التدخل الاختياري وعلى اختصام الغير أو التدخل الجبري أو الإدخال في الخصومة في آن واحد، بخلاف الفقه الذي يفرق بينهما من حيث التسمية، وإن كان يعتبرها كلها طلبات عارضة تتعلق بتغير نطاق الخصومة

---

1. عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء أراء الفقهاء وأحكام القضاء، المرجع السابق، ص320.
2. قرار رقم 200213 المجلة القضائية العدد الثاني، لسنة 2005، ص 168. نقلاً عن: يعقوبي عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 317.
3. طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص ص 754– 755.

من حيث الأشخاص، إلا انه يفرق بينها من حيث المصطلح، فهو يطلق عبارة التدخل على التدخل الاختياري فقط، لأنها عبارة تنم عن استعمال إرادة الشخص في الدخول في خصومة قائمة، بخلاف الإدخال أو الاختصام الذي يجبر فيه الشخص على الدخول في الخصومة القائمة، على اعتبار أن الأول يحدث بإرادة المتدخل الذي يختار الدخول في الخصومة لحماية مصالحه الشخصية، أو للدفاع على الغير الذي تحقق مساندته مصلحة خاصة للمتدخل، أما الإدخال في الخصومة فهو جلب الغير رغماً عن إرادته إلى الخصومة سواءً بإرادة الخصم أو القاضي، والمشرع بهذا الموقف عبر عن توحيد المصطلح إلى توحيد الإجراءات بينهما واحتفظ لكل منهما بخصوصيته، من حيث طبيعة هذه الطلبات العارضة [1].

والقانون يسمح بنظام إختصام الغير بناء على أمر المحكمة، وهذا ما تنص عليه المادة 201 من ق إ م إ حيث جاء فيها: "يمكن للقاضي ولو من تلقاء نفسه أن يأمر أحد الخصوم عند الاقتضاء، تحت طائلة غرامة تهديدية، بإدخال من يرى أن إدخاله مفيد لحسن سير العدالة أو لاظهار الحقيقة"، وتبعاً لذلك أصبح من الجائز أن تأمر المحكمة أو جهة الاستئناف ادخال الغير الذي تربطه بأحد الخصوم التزام أو حق لا يقبل التجزئة أو إدخال أحد الشركاء في دعوى قسمة المال الشائع، وهذا الإجراء يفيد حسن سير العدالة، أو إذا كان الغير تحت يده وثيقة، فيجوز للمحكمة أو جهة الاستئناف أن تأمره بادخال الغير من أجل تقديم هذه الوثيقة لاظهار الحقيقة[2].

ورغم أن القضاء كان مستقراً على وجوب قبول التدخل في الخصام أمام الاستئناف، وان الفقه كان مستقراً فقط على إمكانية قبول التدخل الانضمامي دوناً عن غيرها من الطلبات، لأنها الوحيدة التي تحافظ على مبدأ التقاضي على درجتين إلا أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية جاء ليفصل في هذه المسألة فنصت المادة 1/194 من ق إ م إ انه " يكون التدخل في الخصومة في أول درجة أو في مرحلة الاستئناف اختيارياً أو وجوبياً"، ونصت المادة 1/338 من القانون نفسه أنه " يجوز للأشخاص الذين لم تكن لهم صفة الخصم أو لم يكونواْ ممثلين في الخصومة أمام الدرجة الأولى التدخل في الاستئناف إذا

1. شويحة زينب، الإجراءات المدنية في ظل القانون 08-09، ج1، ط1، دار أسامة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص ص 73- 74.

2. عمر زودة، نظام الطعن بالاستئناف في الأحكام المدنية، المرجع السابق، ص 255.

كانت لهم مصلحة في ذلك"، وعليه فإن طلبات التدخل الاختياري، والتدخل الوجوبي كلها تكون مقبولة ولو أبديت أول مرة أمام الاستئناف[1].

غير أن السؤال يبقى مطروحاً حول ماذا يقصد المشرع من التدخل الاختياري والتدخل الوجوبي[2]، والشيء الملاحظ أن التدخل إذا وقع أمام جهة الاستئناف ففي نظري فهو يحدث مشاكل قانونية لاسيما إذا كان تدخلاً اختصامياً يتضمن طلبات قدمت لأول مرة أمام المجلس، فهل المجلس يفصل في طلبات المتدخل لأن القانون أجاز له التدخل في أي درجة من درجات التقاضي، أم سيقرر عدم قبول طلبات المتدخل طبقاً للمادة 341 من ق إ م إ التي نصت على أنه لا تقبل الطلبات الجديدة في الاستئناف، أم أن الطلبات الجديدة تكون في حق الخصوم الأصليين فقط؟[3]، فالقانون لم يوضح ما إذا كان لطلبات المتدخل في الخصام تأثير على الحكم المستأنف إذا كانت طبعاً طلباته جدية ومؤسسة[4].

لكن المادة 196 من ق إ م إ عرفت التدخل الاختياري على ان يكون أصلياً أو فرعياً، ويقصد بالتدخل الأصلي التدخل الهجومي وهو التدخل الذي يدعي فيه الغير (المتدخل) حقاً ذاتياً لنفسه ويطلب الحكم له به في مواجهة الطرفين الأصليين المادة 197 من ق إ م إ، أما التدخل الفرعي فيقصد به التدخل الانضمامي وهو أن ينضم المتدخل إلى أحد الطرفين لمساعدته، كإنضمام الضامن إلى جانب المضمون في دعوى الضمان، دون أن يطلب شيء لنفسه، وإنما ينضم إلى أحد الخصوم لكي يحكم لصالح هذا الأخير، بما في هذا الحكم من مصلحة تعود عليه ويقتصر دوره في إبداء أوجه الدفاع والدفوع لتأييد طلبات هذا الخصم ولا يجوز له أن يقدم طلبات جديدة[5].

والذي يهمنا الآن الإشارة إليه أن تدخل واختصام الغير يؤثر أيضاً على نطاق الطلب القضائي المطروح أمام محكمة الاستئناف من حيث الموضوع، ذلك لأن اختصام الغير لأول مرة أمام محكمة الاستئناف كما هو الحال في القانون الفرنسي الذي يسمح بذلك إذا ما تطور النزاع يؤدي بهذا الشخص

---

1. شويحة زينب، المرجع السابق، ص 76.
2. عمر زودة، نظام الطعن بالاستئناف في الأحكام المدنية، المرجع السابق، ص 133.
3. مسعودي محمد لمين، المرجع السابق، ص 60.
4. يوسف دلاندة، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، المرجع السابق، ص 178.
5. عمر زودة، نظام الطعن بالاستئناف في الأحكام المدنية، المرجع السابق، ص ص 252- 253.

إلى طرح طلبات جديدة بموضوعها لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، أيضاً فإن الخصوم في خصومة الاستئناف سوف يردون على هذه الطلبات بطلبات مماثلة، مما يؤدي إلى إحداث متغيرات أساسية[1].

وإذا كان المشرع الفرنسي الذي اقتبس منه المشرع المادة 194 من ق إ م إ يأخذ بفلسفة تصفية النزاع بصفة نهائية، لكنه يخضعه إلى شروط معينة، وأهم هذه الشروط، أنه لا يقبل التدخل الهجومي أمام جهة الاستئناف إلا إذا حدث تطور في النزاع، في حين أن المشرع الجزائري لم يشترط هذا الشرط لطلب التدخل الهجومي فهو مقبول في كل الأحوال، وقد تأثر المشرع الجزائري بفلسفة تصفية النزاع أمام جهة الاستئناف بصفة نهائية دون الحاجة إلى إرجاع القضية إلى محكمة أول درجة وإن كان المشرع الجزائري ما يزال يعتبر الاستئناف وسيلة إصلاح قضاء الدرجة الأولى بما شابه من أخطاء في التقدير، إلى جانب أخذه بفلسفة تصفية النزاع أمام جهة الاستئناف بصفة نهائية، وذلك من خلال سنه لعدة ادوات فنية منها قبول طلبات جديدة ونظام التصدي، وتبعاً لذلك يمكن قبول طلب التدخل الهجومي في الاستئناف، وهذا يشكل طلباً جديداً في كافة عناصره وهذا يعد في الحقيقة خرقاً لمبدا التقاضي على درجتين، دون ان يَخضع هذا الطلب إلى شرط تطور النزاع كما فعل المشرع الفرنسي[2].

وتقتضي وحدة الطلب أن يكون الخصوم في الدعوى أمام محكمة أول درجة هم الخصوم أمام محكمة الدرجة الثانية، فتدخل خصم ثالث في الدعوى أو إدخاله فيها أمام محكمة الاستئناف يعتبر من قبيل الطلبات الجديدة، والخصومة أمام محكمة الاستئناف تتحدد بالأشخاص الذين كانواْ مختصمين أمام الدرجة الأولى وبنفس الصفة التي اختصمواْ بها أمامها، وذلك حتى لا تضيع درجة تقاضي على من يمثل لأول مرة في الاستئناف، لذلك لا يجوز –كقاعدة– في الاستئناف إدخال من لم يكن خصماً في الدعوى الصادر فيها الحكم المستأنف، (المادة 236 مرافعات مصري)، ولا يجوز للمستأنف أن يختصم في الاستئناف من لم يكن طرفاً في الدعوى لأنه يعد بدءاً لدعوى جديدة لدى محكمة الدرجة الثانية مما يخالف قواعد الاختصاص ومبدأ التقاضي على درجتين، ولا يجوز في الاستئناف اختصام من رفضت محكمة أول درجة قبول تدخله في الدعوى، كما لا يجوز إدخال الخصوم الذين أُخرجواْ من الدعوى أمام محكمة الدرجة الأولى[3].

---

1. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص653.
2. عمر زودة، نظام الطعن بالاستئناف في الأحكام المدنية، المرجع السابق، ص ص 253– 254.
3. أحمد هندى، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ص 607– 608.

أي أن المشـرع المصـر ي يسـتبعد تماماً التدخل الهجومي أو الأصـلي لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، وذلك لأن في هذا التدخل الهجومي حين يسمح به، ما يؤدي إلى طرح طلبات جديدة ليس فقط بأشخاصها بل بموضوعها وسببها لأول مرة أمام محكمة الاستئناف وهذا ما لا يجوز[1].

وبالنسبة لتدخل الغير، فإنه إذا كان تدخلاً اختصامياً أي يطالب المتدخل بحق له يطلب الحكم به، فإنه لا يجوز لأن من شان قبوله أن يحرم طرفي الخصومة في الاستئناف من إحدى درجتي التقاضي بالنسبة لطلب المتدخل، على أن الحكم الصادر من محكمة الاستئناف بعد قبول التدخل الاختصامي أو الهجومي يجوز الطعن فيه بطريق النقض لأن المتدخل يعتبر محكوماً في طلب التدخل، أما من يتدخل منضماً لأحد الخصوم فيجوز له التدخل أمام الاستئناف (المادة 2/236 مرافعات مصري) لأنه لا يطلب الحكم لنفسه بحق يدعيه في مواجهة طرفي الخصومة وإنما يقتصر على إبداء وجه دفاع لتأييد طلب أحد الخصوم، ولا يترتب على قبول المحكمة للتدخل الانضمامي أن عليها طلب خاص بالمتدخل لتقضي فيه، بل يظل عملها مقصوراً على الفصل في الموضوع الأصلي المردد بين طرفي الدعوى، ولكن لا يقبل التدخل بطلب الانضمام إلى أحد الخصوم في استئناف غير جائز أو مرفوع بعد الميعاد لأنه طلب يرتبط بموضوع الاستئناف ولا ينفك مستقلاً عنه، والعبرة في معرفة نوع التدخل ليس بما يصفه به المتدخل ولكن بما يرتبه الحكم فيه من أثار لصالح المتدخل[2].

والمشرع الفرنسي قد سلك مسلكاً مغايراً لنظيره المصري بالنسبة للتدخل، فنص في المادة 554 مرافعات على أنه "يمكن أن يتدخل في خصومة الاستئناف طالما كانت لهم مصلحة في ذلك، الأشخاص الذين لم يكونواْ خصوماَ ولم يمثلواْ في خصومة أول درجة أو ظهرواْ فيها بصورة أخرى"، أي أن المشرع يبيح لأي شخص من الغير لم يكن خصماً في أول درجة أو لم يمثل فيها أو ظهر أمام أول درجة بصفة أخرى، أن يتدخل في خصومة الاستئناف، ولم يشترط لذلك سوى شرط واحد هو شرط المصلحة بجانب ما سبق أن أشترطه – في المادة 352– لقبول التدخل بصفة عامة من ضرورة أن تربطه بإدعاءات الخصوم صلة كافية، معنى ذلك أن المشرع الفرنسي يجيز للغير التدخل في الاستئناف طالما تحققت الشروط العامة لقبول التدخل باعتباره طلباً عارضاً – وهي المصلحة والارتباط، فهو لا يقصر الأمر على مجرد التدخل الإنضمامي، وإنما يتيح أمام الاستئناف التدخل بصورتيه – الأصلي والتبعي، وهو ما أكدته المادة 327 مرافعات حيث قرر أن التدخل (دون أن يحدد نوعاً معيناً منه) جائزاً أمام أول

1. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، حاشية ص 266.
2. أحمد هندى، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ص 608– 609.

درجة وأمام الاستئناف سواءً كان تدخلاً اختياريا أو جبرياً، فلو شاء المشرع قصر التدخل أمام الاستئناف على صورة التدخل الإنضمامي لصرح به كما فعل في المادة 2/327 بصدد التدخل الجائز أمام النقض حيث صرح بأنه يكون مقبولاً فقط أمام محكمة النقض التدخل الإرادي المقدم على أساس تبعي، ولا مشكلة في التدخل التبعي، نظراً لأن المتدخل لا يتقدم بطلبات أو إدعاءات جديدة وإنما يقتصر على تأييد الخصم الذي ينضم إليه، لذلك لم يشترط المشرع سوى توافر المصلحة لدى المتدخل، الذي يدخل لتأييد حقوق أو إدعاءات أحد الخصوم (المادة 2/330)[1].

أما التدخل الأصلي أو الرئيسي، فإن المتدخل يتقدم بإدعاءات جديدة لمصلحته هو، أي أنه يتقدم بطلبات جديدة، وهذه الطلبات محظورة أصلاً في الاستئناف، وإذا كان المشرع الفرنسي قد أباح التدخل الأصلي – كما أوضحنا – فمعنى ذلك أنه يبيح للمتدخل أن يتقدم بطلبات جديدة أو ادعاءات جديدة لمصلحته، وكل ما يشترطه لقبول هذه الإدعاءات هو الشرط العام – لقبول أي طلب أو دفع– والمتمثل في المصلحة، والشرط الخاص لقبول الطلبات العارضة وهو شرط أن تكون هناك رابطة كافية بين تلك الإدعاءات والدعوى الأصلية – وذلك حتى لا تتشعب خصومة الاستئناف وتتسع لتشمل إدعاءات بعيدة عن تلك الخصومة – لذلك استقر قضاء محكمة النقض الفرنسية على أنه لا يقبل التدخل حيث يُعرض من المتدخل نزاعاً جديداً خلاف ذلك الذي عرض أمام أول درجة وانتقل إلى محكمة الدرجة الثانية نتيجة الأثر الناقل للاستئناف[2]، فإذا كان يستنتج من مقابلة المواد 554 و 565 و 566 مرافعات انه يمكن أن يتدخل في الاستئناف طالما كانت توجد مصلحة، الأشخاص الذين لم يكونواْ خصوماً ولا ممثلين في أول درجة أو الذين ظهرواْ بصفة أخرى، فإن هذا يكون بشرط ألا يثير المتدخل في الاستئناف نزاعاً جديداً، ويعتبر مثيراً لمثل هذا النزاع المتدخل في الاستئناف إذا كان الطلب لا يستقي مباشرة من الطلب الأصلي ولا يهدف لنفس غاياته، ومن ذلك نجد أن القضاء يضع شروطاً معينة لتدخل الغير في الاستئناف، فهو يشدد في تطبيق النصوص المرنة التي جاء بها المشرع حتى لا يضيع درجة من درجات التقاضي على المتدخل[3].

---

1. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، حاشية ص ص 267– 268.

2. Cass. 2e civ., 11 mars 1981, bull. civ. II, n° 52 ; Cass. 3e civ. 02 juin 1981, JCP G 1981, IV, 293 ; RTD civ. 1981, 907, n° 13, obs, PERROT ; Cass. 2° civ. 15 janv. 2004, D. 2004, 350, obc. PERROT. Pierre JULIEN et Natalie FRICERO, op cit, p 320.

3. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، حاشية ص ص 268– 270.

هذا عن التدخل الاختياري، أما بخصوص التدخل الجبري أو ما يسمى باختصام الغير فقد أضاف المشرع الفرنسي مصطلحاً مرناً آخر – إلى جانب المصطلحات العديدة التي استعملها لتمكين محكمة الاستئناف من القيام بمهمتها بالفصل في النزاع بصورة شاملة، فأجاز اختصام الغير أمام الاستئناف، بهدف الحكم عليه، عندما يستلزم ذلك " تطور النزاع "– المادة 555 مرافعات–، فيمكن اختصام إي شخص من الغير أمام الاستئناف إذا كان ذلك الاختصام من شأنه أن يساهم في تطور النزاع[1]، فالمعيار هو هذا المصطلح، فماذا يقصد به[2].

يظهر من نص المادة 555 من قانون المرافعات الفرنسي أن الشرط الوحيد الواجب توافره حتى يمكن اختصام الغير بهدف الحكم عليه بشيء أمام محكمة الاستئناف هو تطور النزاع، بحيث يؤدي هذا التطور إلى ضرورة هذا الاختصام، ويجب علينا الآن أن نحدد بوضوح معنى هذا الشرط[3].

كلمة " تطور Dévolution" تعني – في المعنى الجاري– تحول بطيء أو تدريجي، فالتحول مجرد تغيير وهو عكس الثبات والاستقرار، ويمكن القول أن النزاع يتطور دائماً طالما أن الأعمال تتابع متخذةً أثناء سيرها اتجاهاً محدداً، فالخصومة تكون دائماً في حركة ولا تتوقف عند حكم أول درجة ولكن تطور النزاع لا يختلط مع مجرد سيره Déroulement ذلك أن مجرد وجود حكم من أول درجة، الذي يعتبر نهاية عادية لسير النزاع أمام قضاء الدرجة الأولى، لا يمكن بحد ذاته أن يميز تطور النزاع، وإلا فإن التدخل الجبري يكون جائزاً دائماً في الاستئناف[4].

كل هذا يؤدي بنا إلى التساؤل عن التفسير الواجب إعطائه لفكرة تطور النزاع أمام محكمة الاستئناف، نظراً لما يترتب على هذه الفكرة من أثار خطيرة، هل يجب أن نعتنق لهذه الفكرة مفهوماً واسعاً، بحيث يكون اختصام الغير مقبولاً حتى لو تعلق الأمر بإهمال من جانب الخصم الذي يطلب الاختصام، أو بنسيان عمدي لأمر من الأمور التي كان من الواجب التمسك بها أمام أول درجة، ما دام

---

1. عالج المشرع الفرنسي الاختصام بصفة عامة في المادة 331 إجراءات مدنية حيث أوضح أن الغير يمكن أن يُختصم بهدف الحكم عليه عن طريق أي خصم له حق التقاضي ضده بصفة أصلية، ويمكن كذلك الاختصام عن طريق الخصم الذي له مصلحة في جعل الحكم مشتركاً، وان الغير يجب أن يستدعي في وقت مناسب حتى يعد دفاعه، وأوضحت المادة 332 إجراءات مدنية فرنسي، أن القاضي يمكن أن يدعواْ الخصوم لاختصام أي شخص يكون وجوده ضرورياً في حل النزاع، وانه في موضوع ولائي يمكن أن يأمر القاضي باختصام الأشخاص الذين يمكنه أن تتأثر حقوقهم أو التزاماتهم بالقرار المزمع اتخاذه.
2. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، حاشية ص 271.
3. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 709.
4. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، حاشية ص 271.

احترام حقوق الدفاع مكفولاً أمام محكمة أول درجة، ويقابل هذا الإتجاه الموسع لفكرة تطور النزاع، اتجاه آخر مضيق لهذه الفكرة بحيث إذا لم تستغل الواقعة المولدة لهذا التطور أمام أول درجة، فإن اختصام الغير بناء على هذه الواقعة – التي كانت موجودة أمام أول درجة – يكون غير مقبول[1].

ونظراً لمرونة إصطلاح " تطور النزاع"، فقد اتجه القضاء إلى تفسير المادة 555 تفسيراً ضيقاً[2]، لأن هذه المادة تخالف مبدأ التقاضي على درجتين الذي يمثل لكل متقاضي ضمانة لمصالحه، الذي يجب الاعتراف به، ونظراً لأن فكرة تطور النزاع تستلزم أن الاكتشاف الجديد لواقعة من شانه أن يوضح أمام محكمة الاستئناف، النزاع من واجهة جديدة وغير مرتقبة، لذلك تطلب القضاء شروطاً معينة حتى يتحقق مثل هذا التطور الذي يبيح اختصام الغير أمام الاستئناف، وأهم هذه الشروط ظهور عنصر جديد أي حدوث تحول أو تغيير في معطيات أو عناصر النزاع، فلا يمكن أن يستدعى شخص من الغير لأول مرة في خصومة الاستئناف إلا إذا حدث بصورة لاحقة على خصومة أول درجة عنصراً معدلاً لعناصر النزاع الأساسية ما يستدعي اختصامه، وتعديل عناصر النزاع – الذي ينتج عنه عنصر جديد يؤدي إلى تطور النزاع مما يسمح باختصام الغير أمام الدرجة الثانية – هذا التعديل يستلزم ظهور واقعة جديدة أو اكتشاف واقعة قديمة، مع مراعاة أن فكرة " ظهور أو اكتشاف واقعة " التي تحدث عنها المشرع الفرنسي في نهاية المادة 564 والتي تتيح التقدم بإدعاءات جديدة ناشئة عن ذلك، لا تكون مطابقة لفكرة ظهور أو اكتشاف واقعة خاصة بتطور النزاع – الذي عالجه في المشرع في المادة 555 وجعله مبرراً لاختصام الغير، ذلك أن الفكرة الأولى تفترض طلبات جديدة في الاستئناف ضد أشخاص أو خصوم ممثلين في أول درجة، بينما الفكرة الثانية تستلزم التدخل الجبري في الاستئناف لأشخاص ليسواْ أطرافاً ولا ممثلين في الدرجة الأولى[3].

معنى ذلك أن تطور النزاع يجب أن ينشأ عن عنصر جديد، لم يكن موجوداً أو معلوماً أمام محكمة الدرجة الأولى، فهذا العنصر يجب أن يكون قد حدث أو اكتشف بعد خصومة أول درجة، وبتحديد أدق يجب أن تكون الواقعة قد اكتشفت بعد قفل باب المرافعات في أول درجة، وبجانب ضرورة توافر الجدة في العنصر لتطور النزاع، يجب أن تتوفر في هذا العنصر خصائص معينة أهمها أن يكون

---

1. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 711.
2. Mais dans l'ensemble, les très nombreuses décisions rendues en la matière, considèrent que l'article 555 doit donner lieu à une interprétation stricte puisqu'il déroge du double degré de juridiction. jean VINCENT et Sergr GUNCHARD, procédure civile, 24e éd, op cit, p 836.
3. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، حاشية ص ص 272– 273.

في صلة مباشرة مع الخصومة، فإذا ظهرت الواقعة الجديدة خلال الخصومة وأمكن أن تزود خصومة أخرى بأساس مختلف فإنه لا يمكن القول حقيقة أن هناك تطور للنزاع، هذا هو مفهوم تطور النزاع الذي يبرر اختصام الغير أمام الاستئناف، أي أن يكون هناك عنصراً جديداً قد طرا على النزاع بعد قفل باب المرافعات أمام أول درجة، مما يستلزم اختصام شخص من الغير أمام الاستئناف لتوضيح النزاع أمام محكمة الدرجة الثانية بشرط أن تكون هناك صلة مباشرة بين هذا العنصر وبين النزاع الأصلي، وأن يكون تدخل الغير مؤدياً مباشرة إلى تغيير عنصر من عناصر النزاع، ومحكمة الدرجة الثانية يجب أن تتحقق من قيام تطور النزاع بهذا المفهوم وتلك الشروط، ولكن محكمة الاستئناف لا يمكن أن تقضي من تلقاء نفسها بعدم قبول طلب اختصام الغير وإنما يجب أن يتمسك أي من الخصوم بذلك عن طريق الدفع بعدم القبول، فلا يمكن لقضاة الدرجة الثانية أن يثيروا عدم قبول التدخل الجبري المقدم لأول مرة في الاستئناف تلقائياً، ويرجع ذلك إلى أن قاعدة عدم قبول الطلبات الجديدة في الاستئناف ليست من النظام العام في القانون الفرنسي على ما سبق وأوضحنا، وما جاءت به المادة 555 ليس سوى تطبيقاً من تطبيقات هذه القاعدة.[1]

والحقيقة فإن التوسع في إعمال نظام تدخل الغير واختصامه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالسياسة التشريعية وبالهدف الذي ترسمه هذه السياسة للنظام القانوني للطعن بالاستئناف، فإذا كان الهدف من هذا النظام هو مجرد اعتباره طريق لإصلاح قضاء أول درجة voie de reformation فإنه لا يسمح بتدخل أو اختصام الغير إلا في أضيق نطاق، أما إذا كان الهدف من نظام الطعن بالاستئناف هو بالإضافة إلى إصلاح قضاء أو درجة، إنهاء النزاع مرة واحدة أمام محكمة الاستئناف، دون الحاجة للعودة مرة ثانية إلى محكمة أول درجة لطرح طلبات جديدة بأشخاصها أمامها، ثم الطعن بالاستئناف في الحكم الصادر في هذا الطلب، فهنا ترسم السياسة التشريعية نطاقاً واسعاً لإعمال نظام التدخل والاختصام أمام محكمة الدرجة الثانية، وتضرب عرض الحائط بقاعدة التقاضي على درجتين، وفي نطاق هذه السياسة الأخيرة فإن إهدار قاعدة التقاضي على درجتين يكون في آنٍ واحد بالنسبة للغير الذي يختصم أو الذي يتدخل في خصومة الاستئناف، وبالنسبة لخصوم قضية الاستئناف الأصليين أنفسهم حيث يتم حرمانهم من أول درجة من درجات التقاضي[2].

---

1. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع نفسه، حاشية ص ص 275- 279.
2. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ص 695-696.

ونخلص من ذلك إلى أنه إذا كان المشرع الفرنسي قد واصل استعماله للمصطلحات المرنة وواصل مسيرته العامة التي ترمي إلى منح الفاعلية للاستئناف، حتى يقوم قضاة الاستئناف بمهمة الفصل الشامل والنهائي للنزاع، فالمشرع أراد إعفاء الخصوم من الرجوع إلى محكمة أول درجة لرفع دعوى على من يريدون إدخاله في الاستئناف، إلا أن القضاء الفرنسي قد قابل هذا المسلك بحذر، وأعتنق في أغلبه المفهوم الضيق في تفسير مصطلح " تطور النزاع" متطلباً شروطاً عديدة حتى يتحقق مثل هذا التطور، لذلك نجد من خلال عرضنا السابق لأحكام القضاء، أن القضاء قد قبل اختصام الغير أمام الاستئناف في حالات محدودة، ولم يتوسع في تفسير " تطور النزاع" الذي هو أمر حتمي – حسب عبارة المشرع – حتى يتمكن من اختصام الغير[1].

1. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، حاشية ص 280.

الباب الثاني

التصدي لدى جهة الاستئناف

كآلية لتفعيل دور القاضي

الباب الثاني

التصدي لدى جهة الاستئناف كآلية لتفعيل دور القاضي

التصدي كمفهوم يرتبط بالجهات الاسنئنافية، ويقصد به الخيار الذي يتيحه القانون لجهة ثاني درجة ضمن ضوابط محددة في الهيمنة الكلية على كل مقتضيات وجوانب الحكم المستأنف، وإعطاء حل نهائي للنزاع بغض النظر عما إذا كانت عريضة الاستئناف قد أشارت إليها صراحةً أو ضمناً أو لم تشر إليها حتى، وبغض النظر عن المقتضيات التي تضمنها الحكم المستأنف الذي قد لا يتضمن بالضرورة رأي جهة أول درجة في مختلف المسائل الواقعية والقانونية التي سبق عرضها عليها من قبل أطراف الخصومة، ويكتفي بالفصل في مسألة أو مسائل تحوم فقط حول موضوع النزاع أو جزء منه دون أن تفصل فيه، ومع ذلك يكون لجهة ثاني درجة بمناسبة اتصالها بالملف في إطار الطعن بالاستئناف في الحالة التي ترتئي فيها إلغاء الحكم المستأنف، مكنة إعمال حقها في التصدي لكافة جوانب النزاع بما فيها تلك التي لم تُرفع إليها والتي لم تستنفذ المحكمة ولايتها عليها، والمغزى من ذلك هو التعجيل بإعطاء حل نهائي للنزاع في إطار ما هو مخول لجهة ثاني درجة من سلطة مراقبة ومراجعة ما توصل إليه حكم الدرجة الأولى من قضاء، باعتماد خيار إنهاء النزاع باقتصاد الوقت والجهد والمال والإجراءات[1].

وإذا كان الأثر الناقل للاستئناف يعمل في نطاق محدود، حيث يترتب عليه نقل النزاع الذي فصلت محكمة أول درجة في موضوعه، وفي حدود ما رفع عنه الاستئناف إلى محكمة الدرجة الثانية، لتصبح الأخيرة هي المختصة وحدها في بحثه وتحقيقه والفصل فيه، فعلى العكس الأثر الساحب التصدي لا تقف هذه الأداة عند الحدود التي نقل بها النزاع أمام ثاني درجة، وإنما يرخص المشرع بها لهذه المحكمة نظر موضوع النزاع التي لم تستنفذ محكمة أول درجة ولايتها بشأنه طالما مر عليها؛ ذلك عندما يطعن أمام محكمة الاستئناف في حكم فرعي منهي لخصومة أول درجة وتوافرت إحدى حالات وشروط تطبيق هذه الأداة استجابة لمبدأ الاقتصاد في الإجراءات، متى اقتضت مصلحة العدالة ذلك[2].

وسبق القول أن النظام القانوني للطعن بالاستئناف تم تشييده بهدف إتاحة الفرصة للإطراف للتظلم من الحكم الصادر من قاضي أول درجة[3]، كطريق لإصلاح العيوب التي تشوب حكم أول درجة وهو ما يعبر عنه بالمفهوم التقليدي للاستئناف، وطريق لإنهاء النزاع برمته وهو ما عبر عنه بالمفهوم الحديث

---

1. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص 13.
2. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص 09.
3. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 743.

للاستئناف، والتصور الحديث في مستهل تكونه لفت إليه ما أحدثته التحولات الاجتماعية والاقتصادية والطفرة العلمية خلال الفترة السابقة من تأثيرها البالغ على الخصومة – والتي استجابت لهذا التأثير كون الخصومة في ذاتها ظاهرة اجتماعية حية تقبل الحركة والنشاط– في الوقت الحالي بزيادة تعقيدها وتشابكها، مرجعه ليس سوء قصد الخصوم، وإنما هذه التحولات؛ هذا المظهر المعقد والمتشابك قد لا تكشف عنه خصومة أول درجة، مما يعني أن معطيات النزاع لا تكون قد اكتملت بعد، ومن ثم لا تتوافر للقاضي النظرة الكاملة حول هذا النزاع، مما يستلزم تمكين الخصوم بتكملة هذه المعطيات أمام محكمة ثان درجة[1].

ففكرة التصدي إذاً هي الأخرى في حاجة إلى دراسة متأنية وإن كانت دراستها ليست بالأمر الهين نظراً لغياب النصوص القانونية الناظمة لها وقلت المصادر التي يمكن الرجوع إليها، إلا أن ذلك لا يثني عزمنا في محاولة تبسيطها وإبراز مجال وضوابط إعمالها، ودورها كمكنة في التقاضي على درجتين وبيان دور القاضي في تفعيلها، وسنتناول دراستها في فصلين:

الفصل الأول: ماهيـة التصدي.

الفصل الثاني: التصدي ومسألة إرجاع القضية لأول درجة.

1. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص ص 11– 25.

الفصل الأول

ماهيـة التصـــدي

الفصل الأول

ماهيــة التصـــدي

سبق القول أن الطعن بالاستئناف، بمجرد الطعن يولد مجموعة من الآثار، ومن هذه الآثار، تمت لنا دراسة الأثر الناقل للاستئناف، وعرفنا أن هذا الأثر ما هو إلا أداة فنية من أدوات النظام القانوني لهذا الطريق من طرق الطعن، إلى جانب هذه الأداة توجد أداة أخرى داخل نظام الطعن بالاستئناف هي الحق في التصدي[1]، وهذه الأداة الفنية التي أوجدها المشرع كأثر للاستئناف هي فكرة التصدي L'évocation وأوجد لها الأدوات الإجرائية التي تعمل بمقتضاها محكمة الاستئناف ووفقاً لسلطتها التقديرية بسحب الموضوع الذي لم تستنفذ به محكمة أول درجة ولايتها والتصدي له بقصد إنهاؤه برمته مرة واحدة[2].

والواقع أن التصدي بمفهومه أعلاه هو سحب لولاية محكمة أول درجة على كل جوانب النزاع، ويترتب عن ذلك أن نضيف إلى أثار الاستئناف فضلاً عن الأثرين التقليدين المعروفين الناقل والموقف، أثراً أخر يطلق عليه الفقه المصري تسمية الأثر الساحب، والذي يقصد به سحب الولاية من جهة أول درجة حتى بالنسبة للنقاط التي لم تفصل فيها، ولم تقضي بأي قضاء في شأنها، أي من المسائل التي لا تزال لها ولاية عليها من الوجهة النظرية، إذ تتدخل جهة الاستئناف هنا بما لها من حق في التصدي وتهيمن على النزاع ككل بسحب الولاية من جهة أول درجة عن طريق ما تطلق عليه التشريعات الإجرائية بالحق في التصدي، الحق الذي يترتب عنه اتصال جهة ثاني درجة بمسائل لم يصدر فيها أي قضاء من قبل المحكمة الابتدائية، سواءً باكتفاء هذه الأخيرة بالتعرض لمسالة فرعية ترتب عنها حكم أنهى الخصومة أمامها دون التعرض للموضوع أو بعدم تعرضها لطلبات سبق وأن تم عرضها أمامها، ويستوي في ذلك أن يكون الأمر راجعاً إلى مجرد إغفال الفصل أو تحاشياً مقصوداً أو غير مقصود من جهة أول درجة لأي سبب من الأسباب[3].

وفكرة التصدي كأداة من أدوات الاستئناف، فضلاً على أنها تجد أساسها الفني في الوظيفة الحديثة للاستئناف، وفي الأدوات والمبادئ التي أوجدها المشرع وأفرزها الواقع لتشغيل هذه الوظيفة، فإننا نجد أساسها – وكما سنرى– في نصوص قانونية معتمدة، كما أنها تتميز عما قد يختلط بها وكذلك حالاتها، وشروط تطبيقها وأيضاً تأثيرها على موضوع الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف، فتؤدي إلى اتساع نطاقه موضوعاً وأشخاصاً وهو ما تستعرضه هذه الدراسة[4].

---

1. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 743.
2. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص 45.
3. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص 14.
4. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص 45.

المبحث الأول

مفهوم التصدي وتمييزه عما يختلط به

الحقيقة أن التشريعات الإجرائية بما فيها التشريع الجزائري، ورغم ما للحق في التصدي من آثار على أحد أهم مبادئ المحاكمة العادلة بوجه عام وهو مبدأ التقاضي على درجتين، إلا أنها لم تتناول هذا الحق لا بالتعريف ولا حتى بالتدقيق في وضع ضوابط قد تحد من المبالغة في إعماله من قبل جهات الاستئناف، وقبل ذلك يتعين الإشارة أن التصدي كمفهوم يقصد به سحب ولاية قاضي أول درجة بعد إلغاء ما قضى به وهي مكنة مخولة لجهات الاستئناف التي بموجبها يمكنها بعد إلغاء الحكم المستأنف التعرض لمسائل لم يسبق لقاضي أول درجة وأن استنفذ ولايته عليها،[1].

المطلب الأول

تعريف التصدي أمام جهة الاستئناف

الحق في التصدي يوجد في قانون المرافعات الفرنسي، ولا وجود له في قانون المرافعات المصري ويعرف الفقه الفرنسي[2] هذا الحق في التصدي بأنه: رخصة مخولة لقاضي ثاني درجة، حين يرفع له طعناً بالاستئناف في حكم صادر في اول درجة، في ان يتناول النزاع برمته ويحسمه بحكم واحد صادر في الطعن وفي الموضوع[3].

ويمكن تعريفه بانه: رخصة تخول لقاضي ثاني درجة حين يرفع إليه طعناً بالاستئناف في حكم فرعي صادر من أول درجة، في أن يتناول النزاع برمته ويحسمه بحكم وأحد صادراً في الطعن والموضوع، هذه الرخصة تعطي لمحكمة الاستئناف إذا ما طعن أمامها في حكم فرعي منهي لخصومة أول درجة أن تمد سلطاتها لكل النزاع ضاربة عرض الحائط بالأثر الناقل المحدود والمترتب على رفع الطعن في الحكم الفرعي[4].

---

1. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص 13- 15.
2. L’évocation est une faculté qui appartient au juge du deuxième degré, saisi de l’appel de certains jugements de première instance, de s’emparer de toute l’affaire, et de statuer sur le tout, c’est-à- dire sur l’appel et sur le fond du procès, par une seul et même décision. jean VINCENT et Sergr GUNCHARD, procédure civile, 24e éd , op cit, p 870.
3. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 743.
4. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص ص 50- 51.

ويمكن تعريف التصدي بكونه السلطة المخولة للمحكمة الاستئنافية، حال استئناف حكم صادر في شان دفع شكلي دون الموضوع في أن تتعهد بالموضوع وتبت فيه إذا رأت إلغاء الحكم المستأنف[1].

ونلاحظ ان التعريف الثاني اشمل كونه تضمن الطعن في حكم فرعي بدل الطعن في حكم صادر في دفع شكلي.

فالتصدي لا يظهر إلا إذا لم تحكم أول درجة في الموضوع وتكون قد أصدرت حكم فرعي منهي للخصومة أمامها، ويطعن في هذا الحكم، وبما للطعن من أثر ناقل، فهو ينقل الحكم في نطاق ما فصل فيه من مسألة فرعية، لتقوم محكمة الاستئناف بما لها الحق في التصدي، وبما لهذا الحق من أثر ساحب للموضوع بالفصل في المسألة الفرعية والموضوع معاً، وهذا الحق وإن مثل مخالفة لمبدأ الأثر الناقل للاستئناف، والإطاحة ببعض المبادئ التقليدية، فهو استثناء، هذا الاستثناء يمثل حق لمحكمة الدرجة الثانية بمقتضى نصوص قانونية معتمدة، كما أن الواقع يقتضيها لأنها من متطلبات العصر، طالما أن هذا الحق لن يقود هذه المحكمة إلى قبول طلبات تقدم لأول مرة أمامها، بالمخالفة للحالات التي تجوز استثناءً، أو يقودها هذا الحق إلى أن تنظر طلبات تدخل في الاختصاص القاصر لقضاء آخر، أو يقودها لنظر موضوع مما تحكم فيه محكمة أول درجة بصفة نهائية[2].

وإذا أخذنا التشريع الإجرائي الجزائري في المادة المدنية، نجد أنه لم يأت على ذكر هذا الحق سوى في مناسبة وحيدة، بان اكتفى بالنص عليه في مادة وحيدة وهي المادة 346 من ق إ م إ، ولا نبالغ هنا إذا ما أكدنا أن المشرع الجزائري هو أقل المشرعين اهتماماً بتنظيم كيفية وحالات والحدود الواردة على الحق في التصدي من قبل جهات الاستئناف، وهو الأمر الذي يبدو أنه انعكس ليس فقط على التطبيقات القضائية بخصوص هذه النقطة، وإنما حتى على الدراسات الفقهية الجزائرية التي تعني بهذا الموضوع، والتي لا نكاد نجد لها أثر في ما هو متاح بين أيدينا من مؤلفات على خلاف السائد في الدراسات الفقهية، وكذا الأحكام والقرارات القضائية في الفقه المقارن التي دائماً ما تضع حدوداً على هذا الحق تحت وطأة احترام مبدأ التقاضي على درجتين، بأن أخضعت ممارسة هذا الحق من قبل جهات ثاني درجة إلى رقابة محاكم القانون، التي كثيراً ما تسم بعض قرارات قضاة الموضوع في الدرجة الثانية بمخالفة القانون، وتعيب عليهم إساءة إعمالهم لحقهم في التصدي مستندة في ذلك على أسانيد قانونية ومبادئ راسخة في كافة الأنظمة القانونية، والتي يؤدي التوسع في حق التصدي إلى المساس بها في

---

1. حسين السالمي، المرجع السابق، ص 177.
2. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص ص 51- 52.

الصميم بشكل يعدم الفائدة من تكريسها كمبادئ من الأساس[1]، الأمر الذي يحتم علينا البحث عن مبررات وجود هذا الحق.

الفرع الأول: مبررات الحق في التصدي

هذا الحق بحسب نشأته التاريخية في فرنسا، قصد به زيادة اختصاصات المحاكم الملكية، ورغم زوال السبب، إلا أن هذا الحق ما زال مستمراً، بل أن المشرع الفرنسي وسع كثيراً من نطاقه، والتي بدأها اعتبارا من تعديل 1958 وعبر التعديلات اللاحقة عليه بالترخيص لمحاكم الاستئناف من نظرها للنزاع برمته رغم عدم استنفاد ولاية محكمة أول درجة لموضوع النزاع، ورغم أن كل ما طرح أمام ثاني درجة هو حكم فرعي، والحق في التصدي وعبر تطوره، لم يتفق الفقه بشأنه حول مبرر بعينه فذهب البعض[2] بقوله بأن هذا الحق يجد مبرره في عدم المساس بمشاعر قضاة أول درجة إذا ما تم إلغاء الحكم الفرعي، المطعون فيه بالاستئناف من جانب محكمة الدرجة الثانية، رغم بقاء الموضوع مطروحاً أمام أول درجة، فإن مشاعر قضاة أول درجة لا يمكن السيطرة عليها باعتبارهم بشر حين ينظرون الموضوع، وربما يخالفون اتجاه رأي محكمة الاستئناف الذي تَكشَّف من إلغاء الحكم الفرعي من جانب هذه المحكمة، بحيث يتعذر إذا ما تمت إحالة النزاع إلى أول درجة أن تفصل فيه مرة ثانية بالحيدة اللازمة[3].

وواقع الأمر أن الحق في التصدي يستجيب إلى اعتبارات الإقتصاد في الوقت والإجراءات والنفقات، ويساعد على سرعة حسم المنازعات[4]، بما يؤدي إليه ذلك من استقرار في المراكز القانونية، فعامل السرعة والانتهاء من النزاع برمته أمام محكمة ثان درجة ومرة واحدة يشكل مبرر يعلو على العديد من المبادئ التقليدية، هذا الاعتراف وإن كان متصوراً قبل تعديل قانون المرافعات الفرنسي الحالي 1975 على الحالات التي تلغي فيها محكمة الاستئناف الحكم الفرعي المطعون فيه، فبصدور هذا القانون أصبح نظر هذه المحكمة لموضوع النزاع الذي لم تستنفد محكمة أول درجة ولايتها بشأنه حق لها، طالما أن هذا النزاع مر على المحكمة الأخيرة، هذا الحق في ظل هذا القانون لم يعد قاصراً عـــلى حـالة إلغاء

---

1. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص 16- 17.
2. عن الفقه الفرنسي راجع:

HEBRAUD: effet d'évocation Rapport ou colloque d' Aix- en Provence. Préc. P. 100.

عن الفقه العربي راجع: محمد العشماوي، قانون المرافعات في القانونين الأهلي والمختلط، مطبعة الاعتماد، 1927، ص 644، نقلاً عن: على أبو عطية هيكل، المرجع السابق، حاشية ص 54.

3. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق،ص ص 53- 54.
4. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 744.

محكمة الاستئناف للحكم الفرعي، وإنما يمتد ليشمل حالة تأييدها لهذا الحكم استجابة لوظيفة الاستئناف الحديثة ولاعتبارات السرعة والعدالة الناجزة، وإن كانت الحالة الأخيرة – كما سنرى– كشف التطبيق العملي عن صعوبات في تطبيقها واجهها المشرع الفرنسي بقانون 06 مايو 2017 الذي حال بين محكمة الاستئناف وسلطتها في التصدي حالة تأييدها للحكم الفرعي، وإن كان وسع من هذه السلطة بامتدادها لتشمل حالة لو قضت المحكمة بإبطال الحكم الفرعي لسبب إجرائي[1].

الفرع الثاني: الأساس التشريعي لفكرة التصدي

كانت المادة 1/109 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري الملغى[2] تنص انه: " إذا ألغي الحكم المستأنف، فيجوز للجهة الاستئنافية التصدي للدعوى متى كانت مهيأة للفصل فيها"، وتضيف الفقرة الأخيرة من نفس المادة أنه: " إذا ألغت الجهة الاستئنافية حكماً غير قطعي مستأنف، فإنه يجوز لها التصدي للدعوى متى كانت مهيأة للفصل فيها...".

إن نظام التصدي في ظل القانون الجزائري الملغى يختلف إختلافاً جوهرياً عن نظام التصدي المنصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية[3]، الجاري سريانه.

فقد نص المشرع الجزائري في المادة 346 من ق إ م إ أنه: " عند الفصل في استئناف حكم فاصل في أحد الدفوع الشكلية قضى بإنهاء الخصومة، يجوز للمجلس القضائي التصدي للمسائل غير المفصول فيها، إذا تبين له، ولحسن سير العدالة، إعطاء حل نهائي للنزاع، وذلك بعد الأمر بإجراء تحقيق عند الاقتضاء".

هذه المادة الوحيدة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية هي الأساس التشريعي لفكرة التصدي، فالفكرة إذاً بحاجة لدراسة تأصيلية لكونها من أكثر الموضوعات الإجرائية حساسية، وإن كانت ليست بالأمر الهين لغياب المصادر التي يمكن الرجوع إليها لتبيينها، ولذا سوف نعتمد على المقارنة بالقانون الفرنسي الذي تلقى عنه المشرع الجزائري والأنظمة التي تتبع النهج الجرمان ولاتيني، هذه المبادئ.

وقد أخذ بزمام المبادرة رجال الفكر القانوني في فرنسا، حيث قاموا بإجراء مناقشات موسعة حول الوظيفة الحديثة للاستئناف، والتي بدأت بعقد ندوة حول طريق الطعن بالاستئناف، في جامعة Aix–

1. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص 54– 55.
2. الأمر رقم 66- 155 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم، ج ر عدد47، س 1966.
3. عمر زودة، نظام الطعن بالاستئناف في الأحكام المدنية، المرجع السابق، ص 257.

en-provence عام 1963 ومن هذه الندوة انطلقت الأفكار الأولية للوظيفة الحديثة للاستئناف[1]، والتي بعدها توالت الدراسات وأُعدت سلسلة من مشروعات القوانين تهدف جميعاً إلى إعطاء الاستئناف أبعاداً جديدة ليتمكن من شغل هذه الوظيفة، هذه الدراسات وتلك المشروعات وأن قوبلت بالتحفظ من جانب بعض الفقه والذي يرى بأن هذه الوظيفة يجب أن لا تقوم على حساب دقة الأحكام وسلامتها وعدالتها، وتجريد مبدأ التقاضي على درجتين من كل مضمونه، فعلى العكس لقيت رواجاً من جمهور الفقه[2].

وأجاز المشرع الفرنسي التصدي في نص المادة 568 إجراءات مدنية فرنسي، وبمقتضى هذه المادة يعطي المشرع لمحكمة الاستئناف الحق في التصدي لموضوع النزاع، مع انه لم يطرح عليها، ويرمي المشرع من وراء ذلك إلى الوصول لنفس الغاية التي استهدفها في النصوص الجديدة: إنهاء النزاع تماماً عن طريق محكمة الاستئناف دون حاجة لتكرار العودة إلى محكمة الدرجة الأولى[3].

ووفقاً للمادة 568 وسع من سلطة محكمة الاستئناف في تصديها للنزاع الذي لم تستنفذ به محكمة أول درجة ولايتها، يستوي في ذلك أن تكون محكمة الاستئناف ألغت الحكم المستأنف أو على العكس أيدته والتي نصت على انه: " عندما يطعن أمام محكمة الدرجة الثانية بالاستئناف في حكم صادر باتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق أو في حكم صادر بالفصل في مسالة إجرائية، وكانت هذه الأحكام قد أنهت الخصومة، فإن المحكمة تستطيع أن تتصدى لنظر جميع المسائل الأخرى من النزاع، والتي لم تفصل فيها محكمة أول درجة، إذا رأت أن حسن سير العدالة يقتضي ذلك، ولها في سبيل أن تأمر باتخاذ ما يلزم من إجراءات التحقيق"، والتصدي لا يعرقل إعمال المواد 554، 555، 556، 563، إلى 567، وإذا كان تصدي محكمة الاستئناف للموضوع حالة إلغائها لحكم أول درجة لم يثر صعوبة في التطبيق العملي، فعلى العكس أثير تصديها للموضوع حالة تأييدها للحكم الفرعي المطعون عليه صعوبات كشف عنها هذا التطبيق بين مؤيداً ومعارض لم يستقم معها العمل، ولم تفلح الجهود المبذولة على الصعيد

---

1. ومن بين الفقه الذي كان له دور بارز في هذه الندوة الأستاذان هنري سولس و روجي بيرو، وكانت من بين أفكارهم ضرورة التطابق مع الواقع والأعتراف بأن الاستئناف يجب أن يسمح باستيفاء العناصر التي لم يشملها هذا الطعن حتى إذا ما توافرت أمكن حسم جميع النزاع مرة واحدة أمام محكمة الدرجة الثانية، نقلاً عن: على أبو عطية هيكل، المرجع السابق، حاشية ص 30.
2. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص ص 29– 30.
3. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، حاشية ص 282.

الفقهي والقضائي في مواجهة هذه الصعوبات والتغلب عليها، فكان لازم من تدخل تشريعي يواجه هذه الصعوبات ويزيل مواطن الخلل والقصور[1].

وعليه تدخل المشرع معدلاً للمادة 568 بمقتضى قانون 891 في 06 مايو 2017 وتطبيقاً له واعتبارا من 2017/09/11 لا يُخول لمحكمة الاستئناف التصدي لموضوع النزاع إذا قضت بتأييد الحكم الفرعي لأول درجة، وعلى المقابل وسع من سلطات هذه المحكمة في التصدي حالة إذا أبطلت هذا الحكم، بجانب حالة لو قضت بإلغائه، واعتماداً لذلك نصت المادة 568 مرافعات[2] انه: " إذا ألغت أو أبطلت محكمة الاستئناف حكم صادر باتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق أو في دفع إجرائي، وكان منهياً للخصومة، فإن المحكمة تستطيع أن تتصدى لجميع المسائل الأخرى من النزاع، والتي لم تفصل فيها محكمة أول درجة إذا رأت أن حسن سير العدالة يقضي إنهاء النزاع، ولها في سبيل ذلك أن تأمر باتخاذ ما يلزم من إجراءات التحقيق، والتصدي لا يعرقل إعمال المواد 554، 555، 563 إلى 567". كما اعتمد المشرع حق محكمة الاستئناف في التصدي إذا ما طعن أمامها بالاعتراض " contérditle " بهدف تحديد المحكمة المختصة تطبيقاً للمادة 89 مرافعات والتي تنص أنه " إذا كانت محكمة الاستئناف المطعون أمامها بهدف تحديد المحكمة المختصة هي ذاتها محكمة الاستئناف المختصة بالنسبة لمحكمة تراها مختصة بالنظر في النزاع المطروح أمامها، فمحكمة الاستئناف يمكنها أن تتصدى لنظر الموضوع إذا رأت من حسن سير العدالة حسم النزاع حتى ولو استلزم الأمر أن تأمر باتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق[3].

المطلب الثاني

تمييز التصدي عما يختلط به

إن نظام التصدي هو عبارة عن رخصة مخولة لجهة الاستئناف أن تستعملها أو لا تستعملها[4]، وفكرة التصدي كأداة من الأدوات الفنية للطعن بالاستئناف، قد تختلط بغيرها من هذه الأدوات، كالأثر

---

1. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص ص 61- 62.

2. L'art.568. c.pr. civ. Français " Lorsque la cour d'appel infirme ou annule un jugement qui ordonné une mesure d'instruction, ou qui, statuant sur une exception de procédure, a mis fin à l'instance, elle peut évoquer les points non jugés si elle estime de bonne justice de donner à l'affaire une solution définitive, après avoir ordonné elle-même, le cas échéant, une mesure d'instruction.
L'évocation ne fait pas obstacle a l'application des articles 554, 555, et 563, à 567."

3. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص ص 62- 63.

4. عمر زودة، نظام الطعن بالاستئناف في الأحكام المدنية، المرجع السابق، ص 259.

الناقل للاستئناف، كما أن الفكرة من حيث تسميتها والهدف منها قد تختلط بالتصدي أمام محكمة النقض[1]، مما يوجب علينا تمييزها عن هاتين الأداتين الفنيتين.

الفرع الأول: تمييز التصدي عن الأثر الناقل

كما سبق وقدمنا، التصدي يعني أنه إذا طعن في حكم فرعي فإنه يجوز لمحكمة الاستئناف أن تمد يدها إلى كل النزاع، ضاربةً عرض الحائط بالأثر الناقل المحدود المترتب على رفع الطعن في هذا الحكم الفرعي، فمحل التصدي لا يظهر إلا إذا لم تحكم أول درجة في موضوع النزاع[2]، ومتى توافرت حالة من حالات تطبيق هذه الرخصة، والغت أو أبطلت محكمة الاستئناف الحكم المطعون فيه، وذلك تحقيقاً لحسن سير العدالة واقتصاداً للإجراءات، ومن ثم فلا يعد تصدياً إذا كانت محكمة أول درجة استنفذت ولايتها للموضوع، كما لا يعد تصدياً إذا كانت محكمة ثان درجة ملزمة بالفصل في هذا الموضوع، وإنما نظرها للموضوع في هذه الحالة إذا ألغت الحكم المطعون فيه يتم وفقاً للأثر الناقل للاستئناف تطبيقاً لمبدأ التقاضي على درجتين[3].

ورغم المقاربة بين الفكرة والمبدأ من حيث أنهما يشكلان أداتين فنيتين من الأدوات الفنية التي توجد داخل النظام القانوني للطعن بالاستئناف وما قد يترتب على كل منهما أن تقضي محكمة ثاني درجة بإلغاء أو إبطال حكم أول درجة[4]، كما يمكنهما بعد هذا الإلغاء أو ذاك الإبطال أن تحيل النزاع إلى قضاء أول درجة، وأيضاً اشتراكهما في اتساع سلطة هذه المحكمة نتيجة تطور وظيفة الاستئناف، إلا أن الاختلاف والمغايرة بينهما هو الجوهر، وهو ما ظهر جلياً من خلال النتائج المترتبة على المبدأ[5]، وبناءً على ذلك نستطيع أن نبين وجه الخلاف الذي يوجد بين الأثر الناقل للاستئناف، والحق في التصدي الذي يعتبر أداة فنية داخل النظام القانوني للطعن بهذا الطريق[6].

فمن ناحية يعد أساس المبدأ ومبناه إستنفاذ ولاية محكمة أول درجة للنزاع، حتى يخول لمحكمة ثان درجة نظره تطبيقاً لمبدأ التقاضي على درجتين، في حين أن التصدي يشترط أن لا تكون محكمة

---

1. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص 65.
2. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، حاشية ص 271.
3. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص 66.
4. في الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف في الطعن المرفوع إليها راجع: نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 548 وما يليها.
5. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص 66.
6. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 745.

أول درجة نظرت الموضوع، ونظر محكمة الدرجة الثانية له بقصد إنهاءه، ما هو إلا تحقيقاً لحسن سير العدالة واستجابة لمبدأ الاقتصاد في الإجراءات والنفقات، ومن ناحية أخرى يظهر الاختلاف والمغايرة بين الفكرة والمبدأ من حيث الأثر الناتج عن كل منهما بصدد سلطة محكمة الاستئناف على النزاع، هذا الأثر يبلغ مبلغ الإلزام، فيكون ذا طابع إلزامي بشأن المبدأ، إذ يوجب على محكمة الدرجة الثانية وفي حدود نظر النزاع المعروض عليها، في حين أن هذا الأثر يفتقد الصفة الإلزامية بشان التصدي، ويكون لمحكمة الاستئناف السلطة التقديرية، فيمكنها رفضه رغم طلب الخصوم له، أو العكس تتصدى لموضوع النزاع ولو لم يطلبه الخصوم، فالتصدي رخصة لمحكمة الاستئناف[1].

الفرع الثاني: تمييز التصدي أمام محكمة الاستئناف عن التصدي أمام محكمة النقض

التصدي في مجال النقض، يقصد به قيام محكمة النقض بالفصل في موضوع الدعوى الذي سبق عرضه وتم الفصل فيه بمعرفة محكمة الموضوع، حيث أن محكمة النقض تحل محل محكمة الموضوع التي كانت تختص أصلاً بالفصل فيه وذلك استثناءً من الأصل، وباعتبارها درجة ثانية من درجات التقاضي، وبذلك يكون المقصود بالموضوع الذي تتصدى له محكمة النقض هو الموضوع الذي كانت ستحيله على محكمة الموضوع فيما لو لم تتصدى هي بنفسها للفصل فيه[2]، فحينما تمارس هذه المحكمة رقابة الإبطال، فقد ينتهي بها الأمر إما إلى نقض الحكم المطعون فيه مع إحالة القضية إلى قضاء الموضوع لإعادة الفصل فيه مرة ثانية مع احترام ما قررته محكمة النقض في المسائل القانونية، وهذا الأصل، وقد ينتهي الأمر بها إلى نقض الحكم مع التصدي في حالات استثنائية محصورة[3].

ويختلف مفهوم الفصل في الموضوع من طرف المحكمة العليا عن الفصل في الموضوع من طرف محكمة الاستئناف، بسبب اختلاف طبيعة الجهتين القضائيتين، حيث أن المحكمة العليا ليست درجة ثالثة للتقاضي حتى ولو فصلت في الموضوع، بينما جهة الاستئناف هي الدرجة الثانية للتقاضي، بحيث انه ما دام رفع غليها الطعن وكانت مختصة، فإنها تلزم بالفصل في النزاع من حيث القانون والواقع، بينما جهة النقض فإن فصلها في الموضوع لا يكون إلا بعد الفصل في النزاع من حيث القانون، وثبوت أن الحكم يستأهل النقض، وتوفر شروط الفصل في الموضوع[4].

---

1. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص ص 75- 76.
2. زرقون نور الدين، رقابة المحكمة العليا على القاضي المدني، المرجع السابق، ص ص 308- 309.
3. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص 77.
4. زرقون نور الدين، رقابة المحكمة العليا على القاضي المدني، المرجع السابق، ص ص 309- 310.

وسوف نرى أن مفهوم التصدي في الاستئناف يختلف عن مفهوم التصدي في النقض، حيث أن نظر المحكمة العليا لموضوع الدعوى له مفهومه الخاص، فاصطلاح موضوع الدعوى يختلف معناه أمام جهة الاستئناف عنه في مجال النقض، ذلك أن رفع الاستئناف يرتب نقل النزاع في جميع المسائل الواقعية والقانونية في حدود ما تضمنته عريضة الاستئناف، بينما يترتب على رفع النقض نقل النزاع في حدود المسائل القانونية التي تعلق بها الطعن، وفي حدود تصديها لموضوع النزاع في الحالات التي يجيز فيها القانون هذا التصدي[1].

والحالات الاستثنائية التي حصرها المشرع[2]، وخول لمحكمة النقض حال توافرها التصدي للموضوع حالتين هما، حالة صلاحية الموضوع للفصل فيه، والثانية حالة النقض للمرة الثانية، ووفقاً لحالتي التصدي، ومفهومه أمام محكمة النقض، تنظر الموضوع الذي كان سيحال إلى قضاء الموضوع إذا لم يتصدى له، وتصديها للموضوع في الحالتين محله ليس هو الخصومة التي كانت مرددة بين طرفيها أمام محكمة الموضوع، وإنما هو مخاصمة الحكم النهائي الذي صدر في هذه الخصومة، ولذلك فإن النقض لا يتناول من الحكم المطعون فيه إلا ما تناوله من أسباب الطعن التي حكم بقبولها وبني النقض على أساسها[3]، والمحكمة وهي تقوم بنظرها الموضوع، يجب أن يكون الحكم الذي تصدره في أي من

---

1. المرجع نفسه، ص 309.

2. " المشرع الفرنسي وفقاً للمادة 1/12 من القانون 67- 523 الصادر في 1967/07/03 رخص لمحكمة النقض في هيئة جمعية عمومية بعد النقض لأول مرة، أو في أي تشكيل آخر بعد النقض للمرة الثانية أن تفصل في الموضوع دون إحالة، وذلك حيث يقتصر دورها على مجرد تطبيق القانون على الواقع". نقلاً عن: على أبو عطية هيكل، المرجع السابق، حاشية، ص 77.

. أما المشرع المصري فوفقاً للمادة 4/269 أنه: " ومع ذلك إذا حكمت المحكمة بنقض الحكم المطعون فيه وكان الموضوع صالحاً للفصل فيه أو كان الطعن للمرة الثانية ورأت المحكمة نفض الحكم المطعون فيه وجب عليها أياً كان سبب الطعن أن تحكم في الموضوع. نقلاً عن: المرجع نفسه ص 78.

. أما بالنسبة للمشرع الجزائري " فبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية المادة 2/365 والمادة 3/374، فإننا نجد أن المشرع يميز بين حالتين الأولى يمنح بمقتضاها سلطة جوازيه للمحكمة العليا من اجل الفصل في الموضوع، والثانية يمنح بموجبها سلطة إلزامية للمحكمة العليا من اجل التصدي لموضوع الدعوى بصفة نهائية من حيث الواقع والقانون". نقلاً عن: زرقون نور الدين، رقابة المحكمة العليا على القاضي المدني، المرجع السابق، ص 310.

3. وتطبيقاً لذلك قضي بأن " الطعن بطريق النقض لا تنتقل به الدعوى برمتها إلى محكمة النقض كما هو الشأن في الاستئناف إذا هو طريق غير عادي لم يجيزه قانون المرافعات في الأحكام النهائية إلا لأسباب أوردها على سبيل الحصر.." طعنان رقما 52/311 ق، 56/2624 ق نقض مصري 1989/11/26، طعن 50/324 ق نقض مصري 1984/02/26 مجموعة الأحكام السنة 35، ص540. نقلاً عن: على أبو عطية هيكل، المرجع السابق، حاشية، ص 83.

حالتي التصدي مطابقاً لوجهة النظر القانونية التي من اجلها نقضت الحكم المطعون فيه، فليس لها بحال العدول عن رأيها السابق، كما لا يقبل من الخصوم أن يطلبوا منها ذلك[1].

ويظهر الاختلاف وبصورة واضحة من جملة أوجه من حيث المفترض والمحل الذي يرد عليه، وسلطة المحكمة عند تصديها لموضوع النزاع[2]:

فمفترض التصدي أمام محكمة النقض كون الحكم المنقوض قد فصل في الموضوع واستنفدت المحكمة التي أصدرته به ولايتها، فإذا كان الحكم اقتصر على الفصل في إجراء شكلي تخلف المفترض، ولا يمكن للمحكمة التصدي؛ في حين أن المفترض أمام محكمة الاستئناف، كون الطعن يتعلق بحكم فرعي إجرائي منهي لخصومة أول درجة دون أن تكون استنفذت ولايتها في الموضوع، تعلق هذا الطعن بالاستئناف أم بالاعتراض.

أما المحل الذي يرد عليه التصدي أمام محكمة الاستئناف هو الخصومة المرددة بين الطرفين، والتي لم تستنفد محكمة الموضوع به ولايتها؛ وأمام محكمة النقض هو مخاصمة الحكم النهائي الذي صدر في الخصومة، فما طرح أمامها ليس بموضوع، كما أنها لا تفصل في موضوع لم يسبق حسمه.

وفيما يتعلق بسلطة المحكمة، فضلاً عن كون التصدي يعد رخصة لمحكمة الاستئناف، فهو ذا طابع إلزامي لمحكمة النقض، وعند تصديها للموضوع يكون لها نفس سلطات محكمة أول درجة سواءً من حيث الواقع أو القانون.

وترتيباً على ذلك فإن ما تقوم به محكمة النقض عند نظرها للموضوع لا يعد في صحيح النظر تصدياً، ولا علاقة له بفكر التصدي إلا مجرد التسمية فقط، وتسمية المذكرة الإيضاحية – للقانون المصري – له بالتصدي غير سليم لأن التصدي كنظام له أدواته الفنية وأهدافه، خلق ونظم ليعمل به في النظام القانوني الخاص بالطعن بالاستئناف، لا يوجد ولا مجال له أمام محكمة النقض، كما لا يستقيم العمل به أمام هذه المحكمة، لأن ما تقوم به هو إعمال المبدأ القانوني الصحيح على ذات وقائع النزاع التي استخلصها الحكم المطعون فيه مستغني عن دور محكمة الإحالة، وتُعْمِل هي وجهة النظر القانونية التي ارتأت أنها الصواب[3].

---

1. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص ص 79- 83.
2. المرجع نفسه، ص ص 84- 85.
3. على أبو عطية هيكل، المرجع نفسه، ص 85.

المبحث الثاني

شروط إعمال محكمة الاستئناف لحقها في التصدي

إن المستقرئ لأحكام المادة 346 من ق إ م إ[1]، يقف على حقيقة أن المشرع الجزائري وعلى خلاف ما هو سائد عملياً من قبل جهاتنا القضائية الاستئنافية، قد نحا إلى اعتبار عدم تصدي جهة الاستئناف لموضوع الدعوى وإعادة إرجاع القضية لمحكمة أول درجة هو الأصل في الحالة التي يقوم الخصوم بإثارة أية دفوع تتصل بإجراءات الخصومة المنعقدة أمام محكمة أول درجة، إنجر عنها إجابة المحكمة بالفصل لهم بموجب حكم مستقل فيما أبدوه من دفوع، ذلك أن القراءة المتأنية لهذه المادة تحيلنا على فرضية لا نقول تسمح، وإنما تفرض على جهة الاستئناف أن تعيد القضية برمتها إلى محكمة أول درجة بعد الفصل في النقطة الشكلية التي استفتاها المستأنف فيها، وهذا هو الأصل طالما أن المسالة هنا تتعلق بحكم فاصل في دفع شكلي فصلت فيه محكمة أول درجة، لكن دون أن تستنفذ ولايتها في موضوع النزاع، وما يعزز الطرح أن المادة أعلاه وإن لم تعدم حق جهة الاستئناف في التصدي للمسائل المفصول فيها إلا أنها أوقفت ذلك على توفر ضابطين يضيقان من حقها في التصدي[2]، الأول أن يكون هذا التصدي من المستلزمات التي يقتضيها السير الحسن للعدالة، والثاني إجراء تحقيق عند الإقتصاء.

ومحكمة الاستئناف تمارس حقها في التصدي بالنسبة للمشرع الفرنسي تطبيقاً للمادتين 568 و89 مرافعات فرنسي متى توافرت حالاته، وفي كل ذلك يشترط لتطبيق هذه الحالات أن تلغي أو تبطل محكمة الاستئناف الحكم المطعون فيه، وان تقضي مصلحة العدالة إنهاء النزاع برمته[3]، وأن لا يكمل قاضي أول درجة استنفاذ كامل ولايته على النزاع، لأنه وفي الحالة العكسية فإن جهة ثاني درجة تكون مدعوة إلى إعمال سلطتها في المراجعة لا التصدي[4]، وهذا الشرط شرط بديهي تقتضيه القواعد العامة التي تحكم النشاط القضائي.

---

1. نصت المادة 346 من ق إ م إ: " عند الفصل في استئناف حكم فاصل في احد الدفوع الشكلية قضى بإنهاء الخصومة، يجوز للمجلس القضائي التصدي للمسائل غير المفصول فيها، إذا تبين له، ولحسن سير العدالة، إعطاء حل نهائي للنزاع، وذلك بعد الأمر بإجراء تحقيق عند الاقتضاء".
2. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص 115.
3. بتصرف، على أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص 86.
4. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص 16.

وهذه الشروط مرت بتطور كبير قبل أن ينتهي هذا التطور بالمادة 568 من قانون المرافعات الفرنسي الحالي[1].

وعليه نلاحظ أن شرطي إعمال مكنة التصدي لدى المشرع الفرنسي هي أوسع منها لدى المشرع الجزائري الذي إشترط توفر ضابطين يُضيِّقان من حق محكمة أول درجة في التصدي، كما سبق وأشرنا، مما يحتم علينا من أجل توضيح فكرة التصدي تناول الشروط التي جاء بها المشرع الفرنسي بالدراسة خاصة أنه رائد النظرة الحديثة للتصدي، مع مقارنة ذلك مع المشرع الجزائري، وسنحاول تمحيص الشرطين في المطلبين الأتيين.

المطلب الأول

شرط إلغاء أو إبطال محكمة الاستئناف للحكم المطعون فيه بالاستئناف أو بالإعتراض

تطبيقاً للمادة 568 مرافعات فرنسي والتي كانت قبل تعديلها بموجب القانون 891 الصادر في 2017/05/06 تخول لمحكمة الاستئناف متى طعن أمامها في حكم فرعي منهي لخصومة أول درجة دون الفصل في الموضوع، التصدي لنظره، يستوي في ذلك أن تكون ألغت هذا الحكم أو على العكس قضت بتأييده، كما يستوي أن يكون تصديها للموضوع وفقاً للمادة السابقة أم وفقاً للمادة 89 مرافعات لأن المادتين قبل التعديل الأخير جاءتا خالية من كلمة إلغاء، وإن كان شرط إلغاء الحكم المطعون فيه أمراً تقتضيه القواعد التي تحكم النشاط القضائي في ذاته، فإن تصديها للموضوع حالة تأييدها للحكم المطعون فيه كشف عنه صعوبات لم يستقم معها التطبيق العملي، ولمواجهته، تدخل المشرع بالتعديل السابق وبمقتضاه استهلت المادة 568 عبارتها " عندما تلغي أو تبطل محكمة الاستئناف الحكم... تستطيع أن تتصدى لجميع المسائل الأخرى من النزاع التي لم تفصل فيها محكمة أول درجة...". ووفقاً لهذا التعديل أورد المشرع شرطاً جوهرياً، تقتضيه القواعد التي تحكم النشاط القضائي في ذاته، ويستقيم بمقتضاه التطبيق العملي، وهو أن محكمة الاستئناف لا يمكنها ممارسة سلطتها في التصدي ولو توافرت حالاته إلا بتحقق هذا الشرط وهو إذا ألغت أو أبطلت الحكم المطعون فيه، وحيث أن المادة 568

1. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 747.

مرافعات استهلت عبارتها "إذا ألغت" مما يدل على عمومية تطبيق هذا الشرط بشان حالات التصدي، فيطبق أيضاً بشأن حالته التي تناولتها المادة 89 مرافعات[1]، كما سنرى عند التعرض لحالات التصدي.

والتصدي حين تتوفر شروطه يعتبر رخصة لمحكمة الاستئناف، إن شاءت استعملتها وأن لم تشأ فإنها لا تلتزم بالتصدي لموضوع النزاع حتى وإن أصر الخصوم على طلبه، وحيث لا تستعمل هذه الرخصة فإنها تحيل الدعوى بحالتها إلى قضاء أول درجة، وإن كان العمل يشهد بان محاكم الاستئناف تمارس مكنة التصدي باعتبارها وسيلة لاختصار الإجراءات[2].

وترتيباً على ذلك، لا يستقيم في تصورنا تصدي محكمة الاستئناف للموضوع الذي لم تستنفذ به محكمة أول درجة ولايتها، إلا إذا ألغت أو أبطلت الحكم الفرعي المطعون عليه، يستوي أن يكون طعن عليه بالاستئناف أو بالاعتراض، ففي الحالتين يتعين أن تلغي أو تبطل محكمة الاستئناف هذا الحكم لكي تمارس سلطتها في التصدي، وهو ما نتعرض إليه في مسألتين: الأولى حالة أن تلغي محكمة الاستئناف الحكم الفرعي المطعون عليه، والثانية حالة أن تبطل محكمة الاستئناف الحكم الفرعي المطعون عليه[3].

الفرع الأول: حالة أن يكون الاستئناف قد أفضى إلى إلغاء الحكم المستأنف

وحتى إن لم يوجد نص فإنه مفترض تقتضيه القواعد التي تحكم النشاط القضائي ذاته، فالموضوع الذي تطرحه الدعوى لا يجوز ولا يستحق النظر والفصل فيه إلا إذا تحقق القاضي أولاً من أمرين[4]: الأول هو قانونية إجراءات الخصومة ومتابعتها خلال تطور مراحلها، والثاني شروط قبول الدعوى أو الطعن، أي صلاحيته للنظر فيه.

فإذا أصدرت محكمة أول درجة حكماً بعدم قانونية الإجراءات أو بعدم قبول الدعوى، وطعن على هذا الحكم بالاستئناف أو الاعتراض، فإن على محكمة الاستئناف بعد أن تتحقق من صحة إجراءات الاستئناف أو الاعتراض وقبوله[5]، أن تنظر أولاً فيما إذا كان قضاة أول درجة كانواْ محقين فيما قضواْ به أم لا، إذ لو تبين أن إجراءات الخصومة أمام أول درجة أو شروط قبول الدعوى لم تكن متوافرة أو

---

1. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص ص 138- 139.
2. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، حاشية ص 282.
3. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص 139.
4. نبيل إسماعيل عمر، قانون أصول المحاكمات المدنية، ط 2، المرجع السابق، ص611.
5. للمزيد أنظر: أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، المرجع السابق، ط6، ص 876 وما يليها.

لكونها قضت بعدم الاختصاص دون إحالة لتعلق موضوع الدعوى بعمل من أعمال السيادة، فإنه لا يكون ثمة خطأ يمكن نسبته إلى قضاء أو درجة، وأن الموضوع لم يكن بالفعل جديراً بأن يكون محلاً لنشاط قضائي، كذلك لو تعلق الحكم المطعون عليه بإجراء من إجراءات التحقيق كالحكم الصادر بالخبرة، وأيدته محكمة الاستئناف ولم تلغه، فلا يمكنها التصدي[1] للموضوع وفقاً لصراحة المادة 568 مرافعات فرنسي، ولا يكون أمام هذه المحكمة إلا أن تأمر بإعادة القضية إلى محكمة أول درجة لتتولى نظرها والفصل فيها[2]، ومحكمة الاستئناف بحسب الأصل يمكنها ذلك لأن سلطتها في الفصل اختيارية، وطالما تَّخلَّف شرط إلغاء الحكم المطعون فيه أُعيدت القضية إلى محكمة أول درجة[3].

وعلى العكس من تأييد محكمة الاستئناف للحكم الفرعي المطعون عليه، إذ تبين لها أن هذا الحكم ليس صائباً قضت بإلغائه[4]، ليظل موضوع النزاع مطروحاً أمامها، فإذا ما قدرت هذه المحكمة أن إحدى حالات التصدي متوافرة، وان مصلحة العدالة تقتضي إنهاء النزاع تصدت محكمة الاستئناف للموضوع والفصل فيه على نحو كامل، والمشرع إذ يقيد سلطة محكمة الاستئناف في التصدي، بإلغائها للحكم المطعون فذلك يتحقق بمقتضاه، عدم الإهدار الكلي لمبدأ التقاضي على درجتين ليظل محافظاً على ما تبقى من هذا المبدأ وفقاً لصراحة المواد 1/561و562 و563 إلى 566 مرافعات فرنسي، ويجعل من التصدي مهما توسع المشرع في تطبيقاته مجرد استثناء[5].

الفرع الثاني: حالة أن يكون الاستئناف قد أفضى إلى إبطال الحكم الفرعي المستأنف

نتعرض للمسالة في ظل قانون المرافعات الفرنسي 1975، ثم في ظل تعديله بموجب القانون رقم 891 الصادر في 6 مايو 2017.

أولاً: موقف قانون 1975 من مشكلة إبطال حكم أول درجة أمام محكمة الاستئناف

حيث تنص المادة 2/562 مرافعات فرنسي على أن: " للاستئناف كوسيلة للإبطال أثر ناقل لكامل الحكم المطعون فيه بسبب بطلانه في الموضوع أو بنائه على إجراء باطل"، وظاهر النص يوحي

1. Cass. Civ. 27 out 1981. J.C.P. 1981. IV.275. Civ. 12 mars 1980. Gaz. pal 1980. 445. Note Viotte.
2. Cass. Civ. 14 des 1976. Bull. Civ. III. N. 459. Com. 6 mai 1979. Bull. Civ. IV. N. 145. Gaz. Pal. 1974. 2. Somme 202.
3. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص ص 140- 141.
4. للمزيد أنظر: نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 552 وما يليها.
5. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. ص 139.

بان المشرع وضع بمقتضاه حد للجدل الفقهي والقضائي الذي أستمر ردحاً من الزمن[1]، بصدد تحديد نطاق الأثر الناقل للاستئناف وتمييزه عن نطاق الحق في التصدي، وما أتى به هذا النص يدل على أن إبطال حكم أول درجة أمام محكمة الاستئناف، يخول لهذه المحكمة إمكانية تناول موضوع النزاع وحسمه وفقاً للأثر الناقل للاستئناف، ويستبعد كل إمكانية لاستخدام الحق في التصدي[2].

وإذا كان هذا الوضع الظاهر للنص التشريعي، فإن هذا الوضع على مستوى السياسة التشريعية القضائية – فضلا عن تعطيل النصوص المنظمة لفكرة التصدي – لا يخلواْ من جملة مخاطر[3]، ممثلة من ناحية في أن ذلك يساهم في عدم فعالية الجزاء الإجرائي المقرر لعدم الصحة التي تشوب الحكم، ومن ناحية ثانية يترك فراغاً قضائياً فيما يتعلق بالموضوع حالة إبطال حكم أول درجة، ومن ناحية ثالثة يشكل اعتداء على الإرادة الحرة للخصوم في اتخاذ أو على العكس عدم اتخاذ موقف معين، وأخيراً إن الوضع الظاهر للمادة 2/562 يشكل اعتداءاً صارخاً عن القاعدة التي تعني أن الاستئناف لا يطرح على محكمة الدرجة الثانية إلا ما رفع عنه الاستئناف فقط[4].

وللحيلولة دون تفاقم هذه المخاطر كانت محاولات الفقه والقضاء، والتي تمثلت في التفرقة بين البطلان لعيب ذاتي في الحكم، وبين البطلان الذي يعيب إجراءات الخصومة[5]؛ الأولى: يخول لمحكمة الاستئناف الفصل في موضوع الطلب القضائي بما للاستئناف من اثر ناقل تطبيقاً للمادة 2/562 مرافعات فرنسي[6]؛ أما الثانية: والتي لا يكون فيها البطلان إلا نتيجة لعيب في إجراءات الخصومة فقط، دون أن يكون بطلاناً خاصاً بالحكم فهنا – وفقاً لهذه المحاولات – لا يوجد مجال لإعمال المادة 562 مرافعات فرنسي[7]؛ وتطبيقاً لهذه التفرقة رفض القضاء الفرنسي الأثر الناقل للاستئناف كطريق لإبطال

---

1. أنظر: نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ص 225- 235.
2. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. ص ص 142- 143.
3. عن هذه الأخطار أنظر: نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ص 236-237.
4. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. ص ص 143- 144.
5. Cass. Civ. 9 Juil 1981. R.T.D. civ. 1982. Obs. Perrot. 22 Nov. 1984. Gaz pal 1985. Pan. 83. Obs. Guinchard.
6. Cass. Civ. 12 Nov. 1985.j.c.p. 1986. Iv. 37. civ. 8 juin.1983. Gaz pal 1983. pan. 265. abs. Guinchard. 15 fev. 1983. D. 1983. I.R. 393 obs. Julien. Com. 25. fev. 1981. D. 1981. I.R. 368. Paris. 22. act. 1979. D. 1980. I.R.373.
7. com. 5 mai et 25 Nov. 1980 . R.T.D. civ. 1981. 697 abs. Perrot 24 mars. 1980 D. 1980. I.R. 373. Obs. Julien. 25. févr. 1981. R.T.D. civ. 1981. 906. obs. Perrot. 15. févr. 1983. D. 1983. I.R. obs. Julien. 21. mai. 1985. jcp. 1985. iv. 268.

الحكم المطعون فيه إذا كان مبنياً على إجراء باطل كالعيب الذي يشوب صحيفة افتتاح الخصومة، ومن ثم لا يكون أمام محكمة الاستئناف بعد التحقق من ذلك إلا إعادة القضية إلى محكمة أول درجة، والذي يمثل في النهاية عدم احترام المادة 2/562 مرافعات فرنسي، فلم يكن أمام القضاء إلا أن استمر على إعمال هذه المادة، ومؤداها أن الاستئناف كوسيلة للإبطال يكون له أثر ناقل حتى في الحالة التي يكون فيها الحكم مبني على إجراءات باطلة، وهو ما يؤدي فضلاً عن التناقض وعدم التوافق في الأحكام تعطيل لرخصة التصدي والتي تعد أداة فنية، من أدوات الاستئناف، اعتمدها المشرع وبنصوص صريحة[1].

والحقيقة أن المحاولات السابقة والجهود المبذولة سواءً على الصعيد الفقهي والقضائي لم تسفر إلا عن تبني أحد مسلكين، الأول إما إعمال نص المادة 2/562 على عمومه، ومن ثم إعمال الأثر الناقل للاستئناف كطريق للإبطال بشكل عاماً وشاملاً، وتفصل محكمة الاستئناف في موضوع النزاع، ومن ثم يرتب المخاطر – السابقة – والتي بذلت من أجلها هذه المحاولات، والثاني أما التحرر من النص، وذلك تأسيساً على ضمان حقوق الدفاع في خصومة أول درجة، وإبطاله من ثاني درجة، تعيده لأول درجة، وهو ما يشكل في النهاية عدم احترام المادة 2/562 والاختيار بين المسلكين في غاية الصعوبة، وفي الواقع[2] أن مثل هذه الحلول لا تترجم سوء العقبات التي تصادفها محكمة الاستئناف، وأمام جمود المبدأ الذي تقرره المادة 2/562 مرافعات فرنسي، وعدم إمكانية استشفاف التميز السابق من سياق النص، كما أن أحكام القضاء لم تقبل مثل هذه الحلول إلا بتحفظ، وهو السبب الذي من اجله يبدو أن هذه الأحكام تفتقر لمجملها إلى عدم التوافق، بتناقضها وعدم وحدتها[3].

ولمس البعض[4] موطن هذه المشكلة ووضع محاولته لمواجهة هذه العقبات والحيلولة دون تفاقم عدم توافق الأحكام وتناقضها، ممثلة هذه المحاولة في إمكانية استبدال الأثر الناقل للاستئناف كطريق للإبطال برخصة التصدي، في الحالات التي يبطل فيها الحكم المستأنف لأسباب تتعلق بالإجراءات دون الموضوع، وهو نفس الحل الذي كان معتمد في ظل قانون المرافعات الفرنسي القديم تطبيقاً للمادة 473، وعطل بموجب المادة 2/562 مرافعات، وهو ما حاول المشرع الفرنسي اعتماده وبشكل واضح يمنع

---

1. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. ص 145.
2. محمد نور شحاتة، الاستئناف الاستئنائي، ص 127، نقلاً عن: على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. ص 146.
3. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. ص 146.
4. محمد نور شحاتة، الاستئناف الاستئنائي، ص 128 و نبيل عمر، فلسفة قانون المرافعات، ص 155 وما بعدها، نقلاً عن: على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. ص 146.

اللبس، بتعديله للمادتين 2/562 و 568 مرافعات بموجب القانون 891 الصادر في 2017/05/06، ليواجه بمقتضاه مواطن الخلل والقصور الذي نجم عنه التطبيق الحرفي للمادة 2/562 قبل تعديلها، كان من أهم مواطن هذا الخلل أنها تستبعد رخصة التصدي حالة إبطال الحكم ولو لسبب إجرائي[1].

ثانياً: موقف القانون رقم 891 الصادر في 6 مايو 2017 من مشكلة إبطال حكم أول درجة أمام محكمة الاستئناف

حيث نصت المادة 2/562 مرافعات فرنسي على أن[2] " الأثر الناقل للاستئناف لا ينقل النزاع برمته إلى محكمة الدرجة الثانية إلا إذا كان الاستئناف يرمي إلى إبطال حكم أو درجة أو كان موضوع النزاع غير قابل للتجزئة"، والنص وفقاً لصراحته ورد واضحاً لا يدعوْ مجالاً للتأويل في أن البطلان الوارد به هو البطلان لسبب موضوعي، ويلحق بهذا النوع من البطلان حالة كون موضوع النزاع غير قابل للتجزئة، وفيما يتعلق بإبطال الحكم لسبب موضوعي، ويقصد به البطلان لعيب غير إجرائي، فكلمة موضوعي لا تعني المضمون فقط بل تشمل كل ما لا يدخل في الإجراء، فكلمة موضوعي لا تعني المضمون فقط، بل تشمل كل ما لا يدخل في الإجراء، ويكون الحكم باطلاً لوجود عيب موضوعي إذا تخلف أحد الشروط الموضوعية لصحة الحكم، كما لو وجد عيباً في إرادة القاضي، أو بمحل الحكم أو بمضمونه، أو العيب في التسبيب[3].

أما فيما يتعلق بموضوع النزاع غير قابل للتجزئة[4]، وتتمثل وفقاً للمعيار الموضوعي في وحدة الحل، فالنزاع بسبب عدم تجزئته لا يكون قابلاً إلا لحل وحيد، وتتحقق وحدة الحل هذه إذا كان هناك استحالة مطلقة للتنفيذ المتعاصر للقرارين اللذين سيصدران إذا لم يحقق للطلبين ولم يفصل فيهما عن

---

1. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. ص ص 146- 147.

2. L'art.562. c.pr. civ. Français " L'appel défère à la cour la connaissance des chefs de jugement qu'il critique expressément et de ceux qui en dépendent.
La dévolution ne s'opère pour le tout que lorsque l'appel tend à l'annulation du jugement ou si l'objet du litige est indivisible."

3. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. ص ص 147- 148.

4. " الطعن بأي طريق في جزء من الحكم الصادر في الموضوع دون الطعن في بقية الحكم الذي يكون مرتبطاً من الناحية الموضوعية بالجزء المطعون فيه، يؤدي إلى توسيع الأثر الناقل للاستئناف؛ وامتداد الطعن إلى الاجزاء التي لم يطعن عليها بما في ذلك من إهدار لحرية الارادة الخاصة في قصر الطعن على جزء من الحكم دون الجزء الآخر، أو لحجية الشيء أو قوة المقضي به الذي يكون هذا الجزء الذي لم يكن هذا الجزء الذي لم يطعن فيه قد حازها قبل امتداد الأثر الناقل للطعن إليه"، أنظر: نبيل إسماعيل عمر، الإرتباط الإجرائي في قانون المرافعات، د ط، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2011، ص 21.

طريق نفس المحكمة، ولو كانت محكمة استئناف، ففي حالة عدم التجزئة إذا تعددت الأطراف فإن الاستئناف المرفوع من أحدهم يحدث آثاره بالنسبة للأطراف الآخرين الذين لم ينضموا لخصومة الطعن بالاستئناف، والاستئناف المرفوع ضد واحد من هؤلاء الأطراف لا يكون مقبولاً إلا إذا أدعى جميع الأطراف إلى هذه الخصومة مادة 533 مرافعات فرنسي و 2/218 مرافعات مصري، فالغاية التي يهدف إليها التشريعين حالة عدم التجزئة هي إعادة تكوين النزاع السابق حسمه أمام أول درجة[1].

ثالثاً: موقف المشرع الجزائري من مشكلة إبطال حكم أول درجة أمام محكمة الاستئناف

على خلاف بعض التشريعات المقارنة، لم يعالج المشرع الجزائري مسالة الأحكام الباطلة أو المنعدمة والهامش المسموح للطعن فيها والتي لم يورد بشأنها أي نص بالأساس، ومع ذلك أن منطق الأشياء وإملاءات مبدأ التقاضي على درجتين يفترض إيلاء هذه المسالة حيزاً من الاهتمام القضائي في إطار التزام القاضي بأولوية احترام المبادئ التي تحكم المحاكمة العادلة على حساب باقي القواعد، والتي من بينها تحصين بعض الأحكام من الاستئناف كطريق طعن متى صدرت في حدود مبلغ 200000 دج إذا تعلق الأمر بأحكام مدنية[2].

إن التطرق لموقف المشرع الجزائري من مشكلة إبطال حكم أول درجة يجرنا إلى التطرق قبل ذلك إلى البطلان لأسباب موضوعية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فقانون الإجراءات المدنية القديم لم ينص صراحةً على نظام البطلان، وإنما أخذ ضمنياً بنظام البطلان الذي كان سائداً في القانون الفرنسي فقد اخذ بفكرة الاشكال الجوهرية ضمنياً وذلك عندما جعل من حالة خرق الاشكال الجوهرية وجهاً من اوجه الطعن بالتماس إعادة النظر، كما أخذ بنظام البطلان الموضوعي وذلك عندما جعل من حالة خرق قاعدة جوهرية في الإجراءات وجهاً من أوجه الطعن بالنقض، كما أخذ أيضاً بفكرة الدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام العام وغير المتعلقة بالنظام العام كما هو منصوص عليه بالمادة 462 من قانون الإجراءات المدنية الملغى، وهكذا ترك القانون القديم باباً مفتوحاً لاجتهاد القضاء[3].

ولقد نص المشرع الفرنسي في المادة 117 من قانون الإجراءات المدنية على حالات البطلان لأسباب موضوعية، ونتيجة لذلك ثار تساؤل حول التعداد الوارد في هذه المادة إذا ما ورد على سبيل

---

1. على أبو عطية هيكل، المرجع نفسه، ص ص 151- 152.
2. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص 162.
3. عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء أراء الفقهاء وأحكام القضاء، المرجع السابق، ص483.

المثال أو الحصر، وقد اتجهت محكمة النقض الفرنسية منذ البداية على اعتبار تلك الحالات المنصوص عليها في المادة المذكورة، قد وردت على سبيل الحصر، وواجه هذا الموقف انتقاداً شديداً من الفقه، ثم بعد ذلك أخذت محكمة النقض الفرنسية تتراجع عن موقفها، وأصبحت تأخذ ببعض حالات البطلان لأسباب موضوعية، لم يرد تعدادها ضمن أحكام المادة 117 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي[1].

في حين أن المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد تبنى نظاماً هجيناً في البطلان الذي يقوم على قاعدة لا بطلان بدون نص في القانون، وقاعدة لا بطلان بدون ضرر، فلا يحكم القاضي بالبطلان إلا إذا اجتمعت القاعدتان معاً، كما نجده فسم البطلان الإجرائي إلى بطلان للعيوب الشكلية، وبطلان للعيوب الموضوعية[2].

وإذا كان المشرع الجزائري، كما يبدوأ قد حسم المسالة، وذلك عندما نص صراحة على أن بطلان الأعمال الإجرائية من حيث موضوعها محددة على سبيل الحصر طبقاً للمادة 64 من ق إ م إ، ومع ذلك يبقى السؤال مطروح، حول ما إذا كان بالفعل قد حسم المشرع الجزائري هذا الخلاف، أم أنه ما يزال قائماً، كذلك يبقى السؤال مطروحاً أيضاً ما إذا أصبحت حالات البطلان محصورة في حالتين، وهما حالة انعدام الأهلية أو انعدام التفويض، أم حالات البطلان متعددة ولا يمكن حصرها في حالتين، وإذا كانت توجد حالات البطلان لأسباب موضوعية، لم يرد تعدادها ضمن هذه المادة، فهل تبقى مع ذلك تلك الحالات تدخل ضمن حالات البطلان لأسباب موضوعية، وبالتالي تخضع للأحكام التي تطبق على البطلان لأسباب موضوعية أم أنها تبقى تخضع للأحكام التي تطبق على البطلان لأسباب شكلية[3].

إن الإجابة على تلك التساؤلات تقودنا إلى القول أنه ومما لا شك فيه أن تلك الحالات المنصوص عليها بالمادة 64 من ق إ م إ لا تستغرق الحالات المتعلقة بالمخالفات الموضوعية، وعلى سبيل المثال، فإن القانون يتطلب أن تتوافر في الشخص القائم بالعمل الإجرائي الصلاحية العامة والصلاحية الخاصة، ويقصد بالصلاحية العامة أن يكون القائم بالعمل متمتعاً بصفة الموظف من الفئة التي ينسب إليها العمل، فإذا كان العمل الإجرائي، مما يصدر من القاضي، فيجب أن يكون من قام بهذا العمل قاضياً، فإذا كان من قام بالعمل ليس قاضياً وقع العمل باطلاً لعيب موضوعي لعم توافر الصلاحيات العامة

---

1. عمر زودة، نظام البطلان في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق، ص 38.
2. عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء أراء الفقهاء وأحكام القضاء، المرجع السابق، ص 484.
3. عمر زودة، نظام البطلان في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق، ص 39.

. لمزيد من التفصيل حول سلطة محكمة الاستئناف في إعمال الجزاءات الإجرائية راجع: الأنصاري حسن النيداني، المرجع السابق، ص87 وما يليها.

لديه، أما الصلاحيات الخاصة، فيقصد بها أن يكون مصدر العمل صالحاً لاستعمال وظيفته في الحالة المعينة، ومن الأمثلة على ذلك فإن القانون يستوجب أن يصدر العمل من ثلاث قضاة، ولكنه صدر من اثنين، فالحكم يكون باطلاً لعدم صلاحية القاضيين لإصدار مثل هذا الحكم، ونوع البطلان هو بطلان للمخالفة الموضوعية، وكذلك يجب أن يكون القضاة الذين أصدروا الحكم، هم أنفسهم الذين اشتركوا في سماع المرافعة، فإذا أصدر الحكم القضاة غير الذين استمعوا إلى المرافعات وأصدروا الحكم فيكون الحكم فيكون الحكم باطلاً لعيب موضوعي، كذلك إذا رفع الخصم طعناً بالاستئناف أو بالنقض من غير محامي يمثله أمام القضاء، بالرغم من أن هذا التمثيل إجباري، فيكون الطعن بالاستئناف أو النقض باطل لأسباب موضوعية[1].

إن حصر حالات البطلان لأسباب موضوعية في حالتين، لا يتفق مع القواعد العامة، ذلك أن العمل الإجرائي هو عمل قانوني تتعد مقتضياته الموضوعية، منها ما يتعلق بعنصر الإرادية في مباشرته، كأن يصدر العمل من خصم تحت إكراه أو جنون، ومنها ما يتعلق بصلاحية القائم به، ومنها ما يتعلق بمحله أو سببه، ومنها ما يتعلق بالأهلية والتمثيل القانوني[2].

إذن مقتضيات العمل الإجرائي متعددة ولا تدخل تحت أي حصر، على خلاف ذلك نجد المشرع الجزائري أخذ بحالتين وهما الأهلية والتمثيل القانوني وطرح باقي الحالات الأخرى، والملاحظ أن المشرع قد أعتبر مخالفة قاعدة جوهرية[3] في الإجراءات إحدى حالات البطلان التي يبني عليها الطعن بالنقض، وذلك طبقاً للمادة 1/358 من ق إ م إ، وقانون الإجراءات يشمل على نوعين من القواعد، قواعد شكلية، وهي التي تحدد وسيلة العمل الإجرائي، وهذه القواعد هي التي تضبط النشاط الذي يقوم به أشخاص

---

1. عمر زودة، نظام البطلان في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق، ص ص 39- 40.
2. عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء أراء الفقهاء وأحكام القضاء، المرجع السابق، ص 502.
3. " نجد أن المشرع يستعمل مصطلح القاعدة الجوهرية عند الإشارة إلى عيب المخالفة في حين يستعمل مصطلح الأشكال الجوهرية عند الإشارة إلى عيب الإغفال، ويلاحظ أن هذا التمييز بين المصطلحات الذي اتجه إليه النص العربي من المادة 385 من ق إ م إ، هو تمييز لا نجد له اثر في النص الفرنسي لنفس المادة، حيث يستعمل المشرع مصطلح الأشكال الجوهرية - formes substantielles – عند الإشارة إلى العيبين، ولا في النص لقديم الملغى الذي كان يستعمل مصطلح القاعدة الجوهرية في الإجراءات، كما يلاحظ أيضا أن قضاء المحكمة العليا كان لا يعير أي اهتمام للتفرقة بين مصطلح القواعد الإجرائية ومصطلح الأشكال الجوهرية للتعبير عن خرق القواعد الجوهرية، دون أن تلقى رفضاً من طرف قضاة المحكمة العليا الذين كانوا يقومون بفحص الوجه رغم ذلك في إطار مخالفة أو إغفال قاعدة جوهرية في الإجراءات". زرقون نور الدين، رقابة المحكمة العليا على القاضي المدني، المرجع السابق، ص 348.

الخصومة القضائية، وقواعد موضوعية أو كما يطلق عليها أحياناً قواعد جوهرية[1] وهي التي تبين جوهر العمل الإجرائي، فتبين الشروط الواجب توافرها في أشخاص الخصومة من الأهلية والتمثيل القانوني والصلاحيات العامة والخاصة وإرادية العمل ومحله وغيرها، وأن المشرع اعتبر كل مخالفة للقواعد الجوهرية أي القواعد الموضوعية تؤدي للبطلان الذي يبنى عليه الطعن بالنقض، وبالتالي لم يلتزم المشرع بالتعداد الوارد في المادة 64 من ق إ م إ، ومن ثم يكون كل خرق للقواعد الجوهرية سبباً من أسباب البطلان الذي يبنى عليها الطعن بالنقض، وبذلك فإن خرق القواعد الجوهرية في الإجراءات يشمل على أكثر من حالة من حالات البطلان لأسباب موضوعية، وتبعاً لذلك، فإذا تم خرق قاعدة جوهرية، ولم ينص المشرع على البطلان، فهل يحق للخصم أن يتمسك بهذا البطلان رغم عدم النص عليه، مثلاً أن يطعن الخصم في حكم أو قرار ويتمسك بالبطلان استناداً إلى أن هذا الحكم أو القرار صدر من تشكيلة مخالفة للقانون[2].

إن المادة 1/358 من ق إ م إ تجيب عن ذلك، عندما اعتبرت هذه الحالة من حالات البطلان لسبب موضوعي والتي يبنى عليها الطعن بالنقض، وقد جاء فيها أن كل خرق لقاعدة جوهرية في الإجراءات، وعبارة النص جاءت عامة، فيجب أن ينصرف المعنى إلى كل مخالفة لقاعدة موضوعية أي قاعدة جوهرية[3].

وبذلك يوجد تناقض بين نص المادة 64 من ق إ م إ والتي نصت أن البطلان لأسباب موضوعية جاء على سبيل الحصر، وبين نص المادة 1/358 من نفس القانون التي تعتبر كل مخالفة لقاعدة جوهرية تعد سبباً من أسباب البطلان الذي يبنى عليها الطعن بالنقض، ومما لا شك فيه، أن حالات البطلان لأسباب موضوعية يشمل أكثر من الحالتين[4] المنصوص عليهما في المادة 64 من نفس القانون،

---

1. " بداية فإن مسالة الجوهرية تطرح أساساً عند النظر في العنصر الشكلي للعمل الإجرائي، ذلك إن العنصر الموضوعي في هذا العمل هو في أغلب الحالات يتعلق بمسالة جوهرية، يؤدي مخالفتها أو إغفالها نقض الحكم أو القرار المطعون فيه، كما أن تعيب العنصر الموضوعي في العمل الإجرائي يؤدي إلى بطلانه بدون اشتراط إثبات الضرر". حلمي محمد الحجار، أسباب الطعن بطريق النقض، ج2، المؤسسة الحديثة للكتاب، ص ص 296- 308، نقلاً عن: زرقون نور الدين، أوجه الطعن بالنقض في الأحكام المدنية، المرجع السابق، ص ص 31- 32.
2. عمر زودة، نظام البطلان في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق، ص ص 40- 41.
3. عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء أراء الفقهاء وأحكام القضاء، المرجع السابق، ص 506.
4. " إن حصر الأشكال الجوهرية بنص قانوني هو عمل يصعب القيام به من طرف أي مشرع من الناحية العملية". حلمي محمد الحجار، أسباب الطعن بطريق النقض، ج2، المؤسسة الحديثة للكتاب، ص 305، نقلاً عن: زرقون نور الدين، أوجه الطعن بالنقض في الأحكام المدنية، المرجع السابق، ص 32.

ويعد الطعن بالنقض من الأعمال الإجرائية، ومن ثم يؤدي كل مخالفة لقاعدة جوهرية إلى البطلان الموضوعي، يتعلق بأي عمل من الأعمال الإجرائية، سواءً كانت تلك الأعمال التي تتم في خصومة الدرجة الأولى، أو في خصومة جهة الاستئناف، أو المحكمة العليا، إذن كما هو واضح، يوجد التناقض بين النصين، أحدهما يقضي بأن البطلان لعيب موضوعي جاء على سبيل الحصر، والآخر يقضي بأن البطلان لعيب موضوعي غير محصور في القانون، حيث نص على خرق لكل قاعدة جوهرية في الإجراءات تعد سبباً من أسباب البطلان التي يبنى عليها الطعن بالنقض، فكيف يمكن التوفيق بين النصين؟[1].

وطبقاً للقواعد القانونية في التفسير، فهي تقضي، على انه إذا وجد التناقض بين النصين، فيُعمل على التوفيق بينهما ما أمكن، فإذا أصبح من المستحيل التوفيق بينهما، فإنهما يخضعان لمبدأ التهاتر، أي كل منهما يلغي الآخر، واعتبار كل واحد منهما كأنه لم يكن أصلاً، ومن ثم يجب استبعادهما من مجال العمل، وعلى ضوء ذلك يجب أن تخضع المسألة المطروحة لحكم القواعد العامة، على اعتبار أن مقتضيات العمل الإجرائي، متعددة كما بينا، ولا يمكن حصرها في حالتين[2].

وباستبعاد المادة 64 من ق إ م إ الفقرة التي تقضي بان البطلان للعيوب الموضوعية جاء على سبيل الحصر[3]، وباستبعاد أيضا الفقرة الأولى من المادة 358 من نفس القانون[4]، وترك المسألة لحكم القواعد العامة، وبذلك يحق للخصم أن يتمسك بالبطلان للعيوب الموضوعية، ولو لم ينص القانون على ذلك صراحةً، ولم يلحق به أي ضرر، لأن البطلان للعيوب الموضوعية لا يخضع لقاعدة لا بطلان بدون نص، وقاعدة لا بطلان بدون ضرر، اللتين يخضع لهما البطلان للعيوب الشكلية[5].

وعليه، إذا كانت التشريعات قد تباينت ما بين الإغفال والتنصيص على قواعد عدم تحصين الأحكام الباطلة أو المنعدمة من طريق الاستئناف ولو صدرت في حدود النصاب ألانتهائي للمحاكم،

---

1. عمر زودة، نظام البطلان في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق، ص ص 41- 42.
2. عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء أراء الفقهاء وأحكام القضاء، المرجع السابق، ص 507.
3. نصت المادة 64 من ق إ م إ على أن: " حالات بطلان العقود غير القضائية والإجراءات من حيث موضوعها محددة على سبيل الحصر فيما يأتي:
   1- انعدام الأهلية للخصوم،
   2- انعدام الأهلية أو التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي.".
4. نصت المادة 358 من ق إ م إ أنه: " لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الوجه التالية:
   1- مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات، ".
5. عمر زودة، نظام البطلان في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق، ص 42.

إلا أن القضاء الفرنسي ذهب إلى عدم تحصين مثل هذه الأحكام من أي طريق من طرق الطعن ولو انقضت مواعيد الطعن فيها، فضلاً على أن القضاء المصري منح المخاطبين بالأحكام المنعدمة مكنة مهاجمتها بالتجاهل أي في غير حاجة أصلاً حتى للطعن فيها مادامت معدومة[1]؛ وعليه وانطلاقاً مما تقدم فإنه إذا كان من الجائز مهاجمة الأحكام المنعدمة بدعوى بطلان مبتدئة أو تجاهلها في أي مرحلة ولو كانت في مرحلة التنفيذ دون الحاجة للطعن فيها بالاستئناف، فإنه ومن باب أولى فإن قاعدة عدم جواز الطعن فيها بالاستئناف متى صدرت في حدود النصاب ألانتهائي للمحاكم بمفهوم المادة 33 من ق إ م إ، لا تصمد أمام قاعدة عدم تحصين الأحكام الباطلة أو المنعدمة من إي طريق من طرق الطعن، وبالنتيجة فإن جهة ثاني درجة تكون مضطرة لفتح باب استئنافها عبر قاعدة التصدي بعد إلغاء مثل هذه الأحكام وإنزال حكم القانون الصحيح على النزاع إن كان هناك أي مجال للتصحيح[2].

وإعمال الأثر الساحب عبر سحب ولاية قاضي أول درجة على النزاع والفصل في القضية من طرف جهة الاستئناف، التي تفصل في القضية في هذه الحالة كدرجة أولى وثانية، وفي هذه الحالة لا يملك الخصم الآخر رفع استئناف فرعي أو استئناف مقابل ولو لم يكن هو المتسبب في البطلان، مادام أن هذا البطلان لم يتقرر لمصلحته كون أن فتح باب الاستئناف في مثل هذه الأحوال هو على سبيل الاستثناء عن القواعد العامة، باعتبار أنه استئناف يرمي إلى إلغاء الحكم الباطل وليس تصحيح القضاء الموضوعي للحكم، وغني عن البيان هنا أن الأثر الساحب للاستئناف إنما يتم إعماله عبر قاعدة التصدي التي ليس فقط تساهم في إعطاء حل نهائي للنزاع واقتصاد الوقت والمال والإجراءات، وإنما تساهم في حماية مبدأ التقاضي على درجتين بل أنها تعد الوسيلة الوحيدة لحمايته في بعض الأحوال[3].

وتجدر الإشارة ان هذه المسألة لم تطرح بعد على المحكمة العليا في الجزائر[4].

لكن إذا كان من السهل مسايرة المشرع في ما ذهب بالنسبة للأحكام الصادرة عن جهة أول درجة ضئيلة القيمة في الحالة التي تصدر فيها بإجراءات صحيحة وبناء على عمل قضائي مكتمل الأركان، فإن الأمر غير ذلك إذا تعلق الأمر بأحكام منعدمة أو مشوبة ببطلان بسبب عيوب إجرائية صارخة

---

1. أنظر قرار محكمة النقض المصرية نقض 1981/04/31 طعن رقم 772 لسنة 45 ق" وهذا الدفع لا يسقط بالكلام في الموضوع أو بعد إبدائه في صحيفة الطعن، كما أن لكل ذي مصلحة التمسك به. مشار إليه لدى: أحمد هندى، قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، حاشية ص 560.
2. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص 163-165.
3. معزوزي علاوة، المرجع نفسه، ص ص 165.
4. عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء أراء الفقهاء وأحكام القضاء، المرجع السابق، ص 506.

تنزل بالعمل القضائي إلى مرتبة العمل المادي، ونقصد بذلك الأحكام الباطلة أو المنعدمة والتي لا تتحصن من طرق الطعن فيها بل أنه يمكن الطعن فيها بدعاوى مبتدئة إذا بلغت جسامة البطلان حد الانعدام ليس لمصلحة المستأنف فقط وإنما لمصلحة القانون نفسه[1].

المطلب الثاني

شرط أن تقتضي مصلحة العدالة إنهاء النزاع

في ظل القانون قانون المرافعات الفرنسي السابق، كان يشترط التصدي أن يكون موضوع النزاع جاهزاً للحكم فيه مادة473، بمعنى أن تكون القضية قد استوفت إجراءات التحقيق والإثبات وجاهزة لتلقي الحكم الحاسم لكل النزاع، هذا الشرط اختفى في ظل قانون المرافعات الحالي 1975، وأجاز المشرع لمحكمة الاستئناف التصدي لموضوع النزاع الذي لم تستنفد به محكمة أول درجة ولايتها، ولو كان غير جاهز للنظر فيه، واحتاج إلى إجراءات تحقيق أو إثبات، غاية الأمر أن تقتضي مصلحة العدالة إنهاء هذا النزاع، وهو ما واظب عليه هذا القانون حتى بموجب تعديله رقم 891 الصادر 2017/05/06، ممثلاً هذا الشرط في أن تقتضي مصلحة العدالة إنهاء النزاع، وإذا كانت فكرة العدالة تعد أحد الأسس المثالية للقاعدة القانونية، فالغاية من هذه الفكرة، هي حسن سيرها وعدم الإضرار بها، والمصطلحين من أكثر المصطلحات غموضاً وإبهاماً، لكونهما غاية كل نظام قانوني ومن ثم قضائي لأن الأخير هو وسيلة إخراج الأول إلى حيز الوجود، فكان لهذه الغاية الدور البارز في نطاق العملين القانوني والقضائي معاً وخاصةً في شأن الأخير وعلى وجه التحديد في نطاق القضية المدنية[2]، ولتوضيح هذه الفكرة لابد من الرجوع إلى أصلها القانوني.

الفرع الأول: قواعد العدالة مصدر من مصادر القانون

بالرجوع إلى نص المادة الأولى من القانون المدني فإنه إذا أعوز القاضي النص التشريعي ولم يجد الحكم في مبادئ الشريعة الإسلامية ولا في العرف، فعليه أن يبحث عنه في مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة باعتبارهما مصدراً من مصادر القاعدة القانونية، والحقيقة أن اللجوء إليهما من طرف المشرع هو وسيلة لقطع الطريق على القاضي كي لا يمتنع عن الفصل في النزاع بحجة عدم وجود

1. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص 161.
2. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. ص ص 154- 160.

النص القانوني الذي يحكم المسألة المعروضة عليه، وهذا في حد ذاته تكليف غير مباشر من طرف المشرع إلى القاضي بالاجتهاد[1].

ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة لا يمكن ان تكون قواعد محددة وإنما يمكن القول بأنها " القواعد العامة والمبادئ الأبدية والمثالية التي يتوصل إليها عن طريق التأمل والتعقل والتفكير السليم، وعلى ذلك فإن فكرة القانون الطبيعي وقواعد العدالة، تعتبر فكرة غامضة ومبهمة"[2].

وتعرف مبادئ القانون الطبيعي بأنها المساواة الحسابية المطلقة والتطبيق الكامل للقانون دون تمييز آو تقريب بين واقعة أو أخرى، أو هو القانون الطبيعي الذي يجب أن توضع على أساسه القوانين التي تعبر عن إرادة المشرع، فالعدل يقتضي إطاعة القوانين التي تسنها الدولة[3]، ويعرف القانون الطبيعي بأنه مجموعة المبادئ التي يهتدي إليها العقل البشري والتي تكفل له بتطبيقها تحقيق العدالة، والتي تتميز بأنها أزلية كامنة في الطبيعة، حيث أن الإنسان يكتشفها ولا يخلقها، ويذهب البعض على القول أن مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة اصطلاحان لمقصد واحد، ذلك أن مبادئ القانون الطبيعي باعتبارها القانون المستلهم من الطبيعة لحكم سلوك البشر لا يمكن أن تخرج عن قواعد العدالة، وبالتالي كان يمكن الاكتفاء بالنص على قواعد العدالة لأنها شاملة لمبادئ القانون الطبيعي[4].

وإحالة القاضي إلى مبدأ العدل أو القانون الطبيعي وقواعد العدالة، تعني في الواقع دعوة المشرع له على الاجتهاد برأيه لاستخلاص المسألة المعروضة عليه من المبادئ القانونية العامة، لكي يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء، فهذه الإحالة ليست إحالة لقواعد محددة، كما هو الحال في العرف وإلى مبادئ الشريعة الإسلامية[5]، وإنما رجوعاً بالقاضي إلى روح القانون كي يستلهم منها الحل، ولذا فكل من

---

1. زرقون نور الدين، رقابة المحكمة العليا على القاضي المدني، المرجع السابق، ص ص 153- 154.
2. نبيل ابراهيم سعد ومحمد حسين منصور، مبادئ القانون، د ط، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1995، ص 56.
3. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. ص 156.
4. زرقون نور الدين، رقابة المحكمة العليا على القاضي المدني، المرجع السابق، ص 155.
5. " فاعتبار التشريع المصدر الرسمي الأصلي العام للقانون أصبح مع كمال الصيغة وغزارة الإنتاج لا يدع مجالاً كبيراً للالتجاء إلى العرف كمصدر يليه، ومن باب أولى، فإن الالتجاء إلى مبادئ الشريعة كمصدر يلي العرف سيكون نادر الحدوث، وان كان المشرع في الآونة الأخيرة ينبه إلى خطورة غزو القانون الفرنسي وسيطرته على التشريعات الوطنية وضرورة الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية كمصدر تستقى من أحكامها القوانين". احمد السيد صاوي، نطاق رقابة محكمة النقض، دار النهضة العربية، ص 97، نقلاً عن: على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. حاشية ص 157.

هذه المبادئ وتلك القواعد تساهم بدورها في تطوير القاعدة القانونية، مما يؤكد أن قواعد العدالة بجانب مبادئ القانون الطبيعي أو العدل في ذاته يُعدا عنصراً جوهرياً في القاعدة القانونية موضوعية كانت أو إجرائية يتعين مراعاتها[1].

إن رجوع القاضي إلى هذه القواعد لا يكون رجوعاً مباشراً، فهو لا يستطيع تطبيق هذه القواعد في حد ذاتها، بل يستطيع في ضوئها استنباط حل النزاع، حيث ينطلق من الفكرة التوجيهية التي تحتويها القاعدة ويصوغ من خلالها قاعدة خاصة يكون فيها كل من الفرض والحل واضحين ومتماشين مع هذه الفكرة الموجهة، والحقيقة أن إعمال هذا المصدر يكاد يكون نادر الحدوث بسبب حركة التقنين الواسعة والتي احتوت جل القواعد القانونية التي يمكن استلهامها من هذا المصدر، كما أن اللجوء إلى هذا المصدر وعلى فرض توافر شروط اللجوء إليه يحتاج جرأة من قضاة الموضوع وتكوين جيد يسمح لهم بالوصول إلى تلك القواعد الكامنة في الطبيعة والكشف عنها[2]، ويحتاج أيضاً إلى استفزاز المحامي للمحكمة العليا بإثارته لعيب عدم تطبيق مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة من طرف قضاة الموضوع، كلما توفرت لديه أسباب إثارة هذا الوجه[3].

فالقانون الموضوعي يأخذ بالمبدأ العادل – العدل في ذاته – والذي ينص على أن " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين" مادة 147 مدني مصري، ولكن قد تحدث ظروف استثنائية طارئة تجعل تنفيذ التزام المدين مرهقاً، وبالتالي يكون التمسك بالمبدأ العادل – العقد شريعة المتعاقدين – وأن كان يتفق مع المنطق إلا أن به الشيء الكثير من التشدد الذي لا يتلاءم مع الظروف الاستثنائية الطارئة، فتأتي قواعد العدالة لتراعي تلك الظروف الواقعية، ولذا نص المشرع " ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن الالتزام التعاقدي وان لم يصبح مستحيلاً وصار مرهقاً للمدين يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي وتبعاً للظروف وبعد

---

1. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. ص ص 156-157.
2. " إن الواقع العملي كشف لنا عزوف القضاة على اللجوء إلى هذا المصدر، وأن الحل كان دائماً بالنسبة إليهم هو رفض الدعوى لعدم التأسيس، والذي نراه في بعض الأحيان ليس إلا إنكاراً للعدالة بطريق غير مباشرة؛ فمثلاً وقبل استحداث القانون المدني لنص المادة 182 مكرر من القانون المدني الجزائري التي أقرت بوجود الضرر المعنوي وإمكانية التعويض عنه، كان قضاء المحاكم المدنية غير متفق حول الحكم بهذا النوع من التعويض، في حين أن قواعد العدالة كانت تلزم بضرورة الاعتراف بهذا النوع من الضرر والحكم بتعويض عنه ". أنظر: مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، ص ص 132-133، نقلاً عن: زرقون نور الدين، رقابة المحكمة العليا على القاضي المدني، المرجع السابق، حاشية ص 156.
3. زرقون نور الدين، رقابة المحكمة العليا على القاضي المدني، المرجع السابق، ص ص 155- 156.

الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك"[1].

ويجد القاضي الجزائري صعوبة بالغة في الرجوع إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، أولا لأن هذا الرجوع يقتضي منه أن يكون قد ناشد الحل في مصادر أخرى هي غالبا ما تستغرقه، وثانيا لأن المشرع لم يعرف هذه المبادئ والقواعد ولم يحدد مصدرها، لذلك فإن هذه الصعوبة لا تحل إلا من خلال قيام القاضي بربط هذه المبادئ والقواعد بالمثل العليا للمجتمع الجزائري، والتي يستمدها من الدستور، ومن مقولات كبار الفقهاء وشراح القانون الطبيعي، ومن خلال عدم تأثره بأفكاره الذاتية الضيقة، واعتماده على اعتبارات موضوعية عامة[2].

وفي القانون الإجرائي يأخذ بالمبدأ العادل، والذي ينص على أنه إذا طعن بالاستئناف المباشر في حكم صدر باتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق أو في دفع إجرائي أو في الحكم بعدم القبول أو في الحكم بوقف الخصومة، أو طعن بالاعتراض في مسائل الاختصاص دون الحكم في الموضوع، وألغت أو أبطلت محكمة الاستئناف الحكم الفرعي المطعون فيه تأمر بإعادة القضية إلى محكمة أول درجة لتستنفد ولايتها في الموضوع تطبيقاً لنص المادة 568 و89 مرافعات فرنسي، وهذا ما يقتضيه المبدأ العادل أو العدل في ذاته، وبالتالي يمكن التمسك بذلك، ووفقاً لهذا المبدأ تفصل محكمة الاستئناف في الحكم الفرعي المطعون فيه وحده، وتأمر بإعادة القضية إلى أول درجة، إلا أن مثل ذلك قد لا يتلاءم مع ما تقتضيه مصلحة العدالة، سواءً تحقيقاً لحسن سيرها أو لعدم الإضرار بها، وترى محكمة الاستئناف تقديراً لهذه المصلحة إنهاء النزاع برمته، فتفصل في الطعن والموضوع بحكم واحد، لأن الفصل في الطعن وحده، وإعادة القضية لأول درجة قد تضار به العدالة، ومن ثم فمتى قدرة محكمة الاستئناف أن مصلحة العدالة تقتضي إنهاء النزاع تحقيقاً لحسن سيرها وعدم الإضرار بها فصلت في الطعن وتصدت للموضوع بحكم واحد تطبيقاً للمادة 89 و568 مرافعات فرنسي[3].

---

1. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. ص 158.
2. زرقون نور الدين، رقابة المحكمة العليا على القاضي المدني، المرجع السابق، ص 154.
3. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. ص ص 158-159.

الفرع الثاني: مصلحة العدالة

إذا كانت فكرة العدالة تعد احد الأسس المثالية للقاعدة القانونية، فالغاية من هذه الفكرة هي حسن سيرها وعدم الإضرار بها، والمصطلحين من أكثر المصطلحات غموضاً وإبهاماً[1]، لكونهما غاية كل نظام قانوني ومن ثم القضائي لان الأخير هو وسيلة إخراج الأول إلى حيز الوجود، فكان لهذه الغاية الدور البارز في نطاق العملين القانوني والقضائي معاً وخاصةً في شأن الأخير وعلى وجه التحديد في نطاق القضية المدنية[2].

فمن المعروف أن فلسفة القانون تعرف ما يسمى بالصياغة الغامضة، ويقصد بهذه الفكرة أنه توجد في بعض الحالات أهداف إجتماعية أو اقتصادية أو سياسية يراد التوصل إليها، ومع ذلك فإنه قد توجد نصوص قانونية تحول دون التوصل إلى هذه الأهداف المرجوة، هنا يقوم القضاء بإستعمال صياغات غامضة تحتمل أكثر من معنى بهدف التوصل إلى هذه الأهداف المرجوة[3].

وحسن سير العدالة؛ هو الضابط الذي يظهر انه يتصف بخاصية الإجمال لصعوبة الجزم بتوافره هذه الحالة من الأساس، خصوصاً إذا سلمنا أن المشرع الإجرائي بوجه عام يخاطب القاضي بمناسبة إشرافه على سير الخصومة بضرورة التقيد بقواعد العدل لا العدالة، وشتان بين الوصفين، باعتبار أن القواعد الإجرائية تفرض عليه ضرورة الالتزام بقواعد العدل أي العدل الشكلي كما يراه القانون الذي يعتد بالوضع الظاهر لا بالوضع الداخلي الخاص للمخاطبين بأحكامه، وهو مفهوم لصيق بالقوانين الإجرائية،

---

1. " واستخدام المشرع المصطلحات الغامضة جائز في السياسات التشريعية، بل قد يكون استخدامه لهذه المصطلحات عن قصد، لكي يعطي القاضي سلطات واسعة لمواجهة ما قد يصعب التأكيد بشأنه، وترجيحه لموقف على آخر ومنها حالة تقديره لمصلحة العدالة تقتضي أو لا تقتضي إنهاء النزاع ومن ثم لقاضي الاستئناف التصدي للموضوع التي لم تستنفذ او درجة ولايتها بشأنها أو على العكس عدم تصديه لهذا الموضوع، شان استخدام المشرع لفكرة الاعتراض، واستخدامه لفكرة الغاية لقبول الطلبات الجديدة في الاستئناف، وفي نظرية الجزاء الإجرائي". انظر: نبيل عمر، دراسة في السياسة التشريعية والقضائية لأعمال الجزاء الإجرائي، دار الجامعة الجديدة 2016.

"وكما يرى البعض تتميز أساساً بأنها لا تكشف مضمونها الحقيقي أي أنها لا تدل بطريق مباشر على حقيقة الإرادة التي تستخدم هذه الصياغة الغامضة كوسيلة للتعبير، هذه الصياغة تتخذ من الغموض والشك الذي يحيط بالغاية التي تعمل هذه الصياغة على تحقيقها سنداً وأساساً يخول للإرادة أن تصل إلى ما تريد الوصول إليه من غايات بطريقة قانونية وإن كان ذلك في حقيقة الأمر يعد مخالف للقانون". أنظر: نبيل عمر سبب الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف، 2008، دار الجامعة الجديدة ص 174، نقلاً عن: على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. حاشية ص ص 159-160.

2. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. ص ص 159- 160.

3. نبيل اسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، ط1، منشاة المعارف، الإسكندرية، 1981، ص09.

هذه الحالة تجد مفهومها في مقولة أن " القاضي ملزم بتحقيق القانون (تحقيق العدل) لا بتحقيق العدالة"، في حين أن قواعد العدالة بمعناها المتمثل في الإنصاف الواقعي التي تجد مجال لإعمالها في القانون الموضوعي، والتي تعتبر في بعض التشريعات مصدر من مصادره، تقتضي إضفاء مرونة اكبر على صرامة القانون من خلال تفسير قواعده بروح العدالة بدلاً من التركيز على حرفية النصوص، بمعنى عدم تقييد القاضي بالشكليات الصارمة التي تفرض عليه ضرورة التعامل مع المتقاضين بتجرد تام بغض النظر عن اختلاف وضعياتهم، وإنما تسمو بمعناها إلى غاية مقدسة تعني الشعور بالإنصاف بتكريس حقوق منصفة ومساواة واقعية تقوم على مراعاة دقائق ظروف المتقاضين وحاجتهم بدراسة الحالات حالة بحالة دون أي تجرد في المعاملة بالمعنى الذي يراه العدل القانوني بمعناه الشكلي، ليست هي بالضرورة تلك التي قد نستقيها من التفسير اللفظي لنصوص القانون[1].

وتحقيقاً لحسن سير العدالة سمح المشرع الإجرائي وبنصوص صريحة تعديل نطاق القضية ولأول مرة في الاستئناف، سواءً من حيث أشخاصها المواد 554 و 555 مرافعات فرنسي، أو من حيث موضوعها المواد 564 و 565 و566 و567 مرافعات فرنسي، وفي أي من الحالتين قد يصاحب تعديل نطاق القضية من حيث أشخاصها تعديل من حيث الموضوع والعكس بالعكس، وإقدام المشرع الإجرائي على ذلك ونصه عليه صراحةً ما هو إلا بقصد الكشف عن حقيقة النزاع وتجميع أوصاله تحقيقاً لحسن سير العدالة[2].

ونضيف إلى ذلك أن معيار السير الحسن للعدالة كعامل يدفع جهة الاستئناف إلى التصدي للموضوع يجد مجاله الأوسع في القضاء الاستعجالي، في الحالة التي تستجيب فيها محكمة أول درجة الناظرة في القضايا الاستعجالية لدفع شكلي أو لدفع بعدم القبول ينهي الخصومة أمامها بموجب أمر يتم استئنافه أمام محكمة ثاني درجة، إذ وفي الحالة التي ترتئي فيها هذه الأخيرة إلغاء الأمر المستأنف، سيكون من حسن سير العدالة أن تتصدى لموضوع النزاع دون إبطاء لما تتسم به مثل هذه القضايا من طابع استعجالي يقتضي الإسراع في حسم الطلب دون إبطاء، طالما أن الأمر يتعلق فقط بتدابير مؤقتة لا يفترض فيها أن تمس أصل الحق، ولا أن تخل إخلالاً جسيماً بمبدأ التقاضي على درجتين[3].

---

1. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص 115- 116.
2. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. ص ص 160- 161.
3. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص 120.

وعلى الوجه المقابل لحسن سير العدالة، الإضرار بها، متى وجدت في مظهر من مظاهر الإضرار بها، فعدم قيام محكمة الاستئناف عندما تلغي أو تبطل الحكم الفرعي المطعون فيه، بنظر المسائل التي لم تستنفد محكمة أول درجة ولايتها وفقاً للمادتين 89 و 568 مرافعات فرنسي قد تُضَار به العدالة، كما لو كان من شأن الفصل في الحكم الفرعي المطعون فيه وحده، وإعادة القضية إلى أول درجة لاستنفاد ولايتها يؤثر في قدرة الخصوم على السير في دعواهم على النحو التي تقتضيه العدالة، أو في قدرة محكمة الاستئناف أو محكمة أول درجة في تحقيقها فيما هو مطروح أمامها سواءً الطعن أو الموضوع، لعدم كفاية كل من الطعن أو الموضوع على حدة لتحقيق الغاية منه، والضرر الذي قد تصاب به العدالة يمكن أن يتحقق من مجرد لو أن الفصل بين الطعن والموضوع يحول بين الخصم وبين تقديمه لأدلة كان بإمكانه تقديمها بمناسبة تصدي محكمة الدرجة الثانية للموضوع والفصل فيه مع الطعن بحكم واحد، والتي كان من شأن هذه الأدلة أن تخدم الموضوع أو تؤدي إلى إلغاء أو إبطال الحكم الفرعي المطعون فيه، أو أن الفصل بين الموضوع والطعن يعوق الخصم في أن يقدم للقضاء جميع ما تحت يده من أدلة أو أوجه دفاع يسمح بها القانون، والتي من شأن تقديمها أمام محكمتين يؤدي إلى تناقضها، أو كان من شأن هذا الفصل أن يعوق الخصم الآخر في قيامه لدحض ما قام الخصم الأول بإثباته[1]، لأن في دحض الخصم الآخر ما يقوم به الخصم الأول بإثباته في القضية لهو فرع هام من حقوق الدفاع، مما يشكل أي من هذا وذاك إخلالاً بمراعاة هذه الحقوق[2]، لأن حسن سير العدالة وإظهار الحقيقة هما غايتان ينشدهما القضاء بصفة عامة[3].

كما ان الضرر الذي قد تصاب به العدالة، قد يتحقق من مجرد لو أن الفصل بين الطعن في الحكم الفرعي، والموضوع الذي لم تستنفذ به محكمة أول درجة ولايتها يؤثر في قدرة محكمة الطعن في تحقيقها للطعن على حدة، أو على محكمة أول درجة في نظرها للموضوع على حدة حالة عودته إليها لما بين كل من الطعن والموضوع من تكامل وظيفي[4].

---

1. " لأن القانون وان كان يفرض عبء الإثبات بالنسبة لواقعة معينة على أحد الخصوم، فإنه يعترف بنفس الحق في الإثبات وعلى نفس الواقعة بالنسبة للخصم الآخر في إثبات عكس ما قام به الخصم الأول". وجدي راغب مقال، دراسات في مركز الخصم، يناير 1976، نقلاً عن: على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. حاشية ص 162.
2. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. ص ص 161-162.
3. زرقون نور الدين، رقابة المحكمة العليا على القاضي المدني، المرجع السابق، ص 324.
4. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. ص 162.

والفكرة الجوهرية للتكامل الوظيفي هي اشراك أكثر من عمل إجرائي، أو حق إجرائي، أو منظومة إجرائية في إنتاج أثر قانوني داخل الخصومة المدنية، بحيث لا يستطيع أي منها منفرداً انتاجه وحده، فإن ذلك يؤدي إلى تفعيل الإجراءات أي جعلها فعالة، لأنه يمكن استخدامها بشكل أكثر مما خلقت له بصفة أساسية، وجعلها صالحة مع غيرها لتوليد آثار أخرى، فتضيف إلى ذلك فعالية للأعمال الإجرائية وتحميها من الهدر الإجرائي، وزيادة الكلفة الاقتصادية للإجراءات، فهدف التكامل الإجرائي هو هدف محمود إذا فهم بهذا الشكل كما أنه يحقق اقتصاد في الأعمال الإجرائية، فبدلاً من خلق أعمال إجرائية جديدة، لتحقيق هدف معين، لا تحققه الأعمال الموجودة فعلاً في القانون، فإن المشرع يحاول إجراء التكامل بين وظائف الأعمال القائمة، بحيث يستخلص منها ذلك الهدف أو الغاية الجديدة التي لا يولدها أي من هذه الأعمال وحده، وإنما يتم توليدها بأعمال مجتمعة[1].

وإذا كان من الصعوبة بمكان وضع ضابط بعينه يتقيد بمقتضاه القاضي عند تقديره لمصلحة العدالة، ذلك لمرونة فكرة العدالة في ذاتها، ومن ثم مرونة تقدير مصلحتها، ومع ذلك فإنه يمكن وضع ضابط استرشادي لقاضي الاستئناف يستعين بمقتضاه عند تقديره لمصلحة العدالة، ليقرر وفقاً له إعمال مكنة التصدي من عدمه، هذا الضابط يتمثل في حالة عدم قدرة كل من الطعن والموضوع على حده ليحقق الهدف منه بشكل مستقل لما بينهما من تكامل وظيفي، فكل منهما يضيف بعناصره إلى عناصر الأخر مما يؤدي إلى تركيز القضية لوحدة الحكم في الطعن والموضوع معاً بحكم واحد، غاية الأمر أن يأتي تقدير القاضي لمصلحة العدالة مبنياً على أسباب سائغة ليمكن محكمة النقض من فرض رقابتها عليه، وذلك على عكس ما جرى عليه قضاء محكمة النقض الفرنسية، فوفقاً لتطبيقاتها أن مخالفة قواعد العدالة لا تصلح سبباً للطعن في الحكم بالنقض، على أساس أن رقابتها تقتصر على مخالفة القانون المكتوب، على أن هذه المحكمة تضع في اعتبارها هذه القواعد وهي تمارس مهمتها في الرقابة على تفسير القانون، فمن هذه القواعد تستوحي التفسير الملائم[2].

---

1. نبيل إسماعيل عمر، التكامل الوظيفي للأعمال الإجرائية والإجراءات الموازية، د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص 33.

2. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. ص ص 164-165.

إلا أن الأمر تغير، ففي فرنسا كانت محكمة النقض في بدايتها تأخذ بالمفهوم الضيق للقاعدة القانونية، بحيث كانت تقصر رقابتها على القاعدة القانونية الفرنسية المكتوبة فقط استنادا إلى نص المادة 17 من مرسوم 27 نوفمبر 1790، وبالتالي فإنها لا تراقب العرف كما أنها لا تراقب القانون الأجنبي[1].

وهذا ما عابه الفقه الفرنسي على هذه المحكمة أين ذهب إلى ضرورة إعطاء مفهوم واسع لكلمة قانون، بحيث تشمل جميع النصوص التي لها صفة إلزامية كالتشريع واللوائح والقرارات وحتى المعاهدات الدولية وفي هذا الرأي ذهب الأستاذ Roger PERROT إلى القول أن محكمة النقض تراقب مدى تطبيق قضاة الموضوع للقاعدة القانونية مهما كان نوعها مكتوبة أو غير مكتوبة بما في ذلك المبادئ العامة للقانون[2]، بينما يتجه الفقيه jacques Boré إلى القول بأن محكمة النقض تمارس رقابة واسعة على القاعدة القانونية الفرنسية المكتوبة الواسعة الاستعمال، بينما تمارس رقابة ضيقة على القاعدة القانونية التي تستند إلى مصادر القانون غير المكتوب أو إلى القانون الأجنبي أو المعاهدة الدولية، حيث لا تراقب محكمة النقض هنا سوى تطبيق القاعدة القانونية دون الرقابة على تفسيرها أو تقديرها[3].

وقد تأثرت محكمة النقض الفرنسية برأي الفقه الداعي إلى التوسع في تحديد المقصود بالقانون، حيث عادت لتبسط رقابتها على القانون الأجنبي الساري المفعول في الدول الملحقة بفرنسا، كما أعطت صفة القاعدة القانونية لبعض القواعد القضائية والمبادئ القانونية، كقاعدة أن الغش يبطل التصرف، ومبدأ سرية المراسلات الخاصة، ومبدأ عدم تجزئة الحساب الجاري، فالقانون محل الرقابة يتوسع هنا ليشمل المعنى المادي . القاعدة القانونية العامة والمجردة .، ولا يقتصر فقط على المعنى الشكلي . النص الصادر عن هيئة مخولة قانونا مهمة إصداره–، الأمر الذي جعل البعض يضع تعريفا خاصا للقانون وذلك بالقول أنه يتمثل في مجموعة من القواعد المعيارية الدالة التي تكون قابلة للاستعمال من طرف القاضي للفصل في النزاع المعروض عليه سواء كانت شكلية أو مادية[4].

---

1. أحمد السيد صاوي، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية، ص 29، نقلاً عن: زرقون نور الدين، رقابة المحكمة العليا على القاضي المدني، المرجع السابق، ص 118.
2. حسين السالمي، التعقيب ووحدة القضاء، ص 10، نقلاً عن: زرقون نور الدين، رقابة المحكمة العليا على القاضي المدني، المرجع السابق، ص 118.
3. Jacques Boré, la cassation en matière civile, p230، نقلاً عن: زرقون نور الدين، رقابة المحكمة العليا على القاضي المدني، المرجع السابق، ص 118.
4. Dominique d'Ambra, de la fonction juridictionnelle, p1 ، نقلاً عن: زرقون نور الدين، رقابة المحكمة العليا على القاضي المدني، المرجع السابق، ص 119.

وتشمل كلمة قانون بهذا المعنى القواعد القانونية الوطنية المكتوبة والمتمثلة في التشريع، كما تشمل أيضا القواعد القانونية غير المكتوبة والمتمثلة في مبادئ الشريعة الإسلامية والعرف والقانون الطبيعي وقواعد العدالة، ويضاف إلى معنى القانون القواعد القانونية الصادرة من غير المشرع الوطني والمتمثلة في المعاهدة الدولية والقانون الأجنبي[1].

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من شرط أن تقتضي مصلحة العدالة إنهاء النزاع

ما يهمنا هنا هو ما يقصده المشرع الإجرائي الجزائري من مفهوم حسن سير العدالة الوارد في نص المادة 346 من ق إ م إ أعلاه، والتي تقابلها إلى حد التطابق المادة 568 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، والذي يختلف باختلاف مرجعية تعريفه التي لا تخرج عن ما إذا كانت مرجعية مستمدة من مفهوم القوانين الإجرائية أو مرجعية مستمدة من مفهوم القوانين الموضوعية. فإذا نظرنا إلى مفهوم السير الحسن للعدالة من زاوية العدل أو العدالة بمفهوم ما تقتضيه القوانين الإجرائية، فإننا نقف على صعوبة تحقيق هذا الضابط لسبب بسيط، وهو أن جهة الاستئناف تجد نفسها تحت وقع هذا الضابط نفسه مضطرة إلى عدم تفويت درجة من درجات التقاضي على المستأنف أو المستأنف عليه، وفقاً لما تقتضيه قواعد العدل التي لا نشك في أنها تعتبر التمادي في خرق مبدأ التقاضي على درجتين من مظاهر السير السيئ للعدالة، في ظل تكريسه كمبدأ من مبادئ المحاكمة العادلة بموجب المادة 06 من ق إ م إ، وهو الأمر الذي لا يتسامح فيه القضاء الفرنسي في معرض تطبيقه للمادة 568 إجراءات مدنية فرنسي أعلاه الذي اوجب على جهة الاستئناف أن تبين أن ما دفعها إلى التصدي ووضع حد نهائي للنزاع هو الضابط المتعلق بالسير الحسن للعدالة[2].

ويؤدي استعمال رخصة التصدي إلى المساس بعض الشيء بمبدأ التقاضي على درجتين، كون أن قضاة الاستئناف يفصلون في موضوع النزاع رغم أن قاضي الدرجة الأولى لم يحكم فيه، ورغم ذلك فإن البعض يرى أن هذا المساس مبرر بكون أن التصدي هو إجراء يسمح بتليين قاعدة التقاضي على درجتين وتطويعها لصالح الحصول على قضاء ناجز وسريع وقليل الكلفة[3].

---

1. حلمي محمد الحجار، نقلاً عن: زرقون نور الدين، رقابة المحكمة العليا على القاضي المدني، المرجع السابق، ص 119.
2. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص 116- 117.
3. حسين السالمي، الأثر الناقل للإستئناف، المرجع سابق، ص178.

في حين إذا نظرنا إلى مقصد المشرع من مفهوم السير الحسن للعدالة، من زاوية العدالة بمفهوم القانون الموضوعي، التي تعني العدل والإنصاف الواقعي، فالأمر سوف يتأزم بشكل أكبر من الحالة السابقة تحت وطأة المبدأ نفسه، الذي يضمن للمتقاضي وبشكل أوسع حق عرض موضوع دعواه على درجتين، وعليه فلن يكون من حسن سير العدالة، أن تتعرض جهة الاستئناف للمسألة الشكلية محل الاستئناف ثم التعرض للموضوع برمته، لما في ذلك من انتهاك واضح لمبدأ ازدواجية درجات التقاضي، وبالنتيجة فإنه وعلى العكس من ذلك سيكون من صميم السير الحسن للعدالة أن لا تتصدى جهة الاستئناف لموضوع النزاع وإعادة القضية من جديد إلى محكمة أول درجة لاستنفاذ ولايتها في الموضوع، ونضيف إلى ذلك أن التمادي في التصدي سوف يصيب حسن سير العدالة في مقتل، خصوصاً إذا علمنا أن حكم محكمة الدرجة الأولى الفاصل في دفع شكلي يعتبر حسب المادة 296 من ق إ م إ من الأحكام الصادرة في الموضوع، ويحوز حجية الشيء المقضي فيه[1]، وبالتالي فلن يكون من العدل أن نغلق على المستأنف طرق باب التقاضي ابتداءً من جديد، ونلزمه ضمناً استئناف الحكم الذي لم يقضِ له في الموضوع، ليطالب فقط من جهة الاستئناف إنصافه بالفصل في الموضوع بدرجة واحدة دونما أي اعتبار لحقه في التقاضي على درجتين الذي ارتأى المشرع أن يقننه كمبدأ من مبادئ المحاكمة العادلة في المادة 06 من ق إ م إ[2].

ومع ذلك فإنه وإن كان من الصعب توقع أن يكون ضابط حسن سير العدالة معياراً يدفع جهة الاستئناف إلى غض النظر عما يفرضه عليها مبدأ التقاضي على درجتين المكرس حديثاً بالنص عليه صراحةً في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إلا أنه ومع ذلك يجب أن نعترف أن هناك هامشاً ولو ضيق قد يتيح لجهة الاستئناف مكنة التصدي للموضوع على الرغم من إخطارها بموجب استئناف في حكم قضى في أحد الدفوع الشكلية المنهية للخصومة تبعاً لنوع القضية والقواعد الواجبة التطبيق عليها[3]،

---

1. " في الحقيقة إن إضفاء الحجية على الأحكام الفاصلة في دفوع شكلية وفي دفوع بعدم القبول تُسبب في وضع قيود غير مبررة على ممارسة الحق في الدعوى خصوصاً في ظل عدم التضييق من مجال إنهاء الخصومة بأحكام صادرة في مثل هذه الدفوع بعدم استحداث أحكام في باب القضاء العادي مماثلة لما تم تكريسه في المواد 843 و848 من ق إ م إ في باب المادة الإدارية، وهو ما سمح بغلق الطريق أمام المتقاضي لمعاودة رفع دعوى بعد تصحيح الإجراء رغم عدم سبق استصداره لحكم في الموضوع وانجر عن ذلك اختلاف في التطبيقات القضائية بشان هذه النقطة كما أن التسليم بالحجية في مثل هذه الأحوال يعدم الفائدة من التمييز بين قاعدة استنفاذ الولاية وقاعدة حجية الشيء المقضي فيه ". معزوزي علاوة، المرجع السابق حاشية، ص 118.
2. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص 117- 118.
3. معزوزي علاوة، المرجع نفسه، ص ص 118- 119.

فبالنسبة للمشرع الجزائري إن مبدأ الاقتصاد في الخصومة وسرعة الفصل فيها أصبح الخط العام الذي قام عليه التعديل الكلي لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويمكن أن نعطي أمثلة عديدة لإبراز تبني هذا المبدأ، فالمادة 03 من قانون إ م إ تكرس هذا المبدأ في نص عام بالقول أنه يتعين على الجهات القضائية أن تفصل في الدعاوى المعروضة أمامها في آجال معقولة، حيث أن هذه المادة تعطي للقاضي سلطة منح الآجال وتقدير مدى جاهزية الدعوى للفصل، ما يؤدي إلى القول بأن فكرة أن الخصومة ملك لأطرافها يجب أن لا تكون سبب في إطالة أمد النزاع بدون سبب جدي[1].

وفي هذا الصدد نضرب مثالاً بقضية رجوع بعد خبرة تتعلق بتعويضات عن أضرار جسمانية ناجمة عن حادث مرور، فإذا ما انتهت هذه الدعوى مثلاً بحكم في دفع شكلي أو في دفع بعدم القبول أو في أي دفع عارض آخر أنهى الخصومة أمام محكمة أول درجة تم استئنافه امام المجلس، فسيكون، فسيكون لهذا الأخير مجالاً واسعاً لإعمال مكنة التصدي للموضوع برمته بعد إلغاء الحكم الصادر في الدفع الشكلي تحت وطأة ما يستلزمه السير الحسن للعدالة، ومرد ذلك أن الأمر في هذه الحالة يتعلق بتعويضات تحددها نصوص القانون بناءً على خبرة في الملف، بإعتبار أن القاضي وفي مثل هذه الأحوال وبغض النظر عن موقعه يكتفي بالنطق بها كما يحددها القانون وليست له أي سلطة تقديرية في ذلك، وبالتالي لن يكون هناك أي داعي لإرجاع القضية إلى المحكمة التي غالباً ما سيكون حكمها متحداً مع حكم المجلس، وعلة ذلك أن الأمر يتعلق بمسألة قانونية يستوي أن تنظر فيها درجة أو درجتان، فضلاً على أن السير الحسن للعدالة الذي يظهر في التعجيل بتعويض المستأنف الذي غالباً ما يكون ضريراً باقتصاد الجهد والإجراءات، يقتضي من المجلس التصدي للمسائل غير المفصول فيها، وهنا لا يضير في الأمر شيئاً إن تمسك الطرف المستأنف عليه بإجراء تحقيق جديد بلجوء جهة الاستئناف إلى تعيين خبير عند الاقتضاء[2].

والتصدي بهذا المعنى هو مجرد رخصة لمحكمة الاستئناف، لها أن تستعملها، كما لها أن ترفضها رغم تمسك الخصوم بالتصدي، وهي تراعي في استعمالها لهذه الرخصة، حسن سير العدالة، وإعطاء النزاع ما يستأهله من التحقيق، وإن كانت محاكم الاستئناف تميل إلى استعمال هذه الرخصة على أساس أن ذلك يتفق مع مبدأ الاقتصاد في الخصومة [3].

---

1. زرقون نور الدين، رقابة المحكمة العليا على القاضي المدني، المرجع السابق، ص 300.
2. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص 119- 120.
3. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص282.

وتجدر الملاحظة إلى أن المشرع الجزائري إشترط شرط اقتضاء، وهو أمر جوازي كما هو واضح من صريح نص المادة 346 من ق إ م إ أعلاه، ويستشف منه رغبة واضحة من المشرع في وضع مكنة لدى جهة الاستئناف لإعادة التحقيق في القضية بعد فصلها في المسالة الشكلية موضوع الاستئناف، كل ذلك لمحو ما يمكن أن يسببه هذا التصدي من مساس جسيم بحق المتقاضي في التقاضي على درجتين باستدراك الوضع عن طريق إجراء تحقيق في القضية، تمهيداً للنظر في موضوع النزاع من باب تعويض الطرف المستأنف عما فقده من درجة أولى في التقاضي، وغني عن البيان هنا انه وإن كان للمجلس حسب نص المادة أعلاه أن يتصدى للمسالة غير المفصول فيها من غير إجراء أي تحقيق متى اقتنع أن التصدي يستلزم حسن سير العدالة حسب تقديره، إلا انه ليس له أن يتصدى للموضوع بإجراء تحقيق فقط دون تحقق الضابط الأول المتمثل في حسن سير العدالة بمعنى أن تحقق الضابط الأول لا يستلزم إجراء تحقيق في القضية وليس العكس، ويراد بالتحقيق هذا كل ما هو وارد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية من إجراءات تحقيق التي تضمنتها المواد من 75 إلى 193 منه[1].

1. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص 120-121.

الفصل الثاني

التصدي ومسألة إرجاع القضية لأول درجة

الفصل الثاني

التصدي ومسألة إرجاع القضية لأول درجة

متى كان الحكم المطعون فيه حكماً موضوعياً وألغته محكمة الاستئناف فإنه يفتح الطريق أمام إعمال الأثر الناقل للاستئناف[1]، ويكون الفصل في الموضوع بواسطة المحكمة الاستئنافية هو فصل فيه للمرة الثانية، فالمرة الأولى كانت بواسطة محكمة الدرجة الأولى التي أصدرت الحكم المطعون فيه، فحتى نكون بصدد تصدي بمعنى الكلمة يجب أن تكون السلطة المعترف بها لمحكمة الاستئناف هي سلطة الفصل في طلب سبق طرحه على محكمة الدرجة الأولى– ولذلك لا يعد من هذه الناحية جديداً– ولكن لم تفصل فيه هذه الأخيرة، وهو ليس الفرض الذي يتوافر عندما يكون الحكم المطعون فيه حكماً موضوعياً[2]، هذا كأصل عام كما سنرى لاحقاً.

أما إن كان حكماً فرعياً ولم تستنفذ محكمة أول درجة ولايتها في الموضوع، وألغت أو أبطلت محكمة الاستئناف هذا الحكم، فإنه يفتح الطريق أمام إعمال الأثر الساحب للموضوع– التصدي – لتنظر هذه المحكمة جميع المسائل التي لم تفصل فيها محكمة أول درجة، طالما مرت عليها هذه المسائل، وكان الحكم الفرعي المطعون فيه منهياً للخصومة أمامها[3].

لذلك سوف نتطرق في هذا الفصل لحالات التصدي، وبما أن المشرع الجزائري قد جعل من مسألة التصدي جوازية عند توفر حالاتها كما سبق وأسلفنا، فإن فرض الإرجاع يظل قائماً، بالرغم من أن التطبيق العملي لا يطرحه بسبب تواتر العمل لدى الجهات الاستئنافية بالتصدي كأصل كما سوف نرى، إلا أن الأمر يحتم علينا التطرق بالدراسة لهذه المسألة والآليات الممكنة إيجادها لإعمالها.

---

1. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. ص 86.
2. نبيل إسماعيل عمر، قانون أصول المحاكمات المدنية، ط 2، المرجع السابق، ص604.
3. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. ص 86.

المبحث الأول

حالات التصدي

لا نبالغ هنا إذا ما اكدنا على أن المشرع الجزائري هو أقل المشرعين اهتماماً بتنظيم كيفية وحالات والحدود الواردة على الحق في التصدي من قبل جهات الاستئناف، وهو الأمر الذي يبدو أنه انعكس ليس فقط على التطبيقات القضائية بخصوص هذه النقطة، وانما حتى على الدراسات الفقهية الجزائرية التي تعنى بهذا الموضوع، والتي لا نكاد نلمس لها أثر في ما هو متاح بين أيدينا من مؤلفات على خلاف السائد في الدراسات الفقهية، وكذا الأحكام والقرارات القضائية في القضاء المقارن[1]، الأمر الذي يفرض علينا في إطار تناول حالات التصدي التعرض لهذه الحالات لدى المشرع الفرنسي كونه وسع من هذه الحالات في أخر تعديلاته تحت وطأة الدراسات الفقهية والمستجدات الحديثة التي طرأة على الخصومة في حد ذاتها، وكذلك من أجل الفهم الأمثل لآلية التصدي ومحاولين إسقاط عليها حالات التصدي لدى المشرع الجزائري كي تتضح الدراسة أكثر.

ومحكمة الاستئناف في التشريع الفرنسي تمارس حقها في التصدي تطبيقاً للمادتين 568 و 89 مرافعات فرنسي متى توافرت حالة من حالاته، ممثلة هذه الحالات في كُون الحكم المطعون فيه بالاستئناف صادراً باتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق، أو في دفع إجرائي منهي للخصومة أمام أول درجة، أو لكون هذا الحكم مطعوناً عليه بالاعتراض، وتكون محكمة الاستئناف هي المختصة للمحكمة التي تراها المختصة لنظر النزاع[2]، ويجب ملاحظة أن هذا الطريق – الأعتراض– من طرق الطعن يختلف عن المعارضة في الأحكام الغيابية، حيث أن الطريق الأول خاص بالطعن في الحكم الصادر في مسألة الاختصاص فقط، وقد رأى المشرع الفرنسي تصفية المسائل التي تتولد عن الاختصاص أولاً بأول وقبل الفصل في الموضوع[3]، وسنتطرق لهذه الحالات بالتفصيل.

المطلب الأول

حالات التصدي بنص القانون

في القانون الفرنسي حق التصدي الذي تمارسه محكمة الاستئناف يجد اساسه ومبناه في نصوص قانونية معتمدة، سواء في ظل قانون المرافعات القديم أو القانون الحالي وما جرى عليه من تعديلات،

---

1. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص 16.
2. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. ص 86.
3. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 747.

والتي من خلالها واظب المشرع على حق محكمة الاستئناف في التصدي، وظل المشرع الفرنسي مواظباً على حق محكمة الاستئناف في التصدي، وبصدور قانون المرافعات الحالي، اعتمد هذا الحق وفقاً للمادتين 568 و89 مرافعات فرنسي، ووفقاً للمادة 568 وسع من سلطة محكمة الاستئناف في تصديها للنزاع الذي لم تستنفذ به محكمة اول درجة ولايتها، يستوي في ذلك أن تكون محكمة الاستئناف الغت الحكم المستأنف أو على العكس أيدته، فالحق في التصدي يثبت لمحكمة الاستئناف متى توافرة شروطه، يستوي بعد ذلك أن تكون أيدت الحكم المطعون فيه أو قضت بإلغائه[1].

متى تم إخطار محكمة الدرجة الأولى عن طريق الدعوى، ترتب عن ذلك التزام على عاتقها ليس فقط للفصل في الطلب وإنما بالتحقيق فيه سواءً بطلب من الخصوم أو حتى تلقائياً متى كان هناك داعٍ لذلك، ومع ذلك فإن الدعاوى لا تنتهي بالضرورة بموجب حكم حاسم لموضوع النزاع باعتبار انه ومن الوارد أن يسيء المدعي توجيه دعوى بارتكاب أخطاء إجرائية يترتب عنها بطلان إجراءات التقاضي تكون محلاً لدفوع إجرائية يقدمها المدعي عليه والتي قد يسايره فيها قاضي أول الذي ينهي الخصومة بحكم فاصل في دفع شكلي قد لا يروق المدعي الذي يبادر إلى التظلم منه عبر رفع استئناف في شأنه أمام قضاة الدرجة الثانية، الذين قد لا يسايرون بدورهم ما قضى به قاضي الدرجة الأولى ويعدون إلى إلغاء الحكم الذي لم يتضمن أي فصل في الموضوع، وهنا تثور مسألة في غاية الأهمية بالنسبة للمشرع الجزائري تتعلق بمدى إمكانية التصدي للموضوع غير المفصول فيه من قاضي أول درجة عبر آلية التصدي أو اعتماد خيار إرجاع القضية إلى قاضي أول درجة لاستنفاذ ولايته على الموضوع وهو الأمر الذي نتناوله في معرض التعرض إلى نطاق إعمال جهات الاستئناف لمكنة التصدي متى تم إخطارها بحكم فاصل في دفع شكلي منهي للخصومة[2].

أما الطريقة الثانية التي يتولد بها الحق في التصدي فهي الطعن في الحكم الفرعي الصادر في مسألة الاختصاص بطريق المعارض" le contredit"، ويجب ملاحظة أن هذا الطريق من طرق الطعن يختلف عن المعارضة في الأحكام الغيابية "L'opposition"، وقد رأي المشرع الفرنسي تصفية المسائل التي تتولد عن الاختصاص أولاً بأول وقبل الفصل في الموضوع[3]، فأورد هذا الطريق في قانون 1975 ثم أدخل عليه تعديلات كما سنرى بموجب القانون رقم 891 الصادر 2017/05/06.

---

1. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. ص 60- 61.
2. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص 111- 112.
3. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 747.

وإذا كان تصدي محكمة الاستئناف للموضوع حالة إلغائها لحكم أول درجة لم يثير صعوبة في التطبيق العملي، فعلى العكس أثير تصديها للموضوع حالة تأييدها للحكم الفرعي المطعون فيه صعوبات كشف عنها هذا التطبيق بين مؤيد ومعارض، لم يستقم معها العمل، ولم تفلح الجهود المبذولة على الصعيد الفقهي والقضائي في مواجهة هذه الصعوبات والتغلب عليها، فكان لازم من تدخل تشريعي يواجه هذه الصعوبات ويزيل موطن الخلل والقصور، وعليه تدخل المشرع الفرنسي معدلاً للمادة 568 بمقتضى قانون 791 في 2017/05/6 واعتباراً من 2017/09/11 لايُخول لمحكمة الاستئناف التصدي لموضوع النزاع إذا قضت بتأييد الحكم الفرعي لأول درجة[1].

الفرع الأول: الحالات التي يوجد فيها الحق في التصدي بناءً على الطعن بالاستئناف

تنص المادة المادة 568 من قانون المرافعات الفرنسي على أن[2]: "إذا طعن أمام محكمة الدرجة الثانية بالاستئناف في حكم صادر بإتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق، أو في حكم صادر بالفصل في دفع من الدفوع الإجرائية، وكانت مثل هذه الأحكام قد انهت الخصومة، فإن المحكمة تسطيع أن تتصدى لنظر جميع المسائل التي لم يُفصل فيها، إذا رأت ان مصلحة العدالة تقتضي ذلك، ولها في سبيل ذلك ان تامر باتخاذ ما يلزم من إجراءات التحقيق، والتصدي لا يعرقل إعمال المواد 554،555، 563 إلى 567".

فيمكن لمحكمة الاستئناف استخدام حقها في التصدي في كل الأحوال التي يظهر فيها من حسن العدالة إجرائه وحسب النزاع تماماً، وظهر من ذلك ان المشرع الفرنسي يرجح الاعتبار الخاص بالحصول على عدالة سريعة، على الاعتبار الذي يقتضي احترام قاعدة التقاضي على درجتين، ويظهر من نص المادة السابقة، ان الأحوال التي يكون فيها لمحكمة الاستئناف الإلتجاء إلى استعمال رخصة التصدي ترجع إلى حالتين[3].

---

1. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. ص 62-63.

2. L'art.568. c.pr. civ. Français " Lorsque la cour d'appel infirme ou annule un jugement qui ordonné une mesure d'instruction, ou qui, statuant sur une exception de procédure, a mis fin à l'instance, elle peut évoquer les points non jugés si elle estime de bonne justice de donner à l'affaire une solution définitive, après avoir ordonné elle-même, le cas échéant, une mesure d'instruction.
L'évocation ne fait pas obstacle a l'application des articles 554, 555, et 563, à 567."

3. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 748.

أولاً: حالة الحكم المطعون فيه صادر باتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق

إذا كان هذا الحكم وبحسب الأصل يندرج ضمن الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع، والتي منعت التشريعات الحديثة الطعن فيها فور صدورها، وإنما يطعن فيها مع الحكم المنهي للخصومة كلها، ذلك لعدم تقطيع أوصال القضية وجاء قضاء النقض مؤكداً على ذلك[1]، إلا أن عمومية هذه القاعدة وفي خصوص الأحكام الصادرة باتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق أو الإثبات كثيراُ ما تصطدم بظاهرة الأحكام المركبة أو المختلطة، ومفترضها أن يصدر حكم التحقيق أو الإثبات مدموجاً في حكم آخر يتناول شق من موضوع الدعوى أو مسالة أخرى من المسائل المثارة في الخصومة، وبصدد هذا الفرض خرج المشرع الفرنسي على القاعدة العامة التي تحظر الطعن المباشر في الأحكام التي لا تنهى بها الخصومة، وفي ظل غياب إجماع القضاة على رأي موحد[2] بشان الطعن في الأحكام المختلطة أجاز – المشرع الفرنسي – الاستئناف المباشر في هذه الأحكام رغم أنها لا تنهي الخصومة تطبيقاً للمادة 544 مرافعات، ووفقاً لمفهوم الموافقة للمادة 568 مرافعات فرنسي، ولهذه الأحكام أنصار في الفقه والقضاء المصري[3].

فيقتضي الأمر دائماً عند الطعن في الأحكام المشتملة على قضاء مختلط لا يقبل التجزئة إخضاع أحد شقي الحكم للقاعدة المطبقة على الشق الآخر، وفي تطبيق ذلك مخالفة صريحة للنصوص القانونية، إنما الاعتبارات العملية تقتضي هذه المخالفة، ويلاحظ دائماً إذا اشتمل الحكم على قضاء مختلط لا يقبل التجزئة، فالطعن في احد شقيه يعد طعناً في الشق الآخر ولو لم ينص على ذلك، وقبول أحد شقيه يفيد قبول الشق الآخر[4].

هذا الارتباط الموضوعي يقتضي وحدة الحل الموضوعي بشكل شامل لكل النزاع، ولو تركنا الأمر للقواعد العامة والأصول المرعية في قانون المرافعات فإن ذلك لن يتم، ولكي نصل إلى هذه الحلول

---

1. طعن 5177 ق نقض مصري 1999/03/14. طعن 64/4800 ق "أحوال شخصية" نقض 1998/01/11 مجموعة الأحكام السنة 49 ص88. طعن 61/2107ق نقض 1996/03/17. طعن 60/232ق نقض 1994/05/30 مجموعة الأحكام س 45 ص 934. نقلاً عن: على أبو عطية هيكل، المرجع السابق، حاشية ص 88.
2. في عدم إجماع القضاء الفرنسي على رأي موحد بشان قابلية أو عدم قابلية الأحكام المختلطة للطعن المباشر أنظر: أحمد هندى، أسباب الحكم المرتبطة بالمنطوق، دار الجامعة الجديدة للنشر، دون ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 132.
3. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. ص ص 87– 90.
4. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، المرجع السابق، ط6، ص 675.

كان لابد من اقامة علاقات ارتباط إجرائي بين الأعمال الإجرائية تسمح بالفصل في النزاع بشكل أكثر شمولاً[1].

ولقد قيل بأن إخضاع الاحكام المشتملة على قضاء مختلط لا يقبل التجزئة لقاعدة واحدة في الطعن حتى لا يكون إلغاء أو تعديل أحد الشقين سبباً في ضياع الفائدة التي يجنيها المحكوم له من القضاء الآخر، إذ لا يستقيم أحد الشقين إلا مع قيام الآخر[2].

وتطبيقاً لذلك يطعن في الشقين معاً، فلا يصح استقلالاً الطعن في الشق الصادر باتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق، أو في الشق الصادر في جزء من الموضوع، ومتى اختار الخصم طريق الطعن المباشر بالاستئناف، وجب عليه رفع الطعن خلال شهر من تاريخ إعلانه وإلا سقط الحق فيه[3].

وكان لغياب أحكام القضاء بشأن الطعن المباشر في الأحكام المختلطة أثره الذي أمتد إلى تطبيقاتها، ومنها تصدي محكمة الاستئناف للموضوع إذا ألغت أو أبطلت هذه الأحكام، فذهبت بعض الأحكام إلى عدم جواز ذلك[4]، في حين انتهت بض الأحكام حديثاً إلى جوازه[5]، وسمحت لمحكمة الاستئناف استخدام سلطتها في التصدي عند النظر في الطعن عن حكم قضى بإجراء تحقيق، يكون الغرض منه تنوير عقيدة المحكمة وتقديم الرأي الفني المطلوب، ولذا اقتصرت بحق محكمة الاستئناف في التصدي على حالة كون الحكم المطعون فيه صادر بندب خبير[6]، تطبيقاً للمادة 272 مرافعات فرنسي[7].

وفي حالة كون الحكم المطعون فيه صادر بندب خبير أجاز المشرع الفرنسي الطعن في هذا الحكم استثناءً ووفقاً لضوابط معينة، فلا يسري هذا الاستثناء على الحكم الصادر بتحديد أو تعديل مهمة

---

1. نبيل إسماعيل عمر، الإرتباط الإجرائي في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 156.

2. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، المرجع السابق، ط6، ص 675.

3. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. ص 90.

4. Cass. Civ. 12 mars 1980, Gaz pal 1982. 2. 455. Not Votte 12 mai 1980 Gaz pal 1981-2. Pan 417. 27 aout 1981. j.c.p. 1981. Civ 245 Gaz pal 1981. 2. 703.note vott. Lyon. 10 déc 1996. Gaz pal 1991. I. somm 76 note. H. Vray.

.Cass. Civ. 04 avr 1978, Bull. Civ. III. N°144. D 1978. IR. 365 abs. p. julien. Dison. 12 juill 1979 Gaz pal 1979-2. 654 Note viatte. 15 Nov 1979 Gaz pal 1980-1. 137 note. J.v.

5.Cass. Com. 26 avril 2017 pourvoin. 14-13554 juricaf 26-5- 2017. Cass. Civ. 28 juin 2006 N5-19. 156 Bull. Civ. II. N°171. D. 2006. IR. 2051. J.c.p 2006. Iv. 2017. Com. 15 juin 1982 iv.303. civ. 10 Nov 1983. Bull. Civ. II. N°178. D. 1984. IR.86.

6. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. ص 91.

7.L’art.272. c.pr. civ. Français "La décision ordonnant l’expertise peut être frappée d’appel indépendamment du jugement sur le fond sur autorisation du premier président de la cour d’appel s’il est justifié d’un motif grave et légitime …"

الخبير ولا باستبداله، ولا في الحكم الصادر برفض ندبه، وإنما لهذا الطعن أثر قاصر على الحكم بندب الخبير، وذلك للحد من إسراف القضاة في اللجوء إلى ندب خبير دون أن تكون الواقعة الفنية تتطلب هذا الإجراء المعقد، ولتفادي كثرة النفقات والبطء في الإجراءات[1].

وفي حكم صادر من محكمة باريس نرى أن هذه المحكمة قد تصدت لموضوع الدعوى بعد أن دعت المستأنفين لشرح وجهة نظرهم فيما يتعلق بالأضرار التي أصابتهم، بالرغم من إيداع تقارير الخبراء حول هذا الضرر، وبصدد هذا الحكم الأخير فإن محكمة باريس قد أيدت حكم أول درجة، ورغم ذلك قامت بالتصدي لحسم النزاع نهائياً، وكانت وقائع هذه الدعوى الأخيرة تدور حول الطعن في حكم صادر إجابة لطلبات المستأنف عليه الهادفة إلى إجراء حساب لبيان مبالغ متنازع عليها بين الأطراف، هنا أيدت محكمة الاستئناف حكم أول درجة بصدد هذا الإجراء من إجراءات التحقيق ورغم هذا تصدت لنظر الموضوع، ويؤيد بعض الفقه هذا المسلك ويرى أن ذلك ضروري للإسراع في حسم النزاع، هذا الفقه الأخير يعتمد على الشرط الذي وضعته المادة 568 عندما اشترطت إعمال الحق في التصدي أن يتطلب حسن سير العدالة حسب تقدير المحكمة[2].

ويحصل الطعن المباشر بالاستئناف في الحكم الصادر بندب خبير بموجب طلب من الخصم المستأنف، وبترخيص من الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف متى وجدت مبررات قوية، كأن يتعلق الأمر بأعمال خبرة جدية وحقيقة، وتخضع هذه المبررات لتقدير الرئيس الأول للمحكمة، وأمامه يكلف الخصم طالب الاستئناف خصمه بالحضور في ميعاد غايته شهر من تاريخ صدور الحكم المطعون فيه، وإلا قضى بعدم قبول الطعن لفوات الميعاد، أو لكونه مبني على أسباب أو مبررات غير جدية[3]، وينظر الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف الطلب على وجه الاستعجال، فإذا تبين له أن هناك أسباب تبرر الطعن حدد موعد أخر لنظر الاستئناف أمام المحكمة[4]، فإذا قضت في الحكم المطعون فيه ورأت أنه من مصلحة العدالة إعطاء القضية حلاً نهائياً أمكنها إعمال سلطتها في التصدي إعمالاً للأثر الساحب

---

1. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. ص ص 91- 92.
2. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 750.
3. " كما لو تعلقت الخبرة بالبحث في مسائل قانونية، وهو ما لا يجوز، لأنه يعد بمثابة تفويض من القاضي بالسلطة القضائية وتخلي عن وظيفته، فلا يجوز ندب الخبير لمسالة قانونية، حيث أن نطاق الخبرة محصور في تقدير الواقع وليس تنوير القاضي في المسائل القانونية". سحر عبد الستار، دور القاضي في الإثبات، دار النهضة العربية، 2002 ص513، نقلاً عن: على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. حاشية ص ص 92- 93.
4. L'art.272 al 3. c.pr. civ. Français " S'il fait doit à la demande, le premier président fixe le jour ou l'affaire sera examinée par la cour, …"

للموضوع ووفقاً للمادة 568 مرافعات فرنسي، وتطبيقاً لذلك[1] قضي بتصدي محكمة الاستئناف في موضوع بدل تعويض لم تنظره محكمة أول درجة، لأنه وجد أن أمر التحقيق الذي أمر به الأخير كان الغرض منه هو تزويده بالوقائع التي تمكنه من تحديد قيمة حق الطاعنة في التعويض، كما انه أنهى إجراءات الخصومة أمامها[2].

وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد سبق وبينا، أن الأحكام الفاصلة في جزء من النزاع النوع الثاني من الأحكام الصادرة في الموضوع المنصوص عليها في المادة 269 من ق إ م إ وهي أحكام تفصل في جزء من موضوع النزاع وتأمر في نفس الوقت بإجراء من إجراءات التحقيق أو تدبير مؤقت ويعبر عنها فقه الإجراءات بالأحكام المختلطة، والمادة 334 من ق إ م إ لم تجز استئناف هذه الأحكام مستقلة عن الحكم الفاصل في أصل الدعوى، فغلبت بذلك الشق الصادر قبل الفصل في الموضوع من الحكم، على الشق الفاصل في جزء من موضوع النزاع[3].

ويستخلص من هذا النص المعيار الذي يعتمد عليه المشرع الجزائري في الطعن بالاستئناف في الأحكام الصادرة من محكمة أول درجة، هو ما إذا كان الحكم الصادر ترتب عليه انتهاء خصومة الدرجة الأولى أم لا سواء فصل في جزء من موضوع النزاع أو صدر في حكم يقضي بإتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق كالحكم بتعيين خبير أو الحكم بإجراء تحقيق أو الحكم بإنتقال المحكمة إلى إجراء معاينة وغيرها من الأحكام التي لا تنهي الخصومة، وإذا رفع استئناف في حكم غير منهي للخصومة، وجب على جهة الاستئناف أن تفصل فيه بعدم إختصاصها النوعي وتقضي بذلك من تلقاء نفسها[4].

ثانياً: حالة الحكم المطعون فيه صادر في دفع إجرائي منهي لخصومة أول درجة.

يقصد بالدفوع الشكلية او الدفوع الإجرائية في قانون المرافعات، تلك الأدوات أو الوسائل الإجرائية التي حددها المشرع وجعلها وسيلة المدعى عليه للتمسك بالجزاء الإجرائي المترتب على وقوع مخالفة إجرائية، والدفع الشكلي له أنواع كثيرة، وهو واحد من الحقوق الإجرائية، وبالتالي يكون حقاً لكل من تثبت له صفة المدعى عليه في الخصومة، وهذه الدفوع هي وسائل إجرائية يحددها المشرع، ولا تنتج من إتفاق

1.Cass. Civ. 27 sept 2012. F.P. BN11-11-762. Civ 28 oct 2009 Bull. Civ. I. N°212 Gaz pal. 27-23janv 2010. P.31. obs. Lécuyer. Cass. Civ. 28 juin 2006 Bull. civ.II. N°171. R.T.D. civ. 2006. 828.obc. R. perrot Dijon 12juill 1979 Gaz pal 1997-2. 654.note viatt.

2. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. ص ص 92- 93.

3. بتصرف، بشير محمد، المرجع السابق، ص 146.

4. عمر زودة، نظام الطعن بالاستئناف في الأحكام المدنية، المرجع السابق، ص 31.

الخصوم كقاعدة عامة، ولها آثار قانونية قام المشرع أيضاً بتحديدها وعلى الخصوم الإذعان لها ولا يملكون حرية إذائها إلا حرية عدم التمسك بها، والأصل في الدفوع الشكلية أنها لا تتعلق بالنظام العام، والاستثناء تعلقها به بكل ما يترتب على ذلك من نتائج، والدفوع الإجرائية لا تلعب دورها إلا في خصومة منعقدة سواءً كان إنعقادها صحيحاً أو باطلاً، ولكل إجراء شكل ومضمون قانوني فيتعين ان ينطبق معه، وعند عدم حدوث هذا التطابق يكون العمل الإجرائي معيباً والجزاء على هذا العيب هو جزاء قانوني والتمسك به يتم عن طريق الدفوع الشكلية[1].

وإعمال الأثر الساحب للموضوع – التصدي – يوجب أن تكون السلطة المعترف بها لمحكمة الاستئناف، هي سلطة الفصل في موضوع سبق طرحه على محكمة أول درجة ولم تستنفذ الأخيرة ولايتها بشأنه، ومؤدى ذلك بأن يكون الطعن المطروح أمام محكمة الدرجة الثانية بصدد حكم إجرائي منهي للخصومة أمام أول درجة وطعن فيه مباشرة لإنتهائية الإجراءات التي صدر فيها، والتي استهلكها هذا الحكم بصدوره، وعمل على حسمها بشكل نهائي[2]، ويضرب الفقه مثلاً على هذه الحالة بحالة بطلان الإجراءات التي بني عليها الحكم[3].

فالفرض كون الحكم المطعون فيه صادراً في دفع إجرائي، ومنهي للخصومة أمام أول درجة، ودون أن تكون قد فصلت في الموضوع، وليس لكونه مجرد حكم من الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع، وهو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع الفرنسي تطبيقاً للمادة 568 مرافعات[4]، فما يفترضه هذا النص هو كون الحكم صادر في دفع من الدفوع الإجرائية، ولما كانت هذه الدفوع لا تقع في حصر تطبيقاً للمادة 73 مرافعات فرنسي[5]، وحيث أن حق محكمة الاستئناف في التصدي يعد استثناء، فحدد المشرع نطاق إعماله على الحالات التي يكون الحكم المطعون فيه صادراً في دفع إجرائي منهي للخصومة كما لو كان صادراً ببطلان صحيفة الدعوى، أو بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى للارتباط، أو لقيام ذات النزاع، أو في دفع تأجيلي أو بعدم الاختصاص أو بانقضاء الخصومة، ففي كل

---

1. نبيل إسماعيل عمر، قانون أصول المحاكمات المدنية، ط 2، المرجع السابق، ص323.
2. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. ص 94.
3. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 751.
4. " … ou qui, statuant sur une exception de procédure, a mis fin à l'instance, …"
5. L'art.73. c.pr. civ. Français " Constitue une exception de procédure tout moyen qui tend soit à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, soit à en suspendre le cours."

ذلك يعد الحكم صادر في دفع إجرائي ومنهي للخصومة أمام محكمة أول درجة مما يتوافر بمقتضاه حالات التصدي[1].

والحكم الصادر بقبول الدفع الشكلي لا يترتب عليه إنهاء النزاع على أصل الحق، فهو يفصل في مسألة اولية دون ان يمس موضوع النزاع، هذا ولو أضطر القاضي، وهو بسبيل الحكم في الدفع الشكلي، إلى فحص موضوع النزاع الأصلي، لأن فحص الموضوع في هذا الصدد أو الإشارة إليه في أسباب الحكم لا يؤثر في تكييفه إذ العبرة بالقضاء الوارد بالمنطوق، إذن فالحكم الوارد في الدفع الشكلي هو من الأحكام الفرعية – أي الصادرة قبل الفصل في الموضوع –[2].

والحق في التصدي الذي تمارسه محكمة الاستئناف تطبيقاً للمادة 568 مرافعات فرنسي، يستلزم في الحكم الفرعي المطعون فيه، كونه حكم مركب من شقين، بأن يكون صادر في دفع إجرائي، ومنهي للخصومة أمام أول درجة، فلا يغني شق عن الآخر، فلا يكفي أن يكون الحكم صادر في دفع إجرائي ولكنه غير منهي للخصومة، كالحكم الصادر برفض الدفع بالتأجيل، وطعن فيه بالاستئناف لكونه صادر في شق في الموضوع كحكم مختلط، وألغت محكمة الاستئناف الشق القاضي برفض تأجيل الدعوى، فلا يخول لهذه المحكمة أن تستعمل سلطتها في التصدي، لأن رفض تأجيل الدعوى لا يترتب عليه إنهاء الخصومة، كذلك إذا انهي الحكم المطعون فيه الخصومة، دون أن يكون صادر في دفع إجرائي كالحكم الوقتي، فلا يكون محلاً لاستعمال محكمة الاستئناف سلطتها في التصدي[3].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فلقد عرفت المادة 49 من ق إ م إ الدفوع الشكلية بمايلي: " الدفوع الشكلية هي كل وسيلة تهدف إلى التصريح بعدم صحة الإجراءات أو انقضائها أو وقفها.".

إن هذا التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري غير دقيق فإذا كانت الدفوع الشكلية تهدف إلى التصريح بعدم صحة الإجراءات أي ببطلانها فهذا صحيح، أما الوسيلة التي تهدف إلى التصريح بإنقضاء الحق الإجرائي فهذا يتولد عنه دفع بعدم القبول، أما وقف إجراءات الخصومة وهو جزاء يتميز عن البطلان، وفي الحقيقة أن الدفوع الشكلية هي تلك الوسائل التي يطعن بها المدعى عليه في صحة المطالبة القضائية أو في إنكار إختصاص المحكمة، فالخصم لا ينازع خصمه في الحق الموضوعي

1. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. ص ص 95– 96.
2. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، ط5، المرجع السابق، ص 174.
3. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. ص ص 96– 97.

الذي يطالب به، بل يقتصر على وضع عائق مؤقت يمنع به المدعي من الاستمرار في الخصومة الجارية أمام المحكمة[1].

ومبدئياً يجب التذكير أولاً أن من بين القواعد التي تحكم الدفوع الشكلية بوجه عام، أن المحكمة لا تستنفذ ولايتها في موضوع الدعوى، إذا ما اقتصر قضاؤها على الفصل في مسألة شكلية تتصل بإجراءات الخصومة بالمعنى الذي تقصده المادة 49 من ق إ م إ، وبالنتيجة فإنه ومن الطبيعي إذن أن نتساءل عن الخيارات المتاحة أمام محكمة ثاني درجة في الحالة التي تكون فيها مدعوة للنظر في استئناف حكم قضى ببطلان إجراء من إجراءات الخصومة، سواءً تلقائياً أو بناءً على دفع من أحد الخصوم، لاسيما إذا سلمنا أن المتقاضي لا يمكن أن يكلف نفسه وجهده وماله بل ولا يلتجأ أصلاً إلى القضاء لمجرد طلب الحكم له فقط في صحة أو عدم صحة إجراءات دعواه، ما لم يتوج ذلك بصدور حكم يحسم موضوع ما يطالب به سواءً بإشباع أو عدم إشباع حاجته في هذا الخصوص، وبالتالي فالواضح إذن أن التقاضي في مفهومه الاصطلاحي ومعناه الغائي يسمو على مجرد التراشق بالدفوع الشكلية بين الخصوم دون إصابة موضوع الحق المطالب به في مقتل بحسم النزاع، وبالتبعية فإن ما تقضي به محكمة أول درجة في دفع شكلي لا يعدو في الواقع استنفاذ لدرجة من درجات التقاضي ولو أن عملها هذا يعد قضاءً من الناحية الفنية[2].

وينشأ الحق في الدفع الشكلي جراء مباشرة إجراءات الخصومة خرقاً للشكل أو لقاعدة إجرائية، أو بعبارة واحدة فإن البطلان الإجرائي يترتب عن عيب شكلي ومن ثمة يجب التمييز بين بطلان العمل الإجرائي والسقوط، فالبطلان ينشأ نتيجة لعيب لحق العمل الإجرائي، أو بعبارة أخص ينشأ نتيجة لعيب شكلي، كتخلف احد البيانات في العريضة الافتتاحية للخصومة، وهذا ما تقضي به المادة 15 من ق إ م إ، حيث جاء فيها ما يلي: " يجب أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى (الخصومة) تحت عدم قبولها شكلاً البيانات التالية..." والمشرع استعمل مصطلح عدم القبول شكلاً، وهو تعبير غير دقيق، وهو يقصد به تحت طائلة البطلان وهو المصطلح الصحيح، ومن العيوب الشكلية أن يتخلف أحد البيانات المنصوص عليها في المادة المذكورة، كعدم تحديد أحد عناصر الطلب القضائي، في حين السقوط يترتب على عدم ممارسة الحق في الدعوى أو الدفع أو الطعن أو أي إجراء آخر في الميعاد القانوني أو المناسبة

1. عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء أراء الفقهاء وأحكام القضاء، المرجع السابق، ص 351.
2. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص 112- 113.

او الترتيب الذي يقتضيه القانون كالتمسك بالدفوع الشكلية بعد الكلام في الموضوع، فيؤدي ذلك إلى سقوط الحق في هذا الدفع، ويقضي بعدم القبول وليس ببطلان العمل الإجرائي[1].

وما يهمنا هنا كيفية تعامل جهة الاستئناف مع ما هو معروض عليها من استئناف يتعلق فقط بموقف محكمة أول درجة من مسالة شكلية حسمتها في قضائها المستأنف أمامها، بمعنى هل يقع عليها أن لا تتقيد بما تضمنته صحيفة الاستئناف بألا تقتصر في قضائها على مجرد إبداء رأيها في النقطة الشكلية التي إستفتاها فيها المستأنف، دون أن تتعرض لموضوع الدعوى باحترام مبدأ التقاضي على درجتين الذي يفرض عليها إضفاء مرونة أكبر على قاعدة الأثر الناقل للاستئناف، بالتضييق من مجال إعمالها إلى الحد الذي يجعلها في منأى عن الاصطدام بمبدأ التقاضي على درجتين، وذلك بالتقليص من مجال إعمال حق جهات الاستئناف في التصدي، وما يستتبع ذلك من ضرورة خلق جسر بينها وبين محكمة أول درجة يسمح لها بإعادة ملف الدعوى من جديد إلى محكمة أول درجة لاستكمال ولايتها على موضوع النزاع بعد البث في المسألة الشكلية التي سبق لها وان استنفذت ولايتها عليها[2].

ولا يفوتنا أن نعيد الإشارة في هذا الصدد أن المشرع الجزائري وخلافاً للقانون الملغى، قد خص المسألة المتعلقة بمكنة التصدي لموضوع النزاع من قبل محكمة الدرجة الثانية لدى جلوسها للنظر في استئناف حكم تضمن فصلاً في دفع شكلي، بمادة وحيدة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الباب المتعلق بآثار الاستئناف في المادة 346 منه، وهي المادة التي نرى أنها تضمنت أحكام غاية في الأهمية، الأحكام التي تجدد التأكيد على ما سبق وأسلفناه أعلاه من أن مجال حق تصدي محاكم الاستئناف لموضوع الدعوى وعدم إحالتها القضية من جديد أمام محكمة الدرجة الأولى، يختلف باختلاف طبيعة الدفع الذي أبدت رأيها فيه محكمة أول درجة، وكان محل استئناف أمام محكمة الدرجة الثانية وما إذا كان منهياً لها، إذ يتقلص هذا المجال إلى حد كبير في الحالة التي تكون فيها جهة الاستئناف مدعوة للفصل في حكم قضى في أحد الدفوع الشكلية المنهي للخصومة، كما هو الشأن مثلاً في الدفوع بعدم الاختصاص بنوعيه المحلي والنوعي، وسقوط الخصومة وانقضاؤها، والتنازل عنها، والأحكام المتعلقة ببطلان العريضة الافتتاحية، وكل ما يوجه إلى إجراءات الخصومة من دفوع تنهيها أمام محكمة أول درجة بوجه عام[3].

---

1. عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء أراء الفقهاء وأحكام القضاء، المرجع السابق، ص 351.
2. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص 113- 114.
3. معزوزي علاوة، المرجع نفسه، ص ص 114- 115.

فالمستقرئ إذن لأحكام المادة أعلاه، يقف على حقيقة أن المشرع الجزائري وعلى خلاف ما هو سائد عملياً من جهاتنا القضائية الاستئنافية، قد نحا إلى اعتبار عدم تصدي جهة الاستئناف لموضوع الدعوى وإعادة إرجاع القضية إلى محكمة أول درجة هو الأصل في الحالة التي يقوم الخصوم بإثارة أية دفوع تتصل بإجراءات الخصومة المنعقدة أمام محكمة أول درجة، إنجر عنها إجابة المحكمة بالفصل لهم بموجب حكم مستقل فيما أبدوه من دفوع، ذلك أن القراءة المتأنية لهذه المادة تحيلنا على فرضية لا نقول تسمح، وإنما تفرض على جهة الاستئناف أن تعيد القضية برمتها إلى محكمة أول درجة بعد الفصل في النقطة الشكلية التي استفتاها المستأنف فيها، وهذا هو الأصل طالما أن المسالة هنا تتعلق بحكم فاصل في دفع شكلي فصلت فيه محكمة أول درجة لكن دون أن تستنفذ ولايتها في موضوع النزاع، وما يعزز هذا الطرح أن المادة أعلاه وإن لم تعدم حق جهة الاستئناف في التصدي للمسائل غير المفصول فيها بأن أجازت لها التعرض للموضوع، إلا أنها أوقفت ذلك على توفر ضابطين يضيقان من حقها في التصدي إلى حد كبير[1].

الفرع الثاني: حالة كون الحكم الفرعي مطعون عليه بالاعتراض.

لن نقوم بدراسة شاملة لنظام الـ le conredit الذي أوجده المشرع الفرنسي سنة 1958، وإنما سوف نقتصر على تأثيره على موضوع الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف، والجوهري في هذا النظام هو انه نظام خلق في فرنسا سنة 1958 وبمقتضاه يتم الطعن في حكم أول درجة الصادر في مسألة الإختصاص حتى تتولى محكمة الاستئناف تحديد المحكمة المختصة بنظر موضوع النزاع المطعون فيه[2].

وتجدر الملاحظة أن المشرع الفرنسي تخلى عن هذا الطعن بموجب القانون رقم 891 الصادر 2017/05/06 واستبدله بإستئناف خاص إلا انه احتفظ بجوهره بنقل مضمون مواده في مواد أخرى مع بعض التعديلات في الإجراءات، وفيما يتعلق بدراستنا للتصدي الذي تمارسه محكمة ثاني درجة بناء على رفع هذا الاستئناف، فندرس الحالات التي تستطيع محكمة الاستئناف فيها اللجوء إلى رخصة التصدي حتى تحسم موضوع النزاع الذي لم تفصل فيه محكمة أول درجة.

فإذا فصلت محكمة أول درجة في مسالة الاختصاص دون الموضوع فإنه يطعن على الحكم في هذه المسالة بإستئناف خاص وهو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع الفرنسي حيث نصت المادة

---

1. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص 115.
2. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 751

83 مرافعات فرنسي[1]، على أنه " إذا قضت محكمة الدرجة الأولى في مسألة الاختصاص دون الفصل في موضوع النزاع، يجوز استئناف هذا الحكم وفقا للشروط المنصوص عليها في هذه الفقرة، وبالمثل لا يمكن الطعن في الحكم إلا على أساس الاختصاص القضائي عن طريق الاستئناف عندما يفصل الحكم في الاختصاص ويأمر بإجراء تحقيق أو تدبير مؤقت"، وتطبيقاً لذلك متى قضت محكمة أول درجة في مسالة الاختصاص وحدها ولو تحسست الموضوع أو اتخذت إجراءاً وقتياً أو إجراء تحقيق بهذه المسالة، فإن الطريق الوحيد للطعن على هذا الحكم هو هذا الاستئناف الخاص، لما لهذا الطريق من طباع محددة وسمات مميزة يهدف المشرع الفرنسي بمقتضاها إلى سرعة إنهاء ما يتعلق بمشاكل الاختصاص وفي وقت قريب، ويترتب على فصل المحكمة في مسألة الاختصاص وحدها وقف الخصومة حتى ينقضي ميعاد الطعن، ويقدم الاستئناف إلى محكمة الاستئناف التي تتبعها المحكمة التي أصدرت الحكم في غضون 15 يوماً من تاريخ تبليغ الحكم، مادة 84 مرافعات فرنسي، وذلك استثناء من القاعدة العامة بشأن ميعاد الطعن بالاستئناف وهو شهر من تاريخ تبليغ الحكم، ويجب أن يكون الاستئناف مسبباً وإلا كان غير مقبول، ويقوم قلم كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم محل الاستئناف بإعلان الخصوم بصورة منه برسالة مسجلة بعلم الوصول مادة 84 مرافعات فرنسي، ومع إجبارية التمثيل بمحامي المادة 85 مرافعات فرنسي[2].

وتفصل محكمة الاستئناف في الاستئناف، بما أبداه الخصوم من ملاحظات بشان مسالة الاختصاص، فإذا رأت أن محكمة أول درجة المصدرة للحكم محل الاستئناف هي المختصة بنظر الدعوى، فإن محكمة الطعن تأمر بإعادة الدعوى إليها لتولى نظرها، أما إذا رأت أنها غير مختصة، فإنها تحدد المحكمة التي تراها مختصة بنظر الدعوى، ويفرض قرار محكمة الطعن بالإحالة على كل من الخصوم ومحكمة الإحالة مادة 86 مرافعات فرنسي[3]، أما إذا تبين لمحكمة الطعن أن المحكمة

---

1. المادة 83 مرافعات فرنسي استبدلت المادة 80 من قانون سنة 1975 وهي متطابقة معها إلى حد كبير ونصت:

. L’art.83. c.pr. civ. Français " Lorsque le juge s'est prononcé sur la compétence sans statuer sur le fond du litige, sa décision peut faire l'objet d'un appel dans les conditions prévues par le présent paragraphe.

La décision ne peut pareillement être attaquée du chef de la compétence que par voie d'appel lorsque le juge se prononce sur la compétence et ordonne une mesure d'instruction ou une mesure provisoire."

2. بتصرف، على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. ص ص 128- 132.

3. L’art.86. c.pr. civ. Français " La cour renvoie l'affaire à la juridiction qu'elle estime compétente. Cette décision s'impose aux parties et au juge de renvoi.

المختصة التي حددتها بالحكم محل الاستئناف هي محكمة تابعة لها بالاختصاص، أمكن لمحكمة الطعن في هذه الحالة أن تتصدى لموضوع النزاع وهو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع وفقاً للمادة 88 مرافعات[1] متى توافرت مفترضات التصدي ومناطه وفقاً لهذا للنص اقتضاء مصلحة العدالة إعطاء القضية حلاً نهائياً، وإذا كان تصدي محكمة الاستئناف للموضوع يستلزم فضلاً عن توافر هذه الحالة من حالات التصدي، تحقق شروطه ومن الشروط التي اعتمدها المشرع الفرنسي حديثاً وتعد من الأهمية بمكان – وكما رأينا – هو ان تلغي أو تبطل محكمة الاستئناف الحكم الفرعي المطعون عليه، فلا يجوز لهذه المحكمة أن تتصدى إلا إذا ألغت أو أبطلت هذا الحكم لصراحة المادة 568 مرافعات فرنسي[2].

و بالنسبة للمشرع الجزائري فإن هذا النظام لا يعمل به، فالحكم الصادر بعدم الاختصاص المحلي أو النوعي أو الولائي، هو من الأحكام الأحكام الفرعية الصادرة قبل الفصل في الموضوع، وهو الحكم الذي تستنفذ به المحكمة ولايتها، فإذا حكمت المحكمة في الدعوى بعدم الاختصاص المحلي فلا يجوز إعادة رفع إليها نفس الدعوى، للأنها تكون قد استنفذت ولايتها[3].

والدفع بعدم الاختصاص الإقليمي او المحلي هو دفع يقوم على الإدعاء بأن الجهة القضائية المطروح عليها النزاع غير مختصة إقليمياً بنظره، وقد تناولته المادة 51 من ق إ م إ واستوجبت على من يتمسك به أن يبين الأسباب التي يعتمد عليها ويعين الجهة القضائية التي يجب أن ترفع الدعوى أمامها، والحكم الصادر بالاستجابة للدفع المثار من طرف المدعي بعدم الاختصاص الإقليمي للمحكمة التي تنظر النزاع هو حكم فاصل في دفع شكلي، صنفته المادة 296 من ق إ م إ سالفة الذكر ضمن الدفوع الشكلية، يتمتع بحجية الشيء المقضي فيه فيما فصل فيه من عدم اختصاص المحكمة إقليمياً بنظر النزاع الذي طرح عليها ويؤدي إلى تخليها عنه، فهذا الحكم أنهى النزاع من هذه الزاوية إذ لم يبقى على المدعي في هذه الحالة سوى الطعن بالاستئناف أو بالنقض ضده أو رفع دعواه أمام المحكمة المختصة قانوناً[4].

Lorsque le renvoi est fait à la juridiction qui avait été initialement saisie, l'instance se poursuit à la diligence du juge."

1.L'art.88. c.pr. civ. Français " Lorsque la cour est juridiction d'appel relativement à la juridiction qu'elle estime compétente, elle peut évoquer le fond si elle estime de bonne justice de donner à l'affaire une solution définitive après avoir ordonné elle- même, le cas échéant, une mesure d'instruction."

2. بتصرف، على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. ص ص 133– 135.

3. عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء أراء الفقهاء وأحكام القضاء، المرجع السابق، ص 359.

4. بشير محمد، المرجع السابق، ص ص 118– 119.

ويقبل الحكم الصادر في الدفع الإجرائي الطعن فيه بالاستئناف لأنه يعد من الأحكام القطعية، والأصل أن ينقل الطعن إلى جهة الاستئناف المسائل المتعلقة بهذا الدف، والتي كانت مطروحة أمام محكمة الدرجة الأولى، وذلك في الحدود التي رفع عنها الطعن، فإذا فصلت جهة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف فلا إشكال يثور حينئذ، أما إذا ألغت الحكم المستأنف فيجب عليها أن تعيد القضية إلى محكمة الدرجة الأولى، وذلك إحتراماً لمبدأ التقاضي على درجتين، لأنها لم تستنفذ ولايتها للموضوع[1].

وعليه ومن كل ما سبق تفصيله أعلاه فالظاهر ان تصدي جهة الاستئناف لحكم اول درجة الفاصل في دفع شكلي، هو استثناء عن الأصل العام الذي يوجب عليها إرجاع القضية إلى محكمة أول درجة لاستنفاذ ولايتها على موضوع النزاع، وهنا قد يقول قائل أن نص المادة 346 من ق إ م إ لم يتضمن الفرض المتعلق بإرجاع القضية إلى محكمة أول درجة، والواقع أن الصحيح هو كذلك، لكن القراءة المتأنية لها توصلنا إلى نتيجة مفادها ان المادة تضمنت إشارة إلى هذه العملية بتلميح يتساوى والتصريح، طالما انها نصت على جواز تصدي جهة الاستئناف للموضوع دون ان توجب عليها ذلك، وما دام الأمر على سبيل الجواز لا الوجوب فإنه ومن المنطقي التساؤل على الحالة التي يرتئي فيها المجلس عدم التصدي كأن يقف على أن إعمال مكنة التصدي يصطدم والسير الحسن للعدالة[2].

فهل يفصل في الدفع الشكلي بإلغاء الحكم المستأنف، ويقف عند هذا الحد بإبقاء القضية معلقة متسبباً في سد الطريق عن الطرفين للرجوع إلى محكمة اول درجة التي سوف يصطدمون امامها بحجية الشيء المقضي فيه المكرس بموجب المادة 296 من ق إ م إ، وهو موقف دائماً كانت تتصدى له محكمة القانون بالنقض وتوصي دائماً بضرورة عدم ترك القضية معلقة[3]، أو يتحلى بالايجابية التي ينتظرها منه الخصوم بالبت في المسألة الشكلية محل الاستئناف ثم يعيد القضية من جديد إلى محكمة أول درجة لاستنفاذ مابقى لها من ولاية على الموضوع دون المسألة الشكلية التي بث فيها المجلس وهو

---

1. عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء أراء الفقهاء وأحكام القضاء، المرجع السابق، ص 360.
2. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص 123
3. انظر القرار رقم 31416 المؤرخ في 1984/01/04، م ق ، ع01، س1989، ص 48، جاء فيه: "يتعين على الجهة الاستئنافية عند حكمها بالالغاء، التصدي للدعوى متى كانت مهيأة للفصل فيها حسب ما تقتضيه المادة 109 من ق إ م، لأن الاكتفاء بإبطال الحكم دون تصديه يعلق النزاع ويتركه دون فصل وقرار المجلس الذي قضى بذلك يشوبه البطلان ويستوجب النقض".

الفرض الراجح الذي سوف نصل إليه إذا ما تمت قراءة المادة 346 من ق إ م إ من منظور منهاج التفسير الغائي للنصوص الإجرائية المعمول بها[1].

وفي هذا الصدد نشير أن التطبيقات القضائية التي تعيد القضية من جهة الاستئناف إلى محكمة أول درجة تكاد تكون معدومة، رغم أن بعض الاجتهادات القضائية في ظل القانون الملغى تشير صراحةً إلى هذه الآلية[2]، والسبب في ذلك في رأينا هو إغفال القانون على النص على الآليات التي تتيح لجهة الاستئناف إرجاع القضية إلى المحكمة الابتدائية إذا ما تبين لها أن حسن سير العدالة يقتضي عدم تصديها للموضوع، ومع ذلك فإنه يجب التأكد على ضرورة ألا يُتخذ مثل هذا الإغفال كذريعة لهجر هذا الإجراء، طالما ان الأمر لا يعدو سوى آلية يمكن للتطبيقات القضائية أن تخلقها بمبادرة من جهات الاستئناف نفسها، التي لها فقط ان تأمر الطرف المستعجل بإعادة عرض القضية على محكمة الدرجة الأولى وهو الإجراء الذي ليس من المحتمل أن يضير بمصالح أي من الخصوم، فضلاً على أنه يقترب من كونه إجراءاً إدارياً أقرب منه إلى القضائي بإعتبار أنه يتعلق بحسن سير مرفق القضاء شأنه في ذلك شأن جدولة القضية أمام قسم من أقسام المحكمة وإحالتها من قسم إلى أخر[3].

والاختصاص الولائي والاداري هو ولاية وسلطة المحاكم في القيام بالأعمال الولائية والادارية، فالمشرع يعهد للقضاة إلى جانب وظيفتهم الأصلية في القيام بالأعمال القضائية، أي وظيفة القضاة بالمعنى الدقيق، بمهمة القيام بأعمال ولائية وإدارية اي بوظيفة القضاء الولائي الاداري، ومثال هذا ... الأوامر والقرارات المتعلقة بإدارة العمل القضائي وتنظيم وسير الخصومة أمام المحكمة مثل القرار بضم الدعوى وتأجيلها وإحالتها من دائرة إلى أخرى أو من محكمة إلى المحكمة التي صارت مختصة بها وفقاً للقانون الجديد وقرار قفل باب المرافعات وإعادة فتحه، والأسباب التي تدعو إلى تكليف القضاة القيام بالأعمال الولائية والادارية متعددة منها أن القضاء هو صاحب الولاية العامة في منح جميع أعمال الحماية القانونية للأشخاص، وأن القضاة لديهم الكفاءة في تقدير مستحق الحماية القانونية نظراً لما يتوفر لهم من ثقافة وخبرة قانونية ، وأن حسن القضاء وعدالته يقتضيان قيام القضاة بالأعمال الولائية

---

1. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص 123– 124.
2. أنظر القرار رقم 36594 المؤرخ في 1985/06/15 م ق، ع03، س1989، ص 83، جاء فيه: "ان المجلس القضائي خرق أحكام المادة 109 من ق إ م عنما قضى بإحالة الطرفين على التقاضي كما يشاءان، إذ توجب عليه هذه المادة إما التصدي للدعوى متى كانت مهيأة للفصل فيها، وإما إحالة الطرفين على المحكمة والقضاء بما يخالف هذا المبدأ استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه تأسيساً على الوجه المثار تلقائياً من قضاة المجلس الأعلى".
3. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص 124– 125.

والإدارية نظراً لصلتها بخصومات ومنازعات قائمة أمام المحاكم أو يحتمل عرضها عليها أو تكون متفرعة عما فصلت فيه المحاكم[1].

المطلب الثاني

حالات خاصة للتصدي

نطاق التصدي على النحو السابق هو ما اعتمده المشرع الفرنسي وفقاً لصراحة المادة 568 مرافعات بان يكون الحكم المطعون فيه صادر باتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق أو في دفع إجرائي منهي للخصومة أمام أول درجة دون أن تستنفذ ولايتها في الموضوع، وحق محكمة الاستئناف بالتصدي لهذا الموضوع يعد استثناءً من الأصل، وعند الأصوليين[2] يجوز قياس الفرع على الفرع متى اتحدت العلة، وحيث أن نطاق التصدي وتطبيقه يتواجد في حالات غير التي اعتمدها المشرع، كما لو كان الحكم الصادر في الدفع ليس متعلقاً بالإجراءات، وإنما يتعلق بشرط من الشروط المتعلقة بقبول الدعوى – عدم القبول – أو لكونه يتعلق بالإطار الخارجي للخصومة كما في حالة وقف الخصومة، والحكم في الحالتين ينهي الخصومة أمام أول درجة دون أن تستنفد ولايتها في الموضوع، كما انه يقبل الطعن الفوري بالاستئناف، فهل يمكن لمحكمة الدرجة الثانية إذا ألغت هذا الحكم أن تتصدى للموضوع متى قدرت أن مصلحة العدالة تقتضي إنهاء النزاع[3].

وإن كان الأصل أن لا محل للحديث عن مجال تصدي جهات الاستئناف لموضوع الدعوى في الحالة التي تجلس فيها للنظر في استئناف حكم تضمن قضاء في موضوع النزاع، لإفتراض استنفاذ محكمة أول درجة لولايتها على موضوع الدعوى بمجرد خوضها في الموضوع، وبالنتيجة استهلاك المتقاضي لحقه في الدرجة الأولى من التقاضي بغض النظر عن إشباع أو عدم إشباع حاجته التي ابتغاها عند رفع دعواه[4]، فإنه يتعين الإشارة هنا انه لا يكفي للقول باستهلاك المتقاضي للدرجة الأولى أن يصدر حكم في موضوع دعواه، ما لم يثبت قطعاً أن القاضي أعطى رأيه في الموضوع، وأستنفذ

---

1. أمينة مصطفى النمر، قوانين المرافعات، دون ط، دار الطباعة الحديثة، بيروت، 1989، ص373.
2. "عند الأصوليين يجوز قياس الفرع على الفرع متى توافرت شروط العلة كالإسكار فهو وصف يصلح للتعدي إلى أصناف كثيرة فيصلح علة" في تفصيل ذلك أنظر: الإمام محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي 2015، ص 225 وما بعدها. ممدوح واعر عبد الرحمن، الوسيط في المدخل لدراسة التشريع والفقه الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، 2015، ص 187 وما بعدها. نقلاً عن: على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. حاشية ص 97.
3. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. ص ص 97– 98.
4. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص 142.

ولايته على كل ما أثير أمامه من مسائل قانونية وواقعية، وبمفهوم المخالفة فإنه ومتى بدا من الحكم ان القاضي وتحت وطأة انعدام الكفاءة أو موت ضميره المهني، آثر التخلص من الملف بدل الفصل فيه بتعمد النطق في موضوعه دون أدني تسبيب سائغ، فإنه بذلك سيكون من اللاعدل معاملة مثل هذه الأحكام كأحكام طالما أنها في الواقع تشكل أعمالاً مادية لا ترقى لمرتبة الأحكام القضائية لعدم تضمنها لأي رأي قضائي ولو أنها مسّت بموضوع النزاع، وبالنتيجة فمن باب أولى أنه لا يترتب عنها استهلاك للدرجة الأولى للتقاضي[1]، وسنتعرض لهذه المسائل تباعاً.

الفرع الأول: حالة الحكم المطعون فيه صادر في دفع إجرائي غير منهي لخصومة أول درجة

ويقصد بهذه الطائفة من الأحكام تلك التي تصدر أثناء سير الخصومة والتي يترتب عليها تعطيل سيرها في هامش زمني محدد، دون ان يترتب عليها إنهاء الخصومة التي تبقى معلقة أمام محكمة أول درجة التي لا تستنفذ ولايتها في ما أثير بشأنها من دفوع، بحكم انها تنطوي على نية صريحة من نفس المحكمة في إحيائها، وينبغي التذكير في هذا المقام أنه وكأصل عام فإن غالبية التشريعات الإجرائية تحظر الطعن في الأحكام غير المنهية للخصومة استقلالاً وتعلق قابليتها للاستئناف على صدور الأحكام المنهية لها، وهو المنحى الذي سايرها فيه التشريع الإجرائي الجزائري الذي حظر بدوره استئناف الأحكام غير منهية للخصومة سواءً تلك المتعلقة بالموضوع أو ما تعلق منها بدفوع شكلية، هذا كأصل عام[2]

والأحكام المتعلقة بدفوع شكلية لم تنهي الخصومة كما هو الشأن مثلاً في الأحكام الصادرة بإجراء الفصل في القضية أو شطبها من الجدول، والتي يترتب عليها وقف الخصومة فقط دون إنهائها لتبقى بذلك معلقة إلى غاية رفع هذا الوقف لاحقاً من قبل محكمة أول درجة أو من قبل جهة الاستئناف بناءً على استئناف من الخصم المضار الذي يرى أن في مصلحته التعجيل، ومع ذلك فإن التشريع الجزائري بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد منح هامشاً متناهياً في الضيق سمح فيه باستئناف صنف من الأحكام الفاصلة في دفوع شكلية غير منهية للخصومة التي تتخذ في شكل أوامر، وخص بذلك الأحكام المتعلقة بإرجاء الفصل في القضية، إذ وبعد ان نص في المادة 59 من ق إ م إ على إدخال الدفع بإرجاء الفصل ضمن طائفة الدفوع الشكلية، اتبع ذلك بأن فتح باب استئناف مثل هذه الأوامر ضمن ميعاد وإجراءات فصل مميزة رغم أنها لا تنهي الخصومة أمام محكمة أول درجة المادة 215 من

1. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص 24.
2. المرجع نفسه، ص 126.

ق إ م إ[1]، إذ الملاحظ على أحكام هذه المادة أنها أجازت وبشكل صريح استئناف الأمر بإرجاء الفصل في الخصومة الذي يترتب عنه وقف الخصومة دون إنهائها[2].

والأمر بإرجاء الفصل أمر قضائي قابل للطعن فيه بالاستئناف أمام المجلس القضائي في اجل 20 يوماً من تاريخ النطق به وهما الشيئين المميزين له عن استئناف باقي الأحكام والأوامر القضائية، فإذا كان استئناف الأحكام القضائية يتم في أجل شهر فإن الأمر بإرجاء الفصل يتم استئنافه في أجل 20 يوماً، وإذا كان سريان استئناف الأحكام القضائية يتم من تاريخ تبليغها فإن الأمر الصادر بإرجاء الفصل يتم استئنافه من تاريخ النطق به، فالأمر الصادر بإرجاء الفصل يخضع للطعن بالاستئناف شانه شان الأحكام القضائية لكن بمواعيد وإجراءات خاصة، فإذا رفع فيه الاستئناف وجب على المجلس القضائي أن يفصل فيه وفقاً للقواعد المطبقة على الدعاوى الاستعجالية من حيث تقصير مواعيد الجدولة والفصل في اقرب الآجال...الخ[3].

والقاعدة العامة في إرجاء الفصل جاءت به المادة 59 من ق إ م إ، التي تنص على أنه : " يجب على القاضي إرجاء الفصل في الخصومة إذا نص القانون على منح أجل للخصم الذي يطلبه."، كما قد يأمر القاضي إرجاء الفصل في الدعوى من تلقاء نفسه إلى غاية صدور تقرير الخبير مثلاً، أو إلى غاية الفصل في تنازع الاختصاص، أو إرجاء الفصل في الدعوى لغاية الفصل في مسألة أولية، ويلاحظ أن حكم المادة 59 تم تكراره في المادة 214 من ق إ م إ التي تنص على: " يؤمر بإجراء الفصل في الخصومة، بناءً على طلب الخصوم، ماعدا الحالات المنصوص عليها في القانون"، وهذا ما يمكن أن يصطلح عليه بالوقف الإتفاقي[4]، كما أن إرجاء الفصل في الدعوى قد يكون بحكم القانون أي بنص

---

1. نصت المادة 215 من ق إ م إ أنه: " يتم إرجاء الفصل في الخصومة بأمر قابل للاستئناف في أجل عشرين (20) يوماً، يحسب من تاريخ النطق به.
ويخضع استئناف هذا الأمر والفصل في القضية للقواعد المطبقة في مواد الاستعجال".
2. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص 126- 127.
3. يعقوبي عبد الرزاق، المرجع السابق، ص ص 220- 221.
4. الوقف الإتفاقي: وفيه يتفق جميع الأطراف من خصوم أصليين وخصوم متدخلين أو مدخلين عليه وذلك لتحقيق مشروع صلح أو تفاهم فيما بينهم أو للاستراحة من الحرب القضائية أو لأي دافع مشروع، كما يمكن للأطراف التمهيد لصلح عن طريق البعد عن الجو القضائي. أنظر: نبيل إسماعيل عمر، قانون أصول المحاكمات المدنية، ط 2، المرجع السابق، ص407.

صريح في القانون مثل ما نصت عليه المادة 165 ق إ م إ أو ما نصت عليه المادة 182 ق إ م إ، أو المادة 245 ق إ م إ[1].

والحكم بالوقف أياً كان سببه يعد حكماً قضائياً قطعياً في مسالة معينة، هي عدم صلاحية الدعوى بالحالة المطروحة بها للفصل فيها لأجل معين أو حتى حدوث الواقعة التي حددها، ومن ثم يحسم المسألة حول عدم صلاحية الدعوى للحكم فيها، ويستنفذ ولاية المحكمة التي أصدرته، وينسب إليها ويرتب آثاره القانونية استناداً إلى هذه الصفة[2].

والفاعلية التي يرتبها الحكم بوقف الخصومة باعتبار صفته القطعية، تظل محصورة داخل نطاق الخصومة التي صدر فيها، ولا يرتب أثره إلا في مواجهة المحكمة التي أصدرته دون غيرها من المحاكم، ويعبر عن هذه الفاعلية بالنسبة لهذه المحكمة بالقول أن المحكمة قد استنفذت ولايتها بالنسبة لمسألة عدم صلاحية الدعوى بالحالة المطروحة بها للفصل فيها وهي مسألة إجرائية، وعلى نحو يحول بينها وبين معاودة البحث في هذه المسالة على أية وجه وفي أية صورة، أما خارج هذا النطاق فإن هذا الحكم يتجرد من فاعليته، فليست له فاعلية في أية إجراءات قضائية أخرى تتعلق بذات الموضوع الذي تطرحه خصومة الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم بشأنها، كما أنها لا تقيد من سلطة المحاكم الأخرى في خصوص المسائل التي قطعت، فتمتلك هذه المحاكم نظر المسالة والقضاء فيها على نحو يخالف ما قضى به هذا الحكم، ومرجع ذلك ومبناه عدم حيازة الحكم بوقف الخصومة أياً كان سببه لحجية الأمر المقضي[3].

ويجوز الطعن مباشرة في الأحكام الصادرة بوقف الدعوى وقالت المذكرة التفسيرية للقانون المصري السابق في تبرير ذلك، أنه لا سبيل إلى إلزام المتضرر من هذه الأحكام بأن ينتظر حتى يزول السبب المعلق عليه الإيقاف وحتى يحكم بعد ذلك في الموضوع، إذ ان الطعن في هذه الأحكام لا يمزق

. " ولا يوجد نص في القانون الفرنسي يجيز الوقف الاتفاقي، كما هو الحال في القانون المصري، ولذا ثار الخلاف في الفقه الفرنسي حول جواز الوقف الاتفاقي، فالبعض أنكره والبعض أجازه ، حيث قسم الوقف إلى نوعين وقف الفصل والشطب، والشطب قد يكون جزائياً أو اتفاقياً" أنظر: على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. حاشية ص 120.

1. فضيل العيش، المرجع السابق، ص ص139- 140.

2. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. ص ص 119- 121.

3. احمد ماهر زغلول، أعمال القاضي التي تحوز الحجية، دار النهضة العربية، 1990 ص 163، نقلاً عن: على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. حاشية ص121.

الخصومة ولا يؤخر سيرها، بل أنه على العكس، قد يؤدي في حالة نجاحه إلى تعجيل الفصل فيها، فكثيراً ما يحكم بإيقاف الدعوى حتى يتم الفصل في موضوع أخر لمحكمة أخرى، أو حتى يتم بحث أمره بالطرق الدبلوماسية أو بالطرق الإدارية وكثيراً ما تقف الدعوى مدة طويلة فيتضرر صاحب الحق ويكون من العدالة إجازة الطعن في حكم الإيقاف[1]

فإذا صدر الحكم بالوقف رغم عدم توافر مفترضاته، أو على العموم قضت المحكمة بالوقف في غير الحالات التي يوجب القانون فيها وقف الخصومة، ففي كل ذلك يعد قرار المحكمة بالوقف شابه الخطأ في تطبيق القانون بشان المسألة الإجرائية التي حسمها الحكم، ودون أن يتجاوز موضوع الدعوى مما يجوز الطعن فيه استقلالاً توصلاً إلى إلغائه تطبيقاً للمادة 212 مرافعات مصري أو 544 مرافعات فرنسي[2].

وهنا من الطبيعي كذلك أن نتساءل عن ما هو مخول لجهة الاستئناف من خيارات ومجال حقها في التصدي لموضوع الدعوى ككل في حالة اتصالها بالملف بناءً على استئناف أمر صادر في دفع شكلي ترتب عنه الأمر بإرجاء الفصل في الخصومة، والإشكال الذي قد يثور هنا هو في الحالة التي تنتهي فيها جهة الاستئناف إلى إلغاء الحكم بإرجاء الفصل إذا رأت ألا مقتضى لوقف الخصومة أمام محكمة أول درجة، فهل يجوز لها التصدي لموضوع الدعوى أم يتعين عليها الحكم فقط بإلغاء الأمر الآمر بإرجاء الفصل فيها دون التصدي للموضوع، وفي هذه الحالة الأخيرة كيف تتصل محكمة أول درجة بما صدر عن جهة الاستئناف الذي من شأنه أن يرفع الوقف القائم أمامها، هل تكتفي بالإلغاء دون الأمر بإرجاع القضية إلى المحكمة الابتدائية، أم يتعين عليها في هذه الحالة أمر كل ذي مصلحة بإرجاع القضية إلى محكمة الدرجة الأولى[3].

وعليه، وكون الحكم الصادر بالوقف أياً كان سببه فاصل في مسألة إجرائية، ومنهي للخصومة أمام أول درجة بشان الإجراءات التي صدر فيها، وقابل للطعن فور صدوره، فإذا ألغته محكمة الاستئناف توافرت حالة التصدي التي أعتمدها المشرع الفرنسي تطبيقاً للمادة 568 مرافعات فرنسي، وهو يخول لهذه المحكمة متى قدرت أن مصلحة العدالة تقتضي إنهاء النزاع، حسمت موضوعه متى طلب منها

---

1. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، المرجع السابق، ط6، ص 656.
2. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. ص ص 121- 125.
3. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص 127- 128.

الخصوم لأنه يمكنهم ذلك، لأن الممنوع عليهم هو طلب النزاع مباشرة أمام محكمة الدرجة الثانية، ويؤكد ما سبق أن المشرع الفرنسي يعتبر الدفوع التأجيلية وهي دفوع إجرائية نوع من وقف الخصومة تطبيقاً لصراحة المادتين 108 و 110 مرافعات فرنسي وتواترت أحكام القضاء يؤيدها الفقه إلى أنه إذا ألغت محكمة الاستئناف الحكم الصادر بتأجيل الدعوى أمكنها التصدي للمسائل التي لم تنظرها محكمة أول درجة، وإذا كان قرار المحكمة بتأجيل الدعوى نوع من وقف الخصومة فقرار المحكمة بوقف الخصومة دون رفضه إذا ما ألغته محكمة الاستئناف أمكنها التصدي للموضوع، متى طلب منها الخصوم ذلك وقدرت أن مصلحة العدالة تقتضي إنهاء النزاع، وتطبيقاً لذلك قضي[1] بأن محكمة الاستئناف إذا ألغت قرار الوقف أمكنها التصدي لموضوع النزاع[2].

وبالنسبة للمشرع الجزائري، فإن التفسير القضائي لأحكام المادة 215 من ق إ م إ أعلاه يفرض علينا التسليم بان المشرع يعدم حق محكمة الدرجة الثانية في التصدي ويفرض عليها ضمناً الأمر بإعادة إرجاع القضية إلى المحكمة الابتدائية وعدم ترك القضية معلقة، وحجتنا في ذلك أن القضية لا تزال متوقفة على مستوى محكمة أول درجة وهي في حالة انتظار فقط لمآل استئناف الأمر غير المنهي للخصومة، ولا يعاد السير فيها إلا إذا اتصلت بالقضية من جديد بناءً على آلية معينة يتعين على المجلس خلقها في إطار دوره المكمل للقانون، ضف إلى ذلك أن ما يعزز إعدام حق محكمة ثاني درجة في التصدي للموضوع ككل هو أن المشرع فرض على جهة الاستئناف ضرورة إتباع القواعد المطبقة في مواد الاستعجال لدى جلوسها للنظر في استئناف الحكم الفاصل في دفع شكلي أمر بإرجاء الفصل في الخصومة، إذ يفهم من إتباع إجراءات الاستعجال أن نيته اتجهت إلى إعدام حق المجلس في التصدي للموضوع، ومن ثمة فلن يكون له من خيار متاح سوى الأمر في منطوق قراره بإلغاء الحكم الآمر بإرجاء الفصل بضرورة إعادة ملف القضية من جديد إلى محكمة أول درجة لاستنفاذ ولايتها في الشكل وفي الموضوع[3].

---

1. Cass. Civ. 23 mars 1997. Bull. II. N°69. Pouvoin 95-11- 441.

2. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. ص ص 125- 128.

3. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص 128- 129.

وإذ كنا قد خلصنا أعلاه في معرض تفسيرنا لأحكام المادة 346 من ق إ م إ المتعلقة بمجال تصدي جهات الاستئناف للموضوع، في الحالة التي تخطر فيها بناءً استئناف حكم فصل في دفع شكلي منهي للخصومة، إلا أن الأصل يبقى في عدم تصدي محكمة ثاني درجة للموضوع لما لها من هامش ضيق يفرضه عليها احترام مبدأ التقاضي على درجتين، وكذا مقتضيات السير الحسن للعدالة التي تقتضي عدم التصدي لا العكس، فإننا ومن جهة أخرى نجدد التأكيد على أن القراءة المجتمعة لأحكام المواد 06 و215 و346 من ق إ م إ تجعلنا نجزم أن حق جهة الاستئناف في التصدي لموضوع النزاع برمته يضيق إلى حد الانعدام، في الحالة التي تكون فيها مدعوة للفصل في استئناف حكم قضى في دفع شكلي غير منهي للخصومة، ونعني به الأمر بإرجاء الفصل الذي يُعد الدفع الشكلي الوحيد غير المنهي للخصومة القابل للاستئناف استقلالاً، والذي تجد جهة الاستئناف نفسها في مواجهته مدعوة ليس لإعمال حقها في التصدي، وإنما وعلى العكس من ذلك فإن حماية مبدأ التقاضي على درجتين تفرض عليها الامتناع عن التصدي للموضوع، والمبادرة إلى إعادة الملف إلى قاضي أول درجة ولو لم يطلب منها الخصوم ذلك باعتبار أنه – وكما سبق وأن أسلفنا – فإنه وإن كان يجوز للخصوم التنازل عن الدرجة الثانية إلا أنه يحظر عليهم التنازل عن الدرجة الأولى التي تعد من النظام العام[1].

والحقيقة أن ما خلصنا إليه من نتيجة في هذا الصدد، وإن كان يصنف في باب نافلة القول، إلا أن ما دفعنا في الاسترسال في تفصيله على النحو المتقدم أعلاه كان تحت وطأة ما لاحظناه من تطبيقات قضائية للمادة 215 أعلاه، إذ حدث وان وقفنا على حالة تصدت فيها جهة الاستئناف لحكم محكمة أول الدرجة قضى بإرجاء الفصل في القضية إلى غاية صدور حكم في قضية أخرى[2]، أين لم تكتفي محكمة الدرجة الثانية في إبداء رأيها بخصوص مدى تأسيس الحكم المستأنف بإرجاء الفصل من عدمه وراحت تحكم بإلغاء الأمر الموقف للخصومة ثم تصدت لموضوع الدعوى برمتها، رغم أن الخصومة هي في حالة وقف وركود مؤقت أمام محكمة أول درجة، التي لم تستنفذ ولايتها فيها لا من حيث الشكل ولا من حيث الموضوع، باعتبار أن قاضي أول درجة لم يتخلى في الأصل عن النزاع لعدم إصداره أي حكم

---

1. معزوزي علاوة، المرجع نفسه، ص ص 129– 130.

2. قرار رقم 63320 مؤرخ في 1989/12/27، الغرفة المدنية، م ق، ع 03، س1993، ص 21، " المبدأ: وقف الدعوى – دعوى تزوير فرعية – الفصل في الدعوى الأصلية إساءة تطبيق القانون.

من القواعد المقررة قانوناً أن الجزائي يوقف المدني، ومن ثم فإن جهة الاستئناف التي فصلت في الدعوى المدنية بالرغم من وجود دعوى تزوير فرعية أمام القضاء الجزائي تكون قد أساءت تطبيق القانون".

ينهي الخصومة أمامه[1]، وهو المنحى الذي لا نراه منسجماً لا مع أحكام المادة 215 من ق إ م إ التي لا تترك أي هامش لجهة الاستئناف للتصدي للموضوع، ولا مع أحكام المادة 346 من نفس القانون التي تجيز لها التصدي فقط وفي هامش ضيق، في الحالة التي يتعلق فيها الأمر باستئناف حكم قضى في دفع شكلي منهي للخصومة، كما هو الشأن مثلاً في الأحكام الصادرة بعدم الاختصاص، دون أن تخاطب بأحكامها ما قد يصدر عن محاكم الدرجة الأولى من أحكام فاصلة في دفوع شكلية غير منهية للخصومة، كما هو الشأن في الدفع الشكلي المتعلق بإرجاء الفصل الذي يترتب عنه وقف الخصومة لا إنهائها[2].

الفرع الثاني: حالة الحكم المطعون فيه صادر في دفع بعدم لقبول

الدعوى كظاهرة إجرائية ينظمها القانون الإجرائي لا يمكن بحثها وتحديد دورها ومضمونها بعيداً عن هذا القانون[3] وطبقاً لقواعده تمر الدعوى بمرحلتين أساسيتين: الأولى وهي مرحلة القبول، وفيها يستلزم القانون توافر شروط لإمكان سماع الموضوع الذي تطرحه ونظره، ولقد عنيت نصوص القانون الإجرائي بتحديد الشروط الواجب توافرها لكي تجتاز الدعوى هذه المرحلة ، فإذا تم ذلك انتقلت الدعوى إلى المرحلة الثانية، وهي مرحلة نظر موضوعها والحكم فيه سواءً بالاستجابة إلى طلبات المدعي أو على العكس رفضها[4].

---

1. قرار مؤرخ في 2012/05/31 قرار صادر عن غرفة شؤون الأسرة بمجلس قضاء قالمة غير منشور، نقلاً عن معزوزي علاوة، المرجع السابق، حاشية ص130.
2. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص 130- 131.
3. " والحقيقة إذا كانت الدعوى من وجهة نظر القانون الموضوعي، والحق الذي يقرره هذا القانون، عبارة عن وسيلة يستخدمها صاحب الحق أو الحائز لحماية حقه أو حيازته، فإن هذا ليس معناه في القانون الإجرائي، وحتماً لم تستقم دراسة فكرة الدعوى، لأن معالجة هذه الفكرة في إطار غير إطارها الأصلي أن تكون محصلة هذه المعالجة نظاماً يتعثر في تطبيقه، تعجز مفترضاته أن تترجم مركزاً واقعياً ومنطقياً للدعوى يتفق مع قواعد القانون الإجرائي وتنظيماته المعتمدة، إذ أن الدعوى في إطار هذا القانون هي محل العمل القضائي، أي أنها محل بحث وتحقيق من القاضي يؤكد في نهايتها الحق أو ينفيه، وهذا يعني أن من يستخدم الدعوى قد يكون صاحب الحق وقد لا يكون ولا يمكن التحقق من هذا إلا بعد مباشرة الدعوى وتحقيقها، أما قبل ذلك فإنها مجرد إدعاء قانوني أمام القضاء قد يكون على أساس أو على غير أساس، ومع ذلك يعترف بها القانون الإجرائي ويلزم القضاء بالفصل فيها" في تفصيل ذلك أنظر: وجدي راغب، نظرية العمل القضائي، منشأة المعارف، 1974، ص 451 وما يليها. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف، المرجع السابق، ص ص 253- 289. إبراهيم نجيب سعد، قانون =القضاء الخاص ج1، ص 128 وما بعدها. أحمد السيد صاوي، الوسيط، ص 215 وما بعدها. نقلاً عن: على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. حاشية ص 99.
4. .على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. ص ص 98- 100.

وفي ضوء هذا التحديد تتمثل الدعوى في كونها وسيلة في الحصول على الحماية القضائية، سواءٌ كان الشخص محقاً في دعواه أو غير محق المادة 30 مرافعات فرنسي[1]، ومع كونها وسيلة فهي ليست متاحة لكل من يلجأ إلى القضاء، وإنما لمن تتوافر فيه مجموعة من الشروط المحددة، كما أنها وسيلة لا تتيح لمن يلجأ إلى القضاء تحديد مضمون الحكم وفرض رأيه الذاتي في التطبيق القانوني على القاضي، وإنما ترتب له فقط إمكان فحص المحكمة لموضوع دعواه، وان تصدر حكماً فيه، ومن هذه الزاوية تمثل الدعوى معياراً يضبط مباشرةً المحاكم لنشاطها القضائي ويحدد أحوال ممارسته[2].

وعلى هذا النحو تتبلور الدعوى في كونها مكنة الحصول على الحماية القضائية، هذه المُكنة تنسب إلى المدعي[3]، وتثبت له إذا توافرت مجموعة من الشروط التي يعينها القانون سواءً كانت عامة[4] تنطبق بشأن كافة الدعاوى أو خاصة بدعاوي معينة[5]، أو على أن ترفع بطريقة معينة، وسواءً كانت شروطاً إيجابية يتعين وجودها، أو شروط سلبية لا يوجد الحق في الدعوى إلا عند انتفائها، وسواءً كانت تتصل بالشكل والإجراءات أو تتعلق بالموضوع[6].

---

1. L’art.30. c.pr. civ. Français " L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention."

2. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. ص 100.

3. " حيث يرى العلامة "ايهرنج" إن الدعوى ليست حق وإنما واجب، فيرى أنه يتعين على كل صاحب حق – إذا ما أعتدي على حقه – أن يباشر الدعوى التي يملكها، فذلك واجب على الإنسان نحو نفسه ليدفع العدوان عن حقه، وواجب نحو المجتمع، لأن من مصلحة المجتمع أن يسود حكم القانون، ولن يسود القانون إلا إذا باشر كل عضو من أعضاء المجتمع ما له من حقوق لكي لا يفقد القانون فاعليته".

. IHERING, La lutte pour le droit trad. Meutenaere. paris. 1800,Cite. par. SOLUS etPERROT, droit judiciaire privé, T.1, p 111.

نقلاًعن: على أبو عطية هيكل، المرجع السابق، حاشية ص 100.

4. "والتي هي عبارة عن الخصائص الإيجابية التي يتطلب القانون توافرها في الدعوى لقبولها والفصل في موضوعها، وتعبر جميعاً عن المصلحة والصفة في الدعوى، وشروط الارتباط بالنسبة للطلبات العارضة التي تثار في خصومة الدعوى الأصلية". في المصلحة والصفة أنظر: وجدي راغب، نظرية العمل القضائي، منشأة المعارف، 1974، ص 492 وما يليها. احمد ماهر زغلول، دعوى الضمان الفرعية، دار النهضة العربية، ص 89. نقلاً عن: على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. حاشية ص 101.

5. "ومثالها المواعيد الخاصة ببعض الدعاوى، كأن ترفع دعوى الحيازة خلال سنة من بدء الاعتداء أو العمل، وأن ترفع دعوى الشفعة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وإلا سقط الحق فيها".

6. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. ص ص 100– 102.

ويثبت للخصم المقام ضده الدعوى الحق في الدفع بعدم القبول عن طريق إثارته لتخلف شروط قبولها أو بعضها، والدفع بعدم القبول يتضمن على هذا النحو إنكاراً للحق في الدعوى، فيعرف بأنه[1]: الدفع الذي يرمي إلى إنكار سلطة المدعي في استعمال الدعوى[2]، بمعنى نفي صلاحيتها بان تكون محلاً لعمل قضائي يفصل في موضوعها ولو تحسسه القاضي، فبحث هذا الدفع والحكم فيه قد يقتضي حتماً التعرض للموضوع، ولكنه لا يعد تعرضاً هادفاً للفصل في ذات هذا الموضوع، وإنما هو تعرض أولي، سطحي، يتحسس به القاضي تأسيس هذا الدفع من عدمه حتى يمكنه الفصل فيه[3].

فالمحكمة وهي بصدد بحثها في أهم شروط قبول الدعوى المصلحة أو الصفة، أنما تقتصر على الفصل في مدى توافر الشرط، ولا تفصل في موضوع النزاع، وإن تعرضت لبحث بعض العناصر المتعلقة بالموضوع، فإن ذلك مرجعه ارتباط شروط قبول الدعوى بالحق الموضوعي إلى حد كبير، فهذا البحث لازم غالباً حتى يستطيع القاضي ان يحكم في الدفع بعدم القبول، ولكن بحث هذه العناصر شيء والفصل فيها شيء أخر تماماً، فبحث القاضي لهذه العناصر عند الفصل في مسالة عدم القبول يتم ذلك عن طريق تحسسها من الظاهر، دون أن يحسمها القاضي بحكم منهي للنزاع، ودون أن يستنفذ ولايته بشأنها، شأن بحث القاضي في طبيعة العقد محل النزاع بحثاً سطحياً ليعرف هل هو عقد عمل أو عقد تجاري، وذلك لكي يحدد مسألة اختصاصه، والحكم في هذه المسألة لا يعد بحال حكم في الموضوع، وأيضاً قاضي الأمور المستعجلة ببحثه لبعض عناصر الواقع المتصل بأصل الحق، إما لكي يحدد

---

1. أنظر: أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، ط5، المرجع السابق، ص 764.

2. "عرف المشرع الفرنسي الدفع بعدم القبول وفقاً للمادة 122 مرافعات بأنه: كل وسيلة ترمي إلى عدم قبول طلب الخصم دون بحث الموضوع بسبب عدم توافر الحق في الإدعاء، مثل عدم توافر الصفة والمصلحة، او بسبب التقادم أو إنقضاء الميعاد أو حجية الأمر المقضي".

. L'art.122. c.pr. civ. Français " Constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée."

ونجد نفس التعريف إلى حد التطابق لدى المشرع الجزائري حيث نصت المادة 67 من ق إ م إ " الدفع بعدم القبول هو الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم الحق في التقاضي، كانعدام الصفة وانعدام المصلحة والتقادم وانقضاء الأجل المسقط وحجية الشيء المقضي فيه، وذلك دون النظر في موضوع النزاع".

3. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. ص ص 102- 103.

اختصاصه، أو لكي يصدر حكماً مستعجلاً، وبحثه لمسألة اختصاصه أو صدوره لحكم مستعجل لا يعد فصل في الموضوع[1].

وفي حالة الحكم به يؤدي إلى امتناع القاضي عن فحص موضوع الدعوى، وإنهاء الخصومة المتعلقة بها دون الحكم في موضوعها، ويكفل هذا الدور معياراً سهلاً ومنضبطاً يمكن بواسطته تحديد نطاق الدفع بعدم القبول، كما يضمن تمييزه عن غيره من الدفوع الموضوعية والإجرائية التي قد تتشابه في بعض خصائصه وأحكامه[2].

ووفقاً لهذا التصور يتميز الدفع بعدم القبول من ناحية على الدفوع الموضوعية[3]، إذ انه يرمي إلى تجنب بحث الموضوع، فهو وسيلة لتجنب مناقشة الموضوع، فلا يتناول الحق ذاته بالإنكار أو بالاحتجاج بأدائه أو بانقضائه، وإنما ينازع في إمكانية الحصول على حكم بشأنه، ويرمي إلى منع المحكمة من نظر الموضوع والفصل فيه، ومن ناحية أخرى، يتميز هذا الدفع عن الدفوع الإجرائية والتي ينحصر دورها وتأثيرها المباشر في إجراءات الخصومة ذاتها، حيث تتناولها هذه الدفوع في انتظامها وصحتها، في حين أن الدفع بعدم القبول يتجه إلى موضوع هذه الإجراءات يحاول ان ينفي عنه الصلاحية لأن يكون محل للنشاط القضائي عن طريق إثبات تخلف بعض الشروط التي يتطلبها القانون للاعتراف للمدعي بحق نظر موضوع دعواه وصدور حكم فيه، فالتفرقة بين الدفوع الإجرائية والدفع بعدم القبول، هي في الواقع تفرقة بين إجراءات الخصومة وموضوع هذه الإجراءات[4].

---

1. انظر: أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 72 وحاشيتها.
2. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. ص ص 103- 104.
3. " وإبداء الدفع الموضوعي تعرض للموضوع، والحكم فيه بقبوله هو حكم في موضوع الدعوى يترتب عليه إنهاء النزاع على أصل الحق المدعى به، ويحوز حجية الشيء المحكوم به فلا يجوز تجديد النزاع أمام المحكمة التي أصدرته أو أمام أي محكمة أخرى، واستئنافه يعيد طرح الموضوع على المحكمة الاستئنافية مما يتعين عليها إن هي ألغت الحكم الابتدائي أن تقضي من جديد في موضوع الدعوى". أنظر: أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، ط5، المرجع السابق، ص 16.
4. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. ص ص 104- 105.

والنتيجة الحتمية لذلك، كون الدفع بعدم القبول يحتل مكاناً وسطاً متميزاً بين الدفوع الموضوعية والإجرائية، فهو وإن كان يقترب منهما في بعض المواضع ويشترك معهما في بعض الأحكام الخاصة، إلا انه يظل مع ذلك متميزاً عنها لا يختلط بهما أو يندمج فيهما[1]، وتفرض هذه الطبيعة الذاتية استقلال الدفع بعدم القبول بنظام خاص يتفق ومفترضاته الخاصة، وهو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع المصري سواءً في ظل قانون المرافعات الملغي مادة 142 أو في ظل قانون المرافعات الحالي وفقاً للمادة 115 وتبعه وبعد تردد قانون المرافعات الفرنسي الحالي[2] وفقاً للمادة 122- 126[3].

ومع اعتماد استقلال الدفع بعدم القبول، وتميزه بأحكام خاصة به، ووفقاً لتنظيمات قائمة، مازال بعض الفقه، مدعماً بأحكام القضاء يرى بأنه دفع موضوعي، وحكم أول درجة بعدم القبول يستنفذ ولايتها في موضوع النزاع، والبعض يخفف من ذلك ويرى بالتمييز بين عدم القبول لتخلف شرط إجرائي، وهو عدم قبول إجرائي لا تستنفذ المحكمة بالحكم به ولايتها، وعدم قبول موضوعي والحكم به حكم في الموضوع، مما أدى هذا أو ذلك إلى الخلط بين الدفع بعدم القبول وغيره من الدفوع الموضوعية والإجرائية، والعودة مرة أخرى إلى سابق التنظيمات القائمة والتي قررت له طابعاً خاصاً وتنظيماً مميزاً عن غيره من الدفوع الأخرى، وتبعاً لهذا الخلط جاءت أحكام القضاء متخبطة ومتضاربة وبعيدة عن الانتظام، وبدوره في نطاق القضية في الاستئناف[4].

---

1. " إن الدفع بعدم القبول يمثل مكاناً وسطاً متميزاً بين الدفوع الإجرائية و الدفوع الموضوعية فهو وإن كان يقترب منها في بعض المواضع ويشترك معها في بعض الأحكام الخاصة إلا انه يظل مع ذلك متميزاً عنها لا يختلط بها او يندمج فيها وتفرض هذه الطبيعة الذاتية استقلال الدفع بعدم القبول بنظام خاص يتفق مع مفترضاته الخاصة". انظر: أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 70.
2. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. ص 106.
3. L'art.126. c.pr. civ. Français " Dans le cas où la situation donnant lieu à fin de non-recevoir est susceptible d'être régularisée, l'irrecevabilité sera écartée si sa cause adisparu au moment où le juge statue. Il en est de même lorsque, avant toute forclusion, la personne ayant qualité pour agir devient partie à l'instance."
4. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. ص ص 107- 109.

ويجب التوضيح في هذا المقام أن الدفوع بعدم القبول بمفهوم المادة 67 من ق إ م إ هي تلك الموجهة إلى حق المدعي في الدعوى، باعتبار أنها ترمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي[1] كانعدام الصفة، انعدام المصلحة، التقادم، انقضاء الأجل المسقط وحجية الشيء المقضي فيه، وذلك دون النظر في موضوع النزاع، إذ الواضح من المادة أعلاه أنه وإن كانت الدفوع بعدم القبول تختلف في محلها عن الدفوع الشكلية بحكم أن الأولى تنطوي على منازعة من الخصم في حق خصمه في التداعي، في حين الثانية توجه إلى إجراءات الخصومة، ومع ذلك فإنهما يتفقان في النقطة المتعلقة بأثر كل منهما على موضوع الدعوى الذي لا يتم المساس به في الحالتين بصريح نص المادة 67 من ق أ م إ، مما يعني بالضرورة أن محكمة أول درجة كأصل عام لا تستنفذ ولايتها على الموضوع كما هو ثابت من ذيل المادة أعلاه، التي لم ترتب على الحكم في الدفع بعدم القبول أي مساس بموضوع النزاع[2].

أولاً: الدفع بعدم القبول بنوعيه منهي للخصومة أمام محكمة أول درجة دون أن تفصل في الموضوع

الدفع بعدم القبول ليس دفعاً شكلياً محضاً، لأنه لا يوجه أساساً إلى إجراءات الخصومة، وإنما هو يوجه بصفة أساسية إلى فكرة الحماية القضائية بقصد إنكارها على مدعيها، والحماية القضائية هي الهدف الذي يسعى إليه المدعي الذي يملك الدعوى القضائية، فإنكار هذه الحماية عليه لعدم توفر الشروط اللازمة لطلبها لا يمنعه من العودة مرة ثانية وطلب هذه الحماية إذا ما توفرت شروطها، وهنا يفترق الدفع بعدم القبول عن الدفع الموضوعي الذي يتوجه إلى صميم الادعاء بهدف تحطيمه، ويؤدي نجاح الدفع الموضوعي إلى عدم إمكانية العودة مرة ثانية أمام القضاء وطرح عليه الإدعاء مرة ثانية، هذا هو الفيصل الذي يميز الدفع بعدم القبول عن الدفع الموضوعي[3].

---

1. "المقصود الحق في الدعوى بحكم أن الحق في التقاضي ينصرف إلى الصفة الإجرائية التي ينجر عن تخلفها دفع شكلي يرتب البطلان عكس الحق في الدعوى الذي ينصرف إلى حق المدعي في وسيلة حماية حقه أو مركزه القانوني والذي يترتب على تخلفه دفوع بعدم القبول".
2. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص 131- 132.
3. نبيل اسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، المرجع السابق، ص135.

والدفع بعدم القبول يقبل الطعن بالاستئناف، ويتحدد نطاق الأخير بالمسالة التي فصل فيها الحكم، وهي مسالة عدم القبول، أياً كان مضمونه، إذ يظل موضوع النزاع قائماً دون أن يفصل فيه تطبيقاً للتنظيم التشريعي للدفع بعدم القبول، وهو ما استقر عليه القضاء الفرنسي[1]، حيث كشفت الأحكام التي صدرت في ظل قانون المرافعات الفرنسي الحالي عن عدم إجراء تفرقة في الدفع بعدم القبول، وأخذت أحكام القضاء تطبق عليه أحكامه الخاصة، وأصبحت تميزه عن الدفع الموضوعي، فلا يعد الفصل في مسألة عدم القبول فصلاً في الموضوع، ومن ثم فإن استئنافه لا يطرح على محكمة الدرجة الثانية إلا مسألة عدم القبول، كما انه لا يعد دفعاً إجرائياً[2].

وإذا كان التشريع الإجرائي الجزائري كما سبق تفصيله أعلاه قد تعرض في المادة 346 من ق إ م إ إلى مجال تصدي جهات الاستئناف إلى موضوع الدعوى، في الحالة التي تكون فيها مدعوة للنظر في استئناف حكم فاصل في احد الدفوع الشكلية المنهية للخصومة، إلا أنه لم ينح نفس المنحى ولم يبين الهامش الممنوح لجهات الاستئناف في إعمال حقها في التصدي لدى جلوسها للنظر في استئناف حكم فصل في دفع بعدم القبول، رغم الواضح انه في كلتا الحالتين لا تتعرض محكمة أول درجة لموضوع الدعوى وبالنتيجة فهي لا تستنفذ ولايتها على الموضوع، وعليه فمن الضروري إذن أن نتساءل عما إذا كانت نية المشرع الإجرائي قد اتجهت إلى تقييد المجلس بضرورة التصدي والهيمنة الكلية على الموضوع بإعطاء حل نهائي للنزاع في الحالة التي يتم إخطاره فيها بناءً على استئناف حكم فصل في دفع بعدم القبول دون إيلاء الاعتبار لمسألة استنفاذ ولاية أول درجة على موضوع الدعوى من عدمه، خصوصاً إذا علمنا أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الحالي لم يأتي بنص مماثل لنص المادة 109 من قانون الإجراءات المدنية الملغى، الذي كان يضع مسألة تهيئة الملف للفصل فيه كضابط متمسك في مسألة إعمال حق المجلس في التصدي، وبغض النظر عن طريقة إخطاره بالملف، إذ يستوي في ذلك أن يكون الحكم المستأنف قد فصل في دفع شكلي أو في دفع بعدم القبول أو حتى تعدى ذلك إلى القضاء في الموضوع[3].

1.Cass. Civ. 18 mai 1978. R.T.D. Civ 1978. P. 438.abs Perrot. Civ 10 mars 1977 Gaz pal. 1978- 103 note viatt. Civ 09 mai 1978. Bull. civ.1978. N°177. Civ 12 janv 1994. D. 1994. 449. note Mossip. Paris- 2 juill 1992 Bull. A vaues 1993.1. 12. Obs. Crit. Cass. Civ. 1 févr 1987. J.C.P. 1987. Iv. 129.

نقلاً عن: على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. حاشية ص 109.

2. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. ص 109.

3. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص 132- 133.

على عكس القضاء المصري لم يلقى قبول ما سبق إلا في القليل من أحكامه، أما في الغالب منها مزج بين مسألة عدم القبول والفصل في الموضوع، وسمح لمحكمة الاستئناف إذا ألغت الحكم بعدم القبول الصادر من أول درجة أن تنظر الموضوع، وهو ما لا يستقيم بحال وفقاً للأثر الناقل للاستئناف، والتي بمقتضاه سوَّغت محكمة النقض لمحكمة الاستئناف نظر الموضوع بما للاستئناف من أثر ناقل فكأنها قد أحلت الأثر الناقل الذي تملكه محل الأثر الساحب الذي لا تملكه في التصدي لنظر النزاع برمته، ولم تملك هذه الجرأة التي ملكها المشرع الفرنسي حينما أراد هدم نظام الاستئناف بشكله التقليدي، فهذا الأثر لا يمكن أن يمتد إلى موضوع الدعوى إذ أن هذا الموضوع لم يفصل فيه بحكم، وبالتالي لا يمكن القول بأن نظر محكمة الاستئناف للموضوع في هذه الحالة يعد من الحالات التي يجيز فيها القانون للمحكمة إعماله من تلقاء نفسها، لكونه يدخل في سلطتها، وإنما يعد نظر هذه المحكمة للموضوع وفقاً للأثر الناقل للاستئناف قضاءً بما لم يطلبه الخصوم[1].

وعليه فلعلنا لن نكون مخطئين إذا ما ذهبنا إلى القول أن المشرع الجزائري، في القانون الحالي لم يتراجع عن الهامش الذي سبق وأن سمح به لجهات الاستئناف في ظل القانون الملغى، بخصوص إعمال حقها في عدم التصدي وإحالة القضية من جديد على محكمة أول درجة، حتى ولو تعلق الأمر بأحكام فاصلة في دفوع غير شكلية، خاصةً وانه لم يقيد جهات الاستئناف بنص صريح بضرورة التصدي لموضوع الدعوى في الأحكام المستأنفة في كل الأحوال، بل وعلى العكس من ذلك فهو وإذ ارتقى بمبدأ التقاضي على درجتين إلى مصاف المبادئ المكرسة بصريح النص في الأحكام التمهيدية في القانون الحالي الواردة في المواد من 01 إلى 12 منه، يكون بذلك قد أوجب على جهات الاستئناف ضرورة احترام هذا المبدأ كلما كان هناك محل لذلك، هذه الأخيرة التي وبدون شك ستكون مدعوة إلى تكريسه واقعاً في تطبيقاتها القضائية، ليس فقط بإجراء عملية حسابية بان تطرح من مجال التصدي الأحكام التي لم يجز المشرع استئنافها بالنظر إلى قيمتها، أو إلى الحظر الذي يفرضه عليها القانون[2].

وإنما بالتضييق أكثر من مجال إعمال حق التصدي حتى في الأحكام جائزة الاستئناف في الحالة التي يتراءى فيها لهيئة المجلس الناظرة في استئناف حكم فاصل في دفع بعدم القبول إن الحكم المستأنف لم يستنفذ الدرجة الأولى للتقاضي لعدم تضمنه أي قضاء في الموضوع، كما هو الشأن في الدفوع بعدم

---

1. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص ص 109- 111.
2. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص 132- 133

القبول التي من خصائصها حسب نص المادة 67 من ق إ م إ أنها لا تمس بموضوع الدعوى، وبالنتيجة فمحكمة أول درجة لا تستنفذ ولايتها على الموضوع باعتبار أن الضابط الأوحد لاستهلاك الدرجة الأولى من التقاضي الذي يحول دون إعادة القضية إلى المحكمة الابتدائية هو مدى استنفاذ ولايتها على الموضوع، والذي يقصد به أن تقول المحكمة كلمتها في موضوع الدعوى، أو على الأقل يستشف من قضاءها لدى تعرضها للدفع المثار أمامها الرامي إلى عدم القبول أن نيتها اتجهت إلى عدم إشباع حاجة المدعي المستأنف في ما يطالب به من قضاء له في أصل الحق محل المطالبة القضائية، بعد أن غاصت في التمعن في أوراق الملف وكل ما احتواه من مستندات[1].

والطريف أن المشرع الفرنسي في ظل القانون الحالي الذي حسم بمقتضاه طبيعة الدفع بعدم القبول وأعتبره دفع مستقل عن غيره من الدفوع الأخرى، موضوعية كانت أو إجرائية تطبيقاً للمواد 122 إلى 126 مرافعات فرنسي، لم يسمح لمحكمة الاستئناف عند الطعن أمامها في الأحكام الصادرة بعدم القبول – وإلغائها للحكم – التصدي للموضوع، بينما أجاز لها ذلك عندما يكون الحكم المطعون فيه صادر في دفع إجرائي منهي للخصومة دون الحكم في موضوعها، مادة 568 مرافعات، وربما كان الأوفق إذا أراد المشرع أن يختار بين الحكمين أن يختار التصدي في الحالة الأولى دون الثانية، نظراً لأن الفصل في الدفع بعدم القبول كثيراً ما يضطر معه القاضي التعرض للموضوع دون الفصل فيه وهو اضطرار يندر – إن لم ينعدم – وجوده عند الفصل في الدفع الإجرائي، ورغم اختلاف الحكمين لإختلاف الدفع الذي يصدر فيه كل حكم من حيث طبيعته وأحكامه، إلا أن نطاق التصدي فيهما واحد، هو كونهما حكماً فرعياً منهي للخصومة أمام أول درجة دون أن تفصل في الموضوع[2].

وفي هذا الصدد نشير أن القضاء المصري يميز بين نوعين من الدفوع بعدم القبول[3].

---

1. معزوزي علاوة، المرجع نفسه، ص ص 133- 135.
2. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. ص ص 113- 114.
3. طعن رقم 692 س 63 ق، 1994/06/21" وقُضي بأنه من المقرر بان الدفع بعدم القبول والذي نصت عليه المادة 115 من قانون المرافعات وأجازت إبدائه في أية حالة كانت عليها الدعوى هو الدفع الذي يرمي إلى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى وهي الصفة والمصلحة والحق في رفعها باعتباره حقاً مستقلاً عن ذات الحق الذي ترفع الدعوى بطلب تقريره كانعدام الحق في الدعوى أو سقوطه لسبق الصلح فيها أو لانقضاء المدة المحددة في القانون لرفعها، ونحو ذلك مما لا يختلط بالدفع المتعلق بشكل الإجراءات من جهة ولا بالدفع المتصل بأصل الحق المتنازع عليه من جهة أخرى وينبني على ذلك أن المادة 115 المشار إليها لا تنطبق إلا على الدفع بعدم القبول الموضوعي، وهو ما تستنفذ به المحكمة أول درجة ولايتها عند الحكم بقبوله ويطرح الاستئناف المقام عن الدعوى

ثانياً: الدفوع بعدم القبول الموضوعية

والتي يُلحقها الفقه المصري بالدفوع الموضوعية، ويرتب عليها نفس الآثار المترتبة على الأحكام الفاصلة في الموضوع والمتمثلة في استنفاذ جهة أول درجة لولايتها على الموضوع، وما يترتب على ذلك من استهلاك الدرجة الأولى من التقاضي كما هو الشأن مثلاً في الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء الصفة لعدم تقديم المدعي عقد الملكية الذي يبين علاقته بالعقار محل دعوى الاستحقاق، التقادم، الشفيع لعدم إعلام رغبته في الشفعة ...، إذ وفي كل الأمثلة السابقة تقترب هذه الدفوع من الدفوع الموضوعية، وينجر عن الحكم فيها الأثر نفسه المترتب على تعرض المحكمة لموضوع النزاع التي ليس لها أن تعيد نظرها فيه لاستنفاذ ولايتها عليه، وبالتالي سيكون على جهة الاستئناف في معرض جلوسها للفصل في استئناف أي من هذا الصنف من الأحكام، في حالة إلغاء الحكم المستأنف أن لا تقف عند حد إبداء رأيها في تأسيس الدفع بعدم القبول من عدمه، بل يتعين عليها أن تمضي في نظر الموضوع بإنزال صحيح القانون على عنصر الواقع في النزاع والتصدي للموضوع دون أن يكون ذلك تفويتاً لدرجة من درجات التقاضي، ولا يقع عليها هاهنا أن تعيد القضية إلى محكمة أول درجة التي استنفذت ولايتها على موضوع النزاع[1]، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية أن الحكم الصادر عن محكمة أول درجة بعدم جواز الأخذ بالشفعة هو حكم في صميم موضوع دعوى الشفعة، وحاسم للخصومة فيها، وقد استنفذت به تلك

برمتها أمام محكمة الاستئناف فإذا ألغته وقبلت الدعوى فلا يجوز لها أن تعيدها إلى محكمة أول درجة بل عليها أن تفصل في موضوعها دون أن يعد ذلك من جانبها تصدي، ومن ثم لا تنطبق القاعدة الواردة في المادة 115 سالفة البيان على الدفع الشكلي الموجه غلى إجراءات الخصومة وشكلها وكيفية توجيهها و الذي يتخذ اسم عدم القبول لأن العبرة هي بحقيقة الدفع ومرماه وليس بالتسمية التي تطلق عليه، وهو بهذه المثالية لا تستنفذ محكمة أول درجة ولايتها في نظر الدعوى بالحكم بقبوله مما يتعين معه على المحكمة الاستئنافية إذا ما ألغت هذا الحكم – في حالة استئنافه– أن تعيد الدعوى إلى محكمة أول درجة لنظر موضوعها لن هذه المحكمة لم تقل كلمتها فيه ولا تملك المحكمة الاستئنافية التصدي لهذا الموضوع لما يترتب على ذلك من تفويت إحدى درجات التقاضي على الخصوم.". انظر: عبد الحميد المنشاوي، كنوز المرافعات، ج1، دون ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص ص 487–488.

1. " راجع في هذا الصدد مجموعة قرارات عن محكمة النقض المصرية التي تميز فيها مابين الدفوع بعدم القبول التي تستنفذ فيها جهة أول درجة ولايتها عليها ولا توجب إعادة القضية إلى محكمة أول درجة، وتلك التي تستنفذ فيها ولايتها بذكر الحالات التي تخطر فيها على جهات الاستئناف التصدي بعد الإلغاء، وتفرض عليها إعادة القضية إلى محكمة أول درجة تحت طائلة النقض". عبد الحميد المنشاوي، المرجع السابق، ص ص 488– 502.

المحكمة ولايتها في الخصومة ولا يجوز لمحكمة الاستئناف إن هي ألغت الحكم ان تعيد القضية لمحكمة أول درجة لبحث الصورية التي طعن بها على عقد المشتري والفصل في موضع الدعوى[1].

رغم ان هذه الأحكام لم تسلم من التضارب، وهو ما لا يقبله الفقه كما لم يقبل فكرة التصدي، مبرراً رفضه للفكرة لمخالفتها لجملة مبادئ أساسية في التقاضي ممثلة في الخروج على قواعد الاختصاص النوعي، ومبدأ التقاضي على درجتين، وقاعدة حظر إبداء الطلبات الجديدة في الاستئناف، وهي في مجملها تتعلق بالنظام العام لا يجوز الخروج عليها، كما يلتمس البعض لهذا الرفض سنداً تشريعياً ما ورد بنص المادة 234 مرافعات مصري، والذي يوجب على المحكمة إذا ألغت الحكم الصادر في الطلب الأصلي أن تعيد القضية إلى محكمة أول درجة لتفصل في الطلبات الاحتياطية، وفي تصورنا أن هذا الخروج في جملته هو ما أصبح ينادي به الفقه الحديث، وساهم فيه القضاء، واوجده المشرع وبنصوص صريحة، وبات الكلام عنه قديماً لا يتماشى مع الوظيفة الحديثة للاستئناف التي ساهم في وجودها كل من الفقه والقضاء والتشريع[2].

وإذا كانت أحكام النقض المصري تواترت على منح محكمة الاستئناف هذه المكنة إذا ألغت الحكم بعدم القبول تطبيقاً للأثر الناقل للاستئناف، وهو ما لم نسلم به، فضلاً عن تضارب هذه الأحكام إلا أنها تشكل إرهاصة تحول لوظيفة الاستئناف الحديثة ولذا يحمد لها على هذا التحول، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى إذا خولت هذه المكنة لمحكمة الاستئناف تطبيقاً للأثر الساحب للموضوع – التصدي– متى قدرت هذه المحكمة أن حسن سير العدالة وعدم الإضرار بها يقتضي إنهاء النزاع وطلب الخصوم ذلك، لأن الممنوع عليهم فقط الالتجاء مباشرة إلى هذه المحكمة، فالنزاع متى مر على محكمة أول درجة وطعن عليها حكمها الفرعي المنهي للخصومة أمامها دون أن تستنفذ ولايتها في الموضوع، وطلب الخصوم من محكمة الاستئناف نظر هذا الموضوع، وقدرت هذه المحكمة ان مصلحة العدالة تقتضي إنهاء النزاع، وألغت أو أبطلت الحكم المطعون فيه أمكنها سحب الموضوع وحسمه بشكل نهائي، ذلك كله تحقيقاً للهدف من القانون وهو تخفيف الأعباء عن كاهل القاضي والمتقاضين، مثل هذا الحل يؤدي إلى إمكانية تطهير الخصومة أول بأول من الأعمال الإجرائية المعيبة التي بها، فإذا وجد حكم منهي للخصومة أمام أول درجة، وكان مصيره الإلغاء، إذا ما طعن فيه بالاستئناف، من الأفضل في ظل

1. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص 135– 136.
2. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. ص ص 115– 116.

الوظيفة الجديدة له والمهمة المنوطة به تصفية النزاع بشكل نهائي وحكم واحد أمام محكمة الدرجة الثانية، فإذا ما ألغت الحكم المطعون فيه جاز لها التصدي لنظر موضوع الدعوى برمته[1].

ثالثاً: الدفوع بعدم القبول الشكلية أو الإجرائية

ويقصد بالنوع من هذه الدفوع تلك التي ترمي إلى استبعاد الطلب القضائي نظراً لأن الدعوى لم تمارس من خلال الشروط الواجب توافرها لاستعمالها استعمالاً مقبولاً من الوجهة الإجرائية، افتقاد المصلحة أو إنتهاء الميعاد، في مثل هذه الأحوال فإن الحق الموضوعي المتنازع عليه، أو موضوع النزاع لم يعارض أحد فيه[2].

وسميت كذلك لاقترابها من الدفوع الشكلية من ناحية نسبة مساسها بموضوع الدعوى، وهي دفوع تعامل معاملة الدفوع الشكلية المنهية للخصومة التي تشترك معها في خاصية منع جهة الاستئناف كأصل عام من التصدي للموضوع في حالة إلغائها الحكم المستأنف أمامها بناءً على حكم فاصل في أي من هذه الدفوع، وذلك بإخضاعها للأحكام الواردة في نص المادة 346 من ق إ م إ، ومن أمثلتها الدفع بمضي الأجل المسقط، سبق الاتفاق على التحكيم، وكذلك الشأن في جميع الأحوال التي يوقف القانون فيها قبول الدعوى على استيفاء قيود آو إجراءات معينة على غرار محاضر عدم المصالحة والأذون المقررة قانوناً، إذ قد يحدث أن تسهو محكمة أول درجة عن تضمن ملف الدعوى للإذن المقرر قانوناً رغم تواجده طي الملف، وتبادر إلى إثارة عدم القبول تلقائياً في الوقت التي تتحقق جهة الاستئناف من توافر الإذن ضمن مستندات الملف، وهي حالة تشبه حالة السهو عن تضمن الملف للتفويض الصادر عن ممثل الشخص المعنوي والذي يعد من الدفوع الشكلية، كما قد يحدث وان تقع محكمة أول درجة في مجرد غلط في الحساب وتقضي بعدم قبول الدعوى لمضي الأجل المسقط، على الرغم من عدم مضي هذا الأجل الذي تأكدت جهة الاستئناف أن محكمة أول درجة ما كانت لتقضي بعدم القبول لو أنها دققت قليلاً في الحساب[3].

---

1. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. ص ص 118- 119.
2. نبيل اسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، المرجع السابق، ص145.
3. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص 136- 137.

وعليه فإنه يقع على جهة الاستئناف في حالة إلغائها لمثل هذه الأحكام أن تقف في الأصل عند إلغاء الحكم دون التصدي لموضوع النزاع، لما في هذا التصدي من تفويت لدرجة من درجات التقاضي، وبالنتيجة يتعين عليها إعادة القضية على محكمة أول درجة لاستنفاذ ولايتها على الموضوع، طالما أنه وفي غالب الأحوال تكتفي محكمة أول درجة بحصر نقاط الفصل في الدفع المثار أمامها بشأن عدم القبول ولا تلتفت البت إلى موضوع النزاع، وهو ما ينجر عنه حصر مجال الأثر الناقل للاستئناف في الشق المتعلق منه فقط بحق المدعي في الدعوى، وعليه فمن دون شك أن التصدي في مثل هذه الأحوال سوف يعد بمثابة تعرض للموضوع لأول مرة، وبالتالي فهو وقاعدة حضر الطلبات الجديدة في مرحلة الاستئناف سيان، ما دام أن موضوع الدعوى وإن سبق عرضه فقط أمام محكمة أول درجة إلا أنه لم يسبق الفصل فيه، وشتان بين سبق عرض النزاع وسبق الفصل فيه، وبالتالي وضماناً لاحترام حق المتقاضي في عرض موضوع دعواه على درجتين أن تقلص جهات الاستئناف من حقها في التصدي في مثل هذه الحالات، بان تنزل عليها حكم المادة 346 أعلاه اللهم إلا إذا اختارت أن تعطي حلاً نهائياً للنزاع بالتعرض للمسائل غير المفصول فيها ضمن الضوابط التي سبق عرضها في معرض حديثنا أعلاه عن حالات التصدي، في حالة البث في استئناف حكم فاصل في دفع شكلي منهي للخصومة[1].

الفرع الثالث: حالة الحكم المطعون فيه بالاستئناف صادر في موضوع النزاع.

إذا كانت فكرة التصدي – وكما انتهينا من قبل – يمتد نطاق تطبيقها خارج النصوص السابقة، كما في حالتي الحكم الصادر بوقف الخصومة، والصادر بعدم القبول، والتي لم تستنفذ محكمة أول درجة ولايتها في الموضوع بإصدارها لهذا الحكم أو ذاك، ومع ذلك سمحت محكمة النقض المصرية لقاضي الاستئناف حالة إلغاء الحكم بعدم القبول نظر الموضوع، وذلك لمجرد اعتقاد هذه المحكمة أن لجوء قاضي أول درجة إلى بعض العناصر الموضوعية التي كان فحصها ضروري للفصل في الدفع بعدم القبول – المصلحة أو الصفة – فصل في الموضوع، في حين كان تعرضها لهذه العناصر لا يتجاوز كونه مجرد استشفاف لها حتى تتمكن من الفصل في الدفع باعتباره مسالة أولية يتعين اجتيازها قبل الفصل في الموضوع[2].

---

1. معزوزي علاوة، المرجع نفسه، ص ص 137- 138.
2. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. ص 181.

وهو الأمر الذي يترتب عنه كأصل عام أن جهة الاستئناف تمضي في نظرها لموضوع النزاع إن هي ألغت الحكم المستأنف ولو بدا لها انه موصوم بعيوب تؤدي إلى بطلانه، ويتعين عليها هاهنا، تحت طائلة اعتبارها منكرة للعدالة، أن لا تقف عند حد تقرير البطلان، بل تسعى إلى التصدي إلى الموضوع ككل بعد تصحيح المقتضيات التي أدت إلى بطلان الحكم المستأنف أمام محكمة أول درجة، وهذه الأخيرة التي ليس لها أن تتصل بالقضية من جديد بناء على إحالة من جهة الاستئناف لسبب بسيط، وهو أن استنفاذها لولايتها على موضوع النزاع يحجب عنها مكنة إعادة نظره من جديد، طالما أن المساس بالموضوع يفترض انه لم يبقى أي مقتضى أمام المحكمة إلا وقد استنفذت ولايتها عليه، مما يمنع على جهة الاستئناف اعتماد خيار إرجاع القضية إلى المحكمة الابتدائية احتراماً لقاعدة الأثر الناقل للاستئناف[1].

وهي التي رخصت لمحكمة الدرجة الثانية حالة ان تقرر استخدامها للفكرة بمد يدها للموضوع الذي لم ينقله لها الأثر الناقل المحدود للاستئناف والذي لم تستنفذ به أول درجة ولايتها وامتد له الطعن إفتراضاً أو حيلة من المشرع يلوي به عن قصد الواقع الماثل أمامه، فيقلب الأمور رأساً على عقب ويفترض وجود الموضوع أمام محكمة الاستئناف بمد الطعن إلى كل ما طرح على محكمة أول درجة لتفصل في الطعن والموضوع بحكم واحد، هذا الافتراض[2] يدعمه ضم ملف الدعوى الابتدائية إلى ملف الاستئناف[3].

والواقع أن قاعدة الأثر الناقل للاستئناف تجد معناها الأمثل في الأحكام المستأنفة الحاسمة لموضوع النزاع، والتي يترتب عنها النقل الكلي لكل مقتضيات الحكم المستأنف الشكلية منها والموضوعية التي يعاد طرحها برمتها من جديد أمام جهة الاستئناف، التي تعيد نظرها كدرجة ثانية للتقاضي بالمعنى الذي تقصده المادة 06 من ق إ م إ وعليه فإن محكمة ثاني درجة تهيمن كلياً على النزاع وتتصدى للموضوع في كل الأحوال، سواءً أيدت أو ألغت الحكم المستأنف أمامها إذ لا يبقى لديها أي هامش يتيح لها عدم التصدي بعد إلغاء الحكم المستأنف وما يترتب عن ذلك من حظر إعادة القضية إلى محكمة

---

1. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص 142- 143.
2. ويعد إحدى وسائل تطور القانون، يلجا إليه المشرع الإجرائي للمحافظة على الإجراءات وتحقيق فعاليتها داخل الخصومة المدنية، ويوجه المشرع بفكرة الافتراض واستخدامها الصعوبات الفنية التي تتعلق بصياغة بعض القواعد الإجرائية أو الصعوبات الواقعية التي تتعلق بتطبيق أحكام هذه القواعد، والهدف العام من هذه الفكرة هو محاولة إقتراب المشرع من الواقع والحقيقة عندما يعز عليه اليقين أو يصعب التأكد. نقلاً عن: على أبو عطية هيكل، المرجع السابق، حاشية ص ص 179- 180.
3. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص ص 179- 180.

أول درجة التي تكون قد استنفذت ولايتها على النزاع ككل بقضائها في الموضوع، وليس للمتقاضي في مثل هذه الأحوال أن يعيب على جهة الاستئناف تفويتها عليه إحدى درجات التقاضي، ولو تمسك أمامها ببطلان الإجراءات السابقة على صدور الحكم المستأنف الفاصل في الموضوع[1].

والواضح أن الضابط الأوحد لمسألة التصدي الدائم لجهة ثاني درجة لموضوع النزاع، في حالة نظرها في استئناف أحكام صادرة في الموضوع هو استنفاذ محكمة أول درجة على النزاع، وهذا يدعونا بالتأكيد إلى التعرض من جديد إلى مفهوم استنفاذ الولاية الذي لا نجد له أي أثر تعريفي في قانوننا الإجرائي رغم انه يقترب من مفهوم الحجية المتعارف عليه في حقل القانون، والتي يقصد بها الفاعلية الملزمة للحكم خارج الإجراءات الصادرة في الخصومة، ومع ذلك فإنه ومن جهتنا يمكننا القول أن المقصود من استنفاذ الولاية هو العقبة التي تحول دون إعادة تطرق المحكمة لما سبق لها وان أبدت رأيها فيه من مسائل داخل الخصومة نفسها، ويستوي أن تكون هذه المسائل تتعلق بالشكل أو القبول أو بالموضوع، مع أن هذه الأخيرة تكون أثقل وطأً على موضوع النزاع مقارنة بالشكل أو بعدم القبول لما تفرضه على جهة ثاني درجة من قيود تلزمها بالتصدي الدائم للموضوع، ومرد ذلك أن استنفاذ محكمة أول درجة لولايتها على الموضوع يفترض – كأصل عام – أنها نظرت في طلبات المدعي وأسانيده، ومحصت الأدلة وحققت فيها بالشكل اللازم كما مكنت المدعى عليه من إبداء دفوعه ووسائل دفاعه، وانتهت في حكمها المستأنف إلى نتيجة مبنية على أسباب مستمدة من الواقع المعروض من الخصوم والمحقق فيه من طرفها والتي تولت هي إنزال حكم القانون عليه، ليتوج ذلك بإصدار حكم في موضوع النزاع، إذ وفي مثل هذه الأحوال وفيها فقط يمكن القول أن المحكمة استنفذت ولايتها على موضوع النزاع وليس لها أن تعاود مراجعة نفسها فيه إلا في الحالات المحددة في القانون بناء على ما يخوله للخصوم من طرق طعن على غرار المعارضة والتماس إعادة النظر[2].

بل أن الاستشفاف للعناصر الموضوعية من جانب أول درجة اعتبرته محكمة النقض المصرية استنفاذ للولاية، سوغت وفقاً له لمحكمة ثاني درجة نظر الموضوع بما للاستئناف من أثر ناقل، فكأنها حلت هذا الأثر الذي تملكه، محل الأثر الساحب الذي لا تملكه، وهي حلول قائمة على أساس مغلوط لاختلاف النظام القانوني وأحكامه لكل أثر، فالأثر الناقل جوهره ونطاق إعماله قاصر على ما استنفذت

---

1. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص 143.
2. معزوزي علاوة، المرجع نفسه، ص ص 143– 144.

فيه محكمة أول درجة ولايتها في حين أن الأثر الساحب جوهره ومناط إعماله إذا لم تستنفذ محكمة أول درجة ولايتها للموضوع على أن يكون مر عليها[1].

وتجب الإشارة في هذا الصدد أن الفقه الإجرائي يكتفي بحصر مفهوم استنفاذ الولاية كضابط يمنع جهة الاستئناف من إعادة القضية إلى محكمة أول درجة، في واقعة تعرض هذه الأخيرة إلى الموضوع، لدرجة أنه وكلما عرضت المحكمة إلى الموضوع كلما ترتب عن ذلك استنفاذ ولايتها على النزاع كلياً، وهي معادلة لو تحققت لالتزم المجلس بالتصدي الدائم للموضوع بغض النظر عن درجة مساس الحكم المستأنف بالموضوع، وهنا نشدد على مسألة نراها في غاية الأهمية وهي ضرورة التمييز ما بين حالة سبق الفصل في الموضوع من قبل جهة أول درجة، (استنفاذ الولاية الواقعي أو القانوني) وحالة سبق تعرض هذه الأخيرة للموضوع (استنفاذ الولاية المادي أو التحكمي)[2].

وقد وصل الأمر ببعض الجهات القضائية، وخاصة المحاكم، إلى التميز بطريقة خاصة في معالجة الدعاوى التي تعرض عليها، غير مبالية بالغرض السامي المنتظر تحقيقه من طرفها، والمتمثل في إفادة المواطنين بالحماية القضائية إحقاقاً للحق ورفعاً للظلم، والمؤكد انه لولا إرادة تحقيق هذا الغرض لما وجد داعٍ لتكوين وتوظيف القضاة ولا لإنشاء الجهات القضائية؛ كما تفشت ظاهرة البحث عن أية مخالفة إجرائية، حتى لو كانت غير منصوص عليها في القانون كي تصدر أحكاماً ببطلان الإجراءات أو بعدم قبول الدعوى أو برفضها على حالها[3]، وذلك قصد تحقيق غرض مزدوج يتمثل في تفادي الفصل في موضوعها من جهة، وتضخيم إحصائيات القضايا التي فصلت فيها من جهة أخرى، ويلاحظ أيضاً أن الأغلبية العظمى من قرارات المجالس القضائية ومجلس الدولة والمحكمة العليا، تتمثل في تأييد الحكم أو القرار المستأنفين بالنسبة للأولى والثانية، ورفض الطعن بالنسبة للثالثة، وما لا شك فيه أن ذلك راجع أساساً إلى العمل على تصفية القضايا بدل من الفصل في موضوعها[4].

---

1. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. ص ص 181- 182.
2. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص 144- 145.
3. قرار رقم 179557 مؤرخ في 1998/03/17 م ق، غرفة الأحوال الشخصية، ع 02، س 1998، ص ص 79-80، "حيث أن القرار المنتقد عندما أيد الحكم القاضي برفض الدعوى على الحال هو بمثابة إمتناع عن الحكم لأنه لم يعتمد على أي نص قانوني، كما أن رفض الدعوى على الحال هو مدعاة لإطالة الخصام الذي لا يحقق الهدف المعقود على القضاء وعليه فالوجهين مؤسسين، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية والأطراف لنفس المجلس".
4. بوبشير محند أمقران، تغيير الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق، مقال في إطار الملتقى الوطني حول الأمن القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 05 و06 ديسمبر 2012. ص ص 72-73.

وحالة سبق الفصل في الموضوع من قبل جهة اول درجة أو استنفاذ الولاية الولاية الواقعي أو القانوني، هي الحالة التي يفترض فيها ان المحكمة فصلت فعلاً في الموضوع بالشكل الذي يقرره المشرع، وينتظره منها الخصوم بان نظرت في طلبات المدعي وأسانيده، ومحصة الأدلة وحققتها ومكنت الخصوم من حق الدفاع ثم أنتهت إلى إصابة موضوع النزاع في مقتل، إذ وهنا فقط يمكن القول أن المحكمة أستنفذت ولايتها قانوناً وواقعاً في الموضوع على النحو السابق شرحه أعلاه، على عكس حالة سبق تعرض جهة أول درجة للموضوع أو استنفاذ الولاية التحكمي، التي نعني بها تعرض المحكمة للموضوع بشكل غاية في السطحية، يتولد عنه حكم لا يرقى لأن يكون مستنفذاً لإحدى درجتي التقاضي لاحتوائه على عيوب تنزل به إلى مرتبة الاحكم، إذ قد يحدث وان تتعرض هذه الأخيرة للموضوع دون أن يكون ذلك بالضرورة فصلاً فيه، ويتحقق ذلك في الفرض الذي يظهر فيه لجهة الاستئناف بعد مقارنتها ملف الدعوى بالحكم المستأنف الصادر فيها، أن هناك عدم تناسب واضح بين ماتضمنه الملف من وقائع واسانيد وطلبات ودفوع ووسائل اثبات، وبين ما حواه الحكم المستانف في وقائعه وأسبابه، وهنا قد يبدو جلياً أن جهة أول درجة وان كانت حسمت الموضوع إلا أنها لم تفصل فيه ولم تستنفذ ولايتها واقعاً عليه باعتبار أن مفهوم استنفاذ الولاية القانوني او الواقعي على الموضوع لا ينصرف فقط إلى النتيجة أو المنطوق، بل يتعدى ذلك إلى كيفية استنفاذ هذه الولاية ويتحقق ذلك بمراقبة الحكم في أساسه الواقعي والقانوني على حد سواء[1].

وهي حالات تتعلق بقاعدة استنفاذ الولاية التي تتحكم وبشكل كبير في مكنة التصدي من قبل جهات الاستئناف التي يفرض عليها مبدأ التقاضي على درجتين ضرورة التثبت من أن قاضي أول درجة افرغ إخطاره واستنفذ ولايته بشكل يسمح لها بسحب ما تبقى له من ولاية غير مستنفذة عبر إعمال مكنة التصدي دون أن تقع في الحرج القانوني المتمثل في أولوية حماية التقاضي على درجتين كمبدأ، لاسيما في الحالة التي يتمسك فيها المستأنف أو حتى المستأنف عليه بوجه استئناف تحت عنوان عدم إشباع حقه القانوني في الدرجة الأولى للتقاضي من قبل قاضي أول درجة بمفهوم المادة 06 من ق إ م إ، رغم حسم هذا الأخير للموضوع بصورة تحكمية لا قانونية[2].

1. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص 146- 147.
2. المرجع نفسه، ص 145.

المبحث الثاني

مسألة إرجاع القضية لأول درجة وآليات الحماية القضائية لمبدأ التقاضي على درجتين.

رخصة التصدي متى توافرت مقوماتها من حالات وشروط تطبيقها خضع استخدامها أو على العكس عدم استخدامها لكامل سلطة هذه المحكمة التقديرية، هذه السلطة يسيطر عليها ضرورة التوازن الذي يتعين مراعاته بين الحفاظ على مبدأ التقاضي على درجتين وسرعة إنهاء النزاع، مع مراعاة ظروف هذا النزاع في مجمل عناصره، ووفقاً لذلك، للمحكمة السلطة في ألا تستخدم تلك الرخصة، وحيث إنها لا تستخدمها، فيتعين عليها أن تحيل النزاع إلى قضاة أول درجة[1].

كما قضي بأن من المقرر أن قبول محكمة أول درجة الدفع بعدم اختصاصها نوعياً بنظر الدعوى والقضاء به، هو دفع شكلي لا تستنفذ به ولايتها في نظر الموضوع فإذ استأنف حكمها وقضت محكمة الاستئناف بإلغائه وبرفض الدفع وجب عليها أن تعيد الدعوى إلى محكمة أول درجة للفصل في موضوعها، ومنه الدفع بعدم قبول الدعوى الذي لم تقل كلمتها فيه فلم تواجه هذا الدفع أو ترد عليه، ومن ثم لم تستنفذ ولايتها للفصل فيه، وإذا تصدت محكمة الاستئناف للموضوع وقضت في الدفع بعدم القبول فإنها تكون قد فوتت إحدى درجات التقاضي على الخصوم مع أن مبدأ التقاضي على درجتين من المبادئ الأساسية للنظام القضائي التي لا يجوز للمحكمة مخالفتها ولا يجوز للخصوم النزول عنها[2].

ومن المقرر انه في حالة ما إذا ألغت المحكمة الاستئنافية الحكم المستأنف وكان القانون يوجب عليها فيها إعادة الدعوى لمحكمة أول درجة كما في الحالات الكثيرة التي ذكرناها أن تفعل ذلك من تلقاء نفسها دون ما اشتراط أن يتمسك الخصم بذلك لأن مبدأ التقاضي على درجتين مبدأ أصيل في النظام القضائي ويتصل بالنظام العام[3].

مما يحتم علينا دراسة موقف القضاء والتشريع المقارن من إرجاع القضية في حالة عدم استنفاذ الولاية، إلى قاضي أول درجة، والتطرق إلى آليات حماية هذا المبدأ.

---

1. على أبو عطية هيكل، المرجع السابق. ص 178.
2. نقض 1980/12/16 الطعن رقم 673 س 40 ق. انظر: عبد الحميد المنشاوي، المرجع السابق، ص 1027.
3. عز الدين الدناصوري وحامد عكاز، التعليق على قانون المرافعات، ج5، دون ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،2017. ص 571.

المطلب الأول

موقف الفقه والقضاء والتشريع المقارن من إرجاع القضية إلى قاضي أول درجة كآلية لحماية مبدأ التقاضي على درجتين

وفي هذا الصدد نشير أن التشريعات الإجرائية لكل من مصر، قطر، الإمارات العربية المتحدة، البحرين، الأردن، أوردت نصوصاً أوجبت فيها على جهات الاستئناف عدم إعمال حقها في التصدي، وهذا في الحالة التي تتعرض فيها محكمة أول درجة إلى الطلب الأصلي دون الطلبات الاحتياطية، وأوجبت صراحةً على جهة الاستئناف في هذه الحالة إذا ما ألغت الحكم الفاصل في موضوع الطلب الأصلي أن تعيد القضية إلى محكمة أول درجة للفصل في الطلبات الاحتياطية، وهذا في حقيقة الأمر لا يعد استثناء عن قاعدة التصدي طالما أن الطلبات الاحتياطية غير المنظور فيها من محكمة أول درجة تعد في الأصل من قبل الطلبات الجديدة التي يحظر على جهة الاستئناف التعرض لها ابتداءً، لما في ذلك من إخلال بمبداء التقاضي على درجتين بحكم أن جهة أول درجة لم تستنفذ ولايتها على الطلبات الاحتياطية رغم سبق عرض هذه الطلبات عليها، وهنا نعود إلى التمييز الذي سبق وأن عرضناه أعلاه لدى تعرضنا إلى مفهوم استنفاذ الولاية بخصوص مسألة التمييز بين حالة سبق عرض الطلب على محكمة أول درجة وحالة سبق فصلها فيه، ومن حقنا أن نتساءل هاهنا عن الخيارات التي سوف تعتمدها جهاتنا الاستئنافية، في حالة نظرها في استئناف أحكام صادرة في الموضوع تقدر هي أنها لا ترقى لئن تكون مستنفذة للدرجة الأولى للتقاضي، أو في الحالة التي تلغي فيها الحكم في الموضوع الصادر في الطلب الأصلي واصطدامها وجهاً بوجه مع طلبات المستأنف الرامية إلى النظر له في طلباته الاحتياطية، التي سبق وأن عرضها احتياطاً على محكمة أول درجة، وهنا من الطبيعي أن نتساءل عما إذا كان من المتاح أمامها أن تنحى ما نحته التشريعات الإجرائية المقارنة في تطبيق نفس الآلية أعلاه بإحالة القضية على محكمة أول درجة، مع أن هذه الآلية لا تجد لها أي نظير في قانونا الإجرائي رغم احتمال مواجهة جهات ثاني درجة لمثل هذه الاحتمالات لاسيما ما يتعلق منها بالطلبات الاحتياطية[1].

1. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص 149- 151.

ونضيف إلى حالة الطلبات الاحتياطية أن بعض التشريعات الإجرائية، تنص صراحةً على إعدام حق جهات الاستئناف في التصدي، بأن نصت على عدم جواز التصدي ولو كانت مدعوة للنظر في استئناف حكم فاصل في الموضوع، مع ضرورة إحالة القضية على محكمة أول درجة في الحالة التي يتبين لها أن محكمة أول درجة مضت للفصل في موضوع الدعوى بعد أن ضمت دفعاً بعدم الاختصاص إلى الموضوع، وأوجبت عليها هاهنا لدى تحققها من عدم اختصاص المحكمة الفاصلة في الموضوع أن لا تمضي في نظر النزاع عن طريق التصدي، مع إحالة القضية على المحكمة المختصة في نظرها ابتداءً ولو كانت واقعة في دائرة نفس المجلس، وهي الآلية التي لا تصطدم هي الأخرى بفكرة استنفاذ الولاية بحكم أن المحكمة المحال عليها لم يسبق وان استنفذت ولايتها لا على الشكل ولا على الموضوع[1].

وفي حين أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية يجيز لجهة الاستئناف أن تتصدى للقضية للفصل فيها من حيث الموضوع، حتى ولو كانت غير مهيأة، بل يحق لها ان تجري فيها تحقيقاً قبل الفصل فيها من حيث الموضوع، لكن الأمر يبقى لجهة الاستئناف جوازياً، فإذا أمرت أنه من حسن سير العدالة أن تستعمل حقها في التصدي وتفصل في القضية ولا تعيدها إلى محكمة الدرجة الأولى قامت بذلك، أما إذا رأت عكس ذلك أنه من حسن سير العدالة إحترام مبدأ التقاضي على درجتين أمرت بإرجاع القضية إلى محكمة الدرجة الأولى، لأن هذه الأخيرة لم تستنفذ ولايتها من حيث الموضوع[2].

الأمر الذي كرسه المشرع الجزائري بموجب نص المادة 814 من ق إ م إ، مع انه حصر ذلك في جهة استئناف الأحكام الإدارية، ومع ذلك فكلنا أمل في أن تبادر جهاتنا الاستئنافية التابعة للقضاء العادي في إطار ما تفرضه عليها قواعد التفسير، إلى خلق نفس الآلية لدى جلوسها للنظر في استئناف حكم الدرجة الأولى الفاصل في الموضوع، في الحالة التي يتبين لها فيها أن هذه الأخيرة ورغم عدم اختصاصها المحلي راحت تمضي للنظر في الموضوع مستبعدةً الدفع المثار من قبل المستأنف بعدم اختصاصها محلياً في نظره وهي آلية يمكن إعمالها من قبل جهات القضاء العادي، رغم عدم النص عليها كما هو الشأن في باب القضاء الإداري لاتحاد العلة في الحالتين وهي صون حق التقاضي في التقاضي على درجتين، ونشدد في هذا الصدد ان الاجتهادات القضائية المقارنة كثيراً ما تورد استثناءات على قاعدة التصدي لموضوع الأحكام المستأنفة ولو تعلق الأمر بأحكام فاصلة في موضوع النزاع، والملاحظ أن هذه الاجتهادات كرست ممارسة مفادها أنه لا يقع على جهات الاستئناف أن تنتظر دائماً

1. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص 151.

2. عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء أراء الفقهاء وأحكام القضاء، المرجع السابق، ص 361.

تدخل المشرع ليميز لها ما بين الحالات التي يسمح لها فيها بإعادة إحالة القضية على محكمة أول درجة من الحالات التي يتعين عليها فيها إعمال حقها في التصدي، معتبرةً أنه يكفيها لخلق هذه الآلية تكريس حق التقاضي على درجتين كمبدأ من مبادئ النظام القضائي[1].

وكل من القانونين المصري والفرنسي لا يسمحان بأن يطرح على محكمة الاستئناف الطلب الذي طرح على محكمة الدرجة الأولى وأغفلت الفصل فيه، وإنما على العكس قد هيئا السبيل – بطريق مخصوص – أمام الطالب لكي يرجع إلى ذات المحكمة التي اغفلت الفصل في طلبه للفصل فيه، وبذلك لا يفرط هذان الأخيران في درجة التقاضي الأولى أمام محاكم أول درجة، ويضمنان بالتالي للخصوم وجود درجة ثانية هي محاكم الاستئناف والتي سيأتي دورها ولكن لإعادة الفصل في الطلب بعد أن تنتهي محكمة الدرجة الأولى من الفصل فيه، والغريب أن يتفق القانون المصري مع القانون الفرنسي تجاه هذه المسألة رغم أن مواقفهما متباعدة تجاه قبول الطلبات الجديدة في الاستئناف وكذا تجاه التصدي[2].

وفي هذا الإطار نشير أن الاجتهاد القضائي الفرنسي وبدافع السير الحسن للعدالة واحترام مبدأ التقاضي على درجتين يجيز إحالة القضية على محكمة أول درجة في بعض الأحوال، رغم أن قانون الإجراءات المدنية الفرنسي لا ينص على هذه الآلية بصريح النص، ومع ذلك فالاجتهاد القضائي يمنع على جهات الاستئناف في بعض الأحوال التصدي لموضوع الدعوى في الحالات التي يقدر فيها أن هذا التصدي يصطدم والسير الحسن للعدالة، بل ويعتمد خيار إعادة القضية إلى محكمة أول درجة بغض النظر عن سبق تعرضها للنظر، وكذلك الشأن بالنسبة للقضاء التونسي[3]، وكذا الفقه التونسي الذي يرى

---

1. معزوزي علاوة، المرجع نفسه، ص ص 151- 152.
2. نبيل إسماعيل عمر، قانون أصول المحاكمات المدنية، ط2، المرجع السابق، ص ص 563- 564.
3. قرار تعقيبي مدني عدد 4951 مؤرخ في 1967/04/18 " اقتضى الفصل 149 م.م.م.ت.أنه إذا كان الحكم المستأنف صادراً في شان دفوعات شكلية ورأت محكمة الاستئناف نقض ذلك الحكم فلها أن تبت في جوهر الدعوى ان كان موضوعها قابلاً للفصل فيه، ويفهم من هذا النص القانوني أنه لا يجوز لمحكمة الاستئناف في تلك الصورة التصدي للأصل إلا إذا كانت القضية مهيأة للحكم بموجب التحقيقات والإجراءات التي تمت لدى المحكمة الابتدائية وتناقش فيها الخصوم- وتفريعاً على ذلك يكون قابلا للنقض القرار ألاستئنافي الذي قضى في أصل الدعوى وفقاً للفصل 149 المشار إليه وذلك بناء على تحقيقات لم تجر لدى قضاة الدرجة الأولى.(ن م ت)".
. قرار تعقيبي مدني عدد 3680 مؤرخ في 2000/12/05 " اقتضى الفصل 149 م.م.م.ت. الذي كرس مبدأ التقاضي على درجتين أن الحكم المستأنف إذا كان صادر في دفع شكلي ورأت محكمة الاستئناف عدم صحة ذلك الحكم فلها أن ترجع القضية إلى محكمة الدرجة الأولى للنظر في الموضوع أو بوصفها محكمة أصل أن تبت فيه إن كان قابلاً للفصل. (ن م ت)". مشار إليهما لدى: نزار كرامي، المرجع السابق، ص ص 241- 242.

انه يمكن لمحكمة الاستئناف أن تتخذ قرارات عدة بحسب حالات الطعن، فإذا كان الحكم مستأنف صادر في دفع شكلي ورأت المحكمة نقض ذلك الحكم فلها أن تبث في جوهر الدعوى إذا كان موضوعها قابل للفصل فيه، أي تبين لها أن القضية مهيأة للحكم بموجب التحقيقات والإجراءات التي تمت لدى المحكمة الابتدائية وتناقش فيها الخصوم، أما إذا تبين لها أن الدعوى غير مهيأة للفصل لنقص في الأبحاث أو الوثائق أو غياب أبحاث لم تجرى لدى قضاة الدرجة الأولى، فإن القانون يمنع عليها التصدي للأصل وعليها إذن أن تقتصر على نقض الحكم المطعون فيه وإرجاع القضية إلى محكمة الدرجة الأولى للنظر في الموضوع، وهذا المنع مرده حرص المشرع على عدم حرمان المتقاضي درجة من درجات التقاضي[1].

وعليه فإن الحكم بالإرجاع يبقي على نفس الخصومة كما هي أول مرة، ولكن ذلك لا يعني أن كتابة المحكمة ستقوم بجميع الإجراءات بل يحمل على الأطراف مباشرة الإجراءات اللازمة أمام المحكمة المحال عليها، فقط أن الخصومة يعتد بتاريخ افتتاحها أول مرة أمام محكمة البداية بالرغم من الاستئناف والإرجاع[2].

الفرع الأول: موقف الاجتهاد القضائي الجزائري من مسألة إرجاع القضية إلى قاضي أول درجة.

إذا نظرنا إلى موقف الاجتهاد القضائي الجزائري من مسألة التصدي والحدود الواردة عليه، فإننا وباستقراء ما هو منشور من قرارات قضائية يمكن أن نلاحظ أن المحكمة العليا في المراحل الأولى والوسطى من عمر القانون الملغى، سعت إلى الحرص على تكريس الجهات القضائية لحق التقاضي على درجتين في تطبيقاتها لنص المادة 109 من قانون الإجراءات المدنية، بأن ذهبت هي الأخرى على غرار ما ذهب إليه القضاء المقارن أعلاه إلى وضع حد إلى لهيمنة جهات الاستئناف على موضوع الدعوى بتقليص حقها في التصدي في حالة إلغاء الحكم المستأنف، بان اعتمدت آلية إرجاع القضية إلى محكمة أول درجة، في الحالة التي لا تكون فيها القضية مهيأة للفصل فيها[3].

---

1. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص 152- 153.
2. علي كحلون، التعليق على مجلة المرافعات المدنية والتجارية، ط1، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2016، ص 313.
3. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص 153- 154.

وتستطيع المحكمة الاستئنافية مدنية كانت أو إدارية أن تحيل القضية من جديد أمام قضاة الدرجة الأولى بعد إلغاء حكمهم الصادر بعدم الاختصاص أو بعدم القبول مثلاً أو المعيب في الشكل أو في الإجراءات، إذا كانت هذه القضية في حاجة إلى تحقق إضافي أو لم يقدم الأطراف طلباتهم في الموضوع، أو إذا استعملت سلطتها الاختيارية، في عدم التصدي للقضية فالإحالة لا تعتبر هنا خروجاً عن الأثر الناقل بل تتماشى معه، ويمكننا أن نبرز الفكرة في المواد المدنية بالاستعانة بأحد أحكام المجلس الأعلى الصادرة في طعن بالنقض ضد حكم مجلس سطيف القضائي الذي حكم بناءً على تقرير خبرة أمر به ببطلان الإجراءات، بسبب أن وارثين لم يطلب إدخالهما في الخصومة، ومن ثم أحال القضية والأطراف ثانيةً أمام محكمة برج بوعريريج، وقد استند الطاعن على تجاهل المجلس القضائي لأثر الاستئناف الانتقالي، فخالف بذلك القانون إذ كان يجب عليه الفصل في النزاع المطروح أمامه لا التخلي عن القضية لجهة قضائية أخرى وقد جاء في هذا الحكم مايلي[1]: " لكن حيث أن الحكم المستأنف لم يفصل في الموضوع وبالتالي فلم يكن لمجلس قضاء سطيف إلا حق التصدي له بشرط أن تكون القضية مهيأة للفصل فيها طبقاً للمادة 109 من قانون الإجراءات المدنية، إلا أنه في القضية لم يدخل وارثان في خصومة القسمة، وبذلك كان لا يمكن الفصل فيها نهائياً ومن ثم صار هذا الوجه مقبول". قرار بتاريخ 1969/03/05 المجلس الأعلى، الغرفة المدنية غير منشور، القضية بين م عمر وضد فريق م.

وهو المنحى الذي يبدوا أنه لم يتم الاستمرار فيه في النصف الثاني من عمر القانون السابق سواء من قبل المحكمة العليا في قراراتها الحديثة، أو من قبل جهات الاستئناف التي لا تزال ماضية في هيمنتها الكلية على مواضيع الأحكام المستأنفة بتصديها الدائم للموضوع، وامتد هذا الوضع حتى في ظل القانون الحالي بغض النظر عن استنفاذ جهة أول درجة لولايتها على موضوع النزاع، ودونما إيلاء أي اعتبار لحق المتقاضي في عرض دعواه على درجتين المكرس كمبدأ بصريح نص المادة 06 من ق إ م إ، وهو المبدأ الذي وإن كان لا يرقى كما سبق وان ذكرنا إلى مصاف المبادئ الدستورية في المواد المدنية والإدارية، إلا أنه يبقى على الأقل من المبادئ العامة للنظام القضائي التي يتعين على قاض الاستئناف أن يعمل على ضمان تفعيل تكريسها في قراراته كل ما كان هناك مقتضى لذلك، الأمر الذي

1. بشير محمد، الاستئناف كطريق طعن عادي في الأحكام الإدارية في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 1983، ص ص 179- 180.

لن يتأتى إلا بوضع حدود لحقه في التصدي لاسيما إذا علمنا أن التصدي في معناه الاصطلاحي يصطدم في الغالب مع مبدأ التقاضي على درجتين[1].

ومع كل ذلك فالواضح مما هو سائد من تطبيقات قضائية لجهاتنا القضائية الاستئنافية، أنها لا تتردد في التعرض لمواضيع الأحكام المستأنفة، ولا تعيد إرجاع القضية إلى محكمة أول درجة في كل الأحوال، وهو الأمر الذي خلق اعتقاد لدى جهات الاستئناف جعل من التصدي بمثابة الأصل الذي لا استثناء له، لاسيما لدى جلوسها للنظر في استئناف أحكام فاصلة في موضوع النزاع، رغم انه من السهل توقع مواجهة جهات ثاني درجة لمواقف قد تؤدي بها– إن هي أعملت فعلاً مبدأ التقاضي على درجتين – إلى الوقوف عند حد إلغاء الحكم المستأنف دون المضي في نظر الموضوع مع إعادة القضية إلى محكمة أول درجة[2].

وفي هذا الإطار نسوق مثال عما تضمنته المادتان 293 و 295 من ق إ م إ[3] اللتان ترتبان اعتبار الحكم الصادر عن محكمة أول درجة حضورياً في حالة تخلف المدعى عليه رغم تكليفه شخصياً بالحضور، مع حرمانه من حق الطعن بطريق المعارضة في ما قد يصدر ضده من أحكام، وهنا قد نتوقع موقفاً من محكمة أول درجة التي تسبغ خطأً على حكم غيابي وصف الاعتباري الحضوري، رغم أن المدعى عليه لم يكلف شخصياً بالحضور وتحكم في الموضوع لصالح المدعي الذي لا يروقه الحكم ويبادر إلى الطعن فيه بالاستئناف، وبالتوازي مع ذلك يسجل المدعى عليه استئنافاً فرعياً، وهنا يدفع بعدم استيفاء حقه في الدرجة الأولى من التقاضي التي تسببت محكمة درجة في حرمانه منها بخطأ منها في الوصف، فضلاً على أن يده سوف تكون مغلولة هناك في الحالة التي يرتئي فيها تقديم طلبات جديدة لاصطدام ذلك مع قاعدة حظر تقديم الطلبات الجديدة، أمام محكمة الاستئناف، إذ ومن الواضح في مثل هذا الموقف أن جهة ثاني درجة تجد نفسها مضطرة إلى إرجاع القضية إلى محكمة أول درجة، لما في تصديها من إخلال جسيم بمبدأ التقاضي على درجتين وبمبادئ المحاكمة العادلة وهو الأمر الذي لا يتأتى إلا بالمبادرة إلى خلق آلية تسمح بإرجاع النزاع إلى محكمة أول درجة بغض النظر عن سبق

---

1. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص 154.
2. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص 153– 155.
3. نصت المادة 293 من ق إ م إ أنه: " إذا تخلف المدعى عليه المكلف بالحضور شخصياً أو وكيله أو محاميه عن الحضور، يفصل بحكم اعتباري حضوري.".
. نصت المادة 295 من ق إ م إ أنه: " الحكم المعتبر حضورياً غير قابل للمعارضة. ".

تعرض هذه الأخيرة للموضوع، بإضفاء بعض المرونة القضائية – تحت وطأة هذا المبدأ– على قاعدة التصدي لموضوع النزاع في حالة استئناف أحكام فاصلة في الموضوع كلما كان هناك محل لذلك[1].

الفرع الثاني: الطعن الاستدراكي كنموذج لخلق آلية قضائية لإرجاع القضية إلى قاضي أول درجة

رغم أن طرق الطعن العادية منها وغير العادية مذكورة على سبيل الحصر في القانون، إلا أن المحكمة العليا تطالعنا من حين إلى أخر بقرارات تفصل فيها بناءً على طعون استدراكية، وهي تسمية خلقها الاجتهاد القضائي، أضاف بها هذا الطعن إلى قائمة الطعون المسماة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهو طعن يوجه في الحالة التي تخالف فيها المحكمة العليا الثابت من أوراق الملف، وتقضي فيها بعدم قبول الطعن شكلاً على أساس تخلف الطاعن عن القيام بالإجراءات الشكلية اللازمة كما هو الشأن في عدم إيداع مذكرة بأوجه الطعن، أو لعدم توقيعها من محامي معتمد أو لعدم إدراج نسخة من القرار المطعون فيه أو لتسجيل الاستئناف أو الطعن خارج الآجال[2]...، رغم أن الملف نفسه الذي هو بين أيديها يبين أن الطاعن التزم بكافة الإجراءات والشكليات المستوجبة لقبول طعنة من الناحية الشكلية، أو أن الملف لا يحتوي على معطيات تكفي بالجزم باستلامه الإعذار الموجه إليه لغرض إدراج مذكرة تدعيم الطعن أو أية وثيقة أخرى طي الملف[3].

---

1. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص 155– 156.
2. " أنظر كمثال على ذلك القرار الصادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا بتاريخ 2018/06/20 رقم 1200776 غير منشور، الذي سحب القرار الصادر عن نفس الغرفة بتاريخ 2015/05/14 بناءً على طعن استدراكي في هذا القرار الذي سبق وأن قضى بنقض القرار الصادر عن مجلس قضاء قالمة بتاريخ 2012/02/27 دون إحالة اعتماداً على الوجه المثار تلقائياً الذي مفاده أن جهة الاستئناف تم إخطارها بإستئناف غير مقبول من الناحية الشكلية لوروده خارج أجل الشهر المحدد في المادة 336 من ق إ م إ، وهو الوجه الذي ثبت بعدها عدم سداده من طرف المحكمة العليا بعد إعادة إخطارها مجدداً بناءً على طعن استدراكي بعد ان تمسك الطاعن في الاستدراك بأن استئنافه تم رفعه في الأجل القانوني المقدر بشهرين طالما أن تبليغ الحكم لم يكن له شخصياً هو وإنما إلى أحد أبنائه مما يمدد أجل الاستئناف إلى شهر آخر طبقاً للمادة 336 فقرة 2 من ق إ م إ، لتخلص المحكمة العليا بعدها إلى ارتكابها إلى خطأ مرفقي وسمحت لنفسها بمراجعة قضائها بناء على إخطار جديد في إطار الطعن الاستدراكي توج بقبوله من حيث الشكل وسحب القرار الصادر بتاريخ 2015/05/14 تحت رقم 0918248 وقبول الطعن بالنقض شكلاً ورفضه موضوعاً، ويلاحظ هنا أن المحكمة العليا تجاوزت حتى أحكام المادة 314 من ق إ م إ، التي تحصن الأحكام الحضورية من أي طعن بعد مضي سنتين عن صدورها ولو لم تبلغ رسمياً". أنظر: معزوزي علاوة، المرجع السابق، حاشية ص105.
3. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص 105– 106.

ورغم أن المحكمة العليا وبقضائها في مسألة عدم قبول الطعن شكلاً تكون هي الأخرى قد استنفذت ولايتها في هذه النقطة، ويترتب على ذلك من الناحية النظرية ليس فقط ترتيب حجية الشيء المقضي فيه للقرار المطعون فيه بالنقض، وإنما يتعدى ذلك إلى إضفاء قوة الشيء المقضي فيه على هذا القرار بتحصينه نهائياً من أي طعن محتمل، إلا أنها وبخلقها لمثل هذا الطعن تكون قد غضت الطرف عن إملاءات قرينة الحجية وقاعدة إستنفاذ الولاية، وهو توجه نباركه في اجتهاد المحكمة العليا التي خلقت متنفساً للطاعن المقضي بعد قبول طعنه شكلاً بسبب تقصير ارتكبه مرفق القضاء الذي خالف الثابت يقيناً في أوراق الملف، وهو توجه فيه تغليب لفكرة العدالة الموضوعية على فكرة العدل الشكلي، فضلاً عن كونه اتجاهاً من المحكمة العليا يستشف منه أنها لا تعترف بأي حجية للقرارات الصادرة في المسائل الشكلية أو في عدم القبول طالما أنها تقبل إعادة إخطارها من جديد – عبر آلية الطعن الاستدراكي – لإعادة النظر في نفس المسألة الشكلية التي سبق وان قطعت فيها بقرار بات، وهذا خلاف بعض التفسيرات المتعلقة بأحكام المادة 296 من ق إ م إ، وحتى بعض القرارات الصادرة عن المحكمة العليا التي تعترف للأحكام الفاصلة في دفوع شكلية أو بعدم القبول بحجية تتشابه إلى حد كبير مع حجية الشيء المقضي فيه بمفهوم المادة 338 من القانون المدني، والواقع هنا أن المحكمة العليا آثرت تغليب إعمال واجبها الدستوري في إفراغ إخطارها بإكمال إستنفاذ ولايتها على النزاع المعروض عليها، على التقيد بقاعدة استنفاذ الولاية ووصل بها الأمر إلى حد خلق طريق طعن جديد ذي صناعية قضائية بحتة[1].

ونعيد الإشارة في هذا المقام أنه ليس على المشرع دائماً أن يوضح بالتدقيق ما يقع الجهات القضائية من إجراءات في مادة معينة بالتعمق في التفاصيل، إذ يبقى عليها هي في إطار ما توجبه عليها قواعد التفسير الغائي للنص الإجرائي أن تجتهد لاستدراك القصور الذي قد يشوب النصوص، بأن تلعب دوراً مكملاً للقانون إذا ما رأت في إطار تفسيرها لمادة قانونية محددة أن رغبة المشرع لا تتأتى إلا بخلق آلية معينة تحقيقاً لغاية رامها القانون، ويستوي ان تكون هذه الغاية فد عبر عنها المشرع بالتصريح أو بالتلميح، وهو الأمر الذي سارت عليه اجتهادات محاكم الاستئناف ومحكمة النقض المصرية التي خلقت آلية أتاحت لجهات الاستئناف إعادة القضية إلى محكمة أول درجة في الحالة التي يتم إخطارها

1. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص 106– 107.

فيها بناء على حكم تضمن فصلاً في أحد الدفوع الشكلية، رغم أن قانون المرافعات المصري لا ينص صراحةً على هذه الآلية في مثل هذه الحالات[1].

المطلب الثاني

آليات الحماية القضائية لمبدأ التقاضي على درجتين.

انتهى التطور القانوني إلى جعل التقاضي على درجتين، وان للخصم – المحكوم عليه – الحق في استئناف الحكم الصادر من أول درجة، وذلك لتصحيح الغلط أو رفع الظلم الواقع في هذا الحكم، ولأن في الحكم الاستئنافي قوة أعظم وثقة اكبر مما في الحكم الابتدائي نظراً لأن القضاة الذين أصدروه في الاستئناف هم في الغالب أكثر عدداً وأكبر سناً وأوفر خبرة، خاصةً وأنهم ينظرون الدعوة مرة أخرى بعد أن تكون قد حققت أمام محكمة الدرجة الأولى و توضحت بالمناقشات، فهذا المبدأ من مستلزمات العدالة[2].

ومع ذلك فإن هامش تدخل كل من هذه الجهات في تكريس مبدأ التقاضي على درجتين بمفهومه الموضوعي لا الشكلي، يختلف باختلاف كل منهما فضلاً على أنه يختلف باختلاف الهامش المفتوح لها لممارسة حق التصدي شديد الصلة بمبدا التقاضي على درجتين، وهو الأمر الذي يقودنا إلى التعرض إلى حدود وآليات الحماية القضائية للمبدأ، ومجال تدخل كل من هذه الجهات في تكريس هذا المبدأ، بدء بالمحكمة مروراً بالمجلس القضائي وصولاً إلى المحكمة العليا[3]، ثم المحكمة الدستورية.

بإعتبار الدفع بعدم الدستورية إجراء قضائي تتبلور من خلاله الرقابة البعدية على مدى دستورية النصوص التشريعية[4].

---

1. المرجع نفسه، ص 125.
2. أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ص 24– 25.
3. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص 28.
4. لعيدي خيرة ووافي حاجة، الدفع بعدم الدستورية أمام قاضي الموضوع، مجلة القانون العقاري والبيئة، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة إبن باديس مستغانم، مجلد 07 ع 13، س 2019، ص 56.

وإذا كان مبدأ التقاضي على درجتين صناعة تشريعية إلا أن المستقرئ لأحكام هذه الصناعة يقف على أن التشريع الجزائري وإن كان نص عليه في باب المبادئ التي تحكم سير المحاكمة العادلة، المذكورة في المواد من 01 إلى 12 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إلا أنه لم يأتي على وضع أية آليات تشريعية أمام القاضي للتكريس الفعلي لهذا المبدأ، وهو بذلك يُحمِّل القاضي عبء خلق مثل هذه الآليات على نحو يضمن به حماية حق المتقاضي في درجتي التقاضي على حد سواء، وهي الحماية التي تستدعي من القاضي عدم الاكتفاء بالتكريس الشكلي لهذه الحماية بحصرها في مجرد إبقاء المجال مفتوحاً أمام المتقاضي لإعادة عرض النزاع أمام جهة الاستئناف، التي يقع عليها هي الأخرى التكريس الفعلي ليس فقط للدرجة الثانية وإنما بسط رقابتها على قضاء المحكمة، وما إذا كان يشكل فعلاً استهلاكاً للدرجة الأولى للتقاضي بالمعنى الذي يقصده المبدأ بمفهوم المادة 06 من ق إ م إ، عبر التضييق من مجال التصدي للمسائل غير المفصول فيها عن طريق خلق آلية تتيح إعادة الملف إلى قاضي أول درجة لاستكمال ما بقى عالقاً من ولاية له على النزاع، وفي هذا الإطار فإن الحماية القضائية لمبدأ التقاضي على درجتين، تتوسع وتضيق بحسب النظرة القضائية للمبدأ ما بين معناه الشكلي ومعناه الموضوعي كما سنوضح أدناه[1].

الفرع الأول: الآليات المتاحة أمام القاضي لحماية مبدأ التقاضي على درجتين.

الواقع أن القاضي وبما يقع عليه من التزام بتفسير النصوص القانونية قبل تطبيقها، يجد نفسه مضطراً للوقوف أولاً عند واجب الحرص على التكريس الفعلي للمبادئ التي تحكم سير جهاز القضاء، والتي يتعين عليه احترامها ضماناً لحق المتقاضي والمجتمع ككل في الحصول، على حماية قضائية فقاً

1. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص 18.

لأسس والمبادئ المتعارف عليها وطنياً ودولياً[1]، ومن بينها مبدأ التقاضي على درجتين الذي يعد في الواقع مبدأً عالمياً مكرساً في كافة الأنظمة القانونية[2].

ويجب على القاضي إن يرد على على كل ادعاء تمسك به أحد الخصوم بأسباب كافية، سواء تعلق الأمر بطلب أو دفع أو دفاع، فيتعين عليه ان يسبب حكمه بالرد على كل طلب وان يبدي رأيه بالنسبة لكل دفع أو دفاع مطروح عليه، وينبغي ألا يوجد تناقض بين أسباب الحكم، فإذا أدى التناقض إلى ما تتماحى به الأسباب، فلا يبقى ما يمكن حمل الحكم عليه، ولا يمكن فهم منطوق الحكم على أي أساس أقيم عليه، ولا يصح أن تكون الأسباب متناقضة مع المنطوق[3].

---

1. " أما على المستوى الدولي فإن الاتفاقية الأوروبية لا تنص صراحة على الحق في الاستئناف الذي يعتبر أحد أوجه مبدأ التقاضي على درجتين، إلا أن قرارات المحكمة الأوروبية تفيد بأن هذا الحق متأصل في الحق في المحاكمة العادلة المكفول بموجب المادة 06 من الاتفاقية الأوروبية – بروتوكول رقم 07 لاتفاقية حقوق الإنسان والحريات الأساسية الصادر في 1984/11/22– كما أنه مكفول صراحةً في المادة02 من البروتوكول السابع للاتفاقية الأوروبية.

ورأت اللجنة الأفريقية أن الحق في الاستئناف قد انتهك عند صدور مرسوم يحظر تحديداً استئناف أحكام المحاكم الخاصة التي قضي بتأسيسها.

ويجب أن تجرى مراجعة الأحكام الابتدائية من محكمة تفوقها درجة ويضمن هذا الحق أن يفحص القضاء الحالة المعروضة على مرحلتين، على أن تكون الثانية تفوق الأولى من حيث الدرجة وقد وجدت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان أن مراجعة الحكم أمام القاضي الذي سبق أن أصدره لا يفي بهذا الشرط الأساسي، ورغم أن اللجنة المذكورة قد أوضحت أن المادة 14(5) من العهد الدولي للحقوق السياسية لا تلزم الدول بأن توفر أكثر من مرحلة واحدة للاستئناف، لكنها قالت إن عبارة – وفقاً للقانون – تعني أنه إذا كان القانون المحلي يقضي بأكثر من مرحلة للاستئناف في إطار نظره في الدعوى، فإنه يجب فتح الباب أمام أي شخص للانتفاع بصورة فعالة من هذه المراحل الأخرى، ويجب أن تكون هذه المراجعة مراجعة صحيحة للقضايا المتضمنة في الدعوى.

وقد أوضحت اللجنة الأمريكية الدولية أن التزام الدولة بضمان الحق في الاستئناف لا يتطلب فقط إقرار القوانين، ولكن يستلزم اتخاذ تدابير تكفل ممارسة هذا الحق، ورأت أن المغالاة في الشكليات والاشتطاط في تضييق المدد المخصصة لطلب الاستئناف، والتباطؤ الشديد في البث في دعاوى الاستئناف، بمثابة عقبات في وجه تفعيل هذا الحق في بنما، وقد أوضحت اللجنة الأمريكية الدولية أن نظر دعاوى الاستئناف أمام محاكم تفتقر إلى الاستقلالية أو غير مؤهلة للقيام بوظيفة المراجعة القضائية أمران لا يتفقان مع الحق في الاستئناف الذي تكفله الاتفاقية الأمريكية".

أنظر: مولاي جلطي قادة، المحاكمة العادلة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة ماجستير، جامعة سيدي بلعباس – الجزائر– 2015، ص ص 174– 175.

2. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص 28– 29.

3. عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء أراء الفقهاء وأحكام القضاء، المرجع السابق، ص ص 616– 617.

وبالرجوع إلى الأساس التشريعي للمبدأ فإن المادة 06 من ق إ م إ وبنصها على " المبدأ أن التقاضي على درجتين ما لم ينص القانون على خلاف ذلك "، تكون فضلاً عن تكريسها للمبدأ قد حصرت مكنة الخروج عليه فيما يقرره القانون والقانون وحده، وبالنتيجة فليس للقاضي أي هامش في وضع أية استثناءات عن المبدأ خلاف تلك التي يقرها القانون، وهي الاستثناءات التي قد يضعها القاضي في ممارسته القضائية من حيث لا يدري، طالما أن العبرة بالنسبة لقاضي أول درجة ليس فقط في الحرص على وصف حكمه بالابتدائي الذي يعد في الحقيقة مجرد تكريس شكلي ميكانيكي لمبدأ التقاضي على درجتين، كما أن العبرة بالنسبة لقاضي ثاني درجة ليست فقط في تلقي ملف القضية والحكم الصادر فيها وإصدار قضاء ثان قي شأنها، فالمسألة هنا تسمو بكثير عن مجرد خلق جسر عمودي بين جهتي أول وثاني درجة، يسمح بتنقل الملف في حركة تصاعدية من جهة أدنى إلى جهة أعلى، فمفهوم الدرجة يسمو بكثير عن هذا المعنى، فالقاضي وإن نظر للدرجة الأولى للتقاضي من هذه الزاوية، يكون قد أورد – بممارسته – استثناءات على حق المتقاضي في التقاضي على درجتين، رغم أن المشرع يحظر عليه ذلك بموجب المادة 06 أعلاه، وبالتالي فمن الطبيعي أن نتساءل إذن عن دور القاضي بوجع عام كحام للمبدأ والآليات الواجب اعتمادها لتكريس حقيقي لحق المتقاضي في التقاضي على درجتين بالمعنى الموضوعي الذي يقصده المبدأ[1].

أولاً: آليات حماية المبدأ من قبل قاضي أول درجة.

يجب على القاضي أن يبين بوضوح الوقائع والأدلة التي اعتمدها لتكوين اقتناعه، مما يمكن المحكمة العليا من بسط رقابتها على ثبوت هذه الوقائع، ودليل هذا الثبوت للتحقق من انه من الأدلة التي يسمح القانون بناء الحكم عليها، وتبعاً لذلك فلا يكفي ابدأء أسباب مبهمة أو غامضة أو مجملة، فلا ينبغي أن يقتصر القاضي على رفض طلب ما على أساس أنه غير مبرر أو غير مؤسس وغيرها من العبارات الغامضة[2].

ويساهم قاضي أول درجة من جهته في تكريس الدرجة الأولى للتقاضي بمعناها الموضوعي، عبر الحرص على استنفاذ ولايته الكاملة على النزاع وعدم إبقاء أية مقتضيات عالقة أمامه، ثم إعطاء رأيه القانوني في كل المسائل الواقعية والقانونية المثارة والتي يجمعها في تسبيب الحكم في حيثيات تتعدد بتعدد النقاط المثارة قانونية كانت أو واقعية، ثم ينهي ولايته بمنطوق واضح يتضمن عصارة ما خلص

1. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص 29.
2. عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء أراء الفقهاء وأحكام القضاء، المرجع السابق، ص 616.

إليه من رأي قضائي مستمد من نظرته لكل الأسس الواقعية والقانونية التي تضمنها الملف، والواقع أن مساهمة قاض أول درجة في إشباع حاجة المتقاضي في الدرجة الأولى للتقاضي بمفهوم المادة 06 من ق إ م إ، لا يمكن أن تنحصر فقط في الحرص على وصف حكمه بالابتدائي، لأن التسليم بذلك يقزّم دور قاضي أول درجة في حماية المبدأ في مجرد عبارة لغوية بسيطة يضعها في مقدمة المنطوق، وهي وصف الحكم بالابتدائي وهذا يعد مجرد عمل آلي شأنه شأن وصف الحكم بالحضوري أو الغيابي[1].

والأصل أن تثبت الحجية لمنطوق الحكم وحده، ومنطوق الحكم هو ذلك الجزء الذي يتضمن القرار الذي اتخذته المحكمة وهو الجزء الأهم في الحكم، إذ أنه ليس مجرد ملخص للحكم وإنما هو المكان الذي يتم فيه إصدار القرارات حول كل ما تم النزاع فيه، فهو يحتوي على حل النزاع، ويتعرض لمسائل الاختصاص، حق الدفاع، الطلبات العارضة والمسائل العارضة، كما يتضمن كل القرارات التبعية التي تتصل بالتعويضات والمصاريف، ولكنه لا يحتوي عادةً التفسيرات، التي تتولاها الأسباب، ونظراً لأنه يحوي القول الفصل في القضية، وبدونه لا يوجد فعلاً قرار قضائي فإنه يجب أن يكون كافياً بذاته بأن يكون كاملاً بحيث يعلن عن كل ما هو ضروري لتنفيذ الحكم، فإذا أتصل الأمر مثلاً بممارسة حق فلا يكتفي المنطوق بالاعتراف بوجد الحق ولكن يوضح طرق ممارسته ويجب أن يتسم حتماً بالوضوح التام لأنه هو الذي يمثل السند التنفيذي وصياغته يجب أن تكون قاطعة ومحددة، لأنه يفصل في حقوق الخصوم ومراكزهم القانونية، فلا يجب أن يترك بحثاً وراء ما يقصده القلم، ولا يجب أن يصدر منطوق الحكم في صورة أحكام أو مبادئ عامة أو تنظيمية بل يجب أن يتمثل موضوعه في تسوية نزاع محدد، وليست هناك طريقة معينة لكتابة المنطوق وإن كان المنطق والعرف يدعوان إلى ان يذكر المنطوق أولاً إجراءات الإدارة القضائية وذلك عند اللزوم، ثم ذكر القرارات التي تتصل بقبول الدعوى أو الدفوع الإجرائية ثم الرد على مختلف الطلبات الأصلية والعارضة، وطلبات التدخل والاختصام، ثم الرد على النفاذ العاجل للحكم، وأخيراً توضيح الموقف بصدد المصاريف والرسوم والتعويضات[2].

وما يهمنا هنا هو كيفية تكريس قاضي أول درجة لمبدأ التقاضي على درجتين، هذا الأخير الذي سوف يكون مدعواً إلى تمكين المتقاضي من حقه في الحماية القضائية التي ينشدها عبر طريق الدعوى، التي تتضمن طلباً قضائياً تترب عنه أثار في مواجهة قاضي أول درجة، الذي يلتزم ليس فقط بالفصل في الطلب وإنما بالتحقيق فيه، ولن يكون ذلك إلا ببذل مجهود عقلي فكري، عبر حصر النزاع والتحقيق

1. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص 30.
2. أحمد هندى، أسباب الحكم المرتبطة بالمنطوق، المرجع السابق، 2005، ص ص 19- 21.

فيه ثم إعطائه التكييف القانوني الذي يراه صحيحاً[1]، ويحتل التكييف القانوني أهمية كبرى في العمل القضائي باعتباره عمل قانوني يقوم به قاضي الموضوع من أجل إيجاد حل للنزاع المطروح عليه، ذلك أنه إذا اعتبرنا الواقع منطقة سفلى والقانون منطقة عليا، فإن التكييف يعد منطقة قانونية وفنية وسطى يقوم القاضي فيها بملاقاة الواقع والقانون، حيث يتمكن بذلك من تطبيق القانون على الواقع[2].

ومن جهة أخرى يجب أن يلاحظ أن القاضي غير ملزم بإحترام التكييف القانوني الذي يعطيه الخصوم لوقائع النزاع، فالقاضي يعلم القانون وهو ملزم بإعماله وإلا تعرض لجزاءات مدنية وجزائية، وبناءً على ذلك يستطيع القاضي أن يكيف وقائع الخصوم التي قدموها إليه التكييف القانوني الذي تستجيب إليه هذه الوقائع، كل هذا يتم بصرف النظر عن تكيفيات الخصوم أو أوصافهم القانونية[3].

ثم إجابة كافة الخصوم عن دفوعهم وطلباتهم بكافة أنواعها، ثم إنزال عنصر القانون على الواقع المعروض عليه من الخصوم، فهو وإن عالج الطلب القضائي بعناية كاملة على الوجه السابق يكون قد مكن المتقاضي من حقه في الدرجة الأولى بالمعنى الموضوعي للمبدأ أعلاه، ويستوي هنا إن كان قد توج مجهوده بإعطاء حل قانوني صحيح للنزاع من عدمه، بل ويستوي الأمر حتى في الحالة التي يصف فيها حكمه خطأً بالنهائي ما دام أن ذلك لا يُعقِل جهة ثاني درجة عن النظر فيه كجهة استئناف بصرف النظر عن الخطأ في الوصف[4]، ولا يعيب الحكم أن ترد فيه أسباب زائدة، هي تلك الأسباب التي لا يحتاج الحكم إليها لحمل قضائه، فالحكم يستقيم بغيرها[5].

ثانياً: آليات حماية المبدأ من قبل قاضي ثاني درجة.

ويتعين الإشارة في هذا الإطار أن مركز قاضي ثاني درجة في أعلى هرم قضاة الموضوع، يوسع من دائرة المهام المسندة إليه في إطار ممارسته لسلطته القضائية، ويكفي للتدليل على ذلك انه يشكل الأمل الأخير لدى المتقاضي مدعياً كان أو مدعى عليه، هذا الأخير والذي بغض النظر عن ميولاته البراغماتية، لا يطرق أبواب جهة ثاني درجة إلا لغرض الحصول على الحماية القضائية التي يعيب على جهة أول درجة تفويتها عليه، ورفعاً لما يراه من غبن وقع عليه فإن المتقاضي يرمي من خلال

---

1. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص 31.
2. محمد محمود ابراهيم، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات، دون ط، دار الفكر العربي، القاهرة 1982، ص 09.
3. نبيل اسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، المرجع السابق، ص ص 254- 255.
4. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص 31.
5. عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء أراء الفقهاء وأحكام القضاء، المرجع السابق، ص 617.

طعنه بالاستئناف، ليس لإعادة فحص النزاع وإنما للمنازعة في صحة الحكم المستأنف أو في عدالته، رامياً بذلك إلى مراجعة الحكم أو إلغائه وذلك مقتضى المادة 332 من ق إ م إ التي جاء فيها " يهدف الاستئناف على مراجعة الحكم المستأنف أو إلغائه"، هذا مع أن مجرد تسجيل الاستئناف من الطاعن يفترض منه انه يعيب على الحكم عدم صحته وعدم عدالته، فهو يرمي بالمراجعة في الأساس إلى التظلم منه على الأساسين السابقين[1].

وكما هو الشأن بالنسبة لقاضي أول درجة، فإن قاضي الاستئناف مدعواْ هو الآخر لتفعيل مبدأ التقاضي على درجتين بمعناه الموضوعي لا الشكلي، ووصولاً لذلك فهو لا يكتفي بمجرد تلقي الملف من جهة أول درجة وإنما يتعين عليه قبل مراجعة الحكم المستأنف من حيث الموضوع، التحقق من مراعاة المحكمة لمبادئ المحاكمة العادلة، والتي من بينها مبدأ التقاضي على درجتين، فهو وإن اكتفى بتأييد الحكم دون تبيان كيفية التأييد يكون قد أساء استهلاك الدرجة[2]، أما إذا ألغى الحكم وانتهى إلى قضاء آخر، فهنا وباعتبار انه يخطر بناء على عريضة استئناف ومذكرات رد وتعقيب من الخصوم، فهو يخطر فضلاً عن ذلك بحكم أول درجة ليجد نفسه أمام موقفين على ألأقل والمتمثلة في مواقف الخصمين المتناقضة في الغالب، وكذا موقف جهة أول درجة الذي قد لا يروق أياً من الخصمين، وهنا يقع عليه أن يبين ليس فقط كيف اهتدى إلى الحل القانوني الصحيح للنزاع، بل يتعين عليه أن يبين المآخذ التي يعيبها على حكم الدرجة الأولى، والتي أدت به إلى استبعاده، وفي كلتا الحالتين يقع عليه ما يقع على قاضي أول درجة من ذكر طلبات و دفوع الطرفين والتحقيق فيها، والرد على كل ما أبداه الخصوم من طلبات و دفوع وتمحيص أدلة ووسائل الإثبات ثم إنزال حكم القانون على عنصر الواقع وبالنتيجة حل النزاع، فهو وان عالج النزاع على النحو السابق يكون قد مكن المتقاضي من الدرجة الثانية التي يضمنها له القانون[3].

---

1. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص 39.
2. " ومن نافلة القول هنا أن اكتفاء جهة الاستئناف باعتماد حكم أول درجة بالتأييد دون تبيان كيفية توصلها لهذا التأييد يعد قصوراً في التسبيب وعدم رد على ألأوجه المثارة التي تعد شرطاً لقبول الاستئناف شكلاً بمفهوم المادة 540 من ق إ م إ، والتي تشكل بدورها أوجه من أوجه الطعن بالنقض بمفهوم المادة 358 من نفس القانون".
3. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص 39- 40.

وفي الحالة العكسية سوف يصطدم لا محالة بوجه على الأقل من أوجه الطعن بالنقض، التي تعد في الواقع نتاجاً طبيعياً لعدم احترام جهة الاستئناف للضوابط استنفاذ الدرجة الثانية من التقاضي باعتبار أن مثل هذه الأوجه مبنية في الأساس على ما توقّعه المشرع من مخالفات قد ترتكبها جهة ثاني درجة في معرض ممارستها لدورها كدرجة ثانية للتقاضي، فكل ما هو محتمل من خروقات تجد لها وجهاً أو أوجهاً للطعن بالنقض فيها، خصوصاً في ظل توسيع أوجه الطعن في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الحالي[1]، وبالتالي فالواضح إذاً أن الطعن بالنقض كطريق للتظلم من قرارات الجهات الاستئنافية، في الواقع ليس إلا وسيلة لحماية الحق في الدرجة الثانية للتقاضي، والمحكمة العليا كجهة نقض إنما تمارس في الواقع وظيفتها القضائية لغاية واحدة، وهي مدى سهر جهة الاستئناف على مراعاة الاستنفاذ الواقعي للدرجة الثانية عبر التطبيق السليم للقانون[2]، لأن صدور حكم مخالف لحكم قطعي لم يفصل في الموضوع لا يشكل وجه النقض المستمد من التناقض بين الأحكام، وإنما يشكل وجه النقض المستمد من مخالفة قاعدة إجرائية تتمثل في مخالفة مبدأ استنفاذ الولاية[3].

الفرع الثاني: دور المحكمة كدرجة أولى لتكريس مبدأ التقاضي على درجتين.

يتعين الإشارة في هذا المقام إلى أن مبدأ التقاضي على درجتين هو مبدأ يخاطب كافة الجهات القضائية، ولا يقتصر على جهة ثاني درجة وإن كانت هذه الأخيرة هي المدعوة أكثر لتكريسه لما لها من هامش كبير في هذا الخصوص، ومع ذلك فكلا الجهتان تشتركان في الآليات الواجبة الإتباع وصولاً إلى تكريس الحماية الفعلية لمبدأ التقاضي على درجتين[4].

---

1. " عندما تناولنا بالدراسة أوجه الطعن بالنقض فقد لاحظنا أن هذه الأوجه ورغم تعدد صورها إلا أنها ترجع في أصلها إلى وجه واحد وهو مخالفة القانون، حيث بفحص هذه الأوجه وجها وجها، فهي إما ترجعك إلى مخالفة أحكام قانونية محددة، وإما إلى مخالفة مبدأ قانوني مقرر، كما أن وحدة هذه الأوجه تظهر أيضا بوضوح إذا تم النظر إليها من خلال التمييز بين الواقع والقانون". زرقون نور الدين، أوجه الطعن بالنقض في الأحكام المدنية، المرجع السابق، ص 233.
2. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص 40- 41.
3. زرقون نور الدين، رقابة المحكمة العليا على القاضي المدني، المرجع السابق، ص 457.
4. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص 30.

وقد يقتصر حكم محكمة أول درجة على الفصل في دفع شكلي منهي أو غير منهي للخصومة، أو دفع بعدم القبول يقترب من الدفوع الشكلية، وفي هذه الأحوال لا نكون أمام استنفاذ للدرجة الأولى للتقاضي بمعناها الموضوعي، وبالنتيجة فللمتقاضي إن أُلغى الحكم المستأنف أن يتمسك بإعادة عرض دعواه على جهة أول درجة، لعدم استنفاذ هذه الأخيرة ولايتها على الموضوع ، إذ ليس من العدل ولا من العدالة تحميل تبعات خطا قاضي المحكمة الذي لم يحسم الطلب وراح يقضي في دفع شكلي على وجه ثبت عدم سداده من قبل جهة الاستئناف التي ليس لها – من حيث المبدأ – أن تهيمن على الموضوع الذي لم يلتفت إليه قاضي المحكمة في قضائه، لسبب وحيد وهو أن ما صدر عن جهة أول درجة من قضاء، لا يشكل البتة استهلاكاً لأية درجة من درجات التقاضي بالمعنى الموضوعي[1]، فأن نظرت محكمة الدرجة الثانية هذا الموضوع رغم ذلك فإنها تنظر موضوعاً لم ينظر من محكمة أول درجة وتخاف بذلك مبدأ التقاضي على درجتين وهو من المبادئ المتعلقة بالنظام العام[2].

وفي هذا السياق فإن جهة أول درجة ليست مُخيرة في تكريس حق المتقاضي في الدرجة الأولى، ما دام أن الأمر يتعلق بالتزام قانوني تفرضه عليها المادة 06 من ق إ م إ أعلاه، التي لم تترك للقاضي أي هامش للقفز على الدرجة الأولى، والتي نقصدها هنا بمعناها الموضوعي وليس بمعناها الهيكلي من وجهة قانون التنظيم القضائي، بل وفي إطار ممارسته لمهامه يكون القاضي على مستوى أول درجة مدعواً هو الآخر إلى حماية مبدأ التقاضي على درجتين، باعتبار أن مثل هذه الحماية تقتضيها حماية المتقاضي نفسه سواءً كان مدع أو مدعى عليهط، وهو الأمر الذي يقودنا إلى التطرق إلى أثر مدى الحماية القضائية لمبدأ التقاضي على درجتين من قبل قاضي أول درجة وأثر ذلك على حق الدرجة الثانية في التصدي[3].

الفرع الثالث: دور محكمة الدرجة الثانية لتكريس مبدأ التقاضي على درجتين.

يتوسع حق جهة ثاني درجة في إعمال حقها في التصدي للمسائل غير المفصول فيها ويضيق بقدر ما بذله قاضي أول درجة في قضائه عبر تطبيق آليات حماية المبدأ أعلاه، إذ بقدر ما يتوسع قاضي أول درجة في التكريس الحقيقي للدرجة الأولى للتقاضي في قضائه عبر الحرص قدر الإمكان

---

1. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص 22.
2. نبيل اسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، المرجع السابق، ص 286.
3. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص 31- 32.

إنفاذ كامل ولايته على كافة المسائل المعروضة عليها واقعية كانت أم قانونية، يتوسع حق جهة ثاني درجة في التصدي لافتراض الاستئناف الكلي لولاية المحكمة على كافة جوانب النزاع وعدم تركها لأية مقتضيات عالقة دون فصل، اللهم إلا إذا تعلق الأمر بمقتضيات بسيطة لا ترقى لأن يشكل سحبها والتصدي إليها من قبل الدرجة الثانية لأول مرة، لأن يشكل مساساً جسيماً بمبدأ التقاضي على درجتين[1].

وعلى العكس من ذلك فإن الأثر الناقل للاستئناف وما يستتبعه من اثر ساحب، لا يتحقق إن تحقق قاضي الدرجة الثانية أن هناك مسائل قانونية وواقعية – على أهميتها وتحكمها في مصير النزاع – لا تزال عالقة على مستوى المحكمة الابتدائية لتعمد قاضي أول درجة عدم إبداء رأيه بشأنها بشكل يظهر منه جنوحه إلى التخلص من النزاع بدل الفصل فيه، وبالتالي سوف يضيق حق المجلس في التصدي في هذه الأحوال إلى حد بعيد، هذا الأخير الذي لا يقع عليه فقط حماية المتقاضي بتمكينه من حقه في الدرجة الثانية، وإنما يتعدى ذلك إلى الحرص على ضمان التكريس الحقيقي لحقه في الدرجة الأولى، وليس له أن يحاكي نظرية الحلول في القانون الإداري[2] بأن يحل هو كجهة أعلى محل الجهة الأدنى لاختلاف الفلسفة في الحالتين[3]، بل يتعين عليه هاهنا أن يمتنع عن التصدي إلى المسائل غير المفصول فيها، مع المبادرة إلى إعادة القضية إلى جهة أول درجة لإكمال إستنفاذ ولايتها على النزاع

---

1. معزوزي علاوة، المرجع نفسه، ص 32.
2. " الحلول: وهي الحالة التي يوجد فيها الموظف المعوِّض لعون عمومي آخر، والذي يكون غائباً، أو حصل له مانع، ولقد نظم القانون حالة الحلول تنظيماً مُحكماً، فالقانون أو التنظيم هو المحدّد للسلطة المتولاة له عندما تقتضي الظروف ذلك". لحسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية وسائل المشروعية، ط4، دار هومة للطباعة النشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 82.
3. " المعروف أن القانون الإداري يتسم بخاصية المرونة التي تطبع النشاط الإداري والتي من مظاهرها أنه يجوز للرئيس الأعلى رتبة ودرجة في السلم الإداري، أن يحل محل المرؤوس الأدنى درجة منه في أعمال هي في الأصل من اختصاصات هذا الأخير في حالة تلكؤه عن ممارستها، وهو ما يعرف بخاصية الحلول التي لا تجد لها مجالاً للتطبيق في العلاقة بين جهة أول درجة وجهة الاستئناف كثاني درجة، لعدة أسباب أهمها أن العلاقة بين قاضي الدرجة الثانية وقاضي الدرجة الأولى ليست علاقة رئيس بمرؤوس، وبالتالي فلا مجال لإعمال سلطة الحلول بمفهوم =النشاط الإداري، فضلاً على أن فلسفة القضاء تميل إلى عدم التعجيل في اتخاذ القرار والتريث ومعالجة النزاع في درجتين ولا يهمها الإسراع في اتخاذ القرار بقدر اهتمامها بتكريس قضاء عادل بإتباع مراحل وإجراءات تقاضي تشكل حلقة مكملة لبعضها البعض، عبر دراسة النزاع على مرحلتين تعلو إحداهما على الأخرى ولا تحل أي منهما محل الأخرى إلا في حدود ضيقة، باعتبار أن الدرجة الثانية لا تجُب بالضرورة الدرجة الأولى، وإن كانت أحكام القانون الفرنسي في هذا الاتجاه تؤثر السرعة على حماية مبدأ التقاضي على درجتين، بأن أطلقة جهة ثاني درجة بالتصدي إلى حدود غاية في الاتساع بأن مكنت جهات الاستئناف من التصدي في كل الأحوال بما يشبه سلطة الحلول في مجال النشاط الإداري ".معزوزي علاوة، المرجع السابق، حاشية ص 33.

بالشكل الذي يضمن التكريس الفعلي للدرجة الأولى للتقاضي بالمعنى المقصود من المبدأ، عبر خلق آليات لذلك، وفي الواقع إن دور جهات الاستئناف كحامية للمبدأ يتوسع ويضيق، بحسب اختلاف النظرة القانونية للاستئناف كطريق طعن عادي في مختلف الأنظمة القانونية التي لا تتعامل مع الهدف من الاستئناف كطريق طعن بنظرة موحدة، إذ وفي الوقت الذي تنظر إليه بعض الأنظمة القانونية على انه طريق لإعادة فحص صحة الحكم وعدالته، تنظر إليه أنظمة أخرى على انه طريق لإعادة فحص النزاع[1].

وبالرجوع إلى أحكام المادة 332 من ق إ م إ يظهر جلياً أن المشرع أدرج الطعن بالاستئناف كطريق طعن بمعناه الخاص فهو ليس طريقاً لإعادة فحص النزاع وإنما طريق للمنازعة في صحة الحكم آو في عدالته باعتبار أن المشرع يفرض على الطاعن بالاستئناف أن يبين في عريضة الاستئناف – تحت طائلة عدم قبولها – الوجه آو الأوجه التي بنى عليها استئنافه، وهو مقتضى المادة 540 من نفس القانون، التي نستشف منها أن المستأنف يرمي من استئنافه إلى طرح نزاع لم يسبق الفصل فيه وهو المنازعة في صحة حكم أول درجة أو في عدالته، فالمتمعن إذن في الاستئناف كطريق طعن بمعناه الخاص في المواد المدنية، يقف على أن المشرع الجزائري يضع للاستئناف محل يتمثل في الرأي القضائي الصادر من قاضي أول درجة، الذي قطع في المسائل المعروضة عليه برأي على نحو لم يرق للمستأنف، الذي يبادر إلى التجريح فيه عبر الطعن في الحكم أين ينجر عن ذلك خصومة استئنافية تعد بحكم القانون امتداد للخصومة المحكوم فيها من طرف محكمة أول درجة وعلى هذا الأساس فإن المشرع لا يهدف من تكريس الاستئناف كطريق طعن إلى إعادة فحص النزاع، طالما أنه وبإقراره بأن الهدف من الاستئناف هو إلغاء، تعديل أو تأييد مركز قانوني تم إنشاؤه أو تقريره من قبل قاضي أول درجة، يكون قد ميز بين محل الخصومة أمام الدرجة الأولى ومحل خصومة الاستئناف أمام الدرجة الثانية، التي تنظر في خصومة أخرى محلها صحة الحكم المستأنف أو عدالته[2]، مما يفتح الطريق أمام جهات الاستئناف لممارسة سلطتيها في المراجعة وفي التصدي، نزولاً عند مقتضيات الأثر الناقل للاستئناف

---

1. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص 32– 34.

2. " هناك فقه لا يرى في الطعن بالاستئناف إلا أنه طريق لإصلاح حكم صادر من أول درجة: هذه هي وظيفة الاستئناف بحسب تصويرها التقليدي، والاستئناف باعتباره طريقاً لإصلاح القضاء الصادر من أول درجة يؤسس على فكرة التقاضي على درجتين، فهذا الطريق من طرق الطعن يرمي في المقام الأول إلى إعادة الفصل في ذات قضية أول درجة مرة ثانية بواسطة قضاء أعلى هو قضاء الاستئناف، وينتج من هذا أن الاستئناف – حسب هذا الرأي – لا يمكن أن يكون له وظيفتين وإنما وظيفة واحدة هي إصلاح قضاء سيء صادر من أول درجة". أنظر: نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 217 وما يليها.

الذي لا يترتب إلا إذا تم ممارسة الاستئناف كطريق طعن بمعناه الخاص، وبالنتيجة فإن مفهوم الدرجة الثانية للتقاضي بمعناها الاصطلاحي لا يتحقق هو الآخر إلا إذا كان محل الخصومة الاستئنافية هو مراجعة ومراقبة الحكم المستأنف، باعتباره منتوج لجهة أول درجة لم يرق للمستأنف الذي بادر إلى الطعن فيه انطلاقا من عيوب يراها هو فيه يضمنها في عريضة استئنافه[1].

الفرع الرابع: دور المحكمة العليا في حماية مبدأ التقاضي على درجتين.

بالرغم من عدم تعداده ضمن المصادر الرسمية، فإن للاجتهاد القضائي دوراً بارزاً حيوياً في تبيان كيفية تطبيق النصوص القانونية ولاسيما في حالة غموض أو تناقض أو فراغ قانوني؛ بل إن الاجتهاد القضائي صار في عالم اليوم ضماناً دستورياً لاحترام القانون، خاصة وان هذا الاجتهاد القضائي لم يعد محصوراً في القرارات الصادرة عن المحكمة العليا، باعتبارها محكمة قانون، وإنما يشمل كذلك القرارات الصادرة عنها باعتبارها محكمة موضوع[2]، فصفتها هذه (محكمة موضوع) آخذة في البروز والانتشار، مما جعل قانون الإجراءات المدنية والإدارية ينص صراحةً على جوازية فصل المحكمة العليا، في حالة طعن ثان بالنقض ووجوب فصلها في الموضوع، في حالة طعن ثالث بالنقض[3].

وإن تربع المحكمة العليا على قمة هرم الجهاز القضائي كجهة تضطلع دستورياً بمهمة تقويم أعمال الجهات القضائية يجعل منها مدعوة هي الأخرى لإحاطة مبدأ التقاضي على درجتين بالحماية اللازمة، متى تراءى لها تمادي قضاة الموضوع في خرقه لاسيما وأن قضاتها تغلب عليهم صفة قضاة القانون، وما يترتب عن ذلك من رقابة آلية وتلقائية تمارسها على القرارات والأحكام المحالة عليها في إطار طرق الطعن من حيث سلامة تطبيق القانون[4].

---

1. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص 36- 37.
2. القانون العضوي رقم 11-12، ج ر، ع 42، المادة 3 نصت: " المحكمة العليا محكمة قانون، ويمكن أن تكون محكمة موضوع في الحالات المحددة في القانون..."
3. عبد العزيز أمقران، الأمن القانوني والاجتهاد القضائي (الأمن القضائي)، الملتقى الوطني حول الأمن القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 05 و 06 ديسمبر 2012، ص ص 161- 162.
4. معزوزي علاوة، المرجع السابق ، ص 41.

وتنتصب المحكمة العليا مدافعة عن هذا المبدأ بصرامة، حيث تحرص على التأكد من أن الخصوم قد مكنوا من هذا الحق[1]، وتثير مخالفة هذا المبدأ بصورة تلقائية[2].

إن قاضي المحكمة العليا ملزم بالفصل في الطعن المعروض عليه في ضوء القانون، أي في ضوء التشريع أولاً، أو في ضوء المصادر الأخرى الرسمية الاحتياطية: الشريعة الإسلامية، العرف، مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، ويكون قرار المحكمة العليا، بما يتضمنه من توجيه، ملزم لقضاة الجهة القضائية الأدنى مصدرين الحكم أو القرار محل النقض، ولا يمكن للقاضي التذرع بصمت القانون أو غموضه أو عدم كفايته للامتناع عن الفصل في قضية أو طعن معروض عليه، وإلا عد مجرماً، مرتكباً جريمة إنكار العدالة قابلاً للمتابعة الجزائية[3].

ولا شك أن مبدأ التقاضي على درجتين وبصريح نص المادة 160 من الدستور والمادة 06 من ق إ م إ هو مبدأ من مبادئ المحاكمة العادلة، وبالنتيجة فهو من صميم المسائل القانونية التي تشملها الحماية التلقائية من محاكم القانون بل وتشكل حمايته أولوية بالنظر إلى كونه مبدأ يسمو على باقي أحكام القانون، ولعلّ من مظاهر هذه الحماية أن المشرع الجزائري وبتوسيعه من مجال أوجه الطعن بالنقض إلى 18 وجه في المادة 358 من ق إ م إ، يكون قد عزز من الحماية القضائية للمبدأ، إذ ومتى خلا الحكم أو القرار من أي من هذه الأوجه، إفترض ذلك بالضرورة حماية قضائية كاملة من قضاة الموضوع للمبدأ لإفتراض استنفاذهم لولايتهم الكاملة على النزاع، وعلى العكس من ذلك فبقدر ما يحتوي الحكم أو القرار على أوجه الطعن بالنقض المذكورة بقدر ما يعتبر ذلك تقزيماً لدرجة التقاضي، وبالنتيجة

---

1. قرار المجلس الأعلى ملف رقم 42870، مؤرخ في 1986/06/30، المجلة القضائية، الغرفة المدنية،ع 02، س 1989، ص88، "متى كان من المقرر قانونا أن الطلبات الجديدة لا تقبل في الاستئناف ما لم تكن خاصة بمقاصة أو كانت بمثابة دفاع في الدعوى الأصلية وهذا تجسيدا لمبدأ التقاضي على درجتين فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعتبر خرقا للقانون".

. قرار المجلس الأعلى ملف رقم 29276، مؤرخ في 1983/01/05، المجلة القضائية، الغرفة المدنية، ع02، س1989، ص35، " متى كان من المقرر قانونا أن قرارات المجالس القضائية تصدر من ثلاثة أعضاء ، فإن مشاركة القاضي الذي فصل في النزاع أول درجة، ضمن الهيئة الإستئنافية، تعد خرقا لمبدأ التقاضي على درجتين، وإذا كان من الثابت أن هذا المبدأ يقتضي ألا يشارك القاضي الذي أصدر الحكم الابتدائي في الهيئة التي فصلت في الاستئناف ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار الذي قضى بخرق هذا المبدأ".

2. زرقون نور الدين، رقابة المحكمة العليا على القاضي المدني، المرجع السابق، ص 385.

3. عبد العزيز أمقران، المرجع السابق. ص 162.

فإن تصدي قضاة القانون بنقض أعمال قضاة الموضوع وإعادة الملف من جديد إليهم بتشكيلة أخرى يُعد في الواقع آلية من آليات الحماية القضائية للمبدأ[1].

إن الاجتهاد القضائي، غير المذكور في القانون المدني ضمن المصادر الرسمية، منصوص عليه في الدستور الجزائري، من خلال المهمة الدستورية للمحكمة العليا ومجلس الدولة في مجال تقويم عمل الجهات القضائية عبر توحيد الاجتهاد القضائي، ولا يقلل النقاش الفقهي القانوني الدائر بين رجال القانون، بخصوص مكانة الاجتهاد القضائي؛ ولا يقلل النقاش الفقهي القانوني الدائر بين رجال القانون، بخصوص مكانة الاجتهاد القضائي ضمن مصادر القانون، من الأهمية القصوى التي يكتسبها الاجتهاد القضائي في المنظومة القانونية الوطنية، وفي العلاقات الدولية، بل أن هذه الأهمية وصلت إلى حد بروز مصطلح قانوني قائم بذاته، آخذ في الاستقلال عن مصطلحي مبدأ الأمن القانوني، ومبدأ الثقة المشروعة، هو مبدأ الأمن القضائي؛ وقد أطلقت بعض القرارات القضائية والدراسات الفقهية والنصوص القانونية مصطلح الأمن القضائي للدلالة، في جملة ما يدل عليه، على الأثر الزمني لرجعية تغير الاجتهاد القضائي[2].

الفرع الخامس: حماية المبدأ من قبل المتقاضي عبر آلية الدفع بعدم الدستورية.

يعد إقرار المشرع الجزائري لحق الدفع بعدم دستورية القوانين للأفراد، بمقتضى التعديل الدستوري لسنة 2016 والقانون العضوي رقم 18- 16 المؤرخ في 02 سبتمبر 2018 المحدد شروط و كيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، خطوة مهمة لتعزيز دورهم في حماية حقوقهم وحرياتهم التي نص عليها الدستور، وتعزيز دور الجهات القضائية والمجلس الدستوري في تنقية منظومتنا القانونية من المقتضيات غير الدستورية[3].

ورغم التكريس الدستوري لمبدأ التقاضي على درجتين كحق للمتقاضي في التعديل الدستوري الجديد، إلا أنه ومع ذلك فمن الوارد أن يصطدم المتقاضي في مناسبة نزاع قضائي بنص تشريعي ما قد يرى فيه مساساً بحقه في التقاضي على درجتين بالمعنى الاصطلاحي للمبدأ، على الوجه الذي يخالف فيه المشرع الدستور باعتباره القانون الأسمى، وخلافاً لما كان سائداً في الدساتير السابقة، فقد أصبح من

---

1. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص ص 41- 42.
2. عبد العزيز أمقران، المرجع السابق. ص 162- 167.
3. حزيط محمد، دور القضاء في تفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد بوضياف المسيلة، مجلد 04 ع 02، س 2020، ص 09.

باب المتاح أمام المتقاضي في مثل هذه الأحوال الدفع بعدم دستورية أي نص تشريعي ما، متى رأى انه يمس بأي من المبادئ والحريات التي يضمنها الدستور[1].

ويثار هذا الدفع في أية مرحلة كانت عليها الدعوى في الموضوع أمام المحكمة الابتدائية أو أمام جهة الاستئناف، أو بإحالة من المحكمة العليا بعد الطعن بالنقض، أو أثناء نظر دعوى الموضوع بمناسبة طعن بالمعارضة، أو التماس إعادة النظر أو اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، وسواءً كانت القضية مهيأة للفصل أم لا، أي يمكن لصاحب المصلحة إثارة الدفع بعدم الدستورية لأول مرة أمام جهة الاستئناف أو المحكمة العليا أو مجلس الدولة حسب طبيعة النزاع (عادي أو إداري) طبقاً للمادة 02 من القانون العضوي أعلاه[2].

وتطبيقاً لذالك وبناءً على إحالة من المحكمة العليا، توصل المجلس الدستوري يوم 2020/10/20 بقرار مؤرخ في 2020/10/13 تحت رقم الفهرس 20/00005 ومسجل لدى كتابة ضبط المجلس الدستوري بتاريخ 2020/10/20 تحت رقم 20/03 يتعلق بدفع أثاره الأستاذان ب. ج و ز. ن المعتمدان لدى المحكمة العليا ومجلس الدولة، في حق ح. س. ب. ص والذي يدعي فيه عدم دستورية المادة 33 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وأقر بتاريخ 2021/02/10 بأنه: " تعد المادة 33 (الفقرتان الأولى والثانية) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية غير دستورية، ويفقد الحكم التشريعي أثره فوراً"[3]

وهو الأمر الذي يشكل مثال عملي لحماية مبدأ التقاضي على درجتين عبر آلية الدفع بعدم دستورية القوانين الذي أعتمده المشرع الجزائري.

وفي الأخير يمكن القول ان آلية الدفع بعدم الدستورية التي استحدثها التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016، ثم حدد شروط وكيفيات تطبيقها القانون العضوي 18- 16، أعطت حق جديد للمتقاضي للدفاع عن حقوقه وحرياته، من خلال تحريك إجراءات الرقابة على دستورية القوانين والولوج بطريقة غير مباشرة للقضاء الدستوري من بوابة القضاء مما يشكل نقلة نوعية لتحقيق عدالة دستورية، ومنه فالدفع بعدم الدستورية هو عبارة عن إجراء يمكن ان يقوم به كل متقاضي بمناسبة دعوى منظورة أمام القضاء، وذلك عن طريق الاعتراض عن تطبيق تشريعي في هذه الدعوى لأنه ينتهك الحقوق والحريات المقررة في الدستور، وان هذا الدفع يمكن إثارته بالنسبة للأحكام التشريعية السابقة لصدور الدستور المقررة فيه

1. معزوزي علاوة، المرجع السابق، ص 173.
2. لعيدي خيرة ووافي حاجة، المرجع السابق، ص 67.
3. انظر قرار المجلس الدستوري رقم 01/ ق.م د/ د ع د/ 21 مؤرخ 02/10/ 2021.

تلك الحقوق والحريات أو لاحقة له، وبناءً على ما سبق ذكره، يمكننا القول بأن هذه المهمة الجديدة تقتضي من القاضي الاستعداد لها من خلال العمل على تدعيم معارفه القانونية حتى يقوم بمهمته تلك على أكمل وجه، وهذا ما يستوجب على القضاة بصفة عامة؛ وقضاة الموضوع بصفة خاصة استيعاب نصوص القانون العضوي 18- 16 وحسن تطبيقها مع متابعة قرارات المحكمة العليا ومجلس الدولة بخصوص الدفوع المرسلة إليهما، وكذا الاهتمام بالمتابعة الدؤوبة لقرارات المجلس الدستوري بخصوص الدفوع المحالة عليه والتي تنشر في الجريدة الرسمية[1].

1. لعيدي خيرة و وافي حاجة، المرجع السابق، ص ص 86- 87.

الخاتـــمة

الخاتمة:

لقد سمحت لنا دراسة مبدأ التقاضي على درجتين من تحديد ما هو متاح للقاضي المدني من آليات لتفعيله، وتوصلنا إلى عدة نتائج نراها مساعدة للباحث والمطبق على حد السواء في فهم الدور الذي تلعبه هذه الآليات في توجيه قضاة الموضوع إلى إعمال الطرق الصحيحة لتكريس هذا المبدأ بالتطبيق الصحيح للقاعدة القانونية، وتوجيههم للحد من حالة الإفراط في استعمال سلطة التصدي التي تعتبر استثناء لدى المشرع الجزائري وجوازية إذا توفرت شروطها.

ورغم أننا سوف لن نعيد التذكير بكل المسائل التي تناولناها في هذا البحث، مع غزارة هذه المسائل وتنوعها، إذ نترك للقارئ الرجوع إليها في ثنايا البحث، حتى لا يصير عملنا في الخاتمة إعادة سرد لكل ما قمنا به، في شكل قد يغني القارئ عن الرجوع إلى هذه المسائل، فيحرم بذلك من ما نراه تفصيلات جد مهمة يحسن به الرجوع إليها، إلا أنه مع ذلك سنقوم بالإشارة فقط إلى أهم النتائج التي توصلنا إليها والمدعمة ببعض الاقتراحات والتوصيات، والتي نلخصها في النقاط التالية :

01 . إن الجدل الفقهي حول مسألة تكريس مبدأ التقاضي على درجتين، هل هو صناعة تشريعية محضة أو ممارسة قضائية خالصة، لم يمنعنا من الوصول إلى القول بأن للتشريع والنشاط القضائي الدؤوب دور فعال في تكريسه هذا المبدأ، وبالتالي يمكن اعتبار أن الممارسة من طرف القضاة لها دور كبير في تفعيله، ولو في غياب النصوص القانونية، من خلال خلق آليات تستجيب لما رمى إليه المؤسس الدستوري، الذي أرتقي بهذا المبدأ إلى مصاف المبادئ الدستورية، وطالما أن المبدأ موجود بصريح النص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، خاصةً وأنهم هم أي القضاة القريبين من مادته الأولى وهي النزاع، وفي ظل خلق عدالة نوعية تستجيب لمتطلبات المحاكمة العادلة.

02– إن مبدأ التقاضي على درجتين لا يمكن بأي حال اعتباره صناعة تشريعية بحتة بعيدة عن القاضي المطالب بتفعيل المبادئ قبل النصوص، بالحماية الفعلية للمبدأ وذلك من خلال تكريس الاستنفاذ الواقعي لدرجة الأولى للتقاضي، وتجنب الفصل في الموضوع بطرق تحكمية، وهي المهمة الموكلة أيضاً للجهات القضائية الاستئنافية، والتي لها دور أيضاً في ضرورة مراقبة ما صدر عن جهة قضاء أول درجة، التي قد لا يشكل قضاؤها بالضرورة استنفاذ للدرجات الأولى من التقاضي بالمعنى الذي يقصده المبدأ، لاسيما إذا تعلق الأمر بقضاء في دفع شكلي أو في دفع بعدم القبول، وهذا بالتضييق من إعمالها لمكنة التصدي خاصة في ظل عدم توفر شروطه وحالاته، الأمر الذي سيؤدي إلى إفراغ مبدأ التقاضي على درجتين من محتواه.

03 . لقد لاحظنا أن المشرع لم يوفق في صياغته للمادة 296 من ق إ م إ لما أكتنفها من غموض – يرجع في الأساس إلى عيوب لغوية في الترجمة أثرت على معناها القانوني كون الصياغة للمادة 296 من ق إ م إ مقتبسة من نص المادة 480 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي–، وصل بالبعض من المتعاملين في حقل القانون إلى التسليم بأن المشرع الجزائري أصبح يرتب على مثل هذه الأحكام نفس الحجية الناتجة عن الأحكام الصادرة في أصل النزاع، وهذا ما قد يؤدي إلى هدم الفائدة من تكريس مبدأ التقاضي على درجتين، باعتبار أنه ليس من القانون في شيء أن نحجب على المتقاضي مكنة إعادة طرح دعواه ابتداءً لمجرد خطأ شكلي أو دفع بعدم القبول قابل للتصحيح، هذا الغموض الذي نرى أنه يرجع في الأساس إلى ما شاب صياغة المادة 296 من ق إ م أ من خلل ولبس في الصياغة، مما يجعلنا نوصي بضرورة تدخل المشرع لتدارك هذه الصياغة كما تم تبينه في الدراسة.

04– كما لاحظنا من خلال دراستنا للاستثناءات على قاعدة استنفاذ الولاية أن المشرع الجزائري لم يأتي بنص ينظم فيها مسألة طرق أبواب القضاء، من طرف المتقاضي في طلبات موضوعية سبق وأن أدرجها في دعواه التي انتهت إلى حكم لم يفصل فيها بسبب إغفال ارتكبه القاضي، الذي لم يفرغ إخطاره بشأنها، على الرغم من أن المشرع قد جعلها وجهاً مستقلاً من أوجه النقض، مع التذكير أن هذه الحالة تعتبر من المخالفات المعبرة عن الأخطاء التي يقع فيها القاضي نفسه دون أن ينسب خطأه إلى الخصوم، على غرار كل من المشرع المصري والفرنسي اللذين يريان أن هذا الخطأ المنسوب إلى القاضي هو مجرد السهو غير المقصود لا يتيح للطاعن التذرع به أمام محكمة النقض، لذلك فإن وسيلة إصلاحه هي إما الرجوع إلى نفس القاضي من أجل تدارك الطلبات التي سها عن الفصل فيها، وإما رفع دعوى أخرى بنفس الطلبات التي لم يفصل فيها، مع عدم المساس بمبدأ حجية الأحكام في ما فصلت به في الحالتين، لأنها تعتبر انتهاك لحق التقاضي على درجتين بتفويت درجة على المتقاضي بالرغم أنه لا دخل له في هذا السهو.

05– لقد اكتشفنا من خلال الدراسة أن المشرع الفرنسي انتهج النظرة الحديثة للاستئناف، والتي تنظر إليه باعتباره طريقاً لإنهاء وحسم النزاع بإعطائه حلاً شاملاً وكاملاً لكل ما يتفرع عنه من مسائل، وهذا تحت وطأة التحولات الاجتماعية والاقتصادية والطفرة العلمية، وتأثيرها البالغ على الخصومة بزيادة تعقيدها وتشابكها، والذي قد لا تكشف عليه خصومة أول درجة، وكنتيجة منطقية لهذه التحولات، صاحبها تحول في مفاهيم الفقه للمنظومات الإجرائية ومنها الدعوى والخصومة ودور القاضي، كما صاحب هذه التحولات تحول في مفاهيم المبادئ التقليدية المحيطة بهذه المنظومات، التي اضطرت المشرع الفرنسي

إلى التراجع عن مبدأ التقاضي على درجتين بشكله التقليدي، وإعطاء لنظام الاستئناف لوناً جديداً في أداء وظيفته، واعتباره نظام وفق متطلبات العصر قادراً على إنهاء النزاع بكل تفريعاته وأطواره ومستحدثاته، التي تمت منذ صدور حكم أول درجة، بل والتي كانت قائمة قبل صدوره ولم يلتفت – حكم اول درجة –، ومن هنا بدأت الوظيفة الحديثة للاستئناف، وكان من الطبيعي أن يزود الاستئناف بآليات حديثة، وننوه هنا أيضاً أن مبدأ التقاضي على درجتين ليس من النظام العام في التشريع الفرنسي، فتطويره ليس معناه التخلي عنه كما يعتقد البعض والأمثلة على الاحتفاظ به كثيرة لا يمكننا حصرها هنا، وقد حاذ حذو المشرع الفرنسي في تبني هذه النظرة كثير من الدول إما عن طريق تشريع هذه الأفكار، أو عن طريق تبني قضاة تلك الدول لهذه المبادئ عبر خلق آليات قضائية وكمثال على ذلك القضاء المصري.

إلا أن الملاحظ أن المشرع الجزائري بالرغم من حداثة قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتضمينه لهذه الأفكار خاصة منها فكرة إنهاء النزاع إلا أنها لم تثمر النتائج المرجوة منها ويرجع السبب إلى أن المشرع الجزائري بدسترة مبدأ التقاضي على درجتين وتكريسه بنص إجرائي، جعل منه في التشريع الجزائري مبدأ من النظام العام الذي لا يمكن الخروج عليه، وهو أمر لا يثير إشكال إذا تم توفير الآليات القانونية للمحافظة عليه حتى ولو على النظرة التقليدية، لكن المتفحص للنصوص قانون الإجراءات المدنية يجد أنها لا تتضمن الآليات التي تضمن تكريس المبدأ ومن أهمها آلية الإرجاع بعد الإلغاء لحكم في دفع شكلي أو دفع بعدم القبول دون التطرق للموضوع، أو عند الفصل في مسألة الاختصاص، والأدهى من ذلك إن فكرة التصدي جاءت بها مادة وحيدة هي المادة 346 من ق إ م إ، وبالرغم من نص المشرع على شروط الإعمال بها جعلها جوازية، ولم يبين آليات العمل بها، مثل الطلبات الجديدة وإمكانية مخاصمة الغير كأصيل وتدخله الهجومي وهي مسألة مهمة في إيجاد حل نهائي للنزاع، واختصام الغير لأول مرة أمام محكمة الاستئناف يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالسياسة التشريعية وبالهدف الذي ترسمه هذه السياسة للنظام القانوني للطعن بالاستئناف، كما أن ضابط حسن سير العدالة من الصعب أن يكون معياراً يدفع جهة الاستئناف إلى غض النظر عما يفرضه عليها مبدأ التقاضي على درجتين المكرس حديثاً بالنص عليه صراحةً في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مما يوجب علينا أن نعترف أن هناك هامشاً ضيقاً قد يتيح لجهة الاستئناف مكنة التصدي للموضوع، على الرغم من إخطارها بموجب استئناف في حكم قضى في أحد الدفوع الشكلية المنهية للخصومة تبعاً لنوع القضية والقواعد الواجبة التطبيق عليها.

والأمر الذي زاد الطين بِله هو تيه القضاة – هؤلاء الذين لهم الدور الأساسي في تكريس المبدأ– في التطبيق العملي، الأمر الذي يتضح من خلال الأمثلة التي أدرجت في الدراسة، كونهم فقدواً البوصلة، فلا هم تمسكواْ بالمبدأ وأعملوا التقاضي على درجتين كما يفرضه عليهم الدستور والقانون كما سبق وبينا، ويرجع ذلك في الأساس إلى تقيدهم بحرفية النص التشريعي في إعمال الآليات والتي لم ينص عليها صراحةً أو على الأقل كما يجب، وبذلك جعلواْ من التصدي الذي هو استثناء أصل في أغلب القضايا المطروحة عليهم إن لم نقل كلها، وهذا في ظل عدم رقابة محكمة الاستئناف على أحكام الدرجة الأولى ذات استنفاذ الولاية المادي أو التحكمي، وكل ذلك في ظل عدم وضوح السياسة التشريعية والهدف الذي ترسمه هذه السياسة للنظام القانوني للطعن بالاستئناف كما سبق وقدمنا.

حيث أن التوسع في إعمال فكرة التصدي قد جاء في إطار فكرة أساسية يقوم عليها النظام الجديد للاستئناف ممثلة في الاعتراف لمحكمة الاستئناف بسلطات واسعة توخياً للسرعة في فض المنازعات واقتصاد الوقت والجهد والنفقات، بما يؤدي إليه ذلك من استقرار في المراكز القانونية، فعامل السرعة والانتهاء من النزاع برمته أمام محكمة ثان درجة ومرة واحدة، يشكل مبرر يعلو على العديد من المبادئ التقليدية، وهو الأمر الذي لا نكاد نصادفه البتة أمام محاكمنا الاستئنافية، مما يجعل تساؤل وحيرة كبيرة لدى المتقاضي بخصوص مكنة التصدي التي بغض النظر إن كانت أفرغت إخطاره وأشبعت حاجته في ما ينشده من حماية لحقه أو مركزه القانوني، أنها ترقى إلى خدمة نوعية لمرفق القضاء تواكب تطلعاته في تحقيق العدالة المنشودة التي يتطلع إليها، مما يجعلنا نشير أنه لا بد من تغيير السياسة التشريعية للاستئناف بجعلها أكثر وضوحاً للقضاة ومواكبة للتحولات.

06 . لقد رأينا من خلال الدراسة كيف أسهم الفقه في فرنسا وفي مصر في تطوير مبدأ التقاضي على درجتين، وأن رجال الفكر القانوني في فرنسا قاموا بإجراء مناقشات موسعة حول الوظيفة الحديثة للاستئناف، والتي بدأت بعقد ندوة حول طريق الطعن بالاستئناف بإحدى اكبر الجامعات بفرنسا سنة 1963 ومن هذه الندوة انطلقت الأفكار الأولية للوظيفة الحديثة للاستئناف، والتي بعدها توالت الدراسات وأعدت سلسلة من مشروعات القوانين تهدف جميعاً إلى إعطاء الاستئناف أبعاد جديدة، مما جعل الفقه يحتل دور بارز في تثمين مبدأ التقاضي على درجتين، لذلك نوصي بضرورة إنشاء مراكز دراسات قضائية مشتركة مع الجامعة وإدارة القضاء، تكون مهمتها الدراسة والتحليل والنقد، والمساهمة في تطوير مبدأ التقاضي على درجتين ليواكب التطورات الحاصلة في النزاعات المطروحة في الحقل القضائي على أن لا تبقى حبيسة الأدراج، والحد من انتهاج سياسة الترجمة غير الدقيقة لقوانين الآخر بطريقة تفرغها

من محتواها، من أجل الدفع بحركة الاجتهاد القضائي في بلادنا، ومن جهة أخرى فإننا ندعوا إدارة المحكمة العليا إلى النشر الغزير لقراراتها ذات الصلة بتكريس المبدأ وعدم الاكتفاء بالنشر في المجلات القضائية بل يجب عليها أن تعزز ذلك بالنشر الإلكتروني، وأن يكون الوصول إلى هذا الإنتاج متاح للكافة.

الملاحق

الملحق رقم 01

قرار رقم 01/ق.م د/د ع د/21 مؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1442 الموافق 10فبراير سنة 2021

إنّ المجلس الدستوري،

- بناء على الدستور، لا سيما المواد 195، 198 و224 منه،
- وبناءً على إحالة من المحكمة العليا، توصل المجلس الدستوري يوم 20 أكتوبر 2020 بقرار مؤرخ في 2020/10/13 تحت رقم الفهرس 20/00005 ومسجل لدى كتابة ضبط المجلس الدستوري بتاريخ 2020/10/20 تحت رقم 20/03 يتعلق بدفع أثاره الأستاذان ب. ج وز. ن المعتمدان لدى المحكمة العليا ومجلس الدولة، في حق ح.س.ب.ص والذي يدعي فيه عدم دستورية المادة 33 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية،
- وبمقتضى القانون العضوي رقم 18-16 المؤرخ في 22 ذي الحجة عام 1439 الموافق 2 سبتمبر سنة 2018 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية،
- وبمقتضى النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري المؤرخ في 7 رمضان عام 1440 الموافق 12 مايو 2019، المعدل والمتمم،
- وبمقتضى القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية،
- وبعد الاطلاع على قرار إحالة الدفع بعدم الدستورية المذكور أعلاه، والوثائق المرفقة،
- وبعد الاطلاع على الاشعار المرسل إلى رئيس الجمهورية المسجل لدى كتابة ضبط المجلس الدستوري بتاريخ 10 نوفمبر سنة 2020،
- وبعد الاطلاع على الإشعار المرسل الى رئيس مجلس الأمة بالنيابة المسجل لدى كتابة ضبط المجلس الدستوري بتاريخ 10 نوفمبر سنة 2020،
- وبعد الاطلاع على الملاحظات المكتوبة، المقدمة من طرف رئيس المجلس الشعبي الوطني المسجلة لدى كتابة ضبط المجلس الدستوري بتاريخ 4 نوفمبر سنة 2020، والتي يلتمس فيها التصريح بدستورية الحكم التشريعي المعترض على دستوريته، مشيرا الى أن المادة 33 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا تنتهك أي حق من الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، وبأن مبدأ التقاضي

على درجتين، يقتصر تطبيقه حصريا على المسائل الجزائية طبقا للمادة 160 الفقرة 2 من الدستور (قبل تعديله)،

- وبعد الاطلاع على الملاحظات المكتوبة، المقدمة من طرف الأستاذين ب.ج و ز.ن المعتمدان لدى المحكمة العليا ومجلس الدولة، في حق ح. س .ب.ص، المسجلة لدى كتابة ضبط المجلس الدستوري بتاريخ 8 نوفمبر سنة 2020، والردود المكتوبة المسجلة بتاريخ 23 نوفمبر سنة 2020 و14 نوفمبر سنة 2021، والتي يلتمس فيها التصريح بعدم دستورية المادة 33 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مؤكّدا على أن المادة جاءت مخالفة لمقتضيات المادة 158 من الدستور (قبل تعديله)، كما أنّها انتهكت حقوق المواطنين المكفولة دستوريا، وميّزت بين المتقاضين وحرمتهم درجة من درجات التقاضي،
- وبعد الاطلاع على الملاحظات المكتوبة المقدمة من طرف الأستاذة ب. س المحامية في حق ب. ل المدعى عليه في الدفع بعدم الدستورية المسجلة لدى كتابة ضبط المجلس الدستوري بتاريخ 8 نوفمبر سنة 2020، والتي يلتمس فيها التصريح بعدم جدية الدفع لأن المادة 33 موضوع الدفع لا تتعارض وأحكام الدستور كونها جاءت بصفة العموم والتجريد والمساواة.
- وبعد الاطلاع على الملاحظات المكتوبة، المقدمة من طرف الوزير الأول المسجلة لدى كتابة ضبط المجلس الدستوري بتاريخ 9 نوفمبر سنة 2020، والتي يلتمس فيها ترك النظر للمجلس الدستوري للفصل في مدى مطابقتها للدستور، مشيرا الى أن المادة 33 موضوع الدفع لا تمس بمبدأ المساواة أمام القضاء،
- وبعد الاستماع إلى العضو المقرر في تلاوة تقريره بالجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 3 فبراير 2021،
- وبعد الاستماع إلى الملاحظات الشفوية للأستاذين ب. ج و ب.ع في حق المدعي في الدفع ح. س. ب. ص بالجلسة نفسها، الذي أكد على أن تعديل الدستور كرّس مبدأ التقاضي على درجتين وعلى فورية سريانه والتمس التمسك بالملاحظات المكتوبة المقدمة، والرامية إلى التصريح بعدم دستورية المادة موضوع الدفع،
- وبعد الاستماع الى الملاحظات الشفوية للأستاذة ب. س في حق المدعى عليه في الدفع الذي تمسك بالملاحظات المكتوبة المقدمة، والرامية إلى التصريح بدستورية المادة موضوع الدفع،

- وبعد الاستماع الى الملاحظات الشفوية لممثل الحكومة، **ل.ب** المدير العام للشؤون القضائية والقانونية بوزارة العدل، والذي تمسك بالملاحظات المكتوبة المقدمة، والرامية إلى التصريح بدستورية المادة 33 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية،

- وبعد المداولة،

- اعتبارا أن ح. س ب. ص بواسطة الأستاذين ب. ج و ز. ن، دفع بعدم دستورية نص المادة 33 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي تنص على: "تفصل بحكم في أول وآخر درجة في الدعاوى التي لا تتجاوز قيمتها مائتي ألف دينار (200.000) دج".

إذا كانت قيمة الطلبات المقدمة من المدعى لا تتجاوز مائتي ألف دينار (200.000) دج، تفصل المحكمة بحكم في أول وآخر درجة، حتى ولو كانت قيمة الطلبات المقابلة او المقاصة القضائية تتجاوز هذه القيمة.

وتفصل في جميع الدعاوى الأخرى بأحكام قابلة للاستئناف، لخرقها مبادئ الشرعية والمساواة المكرسين في المادة 158 من الدستور (قبل تعديله)، ولكونها ميّزت بين المتقاضين وحرمت فئة منهم درجة من درجتي التّقاضي،

- واعتبارا أن التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق 30 ديسمبر سنة 2020، والمنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 82 المؤرخة في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق 30 ديسمبر سنة 2020، كرّس مبدأ التقاضي على درجتين في المادة 165 والتي تنص على:

" يقوم القضاء على أساس مبادئ الشرعية والمساواة.

القضاء متاح للجميع.

يضمن القانون التقاضي على درجتين، ويحدد شروط وإجراءات تطبيقه "،

- واعتبارا أنّ الدستور بعد تعديله أقرّ مبدأ التقاضي على درجتين وأحال على القانون ضمان تطبيقه، وأنه متى كانت المادة 34 من الدستور لا تجيز تقييد ممارسة أي حق من الحقوق بما يمس بجوهره، إلاّ لأسباب مرتبطة بحفظ النظام العام والأمن، وحماية الثوابت الوطنية وكذا تلك الضرورية لحماية حقوق وحريات أخرى يكرّسها الدستور، فلا يمكن للمشرّع تقييد ممارسة حق التقاضي على درجتين،

- واعتبارا أن المشرع في المادة 33 (الفقرتين الأولى والثانية) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية عندما أوجب الفصل بحكم أول وآخر درجة في الدعاوى التي لا تتجاوز قيمتها مائتي ألف دينار جزائري (200.000 دج)، يكون بذلك قد ميّز بين المتقاضين في ممارسة حق التقاضي على درجتين وهو ما لا يتماشى مع ما كرّسه صراحة المؤسس الدستوري في المادة 165 من الدستور،
- واعتبارا أن مبدأ المساواة الذي يضمنه الدستور لكل المواطنين أمام القانون والقضاء طبقا للمادتين 37 و165منه، يستوجب عدم تقييد المشرع حق الأطراف في استئناف الأحكام الصادرة في المسائل المدنية بقيمة الطلبات المقدمة في الدعوى، كما ورد في نص المادة 33 (الفقرتين الأولى والثانية) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية،
- واعتبارا بالنتيجة فإن المادة 33 (الفقرتين الأولى والثانية) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمذكور نصها أعلاه، تتعارض مع الفقرة 3 من المادة 165 من الدستور، ومن ثم فهي غير دستورية،
- واعتبار أنه وطبقًا للمادة 198 (الفقرة 4) من الدستور، فإنه يعود للمجلس الدستوري تحديد اليوم الذي يفقد فيه النص التشريعي المعلن غير دستوري أثره.

يقرر ما يلي:

أولا: تعد المادة 33 (الفقرتان الأولى والثانية) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية غير دستورية.

ثانيا: يفقد الحكم التشريعي أثره فورًا.

ثالثا: يسري أثر هذا القرار على الأحكام المدنية التي لم تستنفذ آجال الاستئناف عند تطبيق أحكام المادة 33 (الفقرة الأولى والثانية) من القانون المذكور أعلاه.

رابعا: يعلم رئيس الجمهورية، رئيس مجلس الأمة بالنيابة، رئيس المجلس الشعبي الوطني والوزير الأول بهذا القرار.

خامسا: يبلغ هذا القرار إلى الرئيس الأول للمحكمة العليا.

سادسا: ينشر هذا القرار في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

بهذا تداول المجلس الدستوري في جلساته المنعقدة بتاريخ 10 و11 و26 جمادى الثانية عام 1442 الموافق 24 و25 يناير و9 فبراير سنة 2021.

رئيس المجلس الدستوري

كمال فنيش

- محمد حبشي، نائبا للرئيس،
- مسراتي سليمة، عضوا،
- إبراهيم بوتخيل، عضوا،
- محمد رضا أوسهلة، عضوا،
- عبد النور قراوي، عضوا،
- الهاشمي براهمي، عضوا،
- أمحمد عدة جلول، عضوا،
- عمر بوراوي، عضوا.

الملحق رقم 02

قرار رقم 01/ق. م د/د ع د/19 مؤرخ في 23 ربيع الأول عام 1441 الموافق 20 نوفمبر سنة 2019

إن المجلس الدستوري،

- عملا بأحكام المادة 188 من الدستور، وبموجب اخطار بناءً على إحالة من المحكمة العليا، توصّل المجلس الدستوري يوم 2019/07/23 بقرار مؤرخ في 2019/07/17 تحت رقم الفهرس 00003/ 19، والمتعلق بدفع أثاره السيد (ح .ع) بواسطة محامييه الأستاذ (ف. م) والأستاذة (ت.م) والذي ينازع فيه دستورية المادة 416 –الفقرة الأولى–في شطرها الأول المتعلق بالشخص الطبيعي، من قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم،

- وبناء على الدستور،

- وبمقتضى القانون العضوي رقم 18–16 المؤرخ في 22 ذي الحجة عام 1439 الموافق 02 سبتمبر 2018 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية،

- وبمقتضى النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري المؤرخ في 7 رمضان عام 1440 الموافق 12 مايو سنة 2019، المعدل والمتمم،

- وبمقتضى الأمر رقم 66–155 المؤرخ في 18 صفر عام 1368 الموافق 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم،

- وبالاطلاع على قرار إحالة الدفع بعدم الدستورية من طرف المحكمة العليا بتاريخ 2019/07/17 تحت رقم الفهرس 19/00003،

- وبالاطلاع على الملاحظات المكتوبة المقدمة من طرف السيد رئيس المجلس الشعبي الوطني، السيد رئيس مجلس الأمة بالنيابة والسيد الوزير الأول،

- وبالاطلاع على الوثائق المرفقة بالملف،

- وبعد الاستماع إلى المقرر في تلاوة تقريره بالجلسة،

- وبعد تسجيل غياب الأطراف وممثل الحكومة بالجلسة العلنية المنعقدة يوم 2019/11/13، رغم تبليغهم بذلك،

- وبعد المداولة،

-اعتبارا أن السيد (ح. ع) بواسطة محاميه الأستاذين (ف.م) و (ت. م)، دفع بعدم دستورية نص المادة 416 من قانون الإجراءات الجزائية، ذلك أنه متهم مستأنف لحكم صادر عن محكمة أميزور يوم 2019/02/12 قضى بإدانته والحكم عليه بـ 20.000 دج غرامة نافذة من أجل ضرب وجرح وسب وشتم الشاكية (ي.ع)،

-واعتبارا أن مذكرة الدفع بعدم الدستورية جاء فيها أنه قام بتاريخ 2019/02/19 باستئناف الحكم الصادر ضده للتمسك بحقه في تبرئة ساحته من الأفعال المنسوبة إليه، كما جاء فيها أن المادة 416 من قانون الإجراءات الجزائية تحرمه من حق الاستئناف بالنظر إلى مبلغ الغرامة المحكوم به و الذي لا يتجاوز 20.000 دج، و هو ما يتعارض مع أحكام المادة 160 من الدستور التي تنص على أن القانون يضمن التقاضي على درجتين في المسائل الجزائية، و لهذا السبب ادعى السيد (ح.ع) أمام مجلس قضاء بجاية بموجب مذكرة مستقلة بعدم دستورية المادة 416 من القانون المذكور أعلاه،

-واعتبارا أنه وبتاريخ 2019/06/12 أصدر مجلس قضاء بجاية قراره تحت رقم الفهرس 2019/0001، قضى فيه بإرسال الدفع بعدم الدستورية مع عرائض الأطراف ومذكراتهم إلى المحكمة العليا، هاته الأخيرة والتي بعد دراسة الدفع أصدرت قرارها بتاريخ 2019/07/17 قضت فيه بإحالة الدفع بعدم الدستورية إلى المجلس الدستوري،

-واعتبارا أنه وبتاريخ 2019/07/24 وبموجب إرسال، قام رئيس المجلس الدستوري بإشعار رئيس الدولة ورئيس مجلس الأمة بالنيابة ورئيس المجلس الشعبي الوطني والوزير الأول، بقرار إحالة الدفع الصادرعن المحكمة العليا، والمرفق بمذكرة الدفع، كما أشعر رئيس المجلس الدستوري للغاية ذاتها بتاريخ 2019/07/25 بموجب إرسال موصى عليه مع إشعار بالوصول، السيد (ح.ع) والسيدة (ي.ع)، وتضمنت كلها آجالاً للأطراف لتقديم ملاحظاتهم المكتوبة،

-واعتبارا أن الملاحظات المكتوبة الواردة إلى المجلس الدستوري من طرف رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة بالنيابة، تضمنت اقرارًا بعدم دستورية المادة 416 من قانون الإجراءات الجزائية، واقترحت إمكانية تعديل صياغتها من طرف المجلس الدستوري،

-واعتبارا أن الوزير الأول برّر في ملاحظاته المكتوبة القيود والاستثناءات الواردة على الحق في الاستئناف المنصوص عليه في المادة 416 من قانون الإجراءات الجزائية، بدواعي عملية، مع أنه أقرّ

باصطدام الهدف المرجو من خلال تأطير حق الاستئناف في المادة الجزائية بأحكام المادة 160 من الدستور،

-واعتبارا أن طرفي الدفع لم يقدمًا ملاحظاتهما المكتوبة رغم تمكينهما من ذلك،

-واعتبارا أن المادة 416 من قانون الإجراءات الجزائية المعدّل والمتمم والصادر بالأمر 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966، قد تمّ تعديلها أولا بموجب الأمر رقم 15-02 المؤرخ في 07 شوال عام 1436 الموافق 23 يوليو سنة 2015، ثم مرة أخرى بموجب القانون رقم 07.17 المؤرخ في 28 جمادى الثانية عام 1438 الموافق 27 مارس سنة 2017، وأصبح نصها كالآتي:

"**تكون قابلة للاستئناف:**

1-الأحكام الصادرة في مواد الجنح إذا قضت بعقوبة حبس أو غرامة تتجاوز 20.000 دج بالنسبة للشخص الطبيعي و100.000 دج بالنسبة للشخص المعنوي والأحكام بالبراءة،

2-الأحكام الصادرة في مواد المخالفات القاضية بعقوبة الحبس بما في ذلك تلك المشمولة بوقف التنفيذ".

-واعتبارا أن المؤسس الدستوري أقرّ في المادة 160 (الفقرة 2) من الدستور حق التقاضي على درجتين في المسائل الجزائية، وجاء نصّها كالتالي: "...**يضمن القانون التقاضي على درجتين في المسائل الجزائية ويحدد كيفيات تطبيقها**"،

-واعتبارا أنه إن كان من اختصاص المشرع تحديد هذه الكيفيات، فإنه مقابل ذلك يعود للمجلس الدستوري وله وحده تقدير مدى دستوريتها بالنظر إلى الحقوق والحريات المضمونة دستوريا، والتحقق من أن هذه الكيفيات الإجرائية لا تمس بحق التقاضي على درجتين،

-واعتبارا أن المؤسس الدستوري حين نصّ على أن القانون يضمن التقاضي على درجتين، فإنه يقصد إلزام المشرع ضمان ممارسة هذا الحق بأن يحدد له كيفيات تطبيقه، دون أن تُفرغه تلك الكيفيات من جوهره، ولا أن تقيِّد أو تستثني أحدًا عند ممارسته،

-واعتبارا أن المشرع عندما أقرّ في المادة 416 (الفقرة الأولى) من قانون الإجراءات الجزائية جواز الاستئناف في الأحكام الصادرة في مواد الجنح إذا قضت بعقوبة حبس أو غرامة تتجاوز 20.000 دج بالنسبة للشخص الطبيعي، فإنه يكون بمفهوم المخالفة قد استثنى من حق التقاضي على درجتين المكرس

في المادة 160 (الفقرة 2) من الدستور، كل الأشخاص الطبيعيين المحكوم عليهم بغرامة تساوي أو تقل عن 20.000 دج،

–واعتبارا أنه وفيما يتعلق بممارسة الحق في الاستئناف في المسائل الجزائية فإنه لا ينبغي إعاقة أي طرف إمّا قانونا أو بفعل إجراءات في أن يلجأ إلى جهة قضائية أعلى،

–واعتبارا لذلك فإن الفقرة الأولى في شطرها المتعلق بالشخص الطبيعي في المادة 416 من قانون الإجراءات الجزائية تتعارض مع الدستور، لاسيما المادة 160 (الفقرة 2) منه،

–واعتبارا أنه بإمكان المجلس الدستوري عملاً بالمادة 29 (الفقرة 2) من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، المعدل والمتمم، وفي إطار دراسته للدفع بعدم دستورية حكم تشريعي أن يتصدى لأحكام أخرى، متى كان لهذه الأخيرة ارتباط بالحكم التشريعي محل الدفع بعدم الدستورية،

–واعتبارا أن المادة 416 من قانون الإجراءات الجزائية، وفي شطرها الثاني من (الفقرة الأولى) تضمنت في معناها بمفهوم المخالفة عدم جواز استئناف الأحكام الصادرة في مواد الجنح إذا قضت بعقوبة غرامة تساوي أو تقل عن 100.000 دج بالنسبة للشخص المعنوي، كما تضمنت المادة نفسها في فقرتها الثانية بمفهوم المخالفة ما يفيد عدم جواز استئناف الأحكام الصادرة في مواد المخالفات القاضية بعقوبة الغرامة،

–واعتبارا أنّ الارتباط واضحٌ بين الحكم التشريعي موضوع الدفع، وباقي الأحكام التشريعية الواردة كلها بالمادة 416 من قانون الإجراءات الجزائية وذلك من خلال سعي المشرع لفرض قيود واستثناءات على حق التقاضي على درجتين المنصوص عليه في المادة 160(الفقرة 2) من الدستور،

–واعتبارا أن المادة 416 من قانون الإجراءات الجزائية تعتبر مطابقة جزئيا للدستور، فيما نصت عليه بأن تكون قابلة للاستئناف الأحكام الصادرة في مواد الجنح، وتلك الصادرة في مواد المخالفات،

–واعتبارا أن كل القيود المنصبة على ممارسة حق الاستئناف، والواردة في المادة 416 من قانون الإجراءات الجزائية، تمس بحق التقاضي على درجتين، وهو ما يتعارض مع المادة 160(الفقرة 2) من الدستور،

–واعتبارا أنه وخلافا لما جاء من طلبات في مذكرتي رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة بالنيابة، وبمقتضى مبدأ توزيع الاختصاصات بين السلطات والمؤسسات مثلما يستنبط من الدستور، فإنه لا يعود للمجلس الدستوري أن يحل محل المشرع في سنِّه للقوانين، ولا أن يملي عليه الطريقة التي

يصحح بها عدم الدستورية المصرح بها، وأن المعالجة التشريعية للحكم المصّرح بعدم دستوريته تبقى من الاختصاص الحصري للسلطة التشريعية طبقا للمادة 112 من الدستور،

-واعتبارا أنه وبمقتضى المادة 191 (الفقرة 2) من الدستور، فإنه يمكن للمجلس الدستوري تحديد تاريخ زوال أثر النص، وأنه يعود له إقرار زوال أثر النص فورّا، أو أن يؤجله إلى تاريخ لاحق،

-واعتبارا أن بعض الأحكام التشريعية والمتعارضة مع الدستور والواردة في المادة 416 من قانون الإجراءات الجزائية، سيكون من شأن التصريح بزوال أثرها فورا أن يضمن حق الأطراف في التقاضي على درجتين في المسائل الجزائية دون أي استثناء،

-واعتبارا أنه وبمقتضى المادة 191(الفقرة 3) من الدستور، فإنّ قرارات المجلس الدستوري ملزمة للسلطة القضائية، وأنّ المساواة التي يضمنها الدستور لكل المواطنين أمام القانون والقضاء، تستوجب تمكين كل الأطراف من استئناف الأحكام الصادرة في المسائل الجزائية عملاً بأحكام المادة 416 من قانون الإجراءات الجزائية، دون القيود والاستثناءات موضوع قرار الحال،

وعليه يقرر المجلس الدستوري ما يلي:

أولا: التصريح بالمطابقة الجزئية للمادة 416 من قانون الإجراءات الجزائية للدستور.

ثانيا:عدم دستورية الحكم التشريعي الوارد في الفقرة الأولى من المادة 416 من القانون المذكور أعلاه في شطرها المحرر كالتالي:

"**إذا قضت بعقوبة حبس أو غرامة تتجاوز 20.000 دج بالنسبة للشخص الطبيعي**".

ثالثا:

1-عدم دستورية الحكم التشريعي الوارد في الفقرة الأولى من المادة 416 من القانون المذكور أعلاه في شطرها المحرر كالتالي:

"**و100.000 دج بالنسبة للشخص المعنوي**".

2-عدم دستورية الحكم التشريعي الوارد في الفقرة الثانية من المادة 416 من القانون المذكور أعلاه في شطرها المحرر كالتالي:

"**القاضية بعقوبة الحبس بما في ذلك تلك المشمولة بوقف التنفيذ**"

رابعا:تفقد الأحكام التشريعية المقرر عدم دستوريتها أعلاه أثرها فورًا.

خامسا: يسري أثر القرار بعدم الدستورية المصرح به أعلاه على كل الأحكام الجزائية التي لم تستنفذ آجال الاستئناف عند تطبيق أحكام المادة 416 من القانون المذكور أعلاه.

سادسا: يعلم رئيس الدولة ورئيس مجلس الأمة بالنيابة ورئيس المجلس الشعبي الوطني والوزير الأول بهذا القرار.

سابعا: يبلغ هذا القرار إلى الرئيس الأول للمحكمة العليا.

ثامنا: ينشر هذا القرار في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

بهذا تداول المجلس الدستوري في جلستيه المنعقدتين بتاريخ 21 و22 ربيع الأول عام 1441 الموافق 18 و19 نوفمبر سنة 2019.

رئيس المجلس الدستوري

كمال فنيش

- محمد حبشي، نائبا للرئيس،
- سليمة مسراتي، عضوا،
- شادية رحاب، عضوا،
- ابراهيم بوتخيل، عضوا،
- محمد رضا اوسهلة، عضوا،
- عبد النور قراوي، عضوا،
- خديجة عباد، عضوا،
- سماعيل بليط، عضوا،
- الهاشمي براهمي، عضوا،
- امحمد عدة جلول، عضوا،
- عمر بوراوي، عضوا.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

I - المراجع باللغة العربية

1- الكتب العامة

- العلامة أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منصور، لسان العرب، ج10، دون ط، مطابع كوستا تسوماس، مصر، د س ن.
- أحمد هريدي، القضاء في الإسلام، دون ط، جامعة القاهرة، د س ن.
- أحمد هندى، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دون ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.
- أحمد هندى، أصول المحاكمات المدنية والتجارية، دون ط، الدار الجامعية، بيروت، 1989.
- أمينة النمر، أصول المحاكمات المدنية، د ط، الدار الجامعية، بيروت، 1985.
- أمينة مصطفى النمر، قوانين المرافعات، دون ط، دار الطباعة الحديثة، بيروت، 1989.
- أنور طلبة، الطعن بالاستئناف والتماس إعادة النظر، دون ط، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2007.
- جمال نجيمي، الطعن بالنقض في المواد الجزائية والمدنية في القانون الجزائري، ط 2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
- حسين بلحيرش، محاضرات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دون ط، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2019.
- حمدي باشا عمر، مبادئ القضاء في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، دون ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2020.
- داؤد سمرة، شرح قانون أصول المحاكمات الحقوقية، ط2، مطبعة الأهالي، بغداد، 1940.
- رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط8، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.
- زينب شويحة، الإجراءات المدنية في ظل القانون 08-09، ج1، ط1، دار أسامة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
- شوقي بناسي، الإجراءات المدنية، ج1، دون ط، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
- صادق حيدر، شرح قانون المرافعات المدنية، دون ط، مكتبة السنهوري، بغداد، 2011.

- ضياء شيت خطاب، بحوث ودراسات في قانون المرافعات المدنية العراقي، دون ط، مطبعة الجيلاوي، بغداد، 1970.
- طلعت محمد دويدار، الوسيط في شرح قانون المرافعات، دون ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2016.
- عبد الحميد المنشاوي، كنوز المرافعات، ج1، دون ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.
- عبد الرحمان العلام، الطعن شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969، ط1، ج3، مطبعة بابل، بغداد، 1977.
- عبد الرحمن عياد، أصول علم القضاء، دون ط، مطبعة الإدارة العامة، المملكة العربية السعودية، 1981.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مجلد1، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2015.
- عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ترجمة للمحاكم العادلة، ط4، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر 2016.
- عبد القادر خضير، المجلس الأعلى للقضاء النظام التأديبي للقاضي الجزائري، ط 2، دار هومة، الجزائر 2019.
- العلامة الشيخ عبد الله العلايلي، الصحاح في اللغة والعلوم، ط1، دار الحضارة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1974.
- عبد الله مسعود، المواعيد القانونية المدنية والجزائية، دون ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
- عبد العزيز بدوي، القضاء في الإسلام وحماية الحقوق، دون ط، دار الفكر العربي، القاهرة، 1979.
- عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة، دون ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
- عبد المنعم الشرقاوي، وفتحي والي، المرافعات المدنية والتجارية، دون ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977.

- عبد الناصر موسى أبو البصل، شرح قانون أصول المرافعات الشرعية (ونظام القضاء الشرعي)، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999.
- عز الدين الدناصوري وحامد عكاز، التعليق على قانون المرافعات، ج5، دون ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2017.
- عدلي أمير خالد، الإرشادات العملية في إجراءات الدعوى المدنية، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988.
- علي كحلون، التعليق على مجلة المرافعات المدنية والتجارية، ط1، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2016.
- عمر زودة، الإجراءات المدنية على ضوء أراء الفقهاء وأحكام القضاء، دون ط، أنسلكوبيديا للنشر والاتصال، الجزائر، 2009.
- . عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء أراء الفقهاء وأحكام القضاء، ط2، دار أنسكلوبيديا، الجزائر، 2015.
- فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دون ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
- فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، دون ط، منشورات أمين، الجزائر، 2009.
- لحسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية وسائل المشروعية، ط4، دار هومة للطباعة النشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
- لحسين بن شيخ آث ملوية، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري، ط3، دار هومة، الجزائر، 2011.
- لويس معلوف، المنجد في اللغة والأدب والعلوم، ط15، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، 1966.
- محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، ج2، دون ط، المطبعة النموذجية، مصر، 1957.
- محمد الكيلاني، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، دون ط، دار وائل للنشر، عمان الأردن، 2001.
- محمد براهيمي، القضاء المستعجل، ج1، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.

- محمد محمود ابراهيم، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات، دون ط، دار الفكر العربي، القاهرة 1982.
- محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، ج2، دون ط، دار البخارى للطباعة، القاهرة، 1980.
- مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية وتطبيقاته، ج2، دون ط، مطبعة الخيرات، بغداد، 2000.
- مفلح عواد القضاة، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، ط 3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2017.
- نبيل ابراهيم سعد ومحمد حسين منصور، مبادئ القانون، د ط، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1995.
- نبيل إسماعيل عمر، قانون أصول المحاكمات المدنية، ط 2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011.
- نبيل إسماعيل عمر، أصول المحاكمات المدنية، ط1، الدار الجامعية، بيروت، 1996.
- نبيل إسماعيل عمر وأحمد خليل وأحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دون ط، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2004.
- نزار كرامي، مجلة المرافعات المدنية والتجارية مثارة بقرات تعقيبيه، ط1، المغاربية لطباعة وإشهار الكتاب، تونس، 2018.
- هدى مجدي، النظام القضائي وقواعد المرافعات المدنية والتجارية، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2018.
- يعقوبي عبد الرزاق، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دون ط، دار هومة، للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018.
- يوسف دلاندة، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.

2- الكتب المتخصصة.

- أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، ط5، منشأة المعارف الإسكندرية،1977.
- أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، ط8، منشأة المعارف الإسكندرية، 1988.

- أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ط6، منشأة المعارف الإسكندرية، 1989.
- أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ط5، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1985.
- أحمد سمير محمد الصوفي، الطعن الاستئنافي في الأحكام القضائية المدنية، دون ط، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2012.
- أحمد هندى، مبدأ التقاضي على درجتين، دراسة مقارنة، دون ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009.
- أحمد هندى، أسباب الحكم المرتبطة بالمنطوق، دار الجامعة الجديدة للنشر، دون ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
- الأنصاري حسن النيداني، القاضي والجزاء الإجرائي، دون ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009.
- على أبو عطية هيكل، فكرة التصدي أمام محكمة الاستئناف دراسة مقارنة، دون ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2019.
- عمر زودة، نظام الطعن بالاستئناف في الأحكام المدنية، ط1، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2022.
- لفتة هامل العجيلي، الطعن بالاستئناف في قانون المرافعات المدنية وتطبيقاته القضائية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013.
- محمد يوسف علام، مبدأ التقاضي على درجتين بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2012.
- محمود السيد عمر التحيوى، القواعد العامة للطعن في الأحكام القضائية، دون ط، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2010.
- مسعودي محمد لمين، طرق الطعن في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دون ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018.
- مصطفى أحمد فؤاد، الطعن في الأحكام، دون ط، منشاة المعارف، الإسكندرية، 1977.
- مصطفى مجدى هرجة، الاستئناف، ط1، دار محمود، القاهرة، 2016.
- مصطفى مجدي هرجه، طرق الطعن في الأحكام العادية والغير عادية، ط1، دار محمود، القاهرة، 2016.

- معزوزي علاوة، التصدي لدى جهات الاستئناف وعلاقته بمبدأ التقاضي على درجتين وقاعدة استنفاذ الولاية، ط1، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2019.
- نبيل إسماعيل عمر، الإرتباط الإجرائي في قانون المرافعات، د ط، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2011.
- نبيل إسماعيل عمر، التكامل الوظيفي للأعمال الإجرائية والإجراءات الموازية، د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.
- نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، دون ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.
- نور الدين زرقون، أوجه الطعن بالنقض في الأحكام المدنية، دون ط، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2017.
- وسام احمد السمروط، الأحكام الإستئنافية الصادرة عن المحكمة الشرعية السنية العليا (دراسة وتحليل)، ج1، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2012.
- وسام احمد السمروط، الأحكام الإستئنافية الشرعية (بين التقييد والتجديد)، ج2، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2014.
- يوسف دلاندة، طرق الطعن العادية والغير عادية في الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة أمام القضاء العادي والإداري، دون ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.

3-الرسائل الجامعية

- أحلام سعد الله الطالبي، نظام التقاضي في العراق القديم، دراسة مقارنة مع بقية بلدان الشرق الأدنى، رسالة دكتوراه، جامعة الموصل، العراق، 1999.
- عبد الله الأحمدي، دور القاضي في تحقيق الدعوى المدنية، رسالة دكتوراه، تونس، 1988.
- زرقون نور الدين، رقابة المحكمة العليا على القاضي المدني، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2013.
- بشير محمد، الاستئناف كطريق طعن عادي في الأحكام الإدارية في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 1983.
- مولاي جلطي قادة، المحاكمة العادلة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة ماجستير، جامعة سيدي بلعباس – الجزائر– 2015.

4- المقالات

- بشير محمد، الأحكام الفاصلة في الموضوع والصادرة قبل الفصل فيه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة مولود الجزائر1، مجلد 50 ع 04، س 2013، ص ص 107-158.
- بشير سهام، الأوامر الاستعجالية الفاصلة في الموضوع طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر1، مجلد 57 ع 01، س 2020، ص ص 61- 84.
- بن طاع الله زهيرة، شرط المصلحة وأثر زواله أثناء السير في الدعوى، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، مجلد 12ع 04، س 2020، ص ص 493- 404.
- بن عيشة عبد الحميد، طرق الطعن في المواد الإدارية وفقاً لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، مجلد 53 ع 04، س 2016، 339- 372.
- بوبشير محند أمقران، تغيير الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق، الملتقى الوطني حول الأمن القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 05 و06 ديسمبر 2012، ص ص 63-81.
- بوبشير محند أمقران، الجديد في طرق الطعن في أحكام القضاء المدني في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري تيزي وزو، مجلد 04 ع 01، س 2009، ص ص 7- 34.
- بوراس عادل وبوشنافة جمال، إشكالات التقاضي على درجتين في المادة الإدارية بين متطلبات المبدأ وتوجهات المشرع الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد بو ضياف المسيلة – الجزائر-مجلد 01 ع 09، س 2018، ص ص 291-326.
- بوراس عادل وبوشنافة جمال، مركزية جهة الاستئناف في المادة الإدارية وإشكالاتها، حوليات جامعة الجزائر1، جامعة الجزائر1 – الجزائر-مجلد 03، ع 33، س 2019، ص ص 244-272.

- حزيط محمد، دور القضاء في تفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد بوضياف المسيلة، مجلد 04 ع 02، س 2020، ص ص 09-26.
- حسين السالمي، الأثر الناقل للاستئناف، مجلة القضاء والتشريع، مجلة شهرية يصدرها مركز الدراسات القانونية والقضائية وزارة العدل، تونس، س49، ع08، أكتوبر 2007.
- روابح إلهام شهرزاد، المواعيد الإجرائية بين حماية الحقوق وإهدارها وموقف الشريعة الإسلامية منها (ميعاد الطعن مثلاً)، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة البليدة 2، مجلد 02 ع 02، س 2012، ص ص 35- 64.
- زرقون نور الدين، تعليق على قرار المحكمة العليا الصادر عن الغرفة الاجتماعية في الطعن رقم 0847106 المؤرخ في 2014/10/02 المنشور بمجلة المحكمة العليا لسنة 2014 عدد 02 ص 431، مجلة تحولات، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، مجلد 01 ع 01، س 2018. ص ص 210-220.
- طيطوس فتحي، النظام القانوني للحكم القاضي بشهر الإفلاس في التشريع الجزائري، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة ابن خلدون تيارت، مجلد 06 ع 01، س 2020 ص ص 82-92.
- عباسة الطاهر، عوارض الخصومة في ظل القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة العلوم القانونية الإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ع 11، س 2011، ص ص 42- 57 .
- عبد العزيز أمقران، الأمن القانوني والاجتهاد القضائي (الأمن القضائي)، الملتقى الوطني حول الأمن القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 05 و 06 ديسمبر 2012 ص ص 161- 177.
- عمر زودة، نظام البطلان في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المجلة القضائية للمحكمة العليا الجزائر، ع 2، س 2012 ص ص 17- 44.
- فيصل عجينة، التعليل الكافي يسمو بالعدالة، مجلة القضاء والتشريع، مركز الدراسات القانونية والقضائية وزارة العدل تونس، ع 08، س 49، أكتوبر 2007.

- لبيض ليلى، التعسف في استعمال حق التقاضي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة دراسات وأبحاث المجلة العربية للأبحاث والدراسات في العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة – الجزائر– مجلد 11 ع 02، س 2019 ص ص 498– 510.
- لعيدي خيرة ووافي حاجة، الدفع بعدم الدستورية أمام قاضي الموضوع، مجلة القانون العقاري والبيئة، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة إبن باديس مستغانم، مجلد 07 ع 13، س 2019 ص ص 54–93.

5- النصوص القانونية.

- الأمر رقم 66–155 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الملغى، ج ر عدد47، س 1966.
- الأمر رقم 66–156 المؤرخ في 1966/08/08 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، ج ر عدد 47، س 1966.
- الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج ر عدد 78، س 1975.
- الأمر رقم 75–59 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، ج ر عدد 101، س 1975.
- القانون رقم 08.89 المؤرخ في 25 أفريل 1989 الذي يتضمن الموافقة على العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والثقافية والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الموافق عليها من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 16 ديسمبر 1966، ج ر عدد 17، س 1989.
- القانون العضوي رقم 04–11 المؤرخ في 2004/09/06 المتضمن القانون الأساسي للقضاء، ج ر عدد 57، س 2004.
- القانون العضوي رقم 05–11 المؤرخ في 2005/07/17 المتعلق بالتنظيم القضائي، ج ر عدد51، س 2005.
- قانون رقم 08–09 مؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد21، س2008.

6- مواقع الأنترنت.

- عمار بوضياف، وجوبية المحامي في المنازعات الإدارية – مبرراتها وأثارها على التقاضي، www.majalah.new.ma، 2015/09/02

7- المجلات القضائية.

- المجلة القضائية، العدد02، س 1989، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجزائر 1989.
- المجلة القضائية، العدد01، س 1992، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجزائر 1992.
- المجلة القضائية، العدد03، س 1993، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجزائر1993.
- نشرة القضاة، نشرة قانونية تصدرها مديرية الدراسات القانونية والوثائق وزارة العدل، ع51، س1997.
- المجلة القضائية، العدد02، س 1998، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجزائر 1998.
- المجلة القضائية، العدد01، س2002، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر 2002.
- المجلة القضائية، العدد02، س 2004، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر 2004.
- مجلة المحكمة العليا . العدد01، س2005، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر 2005.
- مجلة المحكمة العليا، العدد 01، س2008، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر 2008.
- مجلة المحكمة العليا، العدد 02، س2008، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر 2008.
- مجلة المحكمة العليا، العدد 01، س 2011، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر 2011.
- مجلة القضائية، العدد 01، س 2013، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر 2013.
- مجلة القضائية، العدد 02، س 2013، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر 2013.
- مجلة المحكمة العليا، العدد 01، س 2014، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر 2014.
- مجلة القضائية، العدد 01، س 2015، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر 2015.

II- المراجع باللغة الفرنسية.

- Décret 75-1123 1975-12-05 JORF 9 décembre 1975 rectificatif JORF 27 janvier 1976.
- E.GLASSON, Albert TISSIER et René MOREL, traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile, T3, 3e éd, LIBRAIRI DU RECUEIL SIREY, paris, 1929.
- henry SOLUS et roger PERROT, droit judiciaire privé, recueil Sirey T03,03ed, DELTA, paris,1991.

- jean VINCENT, procédure civile, 17e éd Dalloz, paris, 1974.
- jean VINCENT et Sergr GUNCHARD, procédure civile, 24e éd Delta, LGDJ, paris, 1996.
- Mélina DOUCHY-OUDOT, procédure civile, 3éd Gualino éditeur, LGDJ, paris, 2008.
- Pierre ESTOUP, la pratique des procédures rapides, litec, paris, 1990.
- Pierre JULIEN et Natalie FRICERO, procédure civile, 4e éd lextenso éditions, LGDJ, paris, 2011.
- Rene MOREL, traite élémentation de procédure civile, 2e éd, ition, paris, 1949.

Summary:

The disregard for the activation of the principle of litigation on two levels, the protection of which is a priority for the first interlocutor to activate it, namely the judge, out of respect for the principles of fair trial and the consecration of the constitutional principle, lies mainly in the collision of the considerations on which it is based with social and economic transformations.

And because the modern view of the principle of litigation on two levels tends to favor finding solutions to disputes over adherence to its traditional principles, but this view has established specific mechanisms and rules for it to ensure a balance between this and that and not to sacrifice the principle.