

تغيير الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق

الأستاذ بوبشير محمد أمقران^١:

« Né citoyen d'un Etat libre, et membre du souverain, quelque faible influence que puisse avoir ma voix dans les affaires publiques, le devoir d'y voter suffit pour m'imposer le devoir de m'en instruire : Heureux, toutes les fois que je médite sur les gouvernements, de trouver toujours dans mes recherches de nouvelles raisons d'aimer celui de mon pays ! » .

Jean - Jacques ROUSSEAU^(١)

تمهيد

إذا كانت المشكلة الأولى التي تواجه المواطن المعني بتطبيق القانون أو المبتدئ في دراسته تتمثل في إيجاد النص القانوني الذي يطبق على نزاع معين ، وهي المشكلة التي تتعقد في حالة تنظيم محل النزاع بموجب نصوص قانونية متنوعة ، سواء كانت من نفس الدرجة أو من درجات مختلفة ، مثل الدستور ، التشريع ، المراسيم والقرارات ، فإن المشكلة التي تواجه

(*) - أستاذ مساعد مكلف بالدروس ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري — تيزي وزو .

(١) - Du contrat social, ENAG, Alger, 3^e éd, 2000, p 3, 4 .

المتخصصين في مجال القانون ، و لاسما القضاة والمحامين ، تتمثل أساسا في تفسير القانون الساري المفعول وتحديد الحل المناسب لقضية معينة . والمؤكد أن هذه المشكلة تعتبر سببا ونتيجة التعارض في الإجتهاادات القضائية للمحكمة العليا .

ونعني بالاجتهاد القضائي الحل الذي تتخذه الجهة القضائية في قضية معروضة أمامها في حالتي عدم وجود النص القانوني الواجب التطبيق أو غموضه ⁽²⁾ أو عدم كفايته . فالمادة 469 من قانون الإجراءات المدنية توجب الفصل في كل قضية ترفع إلى القضاء ، لأنه يقع على عاتق القاضي

(2) — إن المؤكد أنه لا يجوز للقاضي أن يلجأ إلى الاجتهاد حين وجود نص واضح . بغدادي جلال ، الاجتهاد القضائي ، الندوة الوطنية الثانية للقضاء ، وزارة العدل ، نادي الصنوبر أيام 23 ، 24 ، 1991/2/25 ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر ، 1993 ، ص 157 ولكن تجدر الإشارة إلى أن المحكمة العليا تجاوزت هذه الصلاحية بموجب القرار رقم 264463 الصادر بتاريخ 2002/10/9 (المجلة القضائية ، العدد 2 ، 2002 ، ص ص 232 — 237) ، والذي يتضمن عكس ما جاء في المادة 85 من المرسوم رقم 62/76 المؤرخ في 1976/3/25 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام التي تنص: " إن دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها ، لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها مسبقا طبقا للمادة 14 - 4 من الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر سنة 1975 والمتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري ، وإذا تم هذا الإشهار بموجب شهادة من المحافظ أو تقديم نسخة من الطلب الموجود عليه تأشير الإشهار " ، وذلك بتقريرها ما يلي :

أ — يعتبر إجراء إشهار الدعوى إجراء اختياريًا تقرر لمصلحة المدعي وحده .

ب — إن مبدأ تدرج القوانين يستدعي عدم تطبيق ما تضمنه المرسوم رقم 62/76 لتعارضه مع ما جاء في قانون الإجراءات المدنية والقانون المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري .

وأقل ما يقال عن هذا الموقف أنه يعتبر منتقدا ، سواء من حيث التسبب أو من حيث النتيجة .

التزام الفصل في النزاع الذي يعرض أمامه حتى إذا كان النص القانوني غامضاً أو منعداً ، ففي الحالة الأولى يتولى القاضي تفسيره ، وفي الحالة الثانية يحكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية أو العرف أو بموجب مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة (م 1 مدني) ، تحت طائلة اعتباره منكراً للعدالة⁽³⁾ .

(3) — إن إنكار العدالة يؤدي إلى مساءلة القاضي جزائياً وتأديبياً ومدنيا :

أ — تكون المسؤولية الجزائية استناداً إلى م 136 من قانون العقوبات . وتجدر الإشارة أن هذه المادة تجعل العقوبة التي يمكن تسليطها على القاضي الذي يصدر على إنكار العدالة مجرد غرامة مالية تتراوح بين 750.00 إلى 3 000.00 د.ج ، وهي عقوبة لا تتناسب مع خطورة الجريمة ولا تبرر الإجراءات الخاصة المقررة في المواد من 573 إلى 581 من قانون الإجراءات الجزائية التي تتعلق بالجنايات والجنح المرتكبة من القضاة وأعضاء الحكومة وبعض الموظفين .

ب — والمسؤولية المدنية تكون بإتباع إجراءات دعوى المخاصمة ، والتي تتميز بما يلي :

1 — لا يجوز أن ترفع دعوى المخاصمة ضد قضاة المحكمة العليا (م 214 ق.إ.م) .
2 — لا يجوز أن ترفع دعوى المخاصمة سوى في حالات ارتكاب القاضي الأفعال المنصوص عليها في م 214 من قانون الإجراءات المدنية أو نص تشريعي خاص . وبهذا جعل المشرع القاضي غير مسؤول مدنياً عن الأعمال التي تصدر عنه أثناء أداء مهامه أو بمناسبة حتى ولو وصفت بالخطأ المهني الجسيم .

3 — يتعين إثبات الامتناع عن الحكم باعذارين يبلغان إلى القضاة بين كل منهما والآخر ثمانية أيام على الأقل (م 216 ق.إ.م) .

4 — ترفع دعوى المخاصمة إلى الغرفة المدنية للمحكمة العليا ، والتي تفصل فيها مؤلفة من خمسة أعضاء هيئة غرفة مشورة (م 218 ق.إ.م) .

5 — تعتبر دعوى المخاصمة طريقاً احتياطياً لا يلجأ إليها سوى في حالة عدم وجود طريق آخر يلجأ إليه المدعي (م 217 ق.إ.م) .

6 — الحكم على المدعي بغرامة مدنية لا تقل عن خمسمائة دينار في حالة رفض دعواه ، مع إمكان الرجوع عليه بالتعويضات حسب القواعد العامة للمسؤولية المدنية (م 219 ق.إ.م) .

والمادة 3/152 من دستور 1996 تخول لأعلى الجهتين القضائيتين في الدولة مهمة توحيد الاجتهاد القضائي بنصها : " تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة ⁽⁴⁾ توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد ... " ، بمعنى جعل الحلول القضائية واحدة بالنسبة لنفس المسائل القانونية .

وهذه المهمة المنوطة بكل من المحكمة العليا ومجلس الدولة تجعلنا نتساءل هل أصبحت الجزائر تأخذ بنظام السوابق القضائية المعروف في النظام الأنجلوسكسوني ⁽⁵⁾ ، والذي يترتب عنه جعل حجية قرارات كل من الجهتين القضائيتين المذكورتين لاتقتصر على طرفيها ، بل تشمل القضايا التي تثير نقاطا قانونية مماثلة ، والتي تعرض أمام الجهات القضائية الأخرى ؟ ، أم أن الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا ومجلس الدولة يعتبر غير ملزم ؟ .

راجع في تفصيل ذلك مؤلفنا تحت عنوان النظام القضائي الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط 4 — 2005 ، ص 128 وما بعدها .

وتجدر الإشارة إلى أن م 31 من القانون العضوي رقم 11/04 المؤرخ في 2004/9/6 المتضمن القانون الأساسي للقضاء تنص : " لا يكون القاضي مسؤولا إلا عن خطئه الشخصي ، لا يتحمل القاضي مسؤولية خطئه الشخصي المرتبط بالمهنة إلا عن طريق دعوى الرجوع التي تمارسها الدولة ضده " مما يعني أن دعوى المخاصمة التي تسمح بالمساءلة المدنية لقضاة الحكم مآلها الزوال .

ج — والمساءلة التأديبية تكون أمام المجلس الأعلى للقضاء طبقا لأحكام القانون الأساسي للقضاء .

⁽⁴⁾ — تنص م 2/2 من القانون العضوي رقم 01/98 المؤرخ في 1998/5/30 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله : " يضمن — مجلس الدولة — توحيد الاجتهاد القضائي الإداري في البلاد ... " (ج ر عدد 37 لسنة 1998) وسنرمز لهذا القانون العضوي بـ

ق.ع.م.د

⁽⁵⁾ — إذا أصدر مجلس اللوردات الإنجليزي قرارا قضائيا واعتبر سابقة قضائية ، فقد كان ، إلى زمن قريب ، لا يمكن استبعاده سوى إذا صدر قانون عن البرلمان .

Hans-Albrecht SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, Le juge « législateur », l'approche anglaise, R.I.D.C, 4, 1999, p 1111 .

ويعتبر طرح هذا السؤال مشروعاً لعدة أسباب ، يستخلص بعضها من القانون وأحدها من الواقع :

1 — تنص المادة الأولى من القانون المدني : " يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها . وإذا لم يوجد نص تشريعي ، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد بمقتضى العرف ، وإذا لم يوجد بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة . " . مما يستخلص أن المشرع لم يلزم قضاة الموضوع بالأخذ بالاجتهاد القضائي بموجب نص صريح .

2 — تنص المادة 338 من القانون المدني : " ... لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قائم بين الخصوم أنفسهم ، دون أن تتغير صفتهم وتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب ... " . ويستخلص منها أن القاضي لا يشرع حين يفصل في المنازعات المعروضة عليه ، بمعنى أنه لا يضع قواعد قانونية ملزمة يتعين احترامها خارج النزاع المعروض أمامه . فحجية الأحكام نسبية ، وتقتصر على النزاع القائم بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفتهم وتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب .

3 — يستخلص بمفهوم المخالفة من المادتين 268 من قانون الإجراءات المدنية و 524 من قانون الإجراءات الجزائية أن النقاط التي تقطع فيها المحكمة العليا غير ملزمة سوى للجهة القضائية التي تعاد إليها القضية بعد النقض .

4 — إن الواقع العملي يجعل الأحكام والقرارات التي تصدرها الجهات القضائية غير متوقعة ، ففي العديد من المرات تصدر أحكام مختلفة بشأن قضايا مماثلة ، فمن يصدق مثلاً أن جماعة من العمال الذين طردوا من

مناصب عملهم من طرف الهيئة المستخدمة لهم ، في نفس الظروف واستنادا إلى نفس السبب ، فيقاضونها ، ويقع إثر ذلك ما يلي:

أ — يصدر القسم الاجتماعي للمحكمة أحكاما تفيد جميع المدعين بتعويضات متفاوتة.

ب — وبعد الاستئنافات المقدمة أمام الغرفة الاجتماعية للمجلس ، تنوعت القرارات الصادرة إثر ذلك ، وفق المبين مما يلي :

1 — تقرر في أغلب القضايا تأييد الحكم المستأنف .
2 — وتقرر في بعض القضايا إلغاء الحكم المستأنف ، ومن جديد رفض طلبات المدعين في الحال ⁽⁶⁾

3 — وتقرر في القضايا الأخرى إلغاء الحكم المستأنف ، ومن جديد عدم الاختصاص النوعي للقضاء الاجتماعي .

ج — وإثر الطعن بالنقض المقدم من البلدية ، أصدرت الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا قرارات تصنف إلى نوعين :

الأول : رفض الطعن بالنقض ⁽⁷⁾ .

الثاني : إلغاء القرار المستأنف دون إحالة ، لعدم اختصاص القسم الاجتماعي بالفصل في هذا النوع من القضايا ⁽⁸⁾ .

⁽⁶⁾ — قرار مجلس قضاء تيزي وزو مؤرخ في 1989/11/22 تحت رقم 571 (غير منشور) .
⁽⁷⁾ — قرارات الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا الصادرة في : 1992/9/30 تحت رقمي 88866 ، و 88867 ، وبتاريخ 2001/10/10 تحت رقم 225979 (غير منشورة) .
⁽⁸⁾ — قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا الصادر بتاريخ 1994/11/22 تحت رقم 110978 (غير منشور) .

هذا ما يلاحظ أيضا بخصوص جهات القضاء الإداري ، ففي العديد من المرات التي تتولى جماعة من الأشخاص ، التي تتواجد في نفس الظروف المكانية والزمنية ، رفع دعاوى فردية للمطالبة بنفس الحقوق ، فتصدر الغرفة الإدارية للمجلس القضائي وكذا مجلس الدولة قرارات مختلفة .

وعلى سبيل المثال لا الحصر ، أصدر مجلس الدولة قرارات تتضمن تأييد قرارات الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر القاضية برفض الطعن الرامي إلى بطلان القرارات التي أصدرها رئيس الدائرة (٩) ، وقرارا آخر يتضمن إلغاء قرار نفس الغرفة الإدارية والقضاء من جديد بإبطال قرار رئيس الدائرة (١٠) .

ومما لا شك فيه أن المحكمة العليا ومجلس الدولة يتحملان قدرا من المسؤولية في اختلاف الحلول التي تقدمها الجهات القضائية (المحاكم والمجالس القضائية والمحاكم الإدارية) بخصوص المشاكل القانونية التي تعرض عليها ، فقرارات المحكمة العليا ومجلس الدولة تتضمن إجتهاادات مختلفة ومتعارضة في بعض الأحيان ، وذلك دون تمكين الجهات القضائية الأخرى من الإطلاع عليها .

وإذا كانت المحكمة العليا ومجلس الدولة يتذبذبان في اجتهاادهما ولا يلتزمان بالمبادئ التي يقرانها ، والأكثر من ذلك لا يلتزمان حتى بالقانون

(٩) — قرارا مجلس الدولة الصادرين في : 10/4/2000 تحت رقم 199605 ، و 15/5/2001

تحت رقم 001900 (غير منشورين) .

(١٠) — قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 28/2/2000 تحت رقم 201911 (غير منشور) .

المتعلق بصلاحياتهما وتنظيمهما وسيرهما⁽¹¹⁾ ، ولا سيما فيما يتعلق بالمهمة الأساسية المسندة إليهما والمتمثلة في توحيد الاجتهاد القضائي ، فمن الطبيعي أن لا تلتزم الجهات القضائية الدنيا بقرارات تلك الجهتين القضائيتين نظرا لعدم تجانسها وتعارضها .

ومن أجل توضيح بعض معالم هذه المشكلة ، نبين موقف القانون من تغيير الاجتهاد القضائي ، وما يجري في أرض الواقع بهذا الخصوص ، قبل أن نقدم اقتراحاتنا قصد ضمان التطبيق السليم للقانون .

أولا : موقف القانون من تغيير الاجتهاد القضائي

لا يعتبر استقرار الاجتهاد القضائي وعدم التراجع عنه غاية في ذاته ، بل وسيلة لتحقيق المهمة المسندة لكل من المحكمة العليا ومجلس الدولة ، والتي تتمثل في توحيد الاجتهاد القضائي ، والذي يهدف بدوره إلى تحقيق غرض أسمى ، غير معلن عنه صراحة ، هو ضمان إتباع ذلك الاجتهاد من الجهات القضائية الدنيا .

ولكن لما لا يتحقق توحيد الاجتهاد القضائي سوى حين استقرار كل من المحكمة العليا ومجلس الدولة على اجتهاد قضائي معين وعدم التراجع عنه ، أليس من حقنا أن نتساءل هل يوجد تناقض بين تكليف الجهتين

(11) — راجع القانون رقم 22/89 المؤرخ في 1989/12/12 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها (ج . ر عدد 53 لسنة 1989) ، المعدل والمتمم بمحـوـح الأمر رقم 25/96 المؤرخ في 1996/8/12 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها (ح . ر عدد 48 لسنة 1989) . وسوف نرسم لهذا القانون بـ ق.م.ع وكذا القانون العضوي رقم 01/98 المؤرخ في 1998/5/30 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله

القضائيتين المذكورتين أعلاه بتوحيد الاجتهاد القضائي والحديث في الوقت ذاته عن امكان تراجع تلك الجهتين عن اجتهادهما السابق وإقرار اجتهاد قضائي مغاير ؟ .

والمؤكد أن الإجابة عن السؤال المطروح يستدعي الإجابة أولاً عن أسئلة أخرى ، تتمثل في مدى واجب المحكمة العليا ومجلس الدولة بالالتزام بالاجتهاد القضائي الذي سبق لهما أن قرره ؟ ، وفي حالة الإيجاب هل هذا الأمر متروك للسلطة التقديرية الكاملة لقضاة تلك الجهتين القضائيتين ؟ ، أم يتعين أن يتم مع احترام إجراءات معينة؟. وهي الأسئلة التي نحبب عنها فيما يلي :

1 — مشروعية تغيير الاجتهاد القضائي

إذا كان المتقاضون يعتبرون المحكمة العليا درجة ثالثة ⁽¹²⁾ من درجات التقاضي، فإنها بحكم القانون لا تعتبر كذلك كون مهمتها تقتصر على مراقبة الأحكام القضائية الصادرة من الجهات القضائية الدنيا، عادية كانت أو استثنائية ، من ناحية القانون دون الوقائع ⁽¹³⁾ ، مما يؤدي إلى

(12) — راجع د. أحمد مسلم ، الذي يرى أنه وإن لم يقصد بالمحكمة العليا أن تكون درجة ثالثة للتقاضي ، إلا أنها في نظر المتقاضين على الأقل درجة فعلية من درجات التقاضي، فرغم أنها لا تتعرض للوقائع ، فإنها درجة تقاضي مطلقة عن كل قيد وشرط ، وهو ما يجعلها مرحلة من مراحل التقاضي بلا جدال ، أصول المرافعات ، التنظيم القضائي والإجراءات والأحكام في المواد المدنية والتجارية والشخصية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1978 ، ص 182 ، هامش 3 .

(13) — تتحقق المحكمة العليا هل هناك مخالفة للقانون ، و لا ترأب آوجه الطعن إذا كانت خاصة بالوقائع التي تدخل ضمن السلطة التقديرية لقضاة الموضوع . قرار المجلس الأعلى رقم 24416 الصادر في 1982/4/24 ، نشرة القضاة ، العدد 43 ، 1988 ، ص 71 وما بعدها .

القول أن المحكمة العليا ، فيما عدا الحالات التي ينص القانون على اعتبارها محكمة موضوع وقانون في الوقت نفسه ⁽¹⁴⁾ ، تفصل في الأحكام لا القضايا .

وبهذه الصفة تعتبر المحكمة العليا مدعوة إلى بيان الحكم القانوني السليم الواجب تطبيقه على الدعوى المعروضة أمامها ، وفي حالة قبولها الطعن المقدم ، ونقض الحكم المطعون فيه أو جزء منه ، فإنها لا تنظر في موضوع النزاع بل تحيل القضية والأطراف إلى الجهة القضائية التي أصدرت الحكم المنقوض مشكلة تشكيلا آخر أو إلى جهة قضائية أخرى من نوع ودرجة الحكم المنقوض (م 266 ق.إ.م) ، والتي تلتزم بتطبيق قرار الإحالة فيما يتعلق بالمسائل القانونية التي قطعت فيها المحكمة العليا ⁽¹⁵⁾ .

وإضافة إلى وظيفة الرقابة التي تمارسها على الأحكام التي تصدرها الجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي العادي بمناسبة الطعون بالنقض التي تقدم ضدها ، تعتبر المحكمة العليا مدعوة بنفس المناسبة إلى إقرار اجتهاد قضائي يتضمن الحلول التي سوف تسهل عمل جميع الجهات القضائية ، بما فيها هي .

⁽¹⁴⁾ — المادتان 2/4 ق.م.ع و 268 ق.إ.م .

⁽¹⁵⁾ — راجع م 266 ق.إ.م ، وقرار المجلس الأعلى الصادر في 1981/5/11 تحت رقم 22267 ، المجلة القضائية ، العدد 4 ، 1989 ، ص 170 — 173 . و م 523 ق.إ.ج ، وقراري المجلس الأعلى الصادرين في 1984/12/25 تحت رقم 29562 ، نفس المجلة ، العدد 2 ، 1990 ، ص 272 — 275 . و 1988/4/19 تحت رقم 50727 ، نفس المجلة ، العدد 4 ، 1991 ، ص ص 280 — 283 .

وإذا كان الأمر بديهيًا بالنسبة للمحكمة العليا ، فإن السؤال يبقى مطروحًا بخصوص مجلس الدولة ، ولا سيما لكونه كقاعدة عامة ^(١٦) درجة ثانية من درجات التقاضي ، يفصل في موضوع القضايا التي تعرض عليه مثله مثل المجالس القضائية بالنسبة للقضايا العادية . ولكن نظرًا لكون مجلس الدولة أعلى هيئة قضائية خاضعة للنظام القضائي الإداري ، فقد كلف بدوره بمهمة توحيد الاجتهاد القضائي الإداري في البلاد والسهر على احترام القانون (م 2 ق.ع.م.د) .

ولما يعتبر من المؤكد أن استقرار المحكمة العليا ومجلس الدولة على اجتهادهما القضائية يعطي لها قوة ويضمن الأخذ بها من الجهات القضائية الدنيا ، فإنه لا يوجد تناقض بين تكليف الجهتين القضائيتين المذكورتين بتوحيد الاجتهاد القضائي والترخيص لهما في الوقت ذاته بالتراجع عنه وإقرار اجتهاد مغاير . بل بالعكس طبيعة عمل تلك الجهتين ، وكونهما تفصلان في الطعون الخاصة بقضايا معينة ، يجعل قراراهما لا ترقى إلى مستوى القانون الذي يتضمن قواعد عامة ، مجردة وملزمة ، وهو ما يخول لهما الحرية في التقييد بالاجتهاد الذي قرره أو التراجع عنه وإقرار اجتهاد قضائي مغاير ، وذلك بشرط إتباع الإجراءات المقررة قانونًا .

^(١٦) — ينظر مجلس الدولة في الطعون بالنقض في قرارات الجهات القضائية الإدارية الصادرة لها ، وكذا في قرارات مجلس الخامسة (م 11 ق.ع.م.د) .

2 — إجراءات تغيير الاجتهاد القضائي

قصد نشر الثقة في جهاز القضاء واستبعاد كل شبهة⁽¹⁷⁾ ، يتعين أن يتم تغيير الاجتهاد القضائي طبقا للإجراءات المقررة بموجب القانون المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها⁽¹⁸⁾ ، والتي تستدعي أن تنظر الدعوى في هيئة الغرفة الموسعة ، وذلك في مرحلتين :

أ — في المرحلة الأولى : إذا لاحظت الغرفة التي عرضت عليها القضية أنها يمكن أن تصدر قرارا يتضمن اجتهادا قضائيا يتعارض مع ما استقرت عليه المحكمة العليا ، تدعو إلى انعقاد الغرفة المختلطة التي تتشكل من غرفتين ، والتي لا تبت بصفة قانونية إلا بحضور تسعة (9) أعضاء على الأقل (م 22 ق.م.ع) .

ب — في المرحلة الثانية : إذا رأت الغرفتان أن الإشكال القانوني يمكن أن يؤدي إلى تغيير في الاجتهاد القضائي ، تحيل القضية إلى هيئة الغرفة المجتمعة⁽¹⁹⁾ ، والتي تتألف من الرئيس الأول ، نائب الرئيس ، رؤساء الغرف ،

(17) — " إن تكرار سوء تطبيق القانون ، من طرف قاضٍ ، أو تشكيك من القضاة ، هو تعبير عن أحد أمرين ، إما أنه يعكس عدم الكفاءة ، وإما أنه يعكس سوء النية ، ومهما يكن من أمر فإنه يشكل عيبا يكون من مهمة المحكمة العليا المساهمة في إزالته " نص خطاب فخامة السيد عبد العزيز بوتفليقة رئيس الجمهورية بمناسبة افتتاح السنة القضائية 2000/1999 ، المجلد القضائية ، العدد 1 ، 1999 ، ص 234 .

(18) — تنص المادة 7 ق.م.ع : " عندما يتوقع من تشكيلة المحكمة العليا إصدار قرار يغير الاجتهاد القضائي في قضية مرفوعة أمامها ، تطبق أحكام المواد 22 إلى 24 من هذا القانون "

(19) — انظر المادتين 5/22 و 23 ق.م.ع .

رؤساء الأقسام ، عميد المستشارين في كل غرفة (م 24 ق.م.ع) و لا يصح أن تبت في القضية إلا بحضور خمسة وعشرين (25) عضوا على الأقل. وفي كل الحالات ، تتخذ القرارات بموافقة الأغلبية ، مع ترجيح رأي الرئيس في حالة تعادل الأصوات (م 22 ق.م.ع) .

وقريب من ذلك ، يلاحظ أن مجلس الدولة يعقد جلساته في حالة الضرورة ، مشكلا من كل الغرف مجتمعة ، لاسيما في الحالات التي يمثل فيها القرار المتخذ بشأنها تراجعاً في الاجتهاد القضائي (م 30 ق.ع.م.د) . ويتشكل مجلس الدولة في هذه الحالة ، من رئيس مجلس الدولة ، نائب الرئيس ، رؤساء الغرف ، عمداء رؤساء الأقسام . ولا يصح أن يبت في القضية إلا بحضور نصف عدد الأعضاء المذكورين على الأقل (م 32 ق.ع.م.د) .

والسؤال المطروح يتمثل في مدى واجب كل من المحكمة العليا ومجلس الدولة بإتباع الإجراءات المذكورة كلما أرادت إحداث تغيير في الاجتهاد القضائي ؟ ، وفي حالة الإيجاب هل قرر المشرع جزاء في حالة عدم احترام تلك الإجراءات ؟ .

فمن حيث القانون ، يلاحظ ما يلي :

أ — لم يستعمل المشرع أي لفظ يفيد اعتبار الإجراءات المذكورة من النظام العام ، بل بالعكس استعمل عبارة تفيد الجواز لا الإلزام ، وتتمثل في " يجوز للغرفة المختلطة إذا ما ارتأت أن الإشكال القانوني يمكن أن يؤدي إلى تغيير في الاجتهاد القضائي ، أن تقرر إحالة القضية أمام المحكمة العليا في هيئة

الغرفة المجتمعة " (م 5/22 ق.م.ع) . والثابت أن المحكمة العليا استقرت على أنه لا بطلان دون نص صريح (20) .

ب — لم يقرر المشرع أي طريق للطعن في قرارات المحكمة العليا ومجلس الدولة التي تتضمن تغييرا في الاجتهاد القضائي دون مراعاة الإجراءات المذكورة ، فلا يقبل التماس إعادة النظر ضدها طبقا للمادة 295 من قانون الإجراءات المدنية سوى في حالتين :

1 — إذا تبين أن حكمها قد بني على مستندات مزورة مقدمة لأول مرة أمامها .

2 — إذا حكم على الملتمس لتعذر تقديمه مستندا قاطعا في الدعوى كان خصمه قد حال دون تقديمه .

ومن واقع عمل المحكمة العليا يمكن أن نستخلص أن الإجراءات المنصوص عليها في القانون قصد إجراء تغيير في الاجتهاد القضائي تعتبر غير ملزمة ، ولا يلجأ إليها سوى حين يقرر قضاؤها ذلك ، فهؤلاء أحرار في إقرار أي اجتهاد قضائي دون أي قيد و لا شرط .

وأمام هذا الوضع ، نتساءل عن جدوى النص على الإجراءات المقررة لإحداث تغيير في الاجتهاد القضائي ؟ ، وماذا ينتظر من جهة قضائية توجد في قمة هرم التنظيم القضائي لا تحترم الإجراءات التي يتضمنها القانون المتعلق بصلاحياتها وتنظيمها وسيرها ؟

(20) — راجع في تفصيل ذلك مؤلفنا تحت عنوان قانون الإجراءات المدنية ، نظرية الدعوى ، نظرية الخصومة ، الإجراءات الاستثنائية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ط 2 ، 2001 ، ص 189 وما بعدها .

ثانيا : واقع تغير الاجتهاد القضائي

إن المشكلة في الجزائر لا تكمن في النصوص القانونية ، فالنصوص موجودة وهي تضاهي تلك السارية المفعول في الدول الأكثر تطورا ، بل تتمحور في الغالب حول التطبيق . وهذه واقعة ثابتة في أغلب المجالات ، ولا تمثل المحكمة العليا ومجلس الدولة استثناء ، بل بالعكس تبدوان كمثالين نموذجيين ⁽²¹⁾ .

فالملاحظ أن المحكمة العليا ومجلس الدولة لا يؤديان الدور المنوط بهما ، والمتمثل في توحيد الاجتهاد القضائي ، إذ كثيرا ما تتذبذب اجتهادهما القضائية وتجري تغييرا فيه دون إتباع الإجراءات المشترطة قانونا لذلك ، حتى أصبحت قراراتهما لا تؤخذ بجدية من الجهات القضائية الدنيا ، ويساهم في فشل المحكمة العليا ومجلس الدولة في أداء دورهما المذكور في إبقائهما على اجتهادهما مجهولا في غالبية المجالات .

1 — أمثلة عن تغير الاجتهاد القضائي

نشرت المجلة القضائية قراران صدرا عن الغرفة المجتمعة للمحكمة العليا طبقا للإجراءات المقررة قانونا ، يتضمنان أساسا ما يلي :

(21) — لا تحترم المحكمة العليا نص المادتين 21 و 22 ق.م.ع التين تستدعيان للفصل في الموضوع في قضية على إثر طعن ثان أن تعقد في هيئة الغرفة المختلطة المشكلة من ثلاث غرف ومن 15 عضو على الأقل . فالغرفة التي يعرض عليها الطعن الثاني ، أو الثالث أو الرابع ، هي التي تفصل فيه ، وبتشكيلتها المعتادة .

- 1 — يتضمن القرار الصادر بتاريخ 1997/2/18 تحت رقم 136156 ضرورة الشكل الرسمي في العقد المتضمن بيع قاعدة تجارية تحت طائلة البطلان⁽²²⁾ .
- 2 — يتضمن القرار الصادر بتاريخ 2001/3/27 تحت رقم 201823 سقوط الخصومة بعد إحالة القضية بعد النقض بمضي سنتين من تاريخ النطق بقرار المحكمة العليا⁽²³⁾ .

ونشرت مجلة مجلس الدولة أربع قرارات صدرت عن الغرف المتبعة لمجلس الدولة ، تتمثل فيما يلي :

- 1 — القرار الصادر بتاريخ 2003/6/16 تحت رقم 11081 الذي قرر ما يلي :

أ — يعتبر النزاع المتعلق بانتخابات مجالس المنظمات الوطنية للمحامين من اختصاص مجلس الدولة .

ب — تعتبر عملية الانتخابات عملية واحدة و لو نظمت في مرحلتين ، مما يسمح بالطعن في سلامتها في أجل ثمانية أيام من تاريخ المرحلة الثانية .

ج — يمكن أن ترفع الدعوى جماعيا من طرف عدة أشخاص إذا كانت المصلحة مشتركة .

د — لا يسمح للوكيل الواحد أن يستلم عدة وكالات⁽²⁴⁾ .

⁽²²⁾ — راجع النص الكامل للقرار في : المجلة القضائية ، العدد 1 ، 1997 ، ص ص 10 — 13 ونشرة القضاة ، العدد 51 ، 1997 ، ص ص 116 — 120 وكذا في الاجتهاد القضائي للغرفة التجارية والبحرية ، عدد خاص ، المحكمة العليا ، 1999 ، ص ص 46 — 50 .

⁽²³⁾ — راجع النص الكامل للقرار في المجلة القضائية ، العدد 1 ، 2001 ، ص ص 99 — 103

⁽²⁴⁾ — مجلة مجلس الدولة ، العدد 3 ، 2003 ، ص ص 56 — 63 .

2 — القرار الصادر بتاريخ 2003/6/17 تحت رقم 11053 الذي قرر ما يلي :

أ — لا يتمتع المكتب المكلف بالإشراف على انتخابات أعضاء مجلس نقابة المحامين للناحية بأهلية التقاضي و لا بالشخصية المعنوية .

ب — يتعين توجيه كل دعوى قضائية ترمي إلى الطعن في صحة الانتخابات ضد النقيب بصفته الممثل القانوني لنقابة المحامين (25) .

3 — القرار الصادر بتاريخ 2003/7/22 تحت رقم 008247 الذي قرر ما يلي :

أ — إن النزاع المتعلق بالتعويض عن نزع الملكية للمنفعة العامة يدخل بطبيعته ضمن منازعات القضاء الكامل ، ويعتبر بالتالي من اختصاص الغرفة الإدارية للمجلس القضائي رغم كون أحد طرفيه سلطة إدارية مركزية (وزارة السكن في هذه القضية) .

ب — يعتبر الوالي ممثلاً للدولة على مستوى الجماعة الإقليمية التي يكون مسئولاً عنها ، وبذلك الصفة يكون الأمر بصرف الغلاف المالي المخصص لأي مشروع قطاعي إذا لم يذكر المستفيد من عملية نزع الملكية أو وجدت منازعة جدية بخصوص هذه الصفة(26) .

4 — القرار الصادر بتاريخ 2004/6/15 تحت رقم 18743 ، والذي قرر ما يلي :

(25) — المرجع السابق ، ص ص 53 — 55 .

(26) — المرجع السابق ، ص ص 64 — 67 .

أ — إن الهيئة التي لها صلاحية وقف تنفيذ القرار الإداري هي الغرفة الإدارية بالمجلس القضائي بتشكيلتها الجماعية ، ولا يمكن في أي حال من الأحوال لقاضي الاستعجال أن يقرر بمفرده وقف التنفيذ ، ذلك أن الغرفة الإدارية الفاصلة في دعوى الإلغاء هي نفسها التي لها صلاحية الفصل في هذا الطلب ، وبالتالي لا يمكن تقديمه منعزلا ، وإنما يجب أن يرتبط حتما بدعوى إلغاء سابقة أو متزامنة معه و إلا كان غير مقبول شكلا .

ب — يكون قرار الغرفة الإدارية بالمجلس القضائي الفاصل في طلب وقف التنفيذ قابلا للاستئناف أمام مجلس الدولة ، والذي يفصل فيه أيضا بتشكيلة جماعية ، كما يمكن لرئيس مجلس الدولة طبقا للفقرة 13 من المادة 170 من قانون الإجراءات المدنية أن يأمر فورا وبصفة مؤقتة بوضع حد لوقف التنفيذ شريطة أن يرفع الاستئناف في معاد 15 يوما من تاريخ التبليغ .

ج — لقاضي الأمور المستعجلة كقاض فرد صلاحية اتخاذ كافة الإجراءات والتدابير المؤقتة التي يراها مناسبة ، شريطة أن لا تمس بأصل الحق وبالنظام العام أو تعترض تنفيذ قرار إداري باستثناء ما إذا كان هذا الأخير يشكل تعديا أو استيلاء أو غلقا إداريا ، وهي تدابير يمكن أن يتخذها حتى في حالة عدم وجود قرار إداري أو نزاع . وتكون أوامره قابلة للاستئناف أمام مجلس الدولة ، والذي يفصل فيها بتشكيلة جماعية ، ويمكن لرئيس مجلس الدولة ، بناء على طلب خاسر الدعوى أن يوقف فورا وبصفة مؤقتة تنفيذ الأمر المستأنف (27) .

(27) — مجلة مجلس الدولة ، العدد 5 ، 2004 ، ص ص 247 — 251 .

وفيما عدا ذلك ، كثيرا ما يلاحظ تغييرا مفاجئا في الاجتهاد القضائي بموجب قرار صادر عن غرفة وحيدة من غرف المحكمة العليا أو مجلس الدولة ، والتي لا ترى ضرورة دعوة الغرفة المجتمعة ، ونذكر على سبيل المثال التراجع في الاجتهاد القضائي الذي حصل بخصوص الخلع المنصوص عليه في المادة 54 من قانون الأسرة . إذ بعد أن كانت المرأة لا تستطيع الحصول على حكم يقضي بفك العلاقة الزوجية سوى بعد موافقة الزوج⁽²⁸⁾ ، أصبح من الممكن للزوجة أن تخالغ نفسها بالإرادة المنفردة⁽²⁹⁾ . وإذا كان تراجع الاجتهاد القضائي مؤكدا بالنسبة للخلع ، فإن العديد من المشاكل القانونية التي عرضت على المحكمة العليا قد صدرت بشأنها قرارات قضائية تتضمن حلولاً متعارضة ، تثير الشك في مصداقيتها ، ويتعلق الأمر على سبيل المثال بما يلي :

(28) — راجع قرارا المجلس الأعلى الصادرين في : 1969/3/12 ، مجموعة الأحكام ، ج 1 ، ص 170 — 172 . و 1984/6/11 تحت رقم 33652 ، المجلة القضائية ، العدد 3 ، 1989 ، ص ص 38 — 40 . وقرار المحكمة العليا الصادر في 1991/4/23 تحت رقم 73885 ، نشرة القضاة ، العدد 52 ، 1997 ، ص ص 99 — 101 . والمنشور أيضا في المجلة القضائية ، العدد 2 ، 1993 ، ص ص 55 — 57 .

(29) — راجع قرارات المحكمة العليا الصادرة في : 1992/7/21 تحت رقم 83603 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص ، 2001 ، ص ص 134 — 137 . و 4/19/ 1994 تحت رقم 103793 ، نشرة القضاة ، العدد 51 ، 1997 ، ص ص 96 — 99 . و 4/ 1994 تحت رقم 115118 ، نفس النشرة ، العدد 52 ، 1997 ، ص ص 106 — 110 . و 1996/7/30 تحت رقم 141262 ، المجلة القضائية ، العدد 1 ، 1998 ، ص ص 120 — 122 . و 1999/3/16 تحت رقم 216239 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، مرجع سابق ، ص ص 138 — 141 . و 2000/11/21 تحت رقم 252994 ، المجلة القضائية ، العدد 1 ، 2001 ، ص ص 293 — 295 .

1 — هل تعتبر محاولة الصلح بين الزوجين المقررة بموجب المادة 49 من قانون الأسرة إجراء جوهريا أو لا ؟ . ويعتبر هذا التساؤل مشروعاً حين الإطلاع على القرارين الصادرين عن المحكمة العليا التاليين :

أ — فأحدهما صدر بتاريخ 1989/12/25 تحت رقم 57812 ، قرر أن القاضي ملزم بإجراء محاولة الصلح بين الزوجين (30) .

ب — وثانيهما صدر بتاريخ 1998/7/21 تحت رقم 189311 ، قرر أن محاولة الصلح بين الطرفين في دعاوى الطلاق ليست من الإجراءات الجوهرية (31) .

2 — هل يحدد تعويض الاستحقاق مقابل استرجاع المحل التجاري المقرر بموجب المادة 176 من القانون التجاري حسب قيمة العناصر المادية والمعنوية للمحل وقت إجراء الخبرة أو ابتداء من تاريخ توجيه التنبيه بالإخلاء ؟ .

ويبقى طرح هذا السؤال مبرراً رغم البحث الذي أعده السد نائب الرئيس الأول للمحكمة العليا ورئيس الغرفة التجارية والبحرية في العدد الخاص من الاجتهاد القضائي للغرفة المذكورة ، والذي أكد فيه بوضوح أن العبرة في تحديد قيمة العناصر التي تشكل تعويض المستأجر هي بالتاريخ الذي تم فيه رفض تجديد عقد الإيجار ، أي في يوم تبليغ التنبيه بالإخلاء (32) . ورغم

(30) — المحلة القضائية ، العدد 3 ، 1991 ، ص ص 71 — 74

(31) — نشرة القضاة ، عدد 56 ، 1999 ، ص ص 40 — 42 .

(32) — حسان نورعروج ، تعويض الاستحقاق في المادة التجارية ، الاجتهاد القضائي للغرفة التجارية والبحرية ، عدد خاص ، 1999 ، ص 39 .

صدور عدة قرارات عن المحكمة العليا تكرر هذا المبدأ⁽³³⁾ . والسبب بسيط هو صدور قرارات أخرى قررت تحديد قيمة عناصر محل التجاري وقت إجراء الخيرة⁽³⁴⁾ .

3 — و هل يجوز للقاضي الذي فصل في النزاع أمام المحكمة أن يشارك في نظره أمام المجلس القضائي ، والمؤكد أن الإطلاع على القرارات المنشورة لن يقدم إجابة مقنعة ، وذلك لما يلي بيانه :

أ — فقد نشرت عدة قرارات تجيب عن السؤال المطروح بالسلب ، لتعارض ذلك مع مبدأ درجتي التقاضي⁽³⁵⁾ .

ب — ونشرت قرارات أخرى قررت خلاف ذلك ، إذ اعتبرت أن قيام القاضي الذي فصل في النزاع على مستوى المحكمة الابتدائية بالمشاركة في هيئة حكم المجلس القضائي لا يعد خرقاً لمبدأ درجتي التقاضي ، لأن ذلك لا يسمح سوى بطلب رد القاضي وفق نص المادة 201 من قانون الإجراءات المدنية ، والذي يستوجب لقبوله أن يقدم حسب الإجراءات وضمن المواعيد المقررة في

(33) — انظر قراري المحكمة العليا الصادرين في : 1999/5/8 تحت رقم 189311 ، المجلة القضائية ، العدد 1، 2000 ، ص 121 — 124 . و 2001/4/10 تحت رقم 250731) غير منشور (.

(34) — انظر قراري المحكمة العليا الصادرين في : 2001/7/1 تحت رقم 258634 ، المجلة القضائية ، العدد 2، 2001 ، ص 239 — 241 . و 2003/1/14 تحت رقم 305013) غير منشور (.

(35) — راجع قرارات المجلس الأعلى الصادرة في : 1983/1/5 تحت رقم 29276 ، المجلة القضائية ، العدد 2، 1989 ، ص 35 ، 36 . و 1985/4/3 تحت رقم 34143 ، نفس المجلة ، العدد 4 ، 1989 ، ص 53 وما بعدها . و 1987/12/7 تحت رقم 47370 ، نفس المجلة ، العدد 4 ، 1990 ، ص 57 وما بعدها . مع ملاحظة أن هذا القرار الأخير أكد على تعلق هذه الحالة بالنظام العام .

المادة 202 من نفس القانون ويرجع سبب هذا الموقف الأخير إلى اعتبار حالات الرد جوازية (م 201 ق.إ.م) يمكن للخصوم التنازل عن التمسك بها ، كما يمكن للجهة المختصة بنظر طلب الرد أن تسمح للقاضي بالفصل في النزاع رغم توافر أسباب الرد ⁽³⁶⁾ .

وفي إطار القضاء الإداري ، يثور التساؤل بخصوص عدة مسائل ، نذكر من بينها تحديد تاريخ بدء سريان ميعاد الاستئناف أمام مجلس الدولة ، فهل يتمثل في تاريخ التبليغ عن طريق محضر قضائي أو تاريخ استخراج نسخة من قرار الغرفة الإدارية للمجلس القضائي من كتابة الضبط وفق المبين في القرارات المتعددة الصادرة عن مجلس الدولة ⁽³⁷⁾ ، أو من كليهما معا . وهل يختلف الأمر بين حالة استخراج نسخة من القرار القضائي من المتقاضي شخصيا أو استخراجها من وكيله العادي أو من محاميه ؟. وفي الحالة الأخيرة هل يتعين التمييز بين حالة استخراج نسخة من القرار من المحامي المتوكل في القضية أمام الغرفة الإدارية للمجلس القضائي وبين حالة استخراجها من المحامي المقدم للاستئناف أمام مجلس الدولة ؟ .

و تجدر الإشارة إلى أن مجلس الدولة يعتبر التبليغ عن طريق كتابة الضبط هو الإجراء الأصلي والقانوني لتبليغ القرارات الصادرة عن الجهات

⁽³⁶⁾ — راجع قراري المجلس الأعلى الصادرين في : 1981/3/17 ، نشرة القضاة ، العدد 2 ، 1972 ، ص 30 و 31 . و 1985/4/1 تحت رقم 32721 ، المجلة القضائية ، العدد 3 ، 1989 ، ص 139 وما بعدها .

⁽³⁷⁾ — راجع قرارات مجلس الدولة الصادرة في : 2001/2/5 تحت رقم 000262 ، 4/9/2001 تحت رقم 002331 ، و 2001/12/24 تحت رقم 005744 (قرارات غير منشورة)

القضائية الإدارية ، ويعتبر تبليغها عن طريق المحضر القضائي مجرد إجراء تكميلي⁽³⁸⁾ . والعبرة في حساب ميعاد الطعن تكون بالتبليغ الأسبق⁽³⁹⁾ . ويعتبر التساؤل الأول مشروعاً نظراً لاكتفاء العديد من قرارات مجلس الدولة بالتصريح بأن الاستئناف مقبول شكلاً ما دام لا يوجد بالملف أثر لأي تبليغ قانوني للقرار المستأنف⁽⁴⁰⁾ .

2 — يبقى الاجتهاد القضائي مجهولاً

رغم الجهود التي تبذلها كل من المحكمة العليا⁽⁴¹⁾ ومجلس الدولة⁽⁴²⁾ في نشر القرارات التي تصدر عن مختلف غرفهما ، فإنها تبقى غير كافية ويشوبها نقص كبير . إذ العديد من القرارات تبقى مجهولة من المتقاضين

(38) — قرار مجلس الدولة مؤرخ في 2002/10/8 تحت رقم 12045 ، مجلة مجلس الدولة ، العدد 3 ، 2003 ، ص 179 و 180 .

(39) — قرار مجلس الدولة مؤرخ في 2003/4/1 تحت رقم 13164 ، مجلة مجلس الدولة ، العدد 4 ، 2003 ، ص 125 — 127 .

(40) — راجع قرارات مجلس الدولة الصادرة في : 2003/4/15 تحت رقم 008072 ، مجلة مجلس الدولة ، العدد 4 ، 2003 ، ص 80 . و 2003/4/1 تحت رقم 13164 ، نفس المجلة ، ص 125 . و 2003/5/6 ، نفس المجلة ، ص 128 . و 2002/6/24 تحت رقم 7152 ، نفس المجلة ، العدد 5 ، 2004 ، ص 127 . و 2004/1/15 تحت رقم 10502 ، نفس المجلة ، ص 175 . و 2002/6/15 تحت رقم 13968 ، نفس المجلة ، ص 138 .

(41) — تنص المادة 33 ق.م.ع : " تنشأ لدى المحكمة العليا مصلحة للمستندات والنشر ، توضع تحت إشراف الرئيس الأول " .

وتنص المادة 34 من نفس القانون : " تختص مصلحة للمستندات والنشر بما يلي :

4) — السهر على نشر مجلة قضائية للمحكمة العليا " .

(42) — تنص المادة 8 ق.م.ع.د : " ينشر مجلس الدولة قراراته ويسهر على نشر كل التعليقات والدراسات القانونية " .

ومن المحامين وحتى من القضاة ، بما فيهم بعض قضاة الجهتين القضائيتين المذكورتين . و لا شك أن هذا يساهم في إحداث تذبذب في الحلول القانونية التي تقدمها مختلف الجهات القضائية للمشاكل المعروضة عليهما .

وقد وصل الأمر ببعض الجهات القضائية — وخاصة المحاكم — إلى أن تتميز بطرق خاصة في معالجة الدعاوى التي تعرض عليها ، غير مبالية بالغرض السامي المنتظر تحقيقه من طرفها ، والمتمثل في إفادة المواطنين بالحماية القضائية إحقاقا للحق ورفعاً للظلم. والمؤكد أنه لولا إرادة تحقيق هذا الغرض لما وجد داع 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 أحكاما ببطلان الإجراءات أو بعدم قبول الدعوى أو برفضها على حالها ⁽⁴³⁾ ، وذلك قصد تحقيق غرض مزدوج يتمثل في تفادي الفصل في موضوعها من جهة ، وتضخيم إحصائيات القضايا التي فصلت فيها من جهة أخرى . ويلاحظ أيضا أن الأغلبية العظمى من قرارات المجالس القضائية و مجلس الدولة والمحكمة العليا ، تتمثل في تأييد الحكم أو القرار المستأنفين بالنسبة للأولى والثانية ، ورفض الطعن بالنسبة للثالثة . و ما لا شك فيه أن ذلك راجع أساسا إلى العمل على تصفية القضايا بدلا من الفصل في موضوعها .

(43) — قررت المحكمة العليا : " الحكم القاضي برفض الدعوى على الحال هو بمثابة إمتناع عن الحكم لأنه لم يعتمد على أي نص قانوني ، ... ومدة لإطالة الخصام الذي لا يحقق الهدف المعقود على القضاء " . القرار الصادر بتاريخ 1998/3/17 تحت رقم 179557 ، المجلة القضائية ، العدد 2 ، 1998 ، ص ص 79 — 81 .

ودرجت بعض الجهات القضائية على وضع شروط تعجيزية تفشل كل من يتقدم إلى القضاء طمعا في الحماية القضائية (44) ، ومن أمثلة ذلك :
أ — اشتراط عقود ملكية مشهورة لدى المحافظة العقارية في المنازعات العقارية حتى لو انعدمت تلك العقود في المنطقة وعدم إثارة الأطراف أي دفع يخص الملكية ، مع العلم أن المادة 823 من القانون المدني التي تنص : " الحائز لحق يفرض أنه صاحب لهذا الحق حتى يتبين خلاف ذلك " لا تزال سارية المفعول ؟.

ب — اشتراط تبليغ الأحكام التحضيرية والتمهيدية قبل الاتصال بالخبير والمطالبة منه بإعداد تقرير خيرة وإعادة السير في الدعوى رغم ثبوت ما يلي :

1 — قررت المحكمة العليا صراحة عدم وجوب تبليغ القرارات الصادرة قبل الفصل في الموضوع ، وذلك بتأكيدا على ما يلي :
" لكن حيث أن إجراء تبليغ قرار صادر عن مجلس قضائي لمحكوم عليه هو إجراء غير ضروري عندما يأمر ذلك القرار بإجراء خيرة كما هو الحال بالنسبة للقضية الحالية .

(44) — بدلا من تفكير بعض قضاة التحقيق في أداء مهامهم قصد البحث الجدي عن الحقيقة في القضايا الموكلة إليهم ، وجدوا طريقة للتقليص من الشكاوى المصحوبة بالادعاء المدني ، تتمثل في اشتراط إيداع كفالة تتراوح بين 50 000.00 د.ج و 70 000.00 د.ج . فهل يعقل أن يطلب من ضحية أن تدفع مبلغا ماليا مبالغ فيه ، مع العلم أن ذلك قد يجعله يتراجع عن استعمال طريق الادعاء المدني ، ويتنازل حتى عن حقه الضائع ؟ . و المؤكد أن هذا ليس هو الغرض من تخويل قضاة التحقيق سلطة تقديرية في تحديد قيمة الكفالة التي يتعين على المدعي المدني إيداعها لدى كتابة الضبط طبقا للمادة 75 ق.إ.ج .

حيث أن إجراء التبليغ لا يؤثر على تنفيذ القرار التمهيدي وما هو مطلوب إلا لبداية سريان مهلة الطعون القانونية في ذلك القرار " (45) .

2 — لا يوجد أي نص قانوني يوجب تبليغ الأحكام التحضيرية والتمهيدية الصادرة عن المحاكم (46) .

3 — لا فائدة ترجى من تبليغ الأحكام التحضيرية ، ما دامت تلك الأحكام غير قابلة للاستئناف طبقا المادة 106 من قانون الإجراءات المدنية . فهل يعقل أن يلزم الطرف الذي يهيمه التعجيل بتبليغ الحكم التحضيري قصد تمكين خصمه من استئنافه إن أراد ذلك، مع أن النهاية الحتمية للاستئناف إن قدم ، هو القضاء بعدم قبوله لعدم جوازه قانونا (47) .

4 — إن التصريح بعدم قبول دعوى إرجاع الدعوى بعد الخبرة بسبب عدم تبليغ الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع يزيد (48) في إطالة أمد

(45) — قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1996/2/27 تحت رقم 140798 ، المجلة القضائية ، العدد 2 ، 1996 ، ص 119 (عن الوجه الأول) .

(46) — تجدر الإشارة إلى أن قانون الإجراءات المدنية يقرر تبليغ منطوق القرارات الصادرة عن المجالس القضائية والمتضمنة الأمر بإجراء تحقيق بناء على طلب الطرف الذي يهيمه التعجيل (م 121/2) .

(47) — تجدر الإشارة إلى أن عدم تبليغ الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع يبقى المواعيد التي تسري من تاريخ التبليغ مفتوحة ، ويتعلق الأمر أساسا بجمعاء رد الخبر المنصوص عليه في المادة 52 ق.إ.م.ومواعيد الطعن .

(48) — يلاحظ أن العديد من الجهات القضائية تتأخر في الفصل في المنازعات لمدة تتجاوز الستين ، وتتأخر فترة مماثلة في طباعة الأحكام وتمكين المتقاضين من استخراج نسخا رسمية منها ، مما يجعل الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع مهددة بالحكم بسقوطها . و يثير الشك حول جدوى سياسة وزارة العدل المبنية في رقابتها للجهات القضائية على الإحصائيات .

المنازعات ، ولاسيما في حالة تقرير الجهة القضائية استبعاد الخبرة المنجزة وتعيين خبير آخر من أجل القيام بنفس المهام المحددة. بموجب الحكم التحضيري أو التمهيدي الأول . وما لا شك فيه أن إطالة أمد التراع يعتبر عاملا أساسيا في فقدان الثقة في جهاز العدالة⁽⁴⁹⁾ .

ومع العلم أن نشر القرارات القضائية هو الضامن الأول لتوحيد الاجتهاد القضائي ، إذ من غير المقبول مساءلة قضاة الدرجة الأولى والمجالس القضائية في حالة الحكم بما يتعارض مع اجتهاد المحكمة العليا أو مجلس الدولة إذا بقي هذا الاجتهاد في أدراج هاتين الجهتين القضائيتين .

وفي الوقت الحالي ، حيث يقوم المشرفون على إعداد المجلة القضائية ومجلة مجلس الدولة بغربة القرارات القابلة للنشر ، بعد تحديد القرارات القابلة للنشر من كل رئيس غرفة بالتعاون مع رؤساء الأقسام⁽⁵⁰⁾ ، يتعين العمل على تفادي نشر قرارات تتضمن اجتهادا قضائيا تم التراجع عنه ، ومن باب أولى تفادي نشر قرارات تتضمن اجتهادين قضائيين متعارضين في المجلة القضائية ، كما يتبين من المثالين التاليين :

(49) — تفطن المشرع إلى ضرورة الحد من آجال الفصل في القضايا المعروضة على القضاء ، فنص في المادة العاشرة من القانون العضوي رقم 11/04 المؤرخ في 2004/9/6 المتضمن القانون الأساسي للقضاء : " يجب على القاضي أن يفصل في القضايا المعروضة عليه في أحسن الآجال " (ج . ر عدد 57 لسنة 2004) .

(50) — انظر م 8 مقطع أخير من المرسوم الرئاسي رقم 279/05 المؤرخ في 2005/8/14 المتضمن إصدار النظام الداخلي للمحكمة العليا (ج . ر عدد 55 لسنة 2005) .

أ — إن العدد 52 من نشرة القضاة لسنة 1997 يتضمن قراراتين متعارضين ،
فالأول يتضمن عدم امكان مخالعة الزوجة لنفسها دون رضا الزوج ⁽⁵¹⁾ ،
والثاني يتضمن امكان وقوع الخلع سواء رضي به الزوج أو رفضه ⁽⁵²⁾ .

ب — إن العدد الأول من مجلة مجلس الدولة لسنة 2002 يتضمن القرار
الصادر عن المجلس المذكور بتاريخ 1999/2/1 تحت رقم 149303 ، الذي
قرر عدم اكتساب مديرية البريد والمواصلات الصفة في التقاضي ⁽⁵³⁾ ،
والعدد الثالث من نفس المجلة لسنة 2003 يتضمن القرار الصادر عن مجلس
الدولة بتاريخ 2002/12/3 تحت رقم 012676 ، والذي قرر عكس ذلك
طبقا للمرسوم التنفيذي رقم 143/98 المؤرخ في 1998/5/10 والمقرر المتخذ
تطبيقا له بتاريخ 1998/6/2 والمتضمن منح مديرية البريد والمواصلات الأهلية
لتمثيل الإدارة أمام الجهات القضائية ⁽⁵⁴⁾ .

وتجدر الإشارة إلى أن نشر جميع قرارات المحكمة العليا ومجلس الدولة
لا يرمي فقط إلى تحقيق غرض إعلامي ، والمتمثل في إعلام الكافة ، ولا سيما
القضاة والمتقاضين ، بالحلول التي تتضمنها ، بل يرمي إلى تحقيق غرضين .

⁽⁵¹⁾ — قرار المحكمة العليا رقم 73885 الصادر بتاريخ 1991/4/23 ، نشرة القضاة ، العدد
52 ، 1997 ، ص ص 99 — 101 .

⁽⁵²⁾ — قرار المحكمة العليا رقم 115118 الصادر بتاريخ 1994/4/19 ، المرجع السابق ، ص
ص 106 — 110

⁽⁵³⁾ — ص ص 93 ، 94 . وقد كان من الأفضل تفادي نشر القرار المذكور في مجلة مجلس الدولة لسنة
2002 ، ما دام أنه لم يعد ذو فائدة عملية بعد صدور المرسوم التنفيذي رقم 43/98 المؤرخ في
1998/5/10 ، والذي يتضمن منح مديرية البريد والمواصلات الأهلية لتمثيل الإدارة أمام الجهات
القضائية .

⁽⁵⁴⁾ — ص ص 191 — 192 .

أولهما وقائي ، ويتمثل في حث قضاة الجهتين القضائيتين المذكورتين على البحث الجدي عن الحل القانوني بخصوص المشاكل القانونية التي تتضمنها عرائض الطعن بالنقض أو الاستئناف التي تعرض عليهم، وإثارة الأوجه التي يمكن لهم استخلاصها من عناصر الملفات المعروضة عليهم . وثانيهما علاجي ، ويتمثل في تدارك النقائص والعيوب التي تشوب الاجتهاد القضائي وكل ذلك يكون لتحقيق الغرض الأصيل والمتمثل في ضمان توحيد الاجتهاد القضائي وترقيته.

الخاتمة

ورد ضمن الكلمة الافتتاحية للسيد وزير العدل. بمناسبة إنشاء المجلة القضائية : " إن دولة القانون تعني أساساً مبدأ سيادة القانون واحترامه من طرف المواطن ومؤسسات الدولة ، ولتحقيق ذلك لا بد من وجود هيئة قضائية عليا مستقلة تراقب تطبيق القواعد القانونية من الجهات القضائية الدنيا على مختلف درجاتها من محاكم ومجالس ، مع ضمان توحيد الاجتهاد القضائي على مستوى الوطن و اثرائه وإحداثه ليكون مصدرها القانون " (55).

ويبدو أنه بعد مضي قرابة سبعة عشر (16) سنة من ذلك ، ومضي أكثر من 42 سنة من إنشائها ، لا تزال المحكمة العليا بعيدة عن الجرى المؤدي إلى تحقيق غرضها الأصيل . وقد عبر السيد رئيس الجمهورية عن ذلك بمناسبة الخطاب الذي ألقاه أثناء انعقاد الدورة العادية للمجلس الأعلى للقضاء يوم 1999/8/26 بتصريحه أن " أقل ما يمكن قوله في شأنهما — المحكمة العليا ومجلس الدولة — هو أنهما بعيدان عما ينتظره منهما القضاء نفسه والسلطات العمومية والمجتمع بصورة عامة " (56).

والمؤكد أنه قد حان الأوان من أجل العمل على تفعيل دور كل من المحكمة العليا ومجلس الدولة كي يتسنى لهما ضمان احترام القانون وتوحيد كيفية تطبيقه على كامل المستوى الوطني ، لأن ذلك هو الكفيل باحترام

(55) — المجلة القضائية ، العدد 1 ، 1989 ، ص 8

(56) — خطاب فخامة رئيس الجمهورية السيد عبد العزيز بوتفليقة ، نشرة القضاء ، العدد 56 ، ص

13 . وهو الخطاب المنشور في المجلة القضائية ، العدد 1 ، 1999 ، ص 220 .

الجهات القضائية الدنيا للاجتهاد القضائي الذي تقرره ، وما يستتبع ذلك من زرع ثقة المواطنين في القضاء .

ومن أجل تحقيق ذلك الغرض ، نقترح ما يلي :

1 — ضمان تشكيل كل من المحكمة العليا ومجلس الدولة من القضاة الأكثر كفاءة ، وتفادي جعل الترقية أو النقل إلى تلك الجهتين القضائيتين وسيلة للتخلص من بعض القضاة في انتظار إحالتهم على التقاعد .

2 — جعل الإجراءات المقررة لتغيير الاجتهاد القضائي من النظام العام ، وتخويل حق تقدم التماس إعادة النظر ضد كل قرار يصدر دون مراعاة تلك الإجراءات ، وذلك بإضافة وجه ثالث في المادة 295 من قانون الإجراءات المدنية .

3 — نشر جميع القرارات التي تصدر عن المحكمة العليا ومجلس الدولة ، وتسهيل عملية التعرف على كافة الحلول الممكنة للمشاكل القانونية المطلوب منهم الفصل فيها ، ويكون ذلك عن طريق إعداد بنك للمعطيات القانونية والقضائية . وهذا بغرض التوصل تدريجيا إلى التقليل من إصدار قرارات قضائية شاذة والتوصل في الختام إلى إحداث تنسيق كامل في الاجتهاد القضائي .

وقد عبر رينوار المستشار لدى محكمة النقض الفرنسية في بداية القرن التاسع عشر على ضرورة نشر أحكام القضاء كما يلي : " سواء صدرت أحكام وقرارات المجالس ، مشكلة من قاض فرد أو عدة قضاة ، فإنها لا تعتبر ملكا للهيئة التي تصدر عنها ، ولا للمتقاضين الذين كانوا سببا

فيها . إنها ملك للدولة كاملة ، ويعتبر نشرها ضمانا للمتقاضين ووسيلة للإعلام لكل المواطنين في نفس الوقت " (57) .

4 — يتعين الإعلان عن كل تغيير في الاجتهاد القضائي وإرفاقه بالعناصر التي تسهل فهمه (58) ، وذلك بغرض ضمان توحيد الاجتهاد القضائي بعد تحوله .

5 — اختيار الأساتذة المكونين على مستوى المعهد الوطني للقضاء من أكفأ المتخصصين في مختلف المجالات ، والسهر على عقد ندوات وملتقيات علمية قصد معالجة ومناقشة وإيجاد الحلول للمشاكل القانونية التي تطرح على القضاء ، بشرط عدم استعمال تلك الملتقيات لفرض التعليمات دون أي نقاش .

6 — يتعين عدم اعتبار توحيد الاجتهاد القضائي غرضا في ذاته ، بل وسيلة للتطبيق السليم للقانون وملء الفراغ الذي يعتريه وتفسير الغموض الذي يشوبه ، و لا يتحقق ذلك بصفة فعالة سوى عن طريق مواكبة التشريع للاجتهاد القضائي

وإذا كان GOETHE ذكر : " أفضل كثيرا الظلم عن الفوضى " (59) ، فإن الثابت أنه حين يسود النظام الذي ينتج عن الالتزام بالقانون سوف لن

(57) - « Les jugements et arrêts des cours et tribunaux , que ces tribunaux soient composés d'un juge ou de plusieurs , ne sont la propriété ni du siège duquel ils émanent , ni des plaideurs qui les provoquent . Ils appartiennent au pays tout entier ; leur publicité est à la fois une garantie pour les justiciables et un moyen d'enseignement pour tous les citoyens ». Augustin-Charles RENOARD, Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les beaux-arts, 1839 Cité in : Emmanuel LESUEUR de GIVRY, La diffusion de la jurisprudence, mission de service public, Rapport de la Cour de cassation 2003, La documentation Française, Paris 2004, p 269 .

(58) - Ibid, p 277 .

يكون هناك أي مجال للتفضيل بين الظلم والفوضى لأن مآل كليهما هو الزوال ، وهذا هو ما ينتظر تحقيقه على الأقل في ساحة القضاء .
والمؤكد " أن المجتمع يتأذى من غياب العدالة أكثر مما يتأذى من قصور أي مرفق من المرافق الهامة الأخرى أو إدارات الدولة ، لأن العدالة هي الملاذ الأخير والحصن المنيع الذي يلوذ إليه المرء قبل الاستسلام لليأس والقنوط " (60) .

(59) « J'aime mieux une injustice qu'un désordre » . Citée in : Antide MOREAU, La haute trahison du président de la république sous la V^e république, Chronique constitutionnelle, R.D.P, 6 – 1987, p 1563 .

(60) — خطاب فخامة رئيس الجمهورية السيد عبد العزيز بوتفليقة الذي ألقاه أثناء انعقاد الدورة العادية للمجلس الأعلى للقضاء يوم 1999/8/26 ، نشرة القضاة ، العدد 56 ، ص 8 . وهو الخطاب المنشور في المجلة القضائية ، العدد 1 ، 1999 ، ص 215 .